



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Vergaberecht

zum Referentenentwurf für eine Verordnung über den Betrieb des Registers zum Schutz des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und Konzessionen (Wettbewerbsregisterverordnung – WRegVO)

Stellungnahme Nr.: 86/2020

Berlin, im Dezember 2020

Mitglieder des Ausschusses

- Rechtsanwalt Dr. Olaf Otting, Frankfurt/Main (Vorsitzender und Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Dr. Nicola Ohrtmann, Essen (Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Marius Raabe, Kiel (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Thomas Stickler, Leipzig
- Rechtsanwalt Bernhard Stolz, München (Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Dr. Andrea Vetter, Stuttgart

Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- Rechtsanwältin Bettina Bachmann, DAV-Berlin

Deutscher Anwaltverein

Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel

Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Registernummer: 87980341522-66

Verteiler

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages
Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA)
CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag
SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
AfD-Fraktion im Deutschen Bundestag
FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag
Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
Deutscher Verdingungsausschuss für Leistungen (DVAL)
Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
Deutscher Industrie- und Handelskammertag e.V.
Bundesverband der Freien Berufe
Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.
Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e.V.
Deutsche Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall e.V.
Deutscher Baugerichtstag e.V.
Deutscher Städte- und Gemeindebund e.V.
Deutscher Landkreistag
Deutscher Städtetag
Bund Deutscher Baumeister, Architekten und Ingenieure e.V.
Institut für Baurecht Freiburg im Breisgau e.V.
Forum Vergabe e.V.
Bundesrechtsanwaltskammer
Bundesnotarkammer
Wirtschaftsprüferkammer
Deutscher Richterbund e.V.
Neue Richtervereinigung (NRV)
Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen (BDVR)
Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins

Vorsitzende der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV
Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des DAV
Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Vergaberecht im DAV
Vergaberecht – Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht
Verwaltungsblätter für Baden Württemberg (VBIBW)
VPR – Vergabepraxis- & -recht
NZBau - Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht
IBR Immobilien- und Baurecht
Redaktion NVwZ
Redaktion NJW

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt mehr als 62.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Zusammenfassung

Mit dem Entwurf der Wettbewerbsregisterverordnung (WRegVO-E) werden die Grundlagen für die Inbetriebnahme des Wettbewerbsregisters beim Bundeskartellamt geschaffen. Der Deutsche Anwaltverein hat die Einrichtung eines Wettbewerbsregisters schon bei Einführung des Wettbewerbsregistergesetzes begrüßt. Zu dem nun vorliegenden untergesetzlichen Regelwerk werden Klarstellungen und Verfahrenserleichterungen angeregt, die die elektronische Kommunikation mit der anwaltlichen Vertretung betreffen (1.), die Registrierung auf der Plattform (2.), die Anforderungen an Gutachter zur Bestätigung von Selbstreinigungsmaßnahmen (3.) und die Überprüfung von Ausschlussgründen bei der Eignungsleihe (4.).

1. Kommunikation des Registers mit Anwältinnen und Anwälten

Der DAV begrüßt, dass in § 1 Abs. 3 Nr. 4 WRegVO-E unter anderem auch das besondere elektronische Anwaltspostfach als sicheres Verfahren zur elektronischen Datenübermittlung vorgesehen ist.

Zu bedauern ist allerdings, dass der Entwurf ansonsten keine Regelungen zur Nutzung des Registers, insbesondere des in § 1 Abs. 3 Nr. 1 sowie in § 2 WRegVO-E geregelten Portals der Registerbehörde, durch Anwältinnen und Anwälte im Auftrag ihrer Mandantschaft enthält. Anwältinnen und Anwälte werden häufig gerade von kleineren öffentlichen Auftraggebern oder solchen, die nur ausnahmsweise unter das Vergaberecht fallen (etwa im Fall von § 99 Nr. 4 GWB) mit der beratenden Begleitung von Vergabeverfahren beauftragt und in diesem Zusammenhang auch mit der Prüfung

von Ausschlussgründen bei Bewerbern und Bietern. Ferner können Unternehmen mit der Prüfung, ob – korrekte – Registereintragungen vorliegen, ihre Anwältinnen und Anwälte beauftragen. Die Befugnis zur Vertretung durch Bevollmächtigte ergibt sich schon aus § 14 Abs. 1 S. 1 VwVfG.

