

# Was lange währt, wird endlich gut? – Kabinett beschließt Gesetzesentwurf für „Wettbewerbsregister“

4. April 2017

Die Idee eines bundesweiten Korruptionsregisters geistert schon seit Jahren durch die Vergaberechtswelt. Nun scheint die Bundesregierung tatsächlich ernst zu machen: Am 29. März 2017 stellte es den Entwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Wettbewerbsregisters (WRegG-E) vor. Nach dem Entwurf soll das Register bis 2020 eingerichtet werden und von einzelnen Bundesländern eingerichtete Register ersetzen. Eintragungsfähig sind verschiedene Wirtschaftsstraftaten und -ordnungswidrigkeiten. Das Bundeskartellamt als zuständige Registerbehörde soll darüber hinaus entscheiden, ob ein Unternehmen hinreichende Selbstreinigungmaßnahmen durchgeführt hat und sich wieder an Vergabeverfahren beteiligen kann. Auftraggeber sollen – nicht nur im Oberschwellenbereich – dazu verpflichtet werden das Register vor jeder Vergabe eines öffentlichen Auftrags zu konsultieren und können auf dieser Grundlage belastete Unternehmen rechtssicherer ausschließen. Die Umsetzung des Gesetzesentwurfs hätte weitreichende Auswirkungen auf die vergaberechtliche Praxis.

## Was wird eingetragen?

Eintragungsrelevant sind nur solche rechts- oder bestandskräftig festgestellten Delikte, die als zwingende oder fakultative Ausschlussgründe nach § 123 GWB und § 124 GWB in Betracht kommen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1-3 und Abs. 2 WRegG-E). Praktisch relevant sind vor allem Korruptions-, Betrugs-, Steuer- und Geldwäschedelikte sowie nach § 298 StGB strafbare Submissionsabsprachen und Kartellverstöße. Geldbußen der Europäischen Kommission wegen Kartellrechtsverstößen sind allerdings ebenso wie Verurteilungen im Ausland nicht eintragungsfähig. Das lässt sich derzeit auch praktisch kaum anders bewerkstelligen, denn die Pflicht zur Übermittlung einer rechts- oder bestandskräftigen Entscheidung trifft naturgemäß nur die zur Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten berufenen Behörden in Deutschland (§ 4 Abs. 1 WRegG-E). Ebenso wenig erfasst sind die fakultativen Ausschlussgründe, die nicht zwingend an eine rechts- bzw. bestandskräftige Entscheidung anknüpfen, wie z.B. die Ausschlussgründe der schweren beruflichen Verfehlung und der vertraglichen Schlechtleistung.

## Wer wird eingetragen?

In das Register werden ausschließlich Unternehmen eingetragen. Mangels ihrer strafrechtlichen Verantwortlichkeit in Deutschland sind daher für das Register zunächst

ihnen gegenüber ergangene Bußgeldbescheide nach § 30 OWiG relevant. Diese Bußgeldbescheide können auch auf einem Aufsichts- oder Organisationsverschulden des Unternehmensinhabers i. S. d. § 130 OWiG beruhen. Damit geht die Vorschrift über die Zurechnung im neuen GWB hinaus, wenngleich weniger stark als noch die des Referentenentwurfs.

Allerdings kann auch die Verurteilung von Mitarbeitern zu einer Eintragung in das Register führen. Die dafür maßgebliche Zurechnung einer Verurteilung von Leitungspersonal zum Unternehmen entspricht dabei der Regelung des GWB für das Oberschwellenvergaberecht (§ 123 Abs. 3 GWB).

Eine weitergehende Zurechnung von Rechtsverstößen im Konzern ist nach der Gesetzesbegründung zwar nicht vorgesehen, sie ist nach dem Wortlaut der Regelung jedoch zumindest in Fällen der Personenidentität auf Leitungsebene denkbar. Diese und andere sich im Rahmen der Zurechnung stellenden – teilweise sehr komplizierten – Fragen sind dabei wohl in einem ersten Schritt von der meldenden Behörde festzustellen (vgl. § 4 Abs. 1 WRegG-E).

Die Registerbehörde sieht gemäß § 5 Abs. 1 WRegG-E von einer Eintragung nur dann ab, wenn das betroffene Unternehmen auf die Benachrichtigung von der anstehenden Eintragung nachweisen kann, dass die übermittelten Daten fehlerhaft sind. Der Referentenentwurf sah noch die Möglichkeit vor, die Eintragung mit einem sog. „Sperrvermerk“ zu versehen, solange Unsicherheit über die Richtigkeit der Eintragung besteht. Im Kabinettsentwurf findet sich diese Regelung nicht mehr, sodass ein einmal eingetragenes Unternehmen gegen eine Eintragung nun ausschließlich auf dem Weg der Beschwerde nach § 11 WRegG-E vorgehen kann.

