

Ausschussvorlage WVA/18/47 – öffentlich –

Stellungnahmen zu der mündlichen Anhörung

zu den

**Gesetzentwürfen Drucks. 18/6268, 18/6291, 18/6492 und 18/6523
– Hessische Tariffreue- und Vergabegesetze –**

31. Gemeinsame Stellungnahme:
EPN Entwicklungspolitisches Netzwerk Hessen e. V. und
WEED - Weltwirtschaft, Ökologie & Entwicklung e.V. S. 208
32. Prof. Dr. Hans-Georg Kamann, Kanzlei Wilmer Hale S. 215

Hessischer Landtag
Ausschuss für Wirtschaft und Verkehr
z. Hd. Hr. Clemens Reif
Schlossplatz 1-3
65183 Wiesbaden

Frankfurt/M., 5/ Februar 2013

Sehr geehrter Herr Reif,

mit Schreiben vom 20.12.2012 wurden wir im Namen des Ausschusses für Wirtschaft und Verkehr des Hessischen Landtags zu einer öffentlichen Anhörung zu den hier genannten Gesetzesvorlagen eingeladen und darum gebeten, Ihnen vorab eine schriftliche Stellungnahme zukommen zu lassen. Wir bedanken uns für die Einladung, die wir sehr gerne annehmen.

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und der FDP für ein Gesetz zur Förderung der mittelständischen Wirtschaft und zur Vergabe öffentlicher Aufträge – Drucks. 18/6492

Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Hessisches Gesetz zur Gewährleistung von Tariftreue, Mindestentgelt und fairem Wettbewerb bei öffentlichen Auftragsvergaben (Hessisches Tariftreue und Vergabegesetz, HTVG)- Drucks. 18/6268

Gesetzentwurf der Fraktion der SPD für ein „Gesetz zur Sicherung der Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Hessisches Tariftreue und Vergabegesetz) – Drucks. 18/6291

Dringlicher Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge – Drucks. 18/6523

Vorab möchten wir anmerken, dass die Anregungen und Kritiken des ebenfalls für eine Stellungnahme angefragten WEED e.V. – World Economy, Ecology & Development nach Rücksprache in unsere Positionierung eingegangen sind und vertreten werden.

Mit freundlichen Grüßen



Andrea Jung

Koordinatorin EPN Hessen

Das **Entwicklungspolitische Netzwerk Hessen** (EPN Hessen e.V.) vertritt gegenwärtig rund 90 entwicklungspolitisch engagierte Organisationen und Initiativen in Hessen. Viele unserer Mitglieder unterhalten beständig Beziehungen mit ProjektpartnerInnen in Ländern des Globalen Südens und sind mit der Bedeutung globaler Handelsbeziehungen für Wirtschaft, Arbeitsbeziehungen und Umweltverhältnisse in diesen Ländern wohl vertraut. Die Einhaltung und Förderung elementarer Menschenrechte - direkt durch hessische Wirtschaftsakteure und indirekt durch KonsumentInnen in Hessen- ist uns deshalb ein ebenso grundlegendes Anliegen wie die Förderung eines ‚Eine-Welt-bewussten‘ Verständnisses von Nachhaltigkeit.

Schriftliche Stellungnahme des EPN Hessen e.V. zu folgenden Gesetzentwürfen:

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und der FDP für ein Gesetz zur Förderung der mittelständischen Wirtschaft und zur Vergabe öffentlicher Aufträge – Drucks. 18/6492

Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Hessisches Gesetz zur Gewährleistung von Tariftreue, Mindestentgelt und fairem Wettbewerb bei öffentlichen Auftragsvergaben (Hessisches Tariftreue und Vergabegesetz, HTVG)- Drucks. 18/6268

Gesetzentwurf der Fraktion der SPD für ein „Gesetz zur Sicherung der Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Hessisches Tariftreue und Vergabegesetz) – Drucks. 18/6291

Dringlicher Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge – Drucks. 18/6523

Allgemeiner Bezugsrahmen: Öffentliche Vergabe und Beschaffung in Hessen

Die Vorbildfunktion der öffentlichen Hand: Die öffentliche Hand kann durch den Einkauf mit Steuergeldern eine wichtige Vorbildfunktion für Politik und Verwaltung sowie den privaten Konsum der BundesbürgerInnen übernehmen und damit gleichzeitig das nachhaltige Wirtschaften in Deutschland fördern. Die Bedeutung dieser Steuerungsfunktion spiegelt sich inzwischen in den bereits verabschiedeten oder kurz vor der Verabschiedung stehenden Vergabegesetzen in 13 Bundesländern wider. In diesen werden soziale und ökologische Kriterien explizit in die öffentliche Auftragsvergabe integriert.

Im Jahr 2009 übersetzte die Bundesregierung die EU-Vergaberichtlinie von 2004 in die nationale Gesetzgebung. Seither erfährt die Förderung nachhaltigen Wirtschaftens durch die Schaffung finanzieller Anreize über die öffentliche Vergabe auch auf **Ebene des Bundes** eine immer größere Anerkennung. So wurde das zentrale Beschaffungsamt des Bundes im Bundesministerium des Innern bereits Ende 2011 mit folgender Begründung zur „Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung“ ernannt:

„Um die Zukunftsfähigkeit unserer Gesellschaft zu sichern, muss das Gleichgewicht von wirtschaftlicher Entwicklung, sozialer Gerechtigkeit und Naturschutz zur Verpflichtung werden – besonders für die öffentliche Hand.“

Und die öffentliche Hand ist auch in besonderem Maße in der Lage, diesen Auftrag wahrzunehmen. Als wichtige Auftraggeberin mit einem jährlichen **Auftragsvolumen von Bund, Ländern und Kommunen** i.H.v. ca. 360 Mrd. Euro, bzw. von 17% des BIP, verfügt sie über eine **immense Marktmacht**. Mit dieser kann sie einen wichtigen Beitrag zur Förderung nachhaltiger Wirtschaft und Entwicklung leisten. Staatliche Institutionen als öffentliche Auftraggeber setzen Maßstäbe und Impulse für Unternehmen, die in sogenannten Schwellen- und Entwicklungsländern produzieren oder produzieren lassen. Sie beteiligen sich so an der Implementierung geltender Mindeststandards damit menschenwürdige Arbeitsbedingungen, ein Unterziel der globalen Millenniumsentwicklungsziele, nicht verletzt sondern gefördert werden. Dabei kann sich die öffentliche Hand in Ländern und Kommunen auf **nationale und internationale Rahmenbedingungen** stützen, z.B. auf verbindliche europäische Richtlinien (2004/17/EG und 2004/18/EG), bundesdeutsches Vergaberecht (§97 Abs.4 GWB) und zahlreiche internationale Abkommen wie die allgemeine Erklärung der Menschenrechte, insbesondere auch die von der ILO erarbeiteten Kernarbeitsnormen. In der Erfüllung dieser Vorbildfunktion kann sich die öffentliche Hand außerdem der **breiten Unterstützung der deutschen Bevölkerung** sicher sein.

Auch das Bundesland Hessen selbst hat im Rahmen seiner Nachhaltigkeitsstrategie eine „nachhaltige und faire Beschaffung“ als Ziel formuliert. In dem Konzept „Hessen: Vorreiter für eine nachhaltige und faire Beschaffung“ vom 29.04.2012 wird dezidiert auf alle drei Dimensionen von Nachhaltigkeit – ökologische, ökonomische und soziale – Bezug genommen. 2012 veröffentlichte das Projekt sieben Produktleitfäden, in denen alle drei Dimensionen Berücksichtigung finden. In den Leitfäden werden aber auch vorhandene rechtliche Hürden identifiziert, welche die Umsetzung einer nachhaltigen und fairen Beschaffung in Hessen bisher noch erschweren oder gar verhindern.

Vor diesem Hintergrund legt die folgende Stellungnahme ihren Schwerpunkt auf jene Aspekte in den Gesetzentwürfen, die für die Umsetzung einer nachhaltigen und fairen Beschaffung in Hessen förderlich oder auch hinderlich sein können.

So möchten wir als erstes nahelegen, den **Anwendungsbereich** eines hessischen Vergabegesetzes, der bisher in allen vorliegenden Gesetzentwürfe mit einem Mindestauftragswert von 10.000 € angegeben wird, aus folgenden Gründen signifikant abzusenken.

1) Laut **Vergabebeschleunigungserlass von 2009** liegt der maximale Wert, zu dem beim direkten Einkauf ohne Vergleichsangebote beschafft werden kann, bei 7500 €.

Auszug: 2.1.3. Sonstige Beschaffung (Direkteinkauf): „Bar-/Direkt-/Handkauf, Bestellscheinverfahren o.ä. bei Bau-, Liefer- und Dienstleistungen im Einzelfall können ohne Pflicht zur Einholung von Vergleichsangeboten beschafft werden bis zu 7.500 Euro/Auftrag.“¹

Dieser Wert würde also de facto auf 10.000 € (ohne Umsatzsteuer) erhöht.

2) Gerade viele der Produktgruppen, für die klare Siegel und Zertifikate vorliegen – die also ohne weiteren Aufwand auch aus dem Fairen Handel, aus regionaler Produktion und unter Berücksichtigung von Sozial- und Umweltstandards bezogen werden können, zählen zu denjenigen, deren Beschaffung häufig unter den anvisierten Schwellenwerten liegen. Gerade die verbindliche und unkomplizierte Beschaffung von Gütern des täglichen Verbrauchs, wie z.B. Zucker, Kaffee, Papier, Sportbälle oder Textilien, erfüllt mehrere wichtige Funktionen: Sie ermöglicht BeschafferInnen rasche Erfolgserlebnisse und motiviert diese für die Umsetzung sozialer und ökologischer Kriterien auch bei schwierigeren Beschaffungsaufgaben, sie schafft

Bewusstsein und Akzeptanz für verantwortliche Beschaffung und Konsum in Politik, Verwaltung und öffentlichen Institutionen und sie lässt sich als Ausdruck der Vorbildfunktion des Landes sehr gut und öffentlichkeitswirksam nach außen kommunizieren.

Wir sprechen uns daher für eine Orientierung am Berliner Vergabegesetz aus, das festlegt, dass: *„Dieses Gesetz (...) auf alle Vergabevorgänge ab einem geschätzten Auftragswert von 10.000 € netto, hinsichtlich des Mindestlohns ab einem geschätzten Auftragswert von 500 € netto Anwendung (findet).“²*

3) Die Festsetzung des Mindestauftragsvolumens auf 10.000 € verstärkt die Gefahr, dass Aufträge in mehrere kleinere Aufträge zersplittert werden, um so die Auflagen des Gesetzes zu umgehen.

Im Folgenden soll nun an ausgewählten Aspekten auf die vorliegenden Gesetzentwürfe im Einzelnen eingegangen werden.

1) Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und der FDP für ein Gesetz zur Förderung der mittelständischen Wirtschaft und zur Vergabe öffentlicher Aufträge – Drucks. 18/6492

a) So positiv wir die Nachhaltigkeitsstrategie des Landes beurteilen, so sehr bedauern wir, dass das von der CDU initiierte erfolgreiche Projekt „Hessen: Vorreiter für eine nachhaltige und faire Beschaffung“ im Gesetzentwurf der regierenden Fraktionen keinen Niederschlag findet.

b) Beschaffungsverantwortliche haben einen Anspruch auf eine eindeutige Rechtsgrundlage. In Artikel 1 § 1 Abs. 1 wird der Gesetzeszweck als „mittelstandsgerechte(n) Ausgestaltung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für kleine und mittelständische Unternehmen“ definiert und in den Unterpunkten weiter ausgeführt. Damit wird die öffentliche Vergabe explizit der Mittelstandförderung untergeordnet. Diese Vermengung von Fördermittelvergabe und Vergabegesetz erscheint uns zur Förderung nachhaltiger Entwicklung nicht zielführend.

c) Der Entwurf der Fraktionen der CDU und der FDP nimmt lediglich an einer Stelle – optional – Bezug auf soziale und ökologische Kriterien. Bei Artikel 2 § 2 (Anforderungen und Verfahren) Abs. 2, S. 1 handelt es sich um eine Wiederholung des § 97 GWB, die durch die Hinzufügung des Wortes „nur“ allerdings missverständlich wird. In der Begründung auf S. 18 des Entwurfes werden andere Kriterien als vergabefremd definiert, und es wird deutlich gemacht, dass die Regierungsfractionen den vom Bund gegebenen Handlungsspielraum für die Formulierung weiterer Anforderungen an AuftragnehmerInnen nicht zu nutzen beabsichtigt. Diese dürfen laut Bundesgesetz nur dann gestellt werden, „wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist“.

c1) Diese ausdrückliche Einschränkung ist gerade für jene Unternehmen bedauerlich, die sich um verantwortliches Wirtschaften bemühen, z.B. durch Ressourcenschonung, die Einhaltung der Tarifbindungen sowie Einhaltung und Kontrolle der ILO-Kernarbeitsnormen entlang ihrer Produktions- und Lieferketten. Wenn solche Anstrengungen im Wettbewerb um öffentliche Aufträge nicht berücksichtigt werden können, wird die Einhaltung von Menschen- und Umweltrechten zum unternehmerischen Privatvergnügen und damit de facto zum Wettbewerbsnachteil. Gerade für mittelständische Unternehmen können umweltverträgliche Innovationen und eine soziale Außenwahrnehmung, auch international, einen entscheidenden Wettbewerbsvorteil darstellen. Die Politik kann über Vergaberichtlinien deutliche Signale am

Markt setzen – im Sinne attraktiver Anreize für die Wirtschaft wie auch einer an umfassenden Nachhaltigkeitskriterien ausgerichteten, kohärenten Landespolitik.

d) Unter § 3 Tarifbindungen (1) wird erfreulicherweise auf die Verpflichtung von Unternehmen eingegangen, gesetzlich geltende, tarifvertraglich festgelegte Leistungen zu gewähren. Wünschenswert wäre jedoch die über die Dauer der Auftragsausführung hinausreichende Verpflichtung des Unternehmens auf Tariftreue.

e) Unter § 11 Zuschlag, Preise (3) wären neben Wirtschaftlichkeit, technischer Eignung und Umwelteigenschaften auch soziale Kriterien gleichrangig zu berücksichtigen.

2) Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Hessisches Gesetz zur Gewährleistung von Tariftreue, Mindestentgelt und fairem Wettbewerb bei öffentlichen Auftragsvergaben (Hessisches Tariftreue und Vergabegesetz, HTVG)- Drucks. 18/6268

a) Im Entwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN ist die die anvisierte Verortung in einem Nachhaltigkeitskonzept hervorzuheben, sowie der deutliche Fokus auf Tarifregelungen und Mindestlohn zu begrüßen, gleichwohl bleiben darüber hinausreichende ökologische und soziale Kriterien zuweilen schwach formuliert.

So wird bei § 8 (Verpflichtungserklärung), § 9 Abs. 2 (Nachunternehmen-Haftung), § 10 (Nachweise und Kontrollen), § 11 (Sanktionen) explizit auf Tariftreue und Mindestentgelt eingegangen, der Rückbezug auf § 3 (Allgemeine Grundsätze, soziale und ökologische Anforderungen) fehlt jedoch.

b) § 3 Allgemeine Grundsätze, soziale und ökologische Anforderungen

Erfreulich ist, dass zusätzliche soziale und ökologische Anforderungen an die/ den AuftragsnehmerIn gestellt werden und das Verständnis des sachlichen Zusammenhangs mit dem Auftragsgegenstand offensichtlich den ganzen Herstellungsprozess eines Produktes umfasst, wie z.B. an der geforderten Einhaltung der Kernarbeitsnormen deutlich wird.

Problematisch erscheint uns jedoch, dass in § 3 durch die Kombination von „werden“ in Abs. 2 und „können“ in Abs. 3 sehr unterschiedliche soziale Kriterien (z.B. Frauenförderung und fairer Handel) zur Auswahl gestellt werden. Die Förderung von Frauen wie auch von Menschen mit anderen Begabungen kann gleichwohl die Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen nicht ersetzen und vice versa. Eine ausführlichere und verbindlichere Regelung, die über die auf S. 11 gelieferte Begründung hinausgeht, wäre hier zu begrüßen.

Optimierungspotential wird auch bei § 3 Abs. 4 gesehen. Die Kann-Empfehlung bei den ökologischen Anforderungen sollte durch eine verbindliche Sprachregelung ersetzt und Beschaffungsverantwortliche durch die verbindliche Einführung einer konkretisierenden Verwaltungsvorschrift unterstützt werden (vgl. die Berliner Verwaltungsvorschrift „Beschaffung und Umwelt“, die produktbezogene – regelmäßig überarbeitete – Leistungsblätter enthält, die EinkäuferInnen in ihre Ausschreibungen übernehmen können).

Positiv hervorzuheben ist definitiv die unter § 4 (Folgekosten der Beschaffung, Nachhaltigkeitskonzept) vorgesehene Einbeziehung von Folgekosten und die damit einhergehende Dokumentationspflicht. In Abs. 2 wird ein Nachhaltigkeitskonzept für die öffentliche Beschaffung angeregt, das soziale wie ökologische Kriterien berücksichtigt, in Abs. 3 jedoch auf Umweltaspekte verengt wird.

c) Die in § 6 (Tariftreuepflicht) unter Abs. 5 angeregte Servicestelle wird grundsätzlich begrüßt. Diese könnte sowohl für AuftraggeberInnen (EinkäuferInnen) wie auch für AuftragnehmerInnen Beratung anbieten, sollte diese aber über Tariffragen hinaus auch auf weitere soziale und ökologische Kriterien ausdehnen.

Gesetzentwurf der Fraktion der SPD für ein „Gesetz zur Sicherung der Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Hessisches Tariftreue und Vergabegesetz) – Drucks. 18/6291

§ 6 (Definition des Auftragsgegenstands): Die Bestimmung „Bereits in der Definition des Auftragsgegenstandes *kann* der Auftraggeber ökologisch und soziale Kriterien berücksichtigen“ sollte als verbindliche *Muss*-Regelung formuliert werden.

§ 8 (ILO-Kernarbeitsnormen): Die verbindliche und umfassende Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen sowie die Betonung der diesbezüglichen Nachweispflichten ist aus unserer Sicht uneingeschränkt positiv zu beurteilen.

§ 10 (Erteilung des Zuschlags) Im Hinblick auf das Auswahlverfahren wäre neben den genannten Umweltkriterien auch der Bezug auf soziale Kriterien wünschenswert.

§ 13 (Nachweise) und § 14 (Nachunternehmer) beschränken sich auf den Bausektor. Wieso werden nicht prinzipiell weitere Dienstleistungen erwähnt?

§ 20 (Prüfbehörde): Auch hier wäre eine Ausweitung des Aufgabenbereiches über Tariftreue und Mindestlohn hinaus auf Umwelt- und soziale Kriterien wünschenswert, letztere durch ein noch näher zu bestimmendes Verfahren.

§ 27 (Inkrafttreten und Evaluierung): Die planmäßige Berücksichtigung von Evaluierungsmaßnahmen ist erfreulich, der Intervall von vier Jahren könnte es allerdings erschweren, dass aus den Ergebnissen der Evaluation auch zeitnah Konsequenzen gezogen werden. Deshalb möchten wir, das Beispiel Berlins aufgreifend, eine erste Evaluation nach zwei Jahren anregen.

Dringlicher Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge – Drucks. 18/6523

Der Gesetzentwurf der Fraktion der Linken nimmt am deutlichsten Anregungen und Forderungen der Zivilgesellschaft auf und wählt einen einheitlichen Ansatz, der Mindestlohn und Tariftreue sowie ILO-Kernarbeitsnormen und fairen Handel umfänglich berücksichtigt.

§ 1 (Anwendungsbereich): Leider wird auch hier ein Mindestauftragsvolumen von 10.000 € empfohlen, die dazu bestehenden Bedenken wurden eingangs bereits expliziert.

§ 5 (Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen): Auch diese sind umfänglich und verbindlich beschrieben, die Unterstützungsfunktion einer zusätzlichen Behörde zum Nachweis unabhängig anerkannter Nachweise und Zertifizierungen erscheint uns überdies ausgesprochen begrüßenswert.

§ 13 (Prüfbehörde): Hier erscheint uns eine Ausweitung des Aufgabenbereichs über Tariftreue und Mindestlohn (§ 3) hinaus auf Umweltkriterien und Sozialstandards (§ 3, § 5, durch ein noch näher zu bestimmendes Verfahren) wünschenswert.

§ 15 (Sanktionen): Diese Ausweitung wäre dann konsequenterweise auch im Hinblick auf zu verhängende Sanktionen anzustreben.

Mit freundlichen Grüßen



Andrea Jung
(Kordinatorin)

¹ http://www.hmdf.hessen.de/irj/HMdf_Internet?cid=bb98ecad05b19eeb8c8e2272b6b92ae5, Stand 4.2.2013

² http://www.vergabe24.de/fileadmin/dateien/Dokumente/Downloads/Berliner_Ausschreibungs- und_Vergabegesetz_2012.pdf, Stand 4.2.2013

WILMERHALE

Prof. Dr. Hans-Georg Kamann
Rechtsanwalt

Ulmenstrasse 37-39
60325 Frankfurt am Main
+49 69 27 10 78 000(t)
+49 69 27 10 78 100(f)
hans-georg.kamann@wilmerhale.com

Schriftliche Stellungnahme

zum

**Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Hessisches Tariftreue- und Vergabegesetz
– Drucksache 18/6268 –**

**Gesetzentwurf der Fraktion der SPD für ein Hessisches Tariftreue- und Vergabegesetz
– Drucksache 18/6291–**

**Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und FDP für ein Gesetz zur Förderung der mittelständischen Wirtschaft und zur Vergabe öffentlicher Aufträge
– Drucksache 18/6492–**

**Dringlicher Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge
– Drucksache 18/6492–**

erstattet von

Prof. Dr. Hans-Georg Kamann

unter Mitarbeit von

Dr. Peter Gey, LL.M. (Chicago)

auf Einladung des

Ausschusses für Wirtschaft und Verkehr des Hessischen Landtags

6. Februar 2013

Inhaltsverzeichnis

A. Zusammenfassung der Ergebnisse	3
B. Stellungnahme.....	6
I. Unionsrechtlicher Rechtsrahmen und aktuelle Reformvorhaben	7
1. Anwendung der europäischen Vergaberichtlinien (oberhalb der EU-Schwellenwerte).....	7
2. Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung bei „binnenmarktrelevanten“ Aufträgen (unterhalb der EU-Schwellenwerte)...	8
3. Stand der aktuellen Reform der europäischen Vergaberichtlinien	9
II. Mittelstandsfreundliche Vergabe	9
1. Mittelstandsfreundliche Vergabe als unionsrechtlich legitimes Ziel darf im Rechtsrahmen der Vergaberichtlinien verfolgt werden	10
2. Stand der Reformvorhaben auf unionsrechtlicher Ebene.....	11
3. Bewertung der vorgeschlagenen Regelungen	11
III. Berücksichtigung ökologischer und sozialer Kriterien.....	13
1. Stand des Unionsrechts – Berücksichtigung von umweltbezogenen und sozialen Kriterien	14
2. Bewertung der vorgeschlagenen Regelungen	15
IV. Vergabefreigrenzen und unionsrechtliche Anforderungen des Binnenmarktes	18
1. Grundsätze der Transparenz- und Nichtdiskriminierung bei Aufträgen mit „Binnenmarktrelevanz“	18
2. Bewertung der vorgeschlagenen Regelungen	19
V. Vorschriften über Vergabesperrn gegen Unternehmen bei Unzuverlässigkeit (schweren Verfehlungen)	21
1. Hintergrund: Der Gemeinsame Runderlass über Vergabesperrn in Hessen	21
2. Vergaberechtlicher Rahmen für Vergabesperrn.....	22
3. Bewertung der vorgeschlagenen Regelungen	24
VI. Rechtsweg- und Verfahrensvorschriften zur Unterschwellenvergabe.....	26

A. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die vorliegenden vier Gesetzentwürfe (Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Hessisches Tariftreue- und Vergabegesetz – Drucks. 18/6268 („BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Gesetzentwurf“), Gesetzentwurf der Fraktion der SPD für ein Hessisches Tariftreue- und Vergabegesetz – Drucks. 18/6291 („SPD Gesetzentwurf“), Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und der FDP für ein Gesetz zur Förderung der mittelständischen Wirtschaft und zur Vergabe öffentlicher Aufträge – Drucks. 18/6492 („CDU/FDP Gesetzentwurf“) und Dringlicher Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge – Drucks. 18/6523 („DIE LINKE Gesetzentwurf“) sind zusammenfassend wie folgt zu bewerten:

1. Die vier Gesetzentwürfe werfen schwerpunktmäßig politische Fragen auf, insbesondere inwieweit im Rahmen des maßgeblich an den haushaltsrechtlichen Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit orientierten Vergaberechts der öffentlichen Hand verstärkt politische Zielsetzungen, etwa eine Förderung des Zugangs von mittelständischen Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen oder soziale und ökologische Kriterien bei Vergaben, einschließlich der Festlegung eines Mindestlohns, verfolgt werden können und sollten.
2. Aus rechtlicher Sicht ist zentral darauf hinzuweisen, dass aufgrund des in das europäische Vergaberecht hineinragenden Anwendungsbereichs der Gesetzentwürfe (Anwendung für grundsätzlich alle Vergaben durch öffentliche Auftraggeber in Hessen – vgl. etwa § 1 Abs. 1 des CDU/FDP Gesetzentwurfs) sämtliche materiellen Regelungen zur Ausgestaltung des Vergabeverfahrens letztendlich durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union („EuGH“) im Bereich der Richtlinien des europäischen Vergaberechts und der europäischen Sozial- und Arbeitsschutzgesetzgebung einerseits sowie (auch im Unterschwellenbereich) im Bereich der europäischen Grundfreiheiten getragen werden müssen.
3. Die Gesetzentwürfe sehen in unterschiedlichem Umfang Regelungen zu einer verstärkten mittelstandsfreundlichen Vergabe vor, etwa das Gebot einer Aufteilung in Teil- bzw. Fachlose bzw. die Aufteilung in separate Vergabeverfahren. Nach der Rechtsprechung des EuGH und der Praxis der Europäischen Kommission ist die Erleichterung des Zugangs von mittelständischen Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen ein unionsrechtlich legitimes Ziel, welches im Rahmen

WILMERHALE

- der Vergaberichtlinien verfolgt werden kann. Es darf aber nicht dazu führen, dass zwingende rechtliche Vorgaben außer Kraft gesetzt werden.
4. Zur Klarstellung der Grenzen einer Mittelstandsförderung bei der Aufteilung in separate Vergabeverfahren bzw. der bevorzugten Aufforderung zur Angebotsabgabe sollte erwogen werden, in die entsprechenden vorgeschlagenen Regelungen den Vorbehalt „soweit unionsrechtlich zulässig“ aufzunehmen bzw. zumindest in der Gesetzesbegründung auf die aktuell bestehenden unionsrechtlichen Grenzen, welche der EuGH in seinem einschlägigen Grundlagenurteil dem Fall *Niedernhausen* (Rs. C-574/10) gesetzt hat, zu verweisen.
 5. Die Berücksichtigung ökologischer und sozialer Kriterien im Vergabeverfahren ist unionsrechtlich in vielen Fällen zulässig. Allerdings ist nach den unionsrechtlichen Anforderungen genau zu unterscheiden, ob diese Kriterien Bedingungen für die Auftragsdurchführung, Produktanforderungen im Rahmen der technischen Spezifikationen (etwa Umweltsiegel), Eignungskriterien oder aber ein Zuschlagskriterium darstellen sollen. Je nach der Einordnung kann sich die unionsrechtliche Zulässigkeit solcher Anforderungen stark unterscheiden. Dies illustriert das Urteil des EuGH in Fall *Niederlande/Kommission* (Rs. C-386/10). Einige der vorgeschlagenen Regelungen in dem DIE LINKE Gesetzentwurf sowie in § 3 Abs. 4 des BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Gesetzentwurf berücksichtigen diese unionsrechtlichen Vorgaben nicht hinreichend.
 6. Die in § 9 Abs. 2 des CDU/FDP Gesetzentwurfes vorgesehenen Vergabefreigrenzen sind mit einem zutreffenden unionsrechtlichen Vorbehalt versehen. Im Hinblick auf den vorgesehenen Freibetrag für Lieferungen und Leistungen für eine Beschränkte Ausschreibung von EUR 200.000 (der bis an den EU-Schwellenwert heranreicht) könnte zur Sicherstellung einer Vereinbarkeit mit unionsrechtlichen Vorgaben bei Aufträgen mit Binnenmarktrelevanz erwogen werden, die Durchführung eines Interessenbekundungsverfahrens nach § 4 Abs. 4 des CDU/FDP Gesetzentwurfes als obligatorisch vorzusehen.
 7. Ausdrücklich zu begrüßen sind die vorgesehenen strikten Regelungen in § 9 Abs. 3 und 4 des CDU/FDP Gesetzentwurfes zu Dokumentations- und Transparenzpflichten bei der Inanspruchnahme der vorgesehenen Vergabefreigrenzen, insbesondere auch die Vorgabe einer stichprobenartigen Prüfung der Vergaben durch eine von der Vergabestelle unabhängige Stelle.

WILMERHALE

8. Im Hinblick auf die im BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Gesetzentwurf und CDU/FDP Gesetzentwurf vorgeschlagenen Regelungen über die Verhängung von Vergabesperrn gegen Bieter wegen schwerer Verfehlungen (Unzuverlässigkeit) ist zu begrüßen, dass diese bisherigen zur Sicherstellung einer transparenten und fairen Vergabe bestehenden verwaltungsinternen Regelungen des Gemeinsamen Runderlasses auf eine gesetzliche Grundlage gestellt werden. Allerdings erscheint der in § 13 Abs. 1 des BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Gesetzentwurfes vorgesehene regelmäßig verpflichtende Ausschluss im Falle einer schweren Verfehlung wegen dem mit einer Vergabesperre verbundenen Grundrechtseingriff problematisch. Es sollte bei einer im pflichtgemäßen Ermessen der Vergabestelle stehenden Ausschlussentscheidung bleiben.
9. Zu begrüßen ist auch, dass § 12 Abs. 3 des CDU/FDP Gesetzentwurfes das Konzept der „Selbstreinigung“, welches in der unternehmerischen Compliance-Praxis inzwischen eine herausragende Stellung einnimmt, zumindest im Rahmen von Auftraggeber internen Auftragssperren erwähnt. Zudem könnte erwogen werden, wegen der praktischen Bedeutung das Konzept der Wiederzulassung zum Wettbewerb nach der Durchführung einer „Selbstreinigung“ nach der Verhängung von allgemeinen Vergabesperrn im Gesetz zu verankern.
10. Zu begrüßen ist schließlich aus rechtsstaatlicher Sicht, dass §§ 22-24 des SPD Gesetzentwurfes Rechtsweg- und Verfahrensvorschriften zur Überprüfung von Vergabeentscheidungen unterhalb der EU-Schwellenwerte kodifiziert. Der Bereich der Unterschwellenvergabe ist nach wie vor gesetzlich nicht hinreichend geregelt. Klare Vorschriften für einen effektiven Rechtsschutz in einem beschleunigten Verfahren können dem Wettbewerb insbesondere im Bereich des Mittelstandes dienen und damit ein wichtiges Mittel des Mittelstandsschutzes darstellen.

WILMERHALE

B. Stellungnahme

Ich bedanke mich für die Einladung des Ausschusses für Wirtschaft und Verkehr zur Abgabe einer schriftlichen Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Hessisches Tariftreue- und Vergabegesetz – Drucks. 18/6268 („BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Gesetzentwurf“), der Fraktion der SPD für ein Hessisches Tariftreue- und Vergabegesetz – Drucks. 18/6291 („SPD Gesetzentwurf“), der Fraktionen der CDU und der FDP für ein Gesetz zur Förderung der mittelständischen Wirtschaft und zur Vergabe öffentlicher Aufträge – Drucks. 18/6492 („CDU/FDP Gesetzentwurf“) und der Fraktion DIE LINKE für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge – Drucks. 18/6523 („DIE LINKE Gesetzentwurf“) (gemeinsam „Gesetzentwürfe“) und zur Teilnahme an der öffentlichen Anhörung hierzu.

Die vier Gesetzentwürfe werfen schwerpunktmäßig politische Fragen auf, insbesondere inwieweit im Rahmen des maßgeblich an den haushaltsrechtlichen Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit orientierten Vergaberechts der öffentlichen Hand verstärkt politische Zielsetzungen verfolgt werden können und sollten, vor allen

- inwieweit es für eine effektive Mittelstandsförderung neuer Regelungen wie derjenigen des vorgeschlagenen Hessischen Mittelstandsförderungsgesetzes (Artikel 1 des CDU/FDP Gesetzentwurfes) und weiterer Instrumente in den vorgeschlagenen Gesetzentwürfen (etwa einer mittelstandsfreundlichen Losaufteilung und Ausschreibungsgestaltung) bedarf, um mittelständischen Unternehmen den Zugang zu öffentlichen Aufträgen zu erleichtern; oder
- inwieweit neben den bereits bestehenden Tarifvertragsbindungen für Vergaben in Hessen ein von den Auftragnehmern zu zahlender Mindestlohn festgelegt werden sollte; und
- inwieweit bei Vergaben verstärkt ökologische und soziale Kriterien vorgeschrieben werden sollten, oder ob die Berücksichtigung solcher Gesichtspunkte einer nachhaltigen Beschaffung bereits unter den bestehenden gesetzlichen Rahmenbedingungen hinreichend effektiv und mit welchem bürokratischen Aufwand durchgeführt werden kann und wird.

Aus rechtlicher Sicht ist zentral darauf hinzuweisen, dass aufgrund des in das europäische Vergaberecht hineinragenden Anwendungsbereichs der Gesetzentwürfe (Anwendung für grundsätzlich alle Vergaben durch öffentliche Auftraggeber in Hessen – vgl. etwa § 1 Abs. 1 des CDU/FDP Gesetzentwurfes) sämtliche materiellen Regelungen zur

WILMERHALE

Ausgestaltung des Vergabeverfahrens letztendlich durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union („EuGH“) im Bereich der Richtlinien des europäischen Vergaberechts und der europäischen Sozial- und Arbeitsschutzgesetzgebung einerseits sowie (auch im Unterschwellenbereich) im Bereich der europäischen Grundfreiheiten getragen werden müssen.

Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden vor dem Hintergrund des unionsrechtlichen Rechtsrahmens für Vergaben und aktuellen Gesetzgebungsverfahren auf europäischer Ebene zu einer Modernisierung der Vergaberichtlinien (hierzu I.) zu verschiedenen ausgewählten Aspekten der Gesetzentwürfe Stellung genommen (II.-VI.), im Einzelnen zur Mittelstandsförderung bei Vergaben (hierzu II.), Berücksichtigung ökologischer und sozialer Kriterien bei der Auftragsvergabe (hierzu III.), geplanten Vergabefreigrenzen (hierzu IV.), der Verhängung von Vergabesperrern (hierzu V.) und einem möglichen Rechtssystem bei Unterschwellenvergaben (hierzu VI.).

