



Lobbying im Beschaffungswesen



Thomas Neuwerth
t.neuwerth@bkp.at

Überblick. Mit 1. Januar dieses Jahres ist das Lobbying- und Interessensvertretungs-Transparenz-Gesetz (LobbyG) in Kraft getreten. In unserem Beitrag vom 29.3.2013 haben wir bereits einen ersten Überblick über die entsprechenden Neuerungen gegeben. Viele Unternehmer, die sich an öffentlichen Beschaffungen beteiligen, und viele öffentliche Auftraggeber sind jedoch verunsichert, da auf den ersten Blick nicht klar ist, in welchen Fällen öffentlicher Ausschreibungen das LobbyG anzuwenden ist.

Vergabeverfahren nicht ausgenommen. Das LobbyG sieht zahlreiche Ausnahmen von seinem Geltungsbereich vor, sowohl in personeller Hinsicht als auch in Bezug auf bestimmte Tätigkeiten. So fallen Tätigkeiten in Zusammenhang mit einem verwaltungsbehördlichen oder einem gerichtlichen Verfahren nicht unter das Gesetz. Vergabeverfahren sind nach den Erläuternden Bemerkungen (EB) zum LobbyG allerdings explizit nicht ausgenommen. Der Gesetzgeber legt ausdrücklich fest, dass „das Anliegen, transparente Verhältnisse zu schaffen, auch im Vergabewesen berechtigt ist“.

Informations- und Sondierungsgespräche. Prinzipiell muss man für die Frage, ob eine konkrete Tätigkeit im Zusammenhang mit einem Beschaffungsvorgang unter das LobbyG fällt oder nicht, zunächst darauf abstellen, ob bereits eine Bekanntmachung des Vergabeverfahrens stattgefunden hat oder nicht. Informations- und Sondierungsgespräche, mit denen eine bestimmte Entscheidung in einem noch nicht laufenden Vergabeverfahren bewirkt werden soll, fallen nach den EB ebenso wenig unter das LobbyG wie ein „praktischer Dialog“ vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens. Außerdem wird in der Regel vor Bekanntmachung eines Vergabeverfahrens ein wesentliches Kriterium für Lobbying noch nicht gegeben sein, nämlich die Bestimmtheit, möglicherweise auch nicht die Unmittelbarkeit. Nach § 1 Abs 1 LobbyG gelten als Lobbying nämlich nur Tätigkeiten, mit denen auf bestimmte Entscheidungsprozesse unmittelbar Einfluss genommen werden. Solche bestimmten Entscheidungsprozesse werden vor genauere Planung bzw

Bekanntmachung des Beschaffungsvorgangs regelmäßig noch nicht vorhanden sein. Sollte dies ausnahmsweise doch der Fall sein, ist anzunehmen, dass es sich nicht um einen Fall der unmittelbaren Einflussnahme handelt, weil in der Regel lediglich Produkte vorgestellt werden, und dies oftmals nicht einmal gegenüber den unmittelbar Entscheidungsbefugten.

Dennoch ist genau zu überlegen, wie die tatsächlichen Tätigkeiten, die beispielsweise Außendienstmitarbeiter gegenüber den Einkaufsabteilungen der Öffentlichen Hand durchführen, im Detail aussehen. Auch darf daran erinnert werden, dass nur solche einschlägigen Tätigkeiten, die mehr als fünf Prozent der Aufgaben eines Mitarbeiters ausmachen, überhaupt als Lobbying gewertet werden können. Eine übereifrige Registrierung dieser Mitarbeiter „zur Sicherheit“, obwohl sie bei genauer Betrachtungsweise eindeutig unter die Ausnahmetatbestände fallen oder ihre Tätigkeiten überhaupt nicht den gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen entsprechen, erscheint ebenso wenig anzuraten wie die auf der anderen Seite zeitweise beobachtbare Ignoranz der neuen gesetzlichen Bestimmungen schlechthin.

