

**„Fairer Wettbewerb – Bekämpfung  
von Illegalität und Schwarzarbeit  
in Deutschland“**

**Verein Archimedes**

**9. Techniker / Juristen – Dialog 2018**

**11. Januar 2018**

**Wien**

**RA Dr. jur. Wolfgang Bayer**

**Hauptgeschäftsführer  
des Bauindustrieverbandes  
Niedersachsen-Bremen**

Meine Damen und Herren,

Sie haben mich heute wieder nach Wien in diesen sehr respektablen Kreis eingeladen, um über deutsche Verhältnisse aus Sicht der Auftragnehmerseite zu berichten. Dieser Einladung bin ich gerne gefolgt.

Fairer Wettbewerb – Bekämpfung von Illegalität und Schwarzarbeit in Deutschland – das ist ein anspruchsvoller und herausfordernder Titel.

Ich will das Thema in 4 Punkte gliedern:

1. Worum geht es? – Tatbestand
2. Welche Maßnahmen wurden ergriffen?
3. Was sagt die Bauwirtschaft?
4. Was bleibt zu tun?

#### I. Zum Ersten – worum geht es? - Tatbestand

Ich will hier nicht akademisch angehauchte Definitionen aneinanderreihen, die den Kern des Problems verschleiern, sondern auf das aufmerksam machen, was in der täglichen Praxis eine Rolle spielt. Ich übersetze deshalb noch einmal mit schlichten Worten was wir unter fairem Wettbewerb – natürlich im Rahmen der Vergabe von Bauleistungen – verstehen.

Alle Bauunternehmen, alle Bieter sollen die gleichen Chancen haben, um mit legalen Mitteln die gestellten Bauaufgaben zu erfüllen. Ungesetzliche Aspekte sollen dabei ausgeschlossen werden, im konkreten heißt das dann, die illegale Beschäftigung und Schwarzarbeit dürfen nicht zur Anwendung kommen.

Sehr geehrte Damen und Herren,

deshalb will ich heute dazu sprechen, ob die deutschen Kontrollinstrumente zur Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung geeignet sind, diese zu verhindern?

### **Taugen die deutschen Kontrollinstrumente zur Bekämpfung illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit?**

Meine kurze und knappe Antwort – wenn Sie so wollen: Management Summery - lautet: Nein! Mehr Konsequenz wäre möglich. Mehr Praxistauglichkeit wäre möglich.

Die bestehenden Kontrollinstrumente taugen **nicht** zur wirksamen Bekämpfung der illegalen Beschäftigung und Schwarzarbeit.

Dies zeigt sich seit Jahrzehnten tagtäglich auf deutschen Baustellen und dies höre ich tagtäglich von unseren gesetzes- und tariftreuen Verbandsmitgliedern.

Lassen Sie mich mit einem Beispiel beginnen:

Der Umbau des Reichstages in Berlin in den 90er Jahren.

Ich zitiere hierzu zunächst aus dem Buch „Der Reichstag: Symbol deutscher Geschichte“ von Michael S. Culen:

*„Berlin war nach der Wende zum Tummelplatz für Bauarbeitnehmer aller Nationalitäten geworden: Ausländer waren billiger, wurden häufig nicht versichert, nicht einmal registriert. Nicht nur einmal war die Gewerbepolizei auf der Reichstagsbaustelle, um zu kontrollieren, wer da eigentlich am Hort der deutschen Demokratie baute – und nicht nur einmal stieß sie dabei auf Schwarzarbeiter. Im Laufe der Jahre wurden es zwar weniger, aber ganz unter Kontrolle haben die Behörden das Problem nie bekommen.“*

In einem Beitrag vom 1. März 1999 sendete das Fernsehmagazin „Report“ einen Bericht über die Zustände auf der Baustelle des Reichstags in Berlin. Die Baustelle – so „Report“ – sei zum „wiederholten Male im Zwielficht“

gewesen, wie andere Bauten des Bundes auch. Seit „Jahren sorgte sie für Schlagzeilen und Skandale“.

Basierend auf diesem Bericht erfolgte eine Kleine Anfrage an die Bundesregierung, die darauf zielte, zu erfahren,

- wie viele Arbeitnehmer, insbesondere aus Griechenland, zu bestimmten Zeiten im Reichstag gearbeitet haben,
- wie lange diese gearbeitet hätten und
- wie diese untergebracht gewesen seien.

