

Ausschuss für Wirtschaft und Technologie
Wortprotokoll
71. Sitzung

Berlin, den 13.10.2008, 11:00 Uhr,
Sitzungsort: Paul-Löbe-Haus,
10557 Berlin, Konrad-Adenauer-Str. 1,
Sitzungssaal: 2.600

Vorsitz: Edelgard Bulmahn, MdB

TAGESORDNUNG:

Öffentliche Anhörung
zu den Vorlagen

Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts
- Drucksache 16/10117 -

Antrag der Fraktion der FDP
Novellierung des Vergaberechts für Bürokratieabbau nutzen –
Bundesweit einheitliches Präqualifizierungssystem für Leistungen einführen
- Drucksache 16/9092 –

Antrag der Fraktion DIE LINKE.
Bei öffentlichen Aufträgen sozialökologische Anliegen und Tariftreue durch-
setzen
- Drucksache 16/6930 -

Antrag der Fraktion DIE LINKE.
Tariftreue europarechtlich absichern
- Drucksache 16/9636 -

Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Ökoeffiziente Beschaffung auf Bundesebene durchsetzen
- Drucksache 16/6791 -

Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
**Vergaberecht reformieren – Rechtssicherheit schaffen –
Eckpunkte für die Reform des Vergaberechts**
- Drucksache 16/8810 -

Liste der eingeladenen Sachverständigen:

- Zentralverband des Deutschen Baugewerbes e. V. (ZDB)
- IG-BAUEN-AGRAR-UMWELT (IG-BAU)
- Bundesverband der Deutschen Entsorgungswirtschaft e. V. (BDE)
- Deutscher Städte- und Gemeindebund e. V.
- Bundesverband der Deutschen Industrie e. V. (BDI)
- Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e. V. (HDB)
- Zentralverband des Deutschen Handwerks e. V. (ZDH)
- Gesamtverband der deutschen Textil- und Modeindustrie e. V.
- DEGES Deutsche Einheit Fernstraßenplanungs- und -bau GmbH
- Verband kommunaler Unternehmen e. V. (VKU)
- BITKOM Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e. V.
- Dr. Thorsten Schulten, Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut in der Hans-Böckler-Stiftung
- RAn Dr. Angela Dageförde, Prof. Versteyl Rechtsanwälte
- Hermann Summa (Richter am OLG Koblenz)

Beginn der Sitzung: 11:04 Uhr

Die **Vorsitzende**: Meine sehr geehrten Damen und Herren Sachverständige, liebe Kolleginnen und Kollegen, ich begrüße Sie ganz herzlich zu unserer heutigen Anhörung. Wir wollen uns im Rahmen der Anhörung mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts beschäftigen. Das Vergaberecht ist Ihnen und uns allen eigentlich ein „alter Bekannter“. Der Gesetzentwurf, der Ihnen jetzt vorliegt, beinhaltet und stellt eine Modernisierung dieses Rechtes dar. Er berücksichtigt auf der einen Seite die notwendigen Veränderungen, die sich aufgrund von EG-Richtlinien ergeben, und zum Zweiten ist es praktisch auch eine Überführung in das GWB. Das ist der Hauptpunkt unserer heutigen Anhörung. Wir erörtern und diskutieren gleichzeitig in dieser Anhörung auch die dazu vorliegenden Anträge zum einen der Antrag der FDP-Fraktion „Novellierung des Vergaberechts für Bürokratieabbau nutzen“, den Antrag der Fraktion DIE LINKE. „Bei öffentlichen Aufträgen sozialökologische Anliegen und Tariftreue durchsetzen“. Ein weiterer Antrag der Fraktion DIE LINKE. „Tariftreue europarechtlich absichern“, den Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Vergaberecht reformieren – Rechtsicherheit schaffen“. Das alles bildet praktisch die Grundlage für diese heutige Anhörung. Wir haben für die Anhörung drei Stunden Zeit, ich denke ausreichend Zeit, um alle wesentlichen Fragen zu erörtern. Wir werden die Anhörung so durchführen, dass wir das Berliner Verfahren anwenden. Einige von Ihnen werden das Berliner Verfahren sicherlich kennen. Für das Berliner Verfahren und für die Anhörung sind aus pragmatischen Gründen zwei Fragerunden vorgesehen. Für jede Befragungsrunde steht eine Gesamtbefragungszeit von 90 Minuten zur Verfügung. Diese 90 Minuten sind, abhängig von der Fraktionsstärke, auf die jeweiligen Fraktionen verteilt worden. Zu berücksichtigen und wichtig ist, dass innerhalb des jeweiligen Zeitrahmens die Fragen und Antworten gegeben werden müssen. Ich sage das ausdrücklich, damit es allen klar ist, dass beide Seiten doch ein Stück Disziplin walten lassen müssen, damit wir auch wirklich tatsächlich alle Fragen hier miteinander erörtern können. Deshalb gilt mein Appell gleichermaßen den Kolleginnen und Kollegen, wie auch den Sachverständigen, die Uhr nicht ganz aus dem Blick zu verlieren bei allem Engagement und Interesse an der Sache. Ich sage das auch aus eigener Erfahrung, ich kann das gut nachvollziehen, wenn man einmal wirklich mit Leidenschaft für eine Sache streitet, vergisst man das gelegentlich. Trotzdem bitte ich Sie, einfach mit daran zu denken.

Wir verfahren bei dem Berliner Verfahren im Übrigen auch so, dass auf jede Frage sofort die Antwort erfolgt. Also keine Sammlung von Fragen, sondern unmittelbar Frage-Antwort. Das ist auch für den Ablauf der Anhörung vernünftig, weil dann die Kolleginnen und Kollegen auf dem aufbauen können, was bereits erörtert worden ist und man nicht immer wieder weiter nachfragt, weil man eben nicht weiß, welche Antworten man geben könnte.

Liebe Kolleginnen und Kollegen, ich würde jetzt gleich mit der Befragung beginnen und die erste Fragerunde eröffnen. Ich habe darauf hingewiesen, wir haben drei Stunden Zeit. In der ersten Runde beginnen wir mit der CDU/CSU, sie hat 33 Minuten zur Verfügung und als Erster hat jetzt der Kollege Dr. Nüßlein das Wort, sehe ich das richtig?

Abg. Dr. Georg Nüßlein (CDU/CSU): Ich möchte beginnen mit dem Thema „Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3“ und würde meine Fragen richten an Herrn Dr. Barthel vom ZDH und Herrn Werner vom

HDB und möchte dabei wissen, was Sie sich von dieser vorgesehenen Verpflichtung zur Teil- und Fachlosvergabe versprechen und insbesondere, ob der Satz 3 in § 97 Abs. 3 dazu geeignet ist, unsachgemäße Aufteilungen von Leistungen zu verhindern oder ob man diese Formulierung aus Sicht der beiden Herren konkretisieren müsste. In dem Zusammenhang bitte ich Sie um ein paar Hinweise auf das Thema Flexibilität, Bürokratie, also „Erzwungene praxisuntaugliche Segmentierung öffentlicher Aufträge“. Dann würde mich noch interessieren, wie Sie in dem Zusammenhang mit der Mittelstandsklausel PPP-Projekte sehen.

SV Dr. Alexander Barthel (ZDH): Herzlichen Dank für die Frage zu § 97 Abs. 3. Wir haben im geltenden wettbewerblichen Vergaberecht ohnehin schon die Maßgabe, mittelstandspolitische Interessen, insbesondere Fach- und Teillosvergabe, zu verfolgen. Wir müssen allerdings in der Praxis feststellen, dass dieser Leitsatz kaum die notwendige Wirkung entfaltet. Dies finden wir schlecht, nicht nur, aber auch aus mittelstandspolitischer Sicht, insbesondere auch unter dem Vorzeichen einer wirtschaftlichen Beschaffung der Vergabestellen. Derweil haben bekanntlich sowohl der Bundesrechnungshof, als auch mehrere Landesrechnungshöfe in denen wir bei der Untersuchung festgestellt haben, dass die Fach- und Teillosgesamtvergabe um, der Bundesrechnungshof führt das aus mit 10 %, wenn nicht gar 20 % teurer sind, als die Fach- und Teillosvergabe. Wenn die bisherige Regelung die aus unserer Sicht notwendige Wirkung nicht entfaltet hat, ist es natürlich die zu begrüßen, dass nun mit der vorgesehenen gesetzlichen Neuformulierung eine Stärkung dieses Grundsatzes vorgenommen werden soll. Die konkrete Frage, ob aus dem Absatz 3 eine praxisunadäquate Verpflichtung entsteht, nun jeden Auftrag zunächst in Fach- und Teillosvergaben zu zerteilen um dann, sofern wirtschaftliche und technische Gründe dies im berechtigten Maße zulassen, wieder zusammenzufügen, werten wir den Gesetzentwurf nach Text und auch Begründung nicht so, dass dieses tatsächlich der Fall wäre, sondern interpretieren die Regelung so, dass die Gesamtvergabe von Anfang an ins Auge gefasst werden kann, wenn berechnigte wirtschaftliche und technische Gründe dafür sprechen. Es muss allerdings, dies betone ich, eine begründete Ausnahme sein.

Können Sie die dritte Fragestellung noch einmal wiederholen?

PPP. Wir gehen davon aus, dass auch eine solche Mittelstandsklausel die Berücksichtigung mittelständischer Interessen, die ja gleichwohl auch die Zusammenfassung von Fach- und Teillos ermöglicht, keine grundsätzliche Behinderung von PPP für den Mittelstand ist. Wir gehen davon aus, dass dies weniger eine rechtliche Frage ist, inwieweit mittelständische Unternehmen an PPP-Projekten beteiligt werden können, sondern vorrangig an der diesbezüglichen Ausschreibungskultur liegt.

SV RA Michael Werner (HDB): Herr Dr. Nüßlein, Sie sehen es mir nach, wenn ich diese Frage etwas anders sehe als mein Vorredner. Das große Problem, was wir bei dieser sogenannten Mittelstandsklausel haben ist eigentlich Folgendes: wie definieren wir überhaupt Mittelstand? Mittelstand ist, wie ich immer gerne so etwas salopp formuliere, der berühmte Pudding, den man an die Wand nageln will und nicht kann. Sie wissen, es gibt mehrere Definitionen. Es gibt die Definition vom Institut Mittelstandsforschung bis 500 Mitarbeiter. Die der EU-Kommission: bis 250. Wobei die EU-Kommissionsdefinition aus dem Subventionsbereich kommt, insoweit also ganz gut ist. Es ist also auch so, dass das Institut für Mittelstandsforschung sagt, nein, wir können es nicht an quantitativen

Größen festmachen kann, man kann es mehr an qualitativen Kriterien festmachen. Die Mittelstandsforschung geht mehr von einer Einheit von Unternehmenseigentum und Unternehmensführung aus. Also auf gut deutsch Familienbetriebe. Da hätten wir überhaupt nichts dagegen, wenn man das so definieren würde. Das Problem, was wir sehen ist, dass die Bundesregierung, insbesondere das Wirtschaftsministerium, welches ja heute auch vertreten ist, diesen Lexmittelstand, so ist es ja eigentlich geplant, als Lexhandwerk sieht. Da bekommen wir die Probleme. Wir haben grundsätzlich überhaupt nichts gegen die Mittelstandsförderung, sehen diese Regelung des § 97 Abs. 3 aber als verfehlt an. Warum? Mit diesem in Satz 2 vorgesehenen Zwang zur losweisen Vergabe kollidieren wir und zwar sage das nicht nur ich, sondern das sagen mehrere und zwar auch in der Begründung zum Gesetzesentwurf selbst und komischerweise steht es nicht im § 97 Abs. 3, sondern im § 97 Abs. 4 drin. Primäres Ziel der öffentlichen Beschaffung ist 1. der wirtschaftliche Einkauf der öffentlichen Hand und 2. die sparsame Verwendung von Steuergeldern. Das sind die beiden Grundprinzipien. Das heißt, eine Bevorzugung bestimmter Unternehmen ist also auszuschließen. Es ergeht der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot.

2. Schauen Sie mal in das Gutachten des wissenschaftlichen Beirates beim federführenden Bundeswirtschaftsministerium rein, vom 12. Mai 2007. Sie selbst sagen, bei der Losevergabe muss die Auswirkung auf den Wettbewerb und die Effizienz der Vergabe beachtet werden. Allein die Teilung wegen der Teilung willen, ist abzulehnen. Ich darf am Schluss auch noch einmal auf die Empfehlung der Bundesratsausschüsse vom 20. Juni, die eindeutig sagen, die Gewährleistung des wirtschaftlichen Einkaufs bei § 97 Abs. 3, wohlgemerkt, muss oberstes Ziel bleiben, eine unwirtschaftliche Zersplitterung ist zu vermeiden. Es ist eben nicht so, Herr Dr. Barthel, dass ich entscheiden kann, ob ich es zusammengefasst vergebe oder losweise vergebe, im Satz 2 steht drin, alle Aufträge sind in Lose zu verteilen. Man muss sich das einmal konkret vor Augen führen, wo führt das eigentlich hin? Wir befinden uns oberhalb der Schwelle, d. h. dieser Grundsatz ist gerichtlich durchsetzbar. Es ist ein subjektives Recht im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB. Das sieht folgendermaßen aus, ich will Ihnen ein einfaches Beispiel nennen, ein öffentlicher Auftraggeber schreibt 100 Fenster aus, er muss jetzt nach dem neuen § 97 Abs. 3 die 100 Fenster, und zwar gerichtlich nachprüfbar, in das Glas, in die Rahmen und in die Beschläge getrennt ausschreiben. Ob das im Sinne einer Modernisierung im Sinne einer Endbürokratisierung ist, da möchte ich ein großes Fragezeichen machen. 4. Vorletzter Punkt, es ist eine erhebliche Belastung auch der Vergabestellen, wenn Sie sich einmal die Begründung anschauen, diese Regelung soll im VLA und VBA, als auch unterhalb der Schwelle übernommen werden. Diese neue Regelung des § 97 Abs. 3 ist abzulehnen, weil sie einfach eine Zersplitterung befürchten lässt. Letzter Punkt, was mir nicht ganz klar ist, diese Frage möchte ich auch gerne an die Bundesregierung zurückgeben, wenn Sie sich einmal anschauen, diese Mittelstandsklausel ist ja keine neue Erfindung, es gibt in den Ländern genügend Mittelstandsförderungsgesetze, die diese Regelung eigentlich, meines Erachtens, gut, besser und pragmatischer umgesetzt haben. Schauen Sie nach Bayern, da steht drin, mittelständische Interessen sind vornehmlich zur Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen. Das ist also der bisherige Sinn des § 97 Abs. 3. Schauen Sie nach Baden-Württemberg, da steht es auch eindeutig drin. Dort heißt es: „insbesondere sind Leistungen, soweit es die wirtschaftlichen und technischen Voraussetzungen zulassen, so in Lose zu zerlegen, dass sich Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft bewerben können.“ Sachsen-Anhalt sieht das äh-

lich. Mit ist nicht ganz klar, warum man hier so eine restriktive Regelung nimmt, die letztendlich insbesondere den größeren Mittelstand eher belastet, denn ihm etwas nützt.

Die **Vorsitzende**: Jetzt hat die CDU/CSU-Fraktion noch einmal die Möglichkeit, Herr Lämmel.

Abg. Andreas Lämmel (CSU/CSU): Ich würde gerne zu § 97 Abs. 4 noch Fragen stellen. Die Frage, die immer wieder diskutiert wird, gibt es wirklich zwingende europäische Rechtsvorschriften, die die vergabefremden Kriterien in das deutsche Gesetz einbringen lassen und gleich weitergefragt, wenn man fremde Kriterien aufgrund europäischer Vorschriften in das deutsche Gesetz schreiben müsste, sind denn dann diese europäischen Vorgaben auch eins zu eins in dem Gesetzentwurf umgesetzt oder sind hier weitere vergabefremde Kriterien aufgenommen worden? Die dritte Frage zu diesem Komplex, wie beurteilen Sie denn die praktische Wirkung dieser vergabefremden Kriterien und welche Kosten oder welche zusätzlichen Aufwendungen sind zu erwarten, wenn man jetzt diese vergabefremden Kriterien letztendlich im Gesetz wirklich belassen würde? Ich würde diese Fragen gerne an Herrn Dr. Schäfer und Herrn Lau stellen.

SV Dr. Christoph Schäfer (Gesamtverband Textil+Mode): Zur Frage eins, Umsetzungspflicht. Wenn man sich den Wortlaut betrachtet, könnte man auf die Idee kommen, dass eine Umsetzungspflicht besteht. Aber nur auf den Wortlaut zu gucken, ist ein bisschen kurz gesprungen. Ich möchte drei Gründe aufzählen, warum wir keine Umsetzungspflicht haben. Wir haben eine Richtlinie, die Richtlinie richtet sich an die Mitgliedstaaten und die Umsetzung ist die Frage des jeweiligen nationalen Staats- und Organisationsrechts. Wir sind der Auffassung, dass die EU nicht befugt ist, Regelungen für die Verwaltungsebenen unterhalb der Mitgliedstaaten zu schaffen, d. h. Deutschland kann sich überlegen, wie es sie organisiert und kann dementsprechend auch überlegen und selbst entscheiden, welche Kriterien es den Behörden einräumt. Das ist nicht Aufgabe der EU.

Zweites Argument, wo verdient die Vergaberichtlinie? Es geht in erste Linie darum, einen gemeinsamen Binnenmarkt zu schaffen und Binnenmarktrichtlinien sind kein Instrument, um Umwelt- oder Sozialpolitik voranzubringen. Man will hier Transparenzvorschriften schaffen, die dafür sorgen, dass Wettbewerb entsteht. Die sogenannten vergabefremden Kriterien tun alles, dienen aber sicherlich nicht der Transparenz, im Gegenteil, sie sind der Transparenz abträglich. Ein weiteres Argument, wenn man in die Entstehungsgeschichte guckt, der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung Nord- Pas-de-Calais festgestellt, dass Mitgliedstaaten zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung aufnehmen können. Der Artikel 26 will nichts anderes als diese Rechtsprechung übernehmen, d. h. Mitgliedstaaten die wollen, die sollen können, aber die müssen nicht. Das zur ersten Frage. Die zweite Frage würde ich Herrn Lau zur Beantwortung überlassen, denn das was die Textil- und Modeindustrie betrifft, sind in erster Linie die sozialen Aspekte und die sind nun mal im Entwurf drin. Kosten des Ganzen: wir schaffen neue Bürokratie und keiner wehrt sich gegen das Ziel, dass Sozialstandards eingehalten werden müssen. Ganz klar, es gibt Probleme in den Herstellerländern von Textilien. Das will auch keiner wegdiskutieren. Es ist allerdings auch so, dass man dem deutschen Unternehmer ruhig unterstellen kann, dass er nicht um 5 Cent mehr im Portemonnaie zu haben, Kinderarbeit duldet. Die Schwierigkeit, die sich stellt, ist letztendlich das Ganze zu zertifizieren.

Hier drohen immense Kosten insbesondere für den Mittelstand. Sie brauchen objektive Nachweise, wenn Sie das Ganze nicht als Papiertiger enden lassen wollen. Wenn man einfach nur eine Erklärung abgeben muss, alles bestens, von der Konfektion bis zum Schaf, alles im grünen Bereich. Dann wird Ihnen irgendein Bieter das immer unterschreiben, damit haben sie letztendlich keinen Effekt. Das heißt, Sie müssen Zertifikate einholen, denn es gibt Zertifizierungsunternehmen. Die Zertifizierungsindustrie reicht sich schon heute die Hände und das kostet richtig viel Geld. Das kostet die Unternehmen viel Geld, die vielleicht gar nicht wissen, ob sie zum Zuge kommen, sich überlegen müssen, ob sie weiter teilnehmen an Ausschreibungen und das kostet die Gemeinden Geld und den Steuerzahler Geld, weil diese Kosten aufgeschlagen werden müssen. Es trifft gerade kleinere Unternehmen mit kleineren Losgrößen, die vielleicht auch Spezialitäten haben, weil die Zertifizierungskosten natürlich pro geordnetem Stück sinken. Dabei möchte ich es erst einmal belassen.

Die **Vorsitzende**: Jetzt hat Herr Lau das Wort. Ich kann mir allerdings eine Anmerkung nicht verkneifen, wie teuer uns das zu stehen kommen kann und wie viel es kostet, wenn man nicht zertifiziert, erleben wir allerdings gerade im Rahmen der Finanzkrise. Ich meine, das kostet uns wirklich richtig.

