

Dr. Siegfried Broß

Dr. h.c. Universitas Islam Indonesia – Yogyakarta –

Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D.

Honorarprofessor an der Universität Freiburg im Breisgau

Ehrevorsitzender der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe und der

Deutschen Sektion der Internationalen Juristenkommission e. V.

Forum Vergabe: Treffen der Regionalgruppe Baden-Württemberg in Stuttgart

Donnerstag, 11. Oktober 2012, 17:15 Uhr

Thema: "Überlegungen zur Strafbarkeit von Vergaberechtsverstößen"

I. Vorbemerkungen

1. Mit diesem Thema haben wir uns im April diesen Jahres bei der Tagung des Forum Vergabe in Fulda in einem Arbeitskreis beschäftigt. Ich möchte Ihnen – zumal einige der Anwesenden dort waren – keinen "Aufguss" dieser Veranstaltung bieten, sondern die Problematik in einen größeren Zusammenhang stellen, weil es sich nicht allein und nicht zentral um ein Problem des Strafrechts handelt, sondern um ein Problem des "kulturellen Niveaus" des Vergaberechts im Rechtsstaat. Ich bin mir natürlich bewusst, dass es etwas hoch gegriffen ist, im Zusammenhang mit der Vergabe von Werkverträgen und Dienstleistungen von "Kultur" zu sprechen. Ich habe deshalb auch Anführungszeichen angebracht. Gleichwohl ist es angezeigt, sich darüber Gedanken zu machen, weil das Strafrecht in einem Rechtsstaat für Rechtssicherheit und Rechtsfrieden nur wirksam werden kann, wenn es lediglich ausnahmsweise aktualisiert werden und es nicht Massenphänomene bewältigen muss. Der Rechtsstaat und die Gesellschaft sind darauf angewiesen, dass sich die meisten Menschen – hoffentlich aus innerer Überzeugung –, jedenfalls äußerlich sichtbar, an die bestehenden Gesetze halten und nicht normwidrig und damit zulasten der rechtstreuen Menschen agieren.

Es ist deshalb erforderlich, den Bogen der Betrachtung weit über das unmittelbare Vergaberecht hinaus zu spannen und auch private Vergaben wie auch das Feld weiterer staatlicher finanzieller Leistungen mit einzubeziehen und auch das Umfeld und das Klima, in dem Vergaben ablaufen, aufzuhellen.

2. Naheliegender kommt es immer wieder zu Unregelmäßigkeiten, wenn öffentliche Hände finanzielle Leistungen erbringen. Hinter solchen Unregelmäßigkeiten muss nicht unbedingt ein böser Wille oder Absicht stehen, sich einen Vorteil zu verschaffen, der dem so Begünstigten nach den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen und weiteren zu ihrem Vollzug erlassenen Regeln nicht zukommt. Auch wenn dies nicht in einem Wettbewerb geschieht, werden die öffentliche Hand und andere geschädigt, die ebenfalls Anspruch auf die Leistungen haben könnten, weil der zur Verfügung stehende Topf kleiner geworden ist. Der Nachteil für die Allgemeinheit springt ins Auge.

Solche Unregelmäßigkeiten sind im landwirtschaftlichen Bereich aufgrund von Ausgleichszahlungen an Landwirte nicht selten. Diese werden häufig vorläufig als Vorschüsse gewährt und später abgerechnet. Über die endgültige Bewilligung der Mittel befindet die EU-Kommission nach stichprobenartigen Prüfungen vor Ort im Rahmen ihrer jährlichen Rechnungsabschlussentscheidung. Hierbei kommt es öfters zu Differenzen, weil die Vergabevoraussetzungen ganz oder teilweise nicht vorgelegen haben. Hier sind zunächst die deutschen Stellen in der Verantwortung, die die Mittel bewirtschaften und die Vergabevoraussetzungen zu prüfen haben, möglicherweise aber hin und wieder „ein Auge zudrücken“, weil das Geld von der EU kommt. Die insoweit ohne Rechtsgrund geleisteten Zahlungen werden zurückgefordert und der Bundesrepublik Deutschland in Rechnung gestellt (einen solchen Fall behandelt eingehend unter föderalistischen Gesichtspunkten BVerfGE 116, 243). Solche Verfahren hatte ich beim Bundesverfassungsgericht im Rahmen von Bund-Länder-Streitigkeiten häufiger zu betreuen. Bei Durchsicht der Akten habe ich in keinem Verfahren Anhaltspunkte dafür gefunden, dass unredliche Machenschaften im Hintergrund stünden (anders etwa in dem VB-Verfahren "Alcan" oder der Entscheidung zur Bananenmarktordnung, BVerfGE 102, 147).

Allerdings habe ich daraus – und schon früher an einem bayerischen Landratsamt – die Lehre gezogen, dass es Verfahren bei der Vergabe öffentlicher Leistungen gibt, die von vorn herein und systemimmanent wegen ihrer Ausgestaltung "fehleranfällig"

sind, ohne dass unredliches Verhalten, das strafwürdig wäre, im Hintergrund steht. Diese müssen klein gehalten werden.

Es ist also darauf Bedacht zu nehmen, die Verfahren so zu gestalten, dass Fehleranfälligkeit und damit auch unredlichen Gestaltungen kein Raum eröffnet wird.

