

# Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände



Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände · Postfach 12 03 15 · 10593 Berlin

Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie  
Herrn Ministerialrat Christian Dobler  
Leiter der Unterabteilung I B Wettbewerb, Verbraucher-  
und Preispolitik, Öffentliche Aufträge  
Scharnhorststraße 34-37  
10115 Berlin

14. Juli 2010

Bearbeitet von  
Norbert Portz

Telefon 0228 95962-12  
Telefax 0228 95962-22

E-Mail:  
norbert.portz@dstgb.de

Aktenzeichen  
III/1

Sehr geehrter Herr Dobler,

die kommunalen Spitzenverbände, die bundesweit ca. 13 000 Städte, Kreise und Gemeinden vertreten, und damit im Vergleich zum Bund und den Bundesländern die mit Abstand größten öffentlichen Auftraggeber repräsentieren, lehnen die Einführung eines Mehr an Rechtsschutz im Unterschwellenbereich ab.

Ein Mehr an Rechtsschutz bei den Unterschwellenvergaben, die im Kommunalbereich über 95 Prozent aller vergebenen Aufträge ausmachen, würde eine erhebliche Bürokratisierung und Erschwernis der Vergabeverfahren beinhalten. Insoweit enthält der Koalitionsvertrag einen Widerspruch in sich: Einerseits wird die Einführung eines wirksamen Rechtsschutzes unterhalb der EU-Schwellenwerte vorgesehen, andererseits wird im gleichen Koalitionsvertrag zu Recht ein leistungsfähiges, unbürokratisches und gestrafftes Vergaberecht eingefordert. Wir halten es für falsch, einem immer weiter ausdifferenzierten Individualrechtsschutz, der häufig gerade nicht zu wirtschaftlicheren, sondern „nur“ zu formal korrekten Vergaben führt, das Wort zu reden. Stattdessen sollte auch die Bundesregierung sich verstärkt der Steigerung der Verfahrenseffizienz widmen. Hier ist aber gerade zuletzt durch ein noch weiteres Auseinanderdriften der im Juni 2010 in Kraft getretenen Neuregelungen von VOB/A einerseits und VOL/A andererseits eine große Chance vertan worden.

Im Einzelnen fassen wir unsere ablehnende Haltung gegen ein Mehr an Rechtsschutz im Unterschwellenbereich wie folgt zusammen:

## **I. Anderes Ziel im Haushaltsrecht / Keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes**

### **1. Wettbewerbsrecht versus Haushaltsrecht**

Schon immer war und ist das Vergaberecht im Unterschwellenbereich einerseits und im Oberschwellenbereich andererseits unterschiedlich geregelt: Oberhalb der EU-Schwellenwerte war und ist das Vergaberecht Mittel zur Wettbewerbsregulierung.

Folge ist, dass nur hier die EU-Kommission eine sekundärrechtliche Originärkompetenz hat. Auch kann der Europäische Gerichtshof (EuGH) nur im Oberschwellenbereich die EU-Vergabekoordinierungsrichtlinie zur Grundlage seiner Entscheidungen machen. Unterhalb der EU-Schwellenwerte ist das Vergaberecht hingegen Haushaltsrecht. Das Bundesverfassungsgericht hat zuletzt in seiner Lissabon-Entscheidung eindringlich auf die große Bedeutung der nationalen Steuerung des Haushalts als Ausfluss demokratischer „Selbstgestaltungsfähigkeit“ hingewiesen (BVerfG 123, 276 [359 ff.] = DÖV 2010, 84 [90]). Ziel ist es hier, dass Bund, Länder und Kommunen die von ihnen zur Aufgabenerfüllung benötigten Sachmittel und Dienstleistungen (Verwaltungsgebäude, Büro- und IT-Bedarf, Gebäudereinigung etc.) möglichst effektiv und sparsam beschaffen. Damit gehört die Beschaffung von Leistungen durch die öffentliche Hand bei Unterschwellenvergaben zur reinen Verwaltungsorganisation. Für diese hat die EU-Kommission keine originäre Rechtsetzungskompetenz und der EuGH keine originäre Spruchkompetenz.

