



# Bericht

an den Haushaltsausschuss des  
Deutschen Bundestages

nach

§ 88 Abs. 2 BHO

zum Einsatz externer Berater  
bei Normsetzungsverfahren

| <b>Inhaltsverzeichnis</b>                                          | <b>Seite</b> |
|--------------------------------------------------------------------|--------------|
| <b>0 Zusammenfassung</b>                                           | <b>4</b>     |
| <b>1 Vorbemerkung</b>                                              | <b>8</b>     |
| <b>2 Einsatz externer Berater bei Normsetzungsverfahren</b>        | <b>9</b>     |
| 2.1 Normvorbereitung als externe Beratungsleistung                 | 9            |
| 2.2 Umfang und Gründe der externen Beratung                        | 9            |
| 2.2.1 Feststellungen                                               | 9            |
| 2.2.2 Würdigung und Empfehlung                                     | 12           |
| 2.3 Aufgaben der externen Berater bei Normsetzungsverfahren        | 13           |
| 2.3.1 Feststellungen                                               | 13           |
| 2.3.1.1 Rechtliche Beratung und Entwurfsbearbeitung                | 13           |
| 2.3.1.2 Begleitung der Normsetzungsverfahren durch externe Berater | 15           |
| 2.3.2 Würdigung und Empfehlung                                     | 16           |
| 2.4 Verzicht auf externe Berater                                   | 18           |
| 2.4.1 Feststellungen                                               | 18           |
| 2.4.2 Würdigung und Empfehlung                                     | 18           |
| <b>3 Auftragsvergabe an externe Berater</b>                        | <b>19</b>    |
| 3.1 Feststellungen                                                 | 19           |
| 3.2 Würdigung und Empfehlung                                       | 20           |
| <b>4 Vertragsgestaltung mit externen Beratern</b>                  | <b>22</b>    |
| 4.1 Feststellungen                                                 | 22           |
| 4.1.1 Vertragsschlüsse                                             | 22           |
| 4.1.2 Vertragsinhalte                                              | 23           |
| 4.1.3 Vertragsdauer und -verlängerung                              | 24           |

|          |                                                                                   |           |
|----------|-----------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 4.2      | Würdigung und Empfehlung                                                          | 25        |
| <b>5</b> | <b>Transparenz bei der Beauftragung externer Berater</b>                          | <b>26</b> |
| 5.1      | Feststellungen                                                                    | 26        |
| 5.2      | Würdigung und Empfehlung                                                          | 28        |
| <b>6</b> | <b>Stellungnahme der Bundesregierung</b>                                          | <b>29</b> |
| <b>7</b> | <b>Übergreifende Schlussfolgerungen und Empfehlungen des Bundesrechnungshofes</b> | <b>30</b> |

## 0 Zusammenfassung

- 0.1 Der Bundesrechnungshof hat sich in der Vergangenheit schon mehrfach mit dem Einsatz externer Berater in der Bundesverwaltung befasst. Er hat dabei Fehlentwicklungen aufgezeigt und die Grenzen und Risiken dieser Einsätze für die öffentliche Verwaltung verdeutlicht. Die Handlungsnotwendigkeiten zum wirtschaftlichen Einsatz externer Berater in der Bundesverwaltung sind in einem Gutachten des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung<sup>1</sup> aus dem Jahr 2006 veröffentlicht.
- 0.2 Auf der Grundlage vorangegangener Prüfungserkenntnisse sowie einer Auswertung von Antworten der Bundesregierung zu Anfragen aus der Mitte des Deutschen Bundestages in der 16. Wahlperiode zum Thema „Einsatz externer Berater“ hat der Bundesrechnungshof deren Einbindung in Normsetzungsverfahren untersucht. Der Bundesrechnungshof hat bei sechs Bundesministerien geprüft, wie sie den Beratungsbedarf begründeten und ob sie bei der Auftragsvergabe die rechtlichen Vorgaben beachteten. Insbesondere hat der Bundesrechnungshof untersucht, welche Aufgaben externe Berater wahrnahmen, inwieweit dabei Kernbereiche des Verwaltungshandelns tangiert wurden und inwiefern die Bundesministerien sicherstellten, dass Interessenkonflikte vermieden sowie Normsetzungsverfahren nicht von sachfremden Erwägungen beeinflusst wurden. (Tz. 1)
- 0.3 Den Antworten der Bundesregierung zu Kleinen Anfragen und Schriftlichen Fragen aus der 16. Wahlperiode zum Einsatz externer Berater war zu entnehmen, dass in den Jahren 2005 bis 2009 sieben Bundesministerien bei 33 (von insgesamt 537) Normsetzungsverfahren<sup>2</sup> externe Berater beteiligt hatten. Der Bundesrechnungshof hat 17 dieser Normsetzungsverfahren bei fünf Bundesministerien geprüft. In einem sechsten Bundesministerium, welches keine externen Berater an Normsetzungsverfahren beteiligte, hat der Bundesrechnungshof Informationsgespräche geführt. In zwei dieser Verfahren beauftragten jeweils zwei Bundesministerien externe Berater zum selben Thema. Wie in der Vergangenheit war nicht sichergestellt, dass die Bundesministerien die Notwendigkeit von Beratungsleistungen ausreichend prüften. Als Gründe für eine Beteiligung externer Berater nann-

<sup>1</sup> Schriftenreihe des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, Band 14 - Einsatz externer Berater in der Bundesverwaltung, November 2006.

<sup>2</sup> Die geprüften Normsetzungsverfahren hatten sowohl Gesetze als auch Verordnungen zum Gegenstand.

ten sie überwiegend Termindruck, fehlende personelle Kapazitäten sowie mangelndes Fachwissen. (Tz. 2.2)

- 0.4 Die Bundesministerien beauftragten externe Berater u. a. mit rechtlicher Beratung sowie dem Erstellen von Gesetz- und Verordnungsentwürfen. Detaillierte Aufgabenbeschreibungen enthielten die Verträge nur in Einzelfällen. Als Ergebnis ihrer Tätigkeit legten die externen Berater Entwürfe für Gesetze und Verordnungen vor, welche die Bundesministerien als Grundlage für das Ressortabstimmungsverfahren nutzten. Die Bundesministerien ließen sich auch im weiteren Normsetzungsverfahren unterstützen. So bewerteten externe Berater Stellungnahmen der beteiligten Ressorts, fertigten Antworten zu Kleinen Anfragen oder erarbeiteten Positionspapiere für die Hausleitung. (Tz. 2.3)
- 0.5 Von den geprüften Bundesministerien vertrat nur ein Bundesministerium dezidiert die Auffassung, Normsetzungsverfahren gehörten zu den Kernaufgaben der Verwaltung, welche nicht auf Dritte übertragbar seien. Es bedurfte bei seinen Entwürfen nicht der Unterstützung durch externe Berater. (Tz. 2.4)
- 0.6 Die Bundesministerien verzichteten in den meisten Fällen auf ein wettbewerbsorientiertes Verfahren zur Beauftragung externer Berater und nannten als Gründe hierfür überwiegend „besondere Umstände“ oder „Dringlichkeit“. Mehrere Bundesministerien nutzten zentrale Stellen für die Vergabe von externen Beratungsleistungen und trafen spezielle Regelungen, welche die Handlungsempfehlungen des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung zum Einsatz externer Berater umsetzten. (Tz. 3)
- 0.7 Bei der Vertragsgestaltung machten sich die Bundesministerien nicht genügend bewusst, dass externen Beratern Aufgaben übertragen wurden, die die unmittelbare Entscheidungskompetenz der Verwaltung berührten. Sie versäumten es insbesondere, einheitliche Vorgaben bezüglich der Stundensätze, der Erstattung von Nebenkosten sowie zum ausschließlichen Nutzungsrecht anzuwenden. (Tz. 4)
- 0.8 Die Bundesministerien haben nicht immer hinlängliche Vorkehrungen getroffen, um den Verdacht der Beeinflussung von Kernaufgaben der Verwaltung insbesondere bei Normsetzungsverfahren durch sachfremde Erwägungen Dritter, auszuschließen. Im Laufe der Rechtssetzungsverfahren gab es in der Regel keine Hin-

weise darauf, inwieweit die Bundesministerien beim Erarbeiten der Entwürfe externen Sachverstand z. B. mittels wissenschaftlicher Gutachten oder rechtlicher Beratung einbezogen hatten.

