



**TRANSPARENCY
INTERNATIONAL**
Deutschland e.V.

Die Koalition gegen Korruption.

Transparency International Deutschland e.V.
Alte Schönhauser Str. 44
D – 10119 Berlin

per E-Mail

an das Bundesministerium für Wirtschaft und
Energie

Geschäftsstelle

Alte Schönhauser Str. 44
D-10119 Berlin
Tel.: (49) (30) 54 98 98 0
Fax: (49) (30) 54 98 98 22
E-Mail: office@transparency.de
www.transparency.de

Berlin, den 26. Mai 2015

**Stellungnahme von Transparency International Deutschland e.V.
zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie
zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts
(Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien 2014)
– VergModG**

(Bearbeitungsstand 30.04.2015)

Zu dem Referentenentwurf für ein Vergaberechtsmodernisierungsgesetz (nachfolgend nur: Ref-E) nehmen wir für Transparency International Deutschland e.V. (nachfolgend: Transparency Deutschland) Stellung. Dabei beschränken wir uns auf die Auseinandersetzung mit den Punkten des Entwurfs, die für das von Transparency Deutschland verfolgte Anliegen der umfassenden Bekämpfung der Korruption von besonderer Bedeutung sind.

Dabei handelt es sich um die vorgesehene Gleichstellung von offenem und nicht offenem Verfahren (I.), um die Schaffung eines weitaus höheren Maßes an Transparenz durch aussagekräftige Veröffentlichungen (II.) und die den Ausschluss einschließlich der Selbstreinigung betreffenden Regelungen (III.).

Wir würden uns freuen, wenn unsere Stellungnahme auf der Website des BMWi veröffentlicht wird, neben allen anderen eingegangenen Stellungnahmen.

I. Gleichstellung von offenem und nicht offenem Verfahren (§ 119 Ref-E)

Der Referentenentwurf sieht in § 119 Abs. 2 Ref-E vor, dass Öffentlichen Auftraggebern zukünftig die freie Wahl zwischen dem offenen und dem nicht offenen Verfahren zustehen soll.

Transparency Deutschland lehnt diese geplante Gleichstellung ab und empfiehlt, weiterhin an dem bislang geltenden Vorrang des offenen Verfahrens festzuhalten.

1. Nicht offene Verfahren sind anfälliger für Korruption

Die geplante Gleichstellung der beiden Verfahrensarten stellt aus Sicht von Transparency Deutschland einen gravierenden Rückschritt in dem Bemühen um eine effektive Korruptionsprävention dar, da nur das offene Verfahren größtmöglichen Wettbewerb und größtmögliche Transparenz zu gewährleisten vermag. Ausschließlich dieses Höchstmaß an Transparenz und Wettbewerb ist geeignet, effektiv gegen Korruption zu wirken, was gerade nicht durch den dem nicht offenen Verfahren vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb erreicht bzw. erzielt werden kann.

Die sich an den Teilnahmewettbewerb anschließende und durch den Öffentlichen Auftraggeber vorzunehmende Auswahl der Bieter, die zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden sollen, kann dazu genutzt werden und dazu führen, dass eine interessengesteuerte Selektion zum Schaden für den fairen Wettbewerb vorgenommen wird. Dem öffentlichen Auftraggeber ist es nämlich lediglich verboten, diese Auswahl willkürlich, d.h. aufgrund sachfremder Erwägungen bzw. grundlos, zu treffen. Sofern allerdings eine interessengesteuerte Auswahl (bspw. vor dem Hintergrund situativer oder struktureller Korruption) getroffen wird, werden sich Gründe für die getroffene Selektion finden und für die jeweilige Entscheidung anführen lassen – mit der Folge, dass gegebenenfalls überhöhte und nicht im Wettbewerb ermittelte Marktpreise auf Basis eines korruptiven Beziehungsgeflechts gezahlt werden.

Damit geht mit der Gleichstellung dieser beiden Vergabeverfahren die Gefahr der Begünstigung und Bevorzugung von „gewollten“ Auftragnehmern mit der Folge von erhöhten Korruptionsrisiken und Kostensteigerungen einher.