Entsprechend spielt auch der ausschließlich aus der Wettbewerbsregulierung des EU-Rechts herleitbare Individualrechtsschutz von Bietern bei der haushaltsrechtlich intendierten Beschaffung der öffentlichen Hand im Unterschwellenbereich keine Rolle. Hier stehen allein die effektive Vergabe von Leistungen und die sparsame Verwendung von Steuermitteln im Vordergrund. Das Vergaberecht dient im Unterschwellenbereich daher den öffentlichen Interessen und dem Gemeinwohl, nicht dagegen der Verwirklichung des Individualrechtsschutzes einzelner Wirtschaftsteilnehmer sowie einer hiermit verbundenen erheblichen Verzögerung von Bau- und Beschaffungsmaßnahmen. Insoweit ist bereits die Prämisse in dem Diskussionspapier des BMWi, Punkt I.2 grundlegend falsch, wonach „das Vergaberecht ober- und unterhalb der Schwellen dem selben Zweck dient“.

## **2. Keine Bundeskompetenz für Haushaltsrecht der Länder und Kommunen**

Eine bundesrechtliche Gesetzgebungskompetenz für haushaltsrechtliche Regelungen und damit auch für einen Rechtsschutz im Unterschwellenbereich muss für den Bereich der Länder und Kommunen stark bezweifelt werden. Insoweit enthält bereits Art. 109 Abs. 1 GG den Grundsatz, dass Bund und Länder in ihrer Haushaltswirtschaft selbstständig und voneinander unabhängig sind. Eine Kompetenz für den Bund zur gesetzlichen Regelung eines Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich könnte sich nur dann ergeben, wenn mit dem Wirtschaftsrecht ein Feld der konkurrierenden Gesetzgebung betroffen wäre (Art 74 Abs. 1 Nr. 11 GG). Das ist aber – wie ausgeführt – gerade nicht der Fall.

Selbst wenn aber für das „Recht der Wirtschaft“ im Unterschwellenbereich ein kompetenzrechtlicher Anknüpfungspunkt für den Bund unterstellt würde, würde in diesem Feld der konkurrierenden Gesetzgebung die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG greifen. Danach hat der Bund das Gesetzgebungsrecht in diesem Bereich nur, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht. Beides ist aber im Bereich des diskutierten Unterschwellenrechtsschutzes nicht gegeben. Hier existiert im VOB-Bereich seit 1926 und im VOL-Bereich kurze Zeit später, also seit weit über achtzig beziehungsweise über siebzig Jahren, die gegenwärtige und von Auftraggebern wie Unternehmen gleichermaßen akzeptierte Regelung, ohne das ein Mehr an (Primär-)Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte erforderlich gewesen wäre. An dieser Rechts- und Sachlage hat sich bis heute nichts geändert.

## **II. Zusätzlicher Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwelle führt in falsche Richtung**

### **1. Einführung eines Mehr an Unterschwellenrechtsschutz nicht begründbar**

Weder ist auf nationaler Ebene die Einführung eines Mehr an Unterschwellenrechtsschutz notwendig, noch wird diese durch die EU-Institutionen gefordert:

Insofern ist es überraschend, wenn das Diskussionspapier unter Punkt I.1. im dritten Satz ausführt, dass „die Entwicklung eines effektiven Rechtsschutzes eine Hauptforderung der Wirtschaft war“. Dies ist zu hinterfragen. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass ausweislich der Begründung zum Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (A.5 2 Abs. unter 7.) gegen eine Ausdehnung des Rechtsschutzes ausgeführt wird, dass dies „zusätzliche Bürokratie schaffen und öffentliche Investitionen verzögern würde“. Weiter wird ausgeführt, dass Vergabeentscheidungen im Bereich des Haushaltsrechts ausschließlich mit dem Ziel erfolgen, eine Deckung des Bedarfs an Waren und Leistungen vorzunehmen. Diese Begründung ist seinerzeit auch von der Wirtschaft akzeptiert worden. Der Sinneswandel „der Wirtschaft“ (Wer ist das überhaupt?) erscheint vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar.

Auch fordern weder die EU-Kommission noch der EuGH, dass in Deutschland zusätzlich zu dem „Rechtsschutz de luxe“ im Oberschwellenbereich auch im Unterschwellenbereich ein mehr an Rechtsschutzmöglichkeiten für Unternehmen eingeführt wird. Dann sollte auch der nationale Rechtsgeber nicht über eine 1:1-Umsetzung der zwingenden EU-Vorgaben hinausgehen und nicht noch zusätzliche Bürokratie im Unterschwellenbereich aufbauen.

