

Leitfaden zur Berücksichtigung von Selbstreinigungsmaßnahmen bei der Vergabe öffentlicher Baufträge

Schlussbericht

Forschungsprogramm

Zukunft Bau, ein Forschungsprogramm des
Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (BMUB)

Projektlaufzeit

4. August 2016 bis 31. März 2017

Aktenzeichen

10.08.17.7-16.06

im Auftrag

des Bundesinstituts für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR)
im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR)

bearbeitet von

K&L Gates LLP, Markgrafenstraße 42, 10117 Berlin

SCHLUSSBERICHT

EMPFÄNGER: Bundesrepublik Deutschland, letztvertreten durch das Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBSR) - Frau Ingrid Strohe

VON: Dr. Annette Mutschler-Siebert
Marion Baumann

DATUM: 30. März 2017

THEMA: Zukunft Bau – Leitfaden zur Berücksichtigung von Selbstreinigungsmaßnahmen bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge
Az. 10.08.17.7-16.06

A. Kurzzusammenfassung der Ergebnisse

Das Vergaberecht kennt einerseits sog. obligatorische (zwingende) sowie andererseits sog. fakultative (ermessensgebundene) Ausschlussgründe, die in abschließenden Katalogen in GWB und VOB/A-EU aufgeführt sind. Die obligatorischen Ausschlussgründe knüpfen an eine Verurteilung wegen konkreter Katalogstraftaten oder an die Nichtentrichtung von Steuern und Abgaben an. Der Ausschluss eines Unternehmens vom Vergabeverfahren auf dieser Grundlage setzt voraus, dass die jeweiligen Straftaten bzw. Verstöße dem Unternehmen gem. § 30 OWiG zuzurechnen sind. Die fakultativen Ausschlussgründe lassen sich in vier Fallgruppen einteilen, namentlich solche Ausschlussgründe, die (a) durch Handlungen (auch) außerhalb des konkreten Vergabeverfahrens begründet werden, (b) sich auf Handlungen bei der Ausführung früherer Aufträge beziehen, (c) in der Person des Unternehmens selbst begründet sind oder (d) einen Bezug zu dem konkreten Vergabeverfahren aufweisen.

Eine Selbstreinigung kommt grundsätzlich bei allen obligatorischen Ausschlussgründen, aber nicht bei allen fakultativen Ausschlussgründen in Betracht. Für eine erfolgreiche Selbstreinigung muss ein Unternehmen im Regelfall aktiv und umfassend an der Sachverhaltsaufklärung mitwirken, eine Schadenswiedergutmachung betreiben und konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergreifen um sicherzustellen, dass vergleichbare Rechtsverstöße in Zukunft vermieden werden. Besondere Selbstreinigungsmöglichkeiten bestehen, wenn das Unternehmen seinen Verpflichtungen zur Zahlung von Steuern, Abgaben und Beiträgen zur Sozialversicherung nicht nachgekommen ist und deshalb ein obligatorischer Ausschlussgrund besteht. Hier ist für eine erfolgreiche Selbstreinigung allein erforderlich, dass das betroffene Unternehmen Maßnahmen zur Schadenskompensation ergreift.

Das betroffene Unternehmen trägt die Darlegungs- und Beweislast für eine gelungene Selbstreinigung wohingegen den öffentlichen Auftraggeber eine Prüf- und Berücksichtigungspflicht hinsichtlich der vorgelegten Tatsachen und Nachweise trifft. Mögliche Nachweise für Selbstreinigungsmaßnahmen reichen von der einfachen Eigenerklärung über Drittnachweise bis zu amtlichen Bescheinigungen oder speziellen Zertifizierungen, wobei die genannten Nachweisarten in dieser Reihenfolge mit einer jeweils gesteigerten Glaubwürdigkeit der Nachweise verknüpft sind.

Eine angemessene Sachverhaltsaufklärung erfordert die umfassende, prompte und aktive Mitwirkung des betroffenen Unternehmens. Taugliche Nachweise hierfür sind etwa die substantiierte Eigenerklärung, die Vorlage interner oder externer Prüfberichte oder die Vorlage von Ermittlungsakten bzw. von amtlichen oder gerichtlichen Entscheidungen.

Der Nachweis beglichener Schäden kann z.B. durch das Einreichen von Eigenerklärungen oder eines schriftlichen Schuldanerkenntnisses, durch Vorlage des Überweisungsbeleges oder durch schriftliche Bestätigung der Ausgleichsleistung durch den Geschädigten geführt werden. Steht die Höhe des Schadens oder die Person bzw. Anzahl der Gläubiger nicht fest, kann das Unternehmen die Schadenswiedergutmachung durch Vorlage eines Schuldanerkenntnisses dem Grunde nach beweisen. Bestreitet das Unternehmen bereits die Entstehung eines Schadens, so kann es diesen Umstand im Wege der Eigenerklärung oder durch ein externes Rechtsgutachten darlegen und beweisen.

Der Nachweis zur Umsetzung technisch implementierter organisatorischer Maßnahmen kann durch substantiierte Eigenerklärungen zur technischen Wirkungsweise der Maßnahme oder durch Erklärung des Anbieters der technischen Lösung geführt werden. Die Umsetzung organisatorischer Maßnahmen kann durch Eigenerklärung zur räumlichen oder funktionellen Trennung bestimmter Mitarbeiter sowie durch Vorlage der Dokumentation zu durchgeführten Schulungen nachgewiesen werden.

Die Umsetzung personeller Maßnahmen kann etwa durch die Vorlage der Kündigungserklärung bzw. des Aufhebungsvertrages, des Abberufungsbeschlusses oder eines anderen Gesellschafterbeschlusses oder durch Vorlage eines entsprechenden Handelsregisterauszuges belegt werden, sofern sich daraus jeweils die entsprechenden Maßnahmen ergeben.

Der öffentliche Auftraggeber bewertet die vorgelegten Nachweise unter Ausübung seines Beurteilungsspielraums dahingehend, ob die vom Unternehmen durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen ausreichend sind. Er berücksichtigt hierbei u.a. Struktur und Größe des betroffenen Unternehmens, die Natur des konkreten Ausschlussgrundes, die Schwere des Verstoßes sowie seine bisherigen Anforderungen an Nachweise zur Eignung im bisherigen Verfahren.

Für das Präqualifikationsverfahren müssen insbesondere im Fall einer Entscheidung über die Streichung eines Unternehmens bzw. über die Antragssperre aufgrund der gravierenden Rechtsfolgen ebenfalls die vergaberechtlichen Grundsätze zur Selbstreinigung herangezogen werden. Hinsichtlich der Voraussetzungen für eine gelungene Selbstreinigung, der Grundsätze zur Darlegungs- und Beweislast sowie zur Prüfung der vorgelegten Nachweise gelten die gleichen Anforderungen wie im Fall der innerhalb eines spezifischen Vergabeverfahrens zu bewertenden Selbstreinigung.

B. Arbeitsschritte während des gesamten Berichtszeitraums

Ablauf- und Zeitplan der Arbeitsschritte

(für längere Projektlaufzeiten quartalsweise Angaben möglich, für kurze Laufzeiten ist eine detailliertere Aufteilung erwünscht, Erstellung auf eigener Anlage möglich)

Arbeitsschritte 2016	Januar	Februar	März	April	Mai	Juni	Juli	August	September	Oktober	November	Dezember
Vertragsschluss und Projektstart								4.8.				
Erstellung eines Arbeitskonzeptes												
rechtliche Aufarbeitung des Themas												
Erstellen des Zwischenberichts												
Vorstellung des vorläufigen Zwischenberichts in einem Präsenztermin mit Diskussion											24.11.	
Finalisieren und Vorlage des endgültigen Zwischenberichts												1.12.
Erstellen eines vorläufigen Schlussberichtes unter Berücksichtigung der Anmerkungen des Auftraggebers												

Arbeitsschritte 2017	Januar	Februar	März	April	Mai	Juni	Juli	August	September	Oktober	November	Dezember
Erstellen des vorläufigen Schlussberichtes												
Erstellen des Leitfadens												
Vorlage des vorläufigen Schlussberichts mit Leitfaden		28.2.										
Finalisieren des Schlussberichtes sowie des Leitfadens			31.3.									
Erstellen eines Internetbeitrags für das Archiv			vom Auftraggeber nicht mehr gewünscht									

Der ursprüngliche Zeitplan ist in Abstimmung mit dem Auftraggeber angepasst worden. Die oben stehende Übersicht zeigt den überarbeiteten Zeitplan.

C. Tatsächlich durchgeführte Arbeitsschritte

Auf ein ursprünglich vorgesehenes Kick-Off Meeting hat der Auftraggeber verzichtet. Stattdessen wurde frühzeitig der Entwurf eines Zwischenberichts erstellt, der dem Auftraggeber in einem anstelle des Kick-Off-Termins anberaumten Präsenztermin am 24. November 2016 vorgestellt und zur Diskussion gestellt wurde. Der Entwurf des Zwischenberichts wurde im Präsenztermin abgenommen und dem Auftraggeber am 1. Dezember 2016 ein finalisierter Zwischenbericht zur Verfügung gestellt. Auf der Grundlage dieses Zwischenberichtes sowie unter Berücksichtigung der Änderungswünsche des Auftraggebers wurde ein vorläufiger Schlussbericht erstellt, der auch den Entwurf eines Handlungsleitfadens für Vergabestellen enthält und dem Auftraggeber am 20. Februar 2017 vorgelegt wurde. In einem Präsenztermin am 22. März 2017 wurde dieser vorläufige Schlussbericht einschließlich des entworfenen Handlungsleitfadens vorgestellt und mit dem Auftraggeber diskutiert. Unter Berücksichtigung der Anmerkungen des Auftraggebers im Rahmen der Diskussion wurden der Schlussbericht und der Handlungsleitfaden nunmehr finalisiert und dem Auftraggeber am 30. März 2017 vorgelegt.

D. Vergleich des Projektstandes mit dem vertraglich vereinbarten Ablauf- und Zeitplan mit Angabe der Gründe für eventuelle Abweichungen

Der Projektstand weicht von dem ursprünglich im Angebot vorgesehenen Ablaufplan ab. Grund hierfür ist die erst im August 2016 erfolgte Zuschlagserteilung und anschließende Schwierigkeiten bei der Terminierung des Kick-Off Meetings, die schließlich zu einem Absehen von einem Kick-Off Termin durch den Auftraggeber geführt haben. Die im Werkvertrag nach erfolgter Abnahme des Zwischenberichts vorgesehenen weiteren Fristen wurden in Abstimmung mit dem Auftraggeber angepasst und eine Abgabe des vorläufigen Schlussberichtes bis zum 28.

Februar 2017 vereinbart. Der endgültige Schlussbericht konnte absprachegemäß bis zum 31. März 2017 fertiggestellt und dem Auftraggeber vorgelegt werden.

E. Ergebnisse im Einzelnen

Inhalt des Schlussberichts ist eine detaillierte Ausarbeitung der im GWB bzw. in der für die Vergabe von Bauaufträgen im Oberschwellenbereich einschlägigen Vergabeordnung VOB/A-EU genannten Ausschlussgründe, der mit diesen korrelierenden Selbstreinigungsmöglichkeiten sowie der Art und Weise der Nachweiserbringung gegenüber der Vergabestelle. Soweit relevant, wird die Betrachtung dabei nach der jeweiligen Rechtsform der Unternehmen differenzieren. Mögliche Auswirkungen der Selbstreinigung auf das PQ-Verfahren werden ebenfalls beleuchtet.

Auf Basis dieser Ergebnisse wurde in diesem Schlussbericht darüber hinaus ausgearbeitet, wie Nachweise einer erfolgten Selbstreinigung durch Vergabestellen geprüft und bewertet werden können. Hieraus wurde ein Leitfaden für Vergabestellen zur praktischen einheitlichen Handhabung der Selbstreinigung extrahiert, der dem Schlussbericht als **Anlage 1** beigelegt ist.

I. Überblick

Kernthesen:

1. Die Vergaberechtsordnung nennt abschließend sog. zwingende (obligatorische) und ermessensgebundene (fakultative) Ausschlussgründe.
2. Obligatorische Ausschlussgründe knüpfen an eine Verurteilung wegen konkreter Katalogstraftaten oder an die Nichtentrichtung von Steuern und Abgaben. Dabei müssen die jeweiligen Straftaten bzw. Verstöße dem Unternehmen nach Maßgabe des § 30 OWiG zuzurechnen sein.
3. Die fakultativen Ausschlussgründe lassen sich in vier Fallgruppen einteilen: solche, die
 - (a) durch Handlungen(auch) außerhalb des konkreten Vergabeverfahrens begründet werden,
 - (b) sich auf die Ausführung früherer Aufträge beziehen,
 - (c) in der Person des Unternehmens selbst begründet sind und
 - (d) solche mit Bezug zu dem konkreten Vergabeverfahren.

Die für die Vergabe öffentlicher Bauaufträge im Oberschwellenbereich relevanten Regelungen zu Ausschlussgründen mangels Zuverlässigkeit und zur Selbstreinigung finden sich in den §§ 123 bis 126 GWB und in den §§ 6e und 6f EU VOB/A. Die Regelungen des GWB gehen den Regelungen in der VOB/A-EU nach der Normenhierarchie vor, wobei ein Konfliktpotential aufgrund des nahezu gleichen Wortlauts der Regelungen praktisch nicht besteht.

Im Folgenden werden zunächst die Ausschlussgründe und die Voraussetzungen der Selbstreinigung im Überblick dargestellt.

1. Ausschlussgründe

Die Gründe, die mangels Zuverlässigkeit zu einem Ausschluss von der Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren führen bzw. führen können, sind abschließend geregelt und teilen sich ein in solche, die zwingend zu einem Ausschluss führen (obligatorische Ausschlussgründe)¹ und

¹ Ausnahmefälle vom zwingenden Ausschluss sind in § 123 Abs. 5 GWB bzw. § 6e EU Abs. 5 VOB/A geregelt.

solche, bei denen dem (öffentlichen) Auftraggeber Ermessen bei der Entscheidung über den Ausschluss zukommt (fakultative Ausschlussgründe). Ein Ausschluss hat bzw. kann bei Vorliegen der Voraussetzungen zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens erfolgen.² Auch wenn die Eignungsprüfung bereits abgeschlossen ist, kann der öffentliche Auftraggeber ein Unternehmen von der weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen, wenn neue Anhaltspunkte für eine Unzuverlässigkeit aufgetreten sind bzw. der Auftraggeber erst in einem späteren Stadium Kenntnis vom Vorliegen eines Ausschlussgrundes erlangt.³ Treten hingegen keine neuen Anhaltspunkte auf und hat der Auftraggeber im Hinblick auf einen fakultativen Ausschlussgrund seinen Beurteilungsspielraum dahingehend ausgeübt, dass er die Zuverlässigkeit bejaht hat, ist er an diese Entscheidung nach Treu und Glauben gebunden.⁴

1.1 Obligatorische Ausschlussgründe

Die obligatorischen Ausschlussgründe sind in § 123 GWB bzw. § 6e EU Abs. 1 bis 5 VOB/A geregelt. Im Vergleich zur bisherigen (ausschließlich) in den Vergabeordnungen normierten Rechtslage wurde der Katalog der obligatorischen Ausschlussgründe um terroristische Straftaten, Terrorismusfinanzierung sowie um Kinderarbeit und Menschenhandel erweitert. Der ursprünglich fakultative Ausschlussgrund der Nichtentrichtung von Steuern und Sozialabgaben wurde in den Katalog der obligatorischen Ausschlussgründe aufgenommen.

(a) Straftaten

Ein obligatorischer Ausschluss wegen einer Straftat setzt voraus, dass

- diese im Katalog von § 123 Abs. 1 GWB, § 6e EU Abs. 1 GWB enthalten ist (oder nach dem Recht eines anderen Staates hiermit vergleichbar),
- die Katalogstraftat dem Unternehmen zuzurechnen ist und
- der Auftraggeber hiervon Kenntnis hat.

(i) Katalogstraftat

Bei den Katalogstraftaten kommt es grundsätzlich nur auf die Verwirklichung des jeweiligen Straftatbestandes an. Lediglich bei zwei der Katalogstraftaten ist es zusätzlich erforderlich, dass sich die Straftat gegen den Haushalt der EU oder gegen Haushalte richtet, die von der EU oder in ihrem Auftrag verwaltet werden.

Die Katalogstraftaten, bei denen das Tatobjekt relevant ist, sind:

- Betrug (§ 263 StGB)
- Subventionsbetrug (§ 264 StGB)

Die vom Tatobjekt unabhängigen Katalogstraftaten sind:

² Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 102.

³ Nunmehr ausdrücklich geregelt in § 6e EU Abs. 1, 6 VOB/A („zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens“); vgl. auch OLG München, Beschl. v. 22.11.2012 – Verg 22/12.

⁴ Vgl. OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 20.7.2004 – 11 Verg 6/04.

- Bildung krimineller (§ 129 StGB) oder terroristischer Vereinigungen (§ 129a StGB) oder derartiger Vereinigungen im Ausland (§ 129b StGB)
- Terrorismusfinanzierung (§ 89c StGB) oder die Teilnahme an einer solchen Tat oder die Bereitstellung oder Sammlung finanzieller Mittel in Kenntnis dessen, dass diese finanziellen Mittel ganz oder teilweise dazu verwendet werden sollen, eine Tat nach § 89a Abs. 2 Nr. 2 StGB zu begehen
- Geldwäsche oder Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte (§ 261 StGB)
- Bestechlichkeit oder Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB)
- Bestechlichkeit oder Bestechung von Mandatsträgern (§ 108e StGB)
- Vorteilsgewährung (§ 333 StGB) oder Bestechung (§ 334) StGB jeweils auch in Verbindung mit ausländischen oder internationalen Bediensteten (§ 335a StGB)
- Bestechung ausländischer Abgeordneter im Zusammenhang mit internationalem Geschäftsverkehr (Art. 2 § 2 InBestG)
- Menschenhandel (§§ 232, 233 StGB) oder Förderung des Menschenhandels (§ 233a StGB)

Soweit Vorschriften anderer Staaten mit den hier aufgezählten Straftatbeständen vergleichbar sind und eine Verurteilung aufgrund dieser vergleichbaren Vorschriften mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts, insbesondere mit den Grundrechten vereinbar ist⁵, begründet auch ihre Verwirklichung einen zwingenden Ausschlussgrund gemäß § 123 Abs. 2 GWB, § 6e EU Abs. 2 VOB/A. Wesentlich dafür, dass die Verurteilung mit den Grundsätzen deutschen Rechts vereinbar, ist insbesondere, dass die Verwirklichung der Straftat in einem rechtstaatlichen Verfahren und unter Wahrung rechtlichen Gehörs festgestellt wurde.⁶

Die Regelung führt nicht nur zur Gleichstellung von Verurteilungen in anderen Mitgliedstaaten der EU. Sie zielt vielmehr auf die Gleichstellung von Verurteilungen in allen Staaten weltweit ab.⁷ Zur Verifizierung, welche Straftatbestände in anderen Mitgliedstaaten der EU als vergleichbar angesehen werden, kann auf die jeweiligen Umsetzungsakte von Art. 57 der Richtlinie 2014/24/EU zurückgegriffen werden.⁸

Die Begehung der Katalogstraftat muss zu einer **rechtskräftigen Verurteilung** einer natürlichen Person oder der **rechtskräftigen Festsetzung einer Geldbuße** gegen das Unternehmen geführt haben.

⁵ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 103.

⁶ Vgl. *Summa*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 123 GWB Rn. 26.

⁷ Vgl. *Summa*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 123 GWB Rn. 25.

⁸ Vgl. *Hausmann/von Hoff*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 123 Rn. 16.

Die sog. formelle Rechtskraft erlangt ein Urteil, wenn kein ordentliches Rechtsmittel mehr zur Verfügung steht, bspw. bei Revisionsurteilen, wenn eine Rechtsmittelfrist abgelaufen ist, auf ein Rechtsmittel verzichtet oder es zurückgenommen wurde.⁹ Auch ein rechtskräftiger Strafbefehl ist ausreichend.¹⁰ Dieser ist rechtskräftig, wenn gegen ihn nicht (rechtzeitig) Einspruch erhoben wurde. Dann steht er gemäß § 410 Abs. 3 StPO einem rechtskräftigen Urteil gleich.

