

Wer nicht gerügt hat, darf später auch nicht klagen

Vergaberecht. Auch im Investorenauswahlverfahren gilt: Wenn ein Bieter einen Verstoß gegen Verfahrensvorschriften nicht rügt, kann er sich später vor Gericht nicht auf diesen Fehler berufen.

*OLG Rostock, Urteil vom 22. August 2018,
Az. 2 U 11/18*

*Rechtsanwalt
Martin Hahn
von Lenz und Johlen*



Quelle: Lenz und Johlen

DER FALL

Eine Kommune schreibt ein städtisches Grundstück zur Entwicklung eines Einzelhandelsprojekts in einem sogenannten Investorenauswahlverfahren aus. Dabei werden u.a. der angebotene Erbbauzins und das städtebauliche Konzept des Bieters als Wertungskriterium genannt. Ein unterlegener Bieter wehrt sich mit einem Antrag auf einstweilige Verfügung dagegen, dass der Zuschlag einem Konkurrenten erteilt werden soll. Sein Argument: Die

Vergabekriterien seien nicht transparent. Die Kommune gewinnt die erste Instanz, weil das Landgericht die Vergabekriterien und auch das Verfahren für hinreichend transparent hält. Das sieht die zweite Instanz zwar anders, bestätigt die Entscheidung aber dennoch. Laut dem OLG hätte der erst im Prozess monierte – und vom Senat als solcher auch bestätigte Fehler – schon während des laufenden Auswahlverfahrens gerügt werden müssen.

DIE FOLGEN

Die Entscheidung des OLG Rostock zeigt, dass viele kartellvergaberechtliche Grundsätze auch im Investorenauswahlverfahren zu berücksichtigen sind. Die Rügepflicht ist nur eine Ausprägung davon. Das gilt für Bieter, aber auch für die ausschreibende Stelle ist Vorsicht geboten. Das OLG Rostock hätte sehr wahrscheinlich anders geurteilt, wenn eine entsprechende Rüge platziert worden oder offen-

sichtlich aussichtslos gewesen wäre. In der juristischen Fachliteratur wird außerdem bereits diskutiert, ob ein Kaufvertrag mit dem Bestbietenden nichtig sein könnte, sofern die unterlegenen Bieter vor Zuschlag keine sogenannte Vorinformation erhalten haben, um ihrerseits Rechtsmittel einlegen zu können.

WAS IST ZU TUN?

Bieter im Investorenauswahlverfahren haben Rechte; das Verfahren löst ein vorvertragliches Schuldverhältnis aus. Somit können aus Pflichtverletzungen Schadensersatz-, aber auch Unterlassungsansprüche abgeleitet werden, etwa um den Zuschlag an Konkurrenten zu verhindern. Dennoch handelt es sich nach wie vor um eine Grauzone, sogar der Rechtsweg ist umstritten. Bieter sind daher gut beraten, schon frühzeitig die Rahmenbedingungen des Verfahrens zu prüfen und ggf. mit einem klar als Rüge zu verstehenden

Schreiben auf Ungereimtheiten zu reagieren. Wenn erst einmal das Ergebnis des Verfahrens abgewartet werden soll, kann es zu spät sein: Selbst Entscheidungen, die andere Bieter offensichtlich zu Unrecht benachteiligen, können dann wegen Präklusion gerichtlich nicht mehr zu Fall gebracht werden. Kommunen müssen sich bei der Veräußerung eigener Grundstücke darüber im Klaren sein, auch außerhalb des Kartellvergabe- und Haushaltsrechts nicht im rechtsfreien Raum agieren zu können. **ahl**