

Quelle: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/06e53180-6f46-39d2-97dc-9d6b2e50169c>

Zeitschrift	VergabeR - Vergaberecht
Autor	Dr. Matthias Ulshöfer
Rubrik	Aufsätze
Referenz	VergabeR 2016, 327 - 339 (Heft 3)
Verlag	Werner Verlag

Ulshöfer, VergabeR 2016, 327

Kartell- und Submissionsabsprachen von Bietern – Selbstreinigung und Schadenswiedergutmachung

von Rechtsanwalt Dr. Matthias Ulshöfer, Stuttgart*

I. Einleitung

Kartell- und Submissionsabsprachen spielen bei öffentlichen Auftragsvergaben eine immer größere Rolle. Das hängt damit zusammen, dass das Bundeskartellamt und die Europäische Kommission in den letzten Jahren zahlreiche Kartell- und Submissionsabsprachen aufgedeckt haben, von denen insbesondere auch die Beschaffung öffentlicher Auftraggeber betroffen war.¹ Die Bemühungen der Kartellbehörden zur Aufdeckung von Kartell- und Submissionsabsprachen zum Nachteil der öffentlichen Hand werden weiter forciert. Im August 2015 hat das Bundeskartellamt seine Informationsbroschüre „Wie erkennt man unzulässige Submissionsabsprachen“ veröffentlicht.² Sie enthält eine Checkliste mit typischen Indikatoren für Submissionsabsprachen, um die Vergabestellen für das Vorliegen unzulässiger Absprachen zu sensibilisieren und das Aufdeckungsrisiko zu erhöhen.

Für die öffentlichen Auftraggeber stellen sich nach der Aufdeckung solcher Absprachen eine Reihe von Fragen. Dabei geht es nicht nur um einen eventuellen Ausschluss des kartellbeteiligten Bieters aus dem betroffenen Vergabeverfahren, sondern auch um die Frage nach der Zuverlässigkeit bei künftigen Vergaben sowie die Bewertung eventueller Selbstreinigungsmaßnahmen bis hin zur Verhängung einer Vergabesperre. Zunehmend gehen öffentliche Auftraggeber auch dazu über, die ihnen durch wettbewerbsbeschränkende Absprachen entstandenen Schäden gegenüber den Kartellanten geltend zu machen oder eine Schadenswiedergutmachung für eine erfolgreiche Selbstreinigung zu verlangen. In letzter Zeit gibt es vermehrt Urteile, die öffentlichen Auftraggebern – wenn teilweise bislang auch nur dem Grunde nach – Schadensersatz zusprechen.³

Das am 18.04.2016 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (VergRModG)⁴ regelt nunmehr erstmals im GWB das Vorliegen eines fakultativen Ausschlussgrundes bei hinreichenden Anhaltspunkten für wettbeschränkende Vereinbarungen zwischen Bietern (§ 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F.) bzw. als Auffangtatbestand den fakultativen Ausschlussgrund der nachweislichen „schweren Verfehlung“ (§ 124

Abs. 1 Nr. 3 GWB n.F.). In dem neuen § 125 GWB n.F. werden erstmals die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Selbstreinigung und die damit zusammenhängende Frage der Schadenswiedergutmachung geregelt. In § 126 GWB n.F. werden erstmals zeitliche Höchstgrenzen für die Verhängung von Vergabesperrn normiert. Mit diesen Neuregelungen befasst sich der vorliegende Beitrag.

II. Ausschlussgründe beim Vorliegen von Kartell- oder Submissionsabsprachen

1. Zur Definition von Kartellabsprachen und Submissionsabsprachen

Nach dem nationalen Kartellverbot des § 1 GWB bzw. nach dem Europäischen Kartellverbot des Art. 101 AEUV sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensver-

Ulshöfer: Kartell- und Submissionsabsprachen von Bietern – Selbstreinigung und Schadenswiedergutmachung - VergabeR 2016 Heft 3 - 328>>

einigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen verboten, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Durch das Kartellverbot soll sichergestellt werden, dass koordiniertes Verhalten von Marktteilnehmern unterbunden wird und die Auswahlmöglichkeiten von Wirtschaftsteilnehmern auf vor- oder nachgelagerten Marktstufen erhalten bleiben.⁵ Kartellabsprachen können als horizontale Absprachen zwischen Wettbewerbern insbesondere in Form von Preisabsprachen, Quotenabsprachen oder Absprachen zur Marktaufteilung auftreten. Als vertikale Absprachen zwischen Unternehmen auf unterschiedlichen Marktstufen finden sie insbesondere in Form von Exklusivbindungen, Wettbewerbsverboten und Preis- oder Konditionenbindungen beim Weiterverkauf von Waren statt.⁶

Submissionsabsprachen sind ein Spezialfall von Kartellabsprachen. Unter Submissionsabsprachen versteht man Vereinbarungen, die Wettbewerber gezielt hinsichtlich ihres Bieterverhaltens bei öffentlichen Ausschreibungen treffen. Kennzeichnend ist die Verpflichtung der Beteiligten, sich bei bestimmten Ausschreibungen eines wettbewerblichen Angebotes zu enthalten oder nur ein Scheinangebot abzugeben.⁷ Ziel ist es, ein Konkurrenzen der Angebote auszuschließen und durch die Reduzierung des Wettbewerbs einen Zuschlag zu höheren als Wettbewerbspreisen herbeizuführen.⁸ Submissionsabsprachen zielen damit unmittelbar auf einen überhöhten Preis zum Nachteil des öffentlichen Auftraggebers ab. Daneben können sich aber selbstverständlich auch allgemeine Kartellabsprachen, die sich nicht gezielt auf öffentliche Ausschreibungen beziehen, aufgrund eines kartellbedingt überhöhten Preisniveaus auf dem relevanten Markt zum Nachteil öffentlicher Auftraggeber auswirken.

Submissions- oder Kartellabsprachen zwischen Bietern können gem. § 81 GWB mit hohen Bußgeldern geahndet werden. Dabei gibt es bei der Verfolgung von Submissionsabsprachen eine parallele Zuständigkeit von Kartellbehörden und Staatsanwaltschaften. Denn nach § 298 StGB macht sich überdies strafbar, wer bei einer Ausschreibung ein Angebot abgibt, das auf einer rechtswidrigen Absprache beruht, welche darauf abzielt, die ausschreibende Stelle zur Annahme eines bestimmten Angebotes zu veranlassen. Liegt der Verdacht einer Submissionsabsprache vor, so werden die handelnden Personen regelmäßig von den Staatsanwaltschaften und

die beteiligten Unternehmen unter wechselseitiger Abstimmung der Ermittlungsschritte von den Kartellbehörden verfolgt.⁹

2. Vergaberechtliche Folgen von Kartell- und Submissionsabsprachen

Nach § 122 Abs. 1 GWB n.F. werden öffentliche Aufträge an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben, die nicht nach §§ 123 oder 124 GWB n.F. von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sind. Das GWB unterscheidet hier in Zukunft – wie zuvor die Vergabeordnungen –¹⁰ zwischen zwingenden und fakultativen Ausschlussgründen. Systematisch sind die Ausschlussgründe nunmehr durchgängig bei der Eignungsprüfung nach § 122 GWB n.F. verortet und nicht mehr – wie teilweise die zwingenden Ausschlussstatbestände nach den Vergabeordnungen – bei der Wertung des Angebotes.¹¹

a) Zwingende Ausschlussgründe nach § 123 GWB n.F.

Nach § 123 Abs. 1 GWB n.F. sind Unternehmen zu jedem Zeitpunkt eines Vergabeverfahrens von der Teilnahme auszuschließen, wenn der öffentliche Auftraggeber Kenntnis davon hat, dass eine Person, deren Verhalten dem Unternehmen zuzurechnen ist, wegen einer der aufgeführten Katalogstraftaten rechtskräftig verurteilt oder das Unternehmen nach § 30 OWiG mit einer rechtskräftigen Geldbuße belegt worden ist. Das Verhalten einer rechtskräftig verurteilten Person ist dem Unternehmen nach § 123 Abs. 3 GWB n.F. zuzurechnen, wenn diese Person als für die Leitung des Unter-

Ulshöfer: Kartell- und Submissionsabsprachen von Bietern – Selbstreinigung und Schadenswiedergutmachung -
VergabeR 2016 Heft 3 - 329<<>>

nehmens Verantwortlicher gehandelt hat, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört.

