

Verzwickte Vergabezwecke

Beschaffungsressort ist das Innenministerium

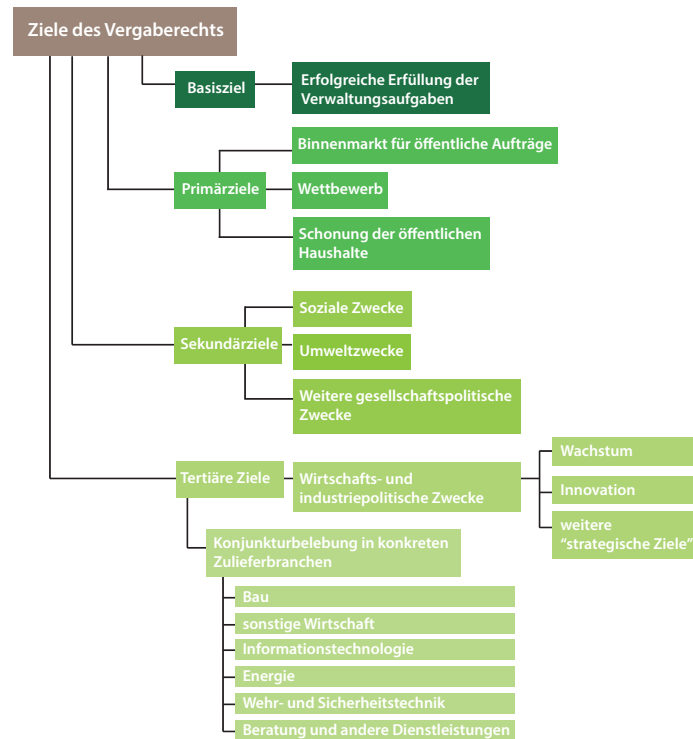
(BS/Franz Drey) Die Zeit wäre günstig. Der neue Bundestag könnte das immer weiter ausufernde Vergaberecht, das nicht nur für Anfänger immer unübersichtlicher wird, in eine neue Systematik gießen. Das vorrangige Ziel dieser neuen Systematik sollte vor allem eines sein: optimale Beschaffung von Produkten und Leistungen, damit die öffentlichen Gebietskörperschaften bestmöglich ihre Aufgaben erfüllen können. Das optimierte Beschaffungsverfahren könnte einen Beitrag dazu liefern, dass die öffentliche Verwaltung die Qualität ihrer Leistungen gegenüber Bürger und Unternehmen steigert.

Diese Chance hat die neue Regierungskoalition jedoch vertan. In der Koalitionsvereinbarung ist trotz Vorhandensein guter Ideen (siehe Behörden Spiegel Dezember-Ausgabe, S. 29) nicht einmal von der gewaltigen, überaus haushaltsrelevanten Herausforderung "Umsetzung der neuen EU-Richtlinien" die Rede. Vereinfachungen scheinen wie bisher in der Geschichte des deutschen Vergaberechts eine Selbstverständlichkeit und deshalb nicht der Erwähnung wert zu sein. Von der Möglichkeit, Vergaberechtsnovellierungen als Hebel zur Verbesserung der Verwaltungsausstattung zu nutzen, scheint die neue Regierung meilenweit entfernt zu sein. In der Koalitionsvereinbarung ist schließlich auch so gut wie nicht von Bürokratieabbau die Rede.

Partielle Zeitenwende

Da war gerade zur rechten Zeit die Festschrift für *Fridhelm Marx* im Verlag C. H. Beck erschienen. *Marx* war als Verantwortlicher im federführenden Bundeswirtschaftsministerium über lange Zeit der vielleicht wichtigste Mitgestalter des jetzt gültigen deutschen (und teilweise auch europäischen) Vergaberechts. Der Berliner Rechtsanwalt *Hans-Joachim Prieß* stellt in seinem Festschriftbeitrag "Ex Marxianis ius oritur" dessen umfangreiches Wirken und vergaberechtspolitische Richtungsangaben bei der Vorbereitung der entsprechenden Gesetzgebung dar. Erwähnt sei vor allem die "Zeitenwende", so *Prieß*, die *Dr. Marx* durch sein ergebnisreiches Mitwirken an der Sektorenverordnung signalisierte und die sich jetzt auch in der Vergabeordnung Verteidigung und Sicherheit, die nach seiner Zeit als Unterabteilungsleiter entstand, wiederfindet.

Das zwar nur partiell, aber dennoch substanziell Neue besteht



Bunt und ausufernd ist die Mindmap zu den zahlreichen Zwecken, die mit dem Vergaberecht verfolgt werden.