2. Nicht offene Verfahren bringen demgegenüber keinerlei Vorteile – das Gegenteil ist der Fall

Diese Sicht wird zudem durch den am 9. Februar 2012 veröffentlichten Bericht des Bundesrechnungshofes zu der Beschaffung von Bauleistungen und freiberuflichen Leistungen bei Bauvorhaben des Bundes (im Bereich unterhalb der Schwellenwerte) (indirekt) gestützt (Bericht ist abrufbar unter: <http://www.bundesrechnungshof.de/de/veroeffentlichungen/sonderberichte/2012-sonderbericht-auswirkungen-der-vergabeerleichterungen-des-konjunkturpakets-ii-auf-die-beschaffung-von-bauleistungen-und-freiberuflichen-leistungen-bei-den-bauvorhaben-des-bundes-1>). Der Bundesrechnungshof stellte in dem vorgenannten Bericht fest, dass durch die Aushöhlung des Primats der Vergabe öffentlicher Aufträge im Wege des offenen Verfahrens (Vorrang der freihändigen Vergabe von Bauleistungen bis zu einem Auftragswert von 100 TEURO bzw. beschränkte Auftragsvergabe bis zu einem Auftragswert von bis zu 1 Mio. EURO im Zeitraum 2009 und 2010) etliche Aufträge ohne formstrenge Verfahren in den Markt gegeben worden sind. Dies hatte – wie der Bundesrechnungshof in seinem Bericht festgestellt hat – erhöhte Korruptions- und Manipulationsrisiken und Wettbewerbsbeschränkung sowie Mehrausgaben allein im Hochbau von 50 bis 70 Millionen Euro zur Folge.

Es kann und sollte nicht gewollt sein, dass sich diese Folge auch auf Aufträge oberhalb der Schwellenwerte überträgt. Um diese Gefahr zu vermeiden muss weiterhin am Primat des offenen Verfahrens festgehalten werden.

Zu im Wesentlichen gleichen Einschätzungen zur Bedeutung der Verfahrensart für das Korruptionsrisiko gelangt der Bundesrechnungshof in dem am 22.10.2013 veröffentlichten Sonderbericht „Öffentliche Vergabe von Bauleistungen und Korruptionsvorbeugung“, der gemeinsam mit dem Beschaffungssamt der Tschechischen Republik erstellt wurde (abrufbar unter: <http://www.bundesrechnungshof.de/de/veroeffentlichungen/sonderberichte/2013-sonderbericht-oeffentliche-vergabe-von-bauleistungen-und-korruptionsvorbeugung>). Wörtlich heißt es in der Zusammenfassung der Ergebnisse. „In Deutschland gilt hingegen der gesetzlich und haushaltsrechtlich verankerte Vorrang des offenen Verfahrens bei EU-weiten Vergaben bzw. der Öffentlichen Ausschreibung, die bei nationalen Vergaben dem offenen Verfahren entspricht. Dadurch können mehr Unternehmen Angebote abgeben. Dies vermindert die Korruptionsgefährdung, erschwert Preisabsprachen zwischen den Bietern und führt zu den wirtschaftlichsten Ergebnissen.“

Auch das Argument, dass mit dem nicht offenen Verfahren grundsätzlich eine Zeitersparnis hinsichtlich der Auftragsvergabe einhergeht, ist aus Sicht von Transparency Deutschland nicht zwingend bzw. belegbar. Im Gegenteil hat die 2. Vergabekammer des Bundes in einem

Beschluss (Az: VK 2- 20/02) festgestellt, dass die Eilbedürftigkeit keinen zwingenden Grund für die Wahl des nicht offenen Verfahrens darstellt, da auch aus Sicht der 2. Vergabekammer mit dieser Verfahrensart keine grundsätzliche Zeitersparnis einhergeht. Dies überrascht nicht, da auch bei dem nicht offenen Verfahren hinreichende Fristen für den Teilnahmewettbewerb, die Angebotserstellung etc. gewährt werden müssen. Lediglich die Phase der Angebotsauswertung kann in Einzelfällen zu einer Zeitersparnis führen, sofern (zum Schaden für den Wettbewerb) eine geringe Anzahl von Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde.

