

**Per E-Mail:**

[leitlinien-selbstreinigung@bundeskartellamt.bund.de](mailto:leitlinien-selbstreinigung@bundeskartellamt.bund.de)

Bundeskartellamt  
Kaiser-Friedrich-Straße 16  
53113 Bonn

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

[www.studienvereinigung-kartellrecht.de](http://www.studienvereinigung-kartellrecht.de)

Feldmühleplatz 1  
40545 Düsseldorf | Deutschland

Postfach 10 17 43  
40008 Düsseldorf | Deutschland

Büroanschrift des Vorsitzenden:  
Karl-Scharnagl-Ring 6  
80539 München | Deutschland

Tel: +49 89 21667 0

Fax: +49 89 21667 111

[ingo.brinker@gleisslutz.com](mailto:ingo.brinker@gleisslutz.com)

20. Juli 2021

**Öffentliche Konsultation der Leitlinien zur „Selbstreinigung“  
– Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht**

**A. Vorbemerkung**

Die Studienvereinigung Kartellrecht e.V. (Studienvereinigung) ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und zu dessen Mitgliedern mehr als 1.400 Rechtsanwälte/-innen sowie Wettbewerbsökonom/-innen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz zählen. Die Mitglieder der Studienvereinigung beraten und vertreten regelmäßig Unternehmen und natürliche Personen in Verfahren des Bundeskartellamtes, der Europäischen Kommission sowie vor weiteren nationalen Kartellbehörden sowie in Zivilrechtsstreitigkeiten innerhalb Europas. Sie verfügen in besonderem Maße über Erfahrung in der Anwendung von Vorschriften des Kartellrechts, auch an der Schnittstelle zum Vergaberecht. **1**

Die Studienvereinigung bedankt sich für die Gelegenheit, zu den Entwürfen der „Leitlinien zur vorzeitigen Löschung einer Eintragung aus dem Wettbewerbsregister wegen Selbstreinigung“ (Leitlinien) sowie der „Praktischen Hinweise für einen Antrag“ (Praktische Hinweise) Stellung nehmen zu können. **2**

Der Gesetzgeber hat dem Bundeskartellamt als Registerbehörde ausdrücklich aufgegeben, Leitlinien zur Anwendung der Vorschriften über die vorzeitige Löschung der Eintragung aus dem Wettbewerbsregister wegen Selbstreinigung zu erlassen. Die Studienvereinigung ist überzeugt, dass diesen Leitlinien gerade in der Anfangsphase des Wettbewerbsregisters **3**

eine wichtige Orientierungsfunktion für die Unternehmen und ihre Berater zukommt. Die Leitlinien sollen nicht bestehende Verwaltungspraxis zusammenfassen, sondern schon im Vorfeld Orientierung zur beabsichtigten künftigen Praxis der Registerbehörde geben. Sie unterscheiden sich insofern deutlich von fakultativen Leitlinien und Verwaltungsgrundsätzen.

Diese Stellungnahme geht auf die aus Sicht der Studienvereinigung wesentlichen Aspekte ein und erhebt daher nicht den Anspruch, die Entwürfe in ihrer Gesamtheit zu würdigen. Die Stellungnahme folgt der Gliederung des Entwurfs der Leitlinien. Eine Gliederung der Stellungnahme findet sich am Ende des Textes.

4

## **B. Generelle Beurteilung (Rdnr. 1 Leitlinien, Rdnr. 1 Praktische Hinweise)**

### **I. Klarstellung der Rechtsnatur der Leitlinien einerseits und der Praktischen Hinweise andererseits**

Die Studienvereinigung geht davon aus, dass die Leitlinien zur vorzeitigen Löschung einer Eintragung aus dem Wettbewerbsregister wegen Selbstreinigung Bindungswirkung für das Handeln des Bundeskartellamtes nach den Rechtsgrundsätzen der Selbstbindung der Verwaltung haben sollen. Das gilt nach Auffassung der Studienvereinigung auch wenn die Leitlinien insoweit vorgreiflich sind, als es derzeit noch keine geübte Verwaltungspraxis zur Behandlung von Löschanträgen nach § 8 Abs. 1 bis 4 WRegG gibt und zum Zeitpunkt der Ingangsetzung des Wettbewerbsregisters auch noch nicht geben wird.

5

Die Praktischen Hinweise für einen Antrag auf vorzeitige Löschung aus dem Wettbewerbsregister wegen Selbstreinigung sollen allerdings ausdrücklich „rechtlich nicht verbindlich“ sein (Rdnr. 7 Leitlinien). Damit ist zwar klar, welche Bedeutung den Praktischen Hinweisen nicht zukommen soll. Welche rechtliche oder praktische Bedeutung den Praktischen Hinweisen nach Auffassung des Bundeskartellamtes aber stattdessen in einem positiven Sinne zukommen soll, ist dagegen nicht geregelt (z.B. Vermutung, Indizwirkung etc.). Zudem dürfte es nach den Grundsätzen der Selbstbindung der Verwaltung jedenfalls dann, wenn den Praktischen Hinweisen überhaupt eine Bedeutung zukommen und sie in der Praxis Beachtung finden sollen, rechtlich gar nicht möglich sein, die eigene Selbstbindung durch den Hinweis auf eine „fehlende rechtliche Verbindlichkeit“ zu vermeiden. Die Studienvereinigung hält eine Klarstellung zur Rechtsnatur der Praktischen Hinweise daher für dringend geboten.

6

## II. Klarstellung des Regelungsgegenstandes der Leitlinien einerseits und der Praktischen Hinweise andererseits

Der Gesetzgeber hat in § 8 Abs. 5 WRegG den Auftrag an das Bundeskartellamt als Registerbehörde formuliert, Leitlinien zur Anwendung der Absätze 1 bis 4 zu erlassen. Er hat damit offenbar rechtlich verbindliche Leitlinien gemeint. Der Auftrag erstreckt sich nicht nur auf den Erlass von Leitlinien zu verfahrensmäßigen Fragen, sondern ausdrücklich auf die inhaltliche Bewertung der Selbstreinigungsmaßnahmen nach § 8 Abs. 4 Satz 1 WRegG und die für diese Wertungsentscheidung maßgeblichen Kriterien. Mit den Leitlinien sollen nach der im Gesetzesentwurf zum Ausdruck gebrachten Vorstellung des Gesetzgebers **alle** Anwendungsvoraussetzungen der Absätze 1 bis 4 „konkretisiert“ werden.<sup>1</sup> Der Auftrag des Gesetzgebers wird mithin so zu verstehen sein, dass die Voraussetzungen der Selbstreinigung und die Anforderungen an einen Löschantrag in solchen Leitlinien **abschließend** dargelegt und erläutert werden sollen.

7

Vor diesem Hintergrund sieht es die Studienvereinigung als kritisch an, dass die Voraussetzungen der Selbstreinigung und die Anforderungen an einen Löschantrag nach den vorgelegten Entwürfen offenbar nicht abschließend in den rechtlich verbindlichen Leitlinien geregelt werden sollen. Stattdessen sollen in den – rechtlich nicht verbindlichen - Praktischen Hinweisen „Einzelheiten zu den Voraussetzungen einer Selbstreinigung dargelegt werden“ (Rdnr. 7 Satz 2 Leitlinien) oder „einzelne Aspekte der Leitlinien erläutert werden“ (Rdnr. 1 Satz 3 Praktische Hinweise). Eine solche Zweiteilung hat der Gesetzgeber in § 8 Abs. 5 WReG nicht vorgesehen. Mit dem ausdrücklichen Auftrag zur „Konkretisierung“ aller Voraussetzungen der Selbstreinigung in den Leitlinien verträgt es sich nur schwer, gerade solche Konkretisierungen und die Regelung von „Einzelheiten“ aus den Leitlinien herauszunehmen und in rechtlich unverbindlichen Praktischen Hinweisen abzuhandeln.

8

Die Zweiteilung führt zudem zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten. So ist zum Beispiel nicht ohne weiteres nachvollziehbar, weshalb sich der in Rdnr. 2 Satz 4 der Praktischen Hinweise festgelegte Grundsatz „Unrichtige und irreführende Angaben und das Verschweigen von relevanten Umständen im Verfahren schließen eine erfolgreiche Selbstreinigung regelmäßig aus“ nicht in den Leitlinien selbst befindet, sondern „nur“ in den rechtlich nicht verbindlichen Praktischen Hinweisen. Gleiches gilt z.B. für den Grundsatz, wonach ein erfolgreicher Antrag nicht voraussetzt, dass sich das Unternehmen einer externen Stelle bedient, die es bei seinen Selbstreinigungsmaßnahmen unterstützt (Rdnr. 3, 5. Spiegelstrich Praktische Hinweise).

9

---

<sup>1</sup> Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Wettbewerbsregisters, BT-Drs. 18/12051, S. 32.

Weiter ist z.B. auch nicht ohne weiteres nachvollziehbar, weshalb sich die Vorgabe, der Antragsteller habe mitzuteilen, in welcher Höhe er in den letzten zwei dem Antrag vorausgegangenen Jahren bundesweit Umsätze mit öffentlichen Aufträgen erzielt habe, in den rechtlich verbindlichen Leitlinien befindet (Rdnr. 8 Leitlinien), die Vorgabe, es seien möglichst konkrete Verfahren zu benennen, an denen sich das Unternehmen beteiligen möchte oder an denen es in den letzten zwei Jahren teilgenommen hat, aber nur in den rechtlich nicht verbindlichen Praktischen Hinweisen (Rdnr. 4 Praktische Hinweise). **10**

An einigen Stellen wird auch die Vorgabe aus Rdnr. 7 Satz 2 Leitlinien, wonach in den Praktischen Hinweisen „Einzelheiten zu den Voraussetzungen einer Selbstreinigung dargelegt“ werden sollen, nicht stringent durchgehalten. Stattdessen wird eher umgekehrt aus den Praktischen Hinweisen heraus zu „Einzelheiten“ bzw. „im Einzelnen“ auf die Leitlinien verwiesen (z.B. Rdnr. 6 Fn. 3, Rdnr. 10 Fn. 4, Rdnr. 12 Fn. 5 etc.). **11**

Die Studienvereinigung hält zumindest eine Klarstellung für wünschenswert, nach welchen Kriterien bestimmte Voraussetzungen - bzw. deren Einzelheiten - für die Selbstreinigung und den Antrag auf Löschung in die verbindlichen Leitlinien aufgenommen wurden oder eben „nur“ in die nicht verbindlichen Praktischen Hinweise. Aufgrund der offensichtlichen Abgrenzungsschwierigkeiten und der doch relativ starken Erschwerung der Lesbarkeit durch die Zweiteilung hielte es die Studienvereinigung allerdings für richtig, wenn die Voraussetzungen der Selbstreinigung sowie deren Einzelheiten und eventuelle Erläuterungen einzelner Aspekte der Leitlinien **abschließend** in den rechtlich verbindlichen Leitlinien selbst geregelt würden. Letztlich wird auch nur eine solche abschließende Regelung in den Leitlinien selbst dem ausdrücklichen und bewusst erteilten Auftrag des Gesetzgebers aus § 8 Abs. 5 WRegG gerecht, **alle** Anwendungsvoraussetzungen der Absätze 1 bis 4 in rechtlich verbindlichen Leitlinien zu regeln und zu konkretisieren. Gerade in einer frühen Rechtsanwendungsphase ohne etablierte Fallpraxis kommt der Erfüllung dieses Auftrages besondere Bedeutung zu. **12**

### **III. Vermeiden von Widersprüchen und unterschiedlichen Formulierungen in den Leitlinien einerseits und den Praktischen Hinweisen andererseits**

Teilweise finden sich in den Leitlinien einerseits und in den Praktischen Hinweisen andererseits für ein und denselben Sachverhalt – zumindest geringfügig - voneinander abweichende Formulierungen. **13**

Beispielsweise lautet es in Rdnr. 3 Satz 1 Leitlinien, die Registerbehörde könne sich bei dem der Prüfung zugrunde gelegten Sachverhalt auf das beschränken, was von dem Antragsteller vorgebracht werde oder ihr sonst „*bekannt sein müsse*“. Davon **14**

abweichend ist in Ziffer 2 Satz 3 der Praktischen Hinweise formuliert, die Registerbehörde könne ihre Prüfung auf das beschränken, was der Antragsteller ihr vorträgt und was ihr zu dem Fall „*ohnehin bereits bekannt ist*“. Während sich letztere Formulierung auf Sachverhalte beschränkt, die tatsächlich bekannt sind, dürfte sich erstere Formulierung zumindest nach juristischem Sprachgebrauch auf Sachverhalte erstrecken, die zwar nicht bekannt sind, bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt aber bekannt sein müssten. Das können durchaus unterschiedliche Maßstäbe sein.