Die Antwort der Bundesregierung:

*„Nach Kenntnis der Bundesregierung gibt es keine Grundlage für die in der Anfrage wiedergegebenen Vorwürfe über Lohndumping, illegale Beschäftigung und mafiöse Strukturen. Dies hat die Bundesbaugesellschaft Berlin mbH auf Rückfrage versichert und entsprechend dargelegt.“*

Meine Damen und Herren,

ergänzend wird darauf hingewiesen, dass für die Bauten des Deutschen Bundestages im Spreebogen in Berlin die Bundesbaugesellschaft zuständig ist und der Deutsche Bundestag und die Bundesregierung über den Aufsichtsrat der Bundesbaugesellschaft darauf hinwirkten,

dass das Baumanagement für die Bauvorhaben des Deutschen Bundestages in Übereinstimmung mit der geltenden Gesetzeslage durchgeführt wird.

Gefunden hat man damals über 350 illegale Personen alleine auf der Baustelle des Reichstages.

Meine Damen und Herren,

Sie müssen wissen, die Baustelle konnte man nur mit einem speziellen Ausweis betreten. Es war ein Zaun mit NATO-Draht und Eingangskontrollen installiert. Da kam niemand herein, der keine Zugangsberechtigung hatte.

Meine Damen und Herren,

ich weiß nicht, ob man hierüber lachen soll; viel geändert hat sich aber auch in den darauf folgenden zwei Jahrzehnten bei der Ausschreibung, Durchführung und Kontrolle insbesondere auch von öffentlichen Baumaßnahmen nichts. Soviel zu dem genannten Beispiel, Bauen für den Bundestag.

Meine Damen und Herren,

lassen Sie mich noch einmal schlicht festhalten,

1. Bauen ist heute technisch hoch anspruchsvoll.
2. Bauen ist eine Gesamtdienstleistung.

3. Bauen ist noch arbeitsteiliger geworden.  
Das wird sich auch nicht wieder ändern.
4. Die Investoren erwarten heute ein Gesamtprodukt und keine Teilleistungen.
5. Der Kampf um den Auftrag ist ein Preiskampf – Qualität steht oft nur noch hinten.

Diese Punkte führen zu der Konsequenz, dass der Auftraggeber einen niedrigen Gesamtpreis erreichen will und die Auftragnehmer im Projekt die Einzelpreise niedrig halten wollen.

Das gilt für:

- die Materialien
- die Verfahrenskosten und
- die Personalkosten

Da die Personalkosten am Bau je nach Sparten zwischen 30 % bei Erdarbeiten und 50 – 55 % bei Beton- und Mauerarbeiten der Bausumme ausmachen, ist es nachvollziehbar, dass hier der Hebel angesetzt wird.

Die Vielzahl der Bauunternehmen ist an Verbandstarife oder Haustarife gebunden. Deshalb werden Subunternehmer eingesetzt, die nicht den Bau-Tarifvertrag erfüllen müssen. Und somit finden sich alle Kategorien von Firmen und Personen.

Dies ist das Einfallstor von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit. Die Folgen für die Staatskasse und die Sozialsysteme sind bekannt.

## II. Welche Maßnahmen wurden getroffen.

### 1. Verpflichtung der Auftragnehmer

Die Antwort des Gesetzgebers ist schlicht:

1. Den Hauptunternehmer trifft die Haftung.
2. Exkulpation ist möglich aber schwierig.
3. Strafrechtliche Konsequenzen werden angedroht.
4. Ausschluss aus Vergabeverfahren ist möglich

Der Hauptunternehmer kann sich allerdings exkulpieren:

- Mindestlohnbescheinigungen in diversen Sprachen von den Arbeitnehmern der Nachunternehmern sind abzufordern,
- entsprechende Enthaltungsbescheinigungen der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse sind einzufordern,
- qualifizierte und gültige Unbedenklichkeitsbescheinigungen der Berufsgenossenschaft BG BAU sind vorzuhalten und
- entsprechende Unbedenklichkeitsbescheinigungen des Sozialversicherungsträgers sind beizubringen.



