



INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE
GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT AM MAIN



EWS-Veranstaltungsbericht:

ILF-Diskussion zu Korruption, Kartelle und Selbstreinigung

Nach deutschem Kartellvergaberecht werden gem. § 97 IV 1 GWB öffentliche Aufträge „an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue *und zuverlässige* Unternehmen vergeben“. Wer nach Korruption oder Kartellbildung diese Voraussetzung nicht mehr erfüllt, gegen den darf nach herrschender Ansicht eine Vergabesperre verhängt werden – das heißt, sein Unternehmen wird von der Auftragserteilung ausgeschlossen. Wie dornig der Rückweg ist, darüber diskutierten in der vierten Veranstaltung der ILF-Reihe zu „Infrastruktur, Recht und Finanzen“ drei ausgewiesene Kartell- und Vergaberechtler. Am 11. September 2012 fanden sich auf dem schönen Westend-Campus der Frankfurter Goethe-Universität die Anwaltspartner Dr. Klaus Heuvels, CMS (Frankfurt), Dr. Maxim Kleine, Oppenhoff & Partner (Köln), und Dr. Hans-Joachim Prieß, Freshfields (Berlin) zusammen.

Vor rund 30 Zuhörern aus Wissenschaft und Praxis wies ILF-Moderatorin Dr. Anette Hartung in diesem Zusammenhang zunächst auf einen Klassiker aus der Grundschulzeit des Kartellvergaberechts hin: Nach der Trienekens-Entscheidung des OLG-Düsseldorf v. 9.4.2003 (Verg 43/02) greifen „Bedenken gegen die Zuverlässigkeit ... nicht durch, wenn der Bieter durch seine bislang betriebene Selbstreinigung seine ernstliche Absicht dokumentiert hat, jedem ihm hinlänglich bekannt werdenden Verdacht nachzugehen und dann die gebotenen Maßnahmen personeller und/oder organisatorischer Art zu ergreifen“. Die Gretchenfrage aber lautet: Setzt die nötige Selbstreinigung nur dies voraus, oder ist Weiterreichendes vonnöten? Wie weit muss, wie weit sollte, wie weit darf denn die Vorsorge gegen erneute Verfehlungen gehen?

Heuvels vertritt insoweit eine, wie er selbst es bezeichnete, „etwas engere Sichtweise“. Das unzuverlässig gewordene Unternehmen schulde keine aktive Wiedergutmachung von Schäden Dritter, etwa in Gestalt einer Mitwirkung an der Aufklärung eines Dritten entstandenen Schadens. Auch Anerkennnisse und sonstige Unterstützung Dritter seien nicht angezeigt – vielmehr nehme ein unzulässig gewordenes Unternehmen mit der Abwehr von Drittanprüchen seine berechtigten Interessen wahr. Der Vorwurf fortbestehender Unzuverlässigkeit lasse sich daran prinzipiell nicht knüpfen. Allenfalls derjenige indiziere seine mangelnde Rechtstreue, der sich beharrlich klaren Ansprüchen verweigere, ansonsten bleibe es beim „dornigen Weg“ des Kartellschadensersatzes.

Die kartellrechtliche Perspektive betonte im Anschluss Kleiner. Dabei wies er zunächst darauf hin, dass, wer der öffentlichen Hand schade, mit dem Straftatbestand des Submissionsbetrugs härter belangt werde als unter Privaten mit einem (ordnungswidrigkeitsrechtlichen) Bußgeld. Ein Auftragsausschluss müsse sich stets auf Unternehmen beziehen; bei konzernbezogener

INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE,
GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT AM MAIN, Campus Westend im House of Finance, 60323 Frankfurt a. M.