Grafik: BS/Cornelia Liesegang

darin, dass mit diesen beiden Verordnungen das "Kaskadenmodell" teilweise demontiert wurde. Für die Bereiche Sektoren sowie Verteidigung und Sicherheit (Ausnahme Bauaufträge) gelten nicht mehr die Regelstufen Gesetz – Verordnung – Verdingungsordnungen. Letztere, die inzwischen als "Vergabe- und Vertragsordnungen" firmieren, liefern nicht mehr den Rahmen für die genannten Bereiche und sind auch nicht mehr an deren Struktur orientiert. Entsprechend deutlich werden dadurch die ständestaatlichen "Verdingungsausschüsse" DVA und DVAL infrage gestellt. *Prieß* lehnt sie als "Hinterzimmer-Gremien" ab und der Düsseldorf-

fer Rechtsanwalt *Jan Byok* verurteilt in seinem Festschriftbeitrag ihre Rolle beim Zustandekommen der VOB und VOL als verfassungswidrig – mit der "zwingenden" Konsequenz der Abschaffung.

Verschütteter Basiszweck

Kompetenz- und Zuständigkeitsfragen angesichts der bevorstehenden Vergaberechtsnovellierung ergeben sich auch aus einem anderen Thema der Festschrift, mit dem sich der Münchner Lehrstuhlinhaber und Leiter der Forschungsstelle Vergaberecht und Verwaltungskooperationen *Prof. Martin Burgi* befasst. "Die erfolgreiche Aufgabenerfüllung als Basiszweck des GWB-Vergaberechts" lautet

sein Beitrag. Dieses Thema spiegelt sich allerdings nicht im Haupttitel der 900 Seiten umfassenden Festschrift "Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung" wider. Der Titel enthält vor allem die für die Bieterseite bedeutsamen Begriffe des GWB-Vergaberechts wieder.

Wer *Fridhelm Marx* kennt, weiß, wie wichtig es ihm ist, die eigentliche Zielsetzung des Vergaberechts nicht aus dem Auge zu verlieren. "Es geht um den Erwerb der für die Existenz und die Aufgabenerfüllung der staatlichen Institutionen und der halbstaatlichen Monopolunternehmen notwendigen Ressourcen", heißt es auf seiner Homepage, die er als Rechtsanwalt eingerichtet hat. Für *Martin Burgi* ist dies der "Basiszweck" des Vergaberechts. Dieser wie auch dessen systematische Zuordnung zu den weiteren Zielen dieser Rechtsmaterie sei durch die Richtlinien der Europäischen Union erst einmal verschüttet worden.

Über den Basiszweck werde aber auch deswegen gerne hinweg gedacht, weil der vergaberechtliche Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, anders als üblicherweise bei neu geschaffenen Gesetzen, nicht mit einer grundlegenden Formulierung der Zweckbestimmung eingeleitet werde. In den Absätzen 1 und 2 des § 97 GWB werde, so *Burgi*, gleich mit den allgemeinen Grundsätzen des eigentlichen Vergabeverfahrens begonnen, ohne zunächst dessen Zielrichtung zu nennen, also "eine Stufe später" als eigentlich sinnvoll. Es ist deshalb angebracht, sich intensiver mit der Frage nach dem Basiszweck des Vergaberechts zu befassen.

Er liefert die Antwort auf die Frage: Warum gibt es das Vergaberecht überhaupt? Was ist seine raison d'être, der Grund seiner Existenz, der Grund, ohne den es nicht vorhanden wäre?

Ist das der Wettbewerb? Nein. Die Schaffung eines Binnenmarktes? Auch nicht. Die Schonung der öffentlichen Haushalte? Ebenso wenig. Mit dem Vergaberecht werden durchaus auch diese primären Ziele verfolgt. Aber sie sind, so *Burgi*, nicht der Basiszweck.

Nur sekundär

Neuerdings wird gesagt und ist auch in politischen Programmen und Vorschriften festgeklopft: Das Vergaberecht ist da, um soziale und Umweltzwecke zu verfolgen bzw. ganz allgemein gesellschafts- und wirtschaftspolitische Ziele. Aber sind dies die Basiszwecke? Gleichfalls nicht. Wegen dieser sekundären Ziele wurde das Vergaberecht nicht geschaffen. Das Vergaberecht wird bei ihnen nur als Mittel zum Zweck verwendet. In der Vergangenheit hieß es, dass das Vergaberecht nicht verwendet werden darf, um diese Ziele zu erreichen. Alleiniger Zweck seien die Sekundärziele Wettbewerb, Binnenmarkt und Schonung der öffentlichen Haushalte.

Diese Einschränkung gilt mittlerweile nicht mehr. Die Ziele, für die das Vergaberecht eingesetzt wird, reichen inzwischen bis hin zu wirtschafts- und industriepolitischen Zwecken wie Innovation und Wachstum, wie es ausdrücklich in den begleitenden Äußerungen der EU-Kommission zu den neuen Richtlinien heißt.

Umso wichtiger ist es, den Basiszweck dieser Rechtsmaterie in den Vordergrund zu stellen und als letztendlich wichtigsten Maßstab bei der Beantwortung von Detailfragen heranzuziehen. And the basic aim is? Die Antwort lautet unsäglich banal:

Der Basiszweck des Vergaberechts ist die erfolgreiche Erfüllung von Verwaltungsaufgaben. Völlig unabhängig davon, wie man es rechtsdogmatisch einordnet: privat- oder öffentlich-rechtlich.

