

Stellungnahme von Transparency International Deutschland e. V. zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Wettbewerbsregisters

Verfasser:

*Dr. Christian Lantermann, Mitglied des Vorstands
Christian Heuking, Leiter der Arbeitsgruppe Vergabe*

Datum: 07.03.2017

Transparency International Deutschland e. V. bedankt sich für die Einladung und die Möglichkeit der Stellungnahme und nimmt folgendermaßen Stellung:

Transparency Deutschland beurteilt den Referentenentwurf zur Einführung eines Wettbewerbsregisters grundsätzlich positiv. Kritik ist geboten, weil die Eintragungsvoraussetzungen zu hoch sind. Das Register wird daher in seiner Wirkung hinter den Möglichkeiten zurückbleiben, die für eine effektive Prävention möglich und nötig wären.

Das Register wird vor allem im Vorfeld einer Eintragung seine Wirkung entfalten. In der Übergangszeit zwischen der Einleitung eines Verfahrens und dem Urteil werden Unternehmen versuchen, zur Vermeidung einer Eintragung ihre Zuverlässigkeit wieder herstellen. Damit aber bleiben begangene Verfehlungen – so ist zu befürchten – vergaberechtlich weiterhin praktisch unbedeutend.

Eine Evaluierung der durch das Register erzielten Wirkungen sollte zwei Jahre nach dessen Einführung vorgenommen werden. Von dieser Basis aus könnten dann weitere wirksame Schritte in Richtung einer wirksamen Korruptionsprävention unternommen werden.

1. Vorbemerkungen

• Notwendigkeit des Ausschlusses ungeeigneter Unternehmen

Es ist aus unterschiedlichen Gründen geboten, dass unzuverlässige Unternehmen grundsätzlich keine öffentlichen Aufträge erhalten dürfen. Dieser schon seit langem geltende Grundsatz des Vergaberechts scheiterte in der praktischen Umsetzung oftmals daran, dass der Ausschluss mangels hinreichender Informationen praktisch nicht möglich war. Die öffentlichen Auftraggeber wussten schlicht nicht, ob Strafen verhängt waren, die Zweifel an der Zuverlässigkeit begründeten.

• Information als zwingende Voraussetzung

Ein Wettbewerbsregister auf Bundesebene ist daher ein unverzichtbares Instrument, um den vergaberechtlich notwendigen Ausschluss solcher Unternehmen effizient vornehmen zu können, die für die Ausführung eines öffentlichen Auftrages nicht hinreichend zuverlässig sind. Solche Informationen müssen den öffentlichen Auftraggebern zur Verfügung stehen, von diesen abgefragt und auch sachgerecht verwertet werden. Nur so können im Interesse der öffentlichen Beschaffung, im Interesse des Wettbewerbs und im Interesse staatlicher Ziele unzuverlässige Unternehmen von Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Ohne ein solches Instrumentarium ist zu befürchten, dass Unternehmen, die gegen Gemeinwohlinteressen verstoßen haben, dennoch öffentliche Aufträge erhalten und damit von öffentlichen und mit Steuergeldern finanzierten Aufträgen profitieren. Zu diesen das Allgemeinwohl beeinträchtigenden Interessen gehört auch die Korruption.

Zu begrüßen ist auch, dass die Möglichkeit der sogenannten Selbstreinigung besteht. Dadurch können Unternehmen, die wegen eines Verhaltens, das ihnen zuzurechnen ist, ihre vergaberechtliche Zuverlässigkeit wiederherstellen. Jedenfalls aus vergaberechtlicher Sicht ist es sinnvoll und geboten, Unternehmen diese Chance einzuräumen. Der Staat hat nicht nur ein Interesse an zuverlässigen Auftragnehmern, sondern auch ein Interesse an einem funktionierenden und vor allem breiten Wettbewerb. Daher ist dieser Weg zu angemessenen Bedingungen zu eröffnen.

- **Wettbewerbsregister als Mittel der Prävention**

Durch die Mittel der Eintragung einerseits und die Möglichkeit der Selbstreinigung andererseits wird ein grundsätzlich angemessener Spielraum geschaffen, um die Unternehmen zu rechtmäßigem Verhalten anzuhalten und die öffentlichen Auftraggeber vor der Zusammenarbeit mit unzuverlässigen Unternehmen zu schützen. Dies ist auch zu Recht im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) so angelegt.

