

Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Wettbewerbsregisters (WRegG)

Der *Bundesverband PPP | Netzwerk Infrastrukturmanagement* wurde mit E-Mail vom 23.02.2017 eingeladen, zum Entwurf eines Gesetzes zur Errichtung eines Registers zum Schutz des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und Konzessionen (Wettbewerbsregistergesetz – WRegG) (Bearbeitungsstand: 20.02.2017) im Rahmen der Verbändeanhörung am 07.03.2017 beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie Stellung zu nehmen. In Ergänzung und zur Konkretisierung unserer dort gemachten Anregungen und erhobenen Einwände nehmen wir namens des Bundesverbandes PPP (BPPP) e.V. wie folgt Stellung:

1. Zu § 1 WRegG – Einrichtung eines Wettbewerbsregister

Die Registerbehörde soll im Geschäftsbereich des Wirtschaftsministeriums angesiedelt werden. Das Register tritt damit neben das Bundeszentralregister, in dem strafrechtliche Verurteilungen eingetragen sind, und das Gewerbezentralregister, in dem Eintragungen von Bußgeldern, Strafdelikten und behördlichen Entscheidungen im Zusammenhang mit der gewerberechtlichen Zuverlässigkeit vorgenommen werden. Diese Vielzahl von Registern ist nicht aufeinander abgestimmt. Für unterschiedliche Zwecke werden unterschiedliche Register angelegt, obwohl zu einem großen Teil überschneidende Eintragungen vorgenommen werden. Bei den zwingenden Ausschlussgründen handelt es sich ebenfalls um strafrechtliche Verurteilungen, die immer auch im Bundeszentralregister ausgewiesen werden. Die Eintragungen im Gewerbezentralregister sind auch für die Entscheidung über das Vorliegen von Ausschlussgründen nach Vergaberecht relevant. Sämtliche Verfehlungen, die auch im Gewerbezentralregister zu erfassen sind, können für das Vorliegen von Ausschlussgründen nach § 124 GWB von Bedeutung sein. Gewerberechtliche Ordnungsbehördliche Maßnahmen, wie die Gewerbeuntersagung, kann die Befähigung zur Berufsausübung nach § 122 Abs. 2 Nr. 1 GWB in Frage stellen. Es ist daher auch fraglich, ob die Abfrage beim Gewerbezentralregister einen Zusatznutzen erbringt. Hier wäre eine einheitliche Registerbehörde sinnvoll, sodass die Eintragungen jeweils so aufei-

einander abgestimmt sind, dass die für die verschiedenen Zwecke, nämlich die Strafverfolgung, gewerberechtliche Maßnahmen und im Rahmen von Vergabeverfahren abgerufen werden können. Anstatt an mehrere Register zu berichten, sollten die Strafverfolgungsbehörden an ein Register berichten, das die erforderlichen Angaben für die jeweiligen Zwecke zur Verfügung stellt. Die geplante Struktur schafft unnötige Verwaltungsstrukturen.

Darüber hinaus ist das Verhältnis zu den Landesregelungen, die vielfach Korruptionsregister und vergleichbare Verzeichnisse vorsehen, deren Anwendungsbereich von dem des WRegG abweicht, klarzustellen, zumal an die dortigen Eintragungen mitunter andere Rechtsfolgen, wie etwa eine Auftragsperre geknüpft sind. Die Einführung eines Bundes-Wettbewerbsregisters ergibt nur Sinn, wenn es den landesrechtlichen Flickenteppich ablöst und eine bundeseinheitliche angemessene Regelung trifft. Der Bundesgesetzgeber sollte möglichst so weit, wie seine Gesetzgebungskompetenz reicht, eine abschließende Vollregelung treffen und damit landesrechtliche Sonderwegen einen Riegel vorschieben.

Im Hinblick auf § 123 Abs. 2 GWB sowie u.a. § 48 Abs. 4 und 5 VgV sollte eine Klarstellung erfolgen, ob Verurteilungen und festgesetzte Geldbußen in anderen Staaten in das Wettbewerbsregister eingetragen werden bzw. ob eine Meldepflicht an die registerführende Stelle im Herkunftsland oder Niederlassungsstaats besteht.

