Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 19. Dezember 2000 durch den Vorsitzenden Richter Rogge, die Richter Dr. Jestaedt, Scharen, die Richterin Mühlens und den Richter Dr. Meier-Beck

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde gegen den Beschluß der Vergabekammer des Landes Berlin vom 10. Februar 2000 wird auf Kosten der Antragstellerin zurückgewiesen.

Der Beschwerdewert wird auf 495.000,-- DM festgesetzt.

Gründe:

I. Die Antragsgegnerin betreibt als landeseigene Anstalt des öffentlichen Rechts in B. den öffentlichen Personennahverkehr. Sie vergab im Verhandlungsverfahren die Reinigung der Bahnhöfe der B. U-Bahn, nachdem sich die Bewerber über ein Prüfsystem hatten qualifizieren müssen.

Ausgeschrieben waren insgesamt 16 Lose, in denen jeweils mehrere Bahnhöfe einer U-Bahnlinie zusammengefaßt waren. Die qualifizierten Bewerber - darunter auch die Antragstellerin - konnten entscheiden, ob sie für alle

oder nur für einzelne Lose Angebote abgeben. Am 30. September 1999 fand zwischen Vertretern der Antragstellerin und der Antragsgegnerin ein Verhandlungsgespräch statt, bei dem durch die Antragstellerin der Jahrespauschalpreis auf 15.492.600,-- DM netto festgelegt wurde; alternativ bot die Antragstellerin für die 16 Lose einen Jahrespauschalpreis von 9.500.000,-- DM netto an, wenn sie nicht an die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses gebunden sei. Die Antragsgegnerin bot den anderen Mitbewerbern Gelegenheit, ebenfalls ein Alternativangebot abzugeben.

Den Zuschlag erteilte die Antragsgegnerin am 22. Oktober 1999 der B. GmbH (nachfolgend: B.), und zwar zu deren auf der Grundlage des Leistungsverzeichnisses erstellten Angebot und einem Jahrespauschalpreis von 9.900.000,-- DM netto. Unter den auf dem Leistungsverzeichnis basierenden Angeboten war dieses Angebot das billigste.

Ende Oktober 1999 erfuhr die Antragstellerin durch fernmündliche Mitteilung der Antragsgegnerin, daß sie bei der Auftragsvergabe nicht habe berücksichtigt werden können und der Auftrag bereits anderweitig vergeben worden sei. Mit Schreiben vom 22. November 1999 wurde der Antragstellerin dieser Sachverhalt nochmals schriftlich mitgeteilt.

Mit Schriftsatz vom 25. Januar 2000, hat die Antragstellerin sich an die Vergabekammer des Landes B. gewandt und Nachprüfung des Vergabeverfahrens begehrt; sie hat beantragt,

> festzustellen, daß der von der Antragsgegnerin der B. erteilte Zuschlag nichtig sei;

hilfsweise,

den der B. erteilten Zuschlag aufzuheben und die Antragsgegnerin anzuweisen, das Vergabeverfahren unter Ausschluß der B. fortzusetzen;

hilfsweise,

der Antragsgegnerin aufzugeben, den mit der B. geschlossenen Vertrag wegen Verstoßes gegen Vergaberegeln und Nichtabgabe der erforderlichen Tariftreueerklärung aus wichtigem Grund sofort zu kündigen und eine erneute Ausschreibung vorzunehmen;

hilfsweise,

festzustellen, daß die Antragsgegnerin die Antragstellerin im Vergabeverfahren in ihren Rechten verletzt habe.

Mit der Antragstellerin am 17. Februar 2000 zugestelltem Beschluß vom 10. Februar 2000 hat die Vergabekammer des Landes B. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin als offensichtlich unbegründet zurückgewiesen. Die Vergabekammer hat gemeint, daß nach Beendigung des Vergabeverfahrens ein Nachprüfungsantrag immer unzulässig sei, weil bieterschützende Maßnahmen nicht mehr möglich seien und der Zuschlag nach gesetzlicher Vorschrift nicht aufgehoben werden könne.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Gegen diesen Beschluß hat die Antragstellerin sofortige Beschwerde eingelegt, die am 2. März 2000 beim Kammergericht eingegangen ist. Die Antragstellerin beanstandet weiterhin Vergaberechtsverstöße, insbesondere daß es unterblieben sei, die beabsichtigte Vergabe an die B. voranzukündigen. Sie ist ferner der Ansicht, daß ein der Nachprüfung nicht mehr zugängliches abgeschlossenes Vergabeverfahren nicht vorliege, weil der Zuschlag an die B. unwirksam sei. Jedenfalls sei aber auch nach einem wirksamen Zuschlag noch nachträglich das Vergabenachprüfungsverfahren zulässig, wenn es auf die Feststellung gerichtet sei, daß das Unternehmen, das die Nachprüfung beantragt habe, durch den Auftraggeber in seinen Rechten verletzt sei.

Die Antragstellerin beantragt,

unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung nach den vor der Vergabekammer des Landes B. gestellten Anträgen zu erkennen oder die Verpflichtung der Vergabekammer auszusprechen, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Beschwerdegerichts über die Sache erneut zu entscheiden.

