

## **OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.12.2017 - I-27 U 25/17**

### **Tenor:**

Die Berufung der Antragstellerin gegen das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Wuppertal vom 21. Juli 2017 (2 O 171/17) wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt 10.000 Euro.

### **Gründe:**

I.

Die Antragstellerin ist eine Gesellschaft nach p. Recht. Sie behauptet, ihr Unternehmensgegenstand sei die Errichtung und der Betrieb von Sport- und Freizeitanlagen sowie die Erbringung damit zusammenhängender Dienstleistungen. Antragsgegnerin ist die T. T.. Sie beabsichtigt, dem gemeinnützigen "G. G. B. e.V." eine in ihrem Eigentum stehende Teilfläche des ehemaligen Freibadgeländes von etwa 10.500 m<sup>2</sup> zu überlassen. Der Verein soll die auf dem Gelände vorhandenen Freizeitanlagen ausbauen und unterhalten und der Öffentlichkeit im Wesentlichen unentgeltlich zur Verfügung stellen.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, die Antragsgegnerin müsse vor Abschluss eines derartigen Überlassungsvertrags ein transparentes und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren durchführen. Mit mehreren Schreiben an die Antragsgegnerin hat sie ihr Interesse an einer Beteiligung hieran bekundet. Überdies hat sie am 18.07.2017 bei der Europäischen Kommission Beihilfebeschwerde eingelegt (Anl. ASt 11 / K 2), da sie die Auffassung vertritt, die Überlassung des Geländes an den Förderverein stelle eine unzulässige Beihilfe dar.

Die Antragstellerin hat beantragt,

der Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Verfügung bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes bis zu 250.000 Euro, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu untersagen, ohne vorherige Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens unter vorheriger Veröffentlichung der Auswahlkriterien und Setzung angemessener Fristen mit einem anderen Vertragspartner als ihr Verträge über die Vermietung, Verpachtung oder unentgeltliche Nutzungsüberlassung von Teilflächen des Geländes des ehemaligen Freibades B. in T. zum Betrieb von

- zwei Beachvolleyball-Feldern,
  - einem Schach-/Mühlefeld,
  - einer Sauna,
  - einer Minigolfanlage,
  - einer Boulebahn,
  - einer Zeltwiese,
  - einem Vereinsheim,
  - einem Wohnhaus und
  - einem Waldkindergarten
- abzuschließen,

hilfsweise

der Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Verfügung bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes bis zu 250.000 Euro, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu untersagen, vor Erlass eines abschließenden

Beschlusses der Europäischen Kommission nach Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV über die von ihr bei der Europäischen Kommission eingelegte Beihilfebeschwerde vom 18.07.2017 (Anl. ASt 11) mit einem anderen Vertragspartner als ihr Verträge über die Vermietung, Verpachtung oder unentgeltliche Nutzungsüberlassung von Teilflächen des Geländes des ehemaligen Freibades B. in T. zum Betrieb von

- zwei Beachvolleyball-Feldern,
- einem Schach-/Mühlefeld,
- einer Sauna,
- einer Minigolfanlage,
- einer Boulebahn,
- einer Zeltwiese,
- einem Vereinsheim,
- einem Wohnhaus und
- einem Waldkindergarten abzuschließen.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,  
die Anträge zurückzuweisen.

Sie der Auffassung, die Überlassung des Grundstücks sei vergaberechtlich nicht relevant und stelle auch keine Beihilfe im Sinne des Art. 108 AEUV dar. Aufgrund der Umstände, so der Verflechtung der Antragstellerin mit einem Anwohner des Geländes, sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin eigens gegründet wurde, um eine EU-Binnenmarktrelevanz zu suggerieren, die nicht bestehe.

Das Landgericht hat mit Urteil vom 21.07.2017 den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung abgewiesen. Auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (GA Bl. 197 ff., 199 ff.) wird Bezug genommen.

