

Betriebs Berater



36 | 2016

Recht | Wirtschaft | Steuern

5.9.2016 | 71. Jg.
Seiten 2113–2176

DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. Tido Park, RA/FAStrafR/FAStR

Whistleblower: Hinweisgebersystem der BaFin

WIRTSCHAFTSRECHT

Sebastian Schnitzler, LL.M., RA

Wettbewerbsrechtliche Compliance – vergaberechtliche Selbstreinigung als Gegenmaßnahme zum Kartellverstoß | 2115

STEUERRECHT

Prof. Dr. Dietmar Wellisch und **Tobias Kutzner**, M.Sc.

Die Erdienbarkeit von Pensionszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer – Grundlagen und praktische Auswirkungen | 2135

Christiane Dürr

Die Anzeigepflicht nach § 138 Abs. 2 AO bei Auslandsbeteiligungen | 2140

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. Annette G. Köhler und **Prof. Dr. Nicole V. S. Ratzinger-Sakel**

Aktuelle Entwicklungen auf dem WP-Markt in Deutschland: Umsätze und Mandate der WP-Praxen nach Transparenzberichten | 2155

Dr. Marco Meyer, WP/StB

2015 Agenda Consultation – zum Stand der Diskussion | 2158

ARBEITSRECHT

Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.

Umsetzung der Datenschutz-Grundverordnung im Beschäftigungsverhältnis: Mehr Mut zur Rechtssicherheit! | 2165

Theodor B. Cisch, RA, und **Philipp A. Lämpe**, RA

Sicherung gerichtlicher Betriebsrentenanpassungsentscheidungen und der Einstandspflicht des Arbeitgebers durch den PSV? | 2167

Sebastian Schnitzler, LL.M., RA

Wettbewerbsrechtliche Compliance – vergaberechtliche Selbstreinigung als Gegenmaßnahme zum Kartellverstoß

Unternehmen, die nachweislich einen Kartellverstoß begangen haben, droht regelmäßig ein Ausschluss vom Vergabeverfahren oder eine längerfristige Vergabesperre. Sofern ein Großteil des Umsatzes mit der öffentlichen Hand generiert wird, kommt als wirtschaftlich gebotene Reaktion nur die vergaberechtliche Selbstreinigung in Betracht. Die Anforderungen an eine Selbstreinigung wurden im Wege der jüngsten Vergaberechtsreform erstmals legislativ ausgestaltet. Der Beitrag setzt sich zunächst mit den drohenden vergaberechtlichen „Sanktionen“ auseinander, ehe die Anforderungen an eine wirksame Selbstreinigung dargestellt werden. Abschließend wird herausgearbeitet, welche Fallstricke bei der Überführung in ein gesamtstrategisches Verteidigungskonzept beachtet werden sollten.

I. Einleitung

Das öffentliche Beschaffungsvolumen des Europäischen Binnenmarktes beläuft sich auf rund 1,9 Bill. Euro.¹ Die volkswirtschaftliche Nutzbarmachung gestaltet sich jedoch weitaus schwieriger als in der Privatwirtschaft. Die Kräfte des Marktes gelangen hier nicht zu ihrer vollen Entfaltung. Anders als im freien Wettbewerb wurde dem öffentlichen Beschaffungsmarkt mit dem Vergaberecht daher ein Marktöffnungsinstrument zur Seite gestellt, das zumindest im binnenmarktrelevanten Bereich weit über den haushalterischen Programmansatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit hinausgeht. Während das Kartellrecht auf privaten und öffentlichen Märkten wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen gleichermaßen untersagt, stellt das Vergaberecht für die öffentliche Auftragsvergabe zusätzliche Spielregeln auf, anhand derer das wirtschaftlichste Angebot unter geeigneten Bieterinnen ausfindig gemacht wird. Hierbei geht es regelmäßig nicht um Wettbewerb auf, sondern um Wettbewerb um den Markt.

Ob der Bedeutsamkeit des öffentlichen Auftragswesens als Wirtschaftsfaktor überrascht es auch nicht, dass wettbewerbswidrige Verhaltensweisen regelmäßig im Rahmen öffentlicher Ausschreibungen zu verzeichnen sind. Dies gilt umso mehr, als Bieter sich teils äußerst aufwendigen Anforderungen bei der Erstellung ihrer Angebote ausgesetzt sehen. Generalpräventiv hat der deutsche Gesetzgeber Submissionsabsprachen, d.h. Kartellabsprachen, die im Kontext einer öffentlichen Ausschreibung erfolgen, dem Strafrecht unterstellt.²

Sofern sich Mitarbeiter eines Unternehmens wettbewerbswidrig verhalten und das Verhalten dem Unternehmen auch zugerechnet werden kann, löst dies – unabhängig von etwaigen straf-, bußgeld- oder zivilrechtlichen Konsequenzen für die handelnden Personen – schwerwiegende Sanktionsmechanismen gegenüber dem Unternehmen bzw. dem dahinter stehenden Konzern aus. Zwar kennt das deutsche Recht

bisher kein „echtes“ Unternehmensstrafrecht,³ dennoch werden Unternehmen nach einem Kartellverstoß mit diversen Rechtsfolgen konfrontiert. Im Vordergrund stehen dabei meist Geldbußen⁴ und zivilrechtliche Schadensersatzansprüche.⁵ Zudem droht die Anfechtbarkeit⁶ bzw. (Teil-)Unwirksamkeit des mittels Zuschlags zustande gekommenen Vertrags.⁷ Hinzutreten können ferner zivil- oder arbeitsrechtliche Folgestreitigkeiten über etwaige Regressansprüche oder unternehmensseitig getroffene Personalmaßnahmen. Gleichfalls relevant sind drohende Reputationsverluste der betroffenen Unternehmen.⁸

Das Vergaberecht erhöht die Drohkulisse für Kartellverstöße nochmals deutlich. Aus vergaberechtlicher Sicht drohen neben dem Ausschluss von einzelnen Vergabeverfahren auch Korruptionsregistererträge sowie längerfristige und koordinierte Vergabesperren. Zur Vermeidung derartiger Konsequenzen helfen nach Feststellung eines Kartellverstoßes regelmäßig nur Maßnahmen zur Wiederherstellung der Integrität („Selbstreinigungsmaßnahmen“).

Ein plakatives Beispiel für das Eingreifen gleich mehrerer Sanktionsmechanismen in Folge von Submissionsabsprachen bietet das sogenannte Schienenkartell. Neben Geldbußen in Millionenhöhe,⁹ zivilrechtlichen Schadensersatzprozessen,¹⁰ gerichtlichen Auseinandersetzungen über die unternehmensinterne Haftung von Organmitgliedern¹¹ und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren gegen die handelnden Personen¹² haben die Kartellanten auch ihre vergaberechtliche Zuverlässigkeit eingebüßt.

II. Vergaberechtliche „Sanktionen“

Elementarer Bestandteil eines jeden Vergabeverfahrens ist die Eignungsprüfung. Die Eignung umfasst nach bisherigem Verständnis die

1 Abrufbar unter https://ec.europa.eu/germany/news/neue-regeln-f%C3%BCr-vergabevon-%C3%B6ffentlichen-auftr%C3%A4gen-treten-kraft_de (Abruf: 22.8.2016).