Weiter heißt es beispielsweise in Rdnr. 17 Satz 2 Leitlinien, die Verpflichtung zum Ausgleich des Schadens sei nur dann ausreichend, wenn sie „im Wesentlichen“ einer bereits erfolgten Zahlung gleichsteht. Demgegenüber wird in Rdnr. 6 Satz 2 der Praktischen Hinweise ohne die Einschränkung auf „im Wesentlichen“ gefordert, dass eine Verpflichtung einer bereits erfolgten Ausgleichzahlung (uneingeschränkt) gleichstehen muss.

15

Solche voneinander abweichende Formulierungen führen im juristischen Kontext erfahrungsgemäß zu erheblichen Auslegungsschwierigkeiten und Streitpotential darüber, was tatsächlich gemeint war. Die Studienvereinigung regt an, zur Vermeidung solcher Auslegungsschwierigkeiten auf – wenn auch nur geringfügig - voneinander abweichenden Formulierungen in den Leitlinien und den Praktischen Hinweisen nach Möglichkeit zu verzichten. Auch derartige Schwierigkeiten könnten im Übrigen durch eine abschließende Regelung aller Voraussetzungen der Selbstreinigung in den rechtlich verbindlichen Leitlinien vermieden werden.

16

#### **IV. Anpassungsbedarf in kurzen Zeiträumen**

Die Notwendigkeit der Formulierung von Leitlinien vor dem Entstehen einer etablierten Verwaltungspraxis bedingt es, dass diese relativ zeitnah überprüft und erforderlichenfalls angepasst bzw. fortentwickelt werden sollten. Die Studienvereinigung würde es begrüßen, wenn in einem realistischen Zeitraum von etwa zwei bis drei Jahren erneut eine öffentliche Konsultation zu eventuellem Änderungs- oder Ergänzungsbedarf stattfinden würde.

17

C. **Verfahrensfragen und Zulässigkeitsfragen (Rdnrn. 2-9 Leitlinien, Rdnrn. 2-4 Praktische Hinweise)**

I. **Umfangreiche Darlegungslast ohne klare Begrenzung auf den Prüfungsmaßstab des Lösungsverfahrens nach § 8 Abs. 1 Satz 3 WRegG**

Nach Rdnr. 2 Leitlinien muss für eine vorzeitige Löschung aus dem Wettbewerbsregister das Unternehmen alle Voraussetzungen der Selbstreinigung nach § 123 Abs. 4 Satz 2 bzw. § 125 GWB erfüllen und dies gegenüber der Registerbehörde darlegen und nachweisen. Nach Rdnr. 3 der Leitlinien kann sich die Registerbehörde bei dem der Prüfung zugrunde gelegten Sachverhalt auf das beschränken, was von dem Antragsteller vorgebracht wird oder ihr sonst bekannt sein muss. Das Unternehmen läuft Gefahr, dass der Antrag **ohne Rückfragen** zurückgewiesen wird, wenn die Selbstreinigungsmaßnahmen auf Grundlage der geleisteten Darlegungen und Nachweise als unzureichend erachtet werden.

18

Diese umfangreiche und zudem mit dem Risiko der Zurückweisung behaftete Darlegungslast der Unternehmen führt zu erheblichen Schwierigkeiten, wenn andererseits der **spezifisch vergaberechtlich und registerrechtlich beschränkte Prüfungsmaßstab des Lösungsverfahrens** nicht klargestellt wird. Das gilt insbesondere für die unter Rdnr. 26 ff. der Leitlinien geforderten Darlegungen zum Ergreifen konkreter technischer, organisatorischer und personeller Maßnahmen, die geeignet sind, weiteres Fehlverhalten zu vermeiden (§ 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GWB). Verschiedene Formulierungen lassen erwarten, dass für die Beurteilung der Selbstreinigung ein relativ weiter Prüfungsmaßstab gelten soll. So müssen nach Rdnr. 26 der Leitlinien die zu treffenden Maßnahmen insbesondere erwarten lassen, dass sich das Unternehmen künftig „gesetzestreu“ verhalten wird. Nach Rdnr. 29 der Leitlinien müssen die Maßnahmen den „etablierten Standards effektiver Compliance“ gerecht werden.

19

Es wird zwar nicht verkannt, dass sich in Rdnr. 26 ff. der Leitlinien auch einschränkende Formulierungen finden, die darauf abstellen, dass die Maßnahmen eine „angemessene Reaktion auf das jeweilige Fehlverhalten“ darstellen müssen (Rdnr. 26 Leitlinien) und dass sich die Maßnahmen an den konkreten Umständen des „der Eintragung zugrundeliegenden Fehlverhaltens ausrichten“ (Rdnr. 27 Leitlinien).

20

Dennoch wäre es wünschenswert, wenn in den rechtlich verbindlichen Leitlinien klargestellt würde, dass der Selbstreinigung nach § 125 GWB im Rahmen des Lösungsverfahrens nach § 8 Abs. 1 Satz 3 WRegG ein durch vergaberechtliche und registerrechtliche Vorgaben spezifisch beschränkter Prüfungsmaßstab zu Grunde liegt und von dem betroffenen Unternehmen auch nur in diesem Umfang Darlegungen zu leisten sind.

21

Für die Herleitung dieses spezifischen Prüfungsmaßstabes gelten folgende Überlegungen: **22**

Aufgrund der Bezugnahme in § 8 Abs. 1 Satz 3 WRegG auf § 125 GWB ist der Prüfungsmaßstab zunächst auf die vergaberechtliche Selbstreinigung beschränkt. Dabei geht es gerade nicht darum, dass sich ein Unternehmen künftig allgemein „gesetzes-treu“ verhalten muss und auch nicht darum, allen denkbaren „etablierten Standards effektiver Compliance“ zu genügen. Anders als bei Compliance Management Systemen in anderen Zusammenhängen, bei denen durchaus die Gewährleistung von rechtmäßigem Verhalten aller Verbandsangehörigen im Hinblick auf alle gesetzlichen Gebote und Verbote als Standard gefordert werden kann, geht es bei § 125 GWB allein darum, die Zuverlässigkeit des Unternehmens **im Hinblick auf die Teilnahme an Vergabeverfahren** wieder herzustellen. Es geht allein darum Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet sind, die Begehung von Straftaten oder schwerem Fehlverhalten, wie sie in §§ 123, 124 GWB als Ausschlussgründe **abschließend** definiert sind, in der Zukunft zu verhindern.<sup>2</sup> **23**

Nur im Rahmen dieses eingeschränkten vergaberechtlichen Prüfungsmaßstabes besteht umgekehrt auch ein korrespondierendes Prüfungsrecht der Unternehmen. Nach Erwägungsgrund 102 der Richtlinie 2014/24/EU sollen Wirtschaftsteilnehmer beantragen können, dass die „**im Hinblick auf ihre Zulassung zum Vergabeverfahren**“ getroffenen Compliance-Maßnahmen geprüft werden.<sup>3</sup> Hierauf nimmt die Gesetzesbegründung<sup>4</sup> zu § 125 ausdrücklich Bezug und stellt klar, die „*getroffenen Selbstreinigungsmaßnahmen sind nur im Hinblick auf die Prüfung der **Zuverlässigkeit** eines Bewerbers oder Bieters, bei dem ein Ausschlussgrund vorliegt, in einem konkreten **Vergabeverfahren** von Bedeutung.*“ **24**

Im Rahmen eines Löschantrages nach § 8 WRegG ist der vergaberechtliche Prüfungsmaßstab des § 125 GWB aber sogar noch weiter eingeschränkt bzw. registerrechtlich spezifiziert. Es geht nicht um die Vermeidung aller zwingenden und fakultativen Ausschlussgründe der §§ 123, 124 GWB. Es geht allein um die Prüfung, ob Compliance Maßnahmen ergriffen wurden, die geeignet sind solches Fehlverhalten zu vermeiden, das nach § 2 WRegG im Wettbewerbsregister eingetragen wird. In § 2 WRegG werden Rechtsverstöße, die zu einer Eintragung führen, konkret und abschließend bezeichnet. Die Liste des § 2 WRegG ist mit der Aufzählung der Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB aber nicht deckungsgleich. Es wurden zwar bewusst **25**

---

<sup>2</sup> Vgl. Ziekow/Völlink, VergabeR, 4. Aufl. 2020, § 125 GWB Rdnr. 1f.

<sup>3</sup> Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. (EU) Nr. L 94/65 vom 28.03.2014.

<sup>4</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), BT-Drs. 18/6281, S. 107.

nicht **mehr** Delikte aufgeführt, als für die Prüfung des Ausschlusses von Vergabeverfahren erforderlich sind. Die Liste der einzutragenden Delikte „orientiert“ sich daher an den vergaberechtlichen Ausschlussgründen nach den §§ 123, 124 GWB. Einige dieser Ausschlussgründe, wie insbesondere die fakultativen Ausschlussgründe einer nachweislichen schweren Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB, der Insolvenz nach § 124 Abs. 1 Nr. 2 GWB oder der Schlechterfüllung eines früheren öffentlichen Auftrages nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB wurden aber bewusst nicht zur Eintragung in das Wettbewerbsregister vorgesehen. Neben bestimmten Straftatbeständen, die gemäß § 123 Abs. 1 GWB zwingende Ausschlussgründe von der Teilnahme an Vergabeverfahren darstellen, wurden von den fakultativen Ausschlussgründen des § 124 GWB nur gravierende Verstöße gegen Wettbewerbsrecht erfasst (§ 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB) sowie Verstöße gegen bestimmte Arbeitnehmerschutzvorschriften, zu denen bisher eine Abfragepflicht der Auftraggeber aus dem Gewerbezentralregister bestand. Erklärtes Ziel war es, von den Ausschlussgründen der §§ 123, 124 GWB nur diejenigen schwerwiegende Wirtschaftsdelikte zu erfassen, die für Vergabeverfahren „besonders praxisrelevant“ sind (vgl. zu allem Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Wettbewerbsregisters, BT-Drs. 18/12051, S. 26 ff.).

Dementsprechend geht es bei einem Löschantrag allein um die Frage, ob auf Grund der Selbstreinigungsmaßnahmen die **konkrete Eintragung** des Unternehmens in das Register gelöscht werden kann, weil sichergestellt ist, dass **dieses konkrete Fehlverhalten** sich künftig nicht wiederholen wird, mit der Folge, dass die Tat von Auftraggebern und Konzessionsgebern nicht mehr zum Nachteil des Unternehmens in Vergabeverfahren gewertet werden darf, also das Unternehmen nicht auf Grund dieser Tat ausgeschlossen werden darf (vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Wettbewerbsregisters, BT-Drs. 18/12051, S. 32).

