


<b>Anmerkung zu:</b>	OLG Celle Vergabesenat, Beschluss vom 09.01.2017 - 13 Verg 9/16
<b>Autoren:</b>	Dr. Pascal Friton, LL.M., RA, Eva-Maria Meister, LL.M., RA'in
<b>Erscheinungsdatum:</b>	11.04.2017
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 167 GWB, § 124 GWB
<b>Fundstelle:</b>	jurisPR-VergR 4/2017 Anm. 3
<b>Herausgeber:</b>	Dr. Lutz Horn, RA
<b>Zitiervorschlag:</b>	Friton/Meister, jurisPR-VergR 4/2017 Anm. 3

---

## **Anforderungen an den Nachweis des Ausschlusses wegen einer früheren, erheblichen Schlechtleistung**

### **Orientierungssätze zur Anmerkung**

- 1. Der Ausschluss eines Bieters wegen Schlechtleistung setzt voraus, dass der Auftraggeber nachweisen kann, dass er den Bieter wegen dieser Schlechtleistung rechtmäßig gekündigt hat. Der Nachweis einer berechtigten außerordentlichen Kündigung kann durch Indiztatsachen von einigem Gewicht und gesicherten Erkenntnissen aus seriösen Quellen erfolgen, die den Ausschluss des Bieters als nachvollziehbar erscheinen lassen.**
- 2. Eine erhebliche mangelhafte Erfüllung (§ 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB) liegt vor, wenn die mangelhafte Leistung den öffentlichen Auftraggeber in tatsächlicher und finanzieller Hinsicht deutlich belastet. Die Bauförderungspflicht des Bauunternehmers ist eine solche wesentliche Vertragspflicht, deren Verletzung eine Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigen kann.**

### **A. Problemstellung**

Kern des vom OLG Celle entschiedenen Rechtsstreits ist die Frage, welche Anforderungen der in § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB neu geschaffene Ausschlussbestand an den Nachweis der früheren, erheblichen Schlechtleistung stellt. Das OLG Celle klärt erstmals gerichtlich den Prüfungsmaßstab des neuen Ausschlussbestands wegen früherer Schlechtleistung. In diesem Rahmen setzt es sich auch mit dem Verhältnis des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB zum Ausschluss wegen einer nachweislich schweren Verfehlung gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB auseinander.

### **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Bei dem hier besprochenen Beschluss des OLG Celle handelt es sich um eine Entscheidung in dem der Hauptsache vorgelagerten Verfahren über den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung des von der Antragstellerin eingereichten Nachprüfungsantrags. Jedoch positioniert sich das Gericht, das an sich nur über die „voraussichtlichen“ Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde zu urteilen hat, derart deutlich, dass der Beschluss sich wie eine endgültige Zu-

rückweisung des Rechtsmittels liest. Inhaltlich lag dem vom OLG Celle für rechtmäßig befundenen Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB der folgende Sachverhalt zugrunde:

Im Jahr 2015 vergab der Antragsgegner einen Bauauftrag zur Herstellung von lufttechnischen Anlagen an die Antragstellerin. Im Zuge der Ausführung des Bauauftrags kam es jedoch zu Verwerfungen zwischen den Parteien über die Vertragsabwicklung, die letztlich in der fristlosen Kündigung des Bauvertrags mündeten. Der Antragsgegner schrieb die notwendig gewordenen Ersatzvornahmeleistungen am Bauvorhaben erneut aus. Auf diesen Bauauftrag bewarb sich unter anderem die zuvor gekündigte Antragstellerin. Der Antragsgegner schloss die Antragstellerin gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB wegen früherer Schlechtleistungen, die zu einer fristlosen Kündigung führten, vom Vergabeverfahren aus. Hiergegen wendete sich die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag.

Das OLG Celle hatte zu klären, inwieweit die Rechtmäßigkeit des Kündigungsgrundes vom Antragsgegner nachzuweisen und vom Gericht zu überprüfen ist.

Die Vergabekammer hatte die Rechtmäßigkeit der Kündigung nur daraufhin überprüft, ob sie ohne völlig greifbaren Anlass oder erkennbar rechtsmissbräuchlich erfolgte (VK Lüneburg, Beschl. v. 14.11.2016 - VgK-44/2016). Diesen Maßstab in Form einer pauschalen Missbrauchsprüfung lehnt das Oberlandesgericht ab. Aus der Gesetzesbegründung zu § 124 GWB (BT-Drs. 18/6281, S. 104, 106) gehe hervor, dass die Vergabestelle zunächst den Nachweis der Tatbestandsvoraussetzungen des Ausschlussgrundes führen müsse, bevor sie sich auf die – gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare – Ermessensentscheidung auf Rechtsfolgenseite berufen könne. Es müsse im Nachprüfungsverfahren daher eine eigene zivilrechtliche Beurteilung vorgenommen werden, ob die Kündigung der Antragstellerin zu Recht erfolgt sei.

