

Thesen zur Fortentwicklung des Vergaberechts

Moderation und Einführung



Prof. Dr. Mark von Wietersheim

Geschäftsführer forum vergabe e.V., Berlin

Zum dritten Mal bieten wir die Möglichkeit, Thesen zur Diskussion zu stellen. Die Idee ist, dass Teilnehmer über den vorgegebenen Rahmen der geplanten Themen hinaus weitere Gedanken zur Diskussion stellen können.



Die Möglichkeit, eine These einzureichen, haben wir vorab veröffentlicht. Die Auswahl erfolgte durch die Geschäftsführung in Abstimmung mit dem Wissenschaftlichen Beirat des forum vergabe.

Wir freuen uns besonders, dass dieses Jahr wieder jüngere Kolleginnen und Kollegen die Gelegenheit nutzen, zu der vergaberechtlichen Diskussion beizutragen.

Jeder Vortragende hat zehn Minuten für seine These, danach schließen sich für je zwei Thesen 10 Minuten Fragen und Stellungnahmen an.

Thesen zur Fortentwicklung des Vergaberechts

Abschaffung einer eigenständigen VOB/A ab Erreichen der EU-Schwellenwerte



Leitender Regierungsdirektor Bernhard Fett

Staatsbetrieb Sächsische Informatik Dienste, Dresden

These: Bei der Vollendung des Vergaberechts erscheint es mir unerlässlich, dass ...
„die bisherige VOB/A EU ab Erreichen der EU-Schwellenwerte abgeschafft werden sollte.“

1. Einheitliche Regelung!?

In der aktuellen RL 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe und z. B. auch im vergleichbaren österreichischen Bundesvergabegesetz sind *Liefer-, Dienst- und Bauaufträge einheitlich in einem Regelwerk erfasst*. Dies ist auf EU-Ebene seit 2004 schon einheitlich für alle Leistungen mit der damaligen RL 2004/18/EG, der sog. Vergabekoordinierungsrichtlinie, etabliert worden. Nur Deutschland hält an der überkommenen Trennungslösung von Dienst- und Lieferleistungen einerseits und Bauleistungen andererseits, auch oberhalb der EU-Schwellenwerte, weiterhin grundsätzlich fest.

Auch in Deutschland findet sich dieses *Einheitskonzept inkl. der Bauleistungen jedoch auch schon* in der *Sektorenverordnung*, der *Konzessionsvergabeverordnung* und der *Vergabestatistikverordnung* wieder. Nur der klassische Vergabebereich macht eine nicht nachvollziehbare Ausnahme.

2. Keine systematische Sonderstellung der VOB/A EU

Die systematische Sonderstellung der *VOB/A EU* – neben der *VgV* – ist vor diesem ansonsten einheitlichen Regelungshintergrund in anderen Vergabebereichen sachlich nicht (mehr) zu rechtfertigen.

Das *GWB* verfügt schon über 90 Paragraphen, hinzu kommen 82 der *VgV* und ohne Not nochmals weitere 54 Paragraphen der *VOB/A EU*.

Die *VOB/A EU* regelt trotz ihrer Sonderstellung den *Baubereich im Übrigen nicht vollständig alleine*, sondern es gelten etwa 20 Vorschriften der *VgV* (§§ 1 bis 13, 21-27) ebenfalls dort (vgl. § 2 Satz 1 *VgV*).

Zudem gibt es unnötiger Weise über zehn *Vorschriften der VOB/A EU*, die nur Regelungen des *GWB* und der *VgV lediglich doppeln oder sogar überflüssigerweise dorthin zurück verweisen* (siehe z. B. § 20 *EU VOB/A*, der auf § 8 *VgV* verweist oder § 2 *EU Abs. 5 VOB/A*, der auf § 6 *VgV* verweist sowie § 22 *EU VOB/A*, der ohnehin § 132 *GWB* entspricht und diesem nachrangig ist)

Bei diesen Regelungen der *VOB/A EU* handelt es sich im Übrigen um *Verfahrens-, Dokumentations- und Fristenbestimmungen (§§ 3 EU, 3a EU, 3b EU, 6a EU, 6c EU, 6e EU, 6f EU, 10a EU, 10b EU, 10c EU, 10d EU, 11b EU, 16d EU, 23a EU VOB/A)* die vom europäischen Richtliniengeber *ohnehin zwingend vorgegeben* sind, sodass eine eigene und separate Regelungsnotwendigkeit nicht erkennbar ist.

Dies ist nicht anwenderfreundlich.

