


Anmerkung zu:	BKartA Bonn 2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 19.08.2020 - VK 2-59/20
Autoren:	Dr. Roland M. Stein, LL.M., RA, Dr. Christopher Wolters, RA
Erscheinungsdatum:	19.02.2021
Quelle:	
Normen:	§ 126 GWB, § 142 GWB, § 125 GWB, § 124 GWB
Fundstelle:	jurisPR-Compl 1/2021 Anm. 4
Herausgeber:	Prof. Dr. Norbert Nolte, RA
Zitiervorschlag:	Stein/Wolters, jurisPR-Compl 1/2021 Anm. 4

Unterlassungsanspruch bei rechtswidrigen Vergabesperrn

Orientierungssätze zur Anmerkung

- 1. Die Möglichkeit von Unternehmen, in einem konkreten Vergabeverfahren gegen Ausschlüsse auf Basis einer Vergabesperre vor den Vergabekammern vorzugehen, bleibt durch die jüngste Grundsatzentscheidung des BGH zur Gewährung von direktem Rechtsschutz vor den Zivilgerichten unberührt.**
- 2. Auch im Kontext eines Ausschlusses durch den öffentlichen Auftraggeber auf Grundlage einer Vergabesperre bleibt dieser zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit und einer potenziellen Selbstreinigung im Einzelfall verpflichtet.**
- 3. Die Berufung auf einen zusätzlichen Ausschlussgrund erst im Nachprüfungsverfahren ist dann zulässig, wenn der zugrunde liegende Sachverhalt den Parteien bereits vorab durch die eindeutige Bezugnahme auf die Vergabesperre bekannt und zwischen diesen unstrittig war.**
- 4. Im Gegensatz zu einem Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB erfordert § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB kein subjektives Verschulden einer Leitungsperson.**

A. Problemstellung

Die vorliegende Entscheidung der VK Bund war die erste, die sich nach der Grundsatzentscheidung des BGH im Sommer 2020 (BGH, Urt. v. 03.06.2020 - XIII ZR 22/19) zum Rechtsschutz gegen Vergabesperrn wieder mit dieser Thematik beschäftigte. Der BGH hatte dabei das unmittelbare zivilgerichtliche Vorgehen gegen Vergabesperrn für zulässig erklärt (vgl. auch Stein/Wolters, jurisPR-Compl 5/2020 Anm. 4 und Wolters/Voss, VergabeR 2020, 884).

Die VK Bund hatte im vorliegenden Fall die Auswirkungen dieser Entscheidung auf den Fall eines konkreten Ausschlusses zu klären. Darüber hinaus stellten sich verschiedene Fragen zu den Voraussetzungen der § 124 Abs. 1 Nr. 3 und 7 GWB und deren Verhältnis untereinander. Schließlich hatte die Vergabekammer über Fragen der nachträglichen Geltendmachung von zusätzlichen Ausschlussgründen zu entscheiden.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die vorliegende Entscheidung betrifft den Ausschluss der Antragstellerin von einem Vergabeverfahren der Antragsgegnerin. Gegenstand des Auftrags war eine Rahmenvereinbarung für Instandsetzungsleistungen. Konkret handelte es sich vergaberechtlich um ein Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb nach den Vorschriften der Sektorenverordnung (SektVO).

Die Antragsgegnerin schloss die Antragstellerin wegen einer schweren Verfehlung nach den §§ 124 Abs. 1 Nr. 3, 126 Nr. 2 GWB vom Vergabeverfahren aus. Sie bezog sich dabei ausdrücklich auf eine etwa sechs Monate zuvor gegenüber der Antragstellerin für einen Zeitraum von drei Jahren erklärte Vergabesperre. Sie stellte darüber hinaus ausdrücklich fest, dass die Antragstellerin keine ausreichenden Selbstreinigungsmaßnahmen nach § 125 GWB vorgenommen habe.

