

Anmerkung zu:	Vergabekammer München, Beschluss vom 07.03.2017 - Z3-3-3194-1-45-11/16
Autoren:	Dr. Roland M. Stein, LL.M., RA, Christopher Wolters, RA
Erscheinungsdatum:	28.04.2017
Quelle:	JURIS
Normen:	§ 125 GWB, 12016E267, EURL 25/2014, EURL 24/2014
Fundstelle:	jurisPR-Compl 2/2017 Anm. 1
Herausgeber:	Prof. Dr. Norbert Nolte, RA
Zitiervorschlag:	Stein/Wolters, jurisPR-Compl 2/2017 Anm. 1

**Umfang der Kooperationspflicht bei der
vergaberechtlichen Selbstreinigung**

Tenor

Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden zur Auslegung der Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU von der Vergabekammer Südbayern folgende Fragen zur Vorabentscheidung nach Art. 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vorgelegt:

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

A. Problemstellung

Werden Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen Unternehmen geführt, sollten diese als Reaktion hierauf standardmäßig vergaberechtliche Compliance-Maßnahmen in Form der sog. „Selbstreinigung“ ergreifen. Denn insbesondere wenn einem Unternehmen Straftaten zuzurechnen sind, kann das Vergaberecht dazu führen, dass das jeweilige Unternehmen von der öffentlichen Hand für einen gewissen Zeitraum keine Aufträge mehr erhält. Durch das in § 125 GWB kodifizierte Institut der Selbstreinigung, das mit der im vergangenen Jahr in Kraft getretenen Vergaberechtsreform eingeführt wurde, kann ein solcher Ausschluss verhindert werden. Die Selbstreinigung setzt voraus, dass das jeweilige Unternehmen den von ihm verursachten Schaden ersetzt, bei der Aufarbeitung des jeweiligen Fehlverhaltens kooperiert und organisatorische sowie personelle Maßnahmen ergreift, um zukünftiges Fehlverhalten zu verhindern.

Die neue Regelung wirft in der Praxis noch zahlreiche Fragen auf. Gegenstand der hier besprochenen Entscheidung ist die Diskussion um die Folgen des abweichenden Wortlauts des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GWB von seiner unionsrechtlichen Grundlage, Art. 57 Abs. 6 Unterabs. 2 Richtlinie 2014/24/EU. Während letztere Vorschrift im Rahmen der Selbstreinigung nur die Zusammenarbeit „mit den Ermittlungsbehörden“ fordert, setzt der deutsche Gesetzgeber eine Zusammenarbeit „mit den Ermittlungsbehörden und dem öffentlichen Auftraggeber“ voraus. Zudem erweiterte er den Umfang der Offenlegungspflicht auf Tatsachen und Umstände, die mit dem „verursachten Schaden in Zusammenhang stehen“.

Die Diskussion dreht sich um die Frage, wie umfangreich die vom deutschen Gesetzgeber geforderte Kooperation mit öffentlichen Auftraggebern sein muss und ob diese Pflicht zur Zusammenarbeit mit europäischem Recht vereinbar ist. Hinsichtlich des Umfangs der Kooperationspflicht ist insbesondere eine vollständige Aufklärungspflicht gegenüber dem Auftraggeber denkbar, in dessen Vergabeverfahren sich die Frage des Vorliegens von Ausschlussgründen stellt (weite Auslegung). Andererseits ist aber auch vertretbar, dass diesem Auftraggeber nur die Auskünfte erteilt werden müssen, die zur Beurteilung der ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen notwendig sind (enge Auslegung). Ferner ist unklar, ob und wenn ja in welchem Umfang gegenüber weiteren Auftraggebern eine Aufklärungspflicht geschuldet ist.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Entscheidung liegt ein Streit zwischen den Stadtwerken einer süddeutschen Stadt und einem ihrer Lieferanten über Kartellschadensersatz im Nachgang zum „Schienen-Kartell“ zugrunde. Der Lieferant klärte zwar das Bundeskartellamt ab 2011 über die dem Kartell zugrundeliegenden Tatsachen und Umstände „umfassend durch eine aktive Zusammenarbeit“ auf. Eine Informationsweitergabe an die Stadtwerke erfolgte jedoch erst 2016 und nur auf deren Nachfrage hin. „Umstände und Tatsachen, die mit einem etwaigen Schaden in Zusammenhang stehen“ teilte der Lieferant zudem nur in Form eines ökonomischen Gutachtens mit, um den Stadtwerken keine „Munition“ für den parallel zwischen den Parteien noch laufenden Schadensersatzprozess zu liefern.