3. Lösung

Die bisherige *VOB/A EU* sollte ab Erreichen der *EU-Schwellenwerte* als solche *abgeschafft* werden, um die *Einheitlichkeit* des insoweit schon seit 2004 mit der damaligen *RL 2004/18/EG* fortlaufend auf *EU-Ebene vereinheitlichten Vergaberechts auch für Bauaufträge* sicher zu stellen.

Die bisherige *VOB/A EU* mit insgesamt 54 Paragraphen, die vielfach auch nur nahezu wortgleiche Bestimmungen des *GWB* und der *VgV* doppelt (§§ 1 *EU*, 2 *EU*, 4b *EU*, 5 *EU*, 6f *EU*, 7 *EU*, 11 *EU*, 11a *EU*, 20 *EU*, 22 *EU VOB/A*), sollte demgemäß *inhaltlich perspektivisch in die schon bestehende VgV integriert* werden, die ja auch schon jetzt mit ihren §§ 1 bis 13 und 21 bis 27 *VgV* teilw. für Bauvergaben ab Erreichen der *EU-Schwellenwerte* gilt, vgl. § 2 *VgV*.

4. Ausblick und Gesamtlösung

Unterhalb der EU-Schwellenwerte kann die VOB/A neben der UVgO durchaus bestehen bleiben, sodass beiden scheinbar widersprüchlichen Vorgaben der Koalitionsvereinbarung v. 7.2.2018 (Vereinheitlichung des Vergaberechts und Sicherung der VOB) – wenn auch auf zwei unterschiedlichen Ebenen (oberschwellig nur noch die VgV, unterchwellig UVgO und VOB/A nebeneinander) – genügt würde.

Thesen zur Fortentwicklung des Vergaberechts

Die Ausnahme zum Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen – Neuaufgabe erforderlich?



Rechtsanwältin Dr. Frauke Koch

Taylor Wessing, Düsseldorf

Die Vorbereitung eines Vortrages, insbesondere der richtige Einstieg in das Thema, bereitet mitunter Kopfzerbrechen – gilt es doch in den ersten Minuten die Aufmerksamkeit der Zuhörer zu sichern. Umso willkommener ist mir die Vorgabe des forum vergabe, wonach die heute Morgen vorzustellenden Thesen einem Leitgedanken folgen sollen. In diesem Sinne:

„Bei der Fortentwicklung des Vergaberechts erscheint mir unerlässlich, die Reichweite des Ausnahmetatbestands zum Schutz der wesentlichen Sicherheitsinteressen Deutschlands nach § 107 Abs. 2 GWB i.V.m. Art. 346 Abs. 1 AEUV zu schärfen.“

Ausgangspunkt für meine These bildet der Koalitionsvertrag. Ausweislich desselben hat sich die Bundesregierung auf ihre Fahnen geschrieben, den Ausnahmetatbestand zukünftig stärker in Anspruch zu nehmen.

Ich zitiere:

„Zum Erhalt nationaler Souveränität bei Schlüsseltechnologien will die Bundesregierung prüfen, inwieweit der Ausnahmetatbestand des Art. 346 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Beschaffungspraxis stärker herangezogen werden kann.“ „Notwendige gesetzliche Anpassungen“ sollen folgen.

Das Bestreben der Regierung ist mehr als nachvollziehbar: Vor dem Hintergrund der geänderten Weltsicherheitslage und einer desolaten Materiallage der Bundeswehr sind

zweifelsohne effiziente und schnellere Beschaffungsprozesse erforderlich, die die Einsatz- und Verteidigungsfähigkeit Deutschlands und seine Rolle als verlässlicher Bündnispartner langfristig sicherstellen. Langwierige und formale Vergabeverfahren mit „echtem“ Wettbewerb können dem entgegenstehen, insbesondere wenn es um die Beschaffung hochkomplexer Prototypen oder von Rüstungsaufträgen in zweistelliger Milliardenhöhe mit besonderer Brisanz geht. Überdies hat der Bund ein erhebliches Interesse daran, deutsches Know-How zu schützen und weitere Reputationsschäden zu vermeiden.

Doch ganz so einfach wie es in der Presse erscheint, ist es dann freilich nicht: nach dem Normstand gilt es eigentlich als gesichert, dass der Rückgriff auf § 107 Abs. 2 GWB nur äußerst selten in Betracht kommt. § 107 Abs. 2 GWB ist primärrechtlich-legitimierter Ankerplatz allein für *außergewöhnliche Ausnahmefälle*.

Als Einfallstor des Art. 346 Abs. 1 AEUV können Auftraggeber unter Rückgriff auf § 107 Abs. 2 GWB zum Schutz der wesentlichen Sicherheitsinteressen Deutschlands auf die Durchführung eines Vergabeverfahrens verzichten.