Die Antragsgegnerin tritt der sofortigen Beschwerde entgegen.

Das Kammergericht möchte die sofortige Beschwerde zurückweisen. Es hält den Antrag auf Vergabenachprüfung für unstatthaft, weil die Antragstellerin ihn erst gestellt habe, nachdem das Vergabeverfahren durch die anderweitige Zuschlagserteilung abgeschlossen gewesen sei. Nach Ansicht des Kammergerichts ist in einem solchen Fall das Vergabenachprüfungsverfahren gesetzlich nicht vorgesehen, auch nicht als Verfahren zur Feststellung von Vergabe-

rechtsverstößen, und zwar selbst dann nicht, wenn wie hier mangels rechtzeitiger Vorabinformation das Nachprüfungsverfahren gar nicht vor Zuschlag habe eingeleitet werden können. Das Kammergericht sieht sich durch den Beschluß des Oberlandesgerichts Rostock vom 20. März 2000 - 17 W 5/99 (NZBau 2000, 396) gehindert, diese Rechtsansicht seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Denn die in Bestandskraft erwachsene Entscheidung des Oberlandesgerichts Rostock geht davon aus, daß ein Feststellungsantrag nach § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB jedenfalls dann zulässig sein müsse, wenn dem übergangenen Bieter mangels Information keine Chance verblieben sei, rechtzeitig das Nachprüfungsverfahren einzuleiten.

Das Kammergericht hat deshalb dem Bundesgerichtshof folgende Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt:

> "Ist ein Nachprüfungsantrag noch nach erteiltem Zuschlag statthaft, wenn der Antragsteller auf den bevorstehenden Zuschlag nicht hingewiesen worden ist?"

II. Die Vorlage ist zulässig. Nach § 124 Abs. 2 Satz 1 GWB legt ein Oberlandesgericht, das über eine sofortige Beschwerde gegen eine Entscheidung einer Vergabekammer zu befinden hat, die Sache dem Bundesgerichtshof vor, wenn es von einer Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs abweichen will. Das ist hier der Fall. Das Kammergericht sieht das Verfahren als durch infolge des Zuschlags eingetretenen Vertragsschluß beendet an und meint, für das erst nach Zuschlagserteilung eingeleitete Vergabenachprüfungsverfahren sei kein Raum. Das Kammergericht möchte deshalb die sofortige Beschwerde zurückweisen. Dies wiche in

der tragenden Begründung von derjenigen des Beschlusses des Oberlandesgerichts Rostock vom 20. März 2000 in der Sache 17 W 5/99 ab, in dem dieses Oberlandesgericht jedenfalls einen Feststellungsantrag auch noch nach Zuschlag zugelassen hat, wenn der Beschwerdeführer mangels rechtzeitiger Vorabinformation das Nachprüfungsverfahren vor Erteilung des Zuschlags gar nicht hat betreiben können.

III. Entgegen der im Tenor des Beschlusses des Kammergerichts zum Ausdruck kommenden Ansicht, hat der Senat auf die zulässige Vorlage hin nicht lediglich eine vom vorlegenden Oberlandesgericht zu formulierende oder tatsächlich formulierte Frage zu beantworten. Bei zulässiger Vorlage hat der Bundesgerichtshof vielmehr grundsätzlich über die sofortige Beschwerde zu entscheiden. Dies folgt aus § 124 Abs. 2 Satz 2 GWB, weil er dahin formuliert ist, daß der Bundesgerichtshof anstelle des Oberlandesgerichts entscheidet. Auch die Bindungswirkung für einen etwaigen Schadensersatzprozeß, die nach § 124 Abs. 1 GWB der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zukommt, verlangt und bestätigt, daß der auf zulässige Vorlage hin mit dem Nachprüfungsverfahren befaßte Senat grundsätzlich in der Sache entscheidet.

Der vorliegende Fall gibt keine Veranlassung zur Klärung der Frage, ob es - etwa bei tatrichterlichem Aufklärungsbedarf - in Anbetracht der sonstigen Funktionen des Bundesgerichtshofs eine durch § 124 Abs. 1 GWB gleichwohl nicht ausgeschlossene Möglichkeit ist, nur die entscheidungserheblichen Rechtsfragen eines Falles zu beantworten und im übrigen die Sache an das vorlegende Oberlandesgericht zurückzuverweisen. Denn hier kann der Senat die Beschwerde ohne weiteres in der Sache entscheiden.

IV. Die in zulässiger Weise erhobene sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluß der Vergabekammer des Landes B. vom 10. Februar 2000 bleibt ohne Erfolg, weil das von der Antragstellerin an die Vergabekammer herangetragene Begehren von Anfang an unstatthaft war; die Vergabekammer war schon zum Zeitpunkt ihrer Anrufung zu einer Entscheidung in der Sache nicht (mehr) berufen.

