

Ein Beitrag aus der Immobilien Zeitung Nr. 44 vom 4.11.2010

Vergaberecht

Ein Streit zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer über die Art und Weise der Ausführung eines Generalunternehmerauftrags rechtfertigt die Annahme der Unzuverlässigkeit und damit den Ausschluss bei einer Folgeausschreibung.

OLG Brandenburg, Beschluss vom 14. September 2010, Az. Verg W 8/10

Rechtsanwalt
Dr. Martin
Schellenberg von
Heuking
Kühn Lüer Wojtek,
Hamburg



Der Fall

Für den neuen Flughafen Berlin-Brandenburg wurde ein Generalunternehmer mit der Verlegung des Natursteinbodens beauftragt. Noch vor der Ausführung kam es zum Streit mit dem Auftraggeber. Der Auftragnehmer wollte das Terrazzomaterial von einem anderen Steinbruch beziehen als im Angebot vorgesehen. Damit war der Auftraggeber nicht einverstanden: Kurzerhand kündigte er den Vertrag und beauftragte

bereits vier Tage später einen anderen Generalunternehmer. Der bisherige Auftragnehmer ging vergaberechtlich gegen die Neuvergabe vor. Die Kündigung sei nicht wirksam und man hätte ihn auch bei der Folgevergabe wieder zum Angebot auffordern müssen. Der Auftraggeber meint, zu Recht gekündigt zu haben. Außerdem sei der Auftragnehmer wegen des Streits vergaberechtlich nicht mehr zuverlässig.

Die Folgen

Sowohl vor der Vergabekammer als auch beim OLG hat der Flughafen mit dieser Argumentation Recht bekommen. Er habe innerhalb seines Beurteilungsspielraums gehandelt und durfte davon absehen, das Unternehmen bei der Folgevergabe zu berücksichtigen. Ob die Kündigung wirksam gewesen sei, müssten dagegen die Zivilgerichte entscheiden. Auf den ersten Blick scheint diese Entscheidung sehr auftraggeberfreundlich. Ein Generalunternehmer will einen Lieferanten auswechseln, erhält hierfür keine Genehmigung von dem Auftraggeber und wird im Anschluss sogar noch gekündigt. Bei

genauem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass das Gericht über die Wirksamkeit der Kündigung explizit nicht geurteilt hat. Dies sei Sache der Zivilgerichte. Das ist konsequent: Das Vergabenachprüfungsverfahren als Eilverfahren hat nicht die Aufgabe, einen komplexen vertragsrechtlichen Streit endgültig zu entscheiden. Hier geht es lediglich um die Frage, ob der bisherige Auftragnehmer am Folgeverfahren beteiligt werden musste. Auch diese Frage entscheidet das Gericht nicht selbst. Es kontrolliert lediglich, ob der Beurteilungsspielraum der Vergabestelle überschritten wurde.

Was ist zu tun?

Auftragnehmern ist nach dieser Entscheidung zu raten, bei Auseinandersetzungen in bestehenden Auftragsverhältnissen Vorsicht walten zu lassen. Neben den üblichen vertragsrechtlichen Risiken kann ihnen nun leichter als bisher die vergaberechtliche Unzuverlässigkeit vorgeworfen werden. Öffentliche Auftraggeber sollten die Entscheidung allerdings nicht zum

Anlass nehmen, voreilig Verträge zu kündigen, wenn über die Auftragsmodalitäten unterschiedliche Meinungen bestehen. Selbst wenn sie die Folgevergabe nach einer Kündigung nun leichter an Dritte durchführen können, bleibt doch das Schadenersatzrisiko, falls sich die Kündigung später als ungerechtfertigt erweisen sollte. (ba)