

Anmerkung zu:	Vergabekammer Münster, Beschluss vom 25.04.2019 - VK 2-41/18
Autoren:	Dr. Roland M. Stein, LL.M., RA, Dr. Christopher Wolters, RA
Erscheinungsdatum:	28.06.2019
Quelle:	
Normen:	§ 123 GWB, § 126 GWB, § 125 GWB, § 124 GWB, EURL 24/2014
Fundstelle:	jurisPR-Compl 3/2019 Anm. 3
Herausgeber:	Prof. Dr. Norbert Nolte, RA
Zitievorschlag:	Stein/Wolters, jurisPR-Compl 3/2019 Anm. 3

Sauber, aber nicht ganz rein? - Vergaberechtliche Selbstreinigung bei Kartellrechtsverstößen

Orientierungssätze zur Anmerkung

- 1. Für den Ablauf der Frist von drei Jahren aus § 126 Nr. 2 GWB ist nicht auf den Beginn der Kartellbeteiligung abzustellen. Vielmehr ist das Datum, an dem die zuständige Behörde das wettbewerbswidrige Verhalten geahndet hat, spätestens als Beginn des Fristlaufs anzusetzen (EuGH, Urt. v. 24.10.2018 - C-124/17).**
- 2. Das vom Ausschluss betroffene Unternehmen trägt die Darlegungs- und Beweislast für die kumulative Erfüllung der Voraussetzungen der Selbstreinigungsmaßnahmen nach § 125 Abs. 1 Nr. 1-3 GWB. Die Sachverhaltsaufklärung und die Darstellung der durchgeführten Maßnahmen zur Selbstreinigung sind Interna des jeweiligen Unternehmens, auf deren Offenlegung der öffentliche Auftraggeber angewiesen ist, um Kenntnis davon zu erlangen.**
- 3. Grundsätzlich ist das Unternehmen auch verpflichtet, über die Umstände deshaftungsausfüllenden Tatbestandes im Rahmen der Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Auftraggeber aufzuklären. Diese geforderte umfassende Sachaufklärung zum Schaden kann hierbei zur Folge haben, dass der Geschädigte erst auf ihrer Grundlage erfolgversprechend seine Schadensersatzansprüche gegen das Unternehmen begründen kann und für das Unternehmen dem Ausgleich des Schadens dienende Selbstreinigungsmaßnahmen nach § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GWB erforderlich werden.**
- 4. Die Darlegung der Selbstreinigung durch das Unternehmen muss gemäß § 125 Abs. 2 GWB vom öffentlichen Auftraggeber bewertet werden. Hierbei hat er die Risiken einzuschätzen, die sich ergeben, wenn er einen Auftrag an einen Bieter mit zweifelhafter Integrität vergibt. Dem öffentlichen Auftraggeber steht dabei ein Beurteilungsspielraum zu, der von den Nachprüfungsinstanzen nur darauf eingeschränkt überprüft werden kann, ob die Verfahrensbestimmungen eingehalten, zutreffende Tatsachen zugrunde gelegt und keine sachwidrigen Erwägungen angestellt worden sind.**

A. Problemstellung

Für eine Vielzahl von Unternehmen ist die wirtschaftliche Bedeutung öffentlicher Aufträge kaum zu unterschätzen. Wirtschaftsteilnehmer, die von einzelnen Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, müssen daher mit erheblichen Einbußen rechnen. Die §§ 123 und 124 GWB regeln den zwingenden und den fakultativen Ausschluss eines Unternehmens und setzen damit Art. 57 der

Richtlinie 2014/24/EU in deutsches Recht um. Bestimmte Verstöße gegen das Kartellrecht sind explizit in der Liste der fakultativen Ausschlussgründe aufgeführt (§ 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB).

Im Zuge der Vergaberechtsreform 2016 hat der Gesetzgeber erstmals das Institut der „Selbstreinigung“ in das GWB aufgenommen. § 125 Abs. 1 GWB benennt die Maßnahmen, die ein Unternehmen ergreifen muss, um trotz Vorliegens eines Ausschlussgrundes nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden. Voraussetzungen hierfür sind (1) der Ausgleich des verursachten Schadens oder die Verpflichtung zur Leistung eines solchen, (2) eine umfangreiche und aktive Kooperation zur Aufklärung des maßgeblichen Sachverhalts und (3) technische, organisatorische und personelle Maßnahmen, die dazu geeignet sind, weiteres Fehlverhalten zu vermeiden.

