



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 14/2017 März 2017

zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Wettbewerbsregisters des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (Stand 20.02.2017)

Mitglieder des Ausschusses Verwaltungsrecht

Rechtsanwalt Professor Dr. Michael Quaas (Vorsitzender)

Rechtsanwältin Dr. Tina Bergmann (Berichterstatlerin)

Rechtsanwalt Rudolf Häusler

Rechtsanwalt und Notar Dr. Jost Hüttenbrink

Rechtsanwalt und Notar Rainer Kulenkampff

Professor Hans-Peter Michler

Rechtsanwältin Dr. Margarete Mühl-Jäckel, LL.M. (Harvard)

Rechtsanwältin Dr. Barbara Stamm

Rechtsanwältin Dr. Sigrid Wienhues

Rechtsanwältin Kristina Trierweiler, LL.M., Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 - 0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 -11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

Verteiler: Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages
Arbeitskreis Recht der Bundestagsfraktionen
Fraktionsvorsitzende
Justizminister/Justizsenatoren der Länder
Präsident des Bundesverwaltungsgerichts
Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterinnen
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
Forum Vergabe e.V.
Rechtsanwaltskammern
Wirtschaftsprüferkammer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Notarverein
Deutscher Steuerberaterverband
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 ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Die Bundesrechtsanwaltskammer bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Wettbewerbsregisters.

1. Zielsetzung

Mit dem Wettbewerbsregistergesetz soll sichergestellt werden, dass öffentliche Auftraggeber und Konzessionsgeber vor der Vergabe öffentlicher Aufträge oder Konzessionen abfragen, ob bei einem Unternehmen zwingende Ausschlussgründe i.S.v. § 123 GWB oder bestimmte fakultative Ausschlussgründe i.S.v. § 124 GWB vorliegen und das Unternehmen daher auszuschließen ist oder ausgeschlossen werden kann. Dies ist zu begrüßen.

Bisher mussten sich öffentliche Auftraggeber und Konzessionsgeber in Bezug auf zwingende und fakultative Ausschlussgründe in der Regel auf Eigenerklärungen der Unternehmen verlassen. Zwar können öffentliche Auftraggeber bereits derzeit zur Vorbereitung vergaberechtlicher Entscheidungen einen Auszug aus dem Gewerbezentralregister nach § 150 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 GewO anfordern. Das Gewerbezentralregister gibt jedoch nur Auskunft über die Zuverlässigkeit im gewerberechtlichen Sinn und erfasst ebenso wie die ohnehin nur in einigen Bundesländern bestehenden Korruptionsregister nicht alle zwingenden Ausschlussgründe i.S.v. § 123 GWB.

Positiv ist auch, dass das Wettbewerbsregistergesetz die Möglichkeit der vorzeitigen Löschung von Eintragungen vorsieht, wenn das Unternehmen gegenüber der registerführenden Stelle die Durchführung von Selbstreinigungsmaßnahmen i.S.v. § 125 GWB nachgewiesen hat.

Dass gegen Entscheidungen der registerführenden Stelle der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist, ist ebenfalls zu begrüßen.

Positiv ist ferner, dass die Kommunikation zwischen der registerführenden Stelle und den öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen nach § 9 Abs. 1 Satz 1 WRegG-E grundsätzlich elektronisch erfolgt und in der Gesetzesbegründung zu § 9 ausgeführt wird, dass die Abfrage durch öffentliche Auftraggeber oder Konzessionsgeber grundsätzlich in einem automatisierten Abrufverfahren erfolgen soll. Mit einem automatisierten Abrufverfahren wird sichergestellt, dass Vergabeentscheidungen nicht aufgrund der Abrufverpflichtung zeitlich verzögert werden. Allerdings regelt § 9 Abs. 1 Satz 2 WRegG-E abweichend von der Gesetzesbegründung nicht, dass die Abfrage in einem automatisierten Abrufverfahren erfolgen **soll**, sondern nur dass sie in einem automatisierten Abrufverfahren erfolgen **kann**. Um zu verhindern, dass die Abrufverpflichtung zu Verzögerungen bei der Vergabeentscheidung führt, wäre es wünschenswert, wenn das automatisierte Abrufverfahren tatsächlich eingeführt wird.

