

Geheimnisse des Baugrunds

Festschrift für Klaus Englert zum 65. Geburtstag

von

Klaus Kapellmann, Horst Franke, Josef Grauvogl

1. Auflage

[Geheimnisse des Baugrunds – Kapellmann / Franke / Grauvogl](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Festschriften](#)



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 65912 6

hang nämlich ausgeführt, dass die Unzuverlässigkeit nicht aus dem Fehlen des Ausgleichs einer vom Auftraggeber geltend gemachten Forderung folgt.²⁵

„Der Senat vermag es nicht zu übersehen, dass und in welcher Höhe die Klägerin zahlungsverpflichtet wäre. Die Begleichung möglicherweise unberechtigter Forderungen hat indessen nichts mit einer ‚Selbstreinigung‘ des Unternehmens zu tun, das nach einem solchen Prozess zuverlässiger erscheinen soll als bisher. Warum dies gerade von einem Unternehmen angenommen werden sollte, das sich seine Wiederzulassung durch den Ausgleich eigentlich bestrittener Forderungen erkaufte, vermag der Senat nicht nachzuvollziehen. Richtiger erscheint es, die Wiedergutmachung eines Schadens als Element des ‚Selbstreinigungsprozesses‘ auf die Fälle zu begrenzen, in denen die auszugleichende Forderung unstreitig ist“, so das KG Berlin.

Demzufolge darf die Schadenswiedergutmachung für die Beurteilung der Zuverlässigkeit eines Unternehmens nur dann als Kriterium herangezogen werden, wenn die Schadensersatzforderung entweder unstreitig ist oder sie zweifelsfrei besteht. Sofern dies nicht der Fall ist, nimmt ein Auftragsbewerber nur seine berechtigten Interessen wahr, wenn er den Forderungen auf Schadenswiedergutmachung nicht nachkommt.²⁶

c) Ergreifen personeller und struktureller Maßnahmen als Konsequenz aus den vergangenen Verfehlungen

Ferner wird es nach der Rechtsprechung für erforderlich angesehen, Maßnahmen personeller und struktureller Art zu ergreifen um zu gewährleisten, dass vergleichbare Verfehlungen in Zukunft unterbleiben.²⁷

Im Hinblick auf die Frage, welche Qualität und welchen Umfang die erforderlichen personellen und strukturellen Maßnahmen haben müssen, kommt es maßgeblich auf die Umstände des Einzelfalls, insbesondere auf die Betriebsgröße und die Stellung sowie Anzahl der an Verfehlungen beteiligten Mitarbeiter an. Jedenfalls müssen alle Maßnahmen geeignet sein, Vorsorge gegen erneute Verfehlungen zu bieten. Die Maßnahmen, die in diesem Zusammenhang zur Wiederherstellung der Zuverlässigkeit in Betracht kommen, lassen sich in mitarbeiterbezogene, gesellschaftlicherbezogene und gesellschaftsbezogene Maßnahmen unterteilen.²⁸

aa) Mitarbeiterbezogene Maßnahmen

Kern jeglicher Selbstreinigungsmaßnahmen ist es, Vorsorge gegen erneute Verfehlungen zu treffen. Deshalb müssen Personen, gegen die entsprechende Tatvorwürfe erhoben und erhärtet sind, unverzüglich von ihren bisherigen Funktionen

²⁵ KG Berlin NZBau 2012, 56 (63).

²⁶ Kreßner, Die Auftragsperre im Vergaberecht, 2005, 157; Dreher/Hoffmann, Sachverhaltsaufklärung und Schadenswiedergutmachung bei der vergaberechtlichen Selbstreinigung, NZBau 2012, 265 (275).

²⁷ OLG Brandenburg NZBau 2008, 277; OLG Düsseldorf NZBau 2003, 578.