§ 123 GWB n.F. setzt Art. 57 Abs. 1, 2 und 5 der Richtlinie 2014/24/EU um.¹² Dabei soll die Regelung wegen der gravierenden Rechtsfolge des zwingenden Ausschlusses nach dem Willen des Gesetzgebers nicht über die verpflichtenden Mindestvorgaben der Richtlinie hinausgehen.¹³ Ist einer der Tatbestände des § 123 Abs. 1 GWB n.F. erfüllt, steht dem öffentlichen Auftraggeber kein Ermessen bei der Entscheidung zu, ob das Unternehmen ausgeschlossen werden soll.¹⁴ Nur wenn zwingende Gründe des Allgemeinwohls – wie etwa die Beschaffung dringend benötigter Impfstoffe, die nur von einem Unternehmen erworben werden können – dem Ausschluss entgegen stehen, kann der öffentliche Auftraggeber nach § 123 Abs. 5 Satz 1 GWB n.F. davon absehen.¹⁵

Kartell- und Submissionsabsprachen sowie insbesondere der Submissionsbetrug gem. § 298 StGB zählen nicht zu den in § 123 Abs. 1 GWB n.F. aufgeführten Katalogstraftatbeständen. Einen zwingenden Ausschlussstatbestand stellt allerdings eine Verurteilung oder Geldbuße wegen Betrugs nach § 263 StGB dar, 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 (§ 123 Abs. 1 Nr. 4 GWB). Zwar kommt bei Kartell- und Submissionsabsprachen ein Betrug in Betracht, wenn der Bieter bei Angebotsabgabe zumindest konkludent erklärt hat, keine wettbewerbswidrigen Absprachen getroffen zu haben.¹⁶ Ein ausschließlich zu Lasten

nationaler Haushalte begangener Betrug ist aber vor wie nach Inkrafttreten des VergRModG kein zwingender Ausschlussgrund.

Nach der Rechtslage vor Geltung des VergRModG waren Angebote von Bietern, die in Bezug auf die konkrete Vergabe eine unzulässige, wettbewerbsbeschränkende Absprache getroffen hatten, regelmäßig zwingend von der Wertung auszuschließen.¹⁷ Diesen zwingenden Ausschluss von Angeboten wegen wettbewerbsbeschränkender Absprachen, die auf das konkret betroffene Vergabeverfahren bezogen sind, sehen weder die Richtlinie 2014/24/EU noch das VergRModG vor.¹⁸ Eine Absprache in Bezug auf das laufende Vergabeverfahren begründet damit jedenfalls im Bereich oberhalb der europäischen Schwellenwerte nach Inkrafttreten des VergRModG und der VergRModVO¹⁹ keinen zwingenden Ausschlussgrund mehr, sondern nur noch einen fakultativen Ausschlussgrund nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F.²⁰ Im Unterschwellenbereich soll es dagegen zumindest im Baubereich offenbar bei der alten Rechtslage bleiben. Nach § 16 Abs. 1 Nr. 4 der am 19.01.2016 bekannt gemachten Neufassung der VOB/A sind Angebote von Bietern, die in Bezug auf die Ausschreibung eine wettbewerbsbeschränkende Abrede getroffen haben, nach wie vor zwingend auszuschließen.²¹

b) Fakultative Ausschlussgründe nach § 124 GWB n.F.

Nach § 124 GWB n.F. können öffentliche Auftraggeber unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen, wenn dieses einen der enumerativ aufgeführten Tatbestände erfüllt. Im Fall von Kartell- oder Submissionsabsprachen kommt ein Ausschluss wegen einer „wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung“ nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F. und subsidiär ein Ausschluss wegen einer „schweren Verfehlung“ nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB n.F. in Betracht.

Ulshöfer: Kartell- und Submissionsabsprachen von Bietern – Selbstreinigung und Schadenswiedergutmachung - VergabeR 2016 Heft 3 - 330<<>>

aa) Ausschluss wegen wettbewerbsbeschränkender Vereinbarung nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F.

Der durch das VergRModG neu eingeführte § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F. normiert einen auf den Bieter- bzw. dessen Eignung bezogenen Ausschlussgrund wegen wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen. Danach können öffentliche Auftraggeber Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn sie über hinreichende Anhaltspunkte dafür verfügen, dass das Unternehmen Vereinbarungen mit anderen Unternehmen getroffen hat, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.

Klar ist nach der Gesetzesbegründung, dass der Ausschlussgrund der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen alle Vereinbarungen erfasst, die im Zusammenhang bzw. im Laufe des konkreten Vergabeverfahrens getroffen worden sind, nicht aber auf diese beschränkt ist.²² Der neue Ausschlussstatbestand geht insoweit über die bisher als zwingende Ausschlussgründe formulierten angebotsbezogenen Ausschlussstatbestände der früheren Vergabeordnungen hinaus.²³

Klar dürfte aufgrund des eindeutigen Wortlautes auch sein, dass nicht nur „bezweckte“ sondern auch „bewirkte“ Wettbewerbsbeschränkungen von dem Ausschlussstatbestand erfasst sind.²⁴ Über Art. 57 Abs. 4 lit. d) der Richtlinie 2014/24/EU hinausgehend, welcher von „Vereinbarungen, die auf eine Verzerrung des Wettbewerbes abzielen“ spricht und damit nur „gezielte“ aber nicht „bewirkte“ Wettbewerbsbeschränkungen erfasst, ist der Wortlaut von § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB nämlich offenbar bewusst in Übereinstimmung mit den Kartellverboten nach § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV weiter formuliert worden.²⁵ Damit dürfte insbesondere auch klar sein, dass der Ausschlussgrund nicht nur Submissionsabsprachen erfasst, die sich gezielt gegen öffentliche Ausschreibungen richten, sondern dass er alle Kartellabsprachen erfasst.²⁶

Auch sind – insoweit allerdings wiederum im Rahmen der Vorgaben der Richtlinie 2014/24/EU – nicht nur „horizontale“ Vereinbarungen zwischen Unternehmen derselben Wirtschaftsstufe erfasst, sondern auch „vertikale“ Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die auf unterschiedlichen Ebenen der Produktions- oder Vertriebskette tätig sind.²⁷ Bedeutung kann dies bspw. bei wettbewerbsbeschränkenden Vertriebsvereinbarungen haben. Vereinbart ein Bieter mit einem Hersteller ein exklusives Vertriebsrecht, das nicht nach § 2 GWB bzw. nach den Bestimmungen der Vertikal-GVO²⁸ vom Kartellverbot freigestellt ist, so kann dies einen Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB begründen. Bezieht sich das exklusive Vertriebsrecht auf die Waren, die Gegenstand der konkreten Ausschreibung sind, so kommt unter Umständen sogar eine Ermessensreduzierung auf Null in Betracht. Der Bieter mit dem wettbewerbswidrigen Exklusivvertriebsrecht wird dann nämlich seinerseits als einziger unmittelbar bei dem Hersteller der betreffenden Waren beziehen können und damit – eine entsprechende Marktstärke des Herstellers unterstellt – einen nur schwer aufholbaren Wettbewerbsvorteil gegenüber den anderen Bietern haben, die keine unmittelbare Bezugsmöglichkeit haben. Dies wird kaum zu vergleichbaren Angeboten führen, was wiederum mit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz kaum zu vereinbaren sein wird. Handelt es indes um eine wettbewerbsbeschränkende Vertikalvereinbarung ohne jeden Bezug zu der betroffenen Ausschreibung, so wird man unter Umständen – ebenso wie im Übrigen bei mit dem Gegenstand und Markt der Ausschreibung nicht im Zusammenhang stehenden Horizontalvereinbarungen – nach entsprechender Ermessensausübung von einem Ausschluss absehen können.²⁹

Ob § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F. nur explizite Vereinbarungen erfasst oder – ebenso wie die Kartellverbote aus § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV –

Ulshöfer: Kartell- und Submissionsabsprachen von Bietern – Selbstreinigung und Schadenswiedergutmachung -
VergabeR 2016 Heft 3 - 331<<>>

auch Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, ist nicht zweifelsfrei geregelt. Für ersteres, also für eine enge Auslegung, spricht der auf Vereinbarungen beschränkte Wortlaut des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB sowie der allgemeine Grundsatz, dass enumerative Ausschlussstatbestände grundsätzlich eng auszulegen sind. Für zweiteres kann allenfalls die Gesetzesbegründung herangezogen werden, wonach die Formulierung aus § 1 GWB aufgegriffen werden sollte.³⁰ Nur einseitige Kartellrechtsverstöße, wie bspw. der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung oder Verletzungen der Diskriminierungsverbote nach §§ 19, 20 GWB, begründen dagegen nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut keinen fakultativen Ausschlussgrund nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F.