Tertiäre Folgen

Eine unausgesprochene zwangsläufige, aber auch gewollte positive Folge des Vergaberechts war schon immer die konjunkturförderliche Wirkung auf bestimmte Zulieferbranchen, wie die Bauindustrie und die übrigen Wirtschaftsbe-

reiche. Dieser "tertiäre" Zusammenhang war der entscheidende Grund, warum die Federführung für diese Rechtsmaterie in Deutschland beim Wirtschaftsressort bzw. über die VOB beim Bauministerium angesiedelt ist. Dies ist auch der Grund, warum die entsprechenden Wirtschaftsverbände nicht von den an die Ministerien angebotenen Vergabe- und Vertragsausschüssen DVA und DVAL lassen wollen. In ihnen haben sie quasi gesetzgeberischen Einfluss auf die Formulierung der Vergabe- und Verdingungsordnungen VOB und VOL, wodurch sich die für die Normbildung formeller Gesetze an sich zuständige Exekutive auf eine "bloße Zuschauerrolle" reduziert, so *Byok* in der Festschrift.

Zuständig für IT

Die sich wie in einer Mindmap bunt auffächernden und sehr verschiedenen Zwecke des Vergaberechts (siehe Grafik) könnten auch Argumente dafür liefern, die Zuständigkeit für vergaberechtliche Regelungen je nach Zielstellung auf die entsprechen Ressorts, etwa Um-

welt- und Sozialministerium, zu verteilen. Eine entsprechende grundsätzliche Diskussion dürfte allerdings kaum Aussicht auf Erfolg haben.

Die neue Aufteilung der Bundesressorts in Sachen Informationstechnologie und die sich zuspitzende öffentliche Diskussion darüber betreffen zwar vordergründig nur unterschiedliche Bereiche der Informationstechnologie wie TK-Wirtschaft, Breitbandstrategie und Telekommunikationsrecht (jetzt im Verkehrsministerium), Verbraucher- und Datenschutz (jetzt Justizministerium) sowie ländliche Infrastruktur, wozu auch IT gehört (Umweltministerium). Über deren faktische Verknüpfung machte man sich bei den Koalitionsverhandlungen nicht ausreichend Gedanken.

Zu wenig wurde dabei vor allem die Abgrenzung der grundsätzlichen Zweckrichtungen der jeweiligen Ressortbereiche bedacht: Querschnitts- oder Branchenthema? Infrastruktur- oder Industriepolitik? IT-Politik für die öffentliche Hand oder für Bürger und Unternehmen? Nicht nur mit Blick auf die Beschaffung sind das sehr unterschiedliche Zweckrichtungen. Spannend könnte auch werden, wie das künftige Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz Bau und Reaktorsicherheit mit der VOB und dem ihr zugehörigen Vergabe- und Vertragsausschuss umgehen wird. Die VOL, um die es bei der Beschaffung von IT geht, befand sich bislang im Fürsorgebereich des Wirtschaftsministeriums, das aber künftig nicht mehr für Technologie zuständig sein soll.

Burgi empfiehlt, dass der

Bundesgesetzgeber der nächsten Legislaturperiode bisher andeutungsweise vorhandene Erwähnungen des Basiszwecks der öffentlichen Beschaffung im deutschen und europäischen Recht (§ 115 Abs. 2 S. 2 GWB, Artikel 1 Abs. 2 S. 1 der künftigen Auftragsvergabe-Richtlinie) beherzt zur Kenntnis nimmt und die grundlegende Zielstellung öffentlicher Beschaffung deutlicher in den Vordergrund rückt, ohne deshalb die wettbewerbliche Ausrichtung zu verringern: die effiziente, wirtschaftliche und qualitätvolle Ausstattung der öffentlichen Verwaltung zur optimalen Erfüllung ihrer Aufgaben.

Gedankliche Vorarbeit

Herkömmlicherweise ist die Optimierung des Verwaltungshandelns (letztlich auch das der Kommunen) die Hauptaufgabe des Innenressorts. Es hat somit auch darauf zu achten, dass dafür auf die richtige Weise und mit vernünftigen Ergebnissen eingekauft wird und dafür vor allem die richtigen Verfahrensregeln zu finden sind.

Nun ist kaum damit zu rechnen, dass deshalb die Federführung für das Vergaberecht vom Wirtschafts- auf das Innenministerium verlagert wird, d. h. vom Zuständigkeitsfeld der Tertiärzwecke zu dem des Basiszwecks. Aber im Bereich des Bundesinnenministeriums sollte noch mehr als bisher, d. h. auch bei der bevorstehenden Novellierung des GWB-Vergaberechts, gedankliche Vorarbeit geleistet werden, wie der Basiszweck öffentlicher Beschaffung besser erreicht werden kann.