SV Niels Lau (BDI): Ob bei der Finanzkrise die sozialpolitischen Aspekte auch einmal gewerblich zertifiziert werden sollen, ist eine spannende Frage. Ich will jetzt nicht der Versuchung erliegen, alles zu wiederholen, was der Kollege Dr. Schäfer und auch andere vorab und auch noch morgen sagen werden und wollen. Ich möchte bloß Herrn Lämmel darauf hinweisen, dass Sie eine rechtspolitische Frage gestellt haben und die Betonung liegt auf der Vorsilbe rechtspolitisch. Sie haben nämlich gefragt, inwieweit es sich zwingend aus Europarecht ergibt, das umsetzen zu müssen. Ich glaube, die Frage zielt eigentlich aber ganz woanders hin, sie fragt nämlich danach, ob man politische Ziele in einem Rechtssystem, das eigentlich die Abwicklung von öffentlichen Aufträgen und die sinnvolle und wirtschaftliche Verschwendung von Steuergeldern bewerkstelligen soll, ob man das dort in diesem Rechtsrahmen aufnehmen soll. Sie wissen, dass der BDI übereinstimmend mit Ihnen von den sogenannten vergabefremden Aspekten spricht, also die Aspekte selbst als politische Ziele anerkennt, aber immer betont hat, dass die Frage der Verortung im Vergaberecht, eigentlich eine entscheidende ist, die sich nämlich darauf bezieht, ob das Prozedere der Abwicklung von öffentlichen Auftragsvergaben der richtige Ort ist, diese Ziele zu verwirklichen. Das hat Herr Dr. Schäfer eben als den falschen Platz charakterisiert, das würde ich bestätigen wollen und zwar auch aus den Gründen der Umsetzungsverpflichtung und Europarecht als die dogmatische Grundlage, hat Herr Dr. Schäfer Ihnen eben schon erläutert. Es gibt keine Verpflichtung im Europarecht, die Umsetzung von EU-Richtlinien beinhalten, speziell in bestimmten Gesetzen zu regeln. Man könnte also auch auf die Idee verfallen, wenn das politisch gewünscht ist, die Aspekte woanders umzusetzen. Deshalb vertritt der BDI die Auffassung, dass diese Aspekte im Vergaberecht eigentlich falsch verordnet sind, so schön und wichtig sie auch sein mögen. Die Frage zielt auch darauf ab, ob die Berücksichtigung in der Umsetzung, wenn sie denn verortet worden sind, im Gesetz verankert wurden und auch gelten, ob diese Umsetzung tatsächlich der Förderung dient. Ich möchte da, Sie hatten auch nach praktischen Kriterien gefragt, darauf hinweisen, dass sich die ersten Schwierigkeiten wahrscheinlich auf der Seite der Auftraggeber ergeben werden. Es geht nämlich um die konkrete Leistungsbeschreibung, also die Katalogisierung und

Konkretisierung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe, die korrekte Bewertung, den Nachweis und die nachfolgende Kontrolle. Das ist bei umweltpolitischen genauso wie bei sozialpolitischen wie auch bei innovativen Aspekten schwierig, weil es eine Definition geben muss, wie diese Kriterien zu fassen sind und was darunter fällt und was nicht. Ich erzähle Ihnen ja nichts Neues, wenn wir alle immer darüber sprechen, dass wir bestimmte Dinge fördern wollen, dann ist doch die Konkretisierung und die Konturen-schärfe dieser Aspekte ganz schwierig zu erörtern und festzulegen und ich bedauere jetzt schon die Vergabestellen, die das dann bewerten sollen, wenn sie nicht eine klare Handhabung bekommen. Mit anderen Worten, ein hoher Aufwand auf der Leistungsbeschreibungs- wie auch auf der nachfolgenden Kontrolleseite. Die Rechtsunsicherheiten, die nach dem aktuellen OLG-Urteil zur Tariffreueforderung auftauchen, brauche ich ja nicht zu betonen. Insofern glaube ich, dass die praktische Anwendung und das hatten Sie, Herr Lämmel, auch gefragt, die praktische Anwendung zu Kosten führen wird und auch zu Verzögerungen auf die Vergabe, die eigentlich durch die Modernisierung nicht gewollt sein können.

Abg. Dr. Georg Nüßlein (CDU/CSU): Darf ich dazu noch einmal nachfragen, wenn ich Herrn Summa anspreche an der Stelle. Zu dieser Frage „zwingendes Europarecht“ ist es denn nicht so, dass wenn in einer Richtlinie steht, der Gesetzgeber kann solche Möglichkeiten eröffnen, dass das bei uns in der Konsequenz heißt, dass wir in einer gesetzlichen Umsetzung, diese Möglichkeiten auch tatsächlich eröffnen müssen? Dann hätte ich gerne Herrn Dr. Schäfer noch einmal angesprochen auf das Thema „Wertschöpfungskette“, das Sie jetzt gerade auch kurz angeschnitten haben. Gibt es denn da von Ihrer Seite einen Vorschlag, jetzt hätte ich beinahe gesagt zur Güte, eine Möglichkeit das so zu lösen, dass wir letztendlich den Nachweis führen können und diese Gesichtspunkte berücksichtigen können? Ich darf noch einen Hinweis geben zu dem, was Sie jetzt sagen. Wir diskutieren momentan im Deutschen Bundestag die Frage, wie unser Fahrdienst gestaltet werden soll und stellen jetzt einigermaßen erschüttert fest, dass es uns da nicht gelingen soll, demjenigen der das Ganze zur Verfügung stellt, ein paar Vorgaben zu geben, wie die Arbeitsbedingungen, sind in der Gewissheit, dass es morgen dick in der Bild-Zeitung steht, dass die Fahrer, die uns durch Berlin kutschieren, am Ende furchtbar ausgenutzt werden. Wie sehen Sie denn dieses Problem?

SV RAOLG Hermann Summa (OLG Koblenz): Artikel 26 der Vergabekoordinierungsrichtlinie stellt meines Erachtens, den Mitgliedstaaten frei, diese Vorgaben umzusetzen - sie müssen nicht. Im Übrigen gibt das geltende Recht schon manche Möglichkeiten sowohl auf der Seite der Leistungsbeschreibung als auch bei den Wertungskriterien das eine oder andere zu machen. Ich halte diese Neuregelung für völlig überflüssig und nicht praktikabel.

SV Dr. Christoph Schäfer (Gesamtverband Textil+Mode): Fangen wir einmal an beim Fahrdienst für den Bundestag, da geht es um Dienstleistungen. Im Bereich Textil+Mode geht es um Lieferungen von Gegenständen und da haben Sie genau die Schwierigkeit, da müssen Sie trennen zwischen diesen beiden Teilen. Es ist zutreffend, dass man im Bereich Fahrdienst, Dienstleistungsausschreibung schon heute Möglichkeiten schafft vergabefremde Kriterien zu verwenden, Herr Summa sagte dies. In der Wertschöpfungskette stellt es uns vor erhebliche Probleme. Die textile Kette ist äußerst komplex

wir haben Nähen, wir haben Spinnen, wir haben Weben wir haben Färben und wir haben irgendwo auch noch Wolle oder Baumwolle oder eine Kunstfaser, die in verschiedensten Orten auf der Welt produziert werden. Wenn ich jetzt den Blick in die Gesetzesbegründung werfe, dann können zukünftig in der gesamten Kette Anforderungen gestellt werden. Das kriegen wir praktisch nicht hin, theoretisch ist alles möglich, zertifizieren lassen kann man alles. Ein Vorschlag zur Güte, wie Sie es ausgedrückt haben, wenn es Probleme gibt im sozialen Bereich, dann ist das in erster Linie die Stufe der Konfektion, d. h. dort, wo genäht wird. Wenn ich mir andere Bereiche angucke, häufig gibt es ja auch im Bezug auf Pflastersteine, die in Steinbrüchen in Indien geschlagen werden, wo wohl auch hin und wieder Kinderarbeit herrscht. Man kriegt das Ganze praktisch hin, wenn man sagt, OK, ich gucke noch ein bisschen in die Wertschöpfungskette rein. Wenn man sich aber dafür entschieden hat, man möchte das machen und stelle dann ab auf den wesentlichen Produktionsschritt, das wäre dann bei den Steinen der Steinbruch und bei den Textilien wäre das dort, wo genäht wird. Die Lieferketten sind auch so, dass derjenige Unternehmer der teilnimmt an einer Ausschreibung, diesen letzten Schritt den Konfektionsbetrieb nennen kann und auch gegebenenfalls zertifizieren lassen kann. Was davor liegt, denke ich, ist nicht handhabbar. Das wäre so die Idee: Im Lieferbereich, irgendwo eine Grenze ziehen, dass man sagt, wir schauen uns den wesentlichen Produktionsschritt an, dort wo das Gefahrenpotential am größten ist. Den Dienstleistungsbereich muss man davon getrennt betrachten.

SV RAOLG Hermann Summa (OLG Koblenz): Darf ich noch etwas sagen, man muss ganz streng unterscheiden zwischen der generellen Zulässigkeit einer Forderung, die man ja im GWB weit gefasst regeln kann, und der Frage der vergaberechtskonformen Umsetzung in einer konkreten Ausschreibung. Bei der Ausschreibung müssen zwei vergaberechtliche Grundsätze beachtet werden: 1. es ist dem Auftraggeber verwehrt Forderungen zu stellen, deren Erfüllung durch den Bieter er nicht nachprüfen kann oder nicht nachprüfen will. 2. der Auftraggeber kann keine Anforderungen stellen, deren Erfüllung für den Bieter unzumutbar ist. Jetzt stellen Sie sich vor, Sie haben die Neugestaltung der Außenanlage eines Rathauses. Der Auftraggeber gibt vor, es dürfen keine mineralischen Bauelemente verwendet werden, bei deren Gewinnung, Bearbeitung und Transport, gegen das Verbot der Kinderarbeit verstoßen wurde. Das soll ja nach der amtlichen Begründung möglich sein. Begnügt sich der Auftraggeber in diesen Fällen mit einer Eigenerklärung, ist das reine Heuchelei, dann kann man es auch lassen. Selbst Zertifikate die aus Indien kommen, darauf kann man sich auch nicht verlassen. Die kann man in einem Laden neben dem Steinbruch, wo die Kinder arbeiten, kaufen. Mit Stempel und mit allem drum und dran. Es bliebe also nur die Forderung, dass der ortsansässige Landschaftsgärtner einen lückenlosen Nachweis führt. Da würde ich sagen, dass wohl die Vergabekammern und die Vergabesenate sagen würden, das kann er nicht das ist ihm objektiv unmöglich und eine objektiv unmögliche Forderung ist unzumutbar.

Dr. Georg Nüßlein (CDU/CSU): Ich hätte gerne das Thema Tariftreue in dem Zusammenhang noch einmal thematisiert und eventuell Herrn Pakleppa bitten, dass er dazu ein bisschen was sagt.

SV Felix Pakleppa (ZDB): Zum Thema Tariftreue, in dem Zusammenhang, den wir gerade besprochen haben, lässt sich natürlich sagen dass der EuGH die Frage in der Entscheidung Rüffert bezüg-

lich des niedersächsischen Tariftreuegesetzes geregelt hat und gesagt hat was möglich ist und was nicht möglich ist. Der EuGH hat in der Entscheidung das Primat der Entsenderichtlinie betont d. h., durch Tariftreueregelung können keine Löhne bei der Vergabe berücksichtigt werden, die nicht nach den Grundsätzen der Entsenderichtlinie für allgemein verbindlich erklärt worden sind. Die Entsenderichtlinie sagt, ich kann Löhne durch entsprechende tarifvertragliche Regelungen allgemein verbindlich erklären, so wie wir das im Baugewerbe und in der Bauwirtschaft schon seit 10 Jahren haben, indem wir den Tarifvertrag über den Mindestlohn für allgemein verbindlich erklären oder aber durch ein entsprechendes Gesetz. Der EuGH hat nur klar gesagt, durch eine Tariftreueregelung wie die in Niedersachsen, kann ich eben nicht Löhne für die Vergabe für verbindlich erklären, die nicht nach der Entsenderichtlinie allgemein verbindlich erklärt worden sind. Das bedeutet im Endeffekt, dass bei der Vergabe, und das ist auch jetzt schon richtig, denn das wird bei der Zuverlässigkeitsprüfung des Bieters überprüft, die Mindestlöhne müssen eingehalten werden, das ist Teil der Rechtsordnung in Deutschland genauso wie andere jetzt schon durch Gesetz oder allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag vorgegebene Regelung. Mehr ist im Moment durch Tariftreueregelung nicht möglich, außer der Gesetzgeber würde sich entscheiden, ich weiß nicht, ob Ihre Frage darauf zielt, Herr Dr. Nüßlein, der Gesetzgeber würde sich an anderer Stelle entscheiden, einen gesetzlichen Mindestlohn einzuführen. Dann wäre der natürlich bei der Vergabe auch zu beachten, das ist klar. In dem Fall müsste der, weil der Teil der Rechtsordnung ist, auch beachtet werden. Ich hoffe, in diese Richtung ging Ihre Frage.

Abg. Dr. Georg Nüßlein (CDU/CSU): Wenn sie mir noch etwas zu der Möglichkeit sagen, wenn man den so eine Voraussetzung schaffen würde, wie man das in der Praxis kontrolliert.

SV Felix Pakleppa (ZDB): Da bin ich sehr skeptisch, weil wir, das habe ich gerade schon gesagt, in der Bauwirtschaft seit über 10 Jahren einen Mindestlohn haben. Wir waren die Ersten, die 1997 einen Mindestlohn eingeführt haben. Insgesamt stehen wir, Herr Asshoff, von der IG BAU neben mir, zu diesem Mindestlohn. Wir haben allerdings feststellen müssen, dass die Überprüfung in der Praxis sehr problematisch ist. Wenn wir mit der FKS, der Finanzkontrolle Schwarzarbeit, hier zusammenarbeiten, stoßen wir immer wieder auf Hindernisse stoßen bei der tatsächlichen Umsetzbarkeit und der praktikablen Überprüfung des Mindestlohns. Wir befürchten, wenn wir das jetzt in Tariftreueregelung in das Vergaberecht auch noch einbringen würden, dass das zu weiteren bürokratischen Lasten führen würde. Denn im Endeffekt haben wir in der Praxis festgestellt, wenn der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer sich einig sind und sagen, wir wollen den Mindestlohn nicht zahlen, wir wollen ihn umgehen, dann wird

eben gesagt, er hat nur acht Stunden gearbeitet, in Wirklichkeit hat er 10 Stunden gearbeitet und ein solcher Betrug lässt sich eben nicht durch die Vergabestelle überprüfen, und auch nicht durch die Vergabekammer. Das ist im Grunde genommen dann eine schöne Hoffnung, die man in das Gesetz schreibt, aber ich fürchte, richtig praktikabel umsetzbar ist das nicht.

Die Vorsitzende: Vielen Dank. Jetzt hat Herr Schultz das Wort. Die SPD-Fraktion stehen ebenfalls 33 Minuten zur Verfügung.

Abg. Reinhard Schultz (Everswinkel) (SPD): Ich möchte gleich anschließen, weil das dann im Ergebnis ein bisschen leichter zu bewerten sein wird, bei dem Thema der sogenannten vergabefremden Kriterien und hier insbesondere der sozialen Kriterien anschließen. Ich möchte die Frage richten an die IG-BAU Herrn Asshoff und auch an den ZDB noch einmal. Wir haben eine ausgesprochen gemischte Landschaft. Auf der einen Seite das Ruffert-Urteil „Tariftreue kann nur eingeführt werden bei allgemein verbindlichen Tarifverträgen oder sonstigen allgemeinen Regeln. Wir haben auf der anderen Seite und da neigt das EuGH-Urteil die Waage ausschließlich in Richtung Europäisches Entsenderecht. Wir schaffen hier aber gerade neues Europäisches Recht oder setzen es mit dem Vergaberecht um und damit werden natürlich die Abwägungsparameter auch automatisch andere, zumindest wird das Verhältnis neu abgewogen. Da würde ich, vor diesem Hintergrund, von Ihnen beiden auch gesehen, ob Sie meine Auffassung teilen, dass sich neue Spielräume ergeben zwischen den beiden Pfählen Entsenderecht und Europäisches Vergaberecht. Die zweite Frage bezieht sich darauf und schließt auch an das an, was an schriftlicher Stellungnahme der IG-BAU da war, nämlich dass die Normen der internationalen Arbeitsorganisation ILO unmittelbar geltendes Recht, soweit sie in Deutschland ratifiziert worden sind. Diese sind sehr weitgehend, auch hinsichtlich der Verfolgung von Wertschöpfungsketten, Stichwort „Kinderarbeit“ usw. und gelten nicht nur für das Verbot von Kinderarbeit auf deutschen Baustellen z. B., sondern gehen viel weiter. Wie weit wäre ein Bezug auf dieses unmittelbar geltende Recht schädlich oder nützlich in unserer Vergaberechtsreform?

SV Gregor Asshoff (IG-BAU): Ich kann und muss mich natürlich als Jurist zunächst einmal dem anschließen, was Herr Pakleppa grundsätzlich zu den Auswirkungen des Urteils in der Rechtssache Ruffert das EuGH vom April diesen Jahres ausgeführt hat. In der Tat hat der EuGH so schmerzlich einen das zum Teil berührt, aber umso weniger das zum Teil auch juristisch verständlich ist, aber das ist im Moment zu akzeptieren. Eine Rechtslage über dem EuGH ist an der Stelle nur noch der blaue Himmel und man kann es nur noch dann drehen oder wenden, wenn man es wieder dem EuGH vorlegt. Wir haben natürlich die Hoffnung, dass das passieren wird. Wir haben auch noch eine zweite Hoffnung, nämlich, dass es einen Konflikt gibt zwischen dem Deutschen Verfassungsrecht, den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts einerseits und dem EuGH andererseits, und dass auf diesem Wege in der Nachfolge das Urteil eine Neujustierung des Verhältnisses geschieht. Aber wenn man einmal das Ruffert-Urteil akzeptiert, dann gibt es in der Tat nach wie vor, was den Bereich Arbeitsbedingungen angeht, das Primat der Entsenderichtlinie, die Grenzen der Entsenderichtlinie. D. h. wir können derzeit keine Tariftreueklausel im nationalen Vergaberecht etablieren, die Tarifverträge in Bezug nehmen, die nicht allgemein verbindlich sind und zwar in einem besonderen Sinne für allgemein verbindlich erklärt worden sind, nämlich in dem Sinne, dass sie international zwingend sind. Man kann natürlich theoretisch auch sagen, wir nehmen einfach allgemein verbindliche Arbeitsbedingungen zur Grundlage, das geht. Aber, ich warne davor, obwohl sich das für eine Gewerkschaft vielleicht erst einmal komisch anhört, weil das im Ergebnis nämlich dazu führt, dass wir diejenigen, die ausländische Nachunternehmer in die Auftragsdurchführung einschalten, bevorzugen würden, weil nämlich diese dann unter diese Tariftreueklausel, mit einfachem allgemein verbindlichen Tarifnormen, nicht fallen würden. Wir könnten sie nämlich nur auf inländische Anbieter und deren Arbeitnehmer zwingend erstrecken. Das kann aber niemand wollen, dass wir so eine Form von Bevorzugung von ausländischen Anbietern o-

der Subunternehmerketten mit ausländischen Anbietern bekommen. Deshalb unser Plädoyer dafür, eine Tariftreueklausel in dieses Gesetz aufzunehmen, um gerade das herzustellen, was dieser Gesetzentwurf immer wieder beschwört, nämlich Transparenz und Klarheit. Wir brauchen bundeseinheitliche Regeln soweit das verfassungsrechtlich möglich ist für die öffentliche Vergabe, um eben auch Landesgrenzen überschreitende Anbieter, die wir ja nun hauptsächlich oder in großen Teilen haben, nicht in diesem Vergabeprozess zu behindern. Um klarzustellen, was sind die Regeln der Vergabe und zu diesen bundesweit geltenden Regeln sollte auch eine Tariftreueklausel gehören, die derzeit eingeschränkt wäre, auf international zwingende Arbeitsbedingungsnormen. Das sind Tarifverträge, die nach dem Deutschen Entsendegesetz für allgemein verbindlich und international zwingend erklärt worden sind. Diese sollte man darin aufnehmen. Dazu gehören aber dann - da komme ich schon zu dem zweiten Teil - auch ILO-Kernarbeitsnormen, die die Bundesrepublik Deutschland ratifiziert hat und die deshalb in inländisches Recht und nationales Recht überführt worden sind. Das geht meines Erachtens überhaupt nicht an, dass wir als absolute Grundnorm des Vergaberechts das Zuverlässigkeitskriterium haben, dann aber anfangen unterhalb dieses Kriteriums zu unterscheiden und zu sagen, auch dann, wenn es auftragsbezogene Kriterien sind, die einen akzeptieren wir, die anderen akzeptieren wir nicht. Das was wir akzeptieren, legen wir an dem Maßstab fest, wie teuer ist es denn, ob wir es akzeptieren und wie aufwendig ist es für den Anbieter den Nachweis zu führen. Diese Form des Vergaberechts, von der ich zugebe, dass sie durchaus in der Praxis relevant ist, ja sogar wahrscheinlich dominierend ist, weil die öffentlichen Vergabestellen personell weitestgehend ausgedünnt worden sind und gerade auf kommunaler Ebene kaum noch etwas selber leisten können. Diese Form der Praxis kann eigentlich nicht die Richtlinie sein, die das Gesetz vorgibt. Wir brauchen deshalb Normen, die erstens klar sind, da scheitert dieses Gesetz an mehreren Stellen, die also den öffentlichen Auftraggebern gerade in den Kommunen nicht „Steine statt Brot“ geben. Zum Zweiten müssen wir gleichzeitig zumindest in der untergesetzlichen Anwendungspraxis klare Regeln haben, wie diese Normen nach oben gesetzt werden können. Das Verbot der Kinderarbeit, um da an dem konkreten Beispiel noch einmal eines zu sagen, muss dann meines Erachtens in der Tat umgesetzt werden, in der Form, dass von den Anbietern Zertifizierungen vorgelegt werden. Natürlich reichen dann Nichtzertifizierungen einer Stelle, von der mit gutem Gewissen vermutet werden kann, dass sie nicht um die Ecke erworben worden sind, sondern es gibt übernational tätige Zertifizierungseinrichtungsstellen die sicherstellen können, dass keine Kinderarbeit im Spiel war. Man muss eben dann auch auf solche glaubwürdigen Zertifizierungsstellen setzen. Sicher ist es richtig, das kostet im Prinzip Geld, jedenfalls letzteres kostet Geld, weil diese Zertifizierungsstellen finanziert und bezahlt werden müssen. Wir können es nicht an diesen wenigen Prozenten eines öffentlichen Auftrages scheitern lassen. An ILO-Kernarbeitsnormen oder an ILO-Normen, die wir selber ratifiziert haben und die durchaus weltweit ein ganz großes Gewicht haben wie z. B. das Verbot der Kinderarbeit, das können wir nicht daran scheitern lassen.