2 Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen, § 298 Abs. 1 StGB.

3 Gesetzesentwurf VerbStRG, Landtag Nordrhein-Westfalen, Information 16/12.

4 §§ 81 GWB i.V.m. §§ 9, 30, 130 OWiG.

5 § 33 Abs. 3, 4 GWB.

6 Aus kartellrechtlicher Sicht ist grundsätzlich immer nur die unmittelbar zwischen den sich abstimrenden Bieterinnen geschlossene Kartellabsprache und nicht auch der der Ausschreibung zugrunde liegende Vertrag von der Nichtigkeitsfolge umfasst (§ 134 BGB in Verbindung mit § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 2 AEUV). Ein solcher Folgevertrag ist also nicht per se unwirksam, vgl. *Drück/Schultes*, NZKart 2013, 228, 231; *Mayer*, WuW 2010, 29, 37.

7 Eine Unwirksamkeit ergibt sich oftmals aus dem Öffentlichen Preis- oder Beihilferecht, vgl. zur preisrechtlichen (Teil-)Unwirksamkeit: § 4 VO PR Nr. 30/53; LG Bonn, 18.12.2013 – 1 O 165/12, n.v.

8 *Makatsch*, CCZ 2015, 127, 130.

9 BKartA, PM vom 11.7.2013; BKartA, PM vom 5.7.2012.

10 Redaktion beck-aktuell, Meldung vom 29.4.2013, becklink 1026243.

11 *Lotze/Smolinski*, NZKart 2015, 254; LAG Düsseldorf, 20.1.2015 – 16 Sa 459/14, BB 2015, 907 m. BB-Komm. *Bachmann*, BB 2015, 1018 m. BB-Komm. *Kollmann/Aufdermauer*, CB 2015, 127, NZKart 2015, 277; ArbG Essen, 19.12.2013 – 1 Ca 657/13, NZKart 2014, 193.

12 Redaktion beck-aktuell, Meldung vom 19.5.2015, becklink 2000080.

Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Gesetzestreue des Bieterunternehmens.¹³ Die EU-Vergaberichtlinien sehen für den Fall konkreter Verfehlungen durch Mitarbeiter des Unternehmens zwingende und fakultative Ausschlussgründe vor,¹⁴ die auf nationaler Ebene in den §§ 123, 124 GWB umgesetzt wurden und völkerrechtlich auf dem Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen der WTO basieren.¹⁵ Sofern ein Sachverhalt unter die Ausschlussgründe subsumiert wird, folgt daraus entweder ein obligatorischer Ausschluss oder die Möglichkeit, das betroffene Bieterunternehmen auf Grundlage einer – zwingend erforderlichen – Ermessensentscheidung auszuschließen.¹⁶

Bei den Ausschlussgründen handelt es sich rechtsdogmatisch um keine Sanktion, sondern um die der Vertragsautonomie entstammende Freiheit des öffentlichen Auftraggebers mit „unzuverlässigen“ Bieterunternehmen nicht kontrahieren zu müssen.¹⁷ Die gesetzlich vorgegebenen Ausschlussgründe sollen gewährleisten, dass der öffentliche Auftraggeber den Zuschlag nur an Unternehmen erteilt, welche die Gewähr für eine umfassende und ordnungsgemäße Erfüllung der ausgeschriebenen Leistungen bieten.¹⁸ Das Vergaberecht verschafft dem durch einen Kartellverstoß hervorgerufenen Reputationsschaden also eine nochmals deutlich erhöhte Visibilität. Dabei wird nicht nur der Imageverlust des Unternehmens perpetuiert, sondern auch die daraus hervorgehende Rechtsfolge vorgegeben. Faktisch wird ein Kontrahierungsverbot verhängt, das für Unternehmen, die den Großteil ihrer Umsätze mit Aufträgen der öffentlichen Hand generieren, ruinöse Folgen haben kann.

Die nachstehenden Ausführungen beziehen sich auf das im Oberschwellenbereich geltende Kartellvergaberecht. Vergleichbare Mechanismen ergeben sich im Haushalts- und Landesvergaberecht sowie in Vergabeverfahren Europäischer Institutionen, Internationaler Organisationen oder multinationaler Unternehmen.

1. Zwingende Ausschlussgründe

Die zwingenden Ausschlussgründe verlangen, dass entweder eine Person, deren Verhalten dem Bieterunternehmen zuzurechnen ist, rechtskräftig verurteilt oder gegen das Bieterunternehmen selbst eine Geldbuße nach § 30 OWiG¹⁹ rechtskräftig festgesetzt worden ist. Die rechtskräftige Verurteilung bzw. Geldbuße muss sich dabei auf eine der Katalogstraftaten beziehen.²⁰ Umfasst sind hiervon insbesondere die Korruptions- und Betrugsstraftatbestände.

Kartellrechtliche Anknüpfungspunkte für einen obligatorischen Ausschlussgrund können sich im Rahmen eines Submissionsbetrugs ergeben,²¹ soweit sich die Straftat gegen den Haushalt der Europäischen Union oder gegen Haushalte richtet, die von der Europäischen Union oder in ihrem Auftrag verwaltet werden.²² Von einem Ausschluss kann im Falle eines zwingenden Ausschlussgrundes mangels Ermessens grundsätzlich nicht abgesehen werden. Etwas anderes gilt nur dann, wenn dies aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses geboten ist.²³

2. Fakultative Ausschlussgründe

Kartellrechtliche Verfehlungen sind weitaus häufiger unter die fakultativen Ausschlussgründe zu subsumieren.

a) Wettbewerbswidrige Absprachen

Bieterunternehmen können ausgeschlossen werden, wenn der öffentliche Auftraggeber über hinreichende Anhaltspunkte verfügt, dass das

Unternehmen Vereinbarungen mit anderen Unternehmen getroffen hat, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.²⁴ Über die alte Gesetzeslage hinaus umfasst der Ausschlussgrund sämtliche wettbewerbswidrigen Absprachen.²⁵ Einen Bezug auf das konkrete Vergabeverfahren bedarf es daher nicht zwingend.

Im Übrigen wird klargestellt, dass sich die Vorschrift an dem Kartellverbot aus § 1 GWB orientiert.²⁶ Insoweit bleibt fraglich, wie Vorgänge behandelt werden, die zwar gegen den vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz, nicht jedoch gegen das Kartellverbot verstoßen. Der vergaberechtliche Wettbewerbsgrundsatz und das Kartellverbot sind nicht gänzlich kongruent. Vielmehr geht der Wettbewerbsgrundsatz über die kartellrechtlichen Implikationen hinaus. So führt die – aus kartellrechtlicher Sicht regelmäßig vom Konzernprivileg umfasste und damit kartellrechtlich nicht zu beanstandende – „verdeckte“ Teilnahme mehrerer Konzerngesellschaften an demselben Vergabeverfahren nach bisheriger Rechtsprechung aufgrund eines Verstoßes gegen den Grundsatz des Geheimwettbewerbs bzw. des Vorwurfs von Scheinwettbewerb zum Ausschluss vom Vergabeverfahren.²⁷ Bei der Beurteilung von Bietergemeinschaften folgen die vergaberechtlichen Instanzen den kartellrechtlichen Maßstäben. Insoweit hat die Rechtsprechung klargestellt, dass Bietergemeinschaften etwa dann unproblematisch sind, wenn sie zwischen verbundenen und daher unter das kartellrechtliche Konzernprivileg fallende Unternehmen eingegangen werden.²⁸

