

Betriebs Berater

12 | 2020

Cum-Ex ... VergabeR ... Gemeinnützigkeit ... Smartphone-Verbot ... Recht ... Wirtschaft ...

16.3.2020 | 75. Jg.
Seiten 641–704

DIE ERSTE SEITE

Florian Lechner, RA
Cum-Ex-Geschäfte – der aktuelle Stand

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Andreas Walter, LL.M., RA, **Ramón Glaß**, LL.M., RA, und **Hanna Löschan**, LL.M., RAin
Ex und hopp – Ausschluss von Vergabeverfahren wegen Beteiligung an Cum-Ex-Geschäften | 642

Tilman Hölldampf, RA, und **Dr. Tilman Schultheiß**, RA
Die Zinsanpassung bei Prämiensparverträgen – kein Fall für die Missstandsaufsicht der BaFin | 651

STEUERRECHT

Prof. Dr. Wolfgang Blumers, RA
Fehlende Selbstlosigkeit einer gGmbH | 663

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dr. Annekatriin Veit, RAin/StBin
BB-Rechtsprechungs- und Verwaltungsreport zur Bilanzierung betrieblicher Altersversorgung 2019/2020 | 683

ARBEITSRECHT

Martin Jarsch, RA/FAArbR
Kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei einem Verbot der Nutzung von Smartphones/Mobiltelefonen während der Arbeitszeit zu privaten Zwecken | 692

Dr. Andreas Walter, LL.M., RA, Ramón Glaßl, LL.M., RA, und Hanna Löschan, LL.M., RA in

Ex und hopp – Ausschluss von Vergabeverfahren wegen Beteiligung an Cum-Ex-Geschäften

Teilnehmer an Cum-Ex-Geschäften sind unter bestimmten Umständen – spätestens, wenn Gerichte strafrechtliche Anklagen gegen Leitungspersonen des Unternehmens zugelassen oder gar Untersuchungshaft angeordnet haben – von öffentlichen Vergabeverfahren auszuschließen. Eine rasche Selbstreinigung wird häufig nicht in Betracht kommen. Unterlegene, integre Wettbewerber können einen insoweit unterlassenen Ausschluss gerichtlich überprüfen lassen, was einerseits zu Verzögerungen bei Vergabeverfahren und andererseits sogar zu Haftungsansprüchen gegen die öffentliche Hand führen könnte.

I. Einleitung

Die juristische Aufarbeitung der sog. Cum-Ex-Geschäfte ist derzeit in vollem Gange und schlägt immer höhere Wellen. Insbesondere beschäftigen sich Gesetzgeber,¹ Rechtsprechung,² Literatur³ aber auch Publikumsmedien intensiv mit dem Thema. Der Großteil der Literatur beschäftigt sich hierbei mit den steuerrechtlichen Fragen und – dem nachgelagert – der strafrechtlichen Bewertung des Verhaltens der verschiedenen Teilnehmer – im Wesentlichen Investoren, Arrangeure und Berater – beziehungsweise den für diese tätigen natürlichen Personen. Mit der sicher ebenso spannenden vergaberechtlichen Frage, die sich auf die einfache Formel „muss die öffentliche Hand weiterhin diejenigen durch die Vergabe von Aufträgen füttern, die sie beißt,“ beschäftigt sich die rechtswissenschaftliche Literatur soweit ersichtlich bislang nicht. In der politischen Debatte taucht diese auf der Hand liegende Frage allerdings bereits auf.⁴ Der Aufsatz geht der Frage nach, unter welchen Umständen Teilnehmer an Cum-Ex-Geschäften von der Vergabe öffentlicher Aufträge auszuschließen sind.

II. Ausgangspunkt

Ausgangspunkt von Cum-Ex-Geschäften ist vereinfacht gesagt die schuldrechtliche Vereinbarung über die Veräußerung von Aktien vor dem Dividendenstichtag (*cum Dividende*), wohingegen die dingliche Lieferung der Aktie nach diesem Tag erfolgt (*ex Dividende*). Der wesentliche Hintergrund derartiger Gestaltungen ist, dass die Emittentin der Aktie dem Aktionär die Netto-Dividende ausbezahlt, die Kapitalertragsteuer nebst Solidaritätszuschlag auf die Dividende an das für sie zuständige FA abführt und anschließend dem Steuerinländer eine diesbezügliche Steuerbescheinigung ausstellt, dem Steuerausländer allerdings nicht ohne Weiteres. Der Steuerinländer erwirbt also einen Steuergutschriftanspruch, wohingegen die von der Emittentin abgeführte Kapitalertragsteuer beim Steuerausländer, soweit er keinen Erstattungsanspruch hat, einen echten Verlust verursacht. Durch die eingangs beschriebene Gestaltung „tauscht“ der Steuerausländer also die ihm normalerweise zustehende Dividende gegen einen Kursgewinn. Der beteiligte Steuerinländer erhält für seine „Dienste“ eine im

Verhältnis zur Dividende eher geringe Vergütung.⁵ Steuerliche Folge dieser auch als Dividendenstripping bezeichneten „Basisversion“ des Cum-Ex-Geschäfts ist die Abführung der Kapitalertragsteuer durch die Emittentin der Aktie und deren anschließende Geltendmachung durch den beteiligten Steuerinländer.

Anders als beim klassischen Dividendenstripping ist (i) der Veräußerer bei der jetzt in der Diskussion stehenden Spielart der Cum-Ex-Geschäfte nicht Eigentümer der betroffenen Aktien und (ii) beantragt nicht nur die steuerliche Anrechnung sondern die Erstattung von Kapitalertragssteuern nach § 50d Abs. 1 EStG.⁶

Er verkauft selbst leer und deckt sich zuvor leer mit der Maßgabe ein, dass erst nach dem Dividendenstichtag geliefert werden muss. Hierbei kann (oder soll) es zu Konstellationen kommen, bei denen sowohl der juristische Eigentümer der Aktien als auch der vom Leerverkäufer Erwerbende als angeblicher „wirtschaftlicher Eigentümer“ Steuerbescheinigungen erhalten. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt des Erstattungsbegehrens ist der in § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG verankerte Anrechnungsmechanismus beziehungsweise – wenn der Antragsteller (wie meist) im Ausland sitzt – § 50d Abs. 1 EStG.

Auf die Einkommensteuer wird demnach die erhobene Kapitalertragssteuer unter anderem angerechnet, soweit eine Steuerbescheinigung vorgelegt wird (§ 36 Abs. 2 S. 2 EStG) und sie auf Einkünfte entfällt, die im Rahmen der Veranlagung erfasst wurden (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 lit. a EStG) oder die seit 2007 aufgrund besonderer gesetzlicher

1 Beschlussempfehlung des 4. Untersuchungsausschuss nach Art. 44 GG (sog. Cum-Ex-Ausschuss) in BT-Drs. 18/12700; Antrag „Cum/Ex-Steuerskandal unverzüglich beenden“ in BT-Drs. 19/5765; Antrag „Sonderermittler zur Aufarbeitung der Cum-Ex-Geschäfte einsetzen in BT-Drs. 18/3735; zahlreiche Anfragen wie bspw. in BT-Drs. 19/11883; BT-Drs. 19/653; BT-Drs. 19/11912 oder BT-Drs. 18/13549 und Gesetzentwürfe wie bspw. in BT-Drs. 18/11132 (Steuerungsbekämpfungsgesetz); BT-Drs. 19/14685 (Gesetz zur Einführung einer Pflicht zur Mitteilung grenzüberschreitender Steuergestaltungen).

2 Bspw. BVerfG, 2.3.2018 – 2 BvR 1163/13; OLG Köln, 21.6.2018 – 16 U 35/18, DStRE 2019, 1420; LG Stuttgart, 16.1.2019 – 12 U 19/19, DStRE 2019, 852; Hessisches FG, 10.3.2017 – 4 K 977/14, WM 2017, 854; FG Düsseldorf, 12.12.2016 – 6 K 1544/11 K, AO, DStRE 2017, 1424; BGH, 7.2.2017 – 1 BGs 74/17, NJW 2017, 1405; OLG Stuttgart, 14.9.2018 – 5 U 98/17; Hessisches FG, 10.2.2016 – 4 K 1684/14, DStR 2016, 1084; und laufend u.a. LG Bonn, 16.7.2019 – 62 KLS 1/19; LG Frankfurt a.M., Az. 2-05 O 22/19 (Vergleichsabschluss), LTO vom 30.8.2019.

3 S. nur Florstedt, DStR 2019, 655; Zapf, BB 2019, 1182; Knauer/Schomburg, NSTz 2019, 305; Heilbock/Geissler, GWR 2019, 211; Zapf, BB 2019, 1182; Westermann, DStR 2018, 2778; Florstedt, NZG 2017, 601; Rau, DStR 2017, 1852; Schmid/Mühlhäuser, DStR 2017, 2778; Habammer, DStR 2017, 1958; Spengel/Eisgruber, DStR 2015, 785; aber auch bereits Rau, DStR 2011, 510.

4 S. beispielhaft wurde in BT-Drs. 18/9390, 24f. der Frage nachgegangen, wie viele Unternehmen bereits aufgrund der Teilnahme an Cum-Ex-Geschäften von öffentlichen Aufträgen ausgeschlossen wurden und was die diesbezüglichen Voraussetzungen seien oder der Bericht über die Finanzkriminalität, Steuerhinterziehung und Steuervermeidung des Europäischen Parlaments (2018/2121(INI)), Nr. 100ff. u. 57.

5 Nach Knauer/Schomburg, NSTz 2019, 305, 306 etwa 3-4% allerdings mit Bezug auf den Tatbestand in Hessisches FG, DStR 2016, 1084, 1086f. wonach der die Steueranrechnung- bzw. Erstattung Beantragende laut eines Berichts einer (nicht näher bezeichneten) Wirtschaftsprüfungsgesellschaft 2% des Dividendenbetrags als Vergütung an den beteiligten Antragsteller flößen und auf Beschlussempfehlung des 4. Untersuchungsausschuss nach Art. 44 GG (sog. Cum-Ex-Ausschuss) in BT-Drs. 18/12700, 451 u. 495, der sich allerdings seinerseits jeweils auf Sekundärquellen bezieht, die die Vergütung der beteiligten inländischen Kreditinstitute beschreiben (sollen).

