



Usually
unusual.

Orth Kluth Newsletter

Update Wettbewerbsregister: Beginn der Mitteilungspflicht und Leitlinien zur Selbstreinigung

Zum Jahresende hat sich noch einmal etwas getan beim neuen Wettbewerbsregister: Seit dem 1. Dezember 2021 sind die Strafverfolgungsbehörden sowie die zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten berufenen Behörden verpflichtet, dem Bundeskartellamt (BKartA) als Registerbehörde die für das Wettbewerbsregister relevanten Rechtsverstöße mitzuteilen. Seitdem haben registrierte Auftraggeber zudem zunächst die Möglichkeit zur Abfrage des Wettbewerbsregisters. Eine Abfragepflicht tritt dann zum 1. Juni 2022 in Kraft.

Noch im November 2021 hat das BKartA außerdem sowohl „Leitlinien“ als auch „Praktische Hinweise“ zur vorzeitigen Löschung eines Eintrags im Wettbewerbsregister wegen Selbstreinigung veröffent-

licht. Diese Leitlinien und Praktischen Hinweise wollen wir im Folgenden vorstellen.

Das Wettbewerbsregister

Das Wettbewerbsregister ist eine beim BKartA eingerichtete und seit dem 1. Dezember 2021 elektronisch geführte bundesweite Datenbank zum Schutz des Wettbewerbs im Rahmen öffentlicher Aufträge und Konzessionen. Im Wettbewerbsregister werden bestimmte einem Unternehmen zurechenbare Rechtsverstöße gelistet. Damit haben öffentliche Auftraggeber, Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber die Möglichkeit (und ab Juni 2022 ggfs. sogar die Pflicht), durch eine einfache elektronische Abfrage Informationen über



entsprechende Verstöße zu erhalten, die einen Ausschluss von Unternehmen vom Vergabeverfahren begründen können.

Ins Wettbewerbsregister eingetragen werden zunächst Straftaten, die gem. § 123 Abs. 1 GWB zum zwingenden Ausschluss von Vergabeverfahren führen, etwa die Bildung krimineller Vereinigungen, Geldwäsche, oder Bestechlichkeit und Bestechung. Darüber hinaus werden auch gewisse Rechtsverstöße eingetragen, die ebenfalls zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führen können, etwa Steuerhinterziehung, Kartellverstöße und gewisse Verstöße gegen sozial-, oder arbeitsrechtliche Vorschriften.

Antrag auf vorzeitige Löschung

Die Löschung aus dem Wettbewerbsregister erfolgt je nach Katalogtat grds. nach fünf bzw. drei Jahren. Um einen zwischenzeitlich drohenden Ausschluss von Vergabeverfahren aufgrund von Eintragungen

im Wettbewerbsregister zu vermeiden, besteht aber die Möglichkeit, eine vorzeitige Löschung dieser Eintragungen im Falle einer Selbstreinigung zu beantragen.¹ Die im Gesetz sehr abstrakt formulierten Löschungsvoraussetzungen hat das BKartA in den nun veröffentlichten Leitlinien konkretisiert und in den Praktischen Hinweisen zusätzliche Erläuterungen veröffentlicht, die eine möglichst rasche Prüfung der Selbstreinigung ermöglichen sollen.²

Antragsanforderungen

Ein Antrag auf vorzeitige Löschung ist nur dann zulässig, wenn der Antragsteller ein berechtigtes Interesse an der vorzeitigen Löschung glaubhaft macht. Dafür hat der Antragsteller konkrete Verfahren zu benennen, an denen er sich beteiligen möchte oder an denen er in den letzten zwei Jahren teilgenommen hat.³

Der Antragsteller muss in seinem Antrag die Selbstreinigung nachweisen. Deren Anforderungen sind dabei abhängig von den eingetragenen Katalogtaten.

Anforderungen im Hinblick auf § 266a StGB, § 370 AO

In den Fällen einer Eintragung aufgrund der Delikte nach den § 266a StGB oder § 370 AO erfolgt eine Selbstreinigung – vergleichsweise unkompliziert – ausschließlich durch Nachzahlung der entsprechenden Steuern, Abgaben oder Sozialversicherungsbeiträge.

¹ § 8 WRegG.

² Leitlinien, Rn. 1; Praktische Hinweise, Rn. 1.

³ Leitlinien, Rn. 8-9; Praktische Hinweise, Rn. 4.

