Aufsätze und Kurzbeiträge

Korruptions- und Wettbewerbsstrafrecht

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.

Haben Sie das schon registriert?!

I. Einführung

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat am 20.02.2017 einen Referentenentwurf für ein Gesetz zur Einführung eines Wettbewerbsregisters vorgelegt.¹ Der Referentenentwurf knüpft an die im April 2016 in Kraft getretene Modernisierung des Vergaberechts bezogen auf das öffentliche Auftragswesen an². Seither gibt es in Deutschland für alle Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte ein neues Vergaberecht, mit dem drei EU-Richtlinien in nationales Recht umgesetzt werden.³ Neue Bestimmungen betreffen aber auch Vergaben unterhalb des EU-Schwellenwertes, z.B. kommunale Auftragsvergaben. Im Zuge der angesprochenen Novellierung ist die Einführung eines bundeseinheitlichen Wettbewerbsregisters geplant.⁴

II. Hintergrund und Ausgestaltung eines Wettbewerbsregisters

Gemäß § 123 Abs. 1 GWB schließen öffentliche Auftraggeber ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme zwingend aus, wenn sie Kenntnis davon haben, dass eine Person, deren Verhalten nach § 123 Abs. 3 GWB dem Unternehmen zuzurechnen ist, rechtskräftig verurteilt oder gegen das Unternehmen eine Geldbuße nach § 30 OWiG bestandskräftig festgesetzt worden ist wegen einer in § 123 Abs. 1 Nr. 1 – 10 GWB genannten Straftat.

Daneben stehen fakultative Ausschlussgründe des § 124 GWB.

1. Bekämpfung korruptiver oder wirtschaftskrimineller Praktiken von Unternehmen

Um den öffentlichen Auftraggebern die erforderlichen Informationen über etwaige Ausschlussgründe an die Hand zu geben, soll ein Wettbewerbsregister eingerichtet werden. Die Bestrebungen, auf Bundesebene ein solches Register zu etablieren, sind nicht neu. Mehrere Anläufe waren in der Vergangenheit gescheitert. Die Bundesländer haben zuletzt auf der Justizministerkonferenz am 25./26.06.2014 sowie der Wirtschaftsministerkonferenz am 10./11. Dezember 2014 erneut die Forderung erhoben, ein bundesweites Korruptionsregistergesetz einzuführen.

Das nunmehr in Aussicht genommene Wettbewerbsregister soll einen Beitrag zur Bekämpfung „korruptiver oder wirtschaftskrimineller Praktiken“ leisten, „der geeignet ist, einen fairen Wettbewerb unter den Bietern der öffentlichen Aufträge zu fördern und zu garantieren und zugleich den Staat, die Steuerzahler und integere Unternehmen vor Schäden zu be-

¹ <http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/wettbewerbsregistergesetz-wregg.html>.

² Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 13. Oktober 2016 (BGBl. I S. 2258) geändert worden ist.

³ Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe 2014/24/EU (VRL), Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe (KVR) und Richtlinie über die Sektorenvergabe 2014/25/EU (SRL).

⁴ Stellungnahmen liegen u.a. vor von: DAV, Stellungnahme Nr. 19/2017, abrufbar unter <https://anwaltsverein.de>; DIHK Stellungnahme vom 07.07.2017, abrufbar unter <https://www.dihk.de/themenfelder/recht-steuern/rechtspolitik/nationale-stellungnahmen/dihk-positionen-zu-nationalen-gesetzesvorhaben>; Stellungnahme von Transparency International Deutschland e. V. vom 07.03.2017, abrufbar unter https://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Vergabe/2017-03-06_Stellungnahme_zum_Wettbewerbsregister.pdf.

wahren.“⁵ Es soll gewährleisten, dass bundesweit gleichermaßen „alle öffentlichen Auftraggeber und Konzessionsgeber von Delikten der Bieter Kenntnis erlangen.“⁶

Die bisher auf Bundesebene bestehenden Register seien zur Prüfung von Ausschlussgründen im Rahmen der öffentlichen Vergabe nicht ausreichend. Beispielsweise hätten die Auftrag- und Konzessionsgeber bislang kein Auskunftsrecht aus dem Bundeszentralregister. Dieses enthalte im Übrigen keine Angaben zu Unternehmen. Das Gewerbezentralregister gebe gemäß § 149 GewO im Übrigen nur Auskunft über die Zuverlässigkeit im gewerberechtlichen Sinne.⁷ Das Gewerbezentralregister enthalte überdies keine Informationen zu freiberuflich Tätigen.⁸

Die Einführung eines Wettbewerbsregisters würde bislang bestehende Abfragepflichten nach Maßgabe des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes (SchwarzArbG) und des Mindestlohngesetzes (MiLoG) beim Gewerbezentralregister ersetzen. Abrufe sollen in Zukunft automatisiert erfolgen.

