

**Autor:** Dr. Roland M. Stein, LL.M., RA  
**Erscheinungsdatum:** 24.09.2015  
**Quelle:**   
**Normen:** § 30 OWiG 1968, § 98c AufenthG 2004, § 19 MiLoG, § 16 VgV 2001, EURL 24/2014 ... mehr  
**Fundstelle:** jurisPR-Compl 3/2015 Anm. 5  
**Herausgeber:** Prof. Dr. Norbert Nolte, RA  
**Zitiervorschlag:** Stein, jurisPR-Compl 3/2015 Anm. 5

## **Regierungsentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts**

### **A. Problemstellung**

Für Unternehmen besteht nach Compliance-Verfehlungen ein hohes Risiko, von Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden. Die Ausschlussgründe sollen gemäß dem am 08.07.2015 vom Bundeskabinett verabschiedeten Regierungsentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts neu geregelt werden. Unternehmen sind gut beraten, sich bereits jetzt mit den vorgeschlagenen Regelungen auseinanderzusetzen, um Ausschlüsse in zukünftigen Vergabeverfahren effektiv zu vermeiden.

### **B. Inhalt und Gegenstand des Gesetzesentwurfes**

Der Regierungsentwurf zum Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen („GWB-E“) enthält auf gesetzlicher Ebene weitaus umfassender als bisher nicht nur den Anwendungsbereich des Vergaberechts oberhalb bestimmter Schwellenwerte, sondern auch den grundsätzlichen Ablauf des Vergabeverfahrens.

Unter Compliance-Gesichtspunkten sind insbesondere die Regelungen zur Bestimmung der Eignung von Unternehmen relevant. Öffentliche Aufträge dürfen nur an fachkundige und leistungsfähige Unternehmen vergeben werden, die nicht nach den §§ 123 oder 124 GWB-E ausgeschlossen worden sind.

#### **I. Zwingende Ausschlussgründe**

§ 123 GWB-E enthält zwingende Ausschlussgründe. Ein Ausschluss ist einerseits zwingend, wenn eine Person, deren Verhalten dem Unternehmen zuzurechnen ist, wegen abschließend aufgeführter Katalogstraftaten rechtskräftig verurteilt oder deswegen gegen das Unternehmen eine Geldbuße nach § 30 OWiG rechtskräftig festgesetzt worden ist. Das Verhalten einer Person ist dem Unternehmen zuzurechnen, wenn sie als für die Leitung des Unternehmens Verantwortlicher gehandelt hat. Unter Compliance-Gesichtspunkten im engeren Sinne sind insbesondere Ausschlüsse aufgrund folgender Straftaten relevant:

- Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr sowie von Mandatsträgern,
- Vorteilsgewährung und Bestechung, auch durch ausländische und internationale Bedienstete und gegenüber ausländischen Mandatsträgern,
- Geldwäsche sowie
- Betrug und Subventionsbetrug zulasten der EU-Haushalte.

Ein Ausschluss ist andererseits auch ohne rechtskräftiges Urteil zwingend, wenn nachgewiesen werden kann, dass ein Unternehmen seinen Verpflichtungen zur Zahlung von Steuern, Abgaben oder Beiträgen zur Sozialversicherung nicht nachgekommen ist. Dies gilt nicht, wenn es sich zur entsprechenden Zahlung verpflichtet hat oder ein Ausschluss unverhältnismäßig wäre. Ausnahmen für beide Fälle der zwingenden Ausschlussgründe sind möglich, wenn dies im Einzelfall aus Gründen des öffentlichen Interesses geboten ist.

#### **II. Fakultative Ausschlussgründe**

§ 124 GWB-E enthält fakultative Ausschlussgründe, bei denen stets die Verhältnismäßigkeit von Fehlverhalten und Ausschlusswirkung zu berücksichtigen ist. Unter Compliance-Gesichtspunkten ist vor allem interessant, dass Unternehmen ausgeschlossen werden können, wenn

- sie bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen haben,
- sie oder eine ihnen zuzurechnende Person im Rahmen der beruflichen Tätigkeit nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, durch die die Integrität des Unternehmens in Frage gestellt wird, oder
- hinreichende Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Vereinbarungen mit anderen Unternehmen getroffen wurden, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.

Zudem sollen Vergabeausschlüsse nach anderen, insbesondere arbeitsschutzrechtlichen Gesetzen unberührt bleiben.<sup>1</sup>

### **III. Selbstreinigung**

Ein Ausschluss erfolgt allerdings nicht, wenn das Unternehmen dem Auftraggeber gemäß § 125 GWB-E nachweisen kann, dass es erfolgreich eine Selbstreinigung durchlaufen hat. Voraussetzung dafür ist, dass das Unternehmen

- für jeden durch eine Straftat oder ein Fehlverhalten verursachten Schaden einen Ausgleich gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet hat,
- die Tatsachen und Umstände, die mit der Straftat oder dem Fehlverhalten und dem dadurch verursachten Schaden in Zusammenhang stehen, durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden und dem öffentlichen Auftraggeber umfassend geklärt hat, und
- konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen hat, die geeignet sind, weitere Straftaten oder weiteres Fehlverhalten zu vermeiden.

