

Einführung eines bundesweiten Wettbewerbsregisters

Kartellanten könnte schon bald der Eintrag in einer „schwarzen Liste“ drohen

Von Prof. Dr. Daniela Seeliger, LL.M., und Kaan Gürer, LL.M.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat am 20.02.2017 einen Referentenentwurf zur Einrichtung eines Registers zum Schutz des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und Konzessionen vorgelegt. In dieses bundesweite Wettbewerbsregister sollen zum einen rechtskräftige Verurteilungen, Strafbefehle oder bestandskräftige Bußgeldentscheidungen etwa wegen Bestechung, Menschenhandels, Geldwäsche oder Steuerrückzahlung eingetragene Unternehmen, die zwingend zum Ausschluss aus Vergabeverfahren führen. Zum anderen sollen neben arbeitsrechtlichen Verfehlungen vor allem auch Kartellrechtsverstöße eingetragen werden, bei denen der öffentliche Auftraggeber nach freiem Ermessen beurteilen soll, ob betroffene Unternehmen vom Bieterverfahren ausgeschlossen werden. Das Wettbewerbsregister soll die bereits im vergangenen Jahr umgesetzte Modernisierung des Vergaberechts ergänzen.

Neuregelung der Ausschlussgründe

Das Wettbewerbsregister soll öffentlichen Auftraggebern die Nachprüfung erleichtern, ob bei potentiellen Auftragnehmern Gründe für den Ausschluss von der Teilnahme an Vergabeverfahren vorliegen. Bislang sind ▶



die Vergabestellen bei der Prüfung von möglichen Ausschlussgründen auf externe Informationen angewiesen. In Umsetzung verschiedener EU-Vergaberichtlinien hatte der Gesetzgeber schon mit Wirkung zum 18.04.2016 den 4. Teil des GWB über die Vergabe öffentlicher Aufträge grundlegend novelliert. Dabei wurden erstmals zwingende und fakultative Ausschlussgründe auf gesetzlicher Ebene geregelt. Zugleich wurde den betroffenen Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt, durch den Nachweis von Selbstreinigungsmaßnahmen einen Ausschluss von Vergabeverfahren zu verhindern.

Die §§ 123, 124 GWB legen seither fest, wann ein Bewerber oder Bieter im Rahmen der Auswahl der Teilnehmer von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden muss oder werden kann. Bei Vorliegen eines zwingenden Ausschlussgrundes steht dem öffentlichen Auftraggeber kein Ermessen bei der Entscheidung zu, ob das betroffene Unternehmen ausgeschlossen wird. Der Katalog des § 123 Abs. 1 GWB enthält dabei Straftaten wie (Subventions-)Betrug, Geldwäsche oder Bestechlichkeit. Hinzugekommen sind zudem im Zuge der Novellierung die Nichtentrichtung von Steuern und Sozialabgaben (insbesondere auch die Steuerhinterziehung), die vorher als fakultative Ausschlussgründe geregelt waren.

§ 124 GWB regelt, wann ein Unternehmen von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann. Hier hat der öffentliche Auftraggeber ein Ermessen zu entscheiden, ob von dem betroffenen Unternehmen trotz seines Fehlverhaltens künftig zu erwarten ist, dass es den öffentlichen Auftrag gesetzestreu, ordnungsgemäß und sorgfältig ausführt. Fakultative

Ausschlussgründe nach § 124 Abs. 1 GWB sind etwa Zahlungsunfähigkeit oder Insolvenz, Verstöße gegen umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen, Interessenkonflikte, Schlechtleistung oder wettbewerbsrechtliche Verfehlungen. So regelt § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB, dass ein Ausschluss von der Vergabe stattfinden kann, wenn „der öffentliche Auftraggeber über hinreichende Anhaltspunkte dafür verfügt, dass ein Unternehmen Vereinbarungen mit anderen Unternehmen getroffen hat, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken“.

Damit wird nunmehr geregelt, dass ein Unternehmen aufgrund eines Kartellrechtsverstößes von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann, und zwar – anders als vor der Novelle – bei sämtlichen Verstößen gegen das Kartellverbot und damit auch bei wettbewerbsbeschränkenden Absprachen außerhalb des jeweiligen Vergabeverfahrens. Vorher war ein Ausschluss nur möglich, wenn eine kartellrechtswidrige Absprache im Rahmen des laufenden Vergabeverfahrens stattgefunden hat. Der Ausschlussgrund soll dann vorliegen, wenn eine Kartellbehörde einen Verstoß in einer Entscheidung festgestellt hat. Einerseits genügt die bloße Durchführung von kartellbehördlichen Ermittlungsmaßnahmen noch nicht, um den Ausschlussgrund zu begründen. Andererseits bedarf es aber auch keiner rechtskräftigen Entscheidung, so dass etwaige Rechtsmittel gegen den Bußgeldbescheid unbeachtlich sind.