2. Kritik

Transparency Deutschland kritisiert, dass die Voraussetzungen für eine Eintragung zu hoch sind. Nach dem Entwurf ist vorgesehen, nur solche Unternehmen einzutragen, die rechtskräftig verurteilt worden sind. Dies ist in mehrfacher Hinsicht unangemessen und sachwidrig.

a) Rechtskräftige Verurteilung ist ein unangemessenes Kriterium für die Eignungsprüfung

Die für das strafrechtliche Verfahren zu Recht geltenden verfassungsrechtlich geschützten Prinzipien gelten im Kontext des Vergaberechts nicht: Die Unschuldsvermutung greift hier nicht, sondern es gilt das Willkürverbot; der nemo-tenetur-Grundsatz (also das Prinzip der Selbstbelastungsfreiheit) gilt hier nicht, sondern bei der Selbstreinigung wird aktive Aufklärung verlangt. Es mag zwar naheliegen, die Unternehmen auch dadurch zu „bestrafen“, dass sie von öffentlichen Aufträgen ausgeschlossen werden. Das ist hier allerdings nicht das Ziel. Es ist auch nicht Gegenstand des Vergaberechts, sondern allenfalls eines Unternehmensstrafrechts. Im vergaberechtlichen Kontext haben die öffentlichen Auftraggeber durch die Vergabe öffentlicher Aufträge den staatlichen Bedarf zu decken.

Da es aber um die Anwendung des Vergaberechts und nicht um den Vollzug einer nicht ausgesprochenen Strafe geht, sind die Vergabestellen grundsätzlich nicht an die Entscheidungen der Strafgerichte gebunden. Die Zuverlässigkeit von Unternehmen muss die Vergabestelle unter Beachtung von, nicht aber unter Bindung an strafgerichtliche Feststellungen beurteilen. Daher kann ein Unternehmen selbstverständlich schon dann ausgeschlossen werden, wenn der Sachverhalt hinreichend feststeht, ohne dass eine strafgerichtliche Verurteilung vorliegt.

Die Begrenzung der Eintragung auf die Verurteilung ist unangemessen, weil zwischen der betreffenden Tat und der Verurteilung zumeist viele Jahre liegen. Gerade Wirtschaftsstrafverfahren zeichnen sich durch lang andauernde Ermittlungsverfahren aus. Die bis zur rechtskräftigen Verurteilung verstrichene Zeit lässt eine Eintragung dann nur noch bedingt angemessen erscheinen: Zum Zeitpunkt der Tatbegehung ist das Unternehmen ein anderes als das Unternehmen zum Ende des Strafprozesses. Die Vergabestelle stützt sich also bei ihrer Entscheidung auf eine alte, vielfach überholte Information.

b) Zeitnahe Entscheidung auf angemessener Grundlage ist nötig

Sachgerecht ist es, Unternehmen möglichst zeitnah zu einer begangenen Verfehlung auszuschließen. Der Gesetzgeber in Nordrhein-Westfalen hat dies erkannt und in dem Gesetz zur Bekämpfung der Korruption bestimmt, dass Eintragungen in das Korruptionsregister möglich sind, wenn eine Einstellung nach 153a StPO erfolgt oder die Anklage zugelassen worden ist bzw. wenn kein Zweifel an einer schwerwiegenden Verfehlung besteht. Aus der Perspektive des Vergaberechts ist das sachgerecht.

Folgende Überlegung mag dies verdeutlichen: Das Abstellen auf die rechtskräftige Verurteilung würde dazu führen, dass der Staat einem Unternehmen Aufträge erteilt, das sich selbst offen und verbindlich zu einer den Ausschluss begründenden Verfehlung, z.B. der systematischen Steuerhinterziehung, bekannt hat. Durch ein solches Eingeständnis steht die Verfehlung fest. Der Liquiditätsvorteil ist noch vorhanden und gibt dem Unternehmen im Vergleich zu Wettbewerbern – zumindest noch – einen Liquiditätsvorteil, der sich möglicherweise in der Preiskalkulation dahin auswirkt, dass dieses Unternehmen das günstigste Angebot abgibt. Wie will man, angesichts dieser, für das Steueraufkommen und den Wettbewerb nachteiligen Situation, vermitteln, dass der Staat dieses Unternehmen nicht ausschließt, sondern beauftragt? Die dann für die Entscheidung über den Ausschluss nötigen Informationen müssen den Auftraggebern zur Verfügung stehen.

Dem Risiko zu Unrecht vorgenommener Ausschlüsse könnte dadurch begegnet werden, dass die Prüfungspflicht der Auftraggeber unterstrichen wird. Die Eintragung eines Unternehmens zwingt den öffentlichen Auftraggeber nicht zu einem Ausschluss, sondern zu einer sachgerechten Prüfung. Außerdem kann dem Risiko auch mit einer Prüfung des Sachverhaltes vor der Eintragung in das Register begegnet werden.

Durch einen solchen Ansatz würde vor allem auch der anzustrebende Schutz der rechtstreuen Unternehmen besser gesichert. Denn sie werden zeitnah vor den Wirkungen geschützt, die von Verzerrungen ausgehen, die ihre Ursache in der jeweiligen Verfehlung haben.

Transparency Deutschland fordert daher, dass bereits solche Tatsachen eingetragen werden, die aus Sicht eines verständigen und neutralen Betrachters zu dem Schluss zwingen, dass eine einen Ausschlussgrund erfüllende Verfehlung begangen wurde. Die weitere Konturierung ist dem Einzelfall und der Spruchpraxis der Vergabekammern vorzubehalten.

3. Anforderungen an die Ausgestaltung und Umsetzung

Ungeachtet der Eintragungsvoraussetzung ist für den Erfolg des Registers von entscheidender Bedeutung, dass dort diejenigen Informationen bereitgestellt werden, die die öffentlichen Auftraggeber für ihre Entscheidung über den Ausschluss eines Unternehmens benötigen. Dazu zählen Angaben über die handelnden Personen, die Zurechnung des Verhaltens zum Unternehmen sowie Angaben zu Gegenstand, Schwere und Folgen der Tat. Es ist dafür Sorge zu tragen, dass diese Informationen zum Zeitpunkt der Eintragung zur Verfügung stehen.

Des Weiteren ist sicherzustellen, dass die zur Meldung verpflichteten Stellen ihrer Meldepflicht nachkommen. Die Erfahrung in Nordrhein-Westfalen lehrt, dass die gesetzliche Regelung allein nicht reicht. Es ist aufgrund der geringen Anzahl von Einträgen offensichtlich, dass die Meldepflicht nicht in der gebotenen Weise umgesetzt wird.

Der dem Wettbewerbsregister zugrunde liegende vergaberechtliche Ansatz, bei dem die öffentlichen Auftraggeber auf der Grundlage der registrierten Information im Einzelfall eine Entscheidung über den Ausschluss des Unternehmens zu treffen haben, stellt hohe Anforderungen. Es ist sicherzustellen, dass die rechtlichen Anforderungen an diese Entscheidung klar sind und die Vergabestellen auf diese anspruchsvolle Aufgabe vorbereitet werden. Ungeachtet dessen ist es zwingend erforderlich, dass die öffentlichen Auftraggeber vor der Erteilung des Zuschlags die Anfrage über einen den Ausschluss erfordernden Umstand stellen. Die Abfrage, das Ergebnis und die Entscheidung sind in dem Vergabevermerk zu dokumentieren, damit die Einhaltung intern überwacht werden kann – sei es durch die Revision, die Rechnungshöfe oder die Gemeindeprüfämter. Da die fehlerhafte Entscheidung, ein Unternehmen nicht auszuschließen, sondern diesem den Zuschlag zu erteilen, den Zweitplatzierten in seinen Rechten verletzt, sollten der Umstand der Abfrage und das Ergebnis der durch die Vergabestelle getroffenen Entscheidung in der Benachrichtigung über den beabsichtigten Zuschlag offengelegt und in dem Vergabenachprüfungsverfahren überprüft werden können.

4. Zu einzelnen Regelungen des Entwurfs

a) § 2 Abs. 1 und 2 – Eintragungsvoraussetzungen

Die im Hinblick auf den Ausschluss erheblichen Sachverhalte sind nicht überzeugend: Zwar handelt es sich bei den zum zwingenden Ausschluss führenden Verfehlungen um für das Gemeinwesen bedeutsame Taten, die in weiten Teilen den EU-Richtlinien entnommen wurden und nun um Taten ergänzt werden. Aber die Eintragungsvoraussetzungen sind zu hoch. Die Unzuverlässigkeit in vergaberechtlicher Hinsicht hängt nicht notwendigerweise von einer Verurteilung ab.

Nach dem aktuellen Entwurf ist für die fakultativen Gründe (§ 124 GWB) davon auszugehen, dass diese kaum zu einem Ausschluss führen. Wäre die Verfehlung nämlich schwer genug, hätte der Gesetzgeber einen zwingenden Ausschluss angenommen. Da aber die Verfehlung nicht hinreichend schwer ist, wird selbst bei belastbarer Information kaum ein Auftraggeber das Risiko der Ausschlussentscheidung auf sich nehmen, sondern sich voraussichtlich auf die gesetzgeberische Wertung beziehen. Etwas anderes käme nur in Betracht, wenn die Information über eine schwerwiegende Information öffentlich bekannt ist und mit der Anrufung der Vergabekammer zu rechnen wäre. Hier zeigt sich dann aber, dass die Bedeutung des Vergaberegisters unzureichend ist.

b) Zu § 2 Abs. 3 – Zurechnungskriterien

Der Bezugspunkt für die Ausschlussentscheidung muss, wie im Entwurf vorgesehen, das Unternehmen sein. Richtig ist auch, dass eine Zurechnung des Handelns Einzelner zum Unternehmen vorgenommen werden muss. Dies ist im OWiG in § 30 Abs. 1 geregelt. Die hier in Anlehnung daran vorgesehene Regelung erscheint allerdings nicht ganz passend.

Denn in dem Entwurf sind in Abs. 1 eintragungspflichtige Straftaten genannt. In Abs. 2 werden eintragungspflichtige Ordnungswidrigkeiten genannt. In Abs. 3 wird die Zurechnung zum Unternehmen geregelt, wobei dort nach dem Wortlaut unterstellt wird, dass diese Zurechnung für die Eintragung erforderlich ist. Dies ist zwar bei den Straftaten (Abs. 1) der Fall, weil diese nur von Einzelpersonen begangen werden können. Die in Abs. 2 angesprochenen Kartellordnungswidrigkeiten aber werden vielfach unmittelbar gegen das Unternehmen festgesetzt. In diesen Fällen ist eine Zurechnung, wie sie in Abs. 3 formuliert wird, entbehrlich.

Daher sollte § 3 Abs. 3 Satz 1 wie folgt formuliert werden:

In das Register werden nur solche strafgerichtlichen Verurteilungen, Strafbefehle und Bußgeldentscheidungen eingetragen, die gegen ein Unternehmen ergangen oder einem Unternehmen zuzurechnen sind.

Die in Abs. 3 Satz 2 formulierten Zurechnungskriterien erscheinen so nicht passend: Das in Nr. 1 formulierte Kriterium der „Leitungsfunktion“ des Täters passt. Das in Nr. 2 formulierte Kriterium der „Aufsichtspflichtverletzung“ kann bei Handeln eines Repräsentanten eine Zurechnung zum Unternehmen begründen, wenn zwar „nur“ ein einfacher Mitarbeiter die eintragungspflichtige Tat begangen hat, aber einem Repräsentanten insoweit eine Aufsichtspflichtverletzung i.S.d. § 130 OWiG angelastet werden kann. Dazu aber bedarf es gesonderter Feststellungen, die in Strafverfahren oft nicht getroffen werden. Es ist zu befürchten, dass viele Einträge an dieser Hürde scheitern werden, weil solche Feststellungen fehlen werden. In Nr. 3 wiederum wird auf § 30 OWiG Bezug genommen, der das sog. Unternehmensbußgeld regelt. Ist ein solches Bußgeld gegen das Unternehmen festgesetzt worden, ist für die Eintragung des Unternehmens eine Zurechnung entbehrlich, weil das Bußgeld das Unternehmen trifft. An dieser Stelle aber kann der § 130 OWiG verwertet werden: Wird das Bußgeld nach § 30 OWiG gegen das Unternehmen festgesetzt, weil die Katalogtat eines einfachen Mitarbeiters durch die Aufsichtspflichtverletzung (§ 130 OWiG) ermöglicht oder erleichtert wurde, ist auch dies einzutragen. Daher sollte § 3 Abs. 3 Satz 2 wie folgt formuliert werden:

„Eine Zurechnung ist anzunehmen, wenn

- 1. die verurteilte ... mit dem Geschäftsverkehr erfolgte, oder*
- 2. nach 30 OWiG eine Geldbuße gegen das Unternehmen festgesetzt wurde, weil die Aufsichtspflicht im Hinblick auf eine Katalogtat verletzt wurde, die ein Mitarbeiter begangen hat.“*

c) Zu § 3 – Meldeinformationen

Die Meldeinformationen erscheinen als hinreichend und ermöglichen offenbar die notwendige Verknüpfung von Einzelperson zu Unternehmen. Damit dies in der Praxis tatsächlich ausreichend umgesetzt werden kann, ist eine sorgfältige Vorbereitung nötig. Die zur Meldung verpflichteten Stellen sind nicht nur über die Meldepflicht, sondern gerade auch über ihren Hintergrund und die dadurch nötigen Anforderungen an die Meldung – nicht nur allgemein zu informieren – nach Möglichkeit umfassend zu unterrichten.

d) Zu § 4 – Meldepflicht

Unzweifelhaft richtig ist, dass eine Meldepflicht statuiert wird. Von wesentlicher Bedeutung ist, dass die eintragungsrelevanten Sachverhalte tatsächlich gemeldet werden. Aus der Compliance-Praxis ist bekannt, dass letztlich Kontrollen und Sanktionen erforderlich sind, um die Einhaltung von Pflichten abzusichern. Eine solche Sanktion ist hier offenbar nicht vorgesehen. Zu klären ist, wie der notwendige Handlungsdruck erzeugt werden soll, um einen unzureichenden Zustand wie in Nordrhein-Westfalen zu vermeiden.

e) Zu § 5 – Gelegenheit zur Stellungnahme und Sperrvermerk

Die Anhörung des Unternehmens vor der Eintragung erscheint zwar angesichts des Umstandes, dass ohnehin nur rechtskräftige Entscheidungen eingetragen werden, im Vorfeld derer die Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt haben dürften, unnötig. Angesichts des Umstandes, dass aber zwischen der Tat einerseits und der rechtskräftigen Entscheidung andererseits viele Jahre liegen können, erscheint eine Anhörung aber sachgerecht, um dem Unternehmen eine Aktualisierung des Sachstandes zu ermöglichen.

f) Zu § 6 – Abfragepflicht

Es ist sachgerecht, eine Abfragepflicht der öffentlichen Auftraggeber vorzusehen. Nur so können die verfügbaren Informationen in die Entscheidung einfließen. Zu begrüßen ist in diesem Zusammenhang die gegenüber den öffentlichen Auftraggebern normierte Auskunftspflicht. Dies ist notwendige Folge der Entscheidungsbefugnis. Es ist wegen der Bedeutung, die der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers zukommt, nochmals zu betonen, dass die öffentlichen Auftraggeber über die Anforderungen an diese Entscheidung informiert werden müssen. Dies gilt auch für den vertraulichen Umgang mit den Daten. Die Einhaltung der Abfragepflicht muss prüfbar dokumentiert werden.

g) § 8 – Vorzeitige Löschung

Die Wiederherstellung der vergaberechtlichen Zuverlässigkeit durch Selbstreinigung des Unternehmens ist in der Rechtsprechung anerkannt und wird hier zu Recht vorgesehen. Zu überlegen ist, ob die Selbstreinigung nur zu einer vorzeitigen Löschung oder – aus Gründen der Rechtssicherheit und der Verwaltungsvereinfachung – sogar zur Verhinderung einer Eintragung führen kann.

Bei der Prüfung der zur Selbstreinigung ergriffenen Maßnahmen (Abs. 3) wird richtigerweise hervorgehoben, dass diese in Bezug auf die Schwere und die Umstände des Fehlverhaltens zu würdigen sind. Es ist gerade im Hinblick auf Verfehlungen inhabergeführter Unternehmen zu erwägen, die an die personellen Maßnahmen zu stellenden Anforderungen nicht zu hoch zu setzen, sondern den Blick auf die Gesamtheit der ergriffenen Compliance-Maßnahmen zu richten. Dies kann auch bedeuten, dass von dem Inhaber begangene Verfehlungen durch geeignete organisatorische Präventionsmaßnahmen ausgeglichen werden können.

Klärungsbedürftig erscheint im Fall einer Selbstreinigung das Verhältnis zwischen der Entscheidung der Registerbehörde und der Entscheidung der Vergabestelle: Wer hat die in § 125 Abs. 2 GWB geforderte Bewertung vorzunehmen?

h) Evaluierung

Wegen der hohen Anforderungen, die an die Praxis zu stellen sind, damit das Wettbewerbsregister wirksam eingeführt werden kann, ist eine Evaluierung vorzusehen. Spätestens zwei Jahre nach der Einführung sollte geprüft werden, wie das Register angenommen wurde, welche Defizite bei der Erfüllung der den Beteiligten auferlegten Pflichten bestehen und wie diese gegebenenfalls effektiv und effizient behoben werden können. In diese Betrachtung sind auch die Wirkungen einzubeziehen, die sich für das Ziel der Korruptionsprävention ergeben. Die Frage, ob die Eintragungsvoraussetzungen gesenkt werden müssen, um wirksame Effekte zu erzielen, sollte in die Evaluierung eingebunden werden.