Die Registerbehörde soll im Geschäftsbereich des BMWi angesiedelt werden. Strafverfolgungsbehörden sowie die Behörden des Bundes und der Länder, denen die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten obliegt, sollen Erkenntnisse über etwaige Ausschlussgründe an die Registerbehörde übermitteln.

Öffentliche Auftraggeber werden zu prüfen haben, ob Eintragungen im Wettbewerbsregister vorliegen, **bevor** der Zuschlag erteilt wird. Sie werden nach Art. 1 § 6 Abs. 1 Satz 1 WRegG-E bei einem geschätzten Auftrags- oder Vertragswert ab EUR 30.000 ohne Umsatzsteuer zur Abfrage des Wettbewerbsregisters verpflichtet.

2. Eintragungsgründe

Als Eintragungsgründe nennt Art. 1 § 2 WRegG-E „rechtskräftige strafgerichtliche Verurteilungen oder Strafbefehle sowie bestandskräftige Bußgeldentscheidungen“, die wegen nachstehender Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten ergangen sind.

a) Erfasst werden sollen in § 123 Abs. 1 GWB aufgeführte Straftaten, die nach diesem Gesetz zwingende Ausschlussgründe im Vergabeverfahren darstellen - nämlich:

- § 129 StGB - Bildung krimineller Vereinigungen,
- § 129a StGB - Bildung terroristischer Vereinigungen,
- § 129b StGB - kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland,
- § 89c StGB - Terrorismusfinanzierung oder Teilnahme an solchen Straftaten,
- § 261 StGB – Geldwäsche,
- § 263 StGB - Betrug, soweit sich die Straftat gegen den Haushalt der europäischen Union oder gegen Haushalte richtet, die von der europäischen Union oder in ihrem Auftrag verwaltet werden,
- § 264 StGB - Subventionsbetrug, soweit sich die Straftat gegen den Haushalt der europäischen Union oder gegen Haushalte richtet, die von der europäischen Union oder in ihrem Auftrag verwaltet werden,
- § 299 StGB - Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr,
- § 108e StGB - Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern,
- §§ 333, 334 StGB - Vorteilsgewährung und Bestechung, jeweils auch in Verbindung mit § 335a StGB - ausländische und internationale Bedienstete,

⁵ RefE, S. 1.

⁶ Begründung RefE, S. 13.

⁷ Begründung RefE, S. 13.

⁸ Dem begegnet der Referentenentwurf mit der Definition des Unternehmensbegriffs in § 1 Abs. 4 WRegG-E. Danach ist ein Unternehmen „jede natürliche oder juristische Person oder eine Gruppe solcher Personen, die auf dem Markt die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen anbietet“.

- Art. 2 § 2 des Gesetzes zur Bekämpfung internationaler Bestechung - Bestechung ausländischer Abgeordneter im Zusammenhang mit internationalem Geschäftsverkehr,
- §§ 232, 232a, 232b - 233a StGB - Menschenhandel, Zwangsprostitution, Zwangsarbeit, Ausbeutung der Arbeitskraft, Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung
- und - angesichts der gemäß Art. 2 WRegG-E angestrebten Folgeänderung des § 123 GWB - §§ 299a, 299b StGB - Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen.

b) Hinzu kommen Straftaten und/oder Ordnungswidrigkeiten nach:

- § 266a StGB - Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt,
- § 370 AO – Steuerhinterziehung,
- § 298 StGB - wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen,
- § 8 Abs. 1 Nr. 2, §§ 9-11 [SchwarzArbG](#) - Beauftragung von Personen zur Ausführung von Dienst- oder Werkleistungen in erheblichem Umfang, wobei die Personen ihre Leistungen unter vorsätzlichem Verstoß gegen § 8 Abs. 1 Nr. 1 SchwarzArbG erbringen, Erschleichen von Sozialleistungen im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen, Beschäftigung von Ausländern ohne Genehmigung oder ohne Aufenthaltstitel und zu ungünstigen Arbeitsbedingungen, Beschäftigung von Ausländern ohne Aufenthaltstitel, die Opfer von Menschenhandel sind, Erwerbstätigkeit von Ausländern ohne Genehmigung oder ohne Aufenthaltstitel in größerem Umfang oder von minderjährigen Ausländern,
- §§ 15, 15a AÜG - Ver- und Entleih von Ausländern, welche erforderliche Aufenthaltstitel etc. nicht besitzen,
- § 16 Abs. 1 Nr. 1, 1b und 2 AÜG - Überlassung von Leiharbeitnehmern ohne Erlaubnis, Überlassen oder Tätigwerdenlassen von Leiharbeitnehmern entgegen den Vorschriften zum sektoralen Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe, § 1b AÜG,
- § 21 Abs. 1 und 2 MiLoG - vorsätzlich oder fahrlässig begangene Ordnungswidrigkeiten nach MiLoG einschließlich der Beauftragung von Unternehmen mit Werk- oder Dienstleistungen in erheblichem Umfang, von denen man weiß oder fahrlässig nicht weiß, dass diese bei der Auftragserfüllung dem MiLoG zuwiderhandeln,
- § 23 Abs. 1 und 2 AEntG - vorsätzlich oder fahrlässig verwirklichte Verstöße gegen das AEntG einschließlich der Beauftragung von Unternehmen mit der Ausführung von Werk- oder Dienstleistungen, von denen man weiß oder fahrlässig nicht weiß, dass diese bei der Auftragserfüllung gegen das AEntG verstoßen

und zwar jeweils, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als 3 Monaten oder eine Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen verhängt wurde oder die festgesetzte Geldbuße wenigstens EUR 2.500 beträgt.

c) Des Weiteren sollen Bußgeldentscheidungen nach § 81 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB, also Absprachen und missbräuchliches Ausnutzen einer beherrschenden Stellung usw. eingetragen werden.

3. Zurechnung individuellen Fehlverhaltens als Eintragungsvoraussetzung

Voraussetzung für die Eintragung **des Unternehmens** bzw. des **Unternehmensverbundes** in das Wettbewerbsregister soll sein, dass die von Individualpersonen begangenen Straftaten oder verwirklichten Ordnungswidrigkeiten dem Unternehmen bzw. dem Unternehmensverbund **zugerechnet** werden können, Art. 1 § 2 Abs. 3 WRegG-E.

Das ist nach der Entwurfsfassung der Fall, wenn die wegen einer Straftat verurteilte natürliche Person für die Leitung des Unternehmens verantwortlich war, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in lei-

tender Stellung gehören, wobei die Straftat oder Ordnungswidrigkeit im Geschäftsverkehr oder im Zusammenhang mit dem Geschäftsverkehr begangen worden sein muss.

Daneben soll ein Zurechnungsfall vorliegen, wenn ein Aufsichts- oder Organisationsverschulden des Unternehmensinhabers nach § 130 OWiG vorliegt oder gegen das Unternehmen eine Geldbuße nach § 30 OWiG festgesetzt wurde.

Wurde ein Rechtsverstoß von einem Leitungsverantwortlichen eines Konzerns verwirklicht, muss der Konzern in das Wettbewerbsregister eingetragen werden, wenn der Leitungsverantwortliche für den Konzern gehandelt hat. Ist hingegen ein Leitungsverantwortlicher im Zusammenhang mit dem Geschäftsverkehr einer rechtlich selbständigen Konzerngesellschaft wegen einer Straftat verurteilt oder wegen einer Ordnungswidrigkeit mit Geldbuße belegt, ist die Konzerngesellschaft einzutragen.⁹

4. Dauer der Eintragung und Löschung

Gemäß Art. 1 § 7 WRegG-E sollen Eintragungen nach Ablauf von 5 Jahren nach dem Tag der Rechts- oder Bestandskraft der Entscheidung gelöscht werden, soweit sie Verfehlungen nach Art. 1 § 2 Abs. 1 Nr. 1-3 WRegG-E zum Gegenstand haben. Das sind die oben dargestellten Delikte, die nach § 123 GWB zwingend zum Ausschluss führen sowie Eintragungen wegen § 266a StGB und § 370 AO. Alle anderen Eintragungen sollen gemäß Art. 1 § 7 Abs. 2 WRegG-E nach 3 Jahren nach Eintritt von Rechts- bzw. Bestandskraft gelöscht werden.

