

Gutachtliche Stellungnahme

**zu den vergaberechtlichen Voraussetzungen für
die Wiedererlangung der Zuverlässigkeit eines Bieters
nach Begehung von Kartellverstößen**

abgegeben für

RA Dr. Bruno M. Kübler als vorläufigen Insolvenzverwalter
der Albert Ziegler GmbH & Co. KG, Giengen/Brenz

von

RA Dr. Klaus Heuvels
RA Dr. Jakob Steiff, LL.M.

17. Oktober 2011

C'/M'/S' Hasche Sigle

Barckhausstraße 12-16
D-60325 Frankfurt
Tel.: ++49 (0) 69 / 7 17 01-318
Fax: ++49 (0) 69 / 7 17 01-40 615

Inhalt

	Seite
A. Sachverhalt und Fragestellung	3
I. Sachverhalt.....	3
II. Fragestellung.....	6
B. Rechtliche Stellungnahme	7
I. Ausgangspunkt: Kartellrechtsverstöße und (vorläufige) Insolvenz als potentielle Ausschlussgründe bei laufenden und künftigen Vergabeverfahren	7
1. Grundsatz der Eignungsprüfung.....	7
2. Zuverlässigkeit.....	7
a) Ausschluss im individuellen Vergabeverfahren.....	7
b) Vergabesperren.....	8
3. Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit, insbesondere (drohende) Insolvenz.....	9
4. Zwischenergebnis	10
II. Vermeidung von Angebotsausschlüssen im Wege sog. Selbstreinigungsmaßnahmen	10
1. Möglichkeit der Rehabilitierung von Bieterunternehmen im Wege der Selbstreinigung	10
2. Anforderungen an die Selbstreinigung im Einzelnen	10
a) Aufklärung	11
b) Personelle Konsequenzen.....	12
c) Strukturelle Konsequenzen (Compliance-Maßnahmen)	12
d) Wiedergutmachung des Schadens?	13
(1) Vergaberechtliche Beurteilung	13
(2) Rechtliche Grenzen der Schadenswiedergutmachung im Hinblick auf insolvenzrechtliche Grundsätze	14
(3) Zwischenergebnis	15
e) Zeitliche Aspekte der Selbstreinigung	15
III. Eignungsprüfung bei Auftreten der Ziegler Safety GmbH & Co. KG als Bieter	16
1. Konzeption und grundsätzliche Anforderungen.....	16
2. Zuverlässigkeit von Ziegler Safety.....	16
3. Fachkunde und technische Leistungsfähigkeit von Ziegler Safety.....	16
a) Fehlende originäre Fachkunde bei Ziegler Safety.....	17
b) Übernahme von Personal und Ausstattung der Albert Ziegler GmbH & Co. KG	17
c) Einsatz der Albert Ziegler GmbH & Co. KG als Nachunternehmer.....	17
4. Auftreten der Ziegler Safety als unzulässiges Umgehungsgeschäft?.....	18
C. Ergebniszusammenfassung	20

A. Sachverhalt und Fragestellung

Der vorläufige Insolvenzverwalter der Albert Ziegler GmbH & Co. KG (im Folgenden: Ziegler), Herr Rechtsanwalt Dr. Bruno M. Kübler, hat uns beauftragt, eine vergaberechtliche Stellungnahme dazu abzugeben, wie die Eignung, namentlich die Zuverlässigkeit, von Ziegler als Voraussetzung für eine erfolgreiche Teilnahme in öffentlichen Vergabeverfahren wiederhergestellt werden kann. Im Mittelpunkt steht dabei die Frage, welche Selbstreinigungsmaßnahmen hierzu ergriffen werden müssen.

I. Sachverhalt

1. Das Bundeskartellamt hat gegen Ziegler und drei weitere Hersteller von Feuerwehrfahrzeugen am 10.02.2011 Bußgeldbescheide in Höhe von insgesamt EUR 20,5 Mio. (bei Ziegler: EUR 8 Mio.) erlassen. Zusammen haben die beteiligten Unternehmen in dem relevanten Markt einen Marktanteil von über 90 %. Das Kartell bezog sich nicht auf Preisabsprachen, sondern die Aufteilung des Marktes unter den Kartellanten. Der Bußgeldbescheid ist von Ziegler nicht angefochten worden und rechtskräftig geworden. Ziegler hat dabei aufgrund der Kooperation mit dem Bundeskartellamt einen Bonus bei der Bemessung des Bußgelds erhalten.
2. Ziegler hat im Frühjahr 2011 einen umfassenden Selbstreinigungsprozess in Gang gesetzt, um die Eignung innerhalb von Vergabeverfahren sicherzustellen bzw. wiederzuerlangen. Nach dem diesbezüglichen Bericht vom 16.09.2011 wurde hierzu insbesondere Folgendes veranlasst:
 - Personelle Konsequenzen:
 - Ziegler hat sich im April 2011 von den zwei maßgeblich für die Kartellverstöße verantwortlichen Führungskräften, Herrn Dr. Schildknecht (Geschäftsführer) und Herrn Hanning (Vertriebsleiter Inland) getrennt.
 - Andere für die Rechtsverstöße verantwortliche und insbesondere die vor dem Jahr 2004 eingesetzten Vertriebsleiter waren schon vorher aus dem Unternehmen ausgeschieden.
 - Für den personellen Neuanfang wurden externe Kräfte, seit August 2011 insbesondere Herr Prof. Dr. Ing. Albert Jugel als Geschäftsführer eingesetzt.
 - Am 04.04.2011 wurde Herr Marc-René Faerber zum Geschäftsführer bestellt und übernahm zugleich die Position des Chief Compliance Officer. Herr Phillip A. Thompson wurde zugleich Compliance-Beauftragter. Am 05.09.2011 wurde in Nachfolge von Herrn Faerber Herr Phillip A. Thompson zum Chief Compliance Officer bestellt. Er verfügt über langjährige und umfassende Erfahrungen im Bereich Compliance und hat in zahlreichen Unternehmen bereits

erfolgreich Compliance-Strukturen aufgebaut.

- Aufklärung der Geschehnisse:
 - Ziegler hat umfassend bei der Aufklärung des Sachverhalts mitgewirkt. Schon unmittelbar nach der Durchsuchung seitens des Bundeskartellamts im Mai 2009 leitete Ziegler interne Ermittlungen ein und beauftragte die Wirtschaftskanzlei Beiten Burkhardt damit, die Vorwürfe zu prüfen und aufzuarbeiten.
 - Im Juli/August reichte Ziegler beim Bundeskartellamt umfangreiche schriftliche Kooperationsbeiträge ein, die beträchtlich zur Klärung des Sachverhalts beigetragen haben. Dies wurde mit dem Bonus bei der Bußgeldbemessung honoriert. Die im August/September 2010 vernommenen Ziegler-Mitarbeiter haben mit dem Bundeskartellamt uneingeschränkt kooperiert und maßgeblich zur Aufklärung des Sachverhalts beigetragen.
 - Seit Oktober 2010 informiert Ziegler auch die Kunden über das Bußgeldverfahren und die ordnungsgemäße kaufmännische Kalkulation der Produkte.
- Wiedergutmachung entstandenen Schadens:
 - Auch insoweit hat sich Ziegler kooperativ gezeigt. Ziegler erläutert seinen Kunden in persönlichen Gesprächen die wirtschaftlichen Grundlagen und die Kalkulation der Angebote, die Ziegler seinen Kunden in der Vergangenheit jeweils unterbreitet hat. 20 Kunden haben bislang von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, in die Angebotskalkulation Einsicht zu nehmen. Keiner dieser Kunden hat nach erfolgtem Erläuterungstermin bzw. der Einsicht in die Angebotsunterlagen beanstandet, dass Ziegler seine Leistungen zu unangemessenen, marktuntypischen Preisen und Konditionen angeboten hat.
 - Zu einer Anerkennung oder Regulierung von Schäden ist es hingegen auch aufgrund des zwischenzeitlich anhängigen (vorläufigen) Insolvenzverfahrens nicht gekommen (vgl. hierzu sogleich unten 4.).
- Aufbau einer nachhaltigen Compliance-Struktur:

Um künftige Rechtsverletzungen und insbesondere Wettbewerbsverstöße zu vermeiden, baut Ziegler eine umfassende und nachhaltige Compliance-Struktur auf. Hierzu gehört:

 - die Einrichtung eines Compliance-Komitees,
 - die Einführung und Fortschreibung einer für die gesamte Ziegler-Unternehmensgruppe geltenden Compliance-Richtlinie,

- die Einführung und Fortschreibung eines Verhaltenskodex für alle Ziegler-Führungskräfte,
- ein umfassendes Schulungsprogramm für Mitarbeiter der Ziegler-Gruppe (hierzu haben im Juni 2011 bereits mehrere Compliance-Schulungen stattgefunden),
- regelmäßige interne und externe Kontrollen durch unabhängige Compliance-Experten.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den Bericht "Selbstreinigungsprozess Ziegler" vom 16.09.2011 Bezug genommen.

3. Herr Rechtsanwalt Dr. Kübler wurde durch Beschluss des Amtsgerichts Aalen vom 16.08.2011 zum vorläufigen Insolvenzverwalter über das Vermögen von Ziegler bestellt. Der (vorläufige) Insolvenzverwalter beabsichtigt, Ziegler zu sanieren. In diesem Zusammenhang ist es von maßgeblicher Bedeutung, dass Ziegler seine Eignung im Rahmen öffentlicher Vergabeverfahren im Zuge der Selbstreinigungsmaßnahmen wiedererlangt.
4. Im Hinblick auf die Kartellverstöße stellen die Kommunen Schadensersatzansprüche in den Raum, deren Bestehen und ggf. Umfang derzeit ungeklärt ist. Ziegler hat insoweit bei der Bewältigung der Schadensregulierung mitgewirkt, etwa in Form von Erklärungen zum Feuerwehrbeschaffungskartell vom 24.05. und 08.06.2011 und einem damit verbundenen vorläufigen Verzicht auf die Einrede der Verjährung. Schadenszahlungen sind bislang mangels konkreter Bezifferung bzw. Nachweises durch die Kommunen nicht erfolgt. Der Insolvenzverwalter lehnt aus insolvenzrechtlichen Gründen jedenfalls eine "Blanko-Übernahme" von Schäden bzw. eine bevorzugte Regulierung gegenüber den Kommunen ab. Auch der ursprünglich von Unternehmensseite und der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände erwogenen gemeinsamen Beauftragung von Schadensgutachtern (Firm Lademann & Associates GmbH) zwecks Aufklärung und Regulierung etwaiger Schäden beabsichtigt der vorläufige Insolvenzverwalter nicht zuzustimmen. Etwaige Schäden sollen stattdessen im Rahmen des geltenden Insolvenzrechts reguliert werden, d.h. sie sind zur Tabelle anzumelden und in diesem Rahmen von Seiten der Kommunen darzulegen und zu beweisen.
5. Zwischenzeitlich wurde treuhänderisch für die Gläubigergemeinschaft die Ziegler Safety GmbH & Co. KG (im Folgenden: Ziegler Safety) gegründet, die als Vertriebsgesellschaft für den Fall fungieren soll, dass die Albert Ziegler GmbH & Co. KG nicht mehr als Vertragspartner für zukünftige Aufträge in Betracht kommen sollte. Die Ziegler Safety ist mit einem Kapital von € 1 Mio. ausgestattet.

II. Fragestellung

Unter welchen vergaberechtlichen Voraussetzungen kann Ziegler die Zuverlässigkeit als Bieter wiedererlangen?

Welche konkreten Maßnahmen – insbesondere Selbstreinigungsmaßnahmen – sind hierbei zu ergreifen? Gehört zu diesen Selbstreinigungsmaßnahmen auch die Wiedergutmachung des Schadens?

Inwieweit kann die Einsetzung der Ziegler Safety zur Wiedererlangung der Teilnahmefähigkeit an öffentlichen Ausschreibungen beitragen?

B. Rechtliche Stellungnahme

I. Ausgangspunkt: Kartellrechtsverstöße und (vorläufige) Insolvenz als potentielle Ausschlussgründe bei laufenden und künftigen Vergabeverfahren

1. Grundsatz der Eignungsprüfung

Öffentliche Aufträge dürfen nur an geeignete Unternehmen vergeben werden (§ 97 Abs. 4 GWB). Danach sind Aufträge nur an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen zu vergeben. Der Grundsatz der Eignungsprüfung ist für die öffentlichen Auftraggeber rechtlich verpflichtend. Er vermittelt auch Mitbewerbern einen einklagbaren Anspruch auf Eignungsprüfung der Mitbewerber und Ausschluss ungeeigneter Mitbewerber vom Vergabeverfahren.

Bei den Begriffen 'Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Gesetzestreue und Zuverlässigkeit' handelt es sich indes um unbestimmte Rechtsbegriffe, die den Auftraggebern einen Beurteilungsspielraum einräumen, der nur einer eingeschränkten Kontrolle durch die Nachprüfungsinstanzen zugänglich ist.¹

Ziegler dürfte fraglos weiterhin über die erforderliche Fachkunde und technische Leistungsfähigkeit verfügen. Insbesondere sind nach den uns vorliegenden Informationen nach wie vor die fachkompetenten Mitarbeiter und Betriebsmittel bei Ziegler verblieben. Die Kartellverstöße und das (vorläufige) Insolvenzverfahren stellen jedoch die Zuverlässigkeit (einschließlich der Gesetzestreue) sowie die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit in Frage.

2. Zuverlässigkeit

a) Ausschluss im individuellen Vergabeverfahren

Nach § 6 Abs. 6 lit. c) VOL/A-EG können Bewerber von der Teilnahme am Wettbewerb ausgeschlossen werden, die nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt. Kartellabsprachen werden hierbei regelmäßig als schwere Verfehlung betrachtet.²

¹ *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 09.06.2010 – VII-Verg 14/10; *OLG Brandenburg*, Beschluss vom 14.09.2010 – Verg W 8/10; *Weyand*, Vergaberecht, 3. Auflage 2011, Rn. 605 m.z.w.N.

² *Frister*, in: *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB/A, 3. Auflage 2010, Rn. 33; *Müller-Wrede* in: *Müller-Wrede*, Kommentare zur VOL/A, 3. Auflage 2010, § 6 EG Rn. 58.

