

# Vergaberecht

## OLG Dresden: Bietern dürfen auch bei VOL- Verfahren keine ungewöhnlichen Wagnisse auferlegt werden!

Karsten Köhler

Das OLG Dresden hat mit Beschluss vom 02.08.2011 (WVerg 4/11) entschieden, dass trotz der Nichtübernahme einer entsprechenden Regelung von VOL/A 2006 zu VOL/A 2009 den Bietern keine ungewöhnlichen Wagnisse auferlegt werden dürfen. Diese Verpflichtung folgt nach Ansicht des OLG Dresden aus den Geboten der Gleichbehandlung, Transparenz und des fairen Wettbewerbs.

### I. Der Fall

Ausschreibungsgegenstand war ein als "Lieferauftrag" und "Kauf" bezeichneter Auftrag über die Lieferung von Streusalz für die Straßenmeisterei eines Landkreises in Sachsen für die Wintersaison 2011/2012 und 2012/2013. Die Gesamtmenge des zu beschaffenden Streusalzes war mit 18.000 t angegeben. Die Zusätzlichen Vertragsbedingungen (ZVB) sahen dabei vor, dass der Auftragnehmer eine tägliche Mindestliefermenge von 125 t für den gesamten Landkreis sicherzustellen hatte. In den Besonderen Vertragsbedingungen (BVB) war eine Vertragsstrafe für den Fall der Überschreitung der Ausführungsfristen (48 h) enthalten. Weiterhin hatte der Landkreis in Ziffer 8. der ZVB festgelegt, dass die im Leistungsverzeichnis enthaltenen Mengenangaben von der Witterung abhängig sind und daher keine Abnahmepflicht besteht. Bei Mehrmengen bis zu 10% sollte zudem kein Mehr- oder Minderpreis anfallen.

Der Antragsteller war der Ansicht, dass die Vergabeunterlagen keine bestimmte, verbindlich abzunehmende Menge enthalten und folglich keine vergleichbare Kalkulation möglich sei. Einer entsprechenden Rüge hat der Landkreis nicht abgeholfen. Im Nachprüfungsverfahren gab die Vergabekammer

Sachsen dem Antragsteller Recht. Sie sah in den ZVB ein ungewöhnliches Wagnis zum Nachteil der Bieter. Dagegen wandte sich der Landkreis mit der sofortigen Beschwerde.

### II. Die Entscheidung des OLG Dresden

Die sofortige Beschwerde blieb ohne Erfolg. Das OLG Dresden bestätigte die Entscheidung der Vergabekammer Sachsen.

#### 1. Keine ungewöhnlichen Wagnisse auch nach VOL/A 2009

Der Senat würdigte den Umstand, dass die VOL/A 2009 kein ausdrückliches Verbot enthält, dem Vertragspartner ein ungewöhnliches Wagnis aufzubürden. In der VOL/A 2006 war dies noch in § 8 Nr. 1 Abs. 3 enthalten. Er kommt jedoch zu dem Ergebnis, dass es nicht zulässig ist, aus dem Verzicht auf die ausdrückliche Formulierung in der VOL/A 2009 den Schluss zu ziehen, es sei nunmehr erlaubt, Bieter mit Umständen und Ereignissen zu belasten, auf die sie keinen Einfluss haben und deren Einwirkungen auf die Preise und die Fristen sie nicht im Voraus abschätzen können. Dabei entkräftete der Senat den Einwand des Landkreises, dass es dem Bieter unbenommen sei, an der Ausschreibung nicht teilzunehmen. Der Verzicht auf die Teilnahme

an einer Ausschreibung ist grundsätzlich keine ernsthaft in Betracht zu ziehende Handlungsalternative. Der Senat verpflichtete vielmehr den Landkreis, in den Vertragsbedingungen für eine angemessene Verteilung der Risiken Sorge zu tragen. Dazu sei er unabhängig von der Formulierung der VOL/A 2009 schon gemäß § 97 Abs. 2 GWB und den dort enthaltenen Geboten von Gleichbehandlung, Transparenz und fairem Wettbewerb verpflichtet.