3. Die Dringlichkeit dieses Anliegens wird anhand des von der EU-Kommission vorgelegten Jahresberichts 2010 über den Schutz der finanziellen Interessen der EU deutlich. Hiernach entsteht der Union jährlich ein Gesamtschaden von etwa 600 Millionen € durch Betrugstaten. Ich vermute, daß es sich hierbei um eine optimistische Annahme handelt. Allerdings könnte diese damit zusammenhängen, daß der Betrugsschaden national eintritt. Da über 90 % des EU-Haushalts von den Mitgliedstaaten verwaltet werden und die Union bis zum Vertrag von Lissabon im Jahr 2009 keine eigene Strafrechtskompetenz hatte, war sie auf den Schutz ihres Vermögens durch das jeweilige nationale Strafrecht der Mitgliedstaaten angewiesen. Die einzelnen nationalen strafrechtlichen Vorschriften weichen aber in den Mitgliedstaaten sowohl bezüglich der Definition der Tatbestände als auch bezüglich der allgemeinen Strafbarkeit bestimmter Handlungsformen wie beispielsweise Versuch und Täterschaft erheblich voneinander ab. Dies wiederum eröffnet Kriminellen die Möglichkeit, die Unterschiede der Rechtssysteme zu ihrem Vorteil auszunutzen. Aus diesem Grunde möchte die Kommission insoweit ein eigenes Strafrecht mit einer europäischen Staatsanwaltschaft schaffen, die im Auftrag der EU bei solchen Straftaten ermitteln und anklagen kann (NJW-aktuell Nr. 38/2012, S.16)

Es handelt sich hierbei zwar nicht um ein spezifisches Problem des Vergaberechts, dieses Beispiel zeigt aber deutlich, dass es an einer verbindenden Rechtskultur innerhalb der Vertragsstaaten fehlt und dadurch wird das Verhalten im Wettbewerb geprägt. Auch das sind Rahmenbedingungen, die bei Überlegungen, unter welchen Voraussetzungen Verstöße im Vergabeverfahren unter Strafe gestellt werden sollen, mit berücksichtigt werden müssen, weil je nach dem zu vergebenden Auftrag auch ausländische Wettbewerber im Verfahren sind.

II. Einzelheiten

Im Folgenden möchte ich einige Gesichtspunkte erörtern, die vor dem Hintergrund der Gestaltung des Vergabeverfahrens und der "Kultur" von Bedeutung sind.

1. Als erstes möchte ich einen Artikel der Süddeutschen Zeitung vom 10. Februar 2012 vorstellen (Nr. 34, S. 19), der deutlich werden lässt, wie durch die Gestaltung des Verfahrens einer Vergabe einschließlich dessen Wahl Regelwidrigkeiten verhindert oder aber begünstigt werden können:

"Rohrkriecher". Bundesrechnungshof: Die Lockerung der öffentlichen Auftragsvergabe bringt keinen Konjunkturimpuls. Höchstens mehr Korruption. In der Erläuterung hierzu erfährt man, dass die Prüfer mehr als 16.000 Vergabeverfahren untersucht haben. Sie kommen zu dem Ergebnis, dass die im Rahmen des Konjunkturpakets II erlassenen Vergabeerleichterungen nicht dazu geführt haben, Baumaßnahmen des Bundes zu beschleunigen. Vielmehr seien allein beim Hochbau 50 bis 70 Millionen € mehr ausgegeben worden, als unter Wettbewerbsbedingungen notwendig gewesen wären. Die Bauvorhaben seien weder beschleunigt worden noch habe die Maßnahme für weniger Bürokratie in den Verwaltungen gesorgt. Da viele Aufträge an regional ansässige Unternehmen vergeben und nicht ausgeschrieben worden seien, befürchteten die Prüfer zudem erhöhte Manipulations- und Korruptionsrisiken. Interessant ist für den vorliegenden Zusammenhang der abschließende Hinweis, dass die schnelle Vergabe im übrigen schon im Ansatz an anderer Stelle gescheitert sei. Die für den Straßenbau des Bundes zuständigen Verwaltungen lehnten die Vergabeerleichterungen ab und ließen sie weitgehend unberücksichtigt. Die Beamten hätten sich darauf berufen, dass eine öffentliche Ausschreibung wirtschaftliche Ergebnisse und einen besseren Schutz vor Korruption gewährleiste. Diese Haltung ist zu begrüßen, zumal wenn man an die zahlreichen Branchenkartelle denkt, die in der Vergangenheit aufgedeckt wurden (Asphalt – gleich hier um die Ecke; Beton – nicht sehr weit weg; Leitplanken sowie Markierungen u.dgl.mehr).

Die Einschätzung der Straßenbaubehörden verdient noch aus einem weiteren Grund uneingeschränkte Zustimmung. Die freihändige Vergabe ist sicher am anfälligsten für Regelwidrigkeiten. Je transparenter und weiter ein Vergabeverfahren

gestaltet wird, desto höher wird das Risiko für diejenigen, die sich nicht regelkonform verhalten und den korrekten und "sauberen" Wettbewerb nicht schätzen. Anders gewendet bedeutet das, dass das Feld, das bei Überlegungen für Strafbestimmungen abgesteckt wird, von vornherein überschaubarer gehalten werden kann, wenn das Vergabeverfahren schon aufgrund der gewählten Verfahrensart transparent und unter den Augen der Öffentlichkeit abläuft.

Diesen Gesichtspunkt erörtert der Europäische Gerichtshof in einem Urteil vom 29. März 2012 sehr eingehend (NVwZ 2012, 745). Zu entscheiden war darüber, ob der öffentliche Auftraggeber nach Art. 55 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge verpflichtet sei, einen Bewerber schriftlich zur Erläuterung eines ungewöhnlich niedrigen Preises aufzufordern. Der Europäische Gerichtshof bejaht dies zurecht. Er bestätigt damit eine Linie, die er in seinem Urteil vom 22. Juni 1989 (Rs. 103/88 – Costanzo / Stadt Mailand, NVwZ 1990, 649) begründet hat. Damals war Art. 29 Abs. 5 EG-Richtlinie 71 /305 des Rates einschlägig. Es ging darum, dass bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge nach einem mathematischen Kriterium ermittelte Angebote von der Vergabe ohne weiteres ausgeschlossen werden konnten, wenn sie einen bestimmten Preis unterschritten, ohne dass der öffentliche Auftraggeber verpflichtet gewesen wäre, hierüber Aufklärung zu verlangen.