Noch ein Wort zur Tariftreue. Das ist in den Diskussionen in den letzten Jahren ein wenig in den Hintergrund geraten. Es gibt Untersuchungen aus den USA, wo in den einzelnen Bundesstaaten Tariftreuegesetze existierten, dann wieder abgeschafft wurden, dann wieder eingeführt wurden. Also ein sehr schönes Bild für empirische Untersuchungen und bei diesen empirischen Untersuchungen hat man festgestellt, dass zwar die Lohnkosten und die Lohnnebenkosten um etwa 10 % bei den Anbietern gesunken sind, dass aber die Baukosten sowohl wenn man die Ausschreibung selbst anschaut,

also das Ende der Ausschreibung anschaut, als auch insgesamt, wenn man nach Abschluss der Baumaßnahmen sich die Kosten angeschaut hat, nicht nur nicht gestiegen sind, sondern, was die zweite Kategorie angeht, sogar in der Regel gestiegen sind. Was besonders wichtig und auch unter dem Aspekt wirtschaftlicher Beschaffung zu berücksichtigen ist: Gesunken ist die Ausbildungsbereitschaft der Unternehmen um etwa die Hälfte, es ist ein erheblicher Fachkräftemangel in diesen Bundesstaaten eingetreten. Die Qualität der Baumaßnahmen ist, was dann nicht mehr Wunder nimmt, gesunken und die Innovationsbereitschaft der Unternehmen ebenfalls, weil sie sonst an öffentliche Aufträge nicht mehr herankamen, denn die Innovation kostet zunächst einmal Geld und bringt erst mittelfristig Erfolge. Aus all diesen Gründen haben dann die öffentlichen Auftraggeber Rabatzt gemacht, nicht die Auftragnehmerseite, nicht die Gewerkschaften, sondern die öffentlichen Auftraggeber in diesen Bundesstaaten und haben gesagt, lasst uns bitte diese Tariftreuegesetz wieder einführen für unseren Bundesstaat, wir kriegen keine qualitativ hochwertigen Angebote mehr, wir haben einen rapiden Fachkräftemangel in diesen Baubereichen. Ich meine, das ist ein wesentliches Indiz auch dafür, dass wirtschaftliche Beschaffung diese Kriterien berücksichtigen muss.

SV Felix Pakleppa (ZDB): Ganz kurz noch einmal zu der Ruffert-Entscheidung, Herr Schultz, da schließe ich mich Herrn Asshoff an. Ich hatte das schon ausgeführt. Im Moment ist eine Tariftreue-Regelung in der Gestalt nicht möglich nach der Rechtsprechung des EuGH, dass Löhne die nicht für allgemein verbindlich erklärt sind, zum Schwerpunkt der Vergabe gemacht werden können d. h., das ging zumindest nur im Rahmen einer innerstaatlichen Regelung d. h. man könnte die Inländer benachteiligen und sagen, ihr müsst die Tariflöhne bringen, aber ausländische Betriebe müssten sie nicht bringen. Wenn man sich eben teilweise das Unwesen der Subunternehmerketten in der Bauwirtschaft anguckt, ich habe einen Generalunternehmer, da sind viele Subunternehmer immer weiter dahinter und das wird leider immer unordentlicher. Nach hinten würde das natürlich dazu führen, dass man immer mehr ausländische Subunternehmer hätte. Damit würde man gerade dem deutschen Mittelstand den heimischen Betrieben vor Ort einen Bärendienst erweisen. Davor würde ich dringend warnen.

Zur zweiten Frage, was Herr Asshoff ausgeführt hat, glaube ich, muss man unterscheiden zwischen der Zuverlässigkeitsprüfung des Bieters, da geht es nämlich darum, ist der Bieter der Betrieb, der einen öffentlichen Auftrag haben will, zuverlässig und der muss sich natürlich an die Rechtsordnung halten d. h., er muss nicht nur die ILO-Kernarbeitsnorm, der muss nicht nur die gesetzlichen Urlaubsregelungen, Entgeltfortzahlungsgesetz beachten, der muss auch die Regelung für Lehrlinge beachten. Der muss das alles tun, das ist gar keine Frage und dann bin ich halt skeptisch, ob man einzelne Punkte der geltenden Rechtsordnung tatsächlich ins Vergabegesetz aufnehmen will. Denn wenn ich erst einmal anfrage und sage, ich nehme die ILO-Kernarbeitsnorm gegen Kinderarbeit, weil das nun ein ganz emotionaler Punkt ist, der schreiend ungerecht ist und wo ich sage, das will ich berücksichtigen. Dann komme ich natürlich nächste Woche und sage, aber es muss auch klar sein, die Entgeltfortzahlungsregelung muss ins Vergaberecht, denn ich will nur einen Betrieb, der das tut. Dann komme ich nächste Woche und sage, es muss aber die gesetzliche Urlaubsbestimmung eingehalten werden und der Lehrling muss in die Berufsschule.

...Zwischenruf...

Sie blähen es enorm auf. Sie fangen beim Grundgesetz an und schreiben alles das, was sowieso schon per Gesetz kodifiziert ist, was wir schon in unserer Rechtsordnung haben, was Sie schon verabschiedet haben im Bundestag, würden Sie noch einmal an eine Stelle in das Gesetz schreiben. Da habe ich wirklich Zweifel, ob das sinnvoll ist. Den haben wir auch für die Überprüfung, weil das im Grunde genommen eine Verfahrensregel ist. Ich überprüfe die Zuverlässigkeit eines Bieters. Da haben wir die Vergabeordnung, die VB im Baubereich, die VL in der die Eignungsprüfung vorgenommen wird. Da findet das statt, da sind die Kriterien ja auch im Baubereich im § 8 Nr. 3 VOB aufgeführt. Da wird genau gesagt, hast du deine Steuern gezahlt, hat der Betrieb Sozialabgaben gezahlt usw. Da wird das abgeprüft. Deshalb ist halt sehr die Frage, das ist natürlich, sie haben nur eine rein deklarative Wirkung und keine konstitutive Wirkung, wenn sie jetzt sagen, die Gesetzesordnung, alles worüber wir gesprochen haben, füge ich hier noch einmal ein. Das war glaube ich, der Punkt, der bei Herrn Asshoff so ein bisschen durcheinander gekommen ist, unscharf war aus meiner Sicht, dass ich auf der einen Seite sage, die Zuverlässigkeit des Bieters muss ich prüfen. Da kommt es darauf an, hält er alle geltenden Gesetze ein? Die andere Frage ist der § 97 Abs. 4, die Auftragsbezogenheit, kann ich bei einem konkreten Auftrag sagen, zusätzliche Aspekte kann der Auftraggeber eben bringen, wie jetzt z. B. soziale oder ökologische Aspekte?

Die **Vorsitzende**: Ich würde gerne eine Frage zum Thema tarifgerechte Bezahlung an Herrn Summa, Frau Dr. Dageförde und Herrn Dr. Schulten stellen. Der Bundestagspräsident hatte mich gebeten, in unserer Anhörung die Frage, ob durch eine gesetzliche Veränderung des Vergaberechts die strittigen Punkte wie Tariftreueklausel und Eigenpersonalanteil geregelt werden könnten, zur Diskussion zu stellen. In der jetzigen Diskussion ist deutlich geworden ist, dass wir sicherlich einen umfassenden Rechtsrahmen haben, gleichzeitig aber feststellen müssen, dass dieser breite Rechtsrahmen offensichtlich nicht so gefasst ist, dass es bei der Anwendung immer zu einem kohärenten Ergebnis kommt. Gesetze, aber auch andere rechtliche Vorschriften spiegeln immer gesellschaftliche Normen wider, sonst wären sie sinnentleert und entfalten auch keine Bindewirkung. Einerseits schützt unser Grundgesetz die Tarifautonomie. Die Tarifpartner schließen Tarifverträge, die wiederum eine branchenbezogene Norm für eine angemessene Vergütung darstellen. Wir sollten auch davon ausgehen können, dass jeder sich an diese Norm – d.h. Bezahlung entsprechend den Tarifverträgen – hält. Trotzdem mussten wir feststellen, dass die Vergabekammer des Bundes beim Bundeskartellamt in dem Ausschreibungsverfahren betreffend den Fahrdienst nicht akzeptiert hat, dass vertragliche Regelungen zur Tariftreue des Auftragnehmers vorgesehen waren. Für den Gesetzgeber bleibt die Frage, wie können und müssen wir unsere rechtlichen Vorschriften verändern, dass wir den Grundsatz einer angemessenen Vergütung nicht verletzen und nicht gegen einzelne rechtliche Vorschriften verstoßen, bzw. dass es zu widersprüchlichen Ergebnissen kommt. Letzteres wäre fatal, weil dieses im Ergebnis dazu führt, dass Normen und rechtliche Vorschriften ihre Bindekraft verlieren. Wenn sie ihre Bindekraft verlieren, sind sie nicht mehr viel wert. Gesetze sollten aber ihre Bindekraft behalten. Deshalb diese Nachfrage. Es ist bisher nicht deutlich gemacht worden, wie wir vorgehen können, um diese Zielsetzung im Bundestag sicherzustellen. Wie kann man erreichen, dass Tariftreue und angemessene Vergütung sichergestellt werden, Herr Summa?

SV RAOLG Hermann Summa (OLG Koblenz): 1. Die europarechtliche Seite: wir müssen einfach akzeptieren, dass es Mitgliedstaaten gibt, in denen ist das Preisniveau, der Lebensstandard, das Lohnniveau niedriger als bei uns. In Rumänien oder Polen werden ja keine Dumpinglöhne gezahlt, sondern da werden Löhne gezahlt, die für dortige Lebensverhältnisse durchaus angemessen sind. Der EG-Vertrag gibt jedem Unternehmen in irgendeinem Mitgliedstaat das Recht, diesen Wettbewerbsvorteil in einem anderen Mitgliedstaat auszunutzen, das ist der Ausgangspunkt. Davon gibt es dann auch nur europarechtliche Ausnahmen und eine solche Ausnahme ist die Entsenderichtlinie und das geht dann über das Arbeitnehmerentsendegesetz und dann ist nach der derzeitigen Rechtslage in Europa Schluss. Da geht meines Erachtens nichts. Wenn Sie auf die Tarifautonomie abstellen, dann sollten Sie vielleicht auch berücksichtigen - es ist lange her, dass ich mich damit in meiner Uni beschäftigt habe – dass es so etwas wie eine negative Tariffreiheit gibt. Damit steht es jedem Arbeitnehmer frei, nicht Gewerkschaftsmitglied zu sein und es steht jedem Unternehmen frei, nicht Mitglied eines Arbeitgeberverbandes zu sein, das heißt, sich mit der Entlohnung in einem tariffreien Raum zu bewegen, so lange es in Deutschland keine anderen gesetzlichen Regelungen gibt. Sie kommen meiner Meinung nach nur weiter, wenn Sie sich hier im Bundestag auf einen Mindestlohn einigen können. Aber das ist eine politische, keine rechtliche Frage. Das ist auch kein vergaberechtliches Problem. In dem Moment, wo wir einen Mindestlohn haben, einen gesetzlichen Mindestlohn, gehört der zur Rechtsordnung. Ein Bieter, der nicht die Gewähr dafür bietet tarifgerecht oder den Mindestlohn zu zahlen, kann man dann wegen Unzuverlässigkeit ausschließen.

Die **Vorsitzende:** Frau Dr. Dageförde und Herrn Dr. Schulten würde ich auch noch bitten.

Sve Dr. Angela Dageförde (Rechtsanwälte Prof. Versteyl): Ich kann mich den Worten von Herrn Summa nur anschließen. Vielleicht wird auch an diesem Fall oder an diesem Beispiel deutlich, dass das Vergaberecht möglicherweise eben nicht das geeignete Mittel, das geeignete Instrument ist, um diese Aspekte festzuschreiben und dass man es damit überfrachten würde. Ansonsten kann ich mich den Worten meines Vorredners nur anschließen.

SV Dr. Thorsten Schulten (WSI): Ich stimme der Auffassung, die ja schon geäußert worden ist, zu. Momentan können wir nach dem Ruffert-Urteil des EuGH nur nach dem Entsendegesetz allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge sozusagen auch zur Grundlage öffentlicher Vergabe machen. Nun gibt es aber bekanntermaßen in Deutschland nicht so viele Tarifverträge, die tatsächlich unter dieses Entsendegesetz fallen und das ist, denke ich, auch genau das Problem, dass es auch eine Besonderheit ist. In fast allen europäischen Ländern gilt das Entsendegesetz generell für sämtliche Branchen. Deutschland hat da so eine Sonderregelung mit ein zwei weiteren Ländern auch noch, wo wir das erst nur für den Bausektor eingeführt haben und jetzt mühsam diskutieren, Sektor für Sektor in dieses Entsendegesetz einzuführen. Also das ist, glaube ich, der erste Punkt, dass man den Bezug machen kann. Der macht auch vor allen Dingen deshalb Sinn, weil es eine zusätzliche Kontrollmöglichkeit schafft. Da verstehe ich Herrn Pakleppa nicht ganz. Sie haben eben gesagt, es ist eher ein Problem, dass jetzt schon geltende Mindestlöhne beim Bau nicht kontrolliert werden, nicht ausreichend kontrolliert werden. Nun haben Sie aber gerade doch über das Vergabegesetz die Möglichkeit eine zusätzli-

che Kontrollinstanz einzuführen und da gibt es durchaus positive Erfahrungen, ich erinnere nur an den Evaluierungsbericht des Hamburger Vergabegesetzes vom letzten Jahr, wo Hamburg ja eine ganz interessante Lösung mit einer eigenen Kontrollbehörde für den Bau geschaffen hat, wo summa summarum alle, Arbeitgeber, Gewerkschaften, einfach alle sagen: das hat System sich bewährt und wir sind froh, dass wir dieses System haben. Es ist auch gelungen, dort weitgehend tatsächlich die Tariftreue sicherzustellen d. h., sie haben dadurch ein zusätzliches Instrument und da kann ich gar nicht ganz nachvollziehen, warum man das nicht nutzen will. Aber der Hauptpunkt zu Ihrer Frage ist klar, man muss diesen Gedanken der Allgemeinverbindlichkeit in Deutschland auch stärken. Wenn man es mal mit anderen Ländern vergleicht: in Frankreich werden 90 % aller Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt. In den Niederlanden sind es 70 %, in Deutschland sind es gerade mal 1,5 % aller Ursprungstarifverträge. Da ist in der Tat die Frage, wenn man das als Norm haben will, ob man dann nicht wie auch andere Staaten eine Form der politischen Unterstützung dieses Tarifvertragssystems finden muss. Das ist aber eher eine grundsätzliche Frage der Entwicklung unseres Tarifvertragssystems

Abg. Hans-Joachim Hacker (SPD): Ich habe eine Frage an den Vertreter des Deutschen Städte- und Gemeindebundes Herrn Rechtsanwalt Düsterdiek in Bezug auf die Problematik der städtebaulichen Verträge, die vor dem Hintergrund der bekannten Entscheidung im Nachprüfungsverfahren im Fall Wildeshausen uns auch beschäftigt. Halten Sie gerade vor dem Hintergrund, dass das OLG Düsseldorf am 2. Oktober 2008, also vor wenigen Tagen, dem EuGH die Frage der Ausschreibungspflicht kommunaler Immobiliengeschäfte zur Entscheidung vorgelegt hat, die im Gesetzentwurf dazu getroffenen Regelungen für notwendig und für ausreichend?

SV Bernd Düsterdiek (DStGB): Dazu will ich gerne antworten. Ich spreche hier auch ausdrücklich für den Deutschen Städtetag und den Deutschen Landkreistag, der mich hier beauftragt hat, in dieser Sache auch mitzusprechen. Wir können für den kommunalen Bereich diese vorgesehene Regelung in der vorgeschlagenen Form auch in der Formulierung ausdrücklich begrüßen. Da gibt es keinen Ansatz aus unserer Sicht der Verbesserung am Wortlaut etwa. Die von Ihnen angesprochene, jetzt aktuelle Entscheidung des OLG Düsseldorf, wirft sicherlich hier einige Fragen auf, nichts desto trotz zeigt der Blick in die kommunale Vergabepaxis, dass wir zurzeit vor einem riesenproblem vergaberechtlicher Art zurzeit stehen. Wir haben die Situation, dass eben die Stadtentwicklung massiv gehemmt ist aufgrund einer unsicheren Rechtslage. Die Städte und Gemeinden wissen häufig eben nicht, in Frage der Veräußerung kommunaler Liegenschaften, Grundstücke und damit einhergehender Planungen, wie vergaberechtlich hiermit umzugehen ist. Das OLG Düsseldorf, wie Sie wissen, ist ein Oberlandesgericht. Es gibt hier auch andere Stimmen in der obergerichtlichen Rechtsprechung. Insoweit gilt es hier sicherlich abzuwarten. Die Vorlagefragen, die das OLG Düsseldorf an den EuGH gestellt hat, arbeiten im Grundsatz all die Punkte ab, die streitig diskutiert werden. Nichts desto trotz stehen die kommunalen Spitzenverbände derzeit auf dem Standpunkt, dass die vorgeschlagene Regelung mit Blick auf die Rechtsunsicherheit im Wortlaut so zutreffend ist und auch gewünscht wird.

Die **Vorsitzende:** Herr Hacker noch eine Nachfrage?

Abg. Hans-Joachim Hacker (SPD): Eine Nachfrage nicht, ich hätte dann gerne noch eine andere Frage gestellt. Ich habe da noch eine Frage an den Vertreter von DEGES, Herrn Klofat. Die Beschleunigung des Nachprüfungsverfahrens. Sehen Sie in den vorgeschlagenen Regelungen für die Beschleunigung des Nachprüfungsverfahrens ein geeignetes Instrumentarium und können Sie vor dem Hintergrund der eigenen Erfahrungen im Ausschreibungsverfahren die vorgeschlagene Nachprüfungsverfahrensregelung befürworten oder gibt es aus Ihrer Sicht Verbesserungsvorschläge, Kritikpunkte in dieser Hinsicht?