## **Welche Konsequenzen hat eine Eintragung?**

Der Gesetzesentwurf statuiert in § 6 Abs. 1 WRegG-E die Pflicht der öffentlichen Auftraggeber, Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber, das Register vor Erteilung des Zuschlags zu konsultieren. Die Konsultationspflicht besteht für öffentliche Auftraggeber i. S. d. § 99 GWB bei Vergabeverfahren ab einem Volumen von 30.000 Euro, für Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber hingegen erst oberhalb der EU-Schwellenwerte. Bei Inhouse-Konstellationen i.S.d. § 108 GWB sowie für „Auslandsdienststellen“ besteht keine Abfragepflicht. Auf die Abfrage kann zudem bei Mehrfachabfragen innerhalb von zwei Monaten hinsichtlich desselben Unternehmens verzichtet werden. Öffentlichen Auftraggebern, Sektorenauftraggebern und Konzessionsgebern ist es zudem über die Fälle von § 6 Abs. 1 hinaus unter den in § 6 Abs. 2 WRegG-E bestimmten Voraussetzungen freigestellt, das Register zu befragen.

Die Prüfung, ob ein Unternehmen auszuschließen ist, obliegt allerdings weiterhin dem einzelnen Auftraggeber (§ 6 Abs. 5 S. 1 WRegG-E). Dieser muss also stets prüfen, ob hinsichtlich der zwingenden Ausschlussgründe Ausnahmen vorliegen. Hinsichtlich der

nicht-zwingenden Ausschlussgründe muss er sein Ausschlussermessen ausüben. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass ein der Eintragung zugrundeliegender Sachverhalt nicht mehr zum Nachteil des selbstgereinigten Unternehmens gewertet werden darf, nachdem ein Eintrag aus dem Register gelöscht worden ist (§ 7 Abs. 2 WRegG-E).

## **Wann wird die Eintragung gelöscht?**

Unternehmen, bei denen Ausschlussgründe vorliegen, dürfen dann nicht von Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn sie von der Möglichkeit zur Selbstreinigung nach § 125 GWB Gebrauch gemacht haben. Ein selbstgereinigtes Unternehmen kann nach dem Gesetzesentwurf jederzeit die vorzeitige Löschung aus dem Register beantragen (§ 8 Abs. 1 S. 1 WRegG-E). Der Nachweis der Selbstreinigung musste bislang im Rahmen jedes Vergabeverfahrens erneut geführt werden. Auf Antrag prüft die Registerbehörde nun umfassend und selbstständig, ob die durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen § 125 GWB entsprechen. Hält die Registerbehörde die Selbstreinigung für ausreichend, löscht sie den Eintrag. Lehnt sie den Antrag ab, kann das Unternehmen jederzeit erneut die (vorzeitige) Löschung beantragen. Erfolgt keine vorzeitige Löschung, werden die Einträge nach drei oder fünf Jahren aus dem Register gelöscht (§ 7 Abs. 1 WRegG-E).

Die Registerbehörde speichert zudem die Nachweise einer erfolgten Selbstreinigung, die ihr von einem eingetragenen Unternehmen übermittelt worden sind (§ 3 Abs. 2 WRegG-E). Hat die Registerbehörde über den Antrag auf Löschung noch nicht oder nicht positiv entschieden oder wurde dieser überhaupt nicht gestellt, erhält jeder öffentliche Auftraggeber, der eine Auskunft über das betreffende Unternehmen einholt, mit dem Registereintrag zugleich die eingereichten Nachweise über die Selbstreinigung. Der öffentliche Auftraggeber beurteilt in diesem Fall weiterhin selbstständig, ob die durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen ausreichend waren. Praktisch relevant wird diese Regelung insbesondere in der Zeit zwischen Antrag auf Löschung und Abschluss der entsprechenden Prüfung durch die Registerbehörde.

## **Wie ist der Rechtsschutz ausgestaltet?**

Für den Rechtsschutz bringt der Kabinettsentwurf im Vergleich zum Referentenentwurf eine wesentliche Umgestaltung mit sich: Anstelle des Verwaltungsrechtswegs ist nun – auf Grundlage einer langen Verweisungskette – die Beschwerde zum Vergabesenat des OLG Düsseldorf zulässig. Die Änderung ist zu begrüßen, da auf die Expertise des OLG Düsseldorf als zweite Instanz der Vergabekammern des Bundes zurückgegriffen und zudem eine einheitliche Rechtsprechung sichergestellt wird.

Über die Beschwerde entscheidet ein Einzelrichter, solange die Sache nicht besondere Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist oder sie grundsätzliche Be-

# BLOMSTEIN

deutung hat (§ 11 Abs. 2 WReg-E). Die Möglichkeit einer mündlichen Verhandlung besteht, wird allerdings nur auf Antrag eines Beteiligten durchgeführt (§ 11 Abs. 3 WRegG-E).

Es bleibt abzuwarten, inwieweit sich der Entwurf im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens verändern wird. BLOMSTEIN wird die weiteren Entwicklungen beobachten und über sie informieren. Wenn Sie Fragen zu den potenziellen Auswirkungen des Gesetzesvorhabens auf Ihr Unternehmen oder Ihre Branche haben, stehen Ihnen Dr. Roland M. Stein und Dr. Pascal Friton jederzeit gern zur Verfügung.