
Datum: 12.02.2008
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 190/07
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2008:0212.4U190.07.00

Vorinstanz: Landgericht Arnsberg, 8 O 134/07

Tenor:

Die Berufung der Antragsteller gegen das am 19. Oktober 2007 verkündete Urteil der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Arnsberg wird zurückgewiesen.

Die Antragsteller tragen die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

<u>Gründe</u>	1
A.	2
Die Antragsteller betreiben ein Architekturbüro. Die Antragsgegnerin beabsichtigt, in der Nähe des N-Platzes in N einen Rathausneubau zu errichten.	3
In dem hierfür vorgesehenen Auslobungsverfahren wurde der Planungsentwurf der Kläger für den beabsichtigten Rathausneubau vom Preisgericht mit dem ersten Preis ausgezeichnet und dem Auslober, wie dies das Protokoll der Preisgerichtssitzung vom 23.04.2007 ausweist, einstimmig empfohlen.	4
Nach der Veröffentlichung des prämierten Entwurfes der Antragsteller in einer Einwohnerversammlung vom 03.05.2007 und einer starken Ablehnung der Einwohner beschloss die Stadtvertretung gemäß Beschluss vom 24.05.2007, hierüber einen "freiwilligen	5

Bürgerentscheid" herbeizuführen. Nach einer Vorauswahl in einer Einwohnerversammlung vom 15.06.2007 sprachen sich die Einwohner in dem Bürgerentscheid vom 12.08.2007 mehrheitlich für den Konkurrenzentwurf der Architektin L aus, der nunmehr der Planungsauftrag übertragen werden soll.

Die Antragsteller haben nunmehr den Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen die Antragsgegnerin mit dem Inhalt begehrt, 6

es zu unterlassen, einen Architektenvertrag über Grundleistungen der Leistungsphasen 1 bis 5 gemäß § 15 HOAI für den geplanten Neubau des Rathauses auf dem "Trümmergrundstück" in N mit Frau Dipl.-Ing. Architektin L (...) abzuschließen. 7

Hinsichtlich des weiteren Sachverhalts in erster Instanz wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 8

Das Landgericht hat den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zurückgewiesen, im Kern mit der Begründung, dass ein Anspruch auf Übertragung der Leistungen als Primäranspruch nicht bestehe. Allenfalls könnten vertragsrechtliche Schadensersatzansprüche zu Gunsten der Antragsteller ausgelöst sein. Hinsichtlich der näheren Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 9

Die Antragsteller greifen das Urteil mit ihrer Berufung an und begehren weiterhin die Unterlassung der Beauftragung der Architektin L. Sie machen einen öffentlichrechtlichen Unterlassungsanspruch wegen der Verletzung des Vergabeverfahrens geltend und sind dabei insbesondere der Auffassung, die Preisgerichtsentscheidung habe in Bezug auf die Beauftragung bindende Wirkung. Es habe hierüber nicht mehr per Bürgerentscheid entschieden werden dürfen. Außerdem hätten sie einen Unterlassungsanspruch aus §§ 3, 8 UWG sowie aus §§ 823 II, 1004 BGB analog i.V.m. Art. 3 I GG, insofern, als die Antragsgegnerin willkürlich und ohne sachlichen Grund Vergabevorschriften verletzt habe. 10

Die Antragsteller beantragen, 11

das landgerichtliche Urteil abzuändern und die Antragsgegnerin - unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel – zu verurteilen, es zu unterlassen, einen Architektenvertrag über Grundleistungen der Leistungsphasen 1 bis 5 gemäß § 15 HOAI für den geplanten Neubau des Rathauses auf dem "Trümmergrundstück" in N mit Frau Dipl.-Ing. Architektin L (...) abzuschließen. 12

Die Antragsgegnerin beantragt, 13

die Berufung zurückzuweisen. 14

Sie verteidigt das Urteil mit näheren Ausführungen. Sie verweist u.a. darauf, dass sie weder willkürlich gehandelt noch Gleiches ungleich behandelt habe. Ihr Verhalten sei erkennbar nicht darauf gerichtet gewesen, die Antragsteller zu benachteiligen oder einen der übrigen Wettbewerber zu bevorzugen. Statt dessen sei es ihr allein darum gegangen, dem Willen ihrer Bürger Rechnung zu tragen. Sie habe sich weder gegen den Entwurf der Antragsteller ausgesprochen noch Partei ergriffen für den Entwurf eines anderen Wettbewerbsteilnehmers. Sie habe sich, wogegen nichts einzuwenden sei, lediglich von der Mehrheitsentscheidung ihrer Einwohner leiten lassen. 15