6 Sehr übersichtlich dargestellt FG Köln, 19.7.2019 – 2 K 2672/17, Rn. 3-188, WM 2020, 371.

Anordnung außer Ansatz bleiben (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 lit. b i.V.m. § 3 Nr. 40 u. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG). Bereits aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich, dass die Vorlage der Steuerbescheinigung lediglich eine Tatbestandsvoraussetzung von dreien ist und nicht etwa den unwiderleglichen Beweis für die Erhebung der Steuer in sich trägt.⁷

Eine Dividende fließt dem Leerkäufer schon deshalb nicht zu, weil Gewinnanteile im Sinne von § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG i.V.m. § 60 Abs. 1 AktG nur dem Aktionär und nicht dem mehr oder weniger wirtschaftlich Berechtigten zufließen. Umstritten scheint aber zu sein, ob dem Leerverkäufer zufließende Dividendenkompensationszahlungen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG zu berücksichtigende Einnahmen sind oder nicht. Für den Zeitraum vor 2007 ergibt sich schon aus der Ausschließlichkeit des Eigentums (§ 903 BGB), dass es nur einen, nämlich den juristischen Eigentümer geben kann. Auch für die Zeit danach würde vom juristischen Eigentum abweichendes wirtschaftliches Eigentum voraussetzen, dass Besitz und Gefahr, Nutzen und Lasten, insbesondere die Chancen auf eine Wertsteigerung und das Risiko einer Wertminderung, nicht (mehr) beim zivilrechtlichen sondern bei dem dann wirtschaftlichen Eigentümer liegen.⁸ Eine Dopplung oder weitergehende Vervielfachung der Eigentümerpositionen ist insoweit also von vorneherein ausgeschlossen.⁹

Vor dem Hintergrund, dass es bei den problematischen Cum-Ex-Fällen regelmäßig um solche geht, bei denen nicht abgeführte Steuer „erstattet“ werden soll, scheint das entscheidende Tatbestandsmerkmal aber ohnehin zu sein, ob die Steuer zuvor *erhoben* wurde. Denkbar ist durchaus, dass die Steuer nicht erst erhoben wurde, wenn sie beim FA eingeht, sondern bereits dann, wenn die jeweils zuständige Stelle sie einbehalten hat.¹⁰ Andernfalls würde dem Steuerpflichtigen das Insolvenz- oder Verzugsrisiko der jeweils verantwortlichen Stelle (hier also beispielsweise der Depotbank oder der Emittentin) aufgebürdet werden. In den fraglichen Cum-Ex-Geschäften fand im Rahmen der Dividendenkompensationszahlung gar kein Steuereinbehalt statt. Der Einbehalt von Kapitalertragsteuer durch die Emittentin der Aktien erfolgt für den Dividendenempfänger, also den Aktionär und damit den (juristischen) Eigentümer der Aktie, und nicht etwa für einen (oder mehrere, gestaffelte) Leerkäufer. Im Übrigen scheidet eine Anrechenbarkeit sowieso dann aus, „wenn und soweit der Abzugspflichtige den betreffenden Betrag in der Folge an den Steuerschuldner weiterleitet und der Steuerschuldner dies als Auskehrung des Abzugsbetrags erkennt oder erkennen muss“¹¹ Aus der Gesamtsystematik von §§ 20 Abs. 1 Nr. 1, 44 Abs. 1 S. 3 und 45 Abs. 3 S. 2 EStG ergibt sich vereinfacht gesagt, dass Voraussetzung einer Anrechnung die tatsächlich erfolgte Besteuerung ist.

Sitzt der Antragsteller – wie meist – im Ausland und beantragt die Erstattung unter Bezugnahme auf ein Doppelbesteuerungsabkommen¹² stützt er sich auf § 50d Abs. 1 EStG. Wobei § 50d Abs. 1 S. 2 EStG – anders als § 36 Abs. 2 EStG – sogar ausdrücklich von *eingehaltener und abgeführter* Steuer spricht.

Darüber hinaus schließt § 42 Abs. 1 AO den Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten zur Umgehung steuerlicher Regelungen aus.¹³

Die Anrechnung oder beantragte Erstattung einer nicht zuvor zu entrichtenden Kapitalertragsteuer in den skizzierten Cum-Ex-Fällen ist daher mit dem Steuerrecht nicht in Einklang zu bringen.

Strafrechtlich kommen (Mit-)Täterschaft oder Beihilfe zu einer Steuerhinterziehung, § 370 AO, in Betracht. Vor dem Hintergrund des schwindelerregenden Ausmaßes jeder einzelnen vollendeten oder versuchten Verkürzung wird es sich jeweils um einen besonders schweren

Fall der Steuerhinterziehung handeln, §§ 370 Abs. 1 Nr.1, Abs. 3 Nr. 1 AO.

Da in entsprechenden Erklärungen und Anträgen ebenso wie in Steuerbescheinigungen (jedenfalls konkludent) erklärt wird, dass die zugrunde liegende Steuer entrichtet wurde, liegt eine unrichtige oder unvollständige Angabe über steuerlich erhebliche Tatsachen im Sinne von § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO vor. In strafrechtlicher Hinsicht wird entscheidend sein, ob die Beteiligten den erforderlichen Vorsatz hatten oder nicht. Insoweit wird jeder Einzelfall für sich zu betrachten sein. Indizien für den Vorsatz könnten die wirtschaftliche Ausgestaltung der Transaktion,¹⁴ Art und Umfang der Absprachen der Transaktionsbeteiligten, aber auch Äußerungen und Verhalten gegenüber Dritten ergeben. Ob ein Täter oder Teilnehmer sich bei Tatbegehung in einem Tatbestandsirrtum oder unvermeidbaren Verbotsirrtum befand, wird im Einzelfall zu prüfen sein. Bloße Gefälligkeitsgutachten werden jedenfalls nicht geeignet sein, um als Ausgangspunkt eines Irrtums herhalten zu können. In Betracht kommt darüber hinaus, dass die einzelnen Transaktionsteilnehmer sich nach § 129 Abs. 1 S. 1 StGB wegen der Bildung einer kriminellen Vereinigung strafbar gemacht haben. Wäre der Verfasser eines vermeintlich entlastenden Gutachtens Mitglied einer solchen Vereinigung, würden sich die übrigen Mitglieder sicherlich nicht auf seine Begutachtung verlassen dürfen.

III. Ausschluss vom Vergabeverfahren

Eine Beteiligung an Cum-Ex Geschäften, auch in Gestalt einer Beratungstätigkeit durch beispielsweise Anwalts- oder Steuerkanzleien, kann jedoch nicht nur strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen, sondern auch vergaberechtliche. Der Gesetzgeber hat in den §§ 123 und 124 GWB nämlich vorgesehen, dass Unternehmen bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen vom Vergabeverfahren auszuschließen sind bzw. ausgeschlossen werden können.

1. Zwingende Ausschlussgründe, § 123 GWB

Zunächst sieht § 123 GWB Ausschlussgründe vor, bei deren Vorliegen dem öffentlichen Auftraggeber kein Ermessen zusteht und er die bietende oder sich bewerbende Partei von dem Vergabeverfahren auszuschließen hat. Obgleich es sich hier um eine gebundene Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers handelt, sieht der Gesetzgeber in § 123

7 Hessisches FG, 10.3.2017 – 4 K 977/17, Rn. 103, WM 2017, 863, Rn. 103; Hessisches FG, 10.2.2016 – 4 K 1684/14, DStR 2016, 1084, 1092; FG Düsseldorf, 9.10.2018 – 13 K 1792/17 G, DStRE 2019, 885; wohl auch BFH, 16.4.2014 – I R 2/12, BB 2014, 2720 (nicht einmal prüfend, ob die Steuerbescheinigung abschließenden Vollbeweis erbringt); eingehend Spengel/Eisgruber, DStR 2015, 785, 795 m. w. N.; anderer Auffassung allerdings Berger/Matuszewski, BB 2011, 3097, 3103; Klein, BB 2013, 1054, 1056 und Desens, DStR 2012, 2473, 2476 (jeweils mit Bezug auf BFH in BB 2008, 2222, der allerdings eine Steuerbescheinigung als „unverzichtbares Beweismittel“ eingeordnet hat aber mit keinem Wort erwähnt, dass die Bescheinigung ein unwiderlegliches oder gar abschließendes Beweismittel sei); aber auch Loritz, WM 2017, 353, 358 und Derlien/Kern, BB 2013, 1943, 1948.

8 FG Köln, 19.7.2019 – 2 K 2672/17, Rn. 346, WM 2020, 371.

9 FG Köln, 19.7.2019 – 2 K 2672/17, Rn. 404 („systemwidrig und logisch unmöglich“), WM 2020, 371.

10 So bereits BFH, 23.4.1996 – VIII R 30/93, DStR 1996, 1526.

11 BFH, 20.10.2010 – I R 54/09, Rn. 32, BFH/NV 2011, 641.

12 Die bei zahlreichen Cum-Ex-Geschäften eingesetzten US-Pensionsfonds sind insoweit nach Art. 10 Abs. 3 Lit. b des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen Deutschland und den USA privilegiert.

13 So zu den Cum-Cum-Fällen schon BMF, 17.7.2017 – IV C 1 – S 2252/15/10030 :005, DOK 2017/0616356, DStR 2017, 1599; ebs. Hessisches FG, 28.1.2020 – 4 K 890/17, PM vom 30.1.2020; kritisch Loritz, WM 2017, 353, 35; ablehnend Brühl/Holle/Weiss, DStR 2017, 2093, 2098.

14 Ein nicht unerheblicher Teil der Cum-Ex-Transaktionen hätte ohne (unberechtigte) Steuererstattung wohl zu einem Verlust geführt.

Abs. 5 GWB Umstände vor, bei deren Vorliegen eine Ausnahme von der ansonsten zwingenden Rechtsfolge möglich ist.

In § 123 GWB sind im Wesentlichen zwei Ausschlussgründe normiert: Ein Unternehmen ist auszuschließen, wenn eine für die Leitung verantwortliche Person eine (qualifizierte) Straftat begangen hat (§ 123 Abs. 1 GWB) oder wenn das Unternehmen seiner Verpflichtung zur Zahlung von Steuern, Abgaben oder Sozialversicherungsbeiträgen nicht nachgekommen ist (§ 123 Abs. 4 GWB).

Die Vorschrift setzt Art. 57 Abs. 1, 2 und 3 UAbs. 1 und Abs. 5 der RL 2014/24/EU (Vergaberechtsrichtlinie, „VRL“) um. Ziel der VRL und des § 123 GWB ist die wirksame Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, deren Beteiligte nicht von öffentlichen Aufträgen profitieren sollen;¹⁵ gleiches gilt für gemeinschädliche Unternehmen im Sinne des § 123 Abs. 4 GWB.

a) Öffentlicher Auftraggeber

Nach § 123 GWB (und ebenso § 124 GWB, hierzu sogleich) schließen öffentliche Auftraggeber Unternehmen von Vergabeverfahren aus. Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers wiederum ist in § 99 GWB legaldefiniert.

Hiernach sind öffentliche Auftraggeber unter anderem (i) Gebietskörperschaften, (ii) juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, (iii) Verbände, deren Mitglieder unter (i) oder (ii) fallen, und (iv) natürliche oder juristische Personen des privaten oder juristische Personen des öffentlichen Rechts, sofern sie bestimmte Dienstleistungen erhalten.