Grundlage der dem Ausschluss vorrangig zugrunde liegenden Vergabesperre waren dabei Verstöße der Antragstellerin bei der Auftragsausführung in einem vorangegangenen Vergabeverfahren. Zum einen habe die Antragstellerin Leistungen abgerechnet, die sie tatsächlich nicht erbracht hatte. Zum anderen hatte der von der Antragstellerin eingesetzte Nachunternehmer – ohne vorherige Genehmigung und damit im Widerspruch zu den Auftragsbestimmungen – wiederum einen Nachunternehmer eingesetzt. Die Verstöße waren zwischen den Verfahrensbeteiligten im vorliegenden Verfahren objektiv unstrittig, die Antragstellerin bestritt jedoch in beiden Fällen die subjektive Vorwerfbarkeit. Wenige Monate nach Verhängung der Vergabesperre kündigte die Antragsgegnerin den Bauvertrag mit der Antragstellerin.

In dem dieser Besprechung zugrunde liegenden Verfahren reichte die Antragstellerin infolge der Zurückweisung ihrer Rüge einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Bundes ein. Im Laufe des Nachprüfungsverfahrens erklärte die Antragsgegnerin, dass sie den gegenüber der Antragstellerin verhängten Ausschluss vom Verfahren nunmehr zusätzlich mit dem Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB („Schlechterfüllung eines vorherigen Auftrages“) begründe.

Die VK Bund hat den Antrag als zulässig, aber unbegründet zurückgewiesen und somit die Zulässigkeit des Ausschlusses der Antragstellerin bestätigt.

Die VK Bund stellt zunächst fest, dass die kurz zuvor ergangene Entscheidung des BGH vom 03.06.2020 (XIII ZR 22/19) keine Auswirkungen auf die Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags habe. Die vom BGH eröffnete Möglichkeit, auch außerhalb eines Vergabeverfahrens vor den Zivilgerichten gegen eine Vergabesperre vorzugehen, beschneide nicht den Rechtsschutz im konkreten Einzelfall über die Nachprüfungsinstanzen. Der BGH habe kein Stufenverhältnis oder eine Sperrwirkung einzelner Rechtsschutzmöglichkeiten vorgegeben. Die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen bejahet die Vergabekammer ohne tiefere Erörterungen.

Im Folgenden verneint die VK Bund indes die Begründetheit des Antrages und erklärt den Ausschluss der Antragstellerin vom Vergabeverfahren nach § 142 GWB i.V.m. § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB für zulässig. Sowohl die falsche Abrechnung als auch der Einsatz eines Nach-Nach-Unternehmers ohne Genehmigung erfüllten ihrer Auffassung nach den Ausschlussgrund der „Schlechtleistung“ nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB. Ob zusätzlich der Ausschlussgrund nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB („schwere Verfehlung“) einschlägig sei, sei daher nicht entscheidungserheblich.

Zunächst bestätigt die VK Bund, dass sich die Antragsgegnerin auch dann auf den Ausschlussgrund der „Schlechtleistung“ nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB berufen könne, wenn sie diesen erst im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens geltend mache. Das gelte zumindest dann, wenn die zugrunde liegenden Sachverhalte bereits durch die erstmalige Erklärung des Ausschlusses den Parteien bekannt und zwischen diesen unstrittig waren. Die Antragsgegnerin hatte sich bei ihrer Ausschlussentscheidung ausdrücklich auf die der Vergabesperre zugrunde liegenden Sachverhalte bezogen. Daher sei im vorliegenden Fall der Grundsatz des effektiven rechtlichen Gehörs auch

dann in ausreichendem Maße gewährleistet, wenn die Antragsgegnerin ergänzend zu ihren bisherigen Ausführungen auf einen zusätzlichen Ausschlussgrund verweise.

Im Weiteren prüft die VK Bund die Einschlägigkeit des Ausschlussgrundes des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB in Bezug auf die zwei benannten Verstöße, namentlich die falsche Abrechnung und der Einsatz eines Sub-Sub-Unternehmers. In beiden Fällen handele es sich um die erhebliche mangelhafte Erfüllung von wesentlichen vertraglichen Anforderungen. Zudem liege die zusätzliche Voraussetzung einer vorzeitigen Beendigung des betroffenen Auftragsverhältnisses vor. Die VK Bund weist darauf hin, dass – anders als bei einem Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB („schwere Verfehlung“) – eine subjektive Vorwerfbarkeit oder Kenntnis etwa der Geschäftsführung oder anderer Leitungspersonen nicht erforderlich sei. Genügen würde, dass die „Schlechtleistung“ in den Verantwortungsbereich der Antragstellerin falle, was vorliegend der Fall sei. Aus diesem Grund sei auch eine Entscheidung über die – zwischen den Parteien strittige – Frage der subjektiven Vorwerfbarkeit und damit die Möglichkeit des Ausschlusses nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB im vorliegenden Verfahren unerheblich.

