

# Positionspapier von Transparency International Deutschland e.V. zum Thema: Vergaberecht und Korruptionsbekämpfung

Das öffentliche Auftragswesen hat eine herausragende wirtschaftliche Bedeutung. Dies wird dadurch deutlich, dass in der Bundesrepublik Deutschland das Volumen der Vergabe öffentlicher Aufträge jährlich mehrere hundert Milliarden Euro beträgt. Allerdings hat sich dieser Bereich in den letzten Jahren immer wieder als besonders anfällig für Korruption gezeigt.

Aus Sicht von Transparency International Deutschland e. V. (Transparency Deutschland) ist es vor dem Hintergrund, dass die Vergabe öffentlicher Aufträge immer mit der Verwendung öffentlicher Mitteln verbunden ist, unabdingbar notwendig, dafür Sorge zu tragen, dass die Mittel effektiv, effizient und rechtskonform verwendet werden. Um diesem Ziel gerecht zu werden ist es zwingend notwendig, dass materiellen Vergabegrundsätze gem. § 97 GWB eingehalten werden.

Diese Vergabegrundsätze sind:

- Auftragsvergabe im Wettbewerb
- Wahrung des Transparenzgrundsatzes
- Vorrang der Fach- und Teilloosvergabe
- Wahrung der Gleichbehandlung
- Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot, wobei Aufträge nur an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) und gesetzestreue Unternehmen zu vergeben sind.

Darüber hinaus muss bspw. im Rahmen des Prozesses zur Auftragsvergabe aus Sicht von Transparency Deutschland Sorge dafür getragen werden, dass das Verfahren weitgehend frei von subjektiven Entscheidungen von Einzelpersonen ist. Somit ist bspw. auch Entscheidung darüber, ob geforderte Referenzen durch einen Bieter hinreichend beigebracht worden sind, durch ein Gremium zu erfolgen, wobei jedes Gremiumsmitglied autonom entscheiden können soll. Zudem ist auch im Unterschwellenbereich im Rahmen des Prozesses zur Auftragsvergabe ein Verbot zur Nachverhandlung von Angeboten einzuführen, um vergaberechtswidrige Absprachen bestmöglich vorbeugen zu können.

Um die Einhaltung der oben genannten Grundsätze transparent und nachvollziehbar zu machen und um der Korruption im Vergabewesen wirksam und effizient begegnen zu können, müssen aus Sicht von Transparency Deutschland folgende Mindeststandards und Korruptionspräventionsmaßnahmen gewährleistet werden:

## 1. Abschaffung sämtlicher Wertgrenzenerlasse nach Konjunkturpaket II

Im Zuge der Wirtschaftskrise und der daraufhin durch die Bundesregierung verabschiedeten Konjunkturpakete wurden in Bund und Ländern Wertgrenzen festgelegt, bis zu denen Freihändige und Beschränkte Auftragsvergaben im Unterschwellenbereich erheblich erleichtert wurden. Ziel dessen war es, Auftragsvergaben im engeren regionalen Umfeld der öffentlichen Auftraggeber zu erleichtern die wirtschaftlichen Folgen der Wirtschafts- und Finanzkrise abzumildern.

Im Bereich der Bauleistungen wurde beispielsweise für Freihändige Vergaben der Wert auf 100.000 Euro (vorher: 30.000 Euro) und Beschränkte Ausschreibungen auf 1 Mio. Euro (vorher: 100.000 Euro) erhöht, was zur Folge hat, dass unterhalb dieser Wertgrenzer keine Öffentliche Ausschreibung notwendig ist. Der Vorrang der Öffentlichen Ausschreibung ist damit de facto bis zu einem Auftrags von 1 Mio. Euro bei Bauaufträgen abgeschafft.

In der Praxis führt dies dazu, dass sich die öffentlichen Auftraggeber ihre Vertragspartner weitgehend ohne transparentes Verfahren

aussuchen. Damit besteht in der Folge das Risiko, dass bei Freihändigen Vergaben wie bei Beschränkten Ausschreibungen von vornherein nur solche Unternehmen berücksichtigt werden, die dem Auftraggeber genehm sind. Dies steigert das Korruptionsrisiko erheblich, denn den Unternehmen ist daran gelegen, in den Kreis der Bieter zu gelangen und daraus auch nicht wieder eliminiert zu werden. Das Potenzial für Korruption ist damit sehr hoch.