Öffentliche Auftraggeber können neben Bund, Ländern und Gemeinden insbesondere auch Bergbauunternehmen, Handwerkskammern, staatliche Hochschulen, Industrie- und Handelskammern, berufsständische Kammern und Versorgungswerke, Krankenhäuser, gesetzliche Krankenkassen, öffentlich-rechtliche Kreditinstitute, Messegesellschaften, Nahverkäufersunternehmen, öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten, Studentenwerke, öffentliche Versicherungen oder auch städtische Wohnungsbaugesellschaften sein, um nur einige Beispiele zu nennen.¹⁶

b) Der Begriff des Unternehmens

Auszuschließen ist nach § 123 Abs. 1 bzw. Abs. 4 GWB das „Unternehmen“, während Art. 57 Abs. 1 VRL vom „Wirtschaftsteilnehmer“ spricht. Weil § 123 Abs. 1 GWB Art. 57 Abs. 1 VRL umsetzen soll und um der Vorschrift zur vollen Wirksamkeit zu verhelfen, ist eine weite und richtlinienkonforme Auslegung des Unternehmensbegriffs vorzunehmen.¹⁷ Im Einklang mit Art. 2 Abs. 1 Nr. 10 VRL ist mithin auf eine natürliche oder juristische Person oder öffentliche Einrichtung oder eine Gruppe solcher Personen und/oder Einrichtungen, einschließlich jedes vorübergehenden Zusammenschlusses von Unternehmen abzustellen, die bzw. der auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Errichtung von Bauwerken, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen anbietet.

Angesichts dieser weiten Auslegung werden auch Bewerber- und Bietergemeinschaften in den Anwendungsbereich von § 123 Abs. 1 GWB fallen,¹⁸ jedoch mit der Besonderheit, dass das Angebot der Gemeinschaft auszuschließen ist, wenn bereits eines ihrer Mitglieder unzulässig war.¹⁹ Ebenfalls in den Anwendungsbereich von § 123 Abs. 1 GWB fallen solche Unternehmen, die ihre Eignung im Wege der Eig-

nungsleihe zur Verfügung stellen – also auch Unterauftragnehmer, § 36 Abs. 5 VgV.²⁰

Weil Unternehmen nach deutschem Recht nicht strafbar sind und Straftaten nur von natürlichen Personen begangen werden können, sieht § 123 Abs. 3 GWB vor, dass die Handlungen bestimmter Personen einem Unternehmen zuzurechnen sind. Nach § 123 Abs. 3 GWB wird das Verhalten einer rechtskräftig verurteilten Person einem Unternehmen dann zugerechnet, wenn diese Person als für die Leitung des Unternehmens Verantwortlicher gehandelt hat. Auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die Ausübung sonstiger Kontrollbefugnisse in leitender Stellung fallen unter § 123 Abs. 3 GWB, also auch Aufsichtsratsmitglieder, Personen mit bestimmter Bereichsverantwortung und Compliance-Beauftragte.²¹ Vertretungsberechtigte Gesellschafter von rechtsfähigen Personengesellschaften, also insbesondere auch Partner einer Rechtsanwaltspartnerschaftsgesellschaft, fallen ebenfalls hierunter.²²

Für die Zurechnung ist – zumindest dem Wortlaut von § 123 Abs. 3 GWB nach – ferner erforderlich, dass die Person auch in Erfüllung dieser Leitungsverantwortung gehandelt haben muss. In der Literatur wird diese Formulierung im Einklang mit dem Bundesrat bisweilen kritisch gesehen; es dürfte jedoch auch nach Ansicht des Gesetzgebers²³ Einigkeit bestehen, dass die Handlung der Person Unternehmensbezug haben muss, sodass Straftaten bzw. Handlungen im ausschließlich privaten Zusammenhang keinen Ausschlussgrund darstellen.²⁴

Handlungen von rechtskräftig verurteilten Personen im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit, die zu den Cum-Ex-Geschäften beitragen, sind also dem jeweiligen Unternehmen grundsätzlich zuzurechnen.

c) Verurteilung wegen einer Katalogstraftat, § 123 Abs. 1 GWB

Nach § 123 Abs. 1 GWB schließen öffentliche Auftraggeber ein Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren aus, wenn sie Kenntnis davon haben, dass eine Person, deren Verhalten nach § 123 Abs. 3 GWB dem Unternehmen zuzurechnen ist, wegen einer der in § 123 Abs. 1 GWB genauer bezeichneten Straftaten rechtskräftig ver-

15 BMWi, Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts, Beschluss des Bundeskabinetts, 7. Januar 2015, abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/E/eckpunkte-zur-reform-des-vergaberechts.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (Abruf: 18.2.2020), S. 9.

16 Eine gelungene und detailliertere Übersicht ist zu finden bei Dörr, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 3. Teil, 3. Aufl. 2017, § 99, Rn. 66 ff.

17 So auch Kaufmann, in: Plünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 123, Rn. 7 m. w. N.

18 Kaufmann, in: Plünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 123, Rn. 8; Opitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 123, Rn. 45.

19 OLG Düsseldorf, 31.7.2007 – VII-Verg 25/07; OLG Düsseldorf, 14.11.2018 – VII-Verg 31/18; Kaufmann, in: Plünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 123, Rn. 8; Opitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 123, Rn. 45.

20 Kaufmann, in: Plünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 123, Rn. 9.

21 Pauka, in: MüKo Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. I, 2. Aufl. 2018, § 123, Rn. 14; Opitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 123, Rn. 45.

22 Ebs. auch Bundesregierung, Begründung BT-Drs. 18/6281, 104; Kaufmann, in: Plünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 123, Rn. 9; im Ergebnis wohl auch Opitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 123, Rn. 39, welcher eine richtlinienkonforme Auslegung vornimmt und einen rein zeitlichen Bezug im Sinne von „während der Ausübung Leitungsverantwortung“ ausreichen lässt.

23 Bundesregierung, Begründung BT-Drs. 18/6281, 104.

24 Pauka, in: MüKo Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. I, 2. Aufl. 2018, § 123, Rn. 15; Kaufmann, in: Plünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 123, Rn. 48; Opitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 123, Rn. 42.

urteilt oder gegen das Unternehmen eine Geldbuße nach § 30 OWiG rechtskräftig festgesetzt worden ist.

Der Katalog von Straftaten in § 123 Abs. 1 GWB, bei deren rechtskräftiger Verurteilung ein Unternehmen auszuschließen ist, zählt abschließend²⁵ sämtliche relevanten Tatbestände auf. Mit Ausnahme der Bildung einer kriminellen Vereinigung nach § 129 StGB (s. bereits oben) wird jedoch keiner der dort genannten Straftatbestände vorliegend einschlägig sein. Zwar kann eine Beteiligung an Cum-Ex-Geschäften unter Umständen den Straftatbestand des (besonders schweren Falls eines) Betruges nach § 263 StGB und mithin grundsätzlich § 123 Abs. 1 Nr. 4 GWB erfüllen;²⁶ nach § 123 Abs. 1 Nr. 4 GWB ist jedoch erforderlich, dass sich die Straftaten gegen den Haushalt der EU oder gegen Haushalte richtet, die von der EU oder in ihrem Auftrag verwaltet werden. Verurteilungen wegen Betruges, der sich wie bei Cum-Ex-Geschäften ausschließlich gegen nationale Haushalte richten, sind von § 123 Abs. 1 Nr. 4 GWB insofern nicht erfasst.²⁷

d) Steuern, § 123 Abs. 4 GWB

§ 124 Abs. 4 GWB sieht vor, dass ein Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen ist, wenn es seinen Verpflichtungen zur Zahlung von Steuern o.Ä. nicht nachgekommen ist und dies entweder durch eine rechtskräftige Gerichts- oder bestandskräftige Verwaltungsentscheidung festgestellt wurde oder der öffentliche Auftraggeber dies auf sonstige Weise nachweisen kann.

Unter Steuern sind, im Einklang mit § 3 Abs. 1 AO,²⁸ Geldleistungen zu verstehen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen und die von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einnahmen allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft; dabei kann die Erzielung von Einnahmen Nebenzweck sein. Die Kapitalertragsteuer fällt unter diese Definition.

aa) Nichtentrichtung von Steuern

Fraglich ist zunächst, ob die Beteiligung an Cum-Ex-Geschäften eine „Nichtentrichtung von Steuern“ darstellt, wie sie in § 123 Abs. 4 GWB gefordert wird. Denn vorliegend wurde die Steuer nicht gezahlt, vielmehr wurde sie letztlich ohne Grundlage angerechnet oder vermeintlich erstattet. Sinn und Zweck des Ausschlusses nach § 123 Abs. 4 GWB ist neben Generealprävention insbesondere, den Auftraggeber vor der Unzuverlässigkeit der Bietenden oder Bewerbenden zu schützen, die durch Nichterfüllung von Zahlungsverpflichtungen gegenüber öffentlichen Kassen zum Ausdruck kommt.²⁹ So soll letztlich sichergestellt werden, dass nur gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen öffentliche Aufträge erhalten.³⁰ Dieser Zweck wird indes nur erfüllt, wenn nicht nur die Nichtentrichtung von Steuern, sondern auch eine ungerechtfertigte Anrechnung bzw. Auszahlung unter § 123 Abs. 4 GWB subsumiert wird. Dies gilt umso mehr, als der deutsche Gesetzgeber sich bei der Umsetzung von Art. 57 Abs. 2 VRL treu an den Wortlaut gehalten hat, obgleich er nicht auf deutsche Sachverhalte ohne Weiteres anwendbar ist: Im deutschen Steuerrecht existiert nämlich kein Verfahren, bei dem ausdrücklich die Nichtentrichtung festgestellt wird.³¹ Dies steht auch im Einklang mit der Gesetzesbegründung, nach welcher auch Verurteilungen wegen Steuerhinterziehung nach § 370 AO³² und wegen Vorenthaltung und Veruntreuung von Sozialversicherungsbeiträgen nach § 266a StGB als

Unterfälle dieses neuen zwingenden Ausschlussgrunds erfasst werden.³³

bb) Erfüllung der Verpflichtung des Unternehmens

Nach § 124 Abs. 4 S. 1 GWB ist es Voraussetzung, dass das Unternehmen seiner Verpflichtung zur Entrichtung von Steuern o.Ä. nicht nachkommt. Sofern Beteiligte an Cum-Ex-Geschäften wegen täterschaftlicher Steuerhinterziehung (also Nichterfüllung ihrer Verpflichtung zur Entrichtung von Steuern) rechtskräftig verurteilt wurden, ist dieses Tatbestandsmerkmal regelmäßig problemlos erfüllt.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob auch Gehilfen, also beispielsweise die anwaltlichen und/oder steuerlichen Berater der an Cum-Ex-Geschäften beteiligten Unternehmen, diese Voraussetzung erfüllt haben und somit von Vergabeverfahren auszuschließen sind. Es besteht nämlich durchaus die Möglichkeit, dass diese sich der Beihilfe zur Steuerhinterziehung strafbar gemacht haben. Letztlich haben auch diese Berater eine wesentliche Rolle im Cum-Ex Skandal gespielt³⁴ und zum „Gelingen“ beigetragen. Die Bedeutung der Berater zeigen nicht zuletzt auch die Ermittlungen der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt a.M. gegen einen ehemaligen Partner einer großen, internationalen Anwaltssozietät wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung.³⁵

