

## Das Gesetz zur Einführung eines Wettbewerbsregisters

von Rechtsanwalt Dr. Christopher Wolters\*

### Abstract

Am 28.7.2017 ist das Gesetz zur Einführung eines bundeseinheitlichen „Wettbewerbsregisters“ im Bundesgesetzblatt verkündet worden. Das Register wird erhebliche Auswirkungen auf die Praxis der öffentlichen Vergaben haben. Denn mit seiner Errichtung spätestens ab 2020 müssen alle darin eingetragenen Unternehmen damit rechnen, keine öffentlichen Aufträge mehr zu erhalten. Ziel des Gesetzes ist die wirksame Bekämpfung und Prävention von Wirtschaftskriminalität sowie der Schutz des fairen Wettbewerbs um öffentliche Aufträge. Ziel des vorliegenden Beitrags ist es, einen ersten Überblick über die konkreten Regelungen und etwaige Unklarheiten zu geben.

### I. Einführung

Am 28.7.2017 ist der von der Bundesregierung in den Bundestag eingebrachte Entwurf<sup>1</sup> eines Gesetzes zur Einführung eines Wettbewerbsregisters und zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen<sup>2</sup> in der vom Wirtschaftsausschuss geänderten Fassung<sup>3</sup> verkündet worden.<sup>4</sup> Das Vorhaben zur Einführung eines Wettbewerbsregisters setzt die seit Jahren bestehenden Gedankenspiele<sup>5</sup> um, die in einigen Bundesländern vorhandenen „Korruptionsregister“<sup>6</sup> abzulösen und durch ein bundeseinheitliches Register zu ersetzen. Das Wettbewerbsregister wird nun spätestens 2020 beim Bundeskartellamt als zuständige Registerbehörde<sup>7</sup> eingerichtet und in Form einer elektronischen Datenbank geführt.<sup>8</sup>

Zweck und Ziel des Gesetzes ist „die wirksame Bekämpfung und Prävention von Wirtschaftskriminalität sowie der Schutz des fairen Wettbewerbs um öffentliche Aufträge“.<sup>9</sup> Unmittelbare Auswirkungen wird das Register dabei auf die Vergabe öffentlicher Aufträge haben. Denn öffentliche Auftraggeber, Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber<sup>10</sup> haben bei der Vergabe öffentlicher Aufträge grundsätzlich gemäß § 122 Abs. 1 GWB zu berücksichtigen, ob ein Unternehmen an dem jeweiligen Vergabeverfahren überhaupt teilnehmen darf. Das ist dann nicht der Fall, wenn bestimmte in §§ 123 und 124 GWB geregelte Gründe in der Person des Unternehmens vorliegen. Überwiegend liegen sie mit der Verwirklichung bestimmter Straftaten beziehungsweise Ordnungswidrigkeiten vor. Öffentliche Auftraggeber erhalten in der Praxis jedoch bislang oftmals keine Kenntnis darüber, ob ein solcher „Ausschlussgrund“ bei einem sich um einen Auftrag bewerbenden Unternehmen vorliegt. Das gilt insbesondere für Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten. Grund hierfür ist das Ausreichen von Eigenerklärungen zum Nachweis des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen nach § 48 Abs. 1 S. 1 VgV und fehlende Einsichtsbefugnisse der öffentlichen Auftraggeber in die bislang maßgeblichen Register.

Das Wettbewerbsregister erleichtert es öffentlichen Auftraggebern in Zukunft, Unternehmen von Vergabeverfahren auszuschließen, wenn ihnen Straftaten oder Bußgeldentscheidungen zuzurechnen sind. Denn das Wettbewerbsregister dient gemäß § 1 Abs. 2 WRegG dazu, Informationen über Ausschlussgründe im Sinne der §§ 123

\* Der Autor ist Rechtsanwalt der Kanzlei BLOMSTEIN in Berlin und hat seinen Tätigkeitsschwerpunkt auf dem Vergabe- und Außenwirtschaftsrecht.

<sup>1</sup> BT-Drs. 18/12051 v. 24.4.2017, abrufbar unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/120/1812051.pdf> (zuletzt aufgerufen am 7.6.2017). Dazu die Stellungnahme des Bundesrats und die Gegenäußerung der Bundesregierung BT-Drs. 18/12497 v. 24.5.2017, abrufbar unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/124/1812497.pdf> (zuletzt aufgerufen am 15.6.2017).

<sup>2</sup> Im Folgenden: WRegG.

<sup>3</sup> BT-Drs. 18/12583 v. 31.5.2017, abrufbar unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/125/1812583.pdf> (zuletzt aufgerufen am 15.6.2017).

<sup>4</sup> BGBl I 2017 Nr. 52, S. 2739 ff.

<sup>5</sup> Zuletzt 2013: Neum, NZKart 2017, 181 (181); Opitz, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 3. Aufl. (2017), § 126 GWB Rn. 23.

<sup>6</sup> Opitz, in: Burgi/Dreher, Band 1, § 126 GWB Rn. 22: Derzeit bestehen auf gesetzlicher Grundlage in Berlin (Gesetz zur Einrichtung und Führung eines Registers über korruptionsauffällige Unternehmen in Berlin vom 19.4.2006), Bremen (Bremisches Gesetz zur Einrichtung und Führung eines Korruptionsregisters vom 17.5.2011), Hamburg (Gesetz zur Einrichtung eines Registers zum Schutz des fairen Wettbewerbs vom 1.12.2013), Schleswig-Holstein (Gesetz zur Einrichtung eines Registers zum Schutz fairen Wettbewerbs vom 29.11.2013) und Nordrhein-Westfalen (Gesetz zur Verbesserung der Korruptionsbekämpfung und zur Errichtung und Führung eines Vergaberegisters in Nordrhein-Westfalen vom 16.12.2004) Korruptionsregister. Per Erlass sind derzeit in Bayern, Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz und Hessen Korruptionsregister geregelt. Im brandenburgischen Vergabegesetz ist eine zentrale Listung von Auftragssperren vorgesehen.

<sup>7</sup> § 1 Abs. 1 WRegG.

<sup>8</sup> § 1 Abs. 3 WRegG.

<sup>9</sup> BT-Drs. 18/12051, S. 16.

<sup>10</sup> Soweit nicht anders kenntlich gemacht, sind im Folgenden mit „öffentlichen Auftraggebern“ auch Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber gemeint.

und 124 GWB zur Verfügung zu stellen. Dementsprechend werden in das Register bestimmte Straftaten und Bußgeldentscheidungen eingetragen, die einem Unternehmen zuzurechnen sind.<sup>11</sup> Im Rahmen der Durchführung von Vergabeverfahren sind Auftraggeber dann regelmäßig verpflichtet, das Register nach Eintragungen der Bewerber zu befragen.<sup>12</sup>

Der Beitrag betrachtet zunächst die Voraussetzungen, unter denen ein Unternehmen in das Register eingetragen wird (hierzu unter II.). Im Folgenden wird der Prozess der Eintragung in (hierzu unter III.) und die Löschung aus dem Register (hierzu unter IV.) näher beleuchtet. Anschließend ist auf die Einbindung des Registers in Vergabeverfahren (hierzu unter V.) und die Möglichkeiten des Rechtsschutzes im Rahmen der vorgenannten Abläufe einzugehen (hierzu unter VI.).

