



Stellungnahme Nr. 77/2020 Dezember 2020

zum

Entwurf der Verordnung über den Betrieb des Registers zum Schutz des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und Konzessionen (WRegVO) und zu den damit zusammenhängenden Änderungen des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz)

Mitglieder des Ausschusses Verwaltungsrecht

Rechtsanwältin Dr. Tina Bergmann (Berichterstatlerin)
Rechtsanwalt Dr. Peter Eichhorn
Rechtsanwalt Dr. Jost Hüttenbrink
Rechtsanwältin Dr. Lisa von Laffert
Professor Dr. Hans-Peter Michler
Rechtsanwältin Dr. Margarete Mühl-Jäckel, LL.M. (Harvard)
Rechtsanwältin Dr. Barbara Stamm
Rechtsanwalt Jan Weidemann
Rechtsanwältin Dr. Sigrid Wienhues (Vorsitzende)

Rechtsanwalt Michael Then, Bundesrechtsanwaltskammer
Rechtsanwältin Friederike Wohlfeld, Bundesrechtsanwaltskammer

Mitglieder des Ausschusses Kartellrecht

Rechtsanwältin Dr. Ellen Braun
Rechtsanwalt Dr. Matthias Karl
Rechtsanwalt Dr. Moritz Wilhelm Lorenz
Rechtsanwalt Dr. Andreas Lotze
Syndikusrechtsanwalt Dr. Martin Schwarz
Rechtsanwältin Dr. Dominique Wagener
Rechtsanwalt Dr. Markus Marcell Wirtz (Vorsitzender und Berichterstatler)

Rechtsanwalt Michael Then, Bundesrechtsanwaltskammer
Rechtsanwältin Eva Melina Buchmann, Bundesrechtsanwaltskammer

Verteiler: Ausschuss für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Bau, Wohnen, Stadtentwicklung und Kommunen des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat
Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Fraktionsvorsitzende
Justizminister/Justizsenatoren der Länder
Präsident des Bundesverwaltungsgerichts
Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Wirtschaftsprüferkammer
Bundesverband der Deutschen Industrie
Rechtsanwaltskammern
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Notarverein
Deutscher Steuerberaterverband e. V.
Deutscher Richterbund
Bundesverband der Freien Berufe
Neue Richtervereinigung
Deutscher Industrie- und Handelskammertag

Redaktion der Neuen Juristischen Wochenschrift/NJW
Redaktion der Neuen Zeitschrift für Verwaltungsrecht/NVwZ
ZAP, AnwBI, FAZ, Süddeutsche Zeitung, Deubner Verlag Online Recht, Beck aktuell,
Jurion Expertenbriefing, Juris Nachrichten, LexisNexis Rechtsnews, Otto Schmidt Verlag

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit rund 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

1. Zielsetzung der WRegVO

Der Erlass der Verordnung über den Betrieb des Registers zum Schutz des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und Konzessionen (WRegVO) ist Voraussetzung für die Inbetriebnahme des Wettbewerbsregisters beim Bundeskartellamt. Das Wettbewerbsregister dient öffentlichen Auftraggebern, Sektorauftraggebern und Konzessionsgebern i. S. v. § 98 GWB dazu, sich vor der Vergabe darüber zu informieren, ob bei einem Unternehmen zwingende oder fakultative Ausschlussgründe i. S. v. §§ 123, 124 GWB vorliegen und das Unternehmen daher auszuschließen ist oder ausgeschlossen werden kann. Derzeit können die für die Prüfung erforderlichen Informationen nur teilweise beim Gewerbezentralregister und den in einigen Bundesländern bestehenden Korruptionsregistern abgefragt werden. Die BRAK begrüßt es deshalb, dass der Entwurf der WRegVO vorliegt, damit das Wettbewerbsregister möglichst zeitnah in Betrieb genommen werden kann.

2. § 2 WRegVO – Nutzung des Portals durch öffentliche Auftraggeber

Die Nutzung des unter www.wettbewerbsregister.de bereitgestellten Portals setzt eine Registrierung voraus, bei der öffentliche Auftraggeber u. a. eine amtliche Bestätigung vorlegen müssen, dass es sich um einen öffentlichen Auftraggeber i. S. v. § 99 Nr. 1, 2 oder 3 GWB bzw. § 99 Abs. 4 GWB handelt (§ 2 Abs. 2 Nr. 1d, Nr. 2e WRegVO). Dies ist unproblematisch, wenn es sich bei dem Auftraggeber um eine Behörde oder eine juristische Person des öffentlichen Rechts handelt, da diese die amtliche Bestätigung nach § 2 Abs. 3 Satz 2 WRegVO selbst vornehmen können.