SV Jörg Klofat (DEGES): Vielen Dank für die Frage. Ich darf dazu zusammenfassend sagen, dass wir insgesamt erwarten, dass aus diesen Vorschlägen Beschleunigungen erwachsen werden. Natürlich setzt das auch voraus, dass die Dinge, die flankierend hier angesprochen und geregelt sind, und die Vergabekammern und deren Befassung mit der Angelegenheit dann auch in dem Sinne, wie wir aus der Begründung entnommen haben, verstanden werden sollen auch umgesetzt werden. Das würde in der Tat bedeuten, dass diese Beschleunigungen, die sich in einer unverzüglichen Rügepflicht manifestieren mit Sicherheit Erfolge haben werden. Es wird auch die Möglichkeit gesehen, dass die Vergabekammer selbst sich noch stärker auf das beschränkt, was von den Beteiligten vorgebracht wird, einen Beschleunigungseffekt haben kann. Wir als Vergabestelle haben gerade bei diesen großen Aufträgen, um die es in der Regel geht, durchaus feststellen können, dass manchmal die Rechtmäßigkeitkontrolle sehr umfassend betrieben worden ist, das liegt zugegebenermaßen in der Vergangenheit. Der Amtsermittlungsgrundsatz bis fast schon in verfassungsrechtliche Feinheiten hinein getrieben worden ist. Das wird mit diesen Formulierungen und Absichten aus Umsicht relativiert und deswegen erwarten wir zusammengefasst in der Tat von diesen Vorschriften zwar unterschiedlich intensive Beiträge, aber insgesamt erhebliche Beiträge zu einer weiteren Beschleunigung. Das, was uns in besonderer Weise natürlich berührt, ist, die Beschleunigung umfasst zwar die erste Instanz wie bei der Vergabekammer, aber nicht zwingend das Beschwerdeverfahren vor dem OLG und da gelten in der Tat einfach andere Dimensionen, die in die Wochen und in die Monate gehen. Wir als Vergabestelle müssen nämlich manchmal befürchten, dass wir den eigentlichen Sinn eines Ausschreibungsverfahrens, nämlich im Wettbewerb wirtschaftlich den besten und günstigsten Preis, zu erwerben nicht mehr so genau erkennen können, wenn Verfahren so lange dauern, dass sie über die ursprünglich gegebene Zuschlagsfrist hinausgehen würden, man also zu einer Verlängerung der Zuschlagsfrist kommen muss und das und auch andere Entwicklungen zu der Schwierigkeit führt, dass wir damit automatisch in nicht unerhebliche Mehrkosten hineingeraten. Dem muss man von Seiten einer Vergabestelle natürlich besondere Aufmerksamkeit widmen. Das führt man dann soweit, dass man beim besten Willen eigentlich schon gar nicht mehr sagen kann, es kommen mehr Forderungen darüber, was an Auskünfte einzuholen ist unzulässig nach den Bestimmungen der VOL/B ist. Welches ist nun das wirtschaftlichste Angebot, auf dass wir einen Zuschlag erteilen sollen? Da haben wir manchmal den Eindruck, dass dann der Weg manchmal gänzlich zu einseitig ist. Da spielt es dann zum Schluss nur noch eine nachrangige Rolle, denn der Zuschlag muss erteilt werden. Das ist ein Problem, was wir in der Praxis haben und das wollen wir mal so sagen: Das sind keine rechtstheoretischen Probleme, die lassen sich ja alle wunderbar diskutieren, aber unser Problem in der Praxis ist in der Tat, wo sich die Dinge hart im Raume stoßen, dass man hier den eigentlichen Auftrag in dem Sin-

ne nicht so verfolgen kann, wie man es möchte nämlich zum wirtschaftlichsten Angebot zu kommen, weil man schlicht weg aufgrund drohender Mehrkostenforderungen und einer für den Auftragnehmer relativ selber von ihm auch mit gestalteten günstigen Ausgangssituation mit Mehrforderungen rechnen muss, die man kaum beziffern kann.

Abg. Reinhard Schultz (Everswinkel) (SPD): Ich knüpfe hier direkt an, da ich natürlich auch verstehe, dass sich zwei Dinge im Raum stoßen, nämlich das Interesse an der zügigen Auftragsvergabe auf der einen und auf der möglicherweise unterliegenden Seite die Kostenminimierung und der Rechtsschutz und auch die praktische Stabilität bei denjenigen, die das Ganze überprüfen sollen. Herr Summa hat sich ja in einer gewissen Eindeutigkeit in seinen Stellungnahmen geäußert, gerade was die Frage der Nachprüfverfahrenverkürzungen usw. angeht. Die meisten haben das natürlich alles gelesen, aber sie sollten das vielleicht noch mal im Originalton vortragen.

SV RAOLG Hermann Summa (OLG Koblenz): Punkt eins, das ist etwas, was mir als Mitglied eines Vergabesenats natürlich am meisten am Herzen liegt, das ist die Verkürzung der Frist des § 118 Abs. 1 Satz 2 von zwei Wochen auf eine Woche. Diese Regelung wird günstigstenfalls nichts bewirken, dann ist sie sinnfrei. Wahrscheinlich ist, dass sie ein Verfahrenshemmnis darstellen wird, denn wenn die aufschiebende Wirkung - denn darum geht es ja hier -, verlängert wird, hat die Beschwerde des Antragstellers die aufschiebende Wirkung, dann liegt die Auftragsvergabe auf Eis und zwar unabhängig davon, ob diese Entscheidung binnen einer Woche ergeht oder wie bis nach bisherigem Recht innerhalb von zwei Wochen. Auf den Zeitpunkt der abschließenden Entscheidung des Vergabesenats hat der Zeitpunkt dieser Eilentscheidung nicht im geringsten Einfluss, d. h. wird dem Antrag stattgegeben, bleibt es genauso wie es bisher ist. Wenn gesagt wird, dass die Beschwerdeverfahren zu lange dauern, mag im Einzelfall sein, ich glaube aber schon, dass diese relativ zügig abgewickelt werden, nur müssen wir leider hin und wieder rechtsstaatliche Petitessen wie rechtliches Gehör berücksichtigen und wenn die öffentlichen Auftraggeber gelegentlich zwei Tage vor der mündlichen Verhandlung mit einem völlig neuem Vorbringen kommen, dann verzögert sich das Verfahren vielleicht auch.

Zurück zu dem Eilantrag, eine Verfahrensbeschleunigung kann es nur dann geben, wenn der Antrag abgelehnt wird, denn dann kann die Vergabestelle sofort den Zuschlag erteilen. Eine solche Ablehnung zu begründen oder vor dem eigenen Gewissen zu vereinbaren. Das setzt voraus, dass man sich eingehend mit der Sache befasst und dafür reicht eine Woche schlicht und ergreifend nicht aus. Ich hatte in den letzten Wochen Kontakt mit Kolleginnen und Kollegen von sieben oder acht Vergabesenaten und die Meinung ist eindeutig: alle lehnen diese Regelung ab. Die Aussage ist, dann wird zukünftig routinemäßig die aufschiebende Wirkung verlängert, weil einfach keine andere rechtliche Möglichkeit bleibt. Und zwar auch in Fällen, bei denen man vielleicht bei Anwendung der jetzigen zwei Wochen Frist genug Zeit hätte, um tatsächlich den Eilantrag abzulehnen. Das ist das erste. Das zweite ist, zum § 107 ist meine Einstellung ein wenig zwiespältig, das eine ist, das sollte man einfach sprachlich korrigieren: man kann einen Vergaberechtsverstoß, der zwar erkennbar ist, aber noch von niemandem erkannt worden ist auch nicht unverzüglich rügen, wie es im Gesetz drin steht. Das sollte man raus lassen und wenn man das dann einfach raus lässt, weil einfach sinnlos ist, dann sollte man

das genauso machen wie bei der bisherigen Regelung des 107 Abs. 3 Satz 2 und sagen, alle erkennbaren Verstöße müssen spätestens mit Angebotsabgabe gerügt werden. Das kann man meiner Meinung nach problemlos machen. Damit erzwingt man, dass sich auch die Bieter nicht erst auf den letzten Drücker mit den Vergabeunterlagen befassen und nach dem Kölschen Motto „Et hätt schon immer jut jejangen“ ein Angebot abzugeben und anschließend dann, wenn es schief gegangen ist zu rügen, dass die ganzen Vergabeunterlagen ja wie Kraut und Rüben waren und man hätte damit ja nichts anfangen können. Die sollten wenigstens schon vielleicht mal vier bis fünf Tage vor dem Abgabetermin in die Unterlagen einsehen.

Für die §§ 115, 118 und 121 die Abwägungskriterien, ich sehe da absolut keine Notwendigkeit für eine Änderung. Meiner Meinung nach haben diese Eilverfahren durch Rechtsprechung eine praktikable Anwendung gefunden, die beiden Seiten Rechnung trägt. Ich zumindest halte die vorgesehene Regelung des § 115 Abs. 2 mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu dem Verfahren des effektiven Rechtsschutzes für unvereinbar oder anders ausgedrückt: diese Regelung halte ich für verfassungswidrig und ich gehe auch mal davon aus, dass das auch allgemein im Kollegenkreis so gesehen wird. Denn es gibt zahlreiche Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die sagen schlicht und einfach: Wenn es um Rechtsschutz zur Vermeidung drohender Nachteile gehen, dann muss der Rechtsschutz so ausgestaltet sein, dass nach Möglichkeit die Schaffung vollendeter Tatsachen verhindert wird. Diese Eilanträge nach § 115 Abs. 2 werden ja nach einem sehr frühen Stadium des Verfahrens gestellt. Möglicherweise hat die Vergabekammer erst angefangen sich in die Sache einzuarbeiten und wenn in einer solchen Situation des Rechtsschutz dadurch ausgehebelt werden soll, dass mit einer, wie ich das genannt habe, kryptisch oder orakelhaften Formulierung im Gesetz auf einmal wirtschaftliche Interessen des Auftraggebers Vorrang gegeben werden soll, dann ist das sicherlich nicht mit effektivem Rechtsschutz zu vereinbaren. Vielleicht dazu auch noch eine kurze Anmerkung. Es heißt ja in dem Gesetzesentwurf sinngemäß: „Wenn der Auftraggeber seine Aufgaben nicht wirtschaftlich erfüllen kann“. Die Begründung suggeriert, dass damit der konkrete Auftrag gemeint ist. Wenn das so gemeint ist, das vermute ich mal, dann sollte man das auch so in das Gesetz hineinschreiben, dann bekommt man allerdings auch ein Problem mit der Rechtsmittelrichtlinie. Wenn Aufgaben im weiteren Sinne gemeint sind, dann frage ich mich, was das sein soll und dann fangen wir irgendwann im Nachprüfungsverfahren an, darüber nachzudenken. Ob wir dann einen Beschleunigungseffekt haben, das wage ich zu bezweifeln.

Abg. Paul K. Friedhoff (FDP): Ich möchte zu einem anderen Aspekt kommen und würde dort gerne von der ZDB, ZDH und der HDB eine Antwort erhalten, aber wer sonst sich noch aufgerufen fühlt, kann natürlich auch gerne antworten. Ich meine den Aspekt der interkommunalen Zusammenarbeit, also der Vergabe, die dort ein bisschen anders laufen soll, als sich das viele Handwerker vorstellen. Das war die Frage.

SV Felix Pakleppa (ZDB): Die Regelung zur interkommunalen Zusammenarbeit und zur Inhouse-Vergabe, wie sie im Gesetzesentwurf vorgesehen ist, ist aus unserer Sicht sehr weitgehend. Es ist natürlich so, und das ist unbenommen, dass natürlich die Inhouse-Vergabe und interkommunale Zusammenarbeit möglich sein muss. Das findet ja auch statt und ist Lebenswirklichkeit bei den Kommu-

nen heute. Das konnte man ja auch sehen bei der Stellungnahme von Herrn Abel, dass da ein Umsatz von 71 Mrd. Euro beim Verband kommunaler Unternehmen e. V. (VKU) erzielt, das ist also kein kleiner Wirtschaftszweig und nichts was man jetzt unbedingt gesetzlich noch fördern muss, sondern das ist schon ganz erstaunlich, dass das stattfindet. Das sind alles Summen, die die heimischen Mittelständler nicht erwirtschaften können.

Unabhängig will ich zu dem Vorschlag des § 99 Abs. 1 zwei Punkte sagen. Wir sehen hier die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes in nicht genügender Weise beachtet. Wir gehen davon aus, dass der EuGH in diesem Bereich zwei wesentliche Kriterien aufgeführt hat. Das ist zum einen das sogenannte Kontrollkriterium und zum anderen das sogenannte Wesentlichkeitskriterium, d. h. es muss zum einen, wenn ich Aufgaben aus der Kommune gebe, bleiben wir bei dem Beispiel, so muss ich, sagt der EuGH, das beauftragte Unternehmen kontrollieren wie eine eigene Dienststelle können. Auf dieses Kriterium ist bei der Fassung des § 99 Abs. 1 in keiner Weise eingegangen worden. Das zweite ist, dass das sogenannte Wesentlichkeitskriterium, zu dem EuGH sagt, die beauftragte Stelle muss im Wesentlichen für den Beauftragenden, also wieder für die Kommune tätig werden. Hieraus ist im Gesetzentwurf geworden, dass das beauftragende Unternehmen überhaupt nur für irgendwelche öffentlichen Auftraggeber tätig wird, aber nicht für dieses konkreten, so wie es die Rechtsprechung des EuGH fordert. Von daher gehen wir davon aus, dass hier zwei Kriterien des EuGH nicht berücksichtigt worden sind und dies wird sicherlich dazu führen, dass dieser § 99 Abs. 1 des Gesetzentwurfes über kurz oder lang durch vorlagefreudige deutsche Gerichte dem EuGH zugeleitet und sicherlich in zwei bis drei Jahren wieder überprüft werden wird, was nicht sinnvoll ist, und deshalb empfehlen wir die Rechtsprechung des EuGH hier noch mal zu beachten und diese Kriterien im § 99 Abs. 1 noch mit einzufügen, was auch zu einer sinnhaften und sachgerechten Beschränkung der interkommunalen Zusammenarbeit und der Inhouse-Vergabe führen würde.

SV Dr. Alexander Barthel (ZDH): In Ergänzung dessen, was Herr Pakleppa gesagt hat, möchte ich noch etwas hinzufügen. Neben der von uns auf dieser Art und Weise so eingeschätzt nicht erreichbaren Rechtssicherheit wird dadurch begründet, dass zentrale Kriterien der EuGH Rechtsprechung nicht berücksichtigt werden und dass mit dieser Regelung die staatliche Organisationshoheit gewährleistet werden sollte. Dort wird verwiesen auf die hoheitlichen Aufgaben, die insbesondere auf kommunaler Ebene zu erfüllen sind. Wenn man sich jedoch den Geltungsbereich der neuen Regelung anschaut, wenn sie denn Wirksamkeit fände, geht über den hoheitlichen Bereich weit hinaus und wird den wirtschaftlichen Bereich der Kommunen und ihrer privatrechtlichen Töchter erfassen. Das würde dabei weit über die originäre Aufgabenübertragung einer Kommune für ihre obliegenden Aufgaben und damit auch reine Beschaffungsvorgänge beinhalten. Um einige lebenspraktische Beispiele aus dem Handwerk zu nennen: Dies könnte dazu führen, dass künftig eine privatrechtliche Gebäudereinigungstochter einer Kommune sämtliche Rathäuser, sämtlicher anderen Kommunen ohne jegliche Ausschreibung reinigen könnte oder dass ein in kommunalen Eigentum befindliches Straßenbauunternehmen künftig sämtliche nicht regional gebundenen Straßenbau- und Straßenausbesserungsmaßnahmen im Auftrag anderer Kommunen erfüllen könnte. Auf die Art und Weise würde ein großer Bereich, gerade auch für das Handwerk ein wichtiger Marktfaktor ist, vom Wettbewerb ausgeschlossen, was natürlich für unsere Unternehmen vom Nachteil wäre, was aber auch insbesondere in dem

Ziel einer möglichst effizienten Beschaffung und einer möglichst effizienten Infrastrukturerstellung diametral zuwider laufen würde. Insoweit lehnen wir diese vorgesehene Neuregelung sehr nachdrücklich ab, die weit über das Ziel einer gewissen Stärke und Rechtssicherheit hinaus schießt.

SV Michael Werner (HDB): Ich kann mich kurz fassen, nachdem ich nicht der Anhänger des Grundsatzes bin: Es wurde schon alles gesagt, nur noch nicht von jedem. Ich möchte mich ausdrücklich an meinen beiden Vorrednern anschließen. Nur noch zwei Sätze, um das auch mal ein bisschen konkret darzustellen. Sie müssen sich nur mal überlegen z. B. hat die Stadt Leipzig rund hundert Tochterunternehmen und wenn in diesem Bereich zwischen der Stadt Leipzig und diesen Tochterunternehmen das Verhältnis völlig vergaberechtsfrei gestellt wird, können Sie sich ja vorstellen, was dann noch für die private Wirtschaft übrig bleibt.

Abg. Paul K. Friedhoff (FDP): Ich habe gerade so ein Kopfnicken von Herrn Düsterdiek gesehen und daher möchte ich ihn noch mal fragen, da ich vermute, dass er etwas andere Positionen vertritt, damit diese hier auch zum Tragen kommen können. Vielleicht ist Frau Dr. Thimm auch mit betroffen.

SV Bernd Düsterdiek (DStGB): Herr Friedhoff, herzlichen Dank für die Möglichkeit, das noch aus einem anderen Blickwinkel zu beleuchten. Auch hier spreche ich, wie sie sich denken können, nicht alleine für den Deutschen Städte- und Gemeindebund, sondern auch für die kommunalen Spitzenverbände insgesamt.

Vielleicht gestatten Sie mir eine Bemerkung: Die Kommunen sind in Deutschland der größte öffentliche Auftraggeber. Sie vergeben mehr Aufträge als Bund und Länder zusammen, deswegen haben alle diese Regelungen und insbesondere das, was wir vorhin schon zum Thema der Bauaufträge und gerade der interkommunale Zusammenarbeit angesprochen hatten und die hier getroffene vorgesehene Regelung dazu, ganz massive Auswirkungen. Entgegen meinen Vorrednern möchte ich sagen, dass die vorgesehene Regelung ausdrücklich begrüßt wird. Wir haben es gerade in dem Bereich der interkommunalen Zusammenarbeit aufgrund der Rechtsprechung der vergangenen Monate und Jahre auch hier wieder mit einem Bereich zu tun, der die kommunalen Auftraggeber in großer Unsicherheit zurück gelassen hat. Es ist vollkommen richtig, da will ich den Kollegen auch Recht geben, dass sicherlich der EuGH klare Voraussetzungen, was die Inhouse-Vergaben angeht, geschaffen hat, sprich das Kontrollkriterium und wesentliche Tätigkeiten für den Auftraggeber. Es geht allerdings vorgelagert um die Frage, das Thema Organisationshoheit ist von Herrn Dr. Barthel angesprochen worden, wie der Staat und dazu gehören die Kommunen und ihre Aufgabenerledigung insgesamt, der Abgrenzung zwischen der Organisationshoheit, hier in diesem Falle die gemeindliche Organisationshoheit und dem Bereich des Wettbewerbs auf dem Markt gegenüberstellt. Die Städte und Gemeinden erkennen selbstverständlich, dass sobald eine Marktaktivität ausgeübt wird, dass diese private Dritte einbezieht. Hier ist selbstverständlich der Markt berührt, wonach eine entsprechende Ausschreibung nach Vergaberecht zur erfolgen hat, allerdings, wenn die Entscheidung nach Prüfung anders ausfällt – und hier bitte ich zu bedenken, Herr Dr. Barthel hatte es bereits angesprochen -, dass die Kommunen natürlich nicht willkürlich handeln, sondern sie grundsätzlich bei der Beschaffung dem Haushaltsrecht unterliegen und wirtschaftlich einzukaufen haben. Diese Entscheidungsfreiheit wird nicht beschränkt, um

zu sagen, ich mache es als Kommune ganz alleine selbst, ich mache es möglicherweise mit der Nachbargemeinde oder die dritte Alternative, ich gehe an den Markt und beauftrage private Dritte. Das ist eine Entscheidungsfreiheit, die nicht grundsätzlich in Frage gestellt werden darf, dies ist sie aber aufgrund der Rechtssprechung und einiger Aktivitäten der EU-Kommission.