Abweichend von der dieser „Vereinfachung“ des Vergaberechts zu Grunde liegenden Bundesregelung, die bis zum 31.12.2010 befristet war und nicht verlängert wurde, haben die Bundesländer fast flächendeckend die entsprechenden Erlasse um die Jahreswende 2010/2011 verlängert.

Dafür gibt es keinen Anlass. Die Vorgehensweise der Bundesländer führt zu einer Aushebelung des Vergaberechts im Unterschwellenbereich, zu weniger Wettbewerb und Transparenz und fördert Korruption. Transparency Deutschland lehnt die Wertgrenzenerlasse und deren Verlängerung daher uneingeschränkt ab.

Nach Auffassung von Transparency Deutschland ist zu den alten Schwellenwerten zurückzukehren. Dem Vorrang der Öffentlichen Ausschreibung als vorzugswürdigem Mittel gegen Korruption und für wirtschaftliche Beschaffung muss wieder uneingeschränkt Geltung verschafft werden.

## 2. Ausdehnung der Transparenzpflichten im Unter- und Oberschwellenbereich

Insbesondere im Unterschwellenbereich, der gegenwärtig durch faktisch nicht vorhandene Rechtsschutzmöglichkeiten gekennzeichnet ist, sind die Transparenzpflichten deutlich auszudehnen, um Korruption wirksam begegnen zu können. Maßnahmen in diesem Sinne sind bspw. die Veröffentlichung wesentlicher Teile der Vergabeunterlagen sowie der geschlossenen Verträge im Internet (wobei dem Bieter ein Recht auf Schutz in Bezug auf die Auftragnehmer angemessene Rechnung zu tragen ist), um eine Nachvollziehbarkeit der Vergabeentscheidungen zu ermöglichen; Ausdehnung der Pflicht zur Vorab-Information vor der Auftragsvergabe, um den Auftragnehmern die Möglichkeit zu geben, die Auftragsvergabe auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüfen zu können (siehe dazu auch nachfolgend Ziffer 3).

Im Oberschwellenbereich ist darauf hinzuwirken, dass die ohnehin bestehenden Transparenzpflichten beachtet werden. Vielfach sind Bekanntmachungspflichten nicht hinreichend bekannt. Zudem ist auch hier über eine Veröffentlichung der Vergabeunterlagen ein Maximum an Transparenz nach außen zu schaffen, da öffentliche Kontrolle ein wirksames Instrument der Korruptionsbekämpfung ist.

Von der Veröffentlichung auszunehmen sind lediglich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. In der Praxis ist allerdings schon jetzt zu beobachten, dass sich öffentliche Stellen im Zusammenhang mit den Informationsfreiheitsgesetzen (Bund/Länder) häufig unreflektiert und pauschal auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse berufen, um Akteneinsichtsanträge abzulehnen. Vor diesem Hintergrund sind Vergabestellen dazu verpflichtet, schriftlich dokumentiert zu begründen, aus welchen Gründen bestimmte Teile eines Vergabeunterlagen als Betriebs- und/oder Geschäftsgeheimnis qualifiziert werden und insbesondere auch, warum diesbezüglich ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse des betroffenen Unternehmens besteht. Die Veröffentlichung dieser Begründung muss ebenfalls obligatorisch sein.

## 3. Angleichung der Rechtsschutzmöglichkeiten im Unter- und Oberschwellenbereich

Der bisherige Rechtsschutz im Unterschwellenbereich in Form von einstweiligem Rechtsschutz oder nachgelagerten zivilrechtlichen Schadensersatzprozessen kann nicht als effektiv bezeichnet werden. Die Unternehmen haben kein Interesse daran, mit einem erheblichen Kostenrisiko im Falle des Unterliegens zivilrechtlich Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Sie wollen ihre Mitarbeiter und Maschinen einsetzen können. Von Expektanzen in Schadensersatzprozessen kann niemand einen Betrieb aufrechterhalten.