I. Unionsrechtlicher Rechtsrahmen und aktuelle Reformvorhaben

Für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen in Hessen gelten die folgenden unionsrechtlichen Rahmenbedingungen:

1. Anwendung der europäischen Vergaberichtlinien (oberhalb der EU-Schwellenwerte)

Das auf der Umsetzung der europäischen Vergaberichtlinie 2004/18/EG¹ (Richtlinie 2004/18) basierende Kartellvergaberecht des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist anwendbar, soweit die maßgeblichen auftragsbezogenen EU-Schwellenwerte überschritten sind. Bei der Vergabe von Aufträgen oberhalb der EU-Schwellenwerte sind die unionsrechtlichen (bzw. die bundesrechtlichen) Vorschriften zwingend anzuwenden; sie gehen insoweit landesrechtlichen Regelungen in Hessen vor.

¹ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, AB1. 2004 L 134, S. 114, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) Nr. 1251/2011, AB1. 2011 L 319, S. 43.

2. Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung bei „binnenmarktrelevanten“ Aufträgen (unterhalb der EU-Schwellenwerte)

Auch bei Vergaben von Aufträgen in Hessen unterhalb der einschlägigen EU Schwellenwerte ergeben sich bei Aufträgen, welche eine „Binnenmarktrelevanz“² aufweisen, bestimmte Transparenz- und Gleichbehandlungspflichten aufgrund der EU-Grundfreiheiten des Art. 34 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) (Warenverkehrsfreiheit) und Art. 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit).³ Sind die unionsrechtlichen Grundfreiheiten und insbesondere der Grundsatz der Gleichbehandlung anwendbar, folgt aus ihnen unter anderem eine allgemeine Transparenzpflicht. Danach muss „der Auftraggeber zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden“.⁴

Hierzu bestimmt der aktuelle Gemeinsame Runderlass⁵ in Ziffer 1.4.2:

„1.4.2 Primäre EU-Vergabeverfahrensregeln

(1) Beschaffungsverfahren, Gestattungen (Konzessionen) und Zuwendungen, für die ein grenzüberschreitendes Interesse von Auftragnehmern bestehen kann (Binnenmarktrelevanz), sind unabhängig von dem förmlichen EU-Vergaberegime unter Beachtung allgemein geltenden primären EU-Rechts in transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren nach objektiven Kriterien zu vergeben. Nicht binnenmarktrelevant sind nur solche Leistungen, die wegen „sehr geringfügiger wirtschaftlicher Bedeutung für Wirtschaftsteilnehmer“ in anderen Mitgliedstaaten nicht von Interesse sind.“ [Hervorhebungen wie im Runderlass]

² Die Entscheidung über eine Binnenmarktrelevanz ist aufgrund der individuellen Merkmale des Auftrages (insbesondere des Wertumfanges) zu treffen und obliegt den einzelnen Auftraggebern. Der Entscheidung muss eine Prüfung der Umstände des konkreten Falls vorausgehen, wobei z.B. Auftragsgegenstand, Auftragswert, Besonderheiten des Sektors etc. zu berücksichtigen sind. Eine Binnenmarktrelevanz ist etwa abzulehnen, wenn der Auftrag wegen seiner nur sehr geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung für Wirtschaftsteilnehmer aus anderen EU-Mitgliedstaaten nicht von Interesse ist. Vgl. Vergabemitteilung der Kommission, Ziffer 1.3.

³ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, 2006/C 179/02 („Vergabemitteilung“)

⁴ EuGH, Rs. C-324/98, Telaustria und Telefonadress Slg. 2000, I-10745, Rn. 61; Rs. C-458/03, Parking Brixen, Slg. 2005, I-8585, Rn. 49; Vergabemitteilung, Ziffer 1.2.

⁵ Gemeinsamer Runderlass des Hessischen Ministerium der Finanzen, des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung und des Hessischen Ministeriums des Inneren und für Sport vom 1. November 2007, zuletzt geändert durch Erlass vom 26. November 2012 (StAnz. 51-52/2012, S. 1397).

3. Stand der aktuellen Reform der europäischen Vergaberichtlinien

Im Dezember 2011 hat die Europäische Kommission Vorschläge für eine Modernisierung der europäischen Vergaberichtlinien vorgelegt, insbesondere einer Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe, welche die aktuelle Richtlinie 2004/18 für öffentliche Auftraggeber ersetzen soll („**Kommissionsvorschlag**“).⁶ Der Kommissionsvorschlag verfolgt im Wesentlichen drei Ziele:

- Vereinfachung und Flexibilisierung der Vergaberegeln und -verfahren;
- Vereinfachung und Förderung des Zugangs von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) zu öffentlichen Aufträgen; und
- Verstärkte Berücksichtigung von nachhaltigen Beschaffungskonzepten (Lebenszykluskosten) sowie Umweltkriterien und sozialen Kriterien bei der Beschaffung.

Der Kommissionsvorschlag wird aktuell im Europäischen Parlament und im Rat diskutiert. Dabei hat der Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz (IMCO) („Binnenmarktausschuss“) des Europäische Parlamentes am 18.12.2012 in seinem Bericht zu dem Kommissionsvorschlag (Bericht vom 11.01.2012, veröffentlicht am 15.01.2013)⁷ („**Bericht Binnenmarktausschuss**“) eine Vielzahl von Änderungsvorschlägen zu dem Entwurf der Kommission vorgelegt. Auch der Rat hat am 30.11.2012 einen Kompromissposition zu dem Kommissionsvorschlag vorgelegt.⁸ Mit der Verabschiedung der Reform der aktuellen Vergaberichtlinie wird im Laufe des Jahres 2013 gerechnet; eine Umsetzung durch die Mitgliedstaaten soll bis zu 30. Juni 2014 erfolgen.

II. Mittelstandsfreundliche Vergabe

Die Gesetzentwürfe sehen in unterschiedlichem Umfang Regelungen zu einer verstärkten mittelstandsfreundlichen Vergabe vor. Die hier vorgeschlagenen Instrumente betreffen die folgenden Bereiche:

⁶ Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe vom 20.12.2011, KOM (2011) 896 endg.

⁷ Binnenmarktausschuss, Final Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement (2011/0438(COD) of 11.01.2013, PE483.468v03-00 (nur in Englisch verfügbar). <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201301/20130115ATT59102/20130115ATT59102EN.pdf>

⁸ Presidency Compromise Text on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, 30.11.2012, Council Document 16725/1/12 (nur in Englisch verfügbar) unter <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/st16/st16725-re01.en12.pdf>

WILMERHALE

- Gebot zu einer (angemessenen) Aufforderung von mittelständischen Unternehmen zur Angebotsabgabe bei Beschränkten Ausschreibungen und Freihändigen Vergaben (§ 4 Abs. 1 des SPD Gesetzentwurfes; § 6 Abs. 1 S. 1 des CDU/FDP Gesetzentwurfes; § 9 Abs. 1 DIE LINKE Gesetzentwurf);
- Gebot einer Aufteilung in Teil- bzw. Fachlose und getrennten Ausschreibungen (§ 5 Abs. 6 BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Gesetzentwurf; § 4 Abs. 2 des SPD Gesetzentwurfes; § 6 Abs. 1 S. 2 und 3 des CDU/FDP Gesetzentwurfes; § 9 Abs. 2 DIE LINKE Gesetzentwurf);
- Mittelstandsfreundliche Gestaltung der Verdingungsunterlagen (§ 4 Abs. 2 des SPD Gesetzentwurfes) bzw. des Beschaffungsgegenstandes und Gebot einer regelmäßigen elektronischen Auftragsbekanntmachung in der Hessischen Ausschreibungsdatenbank (**HAD**) (§ 4 Abs. 3 des SPD Gesetzentwurfes);
- Gebot der Zulassung von Bietergemeinschaften und Arbeitsgemeinschaften (§ 6 Abs. 2 und 3 des CDU/FDP Gesetzentwurfes) und Planung von öffentlich-privaten Partnerschaften (ÖPP), die eine Teilnahme von mittelständischen Unternehmen an dem Projekten ermöglicht (§ 8 des CDU/FDP Gesetzentwurfes).

1. Mittelstandsfreundliche Vergabe als unionsrechtlich legitimes Ziel darf im Rechtsrahmen der Vergaberichtlinien verfolgt werden

Nach der Rechtsprechung des EuGH und der Praxis der Europäischen Kommission ist die Erleichterung des Zugangs von mittelständischen Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen ein legitimes Ziel. Allerdings dürfen die entsprechenden nationalen Regelungen einer mittelstandsfreundlichen Vergabe nicht dazu führen, dass die unionsrechtlichen Prinzipien der Nichtdiskriminierung und Transparenz oder aber zwingende Vorgaben der europäischen Vergaberichtlinien außer Kraft gesetzt werden. So hat der EuGH in seinem Urteil in der Rs. C-574/10 *Niedernhausen* (zu einem Vergabeverfahren der hessischen Stadt Niedernhausen) zu dieser Frage ausgeführt:⁹

„Dem Vorbringen der Beklagten zur Zweckmäßigkeit der Aufteilung eines Auftrags, um ihn den finanziellen Möglichkeiten von Mittelstandsunternehmen anzupassen, kann auch nicht gefolgt werden. Auch wenn das Ziel, den Mittelstandsunternehmen die Teilnahme an öffentlichen Aufträgen auf Unionsebene zu erleichtern, legitim ist, darf es nicht auf Kosten einer effektiven Anwendung der unionsrechtlichen Vorschriften im Bereich der öffentlichen Aufträge verfolgt werden.“

⁹ EuGH, Urteil vom 15. März 2012, Rs. C-574/10, Kommission/Deutschland, noch nicht in Sammlung veröffentlicht, Rn. 47 – Gemeinde Niedernhausen.

WILMERHALE

Das Unionsrecht lässt damit Regelungen für die Förderung des Mittelstandes zu, die allerdings die zwingenden unionsrechtlichen Vorschriften über die Auftragsvergabe (derzeit Richtlinie 2004/18) nicht beeinträchtigen dürfen. Die Europäische Kommission hat hierzu bereits im Jahr 2008 einen Leitfaden zu einer mittelstandsfreundlichen Ausgestaltung von Vergabeverfahren veröffentlicht („**Leitfaden Mittelstandsvergabe**“).¹⁰

2. Stand der Reformvorhaben auf unionsrechtlicher Ebene

Der Kommissionsvorschlag für eine neue europäische Vergaberichtlinie enthält verschiedene Vorschläge zu einer besseren Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei der Auftragsvergabe (insb. Artikel 44 des Kommissionsvorschlags). Allerdings hat der Binnenmarktausschuss des Europäischen Parlaments die Vorschläge der Kommission zu der Einführung von konkreten rechtlichen Vorgaben für Auftraggeber zu der Förderung der Interessen kleiner und mittlerer Unternehmen (Loszuschnitt, Loslimitierung) in seinem Bericht vom 15.01.2012³ nicht gebilligt, sondern weitgehend einen „soft law“ Ansatz verfolgt, bei welchem keine verbindlichen rechtlichen Regelungen im Richtlinienentwurf selbst, sondern Empfehlungen zu einer mittelstandsfreundlichen Vergabe in die Erwägungsgründe aufgenommen werden sollen (Bericht Binnenmarktausschuss, S. 30, S. 98-99). So hat der Binnenmarktausschuss hierbei auf die bereits seit 2008 bestehenden Leitfaden Mittelstandsvergabe der Kommission verwiesen (Bericht Binnenmarktausschuss, S. 30).

Damit ist derzeit unklar, in welchem Umfang die neue europäische Vergaberichtlinie Regelungen zur Förderung des Zugangs von KMU zu öffentlichen Aufträgen enthalten wird.

