*Rechtsanwalt Dr. Helmar Hentschke und Rechtsanwalt Janko Geßner, Potsdam**

Vermeidung von Manipulationen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge

Korruption gilt in der Bundesrepublik Deutschland nach wie vor als Tabuthema. Beamte und Angestellte der öffentlichen Verwaltung (Mitarbeiter) diskutieren nur ungern über diese Problematik. Dies und Angebote zur Weiterbildung in den Behörden werden als Stigmatisierung empfunden. Eine besondere Korruptionsanfälligkeit ist dabei von jeher im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge zu verzeichnen. Dieses Problem verschärft sich noch durch die wirtschaftlich schlechten Zeiten in der Baubranche. Das Risiko von Manipulationen lässt sich aber minimieren, wenn behördenintern ein Regelwerk für die Vergabe öffentlicher Aufträge aufgestellt und dieses auch eingehalten wird. Mögliche Verhaltensanordnungen für die Mitarbeiter, die geeignet sind, Manipulationen zu verhindern, sollen im Rahmen dieses Beitrages dargestellt und diskutiert werden.

I. Einleitung

Im Bereich der Korruptionsprävention kann sich die Aufklärung nicht nur auf die Regelungen über die Annahme von Belohnungen und Geschenken[1] beschränken. Vielmehr muss das Bewusstsein über die Gefahr weiterer strafrechtlicher Risiken geschärft werden. Nach dem In-Kraft-Treten des Korruptionsbekämpfungsgesetzes[2] und den damit verbundenen Änderungen des Strafgesetzbuches stellen sich nämlich ganz neue Fragen, z. B. ob die Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme (§ 331 StGB) oder Bestechlichkeit (§ 332 StGB) bei Annahme eines Drittvorteils zur Folge hat, dass das Sponsoring nun strafrechtlich verboten ist. Zudem darf vor allem die manipulationsanfällige Vergabe öffentlicher Aufträge keineswegs ausgblendet werden, wenn es um die Risikoaufklärung und -vermeidung für die Mitarbeiter der öffentlichen Verwaltung geht.

II. Strafrechtliche Risiken

Die Mitarbeiter der öffentlichen Verwaltung sollten dabei auch über die einschlägigen Straftatbestände informiert werden. Aus Vereinfachungsgründen soll hierfür dabei folgendes Beispiel einer Absprache dienen: Bieter bestimmen unter Einbeziehung des entscheidungsbefugten Mitarbeiters des federführenden Fachamtes eine Nullbasis, die auf der Grundlage von intern kalkulierten Preisen unter Vernachlässigung des niedrigsten und höchsten Gebots ein arithmetisches Mittel ausweist. Diese Nullbasis sei dann um die Beträge, die an die Bieter, die nicht zum Zuge gekommen waren, und an den Mitarbeiter des Fachamtes gezahlt wurden, erhöht worden. Unter Berücksichtigung der Absprache erfolgt dann die Einreichung eines Angebots durch einen Bieter, der letztendlich auch den Zuschlag erhält. Eine Strafbarkeit des Mitarbeiters des Fachamtes kommt dabei wegen

* Die *Verf.* sind Rechtsanwälte in der Potsdamer Anwaltskanzlei *Dombert* Rechtsanwälte.

1) Vgl. etwa dazu die Verwaltungsvorschrift über die Annahme von Belohnungen und Geschenken durch Beschäftigte des Landes Brandenburg v. 12. 4. 1996, ABl 1996, 418 ff.

2) Gesetz zur Bekämpfung der Korruption (Korruptionsbekämpfungsgesetz – KorrBekG) v. 12. 8. 1997, BGBl I, 2238 ff.

Untreue (§ 266 I Alt. 2 StGB)[3], Bestechung (§ 332 StGB)[4] in unmittelbarer Täterschaft und wettbewerbsbeschränkender Absprachen (§§ 298, 25 II StGB)[5] in Mittäterschaft oder Beihilfe in Betracht.

Diese aufgezeigten Manipulationen werden vor allem dann ermöglicht, wenn die Zuständigkeit für die Vergabe öffentlicher Aufträge dauerhaft unverändert bleibt. Dann ist die Entstehung gewachsener Beziehungen möglich[6]. Unter anderem um die Verhinderung dieser gewachsenen Beziehungen soll es nachfolgend gehen.

III. Maßnahmen zur Vermeidung von Manipulationen

1. Grundlagen

Bereits unmittelbar nach dem In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption hat die Bundesregierung für die Bundesverwaltung reagiert und eine entsprechende Richtlinie veröffentlicht[7]. Zwischenzeitlich ist diese Richtlinie durch eine überarbeitete Fassung ersetzt worden[8]. Einige Bundesländer haben eigene Richtlinien für die Korruptionsbekämpfung erarbeitet[9]. Andere[10] verweisen neuerdings auf die Richtlinie der Bundesregierung für die Bundesverwaltung sowie die Empfehlungen zu deren Umsetzung. Die genannten Verwaltungsvorschriften enthalten auch Vorgaben für die Korruptionsbekämpfung bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen. Systematisch lassen sich die entsprechenden Maßnahmen in Grundlagen, personenbezogene Aspekte und verfahrensbezogene Vorkehrungen unterteilen.

a) *Transparenz.* Als unabdingbar für die Verhinderung von Manipulationen ist die Einhaltung des Gebots der Transparenz (vgl. auch § 97 I GWB). Korrekte Aktenführung und die Erstellung von Aufzeichnungen zur Nachvollziehbarkeit des Handelns erschweren die Möglichkeit von Manipulationen. Im Vergabeverfahren ist deshalb die Fertigung eines Vergabevermerks unerlässlich. Dieser ist zeitnah zu erstellen und hat sich am Vergabeverlauf zu orientieren. Der Vergabevermerk muss die einzelnen Stufen des Verfahrens sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen des Auftraggebers erkennen lassen (§ 30 VOB/A und § 30 VOL/A). Jedoch dürfte die Erstellung eines Vergabevermerks allein für die Ausschaltung der Risiken und die Gewährleistung der erforderlichen Transparenz nicht genügen, da der Vergabevermerk lediglich Bestandteil der einzelnen Vergabeakte ist. Deshalb erscheint es notwendig, weitere Aufzeichnungen zu erstellen, die die wesentlichen Elemente einer Vergabe nach einem einheitlichen Schema wiedergeben. Die Bundesregierung hat hierzu ein Muster für die Aufzeichnung über Beschaffungen entworfen[11], an dem eine Orientierung für die Erstellung der entsprechenden Niederschrift erfolgen kann. Durch diese Maßnahmen wird gleichwohl noch nicht das Risiko der Manipulationen im Rahmen entstehender gewachsener Beziehungen ausgeschaltet. Im Rahmen einer Analyse ist festgestellt worden, dass es sich bei den gewachsenen Beziehungen um Fälle struktureller Korruption handelt, die räumlich und personell begrenzt sind. Darunter sind die Fälle gefasst, in denen eine länger andauernde Korruptionsbeziehung besteht. Die Entstehung von gewachsenen Beziehungen wird vor allem im Bereich der beschränkten Ausschreibung oder der freihändigen Vergabe ermöglicht. Besonders in diesem Bereich gilt es, das Transparenzgebot einzuhalten. Deshalb ist es unabdingbar, zur Kontrolle des Vergabewesens Firmen- und Bieterdateien zu führen, in der alle Unternehmen, Handwerker, Lieferanten und Dienstleister aufgenommen werden, die bereits im Rahmen beschränkter Ausschreibungen oder freihändiger Vergaben berücksichtigt wurden. Diese Datei sollte für neue Bewerber und Bieter offen gestaltet werden. Sie bietet den Vorteil, dass aus ihr nicht nur hervorgeht, welches Unternehmen besonders zuverlässig und ordentlich Leistungen erbracht hat, sondern auch, wer trotz entsprechender Qualifikation über einen längeren Zeitraum nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde. Somit wird bei der Aufforderung zur Angebotsangabe eine breite regionale Streuung ermöglicht, um schon im Vorfeld Manipulationen durch Angebotsabsprachen und Entstehung von gewachsenen Strukturen durch beständigen Kontakt mit den Mitarbeitern der öffentlichen Verwaltung vorzubeugen.