„Hinreichende Anhaltspunkte“ für eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F. sollen jedenfalls dann vorliegen, wenn eine Kartellbehörde in einer Entscheidung den Kartellverstoß festgestellt hat.³¹ „Hinreichende Anhaltspunkte“ werden darüber hinaus regelmäßig dann zu bejahen sein,

wenn diejenigen Voraussetzungen erfüllt sind, welche die Rechtsprechung für die „Nachweislichkeit“ einer schweren Verfehlung im Sinn von § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB ausreichen lässt.³² Einer rechtskräftigen Entscheidung bedarf es – anders als bei den zwingenden Ausschlussgründen nach § 123 GWB n.F. – für „hinreichende Anhaltspunkte“ jedenfalls nicht.³³

Allein die Durchführung kartellrechtlicher Ermittlungsmaßnahmen wie bspw. Durchsuchungen soll dagegen regelmäßig noch keine belastbare Grundlage für einen Ausschluss darstellen.³⁴ Gleiches wird man für ein Beschuldigungsschreiben des Bundeskartellamtes bzw. das „Statement of Objections“ der Europäischen Kommission annehmen können, da vor deren Erlass den betroffenen Unternehmen noch nicht umfassend rechtliches Gehör gewährt worden ist.³⁵

Offen gelassen hat der Gesetzgeber die Frage, ob man auch bei Kartellverfahren, die durch eine Vereinbarung („settlement“) mit der Kartellbehörde abgeschlossen wurden, von „hinreichenden Anhaltspunkten“ ausgehen kann.³⁶ Für eine dahingehende Auslegung spricht, dass vor einem settlement jedenfalls umfangreiche Ermittlungen und eine Anhörung der betroffenen Unternehmen stattgefunden hat sowie diese den Kartellvorwurf im Kern anerkannt haben müssen.³⁷ Derartige vergaberechtlichen Konsequenzen werden von Unternehmen, die sich in relevantem Umfang an öffentlichen Ausschreibungen beteiligen, vor Eingehung eines settlement nicht immer ausreichend sorgfältig bedacht.

bb) Ausschluss aufgrund „schwerer Verfehlung“ nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB n.F.

Nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB n.F. können öffentliche Auftraggeber unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der weiteren Teilnahme ausschließen, wenn das Unternehmen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit nachweislich eine „schwere Verfehlung“ begangen hat, durch welche die „Integrität“ des Unternehmens infrage gestellt wird. Der fakultative Ausschlussbestand der „schweren Verfehlung“ ist aus §§ 6 Abs. 5 lit. c) VOL/A, 6 Abs. 6 lit. c) VOL/A-EG, 24 Abs. 1 Nr. 4 VSVgV, 4 Abs. 9 lit. c) VOF, 21 Abs. 4 Nr. 5 SektVO bekannt.

Im Anwendungsbereich der Vergabeverordnungen war weitgehend anerkannt, dass Kartellabsprachen regelmäßig „schwere Verfehlungen“ darstellen.³⁸ Dies galt jedenfalls dann, wenn sich die Kartellabsprache auf die Vergabe öffentlicher Aufträge bezog.³⁹ Hieran dürfte sich trotz der etwas engeren Formulierung entsprechend der Vorgaben aus Art. 57 Abs. 4 lit. c) RL 2014/24/EU, wonach nicht nur die „Zuverlässigkeit“ sondern die „In-

Ulshöfer: Kartell- und Submissionsabsprachen von Bietern – Selbstreinigung und Schadenswiedergutmachung -
VergabeR 2016 Heft 3 - 332<<>>

tegrität“ des Unternehmens infrage gestellt sein muss, nichts geändert haben.⁴⁰ Eine die Integrität des Unternehmens in Frage stellende „schwere Verfehlung“ kann bei Kartellabsprachen unter Umständen sogar darin gesehen werden, dass ein Unternehmen nicht auf bekannt gewordene und verifizierte kartellrechtliche Vorwürfe gegenüber seinen Geschäftsführern reagiert, obwohl sich diese gar nicht in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer an den Kartellabsprachen beteiligten.⁴¹

Wichtig bleibt allerdings auch bei der Neuregelung des Ausschlussgrundes der „schweren Verfehlung“ festzuhalten, dass allein der Nachweis einer schweren Verfehlung für einen Ausschluss nicht genügt.

Stattdessen ist eine Prognoseentscheidung in Bezug auf den konkret ausgeschriebenen Auftrag dahingehend zu treffen, ob der Bieter trotz der schweren Verfehlung für die Zukunft die Gewähr dafür bietet, die ausgeschriebene Leistung in der geforderten Weise zu erbringen bzw. den Auftrag gesetzestreu, ordnungsgemäß und sorgfältig auszuführen.⁴² Der Vergabestelle kommt hierbei ein Beurteilungsspielraum zu.⁴³

Da der Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB n.F. jedenfalls nur fakultativ ist, kommt eine Pflicht der Vergabestelle, ein Unternehmen vom Verfahren auszuschließen bzw. ein korrespondierender Rechtsanspruch eines Mitbewerbers nur unter besonderen Umständen in Betracht. Ein Ausschluss ist nur dann zwingend, wenn diese Entscheidung der Vergabestelle die einzig vertretbare ist und das Ermessen des Auftraggebers im Einzelfall auf Null reduziert ist.⁴⁴ Eine Ermessensreduzierung auf Null kann in Betracht kommen, wenn ein Bieter in Bezug auf das konkrete Verfahren an wettbewerbsbeschränkenden Praktiken wie Verstößen gegen den Geheimwettbewerb beteiligt war, ein Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB aber z.B. mangels ausdrücklicher Vereinbarung nicht in Betracht kommt. In einem solchen Fall dürfte es im Hinblick auf das vergaberechtliche Wettbewerbsprinzip ausgeschlossen sein, die betroffenen Angebote weiter zu berücksichtigen.⁴⁵ Eine Rückausnahme hiervon könnte in Anlehnung an § 123 Abs. 5 GWB n.F. wiederum bei zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses denkbar sein.

Die „Nachweislichkeit“ einer schweren Verfehlung setzt keine rechtskräftige Verurteilung und keinen bestandskräftigen Bußgeldbescheid voraus.⁴⁶ Auch das Vorliegen einer Anklageschrift oder ein Eröffnungsbeschluss muss nicht abgewartet werden.⁴⁷ Allerdings bedarf es für einen Ausschluss konkreter und objektiv belastbarer Anhaltspunkte, wie schriftlich fixierter Zeugenaussagen, entsprechender Aufzeichnungen, Belege oder anderer Schriftstücke, die einer kritischen Prüfung durch ein mit der Sache befasstes Gericht standhalten würden und zu einem „konkreten und greifbaren Tatverdacht“ bzw. einem „gewissen Grad der Erhärtung“ führen.⁴⁸ Bloße Vermutungen, ungeprüfte Gerüchte oder Verdachtsmomente, die nicht durch Tatsachen unterlegt sind, genügen nicht; zudem müssen die verdachtsbegründenden Umstände aus „seriösen Quellen“ stammen.⁴⁹ Zeugenaussagen von Personen, die ein Eigeninteresse am Ausschluss des Unternehmens haben, genügen damit für sich genommen noch nicht.⁵⁰

cc) Verhältnis zwischen § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB n.F. und § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F.

Voraussichtlich wird § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB n.F. für Kartell- und Submissionsabsprachen in Zukunft eher untergeordnete Bedeutung haben, da § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F. in diesem Fall *lex specialis* ist. Trotz ihrer Spezialität entfaltet die

Ulshöfer: Kartell- und Submissionsabsprachen von Bietern – Selbstreinigung und Schadenswiedergutmachung -
VergabeR 2016 Heft 3 - 333<<>>

Vorschrift allerdings keine Sperrwirkung, so dass Kartellverstöße, die nicht von § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F. erfasst sind, durch den subsidiären Tatbestand der „schweren Verfehlung“ erfasst werden können. Der Auffangtatbestand des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB n.F. soll nach der Vorstellung des Gesetzgebers gerade dann Anwendung finden, wenn die Voraussetzungen eines spezielleren Tatbestands nicht oder nur teilweise erfüllt sind.⁵¹ So kann § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB n.F. etwa auf einseitige Kartellverstöße oder abgestimmte Verhaltensweisen anwendbar sein, bei denen keine explizite Vereinbarung vorliegt.⁵²

III. Vergabesperre nach § 126 GWB n.F.

Nach geltender Rechtslage können Unternehmen nicht nur aus dem konkreten Vergabeverfahren, sondern darüber hinaus auch dauerhaft von Auftragsvergaben ausgeschlossen werden.⁵³ Einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage bedarf es für diese Sanktion nach der Rechtsprechung nicht; die Möglichkeit einer Vergabesperre soll auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit beruhen, der auch für öffentliche Auftraggeber gilt.⁵⁴ Eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für Vergabesperren schafft § 126 GWB n.F. nicht. Der Gesetzgeber hat sich an dieser Stelle bewusst dagegen entscheiden, eine über die schlichte Umsetzung von Art. 57 Abs. 7 Richtlinie 2014/24/EU hinausgehende Regelung zu den Tatbestandsvoraussetzungen oder den Auswirkungen von Vergabesperren zu treffen.⁵⁵ Das ist insofern bedauerlich, als ein dauerhafter Ausschluss von Unternehmen, insbesondere wenn diese in größerem Umfang für öffentliche Auftraggeber tätig werden, naturgemäß gravierende wirtschaftliche Folgen haben kann.⁵⁶ Es bleibt damit insbesondere auch ungeklärt, ob es für eine Vergabesperre einer besonders schwerwiegenden Verfehlung bedarf.⁵⁷ § 126 GWB n.F. ist aber immerhin zu entnehmen, dass der Gesetzgeber grundsätzlich von der Zulässigkeit von Vergabesperren ausgeht, da es ansonsten keinen Sinn gemacht hätte, die Höchstdauer von Vergabesperren auf 5 Jahre in den Fällen des § 123 GWB n.F. und auf 3 Jahre in den Fällen des § 124 GWB n.F. zu begrenzen.⁵⁸