3. Bewertung der vorgeschlagenen Regelungen

Vor diesem Hintergrund bestehen zu den vorgeschlagenen Regelungen zum Mittelstandsschutz bei Auftragsvergaben die folgenden Anmerkungen:

- Gebot zur Aufteilung in Teil- bzw. Fachlose und getrennten Ausschreibungen:
Das in allen vier Gesetzentwürfen vorgesehene Gebot der Durchführung von getrennten Vergabeverfahren (statt der Durchführung eines Vergabeverfahrens mit verschiedenen Losen) zur Förderung des Mittelstands ist im Hinblick auf

¹⁰ Europäischer Leitfaden für bewährte Verfahren (Code of Best Practice) zur Erleichterung des Zugangs kleinerer und mittlerer Unternehmen (KMU) zu öffentlichen Aufträgen, Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen, SEC(2008) 2193. Abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/other_aspects/index_de.htm.

WILMERHALE

die zwingenden Vorgaben von Art. 9 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18 nicht unproblematisch. Danach darf ein einheitliches Projekt nicht in verschiedene Einzelvergaben aufgeteilt werden, wenn dies zu einer Umgehung der Richtlinie führt. Die Begründung zu § 6 des CDU/FDP Entwurfes (S. 20 der Drucks. 18/6492) verweist insoweit zutreffenderweise darauf, dass die Regelungen zu der Berechnung der EU-Schwellenwerte nach § 3 VgV unberührt bleiben. Dies ist ein indirekter Verweis auf die Vorgaben von Art. 9 der Richtlinie 2004/18 (welche maßgeblich in § 3 VgV umgesetzt werden). Die vorgesehene Mittelförderung durch die Aufteilung in verschiedene Vergabeverfahren darf damit nur unter Beachtung der unionsrechtlichen Vorgaben durchgeführt werden. Eine Aufspaltung eines zusammenhängenden Projekts mit einheitlichem Charakter in verschiedene Teilausschreibungen dürfte – wenn diese Aufspaltung dazu führt, dass der relevante EU-Schwellenwert unterschritten wird – nach den aktuellen Vorgaben von Art. 9 Abs. 3 Richtlinie 2004/18 und insbesondere auch dem EuGH-Urteil im Fall *Niedernhausen* (zu einer Vergabe in Hessen) sowohl bei Bau- wie auch Dienstleistungsaufträgen grundsätzlich nicht zulässig sein. Auch die geplante neue europäische Vergaberichtlinie soll nach aktuellem Stand in Erwägungsgrund 4 klarstellende Erläuterungen dazu enthalten, dass einheitliche Projekte nicht in separate Ausschreibungen aufgeteilt werden dürfen.¹¹

- Bevorzugung von mittelständischen Bietern bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe? Drei der Gesetzentwürfe sehen das Gebot einer Aufforderung von mittelständischen Unternehmen zur Angebotsabgabe bei Beschränkten Ausschreibungen und Freihändigen Vergaben vor (d.h. Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte). So sind etwa nach § 6 Abs. 1 S. 1 des CDU/FDP Gesetzentwurfes die Interessen der Unternehmen, die unter das parallel geplante Mittelförderungsgesetz fallen, „bei der Angebotsaufforderung vornehmlich zu berücksichtigen.“ Eine Bevorzugung mittelständischer Unternehmen bei der

¹¹ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe vom 20.12.2011, KOM(2011) 896 endg., Erwägungsgrund 4: „Auch hat sich als notwendig erwiesen, klarzustellen, was unter einer einzelnen Auftragsvergabe zu verstehen ist, wobei mit Blick auf die Erreichung der in dieser Richtlinie festgelegten Schwellenwerte der aggregierte Wert aller für die Zwecke der betreffenden Beschaffung vergebenen Aufträge zu Grunde zu legen und der Auftrag als Ganzes – unter Umständen aufgeteilt in Lose – bekanntzumachen ist. Nach diesem Konzept umfasst eine einzelne Auftragsvergabe sämtliche Lieferungen, Bauleistungen und Dienstleistungen, die für die Durchführung eines bestimmten Projekts, beispielsweise eines Bauvorhabens, oder einer Gesamtheit von Bauleistungen, Lieferungen und/oder Dienstleistungen erforderlich sind.“. Der Binnenmarktausschuss hat am 18.12.2012 diesen Wortlaut von Erwägungsgrund 4 gebilligt (Bericht Binnenmarktausschuss vom 11.01.2013, S. 10).

WILMERHALE

Aufforderung zur Angebotsabgabe (bei Beschränkter Ausschreibung oder Freihändiger Vergabe) könnte zumindest dann problematisch sein, wenn der betreffende Auftrag eine Binnenmarktrelevanz aufweist. In diesen Fällen muss die Auswahl der Bewerber, welche zu der Abgabe eines Angebots aufgefordert werden, aufgrund des unionsrechtlichen Gleichbehandlungs- und Nichtdiskriminierungsgebots anhand von sachbezogenen (auftragsbezogenen) Grundsätzen erfolgen. Eine gezielte Bevorzugung von mittelständischen Unternehmen würde in solchen Fällen ausscheiden.

Vorschlag: Zur Klarstellung der Grenzen einer Mittelstandsförderung bei der Aufteilung in separate Vergabeverfahren bzw. der Aufforderung zur Angebotsabgabe sollte erwogen werden, in die entsprechenden vorgeschlagenen Regelungen den Vorbehalt „soweit unionsrechtlich zulässig“ aufzunehmen bzw. zumindest in der Gesetzesbegründung auf die entsprechenden unionsrechtlichen Grenzen zu verweisen (ggf. kann hierbei direkt die einschlägige Entscheidung des EuGH in dem Fall Niedernhausen (Rs. C-574/10) erwähnt werden.

Vorschlag: Zusätzlich könnte erwogen werden, die Überschrift in § 6 des CDU/FDP Gesetzentwurfes (bzw. § 4 des SPD Gesetzentwurfes und § 9 DIE LINKE Gesetzentwurf) von „Fördergrundsätze“ in „Mittelstandsorientierte Vergabe“ o.ä. abzuändern, da die bisherigen Überschriften eine Bevorzugung (Förderung) des Mittelstandes suggerieren, die aus Sicht des allgemeinen vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes und der unionsrechtlichen Vorgaben des Beihilfenrechts (Art. 107 AEUV) als missverständlich angesehen werden könnten.

III. Berücksichtigung ökologischer und sozialer Kriterien

Vor allen der BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Gesetzentwurf und der SPD Gesetzentwurf sehen bindende Vorgaben zu der verstärkten Berücksichtigung ökologischer und sozialer Kriterien bei der Vergabe von Aufträgen vor, während der CDU/FDP Gesetzentwurf die Berücksichtigung solcher Kriterien bei der Auftragsdurchführung (bzw. als Zuschlagskriterien) zulässt ohne aber Auftraggebern in Hessen hierbei Vorgaben zu der Berücksichtigung solcher Kriterien macht. Die vorgeschlagenen Instrumente vor allem die folgenden Bereiche:

- Möglichkeit (§ 2 Abs. 2 des CDU/FDP Gesetzentwurfes) bzw. Gebot einer Auferlegung von zusätzlichen ökologischen und sozialen Kriterien bei der Auf-

WILMERHALE

tragsdurchführung (§ 3 Abs. 2 bis 6 BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Gesetzentwurf, § 11 Abs. 1 SPD Gesetzentwurf);

- Berücksichtigung von Umweltkriterien als Zuschlagskriterium (§ 10 S. 4 des SPD Gesetzentwurfes) bzw. Regelungen zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit von Angeboten unter Berücksichtigung von volkswirtschaftlichen Kosteneinsparungen durch umweltschonende Leistungen (§ 8 Abs. 2 DIE LINKE Gesetzentwurf) bzw. die Berücksichtigung des Umfangs der beruflichen Erstausbildung oder Maßnahmen zur Gleichstellung von Männern und Frauen als Zuschlagskriterium ((§ 6 und 7 Abs. 2 DIE LINKE Gesetzentwurf);
- Umweltgütezeichen als technische Spezifikationen (§§ 9 SPD Gesetzentwurf bzw. § 8 Abs. 3 DIE LINKE Gesetzentwurf)
- Umweltmanagementnormen als Eignungskriterium (§ 9 Abs. 3 und 4 SPD Gesetzentwurf).

1. **Stand des Unionsrechts – Berücksichtigung von umweltbezogenen und sozialen Kriterien**

Nach der Entscheidung des EuGH in der Rs. C-368/10 *Kommission/Niederlande* gelten für die Berücksichtigung sozialer und ökologischer Aspekte als Produkthanforderung, Zuschlagskriterium und auch als Eignungsnachweis aktuell die folgenden Grundsätze¹²:

- Produkthanforderungen/technische Spezifikationen: Das Unionsrecht steht nicht grundsätzlich einem öffentlichen Auftrag entgegen, für den der öffentliche Auftraggeber verlangt oder wünscht, dass bestimmte zu liefernde Erzeugnisse aus ökologischer Landwirtschaft oder fairem Handel stammen. Der öffentliche Auftraggeber muss jedoch im Einklang mit Art. 23 Abs. 6 Richtlinie 2004/18 de-

¹² Gegenstand der Entscheidung war ein Vergabeverfahren der Provinz Nordholland über die Bewirtschaftung und Bestückung von Kaffeeautomaten. Im Sinne einer nachhaltigen Beschaffung formulierte der Auftraggeber im Rahmen des Lastenhefts besondere Qualitätsanforderungen für den zu liefernden Tee und Kaffee sowie auch für die weiteren Zutaten wie Milch, Zucker und Kakao. Demnach sollten die Produkte in Bezug auf eine ökologische Produktion das EKO- Gütesiegel tragen, zur Sicherstellung des fairen Handels das Gütezeichen der Gesellschaft MAX HAVELAAR. Dabei waren neben diesen Umweltsiegeln auch gleichwertige Siegel/Nachweise zugelassen. Für Kaffee und Tee waren diese Vorgaben als Mindestanforderungen auszulegen, für die weiteren Zutaten sollte die Zertifizierung im Rahmen der Zuschlagskriterien bewertet werden. Zusätzlich forderte der Auftraggeber von den Bietern Angaben zur Erfüllung von allgemeinen Nachhaltigkeitsaspekten und sozial verantwortlichem Wirtschaften im Einkauf. Diese waren auszuliegen als Angaben zum Nachweis der technischen Eignung der Bieter.

WILMERHALE

taillierte technische Spezifikationen verwenden, anstatt auf Umweltgütezeichen oder bestimmte Gütezeichen Bezug zu nehmen.¹³

- Bedingungen für die Auftragsausführung: Nach Art. 26 der RL 2004/18 können soziale und umweltbezogene Aspekte als Bedingungen für die Auftragsdurchführung vorgesehen werden.¹⁴
- Nachhaltiges Wirtschaften als Eignungsnachweis? Die Forderung von allgemeinen Nachhaltigkeitsstrategien des Bieters als Eignungsnachweis ist nicht zulässig, da Artikel 48 der RL 2004/18 einen abschließenden Katalog von Nachweisen enthält, die der Auftraggeber zur Prüfung der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit fordern kann.¹⁵
- Umweltaspekte (und soziale Kriterien) als Zuschlagskriterium grundsätzlich zulässig: Umwelteigenschaften können zulässigerweise ein Zuschlagskriterium nach Art. 53 RL 2004/18 sein, soweit diese mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und die Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und des fairen Wettbewerbs beachtet werden.¹⁶ Dies gilt auch für Aspekte der Nachhaltigkeit (soziale Kriterien wie Fair Trade Anforderungen). Auch diese müssen allerdings auftragsbezogen sein, d.h. es darf nicht auf die allgemeine Geschäftspolitik der Bieter Einfluss genommen werden. Daher kann beispielsweise die Vorgabe des fairen Handels als Zuschlagskriterium berücksichtigt werden, soweit sie sich nur auf das konkret eingekaufte Produkt bezieht. Wiederrum ist aber auch im Rahmen der Zuschlagskriterien notwendig, dass den Bietern die konkreten Anforderungen transparent gemacht werden (d.h. nicht lediglich auf ein bestimmtes Fair-Trade Siegel verwiesen wird).

