



Mag. **Manfred Essletzichler** ist Partner bei Wolf Theiss sowie Leiter des Bereichs Vergaberecht und gilt seit Jahren als einer der führenden Juristen in diesem Rechtsbereich. Er vertritt regelmäßig Bieter und Auftraggeber in Nachprüfungsverfahren vor österreichischen und europäischen Vergabekontrollbehörden und Gerichten.



Mag. **Ingrid Makarius** ist Rechtsanwältin und Consultant im Vergaberechtsteam von Wolf Theiss und hat weitreichende Erfahrung in den Bereichen Vergaberecht, Compliance und interne Untersuchungen.

Beim Kernstück gilt der Einzelfall

VERGABERECHT. Wie lange einzelne Selbstreinigungs-, konkret personelle Maßnahmen, aufrechterhalten werden müssen und was dabei zu beachten ist, erklären hier unsere Rechtsexpertinnen und -experten.

Zur Erinnerung: Bieter haben bei der Teilnahme an Vergabeverfahren ihre berufliche Zuverlässigkeit nachzuweisen. Liegt ein Ausschlussgrund in Bezug auf ein Vergabeverfahren vor oder besteht ein Risiko, dass ein solcher vorliegen könnte, können Bieter sogenannte Selbstreinigungsmaßnahmen setzen und damit ihre berufliche Zuverlässigkeit glaubhaft machen bzw. wiedererlangen.

Im Zuge der Selbstreinigung hat ein Bieter nachzuweisen, dass er konkrete technische, organisatorische, personelle oder sonstige Maßnahmen getroffen hat, die geeignet sind, das nochmalige Begehen der betreffenden strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu verhindern (vgl. § 83 Abs 2 BVergG). Neben dem gesetzlich grundsätzlich geforderten Ausgleich des Schadens bzw. einer Verpflichtung zur Zahlung eines solchen und der Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden hat der Bieter auch „effektive Maßnahmen“ wie die Einführung eines qualitativ hochwertigen Berichts- und Kontrollwesens oder die Einschaltung eines Organes der inneren Revision zur regelmäßigen Überprüfung der Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften oder die Einführung von internen Haftungs- und Schadenersatzregelungen zur Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften oder sonstige organisatorische Maßnahmen (im Sinne eines effektiven Compliance Systems, Vier-Augen-Prinzip, Rotationen, Reorganisationen u. ä.) zu setzen.

Teil dieser „effektiven Maßnahmen“ sind regelmäßig auch personelle Maßnahmen wie etwa Abmahnungen, Versetzun-

gen, Entzug von Prokura oder Vollmachten, Kündigungen oder Entlassungen.

Komplexe Lage bei Dauer der Maßnahmen

Hat ein Bieter nun Selbstreinigungsmaßnahmen, konkret bestimmte personelle Maßnahmen gesetzt, stellt sich die Frage, wie lange diese aufrechterhalten werden müssen und/oder ob diese im Laufe der Zeit abgeschwächt werden dürfen und wenn ja, in welcher Form. Darf also z. B. ein in eine Verfehlung „involvierter“ Mitarbeiter nach einer Versetzung wieder an seinen „alten Arbeitsplatz“ und wenn ja, wann? Und darf, und wenn ja, ab wann, einem Mitarbeiter die entzogene Vollmacht bzw. Prokura wieder erteilt werden? Darf ein „involvierter Mitarbeiter“ wieder in eine leitende Position befördert werden?

In § 83 Abs 5 BVergG ist Folgendes festgelegt: Hat ein Unternehmer, bei dem ein Ausschlussgrund vorliegt, keine oder nur unzureichende Maßnahmen ergriffen, so darf dieser bei Vorliegen einer Katalogstraftat höchstens für den Zeitraum von fünf Jahren oder bei Vorliegen eines sonstigen Ausschlussgrundes höchstens für den Zeitraum von drei Jahren ab dem Tag der rechtskräftigen Verurteilung bzw. ab dem betreffenden Ereignis von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

Grundsätzlich regelt diese Bestimmung nur den längst möglichen Ausschluss eines Unternehmens von Vergabeverfahren; diese Maximalfrist gilt immer nur dann, wenn das Unternehmen keine oder nur unzureichende Selbstreinigungsmaßnahmen ergriffen hat und die begangene ver-

pönte Handlung einen weiteren Abschluss rechtfertigt.

Nicht explizit geregelt ist dabei eine (maximale) Dauer von einzelnen Selbstreinigungsmaßnahmen. Da ein Unternehmen aufgrund mangelhafter Selbstreinigungsmaßnahmen für einen Verstoß maximal fünf bzw. drei Jahre von Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann, impliziert dies, dass nach diesem Zeitpunkt jedenfalls auch keine Selbstreinigungsmaßnahmen mehr für den genannten Vorfall nachgewiesen werden müssen.

Ziel: weiteres Fehlverhalten verhindern

In Bezug auf Selbstreinigungsmaßnahmen gilt ganz generell, dass sich diese immer nach den Umständen des Einzelfalls richten müssen, geeignet sein müssen, ein weiteres Fehlverhalten künftig zu verhindern sowie verhältnismäßig und angemessen sein müssen. In Hinblick auf die Effektivität einer Maßnahme und darauf, ob die Selbstreinigungsmaßnahmen insgesamt ausreichend sind, ist u. a. zu berücksichtigen, um welche Verfehlung es sich handelt (Schwere der Straftat), die Häufigkeit der Verfehlung, die Zeitspanne, innerhalb der die Verfehlungen begangen wurden, und die Zeit, die bisher vergangen ist, der Tatbeitrag einer Person und der Grad des Verschuldens. Ist es seit der Einführung einer Maßnahme über einen längeren Zeitraum zu keinen weiteren Verfehlungen gekommen, spricht dies sicherlich für die Effektivität einer Maßnahme.