Nicht erforderlich sei es demgegenüber, auf eine rechtskräftige Entscheidung der Zivilgerichte zu warten bzw. die Rechtmäßigkeit der streitigen Kündigung im Wege einer vollumfänglichen Inzidentprüfung mit unter Umständen langwieriger Beweisaufnahme selbst zu klären. Ein solches Vorgehen sei so zeitaufwändig, dass die Frist des § 167 Abs. 1 GWB und damit der vergaberechtliche Beschleunigungsgrundsatz regelmäßig nicht eingehalten werden könne. Zudem müsse berücksichtigt werden, dass es einem Auftraggeber grundsätzlich nicht zugemutet werden könne, in dem langen Zeitraum zwischen der streitigen Schlechtleistung und einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung vertragliche Beziehungen mit dem gekündigten Unternehmen aufzunehmen, obwohl klare Indizien und gesicherte Tatsachen bestehen, die eine Schlechtleistung gegen ihn selbst erkennen lassen.

Das OLG Celle wählt daher einen vermittelnden Weg und kommt zu dem Ergebnis, dass es für den Nachweis des Vorliegens einer erheblichen oder fortdauernden Schlechtleistung notwendig, aber auch ausreichend ist, wenn von der Vergabestelle Indiztatsachen vorgebracht werden, die von einigem Gewicht sind, auf gesicherten Erkenntnissen aus seriösen Quellen basieren und die Entscheidung des Auftraggebers als nachvollziehbar erscheinen lassen.

Das Gericht orientiert sich hierbei am Prüfungsmaßstab der „Nachweislichkeit“ i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB. Der Gesetzgeber habe mit der Schaffung des neuen Ausschlussgrundes in § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB nur eine Klarstellung vorgenommen, wann eine vertragliche Pflichtverletzung eine „schwere Verfehlung“ darstelle, nämlich dann, wenn eine erhebliche oder fortdauernde Schlechtleistung vorliege, und dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt habe. Es sei nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB – in dem das Erfordernis der Nachweislichkeit nicht erwähnt wird – die Anforderungen an den Nachweis der Verfehlung verschärfen wollte. Daher könne jedenfalls kein strengerer Maßstab als bei der „Nachweislichkeit“ des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB

angewendet werden. Zudem ergebe sich aus der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/6281, S. 105), dass eine Verletzung vertraglicher Pflichten auch dann unter § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB fallen könne, wenn die Voraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB nicht vorliegen. Dies rechtfertige eine Angleichung des Prüfungsmaßstabes.

Im vorliegenden Fall konnte der Auftraggeber den Nachweis der Rechtmäßigkeit der Kündigung führen, indem er schriftsätzlich und durch Vorlegen von Urkunden eine Verletzung der Abhilfepflichtung der Antragstellerin gemäß § 5 Abs. 3 VOB/B belegte, die eine Kündigung gemäß den §§ 8 Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. 5 Abs. 3 VOB/B rechtfertigte.

Auf der Rechtsfolgenebene müsse der Auftraggeber eine Prognoseentscheidung treffen, ob von dem Bieter trotz des fakultativen Ausschlussgrundes zukünftig eine sorgfältige, ordnungsgemäße und gesetzestreue Auftragsdurchführung zu erwarten sei. Auch diese Prognoseentscheidung des Antragsgegners sei nicht ermessensfehlerhaft getroffen, so dass sich der Ausschluss der Antragstellerin vorliegend insgesamt als rechtmäßig darstelle.