Rechtsfolge eines solchen Verstoßes ist indes kein zwingender Ausschluss, vielmehr steht dieser gem. § 7 Abs. 6 VOL/A-EG im pflichtgemäßen Ermessen des Auftraggebers. Allerdings ist aufgrund des nicht unerheblichen Kartellverstoßes davon auszugehen, dass (bei unterbleibenden oder ungenügenden Selbstreinigungsmaßnahmen) die Verstöße zum Anlass eines Ausschlusses genommen werden müssen. Dies hat die VK Niedersachsen auch schon konkret im Hinblick auf einen Beteiligten des Feuerwehrbeschaffungskartells festgestellt.³ Finden hingegen zureichende Maßnahmen der Selbstreinigung statt, so begründet dies die Wiederherstellung der Zuverlässigkeit und Eignung des Unternehmens⁴ (vgl. hierzu unten, II.).

Ein zwingender Ausschlussgrund nach § 6 Abs. 4 VOL/A-EG, wonach bei strafrechtlicher Verurteilung von Führungskräften der Ausschluss des Unternehmens zwingend erfolgt, liegt hingegen nicht vor. Zum einen sind Kartellverstöße in dem dortigen Katalog nicht erfasst; zum anderen hat sich Ziegler bereits von den verantwortlichen Personen getrennt.

b) Vergabesperren

Das Vorliegen einer schweren Verfehlung kann über die verfahrensbezogene Eignungsprüfung hinaus zur Verhängung von Vergabesperren führen. Eine Vergabesperre schließt ein Unternehmen für einen bestimmten Zeitraum von zukünftigen Vergabeverfahren aus. Besteht die Vergabesperre für eine Vielzahl von Auftraggebern, so spricht man von einer koordinierten Vergabesperre.⁵

Rechtsgrundlagen und Ausgestaltung von solchen Vergabesperren sind in jedem Bundesland unterschiedlich geregelt und haben zu einer völlig zersplitterten Rechtslage geführt. Zudem ist ungeklärt, ob solche Vergabesperren angesichts deren weitreichender, grundrechtsrelevanter Wirkung überhaupt auf einer ausreichenden Rechtsgrundlage fußen.⁶

Diese Thematik braucht jedoch unabhängig von der Frage, ob übergreifende Vergabesperren gegen Ziegler überhaupt verhängt worden oder zu erwarten sind, schon deshalb nicht vertieft werden, weil anerkannt ist, dass bei Durchführung von Selbstreinigungsmaßnahmen das Unternehmen genauso auch Anspruch auf Aufhebung übergreifender Auftragsperren hat.⁷ Es gelten also insoweit einheitlich die für die Selbstreinigung anzulegenden Anforderungen, die nachfolgend (II.) im Einzelnen darzulegen sind.

³ VK Niedersachsen, Beschluss vom 24.03.2011- VgK-04/2011- IBR 2011, 540.

⁴ OLG Brandenburg, Beschluss vom 14.12.2007 – Verg W 21/07- NZBau 2008, 277, 279f; Tomerius, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 1. Auflage 2011, § 16 VOB/A Rn. 116, Frister, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/A, 3. Auflage 2010, Rn. 33.

⁵ Höß/Chevalier, in: IBR 2011, 1005; Sterner, in: NZBau 2001, 423.

⁶ Vgl. zum Ganzen Höß/Chevalier, a.a.O.

⁷ Sterner, NZBau 2001, 423 (424); Werner, in: Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, 2. Auflage 2011, § 6 VOL/A Rn. 20 (S. 332); vgl. zum Rechtsschutz und Rechtsweg gegen nicht (mehr) gerechtfertigte Auftragsperren: Sterner; Höß/Chevalier, jeweils a.a.O.

3. Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit, insbesondere (drohende) Insolvenz

Neben der Problematik der Zuverlässigkeit ist vorliegend auch ein Wegfall der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens in Betracht zu ziehen, was ebenfalls zum Wegfall der Eignung führen kann.

Insoweit stellt zunächst die (drohende) Insolvenz als solche einen eigenständigen fakultativen Ausschlussgrund im Vergabeverfahren dar (vgl. § 6 Abs. 6 lit. a) VOL/A-EG). Von dieser Vorschrift umfasst ist auch der Fall, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens lediglich beantragt ist, so dass dieser Ausschlussgrund auch schon gegenwärtig greift.

Allerdings handelt es sich auch insoweit um einen fakultativen Ausschlussgrund. Der Auftraggeber hat folglich – auch und gerade im Insolvenzfall – zu prüfen, inwieweit noch die erforderliche Leistungsfähigkeit konkret besteht.⁸ Ein Bieter ist leistungsfähig, wenn er die personellen, kaufmännischen, technischen und finanziellen Mittel zur Verfügung hat, um den Auftrag einwandfrei und fristgerecht ausführen zu können und wenn er in der Lage ist, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen.⁹ Der Bieter gilt dabei als finanziell leistungsfähig, wenn er über ein ausreichendes Betriebskapital verfügt, um die finanziellen Verpflichtungen gegenüber Arbeitnehmern, Lieferanten, Auftragnehmern und dem Fiskus erfüllen zu können. Bloße Liquiditätsprobleme und schwacher Bonitätsindex begründen nicht zwangsläufig eine fehlende finanzielle Leistungsfähigkeit.¹⁰

In Ausübung des Ermessens sprechen vorliegend alle Gesichtspunkte dafür, dass die (vorläufige) Insolvenz vorliegend nicht zum Ausschluss des Unternehmens führt. Das Unternehmen erscheint aufgrund der Selbstreinigungsmaßnahmen (siehe unten II.) sowie der aussichtsreichen Sanierungsbemühungen des Insolvenzverwalters dauerhaft leistungsfähig. Hierfür sprechen auch die sonstigen Bilanzkennzahlen (gute Auftragslage, Umsatzsteigerung, etc.).

Neben der Frage der Insolvenz können auch allgemeine wirtschaftliche Kennzahlen der Bieterunternehmen, wie z. B. Umsatzzahlen, für sich genommen zum Gegenstand der Eignungsprüfung gemacht werden (vgl. § 6 Abs. 3 VOL/A). Aber auch insoweit ist nicht ersichtlich, dass Ziegler die diesbezüglichen Anforderungen nicht erfüllen kann.

⁸ Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, 3. Auflage 2010, § 6 EG Rn.52.

⁹ Roth, in: Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, 3. Auflage 2010, § 2 EG Rn. 66; Fehling, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 1. Auflage 2011, § 97 GWB Rn. 116.

¹⁰ Fehling, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 1. Auflage 2011, § 97 GWB Rn. 116. m.w.N.

4. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass im Hinblick auf die drei grundlegenden Eignungsanforderungen der Zuverlässigkeit und Gesetzestreue, der Fachkunde und technischen Leistungsfähigkeit sowie der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit die beiden letztgenannten Eignungsmerkmale bei Ziegler soweit ersichtlich nach wie vor gegeben sind. In Frage steht allein das Merkmal der Zuverlässigkeit, dessen Bestehen bzw. Wiedererlangung entscheidend von der Durchführung hinreichender Selbstreinigungsmaßnahmen abhängt.