²⁸ So Dreher, Die Selbstreinigung zur Rückgewinnung der kartellvergaberechtlichen Zuverlässigkeit, FS Franke 2009, 31.

und Befugnissen im Unternehmen entbunden werden, und zwar im Rahmen einer vollständigen organisatorischen und personellen Lösung.²⁹

Je nach Einzelfall kommt – unter Berücksichtigung der arbeitsrechtlichen Vorschriften – vor allem eine Trennung von den betroffenen Mitarbeitern, die Anlass zu der Unzuverlässigkeitsbeurteilung gegeben haben, in Betracht. Im Fall von Mitarbeitern, die nachweislich in Verfehlungen verwickelt waren oder sind, kann dies die Kündigung bedeuten, während bei Mitarbeitern, gegen die nur ein schwerwiegender Verdacht besteht, Aufhebungsverträge in Betracht kommen. Bei größeren Unternehmen kann eine derartige personelle Selbstreinigung von der Abberufung und Kündigung eines AG-Vorstands oder eines GmbH-Geschäftsführers bis hin zu einer weitgehenden Trennung von leitenden Mitarbeitern reichen. Darüber hinaus kommt eine Überprüfung aller Prokuren und Handlungsvollmachten sowie eine Neuerteilung derselben nur an diejenigen Personen, gegen die nach einer entsprechenden Überprüfung kein Verdacht der Mittäterschaft oder Mitwisserschaft an unzuverlässigkeitsbegründenden Handlungen besteht, in Betracht. In Einzelfällen, etwa im Hinblick auf die Betriebsgröße und die Anzahl der betroffenen Mitarbeiter, stellt sich die Frage, inwieweit auch Schritte minderer Intensität im Rahmen einer effektiven Selbstreinigung als ausreichend angesehen werden können. Solche kommen insbesondere bei kleineren Unternehmen und bei Mitarbeitern, die weder an Verfehlungen beteiligt waren noch von diesen gewusst haben, in Betracht. In diesen Fällen geht es in erster Linie um Mitarbeiter, denen eine Verletzung von Aufsichts- oder Überwachungspflichten zur Last fällt. Hier muss eine Entlassung nicht zwingend, sondern können Maßnahmen, wie Versetzung in den Innendienst ohne Kundenkontakt oder Entzug von Entscheidungskompetenz, ausreichend sein.³⁰

bb) Gesellschafterbezogene Maßnahmen

Neben Maßnahmen gegen Mitarbeiter kommen auch entsprechende Konsequenzen gegenüber Gesellschaftern in Betracht, denen entsprechende Verfehlungen zur Last gelegt werden. Das maßgebliche Beurteilungskriterium bildet hierbei der tatsächliche Einfluss des Gesellschafters, der die schwere Verfehlung begangen haben soll, auf das operative Geschäft des Unternehmens. Dabei soll eine formal bestehende Gesellschafterstellung nach der Rechtsprechung einer Wiederherstellung der Zuverlässigkeit grundsätzlich nicht entgegenstehen.³¹

Als effektive Maßnahme wird insbesondere ein unwiderruflicher Verzicht auf die Ausübung von Gesellschafterrechten angesehen, wobei der betreffende Gesellschafter auch rein faktisch keinen Einfluss auf Entscheidungen der Geschäftsleitung oder des Aufsichtsrats mehr ausüben können darf.³²

²⁹ OLG Frankfurt/M. VergabeR 2004, 642; OLG Düsseldorf NZBau 2003, 578; Ohrtmann NZBau 2007, 278 (280).

³⁰ OLG Düsseldorf NZBau 2003, 578 (580) Dreher, FS Franke 2009, 31 (35); Krefner 2005, 156.

³¹ OLG Brandenburg NZBau 2008, 277 (280).