## II. Eintragungsvoraussetzungen

Die Eintragung eines Unternehmens<sup>13</sup> erfolgt nur dann, wenn ein bestimmter Rechtsverstoß vorliegt (hierzu unter 1.). Da dieser in der Regel nur durch natürliche Personen und nicht durch das Unternehmen selbst begangen werden kann, muss der Rechtsverstoß in diesen Fällen in einem zweiten Schritt dem Unternehmen zuzurechnen sein (hierzu unter 2.).

### 1. Rechtsverstöße

Zu den einzutragenden Rechtsverstößen gehören ausschließlich die abschließend in § 2 Abs. 1 und Abs. 2 WRegG enumerierten Delikte. Sie entsprechen denjenigen Delikten, bei deren Vorliegen der Ausschluss des betreffenden Unternehmens nach §§ 123 oder 124 GWB in Betracht kommt<sup>14</sup> und umfassen nicht nur Straftaten, sondern auch Ordnungswidrigkeiten. Das WRegG unterscheidet in diesem Zusammenhang danach, ob ein Delikt unabhängig vom Strafmaß (hierzu unter a), oder aber erst ab einer bestimmten Schwelle (hierzu unter b) einzutragen ist.

In das Register werden ausschließlich von deutschen Behörden festgestellte Delikte eingetragen. Das ergibt sich aus § 2 WRegG, der nur deutsche Gesetze erwähnt, und § 4 Abs. 1 WRegG, der nur nationale Ermittlungsbehörden dazu verpflichtet, Rechtsverstöße an die Registerbehörde weiterzuleiten. Geldbußen der Europäischen Kommission wegen Kartellrechtsverstößen, die in der Praxis

eine große Rolle spielen,<sup>15</sup> werden dementsprechend nicht in das Register eingetragen.

Allerdings stellt sich hier die Frage, ob die Registerbehörde auch Rechtsverstöße eintragen kann, die ihr von ausländischen Behörden oder dem betreffenden Unternehmen freiwillig mitgeteilt werden. Sie ist insbesondere deshalb von großer praktischer Relevanz, weil die Entscheidung einer ausländischen Behörde gemäß § 123 Abs. 2 GWB auch zu einem Ausschluss führen kann.<sup>16</sup> Im Ausland verurteilte Unternehmen haben in solchen Fällen ein Interesse an einer Eintragung, damit sie die Möglichkeit einer bindenden Selbstreinigung nach § 8 WRegG nutzen können.<sup>17</sup>

### a) Strafmaßunabhängige Eintragung

§ 2 Abs. 1 Nr. 1 WRegG führt diejenigen Delikte abschließend auf, die strafmaßunabhängig einzutragen sind, sobald sie rechtskräftig festgestellt worden sind. Zu ihnen gehören insbesondere die Straftaten, die nach § 123 Abs. 1<sup>18</sup> und Abs. 4<sup>19</sup> GWB zwingend zum Ausschluss von Vergabeverfahren führen und fügt dem jedoch noch die zwei weiteren Delikte hinzu:

- Betrug und Subventionsbetrug (§§ 263, 264 StGB), soweit sich die Straftat gegen öffentliche Haushalte richtet,<sup>20</sup>
- wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen (§ 298 StGB).

Diese Liste suggeriert auf den ersten Blick eine Klarheit hinsichtlich der Fallkonstellationen, die einzutragen sind, die auf den zweiten Blick jedoch nicht besteht: So wird aus § 2 WRegG nicht deutlich, welche Formen der Täterschaft und Teilnahme der Straftaten zu einer Eintragung führen. Während eine täterschaftliche Begehung zu einer Eintragung führen muss, ist dies bei der Teilnahme an einer der Straftaten schon weniger zwingend. Der Wortlaut des § 2 Abs. 1 Nr. 1 WRegG bringt hier ebenso wenig eine Klärung wie der des § 123 Abs. 1 GWB (beide: „wegen“). Dagegen spricht in systematischer Hinsicht § 123 Abs. 1 Nr. 2 GWB der ausdrücklich festlegt, dass auch eine teilnehmerschaftliche Terrorismusfinanzierung zwingend zum Ausschluss von Vergabeverfahren führen muss.

<sup>11</sup> § 2 WRegG.

<sup>12</sup> § 6 WRegG.

<sup>13</sup> Der Begriff ist in § 2 Abs. 4 WRegG legaldefiniert.

<sup>14</sup> In das Register wird allerdings nur ein kleiner Teil der Delikte eingetragen, die unter die (fakultativen) Ausschlussgründe nach § 124 GWB subsumieren werden können, da diese überwiegend nicht zwingend an ein bestimmtes Delikt anknüpfen.

<sup>15</sup> So wurde 2016 gegen ein „LKW-Kartell“ von MAN, Volvo/Renault, Daimler, Iveco und DAF eine Strafe von 2,93 Milliarden Euro verhängt, siehe [http://ec.europa.eu/germany/news/eu-kommission-verh%C3%A4ngt-rekordgeldbu%C3%9Fe-von-293-milliarden-euro-gegen-lkw-kartell\\_de](http://ec.europa.eu/germany/news/eu-kommission-verh%C3%A4ngt-rekordgeldbu%C3%9Fe-von-293-milliarden-euro-gegen-lkw-kartell_de) (zuletzt aufgerufen am 16.6.2017).

<sup>16</sup> Vgl.: *Hausmann/von Hoff*, in: *Kulartz/Kus/Portz/Prieß*, *GWB-Vergaberecht*, 4. Aufl. (2016), § 123 Rn. 16.

<sup>17</sup> Hierzu unter IV.1.

<sup>18</sup> Bildung krimineller oder terroristischer Vereinigungen im In- oder Ausland (§ 129, § 129a, § 129b StGB), Terrorismusfinanzierung (§ 89c StGB), Geldwäsche oder Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte (§ 261 StGB), Korruptionsdelikte (§§ 299, 108e, 333, 334, 335a StGB sowie Art. 2 § 2 des Gesetzes zur Bekämpfung internationaler Bestechung) sowie Menschenhandel, Zwangsprostitution, Zwangsarbeit, Ausbeutung der Arbeitskraft, Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung (§§ 232, 232a Abs. 1-5, 232b-233a StGB).

<sup>19</sup> Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB) und Steuerhinterziehung (§ 370 AO).