### **C. Kontext der Entscheidung**

Das Urteil des OLG Celle ist das erste obergerichtliche Urteil, das sich mit den Nachweisanforderungen an das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des neuen Ausschlussgrundes in § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB befasst. Vor der Einführung des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB wurde die Nichterfüllung vertraglicher Pflichten unter den Ausschlussgrund der schweren Verfehlung subsumiert (EuGH, Urte. v. 13.12.2012 - C-465/11 „Forposta“; Prieß/Friton, NZBau 2013, 214; Dreher in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 97 GWB Rn. 205) oder bei der allgemeinen Eignungsprüfung im Rahmen der Zuverlässigkeit (OLG München, Beschl. v. 01.07.2013 - Verg 8/13; OLG München, Beschl. v. 05.10.2012 - Verg 15/12; KG Berlin, Urte. v. 08.12.2011 - 2 U 11/11) berücksichtigt. Die Kodifizierung eines eigenen Tatbestandes der erheblichen oder fortdauernden Schlechtleistung ist insofern eine konsequente und begrüßenswerte Weiterführung der bisherigen Rechtsprechung.

Die Auffassung des OLG Celle kann dogmatisch jedoch nicht in jeder Hinsicht überzeugen: So ist seine Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB zumindest unsauber. Denn diese sind nach Auffassung des Oberlandesgerichts nachgewiesen, wenn sie durch gewichtige Indiztatsachen und Erkenntnisse aus seriösen Quellen belegt sind. Hierbei wird der Maßstab des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB übernommen. Nach dem Wortlaut des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB gibt es hierfür aber kein Bedürfnis. Denn – anders als § 124 Abs. 1 Nr. 1 und 3 GWB – enthält der neue Ausschlussstatbestand den Begriff „nachweislich“ nicht. Vielmehr stellt er darauf ab, dass die Schlechterfüllung „zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge“ geführt haben muss. Die Tatsache, dass auf „Schadensersatz“ und beispielsweise nicht auf die bloß einseitige „Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen“ abgestellt wird, spricht dafür, dass Schadensersatz gezahlt worden sein muss oder die Pflicht hierzu durch ein Anerkenntnis des Bieters oder ein rechtskräftiges Urteil feststehen muss, bevor der Auftraggeber den Bieter vom Vergabeverfahren ausschließen kann (Prieß/Friton in: BeckOK Vergaberecht, § 124 GWB Rn. 71).

Für die zweite, im Tatbestand genannte Rechtsfolge „Vertragsbeendigung“, die der Rechtsfolge „Schadensersatz“ gleichgestellt ist, bedeutet das, dass allein der einseitige Ausspruch einer Kündigung nicht genügen dürfte, um einen Ausschluss zu begründen. Vielmehr müsste die Rechtmäßigkeit einer Kündigung auch in diesem Fall durch Anerkenntnis des Bieters oder ein entsprechendes, rechtskräftiges Urteil feststehen. In der Praxis dürfte dieses dogmatisch sauberere Verständnis in Anbetracht der Dauer (zivil)gerichtlicher Verfahren kaum Anklang finden. Allerdings unterscheidet sich diese (strengere) Auslegung im Ergebnis kaum von dem vom OLG Celle gewählten Weg. Denn auch ohne rechtskräftige Bestätigung der Rechtmäßigkeit einer Kündigung

ist es dem Auftraggeber unbenommen, den Bieter auf Grundlage des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB auszuschließen, bei dem gewichtige Indiztatsachen ausreichen. Der Vorteil dieses Lösungswegs der subsidiären Anwendung des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB wäre dann vor allem die Vermeidung einer Vermischung der Tatbestandsvoraussetzungen der § 124 Abs. 1 Nr. 3 und 7 GWB zugunsten einer klareren Abgrenzung.

