

Leseprobe zu



Reidt/Stickler/Glaes

Vergaberecht

Kommentar

4. neu bearbeitete Auflage, 2018, 1692 Seiten, gebunden, Kommentar, 14,5 x 21cm

ISBN 978-3-504-40074-3

169,00 €

VIII. Rechtsschutz

§ 122 hat unter verschiedenen Aspekten **bieterschützenden Charakter**. Ist ein Unternehmen der Auffassung, dass die Eignungskriterien oder -nachweise mit Blick auf den konkreten Auftrag unangemessen oder diskriminierend sind oder erkennt es, dass in der Auftragsbekanntmachung oder Vorinformation entgegen § 122 Abs. 4 Satz 2 keine Eignungsanforderungen aufgestellt sind, hat es die Möglichkeit und auch Obliegenheit, dies innerhalb der gesetzlichen Fristen des § 160 Abs. 3 rechtzeitig zu rügen. Danach müssen insbesondere Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden, anderenfalls können sie zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr zulässigerweise zum Gegenstand eines Vergabenaufprüfungsverfahrens machen. 73

Ebenso kann ein Unternehmen die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, es als nicht geeignet anzusehen angreifen. Dabei ist zu beachten, dass die Beurteilung der Eignung ein wertender Vorgang ist, in den zahlreiche Einzelumstände einfließen, die einem öffentlichen Auftraggeber einen Bewertungsspielraum einräumen.¹ Dieser Beurteilungsspielraum kann von den Nachprüfungsinstanzen nur daraufhin überprüft werden kann, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten wurde, der öffentliche Auftraggeber die von ihm vorgegebenen Bewertungskriterien eingehalten hat, den zugrundeliegenden Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat und in seine Entscheidung keine sachwidrigen Erwägungen eingestellt hat.² 74

Schließlich kann ein Bieter auch die Entscheidung des Auftraggebers, ein anderes Unternehmen als geeignet anzusehen durch die Nachprüfungsinstanzen überprüfen lassen. 75

§ 123 Zwingende Ausschlussgründe

(1) Öffentliche Auftraggeber schließen ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme aus, wenn sie Kenntnis davon haben, dass eine Person, deren Verhalten nach Absatz 3 dem Unternehmen zuzurechnen ist, rechtskräftig verurteilt oder gegen das Unternehmen eine Geldbuße nach § 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten rechtskräftig festgesetzt worden ist wegen einer Straftat nach:

1. § 129 des Strafgesetzbuchs (Bildung krimineller Vereinigungen), § 129a des Strafgesetzbuchs (Bildung terroristischer Vereinigungen) oder § 129b

1 OLG Düsseldorf v. 17.8.2011 – Verg 55/11; OLG Düsseldorf v. 6.5.2011 – Verg 26/11, IBR 2011, 422.

2 OLG Naumburg v. 22.9.2014 – 2-Verg5/14, VergabeR 2015, 88-92, ZfBR 2015, 204-207.

- des Strafgesetzbuchs (Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland),
2. § 89c des Strafgesetzbuchs (Terrorismusfinanzierung) oder wegen der Teilnahme an einer solchen Tat oder wegen der Bereitstellung oder Sammlung finanzieller Mittel in Kenntnis dessen, dass diese finanziellen Mittel ganz oder teilweise dazu verwendet werden oder verwendet werden sollen, eine Tat nach § 89a Absatz 2 Nummer 2 des Strafgesetzbuchs zu begehen,
 3. § 261 des Strafgesetzbuchs (Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte),
 4. § 263 des Strafgesetzbuchs (Betrug), soweit sich die Straftat gegen den Haushalt der Europäischen Union oder gegen Haushalte richtet, die von der Europäischen Union oder in ihrem Auftrag verwaltet werden,
 5. § 264 des Strafgesetzbuchs (Subventionsbetrug), soweit sich die Straftat gegen den Haushalt der Europäischen Union oder gegen Haushalte richtet, die von der Europäischen Union oder in ihrem Auftrag verwaltet werden,
 6. § 299 des Strafgesetzbuchs (Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr), §§ 299a und 299b des Strafgesetzbuchs (Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen),
 7. § 108e des Strafgesetzbuchs (Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern),
 8. den §§ 333 und 334 des Strafgesetzbuchs (Vorteilsgewährung und Bestechung), jeweils auch in Verbindung mit § 335a des Strafgesetzbuchs (Ausländische und internationale Bedienstete),
 9. Artikel 2 § 2 des Gesetzes zur Bekämpfung internationaler Bestechung (Bestechung ausländischer Abgeordneter im Zusammenhang mit internationalem Geschäftsverkehr) oder
 10. den §§ 232, 232a Absatz 1 bis 5, den §§ 232b bis 233a des Strafgesetzbuchs (Menschenhandel, Zwangsprostitution, Zwangsarbeit, Ausbeutung der Arbeitskraft, Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung).
- (2) Einer Verurteilung oder der Festsetzung einer Geldbuße im Sinne des Absatzes 1 stehen eine Verurteilung oder die Festsetzung einer Geldbuße nach den vergleichbaren Vorschriften anderer Staaten gleich.
- (3) Das Verhalten einer rechtskräftig verurteilten Person ist einem Unternehmen zuzurechnen, wenn diese Person als für die Leitung des Unternehmens Verantwortlicher gehandelt hat; dazu gehört auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung.

(4) Öffentliche Auftraggeber schließen ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren aus, wenn

1. das Unternehmen seinen Verpflichtungen zur Zahlung von Steuern, Abgaben oder Beiträgen zur Sozialversicherung nicht nachgekommen ist und dies durch eine rechtskräftige Gerichts- oder bestandskräftige Verwaltungsentscheidung festgestellt wurde oder
2. die öffentlichen Auftraggeber auf sonstige geeignete Weise die Verletzung einer Verpflichtung nach Nummer 1 nachweisen können.

Satz 1 ist nicht anzuwenden, wenn das Unternehmen seinen Verpflichtungen dadurch nachgekommen ist, dass es die Zahlung vorgenommen oder sich zur Zahlung der Steuern, Abgaben und Beiträge zur Sozialversicherung einschließlich Zinsen, Säumnis- und Strafzuschlägen verpflichtet hat.

(5) Von einem Ausschluss nach Absatz 1 kann abgesehen werden, wenn dies aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses geboten ist. Von einem Ausschluss nach Absatz 4 Satz 1 kann abgesehen werden, wenn dies aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses geboten ist oder ein Ausschluss offensichtlich unverhältnismäßig wäre. § 125 bleibt unberührt.