Die Bundesministerien rechneten die Beteiligung externer Berater an Normsetzungsverfahren nur zum Teil den externen Beratungsleistungen zu und nahmen diese nicht vollständig in den jährlichen Bericht des Bundesministeriums der Finanzen zur Erfassung der Zahlungen an externe Berater auf. Dessen Angaben zum Vertragszweck lassen vielfach nicht erkennen, dass externe Berater an Normsetzungsverfahren beteiligt gewesen sind. (Tz. 5)

09. Die Einbindung von externen Beratern an Normsetzungsverfahren beschränkte sich bislang auf wenige Fälle (rd. 6 % der von der Bundesregierung in der 16. Wahlperiode eingebrachten Normsetzungsverfahren), so dass kein Anlass besteht, eine Erosion staatlicher Kernkompetenzen zu befürchten. Gleichwohl haben sich nach Auffassung des Bundesrechnungshofes die Bundesministerien nicht immer ausreichend bewusst gemacht, dass die Einbindung Externer in Normsetzungsverfahren besonderen Risiken unterworfen ist. Es gab kaum Überlegungen zu möglichen Interessenkonflikten oder der Gefahr der Beeinflussung durch sachfremde Erwägungen.
10. Der Bundesrechnungshof empfiehlt, externe Berater in Normsetzungsverfahren weiterhin nur in Ausnahmefällen zu beteiligen, bei der Prüfung der Notwendigkeit strenge Maßstäbe anzulegen und deren Einsatz transparent zu gestalten. Die Gründe für die – stets wettbewerbsorientiert zu gestaltende – Auswahl bestimmter Berater sollten dokumentiert werden. Der Bundesrechnungshof sieht folgende Ansatzpunkte, um die Risiken beim Einsatz externer Berater weitestgehend zu begrenzen und jeglichen Anschein, der gesetzgeberische Wille würde außerhalb der Bundesregierung vorformuliert, zu vermeiden:
  - Die Bundesbehörden sollten jeglichen Anschein vermeiden, externe Berater könnten Einfluss auf die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben nehmen. Deshalb sollten diese nicht mit dem eigenständigen Formulieren von Regelungsentwürfen und dem federführenden Bearbeiten von Stellungnahmen oder Vorlagen für die Leitung der Bundesministerien beauftragt werden.

- Die Bundesregierung sollte weitere Anstrengungen darauf richten, den Besonderheiten der Tätigkeit externer Berater in Kernbereichen der Verwaltung durch einheitliche Regelungen Rechnung zu tragen und insbesondere Vorgaben zur Vergütung, der Verschwiegenheitspflicht, zum ausschließlichen Nutzungsrecht und zur Übergabe aller erstellten Unterlagen zu machen.
- In Kapitel 6 – Rechtsetzung – der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien sollte die ausdrückliche Pflicht zur Darstellung der Beteiligung Externer bei der Vorbereitung und Erstellung von Gesetzentwürfen aufgenommen werden.
- Die Nutzung externen Sachverständes, insbesondere bei Normsetzungsverfahren, ist für alle Beteiligten nachvollziehbar zu machen. Nach den Prüfungsergebnissen ist eine kaum Mehraufwand verursachende Darstellung in den jährlichen Berichten zur Erfassung der Zahlungen an externe Berater geeignet, aufzuzeigen, welche Aufgaben externe Berater wahrgenommen haben. Die Bundesregierung sollte den Bericht zur Erfassung der Zahlungen an externe Berater um entsprechende Angaben ergänzen.  
(Tz. 7)

## 1 Vorbemerkung

Der Bundesrechnungshof hat in der Vergangenheit den Einsatz externer Berater in der Bundesverwaltung sowohl querschnittlich als auch einzelfallbezogen geprüft, dabei Fehlentwicklungen aufgezeigt und die Grenzen und Risiken dieser Einsätze für die öffentliche Verwaltung verdeutlicht.

Bei den Prüfungen zum Einsatz externer Berater in der Bundesverwaltung in den Jahren 2004<sup>3</sup> und 2008<sup>4</sup> hat sich der Bundesrechnungshof allgemein mit dem Einsatz externer Berater in Bundesbehörden beschäftigt und konkrete Empfehlungen für einen verantwortungsvollen Umgang mit dem Instrument der externen Beratung vorgelegt. Die generellen Handlungsnotwendigkeiten zum wirtschaftlichen Einsatz externer Berater in der Bundesverwaltung sind in einem Gutachten des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung aus dem Jahr 2006 veröffentlicht<sup>5</sup>.

Bei seinen Prüfungen hatte der Bundesrechnungshof u. a. festgestellt, dass die Bundesministerien externe Berater auch beim Erarbeiten von Entwürfen für Gesetze und Verordnungen einsetzten. Auf der Grundlage seiner bisherigen Erkenntnisse sowie einer Auswertung der Antworten der Bundesregierung zu Kleinen Anfragen und Schriftlichen Fragen aus der 16. Wahlperiode zum Einsatz externer Berater hat der Bundesrechnungshof sechs Bundesministerien für die aktuelle ergänzende Prüfung ausgewählt. Der Bundesrechnungshof hat geprüft, wie die Bundesministerien den Beratungsbedarf begründeten, wie sie den Beratereinsatz steuerten und ob sie bei der Auftragsvergabe die rechtlichen Vorgaben beachteten. Insbesondere hat er untersucht, welche Aufgaben externe Berater wahrnahmen, inwieweit dabei Kernbereiche des Verwaltungshandelns tangiert wurden und inwiefern die Bundesministerien sicherstellten, dass Interessenkonflikte vermieden sowie Normsetzungsverfahren nicht von sachfremden Erwägungen Dritter beeinflusst wurden.

Im vorliegenden Bericht stellt der Bundesrechnungshof die wesentlichen übergreifenden Prüfungserkenntnisse dar und gibt allgemeine Handlungsempfehlungen

<sup>3</sup> Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO zum Einsatz externer Berater durch die Bundesverwaltung I 5 – 2004 – 0801 vom 15. Juni 2004.

<sup>4</sup> Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Ergebnisse der Kontrollprüfung zum Einsatz externer Berater durch die Bundesverwaltung I 5 – 2008 – 0084 vom 22. Juni 2009.

<sup>5</sup> Schriftenreihe des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, Band 14 – Einsatz externer Berater in der Bundesverwaltung, November 2006.

zum auf Ausnahmen zu beschränkenden Umgang mit externen Beratern in Normsetzungsverfahren.

## **2 Einsatz externer Berater bei Normsetzungsverfahren**

### **2.1 Normvorbereitung als externe Beratungsleistung**

An externe Berater übertragene Aufgaben unterliegen speziellen Anforderungen im Hinblick auf Notwendigkeit, Transparenz und Vermeidung von Interessenkonflikten. In den geprüften Normsetzungsverfahren zogen die Bundesministerien externe Berater für das Beantworten einzelner rechtlicher Fragestellungen bis hin zum Erarbeiten von vollständigen Entwürfen für Gesetze und Verordnungen heran. Nach Auffassung des Bundesrechnungshofes waren Dritte damit am Erarbeiten von Handlungsoptionen und -empfehlungen für die Bundesverwaltung beteiligt, was seiner Definition der „externen Beratungsleistungen“<sup>6</sup> entspricht. Die Bundesregierung hat sich dieser begrifflichen Umschreibung im Grundsatz angeschlossen und sie zur besseren Veranschaulichung um eine Negativabgrenzung ergänzt<sup>7</sup>.

### **2.2 Umfang und Gründe der externen Beratung**

#### **2.2.1 Feststellungen**

Die Normsetzung ist im Rechtsstaat das wichtigste Mittel politischer Steuerung. Die Entwürfe für Gesetze können aus der Mitte des Deutschen Bundestages, von der Bundesregierung oder vom Bundesrat eingebracht werden. Die weitaus meisten Vorlagen für Gesetze erarbeitet die Bundesregierung. In der 16. Wahlperiode hat sie 537 Gesetzesvorhaben eingebracht, wovon 488 verabschiedet wurden<sup>8</sup>. Die größte Anzahl verkündeter Gesetze veranlasste das Bundesministerium der Justiz (100), gefolgt vom Bundesministerium der Finanzen (81), dem Bundesministerium des Innern (61), dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (44),

<sup>6</sup> Schriftenreihe des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, Band 14 - Einsatz externer Berater in der Bundesverwaltung, November 2006.

<sup>7</sup> Bericht des Bundesministeriums der Finanzen an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages zu Kosten im Bundeshaushalt auf Grund der Inanspruchnahme externer Berater HHA-Drs. 16/0715 vom 15. Mai 2006; („Nicht als Beraterverträge gelten: Gutachten oder Beratungen im Zusammenhang mit Forschungs- und Bildungsförderungsförderprojekten, begleitenden wissenschaftlichen Evaluierungen zu Fördermaßnahmen; Wissenschaftliche Gutachten zu spezifischen Fachfragen; Verträge zur Beantwortung von Fragen durch Kommissionen, Aufträge für Redemanuskripte sowie Beratungsleistungen in Verträgen, in denen Nicht-Beratungsleistungen überwiegen (z. B. Kauf von 50 Kopiergeräten mit drei Tagen Beratung hinsichtlich Aufstellung und Netzeinbindung)“).

<sup>8</sup> Deutscher Bundestag – Referat Parlamentsdokumentation, Statistik der Gesetzgebung Stand 21. April 2010.

dem Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (39), dem Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (39) und dem Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (39). Verordnungen werden von den Bundesministerien oder der Bundesregierung erlassen. Das Vorbereiten und Durchführen von Normsetzungsverfahren gehört zu den typischen und dauerhaft anfallenden Kernaufgaben der Bundesministerien.