³² OLG Brandenburg NZBau 2008, 277 (280); Dreher, FS Franke 2009, 31 (36), der ausführlich dazu Stellung nimmt, ob ein derartiger unwiderruflicher Verzicht von Gesellschafterrechten gesellschaftsrechtlich überhaupt möglich ist, und hierbei eine Unterscheidung zwischen gesellschafterbezogenen Selbstreinigungsmaßnahmen bei der AG einerseits und bei der GmbH andererseits vorzunehmen ist.

c) Gesellschaftsbezogene Maßnahmen

Neben mitarbeiter- und gesellschafterbezogenen Maßnahmen der Selbstreinigung kommt auch gesellschaftsbezogenen Maßnahmen erhebliche Bedeutung zu. Hierzu zählen zunächst alle Maßnahmen der Unternehmensneu- oder -umorganisation. Als geeignet erscheint in diesem Zusammenhang vor allem eine organisatorische Trennung von Unternehmensbereichen, bei denen unzuverlässigkeitsbe gründende Umstände gegeben sind, von anderen Unternehmensteilen. So hat das OLG Brandenburg zum Beispiel eine Trennung von Verwaltung und operativem Bereich durch Neugründung eines Bereichs in Gestalt einer selbstständigen juristischen Person als geeignete organisatorische Konsequenz anerkannt.³³

Das OLG Düsseldorf verneinte dagegen eine wirkungsvolle Selbstreinigung eines Unternehmens in einem Fall, in dem der ehemalige und strafrechtlich belangte Geschäftsführer mehrerer Unternehmen mit seinen jeweiligen Nachfolgern Treuhandverträge schloss, denen zufolge der ehemalige Geschäftsführer das jederzeitige Recht behielt, seine Geschäftsanteile zurückzufordern. Weiter mussten die Treuhänder den Gewinn an ihn auskehren und wurden von ihm für ihre Tätigkeit entlohnt. Als entsprechend gewichtig wertete das Gericht die tatsächlich bestehenden Einflussmöglichkeiten des ehemaligen Geschäftsführers auf das Unternehmen. Faktisch sei der ehemalige Geschäftsführer weiter für die Unternehmen verantwortlich tätig, so dass sich diese auch seine Verfehlungen weiterhin zurechnen lassen müssten.³⁴

d) Implementierung von Präventivmaßnahmen

Hierzu hat das OLG Brandenburg in seinem Beschluss vom 14.12.2007 – Verg W 21/07 – richtungsweisend Stellung genommen und wichtige Aussagen getroffen, die diese schwer fassbare Materie für die Unternehmenspraxis verständlicher machen sowie die maßgeblichen Anforderungen präzisieren. Das Gericht hat bestimmte vom Unternehmen ergriffene Präventivmaßnahmen als geeignet angesehen, eine Wiederholung der Verfehlungen zu erschweren bzw. unmöglich zu machen. Konkret waren dies die Einrichtung einer neuen Abteilung Revision/ Compliance, die Einrichtung einer Clearingstelle, die sich mit der Angebots- und Auftragsstrategie befasst und diese hinterfragen soll, die künftige anwaltliche Prüfung externer Provisions- und Beraterverträge, die Einführung eines Wertemanagements in der Unternehmensgruppe und der Beitritt zum „Ethikmanagement der Bauwirtschaft e.V.“.³⁵

³³ OLG Brandenburg NZBau 2008, 277 (280); Dreher, FS Franke 2009, 31 (42).

³⁴ OLG Düsseldorf IBR 2005, 616; Ohrtmann, NZBau 2007, 278 (280).

³⁵ OLG Brandenburg NZBau 2008, 277; zustimmend Weyand § 16 VOB/A Rn. 367; ebenso Priß/Stein, NZBau 2008, 230 (232); zur Einführung eines wertegetriebenen Compliance Management Systems als einzig effektive Maßnahme zur Sicherstellung von Compliance und Integrity im Unternehmen vgl. nachfolgend VII.