I. Allgemeines	1	b) Rechtskräftige Festsetzung einer Geldbuße gemäß § 30 OWiG (Alt. 2)	46
1. Europarechtliche Vorgaben	4	aa) Verletzung betriebsbezogener Pflichten	49
2. Rechtsentwicklung	9	bb) Bereicherung	51
3. Anwendungsbereich	13	cc) Rechtskraft der Bußgeldfestsetzung	53
II. Zwingender Ausschluss gemäß § 123 Abs. 1	17	c) Ausländische Verurteilungen und Geldbußen gemäß § 123 Abs. 2	54
1. Erfasste Straftatbestände	18	4. Kenntnis des Auftraggebers	57
2. Unternehmen	23	5. Rechtsfolge	
3. Rechtskräftige Verurteilung oder rechtskräftige Festsetzung einer Geldbuße	27	a) Zwingender Ausschluss zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens	70
a) Rechtskräftige Verurteilung von Leitungspersonal (Alt. 1)	28	b) Reichweite des Ausschlusses .	73
aa) Rechtskräftige Verurteilung	29	c) Ausnahmen von der Ausschlusspflicht	74
bb) Zurechenbarkeit gemäß § 123 Abs. 3	32	III. Zwingender Ausschluss gemäß § 123 Abs. 4 Satz 1	75
(1) Verantwortlichkeit für die Leitung des Unternehmens	34	1. Nichtentrichtung von Steuern, Abgaben und Beiträgen zur Sozialversicherung	78
(2) Unternehmensbezug der Straftat	40	2. Feststellung durch rechtskräftige Gerichts- oder bestandskräftige Verwaltungsentscheidung (Nr. 1)	84
(3) Aufsichts- oder Organisationsverschulden	43		

3. Nachweis auf sonstige geeignete Weise (Nr. 2)	88	2. Offensichtliche Unverhältnismäßigkeit (Satz 2)	103
4. Rechtsfolge	91	3. Selbstreinigung gemäß § 125 (Satz 3)	109
IV. Absehen vom Ausschluss gemäß § 123 Abs. 5	94	V. Rechtsschutz	110
1. Zwingende Gründe des öffentlichen Interesses (Satz 1)	97		

I. Allgemeines

- 1 § 123 regelt, wann ein Unternehmen **zwingend** von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen ist¹. Anders als beim Vorliegen fakultativer Ausschlussgründe gemäß § 124 hat der öffentliche Auftraggeber **kein Ermessen**, wenn ein Ausschlussgrund gemäß § 123 vorliegt.
- 2 § 123 steht im engen Zusammenhang mit § 122, der die Grundanforderungen an die Eignung der Unternehmen, die sich in einem Vergabeverfahren um öffentliche Aufträge durch öffentliche Auftraggeber bewerben möchten, abschließend festlegt². § 122 Abs. 1 sieht vor, dass öffentliche Aufträge an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben werden, die nicht nach den §§ 123 oder 124 ausgeschlossen worden sind. Die Regelungen in den §§ 123 und 124 stellen sicher, dass nur solche Unternehmen den Zuschlag erhalten, die Recht und Gesetz in der Vergangenheit eingehalten haben und bei denen **gesetzstreu**es Verhalten auch in Zukunft zu erwarten ist³. Die unbestimmten Rechtsbegriffe der Zuverlässigkeit und Gesetzestreue, die bisher in § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB a.F. zusätzlich zur Definition der Eignung herangezogen wurden, entfallen künftig. Damit ändert sich jedoch nichts an der geltenden Rechtslage, wann ein Bewerber oder Bieter in einem Vergabeverfahren wegen Verstößen gegen geltendes Recht nicht zum Zuge kommen darf⁴. Die Zuverlässigkeit und Gesetzestreue fehlen zwar im Kanon der Eignungskriterien für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte, allerdings wird die hierzu entwickelte Kasuistik durch die ausgeweiteten Kataloge für Ausschlussgründe in §§ 123 und 124 abgebildet⁵. Diese Vorschriften betreffen somit nicht die in § 122 Abs. 2 genannten Eignungskriterien der Fachkunde und Leistungsfähigkeit, sondern die Zuverlässigkeit eines Unternehmens. Im Falle des § 123 gilt dies konkret im Hinblick auf bestimmte strafrechtliche Vorschriften sowie steuer- und sozialversicherungsrechtliche Zahlungsverpflichtungen⁶. Als

1 BT-Drucks. 18/6281, S. 102.

2 BT-Drucks. 18/6281, S. 100.

3 BT-Drucks. 18/6281, S. 101.

4 BT-Drucks. 18/6281, S. 101.

5 *Brüning*, NZBau 2016, 723 ff.

6 *Opitz* in *Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar*, Band 1, 3. Auflage 2017, § 123 Rz. 12.

zusätzliches Sicherheitsnetz gegen gesetzesuntreue Unternehmen dient § 128 Abs. 1, wonach Unternehmen bei der Ausführung des öffentlichen Auftrags alle für sie geltenden rechtlichen Verpflichtungen einhalten müssen.

§ 123 ist im Kontext der Regelungen über die **Eignungsanforderungen** in §§ 42 3 bis 51 VgV und § 6d EU VOB/A zu sehen¹. Diese Vorschriften gestalten die Eignungsprüfung im Einzelnen aus. Die in § 123 normierten zwingenden Ausschlussgründe beinhaltende generalisierende Tatbestände fehlender Eignung². Zu unterscheiden vom Ausschluss eines Unternehmens wegen des Vorliegens von Ausschlussgründen gemäß §§ 123 und 124 ist der Ausschluss von Angeboten wegen formaler Mängel, wie dies zum Beispiel § 57 VgV vorsieht (sog. unzulässige Angebote)³.

Die in § 123 geregelten zwingenden Ausschlussgründe finden ihren Geltungsgrund primär im generalpräventiven Interesse⁴ und stellen insbesondere ein Mittel im europaweiten Kampf gegen das organisierte Verbrechen und den Schutz der fiskalischen Interessen der Gemeinschaft dar⁵. Indem das Vergaberecht Verstöße gegen Rechtsvorschriften anderer Rechtsgebiete wie etwa des Strafrechts sanktioniert, fungiert es mithin als Instrument der Rechtsdurchsetzung für diese Bereiche⁶. Nichtsdestotrotz wohnt den zwingenden Ausschlussgründen kein Sanktionscharakter wegen strafrechtlicher Verfehlungen inne. Dies wäre sowohl problematisch im Hinblick auf das Verbot der Mehrfachbestrafung⁷ als auch mit Blick auf den Gewaltenteilungsgrundsatz⁸. Durch die Normierung zwingender Ausschlussgründe soll zudem die Integrität der öffentlichen Verwaltungen sowie das Vertrauen des Bürgers in die staatlichen Einrichtungen gefördert werden⁹.

1. Europarechtliche Vorgaben

§ 123 setzt die Vorgaben in Art. 57 Abs. 1 bis 3 und 5 Unterabs. 1 der Richtlinie 4 2014/24/EU um¹⁰.

