

Dr. Annette Mutschler-Siebert, M.Jur. (Oxon), RAin, und Dorian Dorschfeldt, RA

# Vergaberechtliche Selbstreinigung und kartellrechtliche Compliance – zwei Seiten einer Medaille

Zwischen der vergaberechtlichen Selbstreinigung und kartellrechtlichen Compliance-Maßnahmen bestehen sowohl Schnittstellen als auch Unterschiede. Im Rahmen der anstehenden Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien in deutsches Recht werden auch die Voraussetzungen der Selbstreinigung nach einem Rechtsverstoß kodifiziert werden. Dabei sollte die Diskussion zu Anforderungen an (kartellrechtliche) Compliance-Systeme berücksichtigt werden. Durch eine Regelung der Anforderungen und insbesondere auch der Auswirkung der Existenz oder Einführung eines Compliance-Systems auf Sanktionenentscheidungen könnte eine vergaberechtliche Regelung – trotz unterschiedlicher Zielrichtungen – Vorbildcharakter auch für das Kartellrecht entwickeln.

## I. Einleitung

Geldbußen des Bundeskartellamts liegen auf einem Rekordniveau. Im Jahr 2014 überstiegen die vom Bundeskartellamt verhängten Bußgelder schätzungsweise eine Milliarde Euro.<sup>1</sup> Dass Risiken aufgrund kartellrechtlicher Verstöße zu Recht als besonders relevant und besonders schwerwiegend in ihren Auswirkungen hervorgehoben werden,<sup>2</sup> liegt aber nicht zuletzt daran, dass Kartellrechtsverstöße nicht „nur“ kartellrechtliche Sanktionen, d.h. Geldbußen, sondern auch Schadensersatzklagen und Strafverfahren nach sich ziehen können. Daneben gewinnen auch vergaberechtliche „Sanktionen“ – d.h. Ausschlüsse von konkreten Vergabeverfahren und langfristige Auftragsperren – an Relevanz. Das betrifft nicht nur öffentliche Auftraggeber in Deutschland, sondern auch öffentliche Auftraggeber in Europa und der ganzen Welt.<sup>3</sup> Die neuen EU-Vergaberichtlinien verstärken diesen Trend.

Die Sanktionierung von Wirtschaftskriminalität (u. a. kartellrechtswidriges Verhalten) wird – über die bestehenden vergabe- und kartellrechtlichen Instrumentarien hinaus – seit einiger Zeit intensiv diskutiert und ist gegenwärtig Gegenstand gleich mehrerer Gesetzesvorhaben:

- Das Bundeskabinett hat am 7.1.2015 angekündigt, bei der Umsetzung der neuen europäischen Vergaberichtlinien zum einen die Ausschlussgründe dahingehend zu verschärfen, dass von öffentlichen Aufträgen nicht profitieren könne, wer sich wegen Wirtschaftsdelikten strafbar gemacht hat und zum anderen konkrete Vorgaben zu den Anforderungen einer Selbstreinigung zu machen. Zudem wird die Einführung eines zentralen bundesweiten Vergabeausschlussregisters zur besseren Überprüfbarkeit etwaiger Verfehlungen der Bewerber durch öffentliche Auftraggeber erwogen.
- Eine detailliertere Regelung der Unternehmenshaftung streben sowohl der nordrhein-westfälische Entwurf zur Einführung eines „Unternehmensstrafrechts“<sup>4</sup> als auch die zwei Gesetzesvorschläge zur Änderung der §§ 30, 130 OWiG<sup>5</sup> an. Die Bundesregierung hat

im Juli 2014 angekündigt, den gesetzgeberischen Handlungsbedarf auf diesen Gebieten zu prüfen.<sup>6</sup>

Allen Vorschlägen und Entwürfen gemeinsam ist, dass sie auch Möglichkeiten der Verhinderung bzw. Reduzierung von Sanktionen bei Einführung effektiver Schutzmaßnahmen generell oder auch als Reaktion auf ein konkretes Fehlverhalten (sog. Nachtatverhalten) vorsehen.<sup>7</sup> Der Beitrag beleuchtet die verschiedenen Berührungspunkte sowie Unterschiede der Maßnahmen, die für eine (im Schwerpunkt reaktive) vergaberechtliche Selbstreinigung und für die (im Schwerpunkt präventive) kartellrechtliche Compliance erforderlich sind. Hierzu soll zunächst auf die verschiedenen vergabe- und kartellrechtlichen Sanktionen eingegangen werden, die aufgrund eines Kartellrechtsverstößes verhängt werden können (siehe hierzu unter II.). Im Anschluss soll diskutiert werden, welche Anforderungen an die vergaberechtliche Selbstreinigung zu stellen sind und inwieweit hierbei Anforderungen an (kartell-)rechtliche Compliance-Systeme zu berücksichtigen sind (siehe hierzu unter III.). Des Weiteren soll die bisher nicht zufriedenstellend geklärte Frage erörtert werden, inwieweit Compliance-Maßnahmen die kartell- und vergaberechtlichen Sanktionen vermeiden oder jedenfalls zu einer Milderung führen können (siehe hierzu unter IV.).

## II. Vergabe- und kartellrechtliche Sanktionen

Ein einem Unternehmen zurechenbarer Kartellrechtsverstoß kann sowohl vergabe- als auch kartellrechtliche Sanktionen gegenüber dem Unternehmen nach sich ziehen. Die Sanktionen können gegen das

1 S. [http://www.bundeskartellamt.de/DE/Kartellverbot/kartellverbot\\_node.html](http://www.bundeskartellamt.de/DE/Kartellverbot/kartellverbot_node.html) (Abruf: 6.2.2015).

2 Spindler, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2014, § 91, Rn. 53.

3 So enthalten die neuen Vergaberichtlinien auf EU-Ebene verschiedene Möglichkeiten Unternehmen von einzelnen Vergabeverfahren oder auch dauerhaft auszuschließen (s. hierzu beispielsweise Art. 57 der RL 2014/24/EU, die anderen Richtlinien 2014/23/EU und 2014/25/EU enthalten äquivalente Regelungen). S. zu einigen internationalen vergaberechtlichen Sanktionssystemen *Williams-Elegbe*, *Fighting Corruption in International Procurement*, 2012.

4 Abrufbar unter [https://www.justiz.nrw.de/JM/justizpolitik/jumiko/beschluesse/2013/herbstkonferenz13/zw3/TOP\\_IL\\_5\\_Gesetzesentwurf.pdf](https://www.justiz.nrw.de/JM/justizpolitik/jumiko/beschluesse/2013/herbstkonferenz13/zw3/TOP_IL_5_Gesetzesentwurf.pdf) (Abruf: 26.2.2015). Dieser Entwurf wurde bereits im November 2013 vorgelegt. Vgl. dazu *Witte/Wagner*, BB 2014, 643.

5 Ein Gesetzesvorschlag stammt vom Deutschen Institut für Compliance – DICO e.V., abrufbar unter [https://dico-ev.de/fileadmin/PDF/PDF\\_Intranet\\_2013/Unternehmensstrafrecht/CompAG\\_21\\_07\\_2014.pdf](https://dico-ev.de/fileadmin/PDF/PDF_Intranet_2013/Unternehmensstrafrecht/CompAG_21_07_2014.pdf) (Abruf: 26.2.2015). Der andere Gesetzesvorschlag wurde vom Bundesverband der Unternehmensjuristen (BUJ) unterbreitet, abrufbar unter [http://www.buj.net/resources/Server/BUJ-Stellungnahmen/BUJ\\_Gesetzesvorschlag\\_OWIG.pdf](http://www.buj.net/resources/Server/BUJ-Stellungnahmen/BUJ_Gesetzesvorschlag_OWIG.pdf) (Abruf: 26.2.2015). Vgl. dazu auch *Heuking/von Coelln*, BB 2014, 3016.

6 BT-Drs. 18/2187, 2; s. hierzu auch die Rede von Bundesjustizminister *Maas* zur Eröffnung des Symposiums zur Verbandsverantwortlichkeit am 1.12.2014 in Berlin, abrufbar unter [http://www.bmjv.de/SharedDocs/Reden/DE/2014/20141201\\_Verbandsverantwortlichkeit.html?nn=1468636](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Reden/DE/2014/20141201_Verbandsverantwortlichkeit.html?nn=1468636) (Abruf: 26.2.2015).

7 S. § 5 des nordrhein-westfälischen Entwurfs eines Verbandstrafrechts; s. vorgeschlagene Neufassung des § 30 Abs. 7 und Abs. 8 des BUJ-Gesetzesvorschlags; s. § 30 Abs. 2 des DICO-Gesetzesvorschlags; vgl. dazu auch *Heuking/von Coelln*, BB 2014, 3016, 3018 ff.

„handelnde“ Unternehmen und auch gegen verbundene Unternehmen gerichtet sein.

## 1. Vergaberechtliche Sanktionen

Das Vergaberecht normiert verschiedene Ausschlussgründe, die öffentlichen Auftraggebern erlauben bzw. vorgeben, Bieter aufgrund von vergangenem Fehlverhalten – wie beispielsweise Kartellverstößen – von Vergabeverfahren auszuschließen.<sup>8</sup> Die Gründe bleiben in den neuen EU-Vergaberichtlinien im Wesentlichen bestehen, teilweise werden sie modifiziert und an einigen Stellen um neue Gründe ergänzt.<sup>9</sup>

Dogmatischer Ansatzpunkt für die vorliegend betrachteten Ausschlussgründe sind *Zweifel an der Eignung*. Aufgrund eines Fehlverhaltens in der Vergangenheit wird prognostiziert, dass die erforderliche Zuverlässigkeit für die Ausführung des Auftrags nicht vorliegt, d. h. der Bieter unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände keine ordnungsgemäße und vertragsgerechte Ausführung des Auftrags erwarten lässt. Auf die normierten Ausschlussgründe können – zumindest nach Ansicht der Rechtsprechung – auch *dauerhafte Vergabesperrn* gestützt werden.<sup>10</sup> Die neuen EU-Vergaberichtlinien bestätigen diese Auffassung und führen maximale Sperrfristen für Auftragsperrn ein. So soll eine Vergabesperre im Falle eines obligatorischen Ausschlussgrundes den Zeitraum von fünf Jahren und bei Vorliegen eines fakultativen Ausschlussgrundes den Zeitraum von drei Jahren nicht überschreiten.<sup>11</sup> Bei einem Kartellrechtsverstoß kann sowohl ein Ausschluss von einem konkreten Vergabeverfahren mangels Zuverlässigkeit als auch eine längerfristige Vergabesperre drohen – und zwar entweder zwingend (siehe hierzu unter a)) oder aufgrund einer Ermessensentscheidung des Auftraggebers (siehe hierzu unter b)).