2. Zu § 2 WRegG – Eintragungsvoraussetzungen

Im Hinblick auf § 2 Abs. 2 WRegG fehlt ein Mechanismus, nach dem nachgehalten wird, ob die noch nicht bestandskräftige Bußgeldfestsetzung im weiteren Instanzenzug nicht aufgehoben wurde. Das muss die komplette Löschung nach sich ziehen.

Die Zurechnung von Taten gemäß § 2 Abs. 3 WRegG ist nicht auf die maßgebliche Zurechnungsvorschrift § 123 Abs. 3 GWB, auf den auch § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB für die schweren Verfehlungen verweist, abgestimmt.

- Der in § 2 Abs. 3 Nr. 3 WRegG genannte § 30 OWiG stellt streng genommen keine Zurechnungsvorschrift dar. Nach dieser Vorschrift wird gegen das Unternehmen selbst ein Bußgeld festgesetzt, so dass es keiner „Zurechnung“ mehr bedarf. Es ist ja selbst bereits Adressat der Sanktion.
- Die Zurechnungsvorschrift des § 123 Abs. 3 GWB enthält keine mit dem § 130 OWiG vergleichbare Alternative, sodass § 2 Abs. 3 Nr. 2 WRegG entfallen sollte. Eine Zurechnung hiernach wäre nur zulässig, wenn diese Fälle immer auch unter § 123 Abs. 3 GWB (§ 2 Abs. 3 Nr. 1 WRegG) und die zugrunde liegende EU-Regelung fielen. Dann wäre die Alternative aber auch überflüssig.

- Im Übrigen führt ein etwaiges Organisationsverschulden nach § 130 OWiG auch nicht dazu, dass der Unternehmensinhaber als verantwortliche Person i.S.d. § 123 Abs. 3 GWB den Tatbestand der in § 2 Abs. 1 und 2 WRegG genannten Straf- und Ordnungswidrigkeitenvorschriften erfüllt hat.
- Die Alternative wirft mehr Fragen auf, als dass sie hilft und sollte daher gestrichen werden.

3. Zu § 3 WRegG – Inhalt der Meldung und der Eintragung in das Register

Eine Selbstreinigung sollte nicht erst nach erfolgter Eintragung nachgewiesen und vermerkt werden können, um sicherzustellen, dass ein Unternehmen, das sich längst wirksam selbstgereinigt hat, nicht mehr eingetragen wird. Hierzu muss den Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt werden, Selbstreinigungsmaßnahmen darzulegen und zu beweisen, obwohl die Eintragungsvoraussetzungen für die betreffende Verfehlung nach § 2 Abs. 1 oder 2 WRegG noch nicht vorliegen. Dann kann bei Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen eine Eintragung vermieden werden. Im Register muss die Eintragung der Selbstreinigung weiterhin sichtbar sein, damit sie die Wirkung des § 125 Abs. 1 GWB n.F. entfalten kann. Hier sollte ein adäquater Mechanismus geschaffen werden, so dass die Unternehmen nach Verurteilung nicht erst den Antrag stellen und das Verfahren durchlaufen müssen, obwohl die Selbstreinigung längst abgeschlossen ist.

§ 3 Abs. 3 WRegG sollte eine Pflicht zur „unverzöglichen“ Berichtigung vorsehen.

4. Zu §§ 4 und 5 WRegG – Mitteilungspflicht sowie Gelegenheit zur Stellungnahme vor Eintragung in das Register, Sperrvermerk, Auskunftsanspruch

Wie unter 3. bereits angemerkt, muss ein Mechanismus eingeführt werden, der sicherstellt, dass Unternehmen, die sich bereits vor Erfüllung der Eintragungsvoraussetzungen selbstgereinigt haben, nicht erst eingetragen werden bzw. nur die Selbstreinigung eingetragen wird. Denkbar ist, dass auch bei Beantragung der Selbstreinigung mit Vorlage entsprechender Nachweise ein Sperrvermerk eingetragen wird.