Eine Geldbuße ist rechtskräftig festgesetzt, wenn ein Rechtsbehelf nicht mehr eingelegt werden kann, ein Verzicht auf den Rechtsbehelf erklärt wurde oder der Rechtsbehelf zurückgenommen wurde.¹¹

(ii) Zurechnung zum Unternehmen

Die Katalogstraftat muss dem Unternehmen zuzurechnen sein. Die Zurechnung erfolgt aufgrund zweier alternativer Tatbestände. Bezugspunkt der Zurechnung ist stets eine natürliche Person, die „**als für die Leitung des Unternehmens Verantwortlicher gehandelt**“ hat (§ 123 Abs. 3 GWB, § 6e EU Abs. 3 VOB/A). Diese natürliche Person muss entweder (i) wegen einer Katalogstraftat rechtskräftig verurteilt worden sein oder (ii) gegen das Unternehmen muss aufgrund der durch die natürliche Person verwirklichten Katalogstraftat eine Geldbuße festgesetzt worden sein.

Anknüpfungspunkt der Verantwortlichkeit der natürlichen Person ist in beiden Alternativen § 30 OWiG.¹² Als nach § 30 OWiG verantwortliche Personen werden eingestuft:¹³

- vertretungsberechtigte Organe einer **juristischen Person** oder Mitglieder eines solchen Organs, d.h. insbesondere
 - bei der **AG** die einzelnen (auch stellvertretenden) Vorstandsmitglieder
 - bei der **KGaA** die persönlich haftenden Gesellschafter
 - bei der **GmbH** die (stellvertretenden) Geschäftsführer
 - bei der **Genossenschaft** die (ordentlichen und stellvertretenden) Mitglieder des Vorstands
- Vorstand eines **nicht rechtsfähigen Vereins** oder Mitglieder eines solchen Vorstands
- vertretungsberechtigte Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft, d.h. insbesondere
 - bei der **OHG** alle Gesellschafter (auch wenn nach dem Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen)

⁹ Vgl. *Kudlich*, in: Münchener Kommentar zur StPO, 1. Aufl. 2014, Einleitung Rn. 499.

¹⁰ Vgl. VK Lüneburg, Beschl. v. 24.3.2011 – VgK-04/2011; *Summa*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 123 GWB Rn. 13.

¹¹ Vgl. Bohnert/Krenberger/Krumm OWiG, 4. Aufl. 2016, § 89 Rn. 1.

¹² Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 103.

¹³ Vgl. *Rogall*, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 4. Aufl. 2014, § 30 Rn. 61 ff.

- bei der **KG** alle Komplementäre; Kommanditisten nur, soweit ihnen nach dem Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung übertragen wurde
- bei der **GmbH & Co. KG** die GmbH, nicht aber der Geschäftsführer der GmbH (allerdings kommt eine Zurechnung als „sonstige Person“ in Betracht)¹⁴
- bei der **Partnerschaft** alle Gesellschafter (auch wenn nach dem Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen)
- bei der **GbR** alle Gesellschafter (auch wenn nach dem Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen)
- Generalbevollmächtigte oder **in leitender Stellung** als Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte einer juristischen Person, eines rechtsfähigen Vereins oder einer rechtsfähigen Personengesellschaft tätige Personen (unabhängig davon, inwieweit die Vertretungsmacht eingeschränkt ist)
- sonstige Personen, die **für die Leitung** des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person, eines rechtsfähigen Vereins oder einer rechtsfähigen Personengesellschaft **verantwortlich handeln**, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört, d.h. insbesondere
 - Betriebsleiter
 - Personen mit Verantwortung für einen bestimmten Unternehmensbereich, wie etwa Finanzkontrolle und Rechnungsprüfung
 - Mitglieder eines Kontroll- und Aufsichtsgremiums, soweit sie die Möglichkeit zur Einflussnahme auf die Verwaltung haben
 - umstritten, ob auch rein faktisch für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens verantwortlich Handelnde¹⁵

Hinsichtlich eines Aspektes ist die neue Regelung enger als die Vorgängerregelung. Denn die alte Regelung in VOB/A und VOL/A sah auch die Zurechnung von strafbaren oder bußgeldbewährten Handlungen irgendeiner im Unternehmen beschäftigten Person vor, sofern der Verstoß durch ein Aufsichts- oder Organisationsverschuldens von Leitungspersonen nach § 130 OWiG ermöglicht oder zumindest begünstigt wurde. Diese Form der Zurechnung fehlt in § 123 Abs. 3 GWB, § 6e EU Abs. 3 VOB/A. Nach der neuen Regelung ist vielmehr stets eine

¹⁴ Eine Zurechnung des Handelns des Geschäftsführers der GmbH kommt aber über § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG in Betracht, vgl. *Rogall*, in: *Karlsruher Kommentar zum OWiG*, 4. Aufl. 2014, § 30 Rn. 75.

¹⁵ Vgl. *Rogall*, in: *Karlsruher Kommentar zum OWiG*, 4. Aufl. 2014, § 30 Rn. 86.

strafrechtliche Verurteilung der verantwortlichen Person selbst wegen der aufgeführten Straftaten erforderlich.¹⁶

Insgesamt betrachtet ist die neue Regelung allerdings durch die weite Definition der Personen, die „als für die Leitung des Unternehmens Verantwortlicher gehandelt“ haben, umfassender als die Vorgängerregelung, nach der lediglich das Verhalten einer Person zugerechnet wurde, wenn diese „für das Unternehmen bei der Führung der Geschäfte“ gehandelt hat. Erfasst waren insofern ausdrücklich nur Personen mit Geschäftsführungsbefugnissen, also etwa Mitglieder des Vorstandes, der Geschäftsführer oder geschäftsführende Gesellschafter.

Liegt eine Katalogstraftat einer nach diesen Maßstäben verantwortlich handelnden Person vor, ist weiter erforderlich, dass die begangene Katalogstraftat **Unternehmensbezug** aufweist. Eine ausschließlich dem privaten Bereich der handelnden Personen zuzuordnende Straftat kann einen Ausschluss vom Vergabeverfahren nicht begründen.¹⁷

Sind die Voraussetzungen der Zurechnung gegeben, kann eine Zurechnung auch zu mehreren (Konzern-)Unternehmen erfolgen. Maßgeblich ist, ob der natürlichen Person auch in anderen Unternehmen Verantwortlichkeit im oben ausgeführten Sinn zukommt.¹⁸

(iii) Kenntnis des Auftraggebers

Ein obligatorischer Ausschluss setzt Kenntnis des Auftraggebers von dem Ausschlussgrund voraus. Gemeint ist damit grundsätzlich positive Kenntnis. Dem Auftraggeber kommen im Interesse einer zügigen Abwicklung des Vergabeverfahrens grundsätzlich keine Nachforschungspflichten zu. Allerdings muss der Auftraggeber Anhaltspunkten für das Vorliegen eines Ausschlussgrundes, bspw. aus der Presse oder aus früheren Vergabeverfahren, nachgehen. Kommt er dieser Aufklärungspflicht nicht nach, ist dieses Verhalten als bewusstes Verschließen gegen vorliegende Informationen einzustufen. Das „Kennen müssen“ begründet einen im Nachprüfungsverfahren angreifbaren Verstoß gegen § 123 GWB, § 6e EU VOB/A.¹⁹

Erlangt der Auftraggeber erst nach Zuschlagserteilung Kenntnis vom Bestehen eines obligatorischen Ausschlussgrundes, steht ihm ein Kündigungsrecht nach § 133 Abs. 1 Nr. 2 GWB zu.

(b) Nichtentrichtung von Steuern und Sozialabgaben

Einen weiteren (nunmehr) obligatorischen Ausschlussgrund neben den aufgezählten Katalogstraftaten begründet die Nichtentrichtung von Steuern und Sozialabgaben nach § 123 Abs. 4 S. 1 GWB, § 6e EU Abs. 4 S. 1 VOB/A.

Zur Sozialversicherung zählen nach § 1 Abs. 1 SGB IV die gesetzliche Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung einschließlich der Alterssicherung der Landwirte, der Pflegeversicherung

¹⁶ Vgl. *Hausmann/von Hoff*, in: *Kulartz/Kus/Portz/Prieß*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage 2016, § 123 Rn. 30 f; *Summa*, in: *Heiermann/Zeiss/Summa*, jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflage 2016, § 123 GWB Rn. 11.

¹⁷ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 103.

¹⁸ Vgl. VK Lüneburg, Beschl. v. 24.3.2011 – VgK-04/2011; VK Bund, Beschl. v. 25.8.2015 – VK 1 – 51/15; *Hausmann/von Hoff*, in: *Kulartz/Kus/Portz/Prieß*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage 2016, § 123 Rn. 29.

¹⁹ Vgl. VK Lüneburg, Beschl. v. 18.12.2015 – VgK-45/2015.

und der Arbeitslosenversicherung. Zudem dürfte (nunmehr²⁰) auch die Nichtentrichtung von Beiträgen zu berufsständischen Versorgungswerken tatbestandlich sein.

Des Weiteren sind als Unterfälle des Ausschlussgrundes die Verurteilung wegen Steuerhinterziehung nach § 370 AO und die Verurteilung wegen Vorenthaltung und Veruntreuung von Sozialversicherungsbeiträgen nach § 266a StGB erfasst.²¹

Die Nichtentrichtung muss durch eine **rechtskräftige Gerichts- oder bestandskräftige Verwaltungsentscheidung** festgestellt oder durch den Auftraggeber **auf sonstige geeignete Weise nachgewiesen** sein. Bestandskräftig ist eine Verwaltungsentscheidung, wenn ein ordentlicher Rechtsbehelf (Einspruch, Widerspruch, Anfechtungsklage etc.) nicht (mehr) eingelegt werden kann. Ein Nachweis auf sonstige Weise ist denkbar in Gestalt eines Prüfungsberichts nach Abschluss einer Betriebsprüfung gemäß § 202 GWB oder in Gestalt der in der Bilanz ausgewiesenen Steuerrückstellungen.²²

1.2 Fakultative Ausschlussgründe

Die fakultativen Ausschlussgründe sind in § 124 GWB bzw. § 6e EU Abs. 6 VOB/A geregelt. Im Vergleich zur bisherigen Rechtslage ist der Katalog der fakultativen Ausschlussgründe erweitert worden. Zusätzlich eingeführt wurden als fakultative Ausschlussgründe der Verstoß gegen geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen, die wettbewerbsverzerrende Absprache, der Interessenkonflikt, die Wettbewerbsverzerrung aufgrund vorheriger Einbeziehung des Unternehmens (sog. Projektantenproblematik), die mangelhafte Auftragsausführung und die versuchte unzulässige Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung des Auftraggebers.²³ Zum Teil waren diese Ausschlussgründe aber bereits bisher unter den Tatbestand der nachweislich schweren Verfehlung zu subsumieren.

Im Hinblick auf die fakultativen Ausschlussgründe kommt dem Auftraggeber (regelmäßig) ein Beurteilungsermessen hinsichtlich des Vorliegens des jeweiligen Ausschlussgrundes zu und ein Ermessensspielraum hinsichtlich des „Ob“ des Ausschlusses. Es handelt sich um eine Prognoseentscheidung dahingehend, ob trotz Ausschlussgrund zu erwarten ist, dass das Unternehmen den Auftrag gesetzestreu, ordnungsgemäß und sorgfältig ausführt.²⁴ Das dem Auftraggeber insoweit zustehende und durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begrenzte Ermessen bei der Ausschlussentscheidung können die Nachprüfungsinstanzen grundsätzlich nur auf Ermessensfehler überprüfen – also darauf, ob die vom Auftraggeber getroffene Entscheidung auf willkürlichen, sachwidrigen Erwägungen beruht oder das Ermessen auf Null reduziert war und der Auftraggeber dies verkannt hat.²⁵ Eine Ermessensreduzierung auf Null liegt vor, wenn die ordnungsgemäß angestellte Prognoseentscheidung des Auftraggebers ergibt, dass eine gesetzestreue, ordnungsgemäße und sorgfältige Auftragsausführung nicht zu erwarten ist.²⁶

²⁰ Vgl. vertiefte Auseinandersetzung von *Hausmann/von Hoff*, in: *Kulartz/Kus/Portz/Prieß*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 123 Rn. 48 f.

²¹ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 104.

²² Vgl. *Hausmann/von Hoff*, in: *Kulartz/Kus/Portz/Prieß*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage 2016, § 123 Rn. 30 f.

²³ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 105; OLG Celle, Beschl. v. 9.1.2017 – 13 Verg 9/16.

²⁴ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 104.

²⁵ OLG Celle, Beschl. v. 9.1.2017 – 13 Verg 9/16.

²⁶ Vgl. OLG München, Beschl. v. 25.8.2015 – VK 1 – 51/15;

Der Ausschluss wegen eines fakultativen Ausschlussgrundes kann grundsätzlich zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens erfolgen. Hat aber der Auftraggeber in ordnungsgemäßer Ausübung seines Beurteilungsspielraums die Zuverlässigkeit bejaht, ist er hieran bei unveränderter Sachlage gebunden.²⁷

Die fakultativen Ausschlussgründe lassen sich in **vier Fallgruppen** unterteilen: (i) Ausschlussgründe, die durch Handlungen (auch) außerhalb des konkreten Vergabeverfahrens begründet werden, (ii) Ausschlussgründe, die sich auf die Ausführung eines öffentlichen Auftrags beziehen, (iii) Ausschlussgründe, die in dem jeweiligen Wirtschaftsteilnehmer selbst begründet sind und (iv) Ausschlussgründe, die Bezug zu einem konkreten Vergabeverfahren aufweisen.

(a) Fallgruppe 1

Ausschlussgründe, die durch Handlungen (auch) außerhalb des konkreten Vergabeverfahrens begründet werden, sind

- die Begehung einer nachweislich schweren Verfehlung, durch die die Integrität des Unternehmens in Frage gestellt wird (§ 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB, § 6e EU Abs. 6 Nr. 3 VOB/A);
- wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen (§ 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB, § 6e EU Abs. 6 Nr. 4 VOB/A).

Der Ausschlussgrund der **nachweislich schweren Verfehlung** ist praktisch äußerst relevant, denn er bildet einen Auffangtatbestand. Insbesondere dann, wenn zwar eine Katalogstraftat nach § 123 Abs. 1 GWB, § 6e EU Abs. 1 VOB/A vorliegt, es aber noch nicht zu einer Verurteilung gekommen ist, oder wenn eine Straftat begangen wurde, die nicht zu den Katalogstraftaten zählt, kann eine schwere Verfehlung in Betracht kommen. Allerdings wurde im Vergleich zur bisherigen Regelung eine wichtige Beschränkung des Anwendungsbereichs klargestellt: Die schwere Verfehlung in der Vergangenheit muss die Integrität des Unternehmens auch in Bezug auf den zu vergebenden Auftrag infrage stellen.²⁸

Nach ständiger Rechtsprechung handelt es sich bei dem Begriff „schwere Verfehlung“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff, bei dessen Auslegung dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zukommt. Es werden darunter erhebliche Rechtsverstöße verstanden, die geeignet sind, die Zuverlässigkeit eines Unternehmens grundlegend in Frage zu stellen. Schwer ist die Verfehlung, wenn sie schuldhaft begangen wurde und erhebliche Auswirkungen hat, d.h. besonders schützenswerte Rechtsgüter verletzt wurden und ein erheblicher Schaden entstanden ist oder zu entstehen drohte.²⁹ In Betracht kommen Straftaten wie Bestechung, Diebstahl, Unterschlagung, Erpressung, (Submissions-)Betrug, Untreue und Urkundenfälschung sowie Verstöße gegen das GWB oder auch Verstöße gegen zivilrechtliche Vorschriften (z.B. §§ 823, 826, 123, 134, 138 BGB) und gegen solche des UWG.³⁰

²⁷ Vgl. OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 20.7.2004 – 11 Verg 6/04.

²⁸ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 105 f.

²⁹ VK Lüneburg, Beschl. v. 24.3.2011 – VgK-04/2011; OLG München, Beschl. v. 21.5.2010 – Ver 02/10.

³⁰ Vgl. von *Wietersheim/Kratzenberg*, in: Ingenstau/Korbion, VOB Kommentar, 19. Aufl. 2015, § 16 VOB/A Rn. 44 ff.

Die schwere Verfehlung kann nur durch eine natürliche Person begangen werden. Die schwere Verfehlung wird dem Unternehmen dann zugerechnet, wenn die natürliche Person „*als für die Leitung des Unternehmens Verantwortliche gehandelt*“ hat (§ 123 Abs. 3 GWB, § 6e EU Abs. 3 VOB/A). Maßstab ist hier ebenso wie bei den Katalogstraftaten nach § 123 Abs. 1 GWB, § 6e EU Abs. 1 VOB/A die Regelung in § 30 OWiG (ausführlich siehe Ziffer **D. I. 1.1 (a) (ii)**). Ein reines Aufsichts- und Organisationsverschulden nach § 130 OWiG reicht hingegen nicht mehr aus.

Die schwere Verfehlung muss nachweislich vorliegen. Eine rechtskräftige Verurteilung oder Feststellung ist hierfür nicht erforderlich.³¹ Andererseits kann der Nachweis nicht lediglich auf bloße Behauptungen, unspezifizierte Vorwürfe, Vermutungen oder vage Verdachtsmomente gestützt werden.³² Die Indizien, die auf eine schwere Verfehlung hindeuten, müssen einiges Gewicht haben und einer gerichtlichen Prüfung standhalten.³³ Ein Haftbefehl stellt einen ausreichenden Nachweis dar, die Existenz eines Ermittlungsverfahrens als solches nach einer neueren Entscheidung der VK Bund hingegen nicht.³⁴

Der Ausschlussgrund der **wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung** ist nach seinem eindeutigen Wortlaut mit dem Kartellverbot in § 1 GWB verknüpft. Nur dann, wenn eine Vereinbarung im Sinne von § 1 GWB vorliegt, kann der Ausschlussgrund greifen.³⁵ Die Vereinbarung **muss nicht (mehr) auf das laufende Vergabeverfahren bezogen sein, sondern kann gerade auch vergangene Vergabeverfahren betroffen haben oder gänzlich ohne Bezug zu Vergabeverfahren erfolgt sein.**³⁶

Der Auftraggeber muss hinreichende Anhaltspunkte dafür haben, dass eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung getroffen wurde. Im Vergleich zum Erfordernis des Nachweises bei der schweren Verfehlung stellt das ein Weniger dar. Es ist kein dringender Tatverdacht erforderlich.³⁷ Kartellbehördliche Ermittlungsmaßnahmen reichen aber auch hier regelmäßig nicht aus.³⁸ Ob ein von der EU Kommission veröffentlichtes Statement of Objections für sich betrachtet ausreichend wäre, ist in der Literatur umstritten.³⁹

(b) Fallgruppe 2

Ausschlussgründe, die sich ausschließlich auf die Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags bzw. Konzessionsvertrags beziehen, sind

³¹ Vgl. OLG Celle, Beschl. v. 9.1.2017 – 13 Verg 9/16; OLG München, Beschl. v. 22.11.2012 – Verg 22/12; VK Bund, Beschl. v. 22.11.2012 – Verg 22/12.

³² Vgl. KG, Urt. v. 17.1.2011 – 2 U 4/06.

³³ Vgl. OLG Celle, Beschl. v. 9.1.2017 – 13 Verg 9/16; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 18.12.2003 – 1 Verg 4/03.

³⁴ Vgl. VK Bund, Beschl. v. 29.2.2016 – VK 1 – 138/15.

³⁵ Vgl. *Summa*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflage 2016, § 124 GWB Rn. 59.

³⁶ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 106.

³⁷ Vgl. *Summa*, in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflage 2016, § 124 GWB Rn. 66.

³⁸ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 106.

³⁹ Vgl. VK Hessen, Beschl. v. 9.2.2004 – 69d – VK-79/2003 und 80/2003, bestätigt durch OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 20.7.2004 – 11 Verg 6/04; dringender Tatverdacht ist ausreichend: OLG München, Beschl. v. 22.11.2012 – Verg 22/12; OLG Saarbrücken, 29.12.2003 – 1 Verg 4/03.

- der Verstoß gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge (§ 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB, § 6e EU Abs. 6 Nr. 1 VOB/A);
- die Verletzung wesentlicher Anforderungen bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags oder Konzessionsvertrags oder deren mangelhafte Erfüllung (§ 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB, § 6e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A).