### **2. Bundesverfassungsgericht erkennt geteilten Rechtsschutz an**

Es ist zudem herauszustellen, dass das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 13.06.2006 – Az.: 1 BvR 1160/03 – entschieden hat, dass der Gesetzgeber den Zugang zu (primärrechtlichen) Nachprüfungsverfahren vom Erreichen des EU-Schwellenwerts abhängig machen darf und hierin kein Verstoß gegen das Grundgesetz (Art. 3 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 4 GG) liegt. Insoweit hat das Bundesverfassungsgericht deutlich gemacht, dass unterhalb der EU-Schwellenwerte der erfolglose Bieter bei der Auftragsvergabe „in einer bloßen Umsatzchance und nicht in seiner persönlichen Rechtstellung betroffen sei“. Damit bestätigt das Bundesverfassungsgericht im Ergebnis die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Dieser entscheidet in ständiger Rechtsprechung, dass das Vergaberecht (VOB/A und VOL/A) unterhalb der EU-Schwellenwerte keine unmittelbaren Rechtsansprüche der Bieter begründet. Vielmehr können, so der BGH, diese Regeln des Haushaltsrechts nur mittelbare (Schadensersatz) Ansprüche der Bieter, etwa aus culpa in contrahendo (c.i.c.) – im Einzelfall auch in Höhe des positiven Interesses – nach sich ziehen. Dies gewährleistet im Übrigen den Rechtsschutz in ausreichender Weise.

Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit auch ausgeführt, dass es unverhältnismäßig wäre, wenn das „Massengeschäft“ der Unterschwellenvergaben den gleichen Rechtsschutzregelungen unterworfen wäre, wie die Oberschwellenvergaben.

### **3. Mehr an Rechtsschutz würde Vergabegesetz bedeuten**

Ein Mehr an Rechtsschutz im Unterschwellenbereich würde bei einer Angleichung an den Rechtsschutz im Oberschwellenbereich, also bei den im Diskussionspapier des

Bundeswirtschaftsministerium dargestellten Modellen 3a und 3b, rechtlich den Wegfall des Vergaberechts als Haushaltsrecht und stattdessen die Einführung eines Vergabegesetzes bedeuten. Dies wäre eine fundamentale und von den kommunalen Spitzenverbänden nicht mitgetragene Strukturveränderung. Nicht die wirtschaftliche und sparsame Beschaffung von Leistungen zwecks Erfüllung öffentlicher Aufgaben, sondern die individualrechtlich über spezielle Verfahren einklagbare Nachprüfung des einzelnen Bieters und damit die jeweilige Überprüfung hochkomplexer Vorschriften würde im Vordergrund stehen. Diesen Paradigmenwechsel, der mit erheblichen Investitionshemmnissen verbunden wäre, werden die Kommunen nicht akzeptieren.

#### **4. Standardabbau statt Standardaufbau**

Es ist für die kommunalen Spitzenverbände nicht einsehbar, dass die Bundesregierung (in Gestalt des Bundeswirtschaftsministeriums - BMWi) in einem Diskussionspapier ein Mehr an Rechtsschutz im Unterschwellenbereich erörtert, während sich andererseits eine Arbeitsgruppe der Gemeindefinanzkommission bei der Bundesregierung mit dem Abbau von Standards befasst. Statt unnötige Gedanken über ein Mehr an Rechtsschutz im Unterschwellenbereich zu verlieren, wäre es sinnvoller, sich dem Thema „Mehr Verfahrenseffizienz im Vergaberecht“ zu widmen. Es sollte daher verstärkt – wie im amerikanischen Modell – gefragt werden, wie der Steuerzahler für sein Geld auch eine optimale Leistung erhält (best value for taxpayers money). Insoweit haben die kommunalen Spitzenverbände bereits gegenüber dem Europaparlament konkrete Vorschläge gemacht. Diese lassen sich auch auf das nationale Vergaberecht übertragen (Beispiele: Zusammenführung von VOB/A und VOL/A statt eines immer weiteren Auseinanderklaffens selbst bei den Begrifflichkeiten; Gleichstellung von Offenen und Nichtoffenen Verfahren; Lockerung der Kontaktsperre zwischen Auftraggebern und Bietern bei öffentlichen Ausschreibungen und Beschränkten Vergaben).