Vor diesem Hintergrund erscheint das Argument der Zeitersparnis ein Scheinargument zu sein, das durch aktuelle Werte widerlegt ist. Es handelt sich um eine stets und wiederkehrend angeführte Behauptung, die dem auch für die Erhaltung wettbewerblicher Strukturen dienlichen Ziel einer effektiven Korruptionsprävention zum Nachteil gereicht. Die geplante Neuregelung des § 119 Abs. 2 Ref-E ist daher abzulehnen.

II. Erhöhte Transparenz im Vergabeverfahren

Das wirksamste Mittel gegen korruptive Beschränkungen wettbewerbsorientierter Beschaffung ist Transparenz. Daher sollten alle Vergabeverfahren mit dem jeweils höchst möglichen Maß an Transparenz durchgeführt werden. Dies gilt von der Bekanntmachung bis zur Information über die Erteilung des Zuschlags. Dazu sollten Ausschreibungsverfahren oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte immer transparent im Rahmen von Ausschreibungsfamilien (ähnlich Patentfamilien) veröffentlicht werden.

Eine Ausschreibungsfamilie besteht aus der Vorabinformation über die geplante Ausschreibung, die eigentliche Ausschreibung, Änderungen zur Ausschreibung und Veröffentlichung des Ergebnisses der Ausschreibung. Bisher müssen qua Vergabeordnung lediglich bei niederschweligen und EU-weiten Vergaben die Vergabeentscheidungen öffentlich transparent gemacht werden – was in der Praxis dazu führt, dass die Meldung bei niederschweligen Ausschreibungen gern „vergessen“ wird und de facto nur bei ca. 25% der Vergaben eine entsprechende Meldung über die getroffene Vergabeentscheidung publiziert wird. Eine entsprechende Änderung dahingehend, dass die komplette Ausschreibungsfamilie veröffentlicht werden muss, führt zu einer einfachen und einheitlichen Regelung, zu mehr Transparenz und damit letztendlich auch mehr Wettbewerb zu Gunsten der öffentlichen Haushalte, die durch die durchgängige Veröffentlichungspflicht kaum belastet werden. Um diese Ziele zu erreichen, muss mindestens ein, möglichst aber mehrere aussagekräftig und einschlägige CPV-Kodes verwendet werden, um den Ausschreibungsgegenstand zu beschreiben.

Entgegen vielfach vorgetragener Behauptung ist der damit verbundene Aufwand für die öffentlichen Auftraggeber sehr überschaubar. Transparency Deutschland hat gemeinsam mit dem Deutschen Auftragsdienst, DTAD, eine Umfrage unter Vergabestellen durchgeführt, um nähere Informationen über den Umgang mit Veröffentlichungen von Vergabevorhaben bzw. den -entscheidungen zu erhalten. Die Rückmeldungen bestätigen, dass erhöhte Transparenz nicht aufwendig ist. Als wesentliches Ergebnis kann festgehalten werden, dass gerade diejenigen öffentlichen Stellen, die ihre Verfahren regelmäßig elektronisch veröffentlichen, den Aufwand für gering erachten (vgl. zu den Ergebnissen die Auswertung unter:

http://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Vergabe/Vergabestellenreport_2015.pdf).

Die Verwendung falscher CPV-Kodes ist für die nötige Transparenz sehr schädlich. Ein mit falschem CPV-Kode bezeichnetes Verfahren ist für Interessierte nicht aufzufinden. Eine Falschbezeichnung darf daher nicht folgenlos bleiben, sondern muss als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Eine Ordnungswidrigkeit ist ebenso die Nichteinhaltung von Fristen, d.h. die Veröffentlichung des Ausschreibungsergebnisses erfolgt nicht zeitnah nach der Vergabe des Auftrages.