Interpretationsspielraum besteht zudem bei der Frage, ob hinreichende Anhaltspunkte für einen Kartellverstoß vorliegen. Zwar ist ein Verstoß hinreichend nachgewiesen, wenn eine Kartellbehörde diesen in einer Entscheidung festgestellt hat, im Gegensatz zu den obligatorischen Ausschlussgründen bedarf es aber nicht zwingend eines rechtskräftigen Bußgeldbescheids. Die bloße Durchführung von kartellbehördlichen Ermittlungsmaßnahmen, beispielsweise Durchsuchungen, wird allerdings noch nicht ausreichen, um einen Ausschlussgrund zu begründen.²⁹ Spannend ist daher der Umgang mit Sachverhalten, die dem öffentlichen Auftraggeber von Seiten eines Bieterunternehmens zugetragen werden und seinerseits autonom zu beurteilen sind. Dabei ist auch der von den vergaberechtlichen Instanzen teils unterschiedlich bemessene Prüfungsumfang im Hinblick auf kartellrechtliche Implikationen zu berücksichtigen. Sofern die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen einen Kartell-

13 § 97 Abs. 4 a.F.; *Portz*, Die Gemeinde SH 4/2011, 98.

14 Art. 57 RL 2014/24/EU, ABIEU v. 28.3.2014, L 94/65; Art. 38 Abs. 4 bis 8 RL 2014/23/EU, ABIEU v. 28.3.2014, L 94/1.

15 Art. VIII Nr. 4 lit. d) Agreement on Government Procurement (GPA).

16 § 123 Abs. 1 GWB.

17 *Braun*, in: *Gabriel/Krohn/Neun*, Handbuch des Vergaberechts, 1. Aufl. 2014, Kap. 3, § 14, Rn. 40.

18 *Portz*, Die Gemeinde SH 4/2011, 98.

19 Mangels Existenz eines Unternehmensstrafrechts in Deutschland stellt § 30 OWiG (ggf. in Verbindung mit § 130 OWiG) die relevante Anknüpfungsnorm für Geldbußen gegen Unternehmen dar.

20 § 123 Abs. 1 GWB.

21 § 263 StGB.

22 § 123 Abs. 1 Nr. 4 und 5 GWB.

23 § 123 Abs. 5 GWB.

24 § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB.

25 § 19 EG Abs. 3 lit. f) VOL/A a.F.; § 16 EG Abs. 1 lit. d) VOB/A a.F.

26 Gesetzesbegründung zu § 124 Abs. 4 Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), Drs. 18/6281.

27 OLG Düsseldorf, 4.2.2013 – VII-Verg 31/12, EnWZ 2013, 187 ff.; VK Westfalen, 22.4.2015 – VK 1-12/15, IBR 2015, 563 m. Anm. *Heinrich*.

28 OLG Düsseldorf, 29.7.2015 – Verg 5/15, ZfBR 2016, 498 ff.

29 Gesetzesbegründung zu § 124 Abs. 4 Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), Drs. 18/6281.

verstoß nicht abschließend beurteilen müssen – was unter Berufung auf das vergaberechtliche Beschleunigungsgebot zumindest für komplexe kartellrechtliche Fragestellungen diskutiert wird –,³⁰ kann ein seitens der Kartellbehörden noch nicht abschließend beurteilter Kartellverstoß auch kaum gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber beanstandet werden.

Ebenfalls unklar ist, wie ein im Raume stehender Wettbewerbsverstoß zu behandeln ist, wenn der öffentliche Auftraggeber an diesem selbst beteiligt war. Vom Kartellverbot ist nicht nur das Zusammenwirken konkurrierender Wettbewerber im Horizontal-, sondern auch das kollusive Zusammenwirken von Teilnehmern unterschiedlicher Marktstufen im Vertikalverhältnis erfasst.³¹ Korrelierend hiermit kann ein konspiratives Vorgehen auf Seiten des Auftraggebers auch strafrechtliche Konsequenzen haben.³²

b) Auffangtatbestand: schwere Verfehlung

Ein weiterer fakultativer Ausschlussgrund von gesteigerter Praxisrelevanz ist für den Fall vorgesehen, dass ein Unternehmen bzw. ein Mitarbeiter mittels ihm zurechenbarem Verhalten nachweislich eine schwere Verfehlung begangen hat, durch die die Integrität des Unternehmens infrage gestellt wird.³³ Insoweit handelt es sich um einen Auffangtatbestand, der immer dann relevant wird, wenn entweder (noch) keine rechtskräftige Verurteilung erfolgt oder keine Katalogstraftat aus § 123 Abs. 1 GWB erfüllt ist.³⁴ Bisher wurden hinreichend nachgewiesene Kartellverstöße regelmäßig als schwere Verfehlung klassifiziert und führten über den Auffangtatbestand zum Ausschluss vom Vergabeverfahren.³⁵

3. Aufdeckungswahrscheinlichkeit

Die Möglichkeiten, von relevanten Verstößen Kenntnis zu erlangen, sind zahlreich. In Betracht kommt neben der Informationserlangung aus dem beruflichen oder privaten Umfeld insbesondere die Abfrage beim Bieterunternehmen selbst. Auf Seiten des öffentlichen Auftraggebers ist dabei der Vorrang der Eigenerklärung zu berücksichtigen. Künftig können Auskünfte über das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen – zumindest im Oberschwellenbereich – mittels Einheitlicher Europäischer Eigenerklärung („EEE“) erteilt werden. Täuschungen in Bezug auf das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen bzw. das Zurückhalten von Auskünften können per se zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führen.³⁶ Hinsichtlich des Bieterunternehmens, das den Zuschlag erhalten soll, wird in einem zweiten Schritt ein entsprechender Eignungsnachweis eingeholt. Hierzu können beispielsweise Auszüge aus einschlägigen Registern verlangt werden. Für persönliche Verfehlungen leitender Angestellter kommt ein Auszug aus dem Bundeszentralregister,³⁷ bei Verdachtsmomenten in Bezug auf gewerbliche Verfehlungen ein Auszug aus dem Gewerbezentralregister in Betracht.³⁸

Öffentliche Auftraggeber sind in mehrfacher Hinsicht dazu aufgerufen, kartellrechtswidrige Absprachen eigeninitiativ und frühzeitig zu identifizieren. Unterlegene Bieterunternehmen, die meist über dezidierte Kenntnisse des Marktumfelds verfügen, sind oftmals geneigt, Beanstandungen im Hinblick auf die Zuverlässigkeit des obsiegenden Unternehmens im Wege einer Rüge bzw. eines Nachprüfungsantrags vorzubringen. Etwaige hierdurch zum Vorschein gebrachte Fehlbeurteilungen bezüglich des Vorliegens von Ausschlussgründen oder ergriffener Selbstreinigungsmaßnahmen können das gesamte Vergabeverfahren kontaminieren. Auf Seiten öffentlicher Auftraggeber besteht

daher ein ureigenes Interesse an einer sachgerechten Aufklärung von Kartellverstößen.