Nur in diesem Umfang und mit dieser spezifisch vergaberechtlichen und registerrechtlichen Zielsetzung können Darlegungen und Nachweise des betroffenen Unternehmens gefordert werden. Eine klare Begrenzung auf diesen spezifischen Prüfungsmaßstab, anhand dessen Selbstreinigungsmaßnahmen zu prüfen sind, liegt nicht nur im Interesse der Unternehmen, sondern auch im Interesse der Effizienz und praktischen Handhabbarkeit des Löschantragsverfahrens. Da die Unternehmen das Risiko einer Ablehnung des Antrages ohne Rückfragen tragen und insbesondere auch kein Anspruch auf Durchführung einer mündlichen Anhörung besteht, gebietet es jedenfalls bei anwaltlich verfassten Anträgen das Gebot anwaltlicher Vorsicht, bereits mit dem Antrag so umfassende Darlegungen zu machen, dass allen in den Leitlinien angesprochenen Aspekten sicher genügt wird. Nach derzeitiger Fassung der Leitlinien ist daher

26

27



mit ausufernden Darlegungen zur allgemeinen Gesetzestreue und zu in anderen Zusammenhängen entwickelten Compliance Management Systemen zu rechnen, die im Rahmen des spezifisch vergaberechtlich und registerrechtlichen Prüfungsmaßstabes einerseits gar nicht erforderlich sind und andererseits gerade nicht geeignet sind, die Wiederholung des im jeweiligen Einzelfall tatsächlich eingetragenen Fehlverhaltens künftig auszuschließen. Es geht nicht darum, die Selbstreinigungsmaßnahmen daraufhin zu überprüfen, ob sie allen Anforderungen genügen, die an Compliance-Maßnahmen in anderen Zusammenhängen gestellt werden, sondern **ausschließlich** um eine Anerkennung der Selbstreinigungsmaßnahmen für die Zwecke der öffentlichen Auftragsvergabe.<sup>5</sup>

Die Studienvereinigung hält es daher für geboten, den vergaberechtlich und registerrechtlich spezifisch beschränkten Prüfungsmaßstab der Selbstreinigung im Rahmen des Lösungsverfahrens nach § 8 Abs. 1 Satz 3 WRegG in den rechtlich verbindlichen Leitlinien klar herauszuarbeiten. **28**

Zwar wird in den Praktischen Hinweisen auf den besonderen Prüfraum der vergaberechtlichen Selbstreinigung eingegangen. Insoweit wird unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung richtig darauf hingewiesen, dass es nicht darum geht, auf der Grundlage entsprechender Standards präventiv und unabhängig von einem konkreten Fehlverhalten zu prüfen, ob und welche Compliance-Maßnahmen im Unternehmen zu treffen oder anzupassen sind (vgl. Praktische Hinweise, Rdnr. 17). Die Studienvereinigung hielte es aber für geboten, den Prüfraum nicht nur in den – rechtlich nicht verbindlichen – Praktischen Hinweisen anzusprechen, sondern in den rechtlich verbindlichen Leitlinien klar und unmissverständlich zu regeln. **29**

Zudem sind auch nach den Praktischen Hinweisen die Anforderungen an die Unternehmen hinsichtlich der Darlegungen zu dem in Rede stehenden Fehlverhalten und der ergriffenen bzw. nicht ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen – auch umfangsmäßig - extrem hoch. Das gilt insbesondere hinsichtlich der umfangreichen Fragenkataloge zu den technischen, organisatorischen und personellen Maßnahmen zur Vermeidung weiteren Fehlverhaltens (Rdnr. 17 bis 32 der Praktischen Hinweise). Auch hier gehen zahlreiche Formulierungen recht deutlich über den spezifischen Prüfungsmaßstab hinaus. Das gilt etwa für die Frage nach dem Umgang des Unternehmens mit – über das Eintragungsdelikt – hinausgehendem Fehlverhalten innerhalb der letzten zwei Jahre (Rdnr. 26, 5. Spiegelstrich der Praktischen Hinweise) oder für die Forderung nach einem Bekenntnis der Unternehmensleitung zu (allgemein) **30**

---

<sup>5</sup> So ausdrücklich: Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Wettbewerbsregisters, BT-Drs. 18/12051, S. 32.

rechtskonformem Handeln (Rdnr. 22 der Praktischen Hinweise). Es wird zwar an verschiedenen Stellen wiederum darauf hingewiesen, dass nicht alle abgefragten Maßnahmen für jeden Fall gleich relevant sind und eine Selbstreinigung nicht im „Abhaken“ eines möglichst breiten Kataloges von Maßnahmen besteht (u.a. Praktische Hinweise, Ziffer 3, 4. Spiegelstrich und Ziffer 28). Andererseits werden aber dezidiert Darlegungen auch zu solchen Maßnahmen verlangt, die verworfen wurden, sowie zu den Gründen hierfür (vgl. Praktische Hinweise, Ziffer 3, 4. Spiegelstrich). Auch das lässt unter Geltung des Grundsatzes anwaltlicher Vorsicht tendenziell ausufernde Darlegungen erwarten.

## II. **Nachfragen und Anhörung statt Ablehnung des Antrages ohne Anhörung und ohne vorherigen rechtlichen Hinweis (Rdnr. 3 Leitlinien, Rdnr. 3 Praktische Hinweise)**

In Rdnr. 3 Satz 2 der Leitlinien wird darauf hingewiesen, dass der Antrag auf Löschung ohne Rückfragen abgelehnt werden kann. Die Studienvereinigung gibt zu bedenken, dass nach § 8 Abs. 4 WRegG die Ablehnung im Wettbewerbsregister vermerkt wird. Die Ablehnung hat zwar rechtlich keine Bindungswirkung für öffentliche Auftraggeber. Praktisch ist aber davon auszugehen, dass öffentliche Auftraggeber sich über die Ablehnungsentscheidung des Bundeskartellamtes kaum hinwegsetzen werden. Die Ablehnung der Löschung entfaltet – ebenso wie die Eintragung selbst – somit bei realitätsnaher Betrachtung eine **faktische Sperrwirkung** für die Vergabe von Aufträgen. **31**

Dafür sprechen vor allem folgende Gründe: **32**

Zum einen verfügen öffentliche Auftraggeber nicht über die der Registerbehörde eingeräumten umfassenden Ermittlungsbefugnisse nach §§ 57 und 59 bis 59b GWB. Zum anderen haben Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber, ein Unternehmen als „gereinigt“ anzusehen, drittschützende Wirkung, d.h. ein Mitbewerber kann sich vor der zuständigen Vergabekammer gegen die seiner Ansicht nach ungerechtfertigte Wiederzulassung des Unternehmens wehren.<sup>6</sup> Dieses greifbare Risiko werden öffentliche Auftraggeber schon aufgrund der mit einem Nachprüfungsantrag verbundenen Verzögerung der Auftragsvergabe in aller Regel nicht eingehen wollen. **33**

Mit der Ablehnung des Löschantrages sind damit erheblich belastende Wirkungen verbunden. Zudem ist davon auszugehen, dass gegen die Ablehnungsentscheidung zwar die Beschwerde nach § 11 Abs. 1 WRegG zulässig ist, diese aber keine aufschiebende Wirkung hinsichtlich der Eintragung der Ablehnung des Löschantrages entfaltet. **34**

---

<sup>6</sup> Vgl. nur Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Auflage 2017, § 125 GWB Rdnr. 14.

Die Studienvereinigung geht nicht davon aus, dass der Gesetzgeber mit seiner Formulierung in § 8 Abs. 4 Satz 2 WRegG, wonach dann, wenn die Registerbehörde die Selbstreinigungsmaßnahmen für unzureichend hält, sie ergänzende Informationen verlangt „oder den Antrag ablehnt“, den verfassungsrechtlichen Grundsatz des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 GG einschränken wollte. Es mag sein, dass vor einer Ablehnung eines Antrages keine ergänzenden Informationen verlangt werden müssen. Ein vorheriger Hinweis auf die Ablehnung des Antrages ist aber allemal geboten. Das ist schon deshalb unabdingbar, weil dem Antragsteller Gelegenheit gegeben werden muss, seinen Antrag notfalls zurückzunehmen und so die gravierenden Nachteile einer Eintragung des abgelehnten Selbstreinigungsantrages zu vermeiden. Es wäre zu begrüßen, wenn dies in den Leitlinien klargestellt würde. Zumindest in der Anfangsphase und bis zur weiteren Konkretisierung des Umfangs der zu leistenden Darlegungen sollte überdies Bereitschaft bestehen, auch Anmeldeentwürfe zu bearbeiten, wie es im Bereich der Fusionskontrolle üblicher und durchaus bewährter Praxis entspricht.

**35**

### **III. Prüfungsfrist für den Antrag**

Die von einer Eintragung betroffenen Unternehmen haben einen Prüfungsanspruch darauf, ob die getroffenen Selbstreinigungsmaßnahmen ausreichend sind, um ihre Zuverlässigkeit in einem Vergabeverfahren wieder herzustellen (vgl. Erwägungsgrund 102 Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. (EU) Nr. L 94/65 vom 28.03.2014; vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergR-ModG), BT-Drs. 18/6281, S. 107). Ein solcher Anspruch läuft weitgehend leer, wenn die Prüfung der Selbstreinigungsmaßnahmen einen langen oder zumindest im Vorhinein nicht klar definierten Zeitraum in Anspruch nimmt.

**36**

Auch insoweit besteht zwar keine rechtliche Bindungswirkung öffentlicher Auftraggeber an die Eintragung eines Fehlverhaltens in das Wettbewerbsregister und den Unternehmen steht es theoretisch frei, den betreffenden Auftraggeber während des noch laufenden Lösungsverfahrens von der bereits erfolgten Selbstreinigung zu überzeugen. Praktisch wird das in den allermeisten Fällen aus den unter C.II. genannten Gründen aufgrund der faktischen Sperrwirkung einer Eintragung aber nicht realistisch sein.

**37**

Für Unternehmen, die sich regelmäßig an öffentlichen Ausschreibungen beteiligen, ist es von großer Bedeutung abschätzen zu können, wann mit einer Entscheidung über die Selbstreinigung zu rechnen ist. Danach richtet sich die Planung aus, ob sich

**38**

der Aufwand der Teilnahme an einem Vergabeverfahren lohnt und wie die vorhandenen Kapazitäten auf verschiedene Ausschreibungen verteilt werden können. Es wäre ein unguter Zustand, wenn sich ein Unternehmen, das materiell rechtlich bereits eine erfolgreiche Selbstreinigung durchlaufen hat, während des Laufs eines langwierigen Lösungsverfahrens über einen längeren Zeitraum nicht an Vergabeverfahren beteiligen könnte. Klar ist jedenfalls auch, dass das Institut des vorzeitigen Lösungsantrages nur dann Sinn macht, wenn die Bearbeitungszeiten substantiell kürzer sind als die ohnehin in § 126 GWB vorgesehenen Lösungsfristen.

Die Studienvereinigung regt daher dringend an, über verbindliche Entscheidungsfristen nachzudenken. Es steht zwar zu befürchten, dass die vom Gesetzgeber geschätzte Bearbeitungsdauer von 480 Minuten nicht in allen Fällen ausreichend sein wird.<sup>7</sup> Ein realistischer Orientierungspunkt für die Angemessenheit der Entscheidungsfristen dürfte aber eine Anlehnung an die Monatsfrist des § 40 GWB sein. Dabei kann angelehnt an die Regelungen der Fusionskontrolle in § 40 GWB durchaus auch ein abgestuftes Fristenregime mit einer kurzen Frist für klare Fälle und einer längeren Frist für tatsächlich oder rechtlich anspruchsvolle Fälle zweckmäßig sein. Alternativ käme eine Anlehnung an die in § 167 GWB geregelte Entscheidungsfrist für Verfahren vor der Vergabekammer von 5 Wochen in Betracht, mit der Möglichkeit der Verlängerung um zwei Wochen bei besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten.

39

#### **IV. Frühester Zeitpunkt der Zulässigkeit eines Antrages**

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass nach § 8 Abs. 1 WRegG ein Lösungsantrag erst gestellt werden kann, wenn ein Unternehmen in das Wettbewerbsregister eingetragen worden ist. Da Eintragungen regelmäßig erst nach Rechtskraft vorgenommen werden, sind aber Konstellationen naheliegend, in denen bereits während des noch laufenden Verfahrens vor der betreffenden Behörde oder während des Laufs des gerichtlichen Verfahrens vorsorgliche Selbstreinigungsmaßnahmen ergriffen worden sind, die als solche materiell rechtlich ausreichend wären. In derartigen Fällen besteht ein dringendes Bedürfnis, den Lösungsantrag bereits vor Eintragung anzubringen und so bereits die Eintragung mit ihrer faktischen Sperrwirkung zu verhindern (vgl. zu den belastenden Wirkungen der Eintragung C.II.). Dasselbe Bedürfnis kann auch bei Kartellverstößen bereits vor Erlass des Bußgeldbescheids bestehen. Auch hier kann es angezeigt sein, bereits frühzeitig mit Selbstreinigungsmaßnahmen zu beginnen oder verbindliche Zusagen zur Schadenskompensation zu leisten.