Welche Verpflichtungen unter den Ausschlussgrund des **Verstoßes gegen umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge** fallen, folgt aus Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU. Danach sind alle für das jeweilige Unternehmen geltenden Verpflichtungen umfasst, die sich aus Vorschriften der Europäischen Union, einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und aus für das Unternehmen verbindlich festgelegten Tarifverträgen ergeben. Weiter sind hier die in Anhang X der Richtlinie 2014/24/EU aufgeführten internationalen Abkommen einschlägig, wie etwa die ILO-Kernarbeitsnormen und das Wiener Übereinkommen zum Schutz der Ozonschicht. Außerdem sind Verstöße gegen Zahlungsverpflichtungen an tarifvertragliche Sozialkassen⁴⁰ und gegen Vorschriften zur Barrierefreiheit für Menschen mit Behinderung⁴¹ relevant.

Auch hier muss der Verstoß nachweislich begangen worden sein (siehe Ziffer **D. I. 1.2 (a)**).

Der neue Ausschlussgrund der Verletzung wesentlicher Anforderungen bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags oder Konzessionsvertrags oder deren mangelhafte Erfüllung wurde bereits bisher im Rahmen der schweren Verfehlung berücksichtigt.⁴² Allerdings hat er insofern eine Konkretisierung erfahren, als die Vertragspflichtverletzung zu einer vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses, Schadenersatz oder einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt haben muss. Als vergleichbare Rechtsfolgen kommen bspw. eine Ersatzvornahme und das Verlangen umfangreicher Nachbesserungen in Betracht.⁴³

Die Vertragspflichtverletzung muss nicht gegenüber dem ausschreibenden Auftraggeber stattgefunden haben und im Fall der erheblichen Schlechterfüllung ist auch eine einmalige Vertragspflichtverletzung ausreichend, um den Ausschlussstatbestand zu begründen.⁴⁴ In Betracht kommen der Liefer- oder Leistungsausfall oder erhebliche Defizite der gelieferten Waren oder Dienstleistungen, die sie für den beabsichtigten Zweck unbrauchbar machen.⁴⁵ Außerdem können Verstöße gegen eine Verpflichtung zur Wahrung der Vertraulichkeit oder gegen wesentliche Sicherheitsauflagen einen Ausschluss begründen.⁴⁶

(c) Fallgruppe 3

⁴⁰ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 105.

⁴¹ Erwägungsgrund 101 der Richtlinie 2014/24/EU.

⁴² Vgl. nur VK Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 28.7.2016 – 3 VK LSA 20/16.

⁴³ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 107.

⁴⁴ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 107.

⁴⁵ Erwägungsgrund 101 der Richtlinie 2014/24/EU.

⁴⁶ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 106.

Ausschlussgründe, die in dem jeweiligen Wirtschaftsteilnehmer selbst begründet sind, sind

- die Zahlungsunfähigkeit, die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder Beantragung oder Eröffnung eines vergleichbaren Verfahrens über das Vermögen des Unternehmens, die Ablehnung der Eröffnung eines solchen Verfahrens mangels Masse und das Liquidationsverfahren oder die Einstellung der Tätigkeit (§ 124 Abs. 1 Nr. 2 GWB, § 6e EU Abs. 6 Nr. 2 VOB/A).

Bei diesen Ausschlussgründen kommt eine Selbstreinigung i.S. des § 125 GWB von vornherein nicht in Betracht. Das leuchtet unmittelbar ein, wenn das Unternehmen seine Tätigkeit eingestellt hat, gilt aber auch, wenn der Ausschlussgrund der mangelnden oder eingeschränkten Zahlungsfähigkeit vorliegt. Zwar kann der Auftraggeber unter Ausübung seines Ermessens zu dem Ergebnis kommen, dass das Unternehmen trotz Eröffnung eines Insolvenzverfahrens die erforderliche wirtschaftliche Zuverlässigkeit besitzt – etwa wenn das Unternehmen eine sehr gute Auftragslage vorweisen kann⁴⁷ und der öffentliche Auftraggeber somit die in die Zukunft gerichtete positive Prognose trifft, dass das Unternehmen dennoch den öffentlichen Auftrag zuverlässig erfüllt. Diese Überlegungen sind jedoch bereits bei Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für einen Ausschluss durch den Auftraggeber anzustellen. Kommt der öffentliche Auftraggeber beurteilungsfehlerfrei zu dem Ergebnis, dass das Unternehmen mangels finanzieller Zuverlässigkeit vom Vergabeverfahren auszuschließen ist, ist eine Selbstreinigung durch das Unternehmen ausgeschlossen (siehe Ziffer **D. I. 2.2**). Daher unterbleiben für die weitere Betrachtung Ausführungen zu dieser Fallgruppe der Ausschlussgründe.

(d) Fallgruppe 4

Ausschlussgründe, die Bezug zum konkreten Vergabeverfahren aufweisen, sind

- das Bestehen eines **Interessenkonflikts** bei der Durchführung des Vergabeverfahrens (§ 124 Abs. 1 Nr. 5 GWB, § 6e EU Abs. 6 Nr. 5 VOB/A);
- die Stellung als **Projektant** (§ 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB, § 6e EU Abs. 6 Nr. 6 VOB/A);
- die Begehung einer **schwerwiegenden Täuschung oder Zurückhaltung von Auskünften** in Bezug auf Ausschlussgründe oder Eignungskriterien oder die Unfähigkeit, erforderliche Nachweise zu übermitteln (§ 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB, § 6e EU Abs. 6 Nr. 8 VOB/A);

⁴⁷ In der Praxis wird der öffentliche Auftraggeber von den interessierten Unternehmen in der Regel eine Eigenerklärung darüber verlangen, dass keiner der unter § 6e EU Abs. 6 Nr. 2 VOB/A beschriebenen Ausschlussgründe vorliegt. Kann ein Unternehmen diese Erklärung aufgrund seiner wirtschaftlichen Situation nicht abgeben und will dennoch an dem Vergabeverfahren teilnehmen, so obliegt ihm die Darlegung der Tatsachen, auf die es seine weiterhin gegebene wirtschaftliche Zuverlässigkeit stützt. Der öffentliche Auftraggeber muss diesen Vortrag prüfen und bei der Ausschlussentscheidung im Rahmen seines Ermessens berücksichtigen.

- die **unzulässige Beeinflussung der Entscheidungsfindung des Auftraggebers**, der Versuch, unzulässige Vorteile durch den Erhalt vertraulicher Informationen zu erlangen oder die fahrlässige oder vorsätzliche Übermittlung irreführender Informationen, die die Vergabeentscheidung erheblich beeinflussen können oder der entsprechende Versuch (§ 124 Abs. 1 Nr. 9 GWB, § 6e EU Abs. 6 Nr. 9 VOB/A);
- wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen (§ 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB, § 6e EU Abs. 6 Nr. 4 VOB/A), **soweit sich die Vereinbarungen auf das konkrete Vergabeverfahren beziehen.**

Allerdings kann in Bezug auf diese Ausschlussgründe eine Selbstreinigung, die den Mangel an Eignung des Unternehmens beseitigt, denklogisch bzw. praktisch nicht stattfinden (siehe Ziffer **D. I. 2.2**). Daher unterbleiben für die weitere Betrachtung Ausführungen auch zu dieser Fallgruppe der Ausschlussgründe.

1.3 Zeitpunkt des Vorliegens des Ausschlussgrundes

Soweit ein obligatorischer oder fakultativer Ausschlussgrund vorliegt, kann dieser – auch dann, wenn keine den Vorgaben des § 125 GWB bzw. § 6f EU VOB/A entsprechende Selbstreinigung erfolgt ist – nicht für eine unbegrenzte Dauer einen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren, die Verhängung einer Vergabesperre oder den Entzug bzw. Nichtgewährung der Präqualifizierung rechtfertigen. Denn das würde dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit widersprechen.

Herrschte bisher noch Streit über die zulässige Höchstdauer – insbesondere in Bezug auf den Erlass einer Vergabesperre⁴⁸ – ist dieser Streit mit der Einführung der Regelung in § 126 GWB bzw. § 6f EU Abs. 3 VOB/A obsolet. Danach dürfen je nach den Umständen des Einzelfalls⁴⁹

- obligatorische Ausschlussgründe für einen Zeitraum von höchstens fünf Jahren ab dem Tag der rechtskräftigen Verurteilung und
- fakultative Ausschlussgründe für einen Zeitraum von höchstens drei Jahren ab dem betreffenden Ereignis⁵⁰

berücksichtigt werden.

⁴⁸ Vgl. *Prieß/Simonis*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 126 Rn. 6 ff mwN.

⁴⁹ Vgl. *Prieß/Simonis*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 126 Rn. 16.

⁵⁰ S. hierzu den Vorlagebeschluss der VK Südbayern v. 7.3.2017 – Z 3 - 3 - 3194 - 1 - 45 - 11/16.

2. Selbstreinigung

Kernthesen:

1. Ein Unternehmen kann im Wege der Selbstreinigung seine Zuverlässigkeit wiederherstellen.
2. Eine erfolgreiche Selbstreinigung erfordert grundsätzlich, dass kumulativ Maßnahmen in Bezug auf die folgenden drei Aspekte ergriffen werden:
 - (a) Sachverhaltsaufklärung,
 - (b) Schadensausgleich und
 - (c) konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen zur Vermeidung weiterer Verstöße in der Zukunft.
3. Spezielle Möglichkeiten der Selbstreinigung gelten im Fall eines drohenden Ausschlusses wegen der Nichtentrichtung von Steuern oder Abgaben.
4. Eine erfolgreiche Selbstreinigung ist zwingend zu berücksichtigen.

Öffentliche Aufträge dürfen gem. § 122 Abs. 1 GWB, § 6 EU Abs. 1 VOB/A nur an geeignete Unternehmen vergeben werden, die nicht aufgrund der oben beschriebenen obligatorischen oder fakultativen Gründe ausgeschlossen wurden. Von einem solchen Ausschluss **müssen** öffentliche Auftraggeber aber trotz Vorliegen eines Ausschlussgrundes absehen, wenn das betroffene Unternehmen erfolgreich eine Selbstreinigung nach §§ 125, 123 Abs. 4 S. 2 GWB bzw. §§ 6f EU VOB/A, 6e EU Abs. 4 S. 2 VOB/A durchgeführt hat. Ein Unternehmen kann also im Wege der Selbstreinigung seine vergaberechtliche Zuverlässigkeit wiederherstellen.

2.1. Grundlagen der Selbstreinigung

Unter Selbstreinigung sind grundsätzlich Maßnahmen zu verstehen, die ein Unternehmen ergreift, um seine Integrität wiederherzustellen und eine Begehung von Straftaten oder sonstigem Fehlverhalten in der Zukunft zu verhindern (andere Vorgaben gelten für die vorrangig zu beachtende Sonderregelung zur Selbstreinigung in § 123 Abs. 4 S. 2 GWB für steuer-, abgaben- und beitragsrechtliche Verstöße).

Mit den neuen Vergaberichtlinien wurde erstmals ein einheitlicher Standard für vergabebezogene Selbstreinigungsmaßnahmen geschaffen. Danach beinhaltet eine effektive Selbstreinigung im Grundsatz die folgenden drei Aspekte: Das Unternehmen muss

- den entstandenen Schaden ausgleichen,
- umfassend an der Sachverhaltsaufklärung mitwirken und
- konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen durchführen, die geeignet sind, weitere Rechtsverstöße in der Zukunft zu vermeiden (siehe Art. 57 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24/EU).

Die Regelungen zur Selbstreinigung wurden mit der Vergaberechtsnovelle von 2016 auch in das deutsche Vergaberecht überführt. Hier gibt es einen einheitlichen Selbstreinigungstatbestand in § 125 GWB bzw. § 6f EU VOB/A, der sich nach seinem Wortlaut an sich auf alle Ausschlussgründe in §§ 123, 124 GWB bzw. § 6e EU VOB/A bezieht.

Dem Unternehmen obliegt zwar die Darlegungs- und Beweislast für die Durchführung der Maßnahmen zur Selbstreinigung.⁵¹ Der öffentliche Auftraggeber muss aber seinerseits die vorgetragene Umstände und Tatsachen vor einer Ausschlussentscheidung berücksichtigen.⁵² Das betroffene Unternehmen hat einen Rechtsanspruch⁵³, bei einer gelungenen Selbstreinigung nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden. Der öffentliche Auftraggeber hat insofern zwar einen weiten Beurteilungsspielraum dahingehend, ob das Unternehmen glaubwürdige und erfolgversprechende Maßnahmen der Selbstreinigung ergriffen hat. Bei der Bewertung der aufgezeigten Maßnahmen, die eine Prognose im Hinblick auf das konkrete Vergabeverfahren darstellt, muss jeder Einzelfall abgewogen werden. Dabei berücksichtigt der Auftraggeber auch die Schwere und die besonderen Umstände des Fehlverhaltens, § 125 Abs. 2 S. 1 GWB, § 6f EU Abs. 2 VOB/A. Wenn der Auftraggeber aber zu der Beurteilung kommt, dass die dargelegten und nachgewiesenen Maßnahmen ausreichend sind und die Selbstreinigung gelungen ist, darf er das Unternehmen nicht mehr ausschließen. Diesbezüglich steht dem öffentlichen Auftraggeber kein Ermessen zu.⁵⁴

2.2. Anwendungsfelder für eine Selbstreinigung

Auch wenn der Wortlaut von § 125 GWB, § 6f EU VOB/A es nahe legt, erstreckt sich der Anwendungsbereich der Selbstreinigung nicht auf alle Ausschlussgründe. Zudem stößt die Berücksichtigung einer Selbstreinigung in Abhängigkeit von der gewählten Verfahrensart an Grenzen. Umgekehrt ist die Selbstreinigung nicht nur innerhalb eines konkreten Vergabeverfahrens zu berücksichtigen, sondern auch im Hinblick auf Vergabesperrn und das Präqualifizierungsverfahren.

(a) Ausgenommene Ausschlussgründe

Eine Selbstreinigung kommt bei einigen Ausschlussgründen bereits aus denkbaren Gründen nicht in Betracht, bei anderen Ausschlussgründen aus praktischen Erwägungen. Diese Ausschlussgründe werden daher in die weitere Betrachtung nicht einbezogen.

Ist ein Unternehmen zahlungsunfähig, wurde über das Vermögen eines Unternehmens ein Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares Verfahren eröffnet oder beantragt, die Eröffnung eines solchen Verfahrens mangels Masse abgelehnt, befindet sich das Unternehmen im Verfahren der Liquidation oder hat es seine Tätigkeit eingestellt und ist die Ausführung des Auftrags aus beurteilungsfehlerfreier Sicht des Auftraggebers nicht sichergestellt, liegt der Ausschlussgrund gem. § 124 Abs. 1 Nr. 2 GWB, § 6e EU Abs. 6 Nr. 2 VOB/A vor. Vor Ausschluss eines Unternehmens auf dieser Grundlage hat der Auftraggeber insbesondere zu berücksichtigen, ob die finanzielle Zahlungsfähigkeit aufgrund anderer vom Unternehmen dargelegter Umstände wieder hergestellt ist, z.B. durch die gesicherte künftige Auftragslage. Ist das nach beurteilungsfehlerfreier Ansicht des Auftraggebers nicht der Fall, können die Selbstreinigungsmaßnahmen in § 125 GWB, § 6f EU VOB/A an dem Zustand, in dem sich das

⁵¹ S. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 108.

⁵² S. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 107 sowie Erwägungsgrund Nr. 102 zur Richtlinie 2014/24/EU.

⁵³ S. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 107.

⁵⁴ S. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 107.

Unternehmen befindet, schlicht nichts ändern. Eine Wiederherstellung der Zuverlässigkeit durch Selbstreinigung ist daher nicht möglich.⁵⁵

Klarstellend sei darauf hingewiesen, dass bei falschen Angaben bzw. Nichterwähnung eines Insolvenzverfahrens – z.B. durch Bestätigung des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen in den üblicherweise geforderten Formblättern – ein Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB, § 6e EU Abs. 6 Nr. 8 VOB/A gerechtfertigt wäre. Der öffentliche Auftraggeber muss in einem solchen Fall auch keine nachgeschobenen Gründe für eine dennoch bestehende Zuverlässigkeit des Unternehmens (siehe Ziffer **D. I. 1.2. (c)**) mehr akzeptieren und kann einen Ausschluss bereits auf den Täuschungstatbestand stützen. Eine Selbstreinigung ist hierfür ausgeschlossen (s.u.).

Ebenso verhält es sich mit Interessenskonflikten bei der Durchführung des konkreten Vergabeverfahrens und bei der Projektantenproblematik nach § 124 Abs. 1 Nr. 5 und 6 GWB, § 6e EU Abs. 6 Nr. 5 und 6 VOB/A. Stellt der Auftraggeber beurteilungsfehlerfrei fest, dass aufgrund von Interessenskonflikten bzw. der Stellung als Projektant ein Ausschluss stattzufinden hat, weil der Interessenkonflikt bzw. die Wettbewerbsverzerrung nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen beseitigt werden kann, führt eine Selbstreinigung nicht weiter.⁵⁶ Da diese Ausschlussgründe konkreten Auftragsbezug aufweisen und daher keine Aussage über die grundsätzliche Zuverlässigkeit der Unternehmen treffen, ist dem entsprechend eine Selbstreinigung auch im Hinblick auf künftige Verfahren nicht erforderlich.

Aus rein praktischen Erwägungen kommt eine Selbstreinigung im Fall von Verstößen im Rahmen der § 124 Abs. 1 Nr. 8 und 9 GWB, § 6e EU Abs. 6 Nr. 1 und 8 VOB/A allenfalls ausnahmsweise in Betracht. Denn in den dort beschriebenen Fällen hängen die einen Ausschluss begründenden Handlungen (also eine Täuschung, der Versuch der Manipulation o.ä.) derart eng mit der Angebotsabgabe des Unternehmens bzw. der Entscheidungsfindung des Auftraggebers zusammen, dass regelmäßig bereits kein ausreichender zeitlicher Vorlauf für die Durchführung angemessener Selbstreinigungsmaßnahmen mehr bestehen wird, die tatsächlich noch innerhalb der Verfahrensfristen die Wiederherstellung der Zuverlässigkeit begründen könnten.

Typische Anwendungsfelder für eine Selbstreinigung sind demgegenüber die obligatorischen Ausschlussgründe nach § 123 Abs. 1 GWB, § 6e EU Abs. 1 VOB/A sowie die möglichen Ausschlüsse nach § 124 Nr. 1, 3 GWB, § 6e EU Abs. 6 Nr. 1, 3 VOB/A wegen eines Verstoßes gegen umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen bzw. wegen einer sonstigen schweren Verfehlung.

(b) Zeitlicher Anwendungsbereich

An sich ist eine erfolgreiche Selbstreinigung vom Auftraggeber spiegelbildlich zur Berücksichtigung der Ausschlussgründe zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens zu beachten. Allerdings darf der Auftraggeber aus Gleichbehandlungsgründen nur solche Tatsachen – und damit auch Selbstreinigungsmaßnahmen – bei der Beurteilung der Eignung

⁵⁵ Vgl. insb. die bei VK Lüneburg, Beschl. v. 14.2.2012 – VgK-05/2012, vorgebrachten Argumente, die dafür sprechen, dass eine Selbstreinigung bei laufendem Insolvenzverfahren nicht in Betracht kommt, denn aus insolvenzrechtlichen Gründen ist im Schadensfall eine Regulierung nur durch Anmeldung zur Tabelle möglich, bilaterale Vereinbarungen zwischen Unternehmen und dem Auftraggeber sind nicht zulässig; *Prieß/Simonis*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 125 Rn. 5.

