



Selbstreinigung

Umgang mit Kartellanten in Beschaffungsvorgängen

26. April 2017

Studienvereinigung Kartellrecht – Regionalgruppe Rheinland /
4. DICO Talk: Kartellrechts-Compliance:
„Kartellschadensprävention & Selbstreinigung“

Gliederung

- A. Einordnung von § 125 GWB in das Vergabeverfahren
- B. Voraussetzungen der Selbstreinigung
- C. Selbstreinigungsprozesse außerhalb des Vergaberechts
- D. Fazit

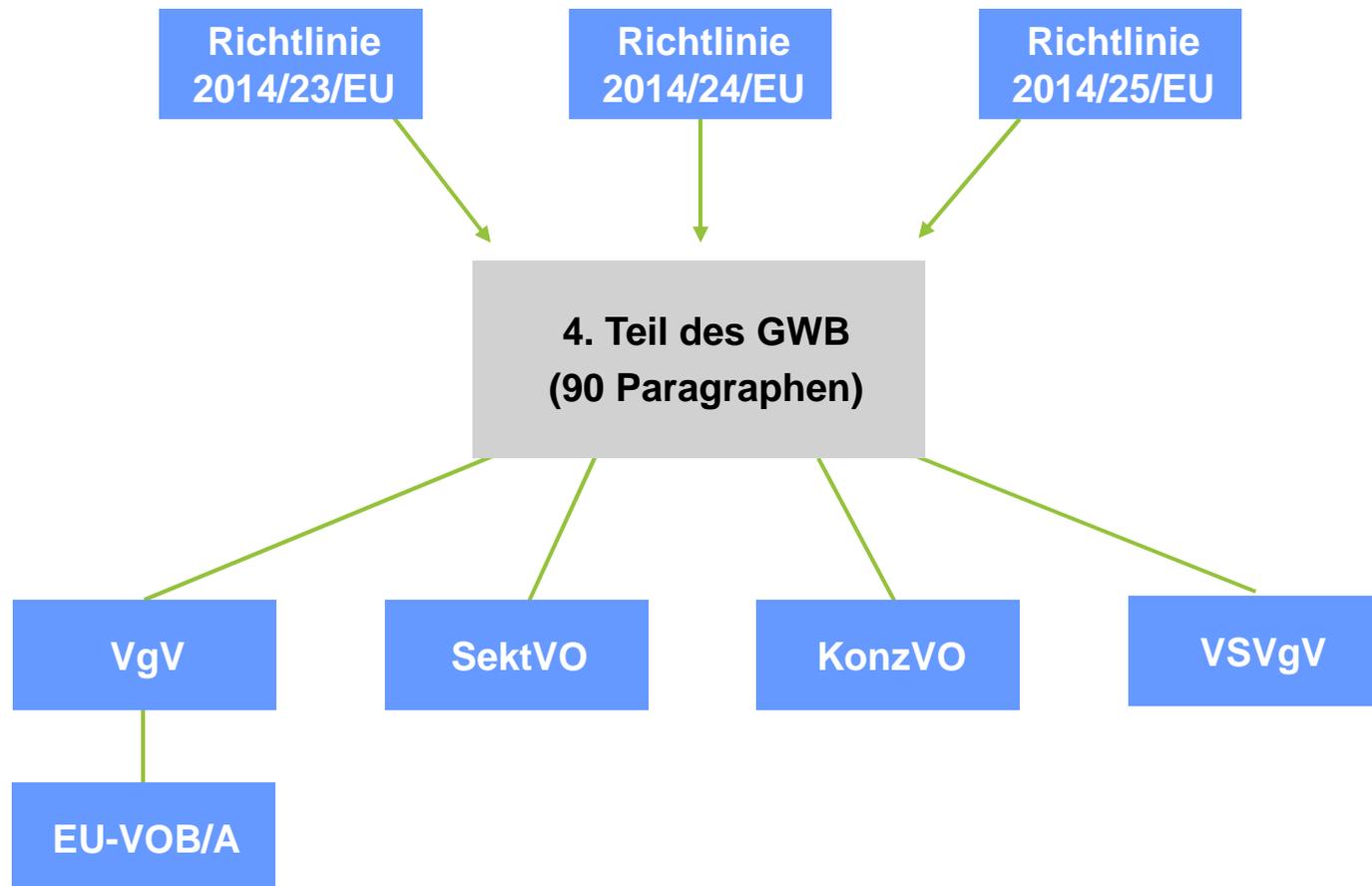
A. Einordnung von § 125 GWB in das Vergabeverfahren

