

# Monatsinfo

## 12/2004



5. Januar 2005

### Inhaltsübersicht

Zum Jahreswechsel ..... 188	Wichtige Entwicklungen in der vergaberechtlichen Rechtsprechung ..... 196
Dokumentationsband der Badenweiler Gespräche ..... 190	Neue Zuständigkeiten der Vergabekammern in Niedersachsen ..... 198
<b>National</b>	Neue VK- und OLG-Rechtsprechung ..... 199
BMWA-Hinweise für diskriminierungsfreie Leistungsbeschreibung bei IT-Vergaben ..... 190	<b>Europa</b>