

## **Stellungnahme von Transparency International Deutschland e.V. zum Entwurf der Verordnung über den Betrieb des Registers zum Schutz des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und Konzessionen (WRegVO)**

Verfasser: Arbeitsgruppe Vergabe, unter der Leitung von Christian Heuking

Der Entwurf der Verordnung ist als notwendiger Schritt zur Einführung eines Wettbewerbsregisters grundsätzlich zu begrüßen. Im Hinblick auf die gebotene Korruptionsprävention ist darauf zu achten, dass die Mitteilungspflichten und Abfragepflichten praxishnah umgesetzt und auch eingehalten werden. Die Anforderungen, die an die Prüfung zur Löschung eines Unternehmens nach Selbstreinigung gestellt werden, sind zu formal und zu hoch, die Bedeutung eines Gutachtens wird überbewertet, was vor allem mittelständischen Unternehmen die Rückkehr in den Wettbewerb um öffentliche Aufträge unnötig erschweren kann.

### **1. Vorbemerkung**

Transparency Deutschland begrüßt grundsätzlich den Entwurf für eine WRegVO, weil damit ein weiterer Schritt zum dringend benötigten und seit Jahren geplanten Wettbewerbsregister umgesetzt wird. Denn es ist aus Gründen wie etwa der Korruptionsbekämpfung und -prävention unerlässlich, dass nach §§ 123-126 GWB auszuschließende Unternehmen auch tatsächlich keine öffentlichen Aufträge erhalten.

In der Praxis scheitert dies oftmals daran, dass der Ausschluss mangels hinreichender Informationen nicht möglich ist. Die öffentlichen Auftraggeber wissen schlicht nicht, ob relevante Sanktionen verhängt wurden. Nicht alle Länder betreiben überhaupt ein entsprechendes Register. Die existierenden Register enthalten nur sehr wenige Eintragungen, weil die meldepflichtigen Behörden nur sehr nachlässig Mitteilung geben.

### **2. Praktische Durchsetzung der Mitteilungs- und Abrufpflicht**

Wie bereits in [der Stellungnahme zum WRegG](#) erläutert, ist es für ein funktionierendes Wettbewerbsregister entscheidend, dass Behörden ihren Mitteilungspflichten und öffentliche Auftraggeber ihren Abrufpflichten nachkommen. Denn die Erfahrung aus den Ländern zeigt, dass hierfür die Anordnung der rechtlichen Pflicht alleine nicht ausreicht.

Flankierende Maßnahmen zur Durchsetzung der Mitteilungs- oder Abrufpflichten sind auch in dem Entwurf für eine WRegVO nicht vorgesehen, aber nötig.

Die Mitteilungspflicht ist konkret auszugestalten. Hilfreich könnte insoweit ein Formular sein, um der Meldestelle die Meldung und dem Register deren zutreffende Erfassung zu erleichtern. Ferner sollten bei den Mitteilungsbehörden Kontrollen, Sanktionen, aber auch leicht zugängliche

Informationsangebote wie z.B. Online-Schulungen durch das BKartA die Einhaltung der Mitteilungspflicht sicherstellen.

Für den Abruf aus dem Wettbewerbsregister ist eine prüfbare Dokumentation im Vergabevermerk erforderlich. Nur so kann die wichtige Kontrolle der Abrufpflicht durch Revision, Rechnungshof oder Gemeindeprüfamt gewährleistet werden.

Ungeachtet dessen erscheint es aktuell völlig offen, ob sich das Wettbewerbsregister so wie rechtlich vorgesehen praktisch durchsetzen wird. Deshalb sollte spätestens zwei Jahre nach der Einführung des Wettbewerbsregisters geprüft werden, welche Defizite bei der Erfüllung der den Beteiligten auferlegten Pflichten bestehen und wie diese gegebenenfalls effektiv behoben werden können. Denn die Notwendigkeit eines effektiven Registers ist unbestritten.

### **3. Zu § 11 - Anforderungen an Mitteilung eines Unternehmens zu Selbstreinigungsmaßnahmen**

Die Regelung ist in jeder Hinsicht gelungen. Insoweit ist dazu nichts weiter zu bemerken.

### **4. Zu § 12 – Anforderungen an vorzulegende Gutachten und Unterlagen zur Bewertung einer Selbstreinigung**

Kritisch sieht Transparency Deutschland § 12 des Entwurfs, da dieser sowohl im Hinblick auf § 11 als auch im Hinblick auf § 10 WRegG nicht gelungen ist, weil die Bedeutung des dort geregelten Gutachtens überbewertet wird.

Unternehmen, für die ein Ausschlussgrund nach §§ 123 f. GWB vorliegt, soll es nach Durchführung einer Selbstreinigung nach § 125 GWB möglich sein, wieder in den Wettbewerb auf öffentliche Aufträge zurückzukehren. Die Selbstreinigung ist wichtig. Nur so wird ein starker Anreiz für Korruptionsbekämpfung und -prävention geschaffen. Außerdem ist ein ausgeprägter Wettbewerb um öffentliche Aufträge, an dem möglichst viele Unternehmen teilnehmen, Grundvoraussetzung für eine wirtschaftlich agierende Verwaltung.