Die VK Bund führt aus, dass die Antragsgegnerin auf Basis der beschriebenen Geschehnisse zulässigerweise von der Unzuverlässigkeit bzw. der fehlenden Eignung der Antragstellerin ausgehen konnte. Darüber hinaus verneint sie einen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Es handele sich weder um eine Bagatelle noch sei die Tatsache, dass die mangelhafte Auftragserteilung mehr als drei Jahre zurücklag, ausreichend, um eine Änderung der Prognoseentscheidung zu erzwingen. Zudem stellt die Vergabekammer fest, dass die Antragstellerin keine hinreichenden Selbstreinigungmaßnahmen nach § 125 GWB vorgenommen habe, die eine abweichende Betrachtung rechtfertigen könnten.

Abschließend äußert sich die VK Bund noch in einem obiter dictum zur Rechtmäßigkeit der durch die Antragsgegnerin verhängten Vergabesperre im Allgemeinen. Sie stellt zwar ausdrücklich fest, dass sie über diese nicht zu entscheiden habe, weist aber darauf hin, dass sie auf Basis des im streitgegenständlichen Verfahren relevanten Sachverhaltes eine dreijährige Vergabesperre als ungerechtfertigt erachten würde.

C. Kontext der Entscheidung

Bei der Entscheidung der VK Bund handelt es sich um die erste öffentlich publizierte Entscheidung einer Vergabekammer seit dem Urteil des BGH, die sich mit der Thematik des Rechtsschutzes gegen Vergabesperren im Nachprüfungsverfahren auseinandersetzt. Sie konkretisiert dabei die Auswirkungen des BGH-Urteils auf Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern im Kontext von konkreten Ausschlüssen.

Die Entscheidung bestätigt zunächst, dass Wirtschaftsteilnehmer weiterhin im Wege des Nachprüfungsverfahrens gegen Ausschlüsse im konkreten Vergabeverfahren vorgehen können, auch wenn diese weitestgehend auf einer zuvor verhängten Vergabesperre beruhen. Die Möglichkeit des Rechtsschutzes vor den Zivilgerichten entfaltet somit keinerlei Sperrwirkung gegenüber dem Rechtsschutz im Nachprüfungsverfahren. Ein solcher Vorrang des Zivilrechtsweges wäre auch nicht mit der Entscheidung des BGH vereinbar gewesen. Aus dessen Ausführungen lässt sich eine eindeutige „Parallelität“ der beiden Rechtsschutzmöglichkeiten entnehmen (BGH, Urt. v. 03.06.2020 - XIII ZR 22/19 Rn. 24 ff.). Eine solche Interpretation ist insbesondere auch deshalb folgerichtig, als mit dem jeweiligen Vorgehen verschiedene Rechtsfolgen verbunden sind. Während eine Klage bzw. ein Antrag vor den Zivilgerichten die Aufhebung der Vergabesperre zur Folge hätte, resultiert ein erfolgreicher Nachprüfungsantrag nur in der Ungültigkeit des konkreten Ausschlusses.

