

# Das Wettbewerbsregister kommt – Was lange währt, wird endlich gut?

3. August 2017

Die Idee eines bundesweiten Korruptionsregisters, in das verschiedene Wirtschaftsstraftaten und -ordnungswidrigkeiten eingetragen werden, geistert schon seit Jahren durch die Vergaberechtswelt. Nun ist der Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Wettbewerbsregisters in einer leicht geänderten Fassung angenommen worden. Das Register soll spätestens im Laufe des Jahres 2020 funktionsfähig sein und ersetzt die von einem Teil der Bundesländer eingerichteten Register. Auftraggeber sind nicht nur im Oberschwellenbereich dazu verpflichtet, das Register vor jeder Vergabe eines öffentlichen Auftrags zu konsultieren. Auf dieser Grundlage können sie belastete Unternehmen rechtssicherer ausschließen. Das Bundeskartellamt wird als beauftragte Registerbehörde darüber hinaus entscheiden, ob ein eingetragenes Unternehmen hinreichende Selbstreinigungsmaßnahmen durchgeführt hat und sich deshalb wieder an Vergabeverfahren beteiligen kann. Das Wettbewerbsregister wird weitreichende Auswirkungen auf die vergaberechtliche Praxis haben.

## Was wird eingetragen?

Eintragungsrelevant sind nur solche rechtskräftig 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). 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 rechtskräftigen Entscheidung trifft naturgemäß nur die zur Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten berufenen Behörden in Deutschland (§ 4 Abs. 1 WRegG). 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 dabei über die Zurechnung im neuen GWB hinaus auch auf einem Aufsichts- oder Organisationsverschulden des Unternehmensinhabers i. S. d. § 130 OWiG beruhen. Des Weiteren sind dem Unternehmen zurechenbare Verurteilungen von Mitarbeitern eintragungsfähig. Die dafür maßgebliche Zurechnung einer Verurteilung von Leitungspersonal zum Unternehmen (§ 2 Abs. 3 WRegG) entspricht der Regelung des GWB für das Oberschwellenvergaberecht (§ 123 Abs. 3 GWB).

Eine weitergehende Zurechnung von Rechtsverstößen im Konzern ist nach der Gesetzesbegründung nicht vorgesehen. Das Gesetz stellt hierzu allerdings lediglich klar, dass Konzernobergesellschaften, gegen die Bußgeldbescheide für Kartellverstöße ihrer Töchter auf Grundlage von § 81 Abs. 3 lit. a-c GWB ergehen, nicht in das Register eingetragen werden (§ 2 Abs. 2 S. 2 WRegG). Zum Ausschluss einer Konzerngesellschaft kann es aber dann kommen, wenn Personenidentität auf Leitungsebene gegeben ist.

## **Wie ist die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen ausgestaltet?**

Das Gesetz regelt die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen nur teilweise. Insbesondere enthält es keine ausdrückliche Regelung dazu, welche Behörde welche Eintragungsvoraussetzungen prüft. Die Bundesregierung geht ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien jedoch davon aus, dass sich aus § 4 Abs. 2, § 5 Abs. 1 WRegG ergibt, dass die Registerbehörde abschließend und eigenverantwortlich für die Prüfung und die Entscheidung über die Eintragung zuständig ist.

Grundlage der Prüfung der konkreten Eintragungsvoraussetzungen durch die Registerbehörde sind ausschließlich die von den (Ermittlungs-)Behörden übermittelten Daten. Die Registerbehörde sieht von Eintragung nur dann ab, wenn die übermittelten Daten offensichtlich fehlerhaft sind (§ 4 Abs. 2 WRegG) oder das betroffene Unternehmen auf die Benachrichtigung von der anstehenden Eintragung nachweisen kann, dass die übermittelten Daten fehlerhaft sind (§ 5 Abs. 1 WRegG). Trägt die Registerbehörde das Unternehmen dennoch ein, kann sich dieses gemäß § 11 WRegG auf dem Weg der Beschwerde an das OLG Düsseldorf wenden.

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

Der Gesetzesentwurf statuiert in § 6 Abs. 1 WRegG 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 einem Teilnahmewettbewerb besteht zwar keine Konsultationspflicht. In einem solchen Fall und bei einem Auftragswert unter 30.000 Euro ist es öffentlichen Auftraggebern, Sektorenauftraggebern und

Konzessionsgebern gemäß § 6 Abs. 2 WRegG aber freigestellt, das Register zu befragen.

Findet das GWB-Vergaberecht wegen ausdrücklicher Ausnahmen keine Anwendung (z.B. bei Inhouse-Konstellationen i. S. d. § 108 GWB) besteht keine Abfragepflicht. Das Gleiche gilt für „Auslanddienststellen“. Auf die Abfrage kann zudem bei Mehrfachabfragen innerhalb von zwei Monaten hinsichtlich desselben Unternehmens verzichtet werden.

Erst im Gesetzgebungsverfahren eingebracht wurde die Möglichkeit, dass die Registerbehörde mit Zustimmung des betroffenen Unternehmens auch Stellen Auskunft erteilen kann, die ein Präqualifikationsverzeichnis gemäß § 48 Abs. 8 S. 2 VgV oder § 6b Abs. 1 Nr. 1 VOB/A EU führen (§ 5 Abs. 2 S. 2 WRegG).

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

## **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). 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). Der nach der Gesetzesbegründung bezweckte Gleichlauf der Löschung aus dem WRegG mit der Regelung des § 126 GWB ist hinsichtlich dessen Nr. 2 nur partiell geglückt. Hier ist es möglich, dass ein Unternehmen gemäß § 126 Nr. 2 GWB wegen eines Sachverhalts zwar nicht mehr ausgeschlossen werden darf, dieser Umstand jedoch noch nicht nach § 7 Abs. 1 S. 3 WRegG von Amts wegen aus dem Register zu löschen ist.

# BLOMSTEIN

Die Registerbehörde speichert zudem die Nachweise einer erfolgten Selbstreinigung, die ihr von einem eingetragenen Unternehmen übermittelt worden sind (§ 3 Abs. 2 WRegG). 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 gegen Entscheidungen der Registerbehörde ist – auf Grundlage einer langen Verweisungskette in § 11 Abs. 1 S. 2 WRegG – die Beschwerde zum Vergabesenat des OLG Düsseldorf zulässig. Im Gesetzgebungsverfahren wurde ausgiebig diskutiert, ob nicht der Verwaltungsrechtsweg vorzuziehen sei. Die Entscheidung für den Rechtsweg zum Vergabesenat ist aber zu begrüßen, da auf die Expertise des OLG Düsseldorf 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 Bedeutung hat (§ 11 Abs. 2 WRegG). Die Möglichkeit einer mündlichen Verhandlung besteht, wird allerdings nur auf Antrag eines Beteiligten durchgeführt (§ 11 Abs. 3 WRegG).

Es bleibt abzuwarten, wie zügig es zu einer Klärung der unklaren Punkte durch die Rechtsprechung kommen wird. BLOMSTEIN beobachtet die weiteren Entwicklungen und wird über sie informieren. Wenn Sie Fragen zu den Auswirkungen des Wettbewerbsregisters auf Ihr Unternehmen oder Ihre Branche haben, stehen Ihnen Dr. Roland M. Stein und Dr. Pascal Friton jederzeit gern zur Verfügung.