Bei der Verhängung von Vergabesperren bleibt im Hinblick auf deren schwerwiegende Folgen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz von besonderer Bedeutung.⁵⁹ Dieser Grundsatz setzt der Möglichkeit, Vergabesperren zu verhängen, zeitliche Grenzen, die deutlich unterhalb der in § 126 GWB n.F. geregelten Höchstfristen liegen können.⁶⁰

Unklar ist bei Kartell- und Submissionsabsprachen der Beginn der in § 126 Nr. 2 GWB n.F. geregelten Höchstfrist. § 126 Nr. 2 GWB n.F. stellt insoweit auf drei Jahre „ab dem betreffenden Ereignis“ ab. Bei bieterfreundlicher Auslegung wäre das „betreffende Ereignis“ die Vornahme bzw. die Beendigung der in Frage stehenden wettbewerbsbeschränkenden Absprache. Die Gesetzesbegründung stellt dagegen für den Beginn der Höchstfrist auf die Entscheidung der zuständigen Kartellbehörde über das Vorliegen eines Wettbewerbsverstoßes ab.⁶¹ Dies ist insofern problematisch, als die Entscheidung der Kartellbehörde mit Blick auf die üblicherweise umfangreichen Ermittlungen der Kartellbehörden und der daraus resultierenden erheblichen Verfahrensdauern regelmäßig erst einige Jahre nach Beendigung der Kartellabsprache vorliegen wird. Unzulässig dürfte es jedenfalls sein, bei § 126 Nr. 2 GWB n.F. ebenso wie bei § 126 Nr. 1 GWB n.F. für den Beginn der Höchstfrist auf die Rechts- bzw. Bestandskraft der Entscheidung der Kartellbehörde abzustellen, denn eine dahingehende Gesetzesauslegung könnte der Einlegung von Rechtsmitteln entgegenstehen und somit die Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG gefährden.

Ulshöfer: Kartell- und Submissionsabsprachen von Bietern – Selbstreinigung und Schadenswiedergutmachung -
VergabeR 2016 Heft 3 - 334<<>>

IV. Selbstreinigung und Schadenswiedergutmachung

1. Grundsätze

Unter einer Selbstreinigung sind Maßnahmen zu verstehen, die ein Unternehmen ergreift, um seine Zuverlässigkeit und Integrität wiederherzustellen und eine Begehung von Straftaten oder sonstiges Fehlverhalten in der Zukunft zu verhindern. Da der (dauerhafte) Ausschluss von der Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen zu erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen führen kann, haben die betroffenen Unternehmen oftmals ein großes Interesse daran, ihre Zuverlässigkeit aktiv wiederherzustellen. Die grundsätzliche Möglichkeit einer Selbstreinigung, die positiven Einfluss auf die Prognoseentscheidung des öffentlichen Auftraggebers über die Zuverlässigkeit des Unternehmens trotz einer schweren Verfehlung in der Vergangenheit haben muss, ist in der Rechtsprechung allgemein anerkannt.⁶²

Im Rahmen der Vergaberechtsmodernisierung werden Vorgaben zur Selbstreinigung nun erstmals ausdrücklich in § 125 GWB n.F. normiert. Hat ein Bieter einen der Tatbestände der §§ 123, 124 GWB n.F. erfüllt, kann er den Ausschluss oder eine Vergabesperre nach Maßgabe von § 125 GWB n.F. verhindern, wenn er eine erfolgreiche Selbstreinigung durchführt. Hat ein Unternehmen nachweislich eine erfolgreiche Selbstreinigung durchgeführt, darf es gem. § 125 Abs. 1 GWB n.F. nicht mehr von der Teilnahme ausgeschlossen werden.⁶³ Dies gilt sowohl für fakultative als auch für zwingende Ausschlussgründe, wobei allerdings bei den zwingenden Ausschlussgründen grundsätzlich höhere Anforderungen an die Selbstreinigungsmaßnahmen zu stellen sein sollen als bei den fakultativen Ausschlussgründen.⁶⁴

§ 125 GWB n.F. dient der Umsetzung von Art. 57 Abs. 6 RL 2014/24/EU. Dort wird das Instrument der Selbstreinigung zur Wiedererlangung einer zunächst einmal verlorenen Zuverlässigkeit erstmals auf europäischer Ebene kodifiziert. Art. 57 Abs. 6 RL 2014/24/EU verbietet jedem Bieter das Recht zum Nachweis, dass er ausreichende Maßnahmen getroffen hat, um trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes seine Zuverlässigkeit nachzuweisen. Zu den Mindestanforderungen gehört nach der Richtlinie der Nachweis, dass der betreffende Wirtschaftsteilnehmer einen Ausgleich für jeglichen durch eine Straftat oder sein Fehlverhalten verursachten Schaden gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleiches verpflichtet hat (1), die Tatsachen und Umstände umfassend durch aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden geklärt hat (2) und konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen hat, die geeignet sind, weitere Straftaten oder Verfehlungen zu vermeiden (3).

Entsprechend der Vorgaben aus Art. 57 Abs. 6 RL 2014/24/EU folgt aus § 125 GWB n.F. ein Rechtsanspruch des Bieters auf Berücksichtigung von Selbstreinigungsmaßnahmen und darauf, nicht aus dem Verfahren ausgeschlossen zu werden, wenn ausreichende Maßnahmen zur Wiederherstellung der Integrität nachgewiesen sind.⁶⁵ Dabei trägt der Bieter allerdings die Darlegungs- und Beweislast für eine erfolgreiche Selbstreinigung.⁶⁶

2. Die einzelnen Selbstreinigungsmaßnahmen

§ 125 Abs. 1 GWB n.F. beschreibt Maßnahmen, die Unternehmen ergreifen und nachweisen müssen, um ihre Zuverlässigkeit wiederherzustellen. Ausdrücklich benennt § 125 Abs. 1 GWB n.F. in Umsetzung von Art. 57 Abs. 6 RL 2014/24/EU die drei Voraussetzungen der Schadenswiedergutmachung (1), der aktiven Mitwirkung an der Aufklärung (2) und der konkreten technischen, organisatorischen und personellen Maßnahmen (3). Diese Voraussetzungen stehen nicht in einem Alternativverhältnis zueinander, sondern sind kumulativ zu erfüllen.⁶⁷ Dies führt dazu, dass die Übererfüllung eines Kriteriums nicht dazu geeignet ist, unzureichende Maßnahmen an andere Stelle auszugleichen. So kann bspw. ein „Mehr

Ulshöfer: Kartell- und Submissionsabsprachen von Bietern – Selbstreinigung und Schadenswiedergutmachung - VergabeR 2016 Heft 3 - 335<<>>

an Aufklärung“ nicht unzureichende personelle Konsequenzen kompensieren.⁶⁸ Andererseits wird angemessen zu berücksichtigen sein, dass die geforderten personellen Konsequenzen – jedenfalls in Form einer Trennung von den handelnden Personen – unter Umständen dazu führen würden, dass der betreffende Bieter seiner vergaberechtlichen Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung – ebenso wie seiner Obliegenheit zur Sachverhaltsaufklärung im Rahmen eines kartellrechtlichen Kronzeugenprogrammes – rein faktisch gar nicht mehr nachkommen kann.⁶⁹

a) Schadenswiedergutmachung

Vor der Vergaberechtsmodernisierung war nicht abschließend geklärt, ob und inwieweit die Schadenswiedergutmachung zwingender Bestandteil einer erfolgreichen Selbstreinigung ist. Teilweise wurde ein Schadensausgleich recht weitgehend gefordert.⁷⁰ Allerdings hat die Verweigerung einer Schadenswiedergutmachung bei genauer Betrachtung für die Prognoseentscheidung über die Zuverlässigkeit eines Bieters nur dann unmittelbare Relevanz, wenn die Schadensersatzforderung unstreitig ist oder zweifelsfrei besteht. Dann lässt die Verweigerung der Schadenswiedergutmachung nämlich den Schluss zu, dass der betreffende Bieter auch sonstigen zweifelsfreien Forderungen und vertraglichen Verpflichtungen nicht ordnungsgemäß nachkommen wird.⁷¹

Die grundsätzliche Notwendigkeit einer Schadenswiedergutmachung dürfte durch § 125 Abs. 1 Nr. 1 GWB n.F. nunmehr geklärt sein. Nach § 125 Abs. 1 Nr. 1 GWB n.F. hat das betreffende Unternehmen nachzuweisen, dass es für jeden durch das Fehlverhalten verursachten Schaden einen Ausgleich gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet hat.

