

Anmerkung zu:	OLG Düsseldorf Vergabesenat, Beschluss vom 17.01.2018 - VII-Verg 39/17
Autoren:	Dr. Pascal Friton , RA, Ferina Ziegler, LL.M.
Erscheinungsdatum:	10.04.2018
Quelle:	
Normen:	§ 1 GWB, § 124 GWB, 12016E101, EURL 24/2014
Fundstelle:	jurisPR-VergR 4/2018 Anm. 5
Herausgeber:	Dr. Lutz Horn, RA
Zitiervorschlag:	Friton /Ziegler, jurisPR-VergR 4/2018 Anm. 5

Zulässigkeit von Bietergemeinschaften in Vergabeverfahren

Leitsätze

- 1. Hinreichende Anhaltspunkte nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB dafür, dass ein Unternehmen mit einem anderen Unternehmen Vereinbarungen getroffen oder Verhaltenweisen aufeinander abgestimmt hat, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, liegen vor, wenn aufgrund objektiver Tatsachen die Überzeugung gewonnen werden kann, dass ein Verstoß gegen § 1 GWB/Art. 101 AEUV mit hoher Wahrscheinlichkeit vorliegt.**
- 2. Der Zusammenschluss zweier Unternehmen zu einer Bietergemeinschaft begegnet für sich genommen in der Regel auch dann keinen kartellrechtlichen Bedenken nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB, wenn zwar eines der Unternehmen zur Durchführung des ausgeschriebenen Auftrags allein in der Lage ist, das andere aber nicht.**

A. Problemstellung

Der Vergabesenat des OLG Düsseldorf beschäftigt sich in dem Beschluss insbesondere mit (i) dem Beweismaßstab, der auf den neu eingeführten vergaberechtlichen Ausschlussgrund des möglichen Kartellverstoßes nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB anzulegen ist, und (ii) der kartellrechtlichen Beurteilung von Bietergemeinschaften.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die vorliegende Entscheidung betrifft einen europaweit ausgeschriebenen Auftrag zur Durchführung von Wasserinjektionsleistungen (sog. „WI-Baggerungen“). Der Auftrag war in zwei Lose aufgeteilt. Laut Bewerbungsunterlagen war es den Bietern möglich, sich auf ein oder beide Lose zu bewerben. Da die Leistungen für beide Lose zeitlich parallel durchgeführt werden sollten, konnte ein Zuschlag für beide Lose nur an einen Bieter mit mehreren WI-Baggern erteilt werden. Der Zuschlag für beide Lose wurde einer Bietergemeinschaft, der Beigeladenen, erteilt. Die Antragstellerin und Beschwerdeführerin, eine unterlegene Bieterin, macht unter anderem geltend, dass das Angebot der Bietergemeinschaft gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB auszuschließen sei, da die Bietergemeinschaft unter Verstoß gegen das Kartellverbot nach § 1 GWB gebildet worden sei. Nach ihrer Auffassung hätten die beiden Mitglieder der Bietergemeinschaft unter anderem auch unabhängig voneinander Angebote abgeben und die gegenständlichen Leistungen erbringen können. Die Vergabekammer des Bundes war dieser Argumentation nicht gefolgt (Beschl. v. 31.07.2017 - VK 2 - 68/17).

I. Das Tatbestandsmerkmal „hinreichende Anhaltspunkte“

Der Vergabesenat des OLG Düsseldorf hat den Vorwurf einer ermessensfehlerhaften Entscheidung im Hinblick auf das Vorliegen eines Kartellverstoßes der Antragsgegnerin abgelehnt. An das Tatbestandsmerkmal der „hinreichenden Anhaltspunkte“ nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB sei ein strenger Maßstab anzulegen. „Hinreichende Anhaltspunkte“ lägen nach Auffassung des Oberlandesgerichts vor, „wenn aufgrund objektiver Tatsachen die Überzeugung gewonnen werden kann, dass ein Verstoß gegen § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV mit hoher Wahrscheinlichkeit vorliegt. Die Tatsachen beziehungsweise Anhaltspunkte müssen so konkret und aussagekräftig sein, dass die Verwirklichung eines Kartellverstoßes zwar noch nicht feststeht, jedoch hierüber nahezu Gewissheit besteht“.