1 Vgl. *Hausmann/von Hoff* in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 123 Rz. 3.

2 *Opitz* in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 3. Auflage 2017, § 123 Rz. 12.

3 BT-Drucks. 18/6281, S. 102.

4 *Opitz* in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 3. Auflage 2017, § 123 Rz. 13.

5 Vgl. Erwägungsgrund 100 der Richtlinie 2014/24/EU.

6 *Burgi*, NZBau 2014, 595 (596 f.).

7 *Burgi*, NZBau 2014, 595 (596).

8 *Opitz* in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 3. Auflage 2017, § 123 Rz. 13.

9 *Opitz* in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 3. Auflage 2017, § 123 Rz. 13.

10 BT-Drucks. 18/6281, S. 102.

- 5 Zwingende Ausschlussgründe, die an die berufliche Eignung eines Bieters bzw. Bewerbers anknüpfen, waren auf unionsrechtlicher Ebene erstmals durch Art. 45 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG normiert worden¹. Art. 57 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU enthält als Nachfolgeregelung zu dieser Vorschrift einen **Katalog von Straftaten**, die einen zwingenden Ausschluss nach sich ziehen. Im Vergleich zur Richtlinie 2004/18/EG wurde dieser Katalog um terroristische Straftaten und Terrorismusfinanzierung sowie um Kinderarbeit und Menschenhandel ergänzt². Nach Erwägungsgrund 100 der Richtlinie 2014/24/EU sollen öffentliche Aufträge nicht an Wirtschaftsteilnehmer vergeben werden, die sich an einer kriminellen Vereinigung beteiligt haben oder sich der Bestechung, des Betrugs zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union, terroristischer Straftaten, der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung schuldig gemacht haben³. Art. 57 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU sieht zudem einen zwingenden Ausschluss wegen der Nichtzahlung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen vor. Hierzu existierte im Gemeinschaftsrecht bislang nur ein fakultativer Ausschlussgrund.
- 6 Nach der Vorgabe aus Art. 57 Abs. 5 Unterabs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU schließt der öffentliche Auftraggeber bei Vorliegen der aufgeführten Straftatbestände einen Wirtschaftsteilnehmer **zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens** aus.
- 7 Art. 57 Abs. 3 Unterabs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, ausnahmsweise aus **zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses** eine Ausnahme vom zwingenden Ausschluss vorzusehen. Gemäß Art. 57 Abs. 3 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU können die Mitgliedstaaten zudem in bestimmten Fällen von einem zwingenden Ausschluss wegen der Nichtzahlung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen absehen.
- 8 § 123 beschränkt sich darauf, die verpflichtenden Vorgaben der Richtlinie 2014/24/EU **möglichst eins zu eins umzusetzen** und zeichnet die Vorgaben der Richtlinien soweit wie möglich für das deutsche Recht nach⁴. Der nationale Gesetzgeber hat insbesondere davon abgesehen, Ausschlussgründe, die nach der Richtlinie 2014/24/EU fakultativ sind, als zwingende Ausschlussgründe in § 123 auszugestalten oder nicht in der Richtlinie aufgeführte Straftaten in den Katalog des § 123 aufzunehmen⁵. Dies wäre europarechtlich möglich gewesen, da Art. 57 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU es den Mitgliedsstaaten erlaubt, die fakultativen Ausschlussgründe im Rahmen der nationalen Umsetzung zu zwingenden Ausschlussgründen zu erheben. Dies wurde im Gesetzgebungsverfahren von verschiedener Seite gerade für den fakultativen Ausschlussgrund in § 124 Abs. 1

1 *Opitz* in *Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar*, Band 1, 3. Auflage 2017, § 123 Rz. 6.

2 BT-Drucks. 18/6281, S. 102.

3 Vgl. Erwägungsgrund 100 der Richtlinie 2014/24/EU.

4 BT-Drucks. 18/6281, S. 102.

5 BT-Drucks. 18/6281, S. 102.

Nr. 1 (nachweislicher Verstoß gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen) gefordert, um ihm den nötigen Nachdruck zu verleihen. In diesem Kontext wurde auch darauf hingewiesen, dass eine nachträgliche Kündigung eines öffentlichen Auftrags nach § 133 Abs. 1 Nr. 2 nur bei zwingenden und nicht bei fakultativen Ausschlussgründen möglich sei¹. Angesichts der schwerwiegenden Rechtsfolge eines zwingenden Ausschlusses hat der Gesetzgeber auf die Ausdehnung obligatorischer Ausschlussgründe über das europarechtlich vorgegebene Maß hinaus verzichtet. Dies ist zu begrüßen, da die Festlegung zwingender Ausschlussgründe wegen ihrer Grundrechtsrelevanz nicht weiter als unbedingt nötig gehen sollte².

Soweit § 123 Abs. 1 GWB einen zwingenden Ausschluss auch bei rechtskräftiger Festsetzung einer Geldbuße gegen das Unternehmen nach § 30 OWiG vorschreibt, sieht sich die nationale Regelung allerdings Bedenken an der Vereinbarkeit mit Europarecht ausgesetzt³. Konkret wird bemängelt, Art. 57 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU setze eine rechtskräftige Verurteilung voraus, nach § 30 OWiG erfolge allerdings keine Verurteilung eines Unternehmens, auch wenn dies in der Gesetzesbegründung so vermittelt werde⁴. Geldbußen nach § 30 OWiG würden indes durch die Verwaltungsbehörden festgesetzt, was nach § 30 Abs. 4 OWiG sogar dann möglich sei, wenn wegen einer Straftat ein Strafverfahren nicht eingeleitet, es eingestellt oder von Strafe abgesehen wird⁵. Dem ist zuzugeben, dass sich die angemessene Festsetzung einer Geldbuße durch Verwaltungsbehörden in der Tat nur schwerlich unter den Begriff der „Verurteilung“ i.S.v. Art. 57 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU subsumieren lässt⁶. Jedoch ist zu beachten, dass für die Festsetzung einer Geldbuße gemäß § 30 Abs. 4 OWiG im Falle eines selbständigen Verfahrens das Gericht zuständig ist, das für eine Aburteilung der Anknüpfungstat zuständig wäre⁷. Die geäußerten Bedenken würden in einem solchen Fall von vornherein nicht greifen. Zum anderen findet ein gerichtliches Verfahren auch im Falle der Festsetzung einer Geldbuße durch Verwaltungsbehörden statt, wenn gegen die Bußgeldfestsetzung gemäß § 67 OWiG Einspruch eingelegt wird. Auch hier steht – zumindest am Ende – eine

1 BT-Ausschussdrucks. 18(9)598, 2; Antrag des Landes Baden-Württemberg, BR-Drucks. 367/2/15, *Ley/Wankmüller*, Das neue Vergaberecht 2016, S. 128.