§ 2 WRegVO-E sieht jedoch keine Möglichkeit vor, dass Anwältinnen und Anwälte sich selbst als Bevollmächtigte von Auftraggebern oder Unternehmen zur Nutzung des Portals registrieren lassen können. Der in § 1 Abs. 3 Nr. 4 WRegVO-E vorgesehene Kontakt mit der elektronischen Poststelle der Registerbehörde über das besondere elektronische Anwaltspostfach ersetzt die Nutzung des Portals nicht, da auf diese Weise nicht der einfache Abruf des Inhalts des Registers in Bezug auf bestimmte Unternehmen ermöglicht wird.

Es wird daher angeregt, in § 2 WRegVO-E die Möglichkeit zur Registrierung durch Anwältinnen und Anwälte als Bevollmächtigte zu ergänzen, wobei bei der Registrierung die Vorlage einer Vollmacht vorgesehen werden könnte. Die Vertraulichkeit der Daten ist zum einen gesetzlich durch § 6 Abs. 7 Wettbewerbsregistergesetz (WRegG) und zum anderen durch die strafbewehrten anwaltlichen Berufspflichten zur Verschwiegenheit gesichert.

2. Amtliche Bestätigung

Für die Registrierung auf dem Portal ist nach § 2 WRegVO-E für öffentliche Auftraggeber eine „amtliche Bestätigung“ erforderlich, die durch die Behörde einer Gebietskörperschaft ausgestellt wird (§ 2 Abs. 3 WRegVO-E). Diese Bestätigung ist nicht nur ein Testat der rechtlichen Existenz der jeweiligen Körperschaft, sondern sie soll auch amtlich bestätigen, dass es sich um Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 1, 2 oder 3 GWB (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 lit. d WRegVO-E) bzw. um einen Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 4 GWB (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 lit. e WRegVO-E) handelt.

Für privatrechtlich verfasste Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB oder § 99 Nr. 4 GWB bereitet die Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale des Gesetzes häufig

Schwierigkeiten. Die Behörde, die die amtliche Bestätigung ausstellen soll, wird dazu im Einzelfall komplexe Sachverhaltsfeststellungen treffen und schwierige Rechtsfragen beantworten müssen. Es wird daher angeregt, für Auftraggeber, die keine juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind, anstelle der amtlichen Bestätigung eine Eigenerklärung oder eine anwaltliche Bestätigung der Auftraggebereigenschaft genügen zu lassen.

3. Anforderung an vorzulegende Gutachten

Zur Beurteilung der Frage, ob Unternehmen wegen Selbstreinigungsmaßnahmen die Löschung einer Eintragung im Wettbewerbsregister verlangen können, kann die Registerbehörde nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 WRegG die Vorlage eines Gutachtens (oder anderer Unterlagen) fordern, die zur Bewertung der Selbstreinigungsmaßnahmen geeignet sind.

§ 12 WRegVO-E soll ausweislich der Überschrift die Anforderungen an das Gutachten regeln, regelt aber inhaltlich auch die Anforderungen an den Gutachter: Er muss nach § 12 Abs. 2 S. 2 WRegVO-E sachkundig und unabhängig sein. Eine Definition der Sachkunde erfolgt nicht. Eine Beurteilung der Unabhängigkeit soll unter Berücksichtigung der Mitteilung nach § 12 Abs. 2 S. 3 WRegVO-E erfolgen. Um die Unabhängigkeit des Gutachters sicherzustellen, hat das Unternehmen der Registerbehörde mitzuteilen, ob und in welchem Umfang der Gutachter oder andere ihm zurechenbare Personen in den vergangenen zwei Jahren für das Unternehmen oder mit ihm nach § 36 Abs. 2 GWB verbundene Unternehmen tätig gewesen sind, § 12 Abs. 2 S. 3 WRegVO-E. Sieht die Registerbehörde die Unabhängigkeit des benannten Gutachters gefährdet, kann sie diesen ablehnen. Das Unternehmen kann dann einen anderen Gutachter vorschlagen.