All diese Bescheinigungen sollen dazu dienen, das in Deutschland bestehende Haftungsrisiko des Hauptauftragnehmers zu minimieren, nicht zu eliminieren.

Das Restrisiko bleibt bestehen.

Meine Damen und Herren,

Ein Beteiligter kommt bei dem gesamten System nicht vor:

- der Auftraggeber, sei er privat oder öffentlich. Dazu später.

## 2. Kontrollen durch den Zoll

Zuständig für die Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung ist nach dem entsprechenden Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz die Finanzkontrolle Schwarzarbeit. Sie ist eine Arbeitseinheit des deutschen Zolls, die mittlerweile 6.800 Bedienstete umfasst. Das sind rund 20 % der 39.000 Zoll-Bediensteten.

Die Finanzkontrolle Schwarzarbeit kontrolliert

- Meldepflichten der Arbeitgeber,
- Sozialleistungsbezug,

- Angaben des Arbeitgebers, die für Sozialleistungen erheblich sind,
- bei ausländischen Arbeitnehmern die erforderlichen Aufenthaltstitel und ob die Arbeitsbedingungen nicht ungünstiger als vergleichbare inländische Arbeitnehmer sind,
- die Einhaltung der Arbeitsbedingung, insbesondere nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz und dem Mindestlohngesetz und schließlich
- steuerliche Pflichten wie z.B. Entrichtung der Lohnsteuer und der Umsatzsteuer.

Dazu müssen zahlreiche Unterlagen bereitgehalten werden, bzw. vorgelegt werden:

- Der Arbeitnehmer und Selbständige:
  - ein gültiges Ausweisdokument wie z.B.
    - Personalausweis
    - bei Ausländern zusätzlich gültige Aufenthaltstitel/Duldung/Aufenthaltsgestattung.
- Der Arbeitgeber ist verpflichtet:
  - Lohn- und Meldeunterlagen
  - Bücher und andere Geschäftsunterlagen, aus denen sich Umfang, Art und Dauer von Beschäftigungsverhältnissen oder Tätigkeiten er-

geben können wie z.B.

- Nachweise über Meldung von Sozialversicherung im In- und Ausland
  - Lohnabrechnungen
  - Nachweise über folgende Lohnzahlung einschließlich Auslöse und Urlaubskassenbeiträge
  - Arbeitsverträge, bzw. Dokumente die im Arbeitsvertrag nach den Regeln des Heimatlandes entsprechen
  - Arbeitszeitnachweise ( wie z.B. Stundenzettel, Anwesenheits- und Urlaubslisten)
  - Nachweise über steuerfreie Zuschläge
  - Kontenbuchungsbelege, ggf. Verträge mit Subunternehmern
  - Werkvertrag mit Leistungsverzeichnis
- Arbeitszeitnachweise  
Arbeitgeber sind verpflichtet, Arbeitsbeginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit, sowie Pausen der Arbeitnehmer auszuzeichnen und diese Aufzeichnungen mindestens 2 Jahre aufzuheben.
  - Nachweis des schriftlichen Hinweises auf die Mitführungspflicht aller gültigen Ausweisdokumente.

Meine Damen und Herren,

*man könnte eigentlich sagen: „Was soll der Arbeitgeber noch bereithalten, entweder auf der Baustelle oder in den entsprechenden Baubüros.“* Die Kooperation von Bauunternehmen mit den prüfenden Behörden ist schließlich nicht die Haupttätigkeit eines Bauunternehmens, sondern die Ausführung von Bauleistungen.

*Soviel zur Kontrolldichte des Zolls.*

### 3. Anonyme Anzeige

Darüber hinaus lädt die Zollverwaltung mit einem besonderen Meldeformular für Hinweise auf Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung ein, Anzeige zu erstatten.

Hier kann in anonymisierter Weise auf konkrete Baustellen und Unternehmen hingewiesen werden und können konkrete Einzelangaben gemacht werden.

Ich meine, das geht schon sehr weit und stellt eine Form von Denunziation dar.

### **3. Was sagt die Bauwirtschaft?**

Meine Damen und Herren,

was sagen die Verbände dazu?

Der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie, der Zentralverband der Deutschen Handwerks und auch die Gewerkschaft IG Bau hatten in gemeinsamer Stellungnahme die Bekämpfung von Schwarzarbeit zu ihrem Thema gemacht.