Des Weiteren äußert sich die VK Bund zur Möglichkeit der Geltendmachung von zusätzlichen Ausschlussgründen während des Nachprüfungsverfahrens. Sie stellt fest, dass eine solche bestehe, soweit die zugrunde liegenden Sachverhaltsfragen im Verfahren bereits erörtert wurden. In diesem Fall sei der Grundsatz des effektiven rechtlichen Gehörs ausreichend gewährleistet. Die Einschätzung der VK Bund ist hierbei konsequent und von den vergaberechtlichen Grundsätzen gedeckt. Die Vergabestelle ist generell zur kontinuierlichen Prüfung der Zuverlässigkeit der Auftragsbewerber verpflichtet. Somit komme auch im Rahmen des Vergabeverfahrens eine erneute Ermessensausübung unter der Berücksichtigung neuer Sachverhalte in Betracht (Opitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 124 GWB Rn. 19). In einer früheren Entscheidung hatte die VK Bund bereits die Zulässigkeit des Nachreichens von Messergebnissen und Untersuchungen im laufenden Nachprüfungsverfahren für zulässig erachtet (BKartA Bonn, Beschl. v. 26.11.2010 - VK 3 - 114/10). Erforderlich ist lediglich - wie die VK Bund im vorliegenden Verfahren ausführt -, dass dem betroffenen Wirtschaftsteilnehmer bei Ergänzung der Sachverhaltslage ausreichend Zeit zur Stellungnahme gegeben wird. Dass vor diesem Hintergrund bei unverändertem Sachverhalt auch die Bezugnahme auf einen zusätzlichen Ausschlussgrund statthaft ist, erscheint damit folgerichtig.

Eine bemerkenswerte Konkretisierung der BGH-Entscheidung nimmt die VK Bund in Bezug auf die trotz bestehender Vergabesperre existierende Notwendigkeit einer genaueren Einzelfallprüfung vor. Zweck einer Vergabesperre ist es, der Vergabestelle den Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers, der sich in der Vergangenheit als unzuverlässig erwiesen hat, für einen bestimmten Zeitraum zu erleichtern. Hierzu wird ihm bekanntgegeben, dass er aufgrund der Erfüllung eines oder mehrerer Ausschlussgründe temporär für Aufträge der Vergabestelle als ungeeignet bzw. unzuverlässig erachtet wird. Teilweise umstritten war und ist, inwieweit eine Vergabestelle ohne genauere Prüfung im Einzelfall auf die Vergabesperre verweisen kann, um einen Ausschluss zu rechtfertigen (dagegen: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 126 GWB Rn. 31; wohl dafür: KG, Urt. v. 08.12.2011 - 2 U 11/11 Kart). Die Entscheidung der VK Bund im vorliegenden Fall scheint nun darauf hinzudeuten, dass sich der Auftraggeber trotz Vergabesperre zumindest eingeschränkt weiterhin mit dem konkreten Einzelfall auseinandersetzen muss. Zum einen ist er immer dazu verpflichtet zu prüfen, ob der Wirtschaftsteilnehmer ausreichende Selbstreinigungsmaßnahmen nach § 125 GWB durchgeführt und somit seine Zuverlässigkeit wiedererlangt hat. Hierauf hatte bereits die Entscheidung des BGH hingedeutet (vgl. hierzu auch Wolters/Voss, VergabeR 2020, 884, 887). Die VK Bund geht aber zum anderen in ihrer Prüfung prinzipiell darüber hinaus und prüft erneut im Einzelnen die Verhältnismäßigkeit des Ausschlusses, insbesondere auch bezüglich der seit den früheren Verfehlungen vergangenen Zeit. Es scheint sich somit zu bestätigen, dass auch eine Vergabesperre keinen „Freifahrtschein“ der Behörde darstellt, sich einer - zumindest summarischen - Prüfung des Einzelfalles zu entziehen.

In ihrem obiter dictum zur Zulässigkeit der dem Sachverhalt zugrunde liegenden Vergabesperre bleibt die VK Bund leider unpräzise. Sie erklärt, dass der bekannte Sachverhalt eine dreijährige Vergabesperre basierend auf § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB wohl nicht rechtfertigen dürfte. Es wird dabei nicht klar, ob sie dabei allein die Länge der Vergabesperre als unverhältnismäßig ansieht oder sie bereits Zweifel am Vorliegen der Voraussetzungen des Ausschlussgrundes selbst hegt. Sie weist zwar ordnungsgemäß darauf hin, dass sie nicht über die Zulässigkeit der Vergabesperre, sondern nur über den konkreten Ausschluss zu entscheiden habe, versäumt damit aber eine Möglichkeit, die Prüfungsparameter einer Vergabesperre zu konkretisieren.