Es besteht kein Grund, in Deutschland nicht auch unterhalb der Schwellenwerte den gleichen Rechtsschutz zu gewähren, der auf Initiative der Europäischen Union heute für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte gewährt wird, wobei dies auch der Handhabung in den meisten anderen europäischen Staaten entsprechen würde. Dieses Verfahren gewährleistet effektiven Rechtsschutz, wirkt disziplinierend und ist mit Blick auf Transparenz (Akteneinsicht) und Korruptionsprävention (nicht nachvollziehbare und von sachfremden Erwägungen bestimmte Entscheidungen können aufgedeckt und überprüft werden) die vorzugswürdige weil einzig wirksame Variante. Sinnvolle Modifikationen können zu einer wünschenswerten Verkürzung der Verfahrensdauer vor den Vergabekammern führen. Als solche kommen insbesondere in Betracht:

- Eine Verkürzung der Stillhaltefrist bei obligatorischer Bieterbenachrichtigung per Fax/E-Mail ist sinnvoll und verkürzt die Rechtsschutzmöglichkeiten nicht unangemessen. Allerdings müssen 10 Werkzeuge das Minimum sein, um den Sachverhalt erfassen und ggf. nachfragen und eine Abstimmung mit einem Rechtsbeistand herbeiführen zu können. Dadurch werden letztlich auch

Nachprüfungsverfahren „ins Blaue hinein“ vermieden.

- Das Instrument der Schutzschrift\* ist dadurch zu stärken, dass es in der Wahrnehmung der Vergabestellen mehr in den Fokus gerückt wird und damit zukünftig effektiver eingesetzt werden kann, da Schutzschriften das Verfahren – sofern eine Vergabestelle mit einer solchen durchdringt – verkürzen können und damit wirkungsvoll der Rechtsfindung und Beschleunigung der Verfahren dient.
- Eine kleinere Besetzung der VK bzw. Übertragung auf den Vorsitzenden (vgl. Einzelrichter) ist sinnvoll und kann zur Beschleunigung der Verfahren führen.

Bei allen Modifikationen ist darauf zu achten, dass die Möglichkeit effektiven Rechtsschutzes gewährleistet bleibt. Nur über transparente Verfahren und umfassende Überprüfungsmöglichkeiten im Wege des Rechtsschutzes lässt sich Korruption wirksam begegnen.

Vor diesem Hintergrund ist dafür Sorge zu tragen, dass in Nachprüfungsverfahren faktisch nicht nur der nächst Bestbietende die Möglichkeit hat, die Überprüfung eines Vergabeverfahrens herbeizuführen. Die gegenwärtig zu beobachtende Tendenz in der Rechtsprechung, Nachprüfungsanträge sogar mangels Aussicht auf Erteilung des Zuschlages als unzulässig abzuweisen, wenn ein oder viertplatzierter Bieter diesen stellt, widerspricht aus Sicht von Transparency Deutschland dem grundlegenden Interesse an rechtmäßigem Verwaltungshandeln und damit einhergehend vergaberechtskonformen Auftragsvergaben. Eine in diesem Sinne rechtswidrige Vergabe darf nicht nur deshalb zur Durchführung gelangen, weil nicht der zweitplatzierte Bieter Rechtsschutz begehrt, sondern „nur“ der Drittplatzierte. Sind subjektive Bieterrechte tangiert, muss ein umfassender Rechtsschutz möglich sein.

## 4. Gültigkeit des Vergaberechts im Unterschwellenbereich für alle öffentlichen Auftraggeber i.S.v. § 98 GWB

Die vergaberechtlichen Vorschriften müssen für alle öffentlichen Auftraggeber i.S.v. § 98 GWB gelten, insbesondere auch für Gesellschaften unter staatlicher, öffentlicher und insbesondere kommunaler Kontrolle (z.B. Stadtwerke, Verkehrsbetriebe, Rundfunkanstalten etc.). Gegenwärtig sind beispielsweise kommunale Eigengesellschaften in Nordrhein-Westfalen im Unterschwellenbereich per Runderlass des Innenministeriums NRW vom 22. März 2006 „Vergabegrundsätze für Gemeinden (GV) nach § 25 Gemeindehaushaltsverordnung (GemHVO)“ vollständig von der verpflichtenden Anwendung des Vergaberechts befreit. Dem kommt große praktische Bedeutung zu, weil das Auftragsvolumen kommunaler Eigengesellschaften insgesamt kaum kleiner ist als das der Kommunen selbst.

Oberhalb der Schwellenwerte ist die umfassende Bindung öffentlicher Auftraggeber an das Vergaberecht durch Bundesrecht (§ 98 GWB) gewährleistet. Bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte liegt diese Frage dagegen im Zuständigkeitsbereich der Länder. Etliche Bundesländer gehen mit gutem Beispiel voran und verpflichten kommunale Eigengesellschaften (und weitere öffentliche Auftraggeber) zur Einhaltung des Vergaberechts auch unterhalb der Schwellenwerte (z. B. Baden-Württemberg). In anderen Bundesländern (z. B. Nordrhein-Westfalen) gilt dies dagegen nicht, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund erkennbar wäre.