b) *Aufklärung.* Neben der Einhaltung des Transparenzgebots kommt im Rahmen der Korruptionsprävention der Aufklärung der Mitarbeiter der öffentlichen Verwaltung besondere Bedeutung zu. Nur die Aufklärung ermöglicht

---

3) Die Verwirklichung der Missbrauchsvariante scheidet aus, da es an einer strafrechtlich relevanten wirksamen Verpflichtung bzw. Verfügung infolge des kollusiven Zusammenwirkens mit dem Dritten zum Nachteil des Vermögensinhabers fehlt (vgl. dazu *Samson/Günther*, in: SK-StGB, 2001, § 266 Rdnr. 10; *Tröndle/Fischer*, 51. Aufl. (2003), § 266 StGB Rdnr. 20). Die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht im Rahmen der Treubruchvariante wirkt sich auch vermögensnachteilig aus, da hier wegen der Ausgleichszahlungen an die nicht zum Zuge gekommenen Bieter und den Mitarbeiter des Fachamtes ein gewichtiges Indiz für die Annahme eines Vermögensschadens vorliegt. Das Problem des Eintritts und der Feststellung eines Vermögensschadens wird auch beim Betrug virulent. Das *RG* (*RGSt* 63, 187) nahm ursprünglich einen Schaden an, der in der Ausschaltung der unter Umständen zu erzielenden Ersparnis liege. Der *BGH* (*BGHSt* 16, 367) hingegen bejahte zwar zunächst einen Vermögensschaden, verneinte aber dessen Nachweisbarkeit. In einer späteren Entscheidung vertrat der *BGH* (*BGHSt* 38, 186) eine andere Position. Im Rahmen der notwendigen Gesamtsaldierung sei die Leistung des Ausschreibenden nicht mit dem tatsächlichen, sondern mit dem hypothetischen Marktpreis zu vergleichen. Das Problem liege aber nach wie vor in der Feststellung, ob der Angebotspreis über dem hypothetischen Marktpreis liege. In der Literatur wird zum Teil (*Hefendehl*, JuS 1993, 805 [811]; *Eichler*, BB 1972, 1347; *Otto*, ZRP 1996, 300 [306]) mit unterschiedlichen Begründungen ein Vermögensschaden angenommen. Andere (*Cramer*, NStZ 1993, 42; *Hohmann*, NStZ 2001, 566 [570]; *Mitsch*, JZ 1994, 877 [889]) verneinen demgegenüber die Möglichkeit eines Schadenseintritts. Die geschuldete Bauleistung habe keinen Verkehrswert, so dass sie nicht weniger wert sei, als die geschuldete Gegenleistung des Auftraggebers. Vgl. zur Parallelproblematik beim Submissionsbetrug *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafr, 2004, Rdnr. 723 m. w. Nachw.

4) Die Vorteilsannahme (§ 331 StGB) wird im Wege der Spezialität zurücktreten. Eine Dienstpflichtverletzung zur Annahme des Tatbestandes der Bestechlichkeit liegt darin begründet, dass hier unzulässige Absprachen über die Angebotseinreichung mit den Bietern getroffen worden sind. Schließlich besteht für den Mitarbeiter eine Bindung an den haushaltsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit, auf Grund dessen nur Aufträge an den wirtschaftlich günstigsten Bieter vergeben werden dürfen.

5) Schließlich hindert ein kollusives Zusammenwirken zwischen Anbieter und Mitarbeiter des Auftraggebers nicht die Möglichkeit der Veranlassung des Angebotes als solches. Deshalb ist beim kollusiven Zusammenwirken auch eine Strafbarkeit des Mitarbeiters des Fachamtes wegen wettbewerbsbeschränkender Absprachen in Mittäterschaft möglich (*Tröndle/Fischer*, § 298 StGB Rdnr. 17). Zumindest hat sich der Mitarbeiter wegen Beihilfe hierzu strafbar gemacht. Eine Strafbarkeit wegen Betruges in Mittäterschaft (§§ 263, 25 II StGB) scheidet aus, da es an einer Täuschungshandlung mangelt.

6) Vgl. hierzu *Bannenberg*, in: *Claussen/Ostendorf*, Korruption im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. (2002), S. 57 ff.

7) Richtlinie der Bundesregierung zur Korruptionsbekämpfung in der Bundesverwaltung v. 17. 6. 1998, BAnz 1998, 9665 Nr. 127.

8) Richtlinie der Bundesregierung zur Korruptionsbekämpfung in der Bundesverwaltung v. 30. 7. 2004, abrufbar unter http://www.bmi.bund.de/Internet/Content/Common/Anlagen/Lexikon/Richtline__korruptionspraevention__30072004de,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Richtline_korruptionspraevention_30072004de.pdf.

9) Vgl. z. B. Richtlinie zur Korruptionsbekämpfung in der öffentlichen Verwaltung des Freistaates Thüringen, abrufbar unter http://www.thueringen.de/de/tmsfg/akb/richtlinie/print.html.

10) Z. B. das Bundesland Brandenburg, Brandenburg kommunal, November 2004, S. 5.

11) Vgl. Empfehlung zu Nr. 11 der Richtlinie der Bundesregierung zur Korruptionsprävention in der Bundesverwaltung, abrufbar unter http://www.bmi.bund.de/Internet/Content/Common/Anlagen/Lexikon/Richtline__korruptionspraevention__30072004de,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Richtline_korruptionspraevention_30072004de.pdf.

es, die Risiken im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge sichtbar zu machen und ein Wertebewusstsein zur Vermeidung von Korruption zu vermitteln. Dabei bietet es sich an, in regelmäßigen Abständen „Anti-Korruptionsseminare" durchzuführen, um die Mitarbeiter mit den Problemen vertraut zu machen. Auch über die Veröffentlichung eines „Verhaltenskodexes"[12] wird erreicht, dass sich die Mitarbeiter dem Problem widmen. Die Verantwortung für diese Maßnahmen liegt bei den Behördenleitungen und den unmittelbaren Vorgesetzten. Ihnen obliegt es, für Aufklärung zu sorgen, Analysen im Hinblick auf Korruptionsrisiken vorzunehmen und die entsprechenden Werte zu vermitteln[13].