2. Bewertung der vorgeschlagenen Regelungen

Vor dem geschilderten Hintergrund sind die in den Gesetzentwürfen vorgesehenen Regelungen zusammenfassend wie folgt zu bewerten:

¹³ EuGH, Rs. C-368/10, Kommission/Niederlande, noch nicht in Sammlung veröffentlicht, Rn. 61-70.

¹⁴ EuGH, Rs. C-368/10, Kommission/Niederlande, noch nicht in Sammlung veröffentlicht, Rn. 73-79.

¹⁵ EuGH, Rs. C-368/10, Kommission/Niederlande, noch nicht in Sammlung veröffentlicht, Rn. 105-108.

¹⁶ EuGH, Rs. C-368/10, Kommission/Niederlande, noch nicht in Sammlung veröffentlicht, Rn. 85 und 86.

WILMERHALE

- Umweltgütezeichen als technische Spezifikation: Die vorgesehenen Regelungen in § 3 Abs. 4 des BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Gesetzentwurf zur Einhaltung ökologischer Anforderungen bezüglich der Umwelteigenschaften der beschaffenden Waren erscheinen nicht hinreichend klar formuliert. Sie betreffen nicht wie angegeben die Auftragsdurchführung, sondern vielmehr bestimmte Umwelteigenschaften der zu beschaffenden Waren, welche als Anforderungen im Rahmen von technischen Spezifikationen nach Art. 23 Abs. 6 Richtlinie 2004/18 unter den dort genannten Bedingungen zulässig sein können. Daneben wäre nach der Entscheidung des EuGH im Fall *Kommission/Niederlande* der vorgesehene Verweis auf geeignete Umweltgütezeichen als solches nicht ausreichend. Vielmehr müssen vom Auftraggeber immer auch die dem Umweltgütezeichen zugrunde liegenden Spezifikationen angegeben werden. Dies berücksichtigen richtigerweise § 9 des SPD Gesetzentwurfes bzw. § 8 Abs. 3 des DIE LINKE Gesetzentwurfes, welche die betreffenden Umweltgütezeichen als technische Spezifikationen identifizieren und die unionsrechtlichen Vorgaben des Art. 23 Abs. 6 Richtlinie 2004/18 für die Verwendung solche Gütezeichen widerspiegeln.
- Umweltmanagementnormen als Eignungskriterium: Die in § 9 Abs. 3 und 4 des SPD Gesetzentwurfes vorgesehenen Regelungen zur Berücksichtigung der Erfüllung von Normen des Umweltmanagements (Erfüllung von EMAS Normen) als Eignungskriterium stehen mit den unionsrechtlichen Regelungen des Art. 48 Abs. 2 lit. f) und Art. 50 RL 2004/18 im Einklang. Dagegen bezeichnet § 3 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 des BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Gesetzentwurf die Erfüllung von Normen des Umweltmanagement als Anforderungen für die Auftragsdurchführung, nicht aber wie eigentlich zutreffend als Eignungskriterium (damit würde der jetzige Vorschlag in § 3 Abs. 4 BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Gesetzentwurf nicht mit den unionsrechtlichen Regelungen im Einklang stehen).
- Berücksichtigung volkswirtschaftlicher Kosteneinsparungen als Zuschlagskriterium? Nach § 8 Abs. 2 des DIE LINKE Gesetzentwurf sollen bei der Bewertung der Wirtschaftlichkeit von Angeboten auch „die volkswirtschaftlichen Kosteneinsparungen“ berücksichtigt werden und demzufolge ein Angebot über umweltfreundliche Leistungen als wirtschaftlicher gelten, wenn sein Preis in „tragbarem, auftragsbezogenen Maße“ über dem eines preislich günstigeren, aber weniger umweltfreundlichen Angebot liegt. Auch wenn umweltbezogene Kriterien, die auf den Auftragsgegenstand bezogen sind, grundsätzlich als Zuschlagskriterien zulässig sind, so gilt dies – wie der EuGH im Fall *Kommission/Niederlande* betont hat – nur für solche Kriterien, die für Bieter hinreichend

WILMERHALE

transparent sind. Dies wäre für das in § 8 Abs. 2 des DIE LINKE Gesetzentwurfes wohl nicht der Fall, da diese „externen Kosten“ mangels abgesicherter Quantifizierungs- und Berechnungsmethoden intransparent und zudem für Auftraggeber kaum praktikabel sein dürfte, so dass diese Regelung wohl nicht mit Art. 53 der Richtlinie 2004/18 im Einklang steht. Demgegenüber sieht § 10 S. 4 des SPD Gesetzentwurfes im Einklang mit unionsrechtlichen Anforderungen richtigerweise eine Reihe von Voraussetzungen vor, die bei der Berücksichtigung von Umweltkriterien im Rahmen der Zuschlagserteilung zu beachten sind.

- Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen bzw. berufliche Erstausbildung als Zuschlagskriterium? Nach § 6 bzw. 7 des DIE LINKE Gesetzentwurfes sollen „bei der Entscheidung über den Zuschlag“ berücksichtigt werden inwieweit der Bieter Maßnahmen zur Gleichstellung von Männern und Frauen ergreift bzw. sich an der beruflichen Erstausbildung beteiligt; im Zweifel sollten bei gleichwertigen Angeboten die Bieter des Zuschlag erhalten, welche diese Kriterien am ehesten erfüllen (§ 6 Abs. 2 bzw. 7 Abs. 3 des DIE LINKE Gesetzentwurfes). Auch diese Regelungen dürften nicht mit den unionsrechtlichen Anforderungen des Art. 53 RL 2004/18 vereinbar sein, da mit diesen auf die allgemeine Geschäftspolitik des Bieters Einfluss genommen werden soll (grundsätzlich sind auch soziale Kriterien als Zuschlagskriterien denkbar – diese müssen allerdings auftragsbezogen sein).¹⁷

Vorschlag: Bei der Berücksichtigung sozialer und ökologischer Aspekte im Vergabeverfahren ist nach den unionsrechtlichen Anforderungen genau zu unterscheiden, ob diese Kriterien Bedingungen für die Auftragsdurchführung, Produktanforderungen im Rahmen der technischen Spezifikationen, Eignungskriterien oder aber ein Zuschlagskriterium darstellen sollen. Je nach der Einordnung kann sich die unionsrechtliche Zulässigkeit solcher Anforderungen erheblich unterscheiden. Dies illustriert gerade die Entscheidung des EuGH in Fall Niederlande/Kommission (Rs. C-386/10). Verschiedene vorgeschlagene Regelungen in dem DIE LINKE Gesetzentwurf sowie in § 3 Abs. 4 des BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Gesetzentwurfes erscheinen wie ausgeführt aus diesem Gesichtspunkt problematisch, so dass erwogen werden sollte, diese zu überarbeiten.

¹⁷ EuGH, Rs. C-368/10, Kommission/Niederlande, noch nicht in Sammlung veröffentlicht, Rn. 85 und 86.

IV. Vergabefreigrenzen und unionsrechtliche Anforderungen des Binnenmarktes

Die Gesetzentwürfe sehen teilweise Freigrenzen vor, bei denen eine Vergabe von Aufträgen nicht im Wege einer Öffentlichen Ausschreibung erfolgen muss:

- Der CDU/FDP Gesetzentwurf übernimmt dabei die nach dem aktuellen Gemeinsamen Runderlass (Ziffer 2.2.1) geltenden Freigrenzen für die Durchführung einer Beschränkten Ausschreibung bzw. Freihändigen Vergabe von bis zu EUR 1 Mio. pro Fachlos (Baufträge) bzw. EUR 200.000 (Lieferungen und Leistungen) und überführt diese in Gesetzesrang (§ 9 Abs. 2 CDU/FDP Gesetzentwurf). Der CDU/FDP Gesetzentwurf stellt zudem in Bezug auf diese allgemeinen Freigrenzen klar, dass diese nur Anwendung finden, „soweit das Recht der Europäischen Union nicht entgegensteht“ (§ 9 Abs. 2 a.E.)
- Der BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Gesetzentwurf sieht in § 5 Abs. 3 und 4 weit niedrigere Freigrenzen für die Ausnahme von dem Grundsatz einer Öffentlichen Ausschreibung vor (Baufträge: Verweis auf allgemeine VOB/A Freigrenzen; Lieferungen: Freihändige Vergabe bis EUR 10.000 und Beschränkte Ausschreibung bis EUR 40.000).

Diese vorgesehenen Freigrenzen können bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der EU Schwellenwerte durch unionsrechtliche Vorgaben zur Gewährung einer ausreichenden Transparenz bei Aufträgen, an denen ein grenzüberschreitendes Interesse bestehen kann (sog. „Binnenmarktrelevanz“) überlagert werden (hierzu **1.**), was bei der praktischen Anwendung Freigrenzen zu beachten ist (zur Bewertung der Freigrenzen insgesamt unter **2.**)

1. Grundsätze der Transparenz- und Nichtdiskriminierung bei Aufträgen mit „Binnenmarktrelevanz“

Auch wenn das Auftragsvolumen unterhalb der EU-Schwellenwerte liegt, bestehen bei einer hinreichenden „Binnenmarktrelevanz“ aufgrund der unionsrechtlichen Grundfreiheiten der Warenverkehrsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit bestimmte Transparenz- und Gleichbehandlungspflichten für öffentliche Auftraggeber (vgl. oben I.2). Je näher der Auftragswert an die Grenzen der EU-Schwellenwerte heranrückt, desto eher dürfte in der Regel eine Binnenmarktrelevanz gegeben sein, welche grundsätzliche zur Sicherstellung der Transparenz eine Auftragsbekanntmachung erfordert.

Insgesamt müssen danach Auftraggeber bei Aufträgen mit Binnenmarktrelevanz zwar kein formelles Vergabeverfahren durchführen, jedoch bestimmte Mindestkriterien wie eine Bekanntmachung (z.B. im Internet oder nationalen bzw. lokalen Medien) sowie

eine diskriminierungsfreie und transparente Durchführung des Verfahrens und Auswahl des Auftragnehmers (sog. „*Vergaberecht light*“) einhalten. Ein Verstoß hiergegen stellt eine so genannte mittelbare Diskriminierung dar (andere potentielle Bieter, inländische und ausländische, haben gleichermaßen keine Chance, den Auftrag zu erhalten).¹⁶

Zu den aus den Grundfreiheiten resultierenden Bekanntmachungspflichten bestimmt der Gemeinsame Runderlass aktuell in Ziffer 2.2 (5), dass eine vorherige Bekanntmachung in der HAD regelmäßig angezeigt ist:

„(5) Der öffentliche Aufruf an geeignete Auftragnehmerinnen und Auftragnehmer, sich um die Teilnahme an einer nicht dem förmlichen EG-Vergaberecht unterliegenden Beschränkten Ausschreibung oder Freihändigen Vergabe zu bewerben, ist das am besten geeignete Mittel, in Übereinstimmung mit dem primären EG-Recht und dem Haushaltsrecht Beschaffungsverfahren schnell und einfach durchzuführen sowie illegalen Praktiken vorzubeugen.“ [Hervorhebungen wie im Runderlass]

2. Bewertung der vorgeschlagenen Regelungen

Die vorgesehene Freigrenzen im CDU/FDP Gesetzentwurf bzw. dem BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Gesetzentwurf sind vor diesem Hintergrund wie folgt zu bewerten:

- Zutreffender unionsrechtlicher Vorbehalt: Die vorgesehenen Freigrenzen können nur insoweit in Anspruch genommen werden, soweit unionsrechtliche Regelungen nicht entgegenstehen (Ausschreibungs- und Transparenzpflichten aufgrund EU-Grundfreiheiten bei Binnenmarktrelevanz). Dies berücksichtigt § 9 Abs. 2 des CDU/FDP Gesetzentwurf hinreichend (ggf. könnte auch in der Gesetzesbegründung zu § 9 noch einmal kurz auf die unionsrechtlichen Vorgaben bei Aufträgen mit Binnenmarktrelevanz verwiesen werden).¹⁸ Die in § 5 Abs. 4 und 5 des BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Gesetzentwurf vorgesehen Freigrenzen erscheinen wegen ihres relativ niedrigen Wertes als unionsrechtlich unbedenklich.

