

Vortrag von

Gemeinschaftsveranstaltung von pro honore e.V. und dem Bund der Steuerzahler Hamburg e.V.

„Möglichkeiten und Grenzen der Korruptionsbekämpfung durch Vergaberegeln“,

gehalten am 30.06.2005 bei dem BdSt Hamburg e.V.
mit Diskussion des Auditoriums

Vortragswiedergabe und Thesen:

Das deutsche Vergaberecht ist eine gleichermaßen komplexe wie wirtschaftliche bedeutsame Materie an der Schnittstelle zwischen öffentlichrechtlichem Haushaltswesen und privatrechtlicher Vertragsgestaltung.

Bedeutung des öffentlichen Auftragswesens

Das öffentliche Auftragswesen ist seit je her von existenzieller Wichtigkeit für die inländische und zunehmend für die exportorientierte Wirtschaft.

Das Auftragsvolumen der öffentlichen Hand macht inzwischen mehr als ca. 10% des BIP oder 200 MRD € aus.

Tendenzielle Missbrauchsgefahr

Vor dem Hintergrund seiner enormen wirtschaftlichen Relevanz ist das Vergabewesen manipulations- und korruptionsanfällig.

Geheime und konzertierte Preisabsprachen zwischen den Bietern außerhalb des Vergabeverfahrens sind keine Seltenheit. Spektakuläre Fälle strafbarer Begünstigung von Bietern auch durch Amtsinhaber geraten zunehmend in den Fokus des öffentlichen Interesses.

Der Schaden für das Gemeinwesen ist beträchtlich und aufgrund hoher Dunkelziffer schwer abschätzbar.

Seit Jahrzehnten sind immer wieder Reformen des Gesetzgebers zur Missbrauchseindämmung gefordert worden. Der Gesetzgeber hat hierauf zögerlich und ungenügend reagiert.

Entwicklung des Vergaberechtssystems

Einführung eines Wettbewerbsschutzes

Das Vergabewesen war vor 1994 lediglich im Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG) rudimentär mit der Zielstellung kodifiziert, eine wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Haushaltsmittel sicherzustellen. Es bezweckte lediglich die Ordnung des Verhältnisses auf Seiten des öffentlichen Auftragnehmers.

Der Aspekt des Wettbewerbsschutzes hielt erst spät und unter dem Einfluss des Europarechts Einzug in das Vergaberecht.

Die Umsetzung zwingender Vorgaben der Gemeinschaftsordnung fand auf nationaler Ebene 1994 zunächst unvollkommen mit der Ergänzung des HGrG und Einführung

einer rein verwaltungsinternen Vergabekontrolle statt, womit der gerichtlichen Überprüfbarkeit von Vergabeentscheidungen zunächst eine Absage erteilt wurde. Unter dem Druck der EU sah sich der Gesetzgeber mit dem Vergaberechtsänderungsgesetz im Mai 1998 mit Inkrafttreten zum 01.01.1999 zur Nachbesserung gezwungen.

Kernstück dieser als „Meilenstein“ geltenden Reform ist die Einführung eines effektiven Rechtsschutzsystems mit erstmaliger Verankerung einklagbarer Konkurrentenrechte in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

Das heutige Vergaberechtssystem erlangte damit den Charakter eines dreiseitig angelegten Vergaberechtsverhältnisses, nämlich öffentlicher Auftraggeber einerseits und berücksichtigter Bieter sowie übergangene Bieter andererseits, was spezifische Schwierigkeiten in der Rechtsanwendung mit sich bringt.

Ausbau strafrechtlicher Sanktionierbarkeit

Strafrechtliche Sanktionen nach § 263 StGB (Betrug) für Bietermanipulationen griffen bis Anfang der 90-er Jahre nicht, bis eine geänderte Rechtsprechung endlich eine Klarstellung in Grundzügen erbrachte.

Die überfällige Reaktion des Gesetzgebers war durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Jahre 1997 die Einführung einer ausdrücklichen Strafandrohung bei unzulässiger Preisabsprache (§ 298 StGB), womit die Strafbarkeit erheblich ausgedehnt wurde.

Damit ging im Jahre 2002 schließlich eine Ausweitung der strafbaren Bestechung und Bestechlichkeit (§ 299 StGB) einher.

