

## Stellungnahme des Whistleblower-Netzwerk e.V.

### zum Referentenentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums für ein Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (GWB-Novelle)



#### Vorbemerkung:

Whistleblower-Netzwerk e.V. ist eine 2006 gegründete gemeinnützige Initiative für Whistleblowerschutz. Whistleblowing schafft Transparenz und hilft so in vielen Themenbereichen gegen Rechtsbrüche, Korruption, Gesundheits- und Umweltschäden.

Wissenschaftliche Untersuchungen haben gezeigt, dass Whistleblowing eines der wirksamsten Instrumente zur Aufdeckung von Korruption und rechtswidrigem Verhalten gegen die Interessen der Allgemeinheit ist. Dies gilt besonders dort, wo ein kleiner Kreis informierter Insider gemeinsam Rechtsbrüche begeht und der angerichtete Schaden nicht unmittelbar sichtbar wird, sondern letztlich von großen Teilen der Gemeinschaft wie Verbraucher oder Steuerzahler zu tragen ist. Derartige Konstellationen finden sich z.B. im Kartell- und auch im Vergaberecht.

Im Bereich des Kartellrechts wurde auf nationaler und europäischer Ebene diesem Umstand bereits durch die Schaffung spezieller Regelungen zur Sanktionsfreistellung bzw. Sanktionsreduzierung für (Mit-)Täter Rechnung getragen, wenn diese sich den Behörden als Hinweisgeber zur Verfügung stellen. Diese Regelungen haben ihren Erfolg in der Praxis bereits unter Beweis gestellt.

Mit den hier vorgeschlagenen Ergänzungen des Gesetzesentwurfs zur Modernisierung des Vergaberechts möchten wir anregen, das Instrument des Whistleblowings zu nutzen, um Informationen auch aus anderen Quellen als aus dem Kreis der Täter zu erschließen. Neben den eigentlichen Tätern sind es nämlich oft auch einfache Mitarbeiter der Verfahrensbeteiligten (sowohl der Anbieter als auch der Auftraggeber), die über für die Ermittlungsbehörden wichtige Informationen verfügen.

In der Praxis gibt es entsprechende Hinweise bisher viel zu selten, da jene Mitarbeiter an Verschwiegenheitspflichten gebunden sind und zu Recht fürchten, von ihren Arbeitgebern abgestraft zu werden, falls sie sich an die Behörden wenden. Nur wenn es gelingt, diesen Mitarbeiter die Sicherheit zu vermitteln, dass sie, wenn sie sich den Behörden offenbaren, effektiv vor Benachteiligungen geschützt werden (und hierzu ist auf Grund der besonderen Problematik auch eine gewisse Beweislastmodifikation notwendig), wird es gelingen, diese unverzichtbaren Informationsquellen zu erschließen und damit Korruption und rechtswidriges Verhalten aufzudecken und zu bekämpfen.

Wenn im Rahmen der Modernisierung des Vergaberechts neben Kriterien wie Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit auch soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte verstärkt in die Vergabeentscheidungen einbezogen werden sollen, so wirft dies zwangsläufig die Frage auf, wie all diese Aspekte vor der Vergabe eingeschätzt und ihre Einhaltung während der Auftragsausführung überprüft werden sollen. Hierfür gibt es keine Patentrezepte und auch die Aufblähung behördlicher Überwachung scheint kein gangbarer oder auch nur wünschenswerter Weg zu sein. Daher wird vorgeschlagen, den jeweiligen Auftraggebern die Entwicklung flexibler Kontrollmechanismen zu ermöglichen und dies durch eine explizite Aufnahme in den

Gesetzestext zu fördern. Es wäre danach angebracht, jenen Anbietern Vorteile bei der Auftragsvergabe einzuräumen (bzw. den Anbietern dies ggf. auch explizit vorzuschreiben), die eine Selbstverpflichtung eingehen, wonach für sie bei der Auftragsausführung tätige Personen ein unsanktioniertes Whistleblowing gegenüber Auftraggebern bei Verstößen gegen Ausschreibungsbedingungen gewährt wird. Auch andere Maßnahmen zur Kontrolle, Korruptionsbekämpfung und Ethikförderung könnten in diesem Rahmen Berücksichtigung finden. Dies würde letztlich auch, das flexible Austesten und allmähliche Entwickeln von *best-practice* fördern.

Anmerkung:

Im folgenden Text sind die vorgeschlagenen Ergänzungen im Zusammenhang mit dem Gesetzestext der betroffenen Paragraphen dargestellt, wie er sich gegenwärtig bzw. nach den durch den vorliegenden Referentenentwurf vorgeschlagenen Änderungen ergeben würde. Soweit der gegenwärtige Gesetzestext durch die Änderungen des Referentenentwurf aufgehoben würde, ist er durchgestrichen dargestellt.

