
Datum: 14.01.2004
Gericht: Landgericht Köln
Spruchkörper: 28. Zivilkammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 28 O (Kart) 32/03
ECLI: ECLI:DE:LGK:2004:0114.28O.KART32.03.00

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand: 1

Die Parteien streiten über Schadenersatzansprüche wegen der Aufhebung einer Ausschreibung der Beklagten. 2

Die Beklagten schrieben die Neuordnung der Abfallwirtschaft in der Stadt C im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Vergabebekanntmachung nach § 3 a Nr. 1 Abs. 4 VOL/A öffentlich europaweit aus. Die Ausschreibung wurde am 29.12.2000 im Amtsblatt der EG veröffentlicht. 3

Ziel der Ausschreibung war es, dass die Stadtreinigung nicht mehr, wie dies zuvor durchgeführt wurde, von der Beklagten zu 1. selbst vorgenommen werden sollte, sondern dass diese Aufgaben von einer N C GmbH (im folgenden: N), die die Entscheidungsträgerin hinsichtlich der Cer Müllverbrennungsanlage war, durchgeführt werden sollten. Hierzu sollten die Geschäftsanteile der bestehenden N, die zu 6,5 % bei der Beklagten zu 1. und zu 93,5 % bei der Beklagten zu 2. lagen, neu aufgeteilt werden. So sollte der im Vergabeverfahren obsiegende Bieter 49 % der Geschäftsanteile der N erwerben, während die übrigen 51 % bei der Beklagten zu 2. verbleiben sollten. Auch Personal und Betriebsmittel sollten von den Beklagten auf die N zur Aufgabenerfüllung im Bereich der Müllentsorgung und Stadtreinigung 4

übergehen. Auf die Vergabebekanntmachung, die als Anlage K 1 der Klageschrift eingereicht wurde, wird Bezug genommen.

Nachdem ein Teilnahmewettbewerb durchgeführt wurde, wurden zwei Teilnehmer, nämlich die Klägerin und die S2 GmbH & Co. KG zu Verhandlungen aufgefordert. 5

Die Klägerin bzw. deren Rechtsvorgängerin, die Fa. F C GmbH war ein Unternehmen, dass seit mehreren Jahren mit den Beklagten im Bereich der Entsorgungswirtschaft eng zusammenarbeitete. Die Gesellschaftsanteile der Klägerin lagen zu je 50 % bei der U1 AG und der Firma C1. Die Firma C1 selbst stand im Alleineigentum von Herrn L. Sowohl U1, als auch L waren zeitweise Geschäftsführer der Klägerin bzw. ihrer Rechtsvorgängerin. 6

In dem Verhandlungsverfahren wies die Klägerin mehrfach darauf hin, dass - was unstreitig der Fall war - die volle Auslastung der N durch einen Auslastungsvertrag zwischen der Klägerin und der N vollumfänglich gedeckt sei. Ferner führte die Klägerin aus, dass der Auslastungsvertrag gekündigt werden könne, falls sie den Zuschlag bei der streitgegenständlichen Ausschreibung nicht erhalte. Auf das Schreiben der Klägerin vom 31.10.2001, das als Anlage A 27 zu den Akten gereicht wurde, wird Bezug genommen. 7

Nach Durchführung des Verhandlungsverfahrens, in dem U1 für die Klägerin zeitweilig die Verhandlungen persönlich führte, gaben die beiden Bieter am 04.12.2001 jeweils ein verbindliches Angebot ab. Inhalt des Angebots der Klägerin war unter anderem eine Patronatserklärung der U1 AG vom 25.01.2001, in der sich diese verpflichtete, ihre Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit und Fachkunde für die ausgeschriebenen Leistungen uneingeschränkt der Klägerin zur Verfügung zu stellen. 8

In der Ausgabe vom 15.04.2002 berichtete die Kölnische Rundschau, dass nach Aussagen der Cer Oberbürgermeisterin E das Vergabeverfahren möglicherweise nicht wieder aufgenommen und die Teilprivatisierung durchgesetzt werde. Aufgrund dieser Berichterstattung wurde die Oberbürgermeisterin durch U1 abgemahnt und zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung aufgefordert. 9

Durch Beschluss vom 16.05.2002, der entsprechend der Beschlussvorlage durch den Rat der Stadt C gefasst wurde, wurde die Ausschreibung aufgehoben. Auf den Beschluss und die Begründung, die als Anlage K 10 zu den Akten gereicht wurde, wird Bezug genommen. 10

Mit Schreiben vom 16.05.2002 teilten die Beklagten jeweils mit gesondertem, wortgleichem Schreiben an die Klägerin mit, dass das Vergabeverfahren aufgehoben worden sei. In dem Schreiben wird die Aufhebung des Vergabeverfahrens damit begründet, dass sich den Beklagten neue Handlungsalternativen eröffnet hätten, insbesondere in Bezug auf die Möglichkeit, eine kommunale Kooperation anzustreben. Darüber hinaus könne nicht beurteilt werden, inwieweit der Korruptionsverdacht in Bezug auf Herrn T und die Korruptionsvorwürfe hinsichtlich des "Kölner Müllofens" (auf beides wird in der Folge eingegangen) Einfluss auf das streitgegenständliche Vergabeverfahren habe, da man auf die Ermittlungsergebnisse der Staatsanwaltschaft angewiesen sei. Auf die Schreiben vom 16.05.2002, die als Anlagen K 2 und K 3 zur Klageschrift eingereicht wurden, wird Bezug genommen. 11