Der Europäische Gerichtshof sieht die Problematik zutreffend und in ihrer vollen Tiefe. Diese Aufklärung über die Zusammensetzung des Angebotspreises darf nicht dazu führen, dass nachträglich eine Änderung vorgenommen wird, weil dadurch der Wettbewerb verzerrt würde. Zu Recht betont er, dass der öffentliche Auftraggeber darauf zu achten hat, dass die am Verfahren teilnehmenden Bewerber gleich und fair behandelt werden. Der öffentliche Auftraggeber müsse darauf achten, dass am Ende des Verfahrens zur Auswahl der Angebote und im Hinblick auf das Ergebnis des gesamten Verfahrens nicht der Eindruck entstehen könne, dass durch eine Aufforderung zur Erläuterung die betreffenden Bewerber ungerechtfertigt begünstigt oder benachteiligt worden seien.

Schon an dieser Stelle möchte ich darauf hinweisen, dass für die Transparenz und die Selbstvergewisserung der Entscheider eines jeden Verfahrens eine

Dokumentation unentbehrlich ist. Eine solche darf nicht nur cursorisch erstellt werden. Vielmehr sind alle entscheidenden Schritte und Teilentscheidungen für das Finden der abschließenden Vergabeentscheidung "klar und deutlich" aktenkundig zu machen, nicht allein, um den "bösen Schein" zu meiden, sondern um die korrekte Entscheidungsfindung nachzuweisen. Dieser Umstand darf nicht gering geachtet werden. Für die Prüfinstanzen einschließlich der Gerichte sind unvollständig geführte Akten – keine oder lückenhafte Dokumentation ist hierfür ein Musterbeispiel – Anlass genug, Regelwidrigkeiten nachzuspüren.

2. Des Weiteren ist darauf zu achten, dass innerhalb der einzelnen Verfahrensarten vor allem für die Bewertung der Angebote und die Zuschlagskriterien die Kreativität nicht überbietet. Mit der Zahl der Prüfungskriterien steigt nahe liegend und zwangsläufig die Fehleranfälligkeit im Verfahren. Hier droht Ungemach, weil fortwährend neue Kriterien in die Verfahren eingeführt werden. So dürfen öffentliche Aufträge die Einhaltung von Standards ökologischer Landwirtschaft oder fairen Handels fordern. Das Unionsrecht steht einem öffentlichen Auftrag, für den der öffentliche Auftraggeber verlangt, dass bestimmte zu liefernde Erzeugnisse aus ökologischer Landwirtschaft oder fairem Handel stammen, nicht grundsätzlich entgegen. Der öffentliche Auftraggeber muss jedoch insbesondere detaillierte Spezifikationen verwenden, anstatt auf Umweltgütezeichen oder bestimmte Gütezeichen Bezug zu nehmen (Urteil vom 10. Mai 2012 –C – 368/11, NVwZ-aktuell, Nr. 10/2012, S. V).

Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass Wettbewerber, die ein Kriterium nicht erfüllen, versucht sein können, die ausschreibende Stelle darüber zu täuschen und sich auf diese Weise im Verfahren gegenüber den anderen Teilnehmern einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen. Andererseits erschwert eine große Liste von Prüfungskriterien eine transparente Entscheidung, weil Gewichtung – zumal bei Beurteilungsspielräumen – und Zusammenwirken der einzelnen Prüfungskriterien an Übersicht und Durchschaubarkeit verlieren. Eine solche Ausgangslage ist ebenfalls hervorragend geeignet, Einfallstore für Fremdeinflüsse zu öffnen.

Nach wie vor halte ich den Einsatz von Nachunternehmern für nicht unproblematisch, was die Prüfung der Eignung eines Bieters betrifft. Allerdings hat der Europäische Gerichtshof schon vor längerer Zeit entschieden (NZBau 2004,340), dass ein Auftraggeber keine Eigenleistungsquote fordern darf. Das hat natürlich

Auswirkungen darauf, dass hiervon die Eignung eines Bieters auch nicht abhängig gemacht werden darf (so zutreffend VK Sachsen, Beschluss vom 10. Februar 2012 – 1/SVK/001-12, NJW-Spezial 2012 Nr. 11, S. 334). Ich habe deshalb in diesem Zusammenhang Bedenken, weil die Eignungsprüfung des Bieters nicht überzeugend vorgenommen werden kann und zudem Wettbewerbsverzerrungen zulasten anderer Bieter nicht von vornherein ausgeschlossen werden können und von daher ist es nicht mehr weit zu strafbaren Regelwidrigkeiten durch Täuschung.

3. Das macht z.B. der Beitrag von Aulmann (Geldbuße und Verfall bei Mindestlohndumping – Sorgfaltspflichten des Hauptunternehmers, NJW 2012, 2074) deutlich. Er führt in seiner Zusammenfassung aus: Bei Arbeitnehmern haben langjährige und auskömmliche Arbeitsverhältnisse einen hohen Stellenwert. Viele Unternehmer und Arbeitgeber empfinden jedoch die Bezahlbarkeit von Arbeit als eine schwierige Herausforderung. Einsparpotenziale suchen manche von ihnen in der Einschaltung von Subunternehmern. Bei illegaler, ausbeuterischer Beschäftigung, insbesondere in den Mindestlohnbranchen, gehen sie damit jedoch erhebliche Haftungs- und strafrechtliche Risiken ein.

Diese Konstellation liegt gleichsam in einer Gemengelage zwischen dem Vergabeverfahren als solchem – wie zuvor für die Eignungsprüfung beschrieben – und am Übergang zum Schadensersatz – hier gegenüber öffentlichen Kassen und gegenüber Arbeitnehmern – und dann zum Strafrecht. Die Ausführungen von Aulmann und die von ihm genannten Beispiele lassen erkennen, dass finanzielle Belastungen für die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren vorbeugende Wirkungen für ein regelkonformes Verhalten haben können, weil die Belastung nicht mehr kalkulierbar ist. Zudem kann man an dieser Konstellation eine "Negativkultur" im Wirtschaftsbereich "festmachen", die ebenfalls für das Umfeld der Strafbarkeit von Vergaberechtsverstöße in die Überlegungen einzubeziehen ist.