In der gebotenen Kürze bleibt zu sagen, dass die „wesentlichen Sicherheitsinteressen“ die innere und äußere Sicherheit,¹ aber auch sicherheitspolitische Interessen sowie die militärische Versorgungssicherheit umfassen² und auch die Ziele der Landesverteidigung sowie der nationalen Sicherheit unter den Begriff zu subsumieren sind. Mit ihrer Sicherheitspolitik bestimmen die Mitgliedstaaten die wesentlichen Sicherheitsinteressen selbst. Insoweit verfügen die Mitgliedstaaten bei der Beurteilung der wesentlichen Sicherheitsinteressen über einen gewissen Ermessensspielraum. Dieser ist jedoch nicht grenzenlos.

So hat der EuGH – zu Recht – gebetsmühlenartig betont, dass Art. 346 AEUV restriktiv auszulegen ist. Selbiges gilt für seine Zwillingsvorschrift § 107 Abs. 2 GWB. Da die Norm eine Abweichung vom wettbewerbsfokussierten Vergaberecht ermöglicht, können wesentliche Sicherheitsinteressen nur im Falle *allerhöchster* Wichtigkeit betroffen sein. Der durch § 107 Abs. 2 GWB bewirkte Dispens vom Vergaberecht stellt einen juristisch und politisch schwerwiegenden Akt dar, der auf besondere Ausnahmefälle begrenzt sein muss, in denen die Sicherheitsinteressen nicht anders gewahrt werden können. Um dem Ausnahmecharakter der Norm Rechnung zu tragen, wurde ja gerade auch die VerteidigungsvergabeRL erlassen. Ob die wesentlichen Sicherheitsinteressen den Ver-

¹ EuGH, Urteil vom 11. Januar 2000 – Rs. C-285/98; Wegener, in: Calliess /Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Auflage 2011, Art. 346 AEUV Rn. 4; Jaeckel, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 346 AEUV Rn. 14; *Kreuschitz*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.) EU-Verträge, 6. Auflage 2012, Art. 346 AEUV Rn. 7; Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Auflage 2010, Art. 346 AEUV Rn. 9.

² Simonsen/Beutel, in: Wolfgang/Simonsen /Tietje (Hrsg.), AWR-Kommentar, 22. Erg.-Lfg. 2009, § 7 AWG Rn. 21; die Definition des Begriffs der wesentlichen Sicherheitsinteressen im AWG ist mit der in Art. 346 AEUV identisch

zucht auf jegliches Vergabeverfahren tragen, ist daher im Lichte der Rechtsprechung des EuGH festzustellen und verlangt nach einer sorgfältigen Verhältnismäßigkeitsprüfung. Die Beweislast für das Eingreifen der Ausnahme liegt beim Auftraggeber.

Dieser kurze Abriss zu Art. 346 AEUV zeigt, dass sich die Bundesregierung mit ihrer proklamierten Absicht zur verstärkten nationalen Vergabe von Rüstungsaufträgen auf eher dünnem Eis bewegt. Zuzugeben ist andererseits, dass die Verteidigungsfähigkeit Deutschlands ein Handeln erfordert und ein mehr als nachvollziehbares Interesse daran besteht, wehrtechnische Fähigkeiten/Know-How in Deutschland zu erhalten. Fest steht weiter, dass den Mitgliedstaaten bezüglich der Betroffenheit wesentlicher Sicherheitsinteressen Spielräume eröffnet sind. Wie kann diese Spannungslage zwischen nationaler Souveränität und europarechtlichem Pflichtenkanon eingefangen werden?

Ohne die Prüfung vorwegzunehmen, geschweige denn eine vergaberechtsreife Lösung zu präsentieren:

Die in Art. 346 AEUV angelegten Spielräume können – und sollten – genutzt werden! Die proklamierte Rückkehr zu nationalen Vergaben für Rüstungsaufträge darf jedoch nicht dazu führen, dass das schon im Wortlaut von Art. 346 AEUV angelegte Regel-Ausnahmeverhältnis wieder umgekehrt wird und große Rüstungsaufträge automatisch oder in allzu steter Häufigkeit dem Ausnahmetatbestand unterworfen werden. Die VerteidigungsvergabeRL erfüllt ihren Zweck, auch wenn ihr kein Vorrang zukommt. Doch Ausnahmen müssen die Ausnahme bleiben – denn anderenfalls bestünde die Gefahr, dass der EuGH eine entsprechende Vorschrift wegen Missachtung des Ausnahmecharakters von Art. 346 AEUV kippt. Die Kommission ist für ein entsprechendes Vorgehen sensibilisiert. Auch der gern bemühte Fingerzeig auf die vertragswidrige Praxis anderer Mitgliedstaaten (etwa Frankreich und Italien) ändert daran nichts (vgl. Vertragsverletzungsverfahren, EuGH, Rs. C-52/75)