2. Maßgeblicher Zeitpunkt der Wiederherstellung der Zuverlässigkeit durch Selbstreinigungsmaßnahmen

Das OLG Brandenburg ist davon ausgegangen, dass im Rahmen eines Offenen Verfahrens maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung der Eignung des Bieters nicht die Angebotsabgabe oder der Fristablauf für die Einreichung der Nachweise, sondern der Zeitpunkt der Angebotswertung bzw. des Zuschlags sei. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass etwaige Entwicklungen nach Angebotsabgabe, zum Beispiel, dass die Eignung des vorne liegenden Bieters nachträglich entfallt, nicht mehr vom Auftraggeber berücksichtigt werden könnten. Hieraus ergebe sich im Umkehrschluss aber auch, dass bei einer anderen Konstellation, also eines zunächst unzuverlässigen Bieters, der seine Eignung nachträglich wieder herzustellen vermöge, der Auftraggeber einen solchen Bieter bei der Wertung berücksichtigen könne.³⁶

3. Dauerhaftigkeit der Selbstreinigung

Die Anerkennung der Wiederherstellung der Zuverlässigkeit eines Unternehmens durch Selbstreinigungsmaßnahmen setzt weiter voraus, dass die Zuverlässigkeit auch auf Dauer wieder hergestellt wird. Die eingeleiteten Maßnahmen dürfen also nicht nur vorübergehender Natur sein. Dies gilt insbesondere für die endgültige Trennung von betroffenen Mitarbeitern, umso mehr, wenn sie der Geschäftsleitung angehören, für die Abtrennung sensibler Unternehmensbereiche sowie die Einführung entsprechender Compliance-Maßnahmen. An Verfehlungen beteiligte Personen, seien es Mitarbeiter oder Gesellschafter, dürfen daher auf das Unternehmen auch keinen mittelbaren Einfluss mehr ausüben können.³⁷

4. Nachweis der Selbstreinigung

Schließlich hat das Unternehmen nachzuweisen, dass es mittels Selbstreinigung seine Zuverlässigkeit wieder erlangt hat. Die vorgenommenen Maßnahmen müssen in einer Gesamtbetrachtung belegen, dass das Unternehmen die Selbstreinigung ernsthaft und konsequent betrieben hat. Im Rahmen des entsprechenden Beweistritts sind die durchgeführten Maßnahmen nach dem OLG Brandenburg glaubwürdig darzustellen.³⁸

³⁶ OLG Brandenburg NZBau 2008, 277 (280); Dreher FS Franke 2009, 31 (33); Prieß/Stein NZBau 2008, 230 (231).

³⁷ OLG Düsseldorf NZBau 2003, 578 (581); OLG Brandenburg NZBau 2008, 277 (279); Dreher FS Franke 2009, 31 (44).

³⁸ OLG Brandenburg NZBau 2008, 277 (279 f); Dreher FS Franke 2009, 31 (44 f.).

5. Berücksichtigung von Selbstreinigungsmaßnahmen nicht nur bei fakultativen, sondern auch bei zwingenden Ausschlussgründen

Liegen fakultative Ausschlussgründe vor, sind nach der Rechtsprechung³⁹ im Rahmen des auszuübenden behördlichen Ermessens seitens des Auftragsbewerbers durchgeführte Selbstreinigungsmaßnahmen berücksichtigungsfähig.

Fraglich ist dagegen, ob sich Unternehmen, die aufgrund zwingender Gründe ausgeschlossen werden müssten, ebenfalls auf umgesetzte Selbstreinigungsmaßnahmen berufen und damit einen Ausschluss verhindern können.

In diversen Kommentaren wird allein auf die geltende Vorschriftenlage verwiesen. Liegen danach die Voraussetzungen von § 6 EG Abs. 4 VOB/A vor, müsse grundsätzlich ein entsprechender Bewerber/Bieter von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Von dem Ausschluss könne nur abgesehen werden, wenn zwingende Gründe des Allgemeininteresses vorliegen und andere Unternehmen die Leistung nicht angemessen erbringen könnten oder wenn aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls der Verstoß die Zuverlässigkeit des Unternehmens nicht in Frage stelle. Diese Voraussetzungen würden jedoch nur selten vorliegen.⁴⁰

Zutreffend ist jedoch die Ansicht, dass auch im Rahmen der zwingenden Ausschlussgründe der Auftraggeber durchgeführte Selbstreinigungsmaßnahmen in einem Unternehmen beachten muss. Das folgt aus einer europarechts- und verfassungskonformen Auslegung von § 6 EG Abs. 4 Nrn. 1 und 3 VOB/A.⁴¹