Vor diesem Hintergrund setzt § 12 des Entwurfs zu hohe bürokratische Anforderungen. Denn zum Zeitpunkt des Antrags auf vorzeitige Löschung wegen Selbstreinigung nach § 8 Abs. 1 Satz 1 WRegG hat ein Unternehmen in der Regel bereits umfassende Maßnahmen zur Selbstreinigung ergriffen. Dazu gehören interne oder externe Untersuchungen zu den Regelverstößen sowie Verbesserung der Compliance-Maßnahmen zusammen mit der internen Compliance-Abteilung oder externen Beratern. Im Hinblick auf den Antrag auf vorzeitige Löschung wegen Selbstreinigung nach § 8 Abs. 1 Satz 1 WRegG wurde unter Umständen schon ein Gutachten von einer unabhängigen und sachkundigen Stelle i.S.d. § 12 des Entwurfs erstellt. Zudem wurde das Unternehmen u.U. von öffentlichen Auftraggebern wegen gelungener Selbstreinigung wieder zu Verfahren zugelassen. Vor diesem Hintergrund besteht an sich kein zwingender Bedarf für ein neuerliches Gutachten. Die hier vertretene Ansicht wird durch § 8 Abs. 2 WRegG und § 10 Nr. 7 WRegG gestützt. Auch diesen Vorschriften ist zu entnehmen, dass ein

Gutachten des Unternehmens im Rahmen der von Amts wegen vorzunehmenden Prüfung nicht notwendig ist. Vielmehr stellt das Gutachten einen gleichrangigen Nachweis neben anderen dar.

Darüber hinaus sind die Anforderungen an die grundsätzlich zu Recht geforderte Unabhängigkeit des Gutachters zu hoch. Schaltet ein Unternehmen unabhängige und sachkundige Gutachter bereits im Vorfeld des Löschantrags in die Selbstreinigung ein, müssten diese regelmäßig nach § 12 Abs. 2 Satz 2, 4 des Entwurfs wegen Vorbefassung ausgeschlossen werden. Denn nach S. 22 Entwurfsbegründung kommt auf dieser Grundlage ein Ausschluss in Betracht, wenn in der Person des Gutachters Gründe vorliegen, die nach § 20 Abs. 1 VwVfG zum Ausschluss aus einem Verwaltungsverfahren führen. Nach § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 VwVfG müssten der vor dem Löschantrag einbezogene unabhängige Gutachter ausgeschlossen werden, weil er bereits in der Angelegenheit in privater Eigenschaft ein Gutachten abgegeben hat. Gegebenenfalls greift auch § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 VwVfG, weil er gegen Entgelt beim Unternehmen beschäftigt ist.

Ein bereits mit dem Unternehmen befasster sachkundiger und unabhängiger Gutachter müsste also zum Zwecke eines Gutachtens nach § 12 des Entwurfs durch einen neuen Gutachter ersetzt werden. Es ist also unter Umständen eine zweite Begutachtung erforderlich, die zeit- und kostenintensiv ist, obwohl nicht einmal nach § 8 WRegG ein Gutachten als notwendig vorgesehen ist.

Im Zusammenhang mit der beantragten Löschung sollte eine Begutachtung daher auf Fälle beschränkt werden, in denen die durch das Unternehmen vorgelegten Nachweise für die beantragte Löschung nicht ausreichen. Bei dieser Prüfung ist weniger auf die formalen Aspekte einer Begutachtung als vielmehr auf eine Gesamtschau der vorgelegten Informationen zu achten. Sprechen dabei gewichtige Anhaltspunkte gegen die erfolgreiche Selbstreinigung und sollten die festgestellten Defizite der Selbstreinigung nur durch ein Gutachten nach § 12 ausgeräumt werden können, so mag dies dem Unternehmen unter Angabe der Defizite aufgegeben werden.

Dabei sollte die Vorbefassung des Gutachters alleine jedenfalls dann noch keinen Ablehnungsgrund darstellen, wenn es sich um besonderen berufsrechtlichen Regeln unterworfenen Personen wie Rechtsanwälte oder Wirtschaftsprüfer handelt. Gegen die Ablehnung wegen Vorbefassung spricht auch, dass ein solcher vorbefasster, aber unabhängiger, Gutachter das Unternehmen durch die Selbstreinigung begleitet hat und deswegen am besten den Erfolg der Selbstreinigung beurteilen kann.

## 5. Änderungsvorschlag zu § 12

(1) Die Registerbehörde kann zur Bewertung eines Antrags nach § 8 Satz 1 WRegG auf vorzeitige Löschung einer Eintragung wegen Selbstreinigung verlangen, dass das Unternehmen geeignete Gutachten oder andere Unterlagen zur Bewertung der vorgenommenen Selbstreinigungsmaßnahmen vorlegt. Die Registerbehörde ist befugt, für die Vorlage der Gutachten oder Unterlagen eine angemessene Frist zu setzen.

(2) Die durch das Unternehmen zur Begründung des Löschantrags vorgelegten Gutachten oder Unterlagen müssen konkret und nachvollziehbar die ergriffenen Maßnahmen, ihre Eignung

und Wirkung zur Selbstreinigung belegen. Die verwendeten methodischen Unterlagen und Nachweise sind beizufügen.

(3) Stellt die Registerbehörde fest, dass die durch das Unternehmen ergriffenen Maßnahmen unzureichend sind, kann sie weitere Maßnahmen und die Begutachtung der Selbstreinigung insgesamt durch einen geeigneten Gutachter verlangen. Auswahl und Beauftragung des Gutachters obliegen dem Unternehmen. Die Registerbehörde kann dem Unternehmen Vorgaben hinsichtlich des zu begutachtenden Sachverhaltes und der zu begutachtenden Maßnahmen machen.

(4) Der Gutachter muss sachkundig und unabhängig sein. Die Registerbehörde ist befugt, einen Gutachter abzulehnen, wenn er die Voraussetzungen nach Satz 1 offenkundig nicht erfüllt. Die Ablehnung kann nicht alleine auf die vorherige Tätigkeit für das Unternehmen oder mit ihm nach § 36 Absatz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verbundene Unternehmen gestützt werden, wenn der Gutachter für diese Tätigkeit durch besondere berufsrechtliche Regelungen zur Unabhängigkeit verpflichtet war.