

**Anmerkung zu:** EuGH 4. Kammer, Urteil vom 24.10.2018 - C-124/17

**Autoren:** Dr. Roland M. Stein, LL.M., RA,  
Dr. Christopher Wolters, RA

**Erscheinungsdatum:** 12.04.2019

**Quelle:** **JURIS**

**Normen:** § 123 GWB, § 78a StGB, § 126 GWB, § 124 GWB, § 33g GWB ... mehr

**Fundstelle:** jurisPR-Compl 2/2019 Anm. 2

**Herausgeber:** Prof. Dr. Norbert Nolte, RA

**Zitievorschlag:** Stein/Wolters, jurisPR-Compl 2/2019 Anm. 2

### **Vergaberechtliche Selbstreinigung bei Kartellrechtsverstößen**

#### **Tenor**

**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 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 ist dahin auszulegen, dass er einer Bestimmung des nationalen Rechts nicht entgegensteht, nach der ein Wirtschaftsteilnehmer, der seine Zuverlässigkeit trotz des Vorliegens eines einschlägigen Ausschlussgrundes nachweisen möchte, die Tatsachen und Umstände, die mit der Straftat oder dem begangenen Fehlverhalten in Zusammenhang stehen, durch eine aktive Zusammenarbeit nicht nur mit der Ermittlungsbehörde, sondern auch mit dem öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der diesem eigenen Rolle umfassend klären muss, um Letzterem den Nachweis der Wiederherstellung seiner Zuverlässigkeit zu erbringen, sofern diese Zusammenarbeit auf die Maßnahmen beschränkt ist, die für die betreffende Prüfung unbedingt erforderlich sind.**

**2. Art. 57 Abs. 7 der Richtlinie 2014/24 ist dahin auszulegen, dass bei einem Verhalten eines Wirtschaftsteilnehmers, das den Ausschlussgrund des Art. 57 Abs. 4 Buchst. d dieser Richtlinie erfüllt und von einer zuständigen Behörde geahndet wurde, der höchstzulässige Zeitraum des Ausschlusses ab dem Datum der Entscheidung dieser Behörde berechnet wird.**

#### **A. Problemstellung**

Für viele Unternehmen sind öffentliche Aufträge ein zentrales Standbein der eigenen Geschäftstätigkeit. Der Ausschluss von einzelnen Vergabeverfahren oder eine Vergabesperre haben in einem solchen Fall massive wirtschaftliche Einbußen zur Folge. In Deutschland legen §§ 123 und 124 GWB fest, wann Unternehmen vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können oder auszuschließen sind. Unter einen der fakultativen Ausschlussgründe fallen seit der Vergaberechtsreform aus dem Jahr 2016 weitergehend als zuvor Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht.

Seit der Vergaberechtsreform findet sich jedoch auch erstmals das Institut der „Selbstreinigung“ als geschriebenes Recht im GWB wieder. Nach Maßgabe des § 125 GWB kann ein betroffenes Unternehmen danach den Ausschluss von Vergabeverfahren verhindern. Dazu muss es (1) den ver-

ursachten Schaden ausgleichen, (2) bei der Aufklärung der schadensbegründenden Umstände aktiv kooperieren sowie (3) geeignete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriften, um weitere Vergaberechtsverstöße zu vermeiden.

Die mit der Vergaberechtsreform entstandenen Fragen werden zunehmend der gerichtlichen Klärung zugeführt. Das gegenständliche Urteil des EuGH stellt einen weiteren Versuch dar, einen Beitrag zur Klärung der Auswirkungen von Kartellverstößen auf die Berechtigung zur Teilnahme an Vergabeverfahren zu leisten:

Es beschäftigt sich zum einen mit der Frage der Reichweite der Kooperationspflicht eines Kartellanten gegenüber einem geschädigten öffentlichen Auftraggeber als Teil der vergaberechtlichen Selbstreinigung. Öffentliche Auftraggeber versuchen durch eine weite Auslegung dieser Pflicht einen Vorteil im zivilrechtlichen Kartellschadensersatzprozess zu erlangen. Denn Geschädigte eines Kartells haben in Schadensersatzprozessen regelmäßig Schwierigkeiten, die Höhe des durch den Kartellverstoß verursachten Schadens nachzuweisen. Betroffene öffentliche Auftraggeber zielen deshalb insbesondere darauf ab, über die Kooperationspflicht Informationen zur Höhe des durch das Kartell verursachten Schadens zu erlangen.