III. Ausschluss vom Verfahren, Selbstreinigung und befristeter Ausschluss (§ 123 ff.)

Positiv zu bewerten ist, dass die Regelungen über den Ausschluss von Unternehmen nun tatsächlich gesetzlich geregelt werden. Es ist aber bedauerlich, dass der Referentenentwurf zur Umsetzung der EU-Vorgaben in wesentlichen Teilen lediglich auf die Übernahme der Richtlinienvorgaben beschränkt ist. Die konkrete Ausgestaltung der aus dem RL-Entwurf übernommenen Vorgaben ist auf das absolut notwendige Maß beschränkt. Es wäre dringend geboten, den bestehenden Gestaltungsspielraum zu einer effektiven Regelung betreffend den Ausschluss von Unternehmen zu nutzen, die sich durch die Verletzung des den Wettbewerb schützender straf- und bußgeldbewehrter Tatbestände als unzuverlässig erwiesen haben. Bedauerlicherweise werden nicht nur mögliche Gestaltungsspielräume nicht genutzt, sondern es fehlen wichtige und für die Umsetzung in die Praxis nötige Regelungen. Im Einzelnen:

1. Der Sperrkatalog ist um Delikte, die Wettbewerbsbeschränkungen untersagen, zu erweitern

Erfreulicher Weise enthält der Ref-E im Vergleich zur Richtlinie eine Erweiterung des Kataloges der zwingend zum Ausschluss führenden Tatbestände. Zu diesen Tatbeständen gehören zu Recht – und aus Sicht von Transparency Deutschland unverzichtbar – die Korruptionsdelikte im Bereich des geschäftlichen Verkehrs (§ 299 StGB) und auch der Amtsdelikte (§§ 333 f. StGB).

Geboten wäre allerdings auch die Aufnahme der Wettbewerbsbeschränkungen, die nach § 298 StGB unter Strafe bzw. nach § 1 GWB als Ordnungswidrigkeit geahndet werden können. Angesichts der Tatsache, dass Öffentliche Auftraggeber mit den öffentlichen Aufträgen auf einen funktionierenden Wettbewerb angewiesen sind, erscheint es zwingend, Unternehmen vom Wettbewerb um öffentliche Aufträge auszuschließen, die diesen Wettbewerb zum Nachteil der Nachfrager und damit bei öffentlichen Aufträgen zu Lasten der Allgemeinheit einschränken.

2. Die Voraussetzungen für den zwingenden Ausschluss müssen erweitert bzw. eindeutig geregelt werden

Der zwingende Ausschluss ist nach der in § 123 Abs. 1 Ref-E vorgesehenen Regelung davon abhängig, dass eine Person, deren Verhalten dem Unternehmen zurechenbar ist, rechtskräftig verurteilt worden ist. Eine rechtskräftige Verurteilung ist als Voraussetzung für einen Ausschluss weder aus rechtlichen Gründen erforderlich, noch ist sie sachgerecht. Vielmehr ist für alle Katalogtaten des Abs. 1 vorzusehen, dass der Verstoß gegen eine Katalogtat „in geeigneter Weise“ nachgewiesen werden kann.

Es ist wohl allgemeine Meinung, dass der Ausschluss von einem Vergabeverfahren keiner besonderen gesetzlichen Ermächtigung bedarf. Nach h.M. ist dies nicht einmal für eine längerfristige Sperre erforderlich. Ausreichend – aber auch erforderlich – ist für den Ausschluss, dass die Unzuverlässigkeit hinreichend nachgewiesen werden kann. Völlig zutreffend wird daher in § 123 Abs. 5 Ref-E „nur“ auf dieses Erfordernis abgestellt. Soweit in der Begründung zu § 123 Ref-E darauf hingewiesen wird, dass der Ausschluss Grundrechtspositionen berührt und der gesetzlichen Ermächtigung bedarf, entspricht dies nicht der ständigen Rechtsprechung (vgl. KG Berlin, Urteil vom 08.12.2011 – Az. 2 U 11/11; LG Berlin, Urteil vom 22.03.2006 – Az. 23 O 118/04) und auch nicht der ganz herrschenden Meinung in der Literatur.

Die nun in § 123 Abs. 1 Ref-E vorgesehene Regelung führt daher zu einer rechtlich nicht gebotenen und abzulehnenden Einschränkung der bisherigen Ausschlussmöglichkeit. Sie statuiert das Erfordernis der Verurteilung und lässt – so das Ergebnis einer an der Systematik der Normen ausgerichteten Auslegung – für andere Möglichkeiten des Nachweises keinen Raum. § 124 Nr. 3 Ref-E regelt die Erstreckung des fakultativen