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	
B.	17
Die zulässige Berufung der Antragsteller ist unbegründet.	18
Sie können nicht im Wege der einstweiligen Verfügung von der Antragsgegnerin die Unterlassung der Auftragsvergabe an die Architektin L verlangen.	19
I.	20
Der Zivilrechtsweg ist, wie es das Landgericht zutreffend angenommen hat, eröffnet. Für Streitigkeiten der vorliegenden Art über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen mit einem Auftragswert unterhalb der in der Vergabeverordnung genannten Schwellenwerte (nach § 2 Nr. 3 VgV von 211.000,- €) ist nicht der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten, sondern gemäß § 13 GVG der ordentliche Rechtsweg gegeben (BVerwG NZBau 2007, 389). Das Vergabeverfahren nach §§ 102 ff. GWB ist aufgrund des Umstandes, dass der Schwellenwert nicht erreicht ist und dass insoweit in verfassungsrechtlich zulässiger Weise (vgl. BVerfG NZBau 2006, 791 Rz. 9 ff.) eine gesetzliche Zweiteilung erfolgt ist, nicht einschlägig.	21
II.	22
Ein Verfügungsgrund, der außerhalb des UWG für den Streitfall nicht zu vermuten ist, ist zu bejahen. Es ist zu besorgen, dass durch den Abschluss des Architektenauftrages mit der Architektin L der geltend gemachte, letztlich auf die eigene Beauftragung gerichtete Primäranspruch vereitelt werden könnte. Ein wirksamer Zuschlag an die Konkurrentin bzw. deren Beauftragung könnte gegebenenfalls nicht mehr aufgehoben werden. Etwaige Primär- und Unterlassungsansprüche, soweit solche überhaupt bestehen können, wären dann faktisch in aller Regel nicht mehr durchsetzbar, da sie mit der Erteilung des Zuschlags untergehen können oder könnten. Der Bürgerentscheid war alsdann erst am 12.08.2007, und am 13.09.2007 sollte nach dem diesbezüglichen Beschlussvorschlag für die anstehende Ratssitzung die Auftragserteilung an die Architektin L erfolgen. Ohne Verzögerung haben die Antragsteller unter dem 10.09.2007 den vorliegenden Eilantrag eingereicht. Die Umsetzung des Ratsbeschlusses ist, wie die mündliche Verhandlung ergeben hat, auch derzeit noch nicht erfolgt.	23
III.	24
Es besteht indes kein Verfügungsanspruch, nämlich kein Anspruch der Antragsteller gerichtet auf die Unterlassung der Beauftragung der Architektin L.	25
1.	26
Ein solcher – öffentlich-rechtlich geprägter – Anspruch folgt nicht, wie von den Antragstellern geltend gemacht, aus Art 3 I GG oder, wie vom OLG Stuttgart im dortigen Fall als Anspruchsgrundlage angenommen (Urt. v. 11.04.2002, Az. 2 U 240/01; NGZBau 2002, 517, Tz. 31), in Verbindung mit §§ 823 II, 1004 BGB analog.	27
a)	28
Einigkeit besteht dabei zunächst darüber, dass der Primärrechtsschutz des GWB hier ausgeschlossen ist und dass der Ausschluss in § 100 I GWB verfassungsrechtlich nicht zu	29

beanstanden ist. Der Bieter wird dadurch weder in seinem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG noch in seinem Anspruch auf Gleichbehandlung gemäß Art. 3 GG verletzt. Auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 13.06.2006 (a.a.O.) wird insoweit verwiesen. Angesichts des vom Gesetzgeber gewollten Ausschlusses des Primärrechtsschutzes nach dem GWB kommt auch eine analoge Anwendung dieser Vorschriften nicht in Betracht, fehlt es doch ersichtlich an einer planwidrigen Regelungslücke, die im Wege der Analogie geschlossen werden könnte.