<sup>20</sup> § 123 GWB erfasst dagegen nur Straftaten gegen den Haushalt der Europäischen Union oder gegen Haushalte, die von der Europäischen Union oder in ihrem Auftrag verwaltet werden.

### b) Strafmaßabhängige Eintragung

§ 2 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 WRegG enthalten daneben diejenigen Delikte, die erst ab einem bestimmten Strafmaß einzutragen sind. Die Regelung greift diejenigen Rechtsverstöße auf, bezüglich derer öffentliche Auftraggeber bislang gemäß § 150a Abs. 1 Nr. 4 GewO Auskunft aus dem Gewerbezentralregister erhalten konnten und ersetzt diese Vorschrift zukünftig.<sup>21</sup>

Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 WRegG sind Verstöße gegen

- das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (§ 8 Abs. 1 Nr. 2, §§ 10-11),
- die Vorschriften zur Beschäftigung von Ausländern nach dem AufenthG (§ 404 Abs. 1 und 2 Nr. 3 des SGB III),
- das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (§§ 15, 15a, 16 Abs. 1 Nr. 1, 1c, 1d, 1f und 2),
- Mindestlohngesetz (§ 21 Abs. 1 und 2) und
- Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (§ 23 Abs. 1 und 2)

nur dann einzutragen, sofern rechtskräftig

- auf Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten,
- Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen erkannt wurde, oder
- eine Geldbuße von wenigstens 2.500 Euro

ergangen ist.<sup>22</sup>

Gemäß § 2 Abs. 2 WRegG werden schließlich auch Bußgeldentscheidungen aufgrund Kartellrechtsverstößen (§ 81 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 1 GWB) in das Wettbewerbsregister eingetragen, wenn eine Geldbuße von mindestens 50.000 Euro festgesetzt worden ist. Im Gegensatz zu den in § 2 Abs. 1 WRegG genannten Delikten erfolgt die Eintragung einer Bußgeldentscheidung nach § 2 Abs. 2 WRegG nicht erst nach ihrer Rechtskraft. Vielmehr genügt es hier bereits, dass der Bußgeldentscheid erlassen worden ist.<sup>23</sup> An der Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift wird teilweise gezweifelt, da ein sachlicher Grund für diese Ungleichbehandlung nicht ersichtlich sei.<sup>24</sup> Allerdings verbleibt die Entscheidung über den Ausschluss auch nach Inkrafttreten des WRegG gemäß § 6 Abs. 2 WRegG i. V. m. § 124 Nr. 4 GWB beim öffentlichen Auftraggeber. Sollte dieser also seiner Pflicht zur eigenständigen Prüfung nicht nachgekommen sein, ob „hinreichende Anhaltspunkte“ für den Rechtsverstoß vorliegen, kann seine Entscheidung im Nachprüfungsverfahren angegriffen werden. Dadurch wird die Eintragung selbst aber nicht verfassungswidrig.

### 2. Unternehmen

Das Erfordernis der Zurechnung des von einer natürlichen Person begangenen Delikts zu einem Unternehmen ergibt sich aus der Natur des Wettbewerbsregisters. Denn dieses dient ausschließlich dazu, Unternehmen vom Vergabeverfahren ausschließen zu können.<sup>25</sup> Folgerichtig werden auch nur Unternehmen und nicht natürliche Personen in das Register eingetragen. Da in Deutschland aber kein Unternehmensstrafrecht existiert, werden Delikte in der Regel nicht durch Unternehmen selbst, sondern vielmehr durch für sie handelnde natürliche Personen verwirklicht.

Allerdings gibt es einen Fall, in der eine Zurechnung nicht vonnöten ist: Über die zuvor dargestellten Delikte hinaus sind gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 WRegG auch Bußgeldentscheidungen auf Grundlage von § 30 OWiG in das Register einzutragen, die gegen Unternehmen selbst ergehen. Voraussetzung dafür ist allerdings auch ein von einer natürlichen Person verwirklichtes Delikt, das dem Unternehmen zuzurechnen ist.

Oft wird es aber nur rechtskräftige Entscheidungen gegen natürliche Personen geben. Aus diesem Grund ist im Rahmen der Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen die Frage besonders relevant, ob ein (rechtskräftig) festgestelltes Delikt einem Unternehmen zuzurechnen ist. Im Gleichlauf zur Regelung des § 123 Abs. 3 GWB kommt es nach § 2 Abs. 3 S. 2 WRegG zu einer Zurechnung, wenn die natürliche Person als für die Leitung des Unternehmens Verantwortlicher gehandelt hat. Gemäß dem Wortlaut der Vorschrift gehört dazu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung. Als für die Leitung eines Unternehmens Verantwortlicher handelt:

- jedes vertretungsberechtigte Organ einer juristischen Person oder Mitglied eines solchen Organs,
- jeder Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder Mitglied eines solchen Vorstands,
- alle vertretungsberechtigten Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft oder Generalbevollmächtigte,
- Prokuristen in leitender Stellung oder schließlich auch
- Handlungsbevollmächtigte einer juristischen Person, eines nicht rechtsfähigen Vereins bzw. einer rechtsfähigen Personengesellschaft.<sup>26</sup>

Die Zurechnungsregeln des WRegG gehen allerdings über die des GWB hinaus. Denn das WRegG legt in § 2 Abs. 1 Nr. 3 WRegG fest, dass auch solche Bußgelder auf Grundlage des § 30 OWiG einzutragen sind, die sich aus einem Aufsichts- und Organisationsverschulden nach § 130 OWiG ergeben. Ein solches liegt im Unterlassen derjenigen Aufsichtsmaßnahmen, die erforderlich und zumutbar

<sup>21</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 3 und Art. 3 Abs. 2 S. 2 WRegG.

<sup>22</sup> Zweifel an der Verhältnismäßigkeit einer so niedrigen Schwelle: Dreher, NZBau 2017, 313 (313).

<sup>23</sup> Zur fehlenden Abstimmung mit dem Kartellrecht: Dreher, NZBau 2017, 313 (314).

<sup>24</sup> Dreher, NZBau 2017, 313 (314).

<sup>25</sup> BT-Drs. 18/12051, S. 18; mit der Frage der Eintragungsfähigkeit von freiberuflich tätigen natürlichen Personen (bspw. Architekten) hat sich der Gesetzgeber soweit ersichtlich nicht auseinandergesetzt.