Zu kritisieren ist insbesondere, dass der Kreis der öffentlichen Auftraggeber und Konzessionsgeber, die in den Anwendungsbereich des Wettbewerbsgesetzes fallen, zu eng ist. Im Einzelnen:

2. Öffentliche Auftraggeber i.S.v. § 99 Nr. 4 GWB

§ 6 Abs. 1 des WRegG-E verpflichtet öffentliche Auftraggeber in einem Verfahren über die Vergabe öffentlicher Aufträge oder Konzessionen mit einem geschätzten (Netto-)Auftrags- oder Vertragswert ab 30.000 Euro, vor Zuschlagserteilung einen Auszug aus dem neuen Wettbewerbsregister einzuholen. Öffentliche Auftraggeber i.S.d. Wettbewerbsregistergesetzes sind nach § 6 Abs. 1 Satz 2 WRegG nur **öffentliche Auftraggeber i.S.v. § 99 Nr. 1-3 GWB, Sektorauftraggeber i.S.v. § 100 Abs. 1 Nr.1 GWB** sowie **Konzessionsgeber i.S.v. § 101 Abs. 1 Nr. 1 GWB**.

Die in § 123 GWB geregelten zwingenden Ausschlussgründe sind jedoch nicht nur von öffentlichen Auftraggebern i.S.v. § 99 Nr. 1-3 GWB, d.h. von Gebietskörperschaften, sogenannten Einrichtungen des öffentlichen Rechts und deren Verbänden, sondern auch von **öffentlichen Auftraggebern i.S.v. § 99 Nr. 4 GWB** zu beachten. Öffentliche Auftraggeber i.S.v. § 99 Nr. 4 GWB sind natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie nicht unter § 99 Nr. 2 GWB fallen, in den Fällen, in denen sie für Tiefbaumaßnahmen, für die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-/ Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-/ Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden und dafür damit in Verbindung stehende Dienstleistungen und Wettbewerbe von Stellen, die unter § 99 Nr. 1-3 GWB fallen, Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50% subventioniert werden. Da auch diese öffentlichen Auftraggeber verpflichtet sind, die zwingenden Ausschlussgründe des § 123 GWB anzuwenden, ist kein Grund dafür ersichtlich, warum sie nicht vom Wettbewerbsregistergesetz erfasst sind. Es sollte zumindest geregelt werden, dass öffentliche Auftraggeber i.S.v. § 99 Nr. 4 GWB zwar nicht zu einer Abfrage aus dem Wettbewerbsregister verpflichtet sind, dass sie hierzu jedoch berechtigt sind.

In der Gesetzesbegründung wird zu § 6 ausgeführt, dass Auftraggeber in privatrechtlicher Form nach § 99 Nr. 4 GWB aufgrund der Sensibilität der Daten nicht erfasst werden sollen. Dies überzeugt zum einen deshalb nicht, weil zu den sogenannten Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die von § 99 Nr. 2 GWB erfasst werden, auch Auftraggeber in privatrechtlicher Form zählen, wenn diese zumindest auch im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art wahrnehmen und durch Gebietskörperschaften oder andere Einrichtungen des öffentlichen Rechts überwiegend finanziert werden.

Zum anderen zählen öffentliche Auftraggeber i.S.v. § 99 Nr. 4 GWB bisher auch - neben den öffentlichen Auftraggebern i.S.v. § 99 Nr. 1-3 GWB - zu den Auskunftsberechtigten i.S.v. § 150 a Satz 1 Nr. 4, Satz 2 GewO und sind daher berechtigt, beim Gewerbezentralregister einen Auszug zur Vorbereitung vergaberechtlicher Entscheidungen anzufordern. Der Gewerbezentralregisterauszug enthält ebenfalls sensible Daten.