Klar ist nach der Gesetzesbegründung, dass für eine erfolgreiche Selbstreinigung damit jedenfalls der Ausgleich eines rechtskräftig festgestellten Schadens verlangt werden kann.⁷² Jedenfalls im Bereich von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen sind die Fälle, in denen ein Schaden dem Grunde und der Höhe nach rechtskräftig festgestellt worden ist, nach derzeitigem Stand allerdings (noch) ausgesprochen selten.⁷³ Ebenso selten sind die in der Gesetzesbegründung angesprochenen Fälle, in denen eine Schadensersatzforderung dem Grunde nach unstreitig besteht und nur über die Höhe des Schadens Unklarheit oder Streit besteht. In jenen Fällen soll ein Anerkenntnis der Verpflichtung zur Schadensersatzleistung dem Grunde nach für eine Selbstreinigung genügen.⁷⁴

In der Mehrzahl der Fälle ist das Bestehen von Schadensersatzforderungen dem Grunde sowie der Höhe nach ausgesprochen umstritten und Gegenstand intensiv geführter gerichtlicher Auseinandersetzungen. In der Praxis kartellrechtlicher Schadensersatzprozesse ist oftmals bereits umstritten, ob der geltend gemachte Kartellschaden überhaupt beim öffentlichen Auftraggeber oder nicht vielmehr bei einem eventuellen Zuwendungsgeber eingetreten ist.⁷⁵ Weiter wird regelmäßig eingewandt, der beim öffentlichen Auftraggeber eingetretene Schaden sei in Form von erhöhten Gebühren auf die Endverbraucher weitergewälzt worden.⁷⁶ Und selbst in Fällen, in denen die Vergabeunterlagen entsprechend der Vergabehandbücher des Bundes und der Länder die Vereinbarung eines pauschalisierten Schadensersatzes enthalten, steht nicht nur regelmäßig die Angemessenheit der Höhe der vereinbarten Pauschale oder die Wirksamkeit der Vereinbarung selbst in Frage, sondern

Ulshöfer: Kartell- und Submissionsabsprachen von Bietern – Selbstreinigung und Schadenswiedergutmachung - VergabeR 2016 Heft 3 - 336<<>>

muss aus AGB-rechtlichen Gründen der Nachweis eines im Einzelfall gar nicht oder nur in geringerer Höhe eingetretenen Schadens gestattet bleiben.⁷⁷

In all diesen Fällen besteht die von der Rechtsprechung gesehene Gefahr, dass ein Unternehmen auch unberechtigte Forderungen anerkennt oder befriedigt, um sich die Wiederzulassung zu öffentlichen Ausschreibungen gewissermaßen zu „erkaufen“. ⁷⁸ Die Begleichung möglicherweise unberechtigter Forderungen, so das KG Berlin, hat indes nichts mit einer Selbstreinigung des Unternehmens zu tun, das nach einem solchen Prozess zuverlässiger erscheinen soll als zuvor.⁷⁹ In Übereinstimmung hiermit stellt die Gesetzesbegründung klar, dass das Recht der Unternehmen, einen streitigen Schadensersatzanspruch gerichtlich klären zu lassen, nicht beeinträchtigt werden solle. Von den Unternehmen soll nicht verlangt werden können, Schadensersatzforderungen anzuerkennen oder auszugleichen, die nicht substantiiert oder möglicherweise sogar unbegründet sind.⁸⁰ Nach der Gesetzesbegründung soll es angesichts der häufig schwierigen Feststellung des Gesamtschadens und der Identität der einzelnen Gläubiger ausreichen, wenn sich ein Unternehmen „generell zum Ersatz des durch seine Beteiligung an einem Kartell entstandenen Schadens bereit erkläre“. ⁸¹ Welchen Wert und welche Rechtswirkungen eine solche Erklärung haben soll, lässt die Gesetzesbegründung allerdings offen.

b) Aktive Mitwirkung an Aufklärung

Als weitere Voraussetzung der Selbstreinigung verlangt § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB n.F., dass das betreffende Unternehmen die Tatsachen und Umstände, die mit der Straftat oder dem Fehlverhalten und dem dadurch verursachten Schaden in Zusammenhang stehen, durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden und dem öffentlichen Auftraggeber umfassend geklärt hat. Die Gesetzesbegründung rechtfertigt dieses Erfordernis damit, dass es ohne Aufklärung der Vorgänge nicht möglich ist, zukünftiges Fehlverhalten zu vermeiden.⁸²

aa) Zusammenarbeit mit Ermittlungsbehörden

Die Anforderungen des § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB n.F. an eine aktive Aufklärung beschränken sich nicht darauf, dass die Unternehmen die Vorgänge und Umstände intern untersuchen. Zusätzlich sind die gewonnenen Erkenntnisse mit den Ermittlungsbehörden – insbesondere den Kartellbehörden – zu teilen. Eine aktive Beteiligung an der Aufklärung von Kartellverstößen bedeutet dabei nach der Gesetzesbegründung nicht, dass sämtliche Vorwürfe eingeräumt werden müssten. Das Unternehmen muss sich aber aktiv, ernsthaft und erkennbar um eine umfassende Sachverhaltsaufklärung bemühen.⁸³

Dabei kann ein Unternehmen in einen erheblichen Zielkonflikt geraten, wenn es sich in einem Ermittlungsverfahren von den Vorwürfen distanzieren möchte aber gleichzeitig für das Vergabeverfahren eine aktive Beteiligung an der Aufklärung des Kartellverstoßes erforderlich ist. Dieser Zielkonflikt fällt aber nach der Rechtsprechung in den unternehmerischen Risikobereich.⁸⁴

bb) Zusammenarbeit mit öffentlichem Auftraggeber

Neben einer Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden ist nach § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB n.F. auch erforderlich, dass die Unternehmen aktiv mit dem öffentlichen Auftraggeber bei der Aufklärung des Kartellverstoßes zusammen arbeiten. Ob diese Anforderung mit den europarechtlichen Vorgaben in Einklang steht, erscheint zumindest fraglich. Art. 57 Abs. 6 Unterabs. 2 der RL 2014/24/EU benennt nur die aktive Zusammenarbeit mit den „Ermittlungsbehörden“ als erforderliche Selbstreinigungsmaßnahme. Die Gesetzesbegründung verwendet viel Mühe darauf, aus dem Vergleich mit anderen Sprachfassungen

Ulshöfer: Kartell- und Submissionsabsprachen von Bietern – Selbstreinigung und Schadenswiedergutmachung - VergabeR 2016 Heft 3 - 337<<>>

auch den öffentlichen Auftraggeber selbst unter den Richtlinienbegriff der „Ermittlungsbehörde“ zu fassen.⁸⁵ Richtig an dieser weiten Interpretation des Richtlinienbegriffes der „Ermittlungsbehörde“ ist, dass der öffentliche Auftraggeber jedenfalls soweit umfassende Sachverhaltskenntnis haben muss, dass er beurteilen kann, ob die ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen geeignet und ausreichend sind, die Zuverlässigkeit und Integrität wiederherzustellen.

Die Grenze zwischen den Umständen, die für die Prognoseentscheidung des öffentlichen Auftraggebers erforderlich sind und denjenigen, die es nicht sind, kann jeweils nur im konkreten Einzelfall sachgerecht gezogen werden. Zum Schwur kommt es, wenn der öffentliche Auftraggeber selbst zu den Geschädigten einer Kartellabsprache gehört. Als Kläger in einem zivilprozessualen Schadensersatzverfahren trägt grundsätzlich der öffentliche Auftraggeber die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er dem Grunde und der Höhe nach den geltend gemachten Schaden erlitten hat.⁸⁶ Im Rahmen der Selbstreinigung soll die generelle Pflicht des Bieters zur Mitwirkung bei der Sachverhaltsaufklärung dagegen auch für die Höhe des durch das Fehlverhalten verursachten Schadens gelten.⁸⁷ Zwar kann man durchaus bezweifeln, ob die konkrete Schadenshöhe für die Prognoseentscheidung über die Zuverlässigkeit des Bieters Relevanz hat.⁸⁸ Wenn dem aber so ist, so kann jedenfalls das, was der kartellbeteiligte Bieter im Rahmen der Selbstreinigung zu Ob und Höhe des Schadens vortragen muss, durchaus über das hinausgehen, was er im Rahmen eines Zivilprozesses vorzutragen hat, wo ihn in der Regel allenfalls eine sekundäre Darlegungs- und Beweislast trifft und er ansonsten nur seinen prozessualen Wahrheitspflichten genügen muss.⁸⁹ Inwieweit auch dieser Zielkonflikt dem unternehmerischen Risiko zugewiesen werden kann bzw. nach dem Willen des Gesetzgebers dem Bieter zugewiesen werden soll, ist weitgehend ungeklärt.