Die Auftraggeber haben die vom Unternehmen ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen zu bewerten und dabei die Schwere und die Umstände des Fehlverhaltens zu berücksichtigen und ihre Entscheidung im ablehnenden Fall gegenüber dem Unternehmen zu begründen.

### **IV. Vergaberechtliche Verjährung**

Der Ausschluss von einem Vergabeverfahren ist nach § 126 GWB-E im Falle zwingender Ausschlussgründe höchstens fünf Jahre ab der rechtskräftigen Verurteilung und im Falle fakultativer Ausschlussgründe höchstens drei Jahre ab dem betreffenden Ereignis zulässig.

### **V. Geltung bei Sondervergaberegimen**

Die §§ 123 bis 126 GWB-E gelten durch entsprechende Verweisungen grundsätzlich auch in den Sondervergaberegimen. Für die Vergabe von Aufträgen oder Konzessionen durch Sektorauftraggeber, die nicht zugleich öffentliche Auftraggeber sind, sind allerdings alle Ausschlussgründe fakultativer Natur<sup>2</sup>, und bei der Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen oder Konzessionen gilt ein zusätzlicher Ausschlussgrund.<sup>3</sup>

### **C. Kontext des Gesetzesentwurfes**

Der Gesetzesentwurf dient der Umsetzung eines europäischen Richtlinienpakets.<sup>4</sup> Die Voraussetzungen des Ausschlusses, der Selbstreinigung und die Höchstfristen finden sich detailliert in Art. 57 Richtlinie 2014/24/EU.<sup>5</sup> Entsprechende Ausschlussgründe waren bereits in früheren Vergaberichtlinien enthalten. Das Konzept der Selbstreinigung beruht hingegen insbesondere auf deutscher Rechtsprechung,<sup>6</sup> konnte im europäischen Recht aber auf die Grundfreiheiten und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gestützt werden. Der Regierungsentwurf enthält einige Abweichungen zur bisherigen Rechtslage und teilweise auch zu den Richtlinien.

Die Katalogstraftaten in § 123 GWB-E wurden aufgrund der Richtlinienvorgaben teilweise modifiziert.<sup>7</sup> Eine Änderung ist aber vor allem der zwingende Ausschluss bei rechtskräftig festgesetzten Geldbußen. Es ist fraglich, ob der deutsche Gesetzgeber damit die Richtlinie noch konform umsetzt. Diese Verschärfung geht zudem über die von der Bundesregierung beabsichtigte Eins-zu-eins-Umsetzung der Richtlinien hinaus und schließt eine Einzelfallprüfung durch den Auftraggeber aus.

Auch die fakultativen Ausschlussgründe nach § 124 GWB-E enthalten eine Reihe neuer ausdrücklicher Tatbestände, etwa wegen erheblichen und fortdauernden Verstoßes bei der Erfüllung eines öffentli-

chen Auftrags. Auch der Ausschluss wegen eines Interessenkonfliktes war bisher auf andere Weise geregelt.<sup>8</sup> Die neuen Gründe fügen sich nicht ganz in die Systematik der §§ 123 ff. GWB-E ein, da insbesondere eine Selbstreinigung nicht oder kaum vorstellbar ist.

Zu begrüßen ist aber insbesondere, dass die Selbstreinigung nun gesetzlich geregelt ist. Bei diesem „Ausschluss vom Ausschluss“ wurde insbesondere um die Schadensausgleichspflicht gerungen,<sup>9</sup> auch wenn etwa das KG Berlin klargestellt hatte, dass nur unstreitige Forderungen ausgeglichen werden müssen.<sup>10</sup> Die Gesetzesbegründung betont zudem, dass eine Anerkennung der Schadensersatzpflicht dem Grunde nach ausreicht.<sup>11</sup> Die Kooperation nicht nur mit den Ermittlungsbehörden, sondern nun ausdrücklich auch mit dem öffentlichen Auftraggeber, versteht sich für ein zuverlässiges Unternehmen hingegen von selbst.