4. Die von Aulmann behandelte Problematik gibt Anlass, den Hintergrund für die prekären Arbeitsverhältnisse näher auszuleuchten, weil diese bei Ausschreibungen im Hinblick auf Mindestlöhne und etwa Scheinselbständigkeit von Bedeutung sind. Allein die Beseitigung oder wenigstens Eindämmung solcher prekärer Arbeitsverhältnisse würde es zum einen ermöglichen, die Verfahren und die

nachfolgende Überwachung zurück zu nehmen und zu vereinfachen, zugleich würde aber der Wettbewerb ehrlich und korrekt und der Arbeitsmarkt weiter stabilisiert.

a. Von großem Einfluss auf die Entwicklung war etwa die Privatisierung öffentlicher Infrastruktur mit einer Vernichtung von regulären Arbeitsverhältnissen in großer Zahl (rd. 1,2 Millionen auf der Primärebene regulärer Arbeitsverhältnisse) mit wesentlichen Impulsen für die Kreation prekärer Arbeitsverhältnisse auf der Sekundärebene (z.B. Leiharbeit, Minijobs, Scheinselbständigkeit bis hin zu Mindestlöhnen und die Menschen verachtenden Ein-Euro-Jobs).

In einem ersten großen Schritt ging es vor etwa 15-20 Jahren um den "schlanken Staat" und um Bürokratieabbau, Verwaltungsinnovation und Steigerung der Verwaltungseffizienz. Die ursprüngliche Zielrichtung Evaluierung und Effektivierung des Binnenbereichs war zu begrüßen. Über Jahrzehnte hatten sich in den Verwaltungsabläufen Gewohnheiten und Strukturen herausgebildet, deren Sachgerechtigkeit nicht ohne weiteres ins Auge sprang. Diese Entwicklung war vor allem auch durch die aufkommende neue Informationstechnologie angestoßen worden. Zudem war infolge einer zusätzlich von der gemeinschaftsrechtlichen Ebene her beförderten Regulierungswut eine Überprüfung bestehender Vorschriften und der davon beeinflussten Verwaltungsabläufe und Verwaltungsstrukturen unausweichlich (hierzu im einzelnen Broß, JZ 2003, 874; ders., EuGRZ 2002, 574; ders., Vorgänge 2008, 56 u.ö.).

b. Diese Entwicklung wurde teilweise von einer neuen Theorie des "Gewährleistungsstaates" flankiert, einem Rechts- und Staatsverständnis, das zunehmend von einer eigenständigen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben absieht und sich stattdessen lediglich auf Vorkehrungen zur Sicherung der Verfolgung und Erreichung der gemeinwohlorientierten Ziele im Zusammenwirken mit Privaten oder allein durch Private beschränkt (beispielhaft etwa Hoffmann-Riem, AöR 130 (2005), 5, S. 9). Diese Entwicklung verlief lange Zeit weitgehend unbehelligt von dem größten Teil der Wissenschaft und der Medien – gleichsam durch ein Tabu geschützt –; sie beherrscht die Politik national, auf der EU-Ebene, von IWF, Weltbank und WTO, ohne dass man sich auch nur im geringsten der Mühe unterzogen hätte, deren Sachgerechtigkeit und die "Gewährleistung" von Stabilität für Gesellschaften und

Staaten sowie global und regional für den Weltfrieden zu hinterfragen, obwohl Gesellschaften nicht stabilisiert werden können oder sogar stabile Gesellschaften ins Rutschen geraten.

Galt es etwas zu beklagen, waren Ursachen und Verantwortliche schnell identifiziert, so die Globalisierung, die Märkte wie auch – was die Beschäftigungslage im Besonderen betrifft – die unter der Entwicklung leidenden Menschen selbst, weil sie nicht qualifiziert oder nicht mobil seien. Was etwa die Forderung nach Mobilität der Arbeit suchenden Menschen betrifft, wird deren Menschen- und Familienfeindlichkeit ausgeblendet, ganz abgesehen davon, dass z.B. die EU auch insoweit in nicht auflösbare Wertungswidersprüche gerät, wenn Kindern ein oder beide Elternteile entzogen und Familien zerrissen sowie kulturelle Bindungen zerstört werden. Es gehört ein nicht geringes Maß an Zynismus dazu, die Mobilität wegen Beschäftigung zu preisen, wenn man die Wanderungsströme in Deutschland von Ost nach West und innerhalb der EU wie schon vor über 50 Jahren von Süd nach Nord in den Blick nimmt. Die Initiierung dieser Entwicklung beruht auf einem grundlegenden Irrtum: Der Markt und der Wettbewerb vermögen nichts entsprechend dem Rechtsstaats-, Sozialstaats- und Demokratieprinzip zu richten. Die Menschen und gerade die im Markt und Wettbewerb Agierenden und Herrschenden sind nur selten und ausnahmsweise am Gemeinwohl, sondern weit überwiegend ausschließlich an ihrem eigenen Vorteil orientiert. Gerade die verheerende Banken- und Finanzmarktkrise hat gezeigt, dass im Gefolge dieser Entwicklung weltweit eine Funktionselite herangewachsen ist, die von allem nur den Preis sowie den eigenen Vorteil und von nichts den Wert kennt. Letztlich wurde diese Entwicklung 1971 durch die Aufgabe der Goldbindung des US-\$ durch Präsident Nixon und damit des Kerns des Abkommens von Bretton Woods ausgelöst.

c. Diese Entwicklung war der Ausgangspunkt für die Privatisierung von vielen Bereichen der Daseinsvorsorge. So kam es zu den Reformen von Bahn und Post wie auch zur Privatisierung von Energieversorgungsunternehmen und anderen Unternehmen des staatlichen Infrastrukturbereichs, z.B. Abfallbeseitigung, Versorgung der Bevölkerung mit Wasser und Beseitigung von Abwasser. Diese Entwicklung ist noch nicht abgeschlossen und hat inzwischen Teile des Strafvollzugs, des Maßregelvollzugs und etwa psychiatrische Landeskrankenhäuser erreicht, also (sogar) Einrichtungen, in denen zwangsweise staatliche Gewalt ausgeübt wird. Die

Kommunalebene war mit Infrastruktur im Bereich der Daseinsvorsorge beteiligten Einrichtungen gegenüber den Ländern und dem Bund überproportional betroffen (hierzu neuerdings a. Bauer, DÖV 2012, 329).