Die „Vossloh-Laeis“-Entscheidung des EuGH (Urt. v. 24.10.2018 - C-124/17) beschäftigte sich jüngst intensiv mit den Anforderungen an die vergaberechtliche Selbstreinigung infolge von Kartellrechtsverstößen. Insbesondere stand dabei die Frage im Fokus, inwieweit ehemalige Kartellbeteiligte im Rahmen der Selbstreinigung mit öffentlichen Auftraggebern zusammenarbeiten müssen. Diese Frage hat für Unternehmen eine besondere Relevanz, wenn der jeweilige öffentliche Auftraggeber aufgrund des Kartells Schadensersatzansprüche gegen das Unternehmen geltend macht. In der im Rahmen der Selbstreinigung geforderten Zusammenarbeit sehen öffentliche Auftraggeber nämlich eine Möglichkeit, vom Kartellanten selbst an Informationen zu gelangen, um ihren Schadensersatzanspruch zu substantiiieren. Die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen sind deshalb derzeit der Austragungsort des juristischen Kampfes darüber, wie weit die Offenlegungspflichten der Kartellanten gegenüber öffentlichen Auftraggebern im Rahmen der Selbstreinigung reichen.

Zwar enthält die Entscheidung des EuGH einige richtungsweisende Feststellungen zu den spezifischen Voraussetzungen der geforderten Selbstreinigungsmaßnahmen und deren Umfang im Allgemeinen. Jedoch verbleiben verschiedentlich Fragen und Unklarheiten (vgl. hierzu Entscheidungsbesprechung: Stein/Wolters, jurisPR-Compl 2/2019 Anm. 2), die in den kommenden Monaten und Jahren durch die nationalstaatlichen Gerichte und Vergabekammern aufzuklären sind. Nicht ausgeschlossen ist, dass auch der EuGH mit diesen Fragen noch einmal befasst wird.

Einen ersten Beitrag hierzu leistet die gegenständliche Entscheidung der Vergabekammer Münster, gegen die die Antragstellerin inzwischen jedoch sofortige Beschwerde zum OLG Düsseldorf eingelebt hat. Die Entscheidung konkretisiert – noch nicht rechtskräftig – sowohl die Ausführungen des EuGH in Bezug auf die erforderlichen Selbstreinigungsmaßnahmen, bezieht aber auch Stellung zu verwandten rechtlichen Fragestellungen. So äußert sich die Kammer nicht nur zu den Anforderungen an die Kooperationspflicht der Bieter, sondern auch zur Frage der Ermessensausübung bei der Bewertung von Selbstreinigungsmaßnahmen, zu Ausschlussgründen im Allgemeinen, zu Ausschlussfristen und zu diesbezüglichen Dokumentationspflichten des Auftraggebers.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Entscheidung betrifft die Frage der Zulässigkeit des Ausschlusses einer am sog. „LKW-Kartell“ beteiligten Bieterin (Antragstellerin) von einem Vergabeverfahren der Antragsgegnerin, einer Kommune des Landes Nordrhein-Westfalen. Entscheidungsrelevant war hierbei insbesondere, ob die Antragstellerin die Vornahme hinreichender Selbstreinigungsmaßnahmen nach § 125 GWB nachgewiesen hat.

Die Antragsgegnerin schrieb am 29.06.2018 die Lieferung von LKW-Fahrgestellen und Entsorgungsaufbauten in sechs Losen europaweit im offenen Verfahren aus. Gegenstand des streitigen Nachprüfungsverfahrens waren dabei lediglich die Lose 1 und 2, auf die auch die Antragstellerin ein Angebot abgegeben hatte. Infolge umfangreicher Korrespondenz zwischen den Streitparteien schloss die Antragsgegnerin die Antragstellerin gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB – aufgrund hinrei-

chender Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen das Kartellrecht - vom Vergabeverfahren aus und stellte fest, dass sie nicht die erforderlichen Selbtreinigungsmaßnahmen nach § 125 GWB durchgeführt hatte, um eine Teilnahme am Verfahren zu ermöglichen.

Hintergrund des Ausschlusses war ein Kartellrechtsverstoß der Antragstellerin, der am 19.07.2016 durch einen Bußgeldbescheid der Europäischen Kommission geahndet worden war. Der Bescheid enthielt die Feststellung, dass die Antragstellerin am sog. „LKW-Kartell“ beteiligt gewesen war. Die Antragsgegnerin als potentiell Geschädigte des Kartells hatte mit anderen Kommunen des Landes NRW Kartellschadensersatzklage vor dem LG Dortmund erhoben. Eine Entscheidung in dieser Sache steht noch aus. Zusätzlich berief sich die Antragsgegnerin als Grundlage für den Ausschluss der Antragstellerin auf zwei weitere laufende Ermittlungsverfahren des Bundeskartellamtes und der Europäischen Kommission.

