

VERGABERECHT

„Hürde für wirksame ‚Selbstreinigung‘ liegt hoch“

Interview. Unternehmen, die an einem Kartell beteiligt waren, könnten infolge einer Verurteilung ihre Existenzgrundlage verlieren, warnen die Experten von Haslinger / Nagele Kerstin Holzinger und Alexander Hiersche.

INTERVIEW: ANDRÉ EXNER

Was bedeutet es für Unternehmen, wenn sie Kartellverstöße begangen haben? Wie lang bleiben sie dann bei öffentlichen Aufträgen außen vor? Mit welchen Strafen müssen sie rechnen?

Alexander Hiersche: War ein Unternehmen an einem Kartell beteiligt, drohen mehrere Konsequenzen: Die am nächsten liegende Konsequenz ist eine Geldbuße durch eine Wettbewerbsbehörde, die den Kartellverstoß aufdeckt. Eine weitere Folge können Schadenersatzansprüche natürlicher oder juristischer Personen sein, die behaupten, durch das Kartell einen Schaden erlitten zu haben. Als dritte Konsequenz droht Unternehmen, die sich um öffentliche Aufträge bewerben, der Ausschluss von Vergabeverfahren, und zwar zumindest für die Dauer von drei Jahren ab „dem betreffenden Ereignis“. Als „betreffendes Ereignis“ sieht der EuGH jedoch erst die behördliche Feststellung des Verstoßes an, nicht den Zeitpunkt des Verstoßes. Bei Bieterabsprachen in Vergabeverfahren könnte sogar eine Strafe nach dem gerichtlichen Strafrecht drohen, wobei noch offen ist, inwieweit ein solches Nebeneinander von kartell- und strafgerichtlichen Verfahren mit dem Doppelbestrafungsverbot vereinbar ist.

Welche Maßnahmen müssen Unternehmen ergreifen, um nach Kartellverstößen wieder an Vergabeverfahren teilnehmen zu können? Wann bekommt man wieder einen „Persilschein“?

Kerstin Holzinger: Die Hürde für eine wirksame „Selbstreinigung“ liegt sehr hoch. Neben der Umsetzung eines Compliance-Pakets muss ein Unternehmer auch den Nachweis erbringen, dass er „jeglichen“ durch die Tat verursachten Schaden ersetzt hat bzw. ersetzen wird und dass er „umfassend“ sowie „aktiv“ zur Aufklärung des Sachverhalts beigetragen hat. Ein Unternehmen, das sich auf eine solche Mitwirkung einlässt, muss dabei mitunter auf zentrale Verteidigungsrechte verzichten. Statt zu schweigen, müsste es sich allenfalls selbst belasten und möglicherweise auch Mitarbeiter strafgerichtlicher Verfolgung aussetzen. Bezüglich des notwendigen Ersatzes des Schadens sind wesentliche Aspekte noch ungeklärt, etwa: Gilt der Schaden erst dann als ersetzt, wenn auch der letzte vermeintlich Geschädigte mit der Höhe seiner Kompensation zufrieden ist?

Welche Regelungen gelten für Kartellsünder und welche für Whistleblower? Und was passiert, wenn es zum außergerichtlichen Vergleich kommt?

Hiersche: Aus kartellrechtlicher Sicht kann ein „Whistleblower“, der umfänglich mit der Behörde kooperiert, straffrei ausgehen oder zumindest eine erhebliche Minderung der Geldbuße erfahren. Außerdem wird das Verfahren abgekürzt, wenn ein Kartellant den gegen ihn erhobenen Vorwurf anerkennt. Das schützt jedoch nicht grundsätzlich vor Schadenersatzansprüchen. Im Gegenteil, man könnte sogar riskieren, der erste Adressat von Schadenersatzforderungen zu sein – zum Ausgleich wurde für Kronzeugen die Haftung



Großbaustelle in Wien: Wenn bestimmte Bieter aus rechtlichen Gründen wegfallen, werden Projekte erfahrungsgemäß nicht günstiger, sondern teurer. Gerade bei millionenschweren Vergaben wie im Bausektor sind die Folgen enorm.

[Getty Images]

auf die Schäden der eigenen unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmer begrenzt. Für Vergabeverfahren wäre durch die Kooperation zwar ein wesentlicher Schritt in Richtung Selbstreinigung getan, allerdings müssten für den angesprochenen „Persilschein“ noch weitere Klippen umschifft werden, etwa der entstandene Schaden (vollständig) beglichen werden. Ein „außergerichtlicher Vergleich“ wäre in Fällen denkbar, in denen ein Verstoß unklar ist, und sich die Behörde mit der Zusage zufrieden gibt, dass das betreffende Unternehmen ein beanstandetes Verhalten ändert, so hat jüngst etwa Amazon seine AGB auf Drängen der Bundeswettbewerbsbehörde angepasst. Vergaberechtlich wäre in solchen Fällen fraglich, ob überhaupt ein Ausschluss erfolgen dürfte, da ja nicht geklärt ist, ob überhaupt ein Kartellverstoß vorliegt.

Wie stehen die gesetzlichen Regelungen in Österreich im internationalen Vergleich dar? Ist Österreich besonders streng?

Holzinger: Die Regelungen zum Ausschluss aus Vergabeverfahren sowie zur Selbstreinigung gehen auf eine Richtlinie der Europäischen Union zurück, die in allen Mitgliedstaaten umzusetzen war. Obwohl man ein „gold plating“ eigentlich vermeiden wollte, war Österreich bei der Umsetzung jedoch strenger, als es die Richtlinie geboten hätte. Nach der Richtlinie hätten Auftraggeber die Möglichkeit, Kartellanten von der Teilnahme an Vergabeverfahren auszuschließen, nach der Regelung im BVergG 2018 müssen sie es.