⁵⁶ Vgl. *Prieß/Simonis*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 125 Rn. 5.

berücksichtigen, die nach Aufforderung zur Darlegung, d.h. **zum Zeitpunkt der Eignungsprüfung** vorlagen. Je nach Wahl der Verfahrensart fällt die Eignungsprüfung entweder mit der Angebotsprüfung zusammen oder findet (bei vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb) gesondert auf der Grundlage der Teilnahmeanträge statt, sodass demgemäß nach Ablauf der Angebotsfrist bzw. nach Ablauf der Teilnahmefrist Selbstreinigungsmaßnahmen nicht mehr berücksichtigt werden dürfen.⁵⁷ Folgerichtig kann damit ein Unternehmen, welches im Teilnahmewettbewerb mangels Eignung ausgeschlossen wurde, in einer späteren Phase des Vergabeverfahrens auch nicht mehr vortragen, es habe nun durch eine seither erfolgte Selbstreinigung seine Eignung wiedererlangt.⁵⁸

(c) Außerhalb konkreter Vergabeverfahren

Das Institut der Selbstreinigung findet nicht nur bei der Wiedererlangung der Zuverlässigkeit im Rahmen der Eignungsprüfung Anwendung. Die Grundsätze werden auch auf das Präqualifizierungsverfahren übertragen. Hier muss ein präqualifiziertes Unternehmen die Möglichkeit zur Selbstreinigung haben, bevor es von der Liste präqualifizierter Unternehmen gestrichen oder eine Antragsperre für das Präqualifizierungsverfahren verhängt wird (siehe im Einzelnen Ziffer IV.).

Das gleiche gilt für den Fall der sog. Vergabesperre. Bei der Vergabesperre wird von der mangelnden Eignung eines Bieters für einen längeren Zeitraum ausgegangen und der Bieter damit von der Teilnahme an sämtlichen Vergabeverfahren in diesem Zeitraum ausgeschlossen. Da es sich hierbei um einen schwerwiegenden Eingriff in unternehmensbezogene Grundrechte handelt, kommt eine Vergabesperre nur dann in Betracht, wenn die Verfehlungen des Unternehmens ausreichen, um für die Dauer der verhängten Vergabesperre eine Nichtberücksichtigung zu rechtfertigen, also nicht nur einen Ausschluss aus einem konkreten Vergabeverfahren.⁵⁹ Wenn das Unternehmen erfolgreich Selbstreinigungsmaßnahmen durchgeführt hat, entfällt die Rechtfertigung der Vergabesperre. Zwar enthält die Regelung in § 126 GWB bzw. § 6f EU Abs. 3 VOB/A keine Rechtsgrundlage für die Verhängung einer Vergabesperre. Sie regelt aber nach der ausdrücklichen Gesetzesbegründung – neben der zeitlich zulässigen Berücksichtigung von Ausschlussgründen in einem konkreten Vergabeverfahren – zumindest die zulässige Höchstdauer von Vergabesperren.⁶⁰ Der Bezug auf die Regelung zur Selbstreinigung in §§ 125 GWB, 6f EU Abs. 3 VOB/A gilt daher auch für die Verhängung einer Vergabesperre.

2.3. Gesetzliche Vorgaben zur Selbstreinigung

Eine erfolgreiche Selbstreinigung nach § 125 GWB, § 6f EU VOB/A erfordert, dass das Unternehmen

- für jeden durch die Straftat oder das Fehlverhalten verursachten Schaden einen Ausgleich gezahlt hat oder sich zur Zahlung eines Ausgleiches verpflichtet hat,

⁵⁷ VK Bund, Beschl. v. 12.6.2015 – Vk 2-31/15.

⁵⁸ *Dreher/Hoffmann* NZBau 2014, 67 (70).

⁵⁹ Vgl. KG Berlin, Urt. v. 17.01.2011 – 2 U 4/06 Kart; KG Berlin, Urt. v. 08.12.2011, 2 U 11/11 Kart; aA *Braun*, in: *Gabriel/Krohn/Neun*, Handbuch des Vergaberechts, 2014, § 14 Rn. 45.

⁶⁰ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 111.

- die mit dem Fehlverhalten und dem dadurch verursachten Schaden zusammenhängenden Tatsachen und Umstände durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden und dem öffentlichen Auftraggeber umfassend aufgeklärt hat und
- konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen hat, um weitere Straftaten oder weiteres Fehlverhalten in der Zukunft zu vermeiden.

Die genannten Aspekte der Selbstreinigung müssen kumulativ vorliegen, d.h. das Unternehmen muss in sämtlichen Bereichen der Selbstreinigung geeignete Maßnahmen ergriffen haben.

Zwar ist die Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung erst an zweiter Stelle der erforderlichen Selbstreinigungsmaßnahmen genannt. Die Sachverhaltsaufklärung stellt allerdings die Basis der Prüfung dar, ob die weiteren Selbstreinigungsmaßnahmen erfolgreich verwirklicht wurden. Denn um beurteilen zu können, ob ein geeigneter Schadensausgleich stattgefunden hat und für die Wiederherstellung der Zuverlässigkeit und Vermeidung von künftigen Fehlverhaltens hinreichende technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen wurden, ist die genaue Kenntnis des Fehlverhaltens notwendig. Daher wird die Selbstreinigungsmaßnahme der Sachverhaltsaufklärung für die weitere Betrachtung jeweils an erster Stelle aufgegriffen.

Hat ein Unternehmen gegen seine **steuer-, abgaben- oder gebührenrechtlichen Pflichten verstoßen** und ist daher nach § 123 Abs. 4 S. 1 GWB bzw. § 6e EU Abs. 4 S. 1 VOB/A vom Vergabeverfahren auszuschließen, so ist eine **spezielle Möglichkeit der Selbstreinigung** eröffnet, die der strengeren allgemeinen Regelung in § 125 GWB, § 6f EU VOB/A vorgeht. Nach § 123 Abs. 4 S. 2 GWB, § 6e EU Abs. 4 S. 1 VOB/A kann das betroffene Unternehmen seine Zuverlässigkeit bereits dadurch wiedererlangen, dass es seinen Verpflichtungen nachträglich nachkommt und die offenen Forderungen begleicht bzw. sich zur Zahlung der Forderungen verpflichtet.

II. Analyse der in Bezug auf die einzelnen Ausschlussgründe jeweils denkbaren Selbstreinigungsmaßnahmen

Im Folgenden werden in Bezug auf die einzelnen für eine Selbstreinigung in Betracht kommenden Ausschlussgründe die jeweils denkbaren Selbstreinigungsmaßnahmen analysiert. Dabei wird zwischen obligatorischen Ausschlussgründen und fakultativen Ausschlussgründen unterschieden.

1. Obligatorische Ausschlussgründe

Kernthesen:

1. Die wirksame Selbstreinigung trotz zurechenbarer rechtskräftiger Verurteilung wegen einer Katalogstraftat erfordert
 - (a) eine umfassende und aktive Unterstützung der Behörden und des Auftraggebers bei der Aufklärung des Sachverhaltes,
 - (b) die Zahlung eines Schadensausgleiches bzw. die Verpflichtung zur Zahlung eines Ausgleiches, sofern ein Schaden entstanden ist und
 - (c) das Implementieren sog. Compliance-Maßnahmen, wobei bei der Prüfung der einzelnen Maßnahmen ein strenger Maßstab anzulegen ist.
2. Im Fall des Verstoßes gegen steuer-, abgaben- oder gebührenrechtliche Pflichten genügt zu einer wirksamen Selbstreinigung, dass die entsprechenden Zahlungen einschließlich Zinsen, Säumnis- und Strafzuschlägen nachträglich vorgenommen wurden.

Die obligatorischen Ausschlussgründe gliedern sich einerseits nach den Katalogstraftaten. Für diese Ausschlussgründe ergeben sich die Anforderungen an die Selbstreinigung aus § 125 GWB bzw. § 6f EU VOB/A. Andererseits existiert der neue obligatorische Ausschlussgrund der Nichtentrichtung von Steuern und Abgaben, der einem eigenen Selbstreinigungsregime gem. § 123 Abs. 4 S. 2 GWB bzw. § 6e EU Abs. 4 S. 2 VOB/A unterfällt.⁶¹

1.1 Katalogstraftaten

Ist ein Unternehmen aufgrund einer Katalogstraftat nach § 123 Abs. 1 GWB, § 6e EU Abs. 1 VOB/A an sich vom Verfahren auszuschließen, so erfordert eine wirksame Selbstreinigung, dass die in § 125 Abs. 1 GWB, § 6f EU Abs. 1 VOB/A genannten Selbstreinigungsmaßnahmen kumulativ ergriffen worden sind.

(a) Sachverhaltsaufklärung

Eine erfolgreiche Selbstreinigung setzt zunächst voraus, dass das Unternehmen aktiv und umfassend zur Aufklärung des Sachverhalts beigetragen hat. Dabei hat es einerseits mit den Ermittlungsbehörden, also insbesondere der Polizei und der Staatsanwaltschaft, und andererseits mit dem Auftraggeber zusammenzuarbeiten und zwar jeweils auf eigene Initiative hin.⁶²

Allerdings unterscheidet sich insoweit der Umfang der erforderlichen Zusammenarbeit. Im Hinblick auf die **Behörden**, die in die Ermittlung des eigentlichen Sachverhalts eingeschaltet sind, hat sich die Zusammenarbeit auf alle Details der Straftat zu beziehen. Im Hinblick auf Katalogstraftaten wird zunächst jedenfalls erforderlich sein, dass die Ermittlungen durch das Unternehmen nicht behindert werden, also bei Durchsuchungen und sonstigen Ermittlungshandlungen kooperiert wird. In Abhängigkeit von der Katalogstraftat wird auch eine eigene Prüfung des Sachverhalts durch das Unternehmen stattzufinden haben, um eine umfassende und aktive Zusammenarbeit bei der Sachverhaltsaufklärung überhaupt zu ermöglichen. Diese kann tatsächlich rein intern vorgenommen werden oder durch externe

⁶¹ Siehe § 125 Abs. 1 S. 2 GWB, nach welchem § 124 Abs. 4 S. 2 GWB unberührt bleibt; vgl. auch Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 110.

⁶² Vgl. *Prieß/Simonis*, in: *Kulartz/Kus/Portz/Prieß*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 125 Rn. 32.

Stellen⁶³, wie etwa Rechtsanwälte oder Wirtschaftsprüfer. Eine derartige Prüfung erfolgt zweckmäßig durch Sichtung aller mit der Katalogstraftat im Zusammenhang stehender Unterlagen, insbesondere auch der Durchsicht von E-Mail Accounts und der Befragung von involvierten, unternehmenszugehörigen Personen. Die aus der internen Prüfung gewonnenen Ergebnisse sind den Ermittlungsbehörden zur Verfügung zu stellen.

Gegenüber dem **Auftraggeber** ist die Zusammenarbeit begrenzt auf die für seine Prüfung der erfolgreichen Selbstreinigung relevanten Umstände.⁶⁴ Aber auch insofern hat die Zusammenarbeit umfassend und aktiv zu erfolgen. Eine lediglich bruchstückhafte und erst auf Nachfrage sukzessive Darlegung reicht in keinem Fall für eine erfolgreiche Selbstreinigung aus.⁶⁵

(b) Schadensausgleich

Das Unternehmen muss für jeden durch die Katalogstraftat verursachten Schaden einen Ausgleich gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet haben.

Das Erfordernis des Schadensausgleichs besteht dann denkotwendig nicht, wenn überhaupt kein Schaden entstanden bzw. feststellbar ist oder wenn der entstandene Schaden dem Unternehmen mangels Verursachungsbeitrag nicht zugerechnet werden kann. Ob das der Fall ist, ist von dem Unternehmen nachzuweisen. Denn die als weitere Maßnahme einer wirksamen Selbstreinigung erforderliche Mitwirkung an der Sachverhaltsaufklärung bezieht sich grundsätzlich auch auf den Schaden und dessen Höhe.⁶⁶ An die Nachweise darüber, warum eine Schadenskompensation nicht in Betracht kommt, sind gesteigerte Anforderungen zu stellen. Insbesondere kann erforderlich sein, dass das Unternehmen nicht nur nachvollziehbar darlegt, weshalb aus seiner Sicht kein (ihm zurechenbarer) Schaden entstanden ist, sondern zusätzlich erklärt, bei einer dennoch erfolgenden späteren (rechtskräftigen) Feststellung eines Schadens bzw. der Verursachung des Schadens durch das Unternehmen sämtliche Schäden in voller Höhe zu ersetzen.

Ein Schaden ist im Hinblick auf die Katalogstraftaten jedenfalls dann entstanden, wenn ein vollendeter Betrug nach § 263 StGB begangen wurde, da dieser tatbestandlich eine Vermögensverschiebung voraussetzt. Auch bei einer vollendeten Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte nach § 261 StGB ist zwingend ein Schaden entstanden.

Soweit ein Schaden entstanden ist, hängt das „Wie“ des erforderlichen Ausgleichs einerseits von der Art des Schadens und andererseits davon ab, ob der Umfang des Schadens bereits feststeht.

In der Regel entstehen durch die Katalogstraftaten Vermögensschäden. Denkbar ist bspw. aber auch, dass Eigentum entzogen wurde oder der Schaden (ergänzend) in einer Verunglimpfung besteht. Hier hat der Schadensausgleich durch Rückgabe des entzogenen Eigentums bzw.

⁶³ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 109.

⁶⁴ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 109. Die Frage, ob eine umfassende Aufklärungspflicht auch gegenüber dem Auftraggeber mit der Richtlinienvorgabe vereinbar ist, hat die VK Südbayern jüngst dem EuGH vorgelegt, s. Vorlagebeschluss v. 7.3.2017 – Z 3 - 3 - 3194 - 1 - 45 - 11/16.

⁶⁵ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.7.2005 – VII-Verg 42/05.

⁶⁶ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 109.

durch Richtigstellung der erfolgten Verunglimpfung⁶⁷ oder durch entsprechende Verpflichtung zur Vornahme der Handlung zu erfolgen.

Steht zwar fest, dass ein von dem Unternehmen verursachter Schaden entstanden ist, ist aber dessen **Höhe unklar** und/oder stehen die möglichen Gläubiger noch nicht fest, kann ein Schadensausgleich denkbare (noch) nicht erfolgen. Das kann aber zumindest dann nicht zu Lasten des Unternehmens gehen, wenn es an der Schadenaufklärung mitwirkt und grundsätzlich zum Ersatz des entstandenen Schadens bereit ist.⁶⁸ Zudem war auch bisher schon in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Begleichung der Höhe nach unberechtigter Forderungen für eine erfolgreiche Selbstreinigung nicht erforderlich sein kann. Denn ein Unternehmen, das sich seine Wiederzulassung zum Vergabeverfahren dadurch erkaufte, dass es eine aus seiner (nicht völlig fernliegenden) Sicht unberechtigte Forderung begleicht, erweist sich dadurch gerade nicht als zuverlässig.⁶⁹ Folglich muss dann, wenn die Höhe des Schadens noch nicht feststeht bzw. die möglichen Gläubiger noch nicht feststehen, eine Anerkennung dem Grunde nach für die Selbstreinigung ausreichend sein – ggf. generell gegenüber allen, die durch die Handlung geschädigt wurden.⁷⁰

Stehen hingegen Schadenshöhe und Gläubiger fest, hat der Schadensausgleich entweder durch Zahlung des Schadens oder durch entsprechendes Schuldanerkenntnis dem Grunde und der Höhe nach zu erfolgen.

(c) Technische, organisatorische und personelle Maßnahmen

Eine erfolgreiche Selbstreinigung erfordert schließlich, dass konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen wurden, um eine erneute Begehung weiterer Straftaten zu vermeiden und zwar nicht nur generell, sondern auch gerade in Bezug auf die begangene Straftat.⁷¹ Welche dieser sog. Compliance-Maßnahmen als ausreichend einzustufen sind, hängt stets vom Einzelfall ab. Dabei sind insbesondere Umstände wie Größe des Unternehmens, Struktur, Tätigkeitsbereich, die Art des Fehlverhaltens und die Funktion der Person relevant, die den Ausschlussgrund durch ihr Verhalten begründet hat.⁷² Die folgende Auflistung ist daher beispielhaft. Allerdings gilt grundsätzlich, dass **bei obligatorischen Ausschlussgründen strengere Maßstäbe an die Selbstreinigung zu stellen sind als bei fakultativen Ausschlussgründen**.⁷³ In jedem Fall ist besonderes Augenmerk darauf zu legen, wann das Compliance-System eingerichtet wurde. Ist das bereits vor Begehung der Katalogstraftat erfolgt und besteht es unverändert fort, ist maßgeblich, ob zwar das System an sich so ausgestaltet ist, dass es zur Vermeidung von Fehlverhalten geeignet ist, im konkreten Fall aber gezielt durch eine Leitungsperson umgangen wurde, oder ob schon das System als solches ungeeignet ist. In letzterem Fall kann mit diesem System sicherlich keine erfolgreiche

⁶⁷ Vgl. *Prieß/Simonis*, in: *Kulartz/Kus/Portz/Prieß*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 125 Rn. 26.

⁶⁸ Vgl. VK Südbayern, Beschluss v. 7.3.2017 – Z 3 - 3 - 3194 - 1 - 45 - 11/16: Ein Unternehmen ist iRd Selbstreinigung auch nicht zu Erklärungen verpflichtet, die seine zivilprozessuale Situation verschlechtern, wie z.B. einem Verjährungsverzicht.

⁶⁹ Vgl. KG, Urt. v. 17.1.2011 – 2 U 4/06 Kart; vgl. auch Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 108.

⁷⁰ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 108.

⁷¹ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 109.

⁷² Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 110.

⁷³ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 110.

Selbstreinigung begründet werden. Ansonsten kann ggf. der Nachweis einer Nachbesserung des Systems ausreichend sein.

(i) Technische und organisatorische Maßnahmen

Eine trennscharfe Abgrenzung von technischen und organisatorischen Maßnahmen ist weder möglich noch erforderlich. Denn organisatorische Maßnahmen werden häufig durch technische Maßnahmen umgesetzt oder durch sie unterstützt. Maßgeblich ist daher, ob nach dem Gesamtbild der technischen und organisatorischen Maßnahmen eine Verhinderung des Fehlverhaltens in der Zukunft sichergestellt ist.

Ziel der technischen und organisatorischen Maßnahmen muss es sein, bei den Mitarbeitern und dem Führungspersonal einerseits ein **Bewusstsein** dafür zu schaffen, welche Verhaltensweisen zu unterbleiben haben und andererseits **Strukturen und Kontrollmechanismen** zu etablieren, die Fehlverhalten verhindern können.

Sinnvoll ist es daher regelmäßig, Compliance-Schulungen der Mitarbeiter und des Führungspersonals einzuführen, an denen diese verpflichtend teilzunehmen haben und die sich turnusmäßig wiederholen.⁷⁴ Bei kleineren Unternehmen kann die Schulung der Mitarbeiter und des Führungspersonals ggf. durch die Teilnahme an externen Veranstaltungen erfolgen. Die Schulungen müssen (auch) Bezug zur konkreten Straftat aufweisen, also bspw. im Fall der Bestechung darüber aufklären, inwieweit Geschenke und andere Aufmerksamkeiten sich noch in einem zulässigen Rahmen bewegen.

Des Weiteren sollten unternehmensinterne Richtlinien festgelegt werden, in welchen nicht geduldeten Verhaltensweisen – erneut insbesondere auch in Bezug auf die konkrete Straftat - festgelegt sind.

Eine sinnvolle Maßnahme kann auch die Trennung der Verwaltung vom operativen Bereich sein, bspw. durch IT-basierte Chinese Walls. Bei größeren Unternehmen kann im Einzelfall ggf. auch die Einbringung dieser Bereiche in jeweils eigene Gesellschaften mit unabhängiger Geschäftsführung und eigenen Räumlichkeiten in Betracht kommen.⁷⁵

Um Fehlverhalten zu verhindern, kommen die Einführung von Berichts- und Kontrollsystemen und die Schaffung einer internen Audit-Struktur in Betracht. Die Einrichtung der Position eines Compliance-Managers sowie einer Hotline, die Mitarbeitern anonym die Weitergabe relevanter Informationen ermöglicht, kann hierfür sinnvoll sein. Die Anonymisierung, also der Ausschluss der Rückverfolgbarkeit des Anrufers, ist durch technische Maßnahmen sicherzustellen. Insbesondere bei (sehr) kleinen Unternehmen werden diese Maßnahmen aber aus Kostengründen häufig ausscheiden. Ausreichend können dann ggf. die Einführung eines Vieraugensystems und die stichprobenartige Überprüfung der Einhaltung der Compliance-Standards sein.

Gerade dann, wenn die Katalogstraftat im Zusammenhang mit erfolgten Zahlungen steht, wie etwa im Fall der Terrorismusfinanzierung, der Bestechlichkeit, der Bestechung und der Vorteilsgewährung, werden diese häufig durch Berater- und Provisionsverträge verdeckt. Als organisatorische Maßnahme bietet sich insofern stets und unabhängig von der

⁷⁴ Vgl. Ohrtmann, NZBau 2007, 278.