Die Antragstellerin führte während des von ihr eingeleiteten Rüge- und Nachprüfungsverfahrens aus, dass die Maximalfrist des einschlägigen Ausschlussgrundes in Bezug auf das LKW-Kartell nach § 126 Nr. 2 GWB bereits abgelaufen sei und sie die notwendigen Selbtreinigungsmaßnahmen nach § 125 GWB ergriffen habe, um ihre Zuverlässigkeit wiederherzustellen. Die derzeit laufenden Ermittlungsverfahren würden keine hinreichenden Anhaltspunkte i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB darstellen und somit keinen Ausschluss rechtfertigen.

Zu berücksichtigen ist, dass die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Vossloh“ während des laufenden Nachprüfungsverfahrens erging und somit von der VK Münster ebenso berücksichtigt werden konnte wie die darauffolgende Entscheidung der VK München (Beschl. v. 11.12.2018 - Z3-3-3194-1-45-11/16) bezüglich des Ausgangsrechtsstreits. Der hier besprochene Beschluss der VK Westfalen wies das Begehr der Antragstellerin auf Teilnahme am Vergabeverfahren auch vor diesem Hintergrund als unbegründet zurück:

I. Ablauf der vergaberechtlichen Verjährung nach § 126 Nr. 2 GWB

Die Vergabekammer stellte zunächst fest, dass sowohl die Beteiligung der Antragstellerin am LKW-Kartell als auch die Ermittlungsverfahren des Bundeskartellamtes und der Europäischen Kommission grundsätzlich Ausschlussgründe gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB darstellen könnten. Die dreijährige Ausschlussfrist nach § 126 Nr. 2 GWB sei zum Zeitpunkt des Angebotsausschlusses in Bezug auf alle drei Sachverhalte zudem noch nicht abgelaufen. Hierzu stützte sich die Vergabekammer explizit auf die „Vossloh“-Entscheidung des EuGH und die darin enthaltenen Ausführungen zu dem für den Beginn der Ausschlussfrist maßgeblichen „betroffenden Ereignis“ nach § 126 Nr. 2 i.V.m. § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB. Der Gerichtshof hatte festgestellt, dass nicht der materielle Kartellrechtsverstoß an sich, sondern die Ahndung durch die zuständige Bußgeldbehörde das „betroffende Ereignis“ darstelle. Folglich entschied die Vergabekammer, dass die Ausschlussfrist für den Ausschlussgrund der Beteiligung am LKW-Kartell erst mit dem einschlägigen Bußgeldbescheid vom 19.07.2016 in Gang gesetzt sei. Die Ausschlussfrist der zusätzlichen potentiellen Kartellbeteiligungen habe aufgrund der andauernden Ermittlungsverfahren noch nicht begonnen.

II. Glaubhaftmachung der erfolgreichen Selbtreinigung in Bezug auf die Kartellverstöße im Rahmen des LKW-Kartells

Die Vergabekammer stellte weiter fest, dass die Antragstellerin nicht in hinreichendem Maße die erforderlichen Selbtreinigungsmaßnahmen nach § 125 Abs. 1 Nr. 1-3 GWB durchgeführt habe und ihr Angebot somit weiterhin gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB vom betroffenen Vergabeverfahren ausgeschlossen werden könne. Der Beschluss geht dabei vorrangig auf die Nichterfüllung der Voraussetzung der umfassenden Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Auftraggeber - also der Antragsgegnerin - nach § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB ein und beruft sich dabei maßgeblich auf die

„Vossloh“-Entscheidung des EuGH. Unternehmen seien grundsätzlich dazu verpflichtet, Umstände des haftungsausfüllenden Tatbestandes im Rahmen der Zusammenarbeit aufzuklären. Konkret bemängelt die Vergabekammer insbesondere die nur unvollständige Vorlage des maßgeblichen Beschlusses der Kartellbehörde. Der EuGH erachte die Vorlage des Bußgeldbescheides aber als festen Bestandteil einer hinreichenden Kooperation. Im vorliegenden Fall hatte die Antragstellerin indes lediglich die nicht vertrauliche und stark gekürzte Fassung der Entscheidung der Europäischen Kommission vorgelegt und ergänzend auf die entsprechende Pressemitteilung verwiesen. Die Vergabekammer bemängelt, dass in dieser gekürzten Fassung konkrete Angaben zum Fehlverhalten der Antragstellerin nur exemplarisch gemacht würden und sich zahlreiche Aussagen weitestgehend auf alle am Kartell beteiligten Unternehmen bezögen. Mit der alleinigen Vorlage der nicht vertraulichen Entscheidung habe die Antragstellerin nicht im vom Gerichtshof geforderten Maße an der Sachverhaltaufklärung mitgewirkt.