Welche Auswirkungen hat das?

Holzinger: Das kann in manchen Bereichen die Bieterzahl erheblich einschränken und den Wettbewerbsdruck für die verbleibenden Bieter entsprechend reduzieren – Auftraggeber wären mit einer geringeren Auswahl und möglicherweise weniger günstigen Angeboten konfrontiert. Damit geschieht aber genau das Gegenteil dessen,

was durch die Regelung eigentlich erreicht werden sollte. Beließe man den Auftraggebern einen Ermessensspielraum, könnten sie steuernd eingreifen.

Compliance wird inzwischen bei allen Unternehmen großgeschrieben. Warum kommt es dennoch zu Kartellverstößen? Liegt es an der Branche, an der Größe und Wichtigkeit eines Auftrags?

Hiersche: Nun ja, Wettbewerb kann zermürend sein ... Aber auch Unternehmen, die umfangreiche Compliance-Programme auf- und umsetzen und nur die besten Absichten verfolgen, sind vor Kartellverstößen nicht gänzlich gefeit. Kooperationen zwischen Unternehmen können gleichzeitig wettbewerbsbeschränkend und -fördernd wirken.

Inwiefern?

Hiersche: Nun, es kann etwa sein, dass ein Unternehmen allein einen ausgeschriebenen Auftrag gar nicht erfüllen könnte, oder aber, dass zwei oder mehrere Unternehmen gemeinsam ein besseres oder günstigeres Angebot legen könnten, als dies jedem Unternehmen für sich möglich wäre. Das er-

scheint doch wünschenswert. Im letztgenannten Fall beschränken sie aber gerade damit den Wettbewerb, weil die beteiligten Unternehmen durch die Kooperation den Wettbewerbsdruck beseitigen, den sie aufeinander ausüben würden, legten beide ein eigenständiges Angebot. Die Beurteilung solcher Fälle ist für Unternehmen und selbst für Anwälte und Behörden oft schwierig; eine gefestigte Entscheidungspraxis gibt es nicht, ein grundsätzliches Verbot solcher Kooperationen – zum Glück – auch nicht.

Nachdem die Maßnahmen seit einiger Zeit bereits gelten: Wurden die Ziele (beispielsweise die oft beschworene Selbstbereinigung), aber auch die Signalwirkung sowie die Prävention weiterer Verstöße erreicht?

Holzinger: Es gibt derzeit noch wenige praktische Erfahrungen mit der neuen Regelung. Nicht zuletzt angesichts aktueller Verfahren ist jedoch zu erwarten, dass einschlägige Entscheidungen bald Klarheit

und damit auch Rechtssicherheit mit sich bringen werden. Grundsätzlich ist das Thema Compliance bei den allermeisten Unternehmen schon lang angekommen. Ob daher mit den neuen vergaberechtlichen Maßnahmen über die bestehenden kartell- und strafrechtlichen Regelungen hinaus eine zusätzliche präventive Wirkung entfalten, kann bezweifelt werden.

Gerade in einem Umfeld mit negativem Wirtschaftswachstum sind öffentliche Aufträge nicht nur für Unternehmen, sondern auch zur Stärkung der Konjunktur besonders wichtig. Welche Änderungen bei den Rahmenbedingungen im Vergaberecht wären wünschenswert, damit man ein „level playing field“ schafft und nicht bestimmte Unternehmen benachteiligt?

Holzinger: Aus unserer Sicht hat der EU-Gesetzgeber, wenn auch mit sprachlichen Unschärfen, ein relativ ausgewogenes System geschaffen, das man kurzfristig ohnehin nicht ändern kann. Problematisch erscheint aber der zwingende Ausschluss von Kartellanten, der ein Einfall des österreichischen Gesetzgebers war.

Welche Probleme kann dieser „zwingende Ausschluss von Kartellanten“ mit sich bringen?

Hiersche: Unternehmen, die wirtschaftlich von öffentlichen Aufträgen abhängen, aber auch ihre Verteidigungsrechte wahren wollen, könnte selbst durch einen Jahre zurückliegenden Verstoß die Existenzgrundlage genommen werden. Das erscheint schon für sich genommen überschießend. Waren wesentliche Teilnehmer einer Branche in ein Kartell involviert, fallen Auftraggeber nolens volens um Angebote der möglicherweise „besten“ Bieter um. Wer übrig bleibt, kann den Auftrag möglicherweise weniger gut ausführen oder tut es zu höheren Preisen, weil der Druck anderer Marktteilnehmer wegfällt. Das kann nicht das gewünschte Resultat sein.

ZU DEN PERSONEN



Alexander Hiersche ist Rechtsanwalt und Partner bei Haslinger / Nagele. 2010 promovierte er an der Universität Wien mit einer Arbeit zu dem Thema „Sanitätspolizeiliche Bekämpfung übertragbarer Krankheiten“. Aktuell arbeitet er gemeinsam mit Kerstin Holzinger an einer Publikationsfassung seiner Dissertation, die in Kürze erscheinen wird.

Kontakt: alexander.hiersche@haslinger-nagele.com



Kerstin Holzinger ist seit 2013 Rechtsanwältin und Partnerin bei Haslinger / Nagele. Ihre Spezialisierungen liegen im Bereich des Verfassungs- und Verwaltungsrechts. Aus aktuellem Anlass beschäftigt sie sich in den letzten Wochen eingehend mit Fragen der Zulässigkeit behördlicher Maßnahmen im Zusammenhang mit dem epidemischen Ausbruch von Infektionskrankheiten.

Kontakt: kerstin.holzinger@haslinger-nagele.com