Selbst das Bundesverfassungsgericht zeigt für diese Problematik wenig Sensibilität. In seinem Urteil vom 18. Januar 2012 hat es eine Verfassungsbeschwerde zurückgewiesen. Diese betraf die Anordnung und Durchführung einer besonderen Sicherungsmaßnahme durch Bedienstete einer mit der Durchführung des Maßregelvollzugs beliehenen privatrechtlich organisierten Kapitalgesellschaft. In diesem Zusammenhang sprach es zwar die Möglichkeit an, dass im Privatisierungsfall wegen dann sich bietender Möglichkeiten der Aufgabenerledigung zu Niedriglöhnen geringere Kosten gegenüber der Erledigung durch Berufsbeamte anfallen können, übersah aber das Problem der prekären Arbeitsverhältnisse, von denen es inzwischen annähernd 8 Millionen gibt (2 BvR 133/10).

d. Unter rechtspolitischen Gesichtspunkten sind verschiedene Anmerkungen angezeigt (hierzu und zum folgenden eingehend Broß, Glanzlichter der Wissenschaft – ein Almanach, 2007; WSI 2008,577; Verwaltungszeitung Bad.-Württ. 2007, Nr. 3, S. 9 und Nr. 4, S. 13 u.ö.). Zunächst ist die Sachgerechtigkeit, staatliche Monopole durch private Monopole oder Oligopole sowie äquivalente Strukturen (z.B. Kartelle) zu ersetzen, nicht zu erkennen. Zudem ist nicht belegt, dass die Funktionsfähigkeit sowie die Funktionstüchtigkeit der vormals öffentlichen Infrastrukturbereiche und damit die Versorgungssicherheit der Menschen gesteigert wurden, vielmehr wurde vieles reichlich unsicher und abgesehen vom Telefon teurer, wobei auch dieses wegen der früheren Quersubventionierung kein positives Beispiel ist. Zudem ist – statt vieler – an die Qualitätsprobleme der Bahn zu erinnern.

5. Es ist unbedingt erforderlich, die hier erörterten Rahmenbedingungen grundlegend zu verändern. Hierfür bietet sich eine Strategie an, die multifunktional mehrere Bereiche in Staat und Gesellschaft wieder in Ordnung bringt. Es handelt sich hierbei um eine "Fondslösung". Sie gewährleistet, dass die durch die unreflektierte Privatisierung öffentlicher Infrastruktur entstandenen rund 1,2 Millionen prekären Arbeitsverhältnisse wieder in reguläre Arbeitsverhältnisse zurückgeführt werden, was die Sozial- und Steuereinkassen erheblich stärken würde. Zugleich würden diese Arbeitsverhältnisse die Voraussetzungen für eine angemessene Altersversorgung

schaffen. Die prekären Arbeitsverhältnisse belasten schon aktuell (z.B. Hartz IV) die Sozial- und Steuerkassen mit enormen finanziellen Leistungen oder dem Ausbleiben derselben durch die in prekären Arbeitsverhältnissen stehenden Beschäftigten.

Zudem würde die Bundesrepublik Deutschland die Macht zur Selbstdefinition zurück gewinnen und von Ratingagenturen, Analysten und intransparenten Finanzakteuren unabhängig. Für die Altersversorgung stünden den Menschen unmittelbar selbst wie auch Banken und Versicherungen auf Dauer werthaltige Anlageobjekte zu einem fest garantierten Zinssatz zur Verfügung. Banken und Versicherungen würden von dubiosen Finanzprodukten weit jenseits der Realwirtschaft unabhängig.

Wie sehen nun solche Fonds aus? Die vormals öffentliche Infrastruktur ist auf allen staatlichen Ebenen wieder in die Obhut des Staates zu nehmen. Die Bereiche der Daseinsvorsorge einschließlich der Straßen wie auch Bahn und Post sind in ihrer Substanz umfassend in staatliche Fonds einzubringen. An diesen werden zu gesetzlich und für immer garantierten Erträgen Anteilsscheine (zu einem bestimmten und zu entrichtenden Nennbetrag) ausgegeben, was die öffentlichen Schulden spürbar verringern würde. Die Fonds verbleiben mit der Substanz und dem bestimmenden Stimmrecht in öffentlicher Hand und nur der Betrieb darf unter genauer staatlicher Aufsicht privatisiert werden, wie es schon jetzt zum Teil bei der Bahn der Fall ist. Durch die Werthaltigkeit dieser Anlageobjekte wird die Altersvorsorge nicht zum Glücksspiel, wie es in den Vereinigten Staaten von Amerika schon 2000 in Folge des Platzens der new economy der Fall war und viele Betriebsrentenfonds Not leidend wurden, wie inzwischen auch in Deutschland und in anderen Staaten der Europäischen Union. Zugleich würde der Staat für die Gesellschaft in einem wichtigen Bereich wieder glaubwürdig. Es verfängt nicht, wenn private Altersvorsorge angemahnt wird, der Staat zugleich aber durch die von ihm und der Gemeinschaft geschaffenen Rahmenbedingungen verhindert, dass für die Zukunft dauerhaft werthaltige Anlageobjekte zur Verfügung stehen.

Die Rückgewinnung von schätzungsweise 1,2 Millionen regulären Arbeitsverhältnissen im öffentlichen Bereich könnte durchaus eine Sogwirkung für die Primärebene entfalten. Zudem könnte der Staat so auch wieder seiner Vorbildfunktion im Ausbildungsbereich gerecht werden und öffentliche Vergaben vernünftig handhaben und damit Wirtschaft und Gesellschaft positiv beeinflussen.