Die Aufklärung beschränkt sich dabei aber nicht nur auf den verwaltungsinternen Bereich. Häufig werden im kommunalen Bereich die Vergabeverfahren von externen Ingenieurbüros begleitet, die z. B. mit der Erstellung des Leistungsverzeichnisses beauftragt werden. Auch dieser Personenkreis muss mit den einschlägigen strafrechtlichen Bestimmungen vertraut gemacht werden, zumal die Büros bei ihrer Tätigkeit öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Deshalb ist für diesen Personenkreis auch die förmliche Verpflichtung nach dem Verpflichtungsgesetz[14] vorgesehen, die in Form einer Niederschrift[15] zu erfolgen hat. Die förmliche Verpflichtung ist gem. § 1 IV VerpflichtungsG von der zuständigen Stelle vorzunehmen[16]. Konsequenz der förmlichen Verpflichtung ist, dass die Verpflichteten (§ 11 I Nr. 4 lit. a StGB) dann auch einer Strafbarkeit wie ein Amtsträger unterliegen. Im Hinblick auf die Anwendung des Verpflichtungsgesetzes ist darauf hinzuweisen, dass nicht nur die hoheitliche Tätigkeit, sondern auch jegliche Form fiskalischer Staatstätigkeit mit eingeschlossen ist[17]. Deshalb ist die Verpflichtung immer dann durchzuführen, wenn objektiv die Möglichkeit eines Geheimnisbruchs, der Bestechung und die Verwirklichung der im Übrigen genannten Tatbestände denkbar ist. Nur wenn dies von vornherein ausscheidet, kann von einer Verpflichtung abgesehen werden.

c) *Zentrale Vergabestelle.* Die einschlägigen Verwaltungsvorschriften[18] legen bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen eine organisatorische Trennung von Vorbereitung, Planung und Bedarfsbeschreibung einerseits und die Durchführung des Vergabeverfahrens andererseits sowie der späteren Abrechnung nahe. Diese vorgesehene Dreiteilung der Zuständigkeiten ist zwangsläufig mit einem erhöhten Personaleinsatz verbunden. In Anbetracht der angespannten Haushaltslage der Kommunen erscheint deshalb die Dreiteilung auf dieser Ebene schwer umsetzbar. Dennoch ist es angezeigt, insbesondere zur Vermeidung von gewachsenen Beziehungen, die Auftragsvergabe durch eine „zentrale Vergabestelle" vornehmen zu lassen. Im Rahmen der Aufsicht ist darauf zu achten, dass der gesamte Vergabevorgang nicht durch eine einzige Person vorgenommen wird. Insbesondere im Bereich der beschränkten Ausschreibungen und der freihändigen Vergabe müssen unzulässige Einflussfaktoren ausgeschlossen werden. Mit der Schaffung einer „zentralen Vergabestelle" erfolgt eine Trennung von operativem und strategischem Geschäft. Auf kommunaler Ebene kann daher die Planung und die Abwicklung des Vergabeverfahrens nach wie vor den Fachämtern vorbehalten bleiben. Die Vergabeentscheidung als solche, vor allem bei der öffentlichen und beschränkten Ausschreibung, sollte durch die „zentrale Vergabestelle" vorgenommen werden. Diese sollte im Übrigen den Fachämtern im Hinblick auf die Auslegung der einschlägigen Vorschriften beratend zur Seite stehen. Die Schaffung einer „zentralen Vergabestelle" ermöglicht der Kommune darüber hinaus, ein einheitliches Vergabewesen zu schaffen. Die „zentrale Vergabestelle" sollte ein mehrköpfiges Gremium sein, um dem Mehr-Augen-Prinzip Rechnung zu tragen.

Bei der Besetzung der „zentralen Vergabestelle" ist darauf zu achten, dass sie in ihrer personellen Zusammensetzung nur über einen begrenzten Zeitraum fungieren kann und eben ein mehrköpfiges Gremium darstellen soll. In Anbetracht der kommunalen Haushaltssituation werden dabei aber zusätzliche Stellen nicht zur Verfügung stehen. Deshalb ist es aus organisatorischer Sicht wichtig, durch Veränderung von Stellenbeschreibungen hier die nötigen Ressourcen mit dem vorhandenen Personal zu ermöglichen. Die Schaffung einer „zentralen Vergabestelle" wird zur Vermeidung von Korruptionsrisiken unabdingbar sein. Ansonsten wäre das gesamte Vergabeverfahren in die Hände der Fachämter gelegt. Diese unterliegen zwar der Dienstaufsicht. Jedoch erweist sich diese gegenüber der Installierung einer „zentralen Vergabestelle" als weniger effektiv. Der Vorteil Letzterer liegt in der besseren Kontrolle und der Einhaltung des „Mehr-Augen-Prinzips".

2. *Personenbezogene Möglichkeiten*

a) *„Anti-Korruptions-Beauftragte".* Zudem ist es von Vorteil, allgemein eine Ansprechperson für die Mitarbeiter der öffentlichen Verwaltung zu bestimmen („Anti-Korruptionsbeauftragter"). Dieser dient dann als Vertrauens- und Ansprechperson für die Mitarbeiter. Die Übernahme des Amtes ist dabei mit der Begründung eigener Kompetenzen verbunden, da der „Anti-Korruptionsbeauftragte" mit der Steuerung der Korruptionsprävention und dem Aufbau von Kontrollmechanismen betraut ist. Organisatorisch wird die Bestimmung des „Anti-Korruptionsbeauftragten" nicht mit der Schaffung einer selbstständigen Stelle verbunden sein. Die Aufgabenwahrnehmung muss neben dem laufenden Geschäft möglich sein. Dienstrechtlich muss aber in Bezug auf das Amt des „Anti-Korruptionsbeauftragten" eine Zuordnung zu den Führungskräften der Verwaltung erfolgen, damit gerade im Bereich der Korruptionsprävention ein Handeln auf gleicher Ebene möglich ist.

b) *Rotationsprinzip.* Neben den vorzusehenden Kontrollmechanismen ist aber auch beim Einsatz des Personals die Korruptionsanfälligkeit des Bereichs der öffentlichen Vergabe zu beachten, um die Entstehung gewachsener Strukturen zu vermeiden.

Dazu dient die strikte Einhaltung des Rotationsprinzips. Nach diesem sind für die Besetzung der Stellen im Vergabebereich begrenzte Verwendungszeiten vorzusehen, wobei in Bund und Ländern unterschiedliche Ansätze verfolgt wer-

12) Vgl. Anlage 1, Verhaltenskodex gegen Korruption, zur Richtlinie der Bundesregierung zur Korruptionsbekämpfung in der Bundesverwaltung v. 30. 6. 2004.

13) Die Behördenleitungen und Vorgesetzten können sich an der Anlage 2, zur Richtlinie der Bundesregierung zur Korruptionsbekämpfung in der Bundesverwaltung vom 30. 7. 2004 orientieren.

14) Verpflichtungsgesetz v. 2. 3. 1974, BGBl I, 469 ff.

15) Dabei kann eine Orientierung für die Niederschrift an dem Muster zu Nr. 12.2 der Richtlinie der Bundesregierung zur Korruptionsbekämpfung der Bundesverwaltung vom 30. 6. 2004 erfolgen.

16) Gem. § 1 IV Nr. 2 VerpflichtungsG ist im Bereich der Landesverwaltung diejenige Behörde zuständig, die von der Landesregierung durch Rechtsverordnung bestimmt wird. Im Bundesland Brandenburg ist dabei auf die Verordnung über die Zuständigkeit nach dem Verpflichtungsgesetz vom 27. 10. 1992 (GVBl II, 694) und für den kommunalen Bereich zudem auf den Runderlass III Nr. 53/1993 des Ministeriums des Innern v. 31. 8. 1993 zu verweisen.