Hiernach kann jedoch nicht mit der Antragsgegnerin mit Blick auf die Kündigungsmöglichkeit nach § 649 BGB ein öffentlich-rechtlich geprägter Unterlassungsanspruch allgemein verneint werden. Wollte man dies tun, würde man die obige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ignorieren, wonach unter bestimmten Voraussetzungen in solchen Fällen ein aus Art. 3 GG abgeleitetes subjektives Recht auf Gleichbehandlung bestehen kann. Denn die öffentlichen Vergabestellen haben bei ihrem Handeln die dem Gleichheitssatz zugrunde liegende Gerechtigkeitsvorstellung zu beachten (BVerfG a.a.O.; s.a. BVerwG NZBau 2007, 389 Rn. 10 ff.). Es ist ihnen jedenfalls verwehrt, das Verfahren oder die Kriterien der Vergabe willkürlich zu bestimmen. Auch wenn im Vergabebereich unterhalb der Schwellenwerte kein einfacher Primärrechtsschutz (wie nach § 97 VII GWB) und kein allgemeiner Justizgewährungsanspruch nach Art. 19 IV GG besteht, kann danach doch Art. 3 I GG unter bestimmten und besonderen Voraussetzungen ausnahmsweise einen Primärrechtsschutz begründen. Jede staatliche Stelle hat bei ihrem Handeln, unabhängig von der Handlungsform und dem betroffenen Lebensbereich, die in dem Gleichheitssatz niedergelegte Gerechtigkeitsvorstellung zu beachten. Dieses Handeln ist anders als die in freiheitlicher Selbstbestimmung erfolgende Tätigkeit eines Privaten stets dem Gemeinwohl verpflichtet. Eine willkürliche Ungleichbehandlung kann dem Gemeinwohl nicht dienen. Der staatlichen Stelle, die einen öffentlichen Auftrag vergibt, ist es daher verwehrt, das Verfahren oder die Kriterien der Vergabe willkürlich zu bestimmen. Darüber hinaus kann die tatsächliche Vergabepraxis zu einer Selbstbindung der Verwaltung führen. Aufgrund dieser Selbstbindung kann den Verdingungsordnungen als den verwaltungsinternen Regelungen über Verfahren und Kriterien der Vergabe eine mittelbare Außenwirkung zukommen. Jeder Mitbewerber muss eine faire Chance erhalten, nach Maßgabe der für den spezifischen Auftrag wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden. Eine Abweichung von solchen Vorgaben kann eine Verletzung des Art. 3 I GG bedeuten. Insofern verfügt jeder Mitbewerber über ein subjektives Recht, für das effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden muss (BVerfG, a.a.O., Tz. 64).

Weitere höchstrichterliche Rechtsprechung des BGH und des BVerwG existiert hinsichtlich dieser Fragestellung, soweit ersichtlich, nicht. Die Rechtsprechung hat einen allgemeinen und weitergehenden Primärrechtsschutz aufgrund der gesetzlichen Zweiteilung grundsätzlich nicht eingeräumt, wenngleich in der Literatur demgegenüber teilweise ein weitergehender Rechtsschutz im Bereich der Vergabesachen unterhalb der Schwellenwerte befürwortet worden ist.

Davon ausgehend kommt ein Unterlassungsanspruch dann in Betracht, wenn der Auftraggeber vorsätzlich rechtswidrig, sonst in unredlicher Absicht oder jedenfalls in Bezug auf das Verfahren oder die Kriterien der Vergabe willkürlich gehandelt hat (s.a. OLG Stuttgart NZBau 2002, 395; LG Bad Kreuznach NZBau 2007, 471) bzw. wenn offenkundig ist, dass sich für die durch die zweigeteilte gesetzliche Regelung und die durch sie bewirkte Ungleichbehandlung kein sachlicher Grund finden lässt (Weyand, Vergaberecht, 2. Aufl. 2007, GWB § 100 Rn. 1238 ff., 1242). Dabei ist bezogen auf den Streitfall anzunehmen, dass solche Umstände, die ein willkürliches Verfahren begründen könnten, dann ausscheiden,

