

<b>Autoren:</b>	Dr. Roland M. Stein, LL.M., RA, Dr. Christopher Wolters, RA, Josefa Dengler, Wissenschaftliche Mitarbeiterin
<b>Erscheinungsdatum:</b>	28.06.2018
<b>Quelle:</b>	<b>juris</b>
<b>Normen:</b>	§ 123 GWB, § 124 GWB, § 125 GWB, § 126 GWB, EGRL 17/2004 ... mehr
<b>Fundstelle:</b>	jurisPR-Compl 3/2018 Anm. 4
<b>Herausgeber:</b>	Prof. Dr. Norbert Nolte, RA
<b>Zitiervorschlag:</b>	Stein/Wolters/Dengler, jurisPR-Compl 3/2018 Anm. 4

### **Vergaberechtliche Selbstreinigung bei Kartellrechtsverstößen**

Auslegung des Begriffs der „Ermittlungsbehörde“ und Berechnung des höchstzulässigen Ausschlusszeitraums bei fakultativen Ausschlussgründen

Anmerkung zu: Generalanwalt Manuel Campos Sánchez-Bordona, Schlussanträge v. 16.05.2018 - C-124/17

#### **Schlussanträge des Generalanwalts:**

1. Art. 80 der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG i.V.m. Art. 57 Abs. 6 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG
  - steht dem entgegen, dass ein Wirtschaftsteilnehmer, der trotz des Vorliegens eines einschlägigen Ausschlussgrundes seine Zuverlässigkeit nachweisen will, aktiv mit dem öffentlichen Auftraggeber zusammenarbeiten muss, um die Tatsachen und die Umstände, unter denen er als Mittäter an Vereinbarungen zur Verfälschung des Wettbewerbs beteiligt war, umfassend aufzuklären, wenn dieser Wirtschaftsteilnehmer bereits aktiv mit der Wettbewerbsbehörde, die diese Tatsachen untersucht und geahndet hat, zusammengearbeitet und deren Umstände umfassend geklärt hat;
  - steht dem nicht entgegen, dass ein Mitgliedstaat diese aktive Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Auftraggeber als Voraussetzung dafür, dass der Wirtschaftsteilnehmer seine Zuverlässigkeit nachweist und nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wird, verlangt, wenn es sich um rechtswidrige Verhaltensweisen handelt, bei denen der öffentliche Auftraggeber selbst die betreffenden Tatsachen und Umstände feststellen muss.
2. Liegt im Hinblick auf einen Wirtschaftsteilnehmer ein in Art. 57 Abs. 4 Buchst. d der Richtlinie 2014/24 vorgesehener Ausschlussgrund vor, weil er Vereinbarungen getroffen hat, die auf eine Verzerrung des Wettbewerbs abzielen und die bereits Gegenstand einer Sanktionsentscheidung waren, ist der höchstzulässige Ausschlusszeitraum ab dem Datum dieser Entscheidung zu berechnen.

#### **A. Problemstellung**

Viele Unternehmen erlangen einen wichtigen Teil ihrer Aufträge über die Teilnahme an Vergabeverfahren öffentlicher Auftraggeber. Ein Ausschluss von Vergabeverfahren – ob dauerhaft oder zumindest für einen längeren Zeitraum – kann daher mit massiven wirtschaftlichen Einbußen verbunden sein. In Deutschland legen die §§ 123 und 124 GWB fest, wann ein Unternehmen vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann: etwa bei strafrechtlich relevantem Verhalten oder bei Verstößen gegen geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen. Auch ein Kartellverstoß kann zu einem Ausschluss führen. Ein betroffenes Unternehmen kann aber eine vorzeitige Wiederzulassung zum Vergabeverfahren dadurch erreichen, dass es eine „Selbstreinigung“ i.S.v. § 125 GWB durchführt. Dazu muss es den von ihm verursachten Schaden ausgleichen, bei der Aufklärung der schadensbegründenden Umstände aktiv kooperieren sowie geeignete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergreifen, um weitere Vergaberechtsverstöße zu vermeiden. Nach dem Wortlaut des

deutschen Umsetzungsrechts muss der Bieter bei der Sachverhaltsaufklärung sowohl mit Ermittlungsbehörden als auch mit dem öffentlichen Auftraggeber zusammenarbeiten.

