

# Deutsche Umsetzung macht's möglich

## Selbstreinigung als Sprungbrett für kartellrechtliche Schadensersatzklagen?

**(BS/Anna Horschik, Dr. Stephan Waldheim) Ist es im Rahmen der Selbstreinigung zulässig, vom Kartelltäter zu verlangen, dass dieser dem öffentlichen Auftraggeber sämtliche Details zu seiner Beteiligung an verbotenen Absprachen (etwa über Preise, Kunden, Märkte etc.) offenlegt – inklusive detaillierter Angaben zum daraus entstandenen Schaden, etwa in Form kartellbedingt überhöhter Einkaufspreise? Diese Frage hat die Vergabekammer Südbayern dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) vorgelegt (Beschluss vom 07.03.2017, Z3-3-3194-1-45-11/16).**

Generell kennt das deutsche Vergaberecht seit längerem das Institut der Selbstreinigung. Unternehmen, die in der Vergangenheit in bestimmte Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten verwickelt waren, können demnach nachweisen, dass sie die erforderlichen Maßnahmen ergriffen haben, um ähnliche Verstöße zukünftig auszuschließen. Und damit nicht wegen des Vorliegens von zwingenden oder fakultativen Ausschlussgründen ausgeschlossen zu werden. Die vergaberechtliche Praxis sieht in diesem Zusammenhang häufig vor, dass öffentliche Auftraggeber (öAG) eine entsprechende Eigenerklärung zur Prüfung dieser Ausschlussgründe einfordern.

### Sachverhalt: das Schienenkartell

Anlass für die VK Südbayern war das sog. Schienenkartell. Das Bundeskartellamt hatte hier Bußgelder in Höhe von insgesamt rund 130 Mio. Euro verhängt, zuletzt im März 2016. Der Vorwurf: Mehrere Schienenhersteller hatten über Jahre hinweg Preise und Kunden abgesprochen und Neuausschreibungen entlang zuvor festgelegter Quoten untereinander aufgeteilt – ein klassisches sog. Hardcore-Kartell.

Dies nahm nun ein öAG zum Anlass, einen Bieter unter Verweis auf dessen Verwicklung in das Schienenkartell von der aktuell anstehenden Auftragsvergabe auszuschließen. Das pikante dabei: Derselbe öAG

forderte von dem Bieter parallel vor dem Zivilgericht Ersatz für den aus eben jenem Schienenkartell entstandenen Schaden. Allgemein ist die Ermittlung des Schadens in derartigen Prozessen hoch komplex und für den insoweit beweispflichtigen Kläger mit erheblichen Beweisschwierigkeiten belastet. Da selbst die Bußgeldentscheidungen des Amtes oder der EU-Kommission dazu regelmäßig keine Aussage treffen, verlangte der öAG deshalb, dass der Bieter ihm im Rahmen der Selbstreinigung die für die Bezifferung seines Schadens vor dem Zivilgericht erforderlichen Informationen, etwa zur kartellbedingten Preisüberhöhung, mitteilen möge. Andernfalls sehe man sich gezwungen, ihn wegen des Vorliegens von Ausschlussgründen von jeder weiteren Vergabe auszuschließen.

### Frage der Übertragung

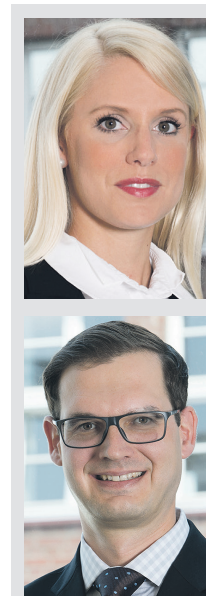
Das Instrument der Selbstreinigung als Sprungbrett also für die Bezifferung von Kartellschäden des öAG im Zivilprozess? Wie ist das zu verstehen? Hintergrund ist das seit April 2016 in Kraft getretene Vergaberecht. Konkret: die deutsche Umsetzung der Vergaberichtlinie 2014/24/EU. Danach müssen Unternehmen, die sich selbst reinigen wollen, nicht nur den angerichteten Schaden wiedergutmachen oder sich dazu verpflichten, sondern auch aktiv an der Sachverhaltsaufklärung mitwirken, indem sie "die Tatsachen und Umstände, die mit der

Straftat oder dem Fehlverhalten und dem dadurch verursachten Schaden in Zusammenhang stehen" aufklären (§ 125 GWB).

telnde Behörde" erfasst, mithin auch die öAG. Denn diese prüfen, ob die durch den Bieter durchgeführten Maßnahmen der Selbstreinigung ausreichen, um den Ausschluss zu verhindern. Anhaltspunkte für eine solche Auslegung bieten etwa die englischen und französischen Wortfassungen der Richtlinie.