Hiergegen richtet sich die am 24.07.2017 eingelegte Berufung der Antragstellerin, mit der sie zunächst ihre erstinstanzlichen Anträge weiter verfolgt hat. Auf ihren weiteren Antrag hat der Senat mit Beschluss vom 03.08.2017 im Wege einer einstweiligen Verfügung nach § 935 ZPO zunächst bis zur Entscheidung über den Verfügungsantrag der Antragstellerin einstweilen untersagt, ohne vorherige Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens Verträge über die Vermietung, Verpachtung oder unentgeltliche Nutzungsüberlassung von Flächen des ehemaligen Freibads B. in T. zum Betrieb von Beachvolleyballfeldern, eines Schach-/Mühlefelds, einer Sauna, einer Minigolfanlage, eines Grillplatzes, einer Boulebahn, einer Zeltwiese, eines Vereinsheims, eines Wohnhauses und eines Waldkindergartens abzuschließen.

Wie die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 14.09.2017 mitgeteilt hat, hatte sie allerdings – unstrittig - bereits am 24.07.2017 einen Überlassungsvertrag mit dem Förderverein geschlossen (Anl. B1 zum Schriftsatz vom 14.09.2017), der unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung des Rates der Stadt steht (§ 9 Ziff. 1). Diese ist bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht eingeholt worden.

Die Antragstellerin beantragt unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Sachvortrags nunmehr,

- das angefochtene Urteil abzuändern und der Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Verfügung zu untersagen, bei Meidung eines Ordnungsgeldes bis zu 250.000 Euro, ersatzweise Zwangshaft bis zu sechs Monaten, die Nutzung des Geländes des ehemaligen Freibads B. dem Förderverein B. e.V. zu überlassen, bevor die Europäische Kommission eine abschließende Entscheidung über ihre Beihilfebeschwerde vom 18.07.2017 getroffen hat.

Die Antragsgegnerin beantragt,  
die Berufung zurückzuweisen,

hilfsweise, der Antragstellerin eine Frist zur Erhebung der Hauptsacheklage zu setzen.

Sie wiederholt und vertieft ebenfalls ihr erstinstanzliches Vorbringen. Zudem ist sie der Auffassung, mit Abschluss des Grundstücküberlassungsvertrags habe sich der Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung erledigt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten nebst Anlagen Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Berufung der Antragstellerin hat keinen Erfolg. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist unzulässig, da das Rechtsschutzinteresse fehlt. Die Antragstellerin hat nicht hinreichend glaubhaft gemacht, ein eigenes Interesse am Vertragsschluss zu haben.

1. Allerdings hätte es der Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens bedurft. Bei der Überlassung des Grundstücks handelt es sich um eine Dienstleistungskonzession, nämlich beschafft die Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin Dienstleistungen in Form von Freizeitmöglichkeiten für ihre Bürger und Besucher, wobei die Verwaltung und Instandhaltung der Anlage durch den Betreiber erfolgt, der in erheblichem Umfang das Betriebsrisiko trägt. Auch unterhalb der Schwellenwerte und unterhalb einer Binnenmarkrelevanz erfordert der Gleichbehandlungsgrundsatz, Art. 3 GG, derartige Verträge in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu vergeben.

Bei Verstößen hiergegen steht dem betroffenen Bieter oder Bewerber der Zivilrechtsweg offen, um im Wege einer einstweiligen Verfügung gemäß §§ 935, 940 ZPO ein Zuschlagsverbot erwirken. Ist, wie im Streitfall, der Zuschlag bereits erteilt, fehlt es allerdings regelmäßig an einem Verfügungsgrund, da Primärrechtsschutz nicht mehr erreicht werden kann. Anderes gilt nur, wenn der geschlossene Vertrag unwirksam oder nichtig ist.

Angesichts der nachfolgend unter 2. angeführten Umstände des Falles dürften ein grenzüberschreitendes Interesse an der Grundstücksüberlassung und ein Verstoß gegen das beihilferechtliche Durchführungsverbot, Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV, zu verneinen sein. Anhaltspunkte für ein kollusives Zusammenwirken der Antragsgegnerin mit dem Förderverein, das gemäß § 138 BGB zur Vertragsnichtigkeit führen würde, liegen ebenso wenig vor. Unschädlich ist auch, dass der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung, § 158 BGB geschlossen wurde; der Vertrag ist wirksam, solange nicht feststeht, dass die Bedingung nicht mehr eintreten kann.