II. Vermeidung von Angebotsausschlüssen im Wege sog. Selbstreinigungsmaßnahmen

1. Möglichkeit der Rehabilitierung von Bieterunternehmen im Wege der Selbstreinigung

Ein unzuverlässig gewordener Bieter ist nicht für alle Zeit unzuverlässig. Der Auftraggeber hat vielmehr eine Prognoseentscheidung unter Würdigung aller Umstände zu treffen, ob die Zuverlässigkeit des Bieters weiterhin zu verneinen ist. Wesentlichen Einfluss auf diese Prognoseentscheidung hat der Umstand, ob das Unternehmen geeignete Maßnahmen – sog. Selbstreinigungsmaßnahmen – ergriffen hat, die die Zuverlässigkeit des Unternehmens wiederherstellen und dauerhaft gewährleisten.¹¹

2. Anforderungen an die Selbstreinigung im Einzelnen

Nach der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte erfordert die Selbstreinigung die kumulative Erfüllung von drei Anforderungen¹², nämlich dass der betroffene Bieter

- bei der Aufklärung des Sachverhalts mitwirkt (hierzu unten lit. a)),
- die erforderlichen personellen Konsequenzen aus den begangenen Verfehlungen zieht (hierzu unten lit. b)) und
- strukturelle und organisatorische Compliance-Maßnahmen ergreift, um vergleichbare Verstöße für die Zukunft zu verhindern (hierzu unten lit. c)).¹³

¹¹ OLG Brandenburg, Beschluss vom 14.12.2007 – Verg W 21/07 - NZBau 2008, 277, 279f; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.04.2003 – V erg 43/02 - NZBau 2003, 578, 580; OLG Frankfurt, Beschluss vom 20.07.2004 – 11 Verg 6/04 - zitiert nach juris, Rn. 36.

¹² OLG Brandenburg, Beschluss vom 14.12.2007 – Verg W 21/07 - NZBau 2008, 277, 279f; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.04.2003 – V erg 43/02 - NZBau 2003, 578, 580; OLG Frankfurt, Beschluss vom 20.07.2004 – 11 Verg 6/04 - zitiert nach juris, Rn. 36.

Über diesen grundlegenden Katalog hinausgehend wird vereinzelt in der Rechtsprechung¹⁴ und Literatur¹⁵ als weitere Anforderung eine Wiedergutmachung des Schadens gefordert, etwa indem der Schaden ausgeglichen oder zumindest verbindlich anerkannt wird. Hierauf geben wir unten unter lit. d) ein, wobei im Fall Ziegler zusätzlich der besondere Umstand der (vorläufigen) Insolvenz zu berücksichtigen sein wird.

Im Einzelnen:

a) Aufklärung

Das betroffene Unternehmen hat den Sachverhalt und die Verantwortlichkeit der handelnden Personen umfassend und zeitnah aufzuklären. Hierbei empfiehlt sich eine Sonderprüfung durch externe Wirtschaftsprüfer oder sonstige unabhängige Personen. Weiter hat das Unternehmen in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Bestimmungen sowohl mit Ermittlungsbehörden als auch mit betroffenen Vergabestellen zusammenzuarbeiten.¹⁶

Vorliegend hat Ziegler folgende Maßnahmen ergriffen:

- Ziegler hat umfassend bei der Aufklärung des Sachverhalts mitgewirkt. Schon unmittelbar nach der Durchsuchung seitens des Bundeskartellamts im Mai 2009 leitete Ziegler interne Ermittlungen ein und beauftragte die Wirtschaftskanzlei Beiten Burkhardt damit, die Vorwürfe zu prüfen und aufzuarbeiten.
- Im Juli/August reichte Ziegler beim Bundeskartellamt umfangreiche schriftliche Kooperationsbeiträge ein, die beträchtlich zur Klärung des Sachverhalts beigetragen haben. Dies wurde mit dem Bonus bei der Bußgeldbemessung honoriert. Die im August/September 2010 vernommenen Ziegler-Mitarbeiter haben mit dem Bundeskartellamt uneingeschränkt kooperiert und maßgeblich zur Aufklärung des Sachverhalts beigetragen.
- Seit Oktober 2010 informiert Ziegler auch die Kunden über das Bußgeldverfahren und die ordnungsgemäße kaufmännische Kalkulation der Produkte.

Aufgrund dieser umfassenden Aufklärungsmaßnahmen ist der Selbstreinigungsprozess insoweit unseres Erachtens als ausreichend anzusehen.

¹⁴ OLG Brandenburg, Beschluss vom 14.12.2007 – Verg W 21/07, NZBau 2008, 277, 279 f.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.04.2003 – Verg 43/02, NZBau 2003, 578, 580; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.4.2003 – Verg 66/02, zitiert nach juris; OLG Frankfurt, Beschluss vom 20.07.2004 – 11 Verg 6/04, zitiert nach juris, Rn. 36.

¹⁴ VK Niedersachsen, Beschluss vom 24.03.2011 – VgK 04/2011.

¹⁵ Prieß, NZBau 2009, 587 ff.

¹⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.04.2003 – Verg 43/02 – NZBau 2003, 578, 579 ff.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.04.2003 – Verg 66/02; Prieß/Stein, in: NZBau 2008, 230; VK Niedersachsen, Beschluss vom 24.03.2011 – VgK-04/2011 – IBR 2011, 540.

b) Personelle Konsequenzen

Weitere Voraussetzungen für die Selbstreinigung ist, dass sich das Unternehmen von den betroffenen Organen (Gesellschafter und Geschäftsführung) und leitenden Mitarbeitern trennt. Die betroffenen Mitarbeiter dürfen nicht mehr für das Unternehmen tätig sein und über keine Einflussmöglichkeiten auf die Vorgänge im Unternehmen mehr verfügen.¹⁷

Ziegler hat hierbei bereits Folgendes veranlasst:

- Ziegler hat sich im April 2011 von den zwei maßgeblich für die Kartellverstöße verantwortlichen Führungskräfte, Herrn Dr. Schildknecht (Geschäftsführer) und Herrn Hanning (Vertriebsleiter Inland) getrennt.
- Andere für die Rechtsverstöße verantwortliche und insbesondere die vor dem Jahr 2004 eingesetzten Vertriebsleiter waren schon vorher aus dem Unternehmen ausgeschieden.
- Für den personellen Neuanfang wurden externe Kräfte, insbesondere Herr Marc-René Faerber (Geschäftsführer) und seit August 2011 Herr Prof. Dr. Ing. Albert Jugel als Geschäftsführer eingesetzt.
- Am 05.09.2011 wurde außerdem Herr Phillip A. Thompson zum Chief Compliance Officer bestellt. Er verfügt über langjährige und umfassende Erfahrungen im Bereich Compliance und hat in zahlreichen Unternehmen bereits erfolgreich Compliance-Strukturen aufgebaut.

Hinzu kommt die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, womit das Verwaltungs- und Verfügungsrecht mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens (voraussichtlich Anfang November 2011) umfassend auf diesen übergeht (§§ 22, 80 f. InsO). Damit sind die Verfügungsbefugnisse von Gesellschaftern und Geschäftsführung entsprechend weitreichend beschränkt.