#### **Drei gemeinsame Punkte will ich hier erwähnen:**

1. Bekämpfung von Scheinselbstständigkeit, das heißt Einzelpersonen, die als Subunternehmer auftreten.

Scheinselbstständige erbringen vertraglich für fremde Unternehmen Dienstleistungen, obwohl es sich in Wahrheit um nichtselbstständige Tätigkeiten handelt. So sollen Sozialversicherungsbeiträge und Lohnsteuer hinterzogen werden, tarifliche Ansprüche und der Kündigungsschutz umgangen werden.

2. Die Bauindustrie begrüßt die Intensität der Baustellenkontrollen durch die Finanzkontrolle Schwarzarbeit. Sie wird als wesentlicher Baustein angesehen, das Unrechtsbewusstsein auch im privaten Bereich

zu schärfen. Dazu werden auch mit dem Bundes- und Landesministerium, dem Zoll und der SOKA-Bau gemeinsame öffentliche Veranstaltungen durchgeführt.

### 3. Der dritte Punkt ist die Einbeziehung der öffentlichen Auftraggeber in die Haftungsregelungen.

Auch die öffentlichen Auftraggeber sollen in die Haftungsregelung in Bezug auf Mindestlöhne, Urlaubskassen-, Gesamtsozialversicherungs- und Unfallversicherungsbeiträge einbezogen werden.

Öffentliche Auftraggeber haben die Professionalität und die Verantwortung Beitragsausfälle der Sozialversicherung für ihre Arbeitnehmer auszugleichen. Bei einer solchen Weiterentwicklung der Haftungsregelung sind positive Auswirkungen bei der öffentlichen Auftragsvergabe zu erwarten. Denn wer haften muss, sucht seine Vertragspartner sorgfältiger aus und wird darauf achten, dass die Einhaltung der gesetzlichen Verpflichtungen sichergestellt wird. Dies hätte damit auch bedeutende Auswirkungen auf die Bekämpfung der illegalen Beschäftigung und Schwarzarbeit.

In dieser Frage sind also Bauindustrie, Bauhandwerk und die Baugewerkschaft einer Meinung. Wer Schwarz-

arbeit duldet, gefährdet schließlich legale Arbeitsplätze. Das gilt für alle Auftraggeber.

Meine Damen und Herren,

lassen Sie mich an dieser Stelle auf einen besonderen Punkt kommen. Die Prüfung der Lohnkosten.

Bei der Prüfung der Angebote und der Angemessenheit der Preise, muss genauer hingesehen werden. Fachleute auf Auftraggeber-Seite wissen sehr genau, dass bestimmte Preise nicht auskömmlich sein können. Wenn der Baustellenmittellohn einen Betrag von 24.-/25.- Euro (Doppelter Mindestlohn) ausmacht, dann weiß jeder der Beteiligten, dass dieser Betrag nicht mehr auskömmlich ist - wenn man die Geltung von Tarifverträgen unterstellt. Da müsste eigentlich eine Warnlampe angehen.

Im Übrigen verlangt § 16d VOB/A:

1. „Auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen oder niedrigen Preis darf der Zuschlag nicht erteilt werden.
2. Erscheint ein Angebotspreis unangemessen niedrig und ist anhand vorliegender Unterlagen über die Preisermittlung die Angemessenheit nicht zu beurteilen, ist in Textform vom Bieter Aufklärung über die Ermittlung der Preise für die Gesamtleistung

oder für Teilleistungen zu verlangen, gegebenenfalls unter Festlegung einer zumutbaren Antwortfrist. Bei der Beurteilung der Angemessenheit sind die Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens, die gewählten technischen Lösungen oder sonstige günstige Ausführungsbedingungen zu berücksichtigen.“

Die Rechtsprechung und die Spruchpraxis der Vergabekammern lauten stets:

Hat ein ungewöhnlich niedriges Angebot eine Differenz von mehr als 10 % zum nächsthöheren Angebot, obliegt es dem Auftraggeber, durch gezielte positions- bzw. titelbezogene Anfragen dem Bieter die Gelegenheit zur Aufklärung dieser Positionen zu geben (z. B. VK Thüringen, 08.03.2017).