Eine Vertragsnichtigkeit könnte allerdings daraus resultieren, dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin weder über den beabsichtigten Vertragsschluss informiert noch im Anschluss hieran eine angemessene Wartefrist eingehalten hat. Es sprechen gewichtige Gründe dafür, auch im Unterschwellenbereich die Einhaltung einer Informations- und Wartepflicht durch den öffentlichen Auftraggeber zu verlangen. Nach der Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union fordern die gemeinsamen Verfassungen der Mitgliedsstaaten und die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten einen effektiven und vollständigen Schutz gegen Willkür des öffentlichen Auftraggebers. Dieser vollständige Rechtsschutz verlangt, sämtliche Bieter vor Abschluss eines Vertrages von der Zuschlagsentscheidung zu unterrichten. Ein vollständiger Rechtsschutz

verlangt auch, dass zwischen der Unterrichtung abgelehnter Bieter und der Unterzeichnung des Vertrags eine angemessene Frist liegt, innerhalb der für den Bieter ein vorläufiger Schutz gewährt werden kann, wenn er für die volle Wirksamkeit der Entscheidung in der Sache erforderlich ist (EuG, Urteil v. 20.09.2011, T-461/08). Im nationalen Recht ist dies ebenfalls bereits in einigen Rechtsgebieten anerkannt. Schon vor Einführung der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen war nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bei Beamten- und Richterbeförderungen die Informations- und Wartepflicht zu beachten (BVerwG, Urteil v. 04.11.2010, 2 C 16/09, juris Rn. 27 ff.). Zur Vergabe von Wochenmarktveranstaltungen hat das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg entschieden, dass effektiver Primärrechtsschutz es gebietet, mindestens zwei Wochen nach Information der Bewerber über den Ausgang des Auswahlverfahrens abzuwarten, bevor mit dem ausgewählten Bewerber der Vertrag geschlossen wird (OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 30.11.2010, OVG 1 S 107.10, juris Rn. 7).

Führt man diese Grundsätze konsequent fort, müsste, da nur dies effektiven Rechtsschutz sicherstellt, ein unter Verstoß gegen die Informations- und Wartepflicht geschlossener Vertrag gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein ungeschriebenes Gesetz als nichtig eingestuft werden.

Die vorgenannten Erwägungen bedürfen mit Rücksicht auf die nachfolgenden Ausführungen im Streitfall indes keiner Vertiefung.

**2.** Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses unzulässig. Die Antragstellerin hat nicht hinreichend glaubhaft gemacht, ein eigenes Interesse am Vertragsschluss zu haben.

Die Voraussetzungen für den Erlass eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung sind vom Antragsteller glaubhaft zu machen, §§ 920 Abs. 2, 936, 294 ZPO. Dies gilt grundsätzlich auch für die Prozessvoraussetzungen (Vollkommer in: Zöller, Zivilprozessordnung, 32. Aufl. 2017, § 920 ZPO, Rn. 8 mwN).

Bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte ist die Antragsbefugnis für das Nachprüfungsverfahren, § 160 Abs. 2 GWB bzw. § 107 Abs. 2 GWB a.F., nur zu bejahen, wenn der Antragsteller ein Interesse am Auftrag hat. Dieses wird regelmäßig durch Abgabe eines Angebots belegt (BGH, Beschluss v. 10.11.2009, X ZB 8/09 - Endoskopiesystem, juris Rn. 25 mwN). Bei De-facto-Vergaben sind an das Auftragsinteresse grundsätzlich keine hohen Anforderungen zu richten. Im Allgemeinen genügt es, wenn das Unternehmen des Antragstellers der für den Auftrag in Betracht kommenden gewerblichen Branche angehört und darum als generell darauf eingerichtet angesehen werden kann, den Auftrag auszuführen. In Verbindung damit geht das Interesse am Auftrag dann aus der Anbringung eines Nachprüfungsantrags hervor (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 20.06.2001, Verg 3/01, juris Rn. 121).