Für mich ist auch dieser Bereich sehr wichtig für das Thema, weil die aufgezeigte Entwicklung das Bewusstsein der in Wirtschaft und Wettbewerb Agierenden nachhaltig geprägt und über die Jahre negativ verändert hat. Zudem sind aufgeblähte Überwachungs- und Regulierungsbehörden nicht nur das Gegenteil vom "schlanken Staat", sondern man darf sie sich auch unter Freiheitsgesichtspunkten nicht wünschen. Wären sie so effektiv, wie sie es in einem demokratischen Rechtsstaat sein müssten, würde ein solches Staatswesen dieses Prädikat nicht mehr verdienen, weil es sich um den totalen Überwachungsstaat handeln würde. Schon allein die Tätigkeit der Kartell- und Lebensmittelüberwachungsbehörden zeigt aber, dass sie weder abschreckende Wirkung entfalten noch ordnungsgemäße Verhältnisse gewährleisten können.

6. Abschließend zu diesem Abschnitt möchte ich noch auf eine Entwicklung hinweisen, die unmittelbar im Zusammenhang mit der Umgestaltung in den Verwaltungsabläufen, aber auch des öffentlichen Bewusstseins allgemein steht. Es ist im Grunde genommen eine Folge der Umwälzungen in Staat und Gesellschaft nach 1968. Hiermit habe ich mich etwa seit 1973 befasst. Schon vor dem Aufkommen der Schlagworte "schlanker Staat" und "Gewährleistungsstaat" setzte in dieser Zeit in der öffentlichen Diskussion, in der medialen Präsentation und in den Verlautbarungen der Politik allgemein umfassende, allerdings nicht immer konstruktive, sondern auch diffamierende, Kritik am öffentlichen Dienst und den dort tätigen Menschen umfassend ein. Es wurde der Standard vom "dummen, faulen und gefräßigen Beamten" geprägt. Das hatte maßgeblichen Einfluss auf das Ansehen des öffentlichen Dienstes allgemein in der Öffentlichkeit, aber auch auf die Motivation und das Leben eines "Berufsethos" der öffentlichen Bediensteten. Hierin liegt eine der wesentlichen Ursachen für die Ausbreitung der Korruption, weil es an Bindungen an den inneren Wert des öffentlichen Dienstes für ein rechtsstaatliches demokratisches Gemeinwesen immer mehr fehlte. Schaupensteiner schilderte dies anschaulich in einem Beitrag von 1993, als er schon auf gut 20 Jahre zurück blicken konnte (ZRP 1993, 250 "Verfall der Sitten"). Ich selbst habe diese Entwicklung Mitte der Siebzigerjahre des vorigen Jahrhunderts an einem bayerischen Landratsamt als Baujurist u.a. auch für Vergaben und am Bundesgerichtshof als jahrelang in der Gerichtsverwaltung zuständiger Richter für die Neubauvorhaben von Bundesgerichtshof und Bundesanwaltschaft von innen heraus beobachten können.

Ich komme immer in diesem Zusammenhang auf die einfache und schlichte Kontrollfrage zurück: Wie verhalten sich ein ehrbarer Kaufmann und ein korrekter Bewerber in einem solchen Verfahren?

III. Strafrechtliche und weitere Ahndungen

1. Man kann erwarten, dass durch Sensibilisierung und allgemeine Bewusstseinsänderung die flankierende Begleitung durch das OWi- und Strafrecht in überschaubaren Grenzen gehalten werden kann. Da ich ein Anhänger der vorbeugenden und nicht der ahndenden Ebene bin, neige ich dazu, bei festgestellten Verstößen in Vergabeverfahren regen Gebrauch nicht nur von Auftragsperren, sondern auch von sorgfältiger Überprüfung der Zuverlässigkeit von Unternehmen zu machen. In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass ein solches Vorgehen – zumal wenn medial begleitet – überaus wirksam ist, weil der öffentliche Vergabebereich insgesamt für die Baubranche und alle anderen hier tätigen Branchen für die Mehrzahl der Betriebe überlebenswichtig ist. Durch die vorgestellte Fondslösung und das enge staatliche Normengeflecht sowie die Bindungen für die im öffentlichen Dienst tätigen Entscheider könnten Verstöße im Vergabebereich vermieden und die strafrechtliche „Behandlung“ zurückgeführt werden.

2. Das Recht der Ordnungswidrigkeiten kann nur wenig Schlagkraft entfalten. Es fehlt anders als im Strafrecht an nachfolgenden Wirkungen für die handelnden Personen im bürgerlichen Leben und zudem ist die Geldbuße betriebswirtschaftlich kalkulierbar. So ist mir aus meiner Mitgliedschaft im Kartellsenat des Bundesgerichtshofs meine "letzte" Kartellordnungswidrigkeit in lebhafter Erinnerung. Sie betraf eine Geldbuße in der beträchtlichen Höhe von 110 Millionen DM. Trotz meiner Anstrengungen, dass die Rechtsbeschwerde aufrechterhalten wird – hier hätte das Gericht einen ansehnlichen Eigenbeitrag zu den Betriebskosten leisten können –, wurde sie zurückgenommen. Bemerkenswert ist des Weiteren, dass die Betroffene schon früher des Öfteren wie auch danach regelmäßig aufgefallen ist. Das ist für mich – zumal es sich hier nicht um einen Einzelfall, wenn auch um einen sehr gravierenden handelt – der maßgebliche Grund dafür, einmal auf der Primärebene energisch durchzugreifen und im übrigen – so zu sagen den verbleibenden "Rest" –

strafrechtlich zu bewältigen (Einzelheiten zu den Ordnungswidrigkeiten bei Stockmann, Zur neueren Bußgeldpraxis bei Kartellverstößen, ZWeR 2012, 20).