Einführung in das Vergaberecht

Ausgangslage

- Volumen öffentliche Aufträge pro Jahr in Deutschland: >360 Mrd. €
- Ungefähr 10% des BIP werden damit über Steuergelder finanziert
- Öffentliche Auftragsvergaben betreffen nahezu sämtliche Produktparten und Marktbereiche
 - Öffentliches Interesse an wirtschaftlicher Verwendung der Steuergelder –
Korruptionsbekämpfung
 - Privates Interesse der Wirtschaft an offenem Wettbewerb

Struktur Europäisches Vergaberecht



Vergaberechtliche Grundprinzipien

- Transparenz (Bekanntmachungspflichten, Dokumentationspflichten)
- Gleichbehandlung (gleichzeitige und identische Infos an Bieter, Gleichbehandlung bei Fristverlängerungen etc., gleicher Wertungsmaßstab)
- Wettbewerb (Vielzahl von Bietern, Geheimwettbewerb, Angebotsausschluss bei wettbewerbsbeschränkender Abrede)
- Wirtschaftlichkeit der Beschaffung
- mittelständische Interessen (Aufteilung in Fach- und Teillose)

Wer muss was, wann und wie ausschreiben?

- Öffentlicher Auftraggeber, § 98 GWB
- Öffentlicher Auftrag, § 103 GWB
- Auftragswert oberhalb der Schwellenwerte, § 106 GWB
- kein Ausnahmetatbestand, §§ 107, 108, 116, 117, 137-140 GWB

Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb

- Vorbereitung
- Bekanntmachung (im EU-Amtsblatt)
- Teilnahmewettbewerb => beschränkter Bieterkreis
- Zurverfügungstellung der Vergabeunterlagen
- Fragen durch Bieter möglich
- Eingang 1. indikativer Angebote
- Verhandlungsphase
- Eingang letztverbindlicher Angebote
- Prüfung und Wertung der Angebote
- Aufklärung möglich
- Vorabinformation
- Zuschlag = Vertragsschluss durch Annahme des wirtschaftlichsten Angebotes

Eignungsprüfung

§ 122 GWB – Vergabe an fachkundige und leistungsfähige Unternehmen

- Öff. Auftraggeber prüft Eignung und Nichtvorliegen von Ausschlussgründen
 - Gewerbezentralregister / Landeskorrupsionsregister / Eigenerklärung
- Prognoseentscheidung, ob Bieter zur vertragskonformen Leistung in der Lage ist
- Maßstab: in Bekanntmachung geforderte Eignungsnachweise
- Beurteilungsspielraum, dem Ermessen vergleichbar
- nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar

Zwingende Ausschlussgründe, § 123 GWB

- Ausschluss zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens
- bei Kenntnis von z.B.
 - Terrorismusfinanzierung
 - Betrug / Subventionsbetrug gegen EU-Haushalt
- Wenn Verhalten der handelnden Person Unternehmen zuzurechnen ist

→ Ausnahme: zwingende Gründe des öffentlichen Interesses stehen entgegen

→ § 133 GWB: Kündigungsrecht, wenn bei Zuschlag zwingender Ausschlussgrund nach § 123 Abs. 1 Nr. 1-4 GWB vorlag

Fakultative Ausschlussgründe, § 124 GWB

- Ausschluss zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens, wenn
 - hinreichende Anhaltspunkte für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen
 - nicht auf konkretes Verfahren beschränkt
 - vertikale und horizontale Vereinbarungen
 - einseitige Kartellrechtsverstöße?
 - keine rechtskräftige Entscheidung
 - nachweislich schwere Verfehlung, die Integrität infrage stellt
 - Auffangtatbestand
 - hohe Anforderungen an „nachweislich“
 - Ermessen („kann ausschließen“) / Verhältnismäßigkeit / Prognoseentscheidung