Entsprechendes gilt für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte. Auch hier ist ein Interesse am Auftrag zu fordern. Einem Antragsteller, der nicht ernsthaft am Auftrag interessiert ist, fehlt das Rechtsschutzinteresse. Es besteht dann kein rechtfertigender Grund, im Wege einer einstweiligen Verfügung in das Vergabeverfahren einzugreifen.

Wie im Oberschwellenbereich reichen zum Beleg des Interesses am Auftrag im Regelfall die Rüge des Antragstellers und sein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung aus.

Im Streitfall gibt es indes gewichtige Indizien dafür, dass das Interesse der Antragstellerin am Auftrag nur vorgeschoben ist und das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung missbraucht wird, um die Interessen eines mit der Antragstellerin verbundenen Anwohners zu vertreten. Dies ergibt sich insbesondere aus Folgendem:

Es besteht eine enge Verbundenheit zwischen der Antragstellerin und dem Anwohner des umstrittenen Geländes K.-B. M.. Dieser hat schon vor Jahren erfolgreich den damaligen Bebauungsplan angegriffen, der eine deutlich größere Freizeitanlage ermöglicht hätte (OVG NRW, Urteil v. 31.08.2012, Anl. AG 2 zur Antragserwiderungsschrift der Antragsgegnerin v. 14.07.2017). M. und der Geschäftsführer der Antragstellerin, Dr. G. L., sind geschäftlich verbunden. Sie waren Gründungsgesellschafter der M. + Co. GmbH Wirtschafts- und Steuerberatungsgesellschaft (vgl. Internetauftritt Anl. AG 4 zur Antragserwiderungsschrift der Antragsgegnerin v. 14.07.2017). Der Geschäftsführer der Antragstellerin ist zugleich Gesellschafter des p. Arms der M.-Gruppe (vgl. Auszug aus dem Merkur, Anl. AG 5 zur Antragserwiderungsschrift der Verfügungsbeklagten v. 14.07.2017). Die M. + Co. GmbH hat Niederlassungen in E. und X., dort zeitweise unter der Anschrift der Antragstellerin (K. ... , vgl. Auskunft Creditreform, Anl. AG 4 zur Antragserwiderungsschrift der Antragsgegnerin v. 14.07.2017).

Darüber hinaus ist nicht zu erkennen, dass hinter der Antragstellerin ein im Freizeitbereich tätiges Unternehmen steht. Sie scheint weder über einen Internet-Auftritt noch eine Telefonnummer zu verfügen, was den Verdacht einer Briefkastenfirma nahelegt. Ein Geschäftsbetrieb irgendwelcher Art lässt sich nicht feststellen. Die Antragstellerin soll am 18.04.2017, mithin in zeitlichem Zusammenhang mit Presseberichten über die beabsichtigte Vergabe des Geländes, als Alleingesellschafterin des Geschäftsführers gegründet worden sein und über zwei Mitarbeiter verfügen ([https://www.firmenabc.at/z ... -gmbh\\_OFIV](https://www.firmenabc.at/z...-gmbh_OFIV)).

Vor diesem Hintergrund hätte es sowohl einer substantiierten Darlegung dazu bedurft, worin das Interesse am Auftrag besteht, insbesondere in welcher Weise das Freizeitgelände genutzt werden soll, als auch einer Glaubhaftmachung, etwa durch eidesstattliche Versicherung des Geschäftsführers der Antragstellerin. Beides ist nicht erfolgt. Das von der Antragstellerin zu den Akten gereichte "Businesskonzept" ist inhaltsleer und lässt jedwedes nachvollziehbare Zahlenmaterial vermissen. Eine eidesstattliche Versicherung wurde nicht abgegeben, auch nicht, nachdem die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 14.09.2017 explizit auf dieses Erfordernis hingewiesen hat.

**3.** Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 6, 713, 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO.

**4.** Die Festsetzung des Berufungsstreitwerts erfolgt gemäß §§ 53 Abs. 1 GKG, 3 ZPO ausgehend vom geltend gemachten Interesse der Antragstellerin am Erlass der einstweiligen Verfügung.