Eine mögliche Lösung könnte darin bestehen, den § 107 Abs. 2 GWB aus seinem derzeitigen Gerüst herauszulösen und einer selbstständigen Ausnahmenvorschrift im Gefüge der anderen Ausnahmetatbestände vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts zuzuführen. Nach dem Vorbild des alten § 100 Abs. 7 GWB könnten die wesentlichen Sicherheitsinteressen näher definiert und durch bestimmte Fallgruppen ergänzt werden. So könnten einzelne Beschaffungen im Kernbereich militärischer Sicherheit aufgeführt werden, jedoch nicht ohne nähere Präzisierung (Schlüsseltechnologien: dazu gehören per definitionem U-Boote, Kampfpanzer, Verschlüsselungstechnologien, Aufklärungssensorik und Schutztechnologien, Überwasser-Kriegsschiffe wohl zukünftig ebenfalls). Anzuraten ist dabei eine sorgfältige und eher zurückhaltende Fallgruppenbildung. Sinnvoll wäre es zudem, Auslegungsleitlinien über das Verständnis von Inhalt und Reichweite des Ausnahmetatbestands zu erlassen, die Auftraggebern als Orientierungshilfe dienen können. Darüber hinaus sollte der Ausnahmetatbestand die zentralen Ausle-

gungsdirektiven des EuGH und/oder der Kommission (vgl. Auslegungsmitteilung aus 2006/2013) beinhalten, insbesondere das Erfordernis der substantiierten Begründung und die Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, um eine Überstrapazierung der Norm zu verhindern. Jeder einzelne Vorgang muss sorgfältig geprüft und hinreichend begründet werden. Alles andere würde den Verdacht nähren, dass § 107 Abs. 2 GWB in der Rechtspraxis eben nicht als Ausnahmevorschrift gelebt wird, die sie ist.

Anzuregen ist schließlich – mit Blick auf die geänderte Verteidigungslage Europas und die protektionistische Beschaffungspraxis vieler Mitgliedstaaten – die Diskussion mit der Europäischen Kommission, um für eine rechtssichere und europaweit einheitliche Lösung auf EU-Ebene zu sorgen. (z.B. Leitlinien für die Auslegung). Dies schließt den gemeinsamen Diskurs mit anderen Mitgliedstaaten mit ein.

Thesen zur Fortentwicklung des Vergaberechts

Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie im öffentlichen Beschaffungswesen



Marc Steiner

Richter am schweizerischen Bundesverwaltungsgericht, St. Gallen

These: „Bei der Fortentwicklung des Vergaberechts und der Beschaffungspraxis erscheint mir unerlässlich, den Austausch zwischen Juristinnen und Ökonomen zu normalisieren.“

Vielleicht gibt es für den Geschmack von Juristinnen und Juristen schon zu viel Ökonomie im Wettbewerbsrecht, aber das können wir hier offen lassen. Für die Vergaberechtszene ist es jedenfalls unbedingt ein Gewinn, dass Akteure wie die Professoren Michael Eßig aus München oder Ronald Bogaschewsky aus Würzburg ihre ökonomischen Ansätze einbringen. Fakt ist nach meiner Beobachtung aber auch, dass die Juristinnen und Ökonomen immer noch zu sehr nebeneinander herlaufen, als dass sie im Austausch sind. Dabei gibt es über das Wettbewerbsregister, die Bildung von Bietergemeinschaften und die Kartellabsprachen, die sich im Sinne von Freundschaft mit der Deutschen Bahn auf die öffentliche Beschaffung auswirken, hinaus noch viele weitere Themen, in welchen ein keineswegs zu unterschätzendes interdisziplinäres Potenzial steckt. Mit anderen Worten gibt es derzeit im öffentlichen Beschaffungswesen zu wenig Ökonomie. Themen des Austauschs könnten etwa sein die Bedeutung des relevanten Marktes aus vergaberechtlicher Sicht¹ und damit die Notwendigkeit der Marktkenntnisse von Beschaffenden. Stark interdisziplinär sind aber auch die Themen Innovation, Qualitätswettbewerb und Nachhaltigkeit. Der seit den EU-Richtlinien 2014 bzw. dem GWB 2016