In diesem Zusammenhang geht die Vergabekammer auch auf die von der Antragstellerin vorgebrachten daten- und arbeitsschutzrechtlichen Bedenken ein, die der Nennung einzelner Mitarbeiter im ungekürzten Bußgeldbescheid der Kommission entgegen stünden. Diese Erwägungen seien zwar grundsätzlich zu berücksichtigen, griffen aber im vorliegenden Fall nicht durch. Zum einen sei der betroffene Vorgang bereits abgeschlossen, weshalb arbeitsrechtliche Erwägungen keine Rolle mehr spielten, zum anderen spreche nichts dagegen, im Sinne des Datenschutzes die Kommissionsentscheidung zu anonymisieren oder Pseudonyme zu nutzen.

Bezüglich der Argumentation der Antragstellerin, sie könne durch eine Offenlegung des Bußgeldbescheides (zu ihren Lasten) der Antragsgegnerin bei der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen helfen, verweist die Vergabekammer auf die diesbezüglichen Ausführungen des EuGH: Ein derartiges Risiko habe die Antragstellerin hinzunehmen. In diesem Zusammenhang hebt die Vergabekammer noch einmal den rechtlichen Charakter der Selbsterneinigung nach § 125 GWB hervor. Dieser stelle keine rechtliche Pflicht dar, zu der die Antragstellerin gezwungen sei. Vielmehr sei es eine Chance für Kartellanten, trotz ihres ausschlussbegründenden Fehlverhaltens früher als im Regelfall wieder an Ausschreibungsverfahren teilzunehmen. Zur Wahrnehmung dieser Möglichkeit sei der frühere Kartellbeteiligte dann aber auch dazu verpflichtet, für ihn ggf. negative Einblicke in das begangene Fehlverhalten und in die daraufhin durchgeführten Maßnahmen zu gewähren.

Die Vergabekammer verweist im Folgenden darauf, dass bereits die damit festgestellte Nichterfüllung der Voraussetzung des § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB hinreichend sei, um eine erfolgreiche Selbsterneinigung zu verneinen, da für eine solche die Voraussetzungen des § 125 Abs. 1 GWB kumulativ gegeben sein müssen. Vor diesem Hintergrund ging sie nicht tiefergehend darauf ein, ob die Antragstellerin die übrigen erforderlichen Maßnahmen nach Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 zufriedenstellend vorgenommen hat.

Weitere Ausführungen der Vergabekammer behandeln die Frage des Ermessens- und Beurteilungsspielraums bei der Prüfung der Selbsterneinigungsmaßnahmen durch den öffentlichen Auftraggeber. Diesbezüglich stellt sie fest, dass öffentlichen Auftraggebern ein Beurteilungsspielraum zu komme. Jeder öffentliche Auftraggeber habe für jede Vergabe gesondert zu prüfen und zu bewerten, ob die getroffenen Selbsterneinigungsmaßnahmen genügen, um eine zuverlässige Auftragserfüllung des Bieters im konkreten Einzelfall prognostizieren zu können. Dementsprechend seien auch Prüfungsergebnisse anderer öffentlicher Auftraggeber für den prüfenden öffentlichen Auftraggeber ebenso wenig bindend, wie Prüfungen desselben öffentlichen Auftraggebers im Rahmen eines anderen Vergabeverfahrens. An eine positive Prüfungsentscheidung von Selbsterneinigungsmaßnahmen sei der öffentliche Auftraggeber nur in Bezug auf ein konkretes Vergabeverfahren gebunden.

C. Kontext der Entscheidung

I. § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB und seine weitgehende Kooperationspflicht mit dem öffentlichen Auftraggeber

Die VK Münster entnimmt der Entscheidung des EuGH eine ausgesprochen weitreichende Kooperationspflicht des Bieters mit dem öffentlichen Auftraggeber. Dieser hatte die deutsche Regelung des § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB zwar grundsätzlich auch bezüglich der Kooperationspflicht mit dem öffentlichen Auftraggeber für mit Art. 57 Abs. 6 RL 2014/24/EU vereinbar erklärt. Ergänzend führte er aber aus, dass die Kooperationspflicht – anders als die Pflicht zur Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden – nur so weit reiche, wie für die Prüfung der Selbstreinigungsmaßnahmen „unbedingt erforderlich“ (EuGH, Urt. v. 24.10.2018 - C-124/17 Rn. 28; vgl. hierzu auch: Stein/Wolters, jurisPR-Compl 2/2019 Anm. 2, unter C.).