Die Beklagten fertigten über den Ablauf des Vergabeverfahrens einen Vergabevermerk. Aus diesem Vermerk, der das Datum 26.08.2002 enthält und an diesem Tag abgeschlossen wurde, ergibt sich, dass die Beklagten von neuen Handlungsalternativen im Bereich der kommunalen Zusammenarbeit und von weiteren Gründen ausging, die die Aufhebung der streitgegenständlichen Ausschreibung rechtfertigen konnten. 12

Zum Zeitpunkt der Aufhebung der Ausschreibung war unklar, wie sich die Verdachtsmomente gegen U1 bzw. die U1 AG und L auf der einen Seite und gegen T auf der anderen Seite entwickeln würden. Nach der Aufhebung der Ausschreibung initiierte die S1 AG, die nunmehr die U1 AG übernommen hatte, eine Sonderprüfung der U1 AG und der Tochterunternehmen. Im Rahmen dieser Sonderprüfung wurde U1 mit Wirkung zum 31.05.2002 als Vorstandsvorsitzender der U1 AG abgelöst und hatte ab diesem Zeitpunkt keinen Einfluss mehr auf die Geschäfte der U1 AG. Auch weitere Mitarbeiter der U1 AG wurde entlassen bzw. freigestellt. Die Sonderprüfung bezog sich auch auf die Klägerin. Im Rahmen dieser Prüfung wurden keine Mitarbeiter der Klägerin freigestellt oder entlassen. Noch mit Schreiben vom 29.04.2003 teilte der Geschäftsführer der Klägerin mit, dass die Klägerin in keine Korruptionsvorwürfe verwickelt gewesen sei. 13

Trotz vorgerichtlichen Verhandlungen waren die Beklagten nicht bereit, das Vergabeverfahren fortzusetzen oder Schadensersatzansprüche wegen der Aufhebung zu leisten. 14

Während der Durchführung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens und in der Folgezeit waren eine Vielzahl von Korruptionsvorwürfen in der Öffentlichkeit bekannt geworden und die zuständigen Staatsanwaltschaften hatten Ermittlungsverfahren eröffnet. Die verschiedenen Korruptionsvorwürfe bzw. -verfahren stellen sich nach Berichten in verschiedenen Zeitungen und Zeitschriften wie folgt dar: 15

1. Im März 2002 wurden erste Informationen darüber bekannt, dass der Verdacht bestand, U1 und L seien in eine Korruptionsaffäre um den Bau der Kölner Müllverbrennungsanlage verwickelt. Dabei wurden den Beteiligten Bestechung sowie Steuerhinterziehung vorgeworfen. Zum damaligen Zeitpunkt teilte die zuständige Staatsanwaltschaft Köln mit, dass mit einer Anklage im März 2003 zu rechnen sei. 16

Die Vorwürfe stellten sich, soweit dies im Rechtsstreit bekannt geworden ist, im Einzelnen wie folgt dar: 17

Im Herbst 1991 setzte der Rat der Stadt Köln eine Projektgruppe unter Leitung von F1 zur Vorbereitung des Baus des "Kölner Müllofens" ein. F1 soll die U1 AG von Anfang an an den entsprechenden Planungen beteiligt haben. Im Jahr 1992 gründete die Stadt Köln dann die Abfallbeseitigungs- und Verwertungsanlage (im folgenden AVG). Hieran war die U1 AG zunächst mit 25,1 % beteiligt. Später wurde diese Beteiligung auf 49,1 % aufgestockt. 18

Im Jahr 1994 erhielt die Firma M GmbH den Zuschlag zum Bau des Müllofens (Auftragsvolumen ca. 800 Mio. DM), ohne dass zuvor eine europaweite Ausschreibung stattgefunden hätte. Um den Auftrag hatten sich insgesamt 4 Anlagenbauer beworben. Die Firma M GmbH soll sodann in den Jahren 1994 bis 1999 ca. 3 % der Auftragssumme (ca. 21 Mio. DM) als Bestechungsgelder gezahlt haben. Die hierfür erforderlichen Absprachen seien zwischen U1 (zum damaligen Zeitpunkt Vorstandsvorsitzender der U1 AG), F1 und N1 (zum damaligen Zeitpunkt Geschäftsführer der Firma M) getroffen worden. Dabei soll U1 die Aufgabe zugekommen sein, auf X (ehemaliger Geschäftsführer der SPD Bundestagsfraktion) einzuwirken, damit dieser wiederum auf S (ehemaliger Fraktionsvorsitzender der Kölner SPD) einwirke, um so die Vergabe an die M GmbH zu ermöglichen. Für die Tätigkeiten sollen F1 9,5 Mio. DM, X 4,4 Mio. DM, S 2 Mio. DM, N1 2 Mio. DM und U1 2 Mio. DM erhalten haben. Die Zahlungen seien über die Schweizer Firma T1 AG abgewickelt worden, die von U1 gegründet worden sei. 19

F1 wurde wegen der vorstehend beschriebenen Vorwürfe im Februar 2002 in Untersuchungshaft genommen. Er habe in Aussagen bestätigt, dass U1 Zahlungen erhalten habe. Am 13.06.2002 wurden U1, S und X festgenommen. Einen Tag später erklärte der Vorstandsvorsitzende der S1 AG, dass zu vermuten sei, U1 habe 12 Mio. DM Schwarzgeld ins Ausland transferiert. F1 soll am 18.06.2002 ein umfassendes Geständnis abgelegt und damit U1 weiter belastet haben. Am 20.07.2002 wurde U1 aus der Untersuchungshaft entlassen, nachdem dieser ebenfalls ein umfassendes Geständnis abgelegt habe.