40

---

<sup>7</sup> Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Wettbewerbsregisters, BT-Drs. 18/12051, S. 24.

Die Studienvereinigung regt an, den Umgang mit solchen Fällen in den Leitlinien zu regeln. Dabei könnte es sich als verfahrensrechtlicher Anknüpfungspunkt anbieten, im Zusammenhang mit der ohnehin zu gewährenden Gelegenheit zur Stellungnahme vor Eintragung nach § 5 Abs. 1 WRegG auch die Gelegenheit zu geben, einen „vorsorglichen“ Löschantrag einzureichen. Dies dient letztlich auch der Effizienz der Verfahrensabläufe, denn es besteht kein Interesse daran, den administrativen Aufwand einer Eintragung und anschließendem Löschung zu unternehmen, wenn beides an sich entbehrlich ist.

41

#### **V. Berechtigtes Interesse und Berechnung Verfahrensgebühr (Rdnr. 8 Leitlinien, Rdnr. 4 Praktische Hinweise)**

Nach Rdnr. 8 der Leitlinien soll ein durchschnittlicher jährlicher Umsatz mit öffentlichen Aufträgen für die Registerbehörde im Rahmen der Berechnung der Verfahrensgebühr nach § 8 Abs. 6 WRegG relevant sein. Die Studienvereinigung gibt zu bedenken, dass nach § 8 Abs. 6 Satz 1 WRegG Gebühren und Auslagen nur zur Deckung des Verwaltungsaufwandes der Registerbehörde erhoben werden dürfen. Der jährliche Umsatz des betreffenden Unternehmens mit öffentlichen Aufträgen steht zum Verwaltungsaufwand der Registerbehörde im Rahmen des Löschanverfahrens aber in keinem zwingenden Zusammenhang. Eine Orientierung der Gebühren an der wirtschaftlichen Bedeutung, die der Gegenstand der gebührenpflichtigen Handlung hat, ist zwar in § 62 Abs. 2 Satz 1 GWB vorgesehen. Hierauf verweist § 8 Abs. 6 WRegG aber gerade nicht. Die Verweisung beschränkt sich auf den Gebührenrahmen von 25.000 Euro nach § 62 Abs. 2 Satz 2 Nummer 2 GWB. Alleiniger Maßstab der Gebührenbemessung sollte daher der Verwaltungsaufwand der Registerbehörde bleiben.

42

#### **VI. Beteiligungsrechte betroffener öffentlicher Auftraggeber**

Ist eine Eintragung im Wettbewerbsregister nach § 8 WRegG gelöscht worden, so darf nach § 7 Abs. 2 WRegG die der Eintragung zugrunde liegende Straftat oder Ordnungswidrigkeit in Vergabeverfahren nicht mehr zum Nachteil des betroffenen Unternehmens verwertet werden. Die positive Löschanentscheidung entfaltet mithin Bindungswirkung für öffentliche Auftraggeber. Öffentliche Auftraggeber und ggf. auch Mitbewerber sind somit durch die Löschanentscheidung unmittelbar in ihren Rechten betroffen.

43

Die Studienvereinigung regt an, in den Leitlinien Regelungen mit aufzunehmen, ob und wie von der Löschanentscheidung betroffene öffentliche Auftraggeber oder ggf. auch Mitbewerber in einem geregelten Verfahren in das Löschanverfahren einbezogen werden sollen. Denkbar wäre etwa eine Beiladung oder die Gewährung

44

sonstiger Beteiligungsrechte wie die Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Löschantrag. Unabhängig davon, ob eine solche Beteiligung je nach Interessenlagen in der Sache gewünscht ist oder nicht, besteht zumindest ein dringendes Regelungsbedürfnis zu dieser Frage.

#### **D. Selbstreinigung und Schadensausgleich (Rdnr. 10-19 Leitlinien, Rdnr. 5-12 Praktische Hinweise)**

Die Leitlinien sehen zum Schadensausgleich und der Verpflichtung hierzu nach § 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GWB vor, dass die detaillierte zivilrechtliche Prüfung von Ansprüchen und Fragen der zivilprozessualen Durchsetzung nicht Gegenstand des verwaltungsrechtlichen Verfahrens zur Löschung aus dem Register sind (Rdnr. 14). Die Studienvereinigung begrüßt diese Klarstellung. Sie erscheint vor dem Hintergrund sinnvoll, dass das Vergaberecht weder einen Strafzweck verfolgt, noch dafür bestimmt ist, Schadensersatzansprüche zu regulieren.<sup>8</sup>

**45**

Weiter heißt es in den Leitlinien (Rdnr. 15), dass das Unternehmen für eine erfolgreiche Selbstreinigung zumindest offenkundig durch das Fehlverhalten verursachte Schäden, hinsichtlich deren (Mindest-) Höhe keine ernsthaften tatsächlichen und rechtlichen Zweifel bestehen („offenkundige Schäden“), ausgeglichen oder sich zur Zahlung eines entsprechenden Ausgleichs verpflichtet haben müsse. Ob ein offenkundiger Schaden vorliege, sei eine Frage des Einzelfalls und des einer Eintragung zugrunde liegenden Delikts. Schäden seien in jedem Fall offenkundig, wenn eine Ausgleichspflicht dem Grunde und der Höhe nach rechtskräftig festgestellt wurde.

**46**

Die Studienvereinigung teilt diese Einschätzung, weist jedoch ergänzend auf Folgendes hin: Zumindest bei Kartellrechtsverstößen werden zum Zeitpunkt der Antragstellung in der Regel noch keine „offenkundigen Schäden“ im Sinne von Rdnr. 15 der Leitlinien vorliegen (können), da das Unternehmen den Antrag auf vorzeitige Löschung in der Regel deutlich vor Ablauf der dreijährigen Ausschlussfrist des § 126 Nr. 2 GWB stellen wird und diese bereits mit dem Erlass der Bußgeldentscheidung zu laufen beginnt.<sup>9</sup> Über follow-on-Schadensersatzansprüche wird zu diesem Zeitpunkt – so sie denn überhaupt schon anhängig sind – in der Regel noch nicht rechtskräftig entschieden sein. Vielmehr dürften zu diesem Zeitpunkt in der Regel noch ernsthafte tatsächliche und rechtliche Zweifel am Eintritt und Umfang der Schäden bestehen. Hintergrund ist, dass sich gerade bei Kartellrechtsverstößen regelmäßig Probleme bei der Feststellung von Schadensersatzansprüchen ergeben.

**47**

---

<sup>8</sup> Roth, NZBau 2016, 672, 676.

<sup>9</sup> EuGH, Urteil vom 24.10.2018, Rs. C-124/17 – *Vossloh Laeis*, Rn. 38 f.

Selbst wenn ein Kartellrechtsverstoß rechtskräftig festgestellt wurde und der Schadensersatzanspruch dem Grunde nach zweifelsfrei besteht, ist damit noch nicht gesagt, ob und wem überhaupt ein Schaden entstanden ist und in welcher Höhe – vor allem bei kartellrechtlichen Schadensersatzforderungen stellt das Bestreiten somit in aller Regel eine berechnete Interessenwahrnehmung dar.<sup>10</sup> Die Studienvereinigung begrüßt vor diesem Hintergrund die Klarstellung in Rdnr. 9 der Praktischen Hinweise, dass es einem Unternehmen unbenommen bleibt, streitige Forderungen zu bestreiten oder abzuwehren. Diese praxisrelevante Klarstellung sollte jedoch in den Leitlinien selbst erfolgen.

Sehr viel praxisrelevanter wird daher in Kartellfällen der nachfolgend (Rdnr. 16 ff.) geregelte Fall sein, dass das Unternehmen mit seinem Antrag die Überzeugung der Registerbehörde begründen müsse, dass es seiner Pflicht zur Mitwirkung bei der Aufklärung des Schadens und seiner etwaigen Ausgleichspflicht nachkommen wird.<sup>11</sup> Die Studienvereinigung begrüßt im Wesentlichen die Klarstellungen zur Darlegungslast des Unternehmens in den Rdnr. 17 und 18 zum Sach- und Streitstand. Sie erscheinen grundsätzlich geeignet, der Registerbehörde eine ausreichende Prüfung der Bereitschaft des Unternehmens zur Schadensaufklärung und –wiedergutmachung zu ermöglichen und andererseits den Aufwand für das antragstellende Unternehmen in vertretbarem Umfang zu halten. Hervorzuheben ist, dass die Leitlinien insoweit keine ausdrückliche Pflicht des Antragstellers zur Einholung eines wettbewerbsökonomischen Gutachtens vorsehen. Dies erscheint auch angesichts der erheblichen Kosten für derartige Gutachten gerade für kleinere Unternehmen sachgerecht.

48

Die Ausführungen in Rdnr. 17 der Leitlinien (dort S. 2), wonach die „Verpflichtung zum Ausgleich des Schadens nur dann ausreichend [ist], wenn sie im Wesentlichen einer bereits erfolgten Zahlung gleichsteht“, erscheinen sehr streng. Das kann sich nur auf dem Grunde und der Höhe nach unstrittige Forderungen beziehen. Zwar findet sich in Rdnr. 8 Satz 2 der Praktischen Hinweise insoweit eine Klarstellung; wichtig wäre aber, dass dies bereits in den Leitlinien ausdrücklich klargestellt wird.

49

Soweit in Rdnr. 19 der Leitlinien (dort S. 2) auch Angaben dazu verlangt werden, ob Geschädigte die Herausgabe von Informationen und Unterlagen begehrt haben, die das Unternehmen nicht gewährt hat, ist daran zu erinnern, dass die in § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB geregelte Mitwirkungspflicht bei der Sachverhaltsaufklärung nur gegenüber öffentlichen Auftraggebern und Ermittlungsbehörden gilt. Die Aussage in Rdnr. 19 befindet sich im Abschnitt zu § 125 Abs. 1 Nr. 1 GWB, der jedoch keine solche Mitwirkungspflicht enthält. Aufgrund der systematischen Trennung von Nr. 1 und Nr. 2 in den Leitlinien sollte das geändert werden.

50

---

<sup>10</sup> Dreher/Hoffmann, NZBau 2012, 265, 271 f; Stein/Friton/Huttenlauch, WuW 2012, 38, 48 f.

<sup>11</sup> Eufinger, EuZW 2017, 674, 676.

