

Stellungnahme

Zur Integritätsklausel der Allgemeinen Einkaufsbedingungen der DB AG und der mit ihr verbundene Unternehmen

- AEB Ausgabe 15. November 2003 -

Die Integritätsklausel der Allgemeinen Einkaufsbedingungen der DB AG soll dem Kampf gegen Korruption und Vorteilsgewöhnung dienen. BITKOM und die bei BITKOM organisierte ITK-Wirtschaft haben großes Verständnis für das berechnigte Anliegen der Bahn AG, Korruption im Umfeld der Vergabe öffentlicher Aufträge zu verhindern. Dies auch und gerade im Interesse der ehrlichen Bieter, die durch Korruption spürbare Wettbewerbsnachteile erleiden. Gleichwohl sieht der Verband mit Sorge, dass bei der Regelung unter Ziffer 1 der AEB das Ziel der wirksamen Korruptionsbekämpfung nur unzureichend verfolgt wird und teilweise hinter andere, wohl eher wirtschaftliche Interessen zurücktritt.

BITKOM fordert daher, dass

- die Vertragsstrafenregelung in Ziffer 1.3 der AEB entfallen soll. Die allgemeinen zivilrechtlichen Ansprüche (Schadensersatz bei konkretem Nachweis) sind ausreichend.
- für einen Ausschluss gem. Ziffer 1.4 Buchst. b) zumindest eine erstinstanzliche Verurteilung vorliegen muss.

1. Einseitige Regelung ist unfair

Bestechung setzt notwendigerweise auch Bestechlichkeit voraus, andernfalls bleibt es bei der versuchten Bestechung. Der Bestechungsvorwurf kann ebenso wie der Vorwurf der Bestechlichkeit nur konkreten Personen gemacht werden. Dennoch treffen die Sanktionen nicht konkrete Personen, denen eine Bestechung bzw. Bestechlichkeit zur Last gelegt werden kann, sondern Unternehmen, denn diese verwirken die „Vertragsstrafe“. Gerechtfertigt ist dieser Durchgriff vom Individuum auf das hinter ihm stehende Unternehmen allenfalls dann, wenn auch dem Unternehmen als solchen ein Vorwurf gemacht werden kann. Der Vorwurf, der einem Unternehmen gemacht werden kann, ist, dass dieses nicht die erforderlichen und geeigneten Maßnahmen ergriffen hat, um Korruptionsversuche der Mitarbeiter zu verhindern. Dem Auftragnehmer kann daher der Vorwurf des Organisationsverschuldens gemacht werden.

Korruption ist aber ein zweiseitiger Vorgang. Bei einer vollendeten Bestechung trifft der Vorwurf des Organisationsverschuldens damit ebenso wie den Auftragnehmer

auch den Auftraggeber. Dennoch sieht Ziffer 1.3 der allgemeinen Einkaufsbedingungen der DB AG vor, dass allein der Auftragnehmer mit einer Strafe für sein Organisationsverschulden rechnen muss.

2. Zu hohes wirtschaftliches Eigeninteresse des Auftraggebers an der Vertragsstrafe

Besonders bedenklich ist, dass der Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich vom Organisationsverschulden des Auftragnehmers und der somit verwirkten Vertragsstrafe profitiert, hingegen sein eigenes Organisationsverschulden nicht sanktioniert wird.

Die entsprechende Klausel in den AGB des Auftraggebers ist aus diesem Grund auch erheblichen rechtlichen Bedenken ausgesetzt. So hat der BGH die AGB der öffentlichen Hand, die die strafbewehrte Verpflichtung enthielt, sich jeder wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweise bei Angebotsabgabe zu enthalten, insoweit für unwirksam erklärt. (BGH 105, 24; NJW 1988, 2536) Das Gericht begründete seine Entscheidung damit, dass die Ahndung von Wettbewerbsrechtsverletzungen nicht Aufgabe des Einzelnen, sondern der zuständigen Behörden ist. Es steht dem Einzelnen nicht zu, sich für Wettbewerbsverstöße eine Gegenleistung unabhängig von seinem finanziellen Sachinteresse zusichern zu lassen.