Erstmals geregelt wurde in § 125 GWB schließlich die Möglichkeit der sogenannten Selbstreinigung. Darunter fallen nach der Gesetzesbegründung Maßnahmen,

die ein Unternehmen ergreift, um seine Integrität wiederherzustellen und eine Begehung von Straftaten oder Fehlverhalten in der Zukunft zu verhindern. Sowohl bei zwingenden als auch bei fakultativen Ausschlussgründen hat das betroffene Unternehmen dadurch die Möglichkeit, einen Ausschluss von der Vergabe zu vermeiden, wenn es ausreichende Selbstreinigungsmaßnahmen nachweist. Der öffentliche Auftraggeber muss auf der Grundlage der ergriffenen Maßnahmen die Prognose treffen können, dass sich ein vergangenes Fehlverhalten künftig mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht wiederholen wird. Derartige Maßnahmen sind gemäß § 125 Abs. 1 GWB der Ausgleich eines etwaigen Schadens, die aktive Zusammenarbeit mit den Behörden im Zuge der Ermittlungen des Fehlverhaltens und die Durchführung technischer, organisatorischer und/oder personeller Änderungen in Zusammenhang mit dem Fehlverhalten.

Das Wettbewerbsregister

Bislang waren die öffentlichen Auftraggeber darauf angewiesen, dass die Unternehmen selbst im Rahmen sogenannter Eigenerklärungen zu den Ausschlussgründen und etwaigen Selbstreinigungsmaßnahmen im Rahmen der Ausschreibung Stellung nehmen. Der Referentenentwurf sieht nunmehr vor, dass die jeweiligen Ermittlungsbehörden (etwa die Staatsanwaltschaft oder das Bundeskartellamt) Daten an eine Registerbehörde übermitteln, so dass diese die jeweiligen Eintragungen zentral und bundesweit vornehmen kann. Bei dem Wettbewerbsregister soll es sich um eine elektronische Datenbank handeln. Die öffentlichen Auftragnehmer sollen (ab ei- ▶

nem Auftragswert von 30.000 Euro) verpflichtet werden, vor der Auftragsvergabe beim Wettbewerbsregister elektronisch abzufragen, ob eine Eintragung vorliegt. Auf der Grundlage dieser Eintragung entscheidet der öffentliche Auftraggeber dann nach eigenem Ermessen (oder zwingend) über den Ausschluss eines Bewerbers oder Bieters.

Eine Eintragung soll bei rechtskräftigen strafgerichtlichen Verurteilungen oder Strafbefehlen und bei bestandskräftigen Bußgeldentscheidungen erfolgen. Bei Kartellrechtsverstößen hingegen soll die Entscheidung einer Behörde genügen, Rechtsmittel blieben zunächst unberücksichtigt (siehe oben). Um Bagatellfälle auszuschließen, soll nur eine Eintragung erfolgen, wenn eine Geldbuße von wenigstens 2.500 Euro festgesetzt worden ist – ob dieser sehr niedrige Betrag insbesondere bei Kartellverfahren tatsächlich als Bagatellgrenze dienen kann, ist jedoch fragwürdig. Eingetragen werden der Name der meldenden Stelle, Datum und Aktenzeichen der Entscheidung, die Straftat oder Ordnungswidrigkeit und bestimmte Informationen über das betroffene Unternehmen, wie Firma, Rechtsform, Namen der gesetzlichen Vertreter, Anschrift, Registergericht und Handelsregisternummer. Vor der Eintragung würde das betroffene Unternehmen informiert werden und Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten. Unternehmen können auch die Durchführung etwaiger Selbstreinigungsmaßnahmen eintragen lassen.

In Anlehnung an § 126 GWB über die zulässige Höchstdauer für Ausschlüsse sollen Eintragungen wegen besonders schwerwiegender Verfehlungen (insbesondere aus dem Katalog der zwingenden Ausschlussgründe in

§ 123 GWB) nach fünf Jahren aus dem Register gelöscht werden. Alle anderen Eintragungen, insbesondere aufgrund von Verstößen gegen das Kartellrecht (einschließlich des Submissionsbetrugs nach § 298 StGB) sollen nach drei Jahren ab dem Tag der Bestandskraft der behördlichen Entscheidung gelöscht werden.