17) BT-Dr 7/550, S. 209.

18) Z. B. Nr. 11 der Richtlinie der Bundesregierung zur Korruptionsbekämpfung in der Bundesverwaltung v. 30. 7. 2004, abrufbar unter http://www.bmi.bund.de/Internet/Content/Common/Anlagen/Lexikon/Richtline__korruptionspraevention __30072004de, templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Richtline_korruptionspraevention_30072004de.pdf.

den[19]. Als Richtwert sollte jedoch eine fünfjährige Verwendungsdauer nicht überschritten werden. Zwar sehen die Richtlinien so genannte Öffnungsklauseln vor, nach denen aus dringenden dienstlichen Gründen auch eine Überschreitung der Verwendungszeiten möglich sein soll. Als Beispiel wird dabei der Mangel an geeignetem Personal oder Stellen mit gleicher Wertigkeit genannt. Für diesen Fall sollen Ausgleichsmaßnahmen, nämlich die Stärkung der sonstigen korruptionspräventiven Maßnahmen, vorgesehen werden. Die Verlängerung der Verwendungszeiten soll im Rahmen von organisatorischen Verfügungen aktenkundig gemacht werden. Besonders in den korruptionsgefährdeten Bereichen erscheint jedoch die Überschreitung der Verwendungszeiten bedenklich. Zwar sind personalwirtschaftliche Argumente, wie der Einsatz von erfahrenem und fachkundigem Personal, nicht von der Hand zu weisen. Jedoch lassen sich auch solche Argumente entkräften. Ziel muss die Entwicklung eines Personalkonzepts sein, in dem die Einhaltung der Verwendungszeiten verankert wird. Dabei muss vorausschauend geplant werden, so dass die Möglichkeit der Wahrnehmung der Aufgaben nach Ablauf der Verwendungszeit durch einen anderen Mitarbeiter möglich wird. Deshalb sollte zwei Jahre vor Ablauf der Verwendungszeit bereits über die Neuzuordnung der konkreten Zuständigkeit entschieden werden. Bevor die Aufgabe übergeht, sind Fortbildungen für den dann vorgesehenen Mitarbeiter zu arrangieren. Darüber hinaus muss in regelmäßigen Abständen eine Hospitanz im zukünftigen Aufgabenbereich ermöglicht werden. Durch ein vorausschauendes Personalmanagement entsprechend dem Turnus der Verwendungszeiten lässt sich die Entstehung von gewachsenen Strukturen verhindern.

c) *Mehr-Augen-Prinzip*. Eine zentrale Rolle bei der Kontrolle des Vergabeverfahrens spielt ferner die Einhaltung des „Mehr-Augen-Prinzips"[20]. Es ist zu vermeiden, dass ein wesentlicher Vorgang allein und abschließend von einem einzigen Mitarbeiter bearbeitet wird. Deshalb sollte im Vergabeverfahren bei der Tätigkeit der Fachämter – also außerhalb des Tätigkeitsbereichs der „zentralen Vergabestelle" – die Beteiligung eines weiteren Mitarbeiters vorgesehen werden. Bereits in den Dienst- und Arbeitsanweisungen ist diese Beteiligung anzuordnen. Der Erarbeitung der entsprechenden Dienst- und Arbeitsanweisungen geht eine Schwachstellenanalyse voraus, im Rahmen derer die sensiblen Bereiche des Vergabeverfahrens aufgezeigt werden und die gemeinsam mit den Mitarbeitern zu entwickeln ist.

3. *Verfahrensbezogene Möglichkeiten*

Neben den personenbezogenen Vermeidungsstrategien muss jedoch auch im Vergabeverfahren selbst das Risiko von Manipulationen gemindert werden.

a) *Gestaltung der Vergabeunterlagen*. Anknüpfungspunkt hierfür ist schon die Gestaltung der Vergabeunterlagen (Aufforderung zur Angebotsabgabe und Verdingungsunterlagen). Die Anforderungen hierfür ergeben sich aus den §§ 9 ff. VOB/A und §§ 8 ff. VOL/A. Zentrale Bedeutung kommt dabei der Leistungsbeschreibung zu. In ihr bezeichnet der Auftraggeber die Art und den Umfang der zu vergebenden Leistungen; auf ihrer Grundlage berechnen die Bieter ihre Angebote. Mit Erteilung des Zuschlags wird die Leistungsbeschreibung Vertragsbestandteil.

Eine missverständlich bzw. nicht eindeutig formulierte Leistungsbeschreibung bietet die Möglichkeit zu Manipulationen. Der Bieter darf aus vergaberechtlicher Sicht nicht im Unklaren gelassen werden, welche Leistung von ihm in welcher Form und welchen Bedingungen anzubieten ist. Die Zuschlagserteilung kann anderenfalls in dieser Konstellation dazu führen, dass nur das vermeintlich wirtschaftlichste Angebot zum Tragen kommt. Erst bei der späteren Vertragsabwicklung stellt sich häufig heraus, dass das Angebot nicht alle vom Auftraggeber vermeintlich geforderten Leistungen enthält; die fehlenden Leistungsteile werden in diesen Fällen oft durch Nachträge eingekauft, die – bei Einrechnung in die Angebotspreise – dazu geführt hätten, dass das bezuschlagte Angebot nicht mehr das günstigste gewesen wäre[21]. Im Übrigen macht sich der Auftraggeber im Vergabeverfahren angreifbar.

(1) *Anforderungen an die Leistungsbeschreibung*. Deshalb müssen § 9 Nr. 1 VOB/A bzw. § 8 Nr. 1 I VOL/A strikte Beachtung finden. Nur mit einer präzisen Leistungsbeschreibung kann für den Auftraggeber Preissicherheit und für die Auftragnehmer Kalkulationssicherheit und fairer Wettbewerb gewährleistet werden.

(a) *Allgemeine Anforderungen*. Die Leistung ist eindeutig, erschöpfend, gründlich und vollständig zu beschreiben, so dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen und die Angebote miteinander verglichen werden können. Die Leistungsbeschreibung ist mithin sowohl in ihrem äußeren Bild als auch in ihrer inhaltlichen Zusammenstellung und der dabei gewählten Ausdrucksweise so zu halten, dass sie von allen fachkundigen Bewerbern gleichermaßen verstanden wird[22].

Ergänzend sei auf die Vergabehandbücher des Bundes (VHB-Bund) bzw. der Länder, insbesondere die dort vorgegebenen Einheitlichen Verdingungsmuster und Einheitlichen Formblätter, hingewiesen.

(b) *Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis*. Bei Bauleistungen stellt die Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis die Regel (§ 9 Nr. 6 VOB/A) dar. Danach soll die Leistung durch eine allgemeine Darstellung der Bauaufgabe (Baubeschreibung) und ein in Teilleistungen gegliedertes Leistungsverzeichnis beschrieben werden. Das Leistungsverzeichnis ist in Teilleistungen im Bereich des jeweiligen Ausschreibungsrahmens aufzugliedern. Teilleistungen sind dabei solche Leistungsteile, die unter einer Ordnungszahl (Position) mit dem dazugehörigen Fordersatz (voraussichtliche Mengen) beschrieben werden. Näheres hierzu bestimmt § 9 Nr. 9 VOB/A. Zur Vermeidung von Manipulationen sind die Mengen auf Grund genauer Mengenberechnungen, die Art der Leistungen mit den erforderlichen Erläuterungen über Konstruktion und Baustoffe, die einzuhaltenden Maße, besondere technische und bauphysikalische Forderungen, besondere örtliche Gegebenheiten, z. B. Baugrund, Wasserverhältnisse, Altlasten sowie sonstige detailleistungsbestimmende Faktoren, so genau wie möglich anzugeben[23]. Damit wird zugleich die Möglichkeit nachträglicher Preisänderungen nach § 2 Nr. 3 bis 6 VOB/B ausgeschlossen.