Demgegenüber sollen Bußgeldentscheidungen nach Art. 1 § 2 Abs. 2 WRegG-E, also Ordnungswidrigkeiten nach § 81 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB, nach Ablauf von 3 Jahren ab Erlass der Bußgeldentscheidung gelöscht werden.

Eine vorzeitige Löschung der Eintragung ist unter den in Art. 1 § 8 WRegG-E genannten Voraussetzungen möglich, wenn eine sogenannte Selbstreinigung stattfindet und die ergriffenen Maßnahmen von der Verwaltungsbehörde als ausreichend erachtet werden. Dazu zählen eine etwaige Schadenswiedergutmachung, Mitwirkung bei der Aufklärung des zugrunde liegenden Sachverhalts und Kooperation mit den Ermittlungsbehörden. Darüber hinaus sollen geeignete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen, welche sicherstellen, dass weitere Straftaten oder weiteres Fehlverhalten vermieden werden, eine vorzeitige Löschung ermöglichen.

III. Auswirkungen auf die Wirtschaft

Dass rechtskräftige Verurteilungen und/oder bestandskräftige Geldbußen bei Überschreitung bestimmter Straf- oder Betragsgrenzen registermäßig erfasst werden, ist für die Wirtschaft nicht neu.

Bislang gibt es in verschiedenen Bundesländern sogenannte Korruptionsregister, wobei längst nicht nur Straftaten mit Wettbewerbsbezug dort zur Eintragung gelangen. Vielmehr sind in den Landes-Korruptionsregistern ganz überwiegend (aber eben nicht nur) jene Delikte aus dem Straf- und/oder Ordnungswidrigkeitenrecht erfasst, welche Eingang in das bundesweite Wettbewerbsregister finden sollen.

Wie die Bundesländer, welche bereits über solche Register verfügen und dort Eintragungen vornehmen, die sich in Art. 1 § 2 WRegG-E nicht wiederfinden, im weiteren Gesetzgebungsverfahren reagieren, bleibt abzuwarten. Ein Streitpunkt könnte sein, dass in einigen Länder-Korruptionsregistern sogar Verfahrenseinstellungen nach § 153a StPO einzutragen sind, d. h. Opportunitätseinstellungen bezogen auf Straftaten gegen Zahlung einer Geldauflage, mit denen keine Schuldfeststellung verbunden ist.

Viele Unternehmen, insbesondere solche, die sich präqualifizieren, sind mit Eigenerklärungen und Abfragemechanismen vertraut. Das angestrebte Wettbewerbsregister wird dennoch Auswirkungen haben, da in der Praxis häufig vorkommende Verfehlungen aus dem Bereich des Wirtschaftsstrafrechts und des Ordnungswidrigkeitenrechts mit Betriebsbezug sodann zentral erfasst und von allen öffentlichen Auftraggebern einheitlich berücksichtigt werden müssen.

⁹ Begründung RefE, S. 25.

Mit der Implementierung der Möglichkeit zur „Selbstreinigung“ zwecks Vermeidung von Nachteilen in öffentlichen Vergabeverfahren ist auch kein neues Rad erfunden. Das Prinzip wird längst praktiziert - und zwar nicht nur auf dem Gebiet des Vergaberechts.

Für Geschäftsführer und Vorstände, Überwachungsorgane sowie mit Kontrollbefugnissen ausgestattete Leitungspersonen hat die Vermeidung von straf- und bußgeldrechtlicher Haftung einen enormen Stellenwert. Maßnahmen zur Haftungsvermeidung sind nicht nur mit Blick auf die persönlichen Folgen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten bis hin zu Schadensersatzszenarien notwendiges Handwerkszeug für jede Führungskraft.

Auch aus Unternehmenssicht sind geeignete Organisations- und Aufsichtsstrukturen zur Vermeidung betriebsbezogener Straftaten und/oder Ordnungswidrigkeiten oberstes Gebot.