Die Studienvereinigung regt die Klarstellung an, dass aus der vergaberechtlichen Pflicht zur Schadensaufklärung keine zusätzlichen Ansprüche von Geschädigten auf Offenlegung von Informationen oder Unterlagen über Kartellrechtsverstöße folgen, die über die spezielleren Ansprüche auf Herausgabe und Offenlegung des GWB (§§ 33g, 89b bis 89d GWB) hinausgehen. Diese *leges speciales* knüpfen eine Offenlegungspflicht an die Erforderlichkeit und schützen Unternehmen vor unverhältnismäßigen Offenlegungen. Die Regelungen ermöglichen einen spezifischen Schutz von vertraulichen Informationen wie Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen und schließen die Offenlegung von Kronzeugenerklärungen sowie Vergleichsausführungen stets aus. Eine vergaberechtliche Offenlegungspflicht würde diese Grundsätze aushebeln. Die Effektivität des Kronzeugenprogramms wäre damit gefährdet, wenn der Kronzeuge – trotz eines Schutzes durch spezialgesetzliche Offenlegungsansprüche – Informationen im Vergabeverfahren offenlegen müsste. Zwar besteht nach § 125 GWB nur eine Obliegenheit und keine Pflicht zur Offenlegung. Im Normalfall wird jedoch die wirtschaftliche Existenz des betroffenen Unternehmens von der Teilnahme an Vergabeverfahren abhängen, sodass durch die Obliegenheit ein faktischer Zwang zur Offenlegung besteht. **51**

Zur Frage, ob der Antragsteller verpflichtet ist, den Bußgeldbescheid in vertraulicher oder nicht-vertraulicher Fassung vorzulegen, verweisen wir auf Abschnitt E. **52**

**E. Selbstreinigung und Mitwirkung bei Sachverhaltsklärung (Rdnr. 20-25 Leitlinien, Rdnr. 13-16 Praktische Hinweise)**

**I. „Aktive Zusammenarbeit“ mit Registerbehörde als Ermittlungsbehörde im engeren Sinne?**

Rdnr. 20 Leitlinien erfordert in „entsprechender Anwendung“ des § 125 GWB eine aktive Zusammenarbeit mit den „Ermittlungsbehörden **und** der Registerbehörde“ (Hervorh. hinzugefügt). Diese Formulierung suggeriert, dass die Registerbehörde zwar keine Ermittlungsbehörde im engeren Sinne ist, dennoch aber in analoger Anwendung von § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GWB eine „aktive Zusammenarbeit“ mit ihr erforderlich sei, um die Tatsachen und Umstände, die mit der Straftat oder dem Fehlverhalten und dem dadurch verursachten Schaden in Zusammenhang stehen, umfassend zu klären. **53**

Die Studienvereinigung ist der Ansicht, dass die Registerbehörde rein begrifflich als eine „Ermittlungsbehörde“ angesehen werden könnte. Dafür kann sprechen, dass die Gesetzesbegründung hervorhebt, der Begriff der Ermittlungsbehörde im Sinne von Art. 57 Abs. 6 Unterabs. 2 der zur Umsetzung gebrachten Richtlinie 2014/24/EU sei **54**



„weit zu verstehen“ und erfasse insoweit jede „ermittelnde“ Behörde, also insbesondere auch öffentliche Auftraggeber als Ermittlungsbehörden im weiteren Sinne.<sup>12</sup> Auch hat die Registerbehörde – allerdings nur im Rahmen ihrer Aufgaben (hierzu noch sogleich) – Ermittlungsbefugnisse nach § 8 Abs. 2 WRegG.

Allerdings stehen einer „entsprechenden“ Anwendung des § 125 GWB auf die Registerbehörde nach Auffassung der Studienvereinigung erhebliche Bedenken entgegen. Denn dies hätte zur Folge, dass der Antragsteller des Löschungsantrages mit der Registerbehörde aktiv bei der umfassenden Klärung der Tatsachen und Umstände, die mit der Straftat oder dem Fehlverhalten und dem dadurch verursachten Schaden in Zusammenhang stehen, zusammenarbeiten müsste. **55**

Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 24. Oktober 2018 in der Rs. C-124/17 betreffend *Vossloh Laeis gegen Stadtwerke München* herausgearbeitet, dass bei der Auslegung des Art. 57 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24/EU die jeweiligen Funktionen der öffentlichen Auftraggeber einerseits und der Ermittlungsbehörden andererseits zu berücksichtigen sind und dazu festgestellt: **56**

„Aufgabe der Ermittlungsbehörden ist es, die Verantwortung bestimmter Akteure bei der Begehung eines Rechtsverstößes zu ermitteln, indem sie unparteiisch die tatsächlichen Feststellungen zu dem möglicherweise einen solchen Verstoß darstellenden Sachverhalt treffen, und das in der Vergangenheit liegende Fehlverhalten dieser Akteure zu ahnden. Demgegenüber müssen die öffentlichen Auftraggeber die Risiken einschätzen, die sie unter Umständen eingehen, indem sie einen Auftrag an einen Bieter mit zweifelhafter Integrität oder Zuverlässigkeit vergeben“.<sup>13</sup> **57**

Nach ihrer Funktion und ihrer in § 8 Abs. 1 WRegG festgelegten Aufgabenstellung ist die Registerbehörde gerade nicht – wie eine Ermittlungsbehörde in diesem Sinne – dazu berufen, die tatsächlichen Feststellungen zu dem ein relevantes Fehlverhalten betreffenden Sachverhalt zu treffen oder gar das in der Vergangenheit liegende Fehlverhalten der betreffenden Akteure zu ahnden. Hierzu ist das Bundeskartellamt nur in anderer Funktion als Kartellverfolgungsbehörde berufen, nicht aber in seiner Funktion als Registerbehörde. **58**

Seine Funktion als Registerbehörde beschränkt sich nach der gesetzlichen Aufgabenzuweisung in § 8 Abs. 1 Satz 2 WRegG allein darauf zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Selbstreinigung nach § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB nachgewiesen worden sind, ob also **59**

---

<sup>12</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 125 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 109.

<sup>13</sup> EuGH, Urteil vom 24. Oktober 2018, Rs. C-124/17 – *Vossloh Laeis vs. Stadtwerke München*, EuZW 2019, 295, Rdnr. 26.

der Antragsteller mit den zur Verfolgung und Ahndung des in Rede stehenden Fehlverhaltens berufenen Ermittlungsbehörden oder mit dem betreffenden öffentlichen Auftraggeber aktiv zusammenarbeitet bzw. zusammengearbeitet hat.

Einer aktiven Zusammenarbeit mit der Registerbehörde selbst bedarf es für die Prüfung dieser Frage nicht. Der Antragsteller ist nicht zur Selbstreinigung gegenüber der Registerbehörde verpflichtet. Ihn trifft ausschließlich eine Obliegenheit gegenüber der Registerbehörde darzutun, dass die im Gesetz statuierten Voraussetzungen der Selbstreinigung erfüllt sind. Nur zu diesen Voraussetzungen werden der Registerbehörde auch Ermittlungsbefugnisse nach § 8 Abs. 2 WRegG eingeräumt.

60

Die Studienvereinigung regt an, zur Vermeidung von Missverständnissen die Funktion der Registerbehörde in diesem Sinne klarzustellen.

61

## II. „Aktive Zusammenarbeit“ mit öffentlichen Auftraggebern als Ermittlungsbehörde im weiteren Sinne

Wir regen auch an, in Rdnr. 21 und 22 der Leitlinien klarzustellen, dass die aktive Zusammenarbeit nicht nur mit den Ermittlungsbehörden im engeren Sinne (wie z.B. Staatsanwaltschaften und Landeskartellbehörden) erfolgen muss, sondern nach § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB auch mit dem öffentlichen Auftraggeber des oder der aktuell eventuell anhängigen Vergabeverfahren. Denn Letzterer „ermittelt“ auch, wenn er nach den gesetzlichen Vorschriften prüft, ob ein Unternehmen für die Zulassung zum Vergabeverfahren die Voraussetzungen der Selbstreinigung erfüllt.

62

Nach dem Willen des Gesetzgebers ist der Begriff der **Ermittlungsbehörden** in Anlehnung an Art. 57 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24/EU **weit zu verstehen** und umfasst eben auch den Auftraggeber.<sup>14</sup> Das hat der Gesetzgeber durch die Aufnahme des Begriffes des „öffentlichen Auftraggebers“ in § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB klar zum Ausdruck gebracht.

63

In der Rechtssache *Vossloh Laeis gegen Stadtwerke München* bestätigte der EuGH die Notwendigkeit der Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Auftraggeber.<sup>15</sup> Der Bieter muss nach der Rechtsprechung des EuGH wirksam mit allen Ermittlungsstellen zusammenarbeiten, denen ihre „jeweiligen Funktionen übertragen worden sind“ (siehe dazu bereits in Abschnitt D. und E.I.) und zwar „ganz gleich, ob es sich um den öffentlichen Auftraggeber oder um die Ermittlungsbehörde handelt“.<sup>16</sup>

64

---

<sup>14</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 125 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 109.

<sup>15</sup> EuGH, a.a.O., Rdnr. 27.

<sup>16</sup> EuGH, ebd..

Es war zentraler Gegenstand der Streitigkeiten in der o.g. Rechtssache vor dem EuGH und der Vergabekammer Südbayern<sup>17</sup>, ob der öffentliche Auftraggeber als Ermittlungsbehörde im Sinne von Art. 57 der Richtlinie 2014/24 zu verstehen ist oder nicht. Daher empfehlen wir in Rdnr. 21 der Leitlinien klarzustellen, dass eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden den öffentlichen Auftraggeber umfasst. **65**

Zudem regen wir an klarzustellen, dass die Zusammenarbeit nicht mit jedwedem potentiellen oder zukünftigen Auftraggeber, sondern nur mit dem Auftraggeber des **konkret anhängigen Vergabeverfahrens** erfolgen muss, der die Zuverlässigkeit des Bieters tatsächlich prüft. Nach der o.g. Entscheidung des EuGH soll die Zusammenarbeit mit demjenigen Auftraggeber erfolgen, der „über den Ausschluss“ von einem Vergabeverfahren entscheidet<sup>18</sup>, d.h. mit dem Auftraggeber des aktuell anhängigen Vergabeverfahrens. **66**

Eine andere Interpretation würde zu einer Verdoppelung oder Wiederholung der Pflichten des Unternehmens führen. Dies wäre nicht von der Absicht des deutschen Gesetzgebers und auch nicht von Richtlinie 2014/24 umfasst, wie der Generalanwalt Campos Sánchez-Bordona in der Rechtssache *Vossloh Laeis gegen Stadtwerke München* zutreffend festgestellt hatte.<sup>19</sup> **67**

### III. Weitere (auch ausländische) Ermittlungsbehörden bei der Selbstreinigung zu berücksichtigen?

Rdnr. 20 Satz 1 der Leitlinien führt aus, dass die Selbstreinigung nach § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB die aktive Zusammenarbeit u.a. mit den „Ermittlungsbehörden“ voraussetzt. Unklar bleibt jedoch, ob von diesem Terminus auch ausländische Ermittlungsbehörden umfasst sind und ob das Unternehmen mit diesen generell oder nur in Bezug auf das im Wettbewerbsregister konkret eingetragene Fehlverhalten zusammengearbeitet haben muss. **68**

Die Registerbehörde kann nach § 7 WRegG nur solche Tatsachen aus dem Wettbewerbsregister löschen, die gemäß § 2 WRegG eintragungsfähig sind. Dazu gehören nicht Entscheidungen ausländischer Ermittlungsbehörden, ebenso nicht kartellrechtliche Bußgeldbescheide der Europäischen Kommission (§ 2 Abs. 2 WRegG). Ausländische Ermittlungsbehörden (oder die Kommission) sind keine „Behörde, die zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten“ nach deutschem Recht im Sinne von § 4 Abs. 1 WRegG berufen sind. **69**

---

<sup>17</sup> Vergabekammer Südbayern, Beschluss vom 7. März 2017, GRUR Int. 2017, 460, 466.

<sup>18</sup> EuGH, a.a.O., Rdnr. 23.

<sup>19</sup> Vgl. Schlussanträge vom 16. Mai 2018 des Generalanwalts Campos Sánchez-Bordona in obiger Rs. *Vossloh Laeis vs. Stadtwerke München*, Rdnr. 31-61, 87.

Allerdings bleibt es dem öffentlichen Auftraggeber bei der Beurteilung der Integrität und Zuverlässigkeit des Bieters grundsätzlich unbenommen, Fehlverhalten zu berücksichtigen, das von ausländischen Ermittlungsstellen, einschließlich der Europäischen Kommission, beanstandet wurde. (Soweit ersichtlich ist es unstrittig, dass z.B. die Kommission als eine Ermittlungsbehörde i.S.v. § 125 GWB fungiert.<sup>20</sup>) Insoweit erstreckt sich die Bindungswirkung von Lösungsentscheidungen der Registerbehörde für den öffentlichen Auftraggeber nach Maßgabe des § 7 Abs. 2 WRegG nur auf das **konkret im Wettbewerbsregister eingetragene** – und gelöschte – Fehlverhalten und nicht auf jegliches – gegebenenfalls von einer ausländischen Ermittlungsbehörde geahndete – Fehlverhalten. Das gilt, solange es sich nicht um dieselbe Tat in einem prozessualen Sinn geht, auch dann, wenn das von der ausländischen Behörde geahndete Fehlverhalten im Zusammenhang mit einem Fehlverhalten steht, das mit der Entscheidung einer nationalen Ermittlungsbehörde geahndet wurde, die ihrerseits aus dem Register gelöscht worden ist.