Aussagekräftig ist die Entscheidung zum anderen auch im Hinblick auf die vergaberechtliche „Verjährung“ von Kartellverstößen. Gemeint ist damit der Zeitpunkt, ab dem öffentliche Auftraggeber einen Kartellverstoß nicht mehr als Grund für einen Ausschluss von einem Vergabeverfahren heranziehen können. Maßgeblich hierfür ist, welches „Ereignis“ im Kontext von Kartellverstößen den Beginn der Laufzeit der maximalen Ausschlussfrist von drei Jahren bestimmt. Hier wurden in der Vergangenheit erheblich voneinander abweichende Positionen vertreten.

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

Der Entscheidung des EuGH liegt ein zwischen der Stadtwerke München GmbH (im Folgenden Stadtwerke München oder öffentlicher Auftraggeber) und der Vossloh Laeis GmbH (im Folgenden Vossloh) geführter Rechtsstreit im Nachgang zum sog. „Schienen-Kartell“ zugrunde: Streitpunkt der vergaberechtlichen Auseinandersetzung war der Ausschluss von Vossloh aus einem von den Stadtwerken München implementierten Qualifizierungssystem, welches eine der Grundvoraussetzungen für die Teilnahme an einer Mehrzahl seiner Vergabeverfahren darstellte. Hintergrund des Ausschlusses war ein Kartellrechtsverstoß Vosslohs, der am 09.03.2016 durch einen Bußgeldbescheid des Bundeskartellamts bestätigt wurde. Der Bescheid 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 währenddessen eine Reihe von Selbstreinigungsmaßnahmen durch, um trotz des Bestehens des fakultativen Ausschlussgrunds der Kartellbeteiligung wieder an Ausschreibungen der Stadtwerke München teilnehmen zu können. Dazu arbeitete das Unternehmen unter anderem während des Bußgeldverfahrens ununterbrochen und uneingeschränkt mit dem Bundeskartellamt zusammen. Diese Kooperation wurde im Rahmen des Bußgeldbescheides auch durch eine Minderung der zu zahlenden Summe positiv berücksichtigt. Ferner erklärte sich Vossloh (abstrakt) bereit, den „von ihr verursachten Schaden“ auszugleichen. Hinsichtlich der Höhe des Schadens machte sie jedoch keine Zusage. Sie war weiterhin Gegenstand der zivilrechtlichen Schadensersatzklage.

Die Stadtwerke München erachteten die durchgeführten Maßnahmen indes als nicht ausreichend und schlossen Vossloh am 04.11.2016 mit sofortiger Wirkung von ihrem Qualifizierungssystem aus. Begründend führten sie aus, dass das Unternehmen zur Aufklärung der Kartellrechtsverstöße zwar mit der Wettbewerbsbehörde, nicht aber – wie von § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB gefordert – auch

mit ihr als öffentlichem Auftraggeber hinreichend zusammengearbeitet habe. Die Stadtwerke verlangten insbesondere eine Kooperation Vosslohs zur Ermittlung des durch den Kartellverstoß entstandenen Schadens.

Vossloh griff die Ausschlusentscheidung der Stadtwerke München vor der VK München an. Diese legte dem Europäischen Gerichtshof am 07.03.2017 (Z3-3-3194-1-45-11/16; hierzu: Stein/Wolters, jurisPR-Compl 2/2017 Anm. 1) vier Fragen zur Vorabentscheidung vor. Diese wurden sowohl vom Generalanwalt (Generalanwalt Campos Sánchez-Bordona, Schlussantr. Vossloh Laeis - C-124/17, hierzu: Stein/Wolters, jurisPR-Compl 3/2018 Anm. 4) als auch in der nun vorliegenden Entscheidung des EuGH zu zwei Fragekomplexen zusammengefasst:

1. Die erste Frage befasste sich mit der Vereinbarkeit des § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB mit Art. 57 Abs. 6 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU. Während die nationale Regelung eine Zusammenarbeit sowohl mit den Ermittlungsbehörden als auch mit dem öffentlichen Auftraggeber fordert, sieht die unionsrechtliche Regelung eine umfangreiche Kooperationspflicht lediglich für Erstere vor. Bezuglich der Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Auftraggeber setzt die Richtlinie lediglich voraus, dass das Unternehmen diesen über die erfolgte Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden in Kenntnis setzt. Zu entscheiden war insofern, ob auch der öffentliche Auftraggeber unter den unionsrechtlichen Begriff der Ermittlungsbehörden fällt oder ob eine von der unionsrechtlichen Grundlage abweichende, strengere Kooperationspflicht im Rahmen der erforderlichen Selbstreinigungsmaßnahmen auf nationaler Ebene zulässig ist.
2. Zudem legte die VK München die Frage vor, welches Ereignis den Beginn der Laufzeit der Ausschlussfrist des Art. 57 Abs. 7 der Richtlinie 2014/24/EU markiert. Sowohl die Erfüllung des kartellrechtlichen Tatbestandes durch das betroffene Unternehmen als auch die Erlangung sicherer und belastbarer Erkenntnisse über das Bestehen eines Ausschlussgrundes nach Art. 57 Abs. 4 RL 2014/24/EU durch den Auftraggeber wurden dabei in der Vorlageentscheidung als relevante Zeitpunkte in Betracht gezogen.

Nachdem der Generalanwalt am 16.05.2018 Stellung genommen hatte, erging nun die Entscheidung des EuGH:

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

Der EuGH legt in seiner Entscheidung den Art. 57 Abs. 6 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU dahin gehend aus, dass er einer Bestimmung des nationalen Rechtes nicht entgegensteht, nach der das betroffene Unternehmen zur Annahme einer erfolgreichen Selbstreinigung auch zu einer Kooperation mit dem öffentlichen Auftraggeber verpflichtet ist. Diese Pflicht zur Zusammenarbeit sei jedoch – abweichend von den Kooperationspflichten gegenüber Ermittlungsbehörden – auf solche Maßnahmen beschränkt, die für die Prüfung der „Zuverlässigkeit“ des Betroffenen unbedingt erforderlich sind (in seinen Ausführungen und dem Tenor der Entscheidung nutzt der EuGH die frühere Terminologie der „Wiederherstellung der Zuverlässigkeit“ als Äquivalent für die erfolgreiche Durchführung der erforderlichen Selbstreinigungsmaßnahmen nach § 125 Abs. 1 GWB bzw. Art. 57 Abs. 6 RL 2014/24). § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB ist demnach nur im Lichte einer richtlinienkonformen Auslegung mit der Richtlinienvorschrift vereinbar.

Die Reichweite der Kooperationspflicht gegenüber den Ermittlungsbehörden und dem öffentlichen Auftraggeber bestimmt sich laut EuGH nach ihrer jeweiligen Funktion. So gehe die Prüfung der Selbstreinigungsmaßnahmen durch den öffentlichen Auftraggeber teilweise über den Prüfungs-umfang der Ermittlungsbehörden hinaus. Vorrangiges Ziel der Ermittlungsbehörden sei die Feststellung vergangenen Fehlverhaltens des potentiellen Kartellbeteiligten. Die Prüfung, ob der betroffene Wirtschaftsteilnehmer seit Begehung des Kartellverstoßes die für die Selbstreinigung er-

forderlichen Maßnahmen getroffen hat, obliege hingegen dem öffentlichen Auftraggeber. Laut EuGH ist der Wirtschaftsteilnehmer demnach dazu verpflichtet, wirksam mit beiden Stellen zusammenzuarbeiten, soweit deren jeweilige Funktion eine derartige Kooperation erfordert.

Die Bewertung, ob die vorangegangene Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden die Voraussetzungen des Art. 57 Abs. 6 Unterabs. 2 RL 2014/24/EU erfüllt, falle deshalb in den alleinigen Zuständigkeitsbereich des öffentlichen Auftraggebers. Diese (eingeschränkte) Funktion führt aber auch dazu, dass die Kooperationspflicht des Bieters sich auf jene Maßnahmen beschränkt, die für die Prüfung der Selbstreinigungsmaßnahmen des Wirtschaftsteilnehmers unbedingt erforderlich sind. Laut EuGH ergibt sich aus dieser grundsätzlichen Kompetenzverteilung, dass der öffentliche Auftraggeber auch die Vorlage der Bußgeldentscheidung der Kartellbehörde verlangen kann, um Kenntnis über die hinreichende Kooperation des Bieters mit Letzterer zu erlangen. Im Falle einer Weigerung sei es zulässig, die Voraussetzungen der Selbstreinigung als nicht in ausreichendem Maße erfüllt zu erachten. Das Unternehmen könnte in der Folge weiterhin von Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Dies gelte selbst dann, wenn der öffentliche Auftraggeber die in der Sanktionsentscheidung enthaltenen Informationen zur Durchsetzung eines gegen den Wirtschaftsteilnehmer gerichteten Schadensersatzanspruches nutzen könnte.