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass die Selbstreinigungsmaßnahmen in Bezug auf die erforderlichen personellen Konsequenzen hinreichend erfüllt sind.

c) Strukturelle Konsequenzen (Compliance-Maßnahmen)

Schließlich muss das betroffene Unternehmen organisatorische und strukturelle Maßnahmen treffen, um präventiv sicherzustellen, dass Verfehlungen vermieden werden und die Zuverlässigkeit zukünftig erhalten bleibt.¹⁸

¹⁷ OLG Brandenburg, Beschluss vom 14.12.2007 – Verg W 21/07 – NZBau 2008, 277, 279; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.04.2003 – Verg 43/02 – NZBau 2003, 578; VK Niedersachsen, Beschluss vom 24.03.2011 – VgK-04/2011 – IBR 2011, 540.

¹⁸ Prieß/Stein, in: NZBau 2008, 230, 231; OLG Brandenburg, Beschluss vom 14.12.2007 – Verg W 21/07 – NZBau 2008, 277, 279 f.

Ziegler hat folgende Compliance-Maßnahmen implementiert:

- die Einrichtung eines Compliance-Komitees,
- die Einführung und Fortschreibung einer für die gesamte Ziegler-Unternehmensgruppe geltenden Compliance-Richtlinie,
- die Einführung und Fortschreibung eines Verhaltenskodex für alle Ziegler-Führungskräfte,
- ein umfassendes Schulungsprogramm für Mitarbeiter der Ziegler-Gruppe (hierzu haben im Juni 2011 bereits mehrere Compliance-Schulungen stattgefunden), regelmäßige interne und externe Kontrollen durch unabhängige Compliance-Experten.

Nach unserer Einschätzung ist die Implementierung dieser Maßnahmen geeignet, um zu belegen, dass es zukünftig nicht mehr zu schweren Verfehlungen kommt.

d) Wiedergutmachung des Schadens?

Teilweise wird über die vorerwähnten Tatbestandsmerkmale der Selbstreinigung hinausgehend die Forderung aufgestellt, es müsse auch ein eventuell im Rahmen der Zuwiderhandlung entstandener Schaden ausgeglichen bzw. zumindest verbindlich anerkannt werden.¹⁹

Dieser Rechtsauffassung können wir indessen aus folgenden Gründen nicht beitreten:

(1) Vergaberechtliche Beurteilung

Maßgeblich für die vergaberechtliche Beurteilung ist in erster Linie die Rechtsprechung der Vergabesenate bei den Oberlandesgerichten. Insoweit ist uns keine Senatsrechtsprechung ersichtlich, die eine Schadenswiedergutmachung als Bestandteil der erforderlichen Selbstreinigungsmaßnahmen ansieht. Vielmehr verlangt die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte lediglich eine dreigliedrige Selbstreinigung, die die Aufklärung des Sachverhalts (hinsichtlich der Rechtsverstöße) als solchen, personelle Konsequenzen sowie die Einführung von Compliance-Maßnahmen umfasst.²⁰ Von einer darüber hinausgehenden Schadenswiedergutmachung ist hierbei in der Senatsrechtsprechung nicht die Rede.

¹⁹ *VK Niedersachsen*, Beschluss vom 24.03.2011 – VgK-04/2011 – IBR 2011,540; *Prieß*, in: NZBau 2009, 587 ff.

²⁰ *OLG Brandenburg*, Beschluss vom 14.12.2007 – Verg 21/07; *OLG Düsseldorf*, Beschlüsse vom 09.04.2003 – Verg 43/02 und Verg 66/02; *OLG Frankfurt*, Beschluss vom 20.07.2004 – 11 Verg 06/04.

Auch ist die Gegenauffassung der vorzitierten Mindermeinung unseres Erachtens wenig stichhaltig begründet. In der Entscheidung der VK Niedersachsen (Beschluss vom 24.03.2011 – VgK 04/2004) wird in Form eines obiter dictum auf die Frage der Schadenswiedergutmachung eingegangen; im dortigen Fall kam es ersichtlich hierauf auch nicht an, da der dortige Bieter schon hinsichtlich der Compliance-Maßnahmen viel zu wenig getan hatte, indem er lediglich eine kurze Eigenerklärung abgegeben hatte. Auch soweit Prieß²¹ es für erforderlich ansieht, dass es zu einem Schadensausgleich kommt, wird dies in dem dortigen Artikel nicht weiter belegt oder begründet.

Unseres Erachtens verbleibt es damit in vergaberechtlicher Hinsicht bei dem oben dargelegten dreigliedrigen Selbstreinigungsprogramm, ohne dass zusätzlich eine Wiedergutmachung des Schadens zu fordern ist.

(2) Rechtliche Grenzen der Schadenswiedergutmachung im Hinblick auf insolvenzrechtliche Grundsätze

Über die vorgenannte vergaberechtliche Beurteilung hinaus muss vorliegend der Insolvenzfall bei Ziegler Berücksichtigung finden. Insoweit nehmen wir auch Bezug auf das Gutachten von Herrn Prof. Dr. Reinhard Bork. (Universität Hamburg – in Folgenden: "Gutachten Prof. Dr. Bork") vom Oktober 2011. Im Insolvenzfall gilt der fundamentale Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung, der es grundsätzlich verlangt, sämtliche Gläubiger bzw. Gläubigergruppen gleich zu behandeln. Dies schließt es aus, dass der Insolvenzverwalter eine bestimmte Gläubigergruppe – vorliegend die öffentlichen Auftraggeber – in irgendeiner Weise vorab befriedigt oder sonst – etwa durch Unterwerfung unter eine Schadensbegutachtung – bevorzugt behandelt. Stattdessen sind die Schäden in gewöhnlicher Form zur Tabelle anzumelden und seitens der Kommunen darzulegen und zu beweisen (vgl. Gutachten Prof. Dr. Bork, S. 6 f.).

Das Gutachten Prof. Dr. Bork kommt dabei zu der weiteren Einschätzung, dass auch in dem Falle, dass eine Schadensermittlung und -regulierung vergaberechtlich geboten sein könnte, diese Anforderung im Insolvenzfall hinter die Grundsätze der Insolvenzordnung zurückzutreten hätten (Gutachten Prof. Dr. Bork, S. 9 f.). Auch wenn diese Einschätzung auf den ersten Blick recht weitgehend erscheint und letztlich einen Vorrang des Insolvenzrechts gegenüber dem Vergaberecht postuliert, schließen wir uns dieser Einschätzung im Ergebnis an:

²¹ Prieß, in: NZBau 2009, 587 ff.