Ausschluss von zukünftigen Vergabeverfahren, § 126 GWB

- Ausschluss von Teilnahme an Vergabeverfahren für
 - ≤ 5 Jahren bei zwingendem Ausschlussgrund
 - ⇒ gerechnet ab rechtskräftiger Verurteilung
 - ≤ 3 Jahre bei fakultativem Ausschlussgrund
 - ⇒ gerechnet ab „betreffendem Ereignis“
- Ermächtigungsgrundlage → Vertragsfreiheit – umstr.
- Verhältnismäßigkeit

B. Selbstreinigung (insb. im Falle eines Kartellrechtsverstoßes)

B. Selbstreinigung im Falle eines Kartellrechtsverstoßes

- Kartellrechtsverstoß = fakultativer Ausschlussgrund (§ 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB)

- § 125 GWB: Öff. Auftraggeber schließen Unternehmen, bei dem Ausschlussgrund vorliegt, nicht von Teilnahme an Vergabeverfahren aus, wenn Unternehmen **Selbstreinigung** nachgewiesen hat
 - zwingend durch öff. Auftraggeber zu beachten
 - Darlegungs- und Beweislast: Bieter
 - Bewertung unter Berücksichtigung von **Schwere** und der **besonderen Umstände** der Straftat oder des Fehlverhaltens.
 - Begründung falls Selbstreinigung unzureichend

B. Selbstreinigung im Falle eines Kartellrechtsverstoßes

- Voraussetzungen der Selbstreinigung im Einzelnen (§ 125 Abs.1 GWB)
 - I. Verpflichtung zur **Schadenswiedergutmachung**: Zahlung eines Ausgleichs (bzw. Verpflichtung zur Zahlung eines Ausgleichs) für jeden durch eine Straftat oder ein Fehlverhalten verursachten Schaden,
 - II. Verpflichtung zur **Sachverhaltsaufklärung**: aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden und dem öff. Auftraggeber sowie umfassende Klärung der Tatsachen und Umstände, die mit der Straftat oder dem Fehlverhalten und dem dadurch verursachten Schaden in Zusammenhang stehen, und
 - III. Verpflichtung zum **Aufbau einer Compliance-Struktur**: Ergreifen konkreter technischer, organisatorischer und personeller Maßnahmen, die geeignet sind, weitere Straftaten oder weiteres Fehlverhalten zu vermeiden.

I. Verpflichtung zur Schadenswiedergutmachung

- Schadensausgleich war vor Umsetzung der RL/ Einführung von § 125 GWB umstritten
- Keine unkritische Anerkennung jeglicher behaupteter und unsubstanziierter SE-Ansprüche erforderlich
- Erfordernis der Anerkennung der Schadenshöhe kann unverhältnismäßig (ggf. missbräuchlich) sein, aber ggf. Mitwirkung an Aufklärung der Schadenshöhe?
- Grds. reicht Anerkennung eines Anspruchs dem Grunde nach oder nur generelle Bereiterklärung, den durch ein Kartell entstandenen (rechtskräftig festgestellten) Schaden zu ersetzen
 - VK Südbayern: Bieter kann offenlassen, ob im konkreten Fall überhaupt Schaden entstanden ist
 - Formulierung entscheidend!
 - Bei bereits erfolgter Zahlung: Einholung einer Bestätigung des SE-Klägers ratsam