1. a) Das in §§ 97 ff. GWB geregelte Vergabeverfahren soll sicherstellen, daß Aufträge öffentlicher Auftraggeber nur in einem förmlichen, transparenten Verfahren einem Bieter erteilt werden. Während des Vergabeverfahrens haben die sich hieran beteiligenden Unternehmen deshalb Anspruch darauf, daß der öffentliche Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält (§ 97 Abs. 7 GWB). Dieser Anspruch kann während des Vergabeverfahrens vor den gemäß § 102 GWB eingerichteten Vergabekammern und den ihnen im Instanzenzug gemäß § 116, 124 Abs. 2 GWB nachfolgenden Senaten (Vergabesenate) verfolgt werden, deren Aufgabe es gemäß § 114 Abs. 1 GWB ist, auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einzuwirken und insbesondere die geeigneten Maßnahmen zu treffen, um eine bei der Nachprüfung festgestellte Rechtsverletzung zu beseitigen und die Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Das förmliche Vergabeverfahren ist beendet, wenn im Wege des Zugangs des Zuschlags des öffentlichen Auftraggebers einem Bieter der Auftrag wirksam erteilt ist. Vor der wirksamen Auftragserteilung begangene Verstöße gegen die Bestimmungen über das Vergabeverfahren können in dem gemäß §§ 102, 107 GWB eröffneten Nachprüfungsverfahren nicht mehr beseitigt werden; sie können nur noch zu Schadensersatzansprüchen von in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzten Bietern führen. Die Entscheidung über ein Schadensersatzbegehren ist nicht den für

das Nachprüfungsverfahren zuständigen Kammern und Senaten übertragen, sondern den ordentlichen Gerichten zugewiesen (§ 13 GVG). Die Zivilgerichte haben damit nach einer das Vergabeverfahren abschließenden wirksamen Auftragserteilung die - nur durch § 124 Abs. 1 GWB eingeschränkte - Kompetenz, über die Frage der Einhaltung der bis zur wirksamen Auftragserteilung zu beachtenden Vergaberegeln zu befinden. Hierdurch kommt, auch ohne eine dies ausdrücklich regelnde Bestimmung zum Ausdruck, daß die in §§ 102, 107 GWB vorgesehene Möglichkeit der Anrufung der Vergabekammer auf die Zeit beschränkt ist, zu der - wenn sich bei der Nachprüfung ein Verstoß gegen zu beachtende Vergaberegeln feststellen lassen sollte - noch auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens eingewirkt werden könnte. Kann das infolge eines behaupteten Vergaberechtsverstoßes bestehende Interesse eines Bieters allein noch auf Schadensersatz gerichtet sein, weil das Vergabeverfahren durch wirksame Auftragsvergabe beendet ist, steht hingegen nur noch der Weg zu den Zivilgerichten offen, die für eine Schadensersatzklage des betroffenen Bieters gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber zuständig sind.

b) Diese sich am Zweck des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens einerseits und des Aufgabenbereichs der Zivilgerichte andererseits orientierende Auslegung des Gesetzes entspricht dem Willen, von dem sich der Gesetzgeber bei Schaffung der §§ 97 ff. GWB hat leiten lassen. Denn in der Begründung zum Entwurf des § 117 GWB (jetzt § 107 GWB) heißt es: "Gegenstand der Nachprüfung ist das noch nicht abgeschlossene Vergabeverfahren" (BT-Drucks. 13/9340, S. 17). In der Gegenäußerung der Bundesregierung zu Nr. 21 der Stellungnahme des Bundesrates ist überdies ausgeführt: "Wenn der Zuschlag bereits erteilt wurde, ist das Nachprüfungsverfahren nicht statthaft. Es sind nur noch Schadensersatzprozesse möglich" (BT-Drucks. 13/9340,

S. 50). Die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens soll also nicht mehr zulässig sein, wenn der öffentliche Auftraggeber einem anderen Bieter den Auftrag bereits wirksam erteilt hat.

c) Die Zulässigkeit eines erst nach wirksamer Auftragserteilung angebrachten Gesuchs nach § 107 Abs. 1 GWB wäre vor allem auch mit dem Grundsatz der Prozeßwirtschaftlichkeit unvereinbar, der gebietet, in einem förmlichen Verfahren zu klärende Fragen nach Möglichkeit nicht in Verfahren zu beantworten, die nebeneinander oder nacheinander geführt werden können. Daß der Gesetzgeber sich auch bei der Schaffung des im Rahmen des GWB geregelten Vergabeverfahrens von diesem Gesichtspunkt hat leiten lassen, kommt nicht nur in der Äußerung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Ausdruck; vor allem die Einführung der Bindungswirkung des § 124 Abs. 1 GWB ist Beleg hierfür (vgl. Boesen, Vergaberecht, § 124 Rdn. 3 m.w.N.). Außerdem ist in diesem Zusammenhang auf die Regelung in § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB hinzuweisen. Sie gilt - soweit sie hier interessiert - in den Fällen, in denen der Nachprüfungsantrag gemäß § 107 Abs. 1 GWB vor wirksamer Erteilung des Auftrags angebracht worden ist, während des Nachprüfungsverfahrens der Zuschlag erfolgt und eine Entscheidung nach § 114 Abs. 1 GWB nicht mehr ergehen kann. Die in diesen Fällen den Vergabekammern und -senaten weiterhin mögliche Feststellung, daß eine Rechtsverletzung vorgelegen habe, soll etwaige zum Zeitpunkt des Zuschlags im Nachprüfungsverfahren bereits erarbeitete Ergebnisse erhalten. Auch diese Regelung dient damit dem Zweck, eine nochmalige gerichtliche Prüfung derselben Sach- und Rechtsfragen zu vermeiden (BayObLG Beschl. v. 7.10.1999 - Verg 3/99, NZBau 2000, 92, 93). Infolge der Bindungswirkung, welche die bestandskräftige Entscheidung im Nachprüfungsverfahren nach § 124 Abs. 1 GWB für einen etwaigen Schadens-