Eine ausdrückliche Regelung, ob auch die rechtskräftige Verurteilung wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung nach § 370 AO i.V.m. § 27 StGB einen Ausschlussgrund darstellt, sehen weder § 123 Abs. 4 GWB noch Art. 57 VRL vor; Gleiches gilt für die Gesetzesbegründung oder Erwägungsgründe. Stellt man jedoch auf Sinn und Zweck von § 123 Abs. 4 GWB ab, kann ein Ausschluss auch bei einer Beihilfe zur Steuerhinterziehung zumindest in Betracht gezogen werden. Erklärtes Ziel von § 123 Abs. 4 GWB ist es, den Auftraggeber vor der Unzuverlässigkeit von Bietenden oder Bewerbenden zu schützen, die durch Nichterfüllung von Zahlungsverpflichtungen gegenüber öffentlichen Kassen zum Ausdruck kommt, sowie sicherzustellen, dass diese Bietenden oder Bewerbenden nicht in den Genuss eines öffentlichen Auftrags kommen.³⁶

25 S. Kaufmann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 123, Rn. 11 m.w.N.
 26 S. hierzu LG Köln, 16.7.2015 – 106 Qs 1/15.
 27 Kaufmann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 123, Rn. 17. Opitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 123, Rn. 21.
 28 Opitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 123, Rn. 48.
 29 Opitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 123, Rn. 47; Kaufmann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 123, Rn. 61 m.w.N.
 30 Kaufmann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 123, Rn. 61.
 31 Kaufmann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 123, Rn. 63.
 32 S. auch Opitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 123, Rn. 49, wonach eine Nichterfüllung vorläge, wenn die in einem Bescheid oder einer Anmeldung festgesetzten Steuern nicht gezahlt würden. Der Anwendungsbereich des § 370 AO sei eröffnet, wenn Steuern nicht, nicht in voller Höhe oder nicht rechtzeitig festgesetzt würden.
 33 Bundesregierung, Begründung BT-Drs. 18/6281, 104; Opitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 123, Rn. 49; Kaufmann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 123, Rn. 63.
 34 Ackermann u. a., Zeit Online vom 8.6.2017, abrufbar unter <https://www.zeit.de/2017/24/cum-ex-steuerbetrug-steuererstattungen-ermittlungen> (Abruf: 5.12.2019); Bognanni, ta gesschau.de vom 21.11.2019, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/investigativ/wdr/cum-ex-anwaltskanzlei-anklage-101.html> (Abruf: 5.12.2019); Votsmeier, HB vom 16.6.2019, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherung/cum-ex-skandal-neue-razzien-versicherer-und-freshfields-anwaelte-geraten-ins-visier-der-ermittler/24463582.html?ticket=ST-9908676-7rUd9WwVgydybY6VUK9XE-ap6> (Abruf: 5.12.2019).
 35 Zeit Online vom 27.11.2019, Erste Festnahme in Deutschland im Cum-Ex-Skandal, unter <https://www.zeit.de/wirtschaft/2019-11/steuerbetrug-cum-ex-skandal-festnah-me-deutschland> (Abruf: 5.12.2019).
 36 S. Fn. 29, 30.

Für eine Anwendung von § 123 Abs. 4 GWB auch auf Gehilfen sprechen zudem der nach § 27 StGB erforderliche „doppelte Vorsatz“ des Gehilfen³⁷ sowie die Anknüpfung des Strafrahmens an den der Haupttat, § 27 Abs. 2 StGB.³⁸ Das Gesetz stellt den Gehilfen insofern grundsätzlich auf dieselbe Stufe wie den Haupttäter und sieht lediglich hinsichtlich der Strafzumessung eine Milderung vor. Schließlich ist auch für § 123 Abs. 1 GWB anerkannt, dass es unerheblich ist, ob die Verurteilung wegen vollendeter oder versuchter Tatbegehung erfolgt und ob der Verurteilte Täter, Anstifter oder Gehilfe war.³⁹

All dies kann für eine Anwendung von § 123 Abs. 4 GWB auch auf Gehilfen sprechen, sodass die Beihilfe zu Cum-Ex-Geschäften und die darauf gestützte Verurteilung wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung von § 123 Abs. 4 GWB erfasst und grundsätzlich zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führen würde.

Gegen eine Anwendung des § 124 Abs. 4 GWB spricht jedoch der recht eindeutige Wortlaut und das Anknüpfen an die Verpflichtung zur Zahlung. § 123 Abs. 4 S. 1 GWB spricht ebenso wie § 123 Abs. 4 S. 2 GWB, nämlich davon, dass das Unternehmen „seinen Verpflichtungen“ nachkommen soll.⁴⁰ Die Berater hingegen waren – jedenfalls nicht aufgrund ihrer Beratungstätigkeit – zu keinem Zeitpunkt verpflichtet, auf Cum-Ex-Geschäfte Steuern zu entrichten und können einer solchen Verpflichtung insofern auch nicht nachkommen.

Es erscheint daher zumindest fragwürdig, ob die obigen Argumente ohne Weiteres über die hohe Hürde des insoweit eindeutigen Wortlauts hinweghelfen können. Ungeachtet dessen kommt für Gehilfen auch ein Ausschluss nach § 124 GWB in Frage.

2. Fakultative Ausschlussgründe, § 124 GWB

Im Fall der Beteiligung am Cum-Ex-Skandal kommt zudem in Betracht, dass die öffentlichen Auftraggeber ein Unternehmen vom Vergabeverfahren nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB ausschließen können. Hiernach kann ein öffentlicher Auftraggeber unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (s. hierzu Ziff. 3.a.ii) Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme hieran ausschließen, wenn das Unternehmen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit nachweislich (s. Ziff. 2.c) eine schwere Verfehlung (s. hierzu Ziff. 2.a) begangen hat, durch die die Integrität des Unternehmens infrage gestellt wird (s. hierzu Ziff. 2.b).

Auch hier besteht nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 Hs. 2 GWB die Möglichkeit einer Zurechnung nach § 123 Abs. 3 GWB.

a) Schwere Verfehlung in der beruflichen Tätigkeit

Bei dem Begriff der schweren Verfehlung handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, sodass der Vergabestelle bei der Auslegung ein Beurteilungsspielraum zukommt, der gerichtlich nur beschränkt überprüfbar ist.⁴¹ Nach der Rechtsprechung des EuGH liegt eine Verfehlung in der beruflichen Tätigkeit in jedem fehlerhaften Verhalten, das Einfluss auf die berufliche Glaubwürdigkeit des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers hat, und nicht nur Verstöße gegen berufsethische Regelungen im engen Sinne des Berufsstands, dem dieser Wirtschaftsteilnehmer anhört, die durch das Disziplinarorgan dieses Berufsstands oder durch eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung festgestellt werden.⁴² Schwer ist die Verfehlung, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde und erhebliche Auswirkungen hat.⁴³ Es ist weder erforderlich, dass die schwere Verfehlung gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber erfolgt ist, noch entscheidungserheblich, ob

sie im Zusammenhang mit der Vergabe eines öffentlichen Auftrags stand.⁴⁴

Bei § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB handelt es sich um einen Auffangtatbestand.⁴⁵ Insofern liegt eine schwere Verfehlung im Sinne des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB regelmäßig auch dann vor, wenn hinsichtlich einer Katalogtat nach § 123 Abs. 1 GWB noch keine rechtskräftige Verurteilung vorliegt.⁴⁶ Es genügt also, dass eine solche Verurteilung bevorstehen kann – mit welcher Sicherheit sie bevorstehen muss, wird jedoch nicht genauer festgelegt und ist eine Frage der Nachweislichkeit (s. hierzu unten, Ziff. 2.c). Erfasst ist auch, wenn der erfüllte Straftatbestand nicht im Katalog des § 123 Abs. 1 GWB genannt ist, aber durch seine Erfüllung gleichwohl die Integrität des Unternehmens in Frage gestellt wird.⁴⁷ Bei Verbrechen und verwirklichten Strafschärfungsgründen⁴⁸ dürfte die schwere Verfehlung wohl nicht mehr abzulehnen sein.

Eine schwere Verfehlung kann somit grundsätzlich sowohl in der Beteiligung von Arrangeuren, Investoren und Beratern an als auch in der bloßen Beihilfe zu einer Steuerhinterziehung im Rahmen von Cum-Ex Geschäften gesehen werden. Die hierbei entstandenen Steuerschäden liegen insgesamt im erheblichen Milliardenbereich, sodass mit sehr großer Wahrscheinlichkeit in jedem einzelnen Fall ein besonders schwerer Fall der Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 AO vorliegt. Die Beteiligung an Cum-Ex Geschäften sowie die Beratung stellen zudem, je nach Art und Umfang,⁴⁹ ein fehlerhaftes Verhalten dar, in dem nicht nur eine Beihilfe zur Steuerhinterziehung nach § 370 AO i.V.m. § 27 StGB, sondern unter Umständen auch eine Beihilfe zum Betrug in einem besonders schweren Fall nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 3, 27 StGB zu sehen sein kann,⁵⁰ wie die Ermittlungen der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt a.M. gegen einen mutmaßlich beteiligten Rechtsanwalt derzeit anschaulich darlegen. Eine Strafbarkeit nach diesen Vorschriften genügt angesichts der Intention des Gesetzgebers durchaus, um einen Ausschluss rechtfertigen zu können⁵¹ – vorausgesetzt sie führt zur Infragestellung der Integrität des Unternehmens, hierzu sogleich.

37 Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 27, Rn. 7 m. w. N.; Joecks, in: MüKo/StGB, 3. Aufl. 2017, § 27, Rn. 95 ff.

38 Die Strafe des Gehilfen richtet sich nach dem Strafrahm der Haupttat (hier also der Steuerhinterziehung nach § 370 AO), § 27 Abs. 2 StGB, wobei sie nach § 49 Abs. 1 StGB zu mildern ist. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Strafe des Gehilfen durchaus der Strafe des Haupttäters gleichkommen oder sie sogar übersteigen kann; Joecks, in: MüKo/StGB, 3. Aufl. 2017, § 27, Rn. 118 ff.; Ingelfinger, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. 2017, § 27, Rn. 23 m. w. N.