Den Antworten der Bundesregierung zu Kleinen Anfragen und Schriftlichen Fragen der 16. Wahlperiode zum Einsatz externer Berater war zu entnehmen, dass in den Jahren 2005 bis 2009 sieben Bundesministerien bei 33 Normsetzungsverfahren (rd. 6 % der eingebrachten Gesetzesvorhaben) externe Berater beteiligten. Der Bundesrechnungshof hat 17 dieser Normsetzungsverfahren bei fünf Bundesministerien geprüft. In einem sechsten Bundesministerium, welches keine externen Berater an Normsetzungsverfahren beteiligte, hat der Bundesrechnungshof Informationsgespräche geführt. In zwei der geprüften Normsetzungsverfahren beauftragten jeweils zwei Bundesministerien gleichzeitig verschiedene externe Berater. Die Bundesministerien ließen sich von externen Beratern aus drei Universitäten und neun Rechtsanwaltskanzleien unterstützen. Die Zahlungen in Höhe von insgesamt rd. 10 Mio. Euro verausgabten sie überwiegend aus dem Titel 52602 – Sachverständige ihrer jeweiligen Haushaltskapitel.

Die Entscheidungen der Bundesministerien über die Einbindung externer Berater bei Normsetzungsverfahren stützten sich nur in Einzelfällen auf eine aussagefähige und nachvollziehbare Bedarfsermittlung. Die Angaben ließen zum Teil nicht erkennen, dass die Bundesministerien Umfang und Ziele der Beteiligung fachlich fundiert abgeleitet hätten. Dokumentationen zur Ermittlung des Bedarfs waren überwiegend nicht vorhanden. Bei keinem der untersuchten Fälle fanden sich Angaben dazu, dass die Bundesministerien Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen nach § 7 BHO durchgeführt hätten.

Als Begründungen für den Einsatz Externer nannten die Bundesministerien pauschal Personalmangel sowie unzureichende oder fehlende Fach- bzw. Spezialkenntnisse des eigenen Personals, die aber für den Regelungsentwurf unverzichtbar seien und auf andere Weise nicht verfügbar gemacht werden könnten. Mehrfach führten die Bundesministerien eine „hochkomplexe Rechtsmaterie“ an, die Kenntnisse aus mehreren Rechtsgebieten erfordere, die in der Verwaltung nicht vorhanden seien.

## Beispiel 1

*„Referat ... sieht sich nicht in der Lage, die in diesem Zusammenhang anfallenden Arbeiten ohne die massive Unterstützung einer Rechtsanwaltskanzlei durchzuführen, die über entsprechende Kenntnisse und Erfahrungen verfügt.“*

## Beispiel 2

*„Um die neuen gesetzlichen Regelungen vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung möglichst rechtssicher zu gestalten, wurde durch ... kurzfristig entschieden, den Prozessbevollmächtigten über ein Beratungsmandat damit zu beauftragen, die Neuregelungen des Gesetzes zu prüfen und ggf. Änderungs- oder Ergänzungsvorschläge zu unterbreiten.“*

## Beispiel 3

*„2. Begründung für Vergabe an Dritte (statt Aufgabenwahrnehmung durch eigenes Personal)  
Die zu begutachtende Thematik ist sehr komplex und erfordert übergreifendes ... Fachwissen sowie Erfahrungen, die in vergleichbarem Umfang in der verbleibenden Umsetzungszeit im ..., soweit hier bekannt, nicht vorhanden sind und auch kurzfristig nicht aufgebaut werden können.“*

Die Prüfung ergab keine Hinweise darauf, dass die Bundesministerien untersucht hätten, ob der benötigte Sachverstand innerhalb der Bundesverwaltung anderweitig vorhanden sein könnte. Ebenso war nicht erkennbar, ob die Bundesministerien Anstrengungen unternommen hatten, den Sachverstand durch Fortbildung oder Qualifikation des eigenen Personals dauerhaft zu erwerben.

Als weiteres Argument nannten die Bundesministerien Termindruck, z. B. in Kürze anstehende politische Entscheidungen, Terminvorgaben der Hausleitung oder Zeitpläne für die Umsetzung von EU-Richtlinien.

## Beispiel 4

*„Im Hinblick auf die politische und finanzielle Bedeutung des Projektes insgesamt, die zeitlich sehr straffe Projektplanung, eine in dem Zeitraum hochwertige Qualität sowie die hierfür erforderliche Qualitätssicherung und auf die knappen personellen Ressourcen im juristischen Bereich ist es erforderlich, dass insbesondere zur Unterstützung bei der Bearbeitung der Arbeitspakete durch die Projektorganisation, mit einer weiteren Rechtsanwaltskanzlei ein Rahmenvertrag geschlossen werden soll.“*

## Beispiel 5

*„Die damit verbundenen Aufgaben können sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht unter Berücksichtigung des Zeithorizontes ... nicht im Rahmen der verfügbaren Ressourcen geleistet werden. Hinzu tritt, dass es auch unter Berücksichtigung der Schwierigkeit der Materie (es wird hier Neuland betreten) ..., angezeigt ist, eine „zweite Meinung“ als Supervision für das Vorhaben einzuholen.“*

Vielfach zog sich die beauftragte Beratungsleistung über mehrere Jahre hin und einzelne der geprüften Normsetzungsverfahren waren bis zum Zeitpunkt der örtlichen Erhebungen des Bundesrechnungshofes trotz des vorgeblichen Zeitdrucks noch immer nicht abgeschlossen.

### 2.2.2 Würdigung und Empfehlung

Die Inanspruchnahme externer Berater in den Bundesministerien ging vielfach nicht auf einen nachvollziehbar festgestellten Bedarf zurück. Stattdessen waren häufig Motive wie der immer wieder zitierte Personalmangel oder die angeblich fehlende Sachkenntnis bestimmend, die aus Sicht des Bundesrechnungshofes für sich genommen grundsätzlich nicht als Begründung für die Beteiligung externer Berater an Normsetzungsverfahren gelten können.

Der Bundesrechnungshof hat zwar keine Anhaltspunkte für Interessenkonflikte und Verletzung des Neutralitätsgebotes sowie der Gemeinwohlorientierung durch die Bundesministerien gefunden. Es muss aber trotzdem noch bewusster werden, dass externe Berater insbesondere bei der Normvorbereitung unmittelbar an Tätigkeiten beteiligt werden, die den Kern der Lösungs- und Entscheidungskompetenz der Verwaltung berühren. Die Bundesministerien müssen verstärkt dafür Sorge tragen, dass ausreichend Sachverstand zur Wahrnehmung der Kernaufgaben in der Bundesverwaltung vorhanden ist und schon der Anschein einer Abhängigkeit von Dritten ausgeschlossen wird.

Der als Begründung für die Beteiligung Dritter genannte Tatbestand „Dringlichkeit“ hält einer kritischen Prüfung nur bedingt stand. In den geprüften Fällen ergab sich Termindruck überwiegend aufgrund hausinterner oder politischer Vorgaben. Dass einige der Normsetzungsverfahren noch immer nicht abgeschlossen sind, macht deutlich, dass das Argument Dringlichkeit nicht durchweg sachgerecht war. Auch der Hinweis auf EU-Richtlinien, welche die Mitgliedstaaten

zwingen, Regelungen innerhalb bestimmter Fristen in nationales Recht umzusetzen, vermag den Bundesrechnungshof nicht zu überzeugen. Die Mitgliedstaaten bzw. die zuständigen Ressorts sind in der Regel in den Entstehungsprozess der jeweiligen EU-Richtlinien eingebunden und müssten bereits vor ihrer Zustimmung die möglichen Auswirkungen auf nationales Recht prüfen. Insofern ist davon auszugehen, dass den beteiligten Bundesministerien frühzeitig bekannt ist, welche Termine einzuhalten sind.

Der Bundesrechnungshof empfiehlt, bei der Prüfung, ob die Einbindung externer Berater in Normsetzungsverfahren notwendig ist, strenge Maßstäbe anzulegen. Er hält es daneben für unabdingbar, dass Bedarf und Ziel der Beteiligung externer Berater klar definiert sowie Nutzen und Wirtschaftlichkeit nachgewiesen werden.