1. Zum Zeitpunkt der Aufhebung der Ausschreibung sei gegen L wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung ermittelt worden, da dieser 14,5 Mio. DM an die T1 AG in der Schweiz überwiesen habe. Auch die Rechtsvorgängerin der Klägerin überwies eine Summe von 3,6 Mio. DM an die Schweizer T1 AG. Unter anderem aufgrund der Zahlungen an die T1 AG sollen am 06.05.2003 die Räumlichkeiten der Klägerin durchsucht worden sein. 21

1. Am 18.07.2002 wurde der langjährige Geschäftsführer der S3 (im folgenden: S3) N2 unter dem Verdacht der Vorteilsannahme festgenommen. Die U1 AG hatte insgesamt 13 Entsorgungsverträge mit der S3 abgeschlossen. N2 soll gestanden haben, 1 Mio. DM von U1 angenommen zu haben. Im Gegenzug habe er Aufträge an die U1 AG oder Tochterunternehmen mit einem Volumen von 300 Mio. DM ohne Ausschreibung vergeben. Dies sei nach einem Gutachten der Firma J möglich, an der U1 mit 25 % beteiligt gewesen sei. 22

Auch die Zahlung dieser Bestechungsgelder sei über die T1 AG in der Schweiz abgewickelt worden. Auf diesem Weg habe die U1 AG auch den Auftrag zur Entsorgung von Restmüll über die Dauer von 15 Jahren erhalten. Die Entsorgung solle in der Müllverbrennungsanlage in C erfolgen. Insgesamt soll N2 von U1 3 Mio. DM erhalten haben. 23

1. Auch gegen T wurde im Zusammenhang mit Korruptionsvorwürfen ermittelt. T war bis zum 31.10.1998 Stadtdirektor der Beklagten zu 1 und kaufmännischer Werkleiter der Beklagten zu 2. Am 08.04.2002 wurde T, der zu diesem Zeitpunkt noch Fraktionsvorsitzender der Cer CDU Ratsfraktion war, festgenommen. Die Festnahme soll im Zusammenhang mit Bestechungsvorwürfen bei dem Umbau und der Modernisierung der Heizkraftwerke C-Nord und C-Süd gestanden haben. Es sei ein Konto von T in der Schweiz entdeckt worden, das ein Guthaben von 3 Mio. DM aufweisen sollte. Dabei sollte ein Betrag in Höhe von 1,2 Mio. DM von der Firma B AG (im folgenden: B) stammen und über die Firma W an T für die Aufträge zur Modernisierung der Heizkraftwerke geflossen sein. T habe gestanden, jedenfalls 1,45 Mio. DM für die Auftragsvergabe erhalten zu haben. Die Herkunft der restlichen Summe auf dem Schweizer Konto sei unklar gewesen. 24

Ende März 2002 wurde bekannt, dass T einen Beratervertrag mit der Fa. W abgeschlossen habe. Auch die Firma W war am Bau der Cer Müllverbrennungsanlage beteiligt und unterhält laufende Wartungsverträge. Darüber hinaus habe T einen Beratungsvertrag mit der Firma U2 abgeschlossen, die ihrerseits in Geschäftsbeziehungen mit der N C stand. 25

Anfang April 2002 wurde bekannt, dass T auch mit der Firma C3 AG (im folgenden: C3) einen Beratervertrag abgeschlossen haben soll. Die C3 war seit Jahren für die Beklagte zu 2. und die N C als Wirtschaftsprüfungsgesellschaft tätig. Ferner habe die C3 zusammen mit der Firma C2 (im folgenden: C2) im Frühjahr des Jahres 2000 den Auftrag erhalten, ein Gutachten zur Neuordnung der Abfallwirtschaft zu erstellen. Dieses Gutachten sei die Basis 26

für die streitgegenständliche Ausschreibung. Die C3 soll auf Anfrage der Beklagten mitgeteilt haben, dass der Beratervertrag mit T mit Wirkung zum 01.11.1998 geschlossen worden sei und wegen der aktuellen Ereignisse aufgehoben wurde. Die C3 halte dennoch an den Aussagen des Gutachtens fest. Seine Tätigkeit für die C3 habe T bei den Beklagten nicht angezeigt.

1. Am 30.06.2003 wurde ein Bericht eines durch das Innenministerium Nordrhein-Westfalen 27 eingesetzten Untersuchungssstabes veröffentlicht. Auf den Bericht, der als Anlage A 83 zu den Akten gereicht wurde, wird Bezug genommen.

Die Klägerin trägt vor, das Risiko für die fehlende Möglichkeit der Aufklärung bezüglich des 28 Korruptionsverdachts und des möglichen Einflusses auf das streitgegenständliche Vergabeverfahren hätten die Beklagten zu tragen, so dass dies keine ausreichende Begründung für die Aufhebung des Vergabeverfahrens sein könne. Darüber hinaus habe die Klägerin nicht alle zur Verfügung stehenden Auskunftsmöglichkeiten genutzt. Schließlich sei der Klägerin durch die Aufhebung der Primärrechtsschutz nicht mehr möglich gewesen.