2 BT-Drucks. 18/6281, S. 102; vgl. auch *Hausmann/von Hoff* in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 123 Rz. 12.

3 *Gnitke/Hattig* in Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 123 Rz. 19; *Opitz* in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 3. Auflage 2017, § 123 Rz. 30.

4 BT-Drucks. 18/6281, S. 102.

5 *Opitz* in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 3. Auflage 2017, § 123 Rz. 30.

6 *Opitz* in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 3. Auflage 2017, § 123 Rz. 30.

7 *Meyberg* in Graf, Beck'scher Online-Kommentar OWiG, 15. Edition Stand: 15.1.2017, § 30 Rz. 117.

gerichtliche Entscheidung über das Bußgeld. Problematisch können daher nur solche Fälle sein, in denen eine Bußgeldentscheidung der Verwaltungsbehörden unanfechtbar bleibt und in Rechtskraft erwächst. Hier ist zu sehen, dass § 123 Abs. 1 in seiner konkreten Ausformung insgesamt vor dem Hintergrund steht, dass in Deutschland – anders als in vielen anderen Mitgliedsstaaten – ein Unternehmensstrafrecht nicht existiert. Durch die Einbeziehung der rechtskräftigen Festsetzung einer Geldbuße gegen ein Unternehmen nach § 30 OWiG befindet sich der Gesetzgeber mit den Zielsetzungen des § 123 sowie der zugrunde liegenden Richtlinienbestimmung in Einklang, wonach nur solche Unternehmen den Zuschlag erhalten sollen, die Recht und Gesetz in der Vergangenheit eingehalten haben und bei denen gesetzestreu Verhalten auch in Zukunft zu erwarten ist. Zu diesen zählt ein Unternehmen, gegen das eine rechtskräftige Geldbuße gemäß § 30 OWiG festgesetzt wurde, nicht. Dies gilt unabhängig davon, ob Gesetzesverstöße eines Unternehmens durch eine gerichtliche Verurteilung oder durch verwaltungsbehördliche Entscheidung festgestellt werden. Unabhängig davon liegt in einem zur Festsetzung einer Geldbuße gemäß § 30 OWiG berechtigenden Verhalten eines Unternehmens regelmäßig eine nachweislich schwere Verfehlung i.S.v. § 124 Abs. 1 Nr. 3. Bedenkt man, dass Art. 57 Abs. 4 den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit einräumt, die fakultativen Ausschlussgründe als zwingende Ausschlussstatbestände auszugestalten, mindert dies Zweifel an der Europarechtskonformität von § 123 Abs. 1 zusätzlich.

- 8b Wegen der Grundrechtsrelevanz eines Ausschlusses vom Vergabeverfahren sowie der in § 97 Abs. 1 verankerten Vergabegrundsätze des Wettbewerbs, der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit sollten Auftraggeber die in § 123 normierten zwingenden Ausschlüsse eng auslegen und mit Augenmaß anwenden¹. Denn zum einen führt jeder Ausschluss eines Bieters zu einem „weniger an Wettbewerb“, zum anderen scheiden möglicherweise attraktive Angebote aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers für den Zuschlag aus².

2. Rechtsentwicklung

- 9 **Bislang** waren die zwingenden Ausschlussgründe nicht im GWB, sondern in den **Vergabe- und Vertragsordnungen** normiert. Regelungen zum Ausschluss wegen rechtskräftiger Verurteilungen enthielten § 6 EG Abs. 4 VOL/A, § 6 EG Abs. 4 und § 6 VS Abs. 4 VOB/A 2012 sowie § 4 Abs. 6 VOF. In der Sektorenverordnung fand sich eine entsprechende Regelung in § 21 Abs. 1 SektVO 2009 und in der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit in § 23 Abs. 1 VSVgV. Auch diese Vorschriften zählten abschließend Katalogstraftaten auf die

1 *Opitz* in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 3. Auflage 2017, § 123 Rz. 14.

2 *Opitz* in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 3. Auflage 2017, § 123 Rz. 14.

zum zwingenden Ausschluss eines Bieters führten¹. Da der Ausschluss eines Unternehmens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren jedoch in Grundrechte eingreifen kann, erfolgt durch § 123 nunmehr eine **Regelung im Gesetz**².

Die in § 123 Abs. 1 genannten Straftatbestände stimmen im Wesentlichen mit den in § 6 EG Abs. 4 VOL/A a.F., § 6 EG Abs. 4 und § 6 VS Abs. 4 VOB/A 2012, § 4 Abs. 6 VOF sowie § 21 Abs. 1 SektVO 2009 genannten Katalogstrafen überein. Erweitert wurde der Katalog in § 123 Abs. 1 aufgrund der Vorgaben der Richtlinie 2014/24/EU um die Straftaten **Terrorismusfinanzierung sowie Menschenhandel**. In Art. 57 Abs. 1 lit. f) der Richtlinie 2014/24/EU wird neben dem Menschenhandel auch die Kinderarbeit als zwingender Ausschlussgrund aufgeführt. Der deutsche Gesetzgeber hat anders als die EU-Richtlinie auf die explizite Nennung eines zwingenden Ausschlussgrundes wegen verbotener Kinderarbeit verzichtet, sondern subsumiert diese unter die Straftatbestände des Menschenhandels. Dies erscheint auch europarechtskonform, da die Richtlinie selbst von einem Ausschluss wegen „Kinderarbeit und anderen Formen des Menschenhandels“ spricht, also den Begriff des Menschenhandels als Oberbegriff versteht³. Gegenüber den Vorläuferregelungen (z.B. § 6 EG Abs. 4 VOL/A) ist nunmehr auch der Straftatbestand der **Vorteilsgewährung** für Amtsträger nach § 333 StGB erfasst. Bisher führte nur eine Bestechung nach § 334 StGB zwingend zum Ausschluss. Die Richtlinie 2014/24/EU führt zwar in Art. 57 Abs. 1 lit. b) als Ausschlussgrund die „Bestechung im Sinne des nationalen Rechts des öffentlichen Auftraggebers oder des Wirtschaftsteilnehmers“ auf. Der Begriff der Bestechung ist aber hier auch als Oberbegriff zu verstehen, wofür die Verwendung des Begriffs „corruption“ in der englischen Sprachfassung der Richtlinie spricht. Die nationale Ausdehnung auf § 333 StGB begegnet daher europarechtlich keinen Bedenken⁴. Eine Ergänzung gegenüber § 6 EG Abs. 4 VOL/A erfolgte zudem insoweit, als nunmehr auch die Delikte der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) sowie der Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern (§ 108e StGB) ebenfalls von § 123 erfasst sind.