Diese Regelung ist unter mehreren Gesichtspunkten optimierungsfähig:

- a. § 12 Abs. 1 S. 1 WRegVO-E sollte einen Direktverweis auf den Abs. 3 enthalten:

„Die Registerbehörde kann zur Bewertung eines Antrags nach § 8 Absatz 1 Satz 1 des Wettbewerbsregistergesetzes auf vorzeitige Löschung einer Eintragung wegen Selbstreinigung verlangen, dass das Unternehmen geeignete Gutachten gemäß Abs. 3 oder andere Unterlagen zur Bewertung vorgenommener Selbstreinigungsmaßnahmen vorlegt.“

Der Hinweis dient der Klarstellung.

- b. Der Sachkundebegriff sollte präzisiert werden. Da die Beurteilung der vergaberechtlichen Selbstreinigung zu einer der komplexesten Fragestellungen im vergaberechtlichen Regelungsgefüge zählt, bietet es sich an, den Sachkundenachweis jedenfalls dann als erbracht anzusehen, wenn als Gutachter ein Fachanwalt für Vergaberecht herangezogen werden soll, da in diesem Fall jedenfalls die Berufsqualifikation eines Volljuristen und Fachkenntnisse wie auch Erfahrung im Vergaberecht nachgewiesen sind. Ein Nachweis über vergleichbare Qualifikationen sollte ebenfalls möglich sein. Um den bürokratischen Aufwand gering zu halten, könnte der Nachweis der Sachkunde über den Nachweis der Titelführungsbefugnis (Fachanwalt für Vergaberecht) oder mithilfe einer Eigenerklärung des Gutachters zu vergleichbarer Berufsqualifikation, Fachkenntnis und Erfahrung erbracht werden.
- c. Der unbestimmte Rechtsbegriff der Unabhängigkeit sollte konkretisiert werden. In Anlehnung an § 46 Abs. 4 der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) könnte folgender Passus aufgenommen werden:

„Eine unabhängige Tätigkeit im Sinne des Abs. 2 S. 2 übt aus, wer berechtigt und befähigt ist, eine eigenständige Analyse der Rechtslage und eine einzelfallorientierte Begutachtung zu gewährleisten.“

Ferner soll nach aktueller Regelung die Unabhängigkeit des namentlich benannten Gutachters durch seine ausgeführten Tätigkeiten in den letzten zwei Jahren für das Unternehmen beurteilt werden, § 12 Abs. 2 S. 3 WRegVO-E.

Unklar bleibt aber, welche Tätigkeiten und in welchem Umfang Tätigkeiten des Gutachters eine Abhängigkeit begründen und welche / welcher Umfang nicht. Fließen wirtschaftliche (Entgeltlichkeit der Tätigkeit) oder tatsächliche Aspekte (Beratung im vergaberechtlichen Umfeld, zeitlicher Aufwand) in die Unabhängigkeitsbeurteilung ein? Hilfreich wäre es, an dieser Stelle weitere sachbezogene Kriterien aufzustellen, um den Regelungsgehalt näher auszufüllen und die Beurteilung der Unabhängigkeit bzw. Abhängigkeit eines Gutachters durch die Registerbehörde für die Unternehmen transparenter und vorhersehbarer zu gestalten.

- d. Hiermit zusammenhängend wird angeregt, § 12 WRegVO-E dahingehend zu erweitern, dass das den Gutachter vorschlagende Unternehmen vor dessen Beauftragung eine Sachkunde- und Unabhängigkeitsbestätigung der Registerbehörde einholen kann, um fruchtlose Aufwendungen zu vermeiden. Hierzu bedarf es einer kurzen Reaktionsfrist der Registerbehörde auf Anträge zur Sachkunde- und Unabhängigkeitsbestätigung, damit die Unternehmen durch zeitnahe Beauftragung der Gutachter so bald als möglich ihr Ziel eines belegten Antrags auf vorzeitige Löschung effektiv verfolgen können und nicht über Gebühr durch Zeitabläufe seitens der Registerbehörde im Zusammenhang mit Sachkunde- und Unabhängigkeitsbestätigung belastet werden.