Die Grenze der Mitwirkungspflicht bei der Selbstreinigung wird man im Fall von Kartellverstößen unter Umständen dort ziehen müssen, wo das staatliche Kronzeugenprogramm berührt wird.⁹⁰ Das öffentliche Interesse an der Wirksamkeit der Kronzeugenregelung führt nach der Rechtsprechung jedenfalls regelmäßig dazu, dass den Geschädigten im Rahmen von § 406e StPO zwar Akteneinsicht in den (anonymisierten) Bußgeldbescheid zu gewähren ist, ihnen aber Akteneinsicht in den Bonusantrag und den in diesem Zusammenhang freiwillig herausgegebenen Unterlagen zu verwehren ist.⁹¹ Müsste ein Kartellant insoweit mit einer Akteneinsicht der Geschädigten rechnen, so die Überlegung, würde er ggf. von einem Kronzeugenantrag ganz absehen, so dass die Effektivität des Kronzeugenprogrammes in Frage gestellt wäre. Überträgt die Rechtsprechung diese Wertung auf die Aufklärungspflicht im Rahmen der Selbstreinigung, so wird auch hier die Vorlage des Kronzeugenantrages unter Umständen nicht durchgesetzt werden können.⁹²

c) Compliance Maßnahmen

§ 125 Abs. 1 Nr. 3 GWB n.F. sieht als dritte Voraussetzung einer erfolgreichen Selbstreinigung vor, dass das betroffene Unternehmen konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen hat, die geeignet sind, weitere Straftaten oder weiteres Fehlverhalten in der Zukunft zu vermeiden. Hierbei handelt es sich um alle Compliance-Maßnahmen im weitesten Sinne.⁹³

Auch wenn Compliance-Maßnahmen primär in die Zukunft gerichtet sind, sind nach der Gesetzesbegründung gerade im personellen Bereich auch Konsequenzen im Hinblick auf das Fehlverhalten in der Vergangenheit erforderlich.⁹⁴ Dies kann nach der Gesetzesbegründung insbesondere den

Ulshöfer: Kartell- und Submissionsabsprachen von Bietern – Selbstreinigung und Schadenswiedergutmachung - VergabeR 2016 Heft 3 - 338<<>>

Abbruch aller Verbindungen zu an dem Fehlverhalten beteiligten Personen oder Organisationen sowie geeignete Personalreorganisationsmaßnahmen bedeuten.⁹⁵ Welche personellen Konsequenzen erforderlich sind, hängt vom Einzelfall ab.⁹⁶ Es muss nach der Rechtsprechung sichergestellt werden, dass unzuverlässigen Personen jeglicher Einfluss auf die Geschäftsführung entzogen wird.⁹⁷ Bei Kartellverstößen eines Organs des betroffenen Unternehmens selbst, kann dies unter Umständen die vollständige Trennung von den handelnden Personen erfordern.⁹⁸

Compliance-Systeme im eigentlichen Sinne können Berichts- oder Kontrollmechanismen, die Schaffung einer internen Auditstruktur oder die Einführung interner Entschädigungs- und Haftungsregelungen beinhalten.⁹⁹ Das Gesetz enthält hierzu keine abschließenden Vorgaben. Die zu ergreifenden Maßnahmen hängen von Faktoren wie Größe, Struktur und Tätigkeitsbereich des Unternehmens, der Art des Fehlverhaltens und der Funktion der handelnden Personen ab.¹⁰⁰

Vom Gesetzgeber nicht abschließend beantwortet ist die Frage, wie sich ein bereits vorhandenes Compliance-System, das den Kartellverstoß nicht verhindern konnte, auf die notwendigen Selbstreinigungsmaßnahmen auswirkt. Auch wenn die vollständige Erneuerung eines bestehenden Compliance-Systems wohl nicht zu fordern ist,¹⁰¹ so können doch zumindest Veränderungen notwendig sein.¹⁰² Jedenfalls muss ein Kartellverstoß als Anlass dienen, ein bestehendes Compliance-System kritisch zu prüfen.¹⁰³

3. Umfang des Rechtsanspruch auf Bewertung der Selbstreinigungsmaßnahme

Die Verpflichtung öffentlicher Auftraggeber, bei der Prognose über die Zuverlässigkeit eines Unternehmens Maßnahmen der Selbstreinigung zwingend zu berücksichtigen, ist stets auf die Situation der konkret in Frage stehenden Ausschreibung bezogen.¹⁰⁴ Ein abstraktes Recht auf Überprüfung der Selbstreinigungsmaßnahmen, das von einem konkreten Vergabeverfahren unabhängig wäre, gibt es – auch zukünftig – nicht.¹⁰⁵ Die Gesetzesbegründung hält es allerdings für möglich, dass Unternehmen ihre durchgeführte Selbstreinigung freiwillig durch eine dafür akkreditierte Stelle zertifizieren lassen und die Anerkennung des Zertifikats sodann im Ermessen der Vergabestelle liegt. Auch sollen die Länder die Möglichkeit haben, die Prüfung durchgeführter

Selbstreinigungsmaßnahmen bei einzelnen Landesbehörden zu bündeln.¹⁰⁶

V. Fazit

Die Neuregelungen der §§ 123 bis 126 GWB durch das VergModG werden die Aufmerksamkeit der Vergabestellen für Kartell- und Submissionsabsprachen weiter erhöhen. Die ausdrücklichen Neuregelungen der vergaberechtlichen Ausschlussgründe infolge von Kartell- und Submissionsabsprachen, die Festlegung von Höchstgrenzen für Vergabesperrn und die erstmalige Regelung der Voraussetzungen für eine Selbstreinigung sind im Sinne der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu begrüßen.

Bei der Neuregelung der Ausschlussgründe, die als Folge von Kartell- und Submissionsabsprachen in Betracht kommen, ist der aus §§ 19 Abs. 3 lit. f) VOL/A-EG, 16 Abs. 3 lit. f) VOL/A, 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. d) VOB/A-EG, 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. d) VOB/A, 31 Abs. 2 Nr. 6 VSVgV bekannte – zwingende – Ausschlussgrund der wettbewerbsbeschränkenden Absprachen in Bezug auf die konkrete Vergabe – zumindest im Oberschwellenbereich – entfallen. Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bezüglich des laufenden Vergabeverfahrens erfasst nunmehr der (nur noch) fakul-

Ulshöfer: Kartell- und Submissionsabsprachen von Bietern – Selbstreinigung und Schadenswiedergutmachung - VergabeR 2016 Heft 3 - 339<<

tative Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F. Allerdings reicht § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB n.F. inhaltlich weiter als die früheren zwingenden Ausschlussgründe und erfasst insbesondere auch solche Kartellabsprachen, die sich nicht auf die konkrete Vergabe beziehen. Daneben bleibt es als Auffangtatbestand bei dem aus §§ 6 Abs. 5 lit. c) VOL/A, 6 Abs. 6 lit. c) VOL/A-EG, 24 Abs. 1 Nr. 4 VSVgV, 4 Abs. 9 lit. c) VOF, 21 Abs. 4 Nr. 5 SektVO bekannten fakultativen Ausschlussgrund der „schweren Verfehlung“ nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB n.F.

Bei der Neuregelung der Höchstgrenzen für Vergabesperrn wäre es begrüßenswert gewesen, wenn der Gesetzgeber die Gelegenheit genutzt hätte, die tatsächlichen Voraussetzungen und die Auswirkungen der Verhängung einer Vergabesperre mit zu regeln sowie den Fristbeginn für die Höchstfristen klarer zu fassen.

Die Voraussetzungen für eine Selbstreinigung sind klar und strukturiert geregelt sowie in der Begründung des Gesetzesentwurfes ausführlich erläutert. Die umstrittene Frage, ob für die Selbstreinigung auch eine Schadenswiedergutmachung erforderlich ist, ist für den seltenen Fall einer rechtskräftig festgestellten oder unstreitigen Schadensersatzforderung positiv bejaht worden. Die überwiegende Zahl der Fälle, in denen Schadensersatzforderungen der öffentlichen Auftraggeber sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach umstritten sind, hat der Gesetzgeber dagegen nur den wesentlichen Eckpunkten nach geregelt. Hier wird es die schwierige Aufgabe der Gerichte bleiben, sachgerechte Lösungen im Einzelfall zu finden und insbesondere die Mitwirkungspflichten der Bieter bei der Sachverhaltsaufklärung so abzugrenzen, dass sie mit der Effizienz des staatlichen Kronzeugenprogrammes einerseits und den kartellrechtlichen Vorschriften zum Schutz der Geschädigten andererseits im Einklang stehen.