Zudem existieren erhebliche Missbrauchsgefahren: Kommunen beauftragen im Wege sogenannten In-house-Vergaben Eigengesellschaften mit der Durchführung von Beschaffungsvorhaben, bei denen die Kommune selbst an Vergaberecht gebunden wird. Formal übernimmt aber eine Eigengesellschaft die Beschaffung, die nicht an die vergaberechtlichen Vorschriften gebunden ist. Im Ergebnis wird das Vergaberecht auf diese Weise ausgehebelt. Es existieren sogar kommunale Einkaufsgesellschaften, deren wesentlicher Zweck die Umgehung des Vergaberechts ist. Diese Vorgehensweise ist wettbewerbswidrig, fördert korruptive Strukturen und ist daher zu unterbinden.

## 5. Zentrale Veröffentlichungsplattform für öffentliche Ausschreibungen

Die Sicherstellung echten Wettbewerbs ist ein wichtiges Instrument gegen Korruption bei Auftragsvergaben. Umso bedeutsamer ist es, dass öffentliche Ausschreibungen einen größtmöglichen Kreis potentieller Bieter erreichen. Der zentrale Internetauftritt der öffentlichen Verwaltung ([www.bund.de](http://www.bund.de) (<http://www.bund.de/>)) mit seiner sehr nutzerfreundlichen Ausschreibungsdatenbank ist hierfür die ideale Plattform. Sie wird bereits heute von zahlreichen öffentlichen Auftraggebern genutzt. Die Nutzung der Datenbank ist für beide Seiten kostenfrei und bietet faktisch nur Vorteile.

Die Einstellung von Angeboten öffentlicher Auftraggeber in diese Datenbank muss daher rechtlich verpflichtend werden. Die bisherigen Regelungen hierzu sind unzureichend: In der VOB/A wird die Angebotseinstellung bei [www.bund.de](http://www.bund.de) (<http://www.bund.de/>) nur als eine von mehreren Alternativen erwähnt. Bei Ausschreibungen nach VOL/A ist die Auffindbarkeit des Angebots über [www.bund.de](http://www.bund.de) (<http://www.bund.de/>) zwar zu gewährleisten, wenn das Angebot im Internet veröffentlicht wird. Ob das Angebot aber überhaupt im

## 6. Veröffentlichungspflichten bei beschränkten Ausschreibungen und freihändigen Vergaben

Im Zuge der letzten Überarbeitung der VOB/A und der VOL/A sind erste begrüßenswerte Schritte hin zu mehr Transparenz bei beschränkten Ausschreibungen und freihändigen Vergaben unternommen worden. Ab einem Auftragswert in Höhe von 25.000 € (15 € für freihändige Vergaben im Anwendungsbereich der VOB/A) hat der Auftraggeber nach Auftragserteilung unter anderem den Auftragsgegenstand, das Auftragsvolumen und den Namen des Auftragnehmers zu veröffentlichen. Mit dieser nachgelagerten Transparenz wird die Etablierung und Aufrechterhaltung eines „Hoflieferantentums“ offengelegt und damit zumindest erschwert. Ein nennenswerter Aufwand geht für die Auftraggeber damit nicht einher. Die Internetplattform [www.bund.de](http://www.bund.de) (<http://www.bund.de/>) (siehe bereits Abschnitt „Zentrale Veröffentlichungsplattform für öffentliche Ausschreibungen“) bietet eine kostenfreie und bedienungsfreundliche Möglichkeit zur Veröffentlichung erteilter Aufträge. Diese Möglichkeit wird bereits heute von zahlreichen öffentlichen Auftraggebern genutzt. Die Nutzung dieser Plattform ist verbindlich vorzuschreiben, um eine einheitliche Handhabung zu gewährleisten und der interessierten Öffentlichkeit einen Gesamtüberblick zu ermöglichen.

Besonders kritisch sind aktuelle Pläne einzelner Bundesländer zu bewerten, die genau in die entgegengesetzte Richtung gehen und Kommunen freistellen wollen, ob sie die neuen Transparenzvorgaben aus der VOB/A und der VOL/A einhalten wollen oder nicht. Da auf Bundesebene erkennbare Bemühen um mehr Transparenz würde hier ohne erkennbaren Grund untergraben werden.