*Wir schlagen folgende Ergänzungen des Referentenentwurfs vor:*

## § 97 Allgemeine Grundsätze

- (1) Öffentliche Auftraggeber beschaffen Waren, Bau- und Dienstleistungen nach Maßgabe der folgenden Vorschriften im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren.
- (2) Die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren sind gleich zu behandeln, es sei denn, eine Benachteiligung ist auf Grund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet.
- (3) ~~Mittelständische Interessen sind vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen.~~ Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.
- (4) ~~Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben; andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.~~ Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben. Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.

*Vorschlag: Hier neuen Satz 3 einfügen:*

*Darüber hinaus können Anforderungen an den Auftragnehmer gestellt werden, um die Erfüllung der Anforderungen nach Satz 1 und Satz 2 sicherzustellen oder den Grad ihrer Erfüllung vor der Vergabe einschätzen und während der Auftragsausführung überprüfen zu können.*

Andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.

(5) Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt.

(6) Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates nähere Bestimmungen über das bei der Vergabe einzuhaltende Verfahren zu treffen, insbesondere über die Bekanntmachung, den Ablauf und die Arten der Vergabe, über die Auswahl und Prüfung der Unternehmen und Angebote, über den Abschluss des Vertrages und sonstige Fragen des Vergabeverfahrens.

(7) Die Unternehmen haben Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

*Erläuterung:*

*Die vorgeschlagene Ergänzung soll dem Auftraggeber ermöglichen, Evaluierungs- und Kontrollmechanismen zur Sicherstellung der Anforderungen in seine Ausschreibung einzubauen bzw. die potentiellen Auftragnehmer aufzufordern, ihre Angebote um derartige Mechanismen zu erweitern. Dieser Ansatz trägt dem erhöhten Kontrollbedarf bei der verstärkt gewünschten Einführung von sozialen, umweltbezogenen und innovativen Kriterien genauso Rechnung wie er die Einführung innovativer Mechanismen zur Korruptionsbekämpfung begünstigt.*

## § 110 Untersuchungsgrundsatz

~~(1) Die Vergabekammer erforscht den Sachverhalt von Amts wegen. Sie achtet bei ihrer gesamten Tätigkeit darauf, den Ablauf des Vergabeverfahrens nicht unangemessen zu beeinträchtigen.~~

~~(2) Sofern er nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist, stellt die Vergabekammer den Antrag nach Eingang dem Auftraggeber zu und fordert bei ihm die Akten an, die das Vergabeverfahren dokumentieren (Vergabeakten). Sofern eine Vergabepflichtstelle eingerichtet ist, übermittelt die Vergabekammer der Vergabepflichtstelle eine Kopie des Antrags. Der Auftraggeber stellt die Vergabeakten der Kammer sofort zur Verfügung. Die §§ 57 bis 59 Abs. 1 bis 5 sowie § 61 gelten entsprechend.~~

(1) Die Vergabekammer erforscht den Sachverhalt von Amts wegen. Sie kann sich dabei auf das beschränken, was von den Beteiligten vorgebracht wird oder ihr sonst bekannt sein muss. Zu einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle ist die Vergabekammer nicht verpflichtet. Sie achtet bei ihrer gesamten Tätigkeit darauf, dass der Ablauf des Vergabeverfahrens nicht unangemessen beeinträchtigt wird.

(2) Die Vergabekammer prüft den Antrag darauf, ob er offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist. Dabei berücksichtigt die Vergabekammer auch einen vorsorglich hinterlegten Schriftsatz (Schutzschrift) des Auftraggebers. Sofern der Antrag nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist, übermittelt die Vergabekammer dem Auftraggeber eine Kopie des Antrags und fordert bei ihm die Akten an, die das Vergabeverfahren dokumentieren (Vergabeakten). Der Auftraggeber hat die Vergabeakten der Kammer sofort zur Verfügung zu stellen. Die §§ 57 bis 59 Abs. 1 bis 5 sowie § 61 gelten entsprechend.