In § 123 Abs. 1 nicht genannt ist hingegen der Straftatbestand der **Steuerhinterziehung** (§ 370 AO). Dieser vormals in § 6 EG Abs. 4 Satz 1 lit. g) VOL/A, § 6 EG Abs. 4 Satz 1 lit. h) und § 6 VS Abs. 4 Satz 1 lit. h) VOB/A 2012 und § 4 Abs. 6 VOF sowie § 21 SektVO 2009 genannte Straftatbestand ist nunmehr ein Unterfall des Ausschlussgrundes in § 123 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1⁵.

1 Vgl. *Gnitke/Hattig* in Müller-Wrede, *GWB-Vergaberecht*, § 123 Rz. 9.

2 BT-Drucks. 18/6281, S. 102.

3 *Ley/Wankmüller*, *Das neue Vergaberecht* 2016, S. 127.

4 BT-Drucks. 18/6281, S. 103; *Ley/Wankmüller*, *Das neue Vergaberecht* 2016, S. 131; a.A. *Opitz* in Burgi/Dreher, *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, Band 1, 3. Auflage 2017, § 123 Rz. 22.

5 BT-Drucks. 18/6281, S. 104; vgl. *Hausmann/von Hoff* in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, *Kommentar zum GWB-Vergaberecht*, § 123 Rz. 11.

- 12 § 6e EU Abs. 1 und 4 VOB/A entsprechen – bis auf geringfügige sprachliche und grammatikalische Modifizierungen – dem Wortlaut des § 123¹. Allerdings dürften die Ausschlussgründe in § 6e EU Abs. 1 und 4 VOB/A neben § 123 Abs. 1 und 4 **keinen eigenständigen Anwendungsbereich** haben, da § 123 auch die Vergabe von Bauaufträgen erfasst². Warum die VOB/A die Regelung des § 123 in fast identischer Form wiederholt, bleibt unklar. Eine denkbare Erklärung dafür könnte sein, dass in der Bauvergabepraxis aus Vereinfachungsgründen nur auf ein Regelwerk zurückgegriffen werden soll.

3. Anwendungsbereich

- 13 § 123 gilt wie der gesamte Abschnitt 2 des 4. Teils des GWB, gemäß § 115 GWB grundsätzlich nur für **öffentliche Aufträge** und die **Ausrichtung von Wettbewerben durch öffentliche Auftraggeber**.
- 14 Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch **Sektorenauftraggeber** ordnet § 142 die entsprechende Geltung des § 123 mit der Maßgabe an, dass private Sektorenauftraggeber ein Unternehmen nach § 123 ausschließen können, aber nicht ausschließen müssen (§ 142 Nr. 2). Die Eignungsanforderungen sind in §§ 45 bis 50 SektVO geregelt³.
- 15 § 147 ordnet die entsprechende Geltung des § 123 auch für Vergaben von **verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen** an. Regelungen zu den Eignungsanforderungen enthalten die §§ 21 und 22 VSVgV.
- 16 Für **Konzessionsvergaben** ist § 123 gemäß 154 Nr. 2 lit. a) mit der Maßgabe anzuwenden, dass Konzessionsgeber nach § 101 Abs. 1 Nr. 3 ein Unternehmen unter den Voraussetzungen des § 123 ausschließen können, hierzu jedoch nicht verpflichtet sind. § 123 stellt für Konzessionsgeber mithin einen fakultativen Ausschlussgrund dar. Die Anforderungen an die Eignung sind in §§ 25 und 26 KonzVgV beschrieben.

II. Zwingender Ausschluss gemäß § 123 Abs. 1

- 17 § 123 Abs. 1 sieht vor, dass öffentliche Auftraggeber ein Unternehmen **zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme ausschließen**, wenn sie Kenntnis davon haben, dass eine Person, deren Verhalten nach § 123 Abs. 3 dem

1 *Schranner* in Ingenstau/Korbion, VOB – Teile A und B – Kommentar, § 6e EU VOB/A Rz. 1.

2 *Gnittke/Hattig* in Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 123 Rz. 12; zum Verhältnis zwischen § 124 und § 6e EU VOB/A Abs. 6: OLG Celle v. 9.1.2017 – 13 Verg 9/16, ZfBR 2017, 407; VK Südbayern v. 17.1.2017 – Z3-3-3194-1-50-12/16, juris Rz. 179.

3 *Hausmann/von Hoff* in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 123 Rz. 4.

Unternehmen zuzurechnen ist, wegen einer der in § 123 Abs. 1 genannten Straftaten rechtskräftig verurteilt oder gegen das Unternehmen eine Geldbuße nach § 30 OWiG wegen einer solchen Straftat rechtskräftig festgesetzt worden ist.

1. Erfasste Straftatbestände

§ 123 Abs. 1 enthält einen abschließenden **Katalog von Straftatbeständen**, die den zwingenden Ausschluss eines Unternehmens zur Folge haben. Die von § 123 Abs. 1 erfassten Straftatbestände können in zwei Kategorien unterteilt werden.

Zur **ersten Kategorie** zählen diejenigen Delikte, bei denen es allein auf die Erfüllung des jeweiligen Straftatbestandes ankommt. Hierzu zählen die in § 123 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 und Nr. 6 bis 10 genannten Straftatbestände:

- § 129 StGB (Bildung krimineller Vereinigungen), § 129a StGB (Bildung terroristischer Vereinigungen) oder § 129b StGB (Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland),
- § 89c StGB (Terrorismusfinanzierung) oder wegen der Teilnahme an einer solchen Tat oder wegen der Bereitstellung oder Sammlung finanzieller Mittel in Kenntnis dessen, dass diese finanziellen Mittel ganz oder teilweise dazu verwendet werden oder verwendet werden sollen, eine Tat nach § 89a Absatz 2 Nummer 2 StGB zu begehen,
- § 261 StGB (Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte),
- § 299 StGB (Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr), §§ 299a und 299b StGB (Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen),
- § 108e StGB (Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern),
- §§ 333 und 334 StGB (Vorteilsgewährung und Bestechung), jeweils auch in Verbindung mit § 335a StGB (Ausländische und internationale Bedienstete),
- Artikel 2 § 2 des Gesetzes zur Bekämpfung internationaler Bestechung (Bestechung ausländischer Abgeordneter im Zusammenhang mit internationalem Geschäftsverkehr),
- §§ 232, 232a Absatz 1 bis 5, den §§ 232b bis 233a StGB (Menschenhandel, Zwangsprostitution, Zwangsarbeit, Ausbeutung der Arbeitskraft, Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung).

Die **zweite Kategorie** bilden Delikte, bei denen es zusätzlich darauf ankommt, gegen wen sich die Straftat richtet¹. Hierunter fallen die in § 123 Abs. 1 Nr. 4 und 5 genannten Straftaten, die sich gegen den Haushalt der EU oder gegen Haushalte richten, die von der EU oder in deren Auftrag verwaltet werden:

1 *Gnitke/Hattig* in Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 123 Rz. 21; *Hausmann/von Hoff* in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 123 Rz. 8.