### a) Obligatorische Ausschlussgründe

*Zwingend* mangels Eignung auszuschließen ist ein Unternehmen nach den Vorgaben der (alten wie neuen) EU-Vergaberichtlinien und des deutschen GWB-Vergaberechts dann, wenn eine Person, deren Verhalten dem Unternehmen zugerechnet werden kann, rechtskräftig wegen einer sog. Katalogstraftat verurteilt wurde.<sup>12</sup> Die abschließend aufgezählten Katalogstraftaten beziehen sich größtenteils nicht auf Kartellrechtsverstöße, sondern umfassen u. a. Korruption, Betrug und Geldwäsche. Preisabsprachen können allerdings auch zu einer Verurteilung wegen *Submissionsbetrugs gemäß § 263 StGB* führen.<sup>13</sup> Bei einer solchen Verurteilung muss der betreffende Bieter zwingend ausgeschlossen werden, wenn sich die Tat gegen den Haushalt der EU richtet:<sup>14</sup> d. h. wenn der infrage stehende Auftrag direkt oder indirekt aus EU-Mitteln finanziert wird. Das deutsche Vergaberecht sieht zudem den zwingenden Ausschluss eines Bieters vor, wenn dieser *in Bezug auf die konkrete Vergabe eine unzulässige, wettbewerbsbeschränkende Abrede* getroffen hat.<sup>15</sup>

### b) Fakultative Ausschlussgründe

Neben den obligatorischen Ausschlussgründen besteht eine Reihe von fakultativen Ausschlussgründen, bei denen die Auftraggeber *im Rahmen ihres Ermessens* über einen Ausschluss entscheiden. Bei Kartellrechtsverstößen ist insbesondere der fakultative Ausschlussgrund der „*schweren Verfehlung*“ im Rahmen der beruflichen Tätigkeit relevant.<sup>16</sup> Schwere Verfehlungen sind erhebliche Rechtsverstöße, die geeignet sind, die Zuverlässigkeit eines Unternehmens grundlegend in Frage zu stellen. Richtigerweise sind – wie auch durch den EuGH

klargestellt – an den Begriff der „*schweren Verfehlung*“ strenge Anforderungen zu stellen: Der Ausschlussgrund darf nicht dazu genutzt werden, ein Unternehmen aufgrund geringfügiger Verfehlungen auszuschließen.<sup>17</sup>

Eine Beteiligung an Absprachen über Preise oder Preisbestandteile kann hingegen ohne Weiteres (auch ohne konkreten Bezug zu dem jeweiligen Vergabeverfahren) den Ausschluss der beteiligten Unternehmen von Vergabeverfahren rechtfertigen – nach momentan geltender Rechtslage wäre hierin eine schwere Verfehlung zu sehen, wie insbesondere in Bezug auf das sog. Löschfahrzeugkartell von den Nachprüfungsinstanzen ausdrücklich bestätigt wurde.<sup>18</sup> In der Löschfahrzeug-Entscheidung der Vergabekammer Lüneburg wurde auch klargestellt, dass nicht nur Preisabsprachen des sich bewerbenden Unternehmens selbst, sondern unter Umständen auch solche von mit ihm verbundenen Unternehmen zum Ausschluss führen können bzw. müssen: Im konkreten Fall war die Tochtergesellschaft nach Aussage der Vergabekammer aufgrund des erwiesenen Kartellverstoßes der Muttergesellschaft auszuschließen, da die Mutter „Einfluss auf das Geschäft“ der am Vergabeverfahren teilnehmenden Tochtergesellschaft nehmen konnte und zum Zeitpunkt der Verstöße Personenidentität auf Geschäftsführeerebene bestand.<sup>19</sup>

Ob sonstige Kartellverstöße, wie beispielsweise das Ausnutzen einer marktbeherrschenden Stellung oder eine sog. Kernbeschränkung im Vertikalverhältnis, zu einem Ausschluss führen können, wurde von der Rechtsprechung soweit ersichtlich bisher noch nicht entschieden. Da im Rahmen einer Ausschlussentscheidung eine Prognose anzustellen ist, ob sich das Unternehmen in Zukunft rechtstreu verhalten wird,<sup>20</sup> spricht viel dafür, dass sämtliche Verstöße, die auf eine relevante Beeinträchtigung des Wettbewerbs abzielen oder eine solche bewirken, einen Ausschluss von Vergabeverfahren nach sich ziehen können. Denn auch solche Verstöße führen – soweit keine anderen Aspekte zu berücksichtigen sind – zu einer Negativprognose. Dieses Verständnis deckt sich mit dem letzten Entwurf zur Einführung eines bundesweiten Korruptionsregisters. Hiernach sollte jeder durch bestandskräftigen Bußgeldbescheid festgestellte Verstoß gegen § 81 GWB eingetragen werden.<sup>21</sup> Das nordrhein-westfälische Korruptionsregistergesetz enthält in § 5 Abs. 1 Nr. 3 bereits eine entsprechende

8 S. Art. 45 der RL 2004/18/EG, Art. 54 Abs. 4 der RL 2004/17/EG; § 6 VOL/A-EG, § 6 VOB/A-EG, § 21 SektVO.

9 S. für eine ausführliche Gegenüberstellung *Prieß*, PPLR, 2014, 112.

10 KG, 8.12.2011 – 2 U 11/11, NZBau 2012, 389.

11 S. hierzu Art. 57 Abs. 7 der Richtlinien 2014/24/EU; keine Maximaldauer wird für eine Vergabesperre aufgrund des Art. 57 Abs. 2 vorgesehen, d. h. einen Ausschluss aufgrund von Verstößen gegen die Verpflichtung zur Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen.

12 S. hierzu: § 6 Abs. 4 VOB/A-EG und VOL/A-EG; § 4 Abs. 6 VOF, § 21 Abs. 1 SektVO sowie Art. 57 Abs. 1, 2 der RL 2014/24/EU und Art. 80 der RL 2014/25/EU.

13 BGH, 8.1.1992 – 2 StR 102/91, BB 1992, 234.

14 § 6 Abs. 4 c) VOL/A-EG und VOB/A-EG; anders jedoch nach § 21 SektVO.

15 § 19 Abs. 3 f) VOL/A-EG, § 16 Abs. 1 d) VOB/A-EG; die SektVO enthält keine entsprechende Vorschrift.

16 S. hierzu Art. 45 Abs. 2 d) der RL 2004/18/EG. In Deutschland umgesetzt in § 6 Abs. 6 c) VOL/A-EG. Hierin wird kein Bezug zur beruflichen Tätigkeit gefordert, sondern eine schwere Verfehlung verlangt, die die Zuverlässigkeit des Bieters infrage stellt. S. auch § 6 Abs. 3 g) VOB/A-EG und § 21 Abs. 4 Nr. 5 SektVO.

17 S. dazu EuGH, 13.12.2012 – C-465/11, EuZW 2013, 151.

18 VK Lüneburg, 14.2.2012 – VgK-05/2012; VK Lüneburg, 24.3.2011 – VgK-4/2011, ZfBR 2011, 595; s. auch OLG Frankfurt, 20.7.2004 – 11 Verg 6/04, ZfBR 2004, 822.

19 VK Lüneburg, 24.3.2011 – VgK-4/2011, ZfBR 2011, 595

20 OLG München, 22.11.2012 – Verg 22/12, VergabeR 2013, 498; OLG Frankfurt, 20.7.2004 – 11 Verg 6/04, ZfBR 2004, 822; *Lampert/Matthey*, in: Hauschka (Hrsg.), Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 16, Rn. 51; *Lotze*, in: Saenger u. a. (Hrsg.), Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2012, § 12, Rn. 269.

21 S. § 3 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzesentwurfs der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen: BT-Drs. 17/11415, 3.

Regelung.<sup>22</sup> Das zeigt, dass der Gesetzgeber in diesen Fällen von einer schweren Verfehlung ausgeht.