¹ Vgl. dazu etwa den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7753/2016 vom 1. Februar 2017, publiziert in: Entscheide des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts [BVGE] 2017/IV/3 E. 4.7.3

salonfähige „strategic use of public procurement“ erscheint insofern auch als Mittel zur Förderung von Innovation bzw. als Teilgehalt einer Qualitätswettbewerbslogik, welche die in der Ökonomie der 90er tonangebende Preiswettbewerbslogik verdrängt². Anlässlich der letzten forum vergabe Gespräche hat ein Kollege mehr oder weniger scherzhaft gesagt, man dürfe ja inzwischen als Vergaberechtl. nicht mehr „vergabefremde Aspekte“ sagen. Meine These dazu ist, dass die Dogmatik der vergabefremden Aspekte zu nicht unwesentlichen Teilen in die Juristerei importierte Ökonomendenke der 90er Jahre war bzw. ist. Aus dieser hat sich die (letztlich ökonomische) Fundamentalkritik an der „Instrumentalisierung“ des öffentlichen Beschaffungswesens unter Inkaufnahme der Beeinträchtigung der Einzelwirtschaftlichkeit als vorausgesetzter Zielsetzung ergeben³. Dabei wurde der Umstand, dass das öffentliche Beschaffungswesen nicht klassische Regulierungstätigkeit, sondern primär „consumer choice“ ist, was beispielsweise aus welthandelsrechtlicher Optik einen weiteren Spielraum für „policy choices“ rechtfertigt als im klassischen WTO-Recht, bewusst nicht berücksichtigt⁴. Wir wissen, dass die neuen EU-Richtlinien 2014 wie auch das GWB 2016 die über das Budget der Auftraggeberin hinausgehenden Folgen des öffentlichen Konsums mit adressieren. Das wird am deutlichsten bei der Internalisierung von ökologischen Externalitäten im Rahmen der Lebenszykluskosten gemäß Art. 68 der Richtlinie 2014/24/EU. Dies basierend auf der Prämisse, dass die früher dem Vergaberecht zugrunde liegende ökonomische Denke der 90er „inzwischen als eine im demokratischen Willensbildungsprozess nicht (mehr) mehrheitsfähige Ansicht angesehen werden“ darf. Und das sagt nicht etwa die Fraktionsleitung der Grünen, sondern im bereits zitierten GWB-Kommentar Richter am OLG Naumburg Jörg Wiedemann, der aufgrund jahrelanger Beobachtung radikaler vergaberechtspolitischer Ansichten völlig unverdächtig ist. Daraus ergeben sich zwei Erkenntnisse: Erstens sollte sich die ökonomische Theorie mit dem soeben diagnostizierten Paradigmenwechsel auseinandersetzen, wenn sie für den Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens nicht irrelevant werden will⁵. Dies aufbauend auf der Arbeitshypothese, dass die Politikerinnen und Juristen den Ökonomen im Rahmen der Erarbeitung der Richtlinien 2014 weitgehend die Deutungshoheit über die Materie abgenommen

² Anmerkung für die schriftliche Fassung: In gleicher Weise haben die Medien auch zur Schweizer Vergaberechtsreform, welche am 13. Juni 2018 im Nationalrat (bei Ihnen Bundestag) diskutiert worden ist, festgestellt, dass sich die Politik für den öffentlichen Einkauf das Ende der Geiz ist geil!-Mentalität wünscht (vgl. zum Hintergrund etwa www.bauen-schweiz.ch/fileadmin/media/Aktualitaeten/Regulierung_Qualitaetswettb._Nachhaltigkeit_Vollzug_LaliveSteiner_April_2018.pdf, zuletzt besucht am 3. Juli 2018).

³ Vgl. zur Formulierung Wiedemann, in: Kulartz/Kuss/Protz/Priess (Hrsg.) Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, Köln 2016, Rz. 92 zu § 97 GWB

⁴ Vgl. zum „consumer choice“ etwa Marc Steiner, Wie stehen Government Procurement Agreement (GPA) und die umweltfreundliche Beschaffung zueinander? www.nachhaltige-beschaffung.info/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/2016/160225_Artikel_Steiner.html, zuletzt besucht am 17. Juli 2018)

⁵ Vgl. dazu etwa Charles B. Blankart, Öffentliche Finanzen in der Demokratie, 9. Auflage, München 2017, insb. S. 382 ff.