Eine Anmerkung noch, die auch ein Handeln im Sinne des Vorschlags der Bundesregierung erfordert: Wir haben es zurzeit mit einer divergierenden Situation zu tun, wenn Sie sich die Praxis anschauen, dann haben wir interkommunale Zusammenarbeit auch von der EU-Kommission als ausdrücklich für zulässig anerkannt. Ich nenne den Fall Regio-Entsorgung, wo es kommunale Zweckverbände gibt. Hier hat die EU-Kommission im Jahr 2007 ausdrücklich festgestellt: Die vollständige Übertragung einer öffentlichen Einrichtung z. B. von der Kommune auf eine andere und in diesem Fall auf einen Zweckverband, der diese Aufgabe eigenständig und unabhängig wahrnimmt. Das ist keine vergütete Dienstleistung nach Art. 49 des EG Vertrags, sondern eine Maßnahme der internen Organisation der öffentlichen Verwaltung. Jetzt also noch mal im Zusammenschluss: Unterschiedliche Kommunen in einem Zweckverband ohne Beteiligung privater Dritter, da sagt die EU-Kommission, dass das vergaberechtlich ok ist. Jetzt erklären Sie das mal einem kommunalen Praktiker, nehmen wir mal das Beispiel des Winterdienstes: Die Gemeinde A möchte gerne, weil sie nicht die Kapazitäten hat, den Winterdienst von der Nachbargemeinde B auf Grundlage eines öffentlich rechtlichen Vertrages mitmachen, warum plötzlich diese interkommunale Zusammenarbeit, wo kein privater Dritter beteiligt ist und interkommunale Auftragswahrnehmung im Sinne einer vertraglichen Regelung dann nicht mehr zulässig sein soll, es hingegen eine zweckverbandliche Lösung wäre. Das erschließt sich dem Praktiker nicht mehr. So ist die Praxis und auch hier stelle ich einen dringenden Appell an die Bundesregierung und an Sie als das Parlament, diese Regelung bitte im Sinne einer Klarstellung zu unterstützen. Die Kommunen brauchen auch hier Rechtsklarheiten. Das ist ein Schritt in die richtige Richtung.

SV Thomas Abel (VKU): Vielen Dank für die Frage. Ich will nicht wiederholen, was Herr Düsterdiek so sehr richtig ausgeführt hat. Deshalb möchte ich noch mal kurz zusammenfassen, wir unterstützen und begrüßen den Gesetzentwurf, soweit er diese Regelung der kommunalen Zusammenarbeit vorsieht, als notwendige Klarstellung. Herr Düsterdiek hat ausgeführt, wo durch die Rechtssprechung der letzten Monate und auch Jahre dort Probleme entstanden sind. Ich unterstütze und betone auch noch mal das, was Herr Düsterdiek zu der Frage gesagt hat, wo agiere die kommunale Zusammenarbeit eigentlich im Markt und wo sei es eine Organisationsentscheidung der Kommunen, die dahinter stehe. Ich glaube, dass man das ganz klar entscheiden muss. Man muss einen Spielraum der Kommunen, die Gestaltungsfreiheit, die ihnen sogar mit Verfassungsrang eingeräumt worden sind, die muss man eben wahren und erst, wenn die Kommunen darüber hinaus gehen, erst wenn sie sagen, wir gehen auf den Markt, wir fragen bei einer Leistung bei Dritten nach, dann soll das Vergaberecht zum Zuge kommen. Ich glaube der Gesetzentwurf, wie er hier vorliegt, auch wenn man gerade noch mal in den Begründungstext hineinsieht, der greift genau diesen Gedankengang auf und macht sehr deutlich, dass das Vergaberecht eben kein Instrument sein kann und genutzt werden darf, um Märkte zu öffnen.

Ich möchte gern noch mal eingehen auf das, was zuerst gesagt wurde, nämlich wie sicher ist eigentlich die Regelung, die hier vorgeschlagen wurde. Müssen wir damit rechnen, dass wir in ein bis zwei

Jahren vor den EuGH zitiert werden? Ich glaube, da darf man nicht nur die Vorlagehäufigkeit von deutschen Gerichten sehen, sondern auch die entsprechenden Interessengruppen in Deutschland, die dieses Instrument gerne nutzen. Ich glaube aber, dass die Regelung, so wie sie der Gesetzentwurf jetzt vorsieht, durchaus europafest ist und auch hinsichtlich der Rechtsauffassung und – rechtssprechung, die es dort gibt. Denn Sie haben ja die Kriterien zur Inhouse-Vergabe, also das Wesentlichkeitskriterium beispielsweise angesprochen. Ich glaube, dass dies noch nicht gänzlich durch den EuGH ausgestaltet ist. Da liegt es im Moment bei der Rechtssprechung und wie es hier dargestellt wurde, gibt es gewisse Eckpfosten, die eingeschlagen worden sind, die aber noch durch eine weitere Rechtssprechung des EuGH ausgefüllt werden können, aber eben auch durch den deutschen Gesetzgeber innerhalb des vorgegebenen Rahmens in diesem Bereich und genau das tut der Gesetzgeber hier.

Ich würde gern z. B. die Schlussanträge vorstellen, die von dem Verfahren im EuGH, das Coditel im Juni diesen Jahres gestellt worden sind, wo auf das Wesentlichkeitskriterium in Zusammenhang mit kommunaler Zusammenarbeit eingegangen wurde und wo auch, anders als hier dargestellt, ganz klar gesagt wurde, wenn denn die kommunalen Körperschaften, die an einer solchen Institution beteiligt sind, wenn also diese Institution zur Grenze im Bereich der kommunalen Körperschaften liegt, dann sei das Wesentlichkeitskriterium hier schon erfüllt. Das ist genau das, was der Gesetzentwurf an dieser Stelle aufgreift. An diesem Beispiel deutlich gemacht, sehe ich daher auch die Europafestigkeit dieses Vorschlages.

Sve Dr. Dagmar Thimm (BDE): Zur Zusammenfassung schließe ich mich vollumfänglich den ersten beiden Redebeiträgen an und würde gerne an zwei Stellen noch mal konkretisieren.

Zum einen das Staatsorganisationsrecht, da hat Herr Düsterdiek ausführlich dargelegt, was er darunter versteht, ob die Aufgabe zwischen Kommunen hin und her transferiert werden kann oder nicht. Wir greifen die Selbstverwaltung der Kommunen nicht an. Wenn eine Kommune sagt, das möchte ich selber machen, dann kann sie es. Wenn sie die Pflicht überträgt und das ist jetzt der Fall bei der Regio-Entsorgung, das sagen auch die deutschen Gerichte z. B. das OHG Düsseldorf und auch die Kommission, dann darf sie das auch. Wir haben aber jetzt eine Regelung, die weit darüber hinaus geht, sie sagt, ich muss die Pflicht nicht übertragen wie beispielsweise die Entsorgungspflicht, sondern müsste mir am Markt eigentlich jemanden suchen, der das macht, aber jetzt kann ich auch zu einer anderen Kommune, egal wo sie ist, es muss nicht die Nachbarkommune sein, hingehen und sagen, bitte erfülle mir meine Aufgabe. Die Pflicht selber habe ich aber immer noch und das geht eindeutig zu weit. Hier ist das Staatsorganisationsrecht vollkommen überspannt.

Die zweite Frage zum EU-Recht, auch hier vertrete ich eine andere Auffassung: Der EuGH hat in einer Reihe von Entscheidungen und da haben wir in diesem gemeinsamen Positionspapier von 18 Verbänden doch sehr viele Beispiele gefunden, in denen es rein um Auftragsverhältnisse zwischen kommunalen oder staatlichen Organisationseinheiten geht. Er hat nie darauf verzichtet, auch das Kontrollkriterium einzuführen. Der deutsche Gesetzgeber macht das aber. Er verzichtet darauf, dass der Auftraggeber über den Auftragnehmer eine Kontrolle wie bei der eigenen Dienststelle hat und deshalb ist es nicht europarechtskonform und ich sehe es das anders als meine beiden letzten Vorredner schon als eine rechtssichere Ausgestaltung. Sie hatten ja auch vorhin gesagt, Ihnen ist wichtig, dass

die Kraft der Gesetze erhalten bleibt und ich nehme an, dass relativ schnell, wenn solche Fälle in der Praxis auch umgesetzt werden, der Gang zur Kommission und zum EuGH vollzogen wird.

Die **Vorsitzende**: Jetzt hat die Fraktion DIE LINKE. und damit Frau Lötzer das Wort.

Abge. Ulla Lötzer (DIE LINKE.): Herr Dr. Schulten, ich würde gerne noch mal auf die Bindekraft der Tariftreue zurückkommen, die hier schon mal in den Fragestellungen andiskutiert wurde. Sie sind in Ihrer Einlassung auf die Allgemeinverbindlichkeit eingegangen. Ich würde jetzt gerne noch mal fragen, erst auf den Hintergrund des Verfassungsgerichtsurteils von 2006 zur Tariftreue in der Vergaberichtlinie wie aber auch zu dem Stand der Ländergesetzgebung, halten Sie es denn für ausreichend, was hier im vorliegenden Gesetzentwurf dazu steht, bzw. welche Notwendigkeiten würden Sie da noch sehen, Änderungen vorzunehmen, auch durchaus in Kenntnis des EuGH Urteils.

SV Dr. Thorsten Schulten (WSI): Um erstmal eine ganz klare Antwort auf die gestellte Frage zu geben, ich glaube, dass die Kann-Regelung, als dass man soziale Kriterien berücksichtigen kann, nicht ausreichend ist. Ich würde eher dafür plädieren, tatsächlich eine Tariftreuregelung für alle Branchen mit in das Vergabegesetz aufzunehmen. Frau Lötzer hatte das Urteil des Bundesverfassungsgerichts angesprochen, dieses hat ja im Jahre 2006 Kriterien benannt, um das Vergabegesetz als legitimes Instrument zur Realisierung verfassungsmäßiger Ziele, wie z. B. der Stabilisierung des Tarifvertragsystems aber auch der Vermeidung von Lohn- und Schutzkonkurrenz, zu nutzen. In der Tat ist es so, dass wir seit dem Urteil des Verfassungsgerichts im Jahr 2006 eigentlich auf Länderebene eine ziemliche politische Dynamik bei den Tariftreuegesetzen erlebt haben. Wir haben heute ja in 8 von 16 Bundesländern Tariftreuegesetze, zwei weitere haben die Entwürfe schon vorliegen, haben sie aber noch nicht verabschiedet. Gut, zur Wirklichkeit gehört auch, dass im Laufe der letzten Zeit zwei Länder nach relativ kurzer Zeit bestehende Tariftreuegesetze wieder aufgehoben haben, das gibt es also auch, insgesamt kann man aber feststellen, dass es eine Dynamik gibt. Immer mehr Bundesländer haben solche Regelungen und wenn man sich jetzt die Qualität der Regelungen anschaut, auch da gab es eine Dynamik, ursprünglich waren ja diese Tariftreuegesetze relativ eng gefasst, vor allen Dingen auch auf die Bauindustrie bezogen, zum Teil war der öffentliche Nahverkehr noch mit drin. Mittlerweile gibt es eine Tendenz, das immer mehr Branchen sozusagen da mit aufgenommen werden, bis hin zu Regelungen wie sie in Berlin der Fall sind, aber auch in den Entwürfen von Bremen und Mecklenburg-Vorpommern vorgesehen sind, das man eben überhaupt keine Begrenzungen auf bestimmte Branchen hat. Nun in der Tat ist durch das EuGH-Urteil das ganze ziemlich unsicher geworden, es gibt auch, glaube ich, eine hohe Rechtsunsicherheit auf Länderebene. Da gibt es dann Heerschaaren von Juristen, die überprüfen, was da noch irgendwie zu machen ist. Ich glaube, dass das was ja auch in dem Antrag der Länder Rheinland-Pfalz, Berlin und Bremen im Bundesrat angedacht ist, das es diesbezüglich eigentlich angesagt wäre, von der Bundesregierung ein Zeichen zu setzen und zu sagen, wir stehen zu dieser Tariftreue, wir halten das für ein vernünftiges Instrument und denken auch unter den eingeschränkten Möglichkeiten die wir eben schon diskutiert haben, die Tariftreue weiterhin aufrecht gehalten werden muss. Ich meine, unter Transparenzgesichtspunkten ist es allemal so. Diese Tariftreuegesetze auf Länderebene sind nur Second-Best-Lösungen, die eben da sind, weil es

keine bundesweite Regelung gibt. Natürlich wäre es für alle einfacher, wenn man bundesweit klare Kriterien hätte, nach denen sich dann alle Unternehmen richten könnten, und das diese nicht von Land zu Land sozusagen hopped und sich noch mal eigenständig orientieren. Vielleicht noch als letzten Gedanken, ich glaube, dass der Begriff vergabefremde Kriterien in diesem Zusammenhang völlig falsch fällt, weil es letztendlich ja darum geht, welche Wettbewerbsordnung wir für öffentliche Aufträge festschreiben. Es ist nun mal so, dass auch eine Nichttariftreue weitgehende Folgen und Konsequenzen hat. Wenn man die Kosten betrachtet, sollte man, finde ich, sich ein bisschen lösen von so einem engen betriebswirtschaftlichen Kostenbegriff, der wirklich nur die einzelne Vergabe nimmt, sondern auch gucken, dass das Nichtbeachten sozialer Kriterien erhebliche soziale Folgekosten haben kann. Um das einmal an einem plastischen Beispiel deutlich zu machen: Hier in Berlin hat der Senat vor einigen Jahren seine Briefe nicht mehr durch die Deutsche Post, sondern durch ein vermeintlich billigeres Postunternehmen austragen lassen, was deshalb so billig war, weil es den Menschen, ja man kann sagen Hungerlöhne gezahlt hat, die auch wiederum so niedrig waren, dass diese Menschen dann Anspruch auf zusätzliche Sozialleistungen hatten. Es war also eine richtig klassische Rechte-Tasche-Linke-Tasche-Politik und in dem Sinne gibt es, glaube ich, viele Beispiele die deutlich machen, dass Fehlen sozialer Kriterien hat erhebliche gesellschaftliche Folgekosten. Daher ist es doch sinnvoll gerade bezüglich der Tariftreue eine Regelung zu verfassen, und zu sagen, wir wollen nicht den Wettbewerb über die Kosten, sondern wir wollen einen geordneten Wettbewerb, zu dem eben auch Tariflöhne gehören

Die **Vorsitzende**: Frau Lötzer, Sie können noch eine Frage stellen.

Abge. Ulla Lötzer (DIE LINKE.): Dann hätte ich auch noch mal eine Frage an Herrn Asshoff und vielleicht noch kurz an Herrn Dr. Schulten. In der Frage der Kontrolle, gerade auf dem Hintergrund der Erfahrung in der Bauindustrie mit den wirksamen Regelungen, würden Sie den Gesetzentwurf hinsichtlich der Kontrollmöglichkeiten für ausreichend halten und was bedeutet speziell dann noch mal die Forderung nach einem Korruptionsregister.

SV Gregor Asshoff (IG BAU): Ja, hinsichtlich der Kontrolle fehlt es in diesem Gesetzentwurf ja an allem. Gerade dieser neuralgische Punkt erfährt überhaupt gar keine Behandlung in diesem Gesetzentwurf. Die Frage ist also, was passiert, wenn bestimmte Kriterien, insbesondere die, über die wir jetzt die ganze Zeit diskutieren, 97 Abs. 3, 97 Abs. 4, wenn diese Kriterien nicht eingehalten werden. Klar, wenn das sozusagen bei einem Bieter schon im Angebotsverfahren festgestellt wird, hat das zur Konsequenz, dass er dann im weiteren Angebotsverfahren nicht mehr berücksichtigt werden kann, er scheidet aus und darf nicht den Zuschlag erhalten. Soweit ist es noch klar. Die Frage ist natürlich, was passiert wenn, und das ist natürlich der häufigere Fall, erst in der Auftragsdurchführung ein Verstoß gegen die einmal angelegten Kriterien erfolgt. Hier fehlt dem Gesetzentwurf jede Klarheit bezogen auf den Punkt, den Sie zunächst angesprochen haben. Hinsichtlich der Tariftreue haben wir natürlich ehrlicherweise jetzt schon die Situation, wenn man das ganze reduziert betrachtet auf das was der EuGH zulässt, dass diese Form der Tariftreue, nämlich die Bindung an international zwingende Arbeitsbedingungen, Mindestlöhne nach dem Entsendegesetz, auch Urlaubsbedingungen nach dem

Entsendegesetz oder Zahlung von Urlaubskassenbeiträgen an gemeinsame Einrichtungen nach dem Entsendegesetz, wenn diese Bedingungen nicht eingehalten werden, dann ist dieser Anbieter eigentlich nicht mehr zuverlässig. Die Frage ist nur, welche Konsequenzen daraus entstehen. In der Regel nämlich haben wir das nächste Problem, dass es für die Kommunen extrem ungünstig oder für die Auftraggeber in der Regel sehr ungünstig ist, dann den Auftraggeber zu kündigen. Ihn allein auf diese Konsequenz zu verweisen führt fast immer dazu, dass sie nämlich einen neuen Anbieter finden muss, und dies wird teurer und verzögert die Durchführung des Auftrags erheblich. Beides ist unerwünscht, deshalb lassen insbesondere die Kommunen und die anderen öffentlichen Auftraggeber von diesen Konsequenzen die Finger. Die einzig sinnvolle Sanktion in diesem Zusammenhang ist die Vertragsstrafe. Die Vertragsstrafe ist etwas, was der Auftraggeber selber gerne auch in Anspruch nimmt. Das verbilligt im Prinzip letztlich natürlich seine Kosten, deshalb hat der Bundesgerichtshof natürlich die Vertragsstrafen, soweit sie erhoben werden, auch begrenzt auf eine bestimmte Gesamthöhe und auf eine bestimmte Höhe in den Einzelfällen, die man dann in der Addition wiederum auch nicht überschreiten darf. Nichtsdestotrotz ist es aber eine extrem wirksame Sanktion, die auch deutlich wirksamer ist als die Sanktionen, die wir natürlich auch im Entsendegesetz schon haben. Wir haben ja dort Bußgeldvorschriften, diese Bußgeldvorschriften werden aber häufig erst nach einem jahrelangen Rechtsstreit durchgesetzt oder zumindest werden sie dann rechtskräftig, und durchgesetzt werden können sie dann häufig wiederum nicht, weil entweder der Auftragnehmer Pleite ist oder aber sich im Ausland befindet, und mit den Staaten um uns herum haben wir, mit Ausnahme von Österreich, keine Vollstreckungsabkommen was öffentliche Bußgelder und ähnliches angeht. Von daher würde das Vergaberecht hier eine Lücke füllen, und es wäre auch sehr sinnvoll diese zu füllen und das sollte man, das hat der Herr Dr. Schulten schon ausgeführt, endlich auch transparent durch ein bundesweites Vergaberegime erledigen. Ob man das unmittelbar beim GWB tun muss, oder ob man das in einem weiteren Gesetz auf bundesweiter Ebene tun soll, ist eher eine Frage des Stils und der Reinheit einzelner Gesetze, aber keine grundsätzliche Frage. Was das Korruptionsregister angeht, wäre es sinnvoll, es endlich einzuführen. Sicherlich ist es richtig, dass wir auch jetzt schon Register haben, in denen bestimmte Verfehlungen registriert werden. Wir haben das Gewerbezentralregister, aber dieses Gewerbezentralregister erfasst bei weitem nicht alle Tatbestände und nicht alle Fälle, aufgrund dessen ein Ausschluss von der öffentlichen Auftragvergabe möglich ist. Ein solches bundesweites Vergaberegister würde auch hier die Kleinstaaterei beenden und eine bundesweite Transparenz herstellen, und wäre deshalb sehr zu befürworten.

SV Dr. Thorsten Schulten (WSI): Ja, noch mal ich ganz kurz, nur in Ergänzung, weil ich das alles teile, was Herr Asshoff gesagt hat. Aus der praktischen Erfahrung, die wir ja unter anderem untersucht haben, wissenschaftlich untersucht haben, der Anwendung tariftreuer Regelungen, in der Tat gibt es da in vielen Bereichen erhebliche Probleme, lässt sich generell aber sagen, da wo die Länder eigene Kontrollregelungen gefunden haben, und ich verweise noch mal auf das positive Beispiel von Hamburg und der dortigen Regelung, die eigentlich von allen Parteien als sehr positiv angenommen wird, wirken diese Regelungen auch tatsächlich weitgehend und man kann das Kontrollproblem in den Griff bekommen. Ich denke, auch hier, ich bin mir nicht sicher inwieweit man das in diesem Entwurf regeln kann, scheint mir das Korruptionsregister ein guter Ansatz zu sein. Darüber hinaus wird man dann in

der Tat wahrscheinlich überlegen müssen, welche Formen das sind, die auch die bestehenden Kontrollen über die Zollbehörden, die ja offensichtlich nicht in der Lage sind das Problem irgendwie in den Griff zu kriegen, unterstützen, aber in der Tat die Kontrollfrage ist das A und O

Die **Vorsitzende**: Vielen Dank. Jetzt kommen wir zur Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN. Frau Andreae, Sie haben das Wort.

Abge. Kerstin Andrae (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich möchte erst einmal nur zwei Fragen an Frau Dr. Dageförde stellen, und zwar geht es mir zum Einen um die sogenannten vergabefremden Kriterien, nämlich soziale und ökologische Kriterien.