Damit ein Ausschluss begründet werden kann, muss ein gewisser Grad der *Nachweisbarkeit* bestehen. Ein Ausschluss allein aufgrund eines Verdachts wäre unverhältnismäßig und rechtswidrig. Wo genau die Schwelle liegt, ist nicht eindeutig geklärt. Einigkeit besteht dahingehend, dass ein fakultativer Ausschluss wegen einer schweren Verfehlung – anders als bei den obligatorischen Ausschlussgründen – nicht erst bei Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung möglich ist.<sup>23</sup> Liegt jedoch ein Beschluss des Bundeskartellamts oder der Europäischen Kommission vor, die dem Unternehmen einen Kartellverstoß vorwerfen, reicht das als Nachweis einer schweren Verfehlung regelmäßig aus – und zwar wohl auch schon vor Eintritt der Rechtskraft. Gleiches gilt für sogenannte Settlements, d. h. einvernehmliche Beendigungen von Verfahren vor den Kartellbehörden: Diese setzen eine Anerkennung des Kartellverstoßes und eine Entscheidung der Kartellbehörden voraus, so dass in der Regel ein ausreichender Anhaltspunkt für eine schwere Verfehlung vorliegt.<sup>24</sup> In Anbetracht der Auswirkungen auf die unternehmerische Tätigkeit darf die Schwelle der Nachweisbarkeit nicht zu niedrig angesetzt werden: eine Ausschlussentscheidung muss auf gesicherten Erkenntnissen beruhen – reine Verdachtsmomente sind nicht ausreichend.<sup>25</sup> Auch die Tatsache, dass ein Ermittlungsverfahren läuft bzw. die Kommission ein Statement of Objection veröffentlicht, dürfte für sich genommen wohl noch nicht ausreichend sein.<sup>26</sup>

Zusätzlich zum Ausschluss wegen schwerer Verfehlung führen die neuen Vergaberichtlinien einen neuen fakultativen Ausschlussgrund für *wettbewerbsverzerrende Vereinbarungen* ein. Nach Art. 57 Abs. 4 lit. d) der Richtlinie 2014/24/EU kann ein Teilnehmer von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn der öffentliche Auftraggeber über „hinreichend plausible Anhaltspunkte“ dafür verfügt, dass „der Wirtschaftsteilnehmer mit anderen Wirtschaftsteilnehmern Vereinbarungen getroffen hat, die auf eine Verzerrung des Wettbewerbs abzielen“. Damit geht dieser neue Ausschlussgrund insofern über den in Deutschland bereits bestehenden obligatorischen Ausschlussgrund wegen wettbewerbsbeschränkender Abreden hinaus, als dass Ausschlüsse auch aufgrund wettbewerbswidriger Vereinbarungen erfolgen können, die in keinem Zusammenhang mit dem konkreten Vergabeverfahren stehen. Andererseits enthält die in den Richtlinien gewählte Formulierung verschiedene Einschränkungen gegenüber dem Wortlaut des Kartellverbots in Art. 101 Abs. 1 AEUV: Zum einen werden neben entsprechenden Vereinbarungen nicht auch Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen erwähnt; zum anderen findet sich auch keine Einbeziehung von zwar ggf. nicht bezweckten, aber bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen. Prima facie erscheint nicht nachvollziehbar, warum eine derartige Beschränkung und Abweichung von der Reichweite des Kartellverbots in den Richtlinien bewusst und gewollt vorgenommen worden sein sollte. Allerdings bleibt in Anbetracht der EuGH-Rechtsprechung zur grundsätzlich abschließenden Natur der in den Richtlinien kodifizierten Ausschlussgründe<sup>27</sup> abzuwarten, ob die deutsche Umsetzung auch in Betracht auf den neuen kartellrechtlichen Ausschlussgrund, wie für die Umsetzung insgesamt angekündigt, „eins zu eins“<sup>28</sup> erfolgen wird oder darüber hinausgeht. In Betracht käme auch unter Rückgriff auf den bestehenden Ausschlussgrund der schweren Verfehlung – im Wege einer auch nach der EuGH-Rechtsprechung

grundsätzlich zulässigen nationalen Ausgestaltung dieses Ausschlussgrundes<sup>29</sup> – eine Regelung zu schaffen, wonach grundsätzlich sämtliche Verstöße gegen das Kartellverbot gemäß Art. 101 AEUV einen Ausschluss rechtfertigen können. Ebenfalls abzuwarten bleibt, ob aufgrund des Wortlauts der Richtlinie („hinreichend plausible Anhaltspunkte“) bei der Umsetzung in deutsches Recht die Nachweisschwelle niedriger angesetzt wird als für die schwere Verfehlung („nachweislich“).

## 2. Kartellrechtliche Sanktionen

Die kartellrechtliche Sanktionierung von Verstößen gegen Art. 101, 102 AEUV bzw. §§ 1, 19ff. GWB erfolgt im Wesentlichen durch die Verhängung von Bußgeldern von bis zu 10% des weltweiten Gesamtumsatzes gegen die beteiligten Unternehmen gemäß § 81 GWB i.V.m. § 30 OWiG. Bei einem Kartellrechtsverstoß der Organe selbst oder bei Verletzung ihrer Aufsichts- und Überwachungspflichten (§ 130 OWiG) können auch Bußgelder von bis zu 1 Mio. Euro gegen diese natürlichen Personen verhängt werden. Des Weiteren können einzelne Kartellrechtsverstöße, wie etwa Submissionsabsprachen strafrechtlich relevant sein, so dass unter Umständen sogar Freiheitsstrafen gegen die beteiligten Personen verhängt werden können.

## III. Berücksichtigung von Anforderungen an (kartellrechtliche) Compliance-Systeme bei der Bestimmung der erforderlichen Selbstreinigungsmaßnahmen

Ein Ausschluss vom Verfahren oder eine Vergabesperre aufgrund von Kartellverstößen können dadurch vermieden werden, dass das betroffene Unternehmen nach Bekanntwerden des Rechtsverstoßes sogenannte Selbstreinigungsmaßnahmen durchführt und gegenüber dem Auftraggeber darlegt. Das Konzept der Selbstreinigung ist in Deutschland in Rechtsprechung<sup>30</sup> und Literatur<sup>31</sup> seit Längerem anerkannt. Allerdings hat sich das Konzept noch nicht in allen EU-Mitgliedstaaten

22 § 5 Abs. 1 Nr. 3 Korruptionsbekämpfungsgesetz Nordrhein-Westfalen v. 16.12.2004. Ähnlich kann auch die momentane Regelung in § 3 Abs. 1 des Korruptionsregistergesetzes Berlin vom 19.4.2006 verstanden werden.

23 OLG Frankfurt, 20.7.2004 – 11 Verg 6/04, ZfBR 2004, 822.

24 So auch Stein/Friton/Huttenlauch, WuW 2012, 38, 43.

25 OLG Frankfurt, 20.7.2004 – 11 Verg 6/04, ZfBR 2004, 822.

26 VK Hessen, 9.2.2004 – 69d – VK-79/2003 und 80/2003, ZfBR 2004, 822, bestätigt durch OLG Frankfurt a.M., 20.7.2004 – 11 Verg 6/04, ZfBR 2004, 822. Dringender Tatverdacht ist jedoch ausreichend: OLG München, 22.11.2012 – Verg 22/12, VergabeR 2013, 498; OLG Saarbrücken, 29.12.2003 – 1 Verg 4/03, NZBau 2006, 346.

27 EuGH, 13.12.2012 – C-465/11, Rn. 38: „[...] nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs nennt Art. 45 Abs. 2 der [...] RL [2004/18/EG] erschöpfend die Gründe, mit denen der Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers von der Beteiligung an einem Vergabeverfahren aus Gründen gerechtfertigt werden kann, die sich, gestützt auf objektive Anhaltspunkte, auf seine berufliche Eignung beziehen, und hindert folglich die Mitgliedstaaten daran, die in ihm enthaltene Aufzählung durch weitere auf berufliche Eignungskriterien gestützte Ausschlussgründe zu ergänzen.“ EuZW 2013, 151; s. zudem: EuGH, 15.7.2010 – C-74/09, Slg. 2010, I-7271, Rn. 43; EuGH 16.12.2008 – C-213/07, EWS 2009, 487, Rn. 43; EuGH, 9.2.2006 – C-226/04 und C-228/04, EWS 2006, 136, Rn. 22.

28 S. den Beschluss des Bundeskabinetts zu den Eckpunkten zur Reform des Vergaberechts vom 7.1.2015, S. 2.

29 Vgl. EuGH, 13.12.2012 – C-465/11, Rn. 26: „Folglich können die in Art. 45 Abs. 2 Unterabs. 1 Buchst. d der RL 2004/18 enthaltenen Begriffe „im Rahmen der beruflichen Tätigkeit“ begangene „schwere“ „Verfehlung“ im nationalen Recht – aber unter Beachtung des Unionsrechts – präzisiert und erläutert werden.“ (Hervorhebung Verfasser), EuZW 2013, 151.

30 Exemplarisch OLG Brandenburg, 14.12.2007 – Verg W 21/07; OLG München, 22.11.2012 – Verg 22/12, VergabeR 2013, 498.

31 Dazu nur Pünder/Prieß/Arrowsmith (Hrsg.), Self-Cleaning in Public Procurement Law, 2010.



ten durchgesetzt. Durch die neuen Vergaberichtlinien wird nun erfreulicherweise ein einheitlicher Standard geschaffen, nach dem Selbstreinigungsmaßnahmen in Zukunft in der gesamten EU zu berücksichtigen sind. Dabei sind nach Art. 57 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24/EU die folgenden Anforderungen an eine effektive Selbstreinigung zu stellen:

- umfassende Sachverhaltsaufklärung durch aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden (hierzu unter 1.);
- Ausgleich des entstandenen Schadens oder Verpflichtung hierzu (hierzu unter 2.);
- konkrete personelle Maßnahmen (hierzu unter 3.) sowie
- technische und organisatorische Maßnahmen (hierzu unter 4.), die geeignet sind, weitere Rechtsverstöße zu vermeiden.

In Anbetracht der umfangreichen Praxis und Diskussion zu notwendigen Inhalten eines Compliance-Systems zur Vermeidung von Kartellverstößen stellt sich die Frage, ob bzw. inwiefern die dortigen Überlegungen zu notwendigen (hauptsächlich präventiven) Compliance-Maßnahmen ergänzend zur Auslegung der vergaberechtlichen Verpflichtungen zum Nachweis der Zuverlässigkeit – sowohl generell (zuverlässig und gesetzestreu Unternehmen) als auch im Rahmen der Selbstreinigung nach einem feststehenden Kartellverstoß – herangezogen werden können.

Die Anforderungen an kartellrechtliche Compliance-Maßnahmen, die Unternehmen einführen, um Kartellrechtsverstöße zu vermeiden und ihren Auswahl- und Überwachungspflichten zu genügen,<sup>32</sup> sind zwar nicht wie (seit neuestem) die vergaberechtliche Selbstreinigung kodifiziert. In der Praxis werden sie aber umfangreich diskutiert und ausdifferenziert. Regelmäßig werden dabei die folgenden Elemente für ein funktionierendes Compliance-System als wesentlich erachtet:<sup>33</sup>

- sorgfältige Personalauswahl und -instruktion sowie interne Kommunikation der Compliance-Standards;
- regelmäßige Risikoidentifizierung und -bewertung;
- Überwachungsmaßnahmen und Kontrollen;
- Sachverhaltsaufklärung bei Bestehen von Verdachtsmomenten;
- repräsentative Sanktionierung von Verstößen.