Auch ein Vergleich mit den weiteren fakultativen Ausschlussgründen nach § 124 Abs. 1 GWB würde nach Ansicht des Oberlandesgerichts einen abgesenkten Maßstab nicht rechtfertigen. Zwar würden diese ausdrücklich das Feststehen eines Verstoßes fordern. Jedoch müsse die Regelung des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB systematisch im Zusammenhang mit den anderen Ausschlussstatbeständen gesehen werden, die Gewissheit verlangten. Daraus könne geschlossen werden, dass die Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal der hinreichenden Anhaltspunkte von dem Maßstab Gewissheit „nicht weit entfernt sein sollen“.

Der Senat führt anschließend aus, dass der Wortlaut des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB, demzufolge „hinreichende Anhaltspunkte“ genügen, der Komplexität von Kartellverstößen – in tatsächlicher und rechtlicher Weise – geschuldet sei. In Verdachtsfällen könne Sicherheit über einen Kartellverstoß **allenfalls** erst mittels aufwendiger Ermittlungen gewonnen werden. Eine höhere Beweislast hätte den Anwendungsbereich der Vorschrift zu sehr eingengt. Diese Feststellung stehe auch im Einklang mit der Gesetzesbegründung zu § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB (BT-Drs. 18/6281, S. 106), der zufolge nicht einmal Ermittlungsmaßnahmen der Kartellbehörden wie Durchsuchungen, sondern erst die Feststellung des Verstoßes in einer (kartellbehördlichen) Verfügung einen Ausschlussgrund begründen.

Im Hinblick auf die Praxis lässt der Vergabesenat es genügen, dass der Auftraggeber im Rahmen der Prüfung nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB nur die ihm verfügbaren Anhaltspunkte in seine Entscheidung einbezieht. Es sei ihm nicht zumutbar, kartellrechtliche Ermittlungen durchzuführen. Im Falle einer Bietergemeinschaft genüge es, diese aufzufordern, die Gründe für ihre Bildung darzulegen. Mehr könne angesichts der Eilbedürftigkeit von Vergabeverfahren auch nicht verlangt werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.12.2014 - VII-Verg 22/14 Rn. 21).

II. Kartellrechtliche Zulässigkeit von Bietergemeinschaften

Im Hinblick darauf, ob „hinreichende Anhaltspunkte“, d.h. nahezu Gewissheit über das Vorliegen einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung der in der Beigeladenen verbundenen Unternehmen bestand, verweist der Vergabesenat auf seine zur kartellrechtlichen Zulässigkeit von Bietergemeinschaften gebildeten Fallgruppen (Beschl. v. 08.06.2016 - VII-Verg 3/16). Der Senat präzisiert, dass die Bildung einer Bietergemeinschaft auch dann nicht zu kartellrechtlichen Bedenken führe, wenn eines der beiden beteiligten Unternehmen in der Lage sei, den Auftrag **alleine** durchzuführen (vgl. OLG Saarbrücken, Beschl. v. 27.06.2016 - 1 Verg 2/16 Rn. 105). Es sei für das Vorliegen der ersten Fallgruppe nicht erforderlich, dass stets beide Unternehmen für sich genommen nicht zur Leistung in der Lage seien. Da die Mitglieder der Bietergemeinschaft nicht in Wettbewerb miteinander hätten treten können, führe die Bildung der Bietergemeinschaft auch nicht zur Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Dies soll **jedenfalls** in den Fällen gelten, in denen die Bildung der Bietergemeinschaft wirtschaftlich zweckmäßig und kaufmännisch vernünftig erscheine (vgl. zu dieser Anforderung BGH, Urt. v. 13.12.1983 - KRB 3/83 Rn. 15).

