
Datum: 24.10.2016
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 11 W 54/16
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2016:1024.11W54.16.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 1 O 292/16

Tenor:

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin vom 19.09.2016 gegen den ihren Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückweisenden Beschluss der 1. Zivilkammer des Landgerichts Bonn vom 13.09.2016 – 1 O 292/16 – wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

G r ü n d e 1

I. 2

Die Antragstellerin begehrt im Wege der einstweiligen Verfügung, der Antragsgegnerin zu untersagen, nach der von dieser veranlassten Aufhebung einer öffentlichen Ausschreibung von Bauleistungen - Bagger- und Transportleistungen aus der Bundeswasserstraße O -, an welcher sich die Antragstellerin als Bestbietende beteiligt hatte, die fraglichen Leistungen nunmehr in einem neuen, europaweiten offenen Verfahren auszuschreiben. Die Parteien streiten hierbei vor dem Hintergrund der Bestimmung des Schwellenwerts gemäß § 106 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB im Wesentlichen um die Frage, in welcher Weise im Lichte des § 3 Abs. 6 VgV (n.F.) der Wert der Bauleistung zu bestimmen ist. 3

Das Landgericht hat den Antrag vom 08.09.2016 auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mangels Verfügungsanspruchs zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass die Antragsgegnerin zur Aufhebung der öffentlichen Ausschreibung berechtigt gewesen sei. Denn wegen des wirtschaftlich-funktionalen Zusammenhangs der ausgeschriebenen Leistungen mit der weiteren (der Antragstellerin zuvor bereits beauftragten) Leistung zur Entsorgung des Baggerguts werde insgesamt der Schwellenwert von 5,225 Mio. € netto 4

überschritten mit der Folge, dass das laufende Vergabeverfahren aufzuheben gewesen und die Bauleistung nunmehr nach europaweiter Bekanntmachung im offenen Verfahren zu vergeben sei.

Mit ihrer sofortigen Beschwerde, der das Landgericht nicht abgeholfen hat, verfolgt die Antragstellerin ihren Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung weiter. Zur Begründung wiederholt und vertieft sie ihren erstinstanzlichen Vortrag. 5

II. 6

Die gemäß § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige sofortige Beschwerde führt in der Sache nicht zum Erfolg. 7

Es kann dahinstehen, inwieweit es einer (redaktionellen) Anpassung des Verfügungsantrags bedürfte, nachdem die Antragsgegnerin nach Aufhebung der öffentlichen Ausschreibung die Vergabe der fraglichen Bauleistungen bereits am 08.09.2016 europaweit in einem offenen Verfahren bekannt gemacht hat. 8

Denn die Aufhebung der öffentlichen Ausschreibung für die fraglichen Bagger- und Transportleistungen - deren Netto-Auftragswert bei isolierter Betrachtung unterhalb des maßgeblichen Schwellenwerts für Bauleistungen liegt mit der Folge einer Überprüfbarkeit der Aufhebung im angerufenen ordentlichen Rechtsweg - rechtfertigte sich, wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat, nach § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A (2016). 9

1. 10

Nach § 106 Abs. 1 GWB gilt der Vierte Teil des GWB nur für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, Konzessionen und die Ausrichtung von Wettbewerben, deren geschätzter Auftrags- oder Vertragswert ohne Umsatzsteuer die jeweils festgelegten Schwellenwerte, § 106 Abs. 2 GWB, erreicht oder überschreitet. Die Vergabe von Bauleistungen der hier fraglichen Art ab dem nach den maßgeblichen EU-Vergaberichtlinien von 2014 derzeit maßgeblichen Schwellenwert von 5,225 Mio. € hat u.a. nach Maßgabe der mit Wirkung zum 18.04.2016 neugeregelten Vorschriften der Vergabeverordnung (VgV) zu erfolgen. 11

Die Antragsgegnerin hat sich zu Recht auf den Standpunkt gestellt, dass der für das Erreichen des Schwellenwerts relevante Auftragswert vorliegend nicht allein für die hier betroffene Bauleistung "Bagger- und Transportleistungen" (Nettoangebotswert der Antragstellerin: 2.527.783,37 €) zu ermitteln ist, sondern unter Einbeziehung auch der ihr bereits zugeschlagenen Bauleistung "Entsorgung von Baggergut" (Nettoangebotswert der Antragstellerin: 4.096.967,58 €) mit der Folge eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich. 12

Die für die Wahl des zu beobachtenden Vergabeverfahrens maßgebliche Ermittlung des Auftragswerts regelt § 3 VgV. Auszugehen ist von dem voraussichtlichen Netto-Gesamtwert der vorgesehenen Leistung, § 3 Abs. 1 VgV. Nach der Gesetzesbegründung des zum 18.04.2016 reformierten § 3 Abs. 1 VgV - Bundestags-Drucksache 18/7318, Seite 147 - ist 13

"die Schätzung des Auftragswerts unter Rückgriff auf die Rechtsprechung des EuGH (EuGH, Urteil vom 05. Oktober 2000 - C-16/98 - „Kommission ./.. Frankreich“; EuGH, Urteil vom 15. März 2012 - C-574/10 - „Autalhalle Niedernhausen“) vorzunehmen. Nach dieser Entscheidung ist eine Aufteilung nicht gerechtfertigt, wenn die Leistung, die aufgeteilt wird, im Hinblick auf ihre technische und wirtschaftliche Funktion einen einheitlichen Charakter 14

aufweist. Im Rahmen dieser funktionellen Betrachtungsweise sind organisatorische, inhaltliche, wirtschaftliche sowie technische Zusammenhänge zu berücksichtigen. Anhand dieser Kriterien ist zu bestimmen, ob Teilaufträge untereinander auf solch eine Weise verbunden sind, dass sie als ein einheitlicher Auftrag anzusehen sind. Die Werte derart miteinander verknüpfter Leistungen sind zusammenzurechnen, obgleich sie möglicherweise konsekutiv erbracht werden."