- * Rechtsanwalt und Partner OPPENLÄNDER Rechtsanwälte.
- ¹ Als Beispiele können genannt werden: „Feuerwehrlöschfahrzeugekartell“ (BKartA, Fallbericht v. 29.07.2011 – Az. B12–12/10); „Hydrantenkartell“ (BKartA, Entscheidung v. 16.12.2011 – Az. B5–546/06); „Betonrohr- und Pflastersteinkartell“ (BKartA, Pressemeldung v. 01.03.2012); „Schienenkartell“ (BKartA, Fallbericht v. 06.09.2013 – Az. B12–16/12) oder das Kartell für „Aufzüge und Fahrtreppen“ (Europäische Kommission, Entscheidung C (2007) 512 (final) v. 21.02.2007).
- ² Nach Schätzungen des BKartA entstehen durch Submissionsabsprachen allein bei Bauvorhaben der öffentlichen Hand jährlich Schäden in Höhe von mehreren Millionen Euro; vgl. BKartA, „Wie erkennt man Submissionsabsprachen? Eine Checkliste für Vergabestellen“, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Broschueren/Submissionsabsprachen.pdf?__blob=publicationFile&v=6
- ³ U.a. OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.07.2013 – 6 U 51/12 „Feuerwehrlöschfahrzeugekartell“; dem Grunde nach: LG Berlin, Urt. v. 06.08.2013 – 16 O 193/11 Kart „Fahrtreppenkartell“; LG Mannheim, Urt. v. 13.03.2015 – 7 O 111/13 Kart „Schienenkartell“; LG Berlin, Urt. v. 16.12.2014 – 16 O 384/13 Kart „Schienenkartell“.
- ⁴ Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), BGBl. 2016 I Nr. 8, 203 ff. v. 23.02.2016.
- ⁵ Vgl. Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rdnr. 12.
- ⁶ Vgl. zu diesen und weiteren Formen von Kartellabsprachen Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rdnr. 207 ff.
- ⁷ Vgl. Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rdnr. 229.
- ⁸ Vgl. zu allem Lübbig, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl. 2008, § 8 Rdnr. 247 m.w.N..
- ⁹ Vgl. Erfahrungsaustausch von Staatsanwälten und Kartellverfolgern in Bonn am 10.04.2013, www.bundeskartellamt.de.
- ¹⁰ Vgl. zur Rechtlage vor der Vergaberechtsmodernisierung: Stein/Friton/Huttenlauch, WuW 2012, 38, 40.
- ¹¹ Vgl. § 19 Abs. 3 lit. f) VOL/A-EG, § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. d) VOB/A-EG und § 31 Abs. 2 Nr. 6 VSVgV.
- ¹² Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. (EU) L 94/65 v. 28.03.2014.
- ¹³ Begründung des Gesetzentwurfs zu § 123 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 102.
- ¹⁴ Begründung des Gesetzentwurfs zu § 123 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 102.
- ¹⁵ Vgl. Erwägungsgrund 100 der Richtlinie 2014/24/EU; Begründung des Gesetzentwurfs zu § 123 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 104.
- ¹⁶ Vgl. Stein/Friton/Huttenlauch, WuW 2012, 38, 40.
- ¹⁷ Vgl. §§ 19 Abs. 3 lit. f) VOL/A-EG, 16 Abs. 3 lit. f) VOL/A, 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. d) VOB/A-EG, 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. d) VOB/A, 31 Abs. 2

Nr. 6 VSVgV; die SektVO enthält diesen zwingenden Ausschlussgrund indes nicht.

¹⁸ Vgl. Palatzke/Jürschik, NZKart 2015, 470, 470.

¹⁹ Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsverordnung – VergRModVO), BT-Drucks. 18/7318 v. 20.01.2016.

²⁰ Dazu sogleich unter II. 2. b) aa).

²¹ BAnz AT 19.01.2016 B3, S. 2 ff.; auch § 16 Abs. 3 lit. f) VOL/A gilt zunächst unverändert fort.

²² Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs zu § 124 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 106; vgl. Mutschler-Siebert/Dorschfeldt, BB 2015, 642, 644.

²³ Vgl. § 19 Abs. 3 lit. f) VOL/A-EG, § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. d) VOB/A-EG und § 31 Abs. 2 Nr. 6 VSVgV.

²⁴ Vgl. grundlegend EuGH, Urt. v. 11.09.2014, Rs. C-67713 P „Groupement des cartes bancaires“; Whish/Bailey, Competition Law, 7. Aufl. 2012, S. 124.

²⁵ Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs zu § 124 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 106.

²⁶ Vgl. zu den Begriffsdefinitionen weiter oben.

²⁷ Vgl. die Definition der „vertikalen Vereinbarungen“ in Art. 1 Abs. 1 lit. a) Vertikal-GVO (Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20.04.2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. (EU) L 102/01 v. 23.04.2010).

²⁸ Vgl. Fn. 27.

²⁹ Vgl. ähnlich Stein/Friton/Huttenlauch, WuW 2012, 38, 42.

³⁰ Zur Entwurfsfassung des VergRModG vgl. Palatzke/Jürschik, NZKart 2015, 470, 471.

³¹ Begründung des Gesetzentwurfs zu § 124 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 106.

³² Vgl. hierzu noch nachfolgend unter II. 2. b) bb).

³³ Mutschler-Siebert/Dorschfeldt, BB 2015, 642, 644.

³⁴ Begründung des Gesetzentwurfs zu § 124 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 106.

³⁵ Vgl. Mutschler-Siebert/Dorschfeldt, BB 2015, 642, 644 m.w.N.; vgl. Stein/Friton/Huttenlauch, WuW 2012, 38, 43.

³⁶ Vgl. Mutschler-Siebert/Dorschfeldt, BB 2015, 642, 644; vgl. Stein/Friton/Huttenlauch, WuW 2012, 38, 43.

³⁷ Vgl. Mutschler-Siebert/Dorschfeldt, BB 2015, 642, 644; vgl. Stein/Friton/Huttenlauch, WuW 2012, 38, 43.

- ³⁸ Vgl. Dreher/Hoffmann, NZBau 2012, 265, 267 m.w.N.; VK Lüneburg, Beschl. v. 14.02.2012 – VgK-05/2012 – „Feuerwehrbeschaffungskartell“; vgl. Runderlass der Hessischen Landesregierung, Staatsanzeiger für das Land Hessen vom 27.12.2010, Ziff. 2.1.; vgl. auch EuGH, Urt. v. 18.12.2014 – C-470/13 – juris-Rdnr. 35.
- ³⁹ Vgl. Stein/Friton/Huttenlauch, WuW 2012, 38, 42.
- ⁴⁰ Vgl. Begründung des Gesetzesentwurfes zu § 124 Nr. 3, BT-Drucks. 18/6281, S. 105.
- ⁴¹ Vgl. VK Bund, Beschl. v. 12.06.2015 – VK 2–31/15.
- ⁴² Vgl. Dreher/Hoffmann, NZBau 2012, 265, 267 m.w.N.; dies. NZBau, 2014, 67, 68; vgl. OLG München, Beschl. v. 22.11.2012 – Verg 22/12, juris-Rdnr. 42; vgl. auch Begründung des Gesetzesentwurfes zu § 124 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 104.
- ⁴³ OLG München, Beschl. v. 21.05.2010 – Verg 02/10, juris-Rdnr. 166.
- ⁴⁴ Begründung des Gesetzesentwurfes zu § 124 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 104.
- ⁴⁵ Vgl. zur Rechtslage vor der Vergaberechtsmodernisierung Weyand, Vergaberecht, 4. Aufl. 2013, § 97 GWB, Rdnr. 48.
- ⁴⁶ OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.07.2004 – 11 Verg 6/04, juris-Rdnr. 37; vgl. OLG München, Beschl. v. 22.11.2012 – Verg 22/12, juris-Rdnr. 40.
- ⁴⁷ OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.07.2004 – 11 Verg 6/04, juris-Rdnr. 37; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 29.12.2003 – 1 Verg 4/03.
- ⁴⁸ OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.07.2004 – 11 Verg 6/04, juris-Rdnr. 36; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 29.12.2003 – 1 Verg 4/03; OLG München, Beschl. v. 22.11.2012 – Verg 22/12, juris-Rdnr. 40.
- ⁴⁹ OLG München, Beschl. v. 21.05.2010 – Verg 02/10, juris-Rdnr. 166; vgl. BGH, Urt. v. 26.10.1999 – X ZR 30/98, juris-Rdnr. 14.
- ⁵⁰ OLG München, Beschl. v. 21.05.2010 – Verg 02/10, juris-Rdnr. 166; vgl. BGH, Urt. v. 26.10.1999 – X ZR 30/98, juris-Rdnr. 14.
- ⁵¹ Begründung des Gesetzesentwurfes zu § 124 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 105.
- ⁵² Vgl. zur Rechtslage vor der Vergaberechtsmodernisierung Mutschler-Siebert/Dorschfeldt, BB 2015, 642, 643, Palatzke/Jürschik, NZKart 2015, 470, 472.
- ⁵³ Vgl. Stein/Friton/Huttenlauch, WuW 2012, 38, 39; vgl. VK Niedersachsen, Beschl. v. 24.03.2011 – VgK-04/2011.
- ⁵⁴ KG Berlin, Urt. v. 08.12.2011 – 2 U 11/11 Kart, juris-Rdnr. 22; kritisch Burgi, NZBau 2014, 595, 599.
- ⁵⁵ Vgl. Begründung des Gesetzesentwurfes zu § 126 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 111.
- ⁵⁶ Vgl. Weyand, Vergaberecht, 4. Aufl. 2013, § 16 VOB/A Rdnr. 368.
- ⁵⁷ Vgl. VK Bund, Beschl. v. 11.10.2002 – VK 1–75/02; Weyand, Vergaberecht, 4. Aufl. 2013, § 16 VOB/A Rdnr. 368; vgl. Dreher, in:

Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl. 2014, § 97 GWB Rdnr. 209; gegen diese Voraussetzung KG Berlin, Beschl. v. 08.12.2011 – 2 U 11/11 Kart, juris-Rdnr. 24; vgl. Dobmann, VergabeR 2012, 212, 213.