4. Klarstellungen zu Nachunternehmern und anderen Unternehmen, auf deren Kapazitäten sich der Bieter im Hinblick auf die Eignung beruft (Eignungsleihe)

Der DAV begrüßt die Einführung der Klarstellung in § 6 Abs. 1 WRegG-E, wonach der Auftraggeber von Bietern und Bewerbern nicht die Vorlage einer Auskunft nach § 5 Abs. 2 Satz 1 WRegG verlangen darf (Art. 7 Nr 4 GWB-Digitalisierungsgesetz). Es wird vorgeschlagen, diese Klarstellung dahingehend zu ergänzen, dass die Vorlage solcher Auskünfte auch für Nachunternehmer und andere Unternehmen, auf deren Kapazitäten sich der Bieter oder Bewerber im Hinblick auf die Eignung beruft (Eignungsleihe), nicht verlangt werden darf.

Die Möglichkeit der Eignungsleihe ist sowohl bei Vergaben im Anwendungsbereich des GWB (§ 47 Vergabeverordnung (VgV), § 47 Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (SektVO), § 25 Abs. 3 Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (KonzVgV), § 6d Abs. 1 Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen (VOB/A-EU) als auch im Unterschwellenbereich (§ 34 Unterschwellenvergabeverordnung - UVgO) vorgesehen. Voraussetzung für die Eignungsleihe ist u.a., dass der Auftraggeber überprüft, ob das andere Unternehmen, auf dessen Kapazitäten sich der Bieter oder Bewerber beruft, Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB erfüllt (§ 47 Abs. 2 Satz 1 VgV, § 47 Abs. 2 Satz 1 SektVO, § 6d Abs. 1 UAbs. 4, § 34 Abs. 2 UVgO).

Für den Einsatz von Nachunternehmern gilt, dass der öffentliche Auftraggeber vor der Erteilung des Zuschlags zu prüfen hat, ob Gründe für den Ausschluss des Unterauftragnehmers vorliegen (§ 36 Abs. 5 Satz 1 VgV, § 34 Abs. 5 Satz 1 SektVO).

Auch wenn dies in § 6 Abs. 1 WRegG bislang nicht ausdrücklich geregelt ist, ist davon auszugehen, dass sich die Abfragepflicht für Auftraggeber nicht auf den für den Zuschlag vorgesehenen Bieter beschränkt, sondern auch in Bezug auf dessen Nachunternehmer oder andere Unternehmen, auf deren Kapazitäten sich der Bieter im Hinblick auf die Eignung beruft, gilt.

Unter Berücksichtigung der Begründung zu Art. 7 Nr. 4 des GWB-Digitalisierungsgesetzes, wonach die in § 6 Abs. 1 WRegG-E vorgesehene Klarstellung verhindern soll, dass Auftraggeber von Unternehmen verlangen, Auskünfte aus dem Wettbewerbsregister direkt einzuholen, und damit die Unternehmen und die Registerbehörde mit zusätzlichem Verwaltungsaufwand belasten, erscheint es sinnvoll, diese Klarstellung auf Nachunternehmer und andere Unternehmen, auf deren Kapazitäten sich der Bieter im Hinblick auf die Eignung beruft (Eignungsleihe), zu erweitern.

Dies könnte zugleich Anlass sein, klarzustellen, dass die Abfragepflicht nach § 6 Abs. 1 WRegG auch für Nachunternehmer des Zuschlagsbieters und andere Unternehmen, auf deren Kapazitäten sich dieser im Hinblick auf die Eignung beruft (Eignungsleihe), gilt. Entsprechend sollte § 5 Abs. 1 Satz 2 WRegVO-E dahingehend ergänzt werden, dass die Abfrage für Mitglieder von Bietergemeinschaften und für Nachunternehmer und andere Unternehmen, auf deren Kapazitäten sich der Bieter im Hinblick auf die Eignung beruft (Eignungsleihe), gesondert zu erfolgen hat.