39 Opitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 123, Rn. 25.

40 S. auch Fn. 32.

41 OLG München, 21.5.2010 – Verg 2/10, ZfBR 2010, 606, 617; VK Lüneburg, 24.3.2011 – VgK-04/2011, VgK-4/2011, ZfBR 2011, 595, 598; Kaufmann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 124, Rn. 43.

42 EuGH, 13.12.2012 – C-465/11, Rn. 27, Forposta, EuZW 2013, 151.

43 OLG München, 21.5.2010 – Verg 2/10, ZfBR 2010, 606, 617; VK Lüneburg, 24.3.2011 – VgK-04/2011, VgK-4/2011, ZfBR 2011, 595, 598; Kaufmann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 124, Rn. 43.

44 Opitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 124, Rn. 36.

45 Kaufmann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 124, Rn. 15; Opitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 124, Rn. 34.

46 S. auch Erwägungsgrund 101 der RL 2014/24/EU; Bundesregierung, Begründung BT-Drs. 18/6281, 105; Opitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 124, Rn. 37.

47 Bundesregierung, Begründung BT-Drs. 18/6281, 106.

48 Wie bspw. die besonders schweren Fälle des Betrugs nach § 263 Abs. 3 S. 2 StGB.

49 In der Presse ist die Rede bspw. von Gefälligkeitsgutachten, die von mandatierten Rechtsanwälten erstellt worden sein sollen.

50 S. hierzu LG Köln, 16.7.2015 – 106 Qs 1/15.

51 Bundesregierung, Begründung BT-Drs. 18/6281, 106; Opitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 124, Rn. 37; Kaufmann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 124, Rn. 45.

Doch auch, wenn die Beratungstätigkeit keine rechtskräftige Verurteilung nach sich ziehen oder sogar keinen Straftatbestand erfüllen sollte, kann sie im Einzelfall durchaus eine schwere Verfehlung im Sinne des Auffangtatbestandes⁵² des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB darstellen. Zu berücksichtigen sind hier zunächst die erheblichen Steuerausfälle,⁵³ die durch Cum-Ex Geschäfte entstanden sind und letztlich auch von den Beratern herbeigeführt wurden. Die Auswirkungen der Verfehlung sind insofern mehr als erheblich, was wiederum für die Annahme einer schweren Verfehlung ausreicht.⁵⁴

Zu berücksichtigen sind bei Beratern wie Rechtsanwälten⁵⁵ zudem die beruflichen Standesregeln und die besondere Vertrauensstellung von Rechtsanwälten in der Gesellschaft. Diese sollen im Rahmen ihrer Tätigkeit ein außerordentlich hohes Maß an Integrität aufweisen. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass sie ein unabhängiges Organ der Rechtspflege darstellen und damit verpflichtet sind, die öffentliche Ordnung zu wahren und nicht gegen sie zu verstoßen, §§ 1, 43 BRAO. So wird beispielsweise nach § 7 Nr. 5 BRAO ein Bewerber, der die Zulassung als Rechtsanwalt beantragt, aufgrund der Begehung einer Straftat, durch die er sich als unzuverlässig erwiesen hat, abgelehnt. Begründet wird dies damit, dass ein solches Fehlverhalten grundsätzlich geeignet ist, das Ansehen der Anwaltschaft erheblich zu beeinträchtigen und insbesondere die Vertrauensgrundlage zu erschüttern imstande ist, die die Rechtsanwaltschaft im Interesse einer funktionierenden Rechtspflege benötigt.⁵⁶ Nichts anderes gilt für einen bereits zugelassenen Rechtsanwalt (vgl. §§ 14 Abs. 1 S. 1, 43 BRAO). Für Rechtsanwälte und Steuerberater gelten insofern verschärfte Anforderungen, die die Annahme einer schweren Verfehlung ebenfalls begründen können.

Darüber hinaus ist Sinn und Zweck auch des § 124 GWB der Schutz des öffentlichen Auftraggebers vor der Unzuverlässigkeit von Bietenden oder Bewerbenden. Wenn Letztere nun aktiv an der Nutzung vermeintlicher Schlupflöcher mitgewirkt haben, um einem Dritten eine doppelte (und ungerechtfertigte) Steuererstattung zukommen zu lassen, führt dies auch ungeachtet einer etwaigen Strafbarkeit zu erheblichen Zweifeln an der Zuverlässigkeit der Bietenden. Dies gilt umso mehr, als die Bietenden durch ihre Beteiligung bei Cum-Ex-Geschäften genau „die Hand gebissen ha[ben], die sie jetzt füttern soll“: nämlich die öffentliche Hand.

Dieses fehlerhafte Verhalten dürfte auch jedenfalls fahrlässig, also schuldhaft, geschehen sein, wobei hier eine Prüfung des jeweiligen Einzelfalls vorzunehmen ist.

Mithin liegt eine schwere Verfehlung nicht nur der Beteiligten, sondern auch der Berater im Cum-Ex-Skandal im Sinne des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB vor.

b) Infragestellen der Integrität

Weiter wird von § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB vorausgesetzt, dass durch die schwere Verfehlung die Integrität des Unternehmens in Frage gestellt wird. Dabei führt nicht jede Missachtung von etablierten Werten zu einem Ausschluss, sondern vielmehr nur die Verstöße, bei denen gesetzliche oder vertragliche Verpflichtungen verletzt werden.⁵⁷ Zudem wird verlangt, dass es sich um Zuwiderhandlungen gegen berufsbezogene Verpflichtungen handelt, also Verfehlungen, die Einfluss auf die berufliche Glaubwürdigkeit des betreffenden Unternehmens haben können.⁵⁸ „Integer“ verhält sich grundsätzlich jemand, der *unbescholten, moralisch einwandfrei und unbestechlich* ist.⁵⁹

Grundsätzlich wird die Beeinträchtigung der Integrität bei Straftaten im Allgemeinen angenommen, unabhängig davon, ob es sich um eine Straftat des Katalogs aus § 123 Abs. 1 GWB handelt, für die lediglich noch keine rechtskräftige Verurteilung vorliegt, oder ob eine Straftat begangen wurde, die im Katalog des § 123 Abs. 1 GWB überhaupt nicht benannt worden ist (s. oben).⁶⁰ Für diese Annahme spricht jedenfalls die Einordnung des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB als eine Art Auffangtatbestand.⁶¹

Letztlich kann die Integrität eines Unternehmens nur dann betroffen sein, wenn es sich um eine Verfehlung von erheblichem Gewicht handelt.⁶² Dies trifft im Fall einer Cum-Ex-Beteiligung angesichts der erheblichen Steuerausfälle ohne Weiteres zu. Insbesondere kann bei einer Beihilfe zu einer Steuerhinterziehung in Milliardenhöhe nicht mehr von einer geringfügigen Straftat ausgegangen werden. Hierdurch wird die Integrität der mandatierten und in den Cum-Ex-Skandal involvierten Anwalts- und Steuerkanzleien erheblich gestört.

Für den Fall der an den Cum-Ex-Geschäften beteiligten Rechtsanwälte (und Steuerberater) ist bereits jetzt schon abzusehen, dass diese mit besonderen standesrechtlichen Konsequenzen zu rechnen haben, da durch ihr Fehlverhalten nicht nur das Ansehen, sondern auch das Vertrauen in die Rechtspflege erheblich gestört wurde (s. zu den berufsständischen Pflichten oben; vgl. §§ 113, 115b BRAO). In der öffentlichen Wahrnehmung ist jedenfalls die Wertschätzung für Rechtsanwälte und Steuerberater durch das Bekanntwerden der Cum-Ex-Geschäfte deutlich gesunken.⁶³

c) Nachweislichkeit

Schließlich muss die schwere Verfehlung auch nachweislich erfolgt sein. Hierfür trägt grundsätzlich der Auftraggeber die umfassende Darlegungs- und Beweislast.⁶⁴ Dies hat zum Zweck, dass ein Bieter nicht vorschnell oder willkürlich von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann und hierdurch unangemessene Nachteile erleidet. Dementsprechend muss der Auftraggeber die Verfehlung auf geeignete Weise belegen können.⁶⁵

52 Kaufmann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 124, Rn. 15.

53 In der Presse wird ein Gesamtausfall von mehr als 55 Mrd. Euro kolportiert.

54 OLG München, 21.5.2010 – Verg 2/10, ZfBR 2010, 606, 617; VK Lüneburg, 24.3.2011 – VgK-04/2011, VgK-4/2011, ZfBR 2011, 595, 598; Kaufmann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 124, Rn. 43.

55 Auch Steuerberater treffen berufsständische Pflichten, die denen des Rechtsanwalts vergleichbar sind (Steuerberatungsgesetz (StBerG), Durchführungsverordnung zum StBerG (DVStB) und Berufsordnung der Bundessteuerberaterkammer (BOSTB)); die Ausführungen sind also auf Steuerberater entsprechend übertragbar.

56 BGH, 14.3.1994 – AnwZ (B) 6/93, Rn. 1732.

57 Bundesregierung, Begründung BT-Drs. 18/6281, 105 und Erwägungsgrund 39 RL 2014/24/EU.

58 Art. 45 Abs. 2 UAbs. 1 lit. d. RL 2004/18; OLG Naumburg, 22.9.2014 – 2 Verg 2/13, ZfBR 2015, Rn. 204; OLG Naumburg, 22.9.2014 – 2 Verg 2/13, ZfBR 2007, Rn. 817; OLG Saarbrücken, 29.12.2003 – 1 Verg 4/03, NZBau 2004, Rn. 346.

59 Bibliographisches Institut GmbH, Duden Verlag (Hrsg.), unter <https://www.duden.de/rechtschreibung/integer>.

60 ErwG 101 der RL 2014/24/EU; Bundesregierung, Begründung BT-Drs. 18/6281, 106; Opitz, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 124, Rn. 37.

61 Opitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 124, Rn. 37.

62 Opitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 124, Rn. 39.

63 S. beispielhaft Votsmeier, HB vom 4.12.2019, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/cum-ex/kommentar-der-cum-ex-skandal-zeigt-die-pervertierung-der-rechtsberatung/25291618.html?ticket=ST-8809021-LOPO9tyUb5ekpUaGnV15-ap6> (Abruf: 5.12.2019); Ziesemer, Capital vom 2.12.2019, abrufbar unter <https://www.capital.de/wirtschaft-politik/cum-ex-skandal-rechtsanwaelte-als-gierige-investmentsbanker> (Abruf: 5.12.2019).