- § 263 StGB (Betrug), soweit sich die Straftat gegen den Haushalt der Europäischen Union oder gegen Haushalte richtet, die von der Europäischen Union oder in ihrem Auftrag verwaltet werden,
- § 264 StGB (Subventionsbetrug), soweit sich die Straftat gegen den Haushalt der Europäischen Union oder gegen Haushalte richtet, die von der Europäischen Union oder in ihrem Auftrag verwaltet werden.

Ein Betrug, der ausschließlich zu Lasten nationaler Haushalte begangen wird, ist hingegen – wie schon nach bisheriger Rechtslage – kein zwingender Ausschlussgrund¹.

- 21 Die Aufzählung der Straftatbestände in § 123 Abs. 1 ist **abschließend**. Sonstige Verfehlungen, insbesondere die Begehung anderer als der in § 123 Abs. 1 genannten Straftaten, können einen fakultativen Ausschlussgrund im Sinne des § 124 Abs. 1 Nr. 3 darstellen (nachweislich schwere Verfehlung)².
- 22 Bei den in § 123 Abs. 1 genannten Straftaten handelt es sich überwiegend um Delikte aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität. Bemerkenswert ist, dass **Kartell- und Submissionsabsprachen** gemäß § 298 StGB sowie insbesondere der **Submissionsbetrug** gemäß § 263 StGB nicht zu den in § 123 Abs. 1 aufgeführten Katalogstraftatbeständen zählen³, und auch die Richtlinie 2014/24/EU keine entsprechende Regelung enthält. Es hätte nahe gelegen, solche vergaberechtstypischen Delikte mit einem zwingenden Ausschluss vom Vergabeverfahren zu belegen.
- 22a Durch Art. 2 Abs. 2 Nr. 2 des Gesetzes zur Einführung eines Wettbewerbsregisters und zur Änderung des GWB (s. dazu Rz. 69) wurde der ursprüngliche Katalog des § 123 Abs. 1 Nr. 6 um die §§ 299a und 299b StGB ergänzt, da die zwingenden Ausschlussgründe an die Änderung des Strafgesetzbuchs für den Bereich der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen angepasst werden sollten.

2. Unternehmen

- 23 Nach § 123 Abs. 1 von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen sind Unternehmen, denen entweder nach § 123 Abs. 3 das Verhalten einer wegen eines Deliktes nach § 123 Abs. 1 rechtskräftig verurteilten Person zuzurechnen ist, oder gegen die eine Geldbuße nach § 30 OWiG festgesetzt worden ist.
- 24 Der **Begriff des „Unternehmens“** ist weder im GWB noch in der Richtlinie 2014/24/EU definiert. Die Richtlinie 2014/24/EU stellt in ihren Regelungen vielmehr auf „Wirtschaftsteilnehmer“ ab. Dieser Begriff, den auch Art. 57 der Richt-

1 *Ulshöfer*, VergabeR 2016, 327 (329).

2 BT-Drucks. 18/6281, S. 102; vgl. *Hausmann/von Hoff* in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 123 Rz. 12.

3 *Ulshöfer*, VergabeR 2016, 327 (329).

linie 2014/24/EU verwendet, ist weit auszulegen¹ und wird durch Art. 2 Abs. 1 Nr. 10 der Richtlinie 2014/24/EU definiert. Wirtschaftsteilnehmer ist demnach eine natürliche oder juristische Person oder öffentliche Einrichtung oder eine Gruppe solcher Personen und/oder Einrichtungen, einschließlich jedes vorübergehenden Zusammenschlusses von Unternehmen, die bzw. der auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Errichtung von Bauwerken, die Lieferung von Waren bzw. die Erbringung von Dienstleistungen anbietet. Hierunter fallen alle Unternehmen, Zweigniederlassungen, Tochterunternehmen, Personengesellschaften, Genossenschaften, haftungsbeschränkte Gesellschaften, Universitäten, ob öffentlich oder privat, sowie andere Einrichtungen, bei denen es sich nicht um natürliche Personen handelt, unabhängig davon, ob sie in jeder Beziehung als „juristische Personen“ gelten oder nicht². Der Begriff des „Unternehmens“ ist damit unionsrechtlich zwar nicht eigenständig definiert, jedoch mit dem Ausdruck „Wirtschaftsteilnehmer“ belegt³. Der nationale vergaberechtliche Unternehmensbegriff ist in diesem unionsrechtlich vorgegebenen Sinne zu interpretieren.

§ 123 Abs. 1 gilt vor diesem Hintergrund insbesondere auch für **Bewerber- und Bietergemeinschaften**, die sich an Vergabeverfahren beteiligen. Liegt nur für ein Mitglied einer Bietergemeinschaft ein zwingender Ausschlussgrund vor, ist die Bietergemeinschaft dennoch zwingend auszuschließen⁴, da sie als Ganzes auftritt. Hierfür spricht bereits, dass die Bietergemeinschaft – also der Zusammenschluss von Unternehmen – Wirtschaftsteilnehmer i.S.v. Art. 57 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 Nr. 19 der Richtlinie 2014/24/EU ist.

Durch § 47 Abs. 2 Satz 1 VgV wird mit der Vergaberechtsnovelle 2016 erstmalig ausdrücklich geregelt, dass das Vorliegen von Ausschlussgründen auch für Unternehmen, die ihre Eignung im Wege der **Eignungsleihe** einem Bieter oder Bewerber zur Verfügung stellen, zu prüfen ist. Dies gilt auch für **Unterauftragnehmer**. Insoweit ist der öffentliche Auftraggeber gemäß § 36 Abs. 5 Satz 1 VgV verpflichtet, vor der Erteilung des Zuschlags zu prüfen, ob Gründe für den Ausschluss des Unterauftragnehmers vorliegen. Sind zwingende Ausschlussgründe gegeben, muss der Auftraggeber die Ersetzung des betreffenden Unterauftragnehmers verlangen.

3. Rechtskräftige Verurteilung oder rechtskräftige Festsetzung einer Geldbuße

Ein Ausschluss nach § 123 Abs. 1 setzt entweder die rechtskräftige Verurteilung einer natürlichen Person, deren Verhalten dem Unternehmen nach § 123 Abs. 3

1 Vgl. Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 2014/24/EU.

2 Vgl. Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 2014/24/EU.

3 *Dicks* in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 97 Rz. 239; zum vergaberechtlichen Unternehmensbegriff vgl. auch die Darstellung bei § 103 Rz. 46 ff.