Darüber hinaus hat das Bundeskartellamt eine Checkliste für Vergabestellen *„Wie erkennt man unzulässige Submissionsabsprachen?“*³⁹ entworfen und fordert öffentliche Auftraggeber auf, bei der Aufdeckung derartiger Absprachen proaktiv mitzuwirken. Bereits seit einiger Zeit befinden sich Submissionsabsprachen im Fokus der Bonner Kartellbehörde. Um derartige Absprachen besser aufdecken zu können, hat das Bundeskartellamt gemeinsam mit den zuständigen Schwerpunktstaatsanwaltschaften das „Netzwerk Submissionsabsprachen“ gegründet.

Zu berücksichtigen sind zudem die Mitteilungspflicht der öffentlichen Auftraggeber und Strafverfolgungsbehörden gegenüber den zuständigen Korruptionsregisterstellen⁴⁰ bzw. die damit eng korrelierende Abrufpflicht entsprechend eingespeister Informationen durch die öffentlichen Auftraggeber.⁴¹ Weiterhin besteht die Möglichkeit, dass derartige Praktiken durch an der Absprache partizipierende Wettbewerber mittels Bonusantrags beim Bundeskartellamt oder per Kronzeugenantrag bei der Europäischen Kommission aufgedeckt werden.

4. Folgen eines Ausschlussgrundes

Sofern ein zwingender oder fakultativer Ausschlussgrund vorliegt bzw. der ihm zugrunde liegende Sachverhalt der jeweils zuständigen Stelle zur Kenntnis gelangt, kann dies für das betroffene Vergabeverfahren, das darauf basierende Vertragsverhältnis sowie für im Nachgang hierzu stattfindende Ausschreibungen unterschiedliche Folgen hervorrufen.

a) Einzelausschluss und Kündigungsgrund

Bei der Feststellung, inwieweit ein fakultativer oder zwingender Ausschlussgrund vorliegt, bedarf es grundsätzlich der konkreten Prüfung durch den öffentlichen Auftraggeber in dem jeweiligen Vergabeverfahren. Je nach Ausgang der Beurteilungs- und/oder Ermessensentscheidung des Auftraggebers kann dies am Ende zu einem Einzelausschluss des Bieterunternehmens führen. Ein Einzelausschluss kommt zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens, d.h. von der Bekanntmachung bis zum Zuschlag, in Betracht.⁴² Dies gilt sowohl für eine Verfehlung in dem jeweiligen Verfahren selbst als auch für solche, die vom konkreten Verfahren losgelöst sind.

Für den Fall, dass zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung ein zwingender Ausschlussgrund vorlag, dieser aber erst im Nachgang erkannt wird, sieht das Gesetz eine nachträgliche Kündigungsmöglichkeit des

30 OLG Düsseldorf, 27.6.2012 – VII Verg 7/12, ZfBR 2012, 723 ff.

31 OLG Naumburg, 15.3.2001 – 1 Verg 11/00, NZBau 2001, 579.

32 BGH, 25.7.2012 – 2 StR 154/12, NJW 2012, 3318 ff.; Dannecker/Biermann, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, Vorbemerkung § 81 GWB, Rn. 184.

33 § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB.

34 Gesetzesbegründung zu § 124 Abs. 3 Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRMoDG), Drs. 18/6281.

35 Mutschler-Siebert/Dorschfeldt, BB 2015, 642, 643.

36 § 124 Abs. 1 Nr. 8 und 9 lit. a), b) und c) GWB.

37 § 30 Abs. 5 BZRG.

38 § 150a Abs. 1 Nr. 4 GewO.

39 Abrufbar unter www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Broschueren/Submissionsabsprachen.pdf;jsessionid=0CD945FF485D61D90222C81F308C6927.1_cid378?__blob=publicationFile&v=6 (Abruf: 22.8.2016).

40 Vgl. in Hamburg und Schleswig-Holstein: § 4 Abs. 1 und 2 GRfW; in NRW: § 6 Abs. 1 KorruptionsBG.

41 Vgl. in Hamburg und Schleswig-Holstein: § 7 GRfW; in NRW: § 8 Abs. 1 KorruptionsBG.

42 § 123 Abs. 1 GWB.

öffentlichen Auftraggebers vor.⁴³ Verschärft wird diese Regelung durch den Umstand, dass dem Auftragnehmer die für andere Kündigungsgründe grundsätzlich zu gewährenden Vergütung der bisherigen Leistungen dann nicht zugestanden wird, wenn die seinerseits erbrachten Leistungen infolge der Kündigung für den öffentlichen Auftraggeber nicht mehr von Interesse sind.

Sofern der Kartellverstoß nicht in der Vergangenheit stattgefunden hat, sondern sich auf das konkrete Vergabeverfahren bezieht, kann sich auch aus kartellrechtlicher Sicht eine Anfechtbarkeit bzw. aus preis- oder beihilferechtlicher Sicht auch eine (Teil-)Unwirksamkeit ergeben. Aus kartellrechtlicher Warte ist grundsätzlich immer nur die unmittelbar zwischen den sich abstimmenen Bietern geschlossene Kartellabsprache und nicht auch der der Ausschreibung zugrunde liegende Vertrag von der Nichtigkeitsfolge umfasst.⁴⁴ Ein solcher Folgevertrag ist also nicht per se unwirksam.⁴⁵ Sofern dem öffentlichen Auftraggeber jedoch zugesichert wurde – was konkludent oder mittels ausdrücklicher Erklärung erfolgen kann –, dass der Preis kartellrechtskonform, d. h. nicht mittels wettbewerbswidriger Absprachen, zustande gekommen ist, kann auf diese Weise die Anfechtbarkeit der dem Vertrag zugrundeliegenden Vereinbarung wegen arglistiger Täuschung⁴⁶ und die Rückabwicklung der gegenseitig gewährten Leistungen⁴⁷ ermöglicht werden.

Unabhängig davon kann sich aus dem öffentlichen Preisrecht die Unwirksamkeit des im Vergabeverfahren ermittelten, jedoch auf unzulässigen Absprachen basierenden Preises ergeben. Im Grundsatz sieht die Verordnung über die Preise bei öffentlichen Aufträgen (nachfolgend „VO PR 30/53“)⁴⁸ vor, dass marktgängige Leistungen die im Verkehr üblichen und preisrechtlich zulässigen Preise nicht überschreiten dürfen.⁴⁹ Eine vergaberechtliche Ausschreibung indiziert dabei zumindest das Zustandekommen einer wettbewerblichen Marktpreisbildung.⁵⁰ Ein Marktpreis kann allerdings dann nicht vorliegen, wenn der Wettbewerb anbieterseitig beschränkt wurde.⁵¹ Ein Verstoß gegen die VO PR 30/53 hat die Nichtigkeit des vereinbarten Preises zur Folge. Dies führt nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Rechtsgeschäftes, sondern zu dessen Aufrechterhaltung unter Heranziehung des preisrechtlich zulässigen Höchstpreises.⁵²

Das öffentliche Preisrecht findet derzeit nur auf originäre öffentliche Auftraggeber, wie Gebietskörperschaften, Anwendung. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass preisrechtliche Implikationen mittels Anwendungsanordnung auch auf funktionale Auftraggeber in Form von kommunalen Gesellschaften erweitert werden können. Darüber hinaus scheint es wahrscheinlich, dass sich der Adressatenkreis nach der Reformierung des Preisrechts nochmals deutlich erweitert.⁵³