ersatzprozeß hat, bedarf es im Prozeß vor den ordentlichen Gerichten keiner Feststellungen und Beweiserhebungen mehr zu der Frage, ob das Vergabeverfahren rechtswidrig war und der Bieter dadurch in seinen Rechten verletzt wurde.

d) Nach allem ist es nur konsequent und spricht ebenfalls für die Unzulässigkeit einer erst nach wirksamer Erteilung des Auftrags erfolgenden Antragstellung nach § 107 Abs. 1 GWB, daß Abs. 2 Satz 1 dieser Bestimmung die Antragsbefugnis nicht davon abhängig macht, ob der das Nachprüfungsverfahren betreibende Bieter ein - nach wirksamer Auftragserteilung an ein anderes Unternehmen nicht mehr zu realisierendes - Interesse an dem Auftrag gehabt hat, sondern verlangt, daß der Antragende ein Interesse an dem Auftrag hat (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.1999 - Verg 1/99, NJW 2000, 145, 147; Gröning, ZIP 1999, 52, 56). Dies steht in Einklang mit der Praxis im deutschen Verwaltungsgerichtsprozeß. Insoweit ist in der neueren Rechtsprechung anerkannt (vgl. nur BVerwGE 81, 226, 228), daß in Fällen, in denen sich ein Verwaltungsakt bereits vor Klageerhebung erledigt hat, die Absicht, eine Amtshaftungsklage zu erheben, allein kein schutzwürdiges Interesse an einer Klage mit dem Ziel begründet, die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts festzustellen. Nur bei Erledigung des Verwaltungsakts nach Klageerhebung rechtfertigt der in bezug auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts typischer Weise entfaltete prozessuale Aufwand die Fortführung der Anfechtungsklage als Fortsetzungsfeststellungsklage.

e) Das Gebot, eine nationale Regelung, die den Bereich einer Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft berührt, soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten, verlangt entgegen der Ansicht von Teilen

des Schrifttums (Kulartz, BauR 1999, 724, 726 f.; Ulbrich/Waldner, BauR 1999, 1082, 1088; Kus in Niebuhr u.a., Kommentar zum Vergaberecht, § 114 Rdn. 68) hier nach keiner anderen Auslegung. Zwar sollen nach Art. 3 Abs. 1 der nach Gegenstand und Umfang des zu vergebenden Auftrags im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigenden Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (Rechtsmittelsektorenrichtlinie - ABl. EG Nr. L 76, S. 14) die Mitgliedstaaten sicherstellen, daß das Nachprüfungsverfahren nicht nur jedem zur Verfügung steht, der ein Interesse an dem Auftrag hat, sondern auch dem, der ein solches Interesse hatte. Nach Art. 2 Abs. 6 Satz 2 der Rechtsmittelsektorenrichtlinie können die Mitgliedstaaten jedoch vorsehen, daß nach dem Vertragsschluß im Anschluß an die Zuschlagserteilung die Befugnisse der Nachprüfungsinstanz darauf beschränkt werden, einer durch den Rechtsverstoß geschädigten Person Schadensersatz zuzuerkennen. Das kann nicht als Verbot angesehen werden, ausschließlich die nach nationaler Rechtsordnung mit Schadensersatzprozessen befaßten Gerichte (auch) mit der Nachprüfung des Vergabeverfahrens zu betrauen, wenn ein Gesuch erst nach wirksamem Zustandekommen des Auftrags gestellt wird.