Ausschlusses für Katalogtaten des § 123 Abs. 1 Ref-E nicht eindeutig (s.u.). Für dieses Ergebnis der Auslegung, nämlich einer in sich geschlossenen und im Hinblick auf § 124 Ref-E abschließenden Regelung, spricht auch der klarstellende Hinweis in § 123 Abs. 3 Ref-E auf § 21 ArbeitnehmerEG, § 98 c Aufenthaltsg und § 19 MindestlohnG. (Hinweis: In dieser Auflistung fehlt die den zitierten Normen vergleichbare Regelung des § 21 Schwarzarbeitsbekämpfungsg!) Nach all diesen Normen ist der Ausschluss von öffentlichen Vergabeverfahren schon vor der Verhängung einer Sanktion vorgesehen, sofern angesichts der Beweislage kein vernünftiger Zweifel an dem Sachverhalt besteht, der zum Ausschluss führt. Warum bei den Katalogtaten des Abs. 1 auf die Verurteilung abgestellt wird, ist nicht nachvollziehbar. Aus dem Zusammenspiel von Abs. 1 und Abs. 2 ergeben sich daher Wertungswidersprüche.

Die nun in § 123 Ref-E geregelten Voraussetzungen sind auch nicht sachgerecht. Denn von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens oder dem anderweitigen Bekanntwerden einer den Ausschluss begründenden Verfehlung bis zur rechtskräftigen Verurteilung vergehen oftmals viele Jahre. Selbst wenn sich das Rechtsmittel des Angeklagten nur auf das Strafmaß bezieht, das dem Unternehmen zurechenbare Fehlverhalten also unzweifelhaft feststeht, wäre der Auftraggeber an dem Ausschluss des Unternehmens aus Rechtsgründen gehindert. Daraus ergeben sich durch Verlängerung des Verfahrens Gestaltungsmöglichkeiten für die Beurteilung der vergaberechtlichen Zuverlässigkeit, weil durch Rechtsmittel in dem Strafverfahren gegen die Einzelperson die Voraussetzungen für den Ausschluss des Unternehmens vom Verfahren geschoben werden kann. Dies schränkt den Anwendungsbereich erheblich und unnötig ein.

3. Die Voraussetzungen für die Zurechnung des Handelns natürlicher Personen zum Unternehmen sind unzureichend geregelt

In § 123 Abs. 4 Ref-E sind die Voraussetzungen für die notwendige Zurechnungen des Handelns natürlicher Personen zum Unternehmen bestimmt. Wie in Begründung zum Ref-E dargestellt, ist diese Zurechnung notwendig. Allerdings ist dies nicht nur in diesem Regelungszusammenhang, sondern generell der Fall – auch im Zivilrecht wird in vertraglichem oder deliktischem Kontext über Normen einer juristischen Person das Verhalten natürlicher Personen zugerechnet. Dies ist also nicht nur für den hier im Ref-E ausweislich der Begründung in Bezug genommenen Bereich des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts so. Allerdings ist das hier gewählte und dem Ordnungswidrigkeitenrecht entlehnte Zurechnungsmodell des § 30 OWiG nicht sachgerecht umgesetzt und auch missverständlich formuliert.

§ 30 OWiG sieht die Verhängung eines Unternehmensbußgeldes unter zwei wesentlichen Voraussetzungen vor: Erstens muss eine bestimmte (Leitungs-)Person gehandelt haben und zweitens muss diese eine besondere Tat (sog. Anknüpfungstat) begangen haben. Das heißt: Nicht jede durch irgendeinen Mitarbeiter eines Unternehmens begangene Tat genügt, um ein Unternehmensbußgeld zu verhängen. Vielmehr gilt: Es muss eine mit Leitungsaufgaben betraute Person (Vorstand oder Geschäftsführer, vertretungsberechtigter Gesellschafter, Generalbevollmächtigter, Prokurist, Betriebsleiter) oder ein Mitglied eines Überwachungsorgans (Aufsichtsrat) gehandelt haben. Zweitens muss eine solche Leitungsperson eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen haben, durch die entweder eine dem Unternehmen selbst obliegende Pflicht verletzt wurde oder durch die das Unternehmen bereichert wurde oder bereichert werden sollte. Dem Unternehmen selbst obliegt z.B. die strafbewehrte Pflicht, Steuern zu zahlen (vgl. § 370 AO) oder Löhne und Sozialabgaben zu entrichten (vgl. § 266 a StGB). Typische Bereicherungshandlung zum Vorteil des Unternehmens ist der Betrug (§ 263 StGB). Begeht ein einfacher Mitarbeiter einen Betrug zu Gunsten des Unternehmens, ist dies nach § 30 OWiG gegenüber dem Unternehmen nur dann mit einer Geldbuße zu ahnden, wenn die Unternehmensleitung die Aufsichtspflicht nach § 130 OWiG (nach h.M. eine Anknüpfungstat) verletzt hat. Denn nur insoweit liegt eine Pflichtverletzung durch das Leitungspersonal vor; nur insoweit und aus diesem Grund kommt eine Zurechnung zum Unternehmen – und damit auch die Verhängung