Zwar lässt sich sicherlich kein genereller Vorrang des Insolvenzrechts gegenüber dem Vergaberecht begründen; vielmehr stehen die unterschiedlichen Teilgebiete des Rechts grundsätzlich gleichberechtigt nebeneinander. Ungeachtet dessen sprechen jedoch alle Gesichtspunkte dafür, vorliegend dem insolvenzrechtlichen Grundsatz der Gläubigerbehandlung den Vorrang einzuräumen. Zu allererst ist dabei der oben dargelegte Umstand zu berücksichtigen, dass nach herrschender Auffassung der Oberlandesgerichte eine Schadenswiedergutmachung schon überhaupt nicht zum "Pflichtprogramm" der vergaberechtlichen Selbstreinigungsmaßnahmen gehört. Selbst aber mit der Mindermeinung unterstellt, dass zu der Selbstreinigung (außerhalb des Insolvenzfalls) die Wiedergutmachung des Schadens gehört, so ist dies jedenfalls im Insolvenzfall zu verneinen. Die Kernanforderung des Eignungsmerkmals der "Zuverlässigkeit" bzw. der "Gesetzestreue" i.S.d. § 97 Abs. 4 GWB besteht in der Übereinstimmung des Verhaltens des betroffenen Bieters mit der Rechtsordnung. Hierzu gehört aber gerade für den in Insolvenz befindlichen Bieter, dass die insolvenzrechtlichen Bestimmungen nicht verletzt werden. Gerade die Anforderung der Zuverlässigkeit i.S.d. § 97 Abs. 4 GWB schließt es – auch unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung – aus, vom Insolvenzverwalter insolvenzrechtswidriges Verhalten zu verlangen.

(3) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist schon aus vergaberechtlichen Gründen, erst recht aber im Falle der Insolvenz vom betroffenen Bieter keine Wiedergutmachung des Schadens zu verlangen; vielmehr reichen die oben dargelegten und bereits erfolgreich durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen für die Wiedererlangung der Eignung im vergaberechtlichen Sinne aus.

e) Zeitliche Aspekte der Selbstreinigung

Fraglich ist, in welchem zeitlichen Horizont die Eignung aufgrund von Selbstreinigungsmaßnahmen wiedererlangt werden kann. Insoweit stellt sich die Frage, ob eine "Wohlverhaltensperiode" anzusetzen ist, und ob eine erfolgreich durchgeführte Selbstreinigung noch während des laufenden Vergabeverfahrens berücksichtigt werden kann.

Auch insoweit ist die bereits erwähnte Entscheidung des OLG Brandenburg vom 14.12.2007 (Verg W 21/07) aussagekräftig. Der Vergabesenat bejahte auch im dortigen Fall einen erfolgreichen Selbstreinigungsprozess. Entscheidender Zeitpunkt für die Beurteilung der Eignung sei dabei die Wertung bzw. der Zuschlag. Folglich können effektive Maßnahmen der Selbstreinigung – wie sie vorliegend erfolgt sind – die Zuverlässigkeit eines Unternehmens innerhalb kürzester Zeit wieder herstellen und sind bis zum Abschluss

der Wertung zu berücksichtigen.²² Dem entsprechend ist auch keine "Wohlverhaltensperiode" o.ä. zu verlangen.

III. Eignungsprüfung bei Auftreten der Ziegler Safety GmbH & Co. KG als Bieter

1. Konzeption und grundsätzliche Anforderungen

Mittlerweile wurde die Ziegler Safety GmbH & Co. KG gegründet, die zukünftig als Vertriebsgesellschaft für den Fall fungieren kann, dass Ziegler nicht mehr als Vertragspartner für Kommunen, aber auch die Privatwirtschaft, in Betracht kommen sollte. In diesem Fall könnte Ziegler Safety als Bieter in Vergabeverfahren fungieren. Allerdings ist auch in diesem Falle zu fordern, dass die Eignung des Bieters – in diesem Falle von Ziegler Safety – im umfassenden Sinne des § 97 Abs. 4 GWB, d.h. hinsichtlich der Zuverlässigkeit, technischen Leistungsfähigkeit und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, gegeben ist.

2. Zuverlässigkeit von Ziegler Safety

Die Zuverlässigkeit von Ziegler Safety steht von vornherein außer Zweifel. Denn die Geschäftsleitung und führenden Mitarbeiter von Ziegler Safety sind nicht von den Kartellverstößen betroffen gewesen. Beteiligt sich ein neues Unternehmen, z.B. die Ziegler Safety in einem Vergabeverfahren, so ist deren Eignung grundsätzlich selbständig zu prüfen. Eine gegenseitige, gesellschaftsübergreifende Zurechnung im Rahmen einer Konzernstruktur kommt dabei nur dann in Betracht, wenn die Kartellverstöße entsprechend übergreifend gesteuert und verschuldet wurden. Vorliegend tritt aber die Ziegler Safety am Markt erst zu einem Zeitpunkt auf, in dem die Selbstreinigungsmaßnahmen bei Ziegler praktisch schon abgeschlossen sind. Vor diesem Hintergrund bestehen gegen die Zuverlässigkeit von Ziegler Safety keine Bedenken.

Gleiches gilt für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von Ziegler Safety, die mit einem Kapital von € 1 Mio. finanziell ausreichend ausgestattet ist.

3. Fachkunde und technische Leistungsfähigkeit von Ziegler Safety

Neben der Zuverlässigkeit muss Ziegler Safety bei der Bewerbung um einen öffentlichen Auftrag aber auch die Fachkunde und fachliche Leistungsfähigkeit belegen.

²² OLG Brandenburg, a.a.O.; so auch Müller-Wrede, in: Kommentar zur VOL/A, 3. Aufl. 2010, § 6 EG Rn. 75.

a) Fehlende originäre Fachkunde bei Ziegler Safety

Insofern ist zunächst zu konstatieren, dass Ziegler Safety die erforderliche Fachkunde und technische Leistungsfähigkeit für sich genommen nicht aufweisen dürfte. Denn das gesamte Personal, das damit verbundene Know-how und die Betriebsmittel liegen nach wie vor bei Ziegler selbst. Ohne Rückgriff auf diese Kapazitäten müsste Ziegler Safety folglich mit einem Ausschluss mangels technischer Leistungsfähigkeit rechnen.

b) Übernahme von Personal und Ausstattung der Albert Ziegler GmbH & Co. KG

Ziegler Safety ist eine treuhänderisch für die Albert Ziegler GmbH & Co. KG (Insolvenzmasse) tätige Gesellschaft, die umfassend als ausgegliederte Vertriebsgesellschaft fungiert und umfassend auf die Ressourcen der Treugeberin, der Albert Ziegler GmbH & Co. KG, zurückgreifen kann.

Unseres Erachtens kann jedoch auch in diesem Fall auf die Selbstreinigungsmaßnahmen im klassischen Sinne (insbesondere also die personellen Konsequenzen und die Implementierung der Compliance-Strukturen) nicht verzichtet werden. Denn es muss verhindert werden, dass das neue Unternehmen Ziegler Safety quasi von den früheren Verstößen bei Ziegler "infiziert" wird. Allerdings ist dieses Risiko mittlerweile dadurch ausgeschlossen, dass die Selbstreinigungsmaßnahmen schon bei Ziegler selbst wie ausgeführt als erfolgreich durchgeführt angesehen werden können (s.o.).

c) Einsatz der Albert Ziegler GmbH & Co. KG als Nachunternehmer

Für den Nachweis der Fachkunde und fachlichen Leistungsfähigkeit der Ziegler Safety ist ausreichend, dass diese auf die Albert Ziegler GmbH & Co. KG als Nachunternehmer zurückgreifen kann.