Je nach Einzelfall kann sich eine ähnliche Einschätzung auch aus dem Europäischen Beihilferecht ergeben.

b) Vergabesperren und Black-Listing

In der Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass öffentliche Auftraggeber auch Vergabesperren verhängen können. Hierbei handelt es sich um einen verfahrensübergreifenden, d. h. längerfristigen, zeitlich jedoch stets zu begrenzenden⁵⁴ Ausschluss von sämtlichen Ausschreibungen des öffentlichen Auftraggebers. Eine schematische Ausweitung haben die Vergabesperren durch das sogenannte Black-Listing erfahren. Hierbei werden Zentrale Informationsstellen, die bisher ausschließlich auf Landesebene angesiedelt sind, über die Einzelausschlüsse und Vergabesperren der öffentlichen Auftraggeber des

jeweiligen Hoheitsgebiets⁵⁵ informiert, um diese anschließend in einem Register zu vermerken. Die Register müssen vor jeder Auftragsvergabe abgerufen werden. Die konkrete Prognoseentscheidung über einen Ausschluss auf Grundlage der hierüber gewonnenen Informationen obliegt dann wiederum dem öffentlichen Auftraggeber selbst. Durch das Black-Listing werden also die einer Vergabesperre zugrundeliegenden Erkenntnisse koordiniert.

c) Koordinierte Vergabesperren

Noch weitreichender sind Vergabesperren, im Rahmen derer eine zentrale Stelle nicht lediglich ein Register befüllt, sondern selbstständig ein für sämtliche in ihr Hoheitsgebiet fallende Auftraggeber verbindliches Kontrahierungsverbot verhängt. Inwieweit solche koordinierten Vergabesperren mit geltendem EU-Vergaberecht vereinbar sind, bleibt abzuwarten. Entsprechende Regelungen existieren derzeit beispielsweise in Hamburg und Schleswig-Holstein. Auch auf Bundesebene ist mit der Einführung eines Korruptionsregisters zu rechnen. Völlig zu Recht hat der Bundesgesetzgeber mit der Einrichtung eines Bundeskorruptionsregisters jedoch bis zum Abschluss der Vergaberechtsreform gewartet. Unwägbarkeiten im Hinblick auf die Vorgaben der EU-Vergaberichtlinien kann auf diese Weise unaufgeregter begegnet werden. Die Einführung eines bundeseinheitlichen Korruptionsregisters ist gegenüber dem föderalen Aktionismus in jedem Fall vorzuzugewürdigt, erhöht aber zugleich die Bedeutung von präventiven Compliance- und reaktiven Selbstreinigungsmaßnahmen.

III. Vergaberechtliche Selbstreinigung

Die auf dem Vorwurf der Unzuverlässigkeit bzw. fehlenden Gesetzestreue beruhenden Einzelausschlüsse und Vergabesperren führen regelmäßig zu enormen wirtschaftlichen Einschnitten auf Seiten des betroffenen Bieterunternehmens. Einem identifizierten Wettbewerbsverstoß kann passiv durch Zeitablauf oder proaktiv mittels Selbstreinigung begegnet werden. Für Unternehmen, die den Großteil ihres Umsatzes mit öffentlichen Auftraggebern erwirtschaften, dürfte die Implementierung effektiver Selbstreinigungsmaßnahmen jedoch alternativlos sein.

Ein Unternehmen ist trotz Vorliegens zwingender oder fakultativer Ausschlussgründe dann nicht vom Vergabeverfahren auszuschließen, wenn es ausreichende Selbstreinigungsmaßnahmen durchgeführt hat. Unter einer Selbstreinigung sind Maßnahmen zu verstehen, die ein

43 § 133 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

44 § 134 BGB in Verbindung mit § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 2 AEUV.

45 *Drück/Schultes*, NZKart 2013, 228, 231; *Mayer*, WuW 2010, 29, 37.

46 §§ 123 Abs. 1, 142 Abs. 1 BGB.

47 §§ 812 Abs. 1, 818 BGB.

48 VO PR Nr 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21.11.1953 (BAnz. 1953 Nr. 244).

49 § 4 VO PR Nr. 30/53.

50 LG Bonn, 18.12.2013 – 1 O 165/12, n. v.

51 § 5 Abs. 2 Ziff. 2 VO PR Nr. 30/53.

52 LG Bonn, 18.12.2013 – 1 O 165/12, n. v.

53 *Dörr/Hoffjan*, Die Bedeutung der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen, Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, März 2015, abrufbar unter www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/Studien/die-bedeutung-der-verordnung-pr-nr-30-53-ueber-die-preise-bei-oeffentlichen-auftraege-n,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf (Abruf: 22.8.2016); *Greiffenhagen*, Programmathe Überlegungen zu einer möglichen Reform der Preisverordnung für öffentliche Aufträge, September 2014, abrufbar unter www.bvdpw.de/download/14326257081432311926dr_greiffenhagen_reform_fin_.pdf (Abruf: 22.8.2016).

54 § 126 GWB; *Mutschler-Siebert/Dorschfeldt*, BB 2015, 642, 643.

55 Insofern besteht in einzelnen Bundesländern jedoch auch die Möglichkeit einer länderübergreifenden Registerbefüllung.

Unternehmen ergreift, um seine Integrität wiederherzustellen und eine Begehung von Straftaten oder schweres Fehlverhalten in der Zukunft zu verhindern. Art. 57 Abs. 6 Richtlinie 2014/24/EU kodifiziert die Selbstreinigung und deren Voraussetzung erstmals auf europäischer und § 125 GWB auf deutscher Ebene. Zuvor wurde die Selbstreinigung bereits durch die Rechtsprechung zu einem allgemein akzeptierten Instrument entwickelt.⁵⁶

Selbstgereinigte Unternehmen haben nach einer nachweislich erfolgten und effektiven Selbstreinigung einen Rechtsanspruch darauf, nicht wegen des Vorwurfs der Unzuverlässigkeit vom Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden.⁵⁷ Das Bieterunternehmen hat zudem ein Prüfungsrecht hinsichtlich der von ihm durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen. Diese Prüfung muss der öffentliche Auftraggeber in dem konkreten Vergabeverfahren vornehmen.⁵⁸ Dem öffentlichen Auftraggeber steht dabei kein Ermessen zu. Gleichwohl verfügt er auf Tatbestandsebene über einen weiten Beurteilungsspielraum. Die Selbstreinigung wird im Idealfall daher so ausgestaltet, dass ein dennoch erfolgter Ausschluss wegen Unzuverlässigkeit von den zuständigen Nachprüfungsinstanzen als Beurteilungsfehler eingestuft wird.

Bei der Durchführung einer vergaberechtlichen Selbstreinigung sind grundsätzlich vier Elemente zu berücksichtigen. Neben einer hinreichenden Kooperation mit den zuständigen Ermittlungsbehörden und Vergabestellen sowie der Kompensation entstandener Schadenspositionen erfordert eine wirksame Selbstreinigung stets auch personelle und organisatorisch-strukturelle Maßnahmen.