eines Unternehmensbußgeldes – in Betracht. Da die Aufsichtspflichtverletzung nach dem Katalog in § 123 Ref-E keine Katalogtat ist, werden z.B. Betrugshandlungen einfacher Mitarbeiter nach vorgeschlagener Regelungslage nie zu einem zwingenden Ausschluss von einem Vergabeverfahren führen. Denn so wie § 123 Abs. 4 Ref-E momentan konzipiert ist, werden dem Unternehmen nur Bestechungshandlungen der Leitungsebene zugerechnet. Dies erscheint nicht sachgerecht. Es widerspricht auch dem Entwurf für ein Unternehmensstrafrecht, dessen § 2 Abs. 2 VerbStrG-E gerade auch die durch Leitungspersonen begangene Aufsichtspflichtverletzung als dem Unternehmen zurechenbare und strafbewehrte Handlung definiert. Daran fehlt es hier. Unbefriedigende Anwendungsergebnisse werden die Folge sein.

Darüber hinaus ist der zweite Halbsatz in § 123 Abs. 4 Ref-E unklar. Momentan ist die Norm so zu verstehen, dass durch sie der persönliche Anwendungsbereich, also die Leitungsebene (s.o.), als dem Unternehmen zurechenbare Akteure, definiert werden soll. Davon ausgehend wäre der 2. Halbsatz nach dem Semikolon dann so zu verstehen, dass in den Anwendungsbereich solche Personen einbezogen sind, die Kontroll- oder Überwachungsbefugnisse wahrnehmen. Dadurch würden bspw. Mitglieder des Aufsichtsrates einbezogen. Allerdings ist eine Auslegung des 2. Halbsatzes in Abwendung des vorstehenden Regelungsdefizits auch dahin möglich, dass in ihm nicht auf die Personen, sondern auf die Überwachungshandlung (vgl. § 130 OWiG) abgestellt wird und der Verstoß gegen die Aufsichtspflicht nach § 130 OWiG Anknüpfungspunkt für die Zurechnung sein soll. Wenn das gewollt sein sollte, wäre in der Tat eine sachgerechte Regelung intendiert. Dann aber muss die Regelung in diesem Sinne ausdrücklich klargestellt werden. Das gegenwärtig naheliegende Verständnis spricht gegen dieses Auslegungsergebnis.

Transparency Deutschland fordert jedenfalls, dass dem Unternehmen – wie im Zivilrecht – auch die Erfüllung von Katalogtaten durch Unternehmensangehörige zugerechnet werden, die keine Leitungspersonen sind. Wie dort sollte auch hier durch die Möglichkeit der Exkulpation der Entlastungsbeweis durch sachgerechte Organisation und Überwachung geführt werden können. Anderenfalls kann durch eine Selbstreinigung die gebotene Wiederherstellung der Zuverlässigkeit erreicht werden. Eine solche Regelung ist insgesamt sachgerecht und daher vertretbar, weil der Ausschluss vom Vergabeverfahren nach allgemeiner Meinung keine Maßnahme ist, die einer Strafe vergleichbar ist und der Ausschluss – vorbehaltlich der durch das Willkürverbot gebotenen Grenzen – Grundrechte nicht beeinträchtigt.