Die Leitlinien enthalten insoweit vor allem Hinweise zum Zahlungsnachweis.⁴

Anforderungen im Hinblick auf alle übrigen Katalogtaten

In Bezug auf alle übrigen Katalogtaten setzt die Selbstreinigung neben einer Schadenskompensation auch eine Sachverhaltsaufklärung sowie das Ergreifen von Compliance-Maßnahmen voraus.⁵

Schadenskompensation

Nach den Leitlinien sollen „*zumindest die offenkundig durch das Fehlverhalten verursachten Schäden, über deren (Mindest-) Höhe keine ernsthaften tatsächlichen und rechtlichen Zweifel bestehen („offenkundige Schäden“)*“ von der Ausgleichspflicht erfasst sein. Das BKartA erwartet also wohl nicht zwingend einen 100%igen Ausgleich. Die Leitlinien enthalten sodann Erläuterungen, wie dem BKartA im Einzelnen eine Prüfung des Vorliegens der Voraussetzung zu ermöglichen ist. Insbesondere muss das Unternehmen darlegen, welche Schäden durch das Fehlverhalten entstanden sind oder sein könnten. Sofern zwischen dem Unternehmen und Geschädigten keine Einigkeit im Hinblick auf das Vorliegen oder die Höhe eines Schadens besteht, muss das Unternehmen den Sach- und Streitstand darlegen.⁶ Wann das BKartA die Voraussetzung insbesondere im Fall von Uneinigkeit als erfüllt ansieht, bleibt aber unklar. Immerhin stellt das BKartA klar, dass die Ausgleichspflicht Unternehmen nicht davon abhalten soll, sich

gegen unberechtigte Ansprüche vermeintlich Geschädigter zu wehren.⁷

Sachverhaltsaufklärung

Weiterhin verlangt eine erfolgreiche Selbstreinigung die aktive Zusammenarbeit des Antragstellers mit den Ermittlungsbehörden und dem öffentlichen Auftraggeber zur Aufklärung des entsprechenden Fehlverhaltens. Diese aktive Zusammenarbeit erfordert ein Verhalten, das einen Ausdruck des Bemühens darstellt, die Sachverhaltsaufklärung voranzutreiben. Ihr Umfang bestimmt sich dabei nach den Umständen des konkreten Einzelfalls. Leitlinien und Praktische Hinweise enthalten insoweit eine Reihe beispielhafter Anhaltspunkte für (etwa einvernehmliche Verfahrensbeendigung, Kronzeugenanträge) und gegen (etwa unvollständige oder nicht fristgerechte Herausgabe von Informationen oder Erklärungen) umfassende Kooperation.⁸

Compliance-Maßnahmen

Hinsichtlich der Compliance-Maßnahmen wird zwischen technischen und organisatorischen sowie personellen Maßnahmen differenziert.

Technische und organisatorische Maßnahmen

Die Ermittlung angemessener technischer und organisatorischer Compliance-Maßnahmen erfolgt laut Leitlinien einzelfallbezogen auf Grundlage einer „*unternehmens- und deliktsbezogenen Analyse des Risikos*

⁴ § 8 Abs. 1 S. 2 Var. 1 WRegG; Leitlinien, Rn. 10-12.

⁵ § 8 Abs. 1 S. 2 Var. 2 WRegG iVm § 125 GWB.

⁶ Leitlinien, Rn. 16-19.

⁷ Praktische Hinweise, Rn. 9.

⁸ Leitlinien, Rn. 20-25; Praktische Hinweise, Rn. 17.

weiteren Fehlverhaltens durch das Unternehmen“.⁹ Denn es geht im Rahmen der Selbstreinigung nicht darum, schematisch möglichst viele Maßnahmen umzusetzen. Vielmehr sollen Maßnahmen ergriffen werden, die die spezifischen im Wettbewerbsregister eingetragenen Verstöße adressieren.

Die Praktischen Hinweise enthalten eine ganze Reihe von Fragen in mehreren Kategorien, die für die Risikoanalyse und Identifikation angemessener Compliance-Maßnahmen relevant sein können. So kann sich im Rahmen der Risikoanalyse etwa die Frage stellen, ob es sich um das Fehlverhalten einzelner Personen handelte oder ob es strukturell bedingt war. Als Maßnahmen kommen etwa die Änderung von Aufsichtsstrukturen oder die effektivere Schulung von Mitarbeitern in Betracht.¹⁰