C. Kontext der Entscheidung

Die Vorschrift des § 124 GWB ist durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 17.02.2016 neu in das GWB-Vergaberecht aufgenommen worden und setzt Art. 57 Abs. 4 Buchst. d der Vergaberechtsrichtlinie um. Das in § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB enthaltene Tatbestandsmerkmal der hinreichenden Anhaltspunkte für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen ist mit dem vorliegenden Beschluss des Oberlandesgerichts nun erstmals ausgeformt worden. Die strenge Auslegung des Vergabesenats ist im Ergebnis nachvollziehbar, aber dogmatisch nicht überzeugend. Schließlich könnte aus dem Wortlaut der Vorschrift, die im Hinblick auf die Beweislast des Auftraggebers von den übrigen Ausschlussgründen des § 124 GWB abweicht, ebenso gefolgert werden, dass die Beweisanforderungen an Kartellverstöße niedriger sein **sollten**. Auch der Verweis des Senats auf die strengen Anforderungen früherer vergaberechtlicher Regelungen, welche einen Angebotsausschluss wegen wettbewerbsbeschränkender Abreden ermöglichten, führt nicht weiter, da sich diese vom Wortlaut des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB unterscheiden. Die Auslegung erscheint jedoch trotzdem praxismäßig, da sie die Auftraggeber und Nachprüfungsinstanzen nicht zu ausufernden und letztlich in der Kürze der Zeit kaum zu leistenden kartellrechtlichen Prüfungen zwingt.

Einen der Regelungen des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB entsprechenden fakultativen Ausschlussgrund gab es bislang nicht. Zwar waren ausdrückliche Regelungen zu wettbewerbsbeschränkenden Abreden im Vergaberecht enthalten (z.B. § 19 Abs. 3 Buchst. f VOL/A-EG 2009). Diese galten jedoch nur für Absprachen, die das jeweilige laufende Verfahren betrafen und waren zudem als zwingende Ausschlussgründe ausgestaltet. Die vorliegende Problematik der kartellrechtlichen Zulässigkeit einer sich am Verfahren beteiligenden Bietergemeinschaft wurde daher regelmäßig an diesen Vorschriften gemessen. Kartellrechtsverstöße außerhalb des konkreten Verfahrens (insbesondere Bußgelder) wurden unter den fakultativen Ausschlussgrund der schweren beruflichen Verfehlung subsumiert (zur alten Rechtslage ausführlich Stein/**Friton**/Huttenlauch, WuW 2012, 38, 40).

Auch aus kartellrechtlicher Sicht ist die Entscheidung durchaus von Relevanz, weil sie einerseits (nochmals) eindeutig feststellt, dass Bietergemeinschaften nicht stets kartellrechtlich problematisch sind, und sie sich andererseits mit der Frage beschäftigt, wie Bietergemeinschaften zu behandeln sind, bei denen (nur) eines der beiden beteiligten Unternehmen nicht in der Lage ist, den Auftrag **alleine** durchzuführen. Diese Frage war bislang noch nicht obergerichtlich geklärt.

Zur Frage der Kartellrechtswidrigkeit von Bietergemeinschaften in einem Vergabeverfahren hatte sich der BGH bereits in der Schramberg-Entscheidung von 1983 geäußert (BGH, Urt. v. 13.12.1983 - KRB 3/83). Dort hat der BGH die folgenden Voraussetzungen aufgestellt: Eine Bietergemeinschaft ist nur gemäß § 1 GWB verboten, wenn die Vereinbarung geeignet gewesen wäre, die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs spürbar zu beeinflussen. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt aus Sicht des BGH nur dann vor, wenn die Mitglieder der Bietergemeinschaft sich auch **allein** um den Auftrag beworben hätten. Der BGH stützte seine Argumentation vor **allem** auf den subjektiven Umstand, dass die Zusammenarbeit im Rahmen der Bietergemeinschaft für die beteiligten Unternehmen eine im Rahmen zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Handelns liegende Unternehmensentscheidung darstellt. Eine rein objektive Betrachtungsweise anhand der Leistungsfähigkeit der Unternehmen lehnte der BGH ab.