(2) *Vermeidung kalkulationserheblicher Vorarbeiten des Bieters*. Im Zusammenhang mit der Erstellung der Leistungsbeschreibung ist noch darauf hinzuweisen, dass der Bieter nicht mit kalkulationserheblichen Vorarbeiten betraut werden darf. Dies ist aus vergaberechtlicher Sicht gem. § 9 Nr. 1 VOB/A untersagt. Unzulässig ist es etwa, den Bieter mit Massenberechnungen oder der Erstellung von Plänen zu betrauen. Auch die Beurteilung des Baugrunds, seiner Tragfähigkeit, der Grundwasserverhältnisse oder Bodenbelastungen darf dem Bieter nicht zugewiesen werden. Dies gilt umso mehr, als häufig verwandte Klauseln, mit denen der Auftraggeber sich von seiner Verantwortung für eine eindeutige und

19) Nr. 13.2 der Richtlinie zur Korruptionsbekämpfung in der öffentlichen Verwaltung des Freistaates Thüringen (http://www.thueringen.de/de/tmsfg/akb/richtlinie/print.html) nennt dabei einen Verwendungszeitraum von vier Jahren. Nr. 2.5 der Richtlinie zur Verhütung und Bekämpfung von Korruption in der öffentlichen Verwaltung (Korruptionsbekämpfungsrichtlinie – KorruR) der Bayerischen Staatsregierung vom 13. 5. 2004 (Aktenzeichen BIII 2-515-238) sieht einen Zeitraum von sieben Jahren vor. Nr. 4.2 der Richtlinie der Bundesregierung zur Korruptionsbekämpfung in der Bundesverwaltung vom 30. 7. 2004 benennt eine Verwendungsdauer für das Personal in korruptionsgefährdeten Bereichen von fünf Jahren.

20) Vgl. dazu auch Punkt 3.1 der Richtlinie Bundesregierung zur Korruptionsprävention in der Bundesverwaltung v. 30. 7. 2004.

21) *Hansen-Reifenstein*, Die Vergabe von Bauleistungen nach der VOB, 2000, S. 115.

22) *Ingenstau/Korbion*, VOB, 15. Aufl. (2004), § 9 VOB/A Rdnr. 22.

23) Vgl. Nr. 2.2.2 zu A § 9 VHB-Bund.

erschöpfende Leistungsbeschreibung freizeichnen möchte, regelmäßig unzulässig sind und damit insbesondere die Möglichkeit von Nachträgen rechtssicher nicht ausschließen können.

(3) *Bedarfs- und Alternativpositionen.* Bei der Erarbeitung der Leistungsbeschreibung mit dem Leistungsverzeichnis muss ferner darauf geachtet werden, Bedarfs- und Alternativpositionen nur in Ausnahmefällen zu verwenden (§ 9 Nr. 1 S. 2 VOB/A). Mit Bedarfspositionen werden Leistungen ausgeschrieben, deren Ausführung wegen ihres Bedarfscharakters bei der Erstellung der Vergabeunterlagen noch nicht feststeht. Ihre Ausführung hängt meist von technischen Gegebenheiten ab, die häufig erst während der Bauausführung erkennbar werden. Alternativpositionen wiederum treten nach Wahl durch den Auftraggeber an die Stelle der in den Grund- oder Normalpositionen vorgesehenen Leistung. Sie sind generell dadurch gekennzeichnet, dass bei Fertigstellung der Vergabeunterlagen noch nicht feststeht, ob die Leistung überhaupt bzw. in der einen oder anderen Ausführungsart tatsächlich erbracht werden soll und der Auftraggeber sich die dahin gehende Entscheidung bis zur Auftragserteilung vorbehalten will. Solche Bedarfs- bzw. Alternativpositionen sind schon vergaberechtlich wegen des Gebotes der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung kritisch und bieten zudem die Möglichkeit zu Manipulationen. Die Häufung solcher Positionen führt mit der damit verbundenen mangelnden Transparenz dazu, dass durch gezielte Kombination von mehreren Bedarfs- bzw. Alternativpositionen ein bestimmter, vom Auftraggeber gewünschter Bieter an die Erststelle gerechnet werden kann. Aus diesem Grund ist nach der vergaberechtlichen Rechtsprechung[24] der Ansatz von Bedarfs- oder Alternativpositionen nur unter engen Voraussetzungen statthaft. Solche Positionen dürfen danach nur dann eingestellt werden, wenn und soweit ein berechtigtes Bedürfnis des Auftraggebers besteht, die zu beauftragende Leistung in den betreffenden Punkten einstweilen offen zu halten[25]. Bedarfs- oder Alternativposition dürfen nur einen geringfügigen Teil der Leistungen betreffen[26], ihr Umfang soll in der Regel 10% des geschätzten Auftragswertes nicht überschreiten[27]. Darüber hinaus sind zur Gewährleistung eines transparenten Vergabeverfahrens dem Bieterkreis vorab die Kriterien bekannt zu geben, die für eine Inanspruchnahme der ausgeschriebenen Bedarfs- oder Alternativpositionen maßgeblich sein sollen[28]. Damit wird ausgeschlossen, dass die Zuschlagserteilung mit Hilfe der Bedarfs- oder Alternativpositionen manipuliert werden kann.

b) *Beratung durch Ingenieure und Architekten.* Schon angesprochen wurde die Möglichkeit des Auftraggebers, sich bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses freiberuflich Tätiger, insbesondere Architekten oder Ingenieure zu bedienen. Dem Auftraggeber obliegt es aber, das Leistungsverzeichnis auf seine Plausibilität hin, d. h. etwa auffällige Mengenangaben oder Überdimensionierungen bzw. unnötige Leistungen, zu prüfen.

Bei der Auswahl des freiberuflich Tätigen, aber auch bei seinen eigenen Mitarbeitern, ist vom Auftraggeber darauf zu achten, dass Interessenkollisionen von vornherein vermieden werden. Es ist durch Fragebögen o. ä. aufzuklären, ob Mitarbeiter des Auftraggebers oder des von ihm beauftragten Beratungsbüros in persönlichem oder wirtschaftlichem Kontakt zu potenziellen Bietern stehen, um bereits den Verdacht von Manipulationen auszuschließen. Dies dient zugleich der Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens. Nach § 16 VgV, der bei Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte Anwendung findet, dürfen voreingenommene Personen sowohl auf Auftraggeber- als auch auf Bieterseite nicht mitwirken. Diese Regelung ist eine Konkretisierung des Neutralitätsgebots, das mit dem vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgebot in engem Zusammenhang steht. Das Neutralitätsgebot erfordert es, dass für den Auftraggeber nur Personen tätig werden, deren Interessen weder mit denen eines Bieters noch mit den Interessen eines Beauftragten des Bieters verknüpft sind[29].