¹⁶ EuGH, C-231/03, Coname, Slg. 2005, I-7287, Rdnr. 19. Abweichungen von diesen Grundsätzen sind wiederum nur zulässig, wenn sie durch überwiegende Gründe des Allgemeinwohls, wie sie für die Grundfreiheiten gelten, gerechtfertigt sind. Eine mittelbare Diskriminierung, wie sie sich aus einer fehlenden Bekanntgabe und Durchführung eines objektiven und transparenten Auswahlverfahrens ergibt, kann danach durch objektive (d.h. von der Staatsangehörigkeit unabhängige) und verhältnismäßige Erwägungen gerechtfertigt werden. Vgl. EuGH, Coname, C-231/03, Slg. 2005, I-7287, Rdnr. 19; Schweitzer/Hummer/Obwexer, Europarecht, 2007, Rdnr. 1334.

¹⁸ Zur Konkretisierung der unionsrechtlichen Anforderungen bei Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwert und zur Erleichterung der praktischen Handhabung durch die Vergabestellen sollten die zusätzlichen Erläuterungen zur Binnenmarktrelevanz in dem aktuellen Gemeinsamen Runderlass beibehalten bzw. in weiteren Handreichungen erläutert werden.

WILMERHALE

- Freigrenze von EUR 200.000 für Lieferungen und Leistungen: Der CDU/FDP Gesetzentwurf sieht für Lieferungen und Leistungen eine Freigrenze von EUR 200.000 (§ 9 Abs. 2 Nr. 2 a), welche gelten soll, soweit keine anderen Regelungen nach § 9 Abs. 1 getroffen wurden. Eine solche Freigrenze würde weiterhin alle Vergaben in Hessen im Bereich von Lieferungen und Leistungen (Anwendungsbereich der VOL/A) unterhalb der EU-Schwellenwerte (d.h. bis aktuell EUR 200.000) von dem Grundsatz der Öffentlichen Ausschreibung ausnehmen. Aufgrund von dieser bis an den EU-Schwellenwert heranreichenden Freigrenze ist wahrscheinlich, dass bei dem Vorliegen einer Binnenmarktrelevanz des konkreten Auftrages wegen der unionsrechtlichen Anforderungen dennoch eine Auftragsbekanntmachung erfolgen müsste (siehe oben).
- Dokumentationspflichten- und stichprobenweise Überprüfung der Ordnungsmäßigkeit der Vergaben: Ausdrücklich zu begrüßen sind die vorgesehenen strikten Regelungen in § 9 Abs. 3 und 4 des CDU/FDP Gesetzentwurfes zu Dokumentations- und Transparenzpflichten bei der Inanspruchnahme der vorgesehenen Vergabefreigrenzen, insbesondere auch die Vorgabe einer stichprobenartigen Prüfung der Vergaben durch eine von der Vergabestelle unabhängige Stelle. Aus den vergangenen Erfahrungen, insbesondere meiner Mitarbeit in der Stichprobenkommission zur stichprobenartigen Überprüfung von Auftragsvergaben der Hessischen Zentrale für Datenverarbeitung (HZD) in den Jahren 2007-2010¹⁹, sind Vorgaben zu einer ausführlichen Dokumentation und auch zumindest stichprobenartigen Prüfung geeignet, die Transparenz- und Effizienz der Auftragsvergaben zu steigern und die Einhaltung vergaberechtlicher Anforderungen sicherzustellen.

Vorschlag: Die in § 9 Abs. 2 des CDU/FDP Gesetzentwurfes vorgesehenen Freigrenzen sind mit einem zutreffenden unionsrechtlichen Vorbehalt versehen. Im Hinblick auf den vorgesehenen Freibetrag für Lieferungen und Leistungen für eine Beschränkte Ausschreibung von EUR 200.000 (der bis an den EU-Schwellenwert heranreicht) könnte zur Sicherstellung einer Vereinbarkeit mit unionsrechtlichen Vorgaben bei Aufträgen mit Binnenmarktrelevanz erwogen werden, die Durchführung eines Interessenbekundungsverfahrens nach § 4 Abs. 4 des CDU/FDP Gesetzentwurfes als obligatorisch vorzusehen.

¹⁹ Siehe Pressemitteilung des Hessischen Ministeriums der Finanzen vom 06.04.2011 „Abschlussbericht zur Umsetzung des 5-Punkte-Plans zur Steigerung der fachlichen und rechtlichen Effizienz durch die Optimierung der Abläufe und Strukturen bei IT-Beschaffungsprozessen“

V. Vorschriften über Vergabesperren gegen Unternehmen bei Unzuverlässigkeit (schweren Verfehlungen)

Zwei der Gesetzesentwürfe enthalten Vorschriften über die Verhängung von allgemeinen Vergabesperren gegen Unternehmen (Ausschluss von grundsätzlich allen Vergaben in Hessen):

- Der BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Gesetzentwurf sieht in § 13 vor, dass Bewerber und Bieter, die nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, von der Teilnahme am Wettbewerb ausgeschlossen werden (§ 13 Abs. 1), vor einem Ausschluss zu hören sind (§ 13 Abs. 2) und nur im Einzelfall von dem zwingenden Ausschluss abgesehen werden kann (§ 13 Abs. 3), wobei das Nähere in einer Rechtsverordnung geregelt werden soll (§ 13 Abs. 4). Die Vergabesperren werden bei einer zentralen Melde- und Informationsstelle für Vergabesperren eingetragen (§ 14).
- Der CDU/FDP Gesetzentwurf sieht in § 9 Abs. 2 vor, dass Unternehmen wegen schwerer Verfehlungen, die ihre Zuverlässigkeit infrage stellen, von Aufträgen (aller) öffentlicher Auftraggeber ausgeschlossen werden können, wobei Näheres in einer Rechtsverordnung geregelt werden soll.

Daneben sieht der SPD Gesetzentwurf in § 21 Abs. 3 die Möglichkeit von auftraggeberinternen Auftragssperren vor, soweit ein Unternehmer gegen bestimmte in dem SPD-Gesetzentwurf vorgesehene Verpflichtungen verstößt. Der DIE LINKE Gesetzentwurf enthält in § 13 Abs. 3 vergleichbare Regelungen.

1. Hintergrund: Der Gemeinsame Runderlass über Vergabesperren in Hessen

In Hessen hat die Landesregierung am 16. Februar 1995 einen Erlass über Vergabesperren zur Korruptionsbekämpfung für die gesamte hessische Landesverwaltung („**Runderlass Vergabesperren**“) bekanntgemacht und am 13. Dezember 2010 erneut überarbeitet²⁰. Der Runderlass Vergabesperren konkretisiert beispielhaft, bei welchen schweren Verfehlungen Bewerber oder Bieter von der Vergabe öffentlicher Aufträge wegen Unzuverlässigkeit ausgeschlossen werden können (Nr. 2) und unter welchen Voraussetzungen eine Verfehlung als nachgewiesen gilt (Nr. 3). Als Folge einer Verfehlung sieht der Runderlass Vergabesperren einen grundsätzlichen Ausschluss von der Teilnahme am Wettbewerb („Vergabesperre“) vor (Nr. 4), die von der Mittelbehörde bzw. Dienststelle ausgesprochen wird, welche die Verfehlung festgestellt hat (Nr. 5). Eine Wiederzulassung ist erst bei einer positiven Prognose der Wiederherstellung der Zuverlässigkeit vorgesehen. Sie ist durch die Behörde, welche die Sperre ausgespro-

²⁰ StAnz. 52/2010 S. 2831.

WILMERHALE

chen hat, auf Antrag festzustellen (Nr. 5). Bis zu ihrer Aufhebung ist die Vergabesperre für künftige Vergabeverfahren bindend (Nr. 9). Der Runderlass Vergabesperren sieht schließlich eine Melde- und Informationsstelle für Vergabesperren bei der Oberfinanzdirektion Frankfurt am Main vor. Die Vergabesperre ist der Melde- und Informationsstelle mitzuteilen und von jeder Vergabestelle bei geplanten Vergaben über bestimmten Schwellenwerten abzufragen (Nr. 7). Der ausgeschlossene Bewerber kann auf Auftrag wieder zugelassen werden, wenn erwartet werden kann, dass seine Zuverlässigkeit wieder gegeben ist. Dies kann in der Regel erwartet werden, wenn der Unternehmer geeignete Maßnahmen zur „Selbstreinigung“ getroffen hat, eventuelle Schäden ersetzt wurden und eine angemessene Sperrfrist von 6 Monaten verstrichen ist (Nr. 6).

2. Vergaberechtlicher Rahmen für Vergabesperren

Gemäß § 12 Abs. 2 des CDU/FDP Gesetzentwurfes können Unternehmen wegen „schwerer Verfehlungen“, die ihre Zuverlässigkeit in Frage stellen, von Aufträgen öffentlicher Auftraggeber ausgeschlossen werden, wobei die Einzelheiten zu dem Anhörungs- und Sperrverfahren in einer Rechtsverordnung geregelt werden sollen.

Durch den Verweis auf die Entscheidung über einen Vergabeausschluss wegen Unzuverlässigkeit nimmt § 12 Abs. 2 des CDU/FDP Gesetzentwurfes bzw. § 13 Abs. 1 des BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Gesetzentwurfes **Bezug auf die Regelungen des Vergaberechts über Vergabeausschlüsse** nach der europäischen Vergaberichtlinie 2004/18 bzw. der nationalen Umsetzungsvorschriften des GWB sowie der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen vom 20. November 2009²¹ („VOL/A“) und der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen vom 31. Juli 2009²² („VOB/A“). Nach diesen Regelungen sind zwei Fälle eines Vergabeausschlusses zu unterscheiden, ein zwingender und ein fakultativer Ausschluss:

- Zwingender Vergabeausschluss: Gemäß Art. 45 Abs. 1 Richtlinie 2004/18 i.V.m. § 6 VOL/A EG bzw. § 6a Abs. 1 Nr. 1 VOB/A ist bei sog. EU-rechtlich relevanten „Überschwellen-Vergaben“ ein Unternehmen zwingend von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren wegen Unzuverlässigkeit auszuschließen, wenn eine Person, deren Verhalten dem Unternehmen zuzurechnen ist, **wegen bestimmter Korruptionsstraftaten „rechtskräftig verurteilt“** ist.
- Fakultativer Vergabeausschluss: Gemäß Art. 45 Abs. 2 Richtlinie 2004/18 i.V.m. § 6 Abs. 6 und § 19 Absatz 4 VOL/A EG bzw. § 16 Abs. 1 Nr. 2 c)

²¹ BAnz. Nr. 196a.

²² BAnz. Nr. 155a, S. 1.

WILMERHALE

VOB/A können Bewerber bzw. Bieter vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, „die **nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit als Bewerber/Bieter in Frage stellt**“. Bei sog. „Unterschwel-ven-Vergaben“ gilt gemäß § 6 Abs. 5 c) VOL/A Entsprechendes.