Dabei ist zu betonen, dass es sich bei den aufgeführten Elementen keineswegs um einheitliche Mindeststandards handelt, sondern lediglich um mögliche Maßnahmen. Bei der Ausgestaltung des Compliance-Systems ist die Geschäftsführung eines jeden Unternehmens zu Recht frei. Die Maßnahmen, Strukturen und Prozesse sind von den konkreten Umständen im Einzelfall abhängig – es muss der Geschäftsführung überlassen bleiben, ein für das Unternehmen und die Beschäftigten funktionierendes und angemessenes Compliance-System zu schaffen, insbesondere in Abhängigkeit von der Größe und dem Risikoprofil des Unternehmens.<sup>34</sup>

Die genannten Anforderungen an ein effektives Compliance-System zur Verhinderung von Kartellrechtsverstößen finden sich zum Teil auch in den Vorgaben einer vergaberechtlichen Selbstreinigung wieder – und zum Teil können bzw. sollten sie in diese hineingelesen werden:

## 1. Sachverhaltsaufklärung

Für eine erfolgreiche Selbstreinigung wird gefordert, dass das betroffene Unternehmen den Sachverhalt, der dem Kartellrechtsverstoß zugrunde liegt, in Kooperation mit der Vergabestelle und den Behörden aktiv, umfassend und zeitnah aufklärt. In der Regel wird damit eine

interne Revision bzw. Prüfung durch Externe einhergehen. Die Sachverhaltsaufklärung erfordert in der Praxis besondere Sensibilität. Hierdurch kann es zu durchaus erheblichen Interessenskonflikten und komplexen Rechtsfragen kommen – beispielsweise im Hinblick auf das Datenschutzrecht –, die eine sorgsame Abwägung im Einzelfall erfordern.<sup>35</sup>

Die Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung steht in einem Spannungsverhältnis zu der weiteren Anforderung, personelle Konsequenzen gegenüber den in den Verstoß involvierten Mitarbeitern zu ziehen. Den EU-Vergaberichtlinien lässt sich insofern kein Vorrangverhältnis der einen oder anderen Anforderung entnehmen. Mitarbeiter, denen die fristlose Kündigung droht, werden im Regelfall nicht bereit sein, das Unternehmen bei der Sachverhaltsaufklärung zu unterstützen. Aufgrund dessen kann es im Einzelfall erforderlich sein, ausreichende Anreize wie beispielsweise Kronzeugen- und Amnestieregelungen innerhalb des Unternehmens zu implementieren, um eine lückenlose Aufklärung wettbewerbswidriger Praktiken mithilfe der Belegschaft zu ermöglichen. Unter Berücksichtigung des infrage stehenden Fehlverhaltens und der verdächtigten Personen muss hier eine Einzelfallentscheidung getroffen werden.<sup>36</sup> Unter Berücksichtigung der verschiedenen Faktoren muss gegenüber den Vergabestellen bzw. den jeweiligen Entscheidungsträgern zu begründen sein, wieso solche Anreize ausnahmsweise gewährt wurden.

Die Anforderung der Sachverhaltsaufklärung im Rahmen der vergaberechtlichen Selbstreinigung wird prima facie nicht durch den nemo-tenetur-Grundsatz beschränkt. Denn dieser gilt nur zum Schutz des Täters aufgrund der strafrechtlichen Erwägung, dass einem kooperativen Straftäter trotz Aufklärung eine Strafe droht. Im Vergaberecht droht jedoch keine Strafe, sondern es besteht vielmehr die Möglichkeit die vergaberechtliche Zuverlässigkeit wiederzuerlangen. Trotz alledem dürfte die Verpflichtung der Unternehmen nur so weit gehen, wie das die Rechte und Interessen der betroffenen Arbeitnehmer erlauben.<sup>37</sup> Nur so kann das bestehende Spannungsverhältnis zwischen drohender persönlicher Strafverfolgung für den einzelnen Mitarbeiter und seiner Verpflichtung im Interesse des Unternehmens und der Verpflichtung des Unternehmens aktiv, umfassend und zeitnah an der Sachverhaltsaufklärung mitzuwirken, aufgelöst werden.

Auch im Kartellrecht können Beiträge zur Sachverhaltsaufklärung – neben dem vollständigen Erlass der Geldbuße bei Einreichung des ersten Kronzeugenantrags – bereits nach der aktuellen Rechtslage positiv bei der Verhängung einer Geldbuße im Rahmen der allgemeinen Strafzu-

32 Die Auswahl- und Überwachungspflichten ergeben sich beispielsweise aus § 831 BGB, § 43 GmbHG, §§ 91 Abs. 2, 93 AktG, § 130 OWiG. S. hierzu *Brömmelmeyer*, NZKart 2014, 478.

33 Die konkreten Bezeichnungen und Ausgestaltungen der Maßnahmen unterscheiden sich in den verschiedenen Veröffentlichungen und Gesetzentwürfen – bezüglich der hier aufgeführten Maßnahmen besteht aber weitgehend Einigkeit.

34 *Brömmelmeyer*, NZKart 2014, 478, 479; vgl. *Rogall*, in: *Karlsruher Kommentar OWiG*, 4. Aufl. 2014, § 130, Rn. 51; vgl. *Hess*, BUJ Sonderedition Compliance Herbst 2014, S. 78, 80; vgl. auch *Prieß/Stein*, Compliance-Berater (CB) 2014, 72, 75.

35 S. zu den verschiedenen Problemen insbesondere bei einer Amnestieregelung *Breßler/Kuhnke/Schulz/Stein*, NZG 2009, 721; *Wimmer*, Zuverlässigkeit im Vergaberecht, 2012, S. 182 ff.

36 Vgl. *Dannecker*, in: *Rotsch* (Hrsg.), *Criminal Compliance*, 2015, § 16, Rn. 132, der davon spricht, dass vor Sanktionierung des involvierten Mitarbeiters zu klären ist, ob im Rahmen der Kooperation mit der Behörde auf den Mitarbeiter als Informationsquelle verzichtet werden kann.

37 *Wimmer*, Zuverlässigkeit im Vergaberecht, 2012, S. 174.

messungserwägungen berücksichtigt werden.<sup>38</sup> Der Gesetzentwurf des BUJ schlägt in diesem Zusammenhang vor, die Sachverhaltsaufklärung ausdrücklich als Compliance-Maßnahme im Rahmen des § 130 Abs. 1 OWiG und damit als Milderungsgrund in § 30 Abs. 7 OWiG festzulegen.<sup>39</sup>

In der Vergabepaxis wird sich die Frage der Reichweite der Verpflichtung zur Sachverhaltsaufklärung weniger in Bezug auf die Zurückweisung eines angekündigten Ausschlusses stellen, da ein solcher Schritt häufig erst nach feststehendem Kartellrechtsverstoß erfolgt. Relevanten dürfte die Frage sein, wie mit dem publik gewordenen Verdacht eines Kartellrechtsverstosses bzw. einem eingeleiteten Ermittlungsverfahren im Hinblick auf die präventive Darstellung der Eignung umzugehen ist. In vielen Vergabeverfahren werden Eigenerklärungen zur Zuverlässigkeit und zum Fehlen relevanter Verfehlungen gefordert – werden diese unzutreffend beantwortet, droht ein Ausschluss wegen unrichtiger Angaben. Zudem werden Auftraggeber einen Bieter, gegen den Vorwürfe kartellrechtswidrigen Verhaltens erhoben oder ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wurde, häufig zumindest zur Stellungnahme auffordern. Auch insofern – und letztlich wohl selbst ohne entsprechende Aufforderung – erscheint ein möglichst kooperativer Umgang mit der Vergabestelle in dem Sinne ratsam, dass diese über die im Raum stehenden Vorwürfe und die diesbezüglich eingeleiteten Maßnahmen sowie ggf. bereits existierende Compliance-Maßnahmen informiert werden. Denn eine Verschleierungstaktik bzw. unrichtige Angaben können bereits für sich genommen Zweifel an der Zuverlässigkeit des betreffenden Unternehmens und damit Ausschlussrisiken begründen.

## 2. Schadensausgleich

Eine erfolgreiche vergaberechtliche Selbstreinigung erfordert auch den Ausgleich bzw. die Wiedergutmachung des entstandenen Schadens. Das war in der deutschen Literatur<sup>40</sup> und Rechtsprechung<sup>41</sup> in den letzten Jahren umstritten. Richtigerweise hat sich in der Diskussion um die EU-Vergaberichtlinien die Auffassung durchgesetzt, wonach ein Schadensausgleich bzw. die Verpflichtung hierzu unabdingbare Voraussetzung für eine erfolgreiche Selbstreinigung ist – als klares Signal der Bereitschaft mit vergangenem Unrecht aufzuräumen und sich in Zukunft gesetzestreu zu verhalten.

Die Anforderungen an diesen Schritt dürfen gerade bei Kartellrechtsverstößen allerdings nicht derart hoch gesetzt werden, dass der betroffene Bieter in eine nicht auflösbare Zwangslage gerät: entweder sämtliche (eventuell überhöhten) Schadensersatzforderungen zu akzeptieren – wodurch sich die Organe wiederum dem Vorwurf der Untreue aussetzen könnten – oder für eine längere Zeit faktisch von sämtlichen öffentlichen Aufträgen ausgeschlossen zu sein.<sup>42</sup> Da gerade nach Kartellverstößen die Schadensberechnung in vielen Fällen sehr komplex ist und die Schadenshöhe häufig erst nach langwierigen Gerichtsverfahren feststeht,<sup>43</sup> erscheint es sachgerecht, lediglich ein Anerkenntnis dem Grunde und nicht der Höhe nach zu verlangen.<sup>44</sup> Diese Auffassung wird durch den Wortlaut der neuen Richtlinien gestützt, wonach als Alternative zur tatsächlichen Zahlung eines „Ausgleichs für jeglichen durch eine Straftat oder Fehlverhalten verursachten Schaden“ auch eine Selbstverpflichtung zur Zahlung „eines Ausgleichs“ ausreichend ist.<sup>45</sup> Mit der Anerkennung dem Grunde nach ist eine Einräumung des Sachverhalts und des eigenen schuldhaften Fehlverhaltens verknüpft, das notwendigerweise erst nach Sachverhaltsaufklärung erfolgen kann.