Die Selbstreinigung führt zu einer Reihe von schwierigen rechtlichen und tatsächlichen Folgefragen. Eine davon betrifft das Verhältnis zum Kartellrecht. Kartellverstöße von Unternehmen haben nämlich neben Fragen zu Ausschluss und Selbstreinigung immer häufiger auch Kartellschadensersatzprozesse zur Folge. Öffentliche Auftraggeber haben – wie auch andere geschädigte Kartellkunden – dabei mit dem Problem zu kämpfen, die Höhe des durch den Kartellverstoß verursachten Schadens zu beweisen. In diesem Zusammenhang wird derzeit vor allem die Frage diskutiert, wie umfangreich öffentliche Auftraggeber Informationen, die Unternehmen ihnen zum Nachweis der Selbstreinigung vorlegen, dazu nutzen dürfen, Beweisprobleme in einem Kartellschadensersatzprozess zu beheben. Dies hängt maßgeblich davon ab, wie weit die unternehmerischen Pflichten zur Sachverhaltsaufklärung im Rahmen der Selbstreinigung reichen und wie lange Bieter aufgrund von Kartellabsprachen von Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können.

Generalanwalt Manuel Campos Sánchez-Bordona hatte sich in den Schlussanträgen zur Rechtssache C-124/17 vom 16.05.2018 mit zwei Fragen zur Auslegung der Vergaberechtsrichtlinie 2014/24/EU zu befassen, die den Kern der diesbezüglichen Argumente betreffen. Die Selbstreinigung setzt nach dem Wortlaut von § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB voraus, dass das Unternehmen „die Tatsachen und Umstände, die mit der Straftat oder dem Fehlverhalten und dem dadurch verursachten Schaden in Zusammenhang stehen, durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden und dem öffentlichen Auftraggeber umfassend geklärt hat“. Diese Formulierung weicht dahingehend von ihrer unionsrechtlichen Grundlage in Art. 57 Abs. 6 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU ab, als dass diese lediglich eine Pflicht zur Kooperation mit „den Ermittlungsbehörden“ vorsieht. Eine Kooperation mit dem öffentlichen Auftraggeber fordert die Richtlinie – jedenfalls in ihrer deutschen Fassung – nicht. Der Generalanwalt hatte sich daher zunächst mit der Frage auseinanderzusetzen, ob § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GWB mit Art. 57 Abs. 6 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU vereinbar ist.

Zum anderen hatte sich der Generalanwalt mit der Auslegung von Art. 57 Abs. 7 der Richtlinie 2014/24/EU zu befassen. Die Vorschrift normiert höchstzulässige Zeiträume des Ausschlusses von Wirtschaftsteilnehmern vom Vergabeverfahren, wenn keine erfolgreiche Selbstreinigung durchgeführt wurde. Die deutsche – diesbezüglich wortlautidentische – Umsetzung in § 126 Nr. 2 GWB sieht vor, dass der höchstens dreijährige Ausschlusszeitraum im Falle eines fakultativen Ausschlussgrundes „ab dem betreffenden Ereignis“ zu berechnen ist. Der Generalanwalt hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, wie dieses Ereignis zu bestimmen ist.

## **B. Inhalt und Gegenstand der Schlussanträge**

Den Schlussanträgen liegt ein auf verschiedenen Ebenen geführter Rechtsstreit zwischen der Stadtwerke München GmbH (im Folgenden Stadtwerke München oder öffentlicher Auftraggeber) und der Vossloh Laeis GmbH (im Folgenden Vossloh) über Kartellschadensersatz im Nachgang zum sog. „Schienen-Kartell“ zugrunde:

Hintergrund der vergaberechtlichen Auseinandersetzung ist der Umstand, dass die Stadtwerke München – als öffentlicher Auftraggeber – ein Qualifizierungssystem als Voraussetzung zur Teilnahme an Vergabeverfahren implementiert hatten, an dem auch Vossloh teilnahm. Am 09.03.2016 erließ das Bundeskartellamt einen Bußgeldbescheid gegen Vossloh. Er enthielt die Feststellung, dass Vossloh von 2001 bis 2011 am sog. „Schienen-Kartell“ beteiligt gewesen war. Die Stadtwerke München, selbst Geschädigte dieses Kartells, strengten daraufhin ein zivilrechtliches Schadensersatzverfahren gegen Vossloh an.