Bezüglich darüber hinausgehender Informationen legt sich der EuGH nicht eindeutig fest. Jedenfalls könnte sich der Wirtschaftsteilnehmer aber generell auf die Vorlage der relevanten Entscheidung der Wettbewerbsbehörde beschränken, soweit aus dieser hervorgeht, dass die Wettbewerbsbehörde die freiwillige und vollständige Kooperation des Wirtschaftsteilnehmers mit einer Bonusregelung honoriert hat.

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

Der EuGH bestimmt das „betreffende Ereignis“ i.S.v. Art. 57 Abs. 7 der RL 2014/24/EU als den Moment, in dem die sanktionierende Entscheidung der zuständigen Kartellbehörde ergeht. Laut Gerichtshof beginnt die maximale Ausschlussfrist im Rahmen des hier maßgeblichen Ausschlussgrundes also nicht mit Erfüllung des kartellrechtlichen Verbotstatbestandes, sondern mit der Ahndung durch die relevanten Stellen. Der EuGH begründet diese Auslegung zunächst mit der Parallelregelung für zwingende Ausschlussgründe. Diese sieht einen Ausschlusszeitraum vor, der mit dem Tag der rechtskräftigen Verurteilung beginnt. Aus Gründen der Kohärenz sei ein Gleichlauf der Berechnungsmodalitäten anzunehmen. Hierfür sprächen weiterhin auch die Gründe der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit, da so der Beginn und das Ende der Ausschlussfrist unproblematisch und eindeutig bestimmbar seien. Überdies nimmt der EuGH die Ausführungen des Generalanwalts auf und weist darauf hin, dass erst infolge einer sanktionierenden Kartellentscheidung von einem erwiesenen Verstoß durch das Unternehmen ausgegangen werden könne. In der Folge könne die Ausschlussfrist auch erst mit Bekanntmachung dieser Entscheidung beginnen.

### **C. Kontext der Entscheidung**

I. Während die Entscheidung die Regelung des § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB grundsätzlich für mit Art. 57 Abs. 6 der RL 2014/24/EU vereinbar erklärt, so schränkt sie zugleich die Kooperationspflichten gegenüber öffentlichen Auftraggebern in erheblichem Maße ein. Eine gesetzliche Pflicht zur „aktiven Zusammenarbeit“ mit dem öffentlichen Auftraggeber ist somit zwar zulässig, reicht aber nur so weit, wie sie für die Prüfung der Selbstreinigungsmaßnahmen des Wirtschaftsteilnehmers „unbedingt erforderlich“ ist.

Ein derartiges Verständnis der Kooperationspflicht der Richtlinie führt zwangsläufig zu einer inhaltlich abweichenden und deutlich engeren Auslegung des § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB als sie der Wortlaut der nationalen Regelung und die Gesetzesbegründung nahelegen (und bislang von der

Kommentarliteratur angenommen wurde, vgl. u.a. Stancke/Weidenbach/Lahme/Ruster, Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, 2018, Kap. G Rn. 451-2). Der indiziert eine Pflicht zur aktiven und umfassenden Zusammenarbeit mit sowohl den Ermittlungsbehörden als auch dem öffentlichen Auftraggeber zur Aufklärung aller Tatsachen und Umstände, die mit dem Kartellverstoß in Zusammenhang stehen. Der Wortlaut deutet insofern auf einen Gleichlauf der Kooperationspflichten mit beiden öffentlichen Stellen hin. Folglich bestünde eine Pflicht zur vollumfassenden inhaltlichen Zusammenarbeit auch mit dem öffentlichen Auftraggeber. Bei einer derartigen Auslegung wäre der Wirtschaftsteilnehmer gezwungen, dem öffentlichen Auftraggeber erhebliche Informationen bezüglich der verursachten Schäden und kartellbedingten Preisverschiebungen preiszugeben. Die Entscheidung des EuGH, dass nur solche Informationen offenzulegen sind, die für die Prüfung der Selbstanreinigungsmaßnahmen unbedingt erforderlich sind, entzieht dem § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB folglich einen erheblichen Teil seines Anwendungsbereiches.