Etwas offen ist die Wirkung der Höchstfristen („vergaberechtliche Verjährung“) nach § 126 Nr. 1 GWB-E im Falle zwingender Ausschlussgründe. Der Regierungsentwurf hat hier die von der Richtlinie vorgegebenen Höchstfristen<sup>12</sup> ausgeschöpft. Anzunehmen ist, dass die fünfjährige Frist nach dem Willen des Gesetzgebers auch ab einer rechtskräftig festgesetzten Geldbuße gelten soll, obwohl dieser Fall in § 126 Nr. 1 GWB-E nicht ausdrücklich genannt ist, sondern nur der Fall einer rechtskräftigen Verurteilung. Versteht man die Ergänzung der Geldbuße aber als zwingende Ausformung eines in der Richtlinie nur fakultativ enthaltenen Ausschlussgrundes, kann nach dem Wortlaut der Richtlinie für diesen Tatbestand nur die dreijährige Höchstfrist ab dem Ereignis gelten. Problematisch ist zudem, dass die Formulierung in § 126 GWB-E die Fristen auch bei zwingenden Ausschlüssen als fakultative Höchstfristen formuliert.<sup>13</sup> Den Unternehmen kommt somit ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Bestimmung des Ausschlusszeitraumes auch bei zwingenden Ausschlussgründen zu.

Die Überlegungen zu einem bundesweiten Vergabeausschlussregister sind nicht weiter fortgeschritten. Es bleibt bei dem dahingehenden Prüfauftrag im Eckpunktepapier der Bundesregierung vom 07.01.2015.<sup>14</sup>

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

Die gesetzliche Regelung ändert inhaltlich kaum Grundsätzliches an den schon geltenden Ausschlussgründen in den Vergabe- und Vertragsordnungen bzw. an den Vergabeordnungen und dem allgemein anerkannten Konzept der Selbstreinigung. Detailfragen – etwa zu den Nachweispflichten – werden erst mit Kenntnis der aufgrund § 113 GWB-E erlassenen Rechtsverordnungen zu beantworten sein. In der Praxis zu beachten sind aber nicht nur die soeben skizzierten rechtsdogmatischen Fragen.

In vielen Vergabeverfahren werden sich auch rechtspraktische Fragen stellen. Es steht zu befürchten, dass einige Auftraggeber geneigt sein könnten, den Ausschluss wegen umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtlicher Verstöße zu weit auszulegen. Ein einmaliger Verstoß gegen urlaubsrechtliche Vorschriften oder das geringfügige Überschreiten von Lärmemissionsgrenzen können aber nicht zum Ausschluss eines Unternehmens von Vergabeverfahren führen.

Umständlich bleibt für die Unternehmen, dass der Erfolg der Selbstreinigung von jedem Auftraggeber einzeln geprüft wird. Es empfiehlt sich, den Standardformularen des Auftraggebers eine vorbereitete Eigenerklärung zu den durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen beizufügen, in der auch auf die Anerkennung durch andere Auftraggeber verwiesen werden kann.

Die Richtlinien sind bis zum 18.04.2016 in nationales Recht umzusetzen. Es kann nur gewünscht werden, dass die Gesetze und Verordnungen rechtzeitig verabschiedet bzw. beschlossen werden, um ein Nebenher von altem Recht und unmittelbarer Anwendung der neuen Vergaberichtlinien zu vermeiden.

#### **Fußnoten**

- 1) § 124 Abs. 2 GWB-E i.V.m. § 21 ArbEntsG, § 98c AufenthG, § 19 MiLoG oder § 21 SchwArbBekG.
- 2) §§ 142 Nr. 2, 154 Nr. 2 lit. a GWB-E.
- 3) §§ 147 Satz 1, 154 Nr. 2 lit. b GWB-E.
- 4) Richtlinien des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe (RL 2014/24/EU), über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Be-

reich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (RL 2014/25/EU) und die Konzessionsvergabe (RL 2014/23/EU).

- 5) Vgl. auch Art. 38 RL 2014/23/EU, Art. 80 RL 2014/25/EU. Vgl. Art. 39 RL 2009/81/EG.
- 6) Vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.04.2003 - Verg 43/02; OLG Brandenburg, Beschl. v. 14.12.2007 - Verg W 21/07; VK Lüneburg, Beschl. v. 24.03.2011 - VgK-4/2011; 1. VK Bund, Beschl. v. 25.03.2015 - VK 1 - 16/14.
- 7) Vgl. bisher etwa § 6 EG Abs. 4 Satz 1 VOL/A.
- 8) § 16 VgV.
- 9) Vgl. etwa Hoffmann/Dreher, NZBau 2012, 265 vs. Prieß, NZBau 2012, 425.
- 10) KG Berlin, Urt. v. 17.01.2011 - 2 U 4/06.
- 11) Begründung der Bundesregierung auf S. 134 des Gesetzesentwurfs (Fn. 1).
- 12) Art. 57 Abs. 7 Satz 2 und 3 GWB-E.
- 13) § 126 Nr. 1 GWB-E: „... darf ... höchstens fünf Jahre ab ... ausgeschlossen werden“.
- 14) Abrufbar unter <https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/eckpunkte-zur-reform-des-vergaberechts,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>, abgerufen am 29.07.2015.

© juris GmbH