3. Missbrauchsgefahr durch Identität von Ankläger, Richter und wirtschaftlich Begünstigtem

Die Bahn AG stellt die Zuwiderhandlung fest und profitiert auch unmittelbar wirtschaftlich von der Zuwiderhandlung. Die Bahn AG ist somit Ankläger, Richter und wirtschaftlich Begünstigter (aber auch Täter) in einer Person. Hierdurch besteht die Gefahr, dass die Korruptionsregelung in Ziffer 1.3 missbraucht werden kann. Diese Missbrauchsgefahr lässt sich nur ausschalten, indem der Tatbestand der Zuwiderhandlung nicht einseitig vom Auftraggeber festgestellt werden kann. Da üblicherweise bei Korruptionsverdacht auch ein Strafantrag gestellt wird, sollte die Rechtsfolge erst nach einer Verurteilung durch ein Strafgericht verwirkt werden können.

4. Anspruch auf Schadensersatz statt Vertragsstrafe

Sachgerecht ist ein Schadensersatzanspruch, nicht eine Vertragsstrafe. Hiermit wird sichergestellt, dass der Auftraggeber nur insoweit von Schäden freigestellt wird, die diesem tatsächlich entstanden sind. Eine pauschale Vertragsstrafe ist hingegen unangebracht. Auch hier muss bedacht werden, dass jedenfalls die vollendete Korruption ein beiderseitiges Handeln erfordert, somit also auch ein Organisationsverschulden des Auftraggebers besteht. Der Grad des Mitverschuldens lässt sich nur über einen Schadensersatzanspruch angemessen berücksichtigen.

5. Ausschluss von Bietern schon bei dringendem Tatverdacht ist nicht sachgerecht

Schließlich wird der Ausschluss bereits bei einem internen dringenden Tatverdacht nicht dem berechtigten Anliegen der Beteiligten an ein transparentes und nachvollziehbares Verfahren gerecht. Daher ist als Minimum zu fordern, dass sich der Ver-

dacht des Auftraggebers auch nach außen durch einen Strafantrag manifestiert hat und der Auftragnehmer entsprechend dieses Strafantrags auch erstinstanzlich verurteilt worden ist. Es ist hierbei zu beachten, dass die Deutsche Bahn AG mehrheitlich im Eigentum der Bundesrepublik Deutschland steht, so dass auch in diesem Bereich eine Bindung an die Verfassung und die Grundrechte besteht (keine Flucht ins Privatrecht). Deswegen muss die dem Grundgesetz immanente Unschuldsvermutung, die zwar grundsätzlich dem Strafrecht zugehörig ist, jedoch in gewissem Umfang auch bei zivilrechtlichen Entscheidungen zu berücksichtigen ist, auch hier gelten.

Der Ausschluss soll bis zu einem Zeitraum von 7 Jahren ausgedehnt werden können, wenn eine besonders schwere Verfehlung vorliegt. Der Zeitraum des Ausschlusses übersteigt das strafrechtliche Höchstmaß beim Korruptionsvorwurf (5 Jahre). Einem Unternehmen muss die Chance gegeben werden, durch organisatorische Veränderungen, Wechsel der beteiligten Personen hier eine „Resozialisierung“ zu erreichen.

Es bleibt weiterhin offen, wie eine solche besonders schwere Verfehlung definiert wird und wie sie sich von einer schweren Verfehlung iSd Katalogs der Ziffer 1.2 Buchst. a) – f) unterscheidet.

Die Interessen der Bahn als Auftraggeber werden durch das außerordentliche Kündigungsrecht zivilrechtlich und durch die Möglichkeit des Ausschlusses bei künftigen Ausschreibungen wegen Unzuverlässigkeit vergaberechtlich ausreichend geschützt. Ein weitergehender Ausschlussbestand ist daher nicht erforderlich.

Der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (BITKOM) vertritt 1.300 Unternehmen, davon 700 als Direktmitglieder mit ca. 120 Mrd. Euro Umsatz und etwa 700.000 Beschäftigten. Hierzu zählen Produzenten von Endgeräten und Infrastruktursystemen sowie Anbieter von Software, Dienstleistungen, neuen Medien und Content. Mehr als 500 Direktmitglieder gehören dem Mittelstand an. BITKOM setzt sich insbesondere für eine Verbesserung der ordnungsrechtlichen Rahmenbedingungen in Deutschland, für eine Modernisierung des Bildungssystems und für die Entwicklung der Informationsgesellschaft ein.