

## **LKW-Kartell: Kann das Vergaberecht ein „scharfes Schwert“ für geschädigte öffentliche Betriebe sein?**

### **Vergabekammer Südbayern legt Regelungen zu „Selbstreinigungspflichten“ im GWB dem EuGH vor**

Immer wieder sind neben privaten Wirtschaftsteilnehmern auch Körperschaften und Unternehmen der öffentlichen Hand Geschädigte kartellrechtlicher Verstöße. In jüngerer Zeit waren vor allem das „Schienenkartell“ diverser Stahl- und Bahntechnikunternehmen, aber vor allem das „LKW-Kartell“ Gegenstand der Berichterstattung. In letzterem hatten mehrere bedeutende Hersteller von Lastkraftwagen (DAF, Daimler, Iveco, MAN, Renault/Volvo) über Jahre hinweg untereinander Preise abgesprochen. Die EU-Kommission hat mit Entscheidung vom [19.07.2016](#) Bußgelder in Höhe von fast drei Milliarden EUR gegen die Kartellteilnehmer verhängt. Betriebe der öffentlichen Hand, insbesondere Abfall- und Abwasserentsorger, Bauhöfe und andere kommunale Servicebetriebe, sind bedeutende Abnehmer der vom LKW-Kartell betroffenen Produkte und wurden daher oftmals durch die Preisabsprachen wirtschaftlich geschädigt. Eine aktuelle Entscheidung der Vergabekammer (VK) Südbayern (Beschluss vom 07.03.2017, [Z3-3-3194-1-45-11/16](#)) verdeutlicht, welch scharfes Schwert das Vergaberecht für betroffene öffentliche Auftraggeber sein kann, um kartellrechtswidriges Verhalten zu sanktionieren. Die Entscheidung ist zwar zum „Schienenkartell“ ergangen, ist aber ohne Weiteres auf das „LKW-Kartell“ übertragbar.

Im von der Münchener Vergabekammer entschiedenen Fall hatte ein öffentlicher Auftraggeber ein Präqualifizierungssystem für Lieferanten von Bahnschienen eingerichtet. In diesen Lieferantenpool hatte er auch Unternehmen aufgenommen, die Teil des später vom Bundeskartellamt mit Bußgeldern belegten „Schienenkartells“ waren. Der Auftraggeber machte gleichzeitig in einem zivilgerichtlichen Verfahren kartellbedingte Schadensersatzansprüche gegen eines der kartellbeteiligten Unternehmen geltend. Er forderte das Unternehmen auf, ihm gegenüber ausreichende Maßnahmen der „Selbstreinigung“ nachzuweisen und drohte anderenfalls den Ausschluss aus dem Lieferantenpool an. Dazu stellte der Auftraggeber bestimmte Fragen zum Umfang der Kartellbeteiligung des Unternehmens, welche dieses – auch mit Verweis auf das laufende zivilgerichtliche Verfahren – nicht vollständig beantworten wollte. Der Auftraggeber schloss das Unternehmen daraufhin wie angekündigt vom Präqualifizierungssystem aus. Gegen den Ausschluss strengte das Unternehmen ein Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer an.

Dreh- und Angelpunkt der im Nachprüfungsverfahren thematisierten Rechtsfragen sind die Regelungen in §§ 124, 125 GWB. Nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB kann ein öffentlicher Auftraggeber Unternehmen von Vergabeverfahren ausschließen, wenn er über hinreichende Anhaltspunkte dafür verfügt, dass das Unternehmen mit Anderen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen („Kartellabrede“) getroffen hat. Das betroffene Unternehmen kann nach § 125

Abs. 1 GWB den Ausschluss verhindern, wenn es Maßnahmen der „Selbstreinigung“ nachweist. Dazu gehören die Verpflichtung, kartellbedingte Schäden auszugleichen sowie unternehmensinterne Maßnahmen zur Vermeidung zukünftiger weiterer Vergehen („Compliance“). Daneben hat das Unternehmen nach dem Wortlaut der Vorschrift aber auch nachzuweisen, dass es „aktiv“ mit den Ermittlungsbehörden und dem öffentlichen Auftraggeber zusammenarbeitet, um die Umstände des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens aufzuklären.

Die Pflicht zur Zusammenarbeit auch mit dem Auftraggeber hat der deutsche Gesetzgeber im Rahmen der Umsetzung der EU-Richtlinie 2014/24/EU aus eigener Initiative in das GWB aufgenommen. Der Wortlaut der Richtlinie selbst verlangt in Art. 57 Abs. 6 alleine die Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden. Folgerichtig stellt die Vergabekammer Südbayern in ihrer Entscheidung vom 07.03.2017 dann auch zunächst fest, dass das ausgeschlossene Unternehmen seinen Verpflichtungen aus § 125 Abs. 1 GWB nicht vollständig nachgekommen sei, denn es habe letztlich die Zusammenarbeit mit dem Auftraggeber verweigert. Anschließend weist die Vergabekammer aber darauf hin, dass ein öffentlicher Auftraggeber keine „Ermittlungsbehörde“ im Sinne der EU-Richtlinie sei; Ermittlungsbehörden seien nur Staatsanwaltschaften und Kartellämter. Der deutsche Gesetzgeber gehe daher mit seiner Umsetzung über die Richtlinie hinaus, was zwar grundsätzlich möglich sei, hier aber zu einer zusätzlichen Erschwerung der „Selbstreinigung“ durch Unternehmen führe. Die Vergabekammer setzt das Nachprüfungsverfahren daher aus und legt die Vorschrift dem EuGH zur Vorabentscheidung über deren Rechtmäßigkeit vor.

Für die Beschaffungspraxis öffentlicher Auftraggeber ergibt sich aus der Entscheidung zunächst die Erkenntnis, dass durchaus vergaberechtliche Instrumente existieren, um bekannte Kartellteilnehmer in laufenden Vergabeverfahren zu weiteren Informationen zu zwingen. Das betrifft insbesondere anstehende Vergaben von Kommunalfahrzeugen, etwa für Abfallwirtschaftsbetriebe. Hier stellt sich aktuell die Frage, ob und inwieweit Auftraggeber auf Basis der Regelung in § 125 Abs. 1 GWB von Bietern Aufklärung über deren Kartellbeteiligung fordern dürfen (oder sogar müssen, weil ansonsten zwingend der Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB erfolgen müsste). Da die Entscheidung dem Vernehmen nach auch bei den Unternehmen für großes Aufsehen gesorgt hat, ist jedenfalls davon auszugehen, dass Aufklärungsverlangen öffentlicher Auftraggeber nicht unwidersprochen bleiben. Bis zu einer klärenden Entscheidung des EuGH (Az. C-124/17) ist große Sorgfalt bei der Ausgestaltung der Aufklärung zu empfehlen, zumal Inhalt und Reichweite des Aufklärungsrechts den Beschaffern in der Praxis häufig nicht hinreichend klar sind.



**Ihr Ansprechpartner:**

Rechtsanwalt Florian Bretzel

Tel. 0511/590975-60

E-Mail [bretzel@kanzlei-dagefoerde.de](mailto:bretzel@kanzlei-dagefoerde.de)