

Vergaberecht

August 2017

Das bundesweite Wettbewerbsregister kommt!

Mit der Verabschiedung des Gesetzes zur „Einführung eines Wettbewerbsregisters und zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ (WRegG) durch den Bundestag am 1. Juni 2017 (BR-Drs. 470/17) und der Billigung durch den Bundesrat am 7. Juli 2017 (BR-Drs. 470/17 (B)) wird das seit Jahren umkämpfte Wettbewerbsregister nun Realität. Ziel der Einführung des bundesweiten Wettbewerbsregisters ist die Bekämpfung und Prävention von Wirtschaftskriminalität sowie der Schutz des fairen Wettbewerbs um öffentliche Aufträge. Aus dem Wettbewerbsregister erhalten Auftraggeber zukünftig Informationen über rechtskräftige strafgerichtliche Verurteilungen und Strafbefehle sowie rechtskräftige Bußgeldentscheidungen gegenüber Unternehmen, die zu einem Ausschluss der Unternehmen von der Teilnahme an Vergabeverfahren führen können. Bisher hatten mehrere Bundesländer dezentral sogenannte Korruptionsregister eingeführt, um die Wirtschaftskriminalität zu bekämpfen. Eine bundesweit einheitliche Handhabung konnte dadurch jedoch nicht sichergestellt werden, da die Korruptionsregister ihre Wirkung nur für das jeweilige Bundesland entfalteten und sich die Eintragungsvoraussetzungen in den Bundesländern unterschieden.

Der rechtliche Rahmen

Das Bundeskartellamt wird als zuständige Behörde das Wettbewerbsregister führen. Zu diesem Zweck werden die Strafverfolgungsbehörden und die Behörden zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten das Bundeskartellamt über rechtskräftige strafgerichtliche Verurteilungen und Strafbefehle sowie rechtskräftige Bußgeldentscheidungen wegen der in § 2 Abs. 1 und Abs. 2 WRegG abschließend normierten Straftaten bzw. Ordnungswidrigkeiten informieren, die anschließend in das Wettbewerbsregister eingetragen werden. Die Liste der Straftaten ist an die vergaberechtlichen Ausschlussgründe nach §§ 123 und 124 GWB angelehnt bzw. verweist auf diese. Sie umfasst u. a. den (Subventions-)Betrug zu Lasten öffentlicher Haushalte, die Bildung krimineller Vereinigungen, die Geldwäsche, das Vorenthalten von Sozialabgaben oder die Steuerhinterziehung.

Vor der Eintragung in das Wettbewerbsregister ist den betroffenen Unternehmen jedoch der Inhalt der geplanten Eintragung mitzuteilen. Die Unternehmen haben sodann ein Recht zur Stellungnahme. Da eine Eintragung grundrechtsrelevant ist, wird durch die Anhörung dem Grundrecht der Unternehmen auf informationelle Selbstbestimmung Rechnung getragen. Vor der Erteilung eines Zuschlags sind Auftraggeber in Zukunft verpflichtet, beim Bundeskartellamt abzufragen, ob Eintragungen zu dem Unternehmen vorliegen, an das der Auftrag vergeben werden soll. In Fällen von zweistufigen Verfahren kann der Auftraggeber eine solche Abfrage bereits im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs durchführen. Abfragen sind aber erst dann zwingend, wenn es sich um Aufträge mit einem geschätzten Auftragswert von EUR 30.000 ohne Umsatzsteuer handelt. Bei Konzessionen und Sektorenaufträgen hat eine Abfrage mit Erreichen der Schwellenwerte nach § 106 GWB zu erfolgen. Unterhalb der Schwellen- bzw. Auftragswerte besteht die

Möglichkeit einer Abfrage durch den Auftraggeber. Eine Eintragung in das Wettbewerbsregister führt nicht automatisch zum Ausschluss an einem Vergabeverfahren. Die Auftraggeber entscheiden nach wie vor in eigener Verantwortung und in Ausübung ihres Ermessensspielraums über den Ausschluss. Dies gilt insbesondere für die fakultativen Ausschlussgründe des § 124 GWB. Aus dem Vorliegen einer Eintragung aufgrund eines Tatbestands, der einen zwingenden Ausschlussgrund nach § 123 GWB darstellt, wird hingegen in aller Regel ein Ausschluss des Unternehmens von der Teilnahme des Vergabeverfahrens folgen.

Löschung von Eintragungen

In Abhängigkeit vom Inhalt sind die Eintragungen nach fünf bzw. drei Jahren aus dem Wettbewerbsregister zu löschen. Eine Löschung kann jedoch vorzeitig erfolgen, wenn ein eingetragenes Unternehmen ein berechtigtes Interesse an der Löschung hat und einen Antrag auf Löschung stellt. Ein Antrag auf Löschung ist erfolgreich, wenn das Unternehmen eine Selbstreinigung nachgewiesen hat. Im Rahmen einer Selbstreinigung ergreift das Unternehmen Maßnahmen, die seine Integrität wiederherstellen und die zukünftige Begehung von Straftaten oder Fehlverhalten verhindern. Das Bundeskartellamt prüft in eigener Verantwortung die ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen nach Maßgabe der §§ 123 Abs. 4 S. 2 bzw. 125 GWB und entscheidet sodann über den Löschantrag. Rechtsschutz gegen eine Ablehnung des Löschantrags, wie auch gegen alle anderen Entscheidungen des Bundeskartellamts als Registerbehörde, können Unternehmen über eine Beschwerde bei den zuständigen Oberlandesgerichten erlangen.

Auswirkungen auf die Praxis

Das Wettbewerbsregister wird den Auftraggebern die Prüfung in tatsächlicher Hinsicht erleichtern, ob bei einem Bieter Ausschlussgründe für die Teilnahme an einem Vergabeverfahren vorliegen. „Rechtstreue“ Unternehmen werden zukünftig von dieser Entwicklung profitieren, da der Bieterkreis und damit die Konkurrenz verkleinert werden. Für Unternehmen bedeutet die Einführung des Wettbewerbsregisters indes, einen verschärften Fokus auf die Einrichtung bzw. Überarbeitung einer Compliance-Organisation zu richten, um nicht Gefahr zu laufen eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit zu begehen und in das Wettbewerbsregister eingetragen zu werden. Compliance-Maßnahmen helfen zudem, eine Selbstreinigung vor dem Bundeskartellamt glaubhaft zu machen.



Elisa Lehmann,
Rechtsanwältin,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
München
E-Mail: Elisa.Lehmann@bblaw.com



Fehlende Losbildung als Grund für die Rückforderung von Zuwendungen

Die Kürzung und Rückforderung von Zuwendungen aufgrund von Vergaberechtsverstößen ist und bleibt ein Dauerbrenner an der Schnittstelle zwischen Vergabe- und Zuwendungsrecht. Aktuell steht bei den Zuwendungsbehörden insbesondere das Thema fehlende Losbildung im Fokus. Egal, ob es um die Errichtung von Kindertagesstätten, die Schaffung von gefördertem Wohnraum oder die Anschaffung von Feuerwehrfahrzeugen geht – die Behörden führen vertiefte Kontrollen der Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften durch und zögern auch nicht, bei der Feststellung von Vergaberechtsverstößen entsprechende Kürzungen der gewährten bzw. zu gewährenden Mittel vorzunehmen bzw. Mittel zurückzufordern. Hintergrund dürften v. a. die Prüfungen der EU-Kommission in der vergangenen EU-Strukturfondsperiode (2007-2013) sein und die daraus resultierende Aufrüstung der entsprechenden Verwaltungseinheiten und Erhöhung der Kontrolldichte.

Auffällig ist, dass sich der Zeitpunkt dieser Prüfung immer weiter vorverlagert: in der Vergangenheit kam es zumeist erst (und allenfalls) bei der Prüfung des Nachweises über die Verwendung der Mittel nach Abschluss der geförderten Maßnahme zu einer Überprüfung der Einhaltung der anzuwendenden vergaberechtlichen Vorschriften. Nunmehr wird die vergaberechtliche Prüfung bereits ab der Antragstellung in die weiteren Überlegungen im Rahmen der Entscheidung über die beantragte Mittelzuwendung eingeflochten und insbesondere schon bei der Mittelauszahlung oft intensiv anhand von Ausschreibungs- und Auftragsunterlagen durchgeführt, die die Zuwendungsempfänger dann bereits in dieser Phase vorzulegen haben. Ein Vergaberechtsverstoß kann in diesem Stadium schon eine Kürzung der auszureichenden Gelder nach sich ziehen.

Die Anwendung der entsprechenden verwaltungsrechtlichen Regelungen über Rücknahme bzw. Widerruf von Verwaltungsakten (§§ 48, 49, 49a VwVfG) wird dabei sowohl durch die behördliche Praxis als auch entsprechende Leitlinien geprägt, etwa die Richtlinie zur Rückforderung von Zuwendungen bei schweren Vergabeverstößen des Bayerischen STMF vom 23. November 2006, zuletzt geändert durch Bekekanntmachung vom 2. Januar 2017. Diese Rückforderungsrichtlinie enthält sowohl eine Liste schwerer (VOB-)Verstöße als auch einen Rahmen für die Höhe der Kürzung bzw. Rückforderung (20-25 Prozent). Schwere Verstöße sind insbesondere bei unzulässigen freihändigen Vergaben, ungerechtfertigten Einschränkungen des Wettbewerbs und unzulässiger Vergabe an Generalunternehmer anzunehmen.

Daher ist bei der Vergabe von Aufträgen im Zusammenhang mit geförderten Projekten besonderes Augenmerk auf eine korrekte Losbildung bzw. wirtschaftlich und/oder technisch tragfähige und entsprechend dokumentierte Begründung für den Verzicht auf die Losbildung zu legen. Das pauschale Argument, man habe aufgrund des erhöhten Koordinierungsaufwands auf die losweise Vergabe verzichtet, „zieht“ in diesem Zusammenhang nicht. Zur Begründung müssen vielmehr konkrete Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen und plausible Kostenschätzungen für die verschiedenen Vergabemodelle angestellt und nachprüfbar dokumentiert werden. Auch ein technisch begründeter Ansatz ist denkbar. Die Rechtsprechung (aktuell VGH München,

Beschluss vom 22.05.2017 – 4 ZB 16.577) stellt im Übrigen ganz erhebliche Anforderungen an die vergaberechtlichen Kenntnisse der Zuwendungsempfänger und macht ihnen nicht nur vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten, sondern auch bereits eine (fahrlässig) falsche Subsumtion der – nicht immer ganz leicht verständlichen – vergaberechtlichen Vorschriften zum Vorwurf.



Katrin Lüdtké,
Rechtsanwältin, Fachanwältin für
Verwaltungsrecht,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
München
E-Mail: Katrin.Luedtke@bblaw.com

Auslegung des reformierten Vergaberechts

Das BMUB hat am 16. Mai 2017 Auslegungshinweise zum Bauvergaberecht veröffentlicht (B I 7 - 81063.6/1), u. a. zur Auftragswertberechnung bei Bau- und Planungsleistungen, zur Verfahrensart und zum Ausschluss wegen mangelhafter Leistung bei früherem Auftrag. Der Erlass ist im Internet verfügbar (z. B. <https://www.hsgb.de/vergaberecht/auslegung-des-reformierten-vergaberechts-fuer-die-vergabe-von-bauleistungen-1498816489/2017/06/30>) und kann bei uns angefordert werden.



Dr. Stephen Lampert
Rechtsanwalt, Fachanwalt für
Verwaltungsrecht,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
München
E-Mail: Stephen.Lampert@bblaw.com

Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an Stephan.Rechten@bblaw.com) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten 2017.

Impressum

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
(Herausgeber)
Ganghoferstraße 33, D-80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/hinweise/impressum>

Redaktion (verantwortlich)

Stephan Rechten,
Rechtsanwalt

Ihre Ansprechpartner

Berlin • Kurfürstenstraße 72-74 • 10787 Berlin
Tel.: +49 30 26471-219
Frank Obermann • Frank.Obermann@bblaw.com
Stephan Rechten • Stephan.Rechten@bblaw.com

Düsseldorf • Cecilienallee 7 • 40474 Düsseldorf
Tel.: +49 211 518989-0
Dr. Lars Hettich • Lars.Hettich@bblaw.com
Sascha Opheys • Sascha.Opheys@bblaw.com

Frankfurt am Main • Mainzer Landstraße 36
60325 Frankfurt am Main • Tel.: +49 756095-195
Dr. Hans von Gehlen • Hans.VonGehlen@bblaw.com

München • Ganghoferstraße 33 • 80339 München
Tel.: +49 89 35065-1452
Michael Brückner • Michael.Brueckner@bblaw.com
Hans Georg Neumeier • HansGeorg.Neumeier@bblaw.com



Weitere interessante Themen und Informationen zum Vergaberecht finden Sie in unserem Onlinebereich.



BEIJING • BERLIN • BRÜSSEL • DÜSSELDORF • FRANKFURT AM MAIN
MOSKAU • MÜNCHEN • ST. PETERSBURG

WWW.BEITENBURKHARDT.COM