4. Die Informationsbasis der öffentlichen Auftraggeber muss durch ein zentrales Vergaberegister systematisch erweitert werden

Die öffentlichen Auftraggeber können den Ausschluss nur aussprechen, wenn sie von dem Vorliegen eines Ausschlussgrundes Kenntnis haben. Positive Kenntnis können sie bislang vor allem dadurch erlangen, dass sie entweder im Rahmen einer Eigenerklärung des Bieters darüber informiert werden oder aber über die Presse davon erfahren. Auf Auskünfte aus bisher existierenden zentralen Registern haben die öffentlichen Auftraggeber keinen Anspruch, da sie nicht zum Kreis der Auskunftsberechtigten gehören. Zwar werden alle Verurteilungen im Register erfasst, aber im Führungszeugnis werden nur diejenigen mitgeteilt, deren Strafe 90 Tagessätze Geldstrafe oder 90 Tage Freiheitsstrafe übersteigt. Daher ist auch das Führungszeugnis nur begrenzt aussagekräftig.

Unbefriedigend ist auch, dass die bei einem Öffentlichen Auftraggeber bekannten und den Ausschluss eines Bewerbers mangels Zuverlässigkeit bewirkenden Informationen bei anderen Öffentlichen Auftraggebern nicht verfügbar sind. Unbeschadet der im Einzelfall gebotenen Prüfung der Zuverlässigkeit müssen die Informationen untereinander ausgetauscht bzw. registriert werden. Die Informationsbasis zwischen den Öffentlichen Auftraggebern muss die gleiche sein.

Für ein solches auf Bundesebene zu schaffendes Register sind allerdings im Gesetz und seiner Begründung bedauerlicher Weise keine Anhaltspunkte zu finden. Selbst wenn dieses zentrale Register auf der Grundlage einer Verordnung errichtet werden sollte, was möglicherweise angesichts der gesetzlichen Regelungen über den Ausschluss zulässig sein mag, so sollte in § 113 Ref-E eine entsprechende Ermächtigung ausdrücklich aufgenommen werden.

So oder so ist die Frage der Bereitstellung bzw. Beschaffung von Informationen schon jetzt zu bedenken und mit dem Ref-E zu verbinden. Hierfür erscheint ein bundesweites Register, in dem Verfehlungen zu den Katalogtaten einheitlich registriert werden, die dann von Öffentlichen Auftraggebern vor der Erteilung eines Zuschlags zwingend abgefragt werden müssen, unverzichtbar und dringend geboten.

5. Die Voraussetzungen für die Sperre müssen konkretisiert werden

Es ist unklar und wäre gesetzlich zu regeln, wann von einem Einzelausschluss im laufenden Verfahren zu einer verfahrensübergreifenden Sperre überzugehen ist bzw. übergegangen werden kann. Aus den vorgeschlagenen Regelungen ergibt sich dies nicht. Denn in §§ 123 f. Ref-E ist nur von dem Ausschluss von der Teilnahme an einem Verfahren die Rede. Damit ist zwar eine über das Verfahren hinausgehende Maßnahme nicht ohne weiteres unvereinbar; allerdings erscheint eine ausdrückliche Regelung der Voraussetzungen für den zeitlich gestreckten und eine Vielzahl von Verfahren betreffenden Ausschluss, also die Sperre, als Grundlage der Wirksamkeit geboten.

Selbst wenn dies rechtlich nicht unbedingte Wirksamkeitsvoraussetzung sein sollte, so lehrt die praktische Erfahrung, dass Öffentliche Auftraggeber eine im Gesetz angelegte Anwendungshilfe benötigen. Anderenfalls ist davon auszugehen, dass zur Vermeidung möglicher Auseinandersetzungen über oder eventueller Schadensersatzansprüche wegen zu Unrecht ausgesprochener Sperren von der Sperre kein Gebrauch gemacht werden wird.