64 OLG Düsseldorf, 29.1.2014 – VII Verg 28/13, Rn. 39; OLG Düsseldorf, 25.6.2014 – VII Verg 39/13, Rn. 33.

65 Art. 57 Abs. 4 lit. c RL 2014/24/EU.

Welches Beweismaß für eine schwere Verfehlung anzuwenden ist, wurde bislang noch nicht abschließend entschieden. Jedenfalls wird von einigen Nachprüfungsinstanzen sowie vom Bundesgerichtshof ein herabgesetztes Beweismaß vorausgesetzt: Demnach soll eine schwere Verfehlung schon dann angenommen werden, wenn sich diese als gesicherte Erkenntnis aus seriösen Quellen ergibt.⁶⁶

Für ein solches Beweismaß spricht zunächst, dass das gesamte Vergabeverfahren wie auch das Vergabenachprüfungsverfahren auf einem besonderen Beschleunigungsgebot basiert. In diesem Sinne soll im Rahmen der Prüfung der schweren Verfehlung keine umfangreiche und langwierige Beweiserhebung erfolgen, sondern dem Auftraggeber ermöglicht werden, schnell über die Eignung des Bieters zu entscheiden. Darüber hinaus deutet auch die Systematik der Vergabevorschriften auf ein herabgesetztes Beweismaß, da § 124 Abs.1 GWB im Unterschied zu § 123 GWB gerade keine Umstände erfordert, die durch umfangreiche Beweiserhebung nachgewiesen sind. Andernfalls würde § 124 Abs.1 GWB jegliche praktische Bedeutung verlieren.⁶⁷

Hinsichtlich des Nachweises von Straftaten wie einer Steuerhinterziehung werden allerdings Einschränkungen vorgenommen. Zwar ist es nicht erforderlich, ein rechtskräftiges Urteil vorzulegen, und auch die strafrechtliche Unschuldsvermutung stellt in diesem Zusammenhang kein Hindernis dar. Jedoch ist allgemein anerkannt, dass sich der Auftraggeber bei der Prüfung von Ausschlussgründen nicht auf ungeprüfte Gerüchte oder Informationen Dritter verlassen darf, sondern sich vielmehr auf die Indizien stützen soll, die einer kritischen Überprüfung standhalten.⁶⁸

Die Tatsache, dass der Gesetzgeber ausdrücklich vorsieht, dass eine schwere Verfehlung auch schon dann vorliegen kann, wenn eine Verurteilung bevorsteht, spricht dafür, dass jedenfalls ein hinreichender Tatverdacht hinsichtlich der Begehung der Straftat für den Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB ausreichend ist. Ein solcher hinreichender Tatverdacht liegt dann vor, wenn eine Verurteilung der beschuldigten Person wahrscheinlicher erscheint als ihr Freispruch, und ist Grundvoraussetzung für die Erhebung einer öffentlichen Klage nach § 170 Abs. 1 StPO.⁶⁹ Wenn also eine öffentliche Klage erhoben werden kann, an deren Ende mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine Verurteilung der beschuldigten bzw. dann angeklagten Person steht, dann kann in dem zugrunde liegenden Verhalten auch eine schwere Verfehlung stehen, bei deren Vorliegen ein Ausschluss vom Vergabeverfahren gerechtfertigt sein kann. Sobald der hinreichende Tatverdacht zur Zulassung einer Klage geführt hat, dürfte nur schwerlich zu begründen sein, dass eine schwere Verfehlung nicht nachweislich vorliegt.

Liegt sogar ein dringender Tatverdacht vor, welcher beispielsweise für die Anordnung von Untersuchungshaft nach § 112 Abs. 1 S. 1 StPO erforderlich ist, ist eine nachweisliche schwere Verfehlung erst recht anzunehmen. Dringender Tatverdacht liegt nämlich vor, wenn nach dem bisherigen Ermittlungsergebnis in seiner Gesamtheit nicht nur eine überwiegende, sondern eine große Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass der Beschuldigte als Täter oder Teilnehmer eine Straftat begangen hat.⁷⁰ Konsequenterweise ist in der Rechtsprechung daher auch anerkannt, dass ein dringender Tatverdacht für die Nachweislichkeit einer Verfehlung ausreicht.⁷¹

Ob für den Fall einer Cum-Ex Beteiligung ein solcher Nachweis geführt werden kann oder anderweitig ausreichende Indizien für den Ausschluss vorliegen, wird letztlich im Rahmen einer Einzelfallprüfung entschieden werden müssen.

3. Rechtsfolge

Die Rechtsfolge sowohl von § 123 GWB als auch § 124 GWB ist dem Grunde nach dieselbe, nämlich der jederzeitige Ausschluss vom Vergabeverfahren. Allerdings räumt § 124 GWB dem öffentlichen Auftraggeber ein gewisses Ermessen bei seiner Entscheidung ein, während § 123 GWB einen zwingenden Ausschluss vorsieht.

a) Ausschluss vom Vergabeverfahren

aa) Zwingender Ausschluss vom Vergabeverfahren, § 123 GWB

Öffentliche Auftraggeber müssen Bietende zwingend vom Vergabeverfahren ausschließen, wenn sie rechtskräftig wegen der Begehung einer Katalogtat des § 123 Abs. 1 GWB oder wegen der Nichtzahlung von Steuern, Abgaben oder Beiträgen zur Sozialversicherung nach § 123 Abs. 4 GWB verurteilt wurden. Das Gesetz schreibt die zwingende Rechtsfolge (Ausschluss vom Vergabeverfahren) vor, ohne dem öffentlichen Auftraggeber einen Ermessensspielraum einzuräumen. Sofern also nicht ein Ausnahmefall des § 123 Abs. 4 S. 2, Abs. 5 GWB oder § 125 GWB (s. hierzu sogleich) vorliegt, kommt eine Teilnahme des Bietenden am Vergabeverfahren schlichtweg nicht in Betracht.

bb) Fakultativer Ausschluss vom Vergabeverfahren, § 124 GWB

Nach § 124 Abs. 1 GWB können öffentliche Auftraggeber unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen jederzeit vom Vergabeverfahren ausschließen. Der Gesetzgeber hat der Vergabestelle also einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Frage eingeräumt, ob das Unternehmen trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes die erforderliche Eignung aufweist oder ob es von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen ist.⁷² Dieser Beurteilungsspielraum ist nach ständiger Rechtsprechung⁷³ einer gerichtlichen Kontrolle nur eingeschränkt zugänglich und beschränkt sich auf die Kontrolle der folgenden Beurteilungsfehler:

- ob ein Verstoß gegen wesentliche Verfahrensvorschriften und Bewertungsmaßstäbe vorliegt;
- ob der Sachverhalt zutreffend und vollständig ermittelt wurde;
- ob das anzuwendende Recht verkannt wurde; und
- ob sachfremde Erwägungen vorliegen.⁷⁴

66 BGH, 26.10.1999 – X ZR 30/98, ZfBR 2000, Rn. 113; OLG Saarbrücken, 28.1.2015 – 1 U 138/14, IBR 2015, Rn. 317; OLG Saarbrücken, 8.7.2003 – 5 Verg 5/02, IBR 2003, Rn. 626; VK Sachsen, 21.7.2005 – 1/SVK/076-05, BeckRS 2006, Rn. 09238; VK Bund, 15.10.2001 – VK 2-36/01, IBRRS 2013, Rn. 5184.

67 BGH, 9.6.2011 – X ZR 143/10, NZBau 2011, Rn. 498; BGH, 10.11.2009 – X ZB 8/09, WRP 2010, 114, NZBau 2010, Rn. 124; BGH, 18.1.2000 – KVR 23/98, NZBau 2000, Rn. 189; *Opitz*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 124, Rn. 42.

68 OLG Saarbrücken, 29.12.2003 – 1 Verg 4/03, NZBau 2004, Rn. 346; *Opitz*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 124, Rn. 43 f.

69 *Köbel*, in: MüKo/StPO, 2016, § 170, Rn. 14; *Moldenhauer*, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 8. Aufl. 2019, § 170, Rn. 3.

70 BVerfG, 12.9.1995 – 2 BvR 2475/94, NJW 1996, 1049, 1050; BGH, 5.5.1993 – 2 BJs 15/92-5/StB 9/92; OLG Köln, 22.12.1998 – HES 233/98 – 275.

71 OLG München, 5.10.2012 – Verg 15/12, IBR 2012, 726; OLG Düsseldorf, 14.11.2018 – VII-Verg 31/18, Rn. 65 ff.

72 *Kaufmann*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 124, Rn. 99.

73 S. nur BVerwG, 14.12.1994 – 11 C 18.93, NJW 1995, 1690, 1691; BVerwG, 12.7.1995 – 6 C 12.93, NJW 1996, 942, 943; BVerwG, 19.3.1998 – 2 C 2.97, LKV 1998, 444, 447; BVerwG, 13.5.2004 – 6 B 25.04, NVwZ 2004, 1375, 1377; BVerwG, 13.9.2005 – 2 WD 31.04, NVwZ 2007, 475, 476; OLG Düsseldorf, 10.8.2011 – Verg 34/11; OLG Düsseldorf, 4.2.2009 – VII-Verg 65/08; a. A. wohl *Opitz*, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 124, Rn. 17.

74 S. nur BVerwG, 14.12.1994 – 11 C 18.93, NJW 1995, 1690, 1691; BVerwG, 12.7.1995 – 6 C 12.93, NJW 1996, 942, 943; BVerwG, 19.3.1998 – 2 C 2.97, LKV 1998, 444, 447; BVerwG,

Ferner steht der Vergabestelle ein Ermessen hinsichtlich der Entscheidung über den Ausschluss selbst zu, wie sich aus der Verwendung von „kann“ in § 124 Abs. 1 GWB ergibt. Allerdings beschränkt sich das Ermessen der Vergabestelle auf die Frage, „ob“ sie die bietende Person vom Vergabeverfahren ausschließt, und nicht, „wie“ sie dies machen möchte.⁷⁵ Hierbei ist wiederum auch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen.

Im Fall der Beteiligung an bzw. der Beihilfe zur Begehung von Cum-Ex-Geschäften stellt sich die Frage, ob sich das Ermessen der Vergabestelle auf Null reduziert und diese Gehilfen und/oder ggf. Täter⁷⁶ von dem Vergabeverfahren ausschließen muss. Eine solche Ermessensreduktion auf Null ist grundsätzlich die Ausnahme und kommt nur in Betracht, wenn nur eine einzige ermessensfehlerfreie Entscheidung denkbar ist.⁷⁷ Die Literatur sieht eine Ermessensreduktion auf Null insbesondere bei der Gefährdung hochrangiger Rechtsgüter für indiziert und hält sie auch aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit der Selbstbindung der Verwaltung für möglich.⁷⁸

Es stellt sich also die Frage, ob es für eine Ermessensreduktion auf Null ausreichend ist, dass ein Berater aktiv Hilfe bei der Begehung der Steuerhinterziehung geleistet hat. Zunächst ist zu berücksichtigen, dass der Vergabestelle vorliegend nur ein Ermessen hinsichtlich des Ausschlusses gewährt wird, nicht jedoch hinsichtlich der Art und Weise ihres Handelns; das Ermessen ist also bereits auf dieser Ebene relativ eingeschränkt. In einem solchen Fall kann es leichter zu einer Ermessensreduzierung kommen als bei einer Norm, die eine weitreichende Ermessensausübung gewährt.⁷⁹ Ferner ist zu berücksichtigen, dass das Ermessen der Vergabestelle hinsichtlich des Vorliegens einer schweren Verfehlung ebenfalls schon stark eingeschränkt bzw. ggf. sogar auf Null reduziert ist, sofern ein hinreichender bzw. dringender Tatverdacht vorliegt.