Unklar ist die Wirkung des Sperrvermerks. So auch, welchen Inhalt die bei Sperrvermerk vorgesehene Mitteilung nach § 6 Abs. 2 Satz 2 WRegG hat. Um dem Sperrvermerk eine hinreichende Wirkung zu verleihen, muss ein Sperrvermerk wegen eines Eintragungshindernisses (etwa weil die Information der Strafverfolgungsbehörde falsch ist) dazu führen, dass überhaupt keine Eintragung sichtbar ist. Ist eine Selbstreinigung beantragt, erscheint eine Mitteilung der Selbstreinigungsmaßnahmen sinnvoll, um zu verhindern, dass der öffentliche Auftraggeber von der Selbstreinigung Kenntnis nehmen kann und diese nach § 125 Abs. 1 GWB n.F. berücksichtigt.

5. Zu § 6 WRegG – Abfragepflicht für öffentliche Auftraggeber, Entscheidung über einen Ausschluss vom Vergabeverfahren

Die Überschrift des § ist nicht zutreffend, da wohl auch Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber abfragepflichtig sein können.

Die Ausklammerung der privaten Sektorenauftraggeber und privaten Konzessionsgeber erscheint nicht sinnvoll, da auch diese zur Anwendung der §§ 123 – 126 GWB verpflichtet sind. Diese können in gleicher Weise zum adäquaten Umgang mit den sensiblen Daten verpflichtet werden. Sie müssen von Gesetzes wegen sowieso das Vorliegen von strafrechtlichen Verurteilungen und Bußgeldentscheidungen bei ihren Vergaben berücksichtigen und ihnen ist ein verantwortungsvolles Umgehen mit den Daten zuzutrauen.

In jedem Fall erscheint es nicht sinnvoll, private Sektorenauftraggeber von der Bindung an eine festgestellte Selbstreinigung nach § 125 Abs. 1 GWB n.F. freizustellen. Die Registerbehörde wendet die gleichen Maßstäbe nach § 125 GWB an, die auch diese Auftraggeber zwingend zu beachten haben. Der Anwendung anderer, ggf. strengerer Maßstäbe ist Einhalt zu gebieten.

Die Abfrage sollte sowohl im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs als auch im Rahmen der Wertung der Angebote (vor Zuschlag) möglich sein. Dadurch dürfte bei einer elektronischen Abfrage auch kein Mehraufwand bei der Registerbehörde entstehen.

Im Interesse einer abschließenden Regelung und zur Vermeidung landesrechtlicher Sonderregelungen wäre zu überlegen, den fakultativen Abruf der Informationen auch unterhalb der Schwellenwerte vorzusehen. Es sollte vermieden werden, dass für den Unterschwellenbereich weiterhin ein Flickenteppich von Sonderregelungen in den Ländern aufrechterhalten wird.

6. Zu § 7 WRegG – Löschung nach Fristablauf

Die Löschung hinsichtlich des § 266a StGB darf nur dann erst nach fünf Jahren erfolgen, wenn damit das Nichtabführen von Beiträgen zur Sozialversicherung sanktioniert wird. Der Tatbestand dieser Strafnorm geht darüber hinaus, insbesondere hinsichtlich der Arbeitsförderung und in seinem Abs. 3.

Die Löschung der Eintragungen nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 und 5 sowie Abs. 2 WRegG muss jeweils bereits erst drei Jahre ab dem von § 126 Nr. 2 GWB in Bezug genommenen „Ereignis“ erfolgen. Dieses liegt früher als die rechtskräftige Verurteilung oder

bestandskräftige Bußgeldentscheidung und auch früher als die noch nicht bestandskräftige Bußgeldentscheidung. Eine über die Befristung nach § 126 GWB hinausgehende Eintragung behindert den Wettbewerb und ist zu vermeiden.

