

Update Vergaberecht

Streitige Kündigung im Vorauftrag – Ausschluss möglich!?

VK Bund, Beschluss vom 17.08.2023 – VK 2-56/23

Zwischen Auftraggeber A und Unternehmen B bestanden in Vergabeverfahren zustande gekommene Verträge über Bauleistungen. A kündigte die Verträge unter Berufung auf jeweils vorliegende Schlecht- und Nichtleistungen außerordentlich, wobei B den Kündigungen widersprach. A schrieb einen Teil der Leistungen neu aus. B gab ein Angebot ab und legte wie gefordert ein die Ausschlussgründe des § 6e EU VOB/A betreffendes Formblatt vor mit der Angabe, dass für ihn keine derartigen Gründe vorlägen. A teilte B mit, dass dies wegen der Kündigungen falsch sei und übersandte B ein Anhörungsschreiben zur Frage einer etwaigen Selbstreinigung im Hinblick auf die vorgebrachten Kündigungsgründe. B antwortete, dass hierfür kein Bedarf bestehe, da die Kündigungen mangels Schlechtleistungen unbegründet seien. A schloss B auf der Grundlage des § 6e EU Abs. 6 Nr. 7 EU VOB/A aus. B legte nach erfolgloser Rüge Nachprüfungsantrag ein und berief sich u. a. darauf, dass die Kündigungen Streitig seien und daher keine Ausschlussgrundlage darstellen könnten. Mangels wirksamer Kündigungen läge schon der Tatbestand der Ausschlussnorm nicht vor, wobei B im Einzelnen zu der aus seiner Sicht fehlenden Kündigungsberechtigung ausführte (u. a. sei der fehlende Baufortschritt auf Fehlplanungen von A zurückzuführen und das Fernbleiben von Baubesprechungen habe nicht zu einer Beeinträchtigung der Kommunikation hinsichtlich der Vertragsdurchführung geführt).

Ohne Erfolg! Die VK befindetet, dass A den B zu Recht ausgeschlossen habe. Hierbei führt sie u. a. aus, dass Schlechtleistungen in den Voraufträgen zu deren vorzeitiger Beendigung geführt hätten. Eine zur rechtskräftigen Feststellung der Rechtmäßigkeit der Kündigungen führende gerichtliche Prüfung sei bislang nicht erfolgt, was jedoch für die Nachprüfung des hierauf gestützten vergaberechtlichen Ausschlusses auch nicht erforderlich sei. Ausreichend sei, dass der Auftraggeber von der Schlechtleistung Gewissheit habe, also eine Überzeugung gewonnen habe, die vernünftige Zweifel ausschließe. Hiervon sei vorliegend auszugehen, da u. a. als Ergebnis der mündlichen Verhandlung auch aus Sicht der VK nicht ernsthaft in Zweifel stehe, dass die Umstände in den Voraufträgen als erhebliche und fortdauernde Verletzung wesentlicher Anforderungen zu beurteilen seien.

Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung ist auf den entsprechenden Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB übertragbar. Hinsichtlich des im Nachprüfungsverfahren anzulegenden Beweismaßstabs folgt die VK der Auffassung des OLG Düsseldorf; zudem scheint die VK bei diesem Ausschlussgrund eine – hier von A vorgenommene – Prognoseentscheidung hinsichtlich der zu erwartenden künftigen Vertragserfüllung zu verlangen (vgl. auch OLG Frankfurt). Auftraggeber können demnach auch zivilgerichtlich ungeklärte Vertragskündigungen als Ausschlussgrund heranziehen, sollten aber eine umfassende und nachvollziehbare Dokumentation einschließlich Ermessensbegründungen darüber vorhalten, warum sie einen „früheren Schlechtleister“ als auch für den „künftigen“ Auftrag untragbar erachten.