4 So auch *Gnitke/Hattig* in Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 123 Rz. 16.

zuzurechnen ist (**Alt. 1**), oder die rechtskräftige Festsetzung einer Geldbuße nach § 30 OWiG gegen das Unternehmen voraus (**Alt 2**).

a) Rechtskräftige Verurteilung von Leitungspersonal (Alt. 1)

- 28 Zunächst ist der öffentliche Auftraggeber bei rechtskräftiger Verurteilung einer **natürlichen Person**, deren Verhalten dem Unternehmen nach § 123 Abs. 3 zuzurechnen ist, zum Ausschluss des Unternehmens verpflichtet.

aa) Rechtskräftige Verurteilung

- 29 Wie auch die Richtlinie 2014/24/EU stellt § 123 Abs. 1 nicht auf eine strafgerichtliche Verurteilung, sondern auf die rechtskräftige Verurteilung wegen einer Straftat ab¹. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die „Verurteilung“ im Sinne des § 123 Abs. 1 ein Urteil der **Strafgerichtsbarkeit** voraussetzt. Unerheblich ist, ob es sich um eine Verurteilung wegen versuchter oder vollendeter Tatbegehung handelt, oder ob eine Verurteilung als Täter oder Teilnehmer erfolgt². Urteile anderer Gerichtszweige, beispielsweise der Zivil- oder Verwaltungsgerichte scheiden als Anknüpfungspunkt aus³. Zwar ist es denkbar, dass sich die Verwirklichung eines in § 123 Abs. 1 genannten Straftatbestandes auch aus den Urteilsgründen der Entscheidung eines nicht zur Strafgerichtsbarkeit zählenden Gerichts ergibt. Ein Zivilgericht könnte einem Kläger bspw. Schadensersatz gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 299 StGB zusprechen⁴. Mit Blick auf die strafrechtliche Ausrichtung des § 123 Abs. 1 und die Formulierung „Verurteilung“ handelt es sich dabei jedoch nicht um eine von § 123 Abs. 1 vorausgesetzte „Verurteilung“.
- 30 Eine rechtskräftige Verurteilung i.S.v. § 123 Abs. 1 liegt vor, wenn ein strafgerichtliches Urteil in **formelle Rechtskraft** erwächst⁵. Formelle Rechtskraft tritt ein, wenn das laufende Verfahren beendet und keine Änderung mehr möglich ist. Dies ist der Fall, wenn den Verfahrensbeteiligten kein ordentliches Rechtsmittel mehr zur Verfügung steht, wenn eine etwaige Rechtsmittelfrist abgelaufen ist, wenn auf ein Rechtsmittel wirksam verzichtet worden ist oder wenn dieses zurückgenommen wurde⁶. Eine rechtskräftige Verurteilung nach § 123 Abs. 1

1 BT-Drucks. 18/6281, S. 102.

2 *Opitz* in *Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar*, Band 1, 3. Auflage 2017, § 123 Rz. 25.

3 Vgl. wie hier zur nahezu gleichlautenden Regelung der EU VOB/A *Schranner* in *Ingens-tau/Korbion, VOB – Teile A und B – Kommentar*, § 6e EU VOB/A Rz. 5; a.A. *Gnittel/Hattig* in *Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht*, § 123 Rz. 18.

4 Zur Eigenschaft des § 299 StGB als Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB vgl. *Wagner* in *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 6, § 823 Rz. 423.

5 *Hausmann/von Hoff* in *Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht*, § 123 Rz. 13.

6 *Kudlich* in *Münchener Kommentar zur StPO*, Einl Rz. 499.

liegt nicht vor, solange eine Entscheidung noch von mindestens einem Prozessbeteiligten angefochten werden kann. Ausreichen soll allerdings eine sog. horizontale oder vertikale Teilrechtskraft der Verurteilung¹. Beschränkt ein Angeklagter ein von ihm eingelegtes Rechtsmittel, so ist das entscheidende Gericht in diesem Umfang an die rechtlichen und tatsächlichen Feststellungen des Strafbefehls bzw. des angegriffenen Urteils gebunden². Eine horizontale Teilrechtskraft kommt in Betracht, wenn bei einem Täter bzw. einer Tat im Rechtsmittel nur noch über den Rechtsfolgenausspruch gestritten wird³. In diesem Fall steht im Grunde fest, dass der Angeklagte die Katalogstrafat i.S.v. § 123 Abs. 1 begangen hat. Vertikale Teilrechtskraft kommt bei mehreren Mitangeklagten oder auch bei mehreren prozessualen Taten in Betracht⁴. Betrifft der rechtskräftige Teil der Verurteilung eine Katalogstrafat i.S.v. § 123 Abs. 1, ist das Unternehmen auszuschließen. Unter Umständen erscheint es durchaus unbefriedigend, wenn trotz erdrückender Beweislage die Rechtskraft eines Urteils auf Jahre hinausgeschoben werden könnte und damit ein Ausschluss auf der Grundlage von § 123 noch nicht möglich wäre. Allerdings kommt in diesem Fall ein Ausschluss gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 3 in Betracht⁵.

Ebenfalls ausreichend für einen zwingenden Ausschluss ist ein **rechtskräftiger Strafbefehl**⁶. Zwar wird für verwaltungsgerichtliche Verfahren die Bindungswirkung eines Strafbefehls teilweise verneint⁷, wenn es um die Verwertung der tatsächlichen Feststellungen geht, die einem Strafbefehl zu Grunde liegen. Diese werden zum Teil nicht als sichere Entscheidungsgrundlage für verwaltungsgerichtliche Verfahren anerkannt, da sie nicht in einer Hauptverhandlung vor Gericht und nach richterlicher Beweismwürdigung getroffen worden sind. Vielmehr läge einem Strafbefehl lediglich eine in einem besonders geregelten summarischen Verfahren getroffene richterliche Entscheidung zugrunde, die nicht das Maß an Ergebnissicherheit biete, das Voraussetzung für eine Bindungswirkung ist⁸. Nach der Gegenauffassung unterliegt die Verwertung von Feststellungen aus rechtskräftig abgeschlossenen Strafbefehlsverfahren in verwaltungs-

1 *Opitz* in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 3. Auflage 2017, § 123 Rz. 26.

2 Vgl. § 318 Satz 1 StPO zur Möglichkeit der Beschränkung der Berufung sowie zur Möglichkeit der Beschränkung der Revision *Gericke* in Karlsruher Kommentar zur StPO, § 344 Rz. 4 ff.

3 *Kudlich* in Münchener Kommentar zur StPO, Einl Rz. 515.

4 *Kudlich* in Münchener Kommentar zur StPO, Einl Rz. 515.

5 BT-Drucks. 18/6281, S. 105 f.

6 *Gnitke/Hattig* in Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 123 Rz. 28; *Müller-Wrede* in Müller-Wrede, Verdingungsordnung für Leistungen VOL/A Kommentar, § 6 EG Rz. 34.