3. Was die strafrechtliche Bewältigung von Verstößen im Vergabeverfahren betrifft, sind wiederum zwei Ebenen auseinanderzuhalten. Interessant ist zunächst die Ebene, die die Strafgerichte selbst betrifft. Es ist nicht wenig erstaunlich, dass es auch insoweit eines längeren Prozesses der Bewusstseinsbildung bedurfte. Des Weiteren ist es sinnvoll, Sachverhaltsgruppen zu bilden, um zunächst Verstöße auszusondern, die keiner strafrechtlichen Ahndung bedürfen, und dann weitere Sphären voneinander abzugrenzen. Die Verstöße können sich allein auf die Sphäre der Bieter beschränken oder aber gleichsam durch kollusives Zusammenwirken von Teilnehmern am Verfahren mit Bediensteten der entscheidenden Stelle "überspringen".

a. Zur Bewusstseinsbildung auf der Ebene der Strafgerichte ist zunächst ein Urteil des BGH aus dem Jahre 1961 zu nennen (BGHSt 16,367). Hiernach begeht ein Teilnehmer an einer Ausschreibung, der ein angemessenes Angebot abgibt, nicht schon dadurch einen Betrug oder Betrugsversuch, dass er Mitbewerber veranlasst, nicht ernstlich gemeinte höhere Angebote einzureichen (Abweichung von RGSt 63,187). Immerhin hat der BGH seinerzeit die entgegen stehende Rechtsprechung des Reichsgerichts gesehen und sich mit ihr auseinandergesetzt. Wichtig für meine Überlegungen ist, dass ich in dieser Entscheidung wenig Gespür für die inmitten stehende Materie und die sich hieraus ergebenden Besonderheiten für die strafrechtliche Würdigung zu erkennen vermag. Das Reichsgericht hatte nämlich seinerzeit in zwei Entscheidungen (RGSt 73,382 und RG, JW 26,2307) einen Lösungsansatz für den Fall von Absprachen auf der Bieterseite entwickelt, der nicht ohne Charme ist. Es hat hierin einen Betrug zum Nachteil der nicht an dieser Absprache beteiligten Bieter gesehen. Die begründete Aussicht, im Wettbewerb um einen Auftrag in einem geordneten Verfahren nach bestimmten Regeln den Zuschlag zu erlangen, sei eine Position, die zum durch § 263 StGB geschützten Vermögen gehöre. Es ging dem Reichsgericht also nicht in erster Linie um den Schutz der öffentlichen Hand, sondern es sieht den Schaden bei den auch getäuschten Mitbewerbern.

Es dauerte immerhin etwas mehr als 30 Jahre, bis der BGH in einem Urteil im Jahre 1992 (BGHSt 38, 186) das Vergaberecht mit der gebotenen Nüchternheit und dem entsprechend auch die Verhaltensweisen der Beteiligten betrachtete. Die Vorinstanzen verharren noch in der überkommenen Gedankenwelt und konnten sich nicht in das Vorgehen der beanstandeten Akteure "einfühlen". Diese sind sich regelmäßig völlig im klaren über ihre Handlungen und Verstöße und sie wurden vormals gründlich unterschätzt. Daran ändert nichts, wenn die Dogmatik bezüglich des Schadens bemüht oder überhöht wird, um solche Fehlvorstellungen in Teilen der Justiz zu verkleiden.

Im 1992 entschiedenen Fall ging es darum, dass Bieter ein Kartell gebildet hatten. Die Teilnehmer hatten eine so genannte Nullbasis bestimmt. Der auf dieser Grundlage zu ermittelnde Preis musste vor allem um die Beträge erhöht werden, die für die Ausgleichszahlungen an die anderen Mitglieder des Kartells und die Außenseiter, die Schutzangebote abgaben, benötigt wurden. Hierbei handelte es sich um einen Betrag in Höhe von rund 5 Millionen DM.

Der BGH entschied hierzu, dass der Wert ausgeschriebener Bauarbeiten sich nach dem Preis bestimme, der bei Beachtung der für das Ausschreibungsverfahren geltenden Vorschriften im Wettbewerb erzielbar ist. Verhinderten die Anbieter durch Preisabsprachen und Vorspiegelung von Wettbewerb die Bildung des Wettbewerbspreises, so erleide der Auftraggeber einen Schaden, wenn der mit einem Anbieter vereinbarte Preis höher als der erzielbare Wettbewerbspreis sei. Wenn man den geschilderten Sachverhalt ohne dogmatische Höhenflüge betrachtet, fällt auf, dass die Teilnehmer des Kartells mit der von ihnen bestimmten Nullbasis bereits den Wettbewerbspreis zu erkennen gegeben haben; denn dieser verblieb dem Teilnehmer des Kartells nach Zuschlag, weil er die Differenz zum Angebotspreis nicht behalten durfte, sondern an die Mitglieder des Kartells und die Außenseiter auskehren musste. Die rund 5 Millionen DM hatten mit der vom Unternehmer erbrachten Werkleistung nichts zu tun – sie war fremd und darin lag der Schaden für die öffentliche Hand. Es ist deshalb schon ein Bewusstseinsproblem, wie man an die hier in Rede stehende Problematik herangeht. Allerdings geben die Teilnehmer des Kartells den "unterdrückten Wettbewerbspreis" mit den vereinbarten Zusatzleistungen bekannt und damit ist in jener Höhe auch ein Anhaltspunkt für die Strafzumessung gegeben. Man muss zudem bei einem so systematischen Vorgehen die ganz erhebliche kriminelle Energie beachten.