Überdies ist von der Möglichkeit Gebrauch zu machen, beauftragte Architekten bzw. Ingenieure auf die gewissenhafte Erfüllung ihrer Obliegenheiten nach dem Verpflichtungsgesetz zu verpflichten.

c) *Vermeidung von Manipulationen nach Angebotsabgabe.* Die Verhinderung und Aufdeckung von Manipulationen muss der Auftraggeber auch nach der Abgabe der Angebote im Blick behalten.

(1) *Umgang mit spekulativen Angeboten.* Anhaltspunkte für eine manipulative Beeinflussung des Vergabeverfahrens sind etwa spekulative Angebote. Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass sie regelmäßig gegenüber den Angeboten anderer Bieter deutlich überhöhte oder untersetzte Einheitspreise bzw. so genannte „Null-Preise" oder „Cent-Preise" in einzelnen oder einer Vielzahl von Leistungspositionen aufweisen.

(a) *Mischkalkulationen.* Zwar sind Einheitspreise von 0 Euro – auch bei zahlreichen Leistungspositionen – nicht von vornherein zu beanstanden[30]. Unzulässig ist aber eine so genannte Mischkalkulation des Bieters: Diese ist dadurch gekennzeichnet, dass durch Abpreisen bestimmter ausgeschriebener Leistungen auf einen Einheitspreis von etwa 0 Euro und Aufpreisen der Einheitspreise anderer angebotener Positionen Preise benannt werden, die die für die jeweiligen Leistungen geforderten tatsächlichen Preise weder vollständig noch zutreffend wiedergeben. Ein Bieter, der in seinem Angebot die geforderten Einheitspreise für einzelne Leistungspositionen auf verschiedene Einheitspreise anderer Positionen verteilt, „versteckt" die von ihm geforderten Preisangaben in der Gesamtheit seines Angebots. Ein solches ist ungeeignet, eine transparente und alle Bieter gleich behandelnde Vergabeentscheidung zu ermöglichen und muss ausgeschlossen werden[31].

Die Gründe für eine solch unzulässige Mischkalkulation können darin liegen, dass der Bieter gezielt Mängel der Vergabeunterlagen, insbesondere des Leistungsverzeichnisses, für sich ausnutzen möchte. Das Motiv für den bewusst hohen oder niedrigen Ansatz von Einheitspositionen liegt zumeist in der Erwartung, dass die unter dem Einheitspreis erfasste Menge sich bei der Bauausführung mehrt oder mindert, insbesondere wenn der Bieter Einfluss auf die Mengen hat[32]. Erkennt der Bieter, dass Mengenansätze bei bestimmten Positionen überhöht sind, könnte er diese Teilleistungen mit einem sehr geringen Einheitspreis und die tatsächlich benötigten Positionen zu überhöhten Preisen anbieten. Die gezielte Aufpreisung von Positionen, die zu Beginn der Baumaßnahmen ausgeführt und abgerechnet werden, kann zu einer unzulässigen Kreditierung des Bieters oder einer – durch die Bürgschaft nicht gedeckten – Überzahlung und damit Zinsverlusten für den Auftraggeber führen. Spekulative Angebote können daher zu erheblichen finanziellen Schäden für den Auftraggeber führen.

(b) *Ausschluss bzw. Aufklärung von spekulativen Angeboten.* Stellt der Auftraggeber bei der Angebotsprüfung unangemessen niedrige Einheitspreise in den Teilleistungen (z. B. „Null-Euro oder Cent-Preise") fest, kann dies ein Anzeichen für eine unzulässige Mischkalkulation sein. Der Auftraggeber sollte dies zum Anlass nehmen, die Angemessenheit der Preise aufzuklären. Dazu ist grundsätzlich vom Bieter eine schriftliche Aufklärung über die Kostenanteile der Einheitspreise und die Offenlegung der Preisermittlungsunterlagen (Kalkulation)

24) *OLG Düsseldorf*, NVwZ 2004, 1147 = NZBau 2004, 463.
25) *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 2. 8. 2002 – Verg 25/02.
26) *Daub/Eberstein*, VOL, 5. Aufl. (2000), § 8 VOL/A Rdnr. 30.
27) Vgl. Nr. 4.2 zu A § 9 VHB-Bund.
28) *OLG Düsseldorf*, NVwZ 2004, 1147 = NZBau 2004, 463.
29) *VK Lüneburg*, Beschl. v. 6. 9. 2004 – 203-VgK-39/2004.
30) *OLG Rostock*, NZBau 2005, 172; *OLG Dresden*, VergabeR 2004, 507.
31) *BGHZ* 159, 186 = NZBau 2004, 457 = NJW-RR 2004, 1626 = KommJur 2004, 344 = VergabeR 2004, 473.
32) *Heiermann/Riedl/Rusam*, VOB, 10. Aufl. (2003), A § 25 Rdnr. 154.

mit Terminsetzung zu verlangen. Kann der Bieter nicht schlüssig nachweisen, dass sein Preis sachgerecht kalkuliert ist und Kostenanteile nicht in andere Positionen verschoben sind, ist sein Angebot als unvollständig (§ 21 Nr. 1 VOB/A) auszuschließen; eine bloße Behauptung des Bieters, seine Preise seien sachgerecht kalkuliert, reicht nicht aus[33]. Allerdings: Enthalten die Angebote Einheitspreise, die die für die jeweiligen Leistungen geforderten Preise schon durch bloße Sichtprüfung erkennbar nicht ausweisen, ist der Auftraggeber nicht gehalten, die Gründe zu ermitteln, die den Bieter dazu veranlasst haben, in diesem Fall kann er das Angebot ohne weiteres ausschließen[34]. Ist dagegen lediglich zweifelhaft, ob das Angebot die tatsächlich geforderten Preise für die jeweiligen Leistungspositionen ausweist, sollte eine Aufklärung gefordert werden.

(2) *Ausschluss von Angeboten wegen wettbewerbsbeschränkender Abrede.* Nach § 25 Nr. 1 I Nr. c VOB/A bzw. § 25 Nr. 1 I Nr. f VOL/A sind Angebote von Bietern, die in Bezug auf die Ausschreibung eine unzulässige, wettbewerbsbeschränkende Abrede getroffen haben, zwingend auszuschließen. In erster Linie ist hier an Preisabsprachen (Preiskartelle) zwischen den Bietern zu denken. Darin erschöpft sich dieser Ausschlussgrund jedoch nicht.

(a) *Begriff der wettbewerbsbeschränkenden Abrede.* Der Begriff der wettbewerbsbeschränkenden Abrede ist mit Blick auf den das gesamte Vergabeverfahren beherrschenden Wettbewerbsgrundsatz weit auszulegen. Er ist nicht nur auf ein gesetzeswidriges Verhalten beschränkt, sondern umfasst alle sonstigen Absprachen, aber auch Verhaltensweisen, die mit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz des § 97 I GWB und § 2 Nr. 1 VOB/A bzw. § 2 Nr. 1 VOL/A unvereinbar sind[35]. Dazu zählen etwa Verabredungen zwischen den Bietern über die Abgabe oder Nichtabgabe von Angeboten, die zu fordernden Preise, Bindungen sonstiger Entgelte, Gewinnaufschläge, Zahlungs-, Lieferungs- und andere Bedingungen, soweit sie unmittelbar den Preis beeinflussen, Entrichtung von Ausfallentschädigungen oder Abstandszahlungen an andere Bieter, Gewinnbeteiligungen oder andere Abgaben[36].