In diesem Zusammenhang ist weiter zu berücksichtigen, dass die vergaberechtlichen Überprüfungsinstanzen, insbesondere die Vergabekammern und Oberlandesgerichte bei Oberschwellenvergaben die Anforderungen an ordnungsgemäße Vergabeverfahren durch eine extensive Auslegung der Vergabevorschriften ständig verschärfen. Es gibt daher wohl kein Vergabeverfahren, in dem kein Fehler gefunden werden kann. Würde man daher die im Oberschwellenbereich bestehende Möglichkeit zur „Nachprüfung dieser Fehler“ auch nur annähernd auf den Unterschwellenbereich übertragen, würde dies für die Kommunen einen zusätzlichen Personal- und Kostenaufwand beinhalten, der gerade angesichts der Finanzsituation der Kommunen nicht tragbar ist.

Folge wäre, dass die Beschaffungsmaßnahmen der Kommunen, insbesondere durch die dann häufig notwendig werdende Einschaltung von Spezialanwälten, verteuert würden. Dies ist umso dramatischer als jüngste Studien bereits für die aktuelle Rechtslage nachgewiesen haben, dass im Vergaberecht überproportional hohe Transaktionskosten ausgelöst werden. Hier müssten im Zweifel die für die Finanzausstattung der Kommunen zuständigen Länder den Kommunen die zusätzlich entstehenden Kosten erstatten.

Darüber hinaus wäre nicht selten die Funktionsfähigkeit der Verwaltung gefährdet, wenn die Nachprüfungen von Unternehmen bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte zu einer diskutierten aufschiebenden Wirkung (Nichterteilung des Zuschlags) führen würden. Denn Tatsache ist, dass gerade viele kommunale Ausschreibungen wegen ihrer Bürgernähe (Beispiel: Schulbücher, Bauunterhaltung,

Essenseinkauf für städtische Kindergärten etc.) generell keinen zeitlichen Aufschub dulden.

### **III. Ausreichender Rechtsschutz im Unterschwellenbereich vorhanden**

#### **1. Bestehende Rechtsschutzmöglichkeiten der Unternehmen reichen aus**

Die Kommunen einerseits und die sich an kommunalen Vergaben beteiligenden Unternehmen andererseits arbeiten seit langem gut und gerne zusammen. Das Diskussionspapier des BMWi, das insofern von einer „Hauptforderung der Wirtschaft“ nach Entwicklung eines effektiven Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich spricht, zeichnet insofern ein falsches Bild. Die öffentliche Auftragsvergabe der Kommunen unterhalb der EU-Schwellenwerte erfolgt nach den Grundsätzen des Wettbewerbs, der Transparenz und der Nichtdiskriminierung. Regelmäßig werden Leistungen auf der Grundlage der Abschnitte 1 der VOB/A und der VOL/A vergeben. Diese Verfahren werden in der Regel ohne Beanstandungen der Bieter in rechtlich ordnungsgemäßer und fachlich sauberer Weise abgewickelt.

Dazu trägt bei, dass die Kommunen auch bei Unterschwellenvergaben nicht im rechtsfreien Raum handeln, sondern vielfältige – rechtliche – Leitplanken beachten müssen. Hierzu gehören die Beachtung des Gleichbehandlungsprinzips nach Art. 3 Abs. 1 GG sowie auch die internen Kontrollen durch die Zuschussgeber und Rechnungsprüfungsämter. Hinzu kommen gegebenenfalls auch die Beschwerdemöglichkeiten von Bietern bei Aufsichtsbehörden und speziellen Nachprüfungsinstanzen sowie die Überlegung von Unternehmen zur Einlegung von Dienstaufsichtsbeschwerden. Schließlich haben die sich benachteiligt fühlenden Unternehmen als ultima ratio auch die Möglichkeit, durch Gerichtsverfahren einstweilige Verfügungen einzulegen sowie Schadensersatz geltend zu machen. Diese bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten werden in vielen Ländern durch so genannte VOB-Stellen bei den Bezirksregierungen als Clearingstellen (Beispiel: Hessen) ergänzt. Auch diese „Schlichtungsstellen“ können angerufen werden und wirken befriedend auf das Vergabeverfahren ein. Zusätzlicher (primär-) rechtlicher Rechtsschutzmöglichkeiten bedarf es darüber hinaus nicht.