In vergaberechtlicher Hinsicht ist die Benennung eines Nachunternehmers und die hierdurch bezweckte Inanspruchnahme der Betriebsmittel des Nachunternehmers uneingeschränkt als zulässig anzusehen. Nachdem früher im deutschen Recht noch ein teilweises Selbstausführungsgebot gegolten hat, ist eine solche Sichtweise aufgrund mehrerer EuGH-Entscheidungen obsolet. Der Bieter kann vielmehr auch als sogenannter Generalübernehmer auftreten und sogar 100% der zu erbringenden Leistungen auf Nachunternehmer übertragen.²³ Der Bieter hat allerdings darzulegen, dass der Nachunternehmer für die Auftragsausführung auch zur Verfügung steht, was in Form einer Verpflichtungserklärung erfüllt werden kann, sofern sich dies nicht schon auf Grund des Treuhandverhältnisses ergibt.

²³ EuGH, Urteil vom 2.12.1999 – Rs. C-176/98 "Holst Italia"; Urteil vom 18.12.1997 – Rs. C-5/97 "Ballast Ndam Group II".

Auch insoweit stellt sich dann allerdings die Frage, ob die Eignungsprüfung sich dann auch auf den Nachunternehmer Ziegler erstreckt und insoweit nach wie vor die Zuverlässigkeit von Ziegler zu prüfen ist.

Insoweit verhält es sich so, dass die Auftraggeber hinsichtlich der Reichweite der Eignungsprüfung einen breiten Beurteilungsspielraum haben (s.o. II.) und es ihnen insoweit grundsätzlich freisteht, ob sie die Eignungsprüfung auf etwaig benannte Nachunternehmer erstrecken oder nicht. Allerdings muss gerade aufgrund der „Vorgeschichte“ bei Ziegler davon ausgegangen werden, dass zumindest einige öffentliche Auftraggeber eine solche Erstreckung der Eignungsprüfung auf den Nachunternehmer Ziegler vornehmen werden. Dementsprechend ist beispielsweise auch bei verschiedenen Runderlassen zur Eignungsprüfung sowie bei Vergabesperren regelmäßig vorgesehen, dass unzuverlässige Bieter auch nicht als Nachunternehmer zugelassen werden dürfen.²⁴

Im Ergebnis kann also die Eignungs- und Zuverlässigkeitsprüfung auf den Nachunternehmer erstreckt werden. Allerdings sind die öffentlichen Auftraggeber hierzu zum einen nicht per se verpflichtet, vielmehr steht dies letztlich im pflichtgemäßen Ermessen des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers. Zum anderen gilt nach dem Vorgesagten, dass der Albert Ziegler GmbH & Co. KG als Treugeberin und Nachunternehmerin die Eignung und Zuverlässigkeit nicht (mehr) abgesprochen werden kann.

4. Auftreten der Ziegler Safety als unzulässiges Umgehungsgeschäft?

Abschließend ist zu prüfen, ob die Aktivierung von Ziegler Safety als unzulässiges Umgehungsgeschäft zu beurteilen ist, mit dem die erforderlichen Compliance-Maßnahmen unterlaufen werden. Insoweit muss zunächst berücksichtigt werden, dass bei der Unterstellung eines Umgehungsgeschäfts Zurückhaltung geboten ist. Allein die sachgerechte und "geschickte" – d.h. auf bestimmte vergaberechtliche Anforderungen zugeschnittene – Unternehmensstrukturierung stellt noch kein Umgehungsgeschäft dar. Ein Umgehungsgeschäft liegt vielmehr erst dann vor, wenn vergaberechtliche Anforderungen durch zielgerichtete Manipulationen gerade zur Hintergehung der vergaberechtlichen Anforderungen ins Werk gesetzt werden.²⁵

Eine Grenze dürfte mithin vorliegend erreicht sein, sofern die Einsetzung von Ziegler Safety zielgerichtet dazu dienen würde, die erforderlichen Selbstreinigungsmaßnahmen zu umgehen. Hiervon kann jedoch vorliegend keine Rede sein. Denn die Selbstreinigungs-

²⁴ vgl. beispielsweise gemeinsamer Runderlass des Landes Hessen "Ausschluss von Bewerbern und Bietern wegen schweren Verfehlungen, die ihre Zuverlässigkeit in Frage stellen" vom 16.02.1995 i.d.F.v. November 2007.

²⁵ OLG Naumburg, Beschluss vom 29.04.2010 – 1 Verg 2/10 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 10.11.2005 – Rs. C-29/04 "Stadt Modling".

maßnahmen wurden wie oben dargelegt bereits in umfassender und nachhaltiger Weise durchgeführt, insbesondere was den personellen Neuanfang und die nachhaltig implementierten Compliance-Strukturen betrifft. Folglich stellt sich ein etwaiger Auftritt von Ziegler Safety eher als komplementäre, letztlich überobligatorische Maßnahme dar, die nicht mit der Zielsetzung erfolgt, die Selbstreinigungsmaßnahmen zu umgehen.

Im Ergebnis stellt sich das Auftreten von Ziegler Safety als zulässige Unternehmenseinsatzform und insbesondere nicht als Umgehungsgeschäft dar. Für Ziegler Safety eröffnet sich dabei die Möglichkeit, die vergaberechtliche Eignung vollumfassend abzubilden: Ziegler Safety selbst weist von vornherein die erforderliche Zuverlässigkeit auf. Die finanzielle/wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ist aufgrund der entsprechenden Finanzausstattung ebenfalls gegeben. Hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit und Fachkunde kann auf Ziegler zurückgegriffen werden, etwa indem Ziegler als Nachunternehmer benannt wird. Dabei muss zwar damit gerechnet werden, dass die öffentlichen Auftraggeber (zulässigerweise) die Zuverlässigkeitsprüfung auf Ziegler erstrecken; jedoch ist aufgrund des bereits umfassend durchgeführten Selbstreinigungsprozess bei Ziegler auch insoweit mit einer positiven Beurteilung der Eignung zu rechnen.