Vor dem Hintergrund der bisherigen Auslegung sahen die VK München (Rn. 87 ff.) und der Generalanwalt (Rn. 42 ff.) eine Vereinbarkeit der deutschen Vorschrift mit der Richtlinie nur unter der Bedingung als denkbar an, dass der in der Richtlinie vorgegebene Begriff der „Ermittlungsbehörde“ derart weit zu verstehen sei, dass er auch öffentliche Auftraggeber in ihrer Funktion als „den Sachverhalt ermittelnde“ Behörde erfasse. Eine derart weite Auslegung wurde zu Recht bereits in den dortigen Einlassungen mit Skepsis betrachtet. Diese lag insbesondere schon darin begründet, dass die Richtlinie in ihrer Wortwahl für Ermittlungsbehörden und öffentliche Auftraggeber konsequent separate Begriffe verwendet.

Der EuGH beschreitet in seiner Entscheidung einen anderen Weg. Auch der Gerichtshof geht offensichtlich nicht davon aus, dass es mit Art. 57 Abs. 6 RL EU 2014/24 vereinbar ist, öffentliche Auftraggeber unter den Begriff der „Ermittlungsbehörden“ zu subsumieren und ihnen gegenüber eine vergleichbare Kooperationspflicht zu statuieren. Allerdings sagt er das nicht ausdrücklich.

Der EuGH leitet die Kooperationspflicht gegenüber öffentlichen Auftraggebern aus der grundsätzlichen Funktion des öffentlichen Auftraggebers als der Stelle ab, gegenüber der der Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen der Selbstanreinigung die erforderlichen Nachweise zu erbringen hat. Dass diese Funktion dem öffentlichen Auftraggeber zukommt, ergibt sich dabei bereits aus der Richtlinie selbst, die diesem neben der Prüfung des Ausschlusses vom Vergabeverfahren spiegelbildlich auch die Prüfung der Selbstanreinigungsmaßnahmen überträgt (Art. 57 Abs. 6 i.V.m. Abs. 4 der RL 2014/24). Auch im deutschen Recht statuiert § 125 Abs. 2 GWB das bereits explizit.

Die Kooperationspflicht ergibt sich damit laut EuGH dogmatisch nicht aus der Stellung des öffentlichen Auftraggebers als „Ermittlungsbehörde“ im Sinne der Richtlinie, sondern aus seiner Funktion im Prozess der Selbstanreinigung. Aus eben dieser Funktion folgen – wie der EuGH ebenfalls deutlich macht – jedoch zugleich die beschriebenen Grenzen der Kooperationspflicht.

Unabhängig von der dogmatischen Herleitung der einschlägigen Kooperationspflicht enthält die Entscheidung nur wenige konkrete Aussagen bezüglich ihrer Reichweite im Einzelfall. Welche spezifischen Informationen der öffentliche Auftraggeber nunmehr in Zukunft zulässigerweise anfordern können wird, wird daher weitestgehend davon abhängen, was die Gerichte für die Prüfung der Selbstanreinigungsmaßnahmen als „unbedingt erforderlich“ erachten. Eine klare Feststellung trifft der EuGH in diesem Zusammenhang jedoch zumindest insoweit, als die Vorlage der Entscheidung der Kartellbehörde als für die Selbstanreinigung verpflichtend vorausgesetzt werden kann. Da dieses Recht unabhängig davon bestehen soll, ob der kartellgeschädigte Auftraggeber sich durch den Erhalt des Bescheides im Rahmen eines Kartellschadensersatzprozesses eine bessere Position verschaffen kann, ist davon auszugehen, dass sich die Vorlage der Entscheidung zu einer faktischen Grundvoraussetzung der Selbstanreinigung entwickeln wird.