f) Mit dieser Meinung setzt sich der Senat nicht in Widerspruch zu dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vom 28. Oktober 1999 (C-81/98, WRP 2000, 84 ff. - Alcatel Austria) zur Auslegung von Art. 2 Abs. 1 Buchst. a und b in Verbindung mit Abs. 6 Unterabsatz 2 der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprü-

fungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (Rechtsmittelrichtlinie ABl. EG Nr. L 395, S. 33). Auch der EuGH hebt hervor, daß unterschieden werden kann zwischen dem dem Vertragsschluß vorausgehenden Stadium, auf das Art. 2 Abs. 1 der Rechtsmittelrichtlinie anwendbar ist, und dem ihm nachfolgenden Stadium, für das ein Mitgliedstaat vorsehen kann, daß die Befugnisse der Nachprüfungsinstanz darauf beschränkt sind, einer durch einen Rechtsverstoß geschädigten Person Schadensersatz zuzuerkennen. Der EuGH entnimmt allerdings Art. 2 Abs. 1 Buchst. a und b in Verbindung mit Abs. 6 Unterabsatz 2 der Rechtsmittelrichtlinie, daß die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die dem Vertragsschluß vorangehende Entscheidung des Auftraggebers darüber, mit welchem Bieter eines Vergabeverfahrens er den Vertrag schließt, in jedem Fall einem Nachprüfungsverfahren zugänglich zu machen, in dem der Antragsteller unabhängig von der Möglichkeit, nach dem Vertragsschluß Schadensersatz zu verlangen, die Aufhebung der Entscheidung erwirken kann, wenn die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind. Dies erfordert nach Meinung des EuGH, daß den Beteiligten vor dem Abschluß des Vertrages zur Kenntnis gelangt, wem der Zuschlag erteilt werden soll, sowie daß diese Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers im Rahmen einer Nachprüfung aufgehoben werden kann (Erwägungsgrund 48).

Wie 1999 in der Bundesrepublik Deutschland die Vergabe von Aufträgen öffentlicher Auftraggeber gehandhabt wurde, mag danach als nicht richtlinienkonform anzusehen sein, weil - wie auch im vorliegenden Fall - der Zuschlag zum Abschluß des Vertrags führte, ohne daß die nicht berücksichtigten Bieter hiervon erfuhren und in der Lage waren, gemäß § 115 Abs. 1 die Erteilung des Zuschlags zunächst zu verhindern und eine ihnen günstige Maßnahme nach § 114 Abs. 1 GWB zu erstreiten. Die Lösung dieses Problems wird

jedoch nicht davon beeinflußt, ob man die Klärung eines Vergabemangels nach wirksamer Erteilung des Zuschlags dem Verfahren vor der Vergabekammer nach § 107 Abs. 1 GWB oder aber - entsprechend der Meinung des erkennenden Senats und des Vorlagebeschlusses - einem Verfahren vor den Zivilgerichten im ordentlichen Rechtsweg zuweist. Eine insoweit bestehende Rechtsschutzlücke könnte nur in anderer Weise geschlossen werden, etwa durch eine hinreichend gesicherte Vorabinformationspflicht, so daß der öffentliche Auftraggeber ohne ihre Einhaltung einem Bieter den Auftrag wirksam nicht erteilen kann, so wie dies nach Inkrafttreten der in Vorbereitung befindlichen Vergabeordnung voraussichtlich sein soll.

g) Der vorgenommenen Auslegung stehen schützenswerte Belange der Unternehmen nicht entgegen, die sich an der Ausschreibung des öffentlichen Auftraggebers beteiligen. Sie lassen sich nicht mit der Überlegung begründen, daß die Vergabekammern und die ihnen im Instanzenzug nachfolgenden Vergabesenate auf das Vergaberecht spezialisiert sind und deshalb von ihnen sachgerechte Lösungen erwartet werden können, denen gemäß § 124 Abs. 1 GWB auch im Falle eines Schadensersatzprozesses bindende Wirkung zukommt. Denn die Zivilgerichte haben nicht nur die zur Entscheidung von Schadensersatzklagen nötige Kompetenz; zu ihren Aufgaben gehört auch die Erfassung und Beantwortung von Vorfragen.

Während der Zivilprozeß vom Beibringungsgrundsatz beherrscht wird, ist nach §§ 110 Abs. 1 Satz 1, 120 Abs. 2, 70 Abs. 1 bis 3 GWB allerdings im Verfahren vor den Vergabekammern und den insoweit im Instanzenzug nachgeordneten Vergabesenaten der hierfür maßgebliche Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen (Untersuchungsgrundsatz). Auch dieser Unterschied