Im Gegensatz zur vergaberechtlichen Selbstreinigung besteht im Rahmen kartellrechtlicher Compliance keine grundsätzliche Notwendigkeit den entstandenen Schaden auszugleichen. Trotz alledem hat die Schadensbegleichung auch im Kartellrecht verschiedene positive Effekte. So gilt der Grundsatz, dass sich die Begehung einer Ordnungswidrigkeit für den Täter nicht in irgendeiner Weise lohnen soll.<sup>46</sup> Aufgrund dessen kann der wirtschaftliche Vorteil nach § 81 Abs. 5 GWB in Verbindung mit § 17 Abs. 4 OWiG im Rahmen der Geldbuße abgeschöpft werden. Wird jedoch der kartellrechtliche Schaden vor Bußgeldverhängung wieder gut gemacht, kann verhindert werden, dass der wirtschaftliche Gewinn durch die Geldbuße abgeschöpft wird und im Nachhinein auch noch Schadensersatzzahlungen an die Geschädigten geleistet werden müssen, wodurch der wirtschaftliche Gewinn im Ergebnis doppelt abgeschöpft würde. Neben dieser Überlegung im Hinblick auf die Gewinnabschöpfung kann ein Schadensausgleich auch im Rahmen der allgemeinen Strafzumessungserwägungen gemäß § 81 Abs. 4 S. 6 GWB in Verbindung mit § 17 Abs. 3 OWiG berücksichtigt werden.<sup>47</sup> Der Gesetzesvorschlag des BUJ sieht vor, diesen allgemeinen Milderungsgrund zu kodifizieren und sogar einen Verzicht auf eine Geldbuße zuzulassen.<sup>48</sup>

## 3. Personelle Maßnahmen

Für eine erfolgreiche Selbstreinigung müssen zudem personelle Maßnahmen als Konsequenz des Fehlverhaltens getroffen werden, denn ohne diese kann ein „Neuanfang“ nicht glaubhaft dargestellt werden. Die neuen EU-Vergaberichtlinien sehen in Erwägungsgrund 102 im Einklang mit der in Deutschland bereits herrschenden Praxis vor, dass grundsätzlich der *Abbruch aller Verbindungen* zu den an dem Fehlverhalten beteiligten Personen oder Organisationen erforderlich ist.<sup>49</sup> Auch kartellrechtliche Compliance-Maßnahmen – obgleich primär in die Zukunft gerichtet – erfordern die Sanktionierung eines Kartellverstoßes und damit auch personelle Maßnahmen. Sowohl im Vergabe- als auch im Kartellrecht sind dabei insbesondere die folgenden Gesichtspunkte zu beachten:

Die Trennung von den Personen, die an dem Fehlverhalten beteiligt waren, muss natürlich in Übereinstimmung mit geltendem Arbeitsrecht ausgeübt werden. Mildere Maßnahmen (Versetzung, Abmahnung) können, wie bereits dargestellt, unter Umständen dann geboten und auch ausreichend sein, wenn es zwecks Sachverhaltsaufklä-

38 Bohnert, OWiG, 3. Aufl. 2010, § 17, Rn. 11.

39 S. für den Gesetzentwurf des BUJ oben Fn. 5.

40 Stellvertretend für die befürwortende Auffassung Prieß, NZBau 2012, 425. A. A. stellvertretend für die Gegenansicht Dreher/Hoffmann, NZBau 2014, 150, 153 f., mit dem Argument, es bestehe kein Zusammenhang zwischen Wiedergutmachung vergangener Schäden und der persönlichen Zuverlässigkeit eines Bieters.

41 In der Rechtsprechung wurde ein Schadensausgleich von der VK Lüneburg, 14.2.2012 – VK-05/2012, NZBau 2012, 389 und vom KG, 17.1.2011 – 2 U 4/06, VergabeR 2013, 438, gefordert. Eine andere Rechtsauffassung vertritt das OLG München, 22.11.2012 – Verg 22/2012, allerdings ohne Begründung nur durch Verweis auf Dreher/Hoffmann, NZBau 2012, 265, 269.

42 Wimmer, Zuverlässigkeit im Vergaberecht, 2012, S. 176.

43 Im Allgemeinen ist die Schadenshöhe Gegenstand freier Beweiswürdigung i. S. v. § 287 ZPO durch das Gericht. Eine besondere Schwierigkeit liegt in der Frage, ob und in welcher Höhe Schäden von mittelbaren Kartellabnehmern ersatzfähig sind. S. dazu u. a. Weitbrecht, NJW 2012, 881, 883 f. Vgl. auch die EU-RL über Schadensersatzklagen 2014/104/EU durch die die vollständige Schadenskompensation für Kartellopfer ermöglicht werden soll (vgl. Art. 1 Abs. 1). S. zu der RL u. a. Haus/Serafimova, BB 2014, 2883; Makatsch/Mir, EuZW 2015, 7.

44 So auch KG, 17.1.2011 – 2 U 4/06, NZBau 2012, 389.

45 S. Art. 57 Abs. 6 RL 2014/24/EU.

46 Mitsch, Karlsruher Kommentar zum OWiG, 4. Aufl. 2014, § 17, Rn. 112.

47 Bohnert, OWiG, 3. Aufl. 2010, § 17, Rn. 11.

48 BUJ-Gesetzentwurf für § 30 Abs. 7 S. 4 OWiG. S. zum Entwurf des BUJ bereits oben Fn. 5.

49 S. Nr. 102 der Erwägungsgründe der RL 2014/24/EU.

zung notwendig ist, Amnestien in Aussicht zu stellen.<sup>50</sup> Werden zudem weitere organisatorische (Compliance-)Maßnahmen getroffen, wodurch sichergestellt wird, dass der betreffende Mitarbeiter in Zukunft kein Fehlverhalten mehr an den Tag legen kann (z. B. eine Versetzung aus dem Vertrieb in die interne Verwaltung), können mildere Maßnahmen auch in sonstigen Fällen als ausreichend angesehen werden. Hierbei sind die Schwere des vergangenen Vergehens sowie die Folgen des Vergehens, die persönlichen Folgen für den Mitarbeiter sowie das zukünftige Risiko weiteren Fehlverhaltens in eine Gesamtbetrachtung einzustellen. Bei Kartellrechtsverstößen der Organe selbst erscheint eine erfolgreiche Selbstreinigung und ein glaubwürdiger Neuanfang grundsätzlich nur bei vollständiger Trennung von den betreffenden Personen denkbar, da auf andere Weise der erforderliche Tone from the Top bezüglich der Verurteilung von kartellrechtswidrigem oder sonstigem rechtswidrigen Verhalten nicht sichergestellt werden kann.

#### 4. Technische und organisatorische Maßnahmen

Ein weiterer notwendiger Schritt zur Selbstreinigung sind strukturelle und organisatorische Veränderungen, die vergleichbares Fehlverhalten in Zukunft verhindern. Diese Voraussetzung ist jedenfalls dann erfüllt, wenn ein umfassendes und funktionierendes Compliance-System eingeführt wird oder bereits besteht.<sup>51</sup> Die EU-Vergaberichtlinien machen keine abschließenden Vorgaben in Bezug auf die erforderlichen technischen und organisatorischen Maßnahmen. Erwägungsgrund 102 der Richtlinie 2014/24/EU zählt jedoch zumindest einige solche Maßnahmen auf, die getroffen werden können, um Fehlverhalten in der Zukunft zu verhindern:

- Personalreorganisationsmaßnahmen,
- Einrichtung eines Berichts- und Kontrollsystems,
- Schaffung einer internen Audit-Struktur zur Überwachung des Compliance-Systems und
- Einführung interner Haftungs- und Entschädigungsregelungen.

Welche Maßnahmen konkret für erforderlich erachtet werden, wird nicht weiter konkretisiert. Aus der Formulierung ergibt sich, dass die genannten Compliance-Maßnahmen nur als mögliche Beispielmaßnahmen aufgeführt werden. Ob und in welchem Umfang diese und andere Maßnahmen im Einzelfall erforderlich sind, wird nicht geregelt. Aufgrund der angekündigten „eins zu eins“ Umsetzung<sup>52</sup> dürfte auch nicht zu erwarten sein, dass der Bundesgesetzgeber hierzu konkretere Regelungen erlassen wird. Daher können die aufgeführten Maßnahmen nur als Indikation dienen. Im Einzelfall können auch einzelne der aufgeführten Maßnahmen ausreichen oder zusätzliche bzw. andere Maßnahmen erforderlich sein.

Im Hinblick auf die aufgeführten Maßnahmen ist insbesondere unklar, wie mit der Forderung nach internen Haftungs- und Entschädigungsregelungen umzugehen ist. Haftungsklauseln werden als Teil eines Compliance-Systems zwar durchaus gegenüber den verschiedenen Geschäftspartnern verwendet,<sup>53</sup> allerdings werden sie in Deutschland, soweit ersichtlich, noch nicht intern, d. h. in die jeweiligen Verträge mit Mitarbeitern aufgenommen. International wird das jedoch zum Teil bereits verlangt.<sup>54</sup> Grundsätzlich ist es auch in Deutschland möglich, Haftungs- und Entschädigungsregelungen in die Verträge mit den Mitarbeitern aufzunehmen. Das kann vor dem Hintergrund der hierdurch bewirkten Sensibilisierung auch zielführend sein. Sollten die Klauseln allerdings über die ohnehin geltenden gesetzlichen Regelungen hinausgehen und beispielsweise Vertragsstrafen vorsehen, muss bei der Ausgestaltung darauf geachtet werden, dass geltendes

Arbeitsrecht beachtet wird. Dabei dürfte bei Vorstandsverträgen eine höhere Flexibilität bestehen als bei Verträgen mit Angestellten ohne Führungsaufgaben.