Ungeklärt bleibt nach der Entscheidung des EuGH allerdings, welche sonstigen Dokumente und Informationen der Auftraggeber für eine erfolgreiche Selbstreinigung voraussetzen darf. Laut EuGH stellt die Vorlage des Bußgeldbescheides regelmäßig dann einen ausreichenden Nachweis in Bezug auf § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB dar, wenn sich aus diesem die vollumfängliche Kooperation des Wirtschaftsteilnehmers mit den Ermittlungsbehörden ergibt. Bußgeldbescheide, aus denen ersichtlich wird, dass dem Unternehmen eine Bonus- bzw. Kronzeugenregelung zugutegekommen ist, sollten demnach künftig eine notwendige, aber auch hinreichende Bedingung für die Erfüllung der Voraussetzungen des § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB darstellen. Im Ergebnis folgt daraus, dass bei Vorlage eines aussagekräftigen Bußgeldbescheides die öffentlichen Auftraggeber die Übermittlung weiterer sensibler Unterlagen wie etwa von Kronzeugenerklärungen oder zusätzlicher Akten nicht unter Verweis auf die Kooperationspflicht voraussetzen werden können.

Die abschließenden Einlassungen des EuGH zur ersten Vorlagefrage erscheinen zunächst, als würden sie es dem öffentlichen Auftraggeber in bestimmten Fällen unabhängig davon gestatten, zusätzliches Material aus der Akte der Kartellbehörde anzufordern. Im Ergebnis sind diese Ausführungen jedoch rein klarstellender Natur. Sie verdeutlichen lediglich, dass der Wirtschaftsteilnehmer nach Art. 57 Abs. 6 Unterabs. 2 RL 2014/24 bzw. § 125 Abs. 1 GWB nicht nur die umfangreiche Kooperation mit den Ermittlungsbehörden nachzuweisen hat (Nr. 2), sondern auch, dass angemessene Maßnahmen zur Vermeidung weiterer Verstöße getroffen wurden (Nr. 3). Zur Erbringung eben dieses Nachweises kann unter den genannten Bedingungen auch Tatsachenmaterial eingefordert werden, das bereits Objekt der Ermittlungen der Kartellbehörden war. Indes ist fraglich, inwieweit Unterlagen, die Teil der Korrespondenz mit den Kartellbehörden zur Aufklärung vergangenen Fehlverhaltens waren, für die Klärung der Frage relevant sein können, ob hinreichende Maßnahmen getroffen wurden, um zukünftiges Fehlverhalten zu verhindern.

II. In Bezug auf den Beginn der Laufzeit der Ausschlussfrist des Art. 57 Abs. 7 der RL 2014/24 schließt sich der EuGH im Ergebnis den Ausführungen des Generalanwaltes an (Generalanwalt Campos Sánchez-Bordona, Schlussantr. Vossloh Laeis - C-124/17 Rn. 83 ff.). Die Bestimmung des „betreffenden Ereignisses“ als den Zeitpunkt der Entscheidung der Wettbewerbsbehörde steht somit im Einklang mit der Gesetzesbegründung der deutschen Umsetzung der Richtlinie in § 126 GWB (Begr. BT-Drs. 18/6281, S. 111). Auch diese geht davon aus, dass die Ausschlussfrist im Rahmen von Wettbewerbsverstößen mit dem Tag der Entscheidung der zuständigen Kartellbehörde beginnt.

Der EuGH entscheidet sich damit für eine Auslegung, die den Grundsatz der Rechtssicherheit anderen Überlegungen voranstellt. Die in der Vorlageentscheidung der VK München geäußerten Bedenken bezüglich einer Divergenz einer derartigen Auslegung mit dem Recht der Ordnungswidrigkeiten und dem Strafrecht (§ 78a StGB; § 31 Abs. 3 OWiG) werden vom Gericht nicht übernommen. Ebenso unbeachtet bleiben in der Kommentarliteratur (Opitz in: Beck VergabeR Bd. 1, GWB, § 126 Rn. 15; Friton in: BeckOK Vergaberecht, § 126 GWB Rn. 14 ff.) vertretene Kompromisslösungen. Laut diesen rechtfertigt das Vorliegen tatsächlicher hinreichender Anhaltspunkte einer Kartellbeteiligung bereits den Ausschluss vom Vergabeverfahren nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB. Eine Entscheidung der Kartellbehörden oder Gerichte sei nicht zwingend erforderlich. Im Gegenzug müsse dieser Moment aber auch der sein, mit dem die maximale Ausschlussfrist beginne.