## **2.3 Aufgaben der externen Berater bei Normsetzungsverfahren**

### **2.3.1 Feststellungen**

#### **2.3.1.1 Rechtliche Beratung und Entwurfsbearbeitung**

Die Bundesministerien ließen sich von externen Beratern in unterschiedlicher Weise – von der rechtlichen Beratung in Einzelfragen bis zum Erstellen vollständiger Entwürfe – bei Normsetzungsverfahren unterstützen. Die Prüfung der Verträge hat ergeben, dass die Bundesministerien externen Beratern folgende Aufgaben übertrugen:

- Rechtliche Gestaltung eines Vertragswerkes sowie Beratung beim Erarbeiten der entsprechenden gesetzlichen Grundlagen;
- Rechtliche Beratung des Auftraggebers sowie Mitwirkung im Gesetzgebungsverfahren bzw. rechtliche Beratung sowie Unterstützen beim Erarbeiten eines Gesetzentwurfes oder Formulierung eines Gesetzentwurfes mit Begründung;
- Prüfen aller im Zusammenhang stehenden rechtlichen Fragen zur Regelung im Vertrag in Form von Textvorschlägen sowie rechtliche Begleitung der parlamentarischen Behandlung;
- Identifizieren des rechtlichen Umsetzungsbedarfs sowie Erarbeiten von Lösungsvorschlägen als Grundlage für einen Referentenentwurf;

- Darstellen rechtlicher Anforderungen und des Rechtsetzungsbedarfs;
- Bearbeiten von Rechtsfragen bzw. rechtliche und steuerrechtliche Beratung;
- Prüfen von Neuregelungen und ggf. Erarbeiten von Änderungsvorschlägen;
- Erstellen eines versendungsfähigen Referentenentwurfes sowie Auswertung der Stellungnahmen der Expertenbefragung sowie deren Umsetzung im Gesetzentwurf.

Detaillierte inhaltliche Vorgaben zu Zielsetzung und Notwendigkeit der gesetzlichen Regelungen, denkbaren Lösungsmöglichkeiten, Erwägungen zum Inkrafttreten oder zu Bezügen zu anderen Rechtsvorschriften enthielten die Verträge überwiegend nicht. Stattdessen fanden sich Formulierungen wie die folgenden:

#### Beispiel 6

*„Die Aufgabenstellung im Einzelnen sowie die Spezifikation der von Ihnen zu erbringenden Leistungen ergeben sich aus den diesbezüglichen fachlichen Erörterungen zwischen Ihnen und dem fachlich zuständigen Referat meines Hauses.“ oder „der Leistungsgegenstand ... ergibt sich aus dem Angebot der Auftragnehmerin vom...“.*

Vielfach erweiterten die Bundesministerien den Vertragsgegenstand im Laufe des Vertragsverhältnisses, nicht zuletzt auf Vorschlag der Auftragnehmer.

Bei vier Normsetzungsverfahren erhielten die externen Berater die zuvor von den Bundesministerien gefertigten Referentenentwürfe mit dem Auftrag, diese rechtlich zu bewerten und wenn nötig Änderungsvorschläge zu erarbeiten.

Als Ergebnis ihrer Tätigkeit legten die Auftragnehmer bei allen geprüften Normsetzungsverfahren jeweils die von ihnen gefertigten bzw. geänderten Entwürfe für die Gesetze oder Verordnungen vor. Auf dieser Grundlage führten die Bundesministerien das Ressortabstimmungsverfahren durch. Den geprüften Unterlagen war nicht immer zu entnehmen, auf welche Weise die Bundesministerien den Prozess zur Entstehung der Entwürfe begleitet hatten. Auf Nachfrage des Bundesrechnungshofes gaben die Bundesministerien übereinstimmend an, durch vielfältige Besprechungen und Telefonate Einfluss auf die Tätigkeit der Externen genommen zu haben. Hinweise darauf, dass die Bundesministerien die Möglichkeit von Inte-

ressenkonflikten oder der Beeinflussung durch sachfremde Erwägungen ausdrücklich thematisiert hätten, fand der Bundesrechnungshof nicht.

In zwei Normsetzungsverfahren beauftragten jeweils zwei Bundesministerien eigenständig eine Rechtsanwaltskanzlei. Im ersten Fall beauftragte ein Bundesministerium ebenfalls eine Rechtsanwaltskanzlei, obwohl das für das Thema federführende Bundesministerium bereits einen Vertrag mit einer Rechtsanwaltskanzlei geschlossen hatte. Als Begründung führte es an, die Einbindung einer Rechtsanwaltskanzlei sei notwendig, um auf „Augenhöhe“ verhandeln zu können bzw. einen Gegenentwurf zu haben. Andernfalls befände man sich in der Ressortabstimmung über den Gesetzentwurf klar im Nachteil. Im zweiten Fall nannte ein Bundesministerium unterschiedliche Auffassungen der beteiligten Ressorts sowie fehlenden Konsens bezüglich der erstellten Gesetzentwürfe als Grund für die zusätzliche Beteiligung externer Berater.

#### 2.3.1.2 Begleitung der Normsetzungsverfahren durch externe Berater

Externe Berater haben nicht nur Entwürfe für Gesetze und Verordnungen selbstständig erarbeitet, sie waren oft auch im weiteren Verfahren eingebunden. So begleiteten sie in mindestens vier Normsetzungsverfahren Bundesministerien bei Ressortverhandlungen und fertigten im Anschluss die Besprechungsprotokolle. In mehreren Fällen bewerteten externe Berater im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens die Stellungnahmen der beteiligten Ressorts sowie des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung und machten den Auftraggebern Vorschläge, ob und inwieweit diese im Regelungsentwurf berücksichtigt werden sollten. Gleichermaßen verfuhr sie mit Stellungnahmen von Interessenverbänden oder sonstigen Gruppen. Ein Bundesministerium erstattete seinem Auftragnehmer einen Arbeitsaufwand von 45 Stunden (rund 17 200 Euro) für die Teilnahme an einer Sitzung des Verkehrsausschusses des Deutschen Bundestages und das Abfassen eines Protokolls darüber. Mehrere Bundesministerien ließen Anfragen aus der Mitte des Deutschen Bundestages von ihren Auftragnehmern bearbeiten und Antworten hierzu erstellen. Eines der Bundesministerien verausgabte u. a. 5 900 Euro für 15,5 Stunden Tätigkeit zur Beantwortung einer Kleinen Anfrage. Ein weiteres Bundesministerium beauftragte den Auftragnehmer, Positionspapiere für die Hausleitung zu erstellen.

In einem Fall verhandelten die von unterschiedlichen Bundesministerien beauftragten Rechtsanwaltskanzleien (vgl. Tz. 2.3.1.1) eigenständig miteinander ohne Beteiligung der Auftraggeber an den Gesprächen. Die Rechtsanwaltskanzleien vertraten inhaltlich überwiegend gegensätzliche Auffassungen und beurteilten die Besprechungen ihren Auftraggebern gegenüber völlig unterschiedlich. Eine Rechtsanwaltskanzlei schrieb ihrem Auftraggeber dazu:

#### Beispiel 7

*„Es bestärkt sich der Eindruck dass seitens ... lediglich nebulös Bedenken vorgebracht werden, ohne dass konkrete Vorschläge gemacht werden, wie diese Bedenken beseitigt werden können. Weiterhin hatten wir den Eindruck, dass es in erheblicher Weise an konkreter Sachkenntnis mangelt und man uns dazu zu benutzen versucht, nähere Informationen zu erhalten.“*

#### 2.3.2 Würdigung und Empfehlung

Dass sich die Bundesverwaltung zur Beantwortung komplexer Fragestellungen oder spezieller Rechtsfragen im Einzelfall externen Sachverständes bedient, erscheint grundsätzlich vertretbar. So hält es der Bundesrechnungshof für sachgerecht, z. B. rechtliche Einzelfragen oder Zusammenfassungen zur aktuellen Rechtssprechung mittels Gutachten beantworten zu lassen. Nicht ohne weiteres nachvollziehbar ist jedoch, warum die Bundesministerien darüber hinaus Kernaufgaben wie das eigenständige Erarbeiten von Gesetzen und Verordnungen oder die rechtliche Gestaltung von Vertragswerken auf externe Berater übertragen.

Nicht hinreichend präzise formulierte Aufgabenbeschreibungen führen zu Unklarheiten über den Vertragsgegenstand und damit zu inhaltlichen und finanziellen Nachträgen. Sehen sich die Bundesministerien nicht in der Lage, die Leistung selbstständig und sachgerecht zu beschreiben, ist dies ein Indiz dafür, dass das Thema noch nicht für das Einbinden externen Sachverständes geeignet ist. Ebenso bieten Unschärfen in der Aufgabenbeschreibung den Auftragnehmern Ansatzpunkte für neue oder zusätzliche Beratungsaktivitäten. Die Tendenz der Auftragnehmer den Auftragsgegenstand sukzessive zu erweitern, kann ihnen den Fortbestand des Vertragsverhältnisses sichern und die Gefahr einer fortschreitenden Abhängigkeit der Bundesministerien von ihren Auftragnehmern bergen.

Wesentliche Grundlage unserer Rechtsordnung ist, dass die öffentliche Hand bei

ihrem Handeln allein dem Gemeinwohl verpflichtet ist. Die Einbindung externer Berater in den Normsetzungsprozess geht qualitativ über die üblichen Beratungsleistungen teilweise hinaus und birgt ein vergleichsweise größeres Risiko der Verletzung staatlicher Neutralität. Die Bundesministerien sollten nach Auffassung des Bundesrechnungshofes umso mehr dafür Sorge tragen, den Anschein zu vermeiden, externe Berater könnten Einfluss auf die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben nehmen. Der Anschein, der gesetzgeberische Wille würde außerhalb der Bundesregierung vorformuliert, sollte nicht aufkommen.