Personelle Maßnahmen sind ein Kernstück der Selbstreinigung, da sich die Zuverlässigkeit eines Unternehmens immer auch in der Zuverlässigkeit seiner Mitarbeiter und/oder Leitungsorgane widerspiegelt. Die Judikatur hat folglich in Bezug auf personelle Maßnahmen u. a. schon ausgesprochen, dass sich ein Unternehmen grundsätzlich von „involvierten“ Personen trennen und solchen Personen der Einfluss auf die Geschäftsführung verwehrt werden müsse. Dabei sind aber immer ganz besonders die Umstände des Einzelfalls und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Nicht immer sind Personen involviert, die einen Einfluss auf die Geschäftsführung haben und

nicht immer ist eine Distanzierung unverzüglich möglich oder sinnvoll (man denke an das Erfordernis der Sachverhaltsaufklärung und Kooperation mit den Ermittlungsbehörden, die mitunter nur in Zusammenarbeit mit involvierten Mitarbeitern und Einführung einer entsprechenden Amnestieregelung möglich ist).

Haupt- oder untergeordnete Maßnahme?

Ein solches Abstellen auf den Einzelfall unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sowie der Angemessenheit wird u. E. nun auch in Bezug auf die Dauer einer einzelnen Maßnahme zu berücksichtigen sein. Wurde beispielsweise ein ganzes Paket von effektiven Selbstreinigungsmaßnahmen geschnürt und ist eine personelle Maßnahme wie der Entzug einer Prokura oder Leitungsfunktion nur eine einzelne, untergeordnete Maßnahme, die eine Person mit eher geringem Tatbeitrag betrifft, wird die Wiedererteilung der Prokura oder das Wiedereinsetzen in die Leitungsposition nach einem Wohlverhaltenszeitraum (ähnlich einer Probezeit) u. E. jedenfalls auch schon vor Ablauf der maximalen Ausschlussfrist des § 83 Abs 5 BVergG möglich sein, ohne eine Ineffektivität der übrigen Selbstreinigungsmaßnahmen zu riskieren. Anders gelagert mag der Fall sein, wenn die personelle Maßnahme die Hauptmaßnahme der Selbstreinigung darstellt und/oder die Verfehlung besonders schwer wiegt. In einem solchen Fall wird es einer besonderen Rechtfertigung bedürfen, wenn die personelle Maßnahme vor Ablauf der maximalen Ausschlussfrist geändert werden soll. Maßgeblich bei der Beurteilung der Auswirkung der Rückgängigmachung einer personellen Selbstreinigungsmaßnahme ist sicherlich der konkrete Tatbeitrag der betroffenen Person (und hat eine strafrechtliche Verurteilung stattgefunden oder nicht), deren zwischenzeitiges Wohlverhalten, die Zeitspanne dieses Wohlverhaltens, die Position der involvierten Person und allfällige flankierende Maßnahmen (wie z. B. Gesamtprokura statt Einzelprokura, Anweisungen, zeitnahe und stringente Überprüfungen etc.) und generell die Frage der Angemessenheit eines Ausschlusses von öf-

fentlichen Aufträgen. Im Übrigen wird auch noch zu bedenken sein, welche ergänzenden Zusagen (z. B. keine Angebotsbearbeitung seitens „involvierter“ Personen) einem öffentlichen Auftraggeber gegenüber allenfalls gegeben wurden und weiterhin einzuhalten sind.

Denkbar ist daher u. E. auch, dass „involvierten“ Personen nach einem Wohlverhaltenszeitraum sogar eine Geschäftsführungsposition (wieder-)eingeräumt wird. Natürlich immer im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung (Stichwort Tatbeitrag) und Abwägung der Angemessenheit und Effektivität der Maßnahmen. Möchte man hier einen Widerspruch zu einem funktionierenden Compliance-System, im Besonderen zur Anforderung „tone from the top“ sehen, so ist dem entgegenzuhalten, dass darin – ganz im Gegenteil – sogar ein Zeichen eines besonders effektiven Compliance-Systems, konkret einer funktionierenden Compliance-Kultur gesehen werden kann. Hat eine „involvierte“ Person beispielsweise ihr Fehlverhalten reumütig eingestanden, aktiv kooperiert und zur Aufklärung eines Fehlverhaltens beigetragen sowie sich anschließend wohl verhalten, kann dies eine positive Vorbildfunktion darstellen und hinkünftig Mitarbeiter motivieren, Vorfälle zu melden und aufzuklären. Darüber hinaus kann es zu einer „Vertrauens-Kultur“ im Gegensatz zu einer „Vernaderungs-Kultur“ im Unternehmen beitragen und damit wiederum das Compliance-System stärken.

Eine Selbstreinigung soll u.E. nicht nur für das Unternehmen selbst, sondern auch für „involvierte“ Personen möglich sein. Letztlich ist dies ja auch der eigentliche Grundgedanke der Selbstreinigung: Bieter (und damit auch allfällig involvierte Mitarbeiter) sollen im Fall einer Verfehlung diese eingestehen, sich dazu bekennen, Schadenswiedergutmachung zu leisten, Maßnahmen zur Verhinderung setzen und in Zukunft keine neue Verfehlung mehr begehen und so Auftraggebern als zuverlässige Partner zur Verfügung stehen.

Selbstverständlich ist dabei entscheidend, dass die Selbstreinigungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit effektiv bleiben, damit eine Prognose-Entscheidung eines Auftraggebers positiv ausfallen kann. //