Wir haben vorhin, ich glaube, Sie Herr Klofat waren es, aber es kann sein, dass ich mich täusche, gehört, das ursprüngliche Ziel des wettbewerblichen Verfahrens bzw. des Vergabeverfahrens sei es gewesen, den wirtschaftlich besten und günstigsten Preis zu erlangen. Ich glaube, dass man sehr lange streiten kann über den Begriff der Wirtschaftlichkeit, ob wirtschaftlich jetzt ausschließlich eine Preisfrage ist, und deswegen begrüßen wir es ja, dass die Umsetzung der sozialen und ökologischen Kriterien hier angesetzt wird. Allerdings ist von vielen von Ihnen gesagt worden, dass die Arbeitshilfen dazu fehlen, dass die Zertifikate oft gar nichts wert sind und dass die Vergleichbarkeit hier auch fehlt. Von daher meine erste Frage an Sie Frau Dr. Dageförde, welche Möglichkeiten sehen Sie hier zu einer Klarheit zu kommen und zweite Frage an Sie, dieses Vergaberecht ist ja nach wie vor extrem unübersichtlich, also wir haben das GWB und bewegen uns oberhalb der Schwellenwerte und haben dann die verschiedenen Verdingungsordnen, und hier stellt sich mir schon die Frage auch nach der demokratischen Legitimation, wie wir auch unterhalb der Schwellenwerte im Bereich bei den Verdingungsordnungen hier eine Klarheit bekommen können.

Sve Dr. Angela Dageförde (Prof. Versteyl Rechtsanwälte): Vielen Dank, zunächst zur ersten Frage, wo es um das Thema Zertifikate und Zertifizierungen geht, welche Möglichkeiten gibt es, dort zu einer Klarheit zu kommen. Da möchte ich für den Bereich der Umwelt und der Umweltaspekte gern hinweisen auf die Umsetzung der Vorgabe in den Richtlinien in den Verdingungsordnungen 8A Nr. 3 VL und § 9 Nr. 9 S.1 VOB. Es dürfen schon jetzt nach geltendem Recht Umwelteigenschaften in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen vorgeschrieben werden und es dürfen geeignete Spezifikationen, die in Umweltzeichen definiert sind, verwendet werden, das heißt, ich darf schon heute als Auftraggeber auf die Kriterien, die gelten oder für die ein Umweltzeichen vergeben wird, wie beispielsweise die Europäische Blume, nur um ein Beispiel zu nennen, in den Verdingungsunterlagen hinweisen. Wenn dann der Bieter dieses Zertifikat vorlegen kann, ist der Nachweis erbracht, das er diese Bedingungen erfüllt. Gleichwertige Nachweise müssen zugelassen werden. Da sehe ich schon auch das Problem in der Praxis, insofern kann ich das durchaus teilen, was heute schon angesprochen wurde. Der Auftraggeber steht vor dem Problem: was sind denn gleichwertige Nachweise? Er steht vor dem Problem diese sehr umfangreichen Kriterien, so sind jedenfalls die Richtlinien wohl zu verstehen, in den Verdingungsunterlagen aufnehmen zu müssen. Er darf nicht einfach nur auf das Umweltzeichen und die dafür geltenden Kriterien verweisen und steht dann vor dem praktischen Problem, die Nachweise zu erbringen. Da wird wohl eine Eigenerklärung der Bieter nicht ausreichen, das

sie auch alles erfüllen, wofür dieses Kriterium vergeben wird, es müssen wohl, so sind die Vorgaben in der Richtlinie, die ja auch schon umgesetzt sind im deutschen Vergaberecht in den Verdingungsordnungen, zu verstehen, Nachweise dritter Stellen sein. Aber natürlich ist da an der Stelle für beide Seiten irgendwo ein Streit oder Streitpotential eröffnet und es besteht das Risiko für den öffentlichen Auftraggeber, ob er die Gleichwertigkeit bejaht oder nicht. Gleichwohl ist sicherlich die grundsätzliche Möglichkeit Umweltzeichen zu berücksichtigen, wie es jetzt in den Verdingungsordnungen aufgenommen wird, begrüßenswert. Grundsätzlich müssten hier aber sicherlich noch Handlungshilfen und auch die schon nach meinem Überblick stattfindenden Schulungsmaßnahmen für öffentliche Auftraggeber sehr intensiviert werden. Ich komme ja aus der Praxis und erlebe das sowohl in der Beratung als auch in zahlreichen Seminaren, das einfach dieses Vergaberecht, Frau Andreae sprach es eben auch an, viel zu unübersichtlich, viel zu komplex und nicht mehr praktikabel ist, und man sich immer auf, sage ich mal, die einfachste Variante beschränkt. Oftmals ist das die Vergabe nach dem Preis, das beobachte ich gerade auch im Baubereich, sie werden das bestätigen können und ich denke es ist ein guter Weg, jetzt vielleicht das Augenmerk nicht so sehr darauf zu legen noch mehr Dinge im Vergaberecht festzuschreiben, sondern einfach auch den Fokus darauf zu legen, wie das ganze praktikabel umgesetzt werden kann. Wie können wir wirklich praktikable Handlungshilfen für öffentliche Auftraggeber erarbeiten, Schulungen durchzuführen, Seminare durchzuführen. Das einfach die Sicherheit in der Handhabung dieses, zu Recht, wie ich finde, als komplex und unübersichtlich bezeichneten Rechtsgebiets, einfach herzustellen ist. Ich denke, um das noch mal abschließend zu sagen und das ist auch eine Erfahrung aus der Praxis, darauf sollte jetzt sehr das Augenmerk gelegt werden.

Abge. Kerstin Andreae (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich habe noch eine Frage an den Zentralverband Deutsches Handwerk und an den Vertreter der Kommunen. Es gibt in der Schweiz eine Regel, die besagt, das billigste, ich glaube auch das teuerste Angebot, aber entscheidend ist, das billigste Angebot fliegt raus. Was halten Sie von dieser Regel? Sie dürfen ins Mikrofon antworten, dann ist es protokollarisch festgehalten. ZDH, Entschuldigung, ZDH und Kommune, es ist der schräge Blick darauf.

SV Michael Werner (HDB): Frau Andreae, weil Sie mich gerade ansprechen, Hauptverband Bauindustrie, tut mir furchtbar leid, also ich bin der Böse von der Industrie, nicht der Gute vom Handwerk. Ich muss Ihnen sagen, es gibt nicht nur in der Schweiz, also auch z. B., was ganz verrückt ist, was wenige wissen, auch in Südtirol gibt es eine sehr gute Regelung, die z.B. sagt, dass billigste Angebot fliegt raus oder man macht einen Mittelwert. Wir haben seit Jahren solche Dinge vorgeschlagen, ist immer abgelehnt worden, also insoweit rennen Sie bei uns da offene Türen ein

Abge. Kerstin Andreae (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich meinte ZDH und ich habe Sie deswegen angeguckt, weil ich aufgrund des schrägen Blickes zwischen Ihrer Sitzordnung und den Schildern Sie dem ZDH zugeordnet habe.

SV Dr. Alexander Barthel (ZDH): Ich möchte jetzt speziell zum Schweizer Vorschlag nichts machen, gleichwohl aber hinweisen, dass eine unsere Forderungen ist, gerade um auch preisstrategisches

Verhalten von Unternehmen auszuschließen und um zu vermeiden, dass das wirtschaftlichste dem billigsten Angebot gleichgesetzt wird, das dann wenn ein Angebot um ungefähr 10 Prozent von dem nächsten abweicht, eine spezifische zusätzliche Preisprüfung stattfindet. Dies haben wir als eine Möglichkeit vorgeschlagen um dort einen ruinösen Preiswettbewerb um das wirtschaftlich Billigste auszuschließen.

Die **Vorsitzende**: Vielen Dank, jetzt hat in der zweiten Fragerunde zunächst die SPD-Fraktion das Wort, dann folgt die LINKE. Herr Friedhoff, Sie haben Ihre Zeit vorhin schon völlig auch von der zweiten Runde verbraucht, nur zur Information, wenn die SPD und die CDU bereit sind von ihrer Zeit ein Stück abzugeben, kriegen wir das trotzdem noch hin, Herr Schultz hat jetzt erstmal das Wort und dann sehen wir weiter.

Abg. Reinhard Schultz (Everswinkel) (SPD): Es wird ja vom Bundesrat vorgeschlagen, auch im Zusammenhang mit der Diskussion eben zu dem Korruptionsregister, das ein Register geschaffen werden soll für besonders schwere Verfehlungen, dass also nicht nur Korruption sondern auch andere Dinge darin dargelegt werden als eine Art Zentralregister. Gleichzeitig fordert die FDP, oder hat sich die FDP zu Eigen gemacht, die Forderung nach einem bundesweiten Präqualifizierungsregister. Jemand der da drin steht, braucht nicht mehr bei jeder einzelnen Ausschreibung nachzuweisen, dass er ein Zuverlässiger, Guter und Geeigneter ist. Das löst bei mir eine gewisse Sympathie aus, muss ich mal sagen, weil es die Dinge vereinfacht und ein hohes Maß an Transparenz bundesweit herstellt. Ich hätte gerne dazu die Haltung des BDI und auch der IG BAU gehört.

SV Niels Lau (BDI): Vielen Dank. Richtig ist sicherlich, dass die Diskussion um diese Registerfragen auch in Zusammenhang mit den Bürokratieabbaubestrebungen und mit den quantitativen und qualitativen Zielen, die dazu auch die EU-Kommission und die Bundesregierung in die Hand versprochen haben, geführt werden muss. Insofern ist die Aufforderung an den Bundestag zu beschließen, die rechtlichen Voraussetzungen für ein bundesweit einheitliches Präqualifizierungssystem für Leistungen zu schaffen und sicherzustellen, dass nicht zertifizierte Unternehmen die gleichen Teilnahmerechte und Erfolgsaussichten haben. Richtig, Präqualifikation ist sicherlich eine der wenigen Maßnahmen, die ganz konkret zum Bürokratieabbau beiträgt, denn im Grunde genommen scheitern die ganzen Überlegungen und der stotternde Motor des Bürokratieabbaus daran, dass der Konkretisierungsgrad nicht erreicht wird. Insofern ist hier die individuelle Beibringung auftragsunabhängiger Eignungsnachweise für jeden einzelnen Auftrag ein Hemmnis und wenn das durch ein Zertifikat ersetzt wird, das diesen Anforderungen genügt, kann der BDI dem nur zustimmen

Abg. Reinhard Schultz (Everswinkel) (SPD): Und der zweite Punkt mit den schweren Verfehlungen, könnte man alles in ein Register bringen?

SV Niels Lau (BDI): Ja, da muss man sicherlich differenziert überlegen, was das Korruptionsregister für strafrechtliche Komponenten umfassen soll, da erscheint mir allerdings, da will ich auch nicht vorgehen, jetzt die Diskussion noch nicht ausgereift genug. Es ist noch zu präzisieren, welche Tatbe-

stände erfasst sind. Ich denke, da würde ich mich eher dazu äußern wollen, wenn ich etwas Konkretes in der Hand halte, als einen etwas konturlosen und unscharfen politischen Auftrag.

Die **Vorsitzende**: Herr Schultz, können Sie das erläutern?

Abg. Reinhard Schultz (Everswinkel) (SPD): Also wir haben ja die Diskussion auf der einen Seite, generell spielt Antikorruption im Bau eine Rolle, das ist keine Frage, und es gibt und soll auch Fälle geben, dass tatsächlich Leute der Bestechung und der Bestechlichkeit überführt worden sind, und die ließen sich ja relativ leicht, denke ich, registrieren und damit von öffentlichen Ausschreibungen künftig ausschließen. Es kann nicht nur um den Verdacht gehen sondern, es geht natürlich dann, nach meinem Rechtsverständnis, um abgeschlossene Verfahren, wo eben eine Überführung stattgefunden hat und das kann bei anderen schweren Verfehlungen natürlich auch durchaus gelten. Da steht ja der Bundesrat vor, nicht nur verstärkt auf Korruption sondern eben etwas breiter zu gucken. Insofern wäre ich Ihnen schon dankbar, wenn Sie vom Grundsatz etwas dazu sagen könnten. Ich würde aber, wenn Sie das nicht wollen und die IG BAU sich geäußert hat, dann den ZDB, er ist ja ein Verband eigener Begründung, auch ganz gerne dazu noch einmal hören.

Die **Vorsitzende**: Jetzt hat Herr Asshoff das Wort und gegebenenfalls Herr Lau.

SV Gregor Asshoff (IG-BAU): Ich habe eben schon mal ausgeführt, dass wir ein solches Korruptionsregister befürworten würden, was sich natürlich nicht nur auf die eigentliche Korruption, also auf diese Tatbestände im Strafgesetzbuch wie Bestechung, Bestechlichkeit und Vorteilsannahme bezieht, sondern auch andere Verfehlungen, die zum Teil jetzt schon in einzelnen Gesetzen einen Ausschluss von der öffentlichen Vergabe nach sich ziehen können oder nach sich ziehen müssen, bezieht. Das sollte dann aber auch bundesweit publik werden und in einem solchen Register verzeichnet werden, ansonsten kommt man in Grauzonen hinein. Es gibt durchaus ja auch in diesem Zusammenhang Deals, also mir ist der Fall aus einem Bundesland bekannt, wo ein Unternehmen in durchaus namhaften Beträgen bestochen hatte. Dann hat man sozusagen alles weitere sein gelassen, weil das Unternehmen versprochen hat, sich ein Jahr lang nicht mehr an öffentlichen Aufträgen zu beteiligen. Dieser Deal in einem einzigen Bundesland hat natürlich keine Auswirkungen, das heißt, in diesem Bundesland ist es klar und da ist es auch allen Beteiligten bekannt, aber ob das dann in anderen Bundesländern bekannt wird, ist eine ganz andere Frage. Jedenfalls hat man dann in anderen Bundesländern natürlich keine Handhabe dieses Unternehmen auch auszuschließen. An der Stelle wird man gucken müssen, wie man mit solchen Fällen dann umgeht. Es gibt ein Vorbild. Im Jahr 2002 hat der Deutsche Bundestag schon mal ein solches Gesetz beschlossen, das Tariftreuegesetz einschließlich des Korruptionsregistergesetzes. Das ist damals, wegen der unglücklich verlaufenen Landtagswahl in Sachsen-Anhalt, im Bundesrat hängengeblieben und gescheitert. Erst dann fing der Run in den einzelnen Bundesländern an, Tariftreuegesetze und Vergabegesetze zu beschließen und in Kraft zu setzen. Man sollte jetzt endlich, vielleicht auch auf Grund der Ruffert-Entscheidung, die Gelegenheit beim Schopf ergreifen und als Bund wieder in die Vorhand kommen und bundesweit einheitliche Maßstäbe setzen. Dazu hilfreich ist auch das Präqualifizierungssystem, das wir als IG BAU ausdrücklich unter-

stützten. Wir haben es auch gefordert, das ist unsere Initiative. Zusammen mit dem HDB und etwas zögerlicher dann auch mit Unterstützung des ZDB ist dies in Gang gekommen. Es gibt in der Bauwirtschaft ein solches Präqualifizierungssystem bereits. Es gibt einen Verein, dem, ich glaube, mit einer Ausnahme fast alle Bundesländer, der Bund und die beteiligten Verbände auf der Auftragnehmerseite angehören. Dieser Verein führt dieses Präqualifizierungssystem durch und vergibt unter anderem auch an Zertifizierungsstellen, davon haben wir momentan 6, wenn ich mich noch richtig erinnere, sozusagen das Recht für dieses Präqualifizierungssystem die Zertifizierungen durchzuführen. Der Effekt ist genau der, der hier auch schon angesprochen wurde. Man verlagert sozusagen die Eignungsprüfung, soweit es überhaupt möglich ist, vor alle Aufträge, vereinheitlicht sie damit und erleichtert allen Beteiligten die Handhabe und senkt damit natürlich unter anderem die Kosten. Allerdings muss man gestehen, ist dieses System immer noch in den Kinderschuhen. Obwohl es jetzt seit mehr als zwei Jahren auf dem Markt ist, haben wir größte Mühe eine ausreichende Zahl von Unternehmen zu finden, die sich an diesem Verfahren beteiligen und gleichzeitig auch größte Mühe, ausreichenden Druck auf der eigentlich doch daran sehr interessierten Auftraggeberseite zu finden. Die Auftraggeber, im Wesentlichen die Länder und Kommunen, müssten natürlich im Prinzip erklären, dass Unternehmen, wenn sie häufiger an öffentlichen Auftragsvergabeverfahren teilnehmen, dies über dieses PQ-System machen sollen, damit nicht jedes Mal dieser riesige Aufwand bei der Eignungsprüfung im Einzelfall durchgeführt werden muss. Aber da fehlt es immer noch an Einsicht, obwohl wir in den letzten Wochen und Monaten deutlich eine Dynamik verzeichnen können, hin zu diesem Präqualifizierungssystem, was wiederum mit bestimmten Erlassen auf Länderebene und auch vorlaufend auf Ebene des Bundes zu tun hat, die einen gewissen indirekten Druck entfaltet haben. Aber noch einmal: es ist ein System, was wir für sehr vorbildlich halten, was wir durchaus auch wie die FDP, wir sind uns da mal einig, für geeignet halten um es auch auf andere Bereiche des öffentlichen Auftragswesens auszuweiten. Aber wir sind da bescheiden, das müssen diese anderen Bereiche dann selbst entscheiden, ob man im Bereich der sonstigen Dienstleistungen so etwas haben möchte oder nicht. Das muss die Auftraggeberseite entscheiden und anschließend sollten es die Auftragnehmerseiten natürlich auch mitmachen.

SV Felix Pakleppa (ZDB): Soll ich jetzt noch ein Wort zur Präqualifikation sagen oder nur zum Korruptionsregister?

Abg. Reinhard Schultz (Everwswinkel) (SPD): Sie dürfen zu beidem etwas sagen.

Die **Vorsitzende:** Ich fände es auch ganz schön, wenn Sie aus Ihrer Erfahrung sagen, warum es offensichtlich, vielleicht manchmal auch schwierig ist, bei den Auftraggebern genau diese Bereitschaft zu stärken, an diesen Maßnahmen teilzunehmen.

SV Felix Pakleppa (ZDB): Also das Präqualifikationsverfahren prüft im Grunde alles ab, was ich bei jedem Auftrag an Einzelnachweisen bringen muss. Ich muss normalerweise zehn Bescheinigungen bringen. Das ist für die Betriebe extrem wichtig, weil man in der Regel im Baubereich zehn Bewerbungen abgegeben muss, um einen Auftrag zu bekommen. Und jedes Mal muss man diese ganzen Zettel

vorlegen. Das PQ-Verfahren kürzt das ab. Ich bekomme nur noch eine Nummer und die Vergabestelle kann im Internet nachgucken, ob der Betreffende präqualifiziert und zuverlässig ist. Damit ist die Sache erledigt. Das funktioniert in der Theorie sehr gut. Jeder Betrieb müsste doch mit dem Klammerbeutel gepudert sein, immer wieder erneut diese zehn Zettel zusammenzulegen, sie in einen Umschlag zu tun und sie dann mit seinem Angebot abzugeben. In der Praxis, gerade im kommunalen Bereich, ist es aber so, dass überhaupt nichts gefordert wird, so dass die Betriebe natürlich sagen müssen, „das bringt mir nicht mehr als das was ich bisher abgeben musste, nämlich nichts“. Und das ist natürlich der Bereich, in dem es den Unternehmen bei uns schwierig gemacht wird, zu sagen, dass sie sich präqualifizieren lassen. Das kostet sie 400 Euro im Jahr und bisher mussten sie gar nichts zahlen, weil sie in der Regel in ihrem regionalen Bereich selten überhaupt einen Nachweis abgeben. Trotzdem begrüßen wir das PQ-Verfahren, wir unterstützen das. Nicht mehr nur zögerlich, sondern sehr intensiv. Und wir begrüßen auch, dass das Bauministerium entsprechende Erlasse zum 1. Oktober hat wirksam werden lassen, dass in den Bereich der beschränkten Ausschreibung der freihändigen Vergabe nur noch präqualifizierte Betriebe kommen. Wir erleben auch, dass das einen enormen Push gegeben hat und sich zunehmend mehr Betriebe präqualifizieren lassen wollen. Entsprechende Erlasse gibt es auf Länderebene und wir gehen davon aus, dass das der richtige Weg ist. Wir glauben aber, weil es hier um eine Verfahrensregel geht, dass das in die Vergabeordnung gehört, also die VW, die VL. Aber nicht ins GWB, weil es im Grunde genommen nur um eine reine Verfahrensfrage geht. Zum Korruptionsregister: es ist keine Frage, bei Korruption und anderen schweren Verfehlungen muss derjenige vom Wettbewerb ausgeschlossen werden. Er schädigt nicht nur die anderen Wettbewerbsteilnehmer, sondern auch den Auftraggeber. Ich sehe aber nicht die zwingende Notwendigkeit ein drittes Register einzuführen. Wir haben ein Bundeszentralregister und ein Gewerbezentralregister. Bei dem Gewerbezentralregister ist es mittlerweile möglich, dass jede Vergabestelle online nachschauen kann, welche Verfehlungen vorliegen. Wenn Verfehlungen vorliegen, dann kann der Bieter vom Wettbewerb ausgeschlossen werden, was auch korrekt ist. Wenn man der Meinung ist, dass dort vielleicht nicht alle Tatbestände und Verfehlungen aufgeführt sind, so muss man sich das Gewerbezentralregister und die gesetzlichen Grundlagen eben angucken und entscheiden, welche Tatbestände unter Umständen noch aufgenommen werden sollen. Nur diese Möglichkeit besteht bereits, der Onlinezugriff der Vergabestellen auf das Gewerbezentralregister ist möglich. Dazu haben wir Bekämpfungsmöglichkeiten im Schwarzarbeitsgesetz und die VOB sieht in § 8 vor, dass Bewerber, die unzuverlässig sind, die schwere Verfehlungen begangen haben, die ihre Steuern und Abgaben nicht gezahlt haben, alle die Punkte, über die wir eben gesprochen haben, vom Wettbewerb auszuschließen sind. Wir haben meiner Ansicht nach in dem Bereich genügend Regeln. Wir haben ein Vollzugsdefizit. Und ich glaube noch ein neues Register, würde der Sache nicht dienlich sein. Stattdessen muss man sich das Gewerbezentralregister angucken und zum anderen muss im Vollzug mehr getan werden. Es muss wirklich darauf geachtet werden, dass bei der Vergabe die Zuverlässigkeit ordentlich geprüft wird. Auch hier könnte die Präqualifizierung helfen, weil man weiß, dass Betriebe, die präqualifiziert sind, die eine Nummer haben, zuverlässig sind und am Wettbewerb teilnehmen können. Hier wird die Auftraggeberseite gefordert, das PQ-System und auch die Zuverlässigkeitsprüfung zu pushen und wir, auf unserer Seite, bringen unsere Betriebe dazu, in die Präqualifikation zu gehen.