Vossloh führte aber eine Reihe von Selbstreinigungsmaßnahmen durch, um trotz des Vorliegens eines fakultativen Ausschlussgrunds wieder an Ausschreibungen der Stadtwerke München teilzunehmen. Dazu arbeitete das Unternehmen u.a. während des Bußgeldverfahrens ununterbrochen und uneingeschränkt mit dem Bundeskartellamt zusammen. Ferner erklärte es sich bereit, den durch das Kartell entstandenen Schaden in der Höhe auszugleichen, die gerichtlich festgestellt worden ist. Dennoch schlossen die Stadtwerke München Vossloh am 04.11.2016 mit sofortiger Wirkung von ihrem Qualifizierungssystem aus. Sie begründeten dies damit, dass Vossloh keine hinreichenden Selbstreinigungsmaßnahmen i.S.v. § 125 GWB ergriffen habe, da das Unternehmen zur Aufklärung der Kartellrechtsverstöße zwar mit der Wettbewerbsbehörde, nicht aber mit ihr als öffentlichem Auftraggeber zusammengearbeitet habe.

Vossloh griff die Ausschlussentscheidung der Stadtwerke München vor der Vergabekammer Südbayern an. Diese legte dem EuGH am 07.03.2017 (Z3-3-3194-1-45-11/16) die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vor:

1. Ist eine mitgliedstaatliche Regelung, die zur Voraussetzung für eine erfolgreiche Selbstreinigung eines Wirtschaftsteilnehmers macht, dass dieser die Tatsachen und Umstände, die mit der Straftat oder dem Fehlverhalten und dem dadurch verursachten Schaden in Zusammenhang stehen, durch eine aktive Zusammenarbeit nicht nur mit den Ermittlungsbehörden, sondern auch mit dem öffentlichen Auftraggeber umfassend klärt, mit den Vorgaben des Art. 80 der Richtlinie 2014/25/EU i.V.m. Art. 57 Abs. 6 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU vereinbar?
2. Für den Fall, dass Vorlagefrage 1. mit nein beantwortet wird: Ist Art. 57 Abs. 6 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU im Zusammenhang dahin gehend auszulegen, dass der jeweilige Wirtschaftsteilnehmer für eine erfolgreiche Selbstreinigung jedenfalls insoweit gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber zur Sachverhaltsaufklärung verpflichtet ist, dass dieser beurteilen kann, ob die ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen (technische, organisatorische und personelle Maßnahmen und Schadenskompensation) geeignet und ausreichend sind?
3. Für die unter Art. 57 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU geregelten fakultativen Ausschlussgründe beträgt gemäß Art. 57 Abs. 7 der Richtlinie 2014/24/EU der höchstzulässige Zeitraum bzw. die Frist für einen Ausschluss drei Jahre ab dem betreffenden Ereignis. Ist unter dem betreffenden Ereignis schon die Verwirklichung der unter Art. 57 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU aufgeführten Ausschlussgründe zu verstehen oder ist der Zeitpunkt maßgeblich, zu dem der Auftraggeber über gesicherte und belastbare Kenntnis über das Vorliegen des Ausschlussgrundes verfügt?
4. Ist demnach bei einer Verwirklichung des Ausschlussstatbestands des Art. 54 Abs. 4 Buchst. d der Richtlinie 2014/24/EU durch Beteiligung eines Wirtschaftsteilnehmers an einem Kartell das betreffende Ereignis i.S.d. Art. 54 Abs. 7 der Richtlinie 2014/24/EU die Beendigung der Kartellbeteiligung oder die Erlangung gesicherter und belastbarer Kenntnis des Auftraggebers von der Kartellbeteiligung?