Größeren dogmatischen Bedenken begegnet jedoch die vom OLG Celle auf Rechtsfolgenseite vorgenommene Prüfung, für die es keinerlei Anhaltspunkte im Wortlaut gibt: Insofern müsse nach Auffassung des Oberlandesgerichts eine Prognoseentscheidung dahingehend getroffen werden, ob der Bieter zukünftig trotz der erheblichen Schlechtleistung eine sorgfältige, ordnungsgemäße und gesetzestreue Auftragsdurchführung vornehmen könne. Dieses auftragsbezogene Verständnis entspricht der Auffassung der Gesetzesbegründung und der aktuellen Rechtsprechung (BT-Drs. 18/6281, S. 104; zuletzt bestätigt durch VK Ansbach, Beschl. v. 13.01.2017 - 21.VK-3194-38/16), war aber auch vor Inkrafttreten des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes 2016 allgemeine Meinung (Conrad in: Müller-Wrede, GWB, § 124 Rn. 151; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.08.2001 - Verg 27/01). Mit der Novellierung des GWB ist das Eignungskriterium der Zuverlässigkeit allerdings entfallen. (Auftragsbezogene) Eignungskriterien und Ausschlussgründe sind nunmehr getrennt geregelt. Auch dem Wortlaut des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB ist das Erfordernis des Auftragsbezugs nicht zu entnehmen. Die allgemeine Berücksichtigung von auftragsbezogenen Erwägungen beim Ausschließungsermessen des Auftraggebers hätte daher nicht aufrechterhalten werden müssen (Prieß/Friton in: BeckOK Vergaberecht, § 124 GWB Rn. 13; Friton, Die Festlegung und Erfüllung von Eignungsparametern nach den EU-Vergaberichtlinien und die Umsetzung im GWB-Vergaberecht, 2016, S. 247; a.A. Conrad in: Müller-Wrede, GWB, § 124 Rn. 151, wonach der Auftragsbezug aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abzuleiten sei). Es wäre erfreulich gewesen, wenn sich das Oberlandesgericht mit der geänderten Rechtslage befasst hätte und nicht im alten Recht verhaftet geblieben wäre, indem es fordert, den Auftragsbezug bei jeder Ermessensentscheidung des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB zu berücksichtigen. Vielmehr hätte deutlich gemacht werden können, dass der öffentliche Auftraggeber die Zuverlässigkeit des Bieters für den konkreten Auftrag in seine Ausschlussentscheidung miteinbeziehen kann, aber nicht muss.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Die effektive „Sanktionierung“ von erheblichen oder fortdauernden vertraglichen Pflichtverletzungen im Rahmen von öffentlichen Aufträgen ist für öffentliche Auftraggeber von großer Bedeutung. Daher war die Einführung eines eigenen fakultativen Ausschlussgrundes durchaus geboten. Die Entscheidung des OLG Celle verleiht dem Ausschlussgrund der erheblichen Schlechtleistung – trotz der angeführten dogmatischen Bedenken – Konturen. Indem der Auftraggeber lediglich gewichtige Indiztatsachen und Gründe aus seriösen Quellen als Nachweis einer erheblichen Schlechtleistung anführen muss, wird zweierlei erreicht. Zum einen wird der Eilcharakter des Nachprüfungsverfahrens gewahrt. Ein Abwarten einer gerichtlichen Entscheidung bzw. einer Beweisaufnahme im Nachprüfungsverfahren würde in der Tat dem Beschleunigungsgrundsatz des Vergaberechts zuwiderlaufen. Zum anderen kommt § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB in Zukunft eine deutlich größere praktische Relevanz zu. Müsste das Ergebnis eines Gerichtsverfahrens abgewartet werden, wäre der Auftraggeber in der Zwischenzeit stets auf § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB als Auffangtatbestand verwiesen.

Auch diese Funktion des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB als Auffangtatbestand klingt in der Entscheidung des OLG Celle recht deutlich an. Denn auch wenn es den Begriff des „Auffangtatbestands“ nicht ausdrücklich nennt, stellt das Gericht unter Berufung auf die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/6281, S. 105) fest, dass Vertragsverletzungen auch weiterhin unter § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB fallen können. Damit ist eine erste Tendenz zugunsten eines fortwährend weiten Verständnisses des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB auch vor dem Hintergrund der Einführung neuer Ausschlussgründe

zu verzeichnen. In der Praxis wird sich zeigen, ob eine solche Handhabe auch mit Blick auf weitere (nicht in allen Voraussetzungen erfüllte) speziellere Ausschlussstatbestände in Betracht kommt. Zumindest bei den Ausschlussgründen des § 124 Abs. 1 Nr. 1 und 4 GWB, die als Unterfall einer „schweren Verfehlung“ zu verstehen sind, liegt eine Anwendung von § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB als Auffangtatbestand nahe – insbesondere auch zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen (vgl. Prieß/Friton in: BeckOK Vergaberecht, § 124 GWB Rn. 31). Mit Blick auf einen eigentlich § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB unterfallenden Sachverhalt käme ein Ausschluss gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB also beispielsweise dann in Betracht, wenn der in Rede stehende Verstoß gegen umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen nicht bei Ausführung eines öffentlichen Auftrags begangen wurde. Gleiches gilt bei wettbewerbsbeschränkenden abgestimmten Verhaltensweisen, die nicht sämtliche Tatbestandsmerkmale des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB erfüllen. Ob sich dieses Verständnis in der Praxis etablieren wird, wird sich erst noch zeigen. Das OLG Celle hat – obwohl es hierauf für den von ihm zu entscheidenden Fall nicht ankam – zumindest einen allerersten Schritt in diese Richtung unternommen.

© juris GmbH