<sup>26</sup> Opitz, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. (2017), GWB § 123 Rn. 29.

sind, um der Gefahr von Zuwiderhandlungen gegen betriebs- und unternehmensbezogene Pflichten zu begegnen.<sup>27</sup> Der Umfang der erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen wird dabei im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung aus der ex- ante Perspektive bestimmt.<sup>28</sup>

Eine Zurechnung im Konzern hält die Gesetzesbegründung für ausgeschlossen.<sup>29</sup> Ausdrücklich legt jedoch nur § 2 Abs. 2 S. 2 WRegG für Kartellstrafen explizit fest, dass die in § 81 Abs. 3 lit. a bis 3 lit. c GWB vorgesehene Zurechnung im Konzern nicht einzutragen ist. Begeht jedoch eine natürliche Person ein Delikt, die für mehrere Konzerngesellschaften in leitender Funktion auftritt, ist dieses Delikt nach dem Wortlaut des WRegG jeder einzelnen Gesellschaft zuzurechnen. In derartigen Fällen der Personenidentität auf Leitungsebene dürfte also die Eintragung mehrerer Gesellschaften eines Konzerns die Folge eines Rechtsverstoßes auf ebenjener Ebene sein.

### III. Ablauf der Eintragung

Das Bundeskartellamt als Registerbehörde ist darauf angewiesen, dass es von den Ermittlungsbehörden über die eintragungsrelevanten Delikte zutreffend und umfassend informiert wird. Denn die Registerbehörde verfolgt die in § 2 WRegG enumerierten Delikte nicht selbst und ist in diesen Fällen folglich ausschließlich dafür zuständig, Unternehmen in das Register einzutragen (und später wieder zu löschen [dazu unter IV.]). Die Eintragung verläuft deshalb in mehreren Schritten, die die Richtigkeit der Eintragung gewährleisten soll:

#### 1. Inhalt der Eintragung

Der Inhalt der Eintragung ist in § 3 WRegG geregelt. Dies sind insbesondere

- der Namen der mitteilenden Behörde,
- das Datum der einzutragenden Entscheidung und ihrer Rechtskraft,
- das Aktenzeichen des Vorgangs der mitteilenden Behörde,
- die Daten des betroffenen Unternehmens,
- die Daten der natürlichen Person, gegen die sich die einzutragende Entscheidung richtet – insbesondere die die Zurechnung des Fehlverhaltens zu einem Unternehmen begründenden Umstände – und schließlich
- die zur Registereintragung führende Straftat oder Ordnungswidrigkeit einschließlich der verhängten Sanktion.

Hat das betroffene Unternehmen Selbstreinigungsmaßnahmen durchgeführt (dazu unter IV.1) und diese der Registerbehörde mitgeteilt, werden sie gemäß § 3 Abs. 2 WRegG ebenfalls im Register gespeichert bis der Eintrag insgesamt gelöscht wird.

#### 2. Meldung durch Ermittlungsbehörde

Um eine lückenlose Eintragung in das Register zu gewährleisten, statuiert § 4 Abs. 1 WRegG eine Pflicht, sämtliche „Entscheidungen nach § 2 Absatz 1 und 2 der Registerbehörde unverzüglich“ mitzuteilen. Diese Mitteilungspflicht trifft gemäß § 4 Abs. 1 WRegG alle Strafverfolgungsbehörden und die Behörden, die zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten berufen sind. Die relevante Behörde ist demnach die Behörde, die die Anklage erhoben, den Strafbefehl beantragt oder die Bußgeldentscheidung erlassen hat. Die Meldepflicht betrifft somit insbesondere die Staatsanwaltschaften, die Kartellbehörden und die Bußgeld- und Strafsachenstellen der Finanzämter. In Finanzsachen steht das Steuergeheimnis aus § 30 AO der Mitteilung nicht entgegen, wie § 4 Abs. 1 S. 2 WRegG auf Drängen des Bundesrats<sup>30</sup> nun ausdrücklich festlegt. Der Umfang der an die Registerbehörde weiterzuleitenden Informationen ergibt sich ebenfalls aus § 4 Abs. 1 WRegG und umfasst sämtliche in § 3 Abs. 1 WRegG aufgeführten Daten.

#### 3. Prüfung durch Registerbehörde

In einer ersten kursorischen Prüfung kontrolliert die Registerbehörde gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 WRegG, ob die übermittelten Daten offensichtliche Fehler wie Verwechslungen oder Schreibfehler aufweisen. Zur Aufklärung von Fehlern kann sich die Registerbehörde gemäß § 4 Abs. 2 S. 3 WRegG i. V. m. § 8 Abs. 3 WRegG an die mitteilende Ermittlungsbehörde wenden und zusätzliche Informationen verlangen. Bleiben dennoch offensichtliche Fehler bestehen, muss die Registerbehörde von einer Eintragung absehen, § 4 Abs. 2 S. 1 WRegG.

#### 4. Gewährung rechtlichen Gehörs

Im Rahmen des Prozesses der Eintragung ist für die betroffenen Unternehmen die Vorschrift des § 5 Abs. 1 S. 1 WRegG ganz entscheidend. Danach muss die Registerbehörde das betroffene Unternehmen über die bevorstehende Eintragung und deren Inhalt informieren. Sinnvollerweise – vom WRegG jedoch nicht ausdrücklich festgelegt – geschieht das erst nachdem sich die Registerbehörde davon überzeugt hat, dass keine offensichtlichen Fehler vorliegen.

Gleichzeitig mit den Informationen über den Inhalt der bevorstehenden Eintragung erhält das betroffene Unternehmen gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 WRegG zudem die Gelegenheit, innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Information Stellung zu nehmen. Diese Gelegenheit sollte von den Unternehmen genutzt werden, die Registerbehörde dazu anzuhalten, gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 WRegG Fehler der übermittelten Daten zu korrigieren oder von der Eintragung von vornherein ganz abzusehen.

<sup>27</sup> Graf, in: Beck OK OWiG, 15. Edition (Stand: 15.4.2017), OWiG § 130 Rn. 38.

<sup>28</sup> A.a.O., Rn. 40.

<sup>29</sup> BT-Drs. 18/12051, S. 30.

<sup>30</sup> BT-Drs. 18/12497, S. 4.

Insbesondere in den Fällen, in denen ein Unternehmen nicht der Meinung ist, dass ihm ein bestimmtes Delikt zugerechnet werden kann, sollte es die Möglichkeit zur Richtigstellung – ggf. unter Nutzung der Möglichkeit der Fristverlängerung nach § 5 Abs. 1 S. 3 WRRegG – nutzen. Allerdings ist dabei zu beachten, dass das Unternehmen selbst gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 WRRegG die Beweislast dafür trägt, dass die „übermittelten Daten“ fehlerhaft sind. Obwohl diese Formulierung unpräzise ist, ist davon auszugehen, dass damit nicht nur sämtliche in tatsächlicher Hinsicht in das Register einzutragenden Informationen, sondern auch die zugehörigen rechtlichen Erwägungen – insbesondere der Zurechnung – gemeint sind.