Sämtliche Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.⁵⁹ Dabei obliegt es dem Bieterunternehmen nachzuweisen, dass die vorgenommenen Selbstreinigungsmaßnahmen ausreichend sind. Die einzelnen Vorgänge sind daher sorgfältig zu dokumentieren.

Für die Beurteilung der Selbstreinigung durch den öffentlichen Auftraggeber kommt es grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Prognoseentscheidung, also auf den Zeitpunkt der Eignungsprüfung an. Die Eignung selbst und mithin auch die Selbstreinigung müssen zum Zeitpunkt der Auftragsausführung vorliegen.⁶⁰ Erst nachträglich geschaffene Sachverhalte werden dementsprechend nicht berücksichtigt.⁶¹

1. Kooperation

Eine effektive Selbstreinigung setzt voraus, dass sich das Bieterunternehmen ernsthaft und nachdrücklich darum bemüht hat, die Vorgänge aufzuklären, auf denen das Vorliegen eines Ausschlussgrundes beruht. Es ist dabei nicht erforderlich, dass das Unternehmen sämtliche Vorwürfe einräumt. Vielmehr bedarf es einer aktiven, ernsthaften und erkennbar um eine umfassende Sachverhaltsaufklärung bemühten Kooperation. Aufgeklärt werden müssen die Tatsachen und Umstände, die das Vorliegen eines Ausschlussgrundes begründen bzw. mit der Straftat oder dem Fehlverhalten zusammenhängen.

Kooperationspflichten bestehen allerdings nicht nur gegenüber den Ermittlungsbehörden, also der Staatsanwaltschaft oder Kartellbehörde, sondern auch gegenüber den Vergabestellen.⁶² Dies ergibt sich bereits aus dem Richtlinienwortlaut. Hiernach erfordert die Sachverhaltsaufklärung eine aktive Zusammenarbeit mit den „Ermittlungsbehörden“.⁶³ Die englische („investigating authorities“) und französische Sprachfassung („autorités chargées de l'enquête“) machen deutlich, dass der Begriff extensiv zu verstehen ist und Vergabestellen mit-

umfasst sind.⁶⁴ Da der Bieter, bei dem ein Ausschlussgrund vorliegt, mit seinem Delikt oder Fehlverhalten die Ursache für die Notwendigkeit einer Selbstreinigungsprüfung gesetzt hat, muss er auch den das Vergabeverfahren durchführenden öffentlichen Auftraggeber durch aktive Zusammenarbeit in die Lage versetzen, zu bewerten, ob die ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen unter Berücksichtigung der Schwere und der besonderen Umstände der Straftat oder des Fehlverhaltens ausreichend sind. Es bietet sich daher an, je nach Komplexität des Sachverhalts und Unternehmensgröße eine Sachverhaltsaufklärung durch eine interne Revision oder die Durchführung einer Sonderprüfung durch vom Unternehmen unabhängige Personen durchzuführen.⁶⁵

2. Kompensation

Grundsätzlich muss jeder Schaden ersetzt werden, der durch das Fehlverhalten des Unternehmens verursacht wurde. Hierbei kann es auch genügen, wenn sich das Unternehmen zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet, d.h. den Schaden dem Grunde und der Höhe nach verbindlich anerkennt. Insbesondere bei zivilrechtlichen Auseinandersetzungen im direkten Kontext mit Kartellverstößen kann es angesichts der häufig komplizierten Schadensfeststellung und Identifizierung der Kartellanten ferner ausreichen, wenn sich das Unternehmen zumindest grundsätzlich zum Ersatz des entstandenen Schadens bereiterklärt bzw. die Verpflichtung zum Schadensausgleich dem Grunde nach anerkennt.⁶⁶ Zu berücksichtigen bleibt jedoch, dass sich die dargestellte Kooperationspflicht auch auf die Höhe des durch die Straftat oder das Fehlverhalten verursachten Schadens bezieht. Auch insoweit ist das Unternehmen also zur aktiven Mitwirkung berufen.

3. Personelle Maßnahmen

Personelle Maßnahmen sind bei der Konzipierung der vergaberechtlichen Selbstreinigung von besonderer Bedeutung.⁶⁷ Gefordert wird grundsätzlich der Abbruch aller Verbindungen zu den an dem Fehlverhalten beteiligten Personen oder Organisationen.⁶⁸ Oftmals scheidet die Anerkennung einer vergaberechtlichen Selbstreinigung an den fehlenden bzw. nicht hinreichenden personellen Konsequenzen.⁶⁹ Unter Berücksichtigung der konkret vorgeworfenen Verstöße, fortdauernder Kooperations- und Aufklärungspflichten sowie arbeits- bzw. gesellschaftsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten sollte ein konkreter Maßnahmenplan entwickelt und anschließend konsequent umgesetzt

56 OLG Düsseldorf, 9.4.2003 – Verg 43/02, NZBau 2003, 578 ff.; OLG Frankfurt, 20.7.2004 – 11 Verg 6/04, ZfBR 2004, 822 ff.

57 § 125 GWB.

58 § 125 Abs. 1 GWB i.V.m. § 42 Abs. 1 VgV; vgl. auch Erwägungsgrund 102 RL 2014/24/EU.

59 VK Bund, 12.6.2015 – VK 2-31/15, BB 2015, 2321 ff. m. BB-Komm. *Heuking*.

60 *Dreher*, NZBau 2014, 67, 70.

61 BGH, 7.1.2014 – X ZB 15/13, WM 2014, 753.

62 OLG Düsseldorf, 9.4.2003 – Verg 66/02, n.v.; OLG Düsseldorf, 28.7.2004 – Verg 42/05, n.v.; LG Berlin, 22.3.2006 – 23 O 118/04, n.v.

63 Art. 57 Abs. 6 RL 2014/24/EU.

64 Gesetzesbegründung zu § 125 Nr. 2 Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), Drs. 18/6281.

65 Gesetzesbegründung zu § 125 Nr. 2 Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), Drs. 18/6281.

66 *Mutschler-Siebert/Dorschfeldt*, BB 2015, 642, 646.

67 Vergabekammer Bund, 12.6.2015 – VK 2-31/15, BB 2015, 2321 ff. m. BB-Komm. *Heuking*.

68 Erwägungsgrund 102 RL 2014/24/EU, ABIEU v. 28.3.2014, L 94/65.

69 VK Bund, 12.6.2015 – VK 2-31/15, BB 2015, 2321-2324 m. BB-Komm. *Heuking*, ZfBR 2015, 822; OLG München, 22.11.2012 – OLG – Verg 22/12, NZBau 2013, 261 ff.; OLG Brandenburg, 14.12.2007 – Verg W 21/07, NZBau 2008, 277; OLG Düsseldorf, 28.7.2005 – Verg 42/05, n.v.; OLG Frankfurt, 20.7.2004 – 11 Verg 6/04, ZfBR 2004, 822 ff.; OLG Düsseldorf, 9.4.2003 – Verg 43/02, NZBau 2003, 578 ff.

werden. Die Gestaltungsmöglichkeiten sind mannigfaltig und bedürfen stets einer Einzelfallbetrachtung.