Kein Lobbying nach Bekanntmachung. Nach Bekanntmachung einer Ausschreibung ist die rechtliche Situation in der Regel um einiges klarer. Da § 2 Z 6 LobbyG Tätigkeiten, die auf Veranlassung eines Funktionsträgers ausgeübt werden, vom Geltungsbereich des LobbyG ausnimmt, wird hier in aller Regel dieser Ausnahmetatbestand greifen. Denn ein Vergabeverfahren wird eigentlich immer aufgrund der Veranlassung eines Funktionsträgers eingeleitet, spricht bekannt gemacht.

Fazit. Gerade im Bereich von – durchaus üblichen – Kontakten zwischen Unternehmen und der Öffentlichen Hand im Vorfeld eines konkreten Beschaffungsvorganges sollte genau abgeklärt werden, ob die Tätigkeit unter das Lobbyinggesetz fällt und daher das Unternehmen und der konkrete Unternehmenslobbyist ihrer Registrierungspflicht im Lobbyingregister nachkommen müssen.

Brauneis • Klauser • Prändl Rechtsanwälte GmbH

A-1010 Wien • Bauernmarkt 2 • Tel.: +43 1 532 12 10-0 • Fax: +43 1 532 12 10-20

viennalaw@bkp.at • www.bkp.at • UID ATU62022625 • DVR 0821381 • Handelsgericht Wien • FN 268590k

Dieser Beitrag bzw. Blog enthält lediglich allgemeine Informationen, die eine Beratung im Einzelfall nicht ersetzen können. Die Informationen in diesem Blog sind weder ein Ersatz für eine professionelle Beratung noch sollte sie als Basis für eine Entscheidung oder Aktion dienen, die eine Auswirkung auf Ihre Finanzen oder Ihre Geschäftstätigkeit hat. Bevor Sie eine diesbezügliche Entscheidung treffen, sollten Sie einen qualifizierten, professionellen Berater konsultieren. Eine Haftung für allfällige Schäden kann daher naturgemäß unsererseits nicht übernommen werden.



Antikorruption im Beschaffungswesen



Thomas Neuwerth
t.neuwerth@bkp.at

Überblick. Durch das Inkrafttreten der neuen Anti-Korruptionsbestimmungen in Österreich mit 1.1.2013 stellt sich die Frage, inwieweit dies Auswirkungen auf öffentliche Beschaffungsvorgänge hat. Dass gerade Vergabeverfahren nicht davor gefeit sind, in korrupte Handlungen verwickelt zu werden, ist allbekannt.

Wettbewerbsbeschränkende Absprachen. Wie auch schon bisher regelt § 168b Strafgesetzbuch (StGB) sogenannte „Wettbewerbsbeschränkende Absprachen“. Danach ist, wer bei einem Vergabeverfahren einen Teilnahmeantrag stellt, ein Angebot legt oder Verhandlungen führt, die auf einer rechtswidrigen Absprache beruhen, die darauf abzielt, den Auftraggeber zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen. Absprachen sind dabei Abmachungen über ein bestimmtes Verhalten beim Vergabeverfahren, unabhängig von ihrer Form, also egal ob mündlich, schriftlich oder elektronisch. Nach herrschender Meinung werden nur Absprachen zwischen Bieter unter einander erfasst, nicht jedoch solche zwischen einem Bieter und dem Auftraggeber. Diese Unterscheidung ist aber eigentlich vom Gesetzeswortlaut nicht gedeckt. Das Delikt kommt darüber hinaus nur dann zu tragen, wenn durch die Absprache kein Vermögensschaden eingetreten ist. Beim Vorliegen eines Schadens wäre nämlich bereits ein Betrug nach den §§ 146 ff StGB gegeben.