wenn sich die Antragsgegnerin von einem sachlichen Grund hat leiten lassen, als sie sich entschied, den Architektenauftrag nicht an die Antragsteller, sondern an Frau L vergeben; wobei, wenn ein sachlicher Grund in diesem Sinne zu bejahen ist, damit noch nicht gesagt ist, dass dann auch schon ein wichtiger Grund nach Ziff. 8 der hier maßgeblichen RAW 2004 vorliegt. Das bedeutet, dass die Annahme eines sachlichen Grundes im Kern auch nichts darüber aussagt, ob die Antragsgegnerin rechtmäßig gehandelt hat, ob ihr also ein wichtiger Grund zur Seite gestanden hat. Ein möglicherweise rechtswidriges Verhalten muss insofern keineswegs bereits willkürlich oder vorsätzlich rechtswidrig sein und den Antragstellern ein subjektives Recht auf die Verhinderung der Konkurrenzbeauftragung einräumen.

b) 33

Die drohende Beauftragung der Architektin L verstößt indes nicht gegen Art. 3 GG. Eine willkürliche Handlungsweise oder eine solche ohne sachlichen Grund durch die Antragsgegnerin kann mit dem Landgericht auch unter Berücksichtigung der vorgelegten Auslobungsbedingungen und der Gesamtumstände des Falles nicht festgestellt werden. 34

Dabei ist zwar zu konstatieren, dass den Antragstellern im Rahmen des von der Antragsgegnerin ausgeschriebenen Architektenwettbewerbs der erste Preis zuerkannt worden ist. Das Ergebnis war eindeutig. Das Preisgericht hat dem Auslober, also der Antragsgegnerin, einstimmig empfohlen, die Arbeit der Antragsteller zur Grundlage der Beauftragung zu machen. Nach den Ausschreibungsunterlagen und den RAW 2004 war sodann ausdrücklich erklärt worden, dass dem Preisträger die weitere Bearbeitung der Aufgabe zumindest bis einschließlich der Leistungsphase 5 nach HOAI übertragen werden sollte, sofern kein wichtiger Grund einer Beauftragung entgegensteht. 35

Indes hat hier ein *sachlicher* Grund vorgelegen, der jedenfalls eine vorsätzliche, willkürliche oder unsachliche Bevorzugung des Konkurrenten ausschließt. Die Veröffentlichung der Entwürfe hat unstreitig dazu geführt, dass die Einwohner hiergegen erheblichen Protest vortrugen und in massiver Form – wegen der Flachdächer und aus anderen Gründen – gegen die Entscheidungen des Preisgerichts votierten. Die massive Kritik der Einwohner und ihre deutliche Ablehnung des Entwurfes erforderten in diesem Stadium möglicherweise eine Neubeurteilung. Einerseits bestand grundsätzlich eine Bindungswirkung zugunsten der Antragsteller durch die Auswahl des Preisgerichts in dem gewählten Auswahlverfahren. Andererseits erschien es ohne weiteres auch nicht zumutbar, den Entwurf gegen den geäußerten Willen der Bevölkerung umzusetzen und quasi "durchzuboxen". Es handelte sich bei der Ablehnung durch diese auch keineswegs um eine nicht beachtliche Minderheit, mit deren Protest letztlich in einem Preisgerichtsverfahren immer zu rechnen ist, sondern um eine massive Kritik, der der Entwurf ausgesetzt war. Aus diesem Grunde kann nicht der Auffassung der Antragsteller gefolgt werden, dass man – in dieser Qualität – aus unsachlichen Gründen oder aus willkürlichen Erwägungen vom vorgesehenen Verfahren und von den maßgeblichen Kriterien abgewichen ist. Die Antragsgegnerin hatte vielmehr in ihre Erwägungen einen sachlichen Grund mit einbezogen, der einer Beauftragung der Antragsteller jedenfalls potentiell entgegenstand. Die Antragstellerin musste sich dem Bürgervotum stellen, und es wäre auch bei Abwägung der divergierenden Interessen zwischen der staatlichen Stelle, dem erfolgreichen Teilnehmer, der Öffentlichkeit und den unterlegenen Teilnehmern möglicherweise auch höchst unbefriedigend und undemokratisch gewesen, wenn auf der Grundlage der, wenn auch grundsätzlich bindenden Empfehlung des Preisgerichts, allein dieser Empfehlung gefolgt worden wäre, zumal das Beauftragungsverfahren noch nicht zugunsten der Antragsteller abgeschlossen war. Auch einen nach den Vergabebedingungen entgegenstehenden "wichtigen Grund", der hier 36