Neben den Straftatbeständen kommen Ahndungen als Ordnungswidrigkeit mit erheblichem Bußgeldrahmen zum Zuge.

Zunehmende Rechtskomplexität als Folge

Mit der überfälligen Reform erfolgte eine Rechtsharmonisierung allerdings unvollkommen insofern, als das deutsche Recht mit den materiellen Vergaberichtlinien den EU- Vorgaben (Sektorenrichtlinien) zwar entsprach, allerdings außerhalb dieses Anwendungsbereiches, der durch sog. Schwellenwerte gezogen ist, nach wie vor lediglich deutsche Vergaberegeln gelten.

Diese Zweispurigkeit des Rechtssystems im Vergabewesen ist unbefriedigend und gibt Anlass für eine normative Nachbesserung.

Heutiges System des Vergaberechts

Das Vergaberecht ist infolge der verspäteten und schrittweisen Anpassung an EU-Vorgabe außerordentlich zersplittert, eine ausgesprochene Spezialisten- Materie und damit anwenderunfreundlich.

Rechtsgrundlagen

Mit der Vergabeverordnung nun i.d.F. von 2003 (VgV 2003) sind klarstellende Vorschriften zur Anwendung der Spezialvorschriften auf EU- (zu Sektorenbereichen) und nationaler Ebene getroffen.

Im Zuge der Vergaberechtsreform ist in das GWB ein komplexes zweistufiges Prüfverfahren beschränkten Anwendungsbereiches eingeführt worden, bei dem zunächst die Vergabekammern verwaltungsinternen, sodann im Beschwerdeweg die Oberlandesgerichte Kontrollinstanz sind, allerdings lediglich bei Überschreiten sog. Auftrags- Schwellenwerte und bis zur Zuschlagerteilung. Ergänzt wird der wettbewerbsrechtliche Rechtsschutz durch

automatischen Suspensiv-effekt des Nachprüfungsantrages und Zuerkennung eines Schadensersatzanspruches des zu Unrecht überangenen Bieters gegen den Konkurrenten.

Materiellrechtlich sind im GWB die Verfahrensgrundsätze für alle Vergabeverfahren im Grundsatz verankert, nämlich der Wettbewerbsgrundsatz, das Diskriminierungsverbot sowie das Wirtschaftlichkeitsgebot. (§97 GWB). Das GWB strebt nach § 98 einen möglichst weiten Anwendungsbereich der Vergaberechtsvorschriften auf öffentliche Auftraggeber aller Art an.

Das Vergabeverfahren ist entsprechend dem jeweiligen Gegenstand differenziert normiert in Regelwerken (Verdingungsordnungen) für

- Bauleistungen (VOB)
- Freiberufliche Leistungen (VOF)
- sonstige Dienst- und Lieferleistungen (VOL),

denen drei grundsätzliche Vergabearten gemeinsam sind:

- Offenes Verfahren / Öffentliche Ausschreibung,
- Nichtoffenes Verfahren/ Beschränkte Ausschreibung und
- Verhandlungsverfahren/Freihändige Vergabe,

wobei sich die Alternativbezeichnung jeweils auf die Über- bzw. Unterschreitung der Auftragsschwellenwerte gemäß § 100 GWB i.V.m. den EU- Sektorenrichtlinien bezieht.

Vergabearten und Verfahrensablauf

Während im offenen Vergabeverfahren grundsätzlich jeder Unternehmer teilnahmeberechtigt ist, findet im nichtoffenen Verfahren eine Auswahlentscheidung des Auftraggebers auf einen begrenzten Anbieterkreis statt. Das Verhandlungsverfahren schließlich läuft auf eine freihändige Vergabe an einen ausgewählten Unternehmer unter Ausschluss der Öffentlichkeit hinaus.

Dabei ist die Verfahrensart nicht frei wählbar, sondern in der Abstufung der Verfahren vom Regel Ausnahme-Prinzip beherrscht und rechtlich voll überprüfbar.

Der Ablauf des offenen wie nicht offenen Verfahrens entspricht sich in Grundzügen und gliedert sich zusammengefasst in

- Vorinformation/ Bekanntmachung
- Anforderung u. Versand der Vergabeunterlagen
- Angebotseinreichung
- Eröffnungstermin
- Angebotsprüfung
- Angebotswertung
- Zuschlag.