Im Prozess der Tatsachenermittlung ist die Registerbehörde nicht nur auf die Darstellung des Unternehmens beschränkt. Vielmehr kann es gemäß § 5 Abs. 1 S. 4 i. V. m. § 8 Abs. 3 WRRegG auch die Ermittlungsbehörden um die Übermittlung ergänzender Informationen bitten. Unklar ist das Gesetz jedoch zur Frage, ob die Registerbehörde die Eintragung während des Verfahrens der Verifizierung vornehmen kann, darf oder muss. Im Hinblick auf die mit der Eintragung verbundenen Belastungen eines Unternehmens erscheint es unter Berücksichtigung des Rechtsstaatsprinzips und der Grundrechte des Unternehmens als unverhältnismäßig, wenn die Registerbehörde eine Eintragung vornimmt, obwohl Zweifel an ihrer Richtigkeit bestehen.

Unabhängig von dem Verfahren der Eintragung stehen dem betroffenen Unternehmen und natürlichen Personen noch andere Informationsrechte zu. § 5 Abs. 2 WRRegG sieht vor, dass jedes Unternehmen oder natürliche Person auf Antrag Auskunft über den sie betreffenden Inhalt des Registers erhält. Daneben wurde in § 5 Abs. 3 WRRegG noch ein vollumfängliches Akteneinsichtsrecht gegenüber der Registerbehörde für alle eingetragenen Unternehmen geschaffen. Es geht über die nach § 3 WRRegG gespeicherten Informationen hinaus und erfasst insbesondere auch die ergänzenden Informationen nach § 8 Abs. 3 WRRegG.<sup>31</sup> Das Einsichtsrecht ist an § 147 Abs. 1 StPO angelehnt<sup>32</sup> und steht dem bevollmächtigten Rechtsanwalt des Unternehmens zu.

### 5. Eintragung durch Registerbehörde

Konnte das betroffene Unternehmen nachweisen, dass die übermittelten Daten fehlerhaft sind, sieht die Registerbehörde gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 WRRegG von der Eintragung ab. In allen anderen Fällen wird das Unternehmen in das Register eingetragen.

### 6. Verteilung der Prüfungs Kompetenzen

Obwohl der Bundesrat in seiner Stellungnahme eine Klarstellung forderte, wer für die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen zuständig ist,<sup>33</sup> enthält das WRRegG hierzu keine expliziten Regelungen. § 4 Abs. 1 WRRegG verpflichtet die Ermittlungsbehörden lediglich dazu, Daten an die Registerbehörde zu übermitteln. In § 4 Abs. 2

WRRegG wird jedoch auch die Registerbehörde ausschließlich damit beauftragt, die Richtigkeit der übermittelten Daten zu überprüfen. Dementsprechend findet sich keine Regelung, die einer der beteiligten Behörden die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen und damit insbesondere der Zurechnung eines Delikts zu einem Unternehmen auferlegt.

Die Bundesregierung führte im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses aus, dass die Strafverfolgungsbehörden und die zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten berufenen Behörden zwar in ihrer Mitteilung an die Registerbehörde auch die die Zurechnung des Fehlverhaltens zu dem Unternehmen begründenden Umstände der Registerbehörde mitteilen müssten. Dies beinhaltet jedoch nicht die Pflicht zur Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen. Dafür sei die Registerbehörde abschließend und eigenverantwortlich zuständig, da sie die übermittelten Daten prüfe, betroffene Unternehmen anhöre und anschließend über die Eintragung oder Nichteintragung nach § 4 Abs. 2, § 5 Abs. 1 WRRegG entscheide.<sup>34</sup>

Das erscheint sinnvoll: Für die zur Übermittlung verpflichteten Behörden würde es einen erheblichen Mehraufwand bedeuten, die Frage der Zurechenbarkeit des Handelns einer natürlichen Person zu einem Unternehmen abschließend zu prüfen. Zudem fehlt es bei den Ermittlungsbehörden in der Regel an der erforderlichen Sachkompetenz, die maßgeblichen Fragestellungen zu beantworten. Schließlich besteht bei einer Prüfungskompetenz der Ermittlungsbehörden auch die Gefahr, dass einzelne Rechtsfragen nicht bundeseinheitlich gehandhabt werden.

Im Ergebnis bedeutet dies also, dass die Ermittlungsbehörden ausschließlich dazu berufen sind, das zur Prüfung der Eintragungsvoraussetzung notwendige Datenmaterial vollumfänglich an die Registerbehörde weiterzugeben. Eine Vorauswahl findet von Seiten der Ermittlungsbehörden nicht statt. Natürlich haben die Ermittlungsbehörden jedoch nur solche Delikte an die Registerbehörde weiterzuleiten, die in § 2 Abs. 1 beziehungsweise 2 WRRegG aufgeführt sind.

## IV. Löschung aus dem Register

Die Löschung aus dem Register erfolgt in drei Fällen. Zunächst nimmt die Registerbehörde die Löschung gemäß § 4 Abs. 3 WRRegG immer dann vor, wenn ihr – auch durch die Ermittlungsbehörde – Umstände bekannt werden, die einer weiteren Eintragung entgegenstehen. In der Praxis wesentlich häufiger wird eine Löschung gemäß § 8 WRRegG dann erfolgen, wenn das eingetragene Unternehmen erfolgreich Selbstreinigungsmaßnahmen durchgeführt hat und damit die – durch das ihr zuzurechnende Delikt verlorene – vergaberechtliche Eignung zurückerlangt hat (hierzu unter 1.). Führt das eingetragene Unternehmen keine oder unzureichende Selbstreinigungsmaßnahmen durch, erfolgt eine Löschung gemäß § 7 WRRegG nach drei oder fünf Jahren (hierzu unter 2.).

<sup>31</sup> BT-Drs. 18/12583, S. 11.

<sup>32</sup> A.a.O.

<sup>33</sup> BT-Drs. 18/12497, S. 2 f.

<sup>34</sup> A.a.O., S. 8.

### 1. Vorzeitige Löschung wegen Selbstreinigung

§ 8 Abs. 1 S. 1 WRegG bestimmt, dass ein eingetragenes Unternehmen auf Antrag dann aus dem Register gelöscht wird, wenn es erfolgreich von der Möglichkeit der vergaberechtlichen Selbstreinigung (§ 125 und § 123 Abs. 4 S. 2 GWB) Gebrauch gemacht hat. Das Institut der Selbstreinigung im Vergaberecht war vor ihrer Kodifizierung im Rahmen der letzten Vergaberechtsnovelle lediglich richterrechtlich anerkannt.<sup>35</sup> Es ist Ausfluss des Gedankens der Verhältnismäßigkeit und dient dem Wettbewerbsgrundsatz, indem Unternehmen in den vergaberechtlichen Wettbewerb eintreten können, sobald sie hinreichende Selbstreinigungsmaßnahmen durchgeführt haben.<sup>36</sup>