Die Ausschreibung entspricht diesen Geboten nach Ansicht des Vergabesenates nicht. Zu berücksichtigen wäre vielmehr gewesen, dass bei einem Kaufvertrag regelmäßig der Käufer das Risiko trägt, den Kaufgegenstand tatsächlich verwenden zu können. Wird hingegen das Verwendungsrisiko komplett auf den Verkäufer übertragen, so führt dies dazu, dass die Kaufsache in ihrem gesamten Umfang als Bedarfposition ausgewiesen ist. Hierin liegt nach Ansicht des Vergabesenates die nicht mehr hinnehmbare Unsicherheit in der Preiskalkulation. Die Bieter müssten, um dem nachkommen zu können, einen Einheitspreis je Tonne für einen Verbrauch von 18.000 t kalkulieren und anbieten, ohne zu wissen, ob auch nur eine einzige Tonne abgenommen wird. Dies auch für Mehrmengen von bis zu 10 % und mit der (vertragsstrafenbewehrten) Verpflichtung, eine tägliche Mindestlieferung von 125 t Streusalz innerhalb 48 h sicherzustellen.

Dem weiteren Argument, dass der Einkauf von Streusalz naturgemäß Schwankungen unterliegt und somit ein branchentypisches Wagnis darstellt, trat der Vergabesenat ebenfalls entgegen. Der Landkreis verfüge immerhin über belastbare Erfahrungsdaten aus den vergangenen Jahren. Somit könne von ihm erwartet werden, im Umfang eines Durchschnittswertes die Streusalzmenge aususchreiben und sich verbindlich zur Abnahme zu verpflichten. Auf diese Weise werde ein angemessener Interessenausgleich hergestellt. Weder müsse überproportional viel Streusalz verbindlich gekauft und gelagert werden, noch fehle es dann an einem Mindestmaß an Planungssicherheit und damit einer verlässlichen Kalkulationsgrundlage für den Preis bei den Bietern.

## 2. Rahmenvertrag wäre keine Alternative

Der Vergabesenat trat im Übrigen der Verteidigung des Landkreises entgegen, dieser habe nur einen Rahmenvertrag ausgeschrieben und sei daher nicht verpflichtet, eine genaue Liefermenge anzugeben.

Das OLG stellte fest, dass die gewählte Ausschreibungsart – Lieferauftrag bzw. Kauf – keinen Raum für eine Auslegung als Rahmenvertrag mit nachfolgenden, konkretisierenden Einzelaufträgen bot. Auch könne der Landkreis keinen Rahmenvertrag zu identischen Bedingungen abschließen. Ein solcher darf gerade nicht dazu genutzt werden, in einen Liefervertrag unstatthafte Bedingungen einzuführen.

## III. Bewertung

Der Entscheidung des OLG Dresden ist zuzustimmen. Es konnte von Vergabestellen nicht ernstlich angenommen werden, dass die nicht erfolgte Übernahme der Formulierung des Verbots der Aufbürdung ungewöhnlicher Wagnisse von VOL/A 2006 zu VOL/A 2009 einen Freibrief für genau solche Vorgehensweisen darstellt. Beschaffungen unterliegen unabhängig von der VOL/A den Grundsätzen von Transparenz, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung. Ein Wagnis, welches die Bieter kalkulatorisch nicht erfassen können und worauf sie folglich keinen Preis anbieten können, führt in jedem Fall dazu, dass keine vergleichbaren Angebote mit auskömmlichen Preisen und zutreffenden Bieterangaben eingehen werden. Würde man hingegen solche Angebote einfordern und auswerten, würde voraussichtlich derjenige die Ausschreibung gewinnen, der das unkalkulierbare Risiko mit dem geringsten Betrag – am besten gar nicht – einpreist. Dann jedoch wäre das Risiko auf Bieterseite preislich völlig ungesichert, was eventuell zum Ausfall des Auftragnehmers bei der Risikoverwirklichung führt.

Ähnlich entschieden hatte bereits die Vergabekammer Münster am 17.06.2011 (VK 5/11). Auch sie wies darauf hin, dass unter Berücksichtigung des Wettbewerbsgrundsatzes unabhängig von der Formulierung in der VOL/A 2009 zu prüfen ist, ob die Leistungsbeschreibung nicht unzumutbare Forderungen für die Bieter enthält, da andernfalls die Vergabestelle keine vergleichbaren und der Beschaffung angemessenen Angebote erhalte.

