

UPDATE VERGABERECHT

VERSTOß GEGEN KUNDENSCHUTZKLAUSEL ALS AUSSCHLUSSGRUND

VK Thüringen, Beschluss vom 28.02.2020, 250-4004-630/2020-E-002-EF

A schrieb Projektmanagementleistungen aus. Der bisherige Leistungserbringer B liegt im wettbewerblichen Verfahren auf Rang 2 und rügt nach Erhalt der Bieterinformation gemäß § 134 GWB die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Bietergemeinschaft BG. Einer der Gesellschafter der BG ist ein bei der bisherigen Leistungserbringung für A eingesetzter Nachunternehmer (NAN) des B. B meint, NAN verstoße gegen ein vertraglich vereinbartes Wettbewerbsverbot und sei daher wegen Vorliegens einer schweren beruflichen Verfehlung im Sinne des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB als unzuverlässig zu bewerten und auszuschließen. Er habe mit NAN vertraglich wirksam eine Kundenschutzklausel vereinbart, wonach NAN sich verpflichtet habe, jede Tätigkeit für die ihm über B bekannt gewordenen Auftraggeber zu unterlassen.

Der mit dieser Begründung gestellte Nachprüfungsantrag hat Erfolg! Nach Auffassung der VK unterliegt der NAN im Verhältnis zu B einem Wettbewerbsverbot, das ihm die Teilnahme am vorliegenden Vergabeverfahren untersage. Die durch die BG vermittelte Teilnahme des NAN begründe eine der BG zurechenbare schwere berufliche Verfehlung, die ihre Integrität infrage stelle. A habe sein hinsichtlich des Ausschlusses bestehendes Ermessen bislang nicht pflichtgemäß ausgeübt und müsse dieses daher nachholen.

Bedeutung für die Praxis

Die VK bestätigt die Wirksamkeit des vertraglichen Wettbewerbsverbots sowohl in AGB- als auch in kartellrechtlicher Hinsicht. Zudem folge aus dem Nachunternehmerverhältnis eine vertragliche Nebenpflicht gemäß § 242 BGB, die die Ausnutzung des vom Auftraggeber begründeten Geschäftskontakts durch den NAN verbiete. Anschließend kommt die VK mit Verweis auf die Gesetzesbegründung zu § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB, wonach die Verletzung von Verpflichtungen zu Vertraulichkeit und Sicherheit i. d. R. eine schwere Verfehlung darstelle, zu dem Schluss, dass dies auch für den vorliegenden Verstoß gelte. Diese Schlussfolgerung erscheint jedoch fraglich: Zwar wird allgemein vertreten, dass nicht nur Verstöße gegen Ordnungswidrigkeits- oder Strafvorschriften schwere berufliche Verfehlungen darstellen können, sondern auch Verstöße gegen zivilrechtliche Normen, sofern sie nach ihrem Unwertgehalt mit strafrechtlichen Normen vergleichbar sind. Reine Verstöße gegen vertragliche Verpflichtungen fallen jedoch nicht hierunter. Als eine solche könnte man das vorliegend strittige vertragliche Wettbewerbsverbot jedoch einordnen. Dies gilt umso mehr, als die VK mit Blick auf B als Verwender der Kundenschutzklausel das Vorliegen eines Ausschlussgrundes nach dem insoweit spezielleren § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB (Wettbewerbsverhinderung) verneint.