Die seither ergangene vergaberechtliche Beschlusspraxis der deutschen Oberlandesgerichte folgte dieser Ansicht im Wesentlichen (OLG Brandenburg, Beschl. v. 16.02.2012 - Verg W 1/12; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 03.06.2004 - VI-W (Kart) 14/04; OLG Frankfurt, Beschl. v. 27.06.2003 - 11 Verg 2/03; OLG Naumburg, Beschl. v. 21.12.2000 - 1 Verg 10/00). Für zwischenzeitliche Verunsicherung sorgten jedoch Entscheidungen des KG (Beschl. v. 21.12.2009 - 2 Verg 11/09) sowie des OLG Düsseldorf (Beschl.

v. 09.11.2011 - VII-Verg 35/11; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.11.2011 - Verg 92/11). Sie gingen wohl davon aus, dass Bietergemeinschaften grundsätzlich wettbewerbsbeschränkend seien. Das zuvor anerkannte Regel-Ausnahme-Verhältnis wurde damit umgekehrt. Insbesondere das KG vertrat die Ansicht, dass die Bildung einer Bietergemeinschaft nur ausnahmsweise zulässig sei, nämlich dann, wenn die Unternehmen zusammen einen nur unerheblichen Marktanteil haben oder wenn sie erst durch das Eingehen der Gemeinschaft in die Lage versetzt wurden, ein Angebot abzugeben und somit am Wettbewerb teilzunehmen. Im Ergebnis kam es jedoch auch nach dieser Auffassung für die Bewertung der Zulässigkeit einer Bietergemeinschaft auf die konkreten Umstände des Einzelfalls und damit auf die objektiven und subjektiven Beweggründe der Bietergemeinschaftsmitglieder an.

Das OLG Düsseldorf hat im Nachgang zur Entscheidung des Kammergerichts und entgegen der eigenen früheren Rechtsprechung inzwischen in mehreren Entscheidungen klargestellt, dass die Bildung von Bietergemeinschaften keinem Generalverdacht einer Kartellrechtswidrigkeit unterliegt (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.12.2014 - VII-Verg 22/14; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.01.2015 - VII-Verg 31/14; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.06.2016 - VII-Verg 3/16). Diese Klarstellung findet sich erneut im vorliegenden Beschluss (vgl. Rn. 69). Bietergemeinschaften zwischen Unternehmen, die auf demselben Markt tätig sind und daher potentiell im Wettbewerb stehen, sind nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf in drei Fallgruppen wettbewerbsunschädlich (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.06.2016 - VII-Verg 3/16):

Fallgruppe 1: Die beteiligten Unternehmen sind jedes für sich nicht leistungsfähig, d.h. aufgrund ihrer betrieblichen und geschäftlichen Verhältnisse nicht in der Lage, mit einem eigenständigen Angebot an der Ausschreibung teilzunehmen. Erst der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft versetzt sie in die Lage, sich mit Erfolgsaussicht zu beteiligen.

Fallgruppe 2: Die beteiligten Unternehmen sind an sich zwar leistungsfähig, vorhandene Kapazitäten sind aufgrund anderweitiger Bindung aktuell jedoch nicht einsetzbar.

Fallgruppe 3: Die beteiligten Unternehmen sind zwar leistungsfähig, aber im Rahmen einer wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Entscheidung ermöglicht erst die Bietergemeinschaft ein erfolversprechendes Angebot.

Das OLG Düsseldorf hat in der vorliegenden Entscheidung im Hinblick auf die erste Fallgruppe darüber hinaus präzisiert, dass eine Bietergemeinschaft auch wettbewerbsunschädlich ist, wenn nur eines der beiden beteiligten Unternehmen nicht leistungsfähig ist. Dies scheint konsequent, bedenkt man, dass in beiden Konstellationen der Fallgruppe 1 (beide Unternehmen leistungsunfähig oder eines der beiden Unternehmen leistungsunfähig) von vornherein kein Angebotswettbewerb eröffnet wäre. Allerdings stellt sich die Frage, warum der Senat zusätzlich das subjektive Element der „wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Entscheidung“ im Hinblick auf die Kartellrechtskonformität einer Bietergemeinschaft verlangt. Ein Erklärungsansatz könnte sein, dass der Senat damit Fällen vorbeugen wollte, in denen ein leistungsfähiges Unternehmen eine Bietergemeinschaft mit einem für sich genommen leistungsunfähigen Unternehmen bildet, um zu verhindern, dass dieses mit einem Dritten eine Bietergemeinschaft bildet und dann als Wettbewerber auf dem Angebotsmarkt auftritt. Im Übrigen sei angemerkt, dass die unionsrechtliche Zulässigkeit des subjektiven Elements der „wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Entscheidung“ umstritten ist (vgl. Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Abl EU Nr. C 11 v. 14.01.2011, Rn. 237; Jäger/Graef, NZBau 2012, 213, 215).