Dem Bundesrechnungshof bleibt unverständlich, warum sich Bundesministerien beim Beantworten von parlamentarischen Anfragen und dem Anfertigen von internen Vermerken für die Hausleitung trotz des vorhandenen Personals von externen Beratern unterstützen ließen. Es ist weiterhin nicht hinnehmbar, dass sich zwei Bundesministerien zu einem Thema unabhängig voneinander beraten sowie im Ressortabstimmungsverfahren anwaltlich vertreten lassen und die Auftragnehmer ohne Beteiligung der Bundesministerien miteinander verhandeln. Unklar ist, wie die Verwaltung ihrer Pflicht nachkommen will, den gesetzgeberischen Willen vorzuformulieren, wenn externe Berater eigenständig über die Regelungsentwürfe verhandeln. Besonders bedenklich erscheint, dass ein Bundesministerium sogar zur Abstimmung mit einem anderen Bundesministerium Unterstützung externer Berater zu benötigen glaubte. Mangelnder Abstimmungswille zwischen Ressorts sollte nicht dazu führen, dass Dritte an Normsetzungsverfahren beteiligt werden und so sich widersprechende Gesetzentwürfe entstehen. Das birgt das Risiko von Doppelarbeit sowie von unwirtschaftlichem Einsatz von Haushaltsmitteln.

Die Bundesministerien sollten die Risiken beim Einsatz externer Berater weitestgehend begrenzen und jeglichen Verdacht der Beeinflussung oder von Interessenkonflikten vermeiden. Bürgerinnen und Bürger müssen sicher sein können, dass zu keinem Zeitpunkt die Neutralität des Staates gefährdet ist. Eine Beteiligung externer Berater ist auf Ausnahmefälle zu beschränken. Hierfür sollte die Bundesregierung die Anwendung der Empfehlungen des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung zum Einsatz externer Berater in der Bundesverwaltung<sup>9</sup> auch für den Einsatz externer Berater bei Normsetzungsverfahren zwin-

gend vorschreiben. Insbesondere Tätigkeiten wie

- das eigenständige Formulieren von Regelungsentwürfen,
- das federführende Bearbeiten von Stellungnahmen und Teilnahme an Ressortverhandlungen während des Gesetzgebungsverfahrens oder
- das Fertigen von Vorlagen für die Leitung der Bundesministerien

sollten nicht von externen Beratern wahrgenommen werden.

## **2.4 Verzicht auf externe Berater**

### **2.4.1 Feststellungen**

Ein Bundesministerium initiierte ebenso wie andere Bundesministerien im Lauf der 16. Wahlperiode zahlreiche Gesetzgebungsverfahren (insgesamt 39). Nach dessen Auffassung gehören Normsetzungsverfahren zu den Kernaufgaben der Verwaltung, welche nicht auf Dritte zu übertragen seien. Unterstützung von externen Beratern hätte es in keinem der Normsetzungsverfahren bedurft. Aus Sicht dieses Bundesministeriums wirkte sich die für das Haus gewählte Organisationsform mit Zentralem Rechtsreferat und zusätzlichen Rechtsreferaten in jeder Abteilung positiv auf die Aufgabenerledigung aus, da hier Spezialwissen gebündelt und den Fachreferaten zur Verfügung gestellt würde. In Krisenfällen habe das Ressort Organisationsmaßnahmen im eigenen Haus genutzt, um Kapazitäten zu bündeln und einen vorübergehend ansteigenden Arbeitsanfall zu bewältigen.

Ein nicht unerheblicher Anteil der in diesem Bundesministerium durchzuführenden Normsetzungsverfahren entstünde auf Grundlage von EU-Richtlinien oder deren Fortschreibung. Dabei würden schon im Vorfeld des Inkrafttretens der EU-Richtlinien die möglichen Folgen für die nationale Gesetzgebung abgeschätzt und bewertet sowie Vorbereitungen für notwendige Regelungsänderungen getroffen.

### **2.4.2 Würdigung und Empfehlung**

Das positive Beispiel des Bundesministeriums macht deutlich, dass einzelne Bundesministerien durchaus so organisiert werden können, dass sie die ihnen zugewiesenen Kernaufgaben ohne Hilfe externer Berater erledigen können. Der Bun-

desrechnungshof empfiehlt zu prüfen, inwieweit die Herangehensweise bei der Normvorbereitung dieses Bundesministeriums auf andere Häuser übertragen werden kann.

### **3 Auftragsvergabe an externe Berater**

#### **3.1 Feststellungen**

Die Bundesministerien vergaben die Mehrzahl der Verträge nicht im Wettbewerb, sondern wendeten sich an zuvor ausgewählte Auftragnehmer. Nur in sieben der geprüften 17 Fälle (rd. 40 %) forderten sie drei oder mehr Rechtsanwaltskanzleien zur Abgabe eines Angebots auf. Insgesamt wurden 15 verschiedene Rechtsanwaltskanzleien (sieben davon mehrfach) in die Vergaben einbezogen. Eine Kanzlei erhielt viermal, vier Kanzleien erhielten je dreimal und drei Kanzleien erhielten je zweimal die Möglichkeit zur Angebotsabgabe. Zwei Kanzleien waren jeweils bei zwei der geprüften Fälle tätig. Eine nicht bei der Vergabe von externen Beratungsleistungen in Normsetzungsverfahren berücksichtigte Rechtsanwaltskanzlei bemängelte gegenüber dem Bundesministerium der Finanzen das Fehlen wettbewerblicher Verfahren bei der Vergabe dieser Leistungen und bekundete ihr Interesse an der Übernahme von Rechtsberatungsleistungen für die Bundesministerien.

Die Bundesministerien beriefen sich bei dem Verzicht auf Wettbewerb auf Dringlichkeit oder besondere Umstände. In den Vergabevermerken beschränkten sie sich im Wesentlichen auf die Wiederholung dieser Ausnahmetatbestände. Nähere Ausführungen dazu, worin die besonderen Umstände bestanden, machten die Bundesministerien überwiegend nicht. Zum Ausnahmetatbestand „Dringlichkeit“ nannten sie vor allem anstehende politische Entscheidungen oder knappe zeitliche Vorgaben der Hausleitung.

Alle Bundesministerien, die externe Berater beauftragt haben, nutzten für die Vergabe jeweils eine zentrale Stelle in ihrem Haus. Nur in einem Fall sah die zentrale Stelle ihre Aufgabe darin, die Notwendigkeit einer Vergabe kritisch zu hinterfragen. Den geprüften Unterlagen war nicht zu entnehmen, ob und wie diese Bedenken ausgeräumt wurden. Der Auftrag wurde vergeben.

## Beispiel 8

*„Vor dem Ruf nach externen Beratungsleistungen sollten sich die beteiligten Fachreferate zunächst um Möglichkeiten einer weitestgehenden Problemlösung in eigener Verantwortung bemühen.“*

Mehrere Bundesministerien trafen spezielle Regelungen für die Vergabe von externen Beratungsleistungen bzw. Sachverständigenaufträgen für ihren Zuständigkeitsbereich, welche den Gesamtkomplex der Beauftragung externer Berater von der Bedarfsbegründung bis zum Vergabeverfahren erfassen.

## Beispiel 9

*Das Bundesministerium der Finanzen regelt in seiner Geschäftsordnung, dass die Unterstützung durch Externe (Berater, Sachverständige oder sonstiger Stellen) mittels der Checkliste „Notwendige Schritte zur Vorbereitung des Einsatzes externer Berater in der Bundesverwaltung“ zu planen und zu dokumentieren ist. Die Checkliste ist den Empfehlungen des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung zum Einsatz externer Berater in der Bundesverwaltung entnommen.*

## Beispiel 10

*Das Bundesministerium des Innern hat festgelegt, vor dem Einsatz Externer folgende Punkte eingehend zu prüfen und in einem Vermerk darzustellen:*

- *Aus welchen Gründen ergibt sich die Notwendigkeit des Einsatzes Externer?*
- *Welche Aufgaben sollen von Externen wahrgenommen werden?*
- *Warum kann das Vorhaben nicht mit den im Haus verfügbaren Arbeitskapazitäten und auch nicht in einer nachgeordneten Behörde oder einer Einrichtung, die vom BMI finanziell gefördert wird, durchgeführt werden?*
- *Rechtfertigt das Ergebnis einer durchgeführten Wirtschaftlichkeitsuntersuchung den Einsatz Externer?*
- *Stehen genügend Hausmittel zur Verfügung?*
- *Welches Vergabeverfahren ist vorzusehen? Welche konkret darzulegenden besonderen Umstände liegen vor, falls von einer vorgegebenen Vergabeart abgesehen werde?*

### 3.2 Würdigung und Empfehlung

Die Bundesministerien müssen bei der Vergabe von Rechtsberatungsleistungen die Regelungen des nationalen und europäischen Vergaberechts beachten. In Betracht kommen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die Vergabe und

Vertragsordnung für Leistungen – Teil A (VOL/A), die Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) sowie § 55 Bundeshaushaltsordnung. Danach gelten die Grundsätze „Vergabe im Wettbewerb“, „Diskriminierungsverbot“ und „Transparenz der Verfahren“.