Der Referentenentwurf sieht auch die Möglichkeit einer vorzeitigen Löschung vor. Hat ein Unternehmen nachgewiesen, dass es die in § 125 GWB vorgesehenen Selbstreinigungsmaßnahmen durchgeführt hat (siehe oben), kann es bei der Registerbehörde beantragen, dass die Eintragung auch vor Ablauf der allgemeinen Höchstfrist gelöscht wird. Die Registerbehörde prüft daraufhin, ob die Voraussetzungen für eine vorzeitige Löschung vorliegen. Ist dies der Fall, darf der öffentliche Auftraggeber die (gelöschte) Eintragung nicht mehr zum Nachteil des Bewerbers bzw. Bieters verwenden und ist insoweit an die Entscheidung der Registerbehörde gebunden.

Eine Eintragung soll grundsätzlich nur für denjenigen Rechtsträger erfolgen, dem das jeweilige Fehlverhalten gemäß der zugrundeliegenden gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung zugerechnet wird. Eine Zurechnung von Rechtsverstößen im Konzern, wie sie der Gesetzgeber in der 9. GWB-Novelle nach unionsrechtlichem Vorbild nun für Kartellverstöße plant, ist laut Referentenentwurf ausdrücklich nicht vorgesehen.

Gegen Entscheidungen der Registerbehörden soll der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten offenstehen und nicht – wie es sonst im GWB die Regel ist – zu den Oberlandesgerichten.

Fazit

Die Einführung eines bundesweiten Wettbewerbsregisters bedeutet eine spürbare Mehrbelastung für Unternehmen, gegen die wegen angeblicher Kartellrechtsverstöße ermittelt wird oder wegen etwaiger Verstöße bereits ein Bußgeldbescheid ergangen ist. Bei vermeintlichen wettbewerbswidrigen Absprachen soll dabei bereits die Bußgeldentscheidung der jeweiligen Kartellbehörde für eine Eintragung in der „schwarzen Liste“ genügen. Unklar ist, warum im Unterschied zu den strafrechtlichen Verfehlungen nicht auch hier eine Eintragung erst bei Rechtskraft erfolgen und der vorgesehene Rechtsweg zum Oberlandesgericht Düsseldorf oder zum Bundesgerichtshof gar keine Rolle spielen soll. Bei den teils jahrelangen Rechtsmittelverfahren könnten Unternehmen, denen es am Ende gelingt nachzuweisen, dass die Behörde fehlerhaft von Kartellrechtsverstößen ausgegangen ist, öffentliche Aufträge entgehen – mit möglicherweise schweren bzw. irreparablen betrieblichen Folgen. Zudem ist die Art und Weise der Datenübermittlung zwischen Entscheidungsbehörde, Registerbehörde und öffentlichem Auftraggeber nur in Grundzügen geregelt. Insbesondere bei der im Rahmen der Selbstreinigung sogar erwarteten Kooperation mit der Ermittlungsbehörde (bspw. unter Anwendung der jeweiligen kartellbehördlichen Kronzeugenregelung) trifft der Referentenentwurf keinerlei Zusatzregelungen. Diese wären aber geboten. Denn für die Effektivität der Bonusprogramme ist gerade der Umgang mit Informationen, die während der Kooperation ausgetauscht werden, ausschlaggebend. Auch die Auswirkungen des Registers auf Settlement-Verfahren oder Schadensersatzprozesse sind nicht abzusehen. ▶

Regelungen, die sich mit diesen Bereichen befassen, fehlen ebenfalls vollständig.

Das Thema Compliance rückt nach dem Gesetzesvorschlag für die betroffenen Unternehmen immer mehr in den Vordergrund. Bereits jetzt müssen (teils sehr ausführliche) Eigenerklärungen im Rahmen der §§ 123 ff. GWB formuliert werden, selbst wenn sich ein Kartellverfahren erst im Ermittlungsstadium befindet – andernfalls müssten Bewerber oder Bieter befürchten, dass sie aufgrund unrichtiger Angaben von Anfang an nicht für den öffentlichen Auftrag berücksichtigt werden. Positiv ist zu bewerten, dass Complianceanstrengungen im Zuge der Selbstreinigung Beachtung finden und sogar zu einer Löschung der Eintragung führen können – hier bleibt abzuwarten und zu hoffen, dass zum einen die Kartellbehörden klar Stellung beziehen, wie ein effektives Complianceprogramm konkret auszugestalten ist, und dass zum anderen die Hürden dabei für die Unternehmen nicht zu hoch angesetzt werden. ◀



Prof. Dr. Daniela Seeliger, LL.M.,

*Rechtsanwältin, Partnerin,
Linklaters LLP,
Düsseldorf*

*daniela.seeliger@linklaters.com
www.linklaters.com*



Kaan Gürer, LL.M.,

*Rechtsanwalt, Associate,
Linklaters LLP,
Düsseldorf*

*kaan.guerer@linklaters.com
www.linklaters.com*