Ausschlussgründe. Im Vergaberecht selbst findet sich das Thema Antikorruption vor allem in zwei Normen wieder, und zwar betreffend die Ausschlussgründe (§ 68 Bundesvergabegesetz – BvergG) und betreffend die Frage der Zuverlässigkeit der Bieter (§ 73 BvergG). Der Auftraggeber muss einen Bieter vom Vergabeverfahren ausschließen, wenn dieser oder bei juristischen Personen ein Mitglied der Geschäftsführung rechtskräftig verurteilt ist wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Organisation, Bestechung, Betrug, Untreue, Geschenkannahme, Förderungsmisbrauch oder Geldwäscherei. Auch andere Delikte, die die berufliche Zuverlässigkeit des Bieters in Frage stellen, sind Ausschlussgründe. Darunter fällt nach den Erläuternden Bemerkungen auch das Delikt der „Wettbewerbsbeschränkenden Absprachen“.

„Vergaberechtliche Selbstreinigung“. Der Verfassungsgerichtshof hat jedoch in einer Leitenscheidung im Jahr 1998 deutlich gemacht, dass es gleichheitswidrig ist, wenn eine Regelung das zwingende Ausscheiden eines Unternehmens als unzuverlässig infolge einer Verurteilung vorsieht. Demgemäß regelt auch das BvergG, dass ein Unternehmer durch konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen, die geeignet sind, das nochmalige Setzen der strafbaren Handlungen zu verhindern, seine Zuverlässigkeit „glaubhaft“ machen kann. Dies nennt man „Vergaberechtliche Selbstreinigung“. In Österreich gab es dazu bislang kaum Judikatur, in Deutschland haben aber einige Oberlandesgerichte bereits über dieses Thema abgesprochen. In der Sache „Trienekens“, eines in einen Korruptionsskandal verwickelten Abfallbeseitigers, stellte das OLG Düsseldorf bereits 2003 fest, dass Bedenken gegen die Zuverlässigkeit nicht greifen, wenn ein Bieter durch seine bislang betriebene Selbstreinigung seine ernstliche Absicht dokumentiert hat, in Zukunft die notwendigen Maßnahmen zu setzen. Solche Maßnahmen können nach der deutschen Judikatur personelle Entscheidungen ebenso sein wie Strukturänderungen; eine Schadenswiedergutmachung ist hingegen nicht unbedingt notwendig.

OECD-Prinzipien. Die OECD hat sich übrigens bereits vor einigen Jahren mit dem Thema „Antikorruption im Vergabeverfahren“ auseinander gesetzt und 2009 die „Principles for Integrity in Public Procurement“ heraus gegeben. Diese folgen vier Grundprinzipien: „Transparenz“, „Management“, „Prävention von Fehlverhalten, Compliance und Monitoring“ sowie schließlich „Verantwortung und Kontrolle“.

Fazit. Antikorruptionsrechtliche Ansätze im Vergabeverfahren finden sich einerseits im Delikt der „Wettbewerbsbeschränkenden Absprachen“ andererseits aber auch in einigen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes selbst. Eine „Vergaberechtliche Selbstreinigung“ kann einem Unternehmen trotz einschlägiger Vorstrafe die Teilnahme am Vergabeverfahren ermöglichen.

Brauneis • Klauser • Prändl Rechtsanwälte GmbH

A-1010 Wien · Bauernmarkt 2 · Tel.: +43 1 532 12 10-0 · Fax: +43 1 532 12 10-20

viennalaw@bkp.at · www.bkp.at · UID ATU62022625 · DVR 0821381 · Handelsgericht Wien · FN 268590k

Dieser Beitrag bzw. Blog enthält lediglich allgemeine Informationen, die eine Beratung im Einzelfall nicht ersetzen können. Die Informationen in diesem Blog sind weder ein Ersatz für eine professionelle Beratung noch sollte sie als Basis für eine Entscheidung oder Aktion dienen, die eine Auswirkung auf Ihre Finanzen oder Ihre Geschäftstätigkeit hat. Bevor Sie eine diesbezügliche Entscheidung treffen, sollten Sie einen qualifizierten, professionellen Berater konsultieren. Eine Haftung für allfällige Schäden kann daher naturgemäß unsererseits nicht übernommen werden.