Stellenweise geht der Beschluss der VK Münster deutlich über die Entscheidung des EuGH hinaus, so etwa mit der Annahme, Unternehmen seien verpflichtet, über die Umstände des haftungsausfüllenden Tatbestandes – also insbesondere die Höhe des entstandenen Schadens – aufzuklären. Vielmehr hat der EuGH die Kooperationspflicht – entsprechend dem Wortlaut von Art. 57 Abs. 6 RL 2014/24/EU – gerade auf die Tatsachen beschränkt, die zur Prüfung der Durchführung von hinreichenden Selbstreinigungsmaßnahmen „unbedingt erforderlich“ sind. Weshalb in diesem Rahmen eine Aufklärung zur Schadenshöhe gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber notwendig sein soll, erschließt sich nicht. Zwar fordert § 125 Abs. 1 Nr. 1 GWB, dass der Nachweis zu erbringen ist, dass der entstandene Schaden kompensiert wurde oder dass sich der Bieter zum Ausgleich eines entstandenen Schadens verpflichtet hat. Es ist jedoch keine Bestimmung ersichtlich, nach der der Bieter bei der Beizifferung der Höhe des Schadens mitzuwirken hat. Dies ergibt sich auch daraus, dass – nach Einschätzung der Vergabekammer selbst – zur Erfüllung des § 125 Abs. 1 Nr. 1 GWB ein Schuldanerkenntnis lediglich dem Grunde nach als ausreichend betrachtet wird (vgl. auch VK München, Beschl. v. 11.12.2018 - Z3-3-3194-1-45-11/16 Rn. 96).

Auch hinsichtlich der Offenlegung des Beschlusses der zuständigen Wettbewerbsbehörde gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber erkennt die Vergabekammer im Ergebnis eine sehr weitreichende Pflicht. Der EuGH hatte formuliert, dass der öffentliche Auftraggeber die Vorlage der Entscheidung der Wettbewerbsbehörde „verlangen können muss“. Zum Umfang der Offenlegungspflicht hat sich der EuGH in seiner Entscheidung jedoch nicht geäußert. Die Vergabekammer geht auf dieser Grundlage davon aus, dass die vollständige und höchstens anonymisierte Vorlage des Kartellbeschlusses stets für eine erfolgreiche Selbstreinigung vorausgesetzt werden kann (so auch VK München, Beschl. v. 11.12.2018 - Z3-3-3194-1-45-11/16 Rn. 113). Die VK Münster geht davon aus, dass eine gekürzte, nicht vertrauliche Version der Entscheidung nicht für eine hinreichende Kooperation ausreicht, wenn sie nicht in der erforderlichen Tiefe auf das Fehlverhalten des Kartellanten selbst eingeht und dem öffentlichen Auftraggeber kein hinreichendes Bild des Sachverhaltes ermöglicht. Diese weitreichende Pflicht lässt sich mit dem Wortlaut der Entscheidung des EuGH begründen (EuGH, Urt. v. 24.10.2018 - C-124/17 Rn. 30). Allerdings ist sie nicht zwingend. Zwar stellt die gekürzte, nicht vertrauliche Version der Kartellentscheidung nicht „die Entscheidung“ dar und kann auch vom inhaltlichen Umfang nicht mit dem tatsächlich ergangenen vertraulichen Bescheid gleichgesetzt werden. Allerdings lässt sich zumindest darüber streiten, ob der EuGH tatsächlich eine umfassende Offenlegung verlangen wollte (vgl. dazu Stein/Wolters, jurisPR-Compl 2/2019 Anm. 2, unter C.).

Ginge man davon aus, dass öffentliche Auftraggeber stets eine vollständige Vorlage des Kartellbeschlusses verlangen können, stellt sich die Frage, inwieweit Bieter diesen schwärzen dürfen. Die Entscheidungen der Vergabekammern München und Münster unterscheiden sich in ihren Aussagen zum zulässigen Umfang der Schwärzungen: Die VK München sieht lediglich die Schwär-

zung oder Anonymisierung der Klarnamen von Mitarbeitern fremder Unternehmen, die ebenfalls an den Kartellabsprachen beteiligt waren, als erforderlich an (VK München, Beschl. v. 11.12.2018 - Z3-3-3194-1-45-11/16 Rn. 101). Die VK Münster sieht es hingegen unter Umständen auch als zulässig an, die Namen der bei der betroffenen Bieterin selbst beschäftigten Mitarbeiter zu anonymisieren oder pseudonymisieren. Unabhängig davon stimmen beide Entscheidungen darin überein, dass andere und insbesondere inhaltliche Schwärzungen und Kürzungen zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen des Bieters einer erfolgreichen Selbstreinigung entgegenstehen sollen.