Auch soweit die Beklagten sich auf neue Handlungsalternativen berufen, könne kein Grund 29 für eine Aufhebung des Vergabeverfahrens gegeben sein, da diese zum einen von den Beklagten nicht schlüssig dargelegt worden seien und zum anderen der Beschaffungsvorgang weiter verfolgt würde, so dass der Bedarf nicht entfallen sei.

Auch habe die Klägerin eine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt. 30 Insbesondere müsse sich die Klägerin Verdachtsmomente gegen U1 und L nicht zurechnen lassen. Dies gelte auch vor dem Hintergrund, dass sich die U1 AG im Rahmen einer Patronatserklärung vom 25.01.2001 für die Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Klägerin verbürgt habe. Selbst bei einer Zurechnung der Verdachtsmomente gegen die U1 AG habe die Klägerin nicht ausgeschlossen werden dürfen, da die U1 AG eine erfolgreiche Selbstreinigung durchgeführt habe. Die Zahlungen der Klägerin an die T1 AG seien erfolgt, damit die T1 AG Müllmengen für die Auslastung der N auf dem ausländischen Markt akquiriere. Die Zahlungen sind - was unstreitig ist - an die Klägerin von der T1 AG erstattet worden. Dass die T1 AG als Briefkastenfirma genutzt worden sei, bestreitet die Klägerin mit Nichtwissen.

Ferner liege die Beweislast für die fehlende Zuverlässigkeit und die damit gegebene 31 Möglichkeit eines Ausschlusses der Klägerin bei der Beklagten.

Soweit die Beklagten behaupten, es bestünden auch Verdachtsmomente gegen die Klägerin, 32 in Korruptionsvorwürfe verwickelt zu sein, bestreitet die Klägerin das Vorliegen eines solchen Verdachts mit Nichtwissen. Ebenfalls mit Nichtwissen bestreitet die Klägerin, dass die Festnahme von T im Zusammenhang mit dem Umbau und der Modernisierung der Heizkraftwerke C Nord und Süd erfolgte, dass die Herkunft von Geldern auf dem Konto Ts in der Schweiz ungeklärt gewesen sei, dass ein Beratervertrag zwischen der C3 und T geschlossen wurde, dass das von der C3 erstellte Gutachten Grundlage für die vorliegende Ausschreibung gewesen sei und dass ein Schriftwechsel zwischen den Beklagten und der C3 stattgefunden habe.

Die Klägerin trägt vor, dass jedenfalls ein Anspruch aus "culpa in contrahendo" bestehe, da 33 sich die Beklagten während des gesamten Vergabeverfahrens intern vorbehalten hätten, das Verfahren aufzuheben und die Zusammenarbeit mit einem kommunalen Partner fortzusetzen. Hätte die Klägerin diesen Vorbehalt gekannt, so hätte sie sich nicht an der Ausschreibung

beteiligt.

Die Klägerin behauptet, durch die Beteiligung an dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren seien ihr erhebliche Kosten entstanden. Diese beliefen sich auf insgesamt 713.636,97 EUR. Auf die Aufstellung, die als Anlage K 17 zu den Akten gereicht wurde, wird Bezug genommen. 34

Die Klägerin beantragt, 35

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin 713.636,97 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit dem 15.12.2003 zu zahlen. 36

Die Beklagten beantragen, 37

die Klage abzuweisen. 38
39

Die Beklagten sind der Ansicht, dass die Aufhebung des Vergabeverfahrens rechtmäßig war, so dass Schadenersatzansprüche ausschieden. Die Aufhebung sei wegen der Unaufklärbarkeit der verschiedenen Bestechungsvorwürfe und dem möglichen Zusammenhang mit dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren möglich gewesen. Insbesondere sei der Sachverhalt für die Beklagten nicht aufklärbar gewesen, da sie auf die Ermittlungsergebnisse der Staatsanwaltschaft angewiesen gewesen seien und daher nicht die Unzuverlässigkeit der Klägerin mit der für einen Ausschluss erforderlichen Sicherheit hätten nachweisen können. Die festgelegte Zuschlagsfrist habe auch nicht verlängert werden können, da dies - was unstreitig ist - bereits zwei Mal geschehen sei und nicht absehbar war, wann eine abschließende Aufklärung gewährleistet sei. 40

Auch die Handlungsalternativen, die sich insbesondere im Rahmen von kommunaler Zusammenarbeit eröffnet hätten, führten zu einer Aufhebungsmöglichkeit. Hierzu tragen die Beklagten vor, dass, was unstreitig ist, sich aufgrund der Korruptionsvorwürfe im Bereich der kommunalen Abfallentsorgung verschiedene Modelle etabliert hätten, die auch für die Beklagten in Betracht kämen. Auf den Schriftsatz vom 28.02.2003, dort Bl. 24 unten bis Bl. 25 oben wird Bezug genommen. 41

Ferner sind die Beklagten der Ansicht, die Klägerin habe ohnehin keine echte Chance auf den Zuschlag gehabt, da sie unzuverlässig gewesen sei. Dies ergebe sich unter anderem daraus, dass die U1 AG unzuverlässig sei und dies der Klägerin zugerechnet werden müsse. Auch sei die Klägerin selbst unzuverlässig gewesen, was sich an die Zahlungen an die T1 AG, die als Briefkastenfirma fungiert habe, zeige. Darüber hinaus hätte die Klägerin ausgeschlossen werden müssen, da ihr Angebot unklar gewesen sei. Schließlich begründe sich die Unzuverlässigkeit mit den aufgrund der Presseveröffentlichung vom 15.04.2002 angekündigten rechtlichen Schritten und der Drohung, den Auslastungsvertrag zu kündigen, falls die Klägerin den Zuschlag nicht erhalten würde, da eine Kündigung des Auslastungsvertrages rechtswidrig gewesen wäre. 42