Gemäß § 8 Abs. 1 S. 3 i. V. m. Abs. 4 S. 1 WRegG ist die Registerbehörde für die Beurteilung des Erfolgs der Selbstreinigungsmaßnahmen zuständig.<sup>37</sup> Voraussetzung für die Einleitung der Prüfung durch die Registerbehörde ist jedoch ein zulässiger Antrag des eingetragenen Unternehmens. Die Voraussetzungen hierfür ergeben sich aus § 8 Abs. 1 S. 2 WRegG und fordern die Glaubhaftmachung eines berechtigten Interesses an der vorzeitigen Löschung. Die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass es daran in der Regel nur fehlen wird, wenn das Unternehmen allgemein nicht für die öffentliche Hand tätig ist.<sup>38</sup>

Die Registerbehörde ermittelt den maßgeblichen Sachverhalt gemäß § 8 Abs. 2 S. 1 WRegG von Amts wegen. Der Amtsermittlungsgrundsatz besteht jedoch nur eingeschränkt, da sich die Behörde bei der Prüfung auf die ihr vom Unternehmen übermittelten und ihr sonst bekannten Informationen beschränken kann (§ 8 Abs. 2 S. 2 WRegG). Darüber hinaus steht es in ihrem Ermessen, von dem Antragsteller die Vorlage der strafgerichtlichen Entscheidung / Bußgeldentscheidung beziehungsweise von Gutachten<sup>39</sup> oder anderen Unterlagen zu verlangen, die zur Bewertung der Selbstreinigungsmaßnahmen geeignet sind (§ 8 Abs. 2 S. 3 WRegG). Daneben kann sie zudem die Ermittlungsbehörde um Übermittlung weitergehender Informationen bitten, § 8 Abs. 3 WRegG. Sinnvollerweise übermittelt das eingetragene Unternehmen deshalb bereits mit dem Antrag alle relevanten Informationen und Unterlagen, aus dem sich die durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen und ihr Umfang ergeben.

Für den Prüfungsmaßstab verweist § 8 Abs. 1 S. 3 WRegG unmittelbar auf die dafür maßgeblichen Vorschriften des GWB. Demnach ist gemäß § 123 Abs. 4 S. 2 GWB in Fällen des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB) oder der Steuerhinterziehung

(§ 370 AO) eine Selbstreinigung dann erfolgreich durchgeführt, wenn das Unternehmen die ausstehenden Forderungen erfüllt oder sich zu ihrer Erfüllung verpflichtet hat.

In allen anderen Fällen muss das Unternehmen gemäß § 125 GWB nachweisen, dass es

- für jeden durch eine Straftat oder ein Fehlverhalten verursachten Schaden einen Ausgleich gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet hat,<sup>40</sup>
- die Tatsachen und Umstände, die mit der Straftat oder dem Fehlverhalten und dem dadurch verursachten Schaden in Zusammenhang stehen, durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden und dem öffentlichen Auftraggeber umfassend geklärt hat<sup>41</sup> und
- konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen hat, die geeignet sind, weitere Straftaten oder weiteres Fehlverhalten zu vermeiden.<sup>42</sup>

Bei der Beurteilung des notwendigen Umfangs der Selbstreinigungsmaßnahmen beachtet die Registerbehörde gemäß § 8 Abs. 4 S. 1 GWB insbesondere die Schwere und die besonderen Umstände der Straftat oder des Fehlverhaltens.<sup>43</sup>

Der Registereintrag wird gelöscht, wenn die Registerbehörde die Maßnahmen zur Selbstreinigung für ausreichend erachtet. Hält sie die Selbstreinigungsmaßnahmen für unzureichend, liegt es gemäß § 8 Abs. 4 S. 2 WRegG in ihrem Ermessen, entweder ergänzende Informationen anzufordern oder den Antrag abzulehnen. In letzterem Fall werden im Register die vom Antragsteller eingereichten Unterlagen (§ 3 Abs. 2 WRegG) ebenso wie die Information gespeichert, dass der Antragsteller erfolglos eine Löschung beantragt hat (§ 8 Abs. 4 S. 4 WRegG).

Das Bundeskartellamt ist schließlich gemäß § 8 Abs. 5 WRegG verpflichtet, Leitlinien zur Anwendung des § 8 Abs. 1 bis 4 WRegG zu erlassen. Insofern ist eine Konkretisierung der Vorschriften zu erwarten, zu deren Einhaltung die Registerbehörde nach den Grundsätzen der Selbstbindung der Verwaltung verpflichtet sein wird.

### 2. Löschung durch Fristablauf

Für die Löschung der Eintragung nach Zeitablauf differenziert das WRegG nach Beginn und Dauer der Frist:

Nach Ablauf von fünf Jahren ab dem Tag der Rechtskraft der Entscheidung sind die folgenden Delikte zu löschen:

- die in § 123 Abs. 1 GWB aufgeführten Straftaten,

<sup>35</sup> *Friton*, in: BeckOK Vergaberecht, 3. Edition (Stand: 15.4.2017), GWB § 125 Rn. 4.

<sup>36</sup> A.a.O., Rn. 2; *Prieß/Simonis*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. (2016), § 125 GWB Rn. 4.

<sup>37</sup> Hiergegen in rechtspolitischer Hinsicht mit dem Vorwurf der Befangenheit, wenn das Bundeskartellamt auch den zugrundeliegenden Bußgeldbescheid erlassen hat: *Dreher*, NZBau 2017, 313 (314).

<sup>38</sup> BT-Drs. 18/12051, S. 37.

<sup>39</sup> Zur Frage der Neutralität und Überzeugungskraft eines Gutachtens der bei der Selbstreinigung beratenden Kanzlei: *Kubicieł/Dust*, jurisPR-StrafR 9/2017 Anm. 1.

<sup>40</sup> Vgl. hierzu *Friton*, in: BeckOK Vergaberecht, GWB § 125 Rn. 9 ff.

<sup>41</sup> Vgl. a.a.O., Rn. 17 ff.

<sup>42</sup> Vgl. a.a.O., Rn. 33 ff.

<sup>43</sup> Beachte aber die laufende Vorlage zum EuGH durch *VK Südbayern*, GRUR Int 2017, 460; vgl. dazu: *Stein/Wolters*, jurisPR-Comp 2/2017 Anm. 1.

- das Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt nach § 266a StGB und
- die Steuerhinterziehung nach § 370 AO (§ 7 Abs. 1 S. 1 WRegG).

Nach Ablauf von drei Jahren ab dem Erlass der Bußgeldentscheidung sind ausschließlich kartellrechtliche Bußgeldentscheidungen zu löschen (§ 7 Abs. 1 S. 2 WRegG).

Alle übrigen Delikte, also

- wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen (§ 298 StGB) sowie Verstöße gegen:
- das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (§ 8 Abs. 1 Nr. 2, §§ 10-11),
- die Vorschriften zur Beschäftigung von Ausländern nach dem AufenthG (§ 404 Abs. 1 und 2 Nr. 3 des SGB III),
- das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (§§ 15, 15a, 16 Abs. 1 Nr. 1, 1 lit. c, 1 lit. d, 1 lit. f und 2),
- Mindestlohngesetz (§ 21 Abs. 1 und 2) und
- Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (§ 23 Abs. 1 und 2)

werden nach Ablauf von drei Jahren ab Unanfechtbarkeit der Entscheidung gelöscht (§ 7 Abs. 1 S. 3 WRegG).