Werden Individualpersonen von Strafverfolgung oder Verfolgung wegen Ordnungswidrigkeiten betroffen, kann es angesichts des Unternehmensinteresses, Ausschlüsse vom Wettbewerb zu vermeiden, ungemütlich werden. Der sogenannte Selbstreinigungsprozess bedeutet nicht selten das Ende langjähriger Freundschaften und Karrieren.

IV. Angrenzende Vorschriften des MiLoG, AEntG und SchwarzArbG

Die im Referentenentwurf angelegten Folgeänderungen betreffen auch die Ausschlussregelungen in § 19 MiLoG und § 21 SchwarzArbG – sind aber nur redaktioneller Art. Die in Art. 2 Abs. 3 WRegG-E vorgesehene Anpassung des § 19 MiLoG und des § 21 Abs. 1 SchwarzArbG bezwecken (nur) die Ersetzung der Wörter „Gewerbezentralregister“ durch das Wort „Wettbewerbsregister“, wohin Anfragen künftig zu richten sein sollen. Änderungen des § 21 AEntG sind (noch?) nicht Gegenstand des Referentenentwurfs.

1. Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge nach § 19 MiLoG

§ 19 MiLoG normiert den Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge beim Wettbewerb um einen Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsauftrag der in §§ 99 und 100 GWB genannten Auftraggeber, wenn die Bewerber wegen eines Verstoßes nach § 21 MiLoG mit einer Geldbuße von wenigstens EUR 2.500 belegt worden sind. Nach § 19 Abs. 3 MiLoG können öffentliche Auftraggeber bislang im Rahmen ihrer Tätigkeit beim Gewerbezentralregister Auskünfte über rechtskräftige Bußgeldentscheidungen wegen einer Ordnungswidrigkeit nach § 21 Abs. 1 oder Abs. 2 anfordern oder sog. Eigenerklärungen vom Bewerber verlangen. Bei einem Auftragswert ab EUR 30.000 sind sie vor Erteilung des Zuschlags zum Abruf des Registers verpflichtet, § 19 Abs. 4 MiLoG.

2. Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge nach § 21 AEntG

Auch bei Zuwiderhandlungen gegen das AEntG kann der Ausschluss von der Teilnahme an einem Wettbewerb um einen Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsauftrag der in §§ 99 und 100 GWB genannten Auftraggeber drohen. Gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 AEntG sollen Bewerber oder Bewerberinnen für eine angemessene Zeit bis zur nachgewiesenen Wiederherstellung ihrer Zuverlässigkeit ausgeschlossen werden, die wegen eines Verstoßes nach § 23 AEntG mit einer Geldbuße von wenigstens EUR 2.500 belegt worden sind.

Beachtlich ist, dass dies auch schon vor Durchführung eines Bußgeldverfahrens gelten soll, wenn im Einzelfall angesichts der Beweislage kein vernünftiger Zweifel an einer schwerwiegenden Verfehlung im Sinne des Satzes 1 besteht, § 21 Abs. 1 Satz 2 AEntG.

§ 21 AEntG sieht ebenfalls die Einholung von Auskünften bei den Verfolgungsbehörden bzw. von Eigenerklärungen vor und verpflichtet ab einem Auftragswert von EUR 30.000 zum Registerabruf, § 21 Abs. 2, 3 AEntG.

3. Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge nach § 21 SchwarzArbG

§ 21 SchwarzArbG regelte den Ausschluss von Bewerbern um einen **Bauauftrag** der öffentlichen Hand im Grundsatz wie folgt:

„(1) Von der Teilnahme an einem Wettbewerb um einen Bauauftrag der in § 98 Nr. 1 bis 3 und 5 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen genannten Auftraggeber sollen Bewerber bis zu einer Dauer von drei Jahren ausgeschlossen werden, die oder deren nach Satzung oder Gesetz Vertretungsberechtigte nach

1.

§ 8 Abs. 1 Nr. 2, §§ 9 bis 11,

2.

§ 404 Abs. 1 oder 2 Nr. 3 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch,

3.

§§ 15, 15a, 16 Abs. 1 Nr. 1, 1b oder 2 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes oder

4.