70

Daher ist die Studienvereinigung der Ansicht, dass die Registerbehörde im Lösungsverfahren grundsätzlich nicht prüfen muss, ob eine Zusammenarbeit mit anderen als deutschen Ermittlungsbehörden stattgefunden hat. Eine Zusammenarbeit mit den ausländischen Ermittlungsbehörden (oder der Kommission) ohne Bezug auf die im Wettbewerbsregister konkret eingetragene Tat ist nicht Gegenstand der Lösungsprüfung der Registerbehörde. Insofern ist der Prüfungsumfang des Lösungsverfahrens beschränkt. Korrespondierend dazu hat die Bindungswirkung der Entscheidung der Registerbehörde über die Löschung eine begrenzte Tragweite und erstreckt sich nicht auf Fehlverhalten, das Gegenstand der Entscheidung einer ausländischen Ermittlungsbehörde (oder der Kommission) ist. Dies sollte in den Leitlinien so auch klar zum Ausdruck kommen.

71

#### IV. Gestaltung der Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Auftraggeber

Die Leitlinien enthalten in ihren Rdnr. 21 bis 25 zwar Ausführungen zur Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden, jedoch keine Ausführungen darüber, wie die Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Auftraggeber gestaltet werden soll. Allerdings muss die Registerbehörde prüfen, ob sämtliche Voraussetzungen der Selbstreinigung vorliegen, also auch, ob das Unternehmen mit dem Auftraggeber aktiv zusammengearbeitet hat.

72

---

<sup>20</sup> Vgl. insofern Vergabekammer Westfalen, Beschluss vom 25. April 2019, NZBau 2019, 610, 614.

Daher müssten in den Leitlinien zumindest die wesentlichen Grundsätze der Kooperation mit dem Auftraggeber skizziert und dabei auf die relevante Kasuistik Bezug genommen werden. **73**

RdNr. 21 der Leitlinien fordert vom Unternehmen ein Verhalten, das Ausdruck eines „Bemühens“ ist, den Sachverhalt aufzuklären. Dabei ist unklar, ob die Anforderungen an eine aktive Zusammenarbeit in der Praxis der Registerbehörde geringer sind, als dies in der Gesetzesbegründung zu § 125 GWB erkennbar wird. Danach soll das Bemühen „ernsthaft und ausdrücklich“ sowie „aktiv, ernsthaft und erkennbar“ sein.<sup>21</sup> Der Funktion der Leitlinien entsprechend sollten die Anforderungen im Lösungsverfahren an die Zusammenarbeit mit dem Auftraggeber präzisiert werden. **74**

Dies ist auch deshalb angebracht, weil der öffentliche Auftraggeber u.U. Interessenskonflikten ausgesetzt sein kann. Ist z.B. der öffentliche Auftraggeber zugleich Kartellgeschädigter, so besteht ein Spannungsverhältnis zwischen (i) der Tragweite der aktiven Zusammenarbeit mit dem Auftraggeber und dessen – idealiter neutralen – Beurteilung der Zuverlässigkeit und Integrität des Unternehmens und (ii) dem Interesse des Auftraggebers an der Geltendmachung möglichst hoher Schadensersatzansprüche. **75**

Daher betont der EuGH in der Rechtssache *Vossloh Laeis gegen Stadtwerke München*, dass die Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Auftraggeber „auf die Maßnahmen beschränkt sein [muss], die **unbedingt erforderlich** sind, damit das Ziel [d.h. die Prüfung der Zuverlässigkeit und Integrität des Bieters] wirksam verfolgt werden kann“ (Hervorh. hinzugefügt.).<sup>22</sup> Zur Rolle des öffentlichen Auftraggebers äußerte sich der Generalanwalt Campos Sánchez-Bordona in seinen Schlussanträgen (dort in RdNr. 48 ff.): Der öffentliche Auftraggeber müsse danach nicht alle Tatsachen, die zu einem Ausschluss vom Vergabeverfahren geführt haben, selbst feststellen. Vielmehr müsse er „die Beweismittel würdige[n], die derjenige vorlegt, der sich auf seine Rehabilitation beruft“. Die Rolle des Auftraggebers bei der Beweiswürdigung sei damit „passiv“. Ähnlich formuliert der EuGH, dass sich der Auftraggeber im Rahmen der „Würdigung der vorgelegten Nachweise auf das Ergebnis [des kartellrechtlichen Ermittlungsverfahrens] stützen“ könne.<sup>23</sup> **76**

---

<sup>21</sup> Gesetzesbegründung zu § 125 GWB, BT-Drucks. 18/6281, S. 109.

<sup>22</sup> EuGH, a.a.O., RdNr 28.

<sup>23</sup> EuGH, a.a.O., RdNr. 25.

## V. Vorlage des Bußgeldbescheides als Zeichen aktiver Zusammenarbeit?

In den Leitlinien wird nicht diskutiert, ob die Registerbehörde die Vorlage kartellrechtlicher Bußgeldbescheide als Zeichen aktiver Zusammenarbeit des Unternehmens wertet oder gar fordert. Im Hinblick auf die bestehende Praxis von Gerichten und Vergabekammern zur Vorlage solcher Bußgeldbescheide besteht allerdings Bedarf zur Klarstellung. **77**

In der Rechtssache C-124/17 – *Vossloh Laeis gegen Stadtwerke München* befand der EuGH, dass zu einer aktiven Zusammenarbeit mit der zuständigen Ermittlungsbehörde auch die Vorlage des Bußgeldbescheides gehöre. Der öffentliche Auftraggeber, so der EuGH, müsse von einem Wirtschaftsteilnehmer verlangen können, dass „er die ihn betreffende Entscheidung der Wettbewerbsbehörde vorlegt. Der Umstand, dass die Übermittlung eines solchen Dokuments die Durchführung einer zivilrechtlichen Schadensersatzklage des öffentlichen Auftraggebers gegen diesen Wirtschaftsteilnehmer erleichtern könnte, kann diese Feststellung nicht in Frage stellen“. <sup>24</sup> **78**

Der EuGH lässt jedoch offen, ob das Unternehmen die vollständige und damit regelmäßig vertrauliche Fassung des Bußgeldbescheides vorlegen muss, oder ob auch mit einer teilweise geschwärzten Fassung der Nachweis einer aktiven Zusammenarbeit geführt werden kann. Dafür könnte sprechen, dass der EuGH die Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Auftraggeber auf die Maßnahmen beschränkt, die „unbedingt erforderlich“ sind, um das Ziel der Wiederherstellung der Zuverlässigkeit des Bieters zu erreichen. <sup>25</sup> **79**

Zwar spricht sich die Vergabekammer Westfalen <sup>26</sup> für die Pflicht der Vorlage der vertraulichen Version des Bußgeldbescheides aus. Damit ist allerdings noch nichts über den Prüfungsmaßstab der Registerbehörde gesagt. Insofern spielt nach Auffassung der Studienvereinigung durchaus eine Rolle, dass das Bundeskartellamt bei Akteneinsichtsansprüchen von Kartellgeschädigten regelmäßig die Einsicht in einen (vom Bundeskartellamt) teilgeschwärzten Bußgeldbescheid für ausreichend hält. **80**

## VI. Verhältnis zur Bonusregelung, §§ 81 h bis n GWB

Nach Auffassung der Studienvereinigung gehen die Leitlinien in Rdnr. 24 im Falle einer Bußgeldreduzierung nach der Bonusregelung zutreffend davon aus, dass eine aktive Zusammenarbeit mit der Ermittlungsbehörde vorlag. Nach Rdnr. 23 soll ein Sett- **81**

---

<sup>24</sup> EuGH, a.a.O., Rdnr. 30.

<sup>25</sup> EuGH, a.a.O., Rdnr. 28.

<sup>26</sup> Vergabekammer Westfalen, Beschluss vom 25. April 2019, NZBau 2019, 610, 614 f.

lement aber nur im Rahmen einer Gesamtwürdigung einen Anhaltspunkt für die Kooperationsbereitschaft darstellen. Nach Auffassung der Studienvereinigung ist auch eine einvernehmliche Beendigung des Kartellverfahrens zwischen der Kartellbehörde und dem Unternehmen als Zeichen aktiver Zusammenarbeit im Vergabeverfahren positiv zu werten.<sup>27</sup>

Die Leitlinien lassen jedoch nicht erkennen, wie die aktive Zusammenarbeit gewertet wird, wenn ein Unternehmen nicht mit den kartellrechtlichen Ermittlungsbehörden kooperiert, wenn es etwa nach eingehender interner Prüfung der Ansicht ist, nicht an einem Kartell partizipiert zu haben. Die Leitlinien führen zwar in Rdnr. 24 zutreffend aus, dass die Anwendung der Bonusregelung keine notwendige Bedingung für eine aktive Zusammenarbeit sein soll. Das Fehlen weiterer Aussagen suggeriert aber durchaus, dass ein Kronzeugenantrag gestellt und das Unternehmen folglich mit den Wettbewerbsbehörden kooperiert haben muss.

**82**

Für Unternehmen, die mit der öffentlichen Hand zusammenarbeiten, ließe dies faktisch darauf hinaus, dass sie gezwungen wären, einen Bonusantrag zu stellen oder sich im Wege des Settlement mit der Wettbewerbsbehörde zu einigen.<sup>28</sup> Dies wäre nach Auffassung der Studienvereinigung nicht mit dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit in Ordnungswidrigkeitsverfahren vereinbar.<sup>29</sup> Entscheidend bleiben Sinn und Zweck der Selbstreinigung, nämlich eine positive Prognose im Hinblick auf die Zuverlässigkeit und Integrität des Bieters zu ermöglichen.<sup>30</sup>

**83**

Die Studienvereinigung regt in diesem Zusammenhang an, in den Leitlinien klarzustellen, dass die Einlassung als Kronzeuge im Kartellverfahren weder notwendige noch hinreichende Bedingung für etwaige Vergünstigungen im vergaberechtlichen Verfahren ist. Wie bereits von der Vergabekammer des Bundes festgestellt, müssen auch Kronzeugen sämtliche Voraussetzungen der Selbstreinigung selbst nachweisen, um eine positive Prognose der Zuverlässigkeit im Vergabeverfahren zu erwirken.<sup>31</sup> Der kartellrechtliche Bonusantrag hat insoweit keine „Strahlkraft“ auf das Vergabeverfahren.<sup>32</sup>

**84**

---

<sup>27</sup> Hüerkamp, WuW 2020, 294, 297 m.w.N.

<sup>28</sup> Palatzke/Jürschik, NZKart 2017, 358, 361; Hüerkamp, WuW 2020, 294, 297.

<sup>29</sup> In diesem Sinne auch Palatzke/Jürschik, NZKart 2017, 358, 361.

<sup>30</sup> Hüerkamp, WuW 2020, 294, 297.

<sup>31</sup> Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 12. Juni 2015, ZfBR 2015, 822, 827 bzw. Seite 23 f. des Entscheidungsabdrucks; Palatzke/Jürschik, NZKart 2017, 358, 361.

<sup>32</sup> Schnitzer, BB 2016, 2115, 2120.