II. § 125 Abs. 1 Nr. 1 und 3 GWB: Sonstige Selbstreinigungsmaßnahmen

Zumindest eingeschränkt geben die Entscheidungen der Vergabekammern Münster und München Aufschluss über die an die Erfüllung der erforderlichen Selbstreinigungsmaßnahmen zu stellenden Anforderungen nach § 125 Abs. 1 Nr. 1 GWB. Hiernach muss der Bieter nachweisen, einen Ausgleich für entstandene Schäden geleistet oder sich zu einem solchen verpflichtet zu haben. Beide Entscheidungen beziehen sich dabei auf Fälle, in denen der Bieter die Entstehung eines Schadens durch den Kartellverstoß bestreitet. Die VK München kommt in ihrem Beschluss zu dem Ergebnis, dass es für das betroffene Unternehmen ausreichend ist, sich zum Ausgleich des durch die Kartellbeteiligung entstandenen Schadens zu verpflichten, auch wenn die Entstehung bzw. die Schadenshöhe weiterhin im Rahmen eines Zivilprozesses bestritten wird (VK München, Beschl. v. 11.12.2018 - Z3-3-3194-1-45-11/16 Rn. 84 ff.). Sie stellt in diesem Zusammenhang explizit klar, dass einer Bieterin durch die Regelungen zur Selbstreinigung nicht das Recht genommen werden darf, den streitigen Schadensersatzanspruch gerichtlich klären zu lassen. Insbesondere kann sie auch nicht indirekt zu Erklärungen verpflichtet werden, die ihre prozessuale Situation verschlechtern würden, wie etwa den Verzicht auf die Einrede der Verjährung.

Die VK Münster legt sich in diesem Punkt zwar nicht abschließend fest, lässt aber erkennen, dass auch sie eine Anerkennung des Anspruchs dem Grunde nach für erforderlich hält, auch wenn die Entstehung oder die Höhe eines Schadens weiterhin bestritten werden könne. Das entspricht auch der herrschenden Meinung in der Kommentarliteratur (vgl. u.a. Opitz in: Beck, VergabeR Bd. 1, § 125 GWB Rn. 18-19). Darüber jedoch hinausgehend gilt das nach Meinung der VK Münster auch in den Fällen, in denen das Unternehmen bestreitet, dass es überhaupt zu einem Schaden für den öffentlichen Auftraggeber gekommen ist.

III. § 125 Abs. 2 GWB: Beurteilungsspielraum

Die VK Münster hebt - anders als der EuGH und die VK München - in ihrer Entscheidung die Relevanz des Beurteilungsspielraums des öffentlichen Auftraggebers bei der Bewertung der Selbstreinigungsmaßnahmen gemäß § 125 Abs. 2 GWB noch einmal gesondert hervor. Sie stellt dabei fest, dass es sich bei der Prüfung um eine allein dem öffentlichen Auftraggeber zukommende Prognose- bzw. Ermessensentscheidung handelt, die unabhängig von sowohl den Wertungen anderer Behörden als auch von Entscheidungen des Auftraggebers in früheren Vergabeverfahren zu treffen ist - letzteres zumindest soweit sich der maßgebliche Sachverhalt seit diesen Entscheidungen geändert hat. Der Auftraggeber ist somit in seiner Entscheidung nicht an frühere oder fremde Bewertungen, sondern nur an die Grenzen des eigenen Beurteilungsspielraums und das Verbot missbräuchlichen Verhaltens gebunden. Die Annahme eines weiten Beurteilungsspielraums des öffentlichen Auftraggebers ist angesichts des Wortlauts des § 125 Abs. 2 GWB, der Richtlinienvorschrift (Art. 57 Abs. 6 RL 2014/24/EU) sowie der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/6281, S. 107) zumindest nachvollziehbar (siehe auch Friton in: Beck-OK VergabeR, § 125 GWB Rn. 58).

IV. „Hinreichende Anhaltspunkte“ und Beginn des Ausschlusszeitraumes

Besondere Beachtung sollte der Entscheidung ebenfalls hinsichtlich der Aussagen zu den Voraussetzungen des Ausschlusses nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB und dem Beginn des Ausschlusszeitraumes nach § 126 Nr. 2 GWB geschenkt werden.