§ 266a Abs. 1 bis 4 des Strafgesetzbuches

zu einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten oder einer Geldstrafe von mehr als neunzig Tagessätzen verurteilt oder mit einer Geldbuße von wenigstens zweitausendfünfhundert Euro belegt worden sind. [...]“

Die Bundesregierung hatte zum Jahresende 2016 den Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung vorgelegt.¹⁰ Der Finanzausschuss hatte marginale Änderungen empfohlen.¹¹ Der Deutsche Bundestag hat über den Gesetzentwurf der Bundesregierung am 15.12.2016 beraten¹², und der Bundesrat hat kürzlich in seiner Sitzung am 10.02.2017 beschlossen, dem vom deutschen Bundestag am 15.12.2016 verabschiedeten Gesetz zuzustimmen.¹³

Mit der Novelle des § 21 SchwarzArbG erfolgte die Ausdehnung dieser Ausschlussmöglichkeiten auch auf Bewerber um **Liefer- und Dienstleistungsverträge** der in §§ 99, 100 GWB genannten Auftraggeber.

Mit dieser Erstreckung über Bauaufträge hinaus wird nach dem Willen des Gesetzgebers „der Gleichlauf mit den entsprechenden Regelungen des § 19 des Mindestlohngesetzes und des § 21 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes hergestellt. Damit sind künftig nicht nur erhebliche bußgeldbewehrte Verstöße gegen das Mindestlohngesetz und das Arbeitnehmer-Entsendegesetz geeignet, Bewerber von der Teilnahme an einem Wettbewerb um öffentliche Aufträge auszuschließen, sondern auch die in § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 - 4 genannten Verstöße“.¹⁴

Wie nach § 21 AEntG können nunmehr Bewerber um einen Bauauftrag sowie um Liefer- und Dienstleistungsverträge nach § 21 Abs. 1 Satz 2 SchwarzArbG von der Teilnahme am Wettbewerb bis zu einer Dauer von 3 Jahren ausgeschlossen werden, wenn ein Straf- oder Bußgeldverfahren noch nicht durchgeführt ist, soweit „im Einzelfall angesichts der Beweislage kein vernünftiger Zweifel an einer schwerwiegenden Verfehlung nach Satz 1 besteht.“

V. Fazit

Bewerber um Bau-, Liefer- und Dienstleistungsverträge der öffentlichen Auftraggeber unterliegen einer engmaschigen Kontrolle in Bezug auf ihre Zuverlässigkeit. Diese Kontrolle beschränkt sich längst nicht mehr auf Verfehlungen mit Wettbewerbsbezug. Im Gegenteil: sie erstreckt sich auf nahezu alle Bereiche wirtschaftlicher Betätigung, die bei Zuwiderhandlungen straf- und/oder bußgeldrechtliche Sanktionen nach sich ziehen kann.

Bestandskräftige Geldbußen von wenigstens EUR 2.500 und Kriminalstrafen von mehr als 3 Monaten Freiheitsstrafe bzw. mehr als 90 Tagessätzen Geldstrafe werden registriert, wenn sie Leitungspersonen der Unternehmen individuell betreffen oder zu Verbandsbußen nach § 30 OWiG geführt haben. Sie müssen oder können in Abhängigkeit vom verwirklichten Delikt zum Ausschluss von öffentlichen Vergaben führen.

Öffentliche Auftraggeber sind nach vergaberechtlichen Vorschriften sowie nach Maßgabe der Gesetze, die über die Gewährung von gesetzlichen oder branchenspezifischen Mindestlöhnen wachen, und dem Gesetz zur Bekämpfung von Schwarzarbeit ab einem Auftragsvolumen von EUR 30.000 zur Abfrage des/der Register verpflichtet.

¹⁰ Bundestagsdrucksache 18/9958 vom 12.10.2016.

¹¹ Bundestagsdrucksache 18/10655 vom 14.12.2016.

¹² Plenarprotokoll 18/209.

¹³ Bundesratsdrucksache 18/17 vom 10.02.2017.

¹⁴ Bundestagsdrucksache 18/9958 vom 12.10.2016, S 19.

Gemäß § 124 Abs. 2 GWB bleiben § 19 MiLoG und § 21 AEntG, § 21 SchwarzArbG sowie § 98c des Aufenthaltsgesetzes ausdrücklich unberührt.