⁷⁵ Vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 14.12.2007 – Verg W 21/07; Dreher/Hoffmann, NZBau 2014, 150.

Unternehmensgröße an, derartige Verträge durch externe Anwaltskanzleien überprüfen zu lassen.

Als abschreckende organisatorische Maßnahme kommt außerdem die Einführung interner Haftungs- und Entschädigungsregelungen in Betracht.⁷⁶ Das kann allerdings an arbeitsrechtliche Grenzen stoßen bzw. daran scheitern⁷⁷ und kann dann auch nicht für die Bejahung einer erfolgreichen Selbstreinigung gefordert werden.

(ii) Personelle Maßnahmen

Im Hinblick auf die zu ergreifenden personellen Maßnahmen wird es bei Vorliegen einer Katalogstraftat in jedem Fall erforderlich sein, dass die Person, die als für das Unternehmen Verantwortlicher gehandelt hat, also eine Leitungsposition im Sinne von § 30 OWiG innehat, keine Leitungsfunktion mehr ausübt. Ob dafür unverzüglich eine Kündigung des Anstellungs- bzw. Arbeitsverhältnisses erforderlich ist, ist angesichts der parallel bestehenden Aufklärungspflicht fraglich, da diese durch das Unternehmen im Fall der Kündigung der involvierten Personen kaum mehr durchgesetzt werden kann.⁷⁸ Zwar liegt ein obligatorischer Ausschlussgrund nur dann vor, wenn bereits eine rechtskräftige Verurteilung stattgefunden hat, so dass insofern keine Aufklärung mehr erfolgen muss. Allerdings stehen möglicherweise noch Schadenersatzansprüche im Raum, bei deren Aufklärung die Mitwirkung der jeweiligen Person erforderlich sein kann. Ist die Mitwirkung der Person für die Aufklärung nicht (mehr) erforderlich, hat bei Katalogstraftaten in jedem Fall eine Kündigung zu erfolgen.⁷⁹

Soweit (noch) keine Kündigung erfolgt ist, ist es aber zwingend zumindest erforderlich, dass die jeweilige Person keine Position mehr innehat, in der sie dem Unternehmen zuzurechnende Entscheidungen gem. § 30 OWiG treffen kann. Dem entsprechend ist ein Geschäftsführer aus diesem Amt abzuberufen. Basiert die Verantwortlichkeit auf einer Vollmacht, bspw. einer Prokura, ist diese rechtswirksam zu entziehen. Einem Betriebsleiter ist diese leitende Stellung zu entziehen.

Bei einem Gesellschafter kommt von vornherein keine Kündigung in Betracht.⁸⁰ Eine Selbstreinigung erfordert dann aber, dass der Gesellschafter auf die Ausübung von Gesellschafterrechten verzichtet und keinen Einfluss auf Entscheidungen der Gesellschaft mehr hat.⁸¹

1.2 Nichtentrichtung von Steuern und Abgaben

Für den Fall, dass ein Unternehmen gegen seine steuer-, abgaben- oder gebührenrechtlichen Pflichten verstoßen hat und daher an sich obligatorisch nach § 123 Abs. 4 S. 1 GWB bzw. § 6e EU Abs. 4 S. 1 VOB/A vom Vergabeverfahren auszuschließen ist, gilt wie bereits beschrieben

⁷⁶ Erwägungsgrund 102 der Richtlinie 2014/24/EU.

⁷⁷ Vgl. *Prieß/Simonis*, in: *Kulartz/Kus/Portz/Prieß*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 125 Rn. 44.

⁷⁸ Vgl. *Stein/Fritton/Huttenlauch WuW* 2012, 38.

⁷⁹ Bejahend für äußert schwerwiegende Fälle OLG Düsseldorf, *Beschl. v. 28.7.2005 – VII-Verg 42/05*; vgl. auch Erwägungsgrund 102 der Richtlinie 2014/24/EU, der beispielhaft den Abbruch aller Verbindungen zu an dem Fehlverhalten beteiligten Personen und Organisation als personelle Maßnahme nennt.

⁸⁰ Vgl. *Prieß/Simonis*, in: *Kulartz/Kus/Portz/Prieß*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 125 Rn. 50.

⁸¹ Vgl. OLG Brandenburg, *Beschl. v. 14.12.2007 – Verg W 21/07*.

ein besonderes Selbstreinigungsregime gem. § 123 Abs. 4 S. 2 GWB bzw. § 6e EU Abs. 4 S. 2 VOB/A. Dieses Regime geht der strengeren allgemeinen Regelung in § 125 bzw. § 6f EU VOB/A vor. Danach genügt für eine erfolgreiche Selbstreinigung bereits, dass das betroffene Unternehmen nachträglich die Zahlung der Steuern, Abgaben und Beiträge zur Sozialversicherung einschließlich Zinsen, Säumnis- und Strafzuschlägen vornimmt oder sich zur Zahlung der entsprechenden Forderungen verpflichtet.

Im Unterschied zum regulären Selbstreinigungsregime nach § 125 GWB, § 6f EU VOB/A wird hier also lediglich verlangt, dass das betroffene Unternehmen entstandene Schäden wiedergutmacht. Auf eine aktive und umfassende Aufklärung des Sachverhaltes oder auf Maßnahmen zur Sicherstellung, dass ein vergleichbarer Verstoß in Zukunft vermieden wird, kommt es also nicht an.

Bei der Nichtentrichtung von Steuern, Abgaben und Gebühren entsteht stets ein Vermögensschaden, der durch Nachzahlung oder Rückzahlung der offenen Forderung ausgeglichen werden kann. Auch hier gilt, dass ein Unternehmen nicht zur Zahlung in der Höhe streitiger oder unberechtigter Forderungen verpflichtet ist. Ist die Höhe des Schadens oder die Person des Gläubigers noch unklar, reicht es für eine Selbstreinigung aus, dass das Unternehmen die Forderung dem Grunde nach anerkennt.⁸² Stehen hingegen Schadenshöhe und Gläubiger fest, hat der Schadensausgleich entweder durch Zahlung des Schadens oder durch entsprechendes Schuldanerkenntnis dem Grunde und der Höhe nach zu erfolgen.

2. Fakultative Ausschlussgründe

Kernthesen:

1. Insbesondere im Fall einer schweren Verfehlung werden wegen der besonderen Nähe des Auffangtatbestands zu den obligatorischen Ausschlussgründen regelmäßig vergleichbare Selbstreinigungsmaßnahmen erforderlich sein.
2. Aber auch bei den weiteren fakultativen Ausschlussgründen gelten grundsätzlich die gleichen Maßgaben; mit individuellen Anpassungen wie z.B.:
 - (a) Bei Verstößen gegen das Kartellverbot wird zwar grundsätzlich ein Schaden entstanden sein, häufig aber die Feststellung des genauen Schadens und der Gläubiger äußerst kompliziert sein, so dass es für eine erfolgreiche Selbstreinigung regelmäßig wird ausreichen müssen, dass sich das Unternehmen generell zum Ausgleich des entstandenen Schadens bereit erklärt.
 - (b) Bei Verstößen gegen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften wird regelmäßig ein Schaden entstanden und daher ein Schadensausgleich erforderlich sein.
 - (c) Bei Vertragspflichtverletzungen muss ein besonderer Fokus der erforderlichen Compliance-Maßnahmen auf der Anpassung der Organisation der Vertragsausführung liegen.

Innerhalb der fakultativen Ausschlussgründe kommt lediglich für diejenigen eine Selbstreinigung in Betracht, die (auch) durch Handlungen außerhalb des konkreten Vergabeverfahrens begründet werden (**Fallgruppe 1** d.h. die schwere Verfehlung und die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung), und die sich auf die Ausführung eines früheren

⁸² S. im Einzelnen oben, Abschnitt II.1.) 1.1. a).

öffentlichen Auftrags bzw. Konzessionsvertrags beziehen (**Fallgruppe 2**, d.h. der Verstoß gegen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen und die Vertragspflichtverletzung).

Im Folgenden werden lediglich Besonderheiten bzw. Abweichungen im Hinblick auf die Selbstreinigung gegenüber den Katalogstraftaten aufgezeigt. Im Übrigen gelten die Ausführungen zur Selbstreinigung bei Katalogstraftaten hier entsprechend (siehe Ziffer **D. II. 1.**).

2.1 Schwere Verfehlung

Ist ein Unternehmen aufgrund einer schweren Verfehlung nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB, § 6e EU Abs. 6 Nr. 3 VOB/A an sich vom Verfahren auszuschließen, ist für eine wirksame Selbstreinigung erforderlich, dass die in § 125 Abs. 1 GWB, § 6f EU Abs. 1 VOB/A genannten Selbstreinigungsmaßnahmen **kumulativ** ergriffen worden sind.

Der Ausschlussgrund der schweren Verfehlung ist ein Auffangtatbestand, der insbesondere dann greifen kann, wenn Katalogstraftaten nach § 123 Abs. 1 GWB, § 6e EU Abs. 1 VOB/A begangen wurden, aber noch keine rechtskräftige Verurteilung erfolgt ist, und wenn deliktsrechtliche Handlungen oder Verstöße gegen das UWG im Raum stehen. Ausgenommen aus dem Anwendungsbereich sind Verstöße gegen das Kartellverbot in § 1 GWB, die nun einem eigenen Ausschlussgrund unterfallen. Der Anwendungsbereich eines Ausschlusses wegen einer schweren Verfehlung im Hinblick auf die kartellrechtlichen Vorgaben des GWB erfasst also lediglich noch verbotene Verhaltensweisen marktbeherrschender und marktstarker Unternehmen gem. §§ 19, 20 GWB.

Wegen der besonderen Nähe der schweren Verfehlung zu den obligatorischen Ausschlussgründen werden regelmäßig vergleichbare Selbstreinigungsmaßnahmen erforderlich sein.

Im Hinblick darauf, ob und wie ein Schadensausgleich zu erfolgen hat, ist erster Anknüpfungspunkt die Art der schweren Verfehlung und die Grundlage ihres Nachweises. Bereits aus der Art der schweren Verfehlung kann ersichtlich sein, dass kein Schaden entstanden ist und damit auch kein Schadensausgleich zu erfolgen hat, bspw. wenn eine Straftat oder eine deliktische Handlung lediglich versucht wurde oder ein marktbeherrschendes Unternehmen Nachteile (lediglich) angedroht hat. Aus der Grundlage des Nachweises kann sich ergeben, dass ein Schaden dem Grunde nach, bspw. bei einer rechtskräftigen Verurteilung wegen eines vollendeten Betrugs, oder auch bereits der Höhe nach, bspw. bei einem rechtskräftigen Urteil über die Zahlung von Schadenersatz wegen einer deliktischen Handlung, feststeht. Je nach dem ist als Selbstreinigungsmaßnahme eine Zahlung zum Ausgleich des Schadens oder eine Verpflichtung hierzu dem Grunde oder auch der Höhe nach erforderlich.

Die organisatorischen Maßnahmen müssen auch hier einerseits darauf ausgerichtet sein, dass die Mitarbeiter und das Führungspersonal ein Bewusstsein dafür erlangen, welche Verhaltensweisen zu unterbleiben haben, und andererseits auf effektive Kontrollmaßnahmen. Erforderliche Schulungen müssen insbesondere auch auf die Art der schweren Verfehlung ausgerichtet sein, also bspw. bei verbotenen Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens die Grenzen der zulässigen Verhaltensweisen aufzeigen.

Als personelle Maßnahme wird auch hier jedenfalls dann regelmäßig eine Kündigung der verantwortlichen Person erforderlich sein, soweit sie nicht zum Zwecke der Aufklärung noch notwendig im Unternehmen verbleiben muss. Denn auch hinsichtlich der schweren Verfehlung erfolgt eine Zurechnung zu dem Unternehmen nur dann, wenn die handelnde Person eine solche

im Sinne von § 30 OWiG ist. Es stellt sich also dieselbe Problematik wie im Bereich der Katalogstraftaten – ggf. noch etwas in ihrer Relevanz verschärft, da anders als bei einer Katalogstraftat hier gerade noch keine Verurteilung vorliegt und somit die Kooperation bei der Sachverhaltsaufklärung eine noch größere Bedeutung hat (siehe Ziffer **D. II. 1.1 (c) (ii)**).

2.2 Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung

Auch wenn ein Unternehmen aufgrund einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB, § 6e EU Abs. 6 Nr. 4 VOB/A vom Verfahren auszuschließen ist, erfordert eine wirksame Selbstreinigung, dass die in § 125 Abs. 1 GWB, § 6f EU Abs. 1 VOB/A genannten Selbstreinigungsmaßnahmen kumulativ ergriffen worden sind.

Der Aufklärungspflicht wird bei Verstößen gegen das Kartellverbot dadurch genügt, dass das Unternehmen mit den Kartellbehörden im Ermittlungsverfahren aktiv zusammenarbeitet, d.h. die Ergebnisse interner Audits zur Verfügung stellt und sich bei Ermittlungsmaßnahmen kooperativ zeigt. Unbeachtlich ist dabei, ob das Unternehmen im Rahmen der Bonusregelung des Bundeskartellamts oder vergleichbarer Regelungen anderer Kartellbehörden in den Genuss einer vollständigen Freistellung von einer Geldbuße kommt, bspw. weil es als erstes Unternehmen den Verstoß gemeldet hat. Maßgeblich ist vielmehr, ob es ab Beginn der Ermittlungen aktiv mit den Behörden zusammengearbeitet hat, um eine vollständige Aufklärung zu ermöglichen.

Bei einem Verstoß gegen das Kartellverbot wird regelmäßig ein Schaden entstanden und damit ein Schadensausgleich als Selbstreinigungsmaßnahme erforderlich sein. Allerdings ist gerade bei Kartellverstößen die Feststellung des Schadens und der einzelnen Gläubiger äußerst kompliziert und kann lange Zeit in Anspruch nehmen. Daher wird es für eine erfolgreiche Selbstreinigung regelmäßig ausreichen (müssen), dass sich das Unternehmen generell zum Ersatz des durch seine Beteiligung an einem Kartell entstandenen Schadens bereit erklärt bzw. die Verpflichtung zum Ausgleich des Schadens gegenüber den einen Schaden geltend machenden Gläubigern dem Grund nach anerkennt.⁸³

Die organisatorischen Maßnahmen müssen bei einem Verstoß gegen das Kartellverbot insbesondere auf eine kartellrechtliche Compliance ausgerichtet sein. Das Führungspersonal und die operativ tätigen Mitarbeiter müssen darin geschult werden, welche Verhaltensweisen zwischen Wettbewerbern und auf verschiedenen Stufen der Wertschöpfungskette tätigen Unternehmen zu unterbleiben haben. Bei kleineren Unternehmen, bei welchen die Einrichtung eines Compliance-Management-Systems und insbesondere die Durchführung interner Schulungen überschießend wären, kann auch auf externe Fortbildungsangebote zurückgegriffen werden.

Die Zurechnung eines Verstoßes gegen das Kartellverbot zu dem Unternehmen erfolgt (anders als bei den Katalogstraftaten und der schweren Verfehlung) nicht nur nach § 30 OWiG, also wenn eine Leitungsperson den Verstoß begangen hat, **sondern auch über den Auffangtatbestand des Aufsichts- und Organisationsverschuldens in § 130 OWiG**. Hat also ein Mitarbeiter den Kartellverstoß begangen, der **nicht in leitender Stellung** ist, wird der Kartellverstoß dann zugerechnet, wenn dem Leitungspersonal ein Aufsichts- und Organisationsverschulden zukommt.

⁸³ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 108.

Der einschlägige Zurechnungstatbestand bedeutet für die Frage, welche personellen Maßnahmen erforderlich sind, eine maßgebliche Weichenstellung. Denn eine Kündigung ist nur dann zwingend erforderlich, wenn nur dadurch sichergestellt ist, dass die Person, die den Kartellverstoß begangen hat, im Unternehmen keinen Einfluss mehr ausübt. Mitarbeiter, die nicht in leitender Stellung tätig sind, haben von vornherein keinen entsprechenden Einfluss. Als ausreichende Maßnahmen können hier Abmahnungen und Versetzungen (bspw. vom Vertrieb in den Innendienst) der Mitarbeiter in Betracht kommen.

Im Fall eines Aufsichts- und Organisationsverschulden besteht zwar gerade dieser Einfluss auf die Unternehmensleitung, die Person hat aber den Kartellverstoß nicht selbst begangen. Ob und welche Maßnahmen gegen den die Aufsichtspflicht Verletzenden erforderlich sind, wird vom Verschuldensgrad abhängen. Neben einer Kündigung kommen Abmahnungen oder Versetzungen in Betracht. Im Fall der Aufsichtspflichtverletzung unmittelbar durch den oder die Gesellschafter erscheint jedenfalls dann ein Verzicht auf die Ausübung von Gesellschafterrechten erforderlich, wenn es sich um ein vorsätzliches Aufsichts- und Organisationsverschulden handelt.

2.3 Verstoß gegen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen

Auch wenn ein Unternehmen aufgrund eines Verstoßes gegen umwelt-, sozial-, oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen bei der Ausführungen eines Auftrags nach § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB, § 6e EU Abs. 6 Nr. 1 VOB/A vom Verfahren auszuschließen ist, erfordert eine wirksame Selbstreinigung, dass die in § 125 Abs.1 GWB, § 6f EU Abs.1 VOB/A genannten Selbstreinigungsmaßnahmen kumulativ ergriffen worden sind.

Der Aufklärungspflicht kann durch Erstellung eines umweltrechtlichen Gutachtens oder Durchführung interner Audits zur Feststellung der Ursache des umweltrechtlichen Verstoßes und Übermittlung des Gutachtens bzw. Prüfberichts an den ehemaligen Auftraggeber genügt werden. Auch bei Verstößen gegen sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen ist die Durchführung interner Audits zur Sachverhaltsaufklärung und die Übersendung des Prüfberichts an die zuständige Behörde eine in Betracht kommende Selbstreinigungsmaßnahme. Stehen Verstöße im Zusammenhang mit Lieferanten des Unternehmens, sind diese zur Stellungnahme aufzufordern, um der Aufklärungspflicht zu genügen. In Betracht kommt außerdem, ein selbständiges Beweissicherungsverfahren vor den Zivilgerichten anzustrengen.⁸⁴

Bei einem Verstoß gegen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen wird regelmäßig ein Schaden entstanden sein, so dass ein Schadensausgleich zur Selbstreinigung erforderlich ist. Handelt es sich um die Nichtzahlung tariflich vereinbarter Löhne oder an tarifliche Sozialkassen, wird der Ausgleich durch Anerkennung des Schadens dem Grunde – und soweit der Umfang schon feststeht – der Höhe nach oder durch Zahlung zu erfolgen haben. Bei umweltrechtlichen Verstößen wird der Ausgleich entweder durch Zahlung des für die Beseitigung des Umweltverstoßes erforderlichen Betrags zu erfolgen haben, oder durch kostenfreie Nachbesserung bzw. den Ausbau von kontaminiertem Material durch das Unternehmen selbst.⁸⁵ Auch bei einem Verstoß gegen sozialrechtliche Verpflichtungen, die regelmäßig faktische unternehmensinterne Maßnahmen voraussetzen, wie etwa die Beachtung von Vorschriften zur Barrierefreiheit für Menschen mit Behinderung, wird der Ausgleich des Schadens durch Verwirklichung der entsprechenden Maßnahme erfolgen müssen.

⁸⁴ Vgl. VG Düsseldorf, Urt. v. 24.3.2015 – 20 K 6764/13.

⁸⁵ Vgl. VG Düsseldorf, Urt. v. 24.3.2015 – 20 K 6764/13.

Als organisatorische Maßnahmen kommen im Hinblick auf sozial- und arbeitsrechtliche Verstöße insbesondere Schulung der Personalabteilung oder der für Personal in Kleinunternehmen zuständigen Personen in Betracht und Schulungen der Buchhaltung, soweit etwa Tariflöhne nicht ordnungsgemäß berechnet wurden. Bei Verstößen gegen umweltrechtliche Vorgaben bei der Bauausführung sind ebenfalls Schulungen der Mitarbeiter mit umweltrechtlichem Fokus durchzuführen. Außerdem sind Richtlinien zur Einhaltung der Umwelt-, Sozial- bzw. arbeitsrechtlichen Standards aufzulegen.