haben⁶. Die neuen Richtlinien sind vom Gedanken der Kohärenz der Rechtsordnung geprägt, wogegen nach früherer Auffassung das Vergaberecht so abgespalten werden sollte, dass es bewusst nicht auf andere, ausserhalb des Wirtschaftsrechts liegende Subsysteme der Rechtsordnung Rücksicht zu nehmen brauchte. Derselbe Paradigmenwechsel ist übrigens auch auf der Ebene der WTO zu beobachten. Wenn mir vor zehn Jahren jemand gesagt hätte, dass die WTO einmal ein Symposium zur nachhaltigen Beschaffung veranstalten würde, hätte ich mir wahrscheinlich mit dem Finger an die Stirn getippt, um den vermuteten Geisteszustand des Gesprächspartners zu beschreiben. Vor zehn Jahren wäre die Mehrheitsposition völlig klar gewesen: Das ist kein WTO-Thema, sondern interessiert höchstens UNEP bzw. heute UN Environment. Und doch hat diese Tagung – begünstigt durch das neue Konzept des revidierten Government Procurement Agreement (2012) – am 22. Februar 2017 in Genf stattgefunden⁷. Jetzt brauchen wir zweierlei: Einerseits die ökonomische Theorie, die sich – nach Wahl wohlwollend oder kritisch – mit den neuen Entwicklungen auseinandersetzt. Und andererseits die praktischer interessierte Ökonomie, die uns hilft, die Qualität der Angebote und namentlich die Lebenszykluskosten zu analysieren und zu bewerten. Juristerei und Vergabepaxis können ebenso wenig ohne Ökonomie wie umgekehrt. Insoweit gilt es, das praktische und möglichst effiziente Funktionieren der Beschaffung nach den neuen Regeln sicherzustellen. Das setzt aber das klare Benennen und Austarieren der dem neuen System inhärenten Zielkonflikte voraus, was ebenfalls nur im Austausch der Disziplinen gelingen kann.

⁶ Vgl. dazu vor allem die wesentlich von Heide Rühle vorbereitete EP-Entschiessung vom 25. Oktober 2011 zur Modernisierung im Bereich des öffentlichen Auftragswesens

⁷ www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_symp_22feb17_e.htm, zuletzt besucht am 3. Juli 2018; vgl. dazu auch den Bericht des WTO-Sekretariats vom 30. Mai 2017 mit der Dokumentennummer GPA/W/341

Thesen zur Fortentwicklung des Vergaberechts

Bußgelder für Vergaberechtsverstöße



Rechtsanwalt Dr. Florian Wolf

BLOMSTEIN, Berlin

These: „Bei der Fortentwicklung des Vergaberechts erscheint mir unerlässlich, dass nach Vorbild anderer Staaten Bußgelder für Vergaberechtsverstöße von Auftraggebern eingeführt werden.“

Ausgangspunkt und Notwendigkeit

Die EU-Kommission hat in ihrem Single Market Scoreboard¹ anhand von Zahlen aus dem Jahr 2015 dargelegt, wie gering das von deutschen öffentlichen Auftraggebern in TED veröffentlichte Ausschreibungsvolumen im Verhältnis zum Bruttoinlandsprodukt ist. Während im Jahr 2015 die Ausschreibungsquote im Verhältnis zum Bruttoinlandsprodukt unionsweit bei 4,16 % lag, schrieben deutsche Auftraggeber nur 1,2 % (2014: 1,1 %) der gesamtwirtschaftlichen Leistung europaweit aus und lagen damit am untersten Ende des Rankings.

Ein Grund mag im Gegensatz zu Ländern wie Frankreich oder dem Vereinigte Königreich die starke Dezentralisierung als Folge des föderalen Staatsaufbaus sein, die ggf. zu einer höheren Quote von Unterschwellenvergaben führt. Auch mögen Staaten mit einer liberaleren Wirtschaftsverfassung eine höhere Ausschreibungsquote haben. Allerdings erscheint der Unterschied zu Staaten wie Frankreich (3 %), Italien (2,5 %), die Niederlande (2,4 %) oder das Vereinigte Königreich (4,9 %) so gravierend, dass der Ver-

¹ http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm

dacht naheliegt, dass in Deutschland nach wie vor ein erhebliches Umsetzungsdefizit herrscht. Daher untersucht derzeit auch die Kommission die Gründe für diesen Befund.

Einen großen Einfluss auf die geringe Quote EU-weit veröffentlichter Auftragswerte kann daher haben, dass immer noch zahlreiche öffentliche Aufträge – bewusst oder unbewusst – nicht in EU-weiten Vergabeverfahren vergeben werden, obwohl dies nach Maßgabe des Vergaberechts erforderlich wäre.