Die **Vorsitzende**: Noch eine weitere Nachfrage, Herr Schultz?

Abg. Reinhard Schultz (Everwswinkel) (SPD): Ja, ich wollte noch mal einen Teilaspekt ansprechen, der am Anfang schon im Bereich der Fragen, die Herr Nüßlein gestellt hatte, behandelt wurde. Nämlich speziell zum Thema Fachlos- und Teillosevergabe und PPP. Es wird ja verschiedentlich vorgetragen. Zum einen, dass PPP-Modelle vielleicht nicht mehr so stattfinden oder aber umgekehrt, dass PPP ein Ausweg sein könnte, sich vor der Losvergabe zu drücken. Da stellt sich die Frage, ob eine Klarstellung im Gesetz, dass bei PPP-Projekten, wie immer man das auch richtig ausdrückt, in jedem Falle auch dasselbe gilt, nämlich in der Regel Fach- oder Teillosvergabe. Würde das aus Sicht der Wirtschaft für nützlich angesehen werden? Diese Frage würde ich auch gerne an den ZDB und an den ZDH stellen.

SV Felix Pakleppa (ZDB): Ich sehe nicht die Notwendigkeit einer Änderung oder Ergänzung zur PPP in § 97 Abs. 3. Ich gehe davon aus, dass der § 97 Abs. 3, so wie er jetzt in dem Gesetzentwurf formuliert ist, sachgerecht ist. Er besagt, dass der Regelfall die Fach- und Teillosvergabe ist und wenn wirtschaftliche und technische Gründe dafür sprechen, so werden die Lose zusammengefasst. Das heißt, dann kann von der Losbildung abgewichen werden, so wie es der Gesetzentwurf aus meiner Sicht sehr klar sagt. Im Bereich PPP ist es natürlich klar, dass ein Betreibermodell, sagen wir z.B. eine Autobahn, durch die neue Regelung nicht in 50x50 cm²-Stücke geteilt wird, sondern natürlich im Ganzen vergeben wird. Auch wenn es Leute gibt, die das Gegenteil behaupten, was ich nicht nachvollziehen kann. Und bei PPP ist es genau das Gleiche. Die Vergabestelle wird natürlich prüfen und entscheiden, ob es sich lohnt, z.B. in Teillose zu gehen oder ob das PPP-Projekt nur Sinn macht, wenn die Lose zusammengefasst und an Generalunternehmer vergeben werden. In dem Bereich muss die Vergabestelle tatsächlich prüfen und sagen, was Sinn macht. Und wenn sie zu dem Ergebnis kommt, wirtschaftlich und technisch ist die Maßnahme nur sinnvoll in einem großen Los, dann wird das in Zukunft auch so sein. Was sich allerdings ändert, durch den § 97 Abs. 3 in der jetzigen Fassung und in der vorgelegten Fassung, und das hoffe ich sehr, ist, dass zum Beispiel auch dem Mittelstand bei PPP eine Chance gegeben wird. Denn wir haben viele Projekte in Deutschland, die die leistungsstarken Mittelständler problemlos erledigen könnten, die aber aus verschiedenen Gründen im Moment nicht zum Zuge kommen. Wir haben z.B. in Hessen und in Nordrhein-Westfalen Beispiele, wo kommunale Gebäude, Schulen, Feuerwehrhäuser, städtische Gebäude saniert und betrieben werden sollen. Jetzt haben wir in Köln und in Hessen – aus meiner Sicht sehr ärgerlich – Fälle, wo beispielsweise bei der Sanierung von Schulgebäuden, 46 Schulen in einem Los zusammengefasst wurden. D.h. im Endeffekt kommen in Deutschland nur noch drei Industriekonzerne zusammen, die dann mit vielen Subunternehmern arbeiten, die das überhaupt bewältigen können. Die Formulierung des § 97 Abs. 3 im jetzigen Gesetzentwurf würde die Vergabestelle zum nachdenken bringen, ob die 46 Schulen unbedingt zusammengefasst werden müssen oder ob nur drei oder zehn zusammengefasst werden und dann könnte auch ein rheinischer Mittelständler vor Ort diesen Auftrag mit seinen Leuten erledigen. Und dass die Vergabestelle in Zukunft darüber nachdenkt, diese Hoffnung verbinde ich tatsächlich mit dem § 97 Abs. 3 in der vorgelegten Fassung.

Abg. Reinhard Schultz (Everswinkel) (SPD): Noch eine kurze Nachfrage bitte an Sie. Ihre Beispiele leuchten mir unmittelbar ein, aber ich kenne eine Reihe anderer Fälle, wo sehr komplexe Bauten im Wesentlichen von einem Privaten aufgrund eines PPP-Vertrages federführend errichtet werden, der auch aufgrund der Struktur dieses PPP, nicht unter das öffentliche Vergaberecht fallen würde. Und da könnte es sein, dass die Klarstellung hilfreich wäre.

SV Felix Pakleppa (ZDB): Können Sie mir die Konstellation noch gerade erläutern? Also Sie haben einen Privaten, der nicht unter das Vergaberecht fällt.

Abg. Reinhard Schultz (Everswinkel) (SPD): Richtig.

SV Felix Pakleppa (ZDB): Gut, dann muss er es auch nicht anwenden.

Abg. Reinhard Schultz (Everswinkel) (SPD): Nein, ich meine den Fall, dass ein Privater im öffentlichen Auftrag beispielsweise eine Konzerthalle errichtet, vielleicht möglicherweise hinterher auch betreibt und dies im Interesse der Öffentlichkeit, aber zu einem ganz kleinen Anteil privat. Entscheidend darüber, ob ein Unternehmen automatisch unter das öffentliche Vergaberecht fällt, ist ja der Anteil der öffentlichen Hand an diesem Unternehmen. Und das muss nicht mehr als die Hälfte sein, das kann auch weniger als ein Viertel sein. Das hängt von Sozialvereinbarungen ab und sonstigen Dingen mehr. Und da finden große Vergaben statt und solche Modelle gibt es ja auch, die nicht transparent sind und entweder losweise vergeben werden oder nicht, das entscheidet dann das federführende Privatunternehmen.

SV Pakleppa (ZDB): Und für den Bereich wollen Sie die Klarstellung haben, dass die öffentliche Hand beteiligt ist?

Abg. Reinhard Schultz (Everswinkel) (SPD): Ja.

SV Pakleppa (ZDB): Dann auch, dass Fach- und Teillosevergabe überprüft wird?

Abg. Reinhard Schultz (Everswinkel) (SPD): Ja.

SV Pakleppa (ZDB): Nun, dem würde ich mich anschließen.

Abg. Reinhard Schultz (Everswinkel) (SPD): Das wollte ich hören.

SV Pakleppa (ZDB): Ich habe nur die Frage am Anfang nicht verstanden.

Die **Vorsitzende:** Jetzt hat Herr Dr. Barthel das Wort.

SV Dr. Alexander Barthel (ZDH): Da können wir es ganz kurz machen, da kann ich mich inhaltlich anschließen.

Die **Vorsitzende:** Jetzt hätte Herr Friedhoff die Möglichkeit zu einer Frage.

Abg. Paul K. Friedhoff (FDP): Danke, ich verzichte.

Die **Vorsitzende:** Dann erteile ich Frau Lötzer das Wort.

Abge. Ursula Lötzer (DIE LINKE): Vielen Dank. Ich komme noch mal auf den EuGH und sein Urteil zurück und würde gerne, sowohl den Herrn Lau wie dann aber auch Herrn Dr. Schulten, noch mal fragen: Herr Summa hat schon Bezug genommen, dass ja in diesem Urteil, in dieser Rechtsprechung des EuGH, ein Grundsatzproblem durchaus berührt wird, nämlich das Verhältnis zwischen Wettbewerbsfreiheit und sozialen Grundrechten. Insofern hat das Rüffert-Urteil ja auch eine große Debatte ausgelöst, sowohl im europäischen Rahmen wie auch bei den Gewerkschaften und anderen. Der IGB fordert jetzt deshalb ein Protokoll des sozialen Fortschritts. Da würde ich gerne wissen Herr Lau, wie Sie so was beurteilen und wie Sie auch diesen Widerspruch beurteilen und eine Lösung innerhalb des europäischen Binnenmarkts. Und Herr Dr. Schulten – weil hier die ganze Zeit das Rüffert-Urteil im Raum steht, als würde es weitere Regelungen verhindern – welche Initiativen müsste die Bundesregierung auf europäischer Ebene unternehmen, um dort wieder Klarstellung herbeizuführen?

SV Niels Lau (BDI): Dankeschön. Ich knüpfe an das an, was ich zu Anfang der Sitzung schon gesagt habe. Ich meine, wenn es politische Ziele gibt, die Sie jetzt eben etwas knapp und kurz umrissen, aber deutlich gemacht haben, dann kommt es aus unserer Sicht im Wesentlichen darauf an, dieses System auch kohärent herzustellen und nicht Regelungen an Stellen zu treffen, an denen sie im Grunde genommen nur zu Rechtsunsicherheit führen. Dieses Problem der Rechtsunsicherheit haben hier mehrere Kolleginnen und Kollegen aus unterschiedlichen Branchen und Hintergründen auch schon genannt. Dem räumen wir eine hohe Bedeutung bei. Bis dato bestehen Rechtsunsicherheiten, die unseres Erachtens auch die Akzeptanz dieser prozeduralen Regelung des Vergaberechts mindern. Das heißt nicht, dass man diese Aufträge nicht ausführen kann. Aber sie müssen dann bundesweit erfolgen und auf gesetzlich sicheren Füßen stehen. Ohne dies halte ich das für ausgesprochen unsicher, ja, rechtswegbehaftet, und insofern eher hinderlich und holprig und vor allem nicht dem Bürokratieabbau zu Diensten.

SV Dr. Thomas Schulten (WSI): Zu meiner eigenen Überraschung schließe ich da direkt bei Ihnen an. Ich meine, genau der Punkt um diese Rechtssicherheit herzustellen wäre eben die Einführung einer allgemeinen Tariftreuregelung in das Vergabegesetz. Das wäre dann die einfache und klare Regelung. Das Problem mit Rüffert ist natürlich, das haben wir ja ein paar Mal schon angesprochen, wir können uns da bislang nach der gängigen Rechtsprechung nur auf Mindestlöhne beschränken. Wir haben nach dem Entsendegesetz nur Mindestlohngesetze. Die Tariftreue ist aber mal was ganz anderes. Die wollte ja nicht nur die untersten Lohngruppen allgemein verbindlich machen, sondern für die

öffentlichen Aufträge die gesamte Lohntabelle. Um auf die Frage, die gestellt worden ist, was kann die Bundesregierung machen, um sozusagen auch zu diesem ursprünglichen Gedanken der Tariftreue, der sich dann auf den gesamten Tarifvertrag bezieht, wieder zurückzukommen: Interessanterweise war es ja so, dass sowohl die Bundesregierung wie auch die meisten anderen Regierungen in der EU in ihrer Stellungnahme zum Rüffert-Urteil gesagt haben, dass man eigentlich kein Problem damit habe und man könne das gut so machen. Also gibt es in dem Sinne ja schon eine Positionierung der Bundesregierung, wenn ich das richtig sehe. Und auch das Europäische Parlament hat ja gerade in dem sog. Anderson – Report deutlich gemacht, dass die Interpretation, die der EuGH da vorgelegt hat, eigentlich nicht unbedingt die war, die der Gesetzgeber ursprünglich mal wollte. Ich glaube, es gibt zwei konkrete Ansatzpunkte für die Frage, wie man dort jetzt Rechtssicherheit schafft. Der eine wäre auf nationaler Ebene, wo man überlegen könnte, ob man nicht, statt bloß des untersten Mindestlohns, die gesamte Lohntabelle, also den gesamten Tarifvertrag ins Entsendegesetz aufnimmt. Der zweite Ansatzpunkt wäre auf europäischer Ebene. Da werden meines Erachtens zwei Dinge diskutiert. Das eine ist die europäische Entsenderichtlinie. Der EuGH stützt sich ja auf eine bestimmte, in der juristischen Debatte sehr umstrittene Interpretation der Entsenderichtlinie. Auch da sagt das Europäische Parlament im Anderson-Bericht eigentlich, dass die Entsenderichtlinie nicht die Mindestbedingungen bestimmt, sondern im Prinzip steckt da schon so ein gewisses Günstigkeitsprinzip drin, wie wir das vom deutschen Tarifrecht auch kennen. Das kann man innerhalb der Entsenderichtlinie präzisieren. In diese Richtung zielen, glaube ich, auch die Vorschläge des Europäischen Parlaments und es ist natürlich sinnvoll, wenn die Bundesregierung das auch unterstützen würde. Und der letzte Punkt, da geht es dann in der Tat noch mal um das Grundsätzliche. Das betrifft nicht nur den Rüffert-Fall, sondern eine Reihe von EuGH-Fällen, bei denen wir feststellen müssen, dass die Marktfreiheiten letztendlich über soziale Schutzrechte und soziale Grundrechte gesetzt werden. Das ist ja die Bilanz, die nüchtere Bilanz, dieser Urteile. Es wird zwar immer argumentiert, dass es eine Frage der Abwägung sei, aber schon diese Idee der Abwägung ist meines Erachtens hochgradig problematisch und sie führt taktisch dazu, dass der EuGH nur noch Mindestbedingungen akzeptiert und alles was darüber hinaus geht, sozusagen als Verstoß gegen die Marktfreiheiten ansieht. Und das ist, wie der Politikwissenschaftler Fritz Scharf mal gesagt hat, eine Radikalisierung des Liberalisierungsprogramms in der Europäischen Union. Und da wäre es ein Vorschlag, der aus einem Kreis von Arbeitsrechtlern beim Europäischen Gewerkschaftsbund entwickelt worden ist, eine Art soziales Fortschrittsprotokoll einzuführen, wonach soziale Grundrechte, sozusagen die Basis des europäischen Sozialmodells, im Zweifel vorgehen.

Vorsitzende: Bündnis 90/ DIE GRÜNEN, Frau Dückert bitte.

Abg. Dr. Thea Dückert (Bündnis 90/ DIE GRÜNEN): Frau Vorsitzende, meine Damen und Herren, ich habe zunächst mal eine Frage, sowohl an Frau Dr. Dageförde wie auch an Herrn Dr. Barthel. Es dreht sich auch um den Komplex Rechtssicherheit. Ausgangspunkt ist das Problem der enormen Zersplitterung, die Kompliziertheit des Vergaberechts insgesamt. Das soll nun besser werden. Diese Zersplitterung hat eben auch u. a. zu starker Rechtsunsicherheit auf allen Seiten der Beteiligten geführt. Mich interessiert es jetzt insbesondere, wie wird das zukünftig sein, wie beurteilen Sie das für den Mittelstand, für die kleineren und mittleren Unternehmen? Über die gerade eben diskutierte Frage

der sozialen Kriterien des Rechtsschutzes hier an dieser Stelle hinausgehend, also auch was ökologische Fragen anbelangt und insbesondere überhaupt die Rechtssicherheit der kleinen und mittleren Unternehmen. Ist die Situation zukünftig mit diesem Entwurf für die kleinen und mittleren Unternehmen durchschaubarer und damit auch sicherer?

SVe Dr. Angela Dageförde (Prof. Versteyl Rechtsanwälte): Danke. Die Frage, ob der vorliegende Gesetzentwurf für kleinere und mittlere Unternehmen eine Verbesserung darstellt, möchte ich kurz und entschieden verneinen. Es bleibt bei dem Kaskadenprinzip. Es bleibt bei dem Schubladenprinzip, wonach die Verdingungsordnung noch mal unterteilt ist. Es bleibt bei der Unterteilung in einen Bereich unterhalb und oberhalb der Schwellenwerte. All das verursacht in der Praxis die Probleme in der Rechtsanwendung und all das wird durch den vorliegenden Gesetzentwurf nicht behoben. Wenn festgestellt wird, dass auch zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorgeschrieben werden können, um § 97 Abs. 4 nur als Beispiel zu nehmen, dann wird damit erst klargestellt, was ohnehin schon möglich ist, nämlich vertragliche Regelungen mit dem Auftragnehmer zu vereinbaren. Es wird aber keine Klarheit darüber geschaffen, wie das im Einzelfall dann zu geschehen hat oder geschehen kann. Insoweit sehe ich ganz klar bei diesem Gesetzentwurf keine Verbesserung für die Rechtsanwendung. Vielen Dank.

SV Dr. Barthel (ZDH): Anders als die verehrte Vorrednerin bin ich bekennender „Kaskadeur“. Wir gehen auch davon aus, dass dem Ziel eines möglichst transparenten Regelungsgefüges Genüge getan wird und Genüge getan werden kann, wenn die jeweiligen Regelungsebenen sachgerecht ausgestaltet sind. Was die Rechtssicherheit im Hinblick auf den vorliegenden Gesetzentwurf und auch die Vorgabe ökologischer, sozialer und innovativer Aspekte, die Sie vermutlich vorrangig angesprochen haben, angeht, gehen wir davon aus – was ja auch in vorangegangenen Ausführungen schon deutlich geworden ist –, dass das Vergabeverfahren dadurch untransparenter und kostenträchtiger würde. Es ist ja nun auch eine allgemein anerkannte Lebensweisheit, dass Bürokratiekosten umso höher ausfallen, desto kleiner die Unternehmen sind. Ich will damit sagen, dass kleinere Unternehmen, selbst wenn es vielleicht der gleiche Betrag in absoluter Höhe ist, viel stärker darunter zu leiden haben, wenn sie durch administrativ nachzuweisende Begründungspflichten zusätzlich belastet werden. Im Hinblick auf die Rechtssicherheit sollte man nach Möglichkeit auch möglichst exakte Begrifflichkeiten wählen. Und in dem Zusammenhang möchte ich darüber hinaus darauf verweisen, dass uns der Gesichtspunkt der sog. innovativen Aspekte zumindest gewisse, wie soll ich sagen, Interpretationsfragen stellt. Ist damit gesagt, dass nun eine Vergabestelle innovationspolitische Zielsetzungen zum Gegenstand macht oder soll es heißen, dass die Vergabestelle möglichst innovativ sein kann, wenn sie zusätzliche Vergabekriterien einführt?

Die **Vorsitzende:** Jetzt hat die CDU/ CSU wieder das Wort. Herr Dr. Nüßlein.

Abg. Dr. Georg Nüßlein (CDU/ CSU): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Ich möchte noch zurückkommen auf das Thema „Interkommunale Zusammenarbeit“. Und in dem Zusammenhang zunächst den Herrn Düsterdiek ansprechen. Legt die Überschrift „Interkommunale Zusammenarbeit“ eigentlich nicht

– anders als dann der Gesetzeswortlaut, der ja im Grunde ein Rausnehmen des ganzen öffentlichen Bereichs aus dem Wettbewerb darstellt – nahe, dass wir eine Zusammenarbeit in irgendeiner organisatorischen Form (Zweckverband, gemeinsame Gesellschaft) brauchen? Und sehen Sie da eine Kompromisslinie, wenn man an dieser Stelle im Gesetz noch mal etwas ändern wollte?