C. Ergebniszusammenfassung

Die Ergebnisse dieser Begutachtung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Die von Ziegler begangenen Kartellrechtsverstöße stellen im Ausgangspunkt – sofern Selbstreinigungsmaßnahmen unterbleiben würden – einen Ausschlussgrund im Vergabeverfahren dar. Darüber hinaus stellen die – auch vorläufige – Insolvenz sowie eine etwaige mangelnde wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit einen fakultativen Ausschlussgrund im Vergabeverfahren dar. Es sprechen jedoch alle Gesichtspunkte – insbesondere die bereits ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen, die erfolgreichen Sanierungsbemühungen und die wirtschaftlichen Kennzahlen (u. a. € 74 Mio. Auftragsbestand) dafür, dass die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit von Ziegler nach wie vor gegeben ist, mithin auch das (vorläufige) Insolvenzverfahren im Ergebnis keinen Ausschlussgrund darstellt.
2. Zur Gewährleistung bzw. Wiedererlangung der Zuverlässigkeit sind sog. Selbstreinigungsmaßnahmen erforderlich, wozu nach einhelliger Rechtsprechung und Literatur jedenfalls die Aufklärung des Sachverhalts hinsichtlich der Kartellverstöße als solche, personelle Konsequenzen sowie strukturelle Reorganisationsmaßnahmen (sog. Compliance-Maßnahmen) gehören, die geeignet sind, die Wiederholung vergleichbarer Verstöße für die Zukunft auszuschließen.
3. Ziegler hat in den letzten Monaten die erforderlichen Selbstreinigungsmaßnahmen unseres Erachtens hinreichend und erfolgreich durchgeführt. In personeller Hinsicht hat sich Ziegler insbesondere von dem verantwortlichen Geschäftsführer und dem verantwortlichen Vertriebsleiter Inland getrennt. Zudem hat Ziegler umfassend zur Aufklärung beigetragen, was sich auch in der Bonusgewährung seitens des Bundeskartellamts bei der Bemessung des Bußgelds objektiv widerspiegelt. Des Weiteren hat Ziegler eine nachhaltige Compliance-Struktur aufgebaut (Einrichtung eines Compliance-Komitees, Einführung einer Compliance-Richtlinie, Einführung eines Verhaltenskodex, Schulungsprogramm für Geschäftsführung und Mitarbeiter, regelmäßige Kontrollen durch unabhängige Compliance-Experten). Dieses System wird von einem professionellen Compliance Manager laufend kontrolliert.
4. Vor diesem Hintergrund kann auf Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung der Vergabesenate bei den Oberlandesgerichten unseres Erachtens die Durchführung der Selbstreinigung als hinreichend und erfolgreich erachtet werden. Folglich wäre ein Angebotsausschluss im Vergabeverfahren – oder eine Verhängung oder Aufrechterhaltung einer Vergabesperre, für die insoweit die gleichen Maßstäbe gelten – unzu-

lässig. Ziegler könnte sich – sollte es ungeachtet dessen zu einem Angebotsausschluss durch öffentliche Auftraggeber kommen – hiergegen bei den Nachprüfungsinstanzen zur Wehr setzen.

5. Teilweise wird in der Literatur und vereinzelt auch in der Rechtsprechung (VK Niedersachsen) über das vorgenannte Selbstreinigungsprogramm eine Wiedergutmachung des Schadens gefordert. Nach der herrschenden und unseres Erachtens zutreffenden Auffassung der Vergabesenate (insb. OLG Brandenburg und OLG Düsseldorf) besteht das Selbstreinigungsprogramm hingegen nur aus den oben genannten Maßnahmen und schließt keine Schadenswiedergutmachung ein.
6. Selbst wenn man unterstellt, dass eine Schadenswiedergutmachung zur Wiederherstellung der Eignung vergaberechtlich als im Regelfall geboten anzusehen ist, so steht dem jedenfalls im Fall Ziegler der besondere Umstand entgegen, dass sich Ziegler in der (vorläufigen) Insolvenz befindet. Der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung – ein fundamentaler Grundsatz des Insolvenzrechts – steht der Möglichkeit entgegen, dass Ziegler die Kommunen als eine bestimmte Gläubigergruppe bevorzugt behandelt; dies gilt zumal deshalb, weil die Schäden nach Art und Höhe völlig ungewiss sind. Auch schon eine (weitere) Mitwirkung bei der Aufklärung des konkreten Schadens würde insoweit eine unzulässige Gläubigerbevorzugung darstellen. Denn Kerninhalt des Merkmals der Zuverlässigkeit ist die Übereinstimmung des Verhaltens eines Bieters mit der Rechtsordnung. Hierzu gehört aber – auch unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung – im vorliegenden (Sonder-) Fall der Insolvenz gerade auch die Beachtung der Gläubigergleichbehandlung durch Ziegler bzw. den Insolvenzverwalter.
7. In zeitlicher Hinsicht sind erfolgreiche Selbstreinigungsmaßnahmen während des gesamten Vergabeverfahrens zu berücksichtigen, also insbesondere auch noch im Rahmen der Angebotswertung und -aufklärung. Folglich ist auch keine "Wohlverhaltensperiode" o.ä. in Ansatz zu bringen.
8. In der Gesamtbeurteilung stellt sich mithin die Wiederherstellung der Zuverlässigkeit aufgrund der umfassenden und hinreichenden Selbstreinigungsmaßnahmen als erreicht dar. Ziegler hat umfangreich im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung kooperiert, weitreichende personelle Konsequenzen gezogen und ein nachhaltiges Compliance-Programm implementiert. Weiterreichende Maßnahmen – insbesondere die Anerkennung oder Regulierung etwaiger Schäden – sind schon vergaberechtlich, jedenfalls aber im Fall Ziegler aus insolvenzrechtlichen Gründen nicht geboten.

9. Sofern künftig anstatt Ziegler die Ziegler Safety bei Vergabeverfahren eingesetzt wird, führt dies im Rahmen der Eignungsprüfung auf Bieterebene von vornherein zur Bejahung der Zuverlässigkeit, da Ziegler Safety hinsichtlich der Kartellvorwürfe unbelastet ist. Allerdings würde in diesem Fall gleichwohl auf die betrieblichen Mittel der Ziegler zurückgegriffen werden müssen, um die Fachkunde und technische Leistungsfähigkeit sicherzustellen. Insoweit sind die Kommunen und öffentlichen Auftraggeber berechtigt – indessen nicht per se verpflichtet –, die Eignungsprüfung und namentlich die Zuverlässigkeitsprüfung auf Ziegler als Nachunternehmer von Ziegler Safety zu erstrecken. Infolgedessen muss damit gerechnet werden, dass nach wie vor auch die Zuverlässigkeit von Ziegler von Seiten der öffentlichen Auftraggeber geprüft wird. Infolgedessen ist selbstverständlich zu empfehlen, an den Selbstreinigungsmaßnahmen und entwickelten Compliance-Strukturen bei Ziegler festzuhalten.
10. Aufgrund der bei Ziegler bereits erfolgreich durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen kann im Ergebnis unseres Erachtens auf die Einsetzung von Ziegler Safety verzichtet werden. Ungeachtet dessen ist die Aktivierung von Ziegler Safety etwa unter Benennung von Ziegler als Nachunternehmer eine zulässige und ggf. zweckmäßige Unternehmenseinsatzform. Ein vergaberechtliches Umgehungsgeschäft ist hierin nicht zu erblicken. Zudem eröffnet die Bewerbung seitens Ziegler Safety unter Einsatz von Ziegler als Nachunternehmer den Kommunen größere Beurteilungsspielräume im Rahmen der Eignungsprüfung. Denn Ziegler Safety ist hinsichtlich der Zuverlässigkeit von vornherein unbelastet, und die Kommunen müssen nicht zwangsläufig die Eignungsprüfung und namentlich die Prüfung der Zuverlässigkeit auf Ziegler als Nachunternehmer erstrecken.
11. Im Ergebnis kann der Einsatz von Ziegler Safety einige praktische Erleichterungen im Hinblick auf eine erfolgreiche Teilnahme in Vergabeverfahren mit sich bringen; ungeachtet dessen bleibt aber festzuhalten, dass auch Ziegler selbst aufgrund der erfolgreich durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen wieder für den Wettbewerb zuzulassen ist.

Frankfurt am Main, 17.10.2011

Dr. Klaus Heuvels
Rechtsanwalt


Dr. Jakob Steiff, LL.M.
Rechtsanwalt

Pro abs.:


RA Dr. Jakob Steiff, LL.M.