Dass öffentliche Auftraggeber i.S.v. § 99 Nr. 4 GWB nicht in den Kreis der nach § 6 WRegG Auskunftsberechtigten aufgenommen werden, steht auch im Widerspruch zu § 21 Abs. 4 AEntG, § 21 Abs. 1 Satz 5 SchwarzArbG und § 19 Abs. 4 MiLoG, die nicht nur öffentliche Auftraggeber i.S.v. § 99 Nr. 1-3 GWB, sondern auch öffentliche Auftraggeber i.S.v. § 99 Nr. 4 GWB verpflichten, bei Aufträgen ab einer Höhe von 30.000 Euro vor der Zuschlagserteilung eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister nach § 150 a GewO anzufordern. Dies soll durch Art. 2 Abs. 3 und 4 WRegG-E nur dahingehend geändert werden, dass anstelle der Auskunft aus dem Gewerbezentralregister zukünftig eine Auskunft aus dem Wettbewerbsregister angefordert werden muss. Nicht geändert werden soll dagegen, dass hierzu nicht nur öffentliche Auftraggeber i.S.v. § 99 Nr. 1 bis 3 GWB, sondern auch öffentliche Auftraggeber i.S.v. § 99 Nr. 4 GWB verpflichtet sind. Wenn öffentliche Auftraggeber i.S.v. § 99 Nr. 4 GWB zukünftig nach § 21 Abs. 4 AEntG, § 21 Abs. 1 Satz 5 SchwarzArbG und § 19 Abs. 4 MiLoG verpflichtet sind, anstelle eines Auszugs aus dem Gewerbezentralregister einen Auszug aus dem Wettbewerbsregister anzufordern, müssen sie auch in den Kreis der Auskunftsberechtigten im Sinne des Wettbewerbsregistergesetzes aufgenommen werden.

Daher müssen zumindest öffentliche Auftraggeber i.S.v. § 99 Nr. 4 GWB in den Kreis der Auskunftsberechtigten öffentlicher Auftraggeber i.S.v. § 6 Abs. 1 WRegG-E aufgenommen werden.

3. Konzessionsgeber i.S.v. § 101 Abs. 1 Nr. 2 GWB

§ 6 Abs. 1 Satz 2 WRegG-E erfasst neben öffentlichen Auftraggebern i.S.v. § 99 Nr. 1-3 GWB ferner Sektorenauftraggeber i.S.v. § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB sowie Konzessionsgeber i.S.v. § 101 Abs. 1 Nr. 1 GWB. **Sektorenauftraggeber i.S.v. § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB** sind öffentliche Auftraggeber i.S.v. § 99 Nr. 1-3 GWB, die eine **Sektorentätigkeit** ausüben. **Konzessionsgeber i.S.v. § 101 Abs. 1 Nr. 1 GWB** sind öffentliche Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 1-3 GWB, die eine **Konzession** vergeben. Sowohl Sektorenauftraggeber i.S.v. § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB als auch Konzessionsgeber i.S.v. § 101 Abs. 1 Nr. 1 GWB sind verpflichtet, die zwingenden Ausschlussgründe des § 123 GWB anzuwenden (§ 142 Nr. 2 GWB, § 154 Nr. 2 a GWB).

Gleiches gilt nach § 154 Nr. 2 a GWB jedoch auch für öffentliche Auftraggeber i.S.v. § 99 Nr. 1-3 GWB, die eine Sektorentätigkeit ausüben und eine Konzession zum Zweck der Ausübung dieser Tätigkeit vergeben und deshalb **Konzessionsgeber i.S.v. § 101 Abs. 1 Nr. 2 GWB** sind. Daher müssen auch Konzessionsgeber i.S.v. § 101 Abs. 1 Nr. 2 GWB zumindest in den Kreis der Konzessionsgeber i.S.v. § 6 Abs. 1 Satz 2 aufgenommen werden, die in Bezug auf das neue Wettbewerbsregister auskunftsberechtigt sind.

4. Verpflichtung zur Einholung eines Wettbewerbsregisterauszugs

Vorzugswürdig wäre es zudem, die Verpflichtung, einen Auszug aus dem neuen Wettbewerbsregister einzuholen, einheitlich nur im neuen WRegG zu regeln und nicht zusätzlich noch in § 21 SchwarzArbG, § 19 MiLoG und § 21 AEntG.