Die Einbindung einer vergleichsweise kleinen Anzahl von Rechtsanwaltskanzleien bei der Vergabe von Dienstleistungen, welche im besonderen Interesse der Öffentlichkeit stehen, könnte den Anschein von Intransparenz und der Vergabe auf Grund sachfremder Erwägungen entstehen lassen. Insbesondere die Anfrage einer nicht an den Vergaben beteiligten Kanzlei macht deutlich, dass sehr wohl ein Markt für diese Art von Dienstleistungen vorhanden ist. Die Vergabe im Wettbewerb trägt nicht zuletzt dazu bei, marktgerechte Preise zu erzielen und Haushaltsmittel wirtschaftlich zu verwenden.

Je weniger die Marktöffentlichkeit an einem Vergabeverfahren beteiligt wird, desto wichtiger ist eine ordnungsgemäße Begründung für das gewählte Verfahren, um zumindest eine wirksame nachträgliche Kontrolle zu ermöglichen. Deshalb kommt es gerade bei einem Verzicht auf Wettbewerb darauf an, dass nachvollziehbar begründet wird, worin die besonderen Umstände liegen, die diesen rechtfertigen. Ein bloßes Aufzählen von Ausnahmetatbeständen, wie es bei den Bundesministerien häufig zu beobachten war, reicht hier nicht aus. Insbesondere der als Begründung für das Vergabeverfahren genannte Ausnahmetatbestand „Dringlichkeit“ hält einer kritischen Prüfung nicht durchweg stand. In den geprüften Fällen entstand Termindruck nicht aus unvorhersehbaren Gründen oder aus vom Auftraggeber nicht zu verantwortenden Ereignissen, sondern aufgrund hausinterner Vorgaben oder selbst gewählter Termine.

Der Bundesrechnungshof empfiehlt den Bundesministerien, bei der Beteiligung externer Berater in Normsetzungsverfahren die Grundsätze „Vergabe im Wettbewerb“, „Diskriminierungsverbot“ und „Transparenz der Verfahren“ umfassend zu berücksichtigen und den bloßen Anschein sachfremder Erwägungen bei der Beauftragung Dritter zu vermeiden.

Die Vorteile einer zentralen Vergabe von Dienstleistungsaufträgen können nur genutzt werden, wenn den Hinweisen der in den Ressorts zuständigen Vergabestellen ausreichend Rechnung getragen wird. Die Gefahr unsachgemäßer Einflussnahme auf Vergabeverfahren muss soweit als möglich ausgeschlossen wer-

den. Die Regelungen zum Einsatz Externer des Bundesministeriums der Finanzen und des Bundesministeriums des Innern berücksichtigen die Empfehlungen des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung zum Einsatz externer Berater in der Bundesverwaltung. Sie tragen dazu bei, Risiken zu minimieren, Transparenz zu stärken und Haushaltsmittel wirtschaftlich zu verwenden. Die positiven Ansätze in den Bundesministerien mit Nutzung zentraler Beschaffungsstellen sowie speziellen Regelungen für die Vergaben von externen Beratungsleistungen bzw. Sachverständigenaufträgen sollten weiter ausgebaut werden.

## **4 Vertragsgestaltung mit externen Beratern**

### **4.1 Feststellungen**

#### **4.1.1 Vertragsschlüsse**

Die 17 vom Bundesrechnungshof geprüften Verträge hatten alle gleichermaßen rechtliche Beratung zum Gegenstand. Eines der fünf Bundesministerien, die externe Berater in Normsetzungsverfahren beteiligten, vergab Aufträge an eine Universität (zwei), ein weiteres Bundesministerium beauftragte sowohl eine Universität als auch Rechtsanwaltskanzleien (zwei). Die Übrigen beauftragten ausschließlich Rechtsanwaltskanzleien (sieben). Die Bundesministerien nutzten dazu unterschiedliche Vertragsarten, wie

- Sachverständigenaufträge,
- Werkverträge,
- Rahmenverträge über rechtliche Beratung,
- Beratungsverträge mit und ohne zusätzliche Vertragsbedingungen für finanz- und wirtschaftswissenschaftliche Forschungsaufträge,
- Vergütungsvereinbarungen, Beratungs- und Honorarverträge, Mandats- und Vergütungsvereinbarungen sowie
- Verträge auf Grundlage allgemeiner Vertragsbedingungen für freiberufliche Leistungen.

Nicht in allen Fällen gaben die Bundesministerien die Vertragsmuster vor oder legten den Verträgen eigene Vertragsbedingungen zugrunde. Mehrfach übernahmen sie die Vorgaben der Auftragnehmer oder passten ihre Verträge den Vorgaben der Auftragnehmer an.

### Beispiel 11

*Ein Auftragnehmer forderte vom Bundesministerium, die Erstattung von Reisekosten in den Vertrag aufzunehmen und festzuschreiben dass eine Tätigkeit für das Bundesministerium die Kanzlei nicht daran hindere, andere Mandanten zu diesem Thema zu beraten.*

Ein Bundesministerium versäumte es gänzlich, mit dem Auftragnehmer einen Vertrag zu schließen. In der Folge entwickelte sich zwischen Bundesministerium und Auftragnehmer ein umfangreicher Schriftverkehr bezüglich der Höhe der zu zahlenden Vergütung.

### Beispiel 12

*„Wir waren in diesem – von höchster Komplexität und äußerst kurzfristigem Handlungsbedarf charakterisierten – Mandat nicht mehr dazu gekommen, eine Rahmen-Honorarvereinbarung abzuschließen. Ohne eine solche ist die Tätigkeit nach den üblichen Sätzen abzurechnen...“*

#### 4.1.2 Vertragsinhalte

Alle Verträge enthielten gleichermaßen mehr oder weniger ausführliche Aussagen zum Vertragsgegenstand bzw. zur Aufgabenstellung, zur Vertragslaufzeit einschließlich der Modalitäten für eine außerordentliche Kündigung sowie zur Vergütung. Ebenso sicherte sich die Mehrzahl der Auftraggeber das ausschließliche, umfassende und unwiderrufliche Nutzungsrecht über die Ergebnisse der Tätigkeit der Auftragnehmer. Nur bei drei Verträgen ging dies einher mit der Verpflichtung der Auftragnehmer zur Übergabe aller Unterlagen, einschließlich digital erstellter, an den Auftraggeber. Während die Mehrzahl der Bundesministerien Regelungen bezüglich der Geheimhaltung bzw. zum Stillschweigen über den Vertragsinhalt vereinbarten, verzichteten sie überwiegend auf Regelungen zum Ausschluss möglicher Interessenkollisionen der Auftragnehmer mit anderen Aufträgen oder Mandaten. Einige Bundesministerien bestätigten ihren Auftragnehmern, dass der Auftrag sie nicht hindere, andere Auftraggeber zu demselben Thema zu beraten (vgl. Beispiel 10).

In fünf Fällen erhielten die Auftragnehmer eine Vergütung der Leistung mittels

Festpreis. In den übrigen Fällen vereinbarten die Vertragspartner jeweils eine Abrechnung auf Stundenbasis sowie deren Nachweis anhand von Stundenaufschreibungen und eine Vertragsobergrenze. Die Stundensätze bewegten sich in einer Spanne von 260 bis 500 Euro zuzüglich der jeweils geltenden gesetzlichen Mehrwertsteuer. Zwei Bundesministerien vergaben Aufträge an dieselbe Kanzlei zu Stundensätzen, die sich in der Höhe um 140 Euro unterschieden.

Die vertraglichen Vereinbarungen bezüglich der zu erstattenden Nebenkosten (z. B. Reise- und Übernachtungskosten, Taxikosten, Kosten für Telekommunikation) waren nicht einheitlich und unterschieden sich zum Teil auch bei mehreren Verträgen desselben Bundesministeriums. Während nur in einem Fall die Nebenkosten mit den vereinbarten Stundensätzen abgegolten waren, erstatteten die Bundesministerien in der Mehrzahl der Fälle etwaige Nebenkosten auf Nachweis. Nur ein Bundesministerium hat die Anwendung des Bundesreisekostengesetzes für die Abrechnung anfallender Reisekosten festgeschrieben. Die überwiegende Anzahl der Verträge enthielten keine Regelungen bezüglich der Höhe der zu erstattenden Reise- bzw. Übernachtungskosten. Dies hatte zur Folge, dass die Bundesministerien den Auftragnehmern Reise- und Übernachtungskosten erstatteten, die die im Bundesreisekostengesetz vorgegebenen Höchstgrenzen wesentlich überschritten. Ein Bundesministerium vereinbarte mit dem Auftragnehmer eine pauschale Abgeltung der Nebenkosten in Höhe von 2 % der Nettovertragssumme. Dem Bundesministerium entstanden daraus während der Vertragslaufzeit von 26 Monaten, zusätzlich zu den vereinbarten Stundensätzen, Nebenkosten in Höhe von rd. 110 000 Euro.