Die Berücksichtigung von Selbstreinigungsmaßnahmen ist europarechtlich geboten. Denn nach Art. 45 Abs. 1 UAbs. 2 VKR müssen die Mitgliedstaaten die Bedingungen für die Anwendung der zwingenden Ausschlussgründe unter Beachtung des Verhältnismäßigkeits- und des Gleichheitsgrundsatzes festlegen.⁴²

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt, dass eine staatliche Maßnahme geeignet und erforderlich zur Erreichung des angestrebten legitimen Ziels ist. Ziel der zwingenden Ausschlussgründe ist es zu verhindern, dass öffentliche Aufträge an Bieter vergeben werden, die aufgrund einer Katalogstraftat für unzuverlässig gehalten werden. Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ist ein Ausschluss im Einzelfall nicht mehr erforderlich, wenn in dem Unternehmen effektive Selbstreinigungsmaßnahmen durchgeführt worden sind.⁴³

Des Weiteren verlangt der hier ebenfalls anzuwendende Gleichbehandlungsgrundsatz, eine erfolgreiche Selbstreinigung im Rahmen von Entscheidungen über einen zwingenden Ausschluss zu berücksichtigen. Richtigerweise ist ein Unternehmen, das nach Bekanntwerden zurechenbarer schwerer Verfehlungen alle erforderlichen Selbstreinigungsmaßnahmen getroffen hat, nicht mehr mit einem Unterneh-

³⁹ KG Berlin NZBau 2012, 56; OLG Brandenburg NZBau 2008, 277; OLG Düsseldorf IBR 2005, 616; OLG Frankfurt/M. VergabeR. 2004, 642; OLG Düsseldorf NZBau 2003, 578.

⁴⁰ Heiermann/Riedl/Rusam-Bauer, § 6 VOB/A Rn. 105; ähnlich Ingenstau/Korbion-Schranner, § 6 EG VOB/A. Rn. 23.

⁴¹ Priß, *Exclusio corruptoris?* – Die gemeinschaftsrechtlichen Grenzen des Ausschlusses vom Vergabeverfahren wegen Korruptionsdelikten, NZBau 2009, 587 (588); Stein/Friton VergabeR 2010, 151 (159).

⁴² EuGH NZBau 2009, 133.

⁴³ Priß NZBau 2009, 587 (590); Stein/Friton VergabeR 2010, 151 (159 f.).

men zu vergleichen, das nach Bekanntwerden solcher Handlungen untätig bleibt und daher weiterhin als unzuverlässig eingestuft werden muss.⁴⁴

VII. Nachhaltige Sicherstellung von Rechtstreue und Integrität im Unternehmen

Ein wichtiger Baustein zur Wiedererlangung der vergaberechtlichen Zuverlässigkeit ist die Einführung entsprechender Compliance-Maßnahmen im Unternehmen. Bei der Auswahl der auf das Unternehmen abgestimmten Compliance-Maßnahmen sollte das entscheidende Kriterium allerdings deren nachhaltige Wirksamkeit sein.

Aktuelle Entwicklungen bei Compliance-Standards zeugen von einer deutlichen Ausweitung der Schwerpunktsetzung von einer reinen „legal compliance“ zu einer auf Moralstandards und Werteorientierung basierenden Kultur der Integrität.⁴⁵ Formale und ausschließlich rechtsgetriebene Compliance-Programme werden zum Beispiel bei einer Aufhebung oder Reduzierung einer Vergabesperre der Weltbank oder bei einer Strafzumessung durch US-amerikanische bzw. britische Gerichte nicht anerkannt, weil deren präventive Wirksamkeit bestritten wird.⁴⁶

Soll also in einem Unternehmen in die Zukunft wirkende Prävention betrieben werden, kann dies erfolgreich nur mit einem Compliance und Integrity zusammenführenden Wertemanagementsystem erreicht werden. Demzufolge sind die Unternehmen mit der Anforderung konfrontiert, ihre Compliance Management Systeme um eine Dimension der Werteorientierung zu ergänzen, auf deren Grundlage Compliance erst wirksam erreicht werden kann.