Der Gesetzgeber a.a.O. hat ausdrücklich klargestellt, dass die "Frage nach dem 'wie' der Auftragswertschätzung ... ausschließlich vergaberechtlich unter Zugrundelegung des funktionalen Auftragsbegriffs zu beantworten ist". 15

Hieraus folgt, dass der öffentliche Auftraggeber auch dann, wenn der beabsichtigt, Leistungen in verschiedenen Abschnitten ausführen zu lassen, von einem Gesamtauftrag auszugehen hat, sofern diese Leistungen in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und eine funktionale Kontinuität aufweisen (Lausen in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 3 VgV, Rn. 11). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang das Umgehungsverbot des § 3 Abs. 2 VgV. Danach darf eine Auftragsvergabe nicht so unterteilt werden, dass sie nicht (mehr) in den Anwendungsbereich der Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder der VgV fällt, es sei denn, es liegen objektive Gründe dafür vor. 16

2. 17

Nach diesen Grundsätzen stellen sich die hier betroffenen Bauleistungen "Bagger- und Transportleistungen" sowie "Entsorgung von Baggergut" unter Berücksichtigung des vergaberechtlich maßgeblichen funktionalen Auftragsbegriffs bereits nach § 3 Abs. 1 VgV als einheitlicher Auftrag dar. 18

Ausweislich der als Anlage AST 3 (Bl. 57 ff) vorgelegten Baubeschreibung (BB) des Wasserstraßen- und Schifffahrtsamtes T im aufgehobenen (bzw. nunmehr neu eingeleiteten) Vergabeverfahren dienen sämtliche ausgeschriebenen Einzelleistungen der "Wiederherstellung des Sollprofils der Fahrrinne ..." in der Bundeswasserstraße O im nach näherer Maßgabe der BB lokalisierten km-Bereich. Der solcherart definierte Werkerfolg ist zu erreichen durch Ausbaggern der Fahrrinne, Transport des Baggerguts von der Bagger- zur Entsorgungsstelle und Entsorgung des (kontaminierten) Baggerguts. Mit der Entsorgung des Baggerguts ist die Antragstellerin aufgrund des vorangegangenen Verfahrens bereits beauftragt (Anlage AST 1, Bl. 53). Soweit die beiden erstgenannten Leistungen nunmehr Gegenstand eines gesonderten Vergabeverfahrens sind, besteht hierzu ein unmittelbar organisatorischer, inhaltlicher, wirtschaftlicher und technischer Zusammenhang. Insgesamt sind nämlich zur Erfüllung des auf Freihaltens der Fahrrinne gerichteten Bauvorhabens drei Arbeitsschritte notwendig - Ausbaggern, Transport des Baggerguts aus dem Baggerbereich zur Entsorgungsstelle, Entsorgung des Baggerguts. Die Leistungen bauen unmittelbar aufeinander auf und bedingen einander mit der Folge, dass sie notwendig in enger räumlicher, zeitlicher und technischer Abstimmung zu koordinieren sind. Auch wenn die drei Arbeitsschritte bzw. Leistungen unbedenklich in einzelnen Teilaufträgen vergeben werden können, ändert dies unter Heranziehung der zur Ermittlung des vergaberechtlichen Auftragswerts gebotenen rein funktionellen Betrachtungsweise nichts daran, dass die Teilaufträge verbunden sind und also - nur vergaberechtlich bei Schätzung des Auftragswerts - als ein einheitlicher Auftrag zu behandeln sind. 19

Die ergänzende Heranziehung der im Zuge der Reformierung um die Einbeziehung von Dienstleistungen erweiterten Regelung für Bauleistungen in § 3 Abs. 6 VgV änderte nichts an 20

der Beurteilung, dass der zu schätzende Gesamt-Auftragswert den Schwellenwert von 5,225 Mio. € überschreitet. Infolge des für die Schätzung des Auftragswerts maßgeblichen funktionalen Auftragsbegriff ist dieser auch der Auslegung des § 3 Abs. 6 Satz 1 VgV zu Grunde zu legen (Lausen in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 3 VgV, Rn. 77). Im Rahmen des § 3 Abs. 6 VgV ist deshalb gleichermaßen zu klären, ob die zu vergebenden Leistungen im Hinblick auf ihre technische und wirtschaftliche Funktion einen einheitlichen Charakter aufweisen und einzelne Bauabschnitte oder Bauleistungen einer Gesamtbaumaßnahme nach funktionaler Betrachtungsweise einen einheitlichen Auftrag bilden (Lausen a.a.O.). Die Möglichkeit, die einzelnen Bauabschnitte bzw. Leistungen als eigenständigen Auftrag auszuschreiben, bleibt hiervon unberührt.

Aus den bereits ausgeführten Gründen besteht aber, wie die Kammer zutreffend festgestellt hat, zwischen den einzelnen Leistungen zur Freihaltung der Fahrrinne des O im fraglichen Abschnitt ein funktionaler Zusammenhang in diesem Sinne. 21

3. 22

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 23

Der Beschluss ist rechtskräftig, § 542 Abs. 2 ZPO analog (vgl. BGH, Beschluss vom 27. Februar 2003 – I ZB 22/02 –). 24

Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wird auf 150.403,11 € festgesetzt. 25