Zunächst fordert § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB für das Vorliegen des fakultativen Ausschlussgrundes „hinreichende Anhaltspunkte“ einer Kartellbeteiligung des betroffenen Beters. Wann genau „hinreichende Anhaltspunkte“ gegeben sind und ob eine objektive oder subjektive Betrachtung heranziehen ist, ist weiterhin nicht abschließend geklärt (Opitz in: Beck, VergabeR Bd. 1, § 124 GWB Rn. 53; Prieß/Friton in: Beck-OK VergabeR, § 124 GWB Rn. 48). Auch die Vergabekammer äußert sich mangels Entscheidungserheblichkeit nicht dazu, ob etwa bereits Ermittlungsmaßnahmen „hinreichende Anhaltspunkte“ i.S.d. § 125 Abs. 1 Nr. 4 GWB darstellen können.

Die Aussagen des EuGH zur Bestimmung des „betreffenden Ereignisses“ nach § 126 Nr. 2 GWB (EuGH, Urt. v. 24.10.2018 - C-124/17 Rn. 34 ff.) stellen den Rechtsanwender in diesem Zusammenhang allerdings vor ein dogmatisches Problem. Mit dem Begriff „betreffendes Ereignis“ verweist § 126 Nr. 2 GWB – im Falle von Kartellrechtsverstößen – auf die Regelung des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB. Der Zeitpunkt des Vorliegens „hinreichender Anhaltspunkte“ für einen Kartellrechtsverstoß sollte somit grundsätzlich mit jenem des „betreffenden Ereignisses“ gleichzusetzen sein. Der EuGH hat das „betreffende Ereignis“, an dem die Ausschlussfrist zu laufen beginnt, in dem konkreten Fall als jenen Moment definiert, in dem eine sanktionierende Entscheidung der zuständigen Kartellbehörde ergeht. Grundsätzlich dürfte somit für die Bestimmung des Zeitpunktes, an dem „hinreichende Anhaltspunkte“ vorliegen, nichts Abweichendes gelten. Im Ergebnis würde dies dazu führen, dass „hinreichende Anhaltspunkte“ eines Kartellverstoßes immer erst beim Vorliegen einer Bußgeldentscheidung gegeben sein könnten. Das erscheint allerdings im Hinblick auf den Wortlaut von § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB fraglich, der nicht zwingend eine behördliche Entscheidung voraussetzt.

Bei einer unterschiedlichen Auslegung der beiden Vorschriften könnten sich Unternehmen unter Umständen allerdings einem erheblich längeren Ausschlusszeitraum ausgesetzt sehen als es der Richtlinienwortlaut zulässt (vgl. hierzu auch Friton in: Beck-OK, VergabeR, § 126 GWB Rn. 15). Würde nämlich das Vorliegen „hinreichender Anhaltspunkte“ bereits vor der Veröffentlichung des Bußgeldbescheides bejaht werden und die Aussage des EuGH hinsichtlich des Fristbeginns (erst am Tag der Sanktionsentscheidung) auch dann gelten, könnten Unternehmen ggf. deutlich länger als drei Jahre ausgeschlossen werden. Das widerspricht jedoch dem eindeutigen Wortlaut von § 126 Nr. 2 GWB.

Während der EuGH in seiner Entscheidung keine direkten Aussagen zu dieser Auslegungsproblematik macht, tendiert die VK Münster im vorliegenden Beschluss in die Richtung einer derartigen de-facto-Verlängerung der Ausschlussfrist. So führt sie aus, dass neben der Beteiligung der Antragstellerin am LKW-Kartell die gegen sie laufenden Ermittlungsverfahren grundsätzlich ebenso berücksichtigungsfähig seien, auch wenn zu diesen Sachverhalten bislang keine Bußgeldentscheidungen ergingen. Weiterhin konkretisiert sie ihre Aussage dahingehend, dass die Ausschlussfrist aufgrund der fehlenden Bußgeldentscheidung in Bezug auf die Ermittlungsverfahren noch nicht zu laufen begonnen hat. Sie zieht aber weder im Anschluss an diese Aussage noch in den weiteren Ausführungen den Schluss, dass damit auch ein Ausschluss der Antragstellerin nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB unzulässig wäre.