II. Verpflichtung zur Sachverhaltsaufklärung

- Umfassende und vollständige Klärung der Tatsachen und Umstände, die mit Straftat oder Fehlverhalten und dem dadurch verursachten Schaden in Zusammenhang stehen
- Ziel: Feststellung der Ernsthaftigkeit der Selbstreinigungsbemühungen ⇒ Bewertung durch öff. Auftraggeber nur mit substantiellen Informationen möglich
- Aktive Zusammenarbeit mit Ermittlungsbehörden = BKartA / Europ. Kommission bzw. StA
 - Möglichst frühzeitige, umfassende Sachverhaltsaufklärung („*internal investigations*“)
 - Amnestie für kooperierende Mitarbeiter? jedenfalls nicht für Leitungspersonal? ⇒ Ergreifung personeller Maßnahmen
 - Erstellung (und ggf. Übersendung) eines internen Untersuchungsberichts
 - Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur*) / Verteidigungsmöglichkeiten im Bußgeldverfahren: es müssen nicht alle Vorwürfe eingeräumt werden
 - drohender Ausschluss wie Zwang zur Selbstbelastung?
 - Inanspruchnahme von Bonusregelung bzw. Settlement-Verfahren? Vertraulichkeit sicherstellen!

II. Verpflichtung zur Sachverhaltsaufklärung (2)

- Im deutschen Recht auch Zusammenarbeit mit öff. Auftraggeber (so auch bisherige Rspr.)
 - Wortlaut RL: „Ermittlungsbehörden“/ „investigating authorities“ / „autorités chargées de l’enquête“ (so auch Österreich (§ 83 Abs. 2 BVergG 2017 [Entwurf]))
 - Umfang der Zusammenarbeit?
 - VK Südbayern: reicht Zusammenarbeit mit Ermittlungsbehörden + begrenzte SV-Aufklärung gegenüber öff. Auftraggeber (als potentiellm SE-Kläger), damit dieser die Selbstreinigungsmaßnahmen bewerten kann? ⇨ EuGH
 - nicht als eigenständige Voraussetzung der Selbstreinigung zu verstehen ⇨ keine Mitteilung sämtlicher Details erforderlich?
 - Erleichterung durch bundeseinheitliches Wettbewerbsregister?
- Problematisch: Ansprüche Dritter auf Zugang zu Informationen
 - Akteneinsichtsrechte anderer Bieter bzw. nach IFG (z.B. potentielle SE-Kläger)
 - Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sicherstellen!

III. Verpflichtung zum Aufbau einer funktionsfähigen Compliance-Organisation

Ziel: konkrete Vermeidung weiteren Fehlverhaltens

1. Personelle Maßnahmen

- Abhängig von Rolle und Verantwortung (bzw. Grad der Beteiligung) der handelnden Person sowie an ihrer Bereitschaft, bei der Aufklärung zu helfen
 - Z.B. Versetzung/ Abmahnung/ Entzug bestimmter Befugnisse/ Kündigung der unmittelbar handelnden Personen (ggf. vorläufige Maßnahmen)
- Gesellschafter: wirksame Hinderung an Einflussnahme auf operativen Bereich (AR, Geschäftsführung, sonstige strategische/ operative Gremien), so dass weder rechtliche noch faktische Einflussnahme möglich ist
- Grenze: Arbeitsrechtliche Bestimmungen und Verhältnismäßigkeit

III. Verpflichtung zum Aufbau einer funktionsfähigen Compliance-Organisation (2)

2. Technische (und organisatorische) Maßnahmen, z.B.

- Abbruch aller Verbindungen zu an dem Fehlverhalten beteiligten Personen oder Organisationen,
- geeignete Personalreorganisationsmaßnahmen,
- Einführung von Berichts- und Kontrollsystemen,
- Schaffung einer internen Audit-Struktur zur Überwachung der Compliance
- Einführung interner Haftungs- und Entschädigungsregelungen

Dies kann bedeuten:

- Neuordnung von Entscheidungsabläufen/ Kontrollstrukturen (z.B. Vier-Augen-Prinzip)
- interne Umstrukturierung von Abteilungen, Personalrotation
- zeitnahe Aufklärung von Ungereimtheiten