Die obige Rechtsprechung führt jedoch nicht dazu, dass Auftragnehmer gar keine Risiken mehr tragen dürften. Ausgeschlossen sind nur Risiken oder Wagnisse, die auf Umständen und Ereignissen beruhen, auf die der Auftragnehmer keinen Einfluss hat (i), das Risiko nach Art und Umfang ungewöhnlich ist (ii) und die Einwirkung des Risikos auf Preise und Fristen durch den Auftragnehmer nicht ge-

schätzt werden kann (iii). Die Verlagerung von anderweitigen Risiken und Wagnissen, z. B. solchen, deren Einwirkungen auf die Preise der Auftragnehmer schätzen kann, ist vergaberechtlich zulässig.

## Ansprechpartner



**Karsten Köhler**  
Rechtsanwalt

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Grimmaische Straße 25  
04109 Leipzig

Telefon +49 341 5299 0  
Telefax +49 341 5299 110  
karsten.koehler@luther-lawfirm.com

## Aktuelle Veranstaltungen

Termin	Thema/Referent	Veranstalter/Ort
27./28.10.2011	Seminar für das Thüringer Finanzministerium zum Vergaberecht (Karsten Köhler, Sebastian Schäller)	IHK Industrie- und Handelskammer Erfurt
28.10.2011	Seminar „Einstieg in das Vergaberecht“ (Dr. Henning Holz, LL.M.)	IHK Industrie- und Handelskammer Hannover/Hannover
07.11.2011	Regionalkonferenz für Vergabestellen - Optimierung der Vergabe- und Beschaffungsprozesse (Dr. Bernhardine Kleinhenz)	bi medien GmbH/Kiel

Weitere Informationen zu den Veranstaltungen der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH finden Sie auf unserer Homepage unter dem Stichwort „Termine“.

## Regionale Ansprechpartner zum Vergaberecht

### Düsseldorf

**Dr. Michael Fritzsche**  
michael.fritzsche@luther-lawfirm.com

**Stefan Hitter**  
stefan.hitter@luther-lawfirm.com

Telefon +49 211 5660 0

### Essen

**Achim Meier**  
achim.meier@luther-lawfirm.com

**Henner Puppel**  
henner.puppel@luther-lawfirm.com

Telefon +49 201 9220 0

### Hamburg / Berlin

**Dr. Bernhardine Kleinhenz**  
bernhardine.kleinhenz@luther-lawfirm.com

**Stephan Birko**  
stephan.birko@luther-lawfirm.com

Telefon +49 40 18067 0

### Hannover

**Ulf-Dieter Pape**  
ulf-dieter.pape@luther-lawfirm.com

**Dr. Henning Holz, LL.M.**  
henning.holz@luther-lawfirm.com

Telefon +49 511 5458 0

### Leipzig

**Dr. Thomas Gohrke**  
thomas.gohrke@luther-lawfirm.com

**Karsten Köhler**  
karsten.koehler@luther-lawfirm.com

Telefon +49 341 5299 0

### Luxemburg

**Thomas Michaelis**  
Thomas.michaelis@luther-lawfirm.com

Telefon +49 352 27484 1

Als zentraler Kontakt für allgemeine Fragen zu unserem Beratungsfeld Vergaberecht steht Ihnen Herr Ulf-Dieter Pape, Telefon +49 511 5458 17627, ulf-dieter.pape@luther-lawfirm.com zur Verfügung.

### Copyright

Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme.

### Impressum

Verleger: Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 221 9937 0, Telefax +49 221 9937 110, contact@luther-lawfirm.com

V.i.S.d.P.: Ulf-Dieter Pape, Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Sophienstraße 5, 30159 Hannover, Telefon +49 511 5458 0, Telefax +49 511 5458 110, ulf-dieter.pape@luther-lawfirm.com

### Haftungsausschluss

Ogleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen oder steuerlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche oder steuerliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

Die Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand. Luther ist das deutsche Mitglied von Taxand, einem weltweiten Zusammenschluss unabhängiger Steuerberatungsgesellschaften.

Berlin, Dresden, Düsseldorf, Eschborn/Frankfurt a. M., Essen, Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig, Mannheim, München, Stuttgart | Brüssel, Budapest, Istanbul, Luxemburg, Shanghai, Singapur