Auch wegen des Versäumnis eines möglichen Primärrechtsschutzes durch die Klägerin seien die Beklagten nicht schadenersatzpflichtig. 43

Bezüglich weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind. 44

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist unbegründet, da die Klägerin weder einen Anspruch aus § 126 GWB, noch aus § 124 Abs. 1 GWB gegen die Beklagten auf Zahlung von Schadensersatz hat. 46

I. Ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagten auf Zahlung eines Schadensersatzes in Höhe von 713.636,97 EUR aus § 126 GWB wegen Vergaberechtsverstößen ist nicht gegeben. Hierzu im Einzelnen: 47

1. § 126 GWB ist anwendbar, da die Beklagten zu 1. und 2. öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB sind und die Ausschreibung der Entsorgung von Abfällen und der Stadtreinigung die Beschaffung von Dienstleistungen durch die Beklagten zum Gegenstand hat: 48

Bei dem Verkauf von Gesellschaftsanteilen liegt ein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB vor. Die Tatsache, dass zunächst nur Gesellschaftsanteile veräußert werden, führt zu keiner anderen Bewertung. Zwar wird durch den Erwerb der Gesellschaftsanteile zunächst nur eine Gewinnaussicht ermöglicht, jedoch verfügt die Gesellschaft, deren Anteile veräußert werden, über den konkreten Auftrag der Beklagten, der auch mit der Vergabe auch durch den privaten Partner ausgeführt werden soll, so dass jede andere Bewertung einer Umgehung des Vergaberechts gleichzusetzen wäre. 49

Bei dem Auftrag handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag. Die Müllentsorgung und Stadtreinigung stellt insoweit eine Dienstleistung dar, da es sich bei der Vorschrift des § 97 Abs. 4 GWB schon nach dem Wortlaut um eine Auffangregelung handelt, die alle Verträge über Leistungen, die keine Bauaufträge oder Beschaffungen von Waren darstellen, erfasst (vgl. Dreher in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Auflage, § 97 Rn. 44). 50

Schließlich ist der für die Anwendung des GWB Vergaberechts erforderliche Schwellenwert überschritten. 51

1. Das Landgericht ist für die Prüfung der Schadenersatzansprüche zuständig. 52

Die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge nehmen gemäß § 104 Abs. 1 GWB grundsätzlich die Vergabekammern des Bundes oder der Länder wahr; hiervon unberührt bleibt aber die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, § 104 Abs. 2 Satz 2 GWB. Gemäß § 124 Abs. 1 GWB ist allerdings das ordentliche Gericht an die bestandskräftige Entscheidung der Vergabekammer gebunden, wenn wegen eines Verstoßes gegen Vergabevorschriften Schadensersatz begehrt wird und ein Verfahren vor der Vergabekammer stattgefunden hat (vgl. OLG Düsseldorf in BauR 2003, 1046). Da vorliegend kein Verfahren vor der Vergabekammer stattgefunden hat, ist auch zu prüfen, ob ein Verstoß gegen Vergabevorschriften gegeben ist. 53

1. Schadenersatzansprüche entfallen nicht bereits deswegen, weil die Klägerin Primärrechtsschutz bei der Vergabekammer hätte suchen können: 54

a. Ein solcher Rechtsschutz gegen die Aufhebung einer Ausschreibung ist grundsätzlich möglich, da auch die Aufhebung als solche der Bestimmung des § 97 Abs. 7 GWB unterfällt, die (auch) zum Schutz wohlberechtigter Interessen von am Vergabeverfahren teilnehmenden oder daran interessierten Unternehmen aufgestellt worden sind. Um solch 55

eine Bestimmung handelt es sich bei der Regelung in §§ 26 Nr. 1 VOL/A. Mag diese Bestimmung zwar ursprünglich allein aus haushaltsrechtlichen Gründen Aufnahme in die VOL/A gefunden haben, um haushaltsrechtlich gebundenen Auftraggebern eine kostenfreie Loslösung von einer einmal eingeleiteten Ausschreibung zu ermöglichen. Jedenfalls durch die Verbindlichkeit, die §§ 26 Nr. 1 VOL/A Abschnitt 2 für Verfahren zur Vergabe öffentlicher Leistungsaufträge im Anwendungsbereich des § 100 GWB erlangt hat, beinhaltet diese Regelung jedoch in diesem Bereich ein vergaberechtliches Gebot, ein Vergabeverfahren nur aus den dort genannten Gründen aufzuheben. Dieses Gebot hat bieterschützende Wirkung. Es dient dazu sicherzustellen, daß die Aufhebung der Ausschreibung nicht als Maßnahme der Diskriminierung einzelner Bieter mißbraucht werden kann, weil hiernach die Aufhebung der Ausschreibung nur in ganz engen Ausnahmefällen (vgl. BGH, NJW 2001, 3698) vergaberechtlich zulässig ist (vgl. BGH, ZfBR 2003, 182 insgesamt zu § 26 Nr. 1 VOB/A).