Die Fristen sollen sich laut Gesetzesbegründung nach den Vorgaben des § 126 GWB über die Höchstdauer des zulässigen Ausschlusszeitraums von der Teilnahme am Vergabeverfahren richten.<sup>44</sup> Bei der Löschung nach fünf Jahren gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 WRegG ist dieses Ziel hinsichtlich der über den Verweis auf § 123 Abs. 1 GWB erfassten Delikte erreicht worden.

Für alle anderen Delikte ist es dem Gesetzgeber jedoch nicht geglückt, einen Gleichlauf herzustellen.<sup>45</sup> Deshalb sind dort Fallkonstellationen denkbar, in denen ein Delikt zwar nach § 126 Nr. 2 GWB nicht mehr zur Begründung eines Ausschlusses herangezogen werden kann, dennoch aber nicht nach § 7 WRegG wegen Zeitablaufs aus dem Register zu streichen ist. In diesen Fällen ist es immerhin denkbar, dass die Registerbehörde die Löschung von Amts wegen oder auf Hinweis des eingetragenen Unternehmens nach § 4 Abs. 3 WRegG vornimmt.

## V. Einbindung des Registers in Vergabeverfahren

Bei der Betrachtung der Einbindung des Registers in Vergabeverfahren ist zunächst die Frage relevant, ob und inwieweit öffentlichen Auftraggebern hinsichtlich des Ausschlusses von Unternehmen ein eigener Prüfungsspielraum verbleibt, wenn eine Eintragung vorliegt oder wieder gelöscht worden ist (hierzu unter 1.). Zudem sind die Fälle voneinander abzugrenzen, in denen ein Auftraggeber das Register zwingend zu konsultieren hat und

wann ihm dies freisteht (hierzu unter 2.). Daneben kann der Auftraggeber auch die Ermittlungsbehörden um die Weitergabe ergänzender Informationen bitten (hierzu unter 3.).

### 1. Prüfung des Ausschlusses durch Auftraggeber selbst

Bei der Frage nach den Prüfungskompetenzen eines Auftraggebers sind zwei Fallkonstellationen zu differenzieren:

§ 6 Abs. 5 S. 1 WRegG stellt zunächst im Grundsatz klar, dass eine Eintragung in das Wettbewerbsregister nicht mit dem Ausschluss vom Vergabeverfahren gleichzustellen ist. Denn es legt fest, dass die Entscheidung über einen Ausschluss beim Auftraggeber in eigener Verantwortung verbleibt.<sup>46</sup> Das Register dient somit primär dazu, Auftraggeber über relevantes Fehlverhalten eines Unternehmens zu informieren. Dementsprechend übermittelt die Registerbehörde dem anfragenden Auftraggeber gemäß § 6 Abs. 3 WRegG sämtliche Daten über die sich bewerbenden oder bietenden Unternehmen, die im Register gespeichert sind. Dazu gehören gemäß § 3 Abs. 2 WRegG auch die vom Unternehmen übermittelten Nachweise einer Selbstreinigung, so sie noch nicht zu einer Löschung geführt haben. Besonders wichtig ist diese Regelung im Zeitraum zwischen Antrag auf Löschung und der Löschung selbst, da Auftraggeber ohne weiteres Zutun des Unternehmens in die Lage versetzt werden, selbstständig über den Erfolg der Selbstreinigungsmaßnahmen zu entscheiden.

Ist ein Unternehmen in das Register eingetragen und sind Selbstreinigungsmaßnahmen – wenn überhaupt – nur unzureichend nachgewiesen, bedeutet das in den Fällen des § 2 Abs. 1 Nr. 1 lit. a WRegG, dass ein Auftraggeber gemäß § 123 Abs. 1 GWB grundsätzlich<sup>47</sup> verpflichtet ist, ein solches Unternehmen auszuschließen. Im Falle der Eintragung aller anderen Delikte verbleibt dem Auftraggeber gemäß § 124 Abs. 1 GWB ein Ermessen, ob er das Unternehmen vom Vergabeverfahren ausschließt.

Als Ausnahme vom Grundsatz des § 6 Abs. 5 S. 1 WRegG sind Auftraggeber nach § 6 Abs. 5 S. 1 WRegG in einem Fall an eine Entscheidung der Registerbehörde gebunden: Nimmt diese die Löschung eines Eintrags vor, ist es Auftraggebern gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 WRegG verboten, einen Ausschluss auf den zugrundeliegenden Sachverhalt zu stützen. Damit ist den Auftraggebern das Prüfungsergebnis insoweit also vorgegeben. Der große praktische Vorteil dieser Regelung im Vergleich zur bisherigen Rechtslage liegt darin, dass Unternehmen Selbstreinigungsmaßnahmen dadurch nur einmal – gegenüber der Registerbe-

<sup>44</sup> BT-Drs. 18/12051, S. 34.

<sup>45</sup> In Fällen des § 298 StGB erfolgt eine Löschung nach § 7 Abs. 1 S. 3 WRegG nach drei Jahren *ab Unanfechtbarkeit der Entscheidung*, zum Ausschluss berechtigt der Sachverhalt gemäß § 126 Nr. 2 GWB jedoch bereits nach drei Jahren *ab dem betreffenden Ereignis* nicht mehr.

<sup>46</sup> Vgl. auch: *Stein*, jurisPR-Compl 2/2017 Anm. 5.

<sup>47</sup> Ausnahmen nach § 123 Abs. 5 GWB möglich.

hörde – nachweisen müssen. Kommt diese zu einem positiven Prüfergebnis, hat das Auswirkungen für sämtliche Vergabeverfahren, an denen das Unternehmen teilnimmt.

## 2. Konsultation des Registers

Das Register kann nicht nur durch öffentliche Auftraggeber konsultiert werden. Ein Auskunftsrecht besteht gemäß § 5 Abs. 2 S. 2 WRegG auch für Stellen, die ein Präqualifikationsverfahren durchführen und in diesem Rahmen ein Verzeichnis führen.<sup>48</sup> Voraussetzung für die Abfrage des Registers ist in diesem Fall jedoch die Zustimmung des betroffenen Unternehmens.

Hinsichtlich der Konsultation des Registers durch öffentliche Auftraggeber sind drei Fallkonstellationen zu unterscheiden: § 7 Abs. 1 WRegG statuiert die Pflicht das Register abzurufen (hierzu unter a), wohingegen § 7 Abs. 2 WRegG Fälle festlegt, in denen es im Ermessen der Auftraggeber liegt, ob sie das Register konsultieren, sie dazu aber auch befugt sind (hierzu unter b). In allen anderen Fällen ist fraglich, ob Auftraggeber das Register überhaupt um Mitteilung der Eintragungen befragen dürfen (hierzu unter c).