7 So zum Disziplinarrecht bspw. BVerwG v. 29.3.2012 – 2 A 11/10, juris Rz. 37 und OVG Bautzen v. 2.3.2011 – D 6 A 253/10, DÖV 2011, 699; zur Löschung aus der Architektenliste OVG Hamburg v. 8.6.2011 – 5 Bf 67/09, DÖV 2011, 780.

8 BVerwG v. 29.3.2012 – 2 A 11/10, juris Rz. 37.

gerichtlichen Entscheidungen jedoch keinerlei Einschränkungen¹. Für die vollständige Verwertbarkeit von Feststellungen aus rechtskräftig abgeschlossenen Strafbefehlsverfahren spricht insbesondere § 410 Abs. 3 StPO². Nach dieser Vorschrift erwächst der nicht mit einem form- und fristgerechten Einspruch angefochtene Strafbefehl gleich einem rechtskräftigem Strafurteil in uneingeschränkter formeller und materieller Rechtskraft, so dass eine unterschiedliche Behandlung von Urteil und Strafbefehl weder im verwaltungsgerichtlichen Verfahren noch im Vergaberecht zu rechtfertigen ist.

bb) Zurechenbarkeit gemäß § 123 Abs. 3

- 32 § 123 Abs. 3 regelt, wann das Verhalten einer rechtskräftig verurteilten Person einem **Unternehmen zugerechnet** werden kann. Durch die Vorschrift wird Art. 57 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU umgesetzt.
- 33 Das Verhalten einer rechtskräftig verurteilten Person ist einem Unternehmen gemäß § 123 Abs. 3 zuzurechnen, wenn die verurteilte Person als für die **Leitung des Unternehmens Verantwortlicher** gehandelt hat; dazu gehört auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung.

(1) Verantwortlichkeit für die Leitung des Unternehmens

- 34 Die Formulierung „als für die Leitung des Unternehmens Verantwortlicher“ in § 123 Abs. 3 ist in **Anlehnung an § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG** erfolgt³. § 30 Abs. 1 OWiG regelt, wann aufgrund einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit einer natürlichen Person eine Geldbuße gegen eine juristische Person oder eine Personenvereinigung verhängt werden kann⁴. § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG enthält dabei eine Generalklausel, während die in § 30 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 OWiG normierten Fälle als gesetzliche Regelbeispiele sind⁵.
- 35 Zu den für die Leitung des Unternehmens verantwortlich handelnden Personen zählen daher insbesondere die in § 30 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 OWiG genannten **Beispiele**, also
- vertretungsberechtigte Organe einer juristischen Person oder Mitglieder eines solchen Organs (§ 30 Abs. 1 Nr. 1 OWiG),

1 Vgl. bspw. BSG v. 27.6.2007 – B 6 KA 20/07 B, juris Rz. 12; BVerwG v. 16.10.1995 – 1 C 32/94, juris Rz. 13; BayVGh, 29.2.2008 – 21 ZB 07.2883, juris Rz. 3.

2 *Maur* in Karlsruher Kommentar zur StPO, § 410 Rz. 15.

3 BT-Drucks. 18/6281, S. 103.

4 BT-Drucks. 18/6281, S. 103.

5 BT-Drucks. 18/6281, S. 103; *Gürtler* in Göhler, OWiG, § 30 Rz. 13; *Meyberg* in Graf, Beck'scher Online-Kommentar OWiG, 15. Edition Stand: 15.1.2017, § 30 Rz. 49; *von Gallen/Maass* in Leitner/Rosenu, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 30 OWiG Rz. 22.

- Vorstände eines nicht rechtsfähigen Vereins oder Mitglieder eines solchen Vorstands (§ 30 Abs. 1 Nr. 2 OWiG),
- vertretungsberechtigte Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft (§ 30 Abs. 1 Nr. 3 OWiG) sowie
- Generalbevollmächtigte oder in leitender Stellung als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte einer juristischen Person, eines nicht rechtsfähigen Vereins bzw. einer rechtsfähigen Personengesellschaft tätige Personen (§ 30 Abs. 1 Nr. 4 OWiG).

Zu dem erfassten Personenkreis gehören außerdem **sonstige Personen mit Leitungsbefugnissen**, die darin bestehen können, dass die betreffende Person zur Vertretung der juristischen Person berechtigt ist oder die Befugnis hat, Entscheidungen im Namen der juristischen Person zu treffen¹. Daneben sind Personen mit Überwachungs- und Kontrollbefugnissen erfasst. Dies betrifft Personen, die innerhalb eines Unternehmens die Verantwortung für einen bestimmten Unternehmensbereich tragen², etwa die interne Finanzkontrolle oder die Rechnungsprüfung oder ein mit Leitungsbefugnissen ausgestatteter Umweltbeauftragter³.

Gleiches gilt für die **Mitglieder eines leitenden Aufsichts- oder Kontrollgremiums**, also insbesondere die Mitglieder des Aufsichtsrats⁴. Daneben werden auch Compliance-Beauftragte⁵, Insolvenzverwalter⁶ oder Geldwäschebeauftragte⁷ als Personen mit Überwachungs- und Kontrollbefugnissen angesehen. Eine Zurechnung erfolgt gemäß § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG somit auch bei Personen, die eine der in § 30 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 OWiG genannten Positionen zwar nicht formal, aber faktisch innehaben⁸.

Zu berücksichtigen ist außerdem, dass die Gesetzesbegründung zu § 123 Abs. 3⁸ auf die Geltung des Art. 57 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU verweist. Danach findet die Verpflichtung zum Ausschluss eines Unternehmens auch dann Anwendung, „wenn die rechtskräftig verurteilte Person ein **Mitglied** im Verwaltungs-, Leitungs-, oder Aufsichtsgremium dieses Unternehmens ist oder darin Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse hat“. Das Wort „darin“ bezieht sich auf das zu prüfende Unternehmen insgesamt und nicht nur eingeschränkt auf das jeweilige Verwaltungs-, Leitungs-, oder Aufsichtsgremium

1 Rogall in Karlsruher Kommentar zum OWiG, § 30 Rz. 83.

2 Rogall in Karlsruher Kommentar zum OWiG, § 30 Rz. 83.

3 BT-Drucks. 14/8998, S. 10.

4 BT-Drucks. 14/8998, S. 10.

5 Rogall in Karlsruher Kommentar zum OWiG, § 30 Rz. 84.

6 Rogall in Karlsruher Kommentar zum OWiG, § 30 Rz. 83.

7 Von Galen/Maass in Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 30 OWiG Rz. 24.

8 Von Galen/Maass in Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 30 OWiG Rz. 24; differenzierend Rogall in Karlsruher Kommentar zum OWiG, § 30 Rz. 86 m.w.N.