Inwiefern diese Entscheidung im Umkehrschluss bedeutet, dass ein Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB auch erst auf Basis und infolge einer Entscheidung der Wettbewerbsbehörde zulässig ist, bleibt in der Entscheidung offen. Hiergegen spricht zunächst der Wortlaut, der nur „hinreichend plausible Anhaltspunkte“ für eine Kartellbeteiligung voraussetzt (Friton in: BeckOK Vergaberecht, § 126 GWB Rn. 17). Für diese These spricht indes, dass es nur folgerichtig wäre, den Beginn der Ausschlussfrist mit jenem Zeitpunkt gleichzusetzen, ab dem ein fakultativer Ausschluss

vom Vergabeverfahren durch den öffentlichen Auftraggeber möglich wäre. Anderenfalls würde die mögliche Dauer für einen Ausschluss die in der Richtlinie festgelegte absolute Ausschlussfrist von drei Jahren regelmäßig und unter Umständen erheblich überschreiten (Friton in: BeckOK Vergaberecht, § 126 GWB Rn. 15). Auf der einen Seite könnte ein Wirtschaftsteilnehmer nämlich bereits bei hinreichenden Anhaltspunkten gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, während die Ausschlussfrist für denselben Verstoß erst mit der späteren Entscheidung der zuständigen Kartellbehörde zu laufen beginnen würde. Für einen Gleichlauf spricht zuletzt insbesondere, dass der Wortlaut des § 126 Nr. 2 GWB durch die Formulierung „betroffenes Ereignis“ explizit Bezug auf den nach § 124 Abs. 1 GWB relevanten Zeitpunkt nimmt. Eine Divergenz zwischen dem Zeitpunkt des frühestmöglichen Ausschlusses und dem Beginn der Ausschlussfrist ist somit dogmatisch unhaltbar. In der Folge der vorliegenden Entscheidung muss daher davon ausgegangen werden, dass auch der Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB erst nach der Entscheidung der zuständigen Kartellbehörde zulässig ist.

Die Feststellungen des EuGH bezüglich der Bestimmung des „betroffenden Ereignisses“ lassen sich weitestgehend auf die übrigen Varianten des § 124 Abs. 1 GWB übertragen. Die teilweise strengere Formulierung („nachweislich“) in den einzelnen Ausschlussgründen lässt darauf schließen, dass in diesen Fällen erst recht behördliche oder gerichtliche Entscheidungen für den Beginn der Ausschlussfrist entscheidend und erforderlich sind. Überdies spricht hierfür, dass der Gerichtshof in seiner Entscheidung die Relevanz der Rechtssicherheit in diesem Zusammenhang noch einmal besonders hervorhebt.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Mit der vorliegenden Entscheidung schafft der EuGH nur begrenzt Klarheit in Bezug auf die Pflichten, die Unternehmen in ihrer Zusammenarbeit mit den öffentlichen Auftraggebern zu erfüllen haben, um eine erfolgreiche Selbstreinigung zu garantieren. Auch wenn sich die Ausführungen des Gerichtshofes zunächst so lesen, als würde dem kartellgeschädigten Auftraggeber erheblich der Rücken gestärkt, ist in der Praxis nicht von einer erheblichen Schlechterstellung der Kartellbeteiligten auszugehen. Zwar schafft die Entscheidung insoweit Klarheit, als dass sich künftig die Vorlage der Sanktionsentscheidung im Falle eines kartellbedingten Ausschlusses zu einer nicht zu umgehenden Grundvoraussetzung einer erfolgreichen Selbstreinigung entwickeln wird. In Fällen, in denen der Auftraggeber zugleich Kartellgeschädigter ist, muss das betroffene Unternehmen daher genau abwägen: zwischen den wirtschaftlichen Schäden, die eine Vergabesperre mit sich bringt, und jenen, die es dadurch riskiert, dass es die Chancen der erfolgreichen Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs erhöht, indem es den Bußgeldbescheid vorlegt.