Insbesondere in Bezug auf diese letzte – in die Zukunft gerichtete – Voraussetzung der technischen und organisatorischen Verhinderung weiteren Fehlverhaltens sind die Parallelen zu den gemeinhin geforderten Inhalten eines kartellrechtlichen Compliance-Systems klar ersichtlich. Insofern bietet es sich an, die kartellrechtlich anerkannten Maßstäbe – wo zielführend – auch bei der Ausgestaltung eines vergaberechtlichen Compliance-Systems im Rahmen der Selbstreinigung zu berücksichtigen:

##### a) Risikoanalyse

Ausgangspunkt eines jeden – kartell- wie vergaberechtlichen – Compliance-Systems muss eine Risikoanalyse des jeweiligen Unternehmens sein.<sup>55</sup> Denn das Risikoprofil eines Unternehmens – und damit auch Umfang und Ausgestaltung der zur Risikovermeidung gebotenen Compliance-Maßnahmen – unterscheidet sich grundlegend je nach der geschäftlichen Betätigung und der Organisation sowie den Handlungsabläufen im Unternehmen. Mit Blick speziell auf kartellrechtliche Risiken spielen u. a. die Struktur des relevanten Marktes und die Gepflogenheiten der Branche eine wichtige Rolle: Herrscht intensiver Wettbewerb zwischen einer Vielzahl von Marktteilnehmern oder beherrschen einige wenige Unternehmen den Markt, in welcher Form kommunizieren die Unternehmen üblicherweise, wie transparent ist der Markt per se etc. Ferner ist zu prüfen, ob etwaiges vergangenes Fehlverhalten einen Einzelfall darstellt oder ob ein mögliches Fehlverhalten systemimmanent ist, also in den jeweiligen Geschäftsmodellen oder Gesellschaftsstrukturen angelegt ist.<sup>56</sup> Diese Fragen entscheiden darüber, wie die Risiken und Möglichkeiten zu Preisabsprachen oder sonstigen kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen zu bewerten sind.

Diese Risikoanalyse ist *regelmäßig* darauf zu überprüfen, ob aufgrund von Änderungen der äußeren Verhältnisse oder anderen Entwicklungen Anpassungen geboten erscheinen. Ein Kartellrechtsverstoß trotz bestehenden Compliance-Systems stellt einen derartigen Anlass für eine Überprüfung und ggf. Anpassung der Maßnahmen dar.<sup>57</sup> Das muss auch im Rahmen der vergaberechtlichen Selbstreinigung gelten: ein trotz bestehender Compliance-Maßnahmen erfolgter Kartellrechtsverstoß sollte eine erneute Evaluierung der bisher getroffenen Maßnahmen nach sich ziehen, erfordert aber nicht notwendigerweise die komplette Neuerfindung des Compliance-Systems<sup>58</sup> – denn eine 100% Absicherung gegen gezielte Kartellrechts-

50 Anders ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn Abmahnungen nur zum Zwecke der Verantwortungsvorschiebung ausgesprochen werden. Ferner äußert das OLG München Zweifel, ob eine Abmahnung bei strafrechtlich relevantem Fehlverhalten ausreichend ist. Allerdings wurde in dem entschiedenen Fall keine Amnestie gewährt, s. dazu OLG München, 22.11.2012 – Verg 22/12, VergabER 2013, 498.

51 Zur Frage, wie sich ein bereits bestehendes Compliance-System auf die Selbstreinigungsanforderungen auswirkt, s. unten im Teil IV.

52 S. den Beschluss des Bundeskabinetts zu den Eckpunkten zur Reform des Vergaberechts vom 7.1.2015, S. 2.

53 S. hierzu beispielsweise Teicke/Matthiesen, BB 2013, 771.

54 So verlangt die Weltbank beispielsweise solche Compliance-Klauseln in die Arbeitsverträge zu implementieren: Summary of World Bank Group Integrity Compliance Guidelines, Ziff. 6.2.

55 Hauschka/Greeve, BB 2007, 165, 166; Linsmeier/Dittrich, NZKart 2014, 485, 491; Lotze, in: Saenger u. a., Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2012, § 12, Rn. 268.

56 Theusinger/Jung, in: Römermann (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 3. Aufl. 2014, § 24, Rn. 89.

57 Bock, in: Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance, 2015, § 8, Rn. 38.

58 Prieß/Stein, CB 2014, 72, 75 f.; Stein/Friton/Huttenlauch, WuW 2012, 38, 50.



verstöße einzelner Mitarbeiter kann auch das umfassendste Compliance-System nicht gewährleisten.<sup>59</sup>

#### b) Interne Kommunikation der Compliance-Standards

Kern eines effektiven und präventiv wirksamen Compliance-Programms ist die umfassende und detaillierte Information aller betroffenen Akteure im Unternehmen über verbotene (z. B. kartellrechtliche) Verhaltensweisen und die damit einhergehenden Risiken. Zu diesen Informationsmaßnahmen können die Bekanntgabe von Unternehmensrichtlinien mit konkreten Handlungsanweisungen oder die Ausgabe von Merkblättern gehören.<sup>60</sup> Daneben wirken präventiv auch entsprechende Schulungen oder die Einrichtung einer Beratungshotline. Mit Blick speziell auf die Verhinderung von Kartellverstößen müssen zuvorderst diejenigen Mitarbeiter mit potentiell Kontakt zu Wettbewerbern, Kunden oder Lieferanten umfassend informiert und geschult werden.<sup>61</sup>

Ein wichtiges Element eines jeden Compliance-Systems ist zudem das Bekenntnis des Unternehmens zur Einhaltung der rechtlichen Vorgaben und der Compliance-Standards. Dieses Bekenntnis beginnt bei der Führungsspitze, die den Ton für das gesamte Unternehmen vorgeben muss. Der sogenannte *Tone from the Top* muss ernsthaft sein und auch die mittleren und unteren Ebenen des Unternehmens erreichen.<sup>62</sup>

Der gleiche Maßstab sollte auch für Compliance-Maßnahmen im Rahmen der Selbstreinigung gelten.<sup>63</sup> Wesentlicher Aspekt im Rahmen der Ausschlussentscheidung ist die Prognose, ob sich das betroffene Unternehmen in Zukunft rechtstreuhaltend verhalten wird und damit die vergaberechtliche Zuverlässigkeit besitzt bzw. wiedererlangt.<sup>64</sup> Hiervon kann nicht ausgegangen werden, wenn die Unternehmensführung sich nicht klar zur Einhaltung aller gesetzlichen Regelungen bekennt und präventive Maßnahmen ergreift, um vergleichbare Verstöße in der Zukunft zu vermeiden.

#### c) Überwachungsmaßnahmen

Neben Präventionsmaßnahmen werden Überwachungsmaßnahmen als wichtiges Element von kartellrechtlichen Compliance-Systemen genannt. Bei der Implementierung von Überwachungsmaßnahmen ist die richtige Balance zu finden zwischen notwendigen beruflichen Freiräumen und einer funktionierenden Kontrolle. So hat der BGH in seiner Rechtsprechung zu § 130 OWiG bzgl. der Überwachungspflichten in Unternehmen richtigerweise ausgeführt, dass „überzogene, von starkem Misstrauen geprägte Aufsichtsmaßnahmen den Betriebsfrieden stören und die Würde des Arbeitnehmers verletzen können“.<sup>65</sup>

Wie bei allen genannten Elementen eines Compliance-Systems kommt es auch und insbesondere bei der Festlegung und Implementierung der erforderlichen Überwachungsmaßnahmen auf die Berücksichtigung der individuellen Besonderheiten eines jeden Unternehmens an – je nach Risikoanalyse können sehr unterschiedliche Maßnahmen (von stichprobenartigen Kontrollen bis zu einem detaillierten Berichts- und Kontrollsystem) in Betracht kommen und ausreichen. Insbesondere kann es sinnvoll sein, eine oder mehrere Maßnahmen einzuführen, die in Erwägungsgrund 102 der neuen EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU genannt werden, also insbesondere Zuständigkeiten und Entscheidungshierarchien klar festzulegen und zu kommunizieren sowie eine interne Audit-Struktur zur Überwa-

chung des Compliance-Systems zu entwickeln. Auch das Vier-Augen-Prinzip kombiniert mit einer regelmäßigen Personalrotation hat sich bewährt. Die Einführung eines Whistleblower-Verfahrens kann insbesondere in größeren Unternehmen die Überwachungsmaßnahmen ergänzen.

### IV. Berücksichtigung eines bestehenden Compliance-Systems bei der vergabe- und kartellrechtlichen Sanktionierungsentscheidung

Zwar ist dank der neuen Vergaberichtlinien nun europaweit klargestellt, dass von einem Ausschluss abgesehen werden kann – und letztlich bei erbrachtem Nachweis auch muss –, wenn das sogenannte Nachtatverhalten des betroffenen Bieters den Schluss zulässt, dass er seine Zuverlässigkeit wiederhergestellt hat, indem er nach dem konkreten Kartellrechtsverstoß die o.g. Maßnahmen ergriffen und belegt hat. Nach dem Wortlaut des Art. 57 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24/EU „*wird*“ der betreffende Wirtschaftsteilnehmer nicht von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen, wenn die von ihm vorgelegten Nachweise für die Wiedererlangung seiner Zuverlässigkeit für ausreichend befunden werden, d.h. der Auftraggeber hat kein Ermessen bezüglich der Ausschlussentscheidung, aber einen Beurteilungsspielraum, ob die getroffenen Maßnahmen ausreichend sind. Werden die Maßnahmen „*unter Berücksichtigung der Schwere und besonderen Umstände der Straftat oder des Fehlverhaltens*“<sup>66</sup> als unzureichend befunden, so erhält der Wirtschaftsteilnehmer eine Begründung dieser Entscheidung, die aufgrund der Wertung der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG<sup>67</sup> vollumfänglich gerichtlich überprüfbar sein muss.<sup>68</sup> Im Vergaberecht – und grundsätzlich wohl auch im Kartellrecht<sup>69</sup> – ist damit jedenfalls anerkannt, dass das Nachtatverhalten, d.h. die *nach einem Kartellverstoß getroffenen Compliance-Maßnahmen* zur Verhinderung vergleichbarer Verstöße in der Zukunft bei der Entscheidung über einen Ausschluss bzw. die Bußgeldhöhe zu berücksichtigen sind.