Mit Blick auf die Budget-Situation wird aber in vielen Fällen bei der Vergabe hierauf keine Rücksicht genommen. Ich meine, hier sollte man mehr Transparenz und Klarheit schaffen. Dann sind viele der Überprüfungen von Baustellen schlicht überflüssig.

Praktische Kontrollen durch die Auftraggeber helfen auch.

Ich habe selber eine ganze Reihe von Baumaßnahmen in unterschiedlichen Funktionen für unterschiedliche Auftraggeber durchgeführt. Aus dieser Zeit weiß ich sehr



genau, dass Baustellenbesuche von verantwortlichen Auftraggeber-Vertretern Sinn machen. Durch sorgfältige Beobachtung bei regelmäßigen Baustellenbesuchen kann man ohne weiteres erkennen, welche Firmen und welche Personen auf den eigenen Baustellen herumlaufen. Das gilt natürlich erst recht für den öffentlichen Auftraggeber. Das sind schließlich Profis.

Man sollte sich dazu durchringen, nicht nur die Aktenlage für sauber zu halten, sondern auch überprüfen, ob die Aktenlage mit der Realität übereinstimmt. Die Auftraggeber Seite sagt dann schlicht: „Meine Akten sind sauber“ und der Auftragnehmer hält sich an nichts. Dieser Gedankengang ist mir zu einfach und letztendlich nicht mehr sachgemäß, wenn man unter Kollegen oder unter Fachleuten verhandelt.

#### **IV. Was bleibt noch zu tun?**

- **BauCard**

Meine Damen und Herren,

auch in Deutschland gab es bereits Anläufe für eine BauCard bzw. Sozialkarte für die Arbeitnehmer auf den Baustellen:

Mit dem gemeinsamen Bericht des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales und dem Bundesministerium für Finanzen wurde schon 2008 unter Berufung auf datenschutzrechtliche Aspekte die Einführung einer Sozialkarte zur Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung abgelehnt.

Meine Damen und Herren,

durch die **Untersuchung der Einführung eines „Sozialkartenverfahrens zur Schwarzarbeitsbekämpfung“** wurde seinerzeit das Ziel verfolgt, die Identitätsfeststellung der auf Baustellen angetroffenen Personen und die Datenabgleiche der Finanzkontrolle Schwarzarbeit mit anderen Behörden mit Hilfe einer elektronischen Signaturkarte zu verbessern.

Sowohl Arbeitnehmer als auch selbstständig Tätige sowie Arbeitnehmer von Subunternehmern mit Sitz im Ausland sollten in das Verfahren einbezogen werden.

Da die Prüfungen sowohl für die Finanzkontrolle Schwarzarbeit als auch für die betroffenen Unternehmen erhebliche Zeit binden, war die Hauptidee des elektronischen Sozialkartenverfahrens deshalb nicht die Erschließung neuer Datenabfragen, sondern die Be-

schleunigung und Transparenz der Kontrolle und damit auch eine geringere Störung der Betriebsabläufe auf den Baustellen.

Differenziert wurde bei der Beurteilung der datenschutzrechtlichen Aspekte im Bericht einerseits zwischen den **Grunddaten** zur Identität der kontrollierten Person, wie den Namen, Vornamen, den Geburtsort, das Geburtsdatum und die Nationalität und andererseits zahlreichen **zusätzlichen** Angaben wie zum Beispiel den Beginn des Beschäftigungsverhältnisses, den Arbeitgeber, den Bezug von Sozialleistungen.

Diese **zusätzlichen** Daten seien mitunter kurzfristigen Änderungen unterworfen, so dass eine Datenabfrage bei den einzelnen Behörden wie

- Bundesagentur für Arbeit,
- Deutsche Rentenversicherung Bund,
- Ausländerzentralregister,
- und der SOKA-BAU – Sozialkassen der Bauwirtschaft

durchgeführt werden muss, um die veränderten Daten zu verifizieren.

Mit Berufung auf die Komplexität, auf die Zeitspanne und den Datenschutz wurde damals die Einführung eines Sozialkartensystems in dem Bericht der Ministerien auf Staatssekretäresebene abgelehnt, da die für die BauCard vorgesehenen Angaben zu den Arbeitsbedingungen nur eine Momentaufnahme darstellen würden, deren Aktualität zum Zeitpunkt der Kontrolle nicht zweifelsfrei beurteilt werden könne.