(b) *Anhaltspunkte für Absprachen.* Anhaltspunkte für unzulässige Preisabsprachen bzw. sonstige Abreden können nur bei sorgfältiger Prüfung der Angebotsunterlagen und des Preisspiegels gefunden werden, etwa wenn die Angebotspreise nur wenig streuen, Einzelpreise trotz verschiedener Angebote gleich sind, sich voneinander durch einen konstanten Zuschlag unterscheiden oder sich die gleichen (Schreib-, Rechen- oder sonstige) Fehler in mehreren Angeboten finden[37]. Auch die Bieterstruktur, etwa ob sich ein Unternehmen selbst und zugleich als Mitglied einer Bietergemeinschaft beteiligt, sollte geprüft werden[38].

(c) *Nachweis von Abreden.* Die Schwierigkeit für den Auftraggeber liegt allerdings regelmäßig im gesicherten Nachweis von Preisabsprachen bzw. sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Abreden. Insoweit sind die Anforderungen nach der Rechtsprechung hoch[39]. Erforderlich ist in jedem Fall der effektive Nachweis durch den Auftraggeber, dass eine derartige Abrede im Sinne und mit dem Zweck einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung getroffen wurde[40]. Indizien, die die erforderliche sichere Schlussfolgerung auf eine solche Abrede nicht zulassen, oder bloße Vermutungen reichen nicht aus, um eine unzulässige Preisabsprache als erwiesen annehmen zu können.

(d) *Gegenmaßnahmen.* Wegen der häufig nicht möglichen Nachweisführung sollte der Auftraggeber seine Aufmerksamkeit vor allem auf Gegenmaßnahmen gegen unzulässige, wettbewerbsbeschränkende Abreden richten. Dazu zählen etwa[41]:

- genaue, risikobereinigte Leistungsbeschreibungen,
- keine (zukünftige) Benachteiligung von Bewerbern, die zu einer beschränkten Ausschreibung aufgefordert wurden, sich daran aber nicht beteiligt haben,
- häufiger Wechsel der aufgeforderten Unternehmen bei beschränkten Ausschreibungen oder freihändigen Vergaben,
- Heranziehung von Außenseitern,
- ausreichende Ausführungsfristen,
- Zulassung von Nebenangeboten mit geänderten Ausführungsfristen,
- keine Beteiligung von Bewerbern, die an der Aufstellung des Leistungsverzeichnisses mitgewirkt haben,
- keine gemeinsame Baustellenbegehung oder Bietergespräche,
- Bietererklärung über Nichtbeteiligung an Preisabsprachen,
- Auftragssperre bei nachgewiesener Preisabsprache,
- ausreichende Bearbeitungszeit für Angebote,
- Einschalten der Preisüberwachungsstellen (§ 9 der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen).

d) *Vertraulichkeit.* Um Manipulationen auszuschließen, ist ferner auf die Einhaltung des Vertraulichkeitsangebots bzw. der Geheimhaltungsverpflichtung zu achten. Hierfür sehen die Vergabebestimmungen insbesondere vor, dass die Namen der Bewerber, die Verdingungsunterlagen erhalten oder eingesehen haben, geheim zu halten sind (§ 17 Nr. 6 VOB/A bzw. § 17 Nr. 5 VOL/A). Der Zweck dieser Bestimmungen liegt darin, dass ein echter bzw. lauterer Wettbewerb zwischen den Bietern erfolgen soll. Der Auftraggeber muss vermeiden, dass bekannt wird, wer sich um die ausgeschriebenen Leistungen zu bewerben beabsichtigt bzw. bewirbt. Damit soll von vornherein die Möglichkeit abgestimmter Verhaltensweisen, d. h. Abreden zwischen den Bietern, ausgeschlossen werden. Der Auftraggeber hat darauf zu achten, dass jegliche Auskünfte durch seine Mitarbeiter, aber auch seine Bevollmächtigten bzw. Erfüllungsgehilfen, zu den Bewerberlisten unterbunden werden. Diese Listen sind wie auch sonstige Unterlagen, aus denen sich der Kreis der Bewerber ergeben kann, bis zur Öffnung der Angebote unter Verschluss zu halten. Darüber hinaus ist jede Möglichkeit zu unterbinden, bei der sich Bewerber begegnen können, etwa gemeinsame Baustellenbesichtigungen.

Das Vertraulichkeitsgebot gilt gleichermaßen bei Bietergesprächen, § 24 Nr. 1 II VOB/A bzw. § 24 Nr. 3 VOL/A. Grund und Ergebnis solcher Bieterverhandlungen sind geheim zu behandeln. Damit soll verhindert werden, dass Dritte entweder Einzelheiten aus den zwischen Auftraggeber und Bieter geführten Verhandlungen oder deren Gesamtergebnis erfahren können. Es ist nicht auszuschließen, dass insbesondere bei Verhandlungen über die Preisgestaltung Unterlagen bekannt werden, die durch das Angebot und durch dessen Eröffnung anderen Bietern im Allgemeinen nicht zur Kenntnis gelangen. Andere Bieter wären daher bei Verstoß gegen das Vertraulichkeitsgebot in der Lage, das Verhandlungsergebnis für sich zu nutzen.

e) *Maßnahmen nach Auftragserteilung.* Auch nach der Auftragserteilung durch Zuschlag an den wirtschaftlich günstigsten Bieter muss der Auftraggeber auf Manipulationsver-

33) Nr. II 1 und 2 des Erlasses des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen zur Änderung des VHB bezüglich der Wertung unangemessen niedriger Preise von Teilleistungen v. 28. 10. 2004 (B 15 – 0 1080-114).

34) *OLG Brandenburg*, NZBau 2005, 238 – in einem Fall, in dem der Bieter für 300 Positionen wahllos einen einheitlichen Phantasiebetrag angeboten hatte.

35) *OLG Düsseldorf*, VergabeR 2003, 690.

36) *Heiermann/Riedl/Rusam* (o. Fußn. 32), A § 25 Rdnr. 12.

37) DStGB Dokumentation Nr. 31, S. 14.

38) Zum Ausschluss des Unternehmens in diesem Fall *OLG Düsseldorf*, VergabeR 2003, 690.

39) *OLG Frankfurt a. M.*, NZBau 2004, 60 = VergabeR 2003, 581.

40) *Heiermann/Riedel/Rusam* (o. Fußn. 32), A § 25 Rdnr. 12.

41) *Heiermann/Riedel/Rusam* (o. Fußn. 32), A § 2 Rdnr. 26.

suche achten. Bei der Auftragsdurchführung sind z. B. Maßnahmen zu treffen, um einem späteren Abrechnungsbetrug vorzubeugen. Aufmaße sind gemeinsam vorzunehmen, Mengennachweise bereits bei Abschlagsrechnungen zu überprüfen und bei Messgeräten mit elektronischer Speicherung schon auf der Baustelle Ausdrucke vorzunehmen[42]. Durch stetige und dokumentierte Qualitäts- bzw. Baustellenkontrollen, auch unangekündigt, muss sich der Auftraggeber über den Fortgang der Leistungserfüllung informieren. Bei nachlässigen Kontrollen besteht die Möglichkeit, dass Mängel nicht erkannt und damit Gewährleistungsansprüche gefährdet werden.