SV Bernd Düsterdiek (DStGB): Herr Dr. Nüßlein, vielen Dank. Ich denke, dass die Rahmenbedingungen bereits heute im ausreichenden Maße existieren, wenn wir uns mal das Recht der kommunalen Zusammenarbeit, welches ja im Länderrecht geregelt ist, anschauen. In den Gesetzen über die kommunale Gemeinschaftsarbeit, welche in allen Bundesländern nachzuschlagen sind, haben wir alle nach Länderrecht zulässigen Formen beschrieben. Das ist der Zweckverband, das sind aber eben auch die von mir genannten öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen, insoweit muss man das sicherlich im Gesamtkontext zwischen Bundes- und Landesregelungen sehen. Ich denke, dass eine Konkretisierung hier nicht erforderlich ist. Die Praxis beweist, dass im Prinzip viele Zusammenarbeitsformen auch in Zweckverbandslösungen gesucht werden. Das sind ja ganz unterschiedliche Dinge. Ob das die kommunalen Rechenzentren, um ein Beispiel zu nennen, oder andere Dinge sind. Gleichwohl muss man, wenn man sich die Praxis der Zusammenarbeit anschaut, eben auch öffentlich-rechtliche Vereinbarungen, welche sicherlich den deutlich kleineren Teil darstellen, losgelöst von der rechtlichen Einstufung – man spricht von sog. mandatierenden oder delegierenden Vereinbarungen – meines Erachtens zulassen. Im Landesrecht ist es seit Jahr und Tag so vorgesehen und wird so praktiziert. Deswegen stehen wir auf dem Standpunkt seitens der kommunalen Spitzenverbände, dass der seitens der Bundesregierung vorgelegte Gesetzentwurf diesen Anforderungen entspricht, Hilfestellung bietet und wie auch der Kollege Abel ausgeführt hat, nach unserem Dafürhalten mit dem EU-Recht vereinbar ist.

Abg. Dr. Georg Nüßlein (CDU/ CSU): Das heißt, aus Ihrer Sicht ist ein bloßer Auftrag eine Form der Zusammenarbeit?

SV Bernd Düsterdiek (DStGB): Ein bloßer Auftrag ist eine Form der Zusammenarbeit, wenn sie „Auftrag“ als Vertrag definieren, also ein zivilrechtlicher Vertrag zwischen zwei Kommunen. Wie gesagt, sofern keine weiteren privaten Dritten an dieser Form der Zusammenarbeit beteiligt sind. Ein Auftrag nur zwischen zwei Kommunen ist eine Form der interkommunalen Zusammenarbeit, die eben auch dem Bereich der Organisationshoheit der Gemeinden unterliegen sollte. Wie gesagt, die Grenze ist überschritten, sobald wir an den Markt herantreten und private Dritte ins Boot holen wollen. Dann greift selbstverständlich Wettbewerbs- und Vergaberecht. Aber der Auftrag im Sinne eines zivilrechtlichen Vertrages zwischen Gebietskörperschaften, der muss unserer Auffassung nach vom Vergaberecht freigestellt werden und als Frage der internen Organisation behandelt werden.

Abg. Dr. Georg Nüßlein (CDU/ CSU): Und genau zu dieser Sichtweise würde mich jetzt die Stellungnahme von Frau Dr. Thimm vom BDI und von Herrn Dr. Garbers von BITKOM noch mal interessieren. Und wenn Sie bei der Gelegenheit noch ein paar Sätze zu dem Vorwurf sagen könnten? Es ging ja an dieser Stelle bei den Gegnern dieser Regelung nicht darum, dass hier Märkte herausgenommen wer-

den, sondern es ging darum, dass sich die von Ihnen vertretene Seite insbesondere neue Märkte erschließen möchte. Wer anfängt müssen Sie entscheiden.

SV Dr. Dagmar Thimm (BDI): Vielen Dank für die Frage. Herr Düsterdiek hatte jetzt ausgeführt, was aus seiner Sicht Staatsorganisationsrecht bedeutet. Ich hatte vorhin schon erwähnt, dass Staatsorganisationsrecht aus meiner Sicht nicht bedeutet, dass man ganz normale Aufträge, wie man sie im Markt beschaffen sollte, jetzt interkommunal vergeben darf. Ich komme aus einer Branche, der Erziehungswirtschaft, wo noch viel als hoheitliche Aufgabe organisiert ist. Das würde bedeuten, dass letztlich der ganze Markt verschlossen werden könnte, wenn ich unter Kommunen einfach Aufträge hin und her manövriere und ich keinen privaten Dritten mit ins Boot hole. Das bedeutet mit anderen Worten, ich habe nur Markt, wenn sich Private bewerben. Das ist aber so nicht richtig. Es gibt natürlich kommunale Unternehmen, die sich genau wie private Unternehmen um Aufträge im Vergabeverfahren bewerben. Wenn sie besser sind, bekommen sie diesen Auftrag. Wenn sie schlechter sind, bekommen sie ihn nicht. Im Sinne eines wirtschaftlichen Angebotes. Und da sind wir bei der zweiten Frage: führt das Vergaberecht jetzt zu einem Privatisierungszwang oder hat es eine Liberalisierungsfunktion, wie es in der Gesetzesbegründung steht? Das hat es natürlich nicht, aber das Vergaberecht führt auch nicht dazu, sondern es führt nur dazu, dass eine Aufgabe, ein Auftrag im Wettbewerb vergeben wird und das entspricht der effizienten Verwendung von Haushaltsmitteln. Wenn wir jetzt sagen würden, nur weil wir das Vergaberecht anwenden, hat das schon eine Liberalisierungsfunktion, würde das ja im Umkehrschluss bedeuten, dass kommunale Unternehmen nicht marktfähig sind, sich nicht am Markt bewähren können. Auch das ist so nicht richtig. Natürlich hat jeder die Möglichkeit, Angebote abzugeben. Bei der interkommunalen Zusammenarbeit allerdings hat der Private keinerlei Möglichkeit ein Angebot abzugeben, egal ob er jetzt für den Bürger die beste Leistung erbringt oder nicht. Und das ist meines Erachtens nicht rechtskonform.

SV Dr. Axel Garbers (BITKOM): Vielen Dank. Ich stimme dem natürlich völlig zu. Ich möchte noch einmal auf zwei Punkte hinweisen. Zum Einen sind wir im Bereich der ITK-Wirtschaft natürlich besonders betroffen, durch Dienstleistungen, die im Gegensatz zu anderen Dienstleistungsbereichen, z.B. Abfallwirtschaft, sehr leicht überregional erbracht werden können, das heißt, aus einem kommunalen Rechenzentrum kann ruck zuck ein bundesweites Rechenzentrum werden und damit auch Quasi-Monopole vorantreiben. Im Rechenzentrumsbereich ist es natürlich leichter möglich, über die Kommunen hinweg Dienstleistungen anzubieten. Zum Zweiten fehlt der Wettbewerbsfaktor in den Kommunen, der nicht sicherstellt, dass ich innerhalb der Kommunen einen sinnvollen Dienstleister wähle, einen wirtschaftlichen Dienstleister wähle und hier ein Auswahlverfahren durchgeführt wird, so wie es über das Vergaberecht im Wettbewerb Dritten gegenüber durchgeführt wird.

Abg. Dr. Georg Nüßlein (CDU/CSU): Ich möchte noch einmal nachfragen. Wenn die Zusammenarbeit regional begrenzt werden würde, wäre Ihnen damit geholfen?

SV Dr. Axel Garbers (BITKOM): Das ist ja heute schon der Fall. Zumindest, dass die eigene Kommune für sich Eigenrealisierungen durchführt, ist ja heute schon der Fall. Es ist sicher ein Weg in die richtige Richtung oder zu einem Kompromiss.

Abg. Dr. Georg Nüßlein (CDU/CSU): Ich möchte noch einmal zu dem Rechtsschutzthema kommen. Ich möchte für den Rechtsschutz oberhalb der Schwelle zunächst einmal Herrn Summa und Herrn Lau ansprechen. Wir sehen im Gesetzentwurf bestimmte Korrekturen im Nachprüfungsverfahren vor, ich frage Sie, ob man aus der Sicht der Praxis an der Stelle, gegenüber den jetzigen Vorschlägen, etwas ändern sollte.

SV RAOLG Hermann Summa (OLG Koblenz): Ich hatte es eben schon einmal angesprochen. Ich sehe keinen Bedarf für eine Änderung der §§ 115 Abs. 2, 118 Abs. 2 und 121. Ich kann auch die Begründung des Regierungsentwurfs nicht ganz nachvollziehen. Da steht drin, dass irgendeine Prüfung durch die Vergabekammer mal irgendein Eilverfahren ungebührlich - wörtlich - verzögert haben soll. Ich teile diese Auffassung nicht. Ich sehe auch keinen Bedarf für diese Änderungen. Ich sehe nur eine Gefahr durch die Aufnahme der wirtschaftlichen Interessen des Auftraggebers, dass sich sinnlose Eilanträge häufen. Ich habe zum § 118 Abs. 1 Satz 2, Fristverkürzung, auch schon etwas gesagt. Diese Änderung wäre günstigstenfalls sinnfrei, aber wahrscheinlich schädlich. Den § 107 habe ich auch schon angesprochen. Man kann einen erkennbaren, aber nicht erkannten Vergaberechtsverstoß nicht unverzüglich rügen. Diese Formulierung ergibt für mich keinen Sinn. Dieses sollte man anpassen. Ich habe dazu einen Vorschlag gemacht. Ich habe in letzter Zeit den Begriff gehört, diese Neufassung sei ein Rechtsschutzverhinderungsgesetz. Diese Auffassung teile ich nicht. Ich glaube schon, dass es sinnvoll ist - oberhalb der Schwellenwerte haben wir es nicht mit kleinen Handwerksbetrieben zu tun, mit ein, zwei oder drei Mitarbeitern - die Unternehmerseite zu zwingen, sich frühzeitig mit den Vergabeunterlagen zu befassen und nicht auf den letzten Drücker etwas zusammenschustern, was sich dann nachher als nicht wertungsfähig herausstellt. Es ist vielleicht auch im Interesse der Vergabestellen, dass man relativ früh erfahren sollte, was denn eigentlich die Bieterseite an den Unterlagen auszusetzen hat, und zwar in einem Stadium, wo man das noch relativ problemlos mit Bieterhinweisen und ähnlichen Dingen korrigieren kann. Von daher würde ich das alles schon befürworten, also oberhalb der Schwellenwerte habe ich nichts mehr dazu zu sagen.

SV Niels Lau (BDI): Das war schon sehr präzise, was Sie gesagt haben. Ich schließe mich dem ausdrücklich an und möchte noch einmal daran erinnern, dass beim Rechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte das erklärte Postulat war, hier Effizienz zu schaffen. Effizient ist aus meiner Sicht der Rechtsschutz nur, wenn er stringent, konsistent und vor allen Dingen für alle gleich strukturiert ist. Ich schließe mich zusammenfassend den Ausführungen von Herrn Summa an. Die tatsächlich aufgebauten Hürden, die hier geschildert wurden, Fristen, Mindestsummen usw., die aus unserer Sicht nicht effizient für den Mittelstand sind, der eben nicht nur aus den eben kurz umrissenen Zwei- bis Drei Mann Unternehmen bestehen, sondern aus dem industriellen Mittelstand, sind einfach nicht machbar. Insoweit erreicht der Gesetzentwurf das Effizienzziel nicht. Das ist deshalb ganz beachtlich in der Diskussion, weil sich das Gesetz ja vornimmt, den Mittelstand zu fördern, aber dann, wenn es darauf an-

kommt, nämlich Korrekturen auf dem Rechtsweg vorzunehmen, auch oberhalb der Schwellenwerte - von unterhalb der Schwellenwerte wollen wir gar nicht sprechen -, das wäre der nächste Punkt, erreicht es dieses Ziel nicht. Die Konsequenzen und die Ziselierungen hat Ihnen Herr Summa eben dargelegt. Das ist auch unsere Meinung. Danke.

Abg. Dr. Georg Nüßlein (CDU/CSU): Nachdem Herr Lau schon geraten hat, was der nächste Punkt ist, stelle ich diese Frage nicht an ihn, sondern an Herrn Summa auf der einen Seite und an den bekennenden Kaskadeur, Herrn Dr. Barthel auf der anderen Seite. Rechtsschutz unterhalb der Schwelle, das ist ein Anliegen, das uns vielfach vorgetragen wird. Was halten Sie davon, wie könnte so etwas aussehen? Sind ersatzweise Transparenzregeln denkbar? Oder braucht man so etwas gar nicht.

SV RAOLG Hermann Summa (OLG Koblenz): Rechtlich ist die Sache entschieden. Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Entscheidung vor einigen Jahren diese Zweiteilung des Vergaberechts für verfassungskonform erklärt. Das verbietet dem Gesetzgeber natürlich nicht, Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte einzuführen. Mir erscheint die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, der derzeitige Zustand unterhalb des Schwellenwertes sei ausreichend, ein bisschen blauäugig. Wir haben zwar die theoretische Möglichkeit heute schon, im Wege der einstweiligen Verfügung Auftragsvergaben zu verhindern, aber, dafür braucht erstens der potentielle Antragsteller Informationen, die er nicht hat. Das heißt, die Sache scheitert etwas an den tatsächlichen Voraussetzungen. Er hört vielleicht irgendwo etwas, es steht etwas in der Zeitung, aber damit kann man vielleicht keinen schlüssigen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung formulieren. Hier wäre eventuell darüber nachzudenken, ob man auch unterhalb der Schwellenwerte, das könnte man über die VOB oder über die Verdingungsordnungen regeln, eine Art Vorabinformation einführen könnte. Denn es hilft dem benachteiligten Bieter wenig, wenn er erst aus der Zeitung vom Zuschlag erfährt. Das andere Problem, was ich sehe, ist, dass natürlich in dem Zivilverfahren ganz andere Maßstäbe angelegt werden. Es geht letztlich um den Artikel 3. Und da sind wir schnell in dem Bereich, dass die Zivilgerichte sagen, „normale“ Vergaberechtsverstöße, wie sie alltäglich passieren können, die genügen nicht. Wir brauchen dafür schon ein vorsätzliches, willkürliches, manchmal taucht auch der Begriff „objektiv willkürliches“ Verhalten auf. Dieser Nachweis ist wiederum ohne Informationen kaum zu führen. Das heißt, wir haben theoretisch schon Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, aber die Praxis zeigt wohl, dass er nicht sonderlich effektiv ist. Hier könnte man durch einfache Änderungen, die dem Informationsbedürfnis eines sich benachteiligt fühlenden Bieters Rechnung tragen, vielleicht Abhilfe schaffen.

SV Dr. Alexander Barthel (ZDH): Wir haben damals das Bundesverfassungsgerichtsurteil dahingehend bewertet, dass es schön und gut ist - das spricht auch für die Qualität der Gesetzgebung -, dass ein geltendes Recht, das verfassungskonform gewertet wird, auf der anderen Seite gleichwohl nicht ausschließt, dass ein Zustand nicht noch optimiert werden könnte und wir sehen hier erheblichen Optimierungsbedarf. Herr Summa hat das schon angedeutet, selbst, wenn man sich auf Hilfskonstruktionen eines zivilgerichtlichen oder eines Verwaltungsgerichtsweges stützt, es dort vorrangig momentan an den überhaupt notwendigen Informationen fehlt, dann aber auch, wenn diese vorhanden wären, kein einheitlicher Maßstab ableitbar wäre, indem nun dieses neue Geflecht von Rechtsschutz-

grundsätzen unterhalb der EU-Schwellenwerte entstehen würde. Deswegen plädieren wir, wie andere Verbände auch, insbesondere die Kollegen vom ZDB, dafür, ein Vergabekammersystem auch im Unterschwellenbereich zu konstituieren. Kriegen Sie keinen Schreck, auch ein solches Vergabekammersystem könnte ja für Unterschwellenbereiche durch Abspeckung, was die Instanzenstufen, die Augenzahl und die Eingangsgebühren angeht, so gesteuert werden, dass eine Überlastung dieses Systems verhindert werden könnte, aber gleichwohl in den wohl berechtigten Fällen auch den Betroffenen ein gebührender Rechtsschutz gewährt werden könnte. Das Konzept haben wir zu unserer Stellungnahme, das insbesondere von den Kollegen des ZDB entworfen wurde, aber von uns voll inhaltlich unterstützt wird, zu den Unterlagen gegeben mit der Bitte um positive Prüfung.

Abg. Dr. Georg Nüßlein (CDU/CSU): Ich möchte abschließend den Herrn Düsterdiek noch einmal bitten, dass er dazu etwas sagt, auch zu der Alternative, die Herr Summa vorhin angesprochen hat, nämlich Transparenz zu schaffen und die Beteiligten somit wissen, wer den Zuschlag bekommen hat und auf welcher Basis. Vielleicht sagen Sie aber auch noch etwas zu dem, was der Kollege eben gesagt hat.

SV Bernd Düsterdiek (DStGB): Vielen Dank, Herr Nüßlein, das will ich gerne tun. Ich kann Ihnen Folgendes sagen. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung, über den wir heute sprechen, steht unter dem Postulat Vereinfachung, Modernisierung, Erhöhung der Transparenz. Ein richtiges, gutes Ziel, dem wir uns voll inhaltlich anschließen. Ich glaube, jeder hier am Tisch wird das tun. Die Frage ist in der Tat, Herr Dr. Barthel, Sie haben es ja schon angerissen, wie wäre denn ein Unterschwellenrechtsschutz überhaupt umsetzbar, praktikabel, handhabbar. Wenn wir uns das anschauen, dann gab es seit 1999 bestimmt zwischen 5.000 und 6.000 Nachprüfungsverfahren, nur für den Bereich oberhalb der Schwellenwerte. Da stellt sich die Frage, sicherlich auch für die kommunale Seite: Wie wäre es in der Umsetzung denn leistbar, ein System einzuführen, etwa bei Vergabekammern. Ich sehe das rein operationell überhaupt nicht. Das ist schlichtweg nicht leistbar, also auch nicht umsetzbar. Viel wichtiger ist aber der rechtliche Aspekt. Herr Summa, Sie haben es angesprochen, das Bundesverfassungsgericht hat sich dezidiert mit diesem Problem auseinandergesetzt und es hat festgestellt, dass eben die Vergabe, ich zitiere hier: unterhalb der Schwellenwerte „ein Massenphänomen“ sei, und auf Grund dieser Tatsache eine Abwägung stattzufinden hat. Man hat eben verfassungsrechtlich anerkannt, dass u. a. die wirtschaftliche Verwendung von öffentlichen Mitteln, Steuergeldern, hier ein wesentlicher Aspekt ist, der noch zum Tragen kommt, auch in der Abwägung und einen Verzicht auf einen Primärrechtsschutz rechtfertigt. Das ist sicherlich aus Sicht der kommunalen Auftraggeber auch zielführend. Wir wollen ein vernünftiges Vergabeverfahren für die Praxis haben, was auch zeitlich sinnvoll durchgeführt werden kann, zu keinen Verfahrensverzögerungen führt. Gleichwohl den Aspekt berücksichtigt, dass Bieter nicht schutzlos gestellt sind. Das ist nach unserer Auffassung der Fall. Wir haben den Sekundärrechtsschutz für Bieter, wir haben das von Herrn Summa angesprochene Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes im Wesentlichen von den Zivilgerichten mit den beschriebenen Problemen, das will ich eingestehen, wir haben den Beibringungsgrundsatz der Parteien. Das muss man aber an der Stelle nicht vertiefen. Unter dem Strich aus Sicht der kommunalen Auftraggeber. Wenn wir das Ziel haben, Vergabeverfahren transparent und zügig durchführen zu wollen, meine ich,

dass man auch, anknüpfend an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, den Verzicht nach wie vor auf einen Primärrechtsschutz rechtfertigen kann. Es bedarf hier keinerlei Änderungen. Das System hat sich bewährt. Es steht den Bietern, die sich beschwert fühlen, ein Sekundärrecht zur Verfügung und im Übrigen auch der Gang zur Kommunalaufsicht im Wege einer fachaufsichtlichen Prüfung, wenn Gegenstände des Vergabeverfahrens anzumerken sind.

Die **Vorsitzende**: Vielen Dank, mein ganz besonderer Dank gilt den Sachverständigen und auch meinen Dank an die Kolleginnen und Kollegen, die hier an dieser Beratung teilgenommen haben. Ich wünsche Ihnen eine gute Heimreise.

Schluss der Sitzung: 13:51 Uhr

Zo/Klä/Gu/Kla/Pu/Hü