- a. Trotz der möglichen Nachprüfung hätte die Klägerin jedoch in einem solchen Verfahren 56 ihr Ziel, den Auftrag zu erlangen, nicht erreichen können, so dass die Klägerin aus keinem Gesichtspunkt verpflichtet werden konnte, ein Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer durchzuführen:

Im Zusammenhang mit der Richtlinie 93/37/EWG vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der 57 Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge ist der Europäische Gerichtshof insoweit davon ausgegangen, daß auch nach Gemeinschaftsrecht der Auftraggeber nicht zur Auftragsvergabe gezwungen werden kann. Dies ergibt sich aus der Feststellung des Europäischen Gerichtshofs, die Befugnis des Auftraggebers, auf die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags, für den eine Ausschreibung stattgefunden hat, zu verzichten, sei weder auf Ausnahmefälle begrenzt noch auf Fälle, in denen die Entscheidung auf schwerwiegende Gründe gestützt werden könne (EuGH, ZfBR 2002, 604). Würde eine Aufhebung der beanstandeten Entscheidung des Ausschreibenden, die zur Beseitigung eines Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen eine dieses Recht umsetzende innerstaatliche Vorschrift an sich geboten erscheint, für den Ausschreibenden im Einzelfall den ausweglosen Zwang bedeuten, den Auftrag zu vergeben, kann deshalb auch nach dem Gemeinschaftsrecht die Überprüfung der Aufhebung einer Ausschreibung im Nachprüfungsverfahren nur zu einer weniger einschneidenden Maßnahme, gegebenenfalls lediglich zu der Feststellung einer Vergaberechtsverletzung führen (vgl. BGH, ZfBR 2003, 182).

1. Schadensersatzansprüche nach § 126 Satz 1 GWB sind nicht gerechtfertigt. Nach dieser 58 Vorschrift kann ein Unternehmen Schadensersatz für die Kosten der Vorbereitung des Angebotes oder der Teilnahme an einem Vergabeverfahren verlangen, wenn der Auftraggeber gegen eine den Schutz von Unternehmen bezweckende Vorschrift verstoßen hat und das Unternehmen ohne diesen Verstoß bei Wertung der Angebote eine echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten. Zu ersetzen ist der dem Unternehmer entstandene Vertrauensschaden (OLG Düsseldorf in BauR 2003, 1046 m.w.N.).

Ein Verstoß gegen bieterschützende Vorschriften ist vorliegend hingegen nicht gegeben. Wie 59 bereits unter Ziff. I. 3. a. ausgeführt, liegt zwar ein Verstoß gegen bieterschützende Vorschriften vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber eine Ausschreibung aufhebt, ohne hierzu berechtigt zu sein. Die Berechtigung zur Aufhebung der Ausschreibung ergibt sich vorliegend aber aus § 26 Nr. 1 d VOL/A:

Dabei ist § 26 Nr. 1 d VOL/A eine Generalklausel für die Aufhebung der Ausschreibung, die 60 angesichts der Vielfältigkeit der Vergabefälle für eine wirtschaftlich vernünftige Vergabepaxis

unerlässlich ist (vgl. Daub/Eberstein, VOL/A, 4. Auflage, § 26 Rn. 25). Nach § 26 Nr. 1 d VOL/A ist eine Aufhebung dann gerechtfertigt, wenn ein Grund vorliegt, der einerseits von so großem Gewicht ist, dass eine Bindung des öffentlichen Auftraggebers mit Gesetz und Recht nicht zu vereinbaren ist und von den teilnehmenden Unternehmen erwartet werden kann, dass sie auf diese rechtlichen und tatsächlichen Bindungen des Auftraggebers Rücksicht nehmen (Portz in Ingenstau/Korbion, VOB, 15. Auflage, § 26 Rn. 17, für die insoweit wortgleiche Vorschrift des § 26 Nr. 1 c VOB/A). Dies ist immer dann anzunehmen, wenn das Ausschreibungsverfahren an schwerwiegenden Vergabeverstößen leidet, die letztlich im laufenden Vergabeverfahren nicht mehr heilbar sind, die Aufhebung also die ultima ratio darstellt (vgl. OLG Sachsen Anhalt, ZfBR 2003, 182). So liegt der Fall hier.

Es liegt durch die im Rahmen umfangreicher Berichterstattung der Presse bekannt gewordenen Vorwürfe im Zusammenhang mit verschiedenen Korruptionsvorwürfen ein schwerwiegender Grund vor, der nur durch Aufhebung des Vergabeverfahrens zu heilen war. Hierzu im Einzelnen: 61

- a. Ein schwerwiegender Grund zur Aufhebung einer beschränkten Ausschreibung gemäß § 26 Nr. 1 d VOL/A kann sich auch aus einer Gesamtschau der Gründe ergeben (vgl. OLG Düsseldorf, BauR 1982, 52). 62

Zum Zeitpunkt der Aufhebung der Ausschreibung am 16.05.2002 war der Skandal hinsichtlich des "Kölner Müllofens" und die hieran beteiligten Firmen durch umfangreiche Berichterstattung in der Presse bekannt geworden. Insbesondere war auch der Verdacht der Verstrickung der U1 AG und von U1 bekannt geworden. Dabei war die U1 AG zum damaligen Zeitpunkt Inhaberin der Klägerin zu 50 %.