## VII. Auswirkung von Rechtsmitteln auf die Selbstreinigung

Nicht geregelt ist in den Leitlinien, inwieweit die Möglichkeit der Selbstreinigung bestehen bleibt, wenn ein Rechtsmittelverfahren vor dem OLG/BGH gegen einen Bußgeldbescheid des Bundeskartellamts angestrengt wird. Dies hat besondere Relevanz, da Bußgeldentscheidungen wegen Kartellverstößen bereits vor Rechtskraft in das Wettbewerbsregister eingetragen werden und nicht erst nach Abschluss des Rechtsmittelverfahrens. **85**

Die Studienvereinigung ist der Auffassung, dass Rechtsmittelverfahren gegen einen Bußgeldbescheid keine Auswirkung auf die Einschätzung darüber haben sollten, ob der Antragsteller mit den Ermittlungsbehörden aktiv zusammengearbeitet hat oder nicht. Dem Unternehmen dürfen seine rechtstaatlich garantierten Verteidigungsrechte nicht verwehrt werden. Die Möglichkeit zur Selbstreinigung sollte damit unabhängig davon bestehen bleiben, ob das Unternehmen Rechtsmittel gegen eine Bußgeldentscheidung einlegt, etwa gegen die dort ausgesprochene Höhe der Geldbuße oder gegen die vom Bundeskartellamt getroffenen Feststellungen zu Umständen einer etwaigen Kartellbeteiligung, wenn sich diese mit den Erkenntnissen des Unternehmens nach eingehender Prüfung nicht decken. **86**

Die Studienvereinigung sieht sich darin durch die Entscheidungspraxis der Vergabekammer Südbayern bestärkt, wonach einem Unternehmen durch die Regelungen zur Selbstreinigung nicht das Recht genommen werden darf, gegen den Bußgeldbescheid vorzugehen.<sup>33</sup> Für eine erfolgreiche Selbstreinigung dürfe auch nicht von dem Unternehmen verlangt werden, auf prozessuale Erklärungen wie z.B. Einreden und Einwendungen zu verzichten, die seine prozessuale Position verschlechtern würden.<sup>34</sup> **87**

### F. Compliance-Maßnahmen – Generelle Anforderungen an technische und organisatorische Maßnahmen, § 125 Abs. 1 Nr. 3 GWB (Rdnr. 26-30 Leitlinien, Rdnr. 17-27 Praktische Hinweise)

#### I. Bezug auf etablierte Compliance Standards

Im Hinblick auf Compliance-Maßnahmen benennen die Leitlinien bei Rdnr. 29 als Maßstab die „etablierten Standards effektiver Compliance“. Weder die Leitlinien noch die Praktischen Hinweise erläutern jedoch, welche Compliance Maßnahmen nach Auffassung der Registerbehörde „etabliert“ oder „Standard“ sein sollen. **88**

---

<sup>33</sup> Vergabekammer Südbayern, Beschluss v. 7.3.2017, GRUR Int. 2017, 460, 465 bzw. Rdnr. 63 des Entscheidungsabdrucks.

<sup>34</sup> Vergabekammer Südbayern, ebd.



Nach Meinung der Studienvereinigung wird dies der Funktion der Leitlinien nicht gerecht. Soweit nach Auffassung der Registerbehörde etablierte Compliance Standards bestehen, müsste auf diese entweder als externe Regelung Bezug genommen werden oder diese Standards müssten in den Leitlinien selbst formuliert werden. Zumindest müssten die Leitlinien erkennen lassen, wie sie sich zu gängigen Standards verhalten, wie etwa den Leitlinien ISO 37301:2021 Compliance management systems – Requirements with guidance for use (April 2021), DOJ Evaluation of Corporate Compliance Programs (Juni 2020) oder die DICO Standards DICO Compliance-Management Systeme (März 2021). Alle diese Ausführungen bieten den Unternehmen bei der Gestaltung von CMS gewisse Orientierungshilfen, lassen aber naturgemäß die Position der Registerbehörde nicht erkennen. **89**

Bei einem Bezug auf Standards der Compliance darf aber die konkrete Aufgabenstellung der Registerbehörde nicht aus dem Blick geraten. Sie ist nicht aufgerufen, den „wahren“ Standard von Compliance Maßnahmen zu entwickeln. Ihr Prüfungsmaßstab ist spezifisch auf die Fragestellung der Selbstreinigung zugeschnitten (siehe oben C.I., Rdnr. 22 ff.). Dabei hat die Registerbehörde zu prüfen, ob das Unternehmen Maßnahmen ergriffen hat, die konkret darauf abzielen, das im Wettbewerbsregister eingetragene oder einzutragende Fehlverhalten in der Zukunft wirksam zu vermeiden. **90**

## **II. Konkrete Anleitungen zu effektiven Compliance Maßnahmen**

Die Rdnr. 27-30 der Leitlinien beschreiben die Maßnahmen, die Unternehmen zum Zwecke der Selbstreinigung in technischer und organisatorischer Hinsicht gemäß § 125 Abs. 1 Nr. 3 GWB vornehmen können, nur sehr allgemein und in groben Zügen. Zwar betonen die Leitlinien zu Recht, dass Compliance Maßnahmen immer auf das individuelle Risikoprofil des betroffenen Unternehmens zugeschnitten sein müssen. Allerdings sollen Leitlinien nach ihrer gesetzlichen Funktion den Unternehmen **Anleitungen und Maßstäbe** an die Hand geben und ihnen eine allgemeine Orientierung dafür bieten, nach welchen Kriterien sie die Wirksamkeit ihrer Compliance Maßnahmen gerade für die Zwecke der Selbstreinigung bewerten können. Dies ist in der jetzigen Fassung der Leitlinien nicht der Fall. **91**

Die Studienvereinigung ist der Ansicht, dass die Leitlinien hier konkretere Maßnahmen beschreiben und detailliertere Anleitungen geben sowie konkret unter Verweis auf die Rechtsprechung und Praxis klarstellen sollen, welche Compliance Maßnahmen die Registerbehörde für eine erfolgreiche Selbstreinigung gemäß § 125 Abs. 1 Nr. 3 GWB für ausreichend erachtet. **92**

Hier könnten beispielsweise praktische Fallbeispiele aufgenommen werden, wie sie in den Leitlinien der Europäischen Kommission regelmäßig anzutreffen sind. Zudem wird angeregt, die Rdnr. 17-27 der Praktischen Hinweise in die Leitlinien zu integrieren, dabei aber einen stärkeren Bezug zu dem eigentlichen Prüfungsthema der Selbstreinigung nach § 125 Abs. 1 Nr. 3 GWB vorzunehmen (näher dazu sogleich). **93**

Nach Rdnr. 28 der Leitlinien kann die Einführung eines Compliance Management Systems („CMS“) oder die Anpassung eines bereits vorhandenen CMS eine „angemessene Maßnahme“ zur Selbstreinigung nach § 125 Abs. 1 Nr. 3 GWB sein. Rdnr. 20-27 der Praktischen Hinweise benennen eine Reihe von Compliance Maßnahmen und enthalten dazu jeweils eine Liste von Fragen. Fragenkataloge bieten naturgemäß keine „Leitlinien“ für die Unternehmen. Ihr umfassender Charakter setzt darüber hinaus Fehlanreize. Das Anliegen der Löschung wird spätestens in Verbindung mit Grundsätzen anwaltlicher Vorsicht dazu veranlassen, dass die Fragen auch vollständig abgearbeitet werden, da ansonsten die Ablehnung, nach derzeitiger Fassung der Leitlinien sogar ohne vorherige Anhörung, droht (siehe auch C.I., Rdnr. 27, Rdnr. 30). Die Studienvereinigung bezweifelt, dass dies vom Bundeskartellamt – auch im Hinblick auf den damit verbundenen Umfang von Anträgen – tatsächlich gewollt ist. **94**

Generell verdeckt die Fassung des Fragenkatalogs den maßgeblichen Prüfungsmaßstab, nämlich die vergaberechtliche Beurteilung der Zuverlässigkeit zur Ausführung öffentlicher Aufträge. Die ergriffenen Compliance Maßnahmen sollen nicht alle denkbaren Konstellationen möglichen Fehlverhaltens abdecken. Die Einführung eines CMS oder die Anpassung desselben sind nämlich **kein Selbstzweck**. Vielmehr sollen gemäß § 125 Abs. 1 Nr. 3 GWB nur solche Compliance Maßnahmen ergriffen werden, die der Prüfung der Zuverlässigkeit und Integrität des Unternehmens im **Vergabeverfahren** für die Zwecke der Selbstreinigung dienen. Bei der Selbstreinigung geht es nicht um eine allgemeine Wiederherstellung der Zuverlässigkeit und Gesetzestreue in jeder Hinsicht, sondern (allein) darum, bei künftigen und konkreten Ausschreibungen der Wiederholung der abschließend geregelten Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB vorzubeugen. **95**

Insofern hat die Registerbehörde eine ebenso begrenzte wie fokussierte Prüfung vorzunehmen, nämlich ob die Compliance Maßnahmen im Sinne der Rdnr. 18 der Praktischen Hinweise „effektiv“ sind und sich konkret mit dem eingetragenen oder einzutragenden Delikt auseinandersetzen. Die Prüfung muss darauf abzielen, ob das Unternehmen die konkreten Lehren aus dem Fehlverhalten gezogen und sich damit ernsthaft auseinandergesetzt hat, damit in der Zukunft Fehlverhalten vermieden werden kann. Für eine erfolgreiche Selbstreinigung muss das Unternehmen das kon- **96**

krete Fehlverhalten analysieren, sich damit ernsthaft auseinandersetzen und daraufhin maßgeschneiderte und ursachengerechte Anpassungen etwaiger Compliance Systeme vorgenommen haben.

Umgekehrt ist auch die Einführung eines umfassenden CMS für sich alleine nicht ausreichend für eine erfolgreiche Selbstreinigung. Dies wird etwa im Beschluss der Vergabekammer des Bundes vom 19. August 2020 deutlich. In dortigen Verfahren trug ein von einem Vergabefahren ausgeschlossenes Unternehmen vor, dass es seit den Verstößen ein Compliance System eingerichtet habe. Der öffentliche Auftraggeber stellte aber fest, dass im Verfahren die weitere Aufklärung der Verstöße behindert worden sei und das Unternehmen kein Fehlverhalten eingeräumt habe. Aus diesen Gründen sei das Unternehmen auch trotz unternommener Compliance Maßnahmen vom Vergabeverfahren auszuschließen gewesen. Die Vergabekammer bestätigte den Ausschluss des beklagten Auftraggebers als ermessensfehlerfrei.<sup>35</sup> Ein etabliertes CMS reiche eben nicht aus, wenn die Aufklärung behindert und Fehlverhalten nicht eingeräumt wird.

97

### III. Rechtsträgerbezogene Betrachtung und Konzernverbund

Nach Rdnr. 19 der Praktischen Hinweise knüpft das Vergaberecht „stets an den einzelnen Rechtsträger (juristische oder natürliche Person) und nicht an einen Unternehmensverbund an.“ Dies steht im Einklang mit den deutlichen Hinweisen in der Gesetzesbegründung zum WRegG, wonach eine „Zurechnung [...] stets nur in Bezug auf eine konkrete natürliche oder juristische Person [erfolgt]. Die Zurechnung von Rechtsverstößen im Konzern ist im Vergaberecht nicht vorgesehen“.<sup>36</sup>

98

Dieser konkrete Bezug zum Rechtsträger spiegelt sich allerdings in den Leitlinien nicht klar wider. Denn nach Rdnr. 30 der Leitlinien soll die Angemessenheit der getroffenen Compliance Maßnahmen durch die Registerbehörde nicht nur in Bezug auf das konkrete Unternehmen, sondern allgemein auf Konzernebene geprüft werden.

99

Die Studienvereinigung ist der Ansicht, dass eine Überprüfung der Compliance Maßnahmen auf Konzernebene nur so weit reichen soll, wie der konkrete Rechtsträger im Konzern eingebunden ist und sich die auf Konzernebene implementierten CMS auf den Rechtsträger konkret auswirken, um künftiges Fehlverhalten zu vermeiden. Nach ihrer Auffassung kann es nicht Aufgabe der Registerbehörde sein, auf Konzernebene ggf. weit angelegte CMS auf ihre allgemeine Wirksamkeit und Relevanz zu überprüfen.

100

---

<sup>35</sup> Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 19. August 2020, ZfBR 2020, 905, 912.

<sup>36</sup> Gesetzesbegründung zu § 125 GWB, BT-Drucks. 18/12051, S. 27.