Die Frage, ob bzw. wann die vergabe- oder kartellrechtlichen Konsequenzen eines Kartellverstoßes durch ein *bereits bestehendes* Compliance-System vermieden werden können, ist hingegen für das Kartellrecht völlig umstritten und auch für das Vergaberecht bisher nicht zufriedenstellend geklärt.

59 Gehring/Kasten/Mäger, CCZ 2013, 1.

60 OLG München, 22.11.2012 – Verg 22/12, VergabeR 2013, 498; OLG Frankfurt, 20.7.2004 – 11 Verg 6/04, ZfBR 2004, 822; Lampert/Matthey, in: Hauschka (Hrsg.), Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 16, Rn. 51; Lotze, in: Saenger u.a., Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2012, § 12, Rn. 269.

61 Lampert/Matthey, in: Hauschka (Hrsg.), Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 16, Rn. 52.

62 Linsmeier/Dittrich, NZKart 2014, 485, 491.

63 S. auch Prieß/Stein, CB 2014, 72, 75.

64 OLG München, 22.11.2012 – Verg 22/12, VergabeR 2013, 498; OLG Frankfurt, 20.7.2004 – 11 Verg 6/04, ZfBR 2004, 822; Lampert/Matthey, in: Hauschka (Hrsg.), Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 16, Rn. 51; Lotze, in: Saenger u.a., Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2012, § 12, Rn. 269.

65 BGH, 11.3.1986 – KRB 7/85, WuW 1986, 744.

66 Art. 57 Abs. 6 RL 2014/24/EG.

67 EU ABI. L 395, 30.12.1989, S. 33, geändert durch die RL 92/50/EWG vom 18.6.1992 und die RL 2007/66/EG vom 11.12.2007.

68 So auch Prieß/Stein, CB 2014, 72, 76.

69 S. Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren vom 25.6.2013, S. 3. S. für die Berücksichtigung des Nachtatverhaltens aufgrund des § 17 Abs. 3 OWiG im Kartellrecht OLG Düsseldorf, 30.3.2009 – VI-2 Kart 10/08, Owi, NStZ 2011, 26, im Hinblick auf geleistete Aufklärung.

Im *Kartellrecht* wird intensiv diskutiert, in welchem Umfang unter der geltenden Rechtslage eine Berücksichtigung von Compliance-Anstrengungen bei der Sanktionierung dennoch erfolgter Kartellverstöße möglich ist und ob darüber hinausgehende Privilegierungen notwendig sind: Sowohl das Bundeskartellamt als auch die Gerichte erkennen zwar grundsätzlich die Möglichkeit einer Enthaltung von Leitungsorganen bezüglich der Verletzung von Aufsichts- und Überwachungspflichten gemäß § 130 OWiG an und prüfen in diesem Zusammenhang den Umfang und die Wirksamkeit von Compliance-Maßnahmen. Allerdings verbleibt insofern eine gewisse Rechtsunsicherheit, wann ein Compliance-System als ausreichend zur Erfüllung der entsprechenden Verpflichtungen erachtet wird. Im Rahmen der Bußgeldbemessung wird das Bestehen eines Compliance-Systems explizit weder von der EU-Kommission noch vom Bundeskartellamt, dem EuG oder dem EuGH in relevanter Weise mildernd berücksichtigt.<sup>70</sup> In anderen Ländern wird das Bestehen eines Compliance-Systems hingegen sehr wohl bei der Bußgeldbemessung berücksichtigt. Beispielsweise kann in Frankreich die kartellrechtliche Geldbuße um bis zu 10% gesenkt werden, wenn sich das betroffene Unternehmen verpflichtet, ein Compliance-System einzuführen oder zu verbessern.<sup>71</sup> Auch in Großbritannien sind Bußgeldreduktionen von bis zu 10% möglich.<sup>72</sup>

Das Bundeskartellamt und die EU-Kommission begründen ihre Position damit, dass die Tatsache, dass es trotz eines Compliance-Systems zu einem Verstoß gekommen ist, nicht für die Wirksamkeit des Compliance-Systems spreche und deswegen das Bestehen eines Compliance-Systems nicht zur Verteidigung angeführt werden könne.<sup>73</sup> Das Bestehen eines Compliance-Systems stelle keine Garantie für ein zukünftiges rechtstreu Verhalten dar. Eine Berücksichtigung würde ineffektive Compliance-Systeme zu Unrecht belohnen.<sup>74</sup> Der Aufwand zur Überprüfung der Wirksamkeit und Ernsthaftigkeit eines Compliance-Systems sei sehr hoch<sup>75</sup> und es bestünde die Gefahr, dass Unternehmen versuchen würden, sich pauschal durch Einrichtung eines entsprechenden Compliance-Systems zu entlasten.<sup>76</sup> Auch bestünden im kartellrechtlichen Sanktionssystem bereits ausreichende Vorteile bei Einrichtung eines Compliance-Systems. Denn ein wirksames Compliance-System trage ja dazu bei, dass Verstöße schneller aufgedeckt werden und dann auch schneller dem Bundeskartellamt mitgeteilt werden könnten, wodurch die betreffenden Unternehmen von der Kronzeugenregelung samt Bußgelderlass profitieren könnten.<sup>77</sup>

Die allermeisten Stimmen in der Literatur und auch die Gesetzentwürfe zur Einführung eines „Unternehmensstrafrechts“ aus NRW sowie zur Anpassung des Ordnungswidrigkeitenrechts von BUJ und DICO fordern dennoch richtigerweise, dass Compliance-Maßnahmen auch bei der Bußgeldbemessung im Rahmen einer Ermessensausübung Berücksichtigung finden sollten.<sup>78</sup> Hierfür spricht insbesondere der Sinn und Zweck der Bußgelder im Kartellrecht. Diese sollen sowohl repressiv als auch präventiv wirken und müssen unter spezial- und auch generalpräventiven Aspekten gerechtfertigt sein.<sup>79</sup> Unter spezialpräventiven Aspekten muss jedoch auch auf die individuellen Umstände abgestellt werden – genau wie bei Straftätern die Resozialisierungschancen zu berücksichtigen sind, sollten auch bei Unternehmen die getroffenen Compliance-Maßnahmen berücksichtigt werden: bei glaubwürdigen Anstrengungen, Rechtsverstöße durch Compliance-Maßnahmen zu verhindern, verliert die spezialpräventive Funktion an Bedeutung, so dass das Bußgeld niedriger

ausfallen kann.<sup>80</sup> Insofern spricht viel dafür, auch hier – wie bei der Bestimmung der vergaberechtlichen Zuverlässigkeit – eine Prognose zu fordern, im Rahmen derer die getroffenen Compliance-Maßnahmen in die Gesamtbetrachtung miteinzubeziehen sind. Dementsprechend sehen auch alle momentan diskutierten Gesetzesentwürfe vor, dass Compliance-Maßnahmen bei der Sanktionierung eines Unternehmens zu berücksichtigen sind. Art. 5 des Entwurfs für ein Verbandsstrafgesetzbuch sieht sogar die Möglichkeit vor, von einer Sanktionierung gänzlich abzusehen.<sup>81</sup>

Unter Berücksichtigung der Zielrichtung vergaberechtlicher Sanktionen muss die Berücksichtigung bestehender Compliance-Systeme auch und erst recht im *Vergaberecht* möglich sein. Ein Ausschluss mangels Eignung hat keinen strafenden Zweck.<sup>82</sup> Das darf auch nicht die mittelbare Intention des jeweiligen Auftraggebers sein. Vielmehr dienen Ausschlüsse und Vergabesperren der Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs und beruhen darauf, dass Unternehmen, bei denen es in der Vergangenheit zu Fehlverhalten gekommen ist, keine zuverlässigen und daher keine geeigneten Vertragspartner für die öffentliche Hand sind. Die Selbstreinigung und die im Rahmen einer solchen getroffenen organisatorischen Maßnahmen sollen die bestehenden Zweifel an der Zuverlässigkeit ausräumen, indem sie zukünftige Verstöße verhindern, bzw. deren Gefahr erheblich senken. Aufgrund dessen steht, wenn ein Compliance-System (bereits) eingerichtet wurde und die weiteren Selbstreinigungsmaßnahmen getroffen wurden, einer positiven Prognoseentscheidung im Hinblick auf die Zuverlässigkeit des betreffenden Unternehmens nichts im Wege.

Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass nach einem dennoch erfolgten (Kartell-)Rechtsverstoß das Bestehen eines Compliance-Systems *allein* nicht für die vergaberechtliche Selbstreinigung ausreichen

70 EuGH, 28.6.2005 – C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, Slg. 2005, I-5425, Rn. 371 ff.; EuG, 8.7.2008 – T-53/03, Slg. 2008, II-1333, Rn. 423; EuG, 26.4.2007 – T-109/02, u. a., Slg. 2007, II-947, Rn. 653; Jungbluth, NZKart 2015, 43, 44; Brömmelmeyer, NZKart 2014, 478, 479; BT-Drs. 17/13675, 32; Gehring/Kasten/Mäger, CCZ 2013, 1, 2 ff.

71 Autorité de la concurrence, Framework-Dokument of 10 February 2012 on Antitrust Compliance Programmes, abrufbar unter [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/fra\\_mework\\_document\\_compliance\\_10february2012.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/fra_mework_document_compliance_10february2012.pdf) (Abruf: 28.1.2015). S. hierzu auch: Schautes/Schier, CCZ 2013, 149, 156.