rechtfertigt jedoch nicht die Annahme, seinetwegen müsse das nach wirksamer Erteilung des Auftrags an einen Dritten noch bestehende Interesse eines nicht berücksichtigten Bieters in dem Verfahren verfolgt werden können, das dem Untersuchungsgrundsatz unterliegt. Denn dieser Unterschied verliert bereits durch die im GWB (§§ 113 Abs. 2, 120 Abs. 2) geregelten Mitwirkungs- und Förderungspflichten der Beteiligten eines Nachprüfungsverfahrens an Bedeutung. Danach muß insbesondere der Antragsteller zu den sein Begehren rechtfertigenden Tatsachen vortragen; Beweismöglichkeiten sind aufzuzeigen; außerdem darf erst nach Ablauf gesetzter Fristen Vorgebrachtes unberücksichtigt bleiben. Auch im Vergabenachprüfungsverfahren ist also nicht allen denkbaren Möglichkeiten zur Aufklärung des Sachverhalts von Amts wegen nachzugehen (vgl. Porz in Niebuhr u.a., aaO, § 110 Rdn. 9). Es kommt hinzu, daß die Zivilgerichte im Schadensersatzprozeß die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur sog. sekundären Behauptungslast zu beachten haben (vgl. Senat, Urt. v. 18.5.1999 - X ZR 158/97, FamRZ 1999, 1265, 1266; BGH, Urt. v. 6.4.1995 - III ZR 183/94, NJW 1995, 2344, 2345; Jaeger in Kapellmann/Vygen, Jahrbuch BauR 2000, 107, 112; Schnorbus, BauR 1999, 77, 98). Danach darf sich die Gegenpartei, der Aufklärung zuzumuten ist, nicht auf ein bloßes Bestreiten bzw. Vortragen der anspruchsausschließenden Tatsachen zurückziehen, wenn der Anspruchsteller außerhalb des maßgeblichen Geschehensablaufes steht und deshalb den rechtserheblichen Sachverhalt von sich aus nicht ermitteln und in einer ggf. zur Beweiserhebung geeigneten Weise vortragen kann. Das kann gerade auch in Fällen des Vorwurfs einer vergaberechtswidrigen Vorgehensweise des öffentlichen Auftraggebers zum Tragen kommen. Dadurch verliert das ihm im Schrifttum (Meyer, WuW 1999, 567, 570) beigelegte Gewicht auch der Umstand, daß der öffentliche Auftraggeber im Vergabenachprüfungsverfahren zur vollständigen Herausgabe der Vergabe-

akten verpflichtet ist (§ 110 Abs. 2 Satz 3 GWB), während für den Schadensersatzprozeß eine vergleichbare Regelung fehlt.

h) Die vom Senat vorgenommene Auslegung steht - entgegen Stimmen in der Literatur (vgl. etwa Kulartz BauR 1999, 724, 726; Kus in Niebuhr u.a., aaO, § 114 Rdn. 68) - hiernach auch im Einklang mit den von Verfassungs wegen zu beachtenden Geboten. Dabei kann unentschieden bleiben, ob im Zusammenhang mit der Vergabe von Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber öffentliche Gewalt ausgeübt wird, was zur Beachtung von Art. 19 Abs. 4 GG zwänge, oder ob dem sog. Justizgewährungsanspruch genügt werden muß, der sich aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) ergibt (vgl. zum Streitstand Boesen, aaO, Einl. Rdn. 98 ff. m.w.N.). In jedem Fall muß eine Rechtsschutzgarantie gegeben sein, die nicht nur gewährleistet, daß überhaupt ein Rechtsweg offensteht; der eröffnete Rechtsweg muß auch eine effektive Wahrung geltend gemachter Rechte ermöglichen (BVerfGE 88, 118, 123). Das ist bei Anrufung der für Schadensersatzklagen zuständigen ordentlichen Gerichte und der Prüfung der behaupteten Vergaberechtsverstöße durch diese Gerichte jedoch - wie ausgeführt - sichergestellt. Ein Anspruch auf ein staatliches Organ, das möglicherweise als sachnäher bezeichnet werden kann, besteht unter diesen Umständen nicht (vgl. BVerwGE 81, 226, 228 m.w.N.).

i) Schließlich scheidet auch eine analoge Anwendung des § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB auf die Fälle aus, in denen ein bei der Vergabe nicht berücksichtigter Bieter erst nach wirksamem Zustandekommen des Auftrags mit einem anderen Bieter seinen Antrag auf Nachprüfung bei der Vergabekammer anbringt. Nach dem Vorgesagten fehlt die für eine analoge Anwendung erforderli-

che planwidrige Lücke im Gesetz, die durch § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB zu schließen wäre.

2. Aufgrund des Zuschlags zugunsten der B. am 22. Oktober 1999 und dem Zugang dieser Erklärung bei diesem Bieter war der zu vergebende Auftrag bereits wirksam zustande gekommen, als die Antragstellerin sich mit ihrem Antrag vom 25. Januar 2000 an die Vergabekammer des Landes B. wandte. Vergeblich macht die Antragstellerin geltend, der mit der B. abgeschlossene Vertrag sei gemäß § 134 BGB bzw. § 138 BGB nichtig.

a) Eine Nichtigkeit der Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin und/oder des Vertrages mit der B. nach § 134 BGB folgt nicht daraus, daß die anderen Bieter vor der Zuschlagsentscheidung nicht über deren vorgesehenen Inhalt unterrichtet worden sind. § 134 BGB greift nur ein, wenn ein Rechtsgeschäft gegen ein gesetzliches Verbot verstößt; das Gesetz muß sich gerade gegen die Vornahme des betreffenden Rechtsgeschäftes richten (BGH, Urt . v. 8.6.1983 - VIII ZR 77/82, NJW 1983, 2873). Eine § 115 Abs. 1 oder § 118 Abs. 3 GWB vergleichbare Regel dahin, daß es öffentlichen Auftraggebern verboten sei, ohne Vorabinformation der Bieter die vorgesehene Vergabeentscheidung zu treffen und einem der Bieter den Auftrag zu erteilen, gab es zu dem hier maßgeblichen Zeitpunkt im Jahre 1999 jedoch nicht (vgl. Boesen, aaO, § 107 Rdn. 26; Reidt, BauR 2000, 22, 27; Kus NJW 2000, 544, 546). Dabei kann dahinstehen, ob nach dem damals zu beachtenden Recht den Bietern überhaupt ein Vorabinformationsanspruch zustand und woraus dieser ggf. herzuleiten war. Die Verletzung einer Vorabinformationspflicht wäre lediglich ein Fehler im Vergabeverfahren gewesen; wie andere Verstöße gegen die Regeln eines den Wettbewerb und die Transparenz wahrenden Vergabeverfahrens