Signifikant ist seinerzeit der erleichterte Ausruf von Baumann (NJW 1992,1661) : "Endlich strafrechtliche Bekämpfung des Submissionsbetruges". Eine Überlegung in diesem Zusammenhang möchte ich nicht vorenthalten. Ich halte es durchaus für möglich, dass bei der strafrechtlichen Aufarbeitung von Verstößen gegen das Vergaberecht eine innere Befangenheit bei einzelnen Handelnden auf Seiten der Justiz nicht ausgeschlossen werden kann. In der Regel sind die Betroffenen gut bürgerlich situiert und sozial integriert. Sie entsprechen nicht der allgemeinen Vorstellung vom "Straftäter". Die Verfahren sind zudem regelmäßig aufwändig und häufig sind die rechtswidrigen Handlungen nur schwer zu durchschauen. Das sind keine erfreulichen Voraussetzungen für ein objektives rechtsstaatliches Strafverfahren. Nicht selten wird noch der Zwang zur Absprache behauptet, dem ich unter objektiven rechtsstaatlichen Gesichtspunkten keinerlei Sympathie entgegenbringe.

b. In diesem Zusammenhang sind mir in jüngster Zeit zwei Urteile des Bundesgerichtshofs aufgefallen. Sie gehören in unserem Zusammenhang, weil es sich um die Frage von Schadenersatz im Zusammenhang mit Verstößen in Vergabeverfahren handelt und ich gerade den Schadenersatz – sinnvoll und effektiv von Gerichten wegen behandelt – in seiner abschreckenden Wirkung für eine angemessene und sinnvolle Flankierung des Strafrechts ansehe.

So hat der für das Vergaberecht zuständige X. Zivilsenat in einem Urteil vom 9. Juni 2011 (ZfBR 2012, 61) befunden, dass der auf Verstöße des öffentlichen Auftraggebers gegen Vergabevorschriften gestützte Schadenersatzanspruch des Bieters nach der Kodifikation der gewohnheitsrechtlichen Rechtsfigur der culpa in contrahendo durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nicht mehr daran geknüpft ist, dass der klagende Bieter auf die Einhaltung dieser Regelungen durch den Auftraggeber vertraut hat, sondern es ist dafür auf die Verletzung von Rücksichtnahmepflichten durch Missachtung von Vergabevorschriften abzustellen. Es handelt sich hierbei nicht um eine Frage von strafrechtlichem Belang, sondern von immer wieder vorkommenden Verstößen in verwaltungsrechtlichen Verfahren. Es ist nicht zu übersehen, dass durch diese Verlagerung der Schadenersatzpflicht des Auftraggebers sozusagen in das "Vorfeld" eine Hebung des Bewusstseins bewirkt werden kann, die strafrechtliche Strukturen zu verhindern geeignet ist.

Anders hingegen ein Urteil des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs nur wenige Wochen später (28. Juni 2011, GRUR 2012, 291). Es geht bei ihm um den Umfang der Schadensersatzhaftung von Kartellteilnehmern. Hiernach steht einem indirekten Abnehmer gegen Kartellteilnehmer ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Art. 101 AEUV zu, wenn er durch das kartellrechtswidrige Verhalten einen Schaden erlitten hat. Die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt der indirekte Abnehmer. Der Vorteil, der dem Geschädigten aus einer Abwälzung des kartellbedingten Preisaufschlags auf seine Abnehmer erwächst, kann unter dem Aspekt der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen sein. Die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung liegt beim Schädiger. Im Hinblick auf die Gründung des Kartells und die neue Regelung in § 298 StGB hätte ich mir hier "Anstrengungen" von Gerichtsseite gewünscht, die solche Verstöße nicht auch hinsichtlich des Schadensersatzes kalkulierbar machen.

4. Aufgrund der hier erläuterten Rahmenbedingungen, Wirkmechanismen und vielerlei Entwicklungen in Staat und Gesellschaft ist es sehr zu begrüßen, dass mit der Vorschrift des § 298 StGB eine sinnvolle Strafnorm für die hier in Betracht kommenden Sachverhalte und für die rechtsstaatliche Arbeit der Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte geschaffen wurde. Die Vorschrift ist geeignet, die im Zusammenhang mit dem Betrugstatbestand des § 263 StGB erörterten Fragen der Höhe des Schadens und überhaupt der Feststellung des Schadens zu vermeiden, auch wenn ich – wie gezeigt – hier keinerlei Schwierigkeiten zu erkennen vermag. Dogmatisch ordne ich das Vorgehen der Beteiligten als Unternehmensdelikt und nicht als abstraktes Gefährdungsdelikt ein. Letzteres sehe ich bei der Trunkenheitsfahrt oder der Brandstiftung eines zum Zeitpunkt der Tat von Menschen bewohnten Gebäudes. Die Täter wollen keine Menschen verletzen oder gar töten. Hier aber wird schon das Unternehmen als solches unter Strafe gestellt, weil die Agierenden den Wettbewerb verfälschen und für sich einen Erfolg – den wirtschaftlichen Vorteil - wollen und damit schon strafwürdiges Verhalten gegeben ist. Ob beim Auftraggeber je ein Schaden eintritt, ist völlig ungewiss, weil der Zuschlag nicht unbedingt auf dieses Vorgehen folgt. Daneben haben §§ 263 und 266 StGB

ihre Berechtigung. Bei Zusammentreffen mit § 298 StGB ist an Idealkonkurrenz zu denken. Zugleich ist das von Einfluss auf die Strafzumessung, weil das in § 298 StGB unter Strafe gestellte Vorgehen nicht immer mit § 263 StGB zusammentreffen muss. Insoweit kann durch Einflussnahme auf die Entscheider in Vergabeverfahren oder an geeigneter Stelle mitwirkende Bedienstete die Strafbarkeit nach §§ 331 ff. StGB eingreifen.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Insgesamt bleibt festzuhalten: Was die Vergabeverstöße betrifft und demgemäß die Frage nach der Strafbarkeit auslöst, ist maßgeblich, ob gezielt - sei es auf Seiten der Bieter, sei es auf Seiten der Entscheider wegen "Überspringens" von einer auf die andere Ebene durch Einflussnahme -, der Wettbewerb in Schädigungsabsicht verfälscht werden soll. Schädigungsabsicht ist aber immer schon dann anzunehmen, wenn der allgemein anerkannte Standard – zumal bei den jetzt vorhandenen Standardprogrammen – missachtet wird oder aber ein Bieter seine Sphäre verlässt und in andere Sphären auf Bieter- oder Auftraggeberseite vordringt.