Meine Damen und Herren,

diese Argumente können nicht überzeugen.

Wenn man zwischenzeitlich kritisch die erfolgten Entwicklungen in anderen Bereichen unter dem Gesichtspunkt des Datenschutzes betrachtet, so stellt sich schnell die Frage, ob die datenschutzrechtlichen Aspekte vielleicht nur vorgeschoben waren. Gründe des „Nichtwollens“, drängen sich auf.

Bitte bedenken Sie, andere elektronische Kartensysteme in anderen Bereichen wurden unproblematisch eingeführt, zum Beispiel

- die blauen Karten im Hochschulbereich für Qualifizierungsnachweise,

- die elektronischen Sozialkarten im Bereich der Hartz IV-Empfänger, für Sportvereine, öffentliche Verkehrssysteme, Bibliotheken und sonstige öffentliche Einrichtungen.
- die elektronische Gesundheitskarte

Auch diese Informationen sind immer auf einen konkreten Zeitpunkt bezogen. Stichprobenüberprüfungen haben noch nie geschadet. Die Sinnhaftigkeit dieser elektronischen Karten wird dennoch nicht in Zweifel gezogen.

Auch eine Überprüfung, ob zumindest eine **freiwillige** elektronische Karte mit Einwilligung der Träger/Inhaber in Betracht kommen könnte und damit die problematischen Abfragen im sensiblen Datenbereich einfach und schnell ermöglicht wären, wurde nicht weiter untersucht.

Am Rande sei bemerkt, dass andere EU-Länder derartige datenschutzrechtliche Bedenken nicht hatten oder haben.

Meine Überzeugung ist daher, dass der öffentliche Auftraggeber letztlich kein fiskalisches Interesse daran hat, dass sich die Zustände auf den Baustellen ändern, zumal er im Rahmen der Durchgriffshaftung nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz selbst nicht in der Haftung ist.

Mithin profitiert der Auftraggeber – auch der öffentliche – letztlich vom billigsten Angebot, dem er den Zuschlag erteilt hat.

Im Übrigen ließe sich die BauCard fälschungssicher über die SOKA-Bau ausstellen, die zum einen für jeden Baubeschäftigten ein eigenes Leistungskonto führt und andererseits intensiv mit der Finanzkontrolle des deutschen Zolls zusammenarbeitet. Die Kosten pro Karte bewegen sich bei circa 2,- Euro inklusive der Lesegeräte.

Das wäre ja wohl machbar.

### **Ein zweiter Ansatzpunkt ist das Vergaberecht**

Meine Damen und Herren,

entscheidend aus meiner Sicht ist, dass die Vergabepaxis an den Billigsten gestoppt werden muss. Die Vergabe von Bauprojekten nach einem Preiswettbewerb birgt das permanente Risiko, dass sich der vermeintliche Vorteil des Billigbieterprinzips auf lange Sicht in sein Gegenteil verkehrt, insbesondere weil Auftragnehmer teilweise unter Selbstkosten anbieten, um Planungsdefizite und Änderungen für Nachträge und Kostendeckung zu nutzen. Hier bleibt die Qualität der Bauausführung selbst auf der Strecke.

Heutzutage sind die Vergabeverfahren des öffentlichen Auftraggebers in der Realität im Wesentlichen ein Preiswettbewerb.

Wenngleich die Vergabestelle ausdrücklich dazu aufgerufen ist, der Auftragsvergabe neben dem Preis weitere Wertungskriterien wie z. B. Qualität, technischen Wert, Ästhetik oder Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebs- und Folgekosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe oder Ausführungsfrist heranzuziehen, hat der Preis bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach wie vor eine überragende Bedeutung.

In der Regel hat derjenige Bieter die besten Karten, der den günstigsten Preis für die ausgeschriebene Leistung aufruft.

Meine Damen und Herren,

das GWB und auch die Vergabe- und Vertragsverordnungen suggerieren – mit geringfügigen Unterschieden im Wortlaut – jeweils die Unzulässigkeit des Preises als alleiniges Zuschlagskriterium und geben (scheinbar) ebenfalls vor, dass neben dem Preis weitere durch den Auftraggeber gerechtfertigte Kriterien hinzuziehen sind.