Eine Auflösung dieses Dilemmas könnte in einem subjektiven Fristbeginn zu sehen sein: Man könnte den EuGH nämlich auch so verstehen, dass er den Fristbeginn nur für die Fallkonstellationen festlegen wollte, in denen ein öffentlicher Auftraggeber den Ausschluss aufgrund eines Kartellverstoßes erst auf Grundlage einer entsprechenden Sanktionsentscheidung ausspricht oder aussprechen konnte. Dann würde der Fristbeginn im Falle eines Ausschlusses aufgrund eines Kar-

teilverstoßes wegen anderer - zeitlich vor der Sanktionsentscheidung liegender - hinreichender Anhaltspunkte zu einem anderen Fristbeginn führen (der freilich noch zu bestimmen wäre). Einzige Voraussetzung hierfür wäre, dass die Fristen des § 126 GWB nicht objektiv - also für alle öffentlichen Auftraggeber - gleich laufen, sondern subjektiv - also individuell für jeden öffentlichen Auftraggeber - zu bestimmen sind.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung der VK Münster verschafft nur begrenzt zusätzliche Klarheit bezüglich des Umfangs der Kooperation, die ein öffentlicher Auftraggeber im Kontext von Selbstreinigungsmaßnahmen von Bieter verlangen kann. Denn die Vergabekammer geht in ihren Ausführungen nicht auf den in der „Vossloh“-Entscheidung des EuGH aufgestellten Maßstab der „unbedingten Erforderlichkeit“ ein und leistet somit keinen Beitrag dazu, diesen zu konkretisieren. Es bleibt damit weiterhin abzuwarten, wie die nationalen Gerichte diesen unbestimmten Rechtsbegriff auslegen werden. Im Ergebnis werden Bieter dadurch in die missliche Lage versetzt, nicht mit Sicherheit absehen zu können, ob Forderungen eines öffentlichen Auftraggebers im Zuge von Selbstreinigungsprüfungen zulässig sind. Die fehlende Rechtssicherheit stellt den Bieter vor die unbefriedigende Wahl zwischen drei Optionen: der Aufforderung schlicht nachzukommen, die rechtliche Zulässigkeit in einem Nachprüfungsverfahren prüfen zu lassen oder von einem Angebot im konkreten Fall abzusehen. Ohne klarstellende obergerichtliche Rechtsprechung wird der Bieter sich weiterhin in dieser Zwickmühle befinden.

Rechtssicherheit haben Bieter nunmehr einzig dahingehend, dass von ihnen zur erfolgreichen Selbstreinigung zulässigerweise eine Vorlage der Entscheidung der Kartellbehörde verlangt werden kann. Die diesbezüglich bereits sehr eindeutige Entscheidung des EuGH wird von den Vergabekammern aufgenommen und die Vorlage explizit als Grundvoraussetzung betrachtet. In der Folge wird sich die Diskussion daher aller Voraussicht nach darauf verlagern, inwieweit Schwärzungen dieser Entscheidung zulässig sind. Die hier diskutierten Entscheidungen der Vergabekammern räumen dem Bieter einen nur sehr eingeschränkten Spielraum ein, indem sie einzig die Schwärzung und Anonymisierung von Klarnamen erlauben. Zwar erscheinen bei einer Gesamtbeachtung der „Vossloh“-Entscheidung auch darüberhinausgehende Schwärzungen als vertretbar, soweit die entsprechenden Passagen für die Prüfung der Selbstreinigungsmaßnahmen nicht „unbedingt erforderlich“ sind. Aus den bisherigen Entscheidungen ergibt sich jedoch vorerst, dass ein Wirtschaftsteilnehmer, der inhaltliche Schwärzungen vornimmt, ein nicht zu vernachlässigendes Risiko eingeht, dass die Maßnahmen zur Selbstreinigung vom öffentlichen Auftraggeber als nicht ausreichend erachtet werden.

Bezüglich der Selbstreinigungsmaßnahme nach § 125 Abs. 1 Nr. 1 GWB - Ausgleich des entstandenen Schadens oder Verpflichtung zum Ausgleich - ergibt sich aus den jüngsten Entscheidungen, dass ein Bieter künftig - jedenfalls bis zu einer abweichenden Entscheidung - regelmäßig ein Schuldnerkenntnis dem Grunde nach abgeben muss, selbst dann, wenn er zwar nicht den Kartellverstoß als solchen, aber die Entstehung eines Schadens bestreitet. Bezüglich der Auslegung der „hinreichenden Anhaltspunkte“ gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB und der damit zusammenhängenden Bestimmung des „betreffenden Ereignisses“ trägt die Entscheidung leider nicht zur Aufklärung bei. Insbesondere ist weiterhin nicht abschließend geklärt, wann die erforderlichen Anhaltspunkte tatsächlich gegeben sind und ob bereits vor einer entsprechenden Entscheidung der Kartellbehörden ein Ausschluss erfolgen kann. Diesbezüglich bleibt Bieter im Ergebnis also nur die Hoffnung, dass die Rechtsprechung hier alsbald klare Vorgaben entwickelt.