Einbuchstellen von Manipulationen: Grenzen und Schwachstellen rechtlicher Schutznormen

Verlagerung in den rein privatrechtlichen Rechtsverkehr

Eine vergaberechtliche Konsequenz zunehmender Teil- und Vollprivatisierung ehemals staatlicher Einrichtungen ist die Geltung des Zivilrechts ohne die Vergaberechtsbindungen, was durchaus nicht unerwünscht ist. Ein Korrektiv bildet die Einbeziehung privatrechtlicher Sektorenauftraggeber nach § 98 Nr. 4 GWB.

Schwellenwertsteuerung

Es besteht eine nicht zu übersehende Tendenz bei öffentlichen Auftraggebern, sich der EU-weiten Ausschreibung durch Angebotsverkleinerung und Losstückelung zu entziehen.

Willkürliche Durchführung nichtöffentlicher Vergaben

Die gewonnene Komplexität und Störanfälligkeit durch übergangene Bieter verleitet die öffentliche Hand zunehmend zu einer Flucht in die Vergabe unter Ausschluss der Öffentlichkeit. Eine Rechtskontrolle läuft mangels Konkurrenzsituation bei freihändiger Vergabe typischerweise leer.

Begünstigt wird der Trend zur freihängigen Vorgabe angesichts begrenzter Planungs- und Vorbereitungskapazitäten in der öffentlichen Submission durch zunehmend funktionale Ausschreibung, wodurch Planungsleistung auf den Anbieter verlagert und dieser in die Lage versetzt wird, sein Angebots durch Erstellung der technischen Grundlagen zu steuern.

Dieser Entwicklung bei komplexen Bauvorhaben entsprechend soll im Zuge einer anstehende EU- Reform den Mitgliedsstaaten ein neues Verfahren, der sog. wettbewerbliche Dialog, eröffnet werden.

Die Folgen bleiben unübersehbar und werden den Verdrängungswettbewerb im Anbietermarkt verschärfen.

Angebotsvorsprung durch Submissionsplaner

Der Ausschluss von der Beteiligung eines an der Erstellung der Submissionsunterlagen im Behördenauftrag beteiligten Unternehmens/Planers ist lückenhaft angelegt und führt zwangsläufig zu einem Wettbewerbsvorsprung dieses Mitbieters.

Durchbrechung des Bietergeheimnisses

Die unverzichtbare Einbindung von externen Planern in die Angebotsplanung und noch mehr begleitend in das Vergabeverfahren bis zum Zuschlag bringt zwangsläufig die Gefahr von Indiskretionen an diesen nahe stehende Bieter mit dem Ziel, sich einen Wissens- und Wettbewerbsvorsprung zu verschaffen, mit sich.

Faktische Grenzen wettbewerbsrechtlichen Rechtsschutzes

Die letztlich auf Rückgängigmachung unzulässiger Vergaben gerichtete rechtliche Überprüfung beschränkt sich aufgrund eingeschränkter Einsichtsmöglichkeiten in den Vergabevorgang auf eine formale Kontrolle des Verfahrensablaufes. Dies hat hauptsächlich seinen Grund in der beschränkten Aktenpublizität nach § 111 GWB. Denn Vergabestellen neigen dazu, vollständige Akteneinsicht mit Hinweis auf schutzwürdige Belange des Geschäftsgeheimnisses zu versagen, zumal dem betreffenden Bieter die Möglichkeit eröffnet ist, die Einsichtsmöglichkeit unter diesem Gesichtspunkt zu beschränken.

Der Rechtsschutz läuft sowohl vor Vergabekammer als auch in der Beschwerdeinstanz mit der Zuschlagerteilung leer und die nachträglich Feststellung einer Rechtsverletzung hinaus.

Angebotssteuerung / Anbieterwertung

Bereits in den Ausschreibungsbedingungen angelegte Spezifikationen durch besondere Auflagen sind nicht selten darauf angelegt, von vornherein eine Bevorzugung erwarteter Anbieter, etwa ortsansässiger, herbeizuführen.