III. Verpflichtung zum Aufbau einer funktionsfähigen Compliance-Organisation (3)

- 3. Organisatorische Maßnahmen** = Verpflichtung zum Aufbau einer Compliance-Struktur
- Umfang abhängig von Unternehmensgröße und –struktur sowie Risikopotential
 - Ggf. Neueinrichtung einer Compliance-Abteilung
 - bei Verstoß trotz bestehender Compliance-Struktur: ggf. Einführung zusätzlicher Prozesse bzw. Aufstockung des Personals
 - Konkretisierung durch DICO Leitlinie; ICC Toolkit zur kartellrechtlichen Compliance; Standards wie ISO 19600:2014 und IDW PS 980
 - Eckpunkte, die Unternehmen bei der Errichtung und Fortentwicklung eines CMS helfen
 - Objektivierete Überprüfung vom CMS Dritter (=Geschäftspartner-Compliance)
 - Hilfreich auch für öff. Auftraggeber, die innerhalb der kurzen Fristen des Vergabeverfahrens entscheiden müssen, ob die Voraussetzungen erfüllt sind

III. Verpflichtung zum Aufbau einer funktionsfähigen Compliance-Organisation (3)

Verpflichtung zum Aufbau einer Compliance-Struktur bedeutet (vgl. DICO Leitlinie)

- **Führungskultur** mit klarem Bekenntnis der Unternehmensleitung zur Einhaltung der rechtlichen Vorgaben; „*tone from the top*“
- Klare **Verantwortlichkeit** für Compliance-Aufgaben (z.B. CCO, externer Berater) und Organisations- und Berichtsstruktur (ggf. Einrichtung eines Whistleblower-Systems)
- Regelmäßige **Risikoanalyse** in Bezug auf das Unternehmen (bzw. Unternehmensbereiche) und Berücksichtigung bei Umsetzung und Ausgestaltung des CMS
- Unternehmensinternes (schriftliches) **Regelwerk**, das insb. auch Hardcore-Kartellrechtsverstöße darstellt, ggf. ergänzt durch klare (ggf. geschäftsfeldspezifische) „*Dos & Don'ts*“
- Zielgruppenspezifische **Schulungen** mit der Möglichkeit für Mitarbeiter, Fragen zu stellen (zumindest Unternehmensleitung und Mitarbeiter mit Kontakten mit Wettbewerbern sowie Vertriebsmitarbeiter), regelmäßige Auffrischungen

C. Selbstreinigungsprozesse außerhalb des Vergaberechts

C. Selbstreinigungsprozesse außerhalb des Vergaberechts

- Öff. Auftraggeber
 - Freiwillige Unterwerfung unter Vorschriften des GWB
 - Durchführung von wettbewerblichen Bieterverfahren trotz Ausnahmetatbeständen (z.B. Veräußerungen)

- Ausschreibungen in der Privatwirtschaft: Vertragliche Regelungen (z.B. in AGB) ⇒ Vertragspartner-Compliance
 - Verpflichtung der Lieferanten zu kartellbekämpfenden Mechanismen wie Regelwerk, (Teilnahme an/ Durchführung von) Schulungen, Auskunftspflichten und (pauschalierte) Vertragsstrafen ⇒ „entsprechende Anwendung“ von § 125 GWB auf private Beschaffungsvorgänge?
 - Rechtsschutzmöglichkeit für erfolglose Bieter?

D. Fazit

D. Fazit

Aus Sicht der öff. Auftraggeber:

- Zielkonflikt: Beschleunigungsgrundsatz ⇔ umfassende Eignungsprüfung
- Ggf. fehlendes Know-how und Informationsdefizit bzgl. Selbstreinigungsmaßnahmen
- Bei Kartellen mit großer Marktabdeckung ggf. Schwierigkeit der Beschaffung von „zuverlässigen“ Unternehmen
- Erleichterung durch bundeseinheitliches Register?

Aus Sicht der Unternehmen:

- Einheitliche Anwendung der Regeln zur Anerkennung der Selbstreinigung grds. begrüßenswert
- Hohe Anforderungen an Selbstreinigungsmaßnahmen
 - welche Maßnahmen erfüllen Voraussetzungen der Selbstreinigung?
 - Erleichterung durch bundeseinheitliches Register?
- Frühzeitige Berücksichtigung bei Verteidigungsstrategie und genaue Dokumentation

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit



Dr. Laurence M. Westen
Rechtsanwalt / Salaried Partner

T +49 211 600 55-325
E l.westen@heuking.de



Beatrice Stange, LL.M.
Rechtsanwältin / Salaried Partner

T +49 211 600 55-535
E b.stange@heuking.de