Darüber hinaus war eine große Anzahl weiterer Bestechungsvorwürfe in der gesamten Bundesrepublik, insbesondere auch in Nordrhein-Westfalen bekannt geworden, wie sich aus dem als Anlage A 63 eingereichten Untersuchungsbericht ergibt. Zwar mögen einzelne Punkte im Rahmen dieses Berichtes im vorliegenden Verfahren streitig sein, so stellt der Bericht doch im wesentlichen die Verfahren dar, über die auch in der Presse berichtet wurde, so dass die einzelnen Vorgänge insoweit als allgemein bekannt anzusehen sind und es hierfür keines Beweises bedarf. 64

Letztlich wurde am 08.04.2002 der damalige Fraktionsvorsitzende der CDU Ratsfraktion in T festgenommen. T war in der Zeit bis zum 31.10.1998 Stadtdirektor der Beklagten zu 1. und kaufmännischer Betriebsleiter der Beklagten zu 2. Wie durch die umfangreiche Presseberichterstattung über den Gang der Strafverfahren allgemein bekannt ist und daher trotz des Bestreitens der Klägerin mit Nichtwissen keines Beweises bedarf, erfolgte die Festnahme Ts im Zusammen mit Bestechungsvorwürfen bei dem Umbau und der Modernisierung zweier Cer Heizkraftwerke. Dabei wurde im Rahmen der Ermittlungen, was auch zum damaligen Zeitpunkt bekannt war, ein Konto Ts in der Schweiz aufgefunden, dass ein Guthaben von 3 Mio. DM aufgewiesen haben soll, während - was allgemein bekannt ist und auch zum damaligen Zeitpunkt allgemeinbekannt war - nur etwa die Hälfte dieser Summe den Zahlungen aus den Bestechungsvorgängen bei der Modernisierung der Heizkraftwerke zuzuordnen war. Darüber hinaus verfügte T, was sich ebenfalls aus der Berichterstattung ergibt und daher allgemeinbekannt ist, über einen Beratervertrag mit verschiedenen Firmen. Unter anderem mit der C3, die in Zusammenarbeit mit einer anderen Firma das Gutachten erstellt hatte, das zur Ausschreibung der streitgegenständlichen Leistungen führte. 65

Vor dem Hintergrund der vorstehenden verschiedenen Korruptionsvorwürfe, die auch zum Zeitpunkt der Aufhebung der Ausschreibung bereits einen dringenden Tatverdacht gegen Herrn T rechtfertigten, waren die Beklagten nicht in der Lage, vor Abschluss der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen - die bis heute nicht abgeschlossen sind - festzustellen, ob und wenn ja in welchem Umfang die Herren T und U1 auf das Verfahren Einfluss genommen haben. Insbesondere waren die Beklagten bei Ihren Entscheidungen auf die Auskünfte der Staatsanwaltschaft und die Berichterstattung in der öffentlichen Presse angewiesen, da keine anderen Informationsquellen ersichtlich sind.

Da es gerade die primäre Aufgabe des Vergaberechts ist, die Vergabe von öffentlichen Aufträgen frei von Diskriminierung zu gewährleisten, kann ein öffentlicher Auftraggeber nicht gezwungen werden, ein Vergabeverfahren vor dem Hintergrund verschiedenster Korruptionsvorwürfe weiter zu betreiben und sich so ggf. an einen Bieter zu binden, der hätte ausgeschlossen werden müssen. Darüber hinaus lagen - wie dargestellt - konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass möglicherweise auch das streitgegenständliche Vergabeverfahren nicht frei von vergabefremden Einflüssen war. Auf diese Weise hätte die Gefahr nicht ausgeschlossen werden können, dass der Zuschlag nicht alleine auf das wirtschaftlichste Angebot erfolgt.

Nach alledem liegt nach Auffassung der Kammer ein schwerwiegender Grund für die Aufhebung des Vergabeverfahrens vor.

69

- a. Es war nur durch die Aufhebung der Ausschreibung sicherzustellen, dass ein faires und frei von Korruption durchgeführtes Vergabeverfahren gewährleistet wurde.

70

Ein Ausschluss der Klägerin wäre insoweit nicht in Betracht gekommen, da nicht feststand, wie und ob die Klägerin an Bestechungen ggf. auch im Rahmen des vorliegenden Vergabeverfahrens beteiligt war. So kommt ein Ausschluss gemäß § 7 Nr. 5 c VOL/A nur dann in Betracht, wenn die Klägerin unzuverlässig gewesen wäre. Die den Beklagten zum Zeitpunkt der Aufhebung des Vergabeverfahrens vorliegenden Informationen reichten jedoch nicht aus, um die Frage der Zuverlässigkeit im Rahmen einer Ermessensentscheidung abschließend zu prüfen und zu würdigen. Darüber hinaus hätte ein Ausschluss der Klägerin angesichts der möglichen Beteiligung Ts an dem Vergabeverfahren und den hierbei zugrunde gelegten Entscheidungen nicht sicherstellen können, dass das Vergabeverfahren frei von vergabefremden Einflüssen durchgeführt werden kann.