Die zwingende Anbieterbewertung auf ihre persönliche Eignung im Vergabeverfahren lädt immer häufiger dazu ein, sachfremde Anforderungen zu stellen und so eine gewünschte Vorauswahl zu treffen. Die notwendige Konsequenz ist seit Einführung der Konkurrentenklagemöglichkeit in diesem Bereich eine mittlerweile ausufernde Rechtsprechung.

Bewertung

Gegenüber dem früheren Rechtszustand mit keinerlei Rechtsschutzmöglichkeiten für unzulässig übergangene Mitbieter stellt das heutige Vergaberecht eine erhebliche Verbesserung mit erhöhter Verfahrenstransparenz her.

Das Vergaberechtssystem hat sich nicht originär der Korruptionsbekämpfung, sondern mit den Reformen dem Weg indirekter Missbrauchseindämmung durch Konkurrentenschutz verschrieben.

Neben dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsregelung bleibt das Wirtschaftlichkeitsgebot aus Haushalts-/ Staatsinteresse nach wie vor mit den Vergaberechtsnovellen gesetzgeberische Zielsetzung.

Die spezifischen Schwächen des Vergabevorganges konnten und wurden damit allerdings nicht behoben. Im Gegenteil hat die zunehmende Verrechtlichung des Vergabewesens und Angreifbarkeit durch Konkurrenten eine gegenläufige Bewegung bei öffentlichen Auftraggebern ausgelöst, das Vergabeverfahren im Hinblick auf erwünschte Ergebnisse zu beeinflussen.

Es bleibt über alle Rechtsmöglichkeiten zur Herstellung wettbewerbsgerechter Vergaben das Problem personeller Verflechtung und Verzahnung zwischen Anbieter- und Auftraggeberseite.

Erfreulicherweise hat in den letzten Jahren eine zunehmende Sensibilisierung auch der Amtsträger stattgefunden, die zum Teil übertriebene Züge in Hamburg etwa angenommen hat.

Die Forderung nach „Jobrotation“ zur Korruptionsvorbeugung hat nur zum Teil landesweit eine Umsetzung aufgrund begrenzter Fachkompetenz und personeller Inflexibilität der Vergabestellen erfahren.

Davon unabhängig hat sich die Einrichtung von Korruptions-SOKOS bei Staatsanwaltschaften und im Verwaltungsbereich auch wegen der abschreckenden Wirkung bewährt und bleibt auszubauen.

Es besteht nach wie vor dringender Reformbedarf.

Ausblick

Die vom EU- Gesetzgeber erkannten Schwachstellen werden voraussichtlich in 2006 zu einer erneuten Reform des Vergaberechts auf nationaler Ebene Anlass geben.

Aufschlussreich ist hierbei, dass erneut die EU- Kommission Impulse für die zeitgemäße Weiterentwicklung des Vergabewesens setzt.

Kernstück der Reform wird die Revision der Schwellenwerte mit dem Ziel, eine breitere Anwendungsgrundlage für Auftragswerte zu schaffen, sein.

Eine wirksame Begegnung der Missbrauchsgefahr verspricht die Einführung eines zentral geführten Korruptionsregisters zu sein, das bei entsprechenden Einträgen von Vergabeverstößen Grundlage eines Ausschlusses bei zukünftigen Vergaben sein soll.

Allerdings wirft die konkrete Umsetzung dieses Reformpunktes bereits jetzt eine Reihe bislang ungelöster Fragen auf und erscheint völlig ungenügend. Klärungsbedürftig sind einerseits die Frage der Mithaftung verbundener Unternehmen oder Niederlassungen, andererseits die Wertung der registrierten Verstöße sowie die Tilgungsfristen für Einträge oder Rechtsschutzmöglichkeiten Betroffener. Der Gesetzgeber hat die Brisanz dieser Problempunkte anscheinend noch nicht erkannt. Es steht zu erwarten, dass wie vielfach in der Vergangenheit bei Gesetzesvorhaben keine rechtzeitige Aufarbeitung dieser Kernprobleme stattfindet. Gleichwohl ist ein Korruptionsregister bei entsprechender Umsetzung durchaus geeignet, sowohl general- wie spezialpräventive Wirkung zu entfalten. Mit Vorsicht bleibt die Einführung einer neuen Vergabeart, dem bereits angesprochenen „wettbewerblichen Dialog“, abzuwarten. Es wird die Gefahr erkannt, dass damit insbesondere bei kostenträchtigen und komplexen Aufträgen insbesondere im Bauwesen eine Aufweichung der durch die GWB- Novelle gewonnenen Rechtskonturen einhergeht.