#### **2. Neues Vergaberecht: Zusätzliche Transparenzpflichten für Auftraggeber**

Im Kontext mit einem von den kommunalen Spitzenverbänden abgelehnten Mehr an Rechtsschutz im Unterschwellenbereich zusätzlich zu beachten ist, dass die im Juni in Kraft getretenen neuen Vergabeordnungen (VOB/A und VOL/A) ein Mehr an ex-ante- sowie auch ex-post-Transparenzpflichten (Informationspflichten) für die Auftraggeber vorgeben. Dies kommt zum Beispiel in der VOL/A dadurch zum Tragen, als dass nach § 3 Abs. 3 VOL/A – anders als in der Vergangenheit – in den dort genannten Fällen eine Beschränkte Ausschreibung nur noch „mit Teilnahmewettbewerb“ zulässig ist. In der Folge wird die direkte beschränkte Ausschreibung nur noch auf die zwei Fälle des § 3 Abs. 4 VOL/A reduziert.

In der VOB/A kommt die ex-ante-Transparenzpflicht des Auftraggebers insbesondere in § 19 Abs. 5 VOB/A der Neuregelung deutlich zum Ausdruck. Danach müssen Auftraggeber nunmehr fortlaufend Unternehmen auf Internetportalen oder in ihren Beschafferprofilen auch über „beabsichtigte Beschränkte Ausschreibungen ab 25.000 Euro (ohne Umsatzsteuer)“ informieren. Der Sinn einer derartigen Regelung soll hier nicht erörtert werden. Jedenfalls gibt sie dem Auftraggeber im Vergleich zu bisher eine verstärkte Pflicht zur Vorinformation vor. Ein Beispiel für eine Pflicht zur

zusätzliche nachträgliche Information der Auftraggeber (ex-post-Transparenz) über vergebene Beschränkte und Freihändige Aufträge „ohne Teilnahmewettbewerb“ enthält in Form detaillierter Vorgaben die Neuregelung des § 19 Abs. 2 VOL/A.

Hinzu kommt, dass seit Juni gemäß § 12 Abs. 1 S. 2 VOL/A alle Bekanntmachungen der Auftraggeber zwingend in Internetportalen zentral über die Suchfunktion [www.bund.de](http://www.bund.de) ermittelbar sein müssen. Dies ist im Sinne einer Kannbestimmung auch nach § 12 Abs. 1 VOB/A der Fall.

### **3. Verwaltungsinterne Verfahren überflüssig**

Angesichts gerade dieser beispielhaft aufgeführten Neuerungen einer zusätzlichen Ex-Ante-Transparenz und Informationspflicht des Auftraggebers erscheinen uns auch Überlegungen des BMWi in seinem Diskussionspapier zu den so genannten „Verwaltungsinternen Verfahren“ (Sächsisches Modell) als überflüssig. Zunächst sollten jedenfalls die Erfahrungen mit den verstärkten Transparenzpflichten des Auftraggebers aus den neuen Vergabeordnungen (VOB/A und VOL/A) abgewartet werden.

## **IV. Fazit**

Die Einführung eines Mehr an Rechtsschutz im Bereich der Unterschellenvergaben wird von den kommunalen Spitzenverbänden als Repräsentanten der größten öffentlichen Auftraggeber abgelehnt. Ein derartiger zusätzlicher Rechtsschutz über die schon bestehenden Kontrollen und über den schon bestehenden Rechtsschutz hinaus ist weder europarechtlich gefordert noch nationalrechtlich notwendig. Dieser Weg würde zu einer weiteren Bürokratisierung des Vergaberechts, zu einem zusätzlichen Personalaufwand bei den Kommunen und damit auch zu nicht tragbaren Mehrkosten führen. Statt Standardaufbau ist aber Standardabbau das Gebot der Stunde.

Für einen zusätzlichen Rechtsschutz bei den Unterschwellenvergaben, also dem Haushaltsrecht, fehlt dem Bund für den Bereich der Länder und der Kommunen im Übrigen die Gesetzgebungskompetenz.

Statt in breiter Form ein Mehr an Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte zu diskutieren, ist es nach Auffassung der Kommunalen Spitzenverbände sehr viel sinnvoller, die Verfahrenseffizienz im Vergaberecht zu stärken und die Vergabeverfahren weiter zu entschlacken. Hier ist bei der Novelle des Vergaberechts, insbesondere durch das Auseinanderdriften der Regelungen zwischen VOB/A und VOL/A, seitens des Bundes leider eine große Chance vertan worden.

Die kommunalen Spitzenverbände haben bereits Vorschläge für eine zusätzliche Verfahrenseffizienz im Vergaberecht gemacht. Diese Diskussion weiter zu führen und zu Ende zu bringen, ist sehr viel sachgerechter und zum Ziel führender als die Einführung eines zusätzlichen Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich.

Mit freundlichen Grüßen

In Vertretung



Norbert Portz