Telefon: +49 (69) 798-33 625, Fax: +49 (69) 798-33925, E-Mail: info@ilf.uni-frankfurt.de,

www.ilf-frankfurt.de, Gemeinnützige Stiftung des Privaten Rechts mit Sitz in Frankfurt,

Stiftung genehmigt durch RP Darmstadt vom 10. April 2002, Az. III 21.1-25d 04/11-(12)-509

Bankverbindung: Commerzbank AG, BLZ 500 800 00, Kto-Nr. 913 807 00

Betrachtung drohe eine unangemessene „Sippenhaft“. Umgekehrt könne aber das bloße Umfirmieren einer juristischen Person keine Reinigung bedeuten, hier seien neues Personal, Schulungen, insgesamt neue Strukturen gefragt. Mit Heuvels stimmte Kleiner darin überein, dass Kompensationsbereitschaft und Rechtstreue scharf voneinander zu trennen seien: Die „freiwillige Kompensation“ mutmaßlicher Schäden könne unter keinen Umständen Bestandteil eines Selbstreinigungsprozesses sein. Allerdings legte er bei der Berücksichtigung vergaberechtlicher Sekundärzwecke außerhalb einer rein wirtschaftlichen und wettbewerblichen Beschaffung ein weiteres Verständnis an den Tag – was als „strategische Beschaffung“ im Trend der vergaberechtlichen Zeit liegt.

Noch umfassender schließlich sah Prieß die Auftragnehmerseite in der Pflicht: Der Ausgleich von verursachten Schäden, die Wiedergutmachung, sei für die glaubhafte Selbstreinigung unverzichtbar. Eine rein zukunftsbezogene Betrachtung greife zu kurz. Die Zuverlässigkeit eines Bieters sei auch daraus abzuleiten, wie er mit den Folgen der von ihm in der Vergangenheit begangenen Unregelmäßigkeiten umgehe. Die Bemühung um Aufklärung und Ausgleich dokumentiere ein hohes Maß an Rechtstreue, das bei der Prognoseentscheidung zur Zuverlässigkeit positiv zu Buche schlagen müsse; ganz abgesehen davon, dass es präventiv das falsche Signal an die Gemeinschaft rechtstreuer Wettbewerber sende.

Was die Erforderlichkeit einer freiwilligen Aufklärung betraf, so fanden die Panelisten auch im Folgenden nicht zueinander. Eine zusätzliche Facette brachte Kaye Scholer-Anwaltspartner Dr. Sebastian Jungermann in die Diskussion ein: So sei auch zwischen bloßer Kartellbildung und korruptivem Verhalten auf Ausgangsseite strikt zu trennen. Zudem sei zu überlegen, inwieweit die in internationalen Kartellen „dramatisch wichtigen“ Kronzeugenregelungen hierzulande eine Rolle spielen dürften.

Nach seinen abschließenden Wünschen befragt, erhoffte sich Heuvels auf europäischer Ebene einheitliche Selbstreinigungsvoraussetzungen, an denen es bisher in der Tat fehlt – allerdings keine zusätzlichen Wiedergutmachungsregelungen im Vergaberecht: „Lasst es gut sein mit der Befrachtung des Vergaberechts mit weiteren Zwecken“. Im Übrigen sollten sich die Vergabestellen ein eigenes Urteil zutrauen, eines Schiedsrichters wie der Oberfinanzdirektion bedürfe es nicht. Prieß kam in beiden Fällen zu einem konträren Urteil und wies ergänzend auf das Bundeskartellamt als geeigneter Zentralinstanz hin. Kleine, ähnlich Heuvels ein Gegner der vergaberechtlichen Kompensationspflicht, wünschte sich außerhalb einer klaren gesetzlichen Regelung und einer einheitlicheren Anwendung des Rechts von der Justiz, sie möge „Strafen anständig verhängen“. Darüber jedenfalls, dass die Justiz klare Standpunkte und konsistente Entscheidungen entwickeln sollte, waren sich alle Anwesenden einig.

Rechtsanwältin Dr. Anette Hartung, Projektentwicklerin am Institute for Law and Finance und Lehrbeauftragte für das Vergaberecht an der Goethe-Universität, Frankfurt am Main