### Vorschlag: § 110 wird ergänzt um folgenden Absatz:

**(3) Die Vergabekammer kann allen oder einzelnen Verfahrensbeteiligten aufgeben, all jene Personen, welche diese mit Tätigkeiten im Rahmen des Vergabeverfahrens befasst oder beauftragt hat oder hatte, über die Durchführung des Verfahrens vor der Vergabekammer und ihre Möglichkeit nach § 57 Absatz 4a Hinweise zur Aufklärung des Sachverhalts an die Vergabekammer zu übermitteln, schriftlich zu informieren.**

### Erläuterung:

*Die vorgeschlagene Ergänzung soll der Vergabekammer ermöglichen, in Verbindung mit der vorgeschlagenen Ergänzung von § 57, Whistleblowing als zusätzliche Mechanismen zur Sachverhaltsaufklärung zu erschließen. Whistleblowing ist angesichts des kleinen Kreises von Akteuren und des hohen Spezialwissens das effektivste Instrument zur Aufklärung von Korruptionsstraftaten und Unregelmäßigkeiten im Vergaberecht. Diese Vorschrift soll sicherstellen, dass potentielle Whistleblower über die Durchführung eines Vergabekammerverfahrens im konkreten Fall und damit eine hohe Aufklärungswahrscheinlichkeit des Sachverhaltes informiert werden.*

## § 57 Ermittlungen, Beweiserhebung

- (1) Die Kartellbehörde kann alle Ermittlungen führen und alle Beweise erheben, die erforderlich sind.
- (2) Für den Beweis durch Augenschein, Zeugen und Sachverständige sind § 372 Abs. 1, §§ 376, 377, 378, 380 bis 387, 390, 395 bis 397, 398 Abs. 1, §§ 401, 402, 404, 404a, 406 bis 409, 411 bis 414 der Zivilprozessordnung sinngemäß anzuwenden; Haft darf nicht verhängt werden. Für die Entscheidung über die Beschwerde ist das Oberlandesgericht zuständig.
- (3) Über die Zeugenaussage soll eine Niederschrift aufgenommen werden, die von dem ermittelnden Mitglied der Kartellbehörde und, wenn ein Urkundsbeamter zugezogen ist, auch von diesem zu unterschreiben ist. Die Niederschrift soll Ort und Tag der Verhandlung sowie die Namen der Mitwirkenden und Beteiligten ersehen lassen.
- (4) Die Niederschrift ist dem Zeugen zur Genehmigung vorzulesen oder zur eigenen Durchsicht vorzulegen. Die erteilte Genehmigung ist zu vermerken und von dem Zeugen zu unterschreiben. Unterbleibt die Unterschrift, so ist der Grund hierfür anzugeben.
- (5) Bei der Vernehmung von Sachverständigen sind die Bestimmungen der Absätze 3 und 4 entsprechend anzuwenden.
- (6) Die Kartellbehörde kann das Amtsgericht um die Beeidigung von Zeugen ersuchen, wenn sie die Beeidigung zur Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Aussage für notwendig erachtet. Über die Beeidigung entscheidet das Gericht.

### Vorschlag: § 57 wird ergänzt um folgenden Absatz:

(4a) Jedermann kann sich allein oder in Gemeinschaft mit anderen als Hinweisgeber unter Mitteilung seiner Identität oder anonym, direkt oder unter Einschaltung eines Dritten mit sachdienlichen Hinweisen hinsichtlich des Ermittlungsgegenstandes an die Kartellbehörden wenden und diesen potentielle Beweismittel übergeben. Der Hinweisgeber darf auf Grund des Hinweises keinerlei Benachteiligungen durch Verfahrensbeteiligte oder Dritte ausgesetzt werden. Dies gilt auch dann, wenn der Hinweisgeber durch seinen Hinweis arbeitsrechtliche, privatrechtliche oder dienstrechtliche Pflichten, insbesondere Verschwiegenheitspflichten verletzt hat, solange der Inhalt des Hinweises nicht nachweislich und überwiegend tatsächlich unzutreffend ist und der Hinweisgeber dieses wusste. Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines Hinweises vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass keine Benachteiligung auf Grund des Hinweises vorgelegen hat. Sätze 2 bis 4 gelten entsprechend für Zeugen und Personen, die Hinweisgeber unterstützen.

### Erläuterung:

Whistleblowing hat gerade im nationalen und internationalen Kartellrecht bereits seine Vorteile unter Beweis gestellt. Bisher bezog sich dies aber nur auf Whistleblowing durch (Mit-)Täter, Unternehmen und mögliche Sanktionsminderungen (vgl. Bundeskartellamt Bekanntmachung Nr. 9/2006). Die vorgeschlagene Ergänzung soll die Möglichkeit des Whistleblowings durch Einzelpersonen und Nicht(mit)täter fördern und sichert diese im Gegenzug vor Benachteiligungen. Der hierfür gewählte Schutzmechanismus mit einer Beweislastverschiebung entspricht jenem der §§16 und 22 AGG. Angesichts der Tatsache, dass ein Whistleblower, wenn er einen Hinweis an die Kartellbehörden gibt, regelmäßig gegen Verschwiegenheitspflichten verstößt, ist eine Klarstellung zur Absicherung des Benachteiligungsverbots geboten.