Stehen Verstöße im Zusammenhang mit Lieferanten des Unternehmens, ist die Zusammenarbeit zumindest auf den Prüfstand zu stellen und sind Richtlinien zu erarbeiten, die künftig bei der Auswahl von Lieferanten zur Sicherstellung der umwelt-, sozial- und/oder arbeitsrechtlichen Compliance beachtet werden.

Zur Überprüfung, ob umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge eingehalten werden, können interne Audits oder stichprobenartige Prüfungen durchgeführt werden.

Der Ausschlussgrund des Verstoßes gegen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen setzt nicht voraus, dass die handelnde Person eine nach § 30 OWiG ist. D.h., dass auch Verstöße von Mitarbeitern, die nicht als für das Unternehmen verantwortlich Handelnde auftreten, dem Unternehmen zugerechnet werden. Insofern kann insbesondere bei fahrlässigen Verstößen, bspw. bei der Falschberechnung von tariflichen Löhnen, eine Kündigung überschießend bzw. arbeitsrechtlich unzulässig sein. In Betracht kommen daher häufig Abmahnung und ggf. Versetzungen der betreffenden Mitarbeiter.

2.4 Vertragspflichtverletzung

Eine Selbstreinigung kommt auch dann in Betracht, wenn ein Unternehmen aufgrund einer mangelhaften Erfüllung von früheren öffentlichen Aufträgen nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB, § 6e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A vom Verfahren auszuschließen ist. Die Selbstreinigungsmaßnahmen müssen auch in diesem Fall kumulativ erfüllt werden.

Im Hinblick auf die Sachverhaltsaufklärung ist zu beachten, dass verschiedene Aspekte des in Rede stehenden früheren öffentlichen Auftrages gegenüber dem Auftraggeber des laufenden Vergabeverfahrens aufzuklären sind, namentlich die Frage, ob es sich um eine erhebliche oder fortdauernde Mangelerfüllung handelt, die zu einer vorzeitigen Beendigung des Vertrags oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat. Seiner Aufklärungspflicht genügt das Unternehmen jedenfalls dann, wenn es darlegt, dass es die Rechtsfolge gegenüber dem früheren Vertragspartner anerkennt, keine Vertuschungsversuche im Raum stehen und kein Rechtsstreit anhängig ist.

Schäden, die aus einer Vertragspflichtverletzung resultieren, können etwa im Wege der Nachbesserung durch das Unternehmen ausgeglichen werden – und zwar insbesondere dann, wenn das Vertragsverhältnis nicht vorzeitig beendet wurde. Bei einer vorzeitigen Beendigung des Vertrages werden regelmäßig Schadenersatzansprüche des vorigen Auftraggebers im Raum stehen, deren Erfüllung das Unternehmen zu beweisen hat. Allerdings gilt auch hier, dass die Begleichung möglicherweise unberechtigter Forderungen für eine erfolgreiche Selbstreinigung nicht erforderlich sein kann. Denn ein Unternehmen, das sich seine Wiederzulassung zum Vergabeverfahren dadurch erkaufte, dass es aus seiner (nicht völlig fernliegenden) Sicht

unberechtigte Forderungen begleicht, erweist sich dadurch gerade nicht als zuverlässig.⁸⁶ Bei noch laufenden Rechtsstreitigkeiten wird daher je nach Lage des Falls nur ein Schuldanerkenntnis dem Grunde nach oder die Darlegung und Substantiierung der Gründe, warum ein Schaden nach Auffassung des Unternehmens nicht entstanden ist, als Selbstreinigungsmaßnahmen in Betracht kommen.

Bezüglich der erforderlichen Compliance-Maßnahmen liegt bei Vertragspflichtverletzungen der Fokus auf der Anpassung der Organisation der Vertragsausführung, so dass derartige Verfehlungen bei zukünftigen Bauaufträgen und Baukonzessionen vermieden werden. Das kann durch Veränderung der Abläufe auf der Baustelle und die Verstärkung der Beaufsichtigung erfolgen sowie durch Richtlinien bezüglich der Auswahl und Kontrolle von Nachunternehmern, soweit diese in die Vertragspflichtverletzungen involviert waren. Interne Maßnahmen wie Schulungen und Audits werden regelmäßig nicht erforderlich sein, aber ggf. Weiterbildungsmaßnahmen der Mitarbeiter in ihren jeweiligen für die Bauausführung erforderlichen Tätigkeiten. Im Hinblick auf personelle Maßnahmen kommt insbesondere bei fahrlässigen Verstößen eine Abmahnung und ggf. Versetzungen der handelnden Mitarbeiter in Betracht, da eine Kündigung in solchen Fällen ggf. überschießend bzw. arbeitsrechtlich unzulässig wäre.

III. Art und Weise der Nachweiserbringung der identifizierten Selbstreinigungsmaßnahmen

Kernthesen:

1. Das Unternehmen trägt die Darlegungs- und Beweislast für die Durchführung geeigneter und angemessener Selbstreinigungsmaßnahmen.
2. Die einfachste Möglichkeit des Nachweises der erfolgten Selbstreinigung ist die Eigenerklärung, die mit dem geringsten Beweiswert verknüpft ist. Der Beweiswert einer Eigenerklärung kann im Einzelfall mit zunehmender Substantiierung steigen.
3. Nachweise mit dem größten Beweiswert sind amtliche Bescheinigungen, wie z.B. Auszüge aus amtlichen Registern oder Führungszeugnisse. Weitere Nachweise sind etwa Erklärungen oder Unterlagen Dritter.
4. Als Grundregel gilt: Die Anforderungen an Nachweise für Selbstreinigungsmaßnahmen verhalten sich spiegelbildlich zur Schwere der Ausschlussgründe: je gravierender das Fehlverhalten, desto strenger die Anforderungen an Nachweise für Selbstreinigungsmaßnahmen.

Das Unternehmen hat zwar einen Rechtsanspruch darauf, dass der öffentliche Auftraggeber die von ihm durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen prüft und berücksichtigt. Es obliegt aber dem Unternehmen nachzuweisen, dass und in welcher Weise es Selbstreinigungsmaßnahmen durchgeführt hat. Das Unternehmen trägt auch die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die vorgenommenen Maßnahmen ausreichend sind um zu beweisen, dass seine Integrität wiederhergestellt ist.

Die genauen technischen und inhaltlichen Bedingungen für eine Prüfung von Selbstreinigungsmaßnahmen sind nicht gesetzlich vorgegeben. Grundsätzlich muss jeder einzelne öffentliche Auftraggeber die Prüfung sowohl der Ausschlussgründe als auch der Selbstreinigung individuell und in eigener Verantwortung vornehmen. Der Gesetzgeber erlaubt

⁸⁶ Vgl. KG, Urt. v. 17.1.2011 – 2 U 4/06 Kart; vgl. auch Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 108.

aber abweichend hiervon auch, dass die Prüfung bei einer für das gesamte Bundesland zuständigen Landesbehörde gebündelt wird, oder dass Präqualifizierungsstellen zusätzlich zur allgemeinen Präqualifizierung auch die Prüfung von Selbstreinigungsmaßnahmen vornehmen. Außerdem geht der Gesetzgeber davon aus, dass Unternehmen die durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen auch bei unabhängigen, dafür gemäß Art. 64 der Richtlinie 2014/24/EU akkreditierten Stellen zertifizieren lassen können.⁸⁷ Eine behördliche Bündelung der Prüfung von Selbstreinigungsmaßnahmen⁸⁸ oder die Akkreditierung bestimmter Stellen zur Zertifizierung wurde bislang aber noch nicht vorgenommen, sodass die Prüfung zunächst jeder einzelnen Vergabestelle obliegt.

Eine Möglichkeit, durchgeführte technische und organisatorische Selbstreinigungsmaßnahmen zu dokumentieren, ist die Zertifizierung nach einem anerkannten Standard, wie es das länderübergreifende Korruptionsregister von Hamburg und Schleswig-Holstein (sog. Register zum Schutz fairen Wettbewerbs) bereits vorsieht. Ein bundesweites Register existiert nicht. Eine andere Möglichkeit des Nachweises technischer und organisatorischer Maßnahmen ist ein erfolgreiches Audit nach dem IDW-Prüfstandard IDW PS 980 (Compliance-Management-Systeme). Die Zertifizierung Bau GmbH bietet z.B. außerdem die nicht akkreditierte Überprüfung einer Selbstreinigung im Unternehmen insgesamt an. Entsprechende Bescheinigungen der Auditoren bzw. der Überprüfungsstellen hat die Vergabestelle wie eine Erklärung neutraler Dritter zu behandeln und entsprechend zu bewerten.

Welche genauen Anforderungen an geeignete Nachweise für Selbstreinigungsmaßnahmen zu stellen sind, ist gesetzlich nicht vorgegeben. Die Nachweise können von substantiierten Eigenerklärungen über externe Erklärungen und Dokumente bis hin zu amtlichen Bescheinigungen reichen. Dem Auftraggeber kommt ein Beurteilungsspielraum dahingehend zu, ob ausreichende Selbstreinigungsmaßnahmen nachgewiesen wurden. Dieser kann nur auf Beurteilungsfehler hin überprüft werden.⁸⁹

Als Ausgangspunkt für die Auftraggeber dienen hier die Vorgaben an den Nachweis des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen. In der Praxis erfolgt der Nachweis regelmäßig durch Eigenerklärung in Form eines vom Auftraggeber erstellten Formblatts, auf dem die Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB bzw. § 6e EU Abs. 1 und 6 VOB/A aufgelistet sind und der Bieter entsprechende Angaben machen oder erklären kann, dass kein Ausschlussgrund vorliegt. In § 6b EU Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VOB/A ist geregelt, dass der Nachweis (auch) über das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen *durch Vorlage von Einzelnachweisen* [geführt werden kann.] *Der öffentliche Auftraggeber kann vorsehen, dass für einzelne Angaben Eigenerklärungen ausreichend sind. Eigenerklärungen, die als vorläufiger Nachweis dienen, sind von den Bietern, deren Angebote in die engere Wahl kommen, durch entsprechende Bescheinigungen der zuständigen Stelle zu bestätigen.*⁹⁰ Zwar kann der Wortlaut des § 6b EU Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VOB/A auch so verstanden werden, dass Eigenerklärungen generell nur vorläufig als Nachweis

⁸⁷ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 110.

⁸⁸ Ein Gesetzesentwurf zur Einführung eines Wettbewerbsregisters wurde am 29.03.2017 vom Bundeskabinett beschlossen. Der derzeitige Entwurf sieht die Prüfung von Selbstreinigungsmaßnahmen durch die Registerbehörde vor (<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/wettbewerbsregister.html>; https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/E/entwurf-eines-gesetzes-zur-einfuehrung-eines-wettbewerbsregisters.pdf?__blob=publicationFile&v=10).

⁸⁹ Vgl. *Prieß/Simonis*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 125 Rn. 55.

⁹⁰ Deutlich ist der Vorrang der Eigenerklärung hingegen in § 48 Abs. 2 S. 1 VgV geregelt.

dienen.⁹¹ Insofern wären, wenn das Unternehmen in die engere Wahl kommt bzw. für den Zuschlag vorgesehen ist, zusätzlich stets Bescheinigungen der zuständigen Stelle, d.h. Führungszeugnisse des Leitungspersonals und Auszüge aus dem Gewerbezentralregister (oder vergleichbare Dokumente anderer Länder), vorzulegen (§ 6b EU Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 2 und 3 VOB/A). Demgegenüber sieht die maßgebende Richtlinie lediglich vor, dass die öffentlichen Auftraggeber bestimmte Bescheinigungen und andere amtliche Nachweise zum Beleg anfordern können und dabei keine strengeren Belege fordern dürfen, als die ausdrücklich genannten (Art. 60 Abs. 1, 2 der Richtlinie 2014/24/EU). Hieraus ergibt sich jedoch nicht, dass Auftraggeber nicht auch geringere Anforderungen an Nachweise stellen können und somit auch Eigenerklärungen ausreichen lassen können. Spiegelbildlich hierzu werden als Nachweis der erfolgten Selbstreinigung grundsätzlich substantiierte Eigenerklärungen ausreichend sein, sofern der Auftraggeber zum Nachweis der Eignung ebenfalls Eigenerklärungen angefordert hat. Hat der Auftraggeber aber für den Nachweis der Eignung strengere Anforderungen gestellt (also z.B. nicht nur Eigenerklärungen, sondern Nachweise Dritter verlangt), wird das auch im Hinblick auf den Nachweis der Selbstreinigung zu berücksichtigen sein. So kann etwa in Bezug auf personelle Maßnahmen ein strengerer Maßstab gelten, soweit das Nichtvorliegen des Ausschlussgrundes durch Führungszeugnisse und Auszüge aus dem Gewerbezentralregister nachzuweisen war.

Der Auftraggeber unterliegt gem. § 125 Abs. 2 GWB, § 6f EU Abs. 2 VOB/A einer Begründungspflicht, wenn er die Selbstreinigungsmaßnahmen als unzureichend erachtet und das Unternehmen daraufhin ausschließt. Im Hinblick darauf, ob (hinreichende) Selbstreinigungsmaßnahmen nachgewiesen sind, verringert sich der Beurteilungsspielraum des Auftraggebers und vergrößert sich spiegelbildlich seine Begründungspflicht, wenn der Nachweis nicht (lediglich) durch Eigenerklärungen, sondern durch externe Erklärungen und/oder Dokumente oder sogar durch amtliche Bescheinigungen erfolgt. Sind Selbstreinigungsmaßnahmen von einem hierzu geeigneten unabhängigen Unternehmen nach transparenten objektiven Kriterien zertifiziert und durch Einreichung der Zertifikate nachgewiesen, werden sie nicht als unzureichend eingestuft werden können.

Ausschlaggebend für die Qualität der Nachweise, die als Beleg einer erfolgreichen Selbstreinigung einzureichen sind, kann nicht sein, ob ein Ausschluss aus einem konkreten Vergabeverfahren, die Verhängung einer Vergabesperre oder der Entzug oder die Nichtvornahme der Präqualifizierung droht. Insofern ist stets der gleiche Maßstab anzulegen.

Welche Nachweise im Einzelnen für eine erfolgreiche Selbstreinigung geeignet sind, wird im Folgenden dargestellt:

⁹¹ Anders verhält es sich bei Vergaben im Anwendungsbereich der VgV: Hier fordert der Auftraggeber grundsätzlich Eigenerklärungen an, § 48 Abs. 2 S. 1 VgV. Zum Nachweis des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen nach §§ 123, 124 GWB muss er in jedem Fall die unter § 48 Abs. 4, 5 VgV aufgeführten amtlichen Bescheinigungen genügen lassen. Es obliegt aber dem Auftraggeber, die Vorlage von Eigenerklärungen als Beleg genügen lassen. Vgl. Verordnungsbegründung zu § 48 VgV.

1. Nachweise für eine erfolgreiche Sachverhaltsaufklärung

Kernthesen:

1. Eine angemessene Sachverhaltsaufklärung erfordert die umfassende, prompte und aktive Mitwirkung des betroffenen Unternehmens.
2. Taugliche Nachweise sind etwa die substantiierte Eigenerklärung, die Vorlage interner oder externer Prüfberichte oder die Vorlage von Ermittlungsakten oder amtlichen oder gerichtlichen Entscheidungen.
3. Bestreitet das Unternehmen die Entstehung eines von ihm verursachten Schadens, so kann es das Fehlen eines Schadens durch gerichtliche oder behördliche Bestätigungen oder durch ein externes Rechtsgutachten darlegen und beweisen. Eine Eigenerklärung allein dürfte regelmäßig nicht ausreichend sein.

Der gegenüber dem Auftraggeber des Vergabeverfahrens bestehenden Aufklärungspflicht wird einerseits durch Einreichung der im Folgenden beschriebenen Nachweise genügt. Andererseits ist maßgeblich, wie die Aufklärung insgesamt verläuft. Eine lediglich bruchstückhafte und erst auf Nachfrage sukzessive Darlegung reicht in keinem Fall für eine erfolgreiche Selbstreinigung aus.⁹² Die Beurteilung, ob das Aufklärungsverhalten des Unternehmens ausreichend ist, liegt in der Sphäre des Auftraggebers.

Das Unternehmen muss auch substantiiert vortragen, ob und in welcher Höhe durch sein Verhalten Schäden bei Dritten verursacht wurden. Trägt das Unternehmen vor, dass ein Schaden bereits nicht entstanden ist bzw. der entstandene Schaden dem Unternehmen nicht zuzurechnen ist, muss es hierfür geeignete Nachweise erbringen, an deren Qualität besondere Anforderungen zu stellen sind. Taugliche Nachweise sind etwa ein entsprechendes Urteil bzw. Bußgeldbescheide oder die Bestätigung einer anderen amtlichen Stelle sowie ein Rechtsgutachten externer Dritter. Eine Eigenerklärung allein dürfte regelmäßig nicht ausreichend sein und zwar insbesondere dann nicht, wenn sich aus dem Fehlverhalten zwingend ergibt, dass ein Schaden entstanden sein muss, etwa bei einem vollendeten Betrug oder einer durchgeführten Kartellabsprache. Bestreitet das Unternehmen auch in diesem Fall, dass ein (ihm zurechenbarer) Schaden entstanden ist (und geht dieser Umstand nicht unzweifelhaft aus Dritt- bzw. behördlichen/gerichtlichen Nachweisen hervor), wird zusätzlich erforderlich sein, dass sich das Unternehmen bereit erklärt, bei einer dennoch erfolgenden späteren (rechtskräftigen) Feststellung eines Schadens bzw. der Verursachung des Schadens durch das Unternehmen sämtliche Schäden in voller Höhe zu ersetzen.

Eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden kann durch substantiierte Eigenerklärung nachgewiesen werden, in der bspw. angegeben wird, dass interne Audits durchgeführt werden/wurden und deren Ergebnisse der Ermittlungsbehörde zur Verfügung gestellt werden/wurden⁹³ oder externe Prüfberichte den Ermittlungsbehörden überlassen werden/wurden⁹⁴ und bei Ermittlungsmaßnahmen mit den Behörden kooperiert wird/wurde.

Neben Eigenerklärungen kommen als Nachweis der Mitwirkung bei der Sachverhaltsaufklärung bei **Katalogstraftaten, der schweren Verfehlung und Verstößen gegen das Kartellverbot**

⁹² Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.7.2005 – VII-Verg 42/05.

⁹³ Vgl. VK Lüneburg, Beschl. v. 24.3.2011 – VgK-04/2011.

⁹⁴ Vgl. *Leinemann*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 6. Aufl. 2016, Rn. 546.

insbesondere die Vorlage von Ermittlungsakten und/oder der Bußgeldbescheid einer Kartellbehörde in Betracht. Denn aus den Ausführungen zur Bußgeldbemessung im Bußgeldbescheid ergibt sich, ob eine aktive Zusammenarbeit mit der Kartellbehörde erfolgt ist. Allerdings ist es möglich, dass aufgrund des Stadiums des Verfahrens derartige Dokumente noch nicht (in aussagekräftiger Form) vorliegen. In diesem Fall kann der Nachweis entweder durch eine entsprechende Bestätigung der Behörden oder durch Eigenerklärung geführt werden.

Bei **umweltrechtlichen Verstößen** kann der Nachweis der Mitwirkung an der Sachverhaltsaufklärung durch substantiierte Eigenerklärung erfolgen. Denkbar ist auch die Vorlage eines Gutachtens und zusätzlich einer Eigenerklärung, dass das Gutachten dem ehemaligen Auftraggeber zur Verfügung gestellt wurde. Der Nachweis kann auch durch Übersendung eines im Rahmen eines internen Audits erstellten Prüfberichts und einer Eigenerklärung über die Übersendung des Prüfberichts an den früheren Auftraggeber geführt werden. Das gilt auch im Fall von **sozial- und arbeitsrechtlichen Verstößen** bei der Ausführung früherer öffentlicher Aufträge. Bei diesen dürfte der Nachweis aber regelmäßig bereits durch eine substantiierte Eigenerklärung über die Feststellung des Verstoßes und die Mitteilung an den früheren Auftraggeber erbracht sein. Denkbar und mit erhöhtem Beweiswert ausgestattet wäre bei **umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verstößen** jeweils auch eine schriftliche Erklärung des früheren Auftraggebers, der eine Mitwirkung an der Sachverhaltsaufklärung bestätigt.