#### 4.1.3 Vertragsdauer und -verlängerung

Die Mehrzahl der Bundesministerien schloss die Verträge zunächst mit einer Vertragsdauer von wenigen Monaten bis zu maximal einem Jahr und verlängerte diese anschließend mehrfach, im Einzelfall bis auf 5 Jahre. Ein Bundesministerium befristete den Auftrag jeweils *„aus haushaltsrechtlichen Gründen bis zum Ende des Kalenderjahrs“*. In einem anderen Fall hätten es hausinterne Vorgaben erforderlich gemacht, den Vertrag mehrfach zu verlängern.

## Beispiel 13

*Auf Anregung der Innenrevision hat ein Bundesministerium den Auftrag an eine Rechtsanwaltskanzlei paketweise vergeben, um die Abarbeitung der Aufgaben und die anfallenden Kosten besser steuern und kontrollieren zu können. Bereits bei Vertragsschluss sei klar gewesen, dass sowohl Vertragsdauer als auch Vertragsvolumen zunächst nicht im tatsächlich benötigten Umfang vereinbart wurden und eine Vertragsverlängerung erforderlich werden würde.*

Gleichermaßen verfahren die Bundesministerien bezüglich des Vertragsvolumens, welches in der überwiegenden Zahl der Fälle wiederholt fortgeschrieben und so das ursprünglich vereinbarte Vertragsvolumen um ein Mehrfaches überschritten wurde. In mehreren Fällen machten sich die Bundesministerien die Angaben der Auftragnehmer zu Vertragsdauer und Vertragsvolumen zu eigen. Den Unterlagen war nicht zu entnehmen, dass die Bundesministerien selbst Überlegungen hierzu angestellt hätten.

## Beispiel 14

*Ein Bundesministerium beauftragte eine Rechtsanwaltskanzlei zwei Monate für ein Vertragsvolumen von 357 000 Euro tätig zu werden. Das Bundesministerium verlängerte den Vertrag in der Folge dreimal bis zu einer Vertragslaufzeit von insgesamt zwei Jahren und zahlte letztendlich rd. 652 000 Euro.*

## 4.2 Würdigung und Empfehlung

Die Bundesministerien trugen den Besonderheiten der Tätigkeit externer Berater in Kernbereichen der Exekutive mit den von ihnen geschlossenen Verträgen nicht immer ausreichend Rechnung. Sie machten sich nicht genügend bewusst, dass die Erledigung von Aufgaben durch Dritte, die die unmittelbaren Entscheidungskompetenzen der Verwaltung berühren, einheitlich einschränkenden Regeln zu unterwerfen ist. Die oft fehlenden Bestimmungen zur Übergabe erstellter Unterlagen, zum Schutz vor möglichen Interessenkonflikten, die sich beim Auftragnehmer durch Übernahme weiterer Mandate ergeben könnten, und zur Verschwiegenheitspflicht belegen dies. Gänzlich inakzeptabel erscheint es, dass Auftragnehmer ohne jegliche schriftliche vertragliche Grundlagen tätig wurden.

Der Bundesrechnungshof empfiehlt, für im Einzelfall notwendige Beauftragungen externer Berater bei Normsetzungsverfahren einheitliche Regelungen zu schaffen.

Insbesondere sind Vorgaben zur Vergütung, zur Verschwiegenheitspflicht, zum ausschließlichen Nutzungsrecht und zur Übergabe aller erstellten Unterlagen an die Auftraggeber sowie zur Vermeidung von Interessenkonflikten aufzunehmen.

Die Bundesministerien müssen auch bei Auftragserteilung unter Verzicht auf formalen vergaberechtlichen Wettbewerb ihre „Marktposition“ im Verhandlungswege nutzen, um wirtschaftliche Angebote zu erzielen. Nach Auffassung des Bundesrechnungshofes ist es insbesondere nicht wirtschaftlich, zusätzlich zu den vereinbarten Stundensätzen eine pauschale Abgeltung der Nebenkosten vorzusehen. Zudem ist kein sachlicher Grund erkennbar, warum bei der Beauftragung externer Berater, die an der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben mitwirken, für die Erstattung von Reise- und Übernachtungskosten andere Regelungen, als die des Bundesreisekostengesetzes gelten sollten. Bei der Vertragsgestaltung sind Regelungen zur Abgeltung der tatsächlich entstandenen Nebenkosten aufzunehmen und die Anwendung des Bundesreisekostengesetzes für Reise- und Übernachtungskosten festzuschreiben.

Eine Stückelung der Verträge – auch aus haushaltsrechtlichen Gründen – ist nicht sachgerecht. Anzahl und Umfang der Vertragsverlängerungen sind Indizien dafür, dass die Bundesministerien die Vergabe der Beratungsleistungen nicht sorgfältig genug vorbereitet haben.

Der Bundesrechnungshof hält es für wesentlich, dass die Bundesministerien auf der Grundlage eines eindeutig definierten Bedarfes vor Vertragsschluss sowohl Vertragsdauer als auch Vertragsvolumen einschließlich aller möglichen Optionen und Vertragsverlängerungen ermitteln.

## **5 Transparenz bei der Beauftragung externer Berater**

### **5.1 Feststellungen**

In der Vergangenheit gab es immer wieder Medienberichte, wonach Rechtsanwaltskanzleien an der Erarbeitung von Gesetzestexten beteiligt gewesen seien und der Verdacht entstünde, dass Externe Kernaufgaben der Verwaltung übernehmen. Der Bundesrechnungshof ist bei seinen Erhebungen hingegen nicht auf Sachverhalte gestoßen, die einen konkreten Anhalt für einen bewussten Missbrauch des Einsatzes externer Berater in den Bundesministerien und Nachteile für das Ge-

meinwohl begründen würden.

Der Bundesrechnungshof hat gleichwohl festgestellt, dass die Bundesministerien nicht immer ausreichende Vorkehrungen getroffen haben, den Verdacht der Beeinflussung von Kernaufgaben der Verwaltung insbesondere bei Normsetzungsverfahren durch sachfremde Erwägungen Dritter auszuschließen. Den geprüften Unterlagen waren keine Hinweise darauf zu entnehmen, dass die Bundesministerien im Ressortabstimmungsverfahren gegenüber den zu beteiligenden anderen Bundesministerien, Ländern, Kommunen oder Verbänden mitgeteilt hätten, inwieweit sie beim Erarbeiten der Entwürfe externen Sachverstand z. B. mittels wissenschaftlicher Gutachten oder rechtlicher Beratung einbezogen hatten. Auch dem Deutschen Bundestag und dem Bundesrat wurde die Einbeziehung Externer im weiteren Verfahren nicht offengelegt.

Der Bundesrechnungshof hat weiterhin festgestellt, dass die Bundesministerien die Einbindung Dritter im Normsetzungsverfahren nur zum Teil den externen Beratungsleistungen zurechneten und in die dabei vorgesehene jährliche Berichterstattung des Bundesministeriums der Finanzen zur Erfassung der Zahlungen an externe Berater<sup>10</sup> aufnahmen. Sie begründeten dies damit, dass es sich nach der maßgeblichen Definition bei „Verträgen zur Beantwortung von rechtlichen Fragestellungen der laufenden Verwaltung in Einzelfällen“ regelmäßig nicht um meldepflichtige Beraterverträge handele. Von den geprüften 17 Fällen waren acht Verträge aus drei Bundesministerien mit einem Vertragsvolumen von ca. 1,5 Mio. Euro, welche entsprechend des Vertragsvolumens und der Laufzeit meldepflichtig gewesen wären, nicht in den Berichten aufgeführt. Weiter ist den jährlichen Berichten nur zum Teil zu entnehmen, welche Tätigkeiten die externen Berater tatsächlich wahrgenommen haben. Die Berichte enthalten neben den Angaben zum Einzelplan, zum Vertragsvolumen und den Ausgaben im jeweiligen Haushaltsjahr zwar auch eine Spalte „Vertragszweck“. Diese wurde jedoch überwiegend mit allgemeinen Formulierungen wie „Beratung“ oder „rechtliche Beratung“ befüllt, woraus nicht ableitbar ist, ob diese Normsetzungsverfahren betrafen.

<sup>10</sup>

HHa-Drs. 16/1551 vom 28. Juni 2006; Bericht des Bundesministeriums der Finanzen zur Erfassung der Zahlungen an externe Berater im Haushaltsjahr 2007 vom 14. Mai 2008, HHa-Drs. 16/4347; Bericht des Bundesministeriums der Finanzen zur Erfassung der Zahlungen an externe Berater im Haushaltsjahr 2008 vom 26. Juni 2009, HHa-Drs. 16/6053; Bericht des Bundesministeriums der Finanzen zur Erfassung der Zahlungen an externe Berater im Haushaltsjahr 2009 vom 22. Juni 2010, HHa-Drs. 17/1476.