⁵⁸ Vgl. Mutschler-Siebert/Dorschfeldt, BB 2015, 624, 643.

⁵⁹ Vgl. Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 97 GWB Rdnr. 208.

⁶⁰ Vgl. zu einer über 6 Monate hinausgehenden Vergabesperre OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.07.2012 – Verg 27/12, juris-Rdnr. 18.

⁶¹ Begründung des Gesetzentwurfs zu § 126 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 111.

⁶² Vgl. OLG München, Beschl. v. 22.11.2012 – Verg 22/12, juris-Rdnr. 52 ff.; OLG Brandenburg, Beschl. v. 14.12.2007 – Verg W 21/07, juris-Rdnr. 61; OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.07.2004 – 11 Verg 6/04, juris-Rdnr. 36.

⁶³ Begründung des Gesetzentwurfs zu § 125 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 107.

⁶⁴ Begründung des Gesetzentwurfs zu § 125 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 107, S. 110.

⁶⁵ Begründung des Gesetzentwurfs zu § 125 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 107.

⁶⁶ Begründung des Gesetzentwurfs zu § 125 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 107.

⁶⁷ Vgl. VK Bund, Beschl. v. 12.07.2015 – VK 2–31/15.

⁶⁸ VK Bund, Beschl. v. 12.07.2015 – VK 2–31/15.

⁶⁹ Vgl. Mutschler-Siebert/Dorschfeldt, BB 2015, 642, 646 m.w.N.

⁷⁰ Vgl. LG Berlin, Beschl. v. 22.03.2006 – 23 O 118/04, juris-Rdnr. 61 f.; VK Niedersachsen, NZBau 2011, 574 Rdnr. 57; vgl. für rechtskräftige oder unbestritten Schadensersatzforderungen mit Verweis auf die Praxis der OFD Prieß, NZBau 2012, 425.

⁷¹ Vgl. Dreher/Hoffmann, NZBau 2012, 265, 270 f.; dies., NZBau 2014, 150 (153); vgl. KG Berlin, Urte. v. 17.01.2011 – 2 U 4/06 Kart, juris-Rdnr. 153; vgl. OLG München, Beschl. v. 22.11.2012 – Verg 22/12, juris-Rdnr. 52.

⁷² Begründung des Gesetzentwurfs zu § 125 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 108.

⁷³ Vgl. Fn. 3.

⁷⁴ Begründung des Gesetzentwurfs zu § 125 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 108.

⁷⁵ Dabei wird man trotz des dahingehenden Wortlautes von § 125 Abs. 1 Nr. 1 GWB n.F. und entsprechender Passagen in der Gesetzesbegründung für eine Selbstreinigung kaum pauschal verlangen können, dass auch Schäden ersetzt werden, die gar nicht bei dem betreffenden öffentlichen Auftraggeber, sondern bei einem anderen eingetreten sind, denn derartige Schäden bei einem anderen stellen die Zuverlässigkeit zur Ausführung des konkreten Auftrages jedenfalls nicht generell in Frage.

⁷⁶ Vgl. zu der in diesem Zusammenhang relevanten „Passing on Defence“ Art. 13 der Schadensersatzrichtlinie (Richtlinie

2014/104/EU vom 26.11.2014, ABl. [EU] L 349/1 v. 05.12.2014).

- ⁷⁷ Vgl. VHB 2008, August 2014, 635 Nr. 6.2 (Schadenspauschale 15 %); vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.07.2013, „Feuerwehrtkartell“, juris-Rdnr. 80; BGH, Urt. v. 21.12.1995 – VII ZR 286/94, juris-Rdnr. 19; vgl. Wilde/Anders, WuW 2015, 246 ff.; Müller-Graff/Kainer, WM 2013, 2149 ff.
- ⁷⁸ KG Berlin, Urt. v. 17.01.2011 – 2 U 4/06 Kart, juris-Rdnr. 153; Dreher/Hoffmann, NZBau 2012, 265, 272.
- ⁷⁹ KG Berlin, Urt. v. 17.01.2011 – 2 U 4/06 Kart, juris-Rdnr. 153.
- ⁸⁰ Begründung des Gesetzentwurfs zu § 125 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 108.
- ⁸¹ Begründung des Gesetzentwurfs zu § 125 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 108.
- ⁸² Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs zu § 125 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 109.
- ⁸³ Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs zu § 125 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 109.
- ⁸⁴ Zur Rechtslage vor der Vergaberechtsmodernisierung vgl. OLG München, Beschl. v. 22.11.2012 – Verg 22/12, juris-Rdnr. 54.
- ⁸⁵ Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs zu § 125 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 109.
- ⁸⁶ Dabei geht die Rechtsprechung freilich von weitgehenden Anscheinsbeweisen dafür aus, dass sich Kartelle preissteigernd auswirken und Beschaffungsvorgänge, die sich in den zeitlichen, sachlichen und räumlichen Geltungsbereich von Kartellabsprachen einfügen, auch kartellbefangen sind, vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.07.2013 – 6 U 51/12 (Kart) „Feuerwehrlöschfahrzeuge“, juris-Rdnr. 54, 58; LG Berlin, Urt. v. 17.12.2014 – 16 O 384/13 Kart „Schienenkartell“.
- ⁸⁷ So eindeutig Begründung des Gesetzentwurfs zu § 125 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 109.
- ⁸⁸ Vgl. Dreher/Hoffmann, NZBau 2012, 265, 273; dies. NZBau 2014, 67 (71).
- ⁸⁹ Vgl. Burgi, NZBau 2014, 595, 599.
- ⁹⁰ Vgl. Dreher/Hoffmann, NZBau 2012, 265, 273.
- ⁹¹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.08.2012 – V-4 Kart 5/11, juris-Rdnr. 38 ff.; vgl. EuGH, Urt. v. 14.06.2011 – Rs. C-360/09.
- ⁹² Vgl. Dreher/Hoffmann, NZBau 2012, 265, 273.
- ⁹³ Vgl. auch Erwägungsgrund 102 der Richtlinie 2014/24/EU; zu denkbaren Maßnahmen vgl. ausführlich Dreher/Hoffmann, NZBau 2014, 67 ff.
- ⁹⁴ Vgl. Mutschler-Siebert/Dorschfeldt, BB 2015, 642, 646.
- ⁹⁵ Begründung des Gesetzentwurfs zu § 125 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 110; vgl. Erwägungsgrund 102 der Richtlinie 2014/24/EU.

- ⁹⁶ Begründung des Gesetzentwurfs zu § 125 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 110; eingehend Dreher/Hoffmann, NZBau 2014, 67, 72 ff.
- ⁹⁷ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.07.2005 – Verg 42/05, juris-Rdnr. 24.
- ⁹⁸ Mutschler-Siebert/Dorschfeldt, BB 2015, 642, 647; vgl. auch VK Bund, Beschl. v. 12.07.2015 – VK 2–31/15 zu vorbelasteten Geschäftsführern.
- ⁹⁹ Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs zu § 125 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 110
- ¹⁰⁰ Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs zu § 125 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 110.
- ¹⁰¹ Mutschler-Siebert/Dorschfeldt, BB 2015, 642, 650.
- ¹⁰² Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs zu § 125 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 110.
- ¹⁰³ Mutschler-Siebert/Dorschfeldt, BB 2015, 642, 650; Stein/Friton/Huttenlauch, WuW 2012, 38, 50.
- ¹⁰⁴ Vgl. zur Verpflichtung des Abstellens auf den aktuellen Zeitpunkt OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.07.2004 – 11 Verg 6/04, juris-Rdnr. 59 ff.
- ¹⁰⁵ Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs zu § 125 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 107 f.
- ¹⁰⁶ Begründung des Gesetzentwurfs zu § 125 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 110.