Gehen **derartige Verstöße oder Vertragspflichtverletzungen** auf die Zusammenarbeit mit einem Nachunternehmen zurück, kommt neben einer Eigenerklärung, die substantiiert aufzeigt, welche Maßnahmen gegenüber dem Nachunternehmen ergriffen wurden, um den Sachverhalt aufzuklären, die Vorlage einer schriftlichen Aufforderung an das Nachunternehmen, zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen, in Betracht. Die Anstrengung eines selbständigen Beweissicherungsverfahrens bei den Zivilgerichten wird nicht zwingend erforderlich sein, um eine ausreichende Sachverhaltsaufklärung belegen zu können. Wird sie angestrengt, kann sie durch Eigenerklärung⁹⁵ oder durch Übersendung eines gerichtlichen Schreibens mit Aktenzeichen nachgewiesen werden. Im Fall von Vertragspflichtverletzungen ist der Sachverhalt dem bisherigen Auftraggeber bereits bekannt und führt gerade zu der tatbestandlich für einen Ausschluss vorausgesetzten Rechtsfolge (Beendigung, Schadenersatz oder vergleichbar). Zur Aufklärung gegenüber dem „neuen“ Auftraggeber genügt neben der Tatsache der vom bisherigen Auftraggeber verhängten Rechtsfolge die Einreichung einer substantiierten Eigenerklärung, die die Vertragspflichtverletzungen einschließlich der verantwortlichen Personen im Einzelnen darlegt. Der weitestgehende Nachweis wird durch Einreichung von rechtskräftigen Urteilen oder Beschlüssen geführt.

⁹⁵ Vgl. VG Düsseldorf, Urt. v. 24.3.2015 – 20 K 6764/13.

2. Nachweise für einen erfolgreichen Ausgleich des Schadens

Kernthesen:

1. Der Nachweis beglichener Schäden kann z.B. durch Eigenerklärung, schriftliches Schuldanerkenntnis, Vorlage des Überweisungsbeleges oder durch schriftliche Bestätigung der Ausgleichsleistung durch den Geschädigten erfolgen.
2. Steht die Höhe des Schadens oder die Person bzw. Anzahl der Gläubiger nicht fest, kann das Unternehmen die Schadenswiedergutmachung durch Vorlage eines Schuldanerkenntnisses dem Grunde nach nachweisen.
3. Bestreitet das Unternehmen die Entstehung eines von ihm verursachten Schadens, so kann es das Fehlen eines Schadens durch Eigenerklärung oder durch ein externes Rechtsgutachten darlegen und beweisen.

Für den Nachweis des Schadensausgleichs ist maßgeblich, ob

- ein Schaden entstanden ist
- der Schaden dem Grunde nach feststeht
- der Schaden der Höhe nach feststeht
- Person und Anzahl der Gläubiger feststeht.

Beruft sich das Unternehmen darauf, dass **kein Schaden** entstanden ist, hat es diesen Umstand wie dargelegt bereits im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung darzustellen und nachzuweisen. Bei laufenden Rechtsstreitigkeiten gilt wiederum, dass die Begleichung möglicherweise unberechtigter Forderungen für eine erfolgreiche Selbstreinigung nicht erforderlich sein kann.⁹⁶ Beruft sich das Unternehmen hierauf, hat es die Gründe darzulegen, weshalb es sich auf die Behauptung stützt, dass kein Schaden entstanden ist. Der Nachweis kann durch Vorlage der in dem Rechtsstreit ausgetauschten Schriftsätze oder ein externes (Rechts-)Gutachten sowie ggf. auch durch substantiierte Eigenerklärung erfolgen. Sind Rechtsstreitigkeiten bereits abgeschlossen, kann der Nachweis, dass kein Schaden entstanden ist, durch Vorlage der Urteile oder Beschlüsse geführt werden. Wenn der Nachweis über einen fehlenden (bzw. nicht zurechenbaren) Schaden nicht gelingt, muss das Unternehmen erklären, dass es sich verpflichtet bei einer späteren Feststellung eines Schadens bzw. der Verursachung des Schadens sämtliche Schäden in voller Höhe zu ersetzen.

Ist ein Schaden entstanden und steht dessen Höhe fest, kann der Nachweis des erfolgten Schadensausgleichs durch substantiierte Eigenerklärung, schriftliches Schuldanerkenntnis dem Grunde und der Höhe nach, durch Vorlage des Überweisungsbelegs oder durch schriftliche Bestätigung des Schadensausgleichs durch den Geschädigten erfolgen. Letzteres ist insbesondere im Fall von Vertragspflichtverletzungen und umweltrechtlichen Verstößen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge denkbar. In weniger gravierenden Fällen kann auch die Vorlage von substantiierten Plänen zur Schadenswiedergutmachung als Eigenerklärung ausreichend sein.⁹⁷

⁹⁶ Vgl. KG, Urt. v. 17.1.2011 – 2 U 4/06 Kart; vgl. auch Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 108.

⁹⁷ Vgl. VK Lüneburg, Beschl. v. 18.12.2015 – VgK-45/2015; VK Lüneburg, Beschl. v. 24.3.2011 – VgK-04/2011.

Behauptet das Unternehmen, die Höhe des Schadens oder die Anzahl der Gläubiger stehe nicht fest, kann diese Behauptung neben einer substantiierten Eigenerklärung bei laufenden Rechtsstreitigkeiten durch Vorlage der Schriftsätze und bei Verstößen gegen das Kartellverbot durch Vorlage des Bußgeldbescheids belegt werden. Laufen (noch) keine Rechtsstreitigkeiten, kann der Nachweis nur durch Eigenerklärung erfolgen. Zudem ist nachzuweisen, dass der Schaden jedenfalls dem Grunde nach anerkannt wird. Auch das kann durch Eigenerklärung erfolgen oder aber durch schriftliches Schuldanerkenntnis dem Grunde nach.

Handelt es sich nicht um monetäre Schäden, bspw. in Verunglimpfungsfällen, oder ist der Schadensausgleich nicht durch Geldleistung erfolgt, bspw. im Fall von Verstößen gegen umweltrechtliche Verpflichtungen oder Vertragspflichtverletzungen durch kostenfreie Nachbesserung, ist die (Verpflichtung zur) Vornahme der entsprechenden Handlung nachzuweisen. Das kann durch substantiierte Eigenerklärung, durch Vorlage der schriftlichen Richtigstellung gegenüber dem Verunglimpften, durch Einreichung eines Gutachtens, das die Vornahme der Handlung belegt, oder durch schriftliche Erklärung des Geschädigten erfolgen. Ist die Handlung noch nicht vorgenommen worden, stellt auch eine schriftliche Selbstverpflichtung zur Vornahme der entsprechenden Handlung einen ausreichenden Nachweis dar.⁹⁸

Liegt der Ausschlussgrund der Nichtentrichtung von Steuern und Abgaben vor, reicht allein der Schadensausgleich für eine erfolgreiche Selbstreinigung aus. Sie kann durch substantiierte Eigenerklärung, Übersendung eines Zahlungsbelegs oder eines schriftlichen Schuldanerkenntnisses nachgewiesen werden – soweit die Höhe noch unklar ist, gelten die obigen Ausführungen entsprechend.

3. Nachweise für geeignete technische und organisatorische Maßnahmen

Kernthesen:

1. Der Nachweis zur Umsetzung technisch implementierter organisatorischer Maßnahmen kann durch substantiierte Eigenerklärungen zur technischen Wirkungsweise der Maßnahme oder durch Erklärung des Anbieters der technischen Lösung geführt werden.
2. Die Umsetzung organisatorischer Maßnahmen kann durch Eigenerklärung zur räumlichen oder funktionellen Trennung bestimmter Mitarbeiter, Server etc. aber auch durch Vorlage des Handelsregisterauszuges oder des geänderten Gesellschaftsvertrages sowie durch Vorlage der Dokumentation zu durchgeführten Schulungen nachgewiesen werden.

Maßgeblich dafür, welche technischen und organisatorischen Maßnahmen zu ergreifen und nachzuweisen sind, ist die **Zielrichtung des Fehlverhaltens**. Die erforderlichen technischen und organisatorischen Maßnahmen werden sich dann ähneln, wenn der Ausschluss aufgrund einer Katalogstraftat, einer schweren Verfehlung oder eines Verstoßes gegen das Kartellverbot droht. Droht ein Ausschluss wegen einer Vertragspflichtverletzung oder eines Verstoßes gegen umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen bei der Ausführung eines früheren Auftrags bzw. einer Konzession, werden andere Maßnahmen zu ergreifen und nachzuweisen sein.

Für eine erfolgreiche Selbstreinigung werden technisch umgesetzte oder unterstützte organisatorische Maßnahmen in jedem Fall dann erforderlich sein, wenn eine **Katalogstraftat, eine schwere Verfehlung oder ein Verstoß gegen das Kartellverbot** vorliegt. Denn dann

⁹⁸ Vgl. VG Düsseldorf, Urt. v. 24.3.2015 – 20 K 6764/13.

können nur sie der Vermeidung künftigen Fehlverhaltens dienen. Bei **Verstößen, die in Bezug zur Ausführung früherer öffentlicher Aufträge oder Konzessionen** stehen, wird der Fokus eher auf rein organisatorischen Maßnahmen liegen.

Der Nachweis der Ergreifung technisch umgesetzter organisatorischer Maßnahmen kann durch Einreichung einer Eigenerklärung geführt werden, in der substantiiert die Funktionsweise der technischen Lösung oder Software auszuführen und – soweit technische Lösungen von Drittanbietern eingeführt wurden – der Anbieter oder Hersteller genannt werden. Solche technischen Maßnahmen sind etwa IT-gestützte Zugangsbeschränkungen für bestimmte Datenräume, eingeschränkte Leserechte für bestimmte Dateien, getrennte Server für verschiedene Bereiche des Unternehmens, Software, die den Zugriff auf bestimmte Daten dokumentiert oder vom Vieraugenprinzip abhängig macht etc. Bei Einführung einer technischen Lösung durch Drittanbieter ist auch denkbar, eine schriftliche Erklärung dieser Drittanbieter über die Funktionsweise und Einrichtung bei dem betroffenen Unternehmen einzureichen.

Bei **Katalogstraftaten, schweren Verfehlungen und Verstößen gegen das Kartellverbot** kommen als organisatorische Maßnahmen die Trennung von Verwaltung und operativem Geschäft – bei größeren Unternehmen ggf. sogar durch Neugründung einer Gesellschaft – in Betracht.⁹⁹ Diese Maßnahme kann neben einer substantiierten Eigenerklärung durch Vorlage eines Auszugs aus dem Handelsregister oder des Gesellschaftsvertrags nachgewiesen werden. Wird die Trennung durch die Einrichtung von Chinese-Walls vollzogen, ist ebenfalls eine Eigenerklärung als Nachweis möglich, die substantiiert die konkrete Umsetzung darlegt, also bspw. die räumliche Trennung der Bereiche, strenge Trennung der Funktionen der Mitarbeiter, Software-Lösungen, die einen Zugriff auf den jeweils anderen Bereich unmöglich machen etc. Bei Verstößen, die durch verantwortlich handelnde Gesellschafter begangen wurden, kommt auch die Übertragung der Gesellschaftsanteile an einen Treuhänder in Betracht. Diese Maßnahme kann durch Vorlage des Treuhandvertrags nachgewiesen werden.¹⁰⁰

Des Weiteren sind in dieser Kategorie der Verfehlungen als organisatorische Maßnahmen die Einführung von Schulungen für Mitarbeiter und Führungspersonal und Richtlinien wesentlich. Diese können durch substantiierte Eigenerklärung¹⁰¹, die Inhalt der Schulungen und teilnehmende Personen / Abteilungen und den Turnus aufzeigen, nachgewiesen werden, ggf. ergänzt durch unterzeichnete Teilnehmerlisten, Schulungsunterlagen etc. Der Erlass von unternehmensinternen Richtlinien kann auch durch deren Einreichung nachgewiesen werden. Maßgeblich ist insoweit, dass jeweils ein Bezug zum konkreten Fehlverhalten besteht.

Der Nachweis der Einrichtung von Berichts- und Kontrollsystemen, wie etwa der Einrichtung einer Revisionsabteilung, eines Compliance Management Systems und einer internen Audit-Struktur kann durch Vorlage der unternehmensinternen Dokumentation oder durch detaillierte Eigenerklärung erfolgen. Eine nicht präzise schriftliche Darstellung von Compliance-Regelungen ist in keinem Fall ausreichend.¹⁰²

Möglich ist auch, den Nachweis der technischen und organisatorischen Maßnahmen durch Vorlage einer Zertifizierung nach einem anerkannten Standard, wie es das länderübergreifende Korruptionsregister von Hamburg und Schleswig-Holstein (sog. Register zum Schutz fairen

⁹⁹ Vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 14.12.2007 – Verg W 21/07.

¹⁰⁰ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.7.2001 – Verg 16/01.

¹⁰¹ Vgl. VK Lüneburg, Beschl. v. 18.12.2015 – VgK-45/2015.

¹⁰² Vgl. VK Lüneburg, Beschl. v. 13.5.2016 – VgK-10/2016.

Wettbewerbs) bereits vorsieht, zu erbringen. Eine andere Möglichkeit des Nachweises ist die Vorlage eines erfolgreichen Audits nach dem IDW-Prüfstandard IDW PS 980 (Compliance-Management-Systeme).

Ist als Maßnahme die Prüfung von Verhaltensweisen und/oder Verträgen durch externe Rechtsanwälte oder Wirtschaftsprüfer vorgesehen, kann der Nachweis durch Vorlage der Beauftragung erfolgen.

Im Fall von **Verstößen gegen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen** sind ebenfalls Schulungen der Mitarbeiter und des Führungspersonals mit einem dem Verstoß entsprechenden Fokus vorzusehen. Diese können durch substantiierte Eigenerklärung nachgewiesen werden. Bei **Vertragspflichtverletzungen** kommen Fortbildungen der Mitarbeiter in ihrem jeweiligen Tätigkeitsbereich in Betracht, soweit sie im Zusammenhang mit der Vertragspflichtverletzung stehen. Der Nachweis kann durch detaillierte Eigenerklärung oder Einreichung der Bestätigung der wahrgenommenen Fortbildungsmaßnahme erfolgen.

Im Fall von **Verstößen gegen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen** ist als organisatorische Maßnahme außerdem der Erlass von Richtlinien denkbar, der durch Vorlage dieser Richtlinien nachgewiesen werden kann. Hängt der Verstoß mit einem eingeschalteten Nachunternehmen zusammen, können ebenfalls entsprechende Richtlinien für die Auswahl von Nachunternehmen erlassen und eingereicht werden. Das gilt gleichermaßen im Fall von **Vertragspflichtverletzungen**.

Zur Überprüfung, ob **umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen** bei der Ausführung öffentlicher Aufträge eingehalten werden, können interne Audits oder stichprobenartige Prüfungen durchgeführt werden. Diese können durch detaillierte Eigenerklärung oder Vorlage der entsprechenden unternehmensinternen Dokumentation nachgewiesen werden.

Bei **Vertragspflichtverletzungen** wird für eine effektive Kontrolle die Veränderung der Abläufe bei der Bauausführung und der Aufsichtsstrukturen erforderlich sein. Auch diese können durch detaillierte Eigenerklärung oder Vorlage der entsprechenden unternehmensinternen Dokumentation nachgewiesen werden.

4. Nachweise für geeignete personelle Maßnahmen

Kernthesen:

1. Die Umsetzung personeller Maßnahmen kann etwa durch die Vorlage der Kündigungserklärung bzw. des Aufhebungsvertrages, des Abberufungsbeschlusses oder des Handelsregistrauszuges belegt werden.
2. Muss die für den Verstoß verantwortliche Person noch im Unternehmen verbleiben, weil sie zur Sachverhaltsaufklärung benötigt wird, kann von entsprechenden personellen Maßnahmen zunächst abgesehen werden – sofern sichergestellt ist, dass der betreffende Mitarbeiter keinen Einfluss auf die Leitung des Unternehmens mehr hat. Auch dieser Umstand ist durch Eigenerklärung nachzuweisen.
3. Geht der Verstoß auf eine Person zurück, die nicht als für die Leitung des Unternehmens Verantwortlicher gehandelt hat, was bei Vertragspflichtverletzung und Verstößen gegen umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen bei der Ausführung eines früheren Auftrags bzw. einer Konzession häufig der Fall sein wird, kann u.U. auch eine Abmahnung und/oder Versetzung ausreichend sein. Der Nachweis erfolgt durch Eigenerklärung oder durch Vorlage der Abmahnung / der Versetzungsanordnung.

Auch dafür, welche personellen Maßnahmen zu ergreifen und nachzuweisen sind, ist die Zielrichtung des Fehlverhaltens maßgeblich. Droht ein Ausschluss aufgrund einer **Katalogstraftat, einer schweren Verfehlung oder eines Verstoßes gegen das Kartellverbot**, wird die Personen, deren rechts- bzw. pflichtwidriges Verhalten dem Unternehmen zuzurechnen ist, regelmäßig zu kündigen sein, da sie Bestandteil des Leitungspersonals ist und für eine erfolgreiche Selbstreinigung keinen Einfluss mehr auf das Unternehmen haben darf. Das gilt im Hinblick auf das Kartellverbot dann nicht zwingend, wenn der Verstoß dem Unternehmen aufgrund eines Aufsichts- und Organisationsverschuldens zuzurechnen ist (siehe Ziffer **D. II. 2.2**). Droht ein Ausschluss wegen einer **Vertragspflichtverletzung oder eines Verstoßes gegen umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen bei der Ausführung eines früheren Auftrags bzw. einer Konzession**, geht das in der Regel (auch) auf das Fehlverhalten eines Mitarbeiters zurück. In diesem Fall kann aber ggf. auch eine Abmahnung und / oder eine Versetzung ausreichend sein. Auch dann, wenn das Fehlverhalten im Zusammenhang mit nicht ausreichenden organisatorischen Maßnahmen durch das Leitungspersonal steht, können – je nach Verschuldensgrad – Abmahnungen und / oder Versetzungen ausreichend sein.

Der Nachweis der personellen Maßnahmen wird jedenfalls dann nicht als Eigenerklärung erfolgen können, wenn spiegelbildlich bereits bei der Ausräumung des Ausschlussgrundes die Vorlage einer Eigenerklärung nicht ausreichend war: Die Angaben in der vorläufig eingereichten Eigenerklärung sind durch entsprechende Bescheinigungen der zuständigen Stellen zu bestätigen, wenn ein Unternehmen in die engere Wahl kommt bzw. für den Zuschlag vorgesehen ist (§ 6b EU Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 2 und 3 VOB/A). Solche amtlichen Bescheinigungen sind etwa Führungszeugnisse des Leitungspersonals und Auszüge aus dem Gewerbezentralregister (oder vergleichbare Dokumente anderer Länder). Entsprechend sollten auch zum Nachweis der erfolgreichen Selbstreinigung Bescheinigungen verlangt werden, soweit (Katalog-)Straftaten und anderes Fehlverhalten aus diesen Dokumenten hervorgehen. Im Hinblick auf betroffene Leitungspersonen im Sinne von § 30 OWiG kann etwa die Vorlage der Kündigungserklärung verlangt werden bzw. zumindest ein über eine Eigenerklärung hinausgehender Nachweis der Entfernung aus der jeweiligen Position. Soweit die Person nicht gekündigt wurde, weil sie für die Sachverhaltsaufklärung erforderlich ist, kann dieser Umstand durch detaillierte Eigenerklärung nachgewiesen werden, aus der hervorgeht, inwieweit (nur)

diese Person zur Sachverhaltsaufklärung beitragen kann. In diesem Fall ist bei Leitungspersonal im Sinne von § 30 OWiG aber zwingend notwendig, dass ihre Einflussnahme auf das Unternehmen unterbunden ist. Das kann etwa durch Abberufung des Geschäftsführers, unwiderruflichen Verzicht auf die Ausübung von Gesellschafterrechten und den Entzug einer Vollmacht / Prokura erfolgen. Soweit derartige Maßnahme aus dem Handelsregisterauszug hervorgehen, kann die personelle Maßnahme durch Vorlage des Handelsregisterauszugs nachgewiesen werden. Ein Nachweis kann auch durch Vorlage des schriftlichen Gesellschafterbeschlusses über die Abberufung oder den Entzug der Vollmacht / Prokura oder durch Einreichung des schriftlichen Widerrufs der Vollmacht / Prokura nachgewiesen werden. Verzichtet ein Gesellschafter auf die Ausübung seiner Gesellschafterrechte, hat der Nachweis durch glaubwürdige Eigenerklärung zu erfolgen.¹⁰³

Besteht der Verdacht, dass die Person weiterhin andere (Leitungs-)Funktionen im Unternehmen bekleidet, ist zu einer gelungenen Nachweisführung zusätzlich die Vorlage einer Gesellschafterliste bzw. des Gesellschaftsvertrags oder einer Treuhandvereinbarung erforderlich.¹⁰⁴

Wurden mit Mitarbeitern Aufhebungsverträge geschlossen oder wurden sie abgemahnt oder versetzt, kann das durch Vorlage des Aufhebungsvertrags, der schriftlichen Abmahnung oder Versetzungsanweisung nachgewiesen werden. Ausreichend kann auch eine detaillierte Eigenerklärung sein.