Insbesondere aufgrund dieser mangelnden Zusammenarbeit hielten die Stadtwerke die Selbstreinigung des Lieferanten für nicht ausreichend und ließen ihn deshalb nicht zu einem Prüfungssystem zu. Den hiergegen gerichteten Nachprüfungsantrag begründete der Lieferant insbesondere damit, dass die Pflicht des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GWB zur Zusammenarbeit mit öffentlichen Auftraggebern europarechtswidrig sei.

Die Vergabekammer folgt in ihrem Vorlagebeschluss dieser Ansicht. Sie argumentiert in ihrer ersten Vorlagefrage, dass § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GWB zwar weit auszulegen ist, die deshalb geforderte umfassende Zusammenarbeit aber gegen europäisches Recht verstöße:

Die nationale Umsetzung sei nicht von Art. 57 Abs. 6 Unterabs. 2 Richtlinie 2014/24/EU gedeckt, da der in der Richtlinie verwendete Begriff der „Ermittlungsbehörde“ nicht so auszulegen sei, dass davon sowohl Ermittlungsbehörden im engeren Sinne als auch der öffentliche Auftraggeber erfasst werden. Anders als Ermittlungsbehörden besäßen öffentliche Auftraggeber weder eine allgemeine Zuständigkeit für Ermittlungen, noch seien sie zur Neutralität und Ergebnisoffenheit verpflichtet. Zudem sei die Richtlinie auch in anderen Sprachfassungen nicht in einem solchen weiten Sinn zu verstehen.

Der deutsche Gesetzgeber hätte nicht über die von der Richtlinie gesetzte Grenze hinausgehen und eine Kooperation mit öffentlichen Auftraggebern vorschreiben dürfen. Denn die Vorschrift hätte zur Folge, dass der Wettbewerb entgegen des Ziels des europäischen Vergaberechts nicht erweitert, sondern beschränkt würde. Durch die strengeren Anforderungen an eine Selbstreinigung würde es Unternehmen nämlich erschwert, wieder an Vergabeverfahren teilzunehmen.

Mit seiner zweiten Vorlagefrage fragt die Vergabekammer den EuGH nach der Vereinbarkeit der oben beschriebenen engen Auslegung des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GWB mit europäischem Recht.

C. Kontext der Entscheidung

Die Vereinbarkeit von § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GWB mit seiner europäischen Vorlage bemisst sich im Kern danach, ob § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GWB eng oder weit auszulegen ist, und welcher Rahmen von Art. 57 Abs. 6 Unterabs. 2 Richtlinie 2014/24/EU vorgegeben wird.

I. Auslegung von § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GWB

Die Auslegung von § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GWB ist auf den ersten Blick eindeutig weit: Der Wortlaut verlangt, dass der Sachverhalt „umfassend“ und auch hinsichtlich des „verursachten Schadens“ aufgeklärt wird und differenziert dabei nicht zwischen Ermittlungsbehörden und öffentlichen Auftraggebern. Zur Aufklärungspflicht gegenüber den Ermittlungsbehörden gehören aber auch Informationen zur Schadenshöhe (vgl. nur: Prieß/Simonis in: Kulartz/Kus/Prieß/Portz, GWB, 4. Aufl. 2016, § 125 Rn. 32), so dass diese auch gegenüber Auftraggebern offengelegt werden müssten.

Betrachtet man hingegen die Gesetzesbegründung, scheint der Umfang der Auskunftspflicht weniger eindeutig: Zwar geht die Begründung davon aus, dass die Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung auch die „Schadensumstände“ und „eine Mitwirkung bei der Aufklärung der Schadenshöhe“ miteinschließt und nennt dabei keinen bestimmten Adressaten. Wenige Absätze später findet sich jedoch die einschränkende Aussage, dass die Aufklärungspflicht gegenüber Auftraggebern nur die für „seine Prüfung relevanten Umstände“ (Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 109; ihr folgend: Radu in: Müller-Wrede, GWB, § 125 Rn. 36 f.) umfasse. Das wäre dann jedoch keine umfassende Aufklärungspflicht, sondern eine auf die Prüfung der Selbstreinigung beschränkte Auskunftspflicht. Welchen genauen Umfang eine in diesem Sinne beschränkte Auskunftspflicht hat, erläutert die Gesetzesbegründung nicht. Auch hier scheinen zwei Ansätze vertretbar: Bei einem weitgehenden Verständnis bestünde eine Pflicht zur Weitergabe von Informationen über die Schadenshöhe. Die Auskunftspflicht könnte sich jedoch auch auf den bloßen Nachweis beschränken, dass ein Ausgleich für feststehende Schäden gezahlt worden ist bzw. sich der Bieter hierzu verpflichtet hat.