4. Strukturelle und organisatorische Maßnahmen

Eine effektive Selbstreinigung erfordert die Implementierung oder Überarbeitung der Compliance-Strukturen in einer Art und Weise, die ähnliche Verstöße künftig nicht mehr vorkommen lässt. Um den Anforderungen an die strukturellen und organisatorischen Maßnahmen gerecht zu werden, ist regelmäßig ein an der Größe, dem Tätigkeitsschwerpunkt und Risikopotential des Unternehmens ausgerichtetes Compliance Management System („CMS“) zu entwerfen.

Mangels gesetzlicher Vorgaben bietet sich hier eine Orientierung an dem Prüfungsstandard des Instituts für Wirtschaftsprüfer über die Grundsätze ordnungsgemäßer Prüfung von Compliance Management Systemen (nachfolgend „IDW PS 980“) an. Hiernach umfasst ein CMS insgesamt sieben Elemente (Compliance-Kultur, Compliance-Ziele, Compliance-Organisation, Compliance-Risiken, Compliance-Programm, Compliance-Kommunikation sowie Compliance-Überwachung und Compliance-Verbesserung).

Ein in der Umsetzungsphase oftmals unterschätzter Aspekt ist die Einbindung des Betriebsrats. Unabhängig davon, ob eine konzeptionelle Einbindung gewollt ist, sollte aus arbeitsrechtlicher Sicht beurteilt werden, welche Einzelmaßnahmen mitbestimmungsbedürftig sind.⁷⁰

IV. Entwicklung eines gesamtstrategischen Verteidigungskonzepts

Im Falle eines Kartellverstoßes droht die Auseinandersetzung mit gleich mehreren Instanzen. Nicht selten müssen unternehmensseitig Ermittlungs-, Verwaltungs- oder Bußgeldverfahren vor den Kartellbehörden, strafrechtliche Verfahren gegenüber den Staatsanwaltschaften und zivilrechtliche Auseinandersetzungen vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit in ein gesamtstrategisches und rechtsgebietsübergreifendes Verteidigungskonzept überführt werden.

Hinzu treten dann regelmäßig Präventivmaßnahmen zur Verhinderung vergaberechtlicher „Sanktionen“ bzw. die Verteidigung gegen bereits erfolgte Ausschlüsse oder schon verhängte Vergabesperren. Ein Einzelausschluss sollte – sofern bereits hinreichende Selbstreinigungsmaßnahmen vollzogen wurden – unmittelbar bei der Vergabestelle gerügt und im Falle der Nichtabhilfe einem Nachprüfungsverfahren bei der zuständigen Vergabekammer zugeführt werden. Bei einer Vergabesperre bzw. einem Korruptionsregistereintrag ist Klage vor den Zivilgerichten zu erheben.⁷¹ Auch insoweit gilt, dass die Selbstreinigung jedenfalls zum Zeitpunkt der Auftragsdurchführung vollzogen worden sein muss.

Die Anforderungen an die vergaberechtliche Selbstreinigung sind daher mit den Verteidigungsinteressen aus dem kartellrechtlichen Bußgeld- bzw. privater Schadensersatzverfahren in Einklang zu bringen. Flankiert wird das Ganze oftmals durch gesellschafts- und arbeitsrechtliche Erwägungen bezüglich des Umgangs mit den betroffenen Organen und Mitarbeitern, etwaigen Regressansprüchen sowie der Imagepflege des Unternehmens.

Im Rahmen kartellrechtlicher Ermittlungsverfahren vor dem Bundeskartellamt besteht die Möglichkeit einen Straferlass mittels Bonusregelung zu erlangen,⁷² wobei dieser nur für Kartelle im Horizontalverhältnis, d. h. Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, nicht hin-

gegen für vertikale Vereinbarungen möglich ist. Die Stellung eines Bonusantrags bzw. die Gewährung kartellrechtlicher Amnestie hat keine Auswirkungen auf die Zuverlässigkeitsbeurteilung des öffentlichen Auftraggebers.⁷³

Ein mittels Kronzeugenantrag zugestander Kartellverstoß führt – sofern keine effektiven Selbstreinigungsmaßnahmen ergriffen und nachgewiesen wurden – trotz gestelltem Bonusantrag zur vergaberechtlichen Unzuverlässigkeit. Ein Bonusantrag bzw. der darauf basierende Bußgeldbescheid kann sogar den für einen zwingenden oder fakultativen Ausschlussgrund erforderlichen Nachweis führen. Mangels Strahlkraft des kartellrechtlichen Bonusantrags auf vergaberechtliche Ausschreibungen – etwa in Form einer formalen Konzentrationswirkung, wie sie das Verwaltungsverfahrensrecht kennt – bedarf es einer dezidierten Auseinandersetzung mit bestehenden Konflikten und/oder Synergien der einzelnen Elemente der vergaberechtlichen Selbstreinigung.

1. Kooperation

Eine Obliegenheit zur Kooperation gegenüber der ermittelnden Kartellbehörde kann sich nicht nur aus den Vorgaben der Selbstreinigung ergeben. Nach Stellung eines Bonus- bzw. Kronzeugenantrags besteht eine Kooperationspflicht gegenüber den zuständigen Wettbewerbsbehörden auch durch behördlich verhängte Auflage. Sofern sich das Unternehmen entsprechend der darin determinierten Vorgehensweise verhält, ergibt sich keine Kollision mit dem vergaberechtlichen Kooperationsgebot. Andersherum sollte jedoch darauf geachtet werden, dass die vergaberechtliche Obliegenheit zur Kooperation die Wirksamkeit des Bonusantrags nicht negativ beeinträchtigt. Im Zweifelsfall sollte die jeweils zuständige Wettbewerbsbehörde konsultiert werden. Sofern Amnestie oder Strafabatt im Wege der Bonusregelung ausscheiden, besteht für Kartellanten im Rahmen des Bußgeldverfahrens weiterhin die Möglichkeit, eine Settlement-Entscheidung zu erzielen. Im Rahmen der einvernehmlichen Streitbeilegung ist dann zumindest noch ein Abschlag in Höhe von 10 Prozent des Bußgelds möglich. Auch bei dieser Form der Kooperation ist sicherzustellen, dass sie nicht mit den Anforderungen der vergaberechtlichen Selbstreinigung kollidiert.

2. Kompensation

Die Selbstreinigung erfordert den umfassenden Ausgleich der durch den jeweiligen Verstoß verursachten Schäden. Die zur zwingenden Voraussetzung gemachten Kompensationspflichten können zu einem strategischen Dilemma im Kontext privater Schadensersatzklagen führen. Hierbei bedarf es also einer besonders sensiblen Abwägung. Anders als die *leniency notice*, als anglo-amerikanisches Pendant⁷⁴ zur Bonus- und Kronzeugenregelung auf deutscher bzw. europäischer Ebene, sehen letztere keine Kompensationspflicht vor. Im Gegenteil können sich aus der Stellung eines Bonusantrags sogar Privilegierungun-

⁷⁰ Neufeld/Knitter, BB 2013, 821.

⁷¹ OVG Lüneburg, 19.1.2006 – 7 OA 168/05, ZfBR 2006, 281 f.

⁷² Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen vom 7.3.2006, abrufbar unter www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Bekanntmachungen/Bekanntmachung%20-%20Bonusregelung.pdf?__blob=publicationFile&v=7 (Abruf: 22.8.2016).