möglicherweise vorliegen könnte, was der Senat nicht entscheiden muss, mussten die Antragsteller erkennbar noch einkalkulieren. Dass die Antragsgegnerin in diesem Spannungsfeld nunmehr eine vermittelnde Lösung in Form eines Bürgerentscheids suchte, mag zwar Sekundär-, sprich Schadensersatzansprüche, auslösen können, was in dieser Sache wiederum dahinstehen kann, stellt sich aber nicht mit diesem Gewicht als eine willkürliche Entscheidung dar.

Dabei verkennt der Senat nicht, dass auch das Bürgerentscheidsverfahren, das nicht als eines nach § 26 GO NW anzusehen ist, als solches wiederum fragwürdig erscheinen und Zweifeln unterliegen könnte. Der Ratsbeschluss vom 24.05.2007 (S. 7 der Niederschrift) lässt selbst nicht erkennen, wie der Bürgerentscheid gestaltet werden sollte. Dies wurde vielmehr einer Bürgerversammlung überlassen. Auch ist alsdann nicht geklärt, wie es genau über den Weg der Bürgerversammlung zur Vorauswahl der zunächst 5 Entwürfe kam, wobei dann wiederum eines der ausgewählten Büros absprang. Hierin spiegelt sich auch möglicherweise nicht mehr die Bewertung des Preisgerichts wider, das jedenfalls 6 Arbeiten in die engere Wahl gefasst hatte und allein (und anonymisiert) von sachlichen Kriterien, nämlich insbesondere städtebaulichen, funktionalen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten, geleitet war. Demgegenüber ist aber wiederum zu berücksichtigen, dass auch die Siegerarbeit der Antragsteller bei dem Bürgerentscheid Eingang gefunden hat, also weiter "im Rennen" war, und dass die Antragsteller in diesem weiteren Verfahren in keiner Weise benachteiligt oder die anderen Wettbewerbssteilnehmer bevorzugt worden sind. Es ging der Beklagten ersichtlich darum, dem Willen der Bürger Rechnung zu tragen. Von daher liegen die aufgezeigten Voraussetzungen für einen primären Unterlassungsanspruch zugunsten der Antragsteller nicht vor. Auch wenn sich das gewählte Vorgehen als problematisch darstellen mag, kann eine willkürliche oder unsachlich motivierte Verfahrensweise in dieser Qualität seitens der Antragsgegnerin angesichts des durch das Bürgervotum eingetretenen "Dilemmas" und des damit einhergehenden Zielkonflikts nicht festgestellt werden.

Ein Primäranspruch, der den Erlass der begehrten einstweiligen Verfügung rechtfertigen könnte, scheidet damit aus. In Betracht kommende Sekundäransprüche, weil gegen Vergaberecht verstoßen worden sein könnte, bleiben hiervon, wie das Landgericht zutreffend abgegrenzt hat, unberührt.

2. 39

Andere Anspruchsgrundlagen vermögen ebenfalls erfolgreich nicht durchzugreifen. 40

§§ 823 II, 1004 BGB kommen außerhalb des dargestellten Anwendungsbereichs von Art. 3 GG nicht mehr zum Tragen. Auch stellen sich die Auslobungsbedingungen nicht als Schutzgesetz in diesem Zusammenhang dar. 41

§§ 3, 8 UWG scheiden schon mangels Vorliegens eines Wettbewerbsverhältnisses in dem öffentlichrechtlich mitgeprägten Rechtsverhältnis aus (vgl. insoweit zutreffend OLG Stuttgart, a.a.O., Tz. 14). Eine gezielte Begünstigung eines bestimmten Wettbewerbers (vgl. Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl. 2008, § 4 Rn. 13.60) ist schließlich, wie ausgeführt, ebenfalls nicht feststellbar. 42

IV. 43

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 I, 708 Nr. 10 ZPO. 44