Der Freistaat Bayern, konkret das bayrische Staatsministerium für Wirtschaft und Medien, Energie und Technologie, hat hierzu einen Leitfaden herausgegeben:

## **Das wirtschaftlichste Angebot – Hinweise zur richtigen Gestaltung und Wertung im Vergabeverfahren.**

Ich bewerte diesen Leitfaden als ausgezeichnetes Instrument das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln; gleichwohl fehlt mir der Glaube dass sich durch einen derartigen Leitfaden die Vergabepaxis der öffentlichen Hand nachhaltig ändert – jedenfalls nicht schnell.

Der Leitfaden datiert aus dem Jahr 2014, auch in Bayern, das weiß ich von meinen dortigen Kollegen und aus meiner Beratung, ist das wirtschaftlichste Angebot meist auch das billigste Angebot.

Mit der neuen Vergaberichtlinie überlässt die EU den Mitgliedsstaaten vorzusehen, dass die öffentlichen Auftraggeber nicht den Preis oder die Kosten allein als einziges Zuschlagskriterium verwenden dürfen (vgl. Art. 67 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU).

Der Richtliniengeber sieht es also nach wie vor als zulässig an, den Zuschlag allein auf Grundlage des günstigsten Preises zu erteilen, räumt den Mitgliedsstaaten jedoch gleichzeitig die Möglichkeit ein, dies den öffentlichen Auftraggebern zu untersagen.

Meine sehr verehrten Damen und Herren,



in Österreich sind Sie offenbar schon weiter.

Der deutsche Auftraggeber hat hiervon nur einen sehr eingeschränkten Gebrauch gemacht.

Nach § 127 GWB (neu) soll der Zuschlag nach wie vor auf das „wirtschaftlichste Angebot“ erteilt werden. Dieses soll sich ausdrücklich (nach dem besten Preis-/Leistungsverhältnis) bestimmen, zu dessen Ermittlung neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden können. Ich sagte dies bereits.

Eine zwingende Anwendung weiterer Kriterien neben dem Preis (oder Kosten) sieht die Regelung nicht vor, betont aber die „Wirtschaftlichkeit“ des Angebots als Maßstab für die Angebotswertung.

Das danach die Zuschlagserteilung alleine nach dem Preis lediglich der Ausnahmefall sein wird, wurde spätestens bei Lektüre der Begründung zu § 127 GWB deutlich. Danach soll der Preis als einziges Zuschlagskriterium auch zukünftig zulässig sein. Der öffentliche Auftraggeber soll jedoch „insbesondere“ bei der Beschaffung von nicht marktüblichen, nicht standardisierten Leistungen seine Vergabeentscheidung in der Regel auf weitere Zuschlagskriterien wie z.B. Qualität, Zweckmä-

Bigkeit, technischen Wert, Lieferfrist oder Ausführungsdauer stützen.

Die bereits jetzt in der Vergaberechtsprechung geltenden Einschränkungen der Anwendung des Preises als einzigem Zuschlagskriterium werden somit vom Gesetzgeber zumindest in der Gesetzesbegründung fortgeführt.

Die Zuschlagserteilung allein nach dem günstigsten Preis dürfte danach zukünftig regelmäßig nur bei solchen Leistungen zulässig sein, die abschließend bestimmt sind und einheitlichen Standards folgen, ohne dass es von den Bietern im Rahmen der Angebotsabgabe über die Preiskalkulation hinaus weiterer Beiträge bedarf.

So die Theorie!

Es bleibt also abzuwarten inwieweit sich zukünftig die Vergabesenate insbesondere mit dem Regel-Ausnahmeverhältnis beschäftigen werden und nach welchen Kriterien sich die Einordnung zu richten hat.

Es bleibt viel zu tun. Die Diskussionen von Auftraggeber Seite und Auftragnehmer Seite sollten dabei dazu geleitet werden, gemeinsame Lösungen zu finden.

Es ist nicht mehr zeitgemäß die Probleme mit Schuldzuweisungen zu lösen, sondern ein einvernehmliches System zu finden.

Vielen Dank!