Für das Haushaltsjahr 2010 präzisierte das Bundesministerium der Finanzen die Definition des Beraterbegriffs<sup>11</sup>. Es machte nochmals deutlich, „dass [lediglich] *Verträge zur Beantwortung von technischen oder rechtlichen Fragestellungen der laufenden Verwaltung in Einzelfällen sowie Werkverträge in der Regel nicht als Beraterverträge zu qualifizieren sind, sofern [außerdem] der Beratungscharakter nach den allgemeinen Definitionsmerkmalen nicht erkennbar ist.*“

## 5.2 Würdigung und Empfehlung

Der Bundesrechnungshof sieht keinen Anlass, den Einsatz externer Berater grundsätzlich in Frage zu stellen. Er hält es aber für entscheidend, eine – notwendige – Einbindung externer Berater bei Kernaufgaben der Verwaltung transparent zu machen, um jeglichen Anschein von Interessenkonflikten oder sachfremden Erwägungen zu vermeiden. Insbesondere bei Normsetzungsverfahren muss allen Beteiligten offengelegt werden, inwieweit externe Berater bei der Erarbeitung von Entwürfen einbezogen waren. Ein offener Umgang mit der Nutzung des Instruments externer Beratungsleistungen kann einen möglichen Anschein nicht sachgerechter Aufgabenerledigung durch die Bundesministerien entgegenwirken und die öffentliche Wahrnehmung versachlichen.

Der Bundesrechnungshof teilt nicht die Auffassung der Bundesministerien, dass die geprüften Normsetzungsverfahren nicht meldepflichtig gewesen seien, da es sich lediglich um die Beantwortung rechtlicher Fragestellungen in der laufenden Verwaltung in Einzelfällen gehandelt habe. Nach seinen Feststellungen haben externe Berater nicht nur rechtliche Fragestellungen beantwortet, sondern sie waren umfassend an der Erarbeitung von Lösungsvorschlägen beteiligt und in Entscheidungsprozesse der Verwaltung eingebunden, was der Definition der „externen Beratungsleistungen“ entspricht. Es sollte noch bewusster werden, dass externe Beratung unmittelbar die Lösungs- und Entscheidungskompetenz der Verwaltung berührt, deren Sicherstellung zu ihren wesentlichen Aufgaben gehört. Die Abgrenzung der externen Beratung sollte sich daher stärker an dem inhaltlichen Aspekt – Erarbeitung von Handlungsoptionen und -empfehlungen für die Verwaltung – orientieren. Der Bundesrechnungshof begrüßt die vom Bundesministerium der Finanzen vorgenommene Präzisierung der Definition; sie sollte zu einer An-

<sup>11</sup>

Bundesministerium der Finanzen, II A 2 – H 1322/06/0003 vom 28. Juli 2009.

gleichung bei der Zuordnung von Beratungsleistungen beitragen und die Transparenz fördern.

Der Bundesrechnungshof empfiehlt, die Beteiligung Externer in Normsetzungsverfahren bereits nach Abschnitt 6 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO) offen zulegen. § 43 Abs. 1 Satz 2 der GGO sollte um die ausdrückliche Pflicht zur Darstellung der Einbindung externer Berater bei der Vorbereitung oder Erarbeitung von Gesetzesvorlagen ergänzt werden. Eine derart erweiterte Begründung von Normentwürfen würde nicht nur im Ressortabstimmungsverfahren für mehr Transparenz sorgen, sondern auch den gesetzgebenden Körperschaften mehr Informationen über die Entstehungsgeschichte einer Vorlage geben.

Aufträge zur Beteiligung externer Berater bei Normsetzungsverfahren sollten als solche grundsätzlich in die jährlichen Berichte zur Erfassung der Zahlung an externe Berater aufgenommen und die Spalte „Vertragszweck“ um entsprechende Hinweise ergänzt werden.

## **6      Stellungnahme der Bundesregierung**

Das Bundesministerium der Finanzen hat mit Schreiben vom 3. Februar 2011 federführend für die Bundesregierung zu den Feststellungen und dem daraus abgeleiteten Handlungsbedarf Stellung genommen. Über die vom Bundesrechnungshof erhobenen Sachverhalte besteht Einvernehmen. Die Bundesregierung widerspricht im Grunde auch nicht den getroffenen Wertungen.

Die Bundesregierung schließt sich der Auffassung des Bundesrechnungshofes an, dass die im Gutachten des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung veröffentlichten Handlungsempfehlungen zum Einsatz externer Berater eine wertvolle Hilfe bei der Inanspruchnahme Externer in allen Aufgabenbereichen und damit auch bei Normsetzungsverfahren bieten.

Die Bundesregierung hat angekündigt, die Empfehlung des Bundesrechnungshofes zu prüfen, § 43 Abs.1 Nr. 2 GGO um die ausdrückliche Pflicht zu ergänzen, die Heranziehung externer Berater bei der Vorbereitung oder Erarbeitung von Gesetzesvorlagen darzulegen.

Die Bundesregierung geht davon aus, dass sich bereits heute aus der Meldung der

Ausgaben für Beraterverträge in aller Regel ergebe, ob sich die beratende Tätigkeit auf ein Gesetzgebungsverfahren beziehe. Gleichwohl will sie den Vorschlag des Bundesrechnungshofes aufgreifen, zukünftig in der tabellarischen Zusammenfassung eine Detaillierung in der Spalte „Vertragszweck“ vorzunehmen.

Die Bundesregierung wendet ein, dass der generelle Verzicht einzelner Ressorts, auf den Einsatz externer Berater im Normsetzungsverfahren nicht auf alle anderen Bundesministerien übertragbar sei. Sie weist darauf hin, dass der Aspekt der Optimierung der Aufgabenerfüllung ein ständiges Anliegen aller Ressorts sei.

## **7 Übergreifende Schlussfolgerungen und Empfehlungen des Bundesrechnungshofes**

Die Einbindung von externen Beratern in Normsetzungsverfahren beschränkte sich bislang auf wenige Fälle (rd. 6 % in der 16. Wahlperiode), so dass kein Anlass besteht, eine Erosion staatlicher Kernkompetenzen zu befürchten. Gleichwohl haben es sich nach Auffassung des Bundesrechnungshofes die Bundesministerien nicht immer ausreichend bewusst gemacht, dass die Einbindung Externer in Normsetzungsverfahren besonderen Risiken unterworfen ist. Es gab kaum nachvollziehbare Überlegungen zu möglichen Interessenkonflikten oder der Gefahr der Beeinflussung durch sachfremde Erwägungen.

Der Bundesrechnungshof begrüßt die Absicht der Bundesregierung zu prüfen, Regelungen zur Darstellung der Beteiligung externer Berater an Normsetzungsverfahren in § 43 Abs.1 Nr. 2 GGO aufzunehmen.

Die Auffassung der Bundesregierung, dass sich bereits heute aus der Meldung der Ausgaben für Beraterverträge in aller Regel ergebe, ob sich die beratende Tätigkeit auf ein Gesetzgebungsverfahren beziehe, deckt sich nicht mit den Prüfungserkenntnissen des Bundesrechnungshofes. Danach rechneten die Bundesministerien die Einbindung Dritter im Normsetzungsverfahren nur zum Teil den externen Beratungsleistungen zu und nahmen diese nicht vollständig in die vorgesehene jährliche Berichterstattung zur Erfassung der Zahlungen an externe Berater auf.

Der Bundesrechnungshof ist sich der Besonderheiten jedes einzelnen Ressorts bewusst. Er kann aber trotzdem nicht nachvollziehen, warum nur ein einziges Bundesministerium in der Lage sein soll, Normsetzungsaufgaben ohne externen

Sachverstand zu erledigen.

Unter Berücksichtigung der Stellungnahme der Bundesregierung sieht der Bundesrechnungshof im Übrigen folgende wesentliche Ansatzpunkte für einen verbesserten und transparenteren Umgang mit dem Instrument der externen Beratung bei Normsetzungsverfahren:

- Alle Bundesbehörden sollten aufgefordert werden, jeglichen Anschein zu vermeiden, externe Berater könnten Einfluss auf die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben nehmen, und diese nicht mit dem eigenständigen Formulieren von Regelungsentwürfen, dem federführenden Bearbeiten von Stellungnahmen oder von Vorlagen für die Leitung der Bundesministerien beauftragen.
- Die Bundesregierung sollte weitere Anstrengungen darauf richten, den Besonderheiten der Tätigkeit externer Berater in Kernbereichen der Verwaltung durch einheitliche Regelungen Rechnung zu tragen und insbesondere Vorgaben zur Vergütung, zur Verschwiegenheitspflicht, zum ausschließlichen Nutzungsrecht und zur Übergabe aller erstellten Unterlagen zu machen.
- Die Nutzung externen Sachverständigen, insbesondere bei Normsetzungsverfahren ist für alle Beteiligten nachvollziehbar zu machen. Die Bundesregierung sollte die Spalte „Vertragszweck“ im jährlichen Bericht zur Erfassung der Zahlungen an externe Berater um weitere Angaben ergänzen. Eine ausführlichere Darstellung wäre geeignet, aufzuzeigen, welche Aufgaben externe Berater wahrgenommen haben und einen Anschein der Einflussnahme Dritter zu vermeiden. Mehraufwand wäre damit kaum verbunden.

Erb

Franz