IV. Auswirkungen der Selbstreinigung auf die Präqualifizierung

Kernthesen:

1. Die PQ-Stelle hat bei der Entscheidung über die Streichung eines Unternehmens bzw. die Antragsperre auch zu berücksichtigen, ob das Unternehmen erfolgreich Selbstreinigungsmaßnahmen durchgeführt hat.
2. Hinsichtlich der Voraussetzungen für eine gelungene Selbstreinigung, der Grundsätze zur Darlegungs- und Beweislast sowie zur Prüfung der vorgelegten Nachweise gelten grundsätzlich die gleichen Anforderungen wie im Fall der Selbstreinigung in einzelnen Vergabeverfahren.

Präqualifizierung (PQ) ist die vorgelagerte und auftragsunabhängige Prüfung und Zertifizierung von vergaberechtlich geforderten Eignungsnachweisen, welche Unternehmen vorlegen müssen, um ihre Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Gesetzestreue und Zuverlässigkeit bei der Bewerbung um öffentliche Auftragsvergaben nachzuweisen. Eine Präqualifizierung findet bei öffentlichen Bauausschreibungen sowohl im Unterschwellen- als auch im Oberschwellenbereich Berücksichtigung. Maßgeblich für das Verfahren der Präqualifizierung ist die Leitlinie für die Durchführung eines Präqualifizierungsverfahrens des BMU („Leitlinie-PQ“).¹⁰⁵

Der signifikante Vorteil der Präqualifizierung besteht in der Aufwandsminimierung und damit auch Kostenminimierung für die Unternehmen. Denn diese müssen nur ein Mal – nämlich bei der

¹⁰³ Vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 14.12.2007 – Verg W 21/07.

¹⁰⁴ Vgl. VK Düsseldorf, Beschl. v. 13.3.2006 – VK-8/2006.

¹⁰⁵ Leitlinie des Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit für die Durchführung eines Präqualifikationsverfahrens vom 23.9.2016 („Leitlinie-PQ“), veröffentlicht im BAnz AT vom 28.10.2016.

Beantragung der Aufnahme in eine Präqualifizierungsdatenbank – sämtliche Belege zum Nachweis ihrer Eignung einreichen und können dann für die Dauer ihrer Auflistung in der tagesaktuellen PQ-Liste bei der Bewerbung um einen konkreten öffentlichen Auftrag ihre Eignung durch Angabe der Zertifikatsnummer bzw. Vorlage des Zertifikates nachweisen. Die in einem Präqualifizierungsverzeichnis hinterlegten Angaben darf der öffentliche Auftraggeber außerdem nicht ohne Begründung in Zweifel ziehen, § 6b EU Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VOB/A. Es besteht vielmehr eine Eignungsvermutung, wenn das Unternehmen eine Präqualifizierung im PQ-System vorweisen kann.

Ein präqualifiziertes Unternehmen wird auch vor Ablauf der Gültigkeit der Präqualifizierung von der Liste präqualifizierter Unternehmen gestrichen und die Präqualifizierung damit entzogen, wenn das Unternehmen schuldhaft unzutreffende Nachweise vorlegt, wenn es Handlungen vornimmt, die im Widerspruch zu den abgegebenen Eigenerklärungen stehen oder wenn Änderungen in Bezug auf Eignungskriterien nicht mitgeteilt werden. In diesem Fall tritt für das Unternehmen gem. Ziffer 9.3 der Leitlinie-PQ eine Antragssperre von 24 Monaten für das PQ-Verfahren in Kraft.

Die Sperrregelungen für das Präqualifizierungsverfahren führen zwar nicht direkt zu einer Auftragssperre für das Unternehmen, sondern lediglich zu einem zeitweiligen Ausschluss von der Möglichkeit der Präqualifizierung. Die Unternehmen können sich weiterhin um jeden öffentlichen Auftrag unter Vorlage von Einzelnachweisen über ihre Eignung bewerben. Nichtsdestotrotz können hiermit für das betroffene Unternehmen erhebliche Nachteile verbunden sein, insbesondere in Gestalt eines deutlichen Mehraufwands und Mehrkosten bei der Teilnahme an einem Vergabeverfahren. Da also bei der Sperre auch Grundrechte des Unternehmens betroffen sind, darf der Zugang zu einem Präqualifizierungssystem einerseits nur unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgebotes verwehrt werden. Dies bedeutet, dass die PQ-Stelle bei der Entscheidung über das Verhängen einer Antragssperre auch zu berücksichtigen hat, wie schwerwiegend der konkrete Verstoß war und welcher Verschuldensgrad dem Verstoß zugrunde lag. Andererseits muss eine Streichung des Unternehmens von der PQ-Liste gänzlich unterbleiben (bzw. hat eine (Wieder-)Aufnahme in die PQ-Liste zu erfolgen), wenn das Unternehmen Maßnahmen ergriffen hat, um einer Wiederholung des Verstoßes in Zukunft wirksam entgegenzutreten zu können, d.h. wenn es erfolgreich Selbstreinigungsmaßnahmen durchgeführt hat.¹⁰⁶ Für eine erfolgreiche Selbstreinigung muss das betroffene Unternehmen auch hier nachweisen, dass es ggf. entstandene Schäden ausgeglichen hat, eine umfassende Aufklärung der Tatsachen und Umstände, die zu dem Fehlverhalten geführt haben, betrieben hat und dass es konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen hat, um ein Fehlverhalten in der Zukunft auszuschließen.

Sowohl bei der Ablehnung als auch bei Entzug der Präqualifizierung sehen die Leitlinien des BMUB ein Beschwerdeverfahren gegen die Entscheidung der PQ-Stelle vor. Danach kann sich das jeweilige Unternehmen binnen eines Monats an den „Verein für die Präqualifizierung von Bauunternehmen e.V.“ wenden, der die Beschwerde unter Zugrundelegung der Beschwerdeordnung¹⁰⁷ des Vereins bearbeitet. Der für die Entscheidung über die Beschwerde

¹⁰⁶ S. Ziffer 9.4. der Leitlinie für die Durchführung eines Präqualifikationsverfahrens vom 23.9.2016 („Leitlinie-PQ“), veröffentlicht im BAnz AT vom 28.10.2016. Vgl. hierzu auch *Bartels*, Präqualifizierung im Vergaberecht, 2015, S. 328.

¹⁰⁷ S. Beschwerdeordnung des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. vom 14.2.06 in der Fassung vom 20.4.2016 zur Durchführung von Beschwerdeverfahren im Zusammenhang mit der Präqualifikation von Unternehmen bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge. Abrufbar über www.pq-verein.de.

zuständige Beschwerdeausschuss berücksichtigt bei seiner Entscheidung alle relevanten Unterlagen sowie die Stellungnahmen der Beteiligten. Hinsichtlich des Prüfungsmaßstabes für die Beschwerdeentscheidung verweist § 5 S. 2 der Beschwerdeordnung dynamisch auf die Vorgaben der Leitlinie in ihrer aktuellen Fassung. Dementsprechend hat auch der Beschwerdeausschuss zu prüfen, ob das Unternehmen die Voraussetzungen für eine Präqualifizierung grundsätzlich wieder erfüllen kann und eine Antragsperre von 24 Monaten daher gegen die Leitlinie-PQ des BMU verstieße.

Für präqualifizierte Unternehmen erfolgt die Überprüfung, ob durch Selbstreinigungsmaßnahmen die Eignung wiederhergestellt wurde, somit bereits durch die PQ-Stellen.

V. Prüfung und Bewertung der erbrachten Nachweise

Kernthesen:

1. Der öffentliche Auftraggeber hat eine Prüf- und Berücksichtigungspflicht hinsichtlich der vorgetragene Selbstreinigungsmaßnahmen.
2. Der öffentliche Auftraggeber führt eine einzelfallbezogene Prüfung durch und bewertet die eingereichten Nachweise im Hinblick auf die Frage, ob diese ausreichen, um die Wiedererlangung der Zuverlässigkeit des Unternehmens zu beweisen.
3. Die Anforderungen an die Nachweise richten sich u.a. auch nach der Schwere und den besonderen Umstände des Fehlverhaltens, der Häufigkeit der Verstöße oder der Höhe der entstandenen Schäden.

Hat das von einem Ausschluss bedrohte Unternehmen dem öffentlichen Auftraggeber Nachweise vorgelegt, die seine erfolgreiche Selbstreinigung belegen sollen, so muss der öffentliche Auftraggeber die vorgetragene Umstände und Tatsachen prüfen, die Nachweise bewerten und die vorgetragene Selbstreinigungsmaßnahmen im Rahmen seiner Ausschlussentscheidung berücksichtigen.¹⁰⁸ Als Kehrseite zu dieser Berücksichtigungspflicht hat das betroffene Unternehmen einen Rechtsanspruch¹⁰⁹, bei einer gelungenen Selbstreinigung nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden. Das bedeutet, dass der öffentliche Auftraggeber das Unternehmen nicht mehr ausschließen darf, wenn seine Beurteilung ergibt, dass die dargelegte und nachgewiesene Maßnahmen die erfolgreiche Selbstreinigung belegen. Diesbezüglich steht dem öffentlichen Auftraggeber kein Ermessen zu.¹¹⁰

Eine Ausnahme hierzu bildet der Fall, dass das Unternehmen verspätet vorträgt, dass es Maßnahmen der Selbstreinigung durchgeführt hat. Selbstreinigungsmaßnahmen sind von dem Unternehmen grundsätzlich bis zu dem Zeitpunkt der Eignungsprüfung nachzuweisen.¹¹¹ Die Darlegung von Umständen, die zu einer vermeintlichen Wiederherstellung der Zuverlässigkeit des Unternehmens geführt haben, muss der öffentliche Auftraggeber nach diesem Zeitpunkt in aller Regel nicht mehr nachträglich berücksichtigen.

¹⁰⁸ S. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 107 sowie Erwägungsgrund Nr. 102 zur Richtlinie 2014/24/EU.

¹⁰⁹ S. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 107.

¹¹⁰ S. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 107.

¹¹¹ Vgl. *Dreher/Hoffmann NZBau* 2014, 67 (70).

Die tatsächliche Untersuchung der durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen obliegt dem jeweiligen öffentlichen Auftraggeber in eigener Verantwortung. Der Gesetzgeber sieht vor, dass die Prüfung durchgeführter Selbstreinigungsmaßnahmen auch in einem Land bei einzelnen Landesbehörden gebündelt werden kann, oder dass Präqualifizierungsstellen hierbei eine entsprechende Funktion übernehmen. Möglich wäre auch die Zertifizierung von Selbstreinigungsmaßnahmen durch eine unabhängige, dafür gemäß Art. 64 der Richtlinie 2014/24/EU akkreditierte Stelle, bei der das Unternehmen die Zertifizierung der von ihm durchgeführten Maßnahmen freiwillig beauftragt. Die Anerkennung eines solchen Zertifikats würde dann im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers stehen.¹¹² Eine behördliche Bündelung der Prüfung von Selbstreinigungsmaßnahmen¹¹³ oder die Akkreditierung bestimmter Stellen zur Zertifizierung wurde bislang aber noch nicht vorgenommen, sodass die Prüfung zunächst jeder einzelnen Vergabestelle obliegt. Die Zertifizierung Bau GmbH bietet aber z.B. die Prüfung und Überwachung von Selbstreinigungsmaßnahmen an und stellt nach aus ihrer Sicht erfolgreicher Selbstreinigung eine entsprechende Bescheinigung aus. Bei einem Audit nach IDW-Standard handelt es sich nicht um eine Überprüfung aller Selbstreinigungsmaßnahmen, sondern lediglich um die Bestätigung der Einrichtung eines Compliance-Management-Systems. Die übrigen Aspekte der Selbstreinigung (Sachverhaltsaufklärung, Schadenskompensation, ggf. weitere organisatorische oder personelle Maßnahmen) werden dadurch nicht abgedeckt. Die Prüfung und Bewertung der Bescheinigung eines Auditors oder einer anderen Prüfstelle obliegt wiederum der jeweiligen Vergabestelle.

Gegenstand der Prüfung von Selbstreinigungsmaßnahmen durch die Vergabestelle bzw. die Zertifizierungsstelle ist die Frage, ob die vorgetragenen Tatsachen und die vorgelegten Nachweise ausreichen, um glaubwürdige und erfolgversprechende Maßnahmen der Selbstreinigung des Unternehmens – und damit die dauerhafte Wiederherstellung der Zuverlässigkeit des Unternehmens – zu belegen. Der öffentliche Auftraggeber hat insofern eine auf das konkrete Vergabeverfahren bezogene Prognoseentscheidung zu treffen und er führt zu diesem Zweck eine einzelfallbezogene Bewertung der vorgelegten Maßnahmen unter Ausnutzung seines Beurteilungsspielraumes durch.

Die Vergaberechtsordnung gibt weder ein bestimmtes Prüfverfahren vor, noch Maßgaben dafür, in welchem Fall welche Nachweise konkret zu verlangen sind. Die jeweilige Vergabestelle hat vielmehr eine Einzelfallprüfung durchzuführen. Bei der Frage, welcher Anforderungsmaßstab an die erforderlichen Nachweise anzulegen ist, berücksichtigt die Vergabestelle nach § 125 Abs. 2 S. 1 GWB, § 6f EU Abs. 2 VOB/A ausdrücklich die Schwere und die besonderen Umstände des Fehlverhaltens. Weitere beurteilungsleitende Umstände des Einzelfalls sind z.B. die Größe des Unternehmens oder die Branche in der dieses tätig ist, ob es sich um einen einmaligen Verstoß oder um systematisches Fehlverhalten handelt, wie hoch der entstandene Schaden ist und wie viel Zeit seit dem Delikt bzw. dem Fehlverhalten verstrichen ist.¹¹⁴

Als Leitlinien für die Prüfung dienen dem Auftraggeber die folgenden Grundannahmen:

¹¹² S. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 110.

¹¹³ Ein Gesetzesentwurf zur Einführung eines Wettbewerbsregisters wurde am 29.03.2017 vom Bundeskabinett beschlossen. Der derzeitige Entwurf sieht die Prüfung von Selbstreinigungsmaßnahmen durch die Registerbehörde vor (<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/wettbewerbsregister.html>; https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/E/entwurf-eines-gesetzes-zur-einfuehrung-eines-wettbewerbsregisters.pdf?__blob=publicationFile&v=10).

¹¹⁴ S. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 110.

Von besonderem Gewicht für die Nachweisprüfung ist die Sachverhaltsaufklärung durch den Bieter, denn diese stellt die Weichen, ob und welche Maßnahmen durchzuführen und welche Nachweise tauglich sind. Die im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung dargelegten Tatsachen korrelieren also mit den zu erbringenden Nachweisen zum erfolgten Schadensausgleich sowie zu den konkreten technischen, personellen und organisatorischen Maßnahmen.

Bei Vorliegen eines obligatorischen Ausschlussgrundes sind höhere Anforderungen an die Selbstreinigungsmaßnahmen zu stellen als bei Vorliegen eines fakultativen Ausschlussgrundes.¹¹⁵ Welche Selbstreinigungsmaßnahmen konkret erforderlich sind, kann darüber hinaus je nach Ausschlussgrund variieren. Dementsprechend sind je nach Einzelfall auch höhere oder geringere Anforderungen an die Nachweise zu stellen. Handelt es sich etwa um einen Verstoß, der durch das Fehlverhalten einer bestimmten Person verursacht wurde, so werden besonders strenge Anforderungen an Nachweise zu stellen sein, die durchgeführte personelle sowie organisatorische Maßnahmen belegen, um ein Fehlverhalten in der Zukunft dauerhaft auszuschließen. Demgegenüber wird teilweise als allein tauglicher Nachweis die Eigenerklärung in Betracht kommen – beispielsweise zum Nachweis des Schadensausgleichs, wenn die Höhe des konkreten Schadens oder die Person des Gläubigers unklar ist und bislang kein Rechtsstreit geführt wurde. Weitergehende Nachweise kann der Auftraggeber in solchen Fällen denkbare nicht verlangen. Ob aber der Nachweis auch gelungen ist, unterliegt weiterhin dem Beurteilungsspielraum des Auftraggebers.

Als Grundprämisse gilt, dass stets der Nachweis mit dem höchsten Beweiswert (also z.B. Bestätigungen Dritter, ggf. sogar staatlicher Instanzen) Vorrang vor schwächeren Nachweisen (also insbesondere der Eigenerklärung) genießt. Im Hinblick auf die Eigenerklärung ist zu überprüfen, ob diese zumindest hinreichend substantiiert und nachprüfbar ist.

Kommt der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Beurteilung zu dem Schluss, dass die ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen nicht ausreichen, hat er diese Entscheidung gegenüber dem Unternehmen zu begründen, § 125 Abs. 2 S. 2 GWB, § 6f EU Abs. 2 S. 2 VOB/A. Die Entscheidung ist stets – unabhängig von ihrem Ergebnis – in der Vergabeakte zu dokumentieren.

In der **Anlage 1** zu diesem Schlussbericht befindet sich ein für die Praxis handhabbarer Leitfaden, auf dessen Grundlage die Prüfung von Selbstreinigungsmaßnahmen der Bewerber bzw. Bieter in den Vergabestellen durchgeführt werden kann. Hierin werden schematisch die einzelnen Prüfungsschritte nachgezeichnet und taugliche Nachweismöglichkeiten aufgezeigt. Für die Anwendung des Leitfadens gilt grundsätzlich, dass eine Prüfung der Nachweise jeweils einzelfallbezogen erfolgen muss. Der Leitfaden enthält notwendigerweise Verallgemeinerungen und kann lediglich neuralgische Punkte in Bezug auf bestimmte Ausschlussgründe herausarbeiten, fallbezogene Beispiellösungen anbieten und auf mögliche Varianten hinweisen, aber nicht jeden denkbaren Einzelfall oder die Vielschichtigkeit eines bestimmten Sachverhaltes abbilden. Bei der Prüfung und Bewertung der Nachweise gilt es stets, in einem ersten Prüfungsschritt Art, Schwere und Dauer des Verstoßes sowie Unternehmensgröße zu ermitteln und den weiteren Prüfschritten als Grundprämisse voranzustellen. Das ist insbesondere relevant für die Prüfung der ergriffenen Maßnahmen. Wie dargestellt, ist außerdem die Sachverhaltsdarstellung maßgeblich für die nachfolgenden Fragen im Zusammenhang mit den erforderlichen Maßnahmen zur Selbstreinigung und den geeigneten Nachweisen zum Beleg

¹¹⁵ S. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281 S. 110.

dieser Maßnahmen. In dem Leitfaden sind die geeigneten Nachweise in absteigender Reihenfolge von oben nach unten vom stärksten zum schwächsten Nachweis dargestellt.

In der **Anlage 2** zu diesem Schlussbericht befindet sich zudem der Vorschlag für ein Standardschreiben zur Verwendung durch die Vergabestellen, mit dessen Hilfe die Durchführung von Selbstreinigungsmaßnahmen abgefragt werden kann.

Darüber hinaus gilt es für die Zukunft außerdem zu beachten, dass die staatliche Akkreditierung von Stellen zur Vornahme gesonderter Zertifizierungen für die Selbstreinigung von Unternehmen Einfluss auf die Prüfung durch die Vergabestellen hat. Legt ein Unternehmen eine solche Zertifizierung einer dafür akkreditierten Stelle vor, wird sich der Prüfungsaufwand der Vergabestellen in der Regel darauf reduzieren, ob die Zertifizierungsbescheinigung ordnungsgemäß ausgestellt wurde und wirksam ist. Eine etappenweise Detailprüfung entsprechend dem Leitfaden wird dann nicht mehr nötig sein.