Hierzu hat der Generalanwalt am 16.05.2018 Stellung genommen. Er hat dabei die vier Fragen zusammengefasst und befasst sich zum einen mit der Kooperationspflicht gegenüber öffentlichen Auftraggebern (hierzu nachfolgend unter 1), zum anderen mit der Verjährung (hierzu nachfolgend unter 2):

### **1. Vereinbarkeit von § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB mit Art. 57 Abs. 6 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU**

Der Generalanwalt kommt zu dem Ergebnis, dass die von § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB aufgestellte Pflicht eines Unternehmens, mit „Ermittlungsbehörden und dem öffentlichen Auftraggeber“ zusammenzuarbeiten, nicht mit seiner europäischen Grundlage – Art. 57 Abs. 6 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU – vereinbar ist. Denn zum einen sei die Funktion von Ermittlungsbehörden und öffentlichen Auftraggebern unterschiedlich, zum anderen sei es den Mitgliedstaaten nicht erlaubt, strengere Voraussetzungen an die Selbstreinigung zu stellen als in der Richtlinie vorgegeben.

Der Generalanwalt stellt zunächst fest, dass der öffentliche Auftraggeber nicht zur Ermittlungsbehörde i.S.v. Art. 57 Abs. 6 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU werde, obwohl das GWB dem öffentlichen Auftraggeber einige Funktionen mit Ermittlungscharakter übertragen hat – etwa die Feststellung einer rechtskräftigen Verurteilung eines Wirtschaftsteilnehmers gemäß Art. 57 Abs. 1 der Richtlinie. Denn der öffentliche Auftraggeber treffe im Rahmen von Art. 57 Abs. 6 der Richtlinie keine eigenen Feststellungen, sondern nehme nur eine Beweiswürdigung vor.

Außerdem setze die Richtlinie 2014/24/EU auch an anderer Stelle voraus, dass öffentliche Auftraggeber nicht mit Ermittlungsbehörden personenidentisch sind. Denn Art. 57 Abs. 6 Unterabs. 2 lege fest, dass die Vornahme von Selbstreinigungsmaßnahmen gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber nachzuweisen ist. Bestätigt werde diese Auslegung durch die Zeitfolge, die von der Vorschrift vorgesehen ist: Es müsse zunächst eine Zusammenarbeit mit der Ermittlungsbehörde erfolgen, die im Folgenden gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber nachzuweisen sei.

Die in § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB aufgestellten Anforderungen seien, so der Generalanwalt, nicht mit der Richtlinie 2014/24/EU vereinbar. Dies begründet er zum einen damit, dass § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB zu einer Verdoppelung der Kooperationspflichten von Unternehmen im Rahmen der Selbstreinigung führe. So müsse Vossloh nach dem deutschen Umsetzungswortlaut zur Klärung derselben Tatsachen und Umstände bezüglich desselben Ausschlussgrundes sowohl mit der Wettbewerbsbehörde als auch mit

dem öffentlichen Auftraggeber zusammenarbeiten. Dies missachte die unterschiedlichen Funktionen, die diese wahrnehmen und könne dazu führen, dass der öffentliche Auftraggeber bei der Beurteilung der Selbstreinigung nicht mehr über die nötige Neutralität und Unparteilichkeit verfüge. Zum anderen könne das Unternehmen bei Folgeverfahren, wie etwa im Falle von Schadensersatzklagen aufgrund eines Kartellverstoßes, durch die Kooperationspflicht bei der Selbstreinigung in seinen Verteidigungsmöglichkeiten gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber eingeschränkt sein.

Allerdings hält der Generalanwalt das Erfordernis einer aktiven Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der Selbstreinigung für möglich, „wenn es sich um rechtswidrige Verhaltensweisen handelt, bei denen der öffentliche Auftraggeber selbst die betreffenden Tatsachen und Umstände feststellen muss“. Er führt jedoch nicht aus, welche Situationen dies betrifft. Hierbei könnte es sich vermutlich um den Ausschlussgrund einer vorherigen schwerwiegenden Vertragsverletzung des Bieters handeln. Diese wird häufig vom Auftraggeber selber festgestellt – in solchen Fällen könnte es daher auch nach Auffassung des Generalanwalts zu einer Kooperationspflicht mit dem öffentlichen Auftraggeber kommen.