### a) Konsultationspflicht

Gemäß § 6 Abs. 1 WRegG muss jeder öffentliche Auftraggeber vor Erteilung des Zuschlags das Wettbewerbsregister ab einem Auftragswert von 30.000 Euro abfragen. Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber sind erst ab Erreichen der EU-Schwellenwerte gemäß § 106 GWB<sup>49</sup> verpflichtet, das Register vor Zuschlagserteilung abzufragen. Hat ein Auftraggeber jedoch innerhalb der letzten zwei Monate bereits Informationen zu einem Unternehmen abgerufen, so entfällt gemäß § 6 Abs. 1 S. 6 WRegG die Pflicht einer weiteren Abfrage.

### b) Fakultative Konsultation

Gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1 WRegG liegt es in Fällen unterhalb der zuvor genannten Schwellenwerte im Ermessen der Auftraggeber, das Register zu konsultieren. Für die Praxis äußerst wichtig steht es Auftraggebern auch in Fällen des zweistufigen Vergabeverfahrens nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 WRegG frei, im Rahmen des den Verhandlungen vorgeschalteten Teilnahmewettbewerbs das Register zu befragen.

### c) Konsultationsbefugnis unklar

Eine Konsultationspflicht besteht ausdrücklich<sup>50</sup> nicht in den Fällen, in denen das Vergaberecht nicht anwendbar ist. Darunter fallen insbesondere die Fälle der In-house Vergabe gemäß § 108 GWB. Weitere Ausnahmen sind in den §§ 107, 109, 116, 117 oder 145 GWB geregelt. Auslandsdienststellen sind gemäß § 6 Abs. 1 S. 6 WRegG ebenso ausdrücklich von der Pflicht ausgenommen das Register abzurufen.

In diesen Fällen ist jedoch fraglich, ob Auftraggeber überhaupt das Register konsultieren dürfen. Dagegen spricht die Regelung des § 6 Abs. 2 WRegG, der nur für bestimmte Fälle eine Konsultationsbefugnis festlegt. Zwar mag damit eine Entlastung der Registerbehörde bezweckt sein, dies erscheint jedoch nicht in allen Fällen sachgerecht. Denn auch in Situationen einer Direktvergabe können Auftraggeber ein (legitimes) Interesse daran haben, Kenntnis über die Eignung und insbesondere das Fehlen von Ausschlussgründen zu haben.

### 3. Konsultation der Ermittlungsbehörden

Gemäß § 6 Abs. 6 S. 1 WRegG können die Auftraggeber von den Ermittlungsbehörden, die die ursprünglichen Daten übermittelt haben, alle zusätzliche Informationen verlangen, die zur Vergabeentscheidung erforderlich sind. Die Ermittlungsbehörden sind in diesem Falle jedoch nicht verpflichtet der Bitte nachzukommen, § 6 Abs. 6 S. 2 WRegG. Alle Unterlagen, die der Auftraggeber erhält, sind jedoch gemäß § 6 Abs. 7 WRegG vertraulich zu behandeln und dürfen nur für die Vergabeentscheidung genutzt werden.

## VI. Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Registerbehörde

Gegen alle Entscheidungen der Registerbehörde ist gemäß § 11 Abs. 1 S. 2 WRegG die Beschwerde zum Vergabesenat des OLG Düsseldorf zulässig. Für das anwendbare Verfahrensrecht verweist § 11 Abs. 1 S. 2 WRegG auf Großteile des § 63 und §§ 66 bis 73 GWB und damit subsidiär die GVG und ZPO.

## VII. Fazit

Die Einführung eines bundeseinheitlichen Wettbewerbsregisters ist grundsätzlich zu begrüßen und ergänzt die im

<sup>48</sup> Vgl. insb. den Verweis auf die Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. in § 6b Abs. 1 Nr. 1 VOB/A EU.

<sup>49</sup> Der Schwellenwert für Vergaben und Wettbewerbe von Sektorenauftraggebern in Ausübung der Sektorentätigkeit für Liefer- und Dienstleistungsaufträge liegt nach Art. 15 lit. a RL 2014/25/EU i. V. m Art. 1 lit. a VO Nr. 2015/7180 bei 418.000 Euro. Der Schwellenwert für öffentliche Bauaufträge im Sektorenbereich nach Art. 15 lit. b RL 2014/25/EU i. V. m Art. 1 Abs. 1 lit. b VO Nr. 2015/2171 ist gegenwärtig auf 5.225.000 Euro festgelegt. Der Schwellenwert für Konzessionen als Gegenwert von Bau- und Dienstleistungen liegt nach Art. 8 Abs. 1 RL 2014/23/EU i. V. m Art. 1 VO Nr. 2015/207289 bei 5.225.000 Euro, siehe *Kau*, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar Bd. 1, 3. Aufl. (2017), GWB § 106 Rn. 37-41, 45.

<sup>50</sup> § 6 Abs. 1 S. 3 WRegG.



April 2016 in Kraft getretene Modernisierung des Vergaberechts sehr sinnvoll.

Das Register bietet allen Vergabestellen zukünftig verlässliche Informationen dazu, ob bei einem ihrer Bewerber/Bieter ein Ausschlussgrund vorliegt. Zudem wird das Institut der Selbstreinigung erheblich aufgewertet. Für eingetragene Unternehmen ist die Selbstreinigung zukünftig die einzige Möglichkeit, eine vorzeitige Löschung aus dem Register zu erreichen. Vielen Unternehmen dürften nun nicht mehr darauf spekulieren, dass zuzurechnende Delikte unbekannt bleiben, sondern die Kosten einer Selbstreinigung auf sich nehmen, um das Risiko einer mindestens dreijährigen faktischen Vergabesperre zu vermeiden.

Für die Ermittlungsbehörden wird sich ein zusätzlicher Mehraufwand ergeben. Zwar sind sie letztlich nicht für

die Entscheidung verantwortlich, ob das Fehlverhalten einer natürlichen Person einem Unternehmen zuzurechnen ist. Dennoch müssen sie alle Daten an die Registerbehörde weiterleiten, die diese für diese Entscheidung bedarf und gegebenenfalls darüber hinaus noch ergänzende Informationen zusammensuchen und an Auftraggeber oder die Registerbehörde weiterleiten.

Besonderes Augenmerk wird nun auf die von der Bundesregierung auf Grundlage des § 10 WRegG zu erlassende Rechtsverordnung zu legen sein. Sie wird insbesondere Inhalt und Umfang der vom Register generell zu speichernden Daten festlegen, das Auskunftsverlangen der Auftraggeber an die Ermittlungsbehörden und schließlich auch die zum Nachweis einer Selbstreinigung erforderlichen Unterlagen konkretisieren.