Thesen des Bundes der Steuerzahler e.V.:

Der Gesetzgeber bleibt aufgerufen, das System des Vergaberechts im Hinblick auf wirksame Missbrauchseindämmung fort zu entwickeln.

Die gebotene Vereinfachung des heute höchst komplexen Vergaberechts bedeutet keinen Verzicht auf rechtliche Standards, sondern dient der Rechtssicherheit und Verwaltungsvereinfachung gleichermaßen.

Der Fremdbeeinflussbarkeit von nicht an der Vergabeentscheidung unmittelbar beteiligten Dritten (externe Planer) ist durch einen zwingenden Ausschluss derselben oder ihnen nahe stehende Dritte von der Vergabe und durch Belassung der Steuerungshoheit des Vergabeverfahrens bei der Behörde entgegen zu treten.

Die Möglichkeit der Haftung von öffentlichen Vergabestellen für Verfahrensverstöße s Bleibt zu überlegen.

Die EU- Novelle zum Vergaberecht ist mit der Absenkung von Schwellenwerten begrüßenswert, um für eine rechtlich kontrollierte Auftragsvergabe ein breiteres Anwendungsfeld zu gewährleisten.

Die Einführung eines zentralen Korruptionsregisters für Vergabeverstöße von Anbietern dürfte wirksam general- wie spezialpräventive Wirkung entfalten.

Der nationale Gesetzgeber bleibt dringend aufgerufen, rechtzeitig die Umsetzung im Detail wirksam und praktikabel zu regeln.

Überlegenswert ist auch eine öffentliche Verlautbarung festgestellter Verstöße öffentlicher Vergabestellen.

Bieter sollen sich Aufschluss verschaffen können über die Häufigkeit der Zuschlagserteilung an bestimmte Bewerber in qualitativer und quantitativer Art, was im Zeitalter der EDV keinen nicht zu bewältigenden Arbeits- und Kosteneinsatz erfordert. Die Führung eines Auftragsregisters schafft insoweit Markttransparenz und Kontrolle.

Um die Voraussetzung eines wirksamen GWB- Rechtsschutzes zu gewährleisten, soll gesetzlich die Aktenpublizität im Vergabeverfahren einschließlich sämtlicher Bieterunterlagen die Regel und die Flucht in angebliche Betriebsgeheimnisse aufgegeben sein.

Die Möglichkeiten der Vergabe ohne Öffentlichkeitsbeteiligung sind gesetzlich weiter einzudämmen und sollen absoluten Ausnahmecharakter erfahren.

Mit der Einführung einer neuen Verfahrensart, dem wettbewerblichen Dialog, wird die Gefahr der erheblichen Aufweichung der Vergaberegeln gesehen. Die Anwendung muss auf ganz eng begrenzte und präzise gefasste Ausnahmen beschränkt sein, auch wenn fiskalische Vorteile mit der neuen Vergabeart verbunden sind.

Die Verstärkung interner Kontrollstellen bis hin zum Ausbau der Kapazitäten bei der Staatsanwaltschaft ist ein wichtiger Beitrag zur Eindämmung des Korruptionsgiftes.

Schlusswort

Das Vergaberecht steht weiterhin im Spannungsfeld zwischen Sicherstellung wirtschaftlich- sparsamer Haushaltsmittelverwendung, rechtlicher Überprüfbarkeit des Wettbewerbs und Verhinderung von Missbräuchen/ Korruption zwischen den Beteiligten. Dabei gilt es, die praktische Anwendbarkeit des Vergaberechts unter Verzicht auf Überelementierung und –bürokratisierung zu wahren.

Eine sachgemäße Weiterentwicklung des Vergaberechts muss allerdings besonders die Korruptionsanfälligkeit eindämmen.

Ein absoluter Korruptionsschutz wird allerdings nie herzustellen sein.

Aber auch hier heißt es, das Ziel nicht aus den Augen zu verlieren.

RA Axel B. Göhre