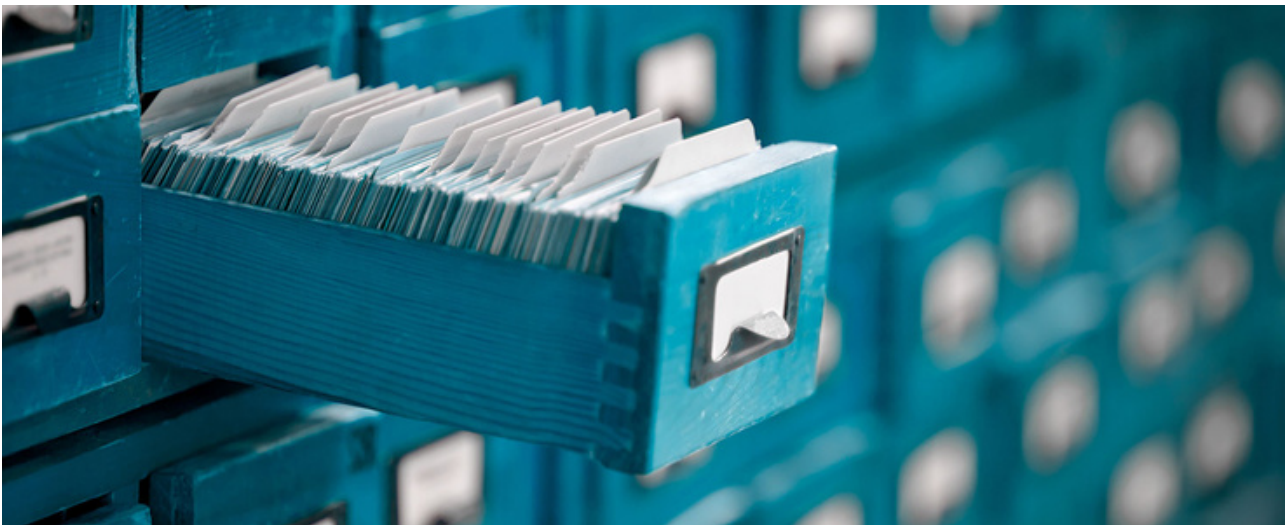




Praxisinfo Kartellrecht: Neues Wettbewerbsregister kurz vor „Startschuss“ – Worauf insbesondere Unternehmen aus der Bauwirtschaft achten sollten

28. October 2020



Das Wichtigste in Kürze:

1)

Das neue Wettbewerbsregister wird in Kürze seinen Betrieb aufnehmen. Öffentliche Auftraggeber müssen dann ab einem Auftragswert von 30.000 € (ohne Umsatzsteuer) vor Erteilung des Zuschlags in einem Vergabeverfahren das Register dahingehend abfragen, ob der für den Zuschlag vorgesehene Bieter in dem Register eingetragen ist.

2)

Es ist damit zu rechnen, dass öffentliche Auftraggeber nicht nur im Falle zwingender Ausschlussgründe (z.B. zahlreiche strafrechtlich relevante Wirtschaftsdelikte) sondern auch im Falle fakultativer Ausschlussgründe (z.B. im Falle von Kartellabsprachen) vermehrt Bieter im Rahmen von Vergabeverfahren ausschließen werden.

3)

Wirksame Compliance-Systeme führen im optimalen Falle dazu, dass erst gar keine Wirtschaftsdelikte im Unternehmen begangen werden. Kommt es dennoch zu einer Eintragung in das Wettbewerbsregister, so ist dem betroffenen Unternehmen dringend anzuraten, auf eine vorzeitige Löschung hinzuwirken, um nicht von Vergabeverfahren ausgeschlossen werden zu können. Hierfür ist eine erfolgreiche Selbstreinigung erforderlich, die häufig die Implementierung eines wirksamen Compliance-Systems voraussetzt.

Im Schatten der derzeitigen Corona-Krise rollen auf Unternehmen neue Entwicklungen aus dem Bereich Compliance zu, die von besonderer Tragweite sind. Zum einen steht das sog.