Davon ausgehend stellt sich die Frage, wie dieses als Grundlage der These angenommene Umsetzungsdefizit zukünftig verringert werden kann. Die These beantwortet diese Frage mit der Einführung von Bußgeldern für schwere Vergaberechtsverstöße als mögliches Mittel.

Aktuelle Rechtslage

Die aktuelle Rechtslage in Deutschland ist hinsichtlich der Konsequenzen für Vergaberechtsverstöße zwischen Auftraggebern und Bietern im Ungleichgewicht. Den Bieter treffen ungleich härtere Konsequenzen für schwere Verstöße gegen das Vergaberecht: Er wird vom Verfahren ausgeschlossen, ggf. für gewisse Zeiträume für die Teilnahme an Vergabeverfahren gesperrt und/oder in Korruptionsregister – zukünftig das Wettbewerbsregister – eingetragen.

Im Gegensatz dazu ist der Auftraggeber lediglich zur Korrektur des Verstoßes verpflichtet. Darüber hinausgehende Konsequenzen braucht der Auftraggeber jedoch nicht zu fürchten, mit Ausnahme einer Unwirksamklärung eines Vertrages nach § 135 Abs. 1 GWB. Sicherlich mag zuweilen eine durch die Korrekturpflicht entstehende Verzögerung des Vergabeverfahrens für den öffentlichen Auftraggeber ärgerlich sein. Gesetzlich angeordnete monetäre oder gar personelle Folgen sind hingegen dem deutschen Recht fremd.

Dieser Befund mag ein Grund dafür sein, dass die verhaltenssteuernde Wirkung des Vergaberechts in manchen Fällen wenig effektiv ist.

Der Vorschlag

Daher lautet der Vorschlag, Bußgelder für Auftraggeber einzuführen, die in besonders schwerem Maße gegen das Vergaberecht verstoßen. Selbstverständlich soll es dabei nicht um die Sanktionierung von geringen Fehlern im Vergabeverfahren gehen. Der ganz überwiegende Teil der rechtstreuen Auftraggeber wäre damit von Bußgeldmaßnahmen nicht betroffen. Vielmehr zielt die Möglichkeit zur Verhängung von Bußgeldern auf die Ahndung besonders schwerer Verstöße gegen das Vergaberecht ab. Dieser neu

zu schaffende Sanktionsmechanismus würde damit als Ergänzung neben die Korrekturverpflichtung treten.

Diese Neuerung wäre auch auf die Verhinderung von wirtschaftlichen Schäden der öffentlichen Haushalte durch überhöhte Preise gerichtet. Schließlich besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass bei einer Auftragsvergabe ohne Wettbewerb nicht das wirtschaftlichste Angebot zum Zuge kommt. Zusätzlich müssten Ressourcen für eine mögliche Neuausschreibung aufgewandt werden, wenn sich im Nachhinein ein Vergaberechtsverstoß mit der Konsequenz der Neuausschreibung herausstellt.

Da das Gesetz keine Definition bzw. Auflistung von besonders schweren Verstößen gegen Vorschriften des Vergaberechts kennt, ist eine Präzisierung notwendig. Grundsätzlich gilt, dass je gravierender die bereits jetzt schon vorgesehenen Folgen für einen Vergabeverstoß sind, desto schwerwiegender ist auch der Verstoß zu werten. Erfasst sind damit zunächst insbesondere Verstöße, die zu einer Unwirksamkeit des Vertrages gemäß § 135 Abs. 1 GWB führen, also ein Verstoß gegen die Informations- und Wartepflicht aus § 134 GWB sowie eine unzulässige de-facto-Vergabe nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

Ferner ist an Verstöße gegen die Regeln zur Vermeidung von Interessenskonflikten gemäß § 6 VgV und zur Projektantenproblematik gemäß § 7 VgV zu denken, die in besonderem Maß den Prinzipien der Transparenz, der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs dienen.

Im Übrigen können als Grundlage für die Bewertung von Verstößen, die als besonders schwerwiegend zu betrachten sind, diejenigen Fallkonstellationen dienen, in denen die Vergabenaachprüfungsinstanzen trotz Rügepräklusion oder fehlender Antragsbefugnis dennoch in der Sache entscheiden. Das ist der Fall, wenn das Vergabeverfahren insgesamt an einem so schwerwiegenden Mangel leidet, dass sich eine ordnungsgemäße – auf dem Boden des Vergaberechts bewegend – Entscheidung nicht treffen lässt und die Vergabestelle daher in einem solchen Verfahren gar nicht die Möglichkeit hat, den Auftrag ohne Rechtsverletzung zu vergeben.