Auch wenn im Einzelfall Verfahrenserleichterungen für den öffentlichen Auftraggeber also nicht auszuschließen sind, ist zu berücksichtigen, dass im Kartellrecht bereits verschiedene Informationsansprüche bestehen, mit denen ein Kartellgeschädigter ggf. ebenso die Vorlage des Bescheides der Kartellbehörde erwirken kann (§ 33g Abs. 5 GWB; § 89c Abs. 1 GWB; § 406e StPO). Aufgrund dieser Tatsache und der teilweise begrenzten Aussagekraft der Bescheide sollten die praktischen Auswirkungen dieser spezifischen Vorlagepflicht im Ergebnis nicht überbewertet werden. Darüber hinaus lässt sich die Vorlage zusätzlicher Unterlagen und Dokumente zum Nachweis der Erfüllung des § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB künftig bereits dadurch verhindern, dass das Unternehmen dem öffentlichen Auftraggeber einen Bescheid der Kartellbehörde vorlegt, aus dem eindeutig ersichtlich wird, dass dem betroffenen Kartellanten eine Bonus- bzw. Kronzeugenregelung zugutekommt. Wirkt das Unternehmen also darauf hin, dass sich seine Kooperation mit den Ermittlungsbehörden in hinreichendem Maße aus diesem Bescheid ergibt, wird es die Vorlage der Kronzeugenerklärung selbst oder weiterer sensibler Unterlagen vermeiden können.

Eine für Unternehmen ebenfalls attraktive Möglichkeit könnte künftig sein, die Ausstellung einer separaten Bescheinigung als „Gegenleistung“ für eine Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden zu ersuchen. Diese könnte die aktive und vollumfängliche Kooperation des Wirtschaftsteilnehmers bestätigen. Angesichts der Effektivität von Kronzeugenregelungen in den vergangenen Jahren (vgl. Informationsbroschüre „Erfolgreiche Kartellverfolgung“ des BKartA, S. 18 ff.) ist davon auszugehen, dass die Kartellbehörden ein erhebliches Interesse daran haben könnten, diesbezüglichen Bitten der Unternehmen nachzukommen. Ob derartige „Kooperationsbescheinigungen“ indes von den Gerichten als ausreichend erachtet würden und Unternehmen so sogar die Pflicht zur Vorlage der Bußgeldentscheidung umgehen könnten, lässt sich zu diesem Zeitpunkt nicht mit Gewissheit voraussehen.

Eine langfristige Lösung der Problematik des Interessenkonflikts des kartellgeschädigten Auftraggebers könnte für die betroffenen Unternehmen in der Einführung des Wettbewerbsregisters liegen. Hiernach können Wettbewerbsteilnehmer in bestimmten Fällen das Bundeskartellamt prüfen lassen, ob die vorgenommenen Selbstreinigungsmaßnahmen hinreichend waren. Diese Prüfung würde auch die Beurteilung der Kooperation mit den Ermittlungsbehörden beinhalten. Zwar bietet das Wettbewerbsregister den Unternehmen keine Hilfe bei Kartellentscheidungen der Europäischen Kommission, da diese nicht in das Wettbewerbsregister einzutragen sind. Im Kontext von national geahndeten Kartellverstößen wäre aber eine positive Bescheidung der Selbstreinigungsmaßnahmen für alle öffentlichen Auftraggeber verbindlich. Wie effektiv der hierdurch entstehende Schutz der Informationen des Unternehmens sein wird, wird vorrangig von den Zugriffs- bzw. Einsichtsrechten der Kartellgeschädigten in die Akten des Bundeskartellamtes abhängen (vgl. insb. § 6 Abs. 3 WRegG). Die Entwicklung einheitlicher Leitlinien zur Selbstreinigung durch das Bundeskartellamt würde aber in jedem Fall helfen, die Rechtssicherheit in Bezug auf die Reichweite der Kooperationspflichten zu stärken.

Zusätzliche Bedeutung erlangt eine erfolgreiche Selbstreinigung durch die Beantwortung des zweiten Fragekomplexes durch den EuGH: Dadurch, dass die maximale Ausschlussfrist erst mit sanktionierender Entscheidung der Wettbewerbsbehörde beginnt, verschiebt sich der Zeitraum der Vergabesperre unter Umständen erheblich nach hinten. Ohne erfolgreiche Selbstreinigung kann dem Wettbewerbsteilnehmer damit auch noch mehrere Jahre nach der Begehung des Kartellverstoßes die Teilnahme an Vergabeverfahren verwehrt werden.