Bei den öffentlichen Auftraggebern i. S. v. § 99 Nr. 2 und Nr. 4 GWB mit privatrechtlicher Rechtsform muss die amtliche Bestätigung nach § 2 Abs. 3 Satz 3 WRegVO durch die Behörde einer Gebietskörperschaft erfolgen. Bei öffentlichen Auftraggebern i. S. v. § 99 Nr. 2 GWB kommen insofern die Gesellschafter in Betracht, bei öffentlichen Auftraggebern i. S. v. § 99 Nr. 4 GWB die Zuwendungsgeber. Die Voraussetzungen der öffentlichen Auftraggebereigenschaft i. S. v. des § 99 Nr. 2 GWB gehören zu den komplexesten Fragen des Vergaberechts. Die Auftraggebereigenschaft i. S. v. § 99 Nr. 4 GWB ist ebenfalls oft nicht einfach zu klären. Dies führt bereits derzeit zu Problemen bei der Registrierung beim Gewerbezentralregister, da die betroffenen Auftraggeber teilweise keine Bestätigung ihres Gesellschafters (Gebietskörperschaft) oder Zuwendungsgebers erhalten. Es ist daher auch zukünftig zu erwarten, dass sich Behörden einer Gebietskörperschaft schwertun, die Auftraggebereigenschaft i. S. v. § 99 Nr. 2 oder 4 GWB bei privatrechtlich organisierten Auftraggebern amtlich zu bestätigen und damit keine Registrierung dieser Auftraggeber erfolgen kann.

Deshalb wird angeregt, dass öffentliche Auftraggeber in privatrechtlicher Rechtsform anstelle einer amtlichen Bestätigung auch eine Eigenerklärung oder ein Rechtsgutachten vorlegen können, aus dem sich die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber nachvollziehbar ergibt.

3. § 12 WRegVO - Anforderungen an vorzulegende Gutachten und Unterlagen zur Bewertung einer Selbstreinigung

§ 12 WRegVO regelt die Anforderungen an vorzulegende Gutachten und Unterlagen zur Bewertung einer Selbstreinigung sowie Anforderungen an den Gutachter. § 12 Abs. 3 WRegVO regelt, dass das Gutachten konkret und nachvollziehbar den Gegenstand der Untersuchung, die angewandten Methoden sowie die Ergebnisse der Untersuchung darlegen muss und die verwendeten methodischen Unterlagen und Nachweise dem Gutachten beizufügen sind.

Auswahl und Beauftragung des Gutachters obliegen nach § 12 Abs. 2 Satz 1 WRegVO dem Unternehmen, das einen Antrag auf Löschung wegen Selbstreinigung vor Ablauf der Löschungsfrist stellt. Der Gutachter muss sachkundig und unabhängig sein, § 12 Abs. 2 Satz 2 WRegVO. Die Registerbehörde ist nach § 12 Abs. 2 Satz 4 WRegVO befugt, einen Gutachter abzulehnen, wenn er die Voraussetzungen nach § 12 Abs. 2 Satz 2 WRegVO offenkundig nicht erfüllt. In diesem Fall kann das Unternehmen einen anderen Gutachter vorschlagen.

Um nutzlose Kosten für die Erstellung eines Gutachtens zu vermeiden, regt die BRAK an, die Registerbehörde zu verpflichten, auf Antrag eines Unternehmens innerhalb einer bestimmten, noch festzulegenden und nicht zu lange bemessenen Frist mitzuteilen, wenn der vom Unternehmen vorgeschlagene Gutachter abgelehnt wird, weil er offenkundig nicht die Voraussetzungen des § 12 Abs. 2 Satz 2 WRegVO erfüllt, d. h. ihm offenkundig die Sachkunde oder Unabhängigkeit fehlt. Erfolgt innerhalb der Frist keine Ablehnung, darf die Registerbehörde den Sachverständigen auch später nicht ablehnen.

§ 12 Abs. 2 Satz 3 WRegVO regelt, dass das Unternehmen der Registerbehörde zur Beurteilung der Unabhängigkeit des Gutachters mitzuteilen hat, ob und in welchem Umfang der Gutachter oder andere ihm zurechenbare Personen in den vergangenen zwei Jahren für das Unternehmen oder mit ihm nach § 36 Abs. 2 GWB verbundene Unternehmen tätig gewesen sind. Es wird angeregt, dies zu konkretisieren. Es ist insbesondere offen, wie eine vorausgehende anwaltliche Beratung des Unternehmens in vergaberechtlicher oder sonstiger Sicht beurteilt wird.