Wie bereits oben erwähnt, ist Sinn und Zweck der §§ 123, 124 GWB der Schutz des öffentlichen Auftraggebers vor unzuverlässigen Bietenden. Dieser Schutz des öffentlichen Auftraggebers dient, jedenfalls indirekt, auch dem Schutz der öffentlichen Hand vor unzuverlässigen Bietenden. Wenn nunmehr ein Berater auf der einen Seite die öffentliche Hand um Steuereinnahmen in zweistelliger Milliardenhöhe bringt, auf der anderen Seite aber zugleich in den Genuss von Aufträgen durch eben jene öffentliche Hand kommen möchte, erscheint dies überaus widersprüchlich. Dies insbesondere, da es sich bei den durch Cum-Ex-Geschäfte hervorgerufenen Schäden keineswegs – wie oben ausgeführt – um solche im Bagatellbereich handelt; dies und die etwaige kriminelle Energie hinter Cum-Ex ist bei der Prüfung einer Ermessensreduzierung auf Null ebenfalls zu berücksichtigen.⁸⁰ Schließlich kann sich auch aus der Entscheidungshistorie der Vergabestelle unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Art. 3 GG in Verbindung mit der Selbstbindung der Verwaltung eine Reduktion des Ermessens herleiten lassen, wenn die Vergabestelle beispielsweise in der Vergangenheit bereits wegen geringerer Verfehlungen Bietende von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen hat.⁸¹

Dies, und die Tatsache, dass der Täter, dem die entsprechenden Berater Beihilfe geleistet haben, ggf. *ipso iure* vom Vergabeverfahren nach § 123 Abs. 4 GWB ausgeschlossen ist, spricht für eine grundsätzliche Tendenz zur Ermessensreduzierung auf Null und damit dem zwingenden Ausschluss des Gehilfen bei Cum-Ex-Geschäften vom Vergabeverfahren – gleichwohl erscheint eine konkrete Prüfung im jeweiligen Einzelfall stets angebracht.

Bei Rechtsanwälten und Steuerberatern sind zunächst auch die besondere Stellung des Berufsstands zu berücksichtigen (s. oben), was eine Verfehlung noch schwerer wiegen lässt. Wird gegen die beteiligten Rechtsanwälte und/oder Steuerberater durch die Staatsanwaltschaft wegen der Begehung bzw. Beihilfe zu einer Straftat ermittelt und Anklage erhoben und ggf. sogar zugelassen, besteht also hinreichender Tatverdacht, hat dies ebenfalls Auswirkungen auf die Reichweite des auszuübenden Ermessens. Wurden die beteiligten Rechtsanwälte und/oder Steuerberater nun gar in Untersuchungshaft genommen, weil ein dringender Tatverdacht besteht, erscheint nach Ansicht der Verf. nur eine einzige Ermessensentscheidung als zutreffend – nämlich der Ausschluss von Vergabeverfahren.

b) Dauer des Ausschlusses

Sofern bei einem Unternehmen ein Ausschlussgrund nach §§ 123, 124 GWB festgestellt wurde und dementsprechend ein Ausschluss erfolgt, ist das Unternehmen nicht nur für ein einzelnes Vergabeverfahren gesperrt, sondern für eine bestimmte Dauer, § 126 GWB. So ist ein Unternehmen im Falle des § 123 GWB für eine Höchstdauer von fünf Jahren ab dem Tag der rechtskräftigen Verurteilung und im Fall des § 124 GWB für eine Höchstdauer von drei Jahren ab dem betreffenden Ereignis ausgeschlossen. Dabei beginnt die Dauer eines Ausschlusses nach § 123 GWB erst zu laufen, wenn die Pflichtverletzung hinreichend nachgewiesen werden kann.⁸²

Grundsätzlich gibt § 126 GWB nur die maximale Ausschlussdauer vor. Folglich steht dem Auftraggeber innerhalb der von § 126 GWB festgelegten Grenzen ein Ermessen zu, aufgrund dessen er selbst entscheiden kann, ab welchem Zeitpunkt er einen vergangenen Ausschlussgrund nicht mehr berücksichtigen möchte.⁸³ In der Regel werden hier Tatzeitraum, Höhe des Schadens und die Frage, ob es sich um einen Wiederholungsfall handelt, berücksichtigt.⁸⁴ Schließlich besteht für das Unternehmen auch die Möglichkeit, die Ausschlussdauer zu verkürzen, indem es geeignete Selbstreinigungsmaßnahmen durchführt.⁸⁵

Sollten Beteiligte am Cum-Ex-Skandal von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, dürfte sich hieraus nicht nur ein einmaliger Ausschluss ergeben, sondern vielmehr eine längerfristige Sperre. Diesem Ausschluss könnten die Beteiligten letztlich nur entgehen, indem sie ihre Zuverlässigkeit über geeignete Selbstreinigungsmaßnahmen wiederherstellen (s. dazu sogleich unter c)).

13.5.2004 – 6 B 25.04, NVwZ 2004, 1375, 1377; BVerwG, 13.9.2005 – 2 WD 31.04, NVwZ 2007, 475, 476; OLG Düsseldorf, 10.8.2011 – Verg 34/11; OLG Düsseldorf, 4.2.2009 – VII-Verg 65/08; Kaufmann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 124, Rn. 99.

75 Bundesregierung, Begründung BT-Drs. 18/6281, 104; Kaufmann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 124, Rn. 100.

76 Sofern diese nicht bereits nach § 123 Abs. 1, Abs. 4 GWB auszuschließen sind.

77 So auch ausdrücklich der Gesetzgeber BT-Drs. 18/6281, 104: „Im Einzelfall und abhängig von dem anwendbaren Ausschlussgrund kann das Ermessen des öffentlichen Auftraggebers auf Null reduziert sein, so dass nur ein Ausschluss ermessensfehlerfrei ist.“

78 Kaufmann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 124, Rn. 101.

79 Wolff, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl. 2018, § 114, Rn. 130.

80 Wolff, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl. 2018, § 114, Rn. 132.

81 Kaufmann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 124, Rn. 101.

82 Opitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 126, Rn. 15.

83 Opitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 126, Rn. 10.

84 Sterner, NZBau 2001, Rn. 424; LG Berlin, 22.3.2006 – 23 O 118/04, NZBau 2006, Rn. 397.

85 Opitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 126, Rn. 7.

c) Ausnahme: Selbstreinigung des Unternehmens

Unternehmen, die nach § 123 Abs. 4 GWB vom Vergabeverfahren auszuschließen sind, haben nach § 123 Abs. 4 S. 2 GWB zunächst die Möglichkeit, dem Ausschluss dadurch zuvorzukommen, indem sie ihren Verpflichtungen⁸⁶ nachkommen und die Zahlung der Steuern, Abgaben oder Beiträge vornehmen oder sich zur Zahlung dieser Verpflichtung einschließlich Zinsen, Säumnis- oder Strafzuschlägen verpflichten. § 123 Abs. 4 S. 2 GWB ist *lex specialis* zur Selbstreinigung nach § 125 GWB und geht dieser Regelung damit vor.⁸⁷

§ 125 GWB wiederum ermöglicht es Unternehmen, bei denen ein anderer zwingender oder fakultativer Ausschlussgrund als § 123 Abs. 4 S. 1 GWB festgestellt wurde, dem Ausschluss von dem Vergabeverfahren zu entgehen.⁸⁸

In diesem Zusammenhang muss das Unternehmen zur Wiederherstellung der Zuverlässigkeit folgende Maßnahmen durchführen: Es muss (i) den durch die Verfehlung entstandenen Schaden ausgleichen, (ii) durch aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden und dem öffentlichen Auftraggeber zur Aufklärung der Verfehlung beitragen und (iii) konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergreifen, die geeignet sind, weitere Verfehlungen zu unterbinden. Für die Wiederherstellung der Zuverlässigkeit ist das Unternehmen grundsätzlich darlegungs- und beweispflichtig.⁸⁹ Im Rahmen der Beurteilung, ob die Selbstreinigungsmaßnahmen eines Unternehmens geeignet sind, um die Zuverlässigkeit des Unternehmens wiederherzustellen, muss der Auftraggeber eine Prognoseentscheidung treffen. Hierbei wird unter anderem neben dem Fehlverhalten und der Schwere der Verfehlung auch die Art der Selbstreinigungsmaßnahmen miteinbezogen.⁹⁰

Derzeit kann es dahinstehen, ob die Beteiligten überhaupt in der Lage sind, den entstandenen Schaden in Höhe eines mittleren zweistelligen Milliardenbetrages auszugleichen. Es kann auch dahinstehen, ob die Einrichtung eines Compliance Management Systems eine zielführende Maßnahme darstellt⁹¹ oder ob die Kündigung der betreffenden Personen erforderlich ist.⁹² Denn für eine Selbstreinigung nach § 125 GWB müssten die Beteiligten zunächst durch aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden und dem öffentlichen Auftraggeber zur Aufklärung der Verfehlung beitragen. Dies ist notwendig, da andernfalls nicht jegliche Zweifel an der Integrität der betroffenen Kanzleien und Unternehmen ausgeräumt werden können. § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB stellt insoweit hohe Anforderung an die betroffenen Unternehmen. So genügen das bloße Nichtbestreiten, die Distanzierung von dem Fehlverhalten und interne Ermittlungen nicht den strengen Anforderungen der Selbstreinigungsvorschrift. Vielmehr sollen die Unternehmen ihre Unrechtseinsicht und die Ernsthaftigkeit ihres Bemühens durch die nach außen tretende Zusammenarbeit signalisieren.⁹³ Derartige Maßnahmen haben die Beteiligten bislang jedoch nicht eingeleitet.