Nach Fristablauf darf über den betreffenden Eintrag überhaupt keine Auskunft mehr an öffentliche Auftraggeber über eine Eintragung erteilt werden. Die Einträge müssen komplett entfernt werden. Allenfalls Informationen über Selbstreinigungsmaßnahmen sollten noch verfügbar sein. Angesichts § 7 Abs. 2 WRegG ist unklar, ob das so vorgesehen ist.

7. Zu § 8 WRegG – Vorzeitige Löschung aus dem Register bei Selbstreinigung; Gebühren und Auslagen

Die „Selbstreinigung“ nach § 123 Abs. 4 Satz 2 GWB durch Begleichen der Steuer- oder Beitragsschuld muss noch in den Selbstreinigungsmechanismus integriert werden. Auch muss insoweit sichergestellt sein, dass ggf. erst keine Eintragung erfolgt. Siehe oben unter 3.

§ 8 Abs. 1 Nr. 2 WRegG weicht von der in § 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB aufgeführten Voraussetzung für eine Selbstreinigung insofern ab, als dass eine aktive Zusammenarbeit zur Sachverhaltsaufklärung nur mit den Ermittlungsbehörden und nicht auch mit dem öffentliche Auftraggeber erforderlich ist. Die Fassung des WRegG orientiert sich an Art. 57 Abs. 6 UAbs. 2 Richtlinie 2014/24/EU. Es fragt sich aber, wie die Registerbehörde zu berücksichtigen hat, wenn das Unternehmen sich bspw. weigert, mit der Vergabestelle zusammenarbeitet. Die Divergenz birgt auch die Gefahr unterschiedlicher Einschätzungen bei der Registerbehörde und einem öffentlichen Auftraggeber.

Es ist keine Löschung vorgesehen, wenn eine Bußgeldentscheidung, die nach ihrer Verhängung gem. § 2 Abs. 2 WRegG vor ihrer Rechtskraft eingetragen wird, nachträglich aufgehoben wird. Die Löschung muss sichergestellt werden. Siehe oben 2.

8. Zu § 10 WRegG – Rechtsschutz

Der Rechtsschutz bei den Verwaltungsgerichten dauert recht lang. In der Regel dürfte ein Verfahren über mehrere Instanzen nicht unter drei Jahre dauern, so dass in der Mehrzahl der Fälle die Eintragung ohnehin zu löschen ist. Es sollte ein Mechanismus zum vorläufigen Rechtsschutz eingefügt werden. Wir haben Zweifel, ob ein Antrag auf Einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO durchgreift, wenn sich die Registerbehörde darauf zurückzieht, dass das Unternehmen seine Selbstreinigung ja direkt beim Auftraggeber geltend machen könne. Dann muss das Unternehmen aber

doch wieder gegenüber jedem Auftraggeber seine Selbstreinigung nachweisen und der Zweck einer bundeseinheitlichen Handhabung wird konterkariert.

Wir bitten Sie, diese Aspekte im weiteren Gesetzgebungsprozess zu berücksichtigen. Bei Rückfragen stehen wir gern zur Verfügung.

Bundesverband PPP | Netzwerk Infrastrukturmanagement

Der Bundesverband Public Private Partnership (BPPP) ist die größte Know-how-Plattform für die Umsetzung von Infrastrukturprojekten unter Einbeziehung von Lebenszyklusmodellen in Deutschland. Die Umsetzung von Infrastrukturprojekten erfordert ein hohes Maß an Erfahrung und Expertise. Der BPPP bringt dieses Know-how zusammen im Interesse eines multidisziplinären Dialogs. Mitglieder sind Praktiker und Experten aus den verschiedensten Bereichen, die mit solchen Projekten befasst sind, insbesondere Bauunternehmen, Infrastrukturfonds, Finanzinstitute, Wissenschaft, Ingenieurbüros, Rechtsanwälte und sonstige Berater und Dienstleister.

Da diese Projekte i.d.R. der öffentlichen Auftragsvergabe unterliegen, besteht ein großes Interesse an der Entwicklung des Vergaberechts.

Bundesverband Public Private Partnership (BPPP) e.V
Dr. Christian Scherer-Leydecker
Postfach 25 02 29
50518 Köln
www.bppp.de