Für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte könnte vor dem Hintergrund des § 43a Abs. 1 BRAO klar gestellt werden, dass sie unbeschadet ihrer konkreten Tätigkeit für das Unternehmen als Gutachter tätig werden können; entsprechende Klarstellungen könnten auch für andere Berufsgruppen getroffen werden, zu deren Grundpflichten es gehört, dass sie keine Bindungen eingehen dürfen, die ihre berufliche Unabhängigkeit gefährden.

Es wird zudem angeregt, beispielhaft zu regeln, wie die Sachkunde nachgewiesen werden kann, beispielsweise durch den Fachanwalt für Vergaberecht oder als Rechtsanwalt mit Tätigkeitsschwerpunkt im Vergaberecht, Kartellrecht oder in der Governance- und Compliance-Beratung.

§ 12 Abs. 3 Satz 1 WRegVO nennt in einem nicht abschließenden Katalog die Anforderungen, die an ein Gutachten zu stellen sind, durch das der Nachweis der erfolgreichen Selbstreinigung geführt werden soll. Der Gutachter hat nach Satz 2 dem Gutachten zudem die Unterlagen und Nachweise beizufügen, die von ihm zur Erstellung des Gutachtens verwendet wurden.

§ 12 Abs. 3 Satz 2 WRegVO erscheint überflüssig. Zumindest ist Satz 2 nicht hinreichend klar dahingehend, was dem Gutachten an „Unterlagen und Nachweisen“ beizufügen sein soll. Das Gutachten muss aus sich heraus verständlich und nachvollziehbar sein. Es sollte eine eindeutige Klarstellung in der Begründung hinsichtlich der zu fordernden „Unterlagen und Nachweisen“ erfolgen, um den Unternehmen und der Registerbehörde Orientierung zu geben.

4. Änderung des WRegG durch das GWB-Digitalisierungsgesetz in Bezug auf Nachunternehmer und Eignungsleihe

Eine Verpflichtung zur Prüfung, ob zwingende oder fakultative Ausschlussgründe i. S. v. §§ 123, 124 GWB vorliegen, besteht nicht nur in Bezug auf den Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, sondern auch in Bezug auf Unternehmen, deren Kapazitäten der Bieter in Bezug auf die geforderte wirtschaftliche und finanzielle sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit in Anspruch nehmen möchte (Eignungsleihe, § 47 Abs. 2 Satz 1 VgV, § 47 Abs. 2 Satz 1 SektVO, § 6d EU Abs. 1 Satz 4 VOB/A). Entsprechendes gilt für Nachunternehmer (§ 36 Abs. 5 Satz 1 VgV, § 34 Abs. 5 Satz 1 SektVO). Teilweise ist ein Bieter auch verpflichtet, ein Unternehmen, auf das er sich im Rahmen der Eignungsleihe beruft, bei Vorliegen zwingender bzw. fakultativer Ausschlussgründe auszutauschen (§ 47 Abs. 2 Satz 3 - 5 VgV, § 47 Abs. 2 Satz 2 - 4 SektVO, § 6e EU VOB/A Abs. 1 Satz 5, 6 VOB/A).

§ 6 Abs. 1 WRegG regelt bisher nur eine Abfragepflicht für den Bieter, der den Auftrag erhalten soll. Zwar dürfte davon auszugehen sein, dass damit auch Unternehmen im Fall der Eignungsleihe und Nachunternehmer erfasst sind. Es wird jedoch angeregt, § 6 Abs. 1 WRegG zur Klarstellung um Unternehmen im Falle der Eignungsleihe und Nachunternehmer zu erweitern.

Die BRAK begrüßt es, dass § 6 Abs. 1 WRegG dahingehend ergänzt werden soll, dass Auftraggeber von Bieter und Bewerbern nicht die Vorlage einer Auskunft aus dem Wettbewerbsregister verlangen dürfen, die diese dann selbst beim Wettbewerbsregister anfordern müssten. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll damit verhindert werden, dass Auftraggeber zusätzlich zur eigenen Abfrage nach § 6 Abs. 1 und 2 WRegG Unternehmen auffordern, selbst einen Auszug aus dem Wettbewerbsregister anzufordern und vorzulegen, da dies die Unternehmen und die Registerbehörde mit zusätzlichem Verwaltungsaufwand belasten würde. Es wird zur Klarstellung angeregt, die Regelung ebenfalls auf Unternehmen im Falle der Eignungsleihe und Nachunternehmer auszuweiten.

* * *