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Klarstellung des Oberlandesgerichts, dass die Bildung einer Bietergemeinschaft auch dann nicht zur Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt, wenn eines der beiden beteiligten Unternehmen für sich genommen leistungsfähig ist, stellt eine willkommene Präzisierung dar.

Gleichwohl sind an einer Bietergemeinschaft beteiligte Unternehmen nach dem kartellrechtlichen Grundsatz der Selbstveranlagung dazu verpflichtet, selbst festzustellen, ob ihre Kernzielvereinbarungen mit den Vorgaben des Kartellverbots nach § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV in Einklang stehen. In diesem Zusammenhang empfiehlt es sich für alle Beteiligten, interne kartellrechtliche Prüfungen sorgfältig zu dokumentieren. Auch für öffentliche Auftraggeber sorgt der vorliegende Beschluss für mehr Rechtssicherheit im Umgang mit Fällen, bei denen im Zusammenhang mit einer Bietergemeinschaft der Vorwurf eines Kartellrechtsverstößes im Raum steht. Der Auffassung des Vergabesenats zufolge wird der öffentliche Auftraggeber in den meisten Fällen seine Pflicht getan haben, wenn er im Rahmen seiner Prüfung nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB die Bietergemeinschaft auffordert, die Gründe für ihre Bildung darzulegen. Zu einem Ausschluss wird es nur dann kommen, wenn aufgrund der dem Auftraggeber bekannten Tatsachen ein Kartellverstoß „nahezu mit Gewissheit“ feststeht. Diese vom Senat entwickelten Grundsätze gelten auch im Hinblick auf Kartellverstöße, die nicht das konkrete Vergabeverfahren betreffen. Der Beweismaßstab des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB muss in allen diesen Fällen identisch sein. Offengelassen hat der Senat hingegen die in der Entscheidungspraxis ungeklärte Rechtsfrage, ob ein eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungszeitraum des öffentlichen Auftraggebers hinsichtlich des Vorliegens der Tatbestandsmerkmale des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB besteht (vgl. OLG München, Beschl. v. 21.04.2017 - Verg 2/17 zu § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB). Rechtsdogmatisch lässt sich ein solcher Beurteilungsspielraum bei dem betroffenen Ausschlussgrund eigentlich nicht begründen.

Der Senat merkt schließlich an, dass § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB dem Wortlaut nach strenger sei als seine europarechtliche Grundlage Art. 57 Abs. 4 Buchst. d RL 2014/24/EU. Im Vergleich zu dieser erfasst § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB nämlich nicht nur bezweckte, sondern auch bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen. Die Norm wurde durch das Gesetz zur Einführung eines Wettbewerbsregisters und zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 18.07.2017 im Übrigen auch noch um das Tatbestandsmerkmal der wettbewerbsbeschränkenden aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen erweitert. Der Senat stellt fest, dass auch die Voraussetzungen der tatbestandlich weiter gefassten Umsetzungsnorm nicht erfüllt seien. Er musste daher nicht weiter darauf eingehen, ob die Umsetzungsnorm selbst mit Unionsrecht vereinbar ist. Das darf mit guten

Gründen bezweifelt werden. In diesem Zusammenhang bleibt auch abzuwarten, ob und inwieweit bei Verstößen gegen das Kartellrecht, die nicht einmal unter § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB fallen (z.B. der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung), auf den allgemeinen Ausschlussgrund der schweren beruflichen Verfehlung (§ 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB) rekuriert werden kann.

© juris GmbH