Die Studienvereinigung regt zudem an, in den Leitlinien praktische Beispiele aufzunehmen, die sich mit der Problematik von Selbstreinigungsmaßnahmen im Konzernverbund befassen. Ein solches Beispiel findet sich etwa im Beschluss der Vergabekammer des Bundes vom 12. Juni 2016.<sup>37</sup> Im dortigen Fall hatten sich die handelnden Personen nicht in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer des Unternehmens an der Kartellabsprache beteiligt. Vielmehr haben sie für andere Unternehmen innerhalb des Konzerns gehandelt, was formaljuristisch dazu führte, dass das Unternehmen nicht an den Kartellabsprachen beteiligt war. Dennoch hat die Vergabekammer befunden, dass das (nicht am Kartell beteiligte) Unternehmen derart mit den übrigen Unternehmen des Verbundes verflochten sei, dass eine enge Verbundenheit bis hin zu einer Identität auf der Ebene der Geschäftsführung bestehe. Daher habe das Unternehmen Selbstreinigungsmaßnahmen unternehmen müssen, nachdem der kartellrechtliche Vorwurf gegen ihre Geschäftsführer bekannt geworden und durch deren geständige Einlassungen erwiesen und verifiziert war.

101

#### **G. Personelle Maßnahmen (Rdnrn. 31-33 Leitlinien, Rdnr. 28-32 Praktische Hinweise)**

Bei der Beurteilung personeller Selbstreinigungsmaßnahmen sollte im Ansatzpunkt beachtet werden, dass ein Ausgleich zwischen den verschiedenen Selbstreinigungsmaßnahmen nötig ist. Bei der Bewertung, welche Selbstreinigungsmaßnahmen ausreichend waren, ist insofern eine Gesamtschau aller getroffenen Maßnahmen vorzunehmen. So können beispielsweise mitarbeiterbezogene Maßnahmen zu Gunsten anderer Maßnahmen milder ausfallen, weshalb stets alle getroffenen Maßnahmen zu berücksichtigen sind.<sup>38</sup>

102

Die Rechtsprechung sieht für eine erfolgreiche Selbstreinigung vor, dass das Unternehmen sich „unverzüglich und vollständig“ von den verantwortlichen Personen „trennen“ muss.<sup>39</sup> Hinzuweisen ist darauf, dass mit Trennung nicht zwangsläufig die Beendigung der vertraglichen Beziehungen gemeint sein kann. Vielmehr sollte klar darauf hingewiesen werden, dass mit einer Trennung auch gemeint sein kann, dass die für das Fehlverhalten verantwortlichen Personen keinen Einfluss mehr auf das operative Geschäft haben. Das Unternehmen muss sich also lediglich von ihnen distanzieren.<sup>40</sup> Grundsätzlich beansprucht nach

103

---

<sup>37</sup> Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 12. Juni 2016, Az. VK2-31/15, Seite 21 ff. des Entscheidungsabdrucks.

<sup>38</sup> *Dreher/Hoffmann*, NZBau 2014, 67, 73.

<sup>39</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.7.2005 – Verg 42/05, BeckRS 2005, 11753, Rn. 24; vgl. auch VK Bund, Beschluss vom 12. Juni 2015, VK 2 – 31/15, S. 23 (fehlende personelle Selbstreinigung im Falle des Festhaltens an kartellbeteiligten Geschäftsführern).

<sup>40</sup> *Dreher/Hoffmann*, NZBau 2014, 67, 72.

dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Geltung, dass die Selbstreinigungsmaßnahmen der jeweiligen Verfehlung angemessen sein müssen.<sup>41</sup> Gerade im Hinblick auf die zu leistende Aufklärung der Vorfälle durch das Unternehmen kann es geboten sein, die Mitarbeiter weiter zu beschäftigen. Diese können mit dem Unternehmen kooperieren und so weiter zur Aufklärung beitragen. Bei einer fristlosen Kündigung wären diese Mitarbeiter wohl kaum dazu bereit, Aufklärung zu leisten.<sup>42</sup> Unternehmensinterne Amnestieprogramme, die insbesondere den Verzicht auf fristlose Kündigung vorsehen, sofern der Mitarbeiter vollumfänglich kooperiert, sind gerade bei Kartellrechtsverstößen (aber nicht nur dort) ein häufig unverzichtbares Mittel zur effektiven internen Aufklärung des Sachverhalts. Sie dürfen nicht durch personelle Selbstreinigungsverpflichtungen faktisch unmöglich gemacht werden. Anderenfalls würde die effektive Aufklärung von Kartellrechtsverstößen erheblich erschwert. Die Studienvereinigung regt die Klarstellung an, dass die personelle Selbstreinigungsverpflichtung einem unternehmensinternen Amnestieprogramm grundsätzlich nicht entgegensteht.

Das OLG Düsseldorf differenzierte bei mitarbeiterbezogenen Selbstreinigungsmaßnahmen zum einen danach, ob die Angestellten das Unternehmen verlassen haben oder nicht. Zum anderen wurde bei weiter beschäftigten Mitarbeitern danach unterschieden, ob sie dieselbe Position bekleideten oder ihnen lediglich untergeordnete Funktionen übertragen wurden.<sup>43</sup> Gegen eine erfolgreiche Selbstreinigung kann es nicht sprechen, wenn Mitarbeiter, die an den Verfehlungen nicht beteiligt waren, unverändert weiter beschäftigt werden.<sup>44</sup>

**104**

Die Vergabekammer Niedersachsen hält es – neben der Entlassung der für das Fehlverhalten verantwortlichen Geschäftsführerinnen – zusätzlich für erforderlich, dass die verbleibenden Mitarbeiter regelmäßig geschult werden und eine Kontrolle stattfindet, um zukünftiges Fehlverhalten zu vermeiden.<sup>45</sup>

**105**

Die Studienvereinigung regt an, dass in den Leitlinien klargestellt wird, dass mitarbeiterbezogene Maßnahmen nur so weit gehen können, wie sie arbeitsrechtlich zulässig sind.<sup>46</sup> Gerade im Rahmen von personellen Maßnahmen ist darauf zu achten, dass kündigungsschutzrechtliche Anforderungen eingehalten werden. Eine etwaige vorsorgliche Kündigung, um

**106**

---

<sup>41</sup> *Dreher/Hoffmann*, NZBau 2014, 67, 73; VK Niedersachsen, Beschluss vom 24.3.2011 – VgK-04/2011, Rn. 64.

<sup>42</sup> *Dreher/Hoffmann*, NZBau 2014, 67, 73 f.

<sup>43</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.4.2003 – Verg 43/02, NZBau 2003, 578, 580.

<sup>44</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.4.2003 – Verg 43/02, NZBau 2003, 578, 580.

<sup>45</sup> VK Niedersachsen, Beschluss vom 1.12.2017 – VgK-36/2017, BeckRS 2017, 154472, Rn. 55.

<sup>46</sup> *Dreher/Hoffmann*, NZBau 2014, 67, 72; *Haußmann/Kaufmann*, DB 2015, 1223, 1224; vgl. auch *Haußmann/Merten*, NZA 2015, 258.

den Nachweis der Selbstreinigung erbringen zu können, kann von den Unternehmen beispielsweise nicht verlangt werden.

Als weniger einschneidende Maßnahme kommt neben einer Versetzung von Mitarbeitern auch die Einrichtung sogenannter „chinese walls“ in Betracht. So können etwa Sperrsoftwares bei versetzten Mitarbeitern installiert werden, damit sie keinen Einfluss mehr auf ihren früheren Bereich ausüben können.<sup>47</sup> **107**

Auch Maßnahmen, die nicht als im Sinne von § 125 GWB zielgerichtete Selbstreinigungsmaßnahmen intendiert waren, sind zu berücksichtigen und können zur Vermeidung weiteren Fehlverhaltens geeignet sein. So berücksichtigte die Vergabekammer des Bundes interne Maßnahmen eines Unternehmens wie die Schaffung eines Compliance-Officers und einen Gesellschafterwechsel als Selbstreinigungsmaßnahmen, obwohl diese vom Unternehmen nicht zum Zwecke der Selbstreinigung erfolgten.<sup>48</sup> **108**

---

<sup>47</sup> *Dreher/Hoffmann*, NZBau 2014, 67, 73.

<sup>48</sup> VK Bund, Beschluss vom 12.10.2020, VK 2 – 77/20, S. 19.

## Inhaltsverzeichnis

A.	VORBEMERKUNG .....	1
B.	GENERELLE BEURTEILUNG (RDNR. 1 LEITLINIEN, RDNR. 1 PRAKTISCHE HINWEISE)...	2
I.	Klarstellung der Rechtsnatur der Leitlinien einerseits und der Praktischen Hinweise andererseits .....	2
II.	Klarstellung des Regelungsgegenstandes der Leitlinien einerseits und der Praktischen Hinweise andererseits.....	3
III.	Vermeiden von Widersprüchen und unterschiedlichen Formulierungen in den Leitlinien einerseits und den Praktischen Hinweisen andererseits .....	4
IV.	Anpassungsbedarf in kurzen Zeiträumen .....	5
C.	VERFAHRENSFRAGEN UND ZULÄSSIGKEITSFRAGEN (RDNRN. 2-9 LEITLINIEN, RDNRN. 2-4 PRAKTISCHE HINWEISE) .....	6
I.	Umfangreiche Darlegungslast ohne klare Begrenzung auf den Prüfungsmaßstab des Lösungsverfahrens nach § 8 Abs. 1 Satz 3 WRegG.....	6
II.	Nachfragen und Anhörung statt Ablehnung des Antrages ohne Anhörung und ohne vorherigen rechtlichen Hinweis (Rdnr. 3 Leitlinien, Rdnr. 3 Praktische Hinweise) .....	10
III.	Prüfungsfrist für den Antrag .....	11
IV.	Frühester Zeitpunkt der Zulässigkeit eines Antrages.....	12
V.	Berechtigtes Interesse und Berechnung Verfahrensgebühr (Rdnr. 8 Leitlinien, Rdnr. 4 Praktische Hinweise).....	13
VI.	Beteiligungsrechte betroffener öffentlicher Auftraggeber.....	13
D.	SELBSTREINIGUNG UND SCHADENSAUSGLEICH (RDNR. 10-19 LEITLINIEN, RDNR. 5-12 PRAKTISCHE HINWEISE) .....	14
E.	SELBSTREINIGUNG UND MITWIRKUNG BEI SACHVERHALTSKLÄRUNG (RDNR. 20-25 LEITLINIEN, RDNR. 13-16 PRAKTISCHE HINWEISE) .....	16
I.	„Aktive Zusammenarbeit“ mit Registerbehörde als Ermittlungsbehörde im engeren Sinne? .	16
II.	„Aktive Zusammenarbeit“ mit öffentlichen Auftraggebern als Ermittlungsbehörde im weiteren Sinne .....	18

III.	Weitere (auch ausländische) Ermittlungsbehörden bei der Selbstreinigung zu berücksichtigen? .....	19
IV.	Gestaltung der Zusammenarbeit mit dem öffentlichen Auftraggeber .....	20
V.	Vorlage des Bußgeldbescheides als Zeichen aktiver Zusammenarbeit?.....	22
VI.	Verhältnis zur Bonusregelung, §§ 81 h bis n GWB.....	22
VII.	Auswirkung von Rechtsmitteln auf die Selbstreinigung .....	24
F.	<b>COMPLIANCE-MAßNAHMEN – GENERELLE ANFORDERUNGEN AN TECHNISCHE UND ORGANISATORISCHE MAßNAHMEN, § 125 ABS. 1 NR. 3 GWB (RDNR. 26-30 LEITLINIEN, RDNR. 17-27 PRAKTISCHE HINWEISE) .....</b>	<b>24</b>
I.	Bezug auf etablierte Compliance Standards .....	24
II.	Konkrete Anleitungen zu effektiven Compliance Maßnahmen .....	25
III.	Rechtsträgerbezogene Betrachtung und Konzernverbund .....	27
G.	<b>PERSONELLE MAßNAHMEN (RDNRN. 31-33 LEITLINIEN, RDNR. 28-32 PRAKTISCHE HINWEISE) .....</b>	<b>28</b>



\* \* \*

Die Stellungnahme wurde durch eine Arbeitsgruppe der Studienvereinigung vorbereitet.  
Ihr gehörten die folgenden Mitglieder der Studienvereinigung an:

Dr. Andrea Pomana, Dr. Christian Steinle, Dr. Matthias Ulshöfer, Prof. Dr. Albrecht Bach  
(Vorstand Studienvereinigung Kartellrecht, Koordination).