## 7. Etablierung eines Korruptionsregisters und eines Meldesystems auf Bundesebene

Im Vorfeld einer Auftragsvergabe ist die Eignung der Bieter zu prüfen, um sicherstellen zu können, dass Aufträge nur an fachkundige, leistungsfähige, zuverlässige (geeignete) und gesetzestreue Auftragnehmer vergeben werden. Zu diesem Zweck wurden in mehreren Bundesländern Korruptionsregister eingeführt, die ab gewisser Schwellenwerte vor der Auftragserteilung abzufragen sind, um unter anderem anhand der Informationen die Zuverlässigkeit der potenziellen Auftragnehmer prüfen zu können. In das Korruptionsregister werden beispielsweise in Nordrhein-Westfalen solche Unternehmen eingetragen, die bezüglich einer im Korruptionsregistergesetz definierten Katalogtat angeklagt sind, bzw. sich einer solchen strafbar gemacht haben.

Die verpflichtende Abfrage des Korruptionsregisters im Rahmen der Zuverlässigkeitsprüfung (wie sie in NRW ab bestimmten Auftragswerten bereits implementiert ist) kann somit das Risiko minimieren, Aufträge an unzuverlässige Unternehmen zu vergeben, die Auftragsvergabe aufgrund der Informationen begründet abgelehnt werden kann. Ein Korruptionsregistergesetz stellt damit unter anderem ein – gewollt – abschreckendes Mittel dar, das dazu geeignet ist, die öffentlichen Auftraggeber vor kriminellen sowie unzuverlässigen Auftragnehmern wirksam zu schützen.

Vor dem Hintergrund, dass die Bundesländer, die bislang ein solches Korruptionsregister eingeführt haben, überwiegend gute Erfahrungen haben sammeln können, gilt es, dieses Instrument bundesweit einzuführen. Das Ziel, Korruption im Bereich des öffentlichen Vergabewesens umfassend, dauerhaft und effektiv zu bekämpfen, würde durch ein zentral auf Bundesebene geführtes Korruptionsregister gefördert. Alle öffentlichen Auftraggeber sind dazu zu verpflichten, vor einer Auftragsvergabe Einträge der für ein Zuschlag vorgesehenen Bieter(-gemeinschaftsmitglieder) abzufragen. Eintragungen bei Verurteilungen wegen einer oder mehrerer Katalogtaten müssen zwingend sein, ohne Ermessensspielräume der Gerichte bzw. Staatsanwaltschaften.

Darüber hinaus ist auf Bundesebene ein Meldesystem zu etablieren, über das mögliche strafrechtlich relevante Vorgänge im Zusammenhang mit Auftragsvergaben gemeldet werden können, um die Strafverfolgungsbehörden in ihrem Kampf gegen Korruption wirksam unterstützen zu können.

## Resümee:

Die derzeit bestehenden Regelungen für das öffentliche Auftragswesen, die bestimmen, wie öffentliche Auftraggeber öffentliche Gelder beim Kauf von Waren oder Bau- und Dienstleistungen auf dem freien Markt auszugeben haben, sind nicht hinreichend bzw. lückenhaft und es besteht die Gefahr, dass diese nicht durchgängig ordnungsgemäß und dem Sinn entsprechend angewandt werden. Daher müssen sie im oben genannten Sinne abgeändert bzw. um die genannten Mindeststandards und Korruptionspräventionsmaßnahmen ergänzt werden, um beispielsweise offensichtliche Lücken zur Umgehung des Vergaberechts schnellstmöglich zu schließen.

Erst nach Umsetzung dieser Maßnahmen sind die Regelungen für das öffentliche Auftragswesen aus Sicht von Transparency Deutschland als hinreichend effektiv anzusehen, um Korruption vorzubeugen und zu gewährleisten, dass die eingesetzten öffentlichen Gelder effizient eingesetzt werden und es nicht zu Verschwendungen öffentlicher Mittel kommen kann.

*Am 17. Oktober 2011 in der Vorstandssitzung von Transparency Deutschland verabschiedet.*

---

*\* Eine Schutzschrift ist ein Schriftsatz an ein Gericht, der verhindern soll, dass im Rahmen eines befürchteten vorläufigen Rechtsschutzverfahrens ein Entscheid zum Nachteil der Partei, die den Schriftsatz vorsorglich eingereicht hat, ergeht.*

---