Personelle Maßnahmen

Auch hinsichtlich der Bewertung der personellen Maßnahmen hat eine Einzelfallbetrachtung anhand der konkreten Gegebenheiten des Unternehmens sowie der konkreten Zuwiderhandlung zu erfolgen. Personellen Maßnahmen kommt dabei eine Doppelrolle zu: Zum einen sollen sie verhindern, dass sich das Fehlverhalten wiederholt, zum anderen sollen sich aus dem Umgang des Unternehmens mit den handelnden Personen Rückschlüsse auf die Ernsthaftigkeit der Compliancebemühungen ziehen lassen.¹¹

Das Erfordernis personeller Maßnahmen ist unter Berücksichtigung des

Bedürfnisses nach der Aufklärung des Sachverhaltes zu bewerten. Bei einem Verzicht auf personelle Maßnahmen muss der Antragsteller zum Zweck der Aufklärungshilfe dessen Angemessenheit darlegen. Auch hierfür enthalten die Praktischen Hinweise potentiell relevante Fragen, etwa inwieweit der Verzicht auf bestimmte Maßnahmen für die Aufklärungshilfe erforderlich war.¹²



Bewertung und Fazit

Das Wettbewerbsregister ist seit dem 1. Dezember 2021 „scharf geschaltet“ und in wenigen Monaten werden öffentliche Auftraggeber es vor Vergabeentscheidungen zwingend einsehen müssen. Zwar werden keine „Altvergehen“ in das Wettbewerbsregister eingetragen. Unternehmen müssen sich aber schon jetzt mit der Frage beschäftigen, wie sie in laufenden und künftigen Ermittlungsverfahren mit der drohenden Eintragung umgehen, und ggfs. die vorzeitige Löschung entsprechender Einträge durch Selbstreinigung gezielt vorbereiten. Vor diesem Hintergrund ist die Veröffentlichung der Leitlinien und

⁹ Leitlinien, Rn. 27.

¹⁰ Praktische Hinweise, Rn. 21 ff.

¹¹ Leitlinien, Rn. 30; Praktische Hinweise, Rn. 30.

¹² Praktische Hinweise, Rn. 33.

Praktischen Hinweise des BKartA sehr zu begrüßen. Das gilt insbes. für die umfangreichen Ausführungen zu den Compliance-Maßnahmen.

An einigen Stellen verbleiben aber Unsicherheiten und praktische Hürden für Unternehmen, nicht zuletzt aufgrund der wiederholt betonten Einzelfallanalyse. Besonders deutlich wird das bei der Schadenskompensation nach Kartellverstößen. Entsprechende Streitigkeiten ziehen sich oft über viele Jahre und erfordern die Einholung komplexer ökonomischer Gutachten zur Schadensschätzung. Wie das BKartA in solchen Situationen die Schadenskompensation belastbar auf Vollständigkeit prüfen soll, bleibt unklar.

Letztlich können die Leitlinien und Praktischen Hinweise deshalb nur als erste Orientierungshilfe im Rahmen eines vielschichtig und umfangreich zu prüfenden und erstellenden Löschantrags betrachtet werden. Mehr Klarheit wird erst die Behandlung der ersten Löschanträge durch das BKartA bringen. Dessen Präsident, Andreas Mundt, hat zwischenzeitlich angekündigt, Löschanträge so schnell wie möglich bearbeiten zu wollen. Insbesondere sei sich das BKartA der Tatsache bewusst, dass Einträge in das Wettbewerbsregister vor allem für kleine und mittlere Unternehmen, die sich auf öffentliche Aufträge spezialisiert haben, schnell existenzbedrohliche Wirkung haben könnten.

Ob mit dieser Ankündigung aber auch eine grundsätzlich wohlwollende inhaltliche Prüfung von Löschanträgen verbunden ist, wird sich noch zeigen müssen. Für Unternehmen sind die neuen Entwicklungen beim Wettbewerbsregister unabhängig davon ein weiterer *Reminder*, sich noch intensiver mit dem Thema Compliance auseinanderzusetzen.

Ihre Ansprechpartner



Dr. Moritz Dästner
Rechtsanwalt, Salary Partner
T +49 211 60035-292
moritz.daestner@orthkluth.com



Dr. Michael Sitsen
Rechtsanwalt, Fachanwalt für
Verwaltungsrecht, Fachanwalt für
Vergaberecht, Partner
T +49 211 600 35-414
michael.sitsen@orthkluth.com



Gereon Conrad LL.M.
Rechtsanwalt, Salary Partner
T +49 211 600 35-434
gereon.conrad@orthkluth.com

Usually
unusual.