hätte er allenfalls den öffentlichen Auftraggeber schadensersatzpflichtig machen können; die Wirksamkeit anderer Vergabeentscheidungen, insbesondere diejenige der Auftragserteilung durch Zuschlag hätte er nicht berühren können. Was den Zuschlag betrifft, prägte dieser Grundsatz schon die Rechtsprechung zum bis zum Inkrafttreten der §§ 97 ff. GWB geltenden Vergaberecht (vgl. OLG Schleswig, Urt. v. 6.7.1999 - 6 U Kart 22/99, ZVgR 1999, 249, 251); er hat nunmehr seine Ausprägung in der Regelung des § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB erfahren (vgl. Reidt in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 114 Rdn. 23). Mangels einer ergänzenden gesetzlichen Regelung, daß die Bestandskraft des Zuschlags von einer vorherigen Information der beteiligten Bieter über seinen vorgesehenen Inhalt abhängig sei, konnte daher entgegen der Meinung der Antragstellerin den Tatbestand des § 134 BGB nicht ausfüllen, daß die Antragsgegnerin vor ihrer Entscheidung vom 22. Oktober 1999 zugunsten der B. die
anderen Bieter hierüber nicht informiert hat.

In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen braucht ferner den Beanstandungen der Antragstellerin nicht weiter nachgegangen zu werden, die dahin gehen, durch die Vergabe sämtlicher Lose zu einem Pauschalpreis sei von der Ausschreibung abgewichen worden, das Angebot habe nicht der tatsächlich dann vereinbarten Laufzeit entsprechend kalkuliert werden können und die B. habe wegen fachlicher Ungeeignetheit nicht beauftragt werden dürfen; wegen des niedrigsten Preises habe vielmehr sie selbst den Auftrag erhalten müssen. Auch insoweit kann sich die Antragstellerin allenfalls auf die Verletzung von Regeln des Vergabeverfahrens berufen. Sollte es insoweit zu Vergaberechtsverstößen gekommen sein, änderten sie nichts an der Wirksamkeit der

zum Abschluß des Vergabeverfahrens führenden Entscheidung der Antragsgegnerin.

b) Die Auftragsvergabe an die B. ist auch nicht sittenwidrig und deshalb nicht gemäß § 138 BGB nichtig.

Es war zum Vergabezeitpunkt und ist auch derzeit rechtlich nicht abschließend geklärt, ob es auf der Grundlage eines Landesgesetzes zulässig ist, Aufträge nur an solche Unternehmen zu vergeben, die sich zur Einhaltung der geltenden Lohntarife verpflichten. Der Bundesgerichtshof hat in dem Vorlagebeschluß vom 18. Januar 2000 (KVR 23/98, NZBau 2000, 189 - Tariftreueerklärung II), mit dem er die dort anhängige Rechtssache dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt hat, die Auffassung vertreten, daß der eine solche Regelung vorsehende § 1 Abs. 1 Satz 2 BerlVergG mit dem Grundgesetz und mit Bundesrecht nicht vereinbar sei. War es aber zweifelhaft, ob Tariftreueerklärungen in einem Vergabeverfahren überhaupt als Vergabekriterium verwendet werden dürfen, so kann das von der Antragstellerin im Hinblick auf die Auftragsvergabe an die B. behauptete Abgehen der Antragsgegnerin vom Verlangen nach Anwendung des Tarifvertrages des Gebäudereiniger-Handwerks keinen Umstand darstellen, der es rechtfertigen könnte, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin als sittenwidrig nach § 138 Abs. 1 BGB zu bewerten.

Der zu beurteilende Sachverhalt läßt ferner die Feststellung nicht zu, der erteilte Zuschlag und der auf ihm beruhende Vertrag seien gemäß § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig, weil das Ausschreibungsverfahren ein Scheinmanöver gewesen sei und die B. von vornherein als Zuschlagsempfängerin festgestanden

habe. Die Antragstellerin hat hierzu im wesentlichen vorgetragen, die Antragsgegnerin habe alle bei ihr befindlichen Verträge mit Reinigungsunternehmen nebst Anlagen vorab, d.h. schon vor Beginn der Ausschreibung an die B. gegeben, um dieser eine Kalkulations- und Angebotsabgabe mit dem Ziel zu ermöglichen, das sog. wirtschaftlichste Angebot unterbreiten zu können; diese Vorgänge könnten durch Zeugen belegt werden; Namen und Adressen gebe sie in kürzester Zeit, jedenfalls aber rechtzeitig vor dem Termin vor dem Kammergericht bekannt. Dieser von der Antragstellerin vorgetragene Sachverhalt kann jedoch angesichts des Bestreitens der Antragsgegnerin bei der Beurteilung der Wirksamkeit der Auftragsvergabe an die B. nicht zugrunde gelegt werden.