Diesen Anforderungen trägt das EMB-Wertemanagement Bau bereits seit seiner Gründung 1996 vollumfänglich Rechnung. Dieses Managementsystem verfolgt nicht nur eine Compliance-Strategie, sondern ist ein umfassendes werteorientiertes Managementkonzept. Es ist ein Instrument, um nach außen und nach innen zu signalisieren – und das auch zu dokumentieren –, dass sich das Unternehmen gegenüber allen am Bauprozess Beteiligten rechtstreu und integer verhalten will. Compliance Management und Wertemanagement sind komplementäre Managementansätze, die keinesfalls synonym verstanden werden dürfen. Compliance Management ist zwar Kernbestandteil eines umfassenden Wertemanagements. Compliance ist jedoch ohne werteorientierte Unternehmenskultur nicht zu erreichen. Erst die Werteorientierung gibt Compliance die Substanz und Effektivität, mithin die Gerichtsfestigkeit. Demnach ist ein Managementsystem notwendig, das diese beiden Komponenten zusammenführt.⁴⁷

⁴⁴ Stein/Fritton VergabeR 2010, 151 (160 f.).

⁴⁵ Vgl. zB U.S. Sentencing Guidelines to the FCPA (aktualisiert 2008); Sanctions Procedures of the World Bank (aktualisiert 2010); Adequate Procedures of the UK Bribery Act (erstmalig publiziert 2010).

⁴⁶ Wieland Audit Committee Quarterly II/2012, 34.

⁴⁷ Hierzu grundlegend Hess, Das EMB-Wertemanagement Bau – Prototyp eines wertegetriebenen Compliance Management Systems, FS Franke 2009, 141 ff.; Weidinger, Das EMB-Wertemanagement Bau als erfolgreicher Vorreiter eines wertegetriebenen Compliance Management Systems, ZRFC 2011, 86 ff.

VIII. Fazit und Ausblick

Es wurde aufgezeigt, wie ein Unternehmen nach einem Verlust der vergaberechtlichen Zuverlässigkeit durch effektive Selbstreinigungsmaßnahmen dazu beitragen kann, seine Zuverlässigkeit für die Zukunft wiederherzustellen. Jedenfalls bei fakultativen Ausschlussgründen sind diese Selbstreinigungsmaßnahmen bei der Entscheidung über einen möglichen Angebotsausschluss im Vergabeverfahren zu berücksichtigen. Nach der hier vertretenen Auffassung müssen die Selbstreinigungsmaßnahmen unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ebenso dann Berücksichtigung finden, wenn eigentlich „zwingende“ Ausschlussgründe vorliegen.

Für die (Wieder-)Erlangung der vergaberechtlichen Zuverlässigkeit spielt unter anderem die Einführung eines wirksamen Compliance Management Systems im Unternehmen eine wichtige Rolle. Die Einrichtung eines Compliance Management Systems trägt aber nicht nur entscheidend zur zukunftsgerichteten Selbstreinigung eines Unternehmens bei. Vielmehr ist ein bereits implementiertes Compliance Management System auch bei der Verhängung einer Unternehmensgeldbuße nach § 30 OWiG zu berücksichtigen. So ist anerkannt, dass bei der Bemessung der Geldbuße sämtliche unternehmensbezogenen Umstände maßgebend sind. Demnach ist es möglich, das Vorhandensein eines effektiven Compliance-Systems als unternehmensbezogenen Umstand bei der Bußgeldbemessung positiv zu berücksichtigen. Die Frage, unter welchen Umständen und in welchem Umfang ein entsprechendes Compliance-System bußgeldmindernd wirkt, ist durch die Behörde bzw. durch das Gericht im Einzelfall zu beurteilen.⁴⁸

⁴⁸ Göhler-Gürtler, OWiG, 16. A. (2012), § 30 Rn. 36a mwN.