Demnach ist das Schweigen, auf welches sich die Beteiligten im Rahmen des Strafverfahrens bisher beschränken, insbesondere im Hinblick auf etwaige Aussageverweigerungsrechte zwar durchaus verständlich. Allerdings ist es wenig hilfreich, weil es die Möglichkeit der Selbstreinigung ausschließt.

d) Unterbliebener Ausschluss: Drittschutz

Die Ausschlussgründe sowohl des § 123 GWB als auch des § 124 GWB entfalten daneben auch drittschützende Wirkung. Das hat

zur Folge, dass sich auch Mitbewerber⁹⁴ nach § 97 Abs. 6 GWB auf §§ 123, 124 GWB berufen und ein Nachprüfungsverfahren nach § 160 Abs. 1 GWB einleiten können, sofern bei einem beteiligten Unternehmen Ausschlussgründe festgestellt werden.⁹⁵ Während die Teilnehmer eines Vergabeverfahrens bei Vorliegen von Ausschlussgründen des § 123 GWB den Ausschluss des Unternehmens verlangen können,⁹⁶ können sie bei Vorliegen der Ausschlussgründe des § 124 GWB von dem Auftraggeber allerdings nur eine fehlerfreie Ermessensausübung und nicht den Ausschluss des Unternehmens verlangen.⁹⁷ Ein solcher „Ausschlussanspruch“ ist im Rahmen des § 124 GWB lediglich bei einer Ermessensreduzierung auf Null möglich (s. oben).⁹⁸

Ebenso besteht für Mitbewerber auch die Möglichkeit gegen die Zulassung eines „gereinigten“ Unternehmens im Sinne des § 125 Abs. 1 GWB vorzugehen und Beschwerde vor der zuständigen Beschwerdekammer zu erheben.⁹⁹ Ferner kommt, bei Vorliegen der Voraussetzungen im jeweiligen Einzelfall, auch eine Schadensersatzverpflichtung des öffentlichen Auftraggebers in Betracht.¹⁰⁰

Folglich ist es nicht unwahrscheinlich, dass sich andere Teilnehmer des Vergabeverfahrens und potenzielle Auftragnehmer künftig für den Ausschluss Cum-Ex-Beteiligter aussprechen und dies notfalls gerichtlich klären lassen werden. Gerade im Hinblick auf die Öffentlichkeitswirkung, die die Cum-Ex-Geschäfte aktuell erfahren, können Mitbewerber umfassend von der Beteiligung eines Bieters Kenntnis erlangen. Auftraggeber sollten daher die Ausschlussgründe

86 Kommt man zu dem Ergebnis, dass auch die Beteiligung an einer Steuerhinterziehung nach § 370 AO i.V.m. § 27 StGB zu einem obligatorischen Ausschluss nach § 123 Abs. 4 S. 1 GWB führt, ist weiter zu prüfen, ob der Gehilfe eine Selbstreinigung nach § 123 Abs. 4 S. 2 GWB vornehmen kann. Hier stellen sich dann wiederum Anschlussfragen, wie bspw. welche Steuer genau zu erstatten ist und ob eine Beihilfe unabhängig von Grad und Intensivität zu einer Erstattungspflicht in voller oder nur teilweiser Höhe führt. Sofern der Berater für mehrere Mandanten aktiv wurde, dürfte dies zu weiteren Komplikationen führen. Darüber hinaus wäre zu diskutieren, dass dem Gehilfen diese Selbstreinigungsmöglichkeit genommen, während der Haupttäter sie weiterhin inne hätte.

87 Bundesregierung, Begründung BT-Drs. 18/6281, 104.

88 Bundesregierung, Begründung BT-Drs. 18/6281, 107.

89 Bundesregierung, Begründung BT-Drs. 18/6281, 108; Dreher/Hoffmann, NZBau 2014, Rn. 150, 154.

90 VK Bund, 9.10.2008 – VK 1–123/08, IBR 2008, Rn. 1162; Opitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 125, Rn. 11 f.

91 S. hierzu Bundesregierung, Begründung, BT-Drs. 18/6281, 109; Mutschler-Siebert/Dorschfeldt, BB 2015, Rn. 642, 650; Dreher/Hoffmann, NZBau 2014, Rn. 150, 152.

92 Hierzu unter anderem OLG Düsseldorf, 28.7.2005 – Verg 42/05, IBR 2005, Rn. 616; OLG Düsseldorf, 9.4.2003 – Verg 43/02, NZBau 2003, Rn. 578; Dreher/Hoffmann, NZBau 2012, Rn. 265.

93 Opitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 125, Rn. 23.

94 Antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB ist jedes Unternehmen, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag oder der Konzession hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung der Vergabevorschriften geltend macht. Der Kreis der potenziell antragsbefugten Unternehmen umfasst also deutlich mehr als nur das zweitplatzierte Unternehmen und beinhaltet insbesondere sämtliche anderen Bietenden und Bewerbenden, nämlich jeder potenzielle Auftragnehmer (hierzu weitergehend OLG Düsseldorf, 30.4.2008 – Verg 23/08, NZBau 2008, 461, 463; Nowak, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 160, Rn. 28 ff.).

95 Opitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 123, Rn. 16, § 124, Rn. 11; Kaufmann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 123, Rn. 81.

96 Kaufmann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 123, Rn. 81; Opitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 123, Rn. 16.

97 Opitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1: GWB 4. Teil, 3. Aufl. 2017, § 124, Rn. 11.

98 Bundesregierung, Begründung BT-Drs. 18/6281, 104.

99 Prieß, in: Pünder/Prieß, VergabeR im Umbruch II, 2015, S. 19, 38.

100 In Betracht kommen vorliegend Schadensersatzansprüche der Bewerbenden und Bietenden nach den allgemeinen Vorschriften und regelmäßig dann, wenn die jeweils klagende Partei bei in jeder Hinsicht rechtmäßigem Vergabeverfahren den Auftrag hätte erhalten müssen (s. bspw. BGH, 26.1.2010 – X ZR 86/08, m.w.N.; Mehlitz, in: Burgi/Dreher (Hrsg.) Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2019, § 63 VgV, Rn. 87 ff.).

des §§ 123, 124 GWB genauestens prüfen, um nicht Gefahr zu laufen, dass der erteilte Zuschlag durch Gerichtsbeschluss wieder aufgehoben wird.

IV. Fazit/Ausblick

Die Verwaltung wird im Rahmen von Vergabeverfahren zukünftig sehr genau schauen müssen, ob Teilnehmer an ihren Ausschreibungen auch Teilnehmer an Cum-Ex-Transaktionen waren. Konkret wird sie dies bei infrage kommenden Bewerbern aktiv nachfragen müssen. Wird dies bejaht – oder hat die Verwaltung anderweitig Kenntnis von der Beteiligung von Bewerbern erlangt – so wird sie deren Ausschluss vom (weiteren) Vergabeverfahren zu prüfen haben. Würde die Frage der Verwaltung wahrheitswidrig verneint, wird der betroffene Teilnehmer wohl nach § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB auszuschließen sein. Es ist davon auszugehen, dass integre Wettbewerber, die in Vergabeverfahren – warum auch immer – unterliegen, die Entscheidungsfindung auch unter dem Gesichtspunkt der Teilnahme an Cum-Ex-Geschäften überprüfen lassen werden.

Dr. Andreas Walter, LL.M., ist Rechtsanwalt und Partner im Frankfurter Büro der Anwaltssozietät Schalast und Akademischer Vize-Direktor des Master of Financial Law-Studiengangs an der Frankfurt School of Finance & Management.



Ramón Glaß, LL.M., ist Rechtsanwalt und Partner im Frankfurter Büro der Anwaltssozietät Schalast.



Hanna Löschan, LL.M., ist Rechtsanwältin im Frankfurter Büro der Anwaltssozietät Schalast.



Tilman Höldampf, RA, und Dr. Tilman Schultheiß, RA

Die Zinsanpassung bei Prämienparverträgen – kein Fall für die Missstandsaufsicht der BaFin

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht hat in ihrem **BaFin Journal Februar 2020 zu unwirksamen Zinsanpassungsklauseln in sog. „Prämienparverträgen“ Stellung genommen. Darin äußert die BaFin die Auffassung, dass Banken, die unwirksame Zinsanpassungsklauseln in Sparverträgen verwendet haben, von sich aus auf Sparvertragskunden zugehen und diese über die Unwirksamkeit der Klausel informieren sollten. Der Beitrag zeigt auf, dass die von der BaFin angeführten Umstände die Bejahung eines Verbraucherschutzrelevanten Missstandes im Sinne des § 4 Abs. 1a S. 3 FinDAG nicht rechtfertigen und die BaFin kompetenzwidrig und zudem auch mit inhaltlich unzutreffenden Ausführungen in die zivilgerichtliche Klärung der maßgeblichen Rechtsfragen, Zinsanpassungsklauseln bei Prämienparverträgen betreffend, eingreift.**

I. Einleitung

Mit ihrer Stellungnahme im BaFin Journal Februar 2020¹ zu unwirksamen Zinsanpassungsklauseln in sog. „Prämienparverträgen“ bezweckt die BaFin, unter Beachtung der durch den BGH aufgestellten Grundsätze angemessene, von ihr nicht näher erläuterte „Lösungen“ zu finden. In diesem Zusammenhang weist die BaFin zudem darauf hin, dass sie die Ignorierung der Rechtsprechung des BGH und die „bewusst kommentarlose Weiterverwendung“ einer unwirksamen Zinsanpassungsklausel als Missstand i.S.d. § 4 Abs. 1a S. 3 FinDAG ansieht, bei welchem die BaFin zum Eingreifen befugt ist. Dabei stößt nicht nur die Darstellungsform – das BaFin Journal entfaltet anders

als Verwaltungsakte keinerlei rechtliche Bindungswirkung² – sondern auch das Verständnis von Voraussetzungen und Reichweite des § 4 Abs. 1a FinDAG auf Bedenken. Die BaFin hat sich angesichts der bevorstehenden Verhandlungen zu den Musterfeststellungsverfahren vor dem OLG Dresden offenbar eine fragwürdige Aussage in der Literatur zu eigen gemacht, wonach sie auch nach „politischem“ Kalkül agieren können soll.³ Eine behördliche Stellungnahme zu zivilrechtlichen Fragen unmittelbar vor der ersten mündlichen Verhandlung in einem Pilotverfahren kann wohl nur so interpretiert werden, zumal Konsens darüber besteht, dass schon die offiziellen aufsichtsrechtlichen Verlautbarungen der BaFin (z.B. Emittentenleitfaden) keine rechtliche Bindungswirkung gegenüber den Zivilgerichten entfalten,⁴ so dass dies für Publikationen im behördeneigenen Informationsmedium BaFin Journal erst recht gilt.

II. Die Missstandsaufsicht nach § 4 Abs. 1a FinDAG

1. Normgenese und Normgehalt

Die mit Umsetzung des Kleinanlegerschutzgesetzes⁵ zum 10.7.2015 eingeführte Regelung des § 4 Abs. 1a FinDAG weist der BaFin als Teil

1 Unter https://www.bafin.de/DE/PublikationenDaten/BaFinJournal/AlleAusgaben/bafin-journal_alle_node.html (Abruf: 4.3.2020).

2 S. dazu zusammenfassend jüngst *Buck-Heeb*, WM 2020, 157, 161.

3 So wohl *Rott*, WM 2019, 1189, 1191.

4 *Buck-Heeb*, WM 2020, 157, 161.

5 BGBl. I, S. 1114.