72 Office of Fair Trading's guidance as to the appropriate amount of a penalty, OFT423, September 2012, Ziff. 2.15, S. 12f. Diese Leitlinie gilt auch weiter für die neu gegründete Consumer & Markets Authority (CMA), s. Competition Act 1998: Guidance on the CMA's investigation procedures in Competition Act 1998 cases, S. 95.

73 Jungbluth, NZKart 2015, 43, 44; Brömmelmeyer, NZKart 2014, 478, 479; BT-Drs. 17/13675, 32; Gehring/Kasten/Mäger, CCZ 2013, 1, 2 ff. S. zudem die Aussagen des ehemaligen EU-Kommissars für Wettbewerb *Almunia*: SPEECH/10/586 v. 25.10.2010: „I am often asked whether companies should be rewarded for operating compliance programmes when they are found to be involved in illegal commercial practices. The answer is no. [...] if we are discussing a fine, then you have been involved in a cartel; why should I reward a compliance programme that has failed?“ Ferner SPEECH/11/268 v. 14.4.2011: „[A] company involved in a cartel should not expect a reward from us for setting up a compliance programme, because that would be a failed programme by definition“.

74 BT-Drs. 17/13675, 32.

75 Jungbluth, NZKart 2015, 43, 44; Brömmelmeyer, NZKart 2014, 478, 479.

76 Jungbluth, NZKart 2015, 43, 44.

77 BT-Drs. 17/13675, 32.

78 Für eine grundsätzliche Berücksichtigung von Compliance-Programmen bei der Bußgeldverhängung bzw. Bußgeldbemessung gegenüber Unternehmen u. a. Brömmelmeyer, NZKart 2014, 478, 479 f.; Hess, BUJ Sonderedition Compliance Herbst 2014, 78, 80; Krebs/Eufinger/Jung, CCZ 2011, 213, 217; Moosmayer/Gropp-Stadler, NZWiSt 2012, 241; Linsmeier, BUJ Sonderedition Compliance Herbst 2014, 74.

79 S. für die spezial- und generalpräventiven Zielsetzungen Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren vom 25.6.2013, S. 2.

80 So auch Brömmelmeyer, NZKart 12/2014, 478, 480.

81 S. für den Entwurf des Verbandsstrafgesetzbuchs oben Fn. 4.

82 Freund/Kallmayer/Kraft, Korruption und Kartelle bei Auftragsvergaben, 2008, S. 159; u. a. Arrowsmith/Prieb/Friton, in: Pünder/Prieb/Arrowsmith (Hrsg.), Self-Cleaning in Public Procurement Law, 2010, S. 1, 21 ff.



kann. Es müssen vielmehr auch die weiteren Voraussetzungen geschaffen werden, d.h. eine aktive Mitwirkung an der Sachverhaltsklärung erfolgen, der Schaden ausgeglichen oder zumindest die Bereitschaft hierzu erklärt werden und die notwendigen personellen Maßnahmen zur Vermeidung vergleichbarer Verstöße in der Zukunft getroffen werden.

Ein bereits bestehendes Compliance-System stellt aber einen wichtigen Anhaltspunkt für die Aussichten der (Wieder-)Herstellung der Zuverlässigkeit dar: die Einrichtung und Umsetzung eines grundsätzlich funktionsfähigen Compliance-Systems belegt das ernsthafte Bemühen um die Einhaltung aller gesetzlichen Verpflichtungen und ist damit ein valides Indiz für die Zuverlässigkeit und Gesetzestreue des betreffenden Unternehmens und damit seiner Eignung. Auch bei einem dennoch erfolgten (Kartell-)Rechtsverstoß kann daher für eine erfolgreiche Selbstreinigung nicht per se gefordert werden, das Compliance-System gänzlich neu zu erfinden.<sup>83</sup> Denn auch bei Bestehen eines effektiven Compliance-Systems kann nicht zu 100% ausgeschlossen werden, dass es zu Rechtsverstößen kommt. Insbesondere in Fällen in denen ein Angestellter vorsätzlich und im Geheimen entgegen der Unternehmensrichtlinien agiert, ist es nahezu unmöglich das zu verhindern.<sup>84</sup> Wurde das Fehlverhalten durch das bestehende Compliance-System aufgedeckt, so belegt das, dass das Compliance-System funktioniert. Die Aufdeckung von Fehlverhalten muss jedoch zum Anlass genommen werden, dieses kritisch zu prüfen und ggf. insbesondere im Hinblick auf die Präventionsanstrengungen zu verbessern.<sup>85</sup> Wurde ein Verstoß nicht durch das Compliance-System aufgedeckt, werden die Überlegungen bezüglich ggf. notwendiger Anpassungen grundsätzlich sein müssen – auch in diesem Fall erscheint es jedoch denkbar, dass im Ergebnis keine grundlegenden Änderungen des Compliance-Systems erfolgen müssen, wenn z.B. grundsätzlich geeignete Vorkehrungen zur Verhinderung von Rechtsverstößen gezielt umgangen wurden.

Im Ergebnis spricht damit im Vergabe- und wohl auch im Kartellrecht viel dafür, bereits existierende Bemühungen um Compliance bei der Sanktionierung dennoch erfolgter Kartellrechtsverstöße zu berücksichtigen – und diese Möglichkeit zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten auch gesetzlich klarzustellen. Fehlanreize durch die Belohnung ineffektiver Compliance-Systeme können und müssen die Auftraggeber und Kartellbehörden dadurch verhindern, dass sie die Effektivität im konkreten Einzelfall sorgfältig überprüfen.<sup>86</sup>

## V. Zusammenfassung

1. Trotz der auf den ersten Blick unterschiedlichen Zielsetzungen und Anforderungen einer vergaberechtlichen Selbstreinigung und eines kartellrechtlichen Compliance-Systems bestehen in vielen Aspekten Übereinstimmungen im Hinblick auf die einzelnen Maßnahmen. Im Kartell- wie Vergaberecht gilt, dass eine Blaupause für die Einführung eines Compliance-Systems nicht möglich ist, sondern sich die Maßnahmen – und auch die Beurteilung, ob diese als ausreichend anzusehen sind – immer am konkreten Einzelfall orientieren muss. Die im kartellrechtlichen Kontext herausgearbeiteten wesentlichen Elemente eines funktionsfähigen Compliance-Systems können und sollten – unter Beachtung dieser Prämisse – auch bei der Ausgestaltung vergaberechtlicher Compliance-Systeme herangezogen werden.

2. Im Vergaberecht erscheint die Berücksichtigung nicht nur der nach einem Kartellverstoß neu geschaffenen, sondern auch von bereits existierenden Compliance-Systemen im Rahmen der Eignungsprüfung systemimmanent. Denn die Implementierung grundsätzlich funktionsfähiger und für das betreffende Unternehmen angemessener Compliance-Strukturen zur Vermeidung von Rechtsverstößen ist ein starkes Indiz für die Gesetzestreue und Zuverlässigkeit eines Unternehmens und dürfte damit regelmäßig eine positive Wirkung auf die Prognoseentscheidung der Auftraggeber haben. Es bleibt abzuwarten, welche Anforderungen die öffentlichen Auftraggeber in Zukunft im Rahmen einer Selbstreinigung an die Compliance-Systeme stellen werden und ob im Rahmen der Umsetzung der Vorgaben der EU-Vergaberichtlinien zur Selbstreinigung in deutsches Recht ggf. auch Leitlinien bezüglich der zu treffenden Maßnahmen und ihrer Rechtsfolgen gemacht werden. Wenn das geschieht, könnte das Vergaberecht Vorbildcharakter für das Kartellrecht entwickeln.

3. Trotz der etwas anderen Zielsetzung der kartellrechtlichen Sanktionen erscheint auch eine Berücksichtigung von bereits getroffenen Compliance-Maßnahmen bei der Bußgeldbemessung möglich und auch sinnvoll. Auch hier bleibt – angesichts der bisher explizit ablehnenden Praxis von Bundeskartellamt und Europäischer Kommission – abzuwarten, ob eine diesbezügliche gesetzgeberische Klarstellung erfolgen wird – auf Basis eines der vorliegenden Gesetzentwürfe oder aber als Ergebnis der gegenwärtigen Prüfung einer gesetzlichen Förderung von Compliance-Maßnahmen durch die Bundesregierung.

**Dr. Annette Mutschler-Siebert**, M.Jur. (Oxon), ist Rechtsanwältin und Partnerin bei K&L Gates, Berlin, und seit 2003 im Vergabe- und Kartellrecht tätig. Ein Schwerpunkt ihrer Tätigkeit ist die Gestaltung und Begleitung komplexer Vergabeverfahren, Privatisierungsvorhaben und Public Private-Partnership-Projekte sowohl auf Auftraggeberseite als auch auf Bieterseite. Des Weiteren berät sie Unternehmen in allen Bereichen des Kartellrechts.



**Dorian Dorschfeldt** ist seit 2014 Rechtsanwalt im Berliner Büro von K&L Gates und Mitglied der Praxisgruppen Vergabe- und Kartellrecht. Er promoviert an der Humboldt-Universität zu Berlin über die Strafbarkeit von Facilitation Payments.



<sup>83</sup> Prieb/Stein, CB 2014, 72, 75 f.; Stein/Friton/Huttenlauch, WuW 2012, 38, 50.

<sup>84</sup> Gehring/Kasten/Mäger, CCZ 2013, 1, die auf die Anstrengungen verweisen, die von Kartellanten unternommen werden, um rechtswidriges Verhalten innerhalb ihrer jeweiligen Unternehmen zu vertuschen.

<sup>85</sup> Prieb/Stein, CB 2014, 72, 75 f.; Stein/Friton/Huttenlauch, WuW 2012, 38, 50.

<sup>86</sup> So auch Brömmelmeyer, NZKart 12/2014, 478, 480.