### Privilegien für öAG?

Unterstellt, der EuGH kommt zur Zulässigkeit der weiten Umsetzung der Richtlinie durch



**Anna Horschik und Dr. Stephan Waldheim** sind beide Rechtsanwälte bei der Kanzlei Bird & Bird LLP in Düsseldorf.

Foto: BS/Bird & Bird LLP

Auf Letzteres berief sich der öAG in dem nun dem EuGH vorliegenden Fall. Er konnte dies, weil der deutsche Gesetzgeber die Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung weiter interpretiert hat als die der Regelung zugrunde liegende Vergaberichtlinie 2014/24/EU. Danach gilt die Aufklärungspflicht im Rahmen der Selbstreinigung nur gegenüber Ermittlungsbehörden. Der neue § 125 GWB erfasst hingegen ausdrücklich auch die öAG. Ob dies mit dem Europäischen Recht in Einklang steht, ist die Vorlagefrage zum EuGH. Denkbar wäre beispielsweise eine erweiterte Wortlautauslegung, wonach der Begriff der "Ermittlungsbehörde" auch die "ermittelnde Behörde" umfasst.

die deutsche Gesetzesregelung, stellt sich für die Praxis aber eine noch weitaus interessantere Frage: Sind öAG zukünftig bei der Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche privilegiert? Und falls ja, wie ist das mit allgemeinen kartellrechtlichen und zivilprozessualen Grundsätzen in Einklang zu bringen? Denn eine Pflicht zur aktiven Sachverhaltsaufklärung auch dem öAG gegenüber würde letztlich dazu führen, dass zivilprozessuale Beweislastregeln ausgehebelt würden: Der Kartelltäter müsste dann dem öAG genau diejenigen Informationen z. B. zur kartellbedingten Preisüberhöhung, Reichweite und Funktionswei-

se des Kartells offenlegen, die dieser im Zivilprozess darlegen und beweisen muss, um seinen Schadensersatzanspruch zu begründen. Zwar kennt auch das Kartellrecht gewisse Kooperationspflichten, so z. B. im Rahmen von Kronzeugen- oder Bonusanträgen; diese greifen allerdings – wie auch die Vergaberichtlinie – ausdrücklich nur gegenüber den Ermittlungsbehörden, also Bundeskartellamt und EU-Kommission.

Zu berücksichtigen ist auch, dass die Schadensermittlung, abgesehen von klassischen Preiskartellen, häufig auch dem Kartelltäter selbst kaum möglich sein wird. Für Kunden- und Quotenkartelle etwa besteht nach der Rechtsprechung zwar

eine Schadensvermutung; in welcher Höhe, bleibt allerdings der gerichtlichen Schadensschätzung vorbehalten. Die Praxis bedient sich in diesem Zusammenhang häufig ökonomischer Sachverständigengutachten. Auch der Kartelltäter wird häufig nur angeben können, dass ein bestimmtes Ausschreibungsprojekt Gegenstand einer Kartellabsprache war; den hypothetischen Wettbewerbspreis, den Preis also, der sich ohne diese Absprache ergeben hätte, wird hingegen auch er zumeist nicht oder nur unter Zuhilfenahme ökonomischer Sachverständiger beziffern können. Die kürzlich ergangene Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU schließlich sieht zwar ebenfalls

gewisse Offenlegungspflichten vor, die die effektive Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen in Zukunft erheblich erleichtern; ihre Umsetzung in Deutschland erfolgt voraussichtlich im Mai 2017. Auch insoweit ist jedoch ein entsprechender Antrag zum Zivilgericht nach den dafür vorgesehenen Regeln erforderlich.

## Spannungsbogen auflösen

Mit einer Entscheidung des EuGH ist nicht vor Anfang 2018 zu rechnen. Ihre Implikationen für öAG sind kaum zu überschätzen. Je nach Verfahrensausgang ist mit einer ganz erheblichen Erleichterung der Durchsetzung von Kartellschäden durch öAG in Deutschland zu rech-

nen. Die verantwortlichen Entscheidungsträger könnten vor diesem Hintergrund umso mehr in der Pflicht stehen, etwaig erlittene Schäden zu prüfen und gegebenenfalls geltend zu machen. Eine entsprechende Sorgfaltspflicht existiert unter Umständen bereits nach geltendem Haushaltsrecht. Es bleibt zu wünschen, dass der EuGH die sich ihm bietende Gelegenheit nutzt, den offensichtlichen Spannungsbogen zwischen Vergabe- und Kartellrecht, insbesondere zwischen Selbstreinigung und Kartellschadensersatz, in der Sache aufzulösen. Der Wortlaut der Richtlinie steht dem wie dargelegt nur vordergründig im Wege und ist durchaus ergebnisoffen.