II. Auslegung von Art. 57 Abs. 6 Unterabs. 2 Richtlinie 2014/24/EU

Dass Bieter im Rahmen der Selbstreinigung mit dem öffentlichen Auftraggeber zu kooperieren haben, setzt auch die Richtlinie 2014/24/EU in Art. 57 Abs. 6 Unterabs. 1 voraus (Friton in: BeckOK VergR, § 125 GWB Rn. 29.1) und ist nicht per se unionsrechtswidrig. Ob die weite bzw. enge Aus-

legung von § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GWB innerhalb der europäischen Vorgaben liegt, hängt hingegen maßgeblich von der Auslegung von Art. 57 Abs. 6 Unterabs. 2 Richtlinie 2014/24/EU ab. Die von Art. 57 Abs. 6 Unterabs. 1 Richtlinie 2014/24/EU statuierte Nachweispflicht gegenüber Auftraggebern ist dafür nicht entscheidend. Denn sie verlangt nur den Nachweis, dass die geforderten Selbstanreinigungsmaßnahmen (u.a. Sachverhaltsaufklärung gegenüber den „Ermittlungsbehörden“) durchgeführt worden sind. Dementsprechend verpflichtet Art. 57 Abs. 6 Unterabs. 1 Richtlinie 2014/24/EU den Bieter nur dazu, dem Auftraggeber den Nachweis zu erbringen, dass er umfassend mit den „Ermittlungsbehörden“ kooperiert hat.

Folgerichtig leitet die Gesetzesbegründung eine Kooperationspflicht zur Sachverhaltsaufklärung aus Art. 57 Abs. 6 Unterabs. 2 Richtlinie 2014/24/EU ab. Sie stützt sich dabei darauf, dass der von der Richtlinie verwendete Begriff „Ermittlungsbehörde“ nicht im engen Sinne, sondern weit zu verstehen ist. Denn die englische und die französische Sprachfassung verwendeten jeweils eine Formulierung, die mit „ermittelnden Behörden“ und nicht „Ermittlungsbehörden“ zu übersetzen sei, wozu aber auch der ermittelnde öffentliche Auftraggeber gehöre (so auch: Radu, in: Müller-Wrede, GWB, § 125 Rn. 36 f.; zweifelnd: Prieß/Simonis in: Kulartz/Kus/Prieß/Portz, GWB, § 125 Rn. 31). Für ein solches Verständnis spräche daneben der Sinn und Zweck der Regelung und der Umstand, dass so die deutsche Rechtslage vor der Kodifikation (insb. VK Lüneburg, Beschl. v. 14.02.2012 - VgK-05/2012) fortbestünde (Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, S. 109).

Hiergegen wendet sich der vorliegende Vorlagebeschluss der Vergabekammer München.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die vorliegende Fragestellung ist von großer Bedeutung für Unternehmen, die in einen Kartellverstoß involviert waren. In seiner umfassenderen Auslegung könnte § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GWB dazu führen, dass öffentliche Auftraggeber diese Unternehmen vor eine schwierige Wahl stellen können: Entweder der Bieter torpediert seinen Zivilprozess, indem er den Auftraggeber bei der Schadenskalkulation unterstützt und deshalb möglicherweise eine hohe Summe an den Auftraggeber zahlen muss, oder er nimmt einen Ausschluss und ggf. eine längere Vergabesperre mit entsprechenden Umsatzeinbußen in Kauf.

Bis zur Klärung durch den EuGH ist die Reichweite der Aufklärungspflicht unklar. Für die Zeit bis dahin stellt sich die Frage nach einem strategisch klugen Verhalten:

Bieter sollten sich darauf beschränken, umfassend und freiwillig Auskunft über die zur Beurteilung der Selbstanreinigung notwendigen Umstände zu geben. Um die Anforderungen des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GWB an den Schadensausgleich zu erfüllen, muss sich ein Bieter gegenüber dem Auftraggeber nach Ansicht der Vergabekammer München nur dazu verpflichten, den von ihm verursachten Schaden auszugleichen. Folgte man dieser Ansicht, bliebe es dem Bieter unbenommen, gleichzeitig die Höhe des Schadens gerichtlich zu bestreiten, und er müsste insbesondere seine prozessuale Situation nicht wegen gebotener Selbstanreinigungsmaßnahmen verschlechtern. Die Vergabekammer München hielt das für so selbstverständlich, dass sie diese durchaus nicht unumstrittene Frage dem EuGH nicht vorlegte, obwohl das auch im vorliegenden Fall nahegelegen hätte. Schließlich sollten Bieter sorgsam darauf achten, welchen Inhalt die Erklärungen haben, die sie im Rahmen von Vergabeverfahren abgeben, da fehlerhafte Erklärungen schnell zur Grundlage eines Ausschlusses herangezogen werden können.

Öffentliche Auftraggeber können Auskunft über die Schadenshöhe verlangen, sollten dann aber damit rechnen, dass ein daraus resultierendes Nachprüfungsverfahren – spätestens in der zweiten Instanz – bis zum Urteil des EuGH ausgesetzt werden könnte.