Neben den Ausführungen zu Vergabesperren befasst sich das Urteil weiterhin mit den Voraussetzungen und dem Verhältnis der zwei Ausschlussgründe § 124 Abs. 1 Nr. 3 und 7 GWB. Zu beachten ist hierbei insbesondere die relativ deutliche Ablehnung des Erfordernisses einer subjektiven Vorwerfbarkeit als Voraussetzung des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB. Angelehnt an den zivilrechtlichen

Schlechtleistungs- bzw. Mangelbegriff scheint dies zwar im Grunde nachvollziehbar, verschiedene Stimmen in Literatur und Rechtsprechung tendierten bislang aber wohl in eine andere Richtung (vgl. etwa Opitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 124 GWB Rn. 92 oder VK Bund, Urt. v. 13.07.2005 - VK 2 - 75/05) und forderten ein schuldhaftes Handeln.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung der VK Bund bestätigt und konkretisiert die Grundsatzentscheidung des BGH und die daran anknüpfenden ersten Besprechungen und Analysen in der Fachliteratur. Aus diesem Grund sei auch noch einmal gesondert auf die diesbezügliche Urteilsbesprechung verwiesen (Stein/Wolters, jurisPR-Compl 5/2020 Anm. 4).

Für die Praxis besonders relevant ist die nunmehr eindeutig feststehende Parallelität der zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Vergabesperrern. Wirtschaftsteilnehmer können sich entweder außerhalb eines Vergabeverfahrens an die Zivilgerichte wenden oder aber gegen einen konkreten Ausschluss einen Nachprüfungsantrag einreichen. Hierbei ist keiner der beiden Alternativen als zwingend vorrangig zu erachten. Welche Variante Betroffene wählen, hängt damit vom konkreten Einzelfall, insbesondere der Häufigkeit der Teilnahme an Vergabeverfahren und der Länge der Sperre ab. Angesichts potentieller Reputationsschäden bleibt es im Zweifel immer ratsam, gegen potentielle rechtswidrige Vergabesperrern unverzüglich vor den Zivilgerichten vorzugehen.

Für Vergabestellen und öffentliche Auftraggeber sind insbesondere zwei Rückschlüsse aus der Entscheidung besonders beachtenswert. Zum einen steht es ihnen offen, sich innerhalb des Nachprüfungsverfahrens noch auf weitere Ausschlussgründe zu berufen. Das gilt jedenfalls dann, wenn der zugrunde liegende Sachverhalt bereits zum Zeitpunkt des Ausschlusses zwischen den Parteien unstrittig war, oder wenn dem Wirtschaftsteilnehmer ausreichend Zeit gewährt wurde, zum ergänzten Sachverhalt Stellung zu nehmen. Zum anderen sollten öffentliche Auftraggeber beachten, dass der Verweis auf eine bestehende Vergabesperre sie nicht vollumfänglich von einer Prüfung des konkreten Einzelfalles befreit. Insbesondere ist zu prüfen, ob der Wirtschaftsteilnehmer seit Verhängung der Vergabesperre in ausreichendem Maße Selbstreinigungsmaßnahmen nach § 125 GWB durchgeführt hat. In diesem Kontext werden vor allem auch die Folgen des neuen Wettbewerbsregistergesetzes zu berücksichtigen sein.

Offen bleiben auch nach den Entscheidungen des BGH und der VK Bund detaillierte Prüfungskriterien für die Rechtmäßigkeit von Vergabesperrern. Zwar tendiert die VK Bund im vorliegenden Fall zu einer Unzulässigkeit einer dreijährigen Vergabesperre im gegebenen Kontext; auf die Entwicklung eines genaueren Maßstabs durch diesbezügliche Rechtsprechung müssen Wirtschaftsteilnehmer jedoch weiterhin warten. Es bleibt dabei, dass angesichts der Schwere der Rechtsfolgen einer Vergabesperre im Sinne der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit eine klare gesetzliche Regelung wünschenswert wäre.

Letztlich sollten Wirtschaftsteilnehmer beachten, dass die VK Bund bei Ausschlüssen nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB eine subjektive Vorwerfbarkeit nicht als zwingende Voraussetzung erachtet. Es ist für Unternehmen also ratsam, qualitätssichernde Prozesse in der Auftragsdurchführung weiter zu stärken, um Mängel und Vertragsverletzungen – auch von Sub-Unternehmern und MitarbeiterInnen – weitestgehend ausschließen zu können.