Mit der Definition des Unternehmensbegriffs in § 1 Abs. 4 WRegG-E werden künftig auch Unternehmer der freien Berufe erfasst, die in punkto Zuverlässigkeit nicht den Vorschriften der Gewerbeordnung unterliegen. Sie können damit ebenso von Ausschlussnormen betroffen werden.

Entscheidungskommentare

Kapitalmarktstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Tobias Eggers, Dortmund

Keine Strafbarkeitslücke bei Marktmanipulation und Insiderhandel

Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 16.01.2017 - 5 StR 532/16

Keine Woche nach Verkündung des „Ersten Gesetzes zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte“ vom 30. Juni 2016 (nachfolgend: „1. FiMaNoG“)¹ ist im kapitalmarkt(straf)rechtlichen Schrifttum eine kontroverse Diskussion um die Frage ausgebrochen, ob aufgrund des zeitlichen Auseinanderfallens des Inkrafttretens des 1. FiMaNoG am 02.07.2016 und der Anwendbarkeit der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.04.2014 (nachfolgend: „MAR“) am 3. Juli 2016 eine 24-stündige Ahndungslücke entstanden ist. Die wohl herrschende Auffassung bejaht dies.² Wegen des in § 2 Abs. 3 StGB geregelten Meistbegünstigungsprinzips (*lex mitior-Grundsatz*) seien ihr zufolge zudem sämtliche Verstöße gegen die §§ 38, 39 WpHG a.F., die vor dem 2. Juli 2016 begangen worden waren und über die bis zu diesem Tag nicht rechts- bzw. bestandskräftig entschieden worden sind, sanktionslos.

I. Die Entscheidung

Der 5. Strafsenat hat diese Auffassung innerhalb seines Beschlusses vom 10.01.2017 nunmehr ausdrücklich abgelehnt. Ihm zufolge sei es „durch die Neufassung von § 38 Abs. 3 Nr. 1, § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG zum 02. Juli 2016 (...) zu keiner Lücke in der Ahndbarkeit von Insiderhandel und Marktmanipulation gekommen.“ „Die Abweichung des Inkrafttretens der Änderungen des Wertpapierhandelsgesetzes (2. Juli 2016) vom Beginn der unmittelbaren Anwendbarkeit der maßgeblichen Bezugsnormen der Marktmissbrauchsverordnung in den Mitgliedsstaaten habe nicht zur Folge, dass die Verweisungen des Gesetzes auf die gemeinschaftlichen Vorschriften am 2. Juli 2016 ‚ins Leere‘ gegangen und Marktmanipulationen an diesem Tag nicht mit Strafe (...) bedroht gewesen wären. Die Bezugnahmen in § 38 Abs. 3 Nr. 1, § 39 Abs. 3d Nr. 2 WpHG auf Art. 14 und 15 der Marktmissbrauchsverordnung führten vielmehr dazu, dass diese Vorschriften der Verordnung bereits vor ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit ab dem 2. Juli 2016 durch den Bundesgesetzgeber im Inland für (mit)anwendbar erklärt worden seien.“³ Der Umstand, dass die MAR als solche erst ab dem

¹ BGBl. I 1514.

² So etwa Gaede, wistra 2017, 41 ff.; Bülte/Müller, NZG 2017, 205 ff.; Lorenz/Zierden, HRRS 2016, 443 ff.; Rossi, ZIP 2016, 2437 ff.; Rothenfuß, Generalamnestie im Kapitalmarktrecht?, Börsen-Zeitung vom 07.07.2016, Ausgabe 128, S. 13; sodann ders./Jäger, NJW 2016, 2689 ff.; Szesny, BB 2017, 515 (516); für das Marktmanipulationsverbot auch Bergmann/Vogt, wistra 2016, 347 ff.; a.A. BaFin, Keine Strafbarkeitslücke im Kapitalmarktrecht, Meldung vom 08.07.2016, abrufbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Pressemitteilung/2016/pm_160708_bz_keine_ahndungsluecke.html; RegB 2. Finanzmarktnovellierungsgesetz, BT-Drs. 18/10936, S. 218 f.; Klöhn/Büttner, ZIP 2016, 1801 ff.; auf der Grundlage einer „berichtigenden Auslegung“ auch Brand/Hotz, NZG 2017, 238, 239.

³ BGH, Beschl. v. 10. Januar 2017 – 5 StR 532/16, Rn. 8.