Nach § 120 Abs. 2 in Verbindung mit § 70 Abs. 1 Satz 3 GWB ist im Beschwerdeverfahren der für die Entscheidung maßgebliche Sachverhalt zwar von Amts wegen zu erforschen. Dieser Verpflichtung steht jedoch - wie bereits ausgeführt - nach § 120 Abs. 2 in Verbindung mit § 113 Abs. 2 Satz 1 GWB die Pflicht der Beteiligten gegenüber, das Verfahren zu fördern und an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken. Vor allem muß der Beschwerdeführer nach § 117 Abs. 2 Nr. 2 GWB die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt. Dieser der Beschleunigung des Nachprüfungsverfahrens dienenden Pflicht ist die Antragstellerin nicht nachgekommen. Trotz ihrer Ankündigung, deretwegen der Vergabesenat des Kammergerichts keinen Anlaß hatte, zur Beibringung eine gerichtliche Frist zu setzen, hat die Antragstellerin zu dem von ihr vorgetragenen Sachverhalt der Bekanntgabe der Verträge der anderen Reinigungsunternehmen an die B. bis zur mündlichen Verhandlung vom 7. Juni 2000 keine Zeugen benannt. Der im Schriftsatz vom 18. Mai 2000 seitens der Antragstellerin erwähnte Zeuge M. ist für ein ande-

res Beweisthema angegeben worden. Es besteht mithin ein Hindernis, das tatsächliche Geschehen in dem von der Antragstellerin geltend gemachten Umfange weiter aufzuklären. Es kann deshalb dahinstehen, ob aus dem von der Antragstellerin beweislos behaupteten Sachverhalt überhaupt eine Mißachtung der herrschenden Rechts- und Sozialmoral zum Ausdruck kommt, die als sittenwidrig einzustufen ist.

V. Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung des § 97 Abs. 1 ZPO. Die Heranziehung der Grundsätze zur Analogie ist nötig, weil das Gesetz - anders als für das Verfahren vor den Vergabekammern - keine ausdrückliche Regelung enthält, nach welcher die Kostengrundentscheidung im Beschwerdeverfahren nach den §§ 116 ff. GWB zu treffen ist. Die bestehende Gesetzeslücke kann nicht durch die für das Kartellbeschwerdeverfahren geltende Regelung des § 78 GWB geschlossen werden, weil diese Vorschrift in § 120 Abs. 2 GWB gerade für nicht anwendbar erklärt worden ist. In Betracht zu ziehen ist deshalb nur die entsprechende Anwendung der für das Verfahren vor den Vergabekammern gesetzlich geregelten Kostenvorschrift (§ 128 GWB) bzw. die Heranziehung der §§ 91 ff. ZPO. Da sich § 128 GWB am verwaltungsrechtlichen Kostendeckungsprinzip orientiert (vgl. Boesen, aaO, § 123 Rdn. 88) und Bezüge zum Verwaltungsverfahrensrecht aufweist (vgl. die Verweisung auf § 80 VwVfG in § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB), es sich bei dem vergaberechtlichen Beschwerdeverfahren aber um ein streitiges Verfahren vor einem ordentlichen Gericht handelt, enthalten die §§ 91 ff. ZPO die sachgerechteren Regeln, deren entsprechende Anwendung damit geboten ist (vgl. auch Korbion, Vergaberechtsänderungsgesetz, § 128 Rdn. 16).

VI. Eine mündliche Verhandlung hat der Senat nicht für notwendig erachtet. Für das Verfahren vor dem Bundesgerichtshof fehlt eine § 120 Abs. 2 GWB entsprechende Verweisung auf § 69 GWB. Die Notwendigkeit der dort vorgeschriebenen mündlichen Verhandlung ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, daß der Bundesgerichtshof gemäß § 124 Abs. 2 Satz 2 GWB anstelle des vorlegenden Oberlandesgerichts entscheidet. Dadurch wird dem Senat die Entscheidungskompetenz zugewiesen, nicht aber das von ihm als Beschwerdegericht zu beachtende Verfahren geregelt. Mangels näherer Ausgestaltung durch das GWB ist dieses Verfahren vielmehr unter Beachtung der rechtsstaatlichen Grundsätze und unter Heranziehung der ansonsten das Verfahren vor dem Bundesgerichtshof bestimmenden Regeln so zu gestalten, daß es dem jeweiligen Streitfall gerecht wird. Hierfür bedurfte es angesichts des beschränkten Prüfungsumfangs im vorliegenden Fall einer mündlichen Verhandlung nicht.

VII. Die Festsetzung des Beschwerdewerts beruht auf § 12 a Abs. 2 GKG.

Rogge Jestaedt Scharen

Mühlens Meier-Beck