Besondere Aufmerksamkeit gilt der Abrechnungsphase. Auch wenn diese durch beauftragte Ingenieure bzw. Architekten kontrolliert werden, sollte der Auftraggeber eigene Mitarbeiter an den Kontrollen beteiligen.

IV. Ausblick: Schaffung eines Korruptionsregisters

Der Vermeidung von Manipulationen dient es auch, dass bereits nach geltendem Recht Auftraggeber an unzuverlässige Unternehmen keine Aufträge vergeben dürfen. Sie haben die Zuverlässigkeit der Unternehmen vor der Vergabe von Aufträgen zu prüfen und bei einem negativen Ergebnis der Prüfung die entsprechenden Unternehmen vom Wettbewerb auszuschließen. Die Schwierigkeit für den Auftraggeber liegt bisher darin, dass er von Ausschlüssen wegen Unzuverlässigkeit durch andere öffentliche Auftraggeber in der Regel keine Kenntnis hat. Eine gezielte Überprüfung der Zuverlässigkeit wird damit erheblich erschwert. Zwar existieren in einigen Ländern[43] auf der Grundlage von Erlassen bzw. gesetzlichen Regelungen bereits Register über Unternehmen, die wegen Verstoßes gegen bestimmte Straf- oder Bußgeldtatbestände vom Wettbewerb ausgeschlossen worden sind. Diese Register können allerdings nur Ausschlussentscheidungen eines Bruchteils aller öffentlichen Auftraggeber erfassen.

Bestandteil eines Gesetzesvorhabens des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, mit dem Vergaberichtlinien der EU aus dem Jahre 2004 umgesetzt werden sollen, ist daher auch der Entwurf eines „Gesetzes zur Einrichtung eines zentralen Registers über den Ausschluss unzuverlässiger Unternehmen von der Vergabe öffentlicher Aufträge aus korruptionsbezogenen Gründen (Korruptionsregistergesetz – KorrRegG)“[44].

Das Gesetz soll für alle öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge gelten und auch unterhalb der Schwellenwerte zur Anwendung kommen. Auftraggeber, die Unternehmen u. a. wegen Straftaten der wettbewerbsbeschränkenden Abreden, der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr, Bestechung, der Vorteilsgewährung oder wegen Verstößen gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit ausgeschlossen haben, sind verpflichtet, dies dem Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle zu melden. Dort soll ein zentrales Korruptionsregister geführt werden. Bei Aufträgen oberhalb einer bestimmten Schwelle, die im Gesetzesentwurf derzeit mit 5000, bis 10 000 Euro angegeben wird, ist jeder öffentliche Auftraggeber verpflichtet, beim Bundesamt anzufragen, ob das für den Zuschlag vorgesehene Unternehmen erfasst ist. Die Anfragepflicht soll sich auch auf Nachunternehmer des entsprechenden Bieters beziehen.

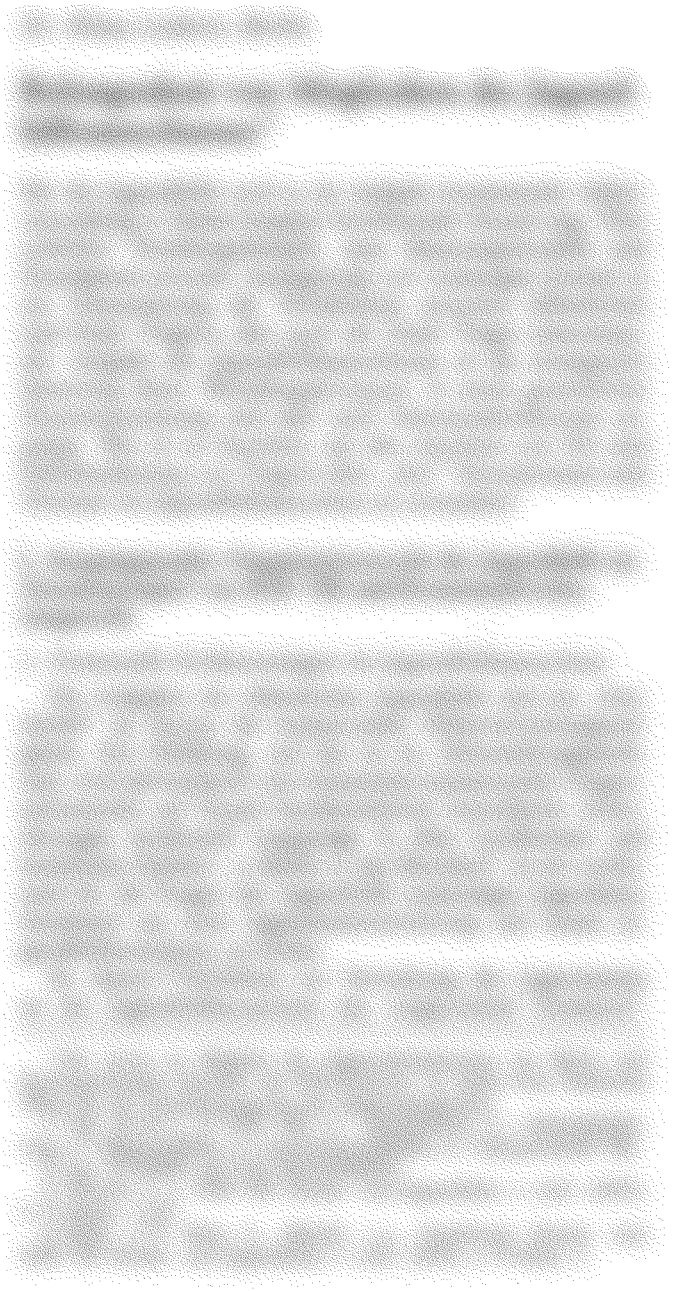
Mit diesem Gesetz soll den Auftraggebern im gesamten Bundesgebiet eine gezielte Überprüfung der Zuverlässigkeit von Unternehmen bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen ermöglicht und Korruption bzw. Wirtschaftskriminalität wirksamer bekämpft werden.

V. Fazit

Es hat sich gezeigt, dass im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge eine Manipulationsanfälligkeit festzustellen ist. Deshalb müssen die Auftraggeber bestrebt sein, dieser durch geeignete personen- und verfahrensbezogene Maßnahmen Manipulationsversuchen entgegenzutreten. Die entsprechenden Vermeidungsstrategien lassen sich mit folgenden Schlagworten beschreiben: Aufklärung, Transparenz, Rotation und Mehr-Augen-Prinzip im gesamten Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge.

---

42) DStGB Dokumentation Nr. 31, S. 15.

43) Z. B. nach Nr. 7.1.7 der Richtlinie zur Verhütung und Bekämpfung von Korruption in der öffentlichen Verwaltung (Korruptionsbekämpfungsrichtlinie – KorruR) der Bayerischen Staatsregierung v. 13. 5. 2004 (Aktenzeichen BIII 2-515-238). Vgl. ferner die Übersicht unter http://www.transparency.de/Thematische_UEbersicht_Ressour.651.0.html.

44) Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Vergaberechts des BMWA v. 29. 3. 2005, abrufbar unter http://www.bmwa.bund.de/ Navigation/ Wirtschaft/ Wirtschaftspolitik/Oeffentliche-Auftraege/vergaberecht-vorschriften,did=43 140.html.