Vorbilder in anderen Staaten²

Die Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten kennen als Instrument zur Durchsetzung des Vergaberechts ein Bußgeld, mit dem öffentliche Auftraggeber für bestimmte schwere Vergaberechtsverstöße bestraft werden. Damit wird dem Rechtsschutzsystem dort neben Primär- und Sekundärrechtsschutz eine dritte Ebene hinzugefügt. Das Buß-

² Europäische Kommission, Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts, Final Study Country Fiches, April 2015, MARKT/2013/072/C.

geld wird u. a. durch eine unabhängige Überwachungsstelle (Schweden), durch die behördliche Nachprüfungsinstanz (Tschechien) oder durch die Gerichte (Österreich, Belgien) verhängt. Auch im US-Recht können bestimmte bundesfinanzierte öffentliche Auftraggeber nach dem False Claims Act zu Strafzahlungen verurteilt werden. In den genannten Ländern liegt die Bußgeldhöhe zwischen 10 % und 20 % des jeweiligen Auftragsvolumens.

Die Vorteile

Die Vorteile der Einführung dieses Sanktionsmechanismus dürften bei einer ausdifferenzierten Gestaltung überwiegen. Zuvorderst ist dabei die Disziplinierungsfunktion zu nennen. Eine effektive Rechtsdurchsetzung mag durch positive Anreize unterstützt werden. Doch sind Sanktionierungen bei Rechtsbrüchen in nahezu allen Rechtsgebieten ein bewährtes Mittel, um ebenjene Vorschriften zu voller Geltung zu bringen. Die fehlenden Instrumente gegenüber Auftraggebern im Vergaberecht sind daher eine ungerechtfertigte Ausnahme.

Ein anderer positiver Effekt wäre die Stärkung der Vergabeabteilungen innerhalb der öffentlichen Auftraggeber. Die stärkere Einbindung der internen Vergabeexperten würde von vornherein für größere Rechtssicherheit für Auftraggeber und Bieter führen. Es würden damit nicht nur die bußgeldbewährten Verstöße vermieden, sondern als eine Art Mitnahmeeffekt auch andere, weniger schwerwiegende Fehler.

Weiterhin würde die Einführung von Bußgeldern auch ein differenzierteres System an Rechtsfolgen gegen Vergaberechtsverstöße schaffen, was wiederum dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entspräche. Die Verhängung eines Bußgeldes könnte in manchen Fällen verhältnismäßiger sein als die Unwirksamkeit des gesamten Vertrags mit all seinen weiteren Folgen der Rückabwicklung und Neuvergabe des Auftrags.

Schließlich lässt sich aber feststellen, dass für die große Mehrheit der Auftraggeber, die keine schweren Vergaberechtsverstöße begehen, keine Nachteile oder Veränderungen zu erwarten sind.

Offene Fragen

Jedem Vorschlag für eine Gesetzesänderung sind noch zu beantwortende Fragen inhärent. Folgende vier Hauptpunkte wären vor der Einführung eines solchen Bußgeldmechanismus noch zu klären:

- a. Welche Behörde ist für die Verhängung der Bußgelder zuständig? Naheliegender scheint die Ansiedlung dieser Aufgabe bei der Vergabekammer. Denk-

bar wäre aber auch eine unabhängige Bußgeldstelle zu installieren, die den Vergabekammern als Rechtsschutzinstanz nachgelagert ist.

- b. An welchem Parameter orientiert sich die Bußgeldhöhe? Da die meisten Rechtssysteme mit Bußgeldmechanismen (s.o.) an den Auftragswert anknüpfen, wäre dies für Deutschland sicherlich eine gut vertretbare Lösung. Vorstellbar wäre auch eine Orientierung am Budget oder der Leistungsfähigkeit des Auftraggebers.
- c. Welche Person ist konkret bußgeldpflichtig? Grundsätzlich gibt es zwei Anknüpfungspunkte: Zum einen den Auftraggeber als juristische Person und zum anderen den verantwortlichen Mitarbeiter. Eine Unterscheidung der Verantwortlichkeit zwischen Innen- und Außenverhältnis wäre dabei möglich.
- d. Wer ist der Empfänger des Bußgeldes? Drei Typen von Begünstigten kämen für den Empfang in Frage: Die benachteiligten Bieter, die Aufsichtsbehörden, ergo der öffentliche Haushalt, oder Dritte. Bei der zweiten Variante wäre zu beachten, dass der sanktionierte Auftraggeber nicht auf dieselben Haushaltsmittel zurückgreift, wie die Aufsichtsbehörde, da sonst der Bebußungseffekt ausbliebe.