Verbandssanktionengesetz in den Startlöchern, das erstmalig in Deutschland ein Unternehmensstrafrecht etablieren und insbesondere erheblich höhere Geldsanktionen für strafrechtlich relevantes Verhalten von Unternehmen mit sich führen wird. Des Weiteren muss bis Ende 2021 in Deutschland die sog. **Whistleblower-Richtlinie** umgesetzt werden, wonach Unternehmen mit mehr als 50 Mitarbeitern (im Bereich des öffentlichen Sektors und der Finanzdienstleistungsbranche sogar unabhängig von der Mitarbeiterzahl) ein Whistleblowing-System implementieren müssen, das bestimmten Anforderungen genügen muss (u.a. muss der Schutz von Whistleblowern vor Repressalien und Schadensersatzansprüchen gewährleistet werden).

Für die Bauindustrie besonders relevant ist zudem das sog. **Wettbewerbsregister**, das bis Ende 2020 „live“ geschaltet werden soll. Das Wettbewerbsregister wird besonders weitreichende Folgen für Unternehmen der Bauindustrie haben – zumindest für diejenigen, die sich um öffentliche Aufträge bewerben. Nachfolgend finden sich einige wichtige Aspekte, die die Relevanz des Wettbewerbsregisters veranschaulichen:

Was ist das Wettbewerbsregister?

Das Wettbewerbsregister wird beim Bundeskartellamt geführt und ist eine bundesweite Datenbank zur Zuverlässigkeit von Unternehmen, die öffentliche Auftraggeber (inkl. bestimmte Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber) unter bestimmten Voraussetzungen vor einer Zuschlagserteilung prüfen müssen. Während bislang das Gewerbezentralregister und die in einigen Bundesländern vorhandenen speziellen Register (z.B. Korruptionsregister) kein bundeseinheitliches und/oder vollständiges Bild zu den an bestimmten Straftaten und Ordnungswidrigkeiten beteiligten Unternehmen vermitteln, sollen in das Wettbewerbsregister

zukünftig sämtliche aus der Sicht des Gesetzgebers für eine Vergabeentscheidung relevanten Delikte eingetragen. Es gibt also nunmehr eine zentrale Anlaufstelle für öffentliche Auftraggeber, um Informationen zu erhalten, die es ihnen ermöglichen, zu prüfen, ob ein Unternehmen wegen bestimmter Delikte von einem Vergabeverfahren auszuschließen ist oder ausgeschlossen werden kann.

Was wird in das Wettbewerbsregister eingetragen?

Eingetragen werden Unternehmen und natürliche Personen, denen bestimmte Delikte zuzurechnen sind, insbesondere strafrechtliche Delikte (z.B. Bestechung, Geldwäsche, Betrug und Subventionsbetrug zu Lasten öffentlicher Haushalte, Steuerhinterziehung, Terrorismusfinanzierung, Submissionsabsprachen), aber auch Verstöße gegen bestimmte arbeitsrechtliche Vorschriften (z.B. bestimmte Vorschriften des Mindestlohngesetzes, Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes) sowie Verstöße gegen kartellrechtliche Regelungen.

Was sind die Folgen einer Eintragung?

Öffentliche Auftraggeber werden erstmalig dazu verpflichtet, ab einem Auftragswert von 30.000 € (ohne Umsatzsteuer) das Wettbewerbsregister dahingehend abzufragen, ob der Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, im Wettbewerbsregister eingetragen ist. Das Wettbewerbsregister eröffnet darüber hinaus eine freiwillige Abfragemöglichkeit für die öffentlichen Auftraggeber bei einem geringeren Auftragswert.

So wird sichergestellt, dass öffentliche Auftraggeber die Informationen erhalten, mit denen sie die Prüfung durchführen können, ob ein Bieter von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann oder sogar muss. Ein Ausschluss muss grundsätzlich bei sog. **zwingenden Ausschlussgründen** erfolgen, was beispielsweise in den meisten Fällen einer rechtskräftigen Verurteilung wegen eines der im Wettbewerbsregister aufgeführten Straftatbestände der Fall ist (z.B. Bestechung, Geldwäsche, Betrug und Subventionsbetrug, Steuerhinterziehung, Terrorismusfinanzierung). Hingegen steht der Ausschluss eines Anbieters bei sog. **fakultativen Ausschlussgründen** (insbesondere im Falle kartellrechtlicher Delikte) im Ermessen des Auftraggebers.