⁷³ VK Bund, 12.6.2015 – VK 2 31/15.

⁷⁴ Corporate Leniency Notice issued August 10, 1993, abrufbar unter www.justice.gov/atr/file/810281/download (Abruf: 22.8.2016).

gen ergeben,⁷⁵ die sich konsequenterweise auch auf die Kompensationspflichten im Rahmen der Selbstreinigung auswirken. Ein weiteres Augenmerk sollte auf Akteneinsichtsgesuche potentiell Geschädigter sowie auf Aktenbeziehungen durch Gerichte gelegt werden.⁷⁶ Auch insoweit kann ein Bonusantrag schützende Wirkung entfalten.⁷⁷ Bei der Ermittlung der konkreten Kompensationspflicht ist ferner zu berücksichtigen, ob in die Vergabeunterlagen Klauseln über einen pauschalierten Schadensersatz oder eine Vertragsstrafe implementiert wurden. Hintergrund dieser Regelung ist die in der Praxis oftmals mit Schwierigkeiten behaftete Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen des durch die Kartellabsprachen geschädigten Unternehmens. Die für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zuständigen Zivilgerichte sind zwar an die tatsächlichen Feststellungen in bestands- oder rechtskräftigen Entscheidungen der Kartellbehörden oder Gerichte gebunden (Tatbestandswirkung).⁷⁸ Dies betrifft die Feststellung eines Schadens jedoch nur dem Grunde nach. Während also das kartellrechtswidrige Verhalten unwiderleglich vermutet wird, gilt dies nicht für die konkrete Schadensbeifferung und den Nachweis der Kausalität zwischen dem kartellrechtswidrigen Verhalten und dem Schaden. Um diesen Darlegungs- und Beweisschwierigkeiten zu begegnen, wird häufig versucht, einen pauschalierten Schadensersatz zu vereinbaren. Dies wirkt sich dann wiederum auch auf die Kompensationspflicht im Rahmen der Selbstreinigung aus.

3. Personelle Maßnahmen

Aus arbeitsrechtlicher Sicht ergibt sich grundsätzlich keine Pflicht zur Ahndung von Rechtsverstößen. Das Arbeitsrecht stellt lediglich klar, inwieweit bestimmte personelle Maßnahmen gestaltbar sind. Eine echte Handlungspflicht folgt auch aus dem Gesellschaftsrecht – etwa der Legalitäts- und Schadensabwendungspflicht – nur ausnahmsweise. Triebfeder personeller Maßnahmen bleibt daher oftmals die vergaberechtliche Selbstreinigung. Synergiepotentiale können sich jedoch gemeinsam mit strukturell-organisatorischen Maßnahmen ergeben.

4. Strukturelle und organisatorische Maßnahmen

Die Implementierung oder Überarbeitung eines CMS ist unabhängig von der Durchführung einer vergaberechtlichen Selbstreinigung sinnvoll. Das ergibt sich zunächst aus dem Selbstzweck des CMS, namentlich die Verhinderung von Verstößen bzw. deren Rechtsfolgen. Zudem kann die Implementierung eines CMS bereits aus gesellschaftsrechtlicher Sicht geboten sein. Neben den dem Vorstand, der Geschäftsführung oder dem Aufsichtsrat zufallenden Organisations- und Aufsichtspflichten sollten dabei insbesondere Aspekte der Konzernhaftung berücksichtigt werden.

Dementgegen sehen derzeit weder das deutsche noch das europäische Kartellrecht eine Haftungsprivilegierung für die Implementierung eines CMS vor. Das Bundeskartellamt stellt sich auf den Standpunkt, dass die durch ein CMS bedingte Aufdeckung bzw. die damit korrelierende Möglichkeit zur Stellung eines Bonusantrags keine derartige Berücksichtigung erforderlich mache. Ferner vertritt die Kartellbehörde die Auffassung, dass für eine strafmildernde Berücksichtigung bereits ergriffener Compliance-Maßnahmen deshalb kein Raum bestünde, weil der konkrete Verstoß die Ineffektivität derselben belegt.

Vorsichtig prognostiziert, lässt sich hier jedoch ein gewisser Kurswechsel verzeichnen. Das Bundeskartellamt hat die Vornahme perso-

ner Maßnahmen und die nachträgliche Implementierung eines CMS erstmals strafmildernd honoriert.⁷⁹ Insoweit sollte allerdings berücksichtigt werden, dass es sich um einen Kartellverstoß im Vertikalverhältnis – im Rahmen dessen die Bonusregelung nicht zur Verfügung steht – gehandelt und der Verstoß auch nur zu geringen wirtschaftlichen Schäden geführt hat.⁸⁰ Es sprechen aber zumindest gute Gründe dafür, dass das Bundeskartellamt künftig in ähnlich gelagerten Fallkonstellationen selbstreinigende Maßnahmen strafmildernd berücksichtigt. Auch insoweit bietet es sich also an, eine vergaberechtliche Selbstreinigung durchzuführen.

V. Fazit und Handlungsempfehlung

Um nach der Feststellung eines Kartellverstoßes effektiv zu reagieren und sämtliche Optionen zu wahren, sollten zunächst die drohenden Sanktionsmechanismen, wie Geldbußen, Vergabesperren oder Schadensersatzzahlungen, samt in Betracht kommender Reaktionsmöglichkeiten identifiziert werden. Dabei sind sämtliche Risikofaktoren gegeneinander abzuwägen und klare Prämissen herauszuarbeiten. Steht auf Seiten des Unternehmens am Ende der Entschluss, eine vergaberechtliche Selbstreinigung zu vollziehen, sollte ein sich an den Umständen des Einzelfalls orientierender und den Unternehmensstrukturen gerecht werdender Maßnahmenkatalog entwickelt werden. Anschließend sind potentielle Synergien und Konflikte – insbesondere mit Blick auf in Betracht kommende Bonus- und Kronzeugenanträge sowie drohende Schadensersatzansprüche – zu identifizieren und frühzeitig in ein strategisches Gesamtkonzept zu überführen. Nach Durchführung der Selbstreinigungsmaßnahmen können die vergaberechtlichen – und je nach Ausgestaltung des Verteidigungskonzepts – auch weitere „Sanktionen“ ausgeschlossen oder zumindest spürbar gemindert werden.

Sebastian Schnitzler, LL.M., ist Rechtsanwalt und Senior Associate bei Deloitte Legal in Hamburg und dort im Vergabe- und Kartellrecht tätig. Seine Beratungsschwerpunkte liegen u.a. in der Wettbewerbsrechtlichen Compliance und der Schnittstellenberatung zwischen dem Vergabe- und Kartellrecht.



⁷⁵ Art. 1 Nr. 18 Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG) vom 1.7.2016 (§ 33e GWB).

⁷⁶ Schnitzler, WuW 2015, 992.

⁷⁷ Art. 1 Nr. 18 Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG) vom 1.7.2016 (§ 89c GWB).

⁷⁸ § 33 Abs. 4 GWB.

⁷⁹ BKartA, PM vom 12.1.2016, abrufbar unter: www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/12_01_2016_Lego.html?nn=3591286 (Abruf: 18.8.2016); Metzloff/Pahlen, ZVertriebsR 2016, 133.

⁸⁰ Metzloff/Pahlen, ZVertriebsR 2016, 133.