Während die Voraussetzung einer rechtskräftigen Verurteilung für einen zwingenden Vergabeausschluss eindeutig ist, ist bei einem fakultativen Ausschluss das Erfordernis eines **Nachweises einer schweren Verfehlung, welche die Zuverlässigkeit in Frage stellt**, erläuterungsbedürftig. Nach der bestehenden Rechtsprechung in Hessen und Deutschland gelten folgende Grundsätze:

- Prognoseentscheidung: Die nachweisliche Feststellung der schweren Verfehlung, welche die Zuverlässigkeit in Frage stellt, ist eine Prognoseentscheidung, bei der dem öffentlichen Auftraggeber ein **Beurteilungsspielraum** zukommt²³. Die Vergabestelle muss im Einzelnen nachvollziehen, ob „aufgrund des beanstandeten Verhaltens in der Vergangenheit auch für den (zukünftig) zu vergebenden Auftrag erhebliche Zweifel an der Zuverlässigkeit des Bewerbers bestehen“²⁴.
- Nachweisstandard: Für die Feststellung der schweren Verfehlung ist **kein voller Nachweis strafrechtlicher Schuld** in Form eines rechtskräftigen Urteils oder Bußgeldbescheids (oder lediglich auch nur einer Anklageschrift oder eines Eröffnungsbeschlusses) erforderlich, da solch ein endgültiger Nachweis häufig erst nach einigen Jahren erbracht ist und einer Vergabestelle ein Zuwarten insoweit nicht zuzumuten ist²⁵. Es reichen auch konkrete Anhaltspunkte aus unterschiedlichen seriösen Quellen, z.B. durch entsprechende Aufzeichnungen, Belege oder andere Schriftstücke. Reine Verdachtsmomente sind jedoch nicht ausreichend, vielmehr muss die Verfehlung nach objektiven Kriterien beweisbar sein, so dass bei objektiver Betrachtung kein Raum für Zweifel besteht²⁶. Es wird vertreten, dass aufgrund des im Vergaberecht geltenden Beschleunigungs-

²³ OLG Saarbrücken, Beschluss vom 8. Juli 2003, 5 Verg 5/02, juris.

²⁴ OLG Frankfurt, Beschluss vom 20. Juli 2004, 11 Verg 6/04, VergabeR 2004, 642, juris, Rdnr. 36.

²⁵ OLG Saarbrücken, Beschluss vom 29. Dezember 2003, 1 Verg 4/03, NZBau 2004, 346, 347, beck-online; VK Düsseldorf, Beschluss vom 13. März 2006, CK 08/2006 L, juris, Rdnr. 76; Müller-Wrede, in: ders. (Hrsg.), VOL/A, Kommentar, 3. Auflage, § 6 EG, Rdnr. 67.

²⁶ OLG Frankfurt, Beschluss vom 20. Juli 2004, 11 Verg 6/04, VergabeR 2004, 642, juris, Rdnr. 36-37; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. Juli 2005, Verg 42/05, juris, Rdnr. 12; Beschluss vom 9. April 2003, Verg 43/02, juris; OLG Hamburg, Beschluss vom 25. Mai 2006, Verg 1/2006, juris, Rdnr. 124; LG Berlin, Urteil vom 22. März 2006, juris, Rdnr. 31-32.

WILMERHALE

grundsatzes ein Vergabeausschluss nach diesen Prüfungskriterien nur auf Fälle eines „schnell feststellbaren“ bzw. „ohne weiteres greifbaren Verdachts“ eines Zuverlässigkeitsdefizits beschränkt ist. Sind weitere umfangreiche Beweiserhebungen erforderlich, ist ein Vergabeausschluss nicht gerechtfertigt²⁷.

- Selbstreinigung: Schließlich muss die Vergabestelle bei ihrer Prognoseentscheidung berücksichtigen, ob der Bewerber bzw. Bieter selbst **glaubwürdige und erfolgversprechende Maßnahmen** ergriffen hat, um die in der Vergangenheit vorgekommenen Rechtsverletzungen für die Zukunft auszuschließen²⁸.
- Eigene Erkenntnis der Vergabestelle: Jegliche von der Vergabestelle berücksichtigte Umstände (sowohl zur Feststellung der schweren Verfehlung als auch für die Prognose der Unzuverlässigkeit und fehlender Selbstreinigung) müssen auf einer gesicherten eigenen Erkenntnis der Vergabestelle beruhen. D.h. die Vergabestelle muss eventuelle Informationen von Seiten Dritter selbst verifizieren²⁹.

3. Bewertung der vorgeschlagenen Regelungen

Die vorgeschlagenen Regelungen über die Verhängung von Vergabesperren wegen schwerer Verfehlungen können vor diesem Hintergrund zusammenfassend wie folgt bewertet werden:

- Rechtlich zu begrüßen ist, dass die bisherigen bestehenden verwaltungsinternen Regelungen des Runderlasses Vergabesperren (insbesondere aufgrund der vorgesehenen automatischen allgemeinen Sperre für alle künftigen Vergaben nach Feststellung einer schweren Verfehlung) auf eine gesetzliche Grundlage gestellt wird. Da mit der Verhängung einer Vergabesperre ein faktischer Grundrechtseingriff insbesondere in das Recht auf Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 Absatz 1 GG bzw. Art. 16 der europäischen Charta der Grundrechte („GR-Charta“) verbunden ist, muss dieser Eingriff nach der Wesentlichkeits-

²⁷ OLG Saarbrücken, Beschluss vom 8. Juli 2003, 5 Verg 5/02, juris; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 29. Dezember 2003, 1 Verg 4/03, NZBau 2004, 346, 347, beck-online.

²⁸ OLG Frankfurt, Beschluss vom 20. Juli 2004, 11 Verg 6/04, VergabeR 2004, 642, juris, Rdnr. 36; VK Nordbayern, Beschluss vom 22. Januar 2007, 21.VK-3194-44/06, juris, Rdnr. 159.

²⁹ So ausdrücklich Art. 45 Absatz 2 d) RL 2004/18; BGH, Urteil vom 26. Oktober 1999, X ZR 30/98, MDR 2000, 1008, juris, Rdnr. 14; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 8. Juli 2003, 5 Verg 5/02, juris.

WILMERHALE

theorie bzw. der ausdrücklichen Regelung in Art. 52 Abs. 1 GR-Charta auf einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage beruhen (**Vorbehalt des Gesetzes**)³⁰.

- Der Begriff der „schweren Verfehlung“ welcher eine Vergabesperre rechtfertigen kann, sollte in der geplanten Rechtsverordnung konkretisiert werden, da er sonst zu unbestimmt erscheint.
- Der in § 13 Abs. 1 des BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Gesetzentwurfes vorgesehene regelmäßige verpflichtender Ausschluss im Falle einer schweren Verfehlung erscheint problematisch, da er zum einen nicht mit den o.g. vergaberechtlichen Regelungen in Einklang steht, welche in diesem Fall nur einen fakultativen Vergabeausschluss (basierend auf einer Ausübung pflichtgemäßen Ermessens der Vergabestelle) nicht aber einen zwingenden Ausschluss vorsehen. Zum anderen stellt eine Vergabesperre einen erheblichen Grundrechtseingriff dar, der nur unter Abwägung aller relevanten Umstände des Einzelfalls getroffen werden sollte (dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Begriff der „schweren Verfehlung“ gesetzlich nicht klar definiert ist). Daher ist der Ansatz in § 12 Abs. 2 S.1 des CDU/FDP Gesetzentwurfes zu begrüßen, nach welchen Unternehmen bei einer schweren Verfehlung ausgeschlossen werden können (aber nicht müssen).
- Schließlich ist zu begrüßen, dass § 12 Abs. 3 des CDU/FDP Gesetzentwurfes das Konzept der Selbstreinigung, welches in der unternehmerischen Compliance-Praxis inzwischen eine herausragende Stellung einnimmt, zumindest im Rahmen von Auftraggeber internen Auftragsperren erwähnt. Nach den praktischen Erfahrungen meiner Sozietät in zahlreichen Korruptionsfällen und Compliance-Angelegenheiten führen Selbstreinigungsmaßnahmen regelmäßig zu strengen Sanktionen des Fehlverhaltens der verantwortlichen Einzelpersonen. Nach angemessenen Selbstreinigungsmaßnahmen wird das „gereinigte“ Unternehmen regelmäßig „korruptionsresistenter“ sein. Eine Teilnahme des „gereinigten“ Unternehmens an Vergabeverfahren stärkt gleichzeitig den Wettbewerb und dient damit den Haushaltsinteressen der öffentlichen Auftraggeber, ohne dass die Gefahr von Rechtsverstößen systematisch fortbesteht. Es ist daher richtig, das „gereinigte“ Unternehmen nicht weiter dauerhaft und damit unverhältnismäßig vergaberechtlich zu sanktionieren

³⁰ Vgl. Battis/Bultmann, ZRP 2003, 152, 153 mit umfangreichem Nachweis aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

WILMERHALE

Vorschlag: Der in § 13 Abs. 1 des BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Gesetzentwurfes vorgesehene verpflichtende Ausschluss im Falle einer schweren Verfehlung erscheint problematisch. Es sollte daher erwogen werden, im Einklang mit vergaberechtlichen Regelungen vorzusehen, dass ein Ausschluss möglich, aber nicht zwingend ist.

Vorschlag: Zudem könnte erwogen werden, wegen der praktischen Bedeutung das Konzept der Wiedermöglichkeit zum Wettbewerb nach der Durchführung einer „Selbstreinigung“ nach der Verhängung von allgemeinen Vergabesperrungen im Gesetz zu verankern. § 9 Abs. 2 des CDU/FDP Gesetzentwurfes könnte wie folgt ergänzt werden:

„Eine Wiedermöglichkeit des ausgeschlossenen Unternehmens ist dann möglich, wenn erwartet werden kann, dass seine Zuverlässigkeit wieder gegeben ist. Dies kann in der Regel erwartet werden, wenn der Unternehmer durch geeignete organisatorische und personelle Maßnahmen Vorsorge gegen die Wiederholung der Verfehlungen getroffen hat und eine angemessene Sperrfrist von 6 Monaten verstrichen ist.“

VI. Rechtsweg- und Verfahrensvorschriften zur Unterschwellenvergabe

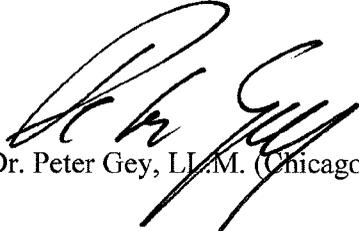
Zu begrüßen ist aus rechtsstaatlicher Sicht, dass § 22-24 des SPD Gesetzentwurfs Rechtsweg- und Verfahrensvorschriften zur Überprüfung von Vergabeentscheidungen unterhalb der EU-Schwellenwerte kodifiziert. Der Bereich der Unterschwellenvergabe ist nach wie vor gesetzlich nicht hinreichend geregelt. Klare Vorschriften für einen effektiven Rechtsschutz in einem beschleunigten Verfahren können dem Wettbewerb insbesondere im Bereich des Mittelstandes dienen und damit ein wichtiges Mittel des Mittelstandsschutzes darstellen. Um allerdings eine übermäßige Formalisierung von Vergaben (und Belastung bzw. Zeitverzögerung durch Nachprüfungsverfahren) bei Vergaben mit verhältnismäßig geringen Auftragswert zu verhindern, erscheint es angebracht, die Inanspruchnahme des Verwaltungsrechtsweges bei geringen Auftragswerten nicht vorzusehen (hier bliebe für Bieter aber weiterhin der Rechtsweg zu ordentlichen Gerichten eröffnet). Im Einklang hiermit sieht der SPD Gesetzentwurf in § 24 vor, dass die Eröffnung der Verwaltungsrechtsweges nur bei der Überschreitung bestimmter Schwellenwerte (EUR 50.000) gegeben sein soll.³¹

³¹ Der Text des SPD Gesetzentwurf in § 24 enthält hierbei allerdings einen Fehler, da er auf § 8 und §9, nicht aber wie zutreffend auf § 22 und § 23 verweist.

WILMERHALE

Frankfurt am Main, den 6. Februar 2013


Prof. Dr. Hans-Georg Kamann


Dr. Peter Gey, LL.M. (Chicago)