6. Die Sperre muss an den Verstoß und nicht an die fehlende Selbstreinigung geknüpft werden

Nach der in § 125 Abs. 2 Ref-E vorgeschlagenen Formulierung „wenn ein Unternehmen, bei dem ein Ausschlussgrund vorliegt, keine oder keine ausreichenden Selbstreinigungsmaßnahmen nach § 125 Ref-E ergreift, darf es (...) für einen Zeitraum von (...) ausgeschlossen werden.“ ist der Ausschluss die Folge für eine unterlassene Selbstreinigung. Selbst wenn dies ein gewolltes Ergebnis sein mag, dass Unternehmen nicht über den Ausschluss „bestraft“, sondern zur Erlangung der Zuverlässigkeit angehalten werden sollen, so ist das gewählte Vorgehen zu kritisieren. Denn Anlass für die Annahme der Unzuverlässigkeit ist der Gesetzesverstoß, so dass dieser der Anknüpfungspunkt für den Ausschluss zu sein hat: Das Unternehmen ist auszuschließen, weil infolge eines Gesetzesverstößes von der Unzuverlässigkeit i.S.d. Vergaberechts auszugehen ist. Insoweit ist auch die Befristung vernünftig, weil sich diese Vermutung verflüchtigt. Die Frist für die Sperre an die unterlassene Selbstreinigung zu knüpfen bedeutet eine Verkehrung der Verhältnisse. Wie auch in den einschlägigen Gesetzen der Länder zu Vergabesperren sollte die Sperre an den die Unzuverlässigkeit begründenden Verstoß geknüpft und die vorzeitige Beendigung der Sperre von der Wiedererlangung der Zuverlässigkeit durch erfolgreiche Selbstreinigung abhängig gemacht werden. Dieses Vorgehen steht in Einklang mit der rechtlichen Qualifikation der Vergabesperre. Aus den Grundrechten resultierende Bedenken stehen dem nicht entgegen.

7. Die Regelungen zu den Voraussetzungen einer Sperre führen zu Wertungswidersprüchen

Der zeitliche Anknüpfungspunkt für einen Ausschluss ist gemäß § 126 Ref-E im Fall eines zwingenden Ausschlussgrundes die Verurteilung (Nr. 1) und im Fall eines fakultativen Ausschlussgrundes der Zeitpunkt des Ereignisses (Nr. 3). In der Praxis wird dies dazu führen, dass ein Unternehmen, bei dem ein zwingender Ausschlussgrund vorliegt, nie von

einem Verfahren ausgeschlossen oder gar gesperrt werden wird. Denn aufgrund der Dauer bis zur Verurteilung wird ein Unternehmen bis dahin die Selbstreinigung ohne Probleme durchführen und abgeschlossen haben können. Ohnehin wird ein Unternehmen bis zum Zeitpunkt der Rechtskraft so viele Änderungen erfahren haben, dass eine Sperre dann kaum noch verhängt werden kann. Auf der anderen Seite ist im Fall eines fakultativen Ausschlusses die Selbstreinigung sofort geboten, um eine sonst mögliche Sperre zu verhindern. In der Praxis wird dies dazu führen, dass die Unternehmen, die von einem fakultativen Ausschlussgrund betroffen sind, schneller die Zuverlässigkeit herbeiführen werden als die Unternehmen, die einen – schwerwiegenden – zwingenden Ausschlussgrund verwirklichen und die Rechtsordnung dadurch schwerwiegender und nachhaltiger stören. Auch in diesem Zusammenhang zeigt sich, dass die Unterscheidung zwischen den fakultativen und den zwingenden Ausschlussgründen zu Problemen führt und zu ihr Verhältnis zu überdenken ist. Denn es ist absehbar, dass es eine langfristige Sperre infolge eines zwingenden Ausschlussgrundes in der Praxis nicht geben wird.

IV. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die vorgesehenen Regelungen den Anforderungen an ein transparentes und korruptionspräventiv wirkendes Vergaberecht nicht gerecht werden. Vielmehr drohen die Einschränkung des Wettbewerbs und eine ineffektive Sanktionierung von Fehlverhalten mit generell negativen Folgen. Gerade wenn die von Transparency Deutschland entschieden abgelehnte Gleichstellung von offenem und nicht offenem Verfahren umgesetzt werden sollte, sind in besonderem Maße Vorkehrungen geboten, die durch höhere Transparenz über das Verfahren, durch Bekanntmachungspflichten bzw. durch konsequenten Umgang mit bestimmten Rechtsverstößen auf die Wahrung fairen Wettbewerbs hinwirken. Hier sieht Transparency Deutschland bei dem Referentenentwurf erheblichen Verbesserungsbedarf.

Berlin, den 26.05.2015.

Christian Heuqing
Leiter AG Vergabe

Dr. Christian Lantermann
Mitglied des Vorstands