## **2. Bestimmung des „betreffenden Ereignisses“ i.S.v. Art. 57 Abs. 7 der Richtlinie 2014/24/EU**

Der Generalanwalt erwägt im Folgenden mehrere mögliche fristauslösende „betreffende Ereignisse“ i.S.v. § 126 Nr. 2 GWB, um den Beginn des für Vossloh geltenden Ausschlusszeitraums festzulegen: Bei objektiver Betrachtung könne die Kartellbeteiligung bzw. deren Beendigung fristauslösend sein. Bei subjektiver Betrachtung sei entweder der Zeitpunkt fristauslösend, in dem die Behörde – ob öffentlicher Auftraggeber oder Ermittlungsbehörde – zuverlässige Kenntnis von dem Verhalten habe oder derjenige, in dem sie eine Sanktionsentscheidung treffe. Ist auf das Ende der Kartellbeteiligung Vosslohs im Jahr 2011 abzustellen, wäre der höchstzulässige Ausschlusszeitraum bereits 2014 abgelaufen, bei Abstellen auf den Erlass des Bußgeldbescheids am 09.03.2016 wäre dies erst im Jahr 2019 der Fall.

Der Generalanwalt stellt auf die Sanktionsentscheidung der zuständigen Ermittlungsbehörde ab, vorliegend also auf die Bußgeldentscheidung des Bundeskartellamts vom 09.03.2016. Er begründet dies mit einer analogen Anwendung der Bestimmung des Art. 57 Abs. 7 der Richtlinie 2014/24/EU zu den zwingenden Ausschlussgründen, welche die gerichtliche Verurteilung als fristauslösendes Ereignis festlegt. Ein früherer Zeitpunkt scheide deshalb aus, da erst durch den Erlass eines Bußgeldbescheids die Feststellung eines Verstoßes überhaupt möglich sei.

## **C. Kontext der Schlussanträge**

Die Schlussanträge des Generalanwalts geben zwar für den konkreten Fall klare Ergebnisse vor, den Begründungen des Generalanwalts kann aber zu großen Teilen nur schwer gefolgt werden. Das hinsichtlich der zweiten Frage getroffene Ergebnis enthält überdies keine auf andere Fälle übertragbaren Aussagen. Angesichts vieler offengebliebener Fragen wird die Entscheidung des Gerichtshofes mit Spannung erwartet. Hält der EuGH die streitigen GWB-Vorschriften für mit der Richtlinie 2014/24/EU vereinbar, setzen sich vom Vergabeverfahren ausgeschlossene Unternehmen, die sich für einen Selbstreinigungsversuch entscheiden, dem Risiko verlustreicher Kartellschadensersatzprozesse aus. Kommt der EuGH zum Ergebnis einer Unvereinbarkeit, macht das die Situation für betroffene Unternehmen jedoch auch nicht einfacher: Sie müssen nach wie vor die Entscheidung treffen, wie viel Einblick sie dem öffentlichen Auftraggeber in ihr Fehlverhalten geben, damit sie den Nachweis ausreichender Selbstreinigungsmaßnahmen führen können, ohne dabei zu große Nachteile für einen möglichen Kartellschadensersatzprozess in Kauf zu nehmen.

## **D. Auswirkungen für die Praxis**

Bis zur Entscheidung durch den EuGH ergeben sich weder für Unternehmen noch für öffentliche Auftraggeber Neuerungen. Unternehmen, denen ein Kartellverstoß vorgeworfen wird, sollten sich weiterhin darauf beschränken, umfassend und freiwillig Auskunft über die zur Beurteilung der Selbstreinigung notwendigen Tatsachen und Umstände zu geben und eine Verpflichtung abzugeben, den von ihnen verursachten Schaden auszugleichen. Bei der Abgabe von Erklärungen im Rahmen des Vergabeverfahrens gilt es sehr sorgfältig zu sein, da fehlerhafte Erklärungen zu einer eigenständigen Grundlage eines Ausschlusses herangezogen werden können.