Auch konnten die Beklagten nicht abwarten, bis eine ausreichende Tatsachengrundlage für die Beurteilung der möglichen Einflüsse auf das Vergabeverfahren vorlag. Diesbezüglich blieb den Beklagten nur die Möglichkeit, die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft abzuwarten, die sich bereits zum damaligen Zeitpunkt absehbar als sehr langwierig gestalten würden. Noch zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 05.11.2003 ermittelte die Staatsanwaltschaft auch im Zusammenhang mit dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren. Vor diesem Hintergrund konnte den Beklagten, die aufgrund einer aktuellen Bedarfs, nämlich der Neuordnung der Abfallwirtschaft der Stadt C, die Ausschreibung durchgeführt haben, nicht zugemutet werden, das Ergebnis der Ermittlungen abzuwarten. Auch konnte den Bietern, d.h. der Klägerin und der Firma S4 dies nicht zugemutet werden. So ist die Zuschlags- und Bindefrist eines Angebotes nach § 19 VOL/A grundsätzlich so kurz wie möglich zu bemessen. Den am Verfahren beteiligten Bietern soll also, wie von der Klägerin richtig wiedergegeben, nicht zugemutet werden, sich an ein

72

Angebot langfristig binden zu müssen und auf diese Weise ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht im Rahmen anderer Projekte zur Verfügung stellen zu können, ohne sich über den Ausgang des konkreten Verfahrens im klaren zu sein. Zumal nicht absehbar war, zu welchem Zeitpunkt eine vollständige Aufklärung der Tatsachen zu erwarten war, gerade weil eine flächendeckendes Netz von Korruption aufgedeckt wurde, konnte es folglich weder den Bietern, noch den Beklagten zugemutet werden, eine Aufklärung, die keineswegs vollständig gewährleistet war oder ist, abzuwarten.

- a. Die Beklagten sind nicht gehindert, sich im vorliegenden Schadenersatzprozess auf die vorstehend dargelegten Gründe zu berufen. Insoweit sind diese, entgegen der Auffassung der Klägerin in dem Vergabevermerk, dem Schreiben an die Klägerin vom 16.05.2002 und der Beschlussvorlage vom 16.05.2002 in ausreichendem Umfang festgehalten, so dass den Vorschriften des § 26 Nr. 3 und 4 VOL/A in ausreichendem Umfang Rechnung getragen wurde. 73

In der Beschlussvorlage vom 16.05.2002, die später zu der Aufhebung der streitgegenständlichen Ausschreibung führte, und den mit inhaltlich gleicher Begründung versehenen Schreiben vom 16.05.2002 an die Bieter wird diesen Anforderungen genüge getan. So wird in der Beschlussvorlage vom 16.05.2003, die zur Aufhebung führte, dargelegt, dass unter Abwägung aller Umstände ein schwerwiegender Aufhebungsgrund gemäß § 26 Nr. 1 d VOL/A gegeben sein könne. Angesichts der Einleitung der Beschlussbegründung, aus der sich ergibt, dass "aufgrund der seit März 2002 bekannt gewordenen Ereignisse ..." ein Rechtsgutachten eingeholt wurde, ist zu schließen, dass die Aufhebung vor dem Hintergrund der Korruptionsaffären vorgenommen wurde. Auch in den Schreiben vom 16.05.2002 an die Klägerin wird folgendes ausgeführt: 74

- a. "Durch die Ereignisse im Zusammenhang mit den Korruptionsvorwürfen betreffend den Bau des Kölner Müllofens sowie den Korruptionsverdacht gegen den ehemaligen Cer CDU Fraktionsvorsitzenden T, die jüngst zu seiner Verhaftung führten, war das Privatisierungsverfahren mit erheblichen Unsicherheiten behaftet." 75

Auch hieraus ergeben sich die Gründe, die, wie dargelegt, die Aufhebung rechtfertigen. 76

Die Tatsache, dass der Vergabevermerk erst am 26.08.2002 fertiggestellt wurde und daher nicht mehr feststellbar ist, zu welchem Zeitpunkt die Ausführungen zu den Aufhebungsgründen Bestandteil des Vermerks geworden sind, spielt keine Rolle, da den Anforderungen des § 26 Nr. 3, 4 VOL/A bereits zuvor genüge getan war. 77

Die Begründung ist auch ausreichend konkret dargestellt. So besteht entgegen der Auffassung der Klägerin keine Verpflichtung der Beklagten, die einzelnen Vorwürfe und Tatsachen detailliert niederzuschreiben und mitzuteilen. Vielmehr reicht es aus, wenn der Auftraggeber die Aufhebungsgründe in allgemeiner Form umreißt. Für die Begründung ist nicht erforderlich, dass der Bieter anhand der Begründung die Aufhebung der Ausschreibung vollständig im einzelnen nachprüfen kann (vgl. OLG Zweibrücken, BauR 1995, 95 ff, m.w.N.). 78

Darüber hinaus hätte die Klägerin angesichts der in der Öffentlichkeit viel diskutierten Korruptionsskandale im Bereich der Abfallentsorgung ohne weiteres erkennen können, welche Motive für die Entscheidung maßgeblich waren (vgl. OLG Zweibrücken, a.a.O.) 79

I. Auch ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagten auf Zahlung eines Schadenersatzes aus cic ist nicht gegeben.

Ein Anspruch aus cic kommt nicht in Betracht, weil zum einen nicht ersichtlich ist, dass die 81 Beklagten den von der Klägerin vorgetragenen Vorbehalt hatten, und zum anderen ein solcher Vorbehalt, sein Bestehen unterstellt, nicht zu einem Schadenersatzanspruch geführt hätte. So war der Vorbehalt jedenfalls nicht kausal für die Aufhebung der streitgegenständlichen Ausschreibung, sondern es bestanden - wie dargelegt - andere Gründe, die die Aufhebung der Ausschreibung rechtfertigen konnten.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 709 ZPO. 82

Streitwert: 713.636,97 EUR. 83