Anmerkung: *Es ist damit zu rechnen, dass öffentliche Auftraggeber auch im Falle fakultativer Ausschlussgründe eine strengere Selektion durchführen, da die Compliance-Anforderungen für öffentliche Auftraggeber durch die verpflichtende Konsultation des Wettbewerbsregisters nunmehr ebenfalls höher sind.*

Wer kann darüber hinaus das Wettbewerbsregister einsehen?

Neben öffentlichen Auftraggebern kann ein Unternehmen bzw. eine natürliche Person einen Antrag auf Auskunft über den es/sie betreffenden Inhalt des Wettbewerbsregisters stellen. Darüber hinausgehend haben Unternehmen aus der Privatwirtschaft jedoch keine Möglichkeit,

Informationen aus dem Wettbewerbsregister einzusehen.

Wann wird eine Eintragung im Wettbewerbsregister gelöscht?

Hinsichtlich der Löschung wird nach dem jeweiligen Delikt unterschieden:

- Delikte, die einen zwingenden Ausschlussgrund darstellen, werden nach **5 Jahren** gelöscht.
- Delikte, die einen fakultativen Ausschlussgrund darstellen, werden nach **3 Jahren** gelöscht.

Können betroffene Unternehmen den Zeitpunkt der Löschung beschleunigen?

Betroffene Unternehmen können einen Antrag auf vorzeitige Löschung aufgrund einer vorgenommenen sog. **Selbstreinigung** stellen. Eine erfolgreiche Selbstreinigung setzt typischerweise eine Schadenswiedergutmachung (soweit Schäden entstanden sind, üblicherweise durch Verpflichtung zur Zahlung eines Ausgleichs), eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden zur Aufklärung des Fehlverhaltens sowie konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen zur Vermeidung weiteren Fehlverhaltens voraus. Das Bundeskartellamt prüft, ob die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Selbstreinigung erfüllt sind. Gelingt der Nachweis, wird die Eintragung des Unternehmens in das Wettbewerbsregister vorzeitig gelöscht – mit der Folge, dass kein Auftraggeber das Unternehmen aufgrund der früheren Eintragung vom Vergabeverfahren ausschließen kann.

Exkurs: Besonders relevante kartellrechtliche Fallstricke in der Baubranche

Mit „Live“-Schaltung des Wettbewerbsregisters wird es für Unternehmen der Bauindustrie noch wichtiger, durch geeignete präventive Maßnahmen Fehlverhalten im Unternehmen zu vermeiden. Es ist davon auszugehen, dass auch im Falle kartellrechtlichen Fehlverhaltens öffentliche Auftraggeber vermehrt von ihrem Ermessen Gebrauch machen werden, im Wettbewerbsregister gelistete Unternehmen vom Vergabeverfahren auszuschließen.

Für die Zwecke der Eintragung in das Wettbewerbsregister ist von Relevanz, dass nicht sämtliche Entscheidungen des Bundeskartellamts eingetragen werden, sondern vielmehr eine Bußgeldentscheidung vorliegen muss. Bußgeldverfahren werden in aller Regel bei besonders schwerwiegenden Verstößen geführt. In den Branchen „Technische Gebäudeausrüstung“ und „Bergbau“ wurden in der jüngeren Vergangenheit bereits Bußgelder in empfindlicher Höhe verhängt. Derzeit führen sowohl die deutsche als auch die österreichische Kartellbehörde weitere umfangreiche Ermittlungen in der Bauindustrie (siehe u.a. [hier](#)). Die Erfahrung zeigt, dass insbesondere die nachfolgenden zwei Fallkonstellationen Anlass für die Kartellbehörden sind/waren, (Bußgeld-)Verfahren einzuleiten:

1) Absprachen/Informationsaustausch im Zusammenhang mit Auftragsvergaben

Der relevanteste Fall von Kartellermittlungen in der Bauindustrie – so auch in den abgeschlossenen Verfahren „Technische Gebäudeausrüster“ und „Bergbau“ – betrifft Absprachen im Zusammenhang mit Auftragsvergaben. Sofern es sich bei den entsprechenden Auftragsvergaben um öffentliche Ausschreibungen oder ausschreibungsähnliche Verfahren von privaten Auftraggebern handelt, stellen solche Absprachen nicht nur einen Kartellrechtsverstoß dar, sondern zudem noch strafrechtlich relevante Submissionsabsprachen (§ 298 StGB). Während allen Mitarbeitern klar ist bzw. klar sein sollte, dass Absprachen mit dem Zweck, Aufträge untereinander aufzuteilen, kartellrechtswidrig sind, fehlt häufig noch Sensibilität dafür, dass auch andere Verhaltensweisen, wie z.B. bereits der Austausch vertraulicher Informationen zu einer Auftragsvergabe, einen Kartellrechtsverstoß darstellen können. Exemplarisch finden sich nachfolgend zwei typische Konstellationen, die im Regelfall kartellrechtswidrig sind und unter Umständen auch eine Submissionsabsprache im Sinne von § 298 StGB darstellen können:

Fallkonstellation 1: *Bei dem Auftraggeber besteht die interne Vorgabe, dass sich mindestens fünf Anbieter um einen Auftrag bewerben. Ein aussichtsreicher Anbieter weiß um diese Vorgabe und bittet einen Konkurrenten, ein Angebot „pro forma“ abzugeben, damit die internen Vorgaben des Auftraggebers eingehalten werden.*

Fallkonstellation 2: *Zwei Führungskräfte von miteinander konkurrierenden Unternehmen unterhalten sich im Rahmen eines Branchentreffens. Der eine Unternehmensvertreter teilt dem anderen mit, dass sein Unternehmen bis Ende des Jahres keine Kapazitäten für zusätzliche Aufträge habe und sich dementsprechend in der nächsten Zeit nicht an Ausschreibungen beteiligen werde. Der andere Unternehmensvertreter kann diese Information nunmehr bei der strategischen Ausrichtung seiner Angebote im Rahmen der nächsten Ausschreibungen nutzen.*

Jegliche Information, die einem Konkurrenten die Geschäftsstrategie des anderen Konkurrenten offenbart, wird von den Kartellbehörden in der Regel als unzulässige abgestimmte Verhaltensweise eingestuft. Daher ist im Zusammenhang mit dem Austausch von Informationen zu Auftragsvergaben besondere Vorsicht geboten.

2) Bildung von Konsortien (Arbeits-/Bietergemeinschaften)

Das Bundeskartellamt nimmt eine strenge Sichtweise ein, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit die Bildung eines Konsortiums kartellrechtlich unbedenklich ist. Dies hat es im Zusammenhang mit Sektoruntersuchungen in den Branchen Walzasphalt, Zement und Transportbeton mehrfach kommuniziert. Insbesondere lässt das Bundeskartellamt den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsatz, wonach eine im Rahmen „wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen“ Handelns liegende Entscheidung zur Bildung eines Konsortiums typischerweise einen legitimen Grund darstellt, für sich allein betrachtet nicht als Rechtfertigung für die Bildung eines Konsortiums unter Wettbewerbern ausreichen. Zusätzlich verlangt das Bundeskartellamt, dass keines der an dem Konsortium beteiligten Unternehmen im Hinblick auf das konkrete Projekt alleine in der Lage ist, dieses abzuwickeln, und erst die Zusammenarbeit ein zusätzliches Angebot ermöglicht.

Im Bereich Asphaltmischgut hat das Bundeskartellamt jüngst Bußgelder gegen Unternehmen verhängt, die regelmäßig Konsortien gebildet haben, um in diesem Zusammenhang Preise, Kunden und Quoten zu regulieren (> **Pressemitteilung des Bundeskartellamts**).

Bei der Bildung von Konsortien muss immer im Einzelfall geprüft werden , ob die Voraussetzungen für eine kartellrechtskonforme Gründung gegeben sind (die Voraussetzungen müssen zum Zeitpunkt des Abschlusses der Zusammenarbeit zwischen den Partnern vorliegen). Vorab auf mehrere Projekte bzw. sogar auf Dauer angelegte Konsortien genügen in der Regel nicht den kartellrechtlichen Anforderungen.

Praxistipp: *Kooperationspartnern ist dringend anzuraten, die der Bildung eines Konsortiums zugrunde liegenden Faktoren (z.B. fehlende Kapazitäten, fehlende Expertise) sorgfältig zu dokumentieren und soweit möglich mit Nachweisen zu belegen (ratsam ist insbesondere die Implementierung eines generellen Prozesses, der bei jeder Bildung eines Konsortiums durchlaufen werden muss).*

Fazit: Es ist damit zu rechnen, dass das Wettbewerbsregister einen erheblichen Einschnitt in der Bauindustrie darstellen wird. Zukünftig wird es für Bauunternehmen (insbesondere wenn sie auf öffentliche Aufträge angewiesen sind) von wesentlicher Bedeutung sein, nicht im Wettbewerbsregister aufgeführt zu sein bzw. schnellstmöglich aus diesem gelöscht zu werden. Angesichts dessen raten wir Unternehmen, folgende Vorkehrungen zu treffen:

- Die relevanten Mitarbeiter des Unternehmens sollten im Hinblick auf die für die Eintragung in das Wettbewerbsregister maßgeblichen Themenfelder (insbesondere strafrechtlich relevante Themen, wie z.B. Bestechung, Betrug, Submissionsabsprachen, sowie kartellrechtlich relevante Themen) sorgfältig geschult werden.
- Die Strukturen im Unternehmen sollten überprüft werden, um Fehlverhalten vorzubeugen (z.B. Prozesse zur Vermeidung von Verstößen gegen Mindestlohnvorschriften, Schwarzarbeit, Arbeitnehmerüberlassung).
- Es sollte ein angemessenes Compliance-System implementiert werden (falls noch nicht vorhanden). Dies dient dazu, präventiv Verstöße möglichst zu vermeiden. Ein vorhandenes Compliance-System kann darüber hinaus ein gutes Argument gegenüber dem jeweiligen Auftraggeber sein, das Unternehmen trotz einer Eintragung im Wettbewerbsregister zum Vergabeverfahren zuzulassen. Sollte dies nicht gelingen, so ist ein wirksames Compliance-System auf jeden Fall ein wesentlicher Bestandteil für eine erfolgreiche Selbstreinigung, um die vorzeitige Löschung aus dem Wettbewerbsregister zu erreichen. Schließlich werden wirksame Compliance-Systeme nach dem derzeitigen Entwurf des Verbandssanktionengesetzes zukünftig auch als bußgeldmindernd im Falle der Verhängung von Geldsanktionen anerkannt.

Praxistipp: Ist ein Unternehmen Gegenstand eines Ermittlungsverfahrens (z.B. der Staatsanwaltschaft oder des Bundeskartellamts), so sollten die entsprechenden Vorbereitungen für eine erfolgreiche Selbstreinigung (insbesondere Implementierung eines wirksamen Compliance-Systems) frühzeitig durchgeführt werden, um möglichst zeitnah eine Löschung aus dem Register zu erreichen.

- Existierende Compliance-Systeme sollten auf ihre Praxisrelevanz und auf die Aktualität des Risikoprofils überprüft werden. In kartellrechtlicher Hinsicht spielen insbesondere Absprachen im Rahmen von Auftragsvergaben und die Bildung von Konsortien eine entscheidende Rolle. Entsprechende Vorkehrungen, die Verstöße in diesen Bereichen verhindern, sollten in das Compliance-System integriert werden.

Bei Rückfragen steht Ihnen unsere Praxisgruppe › **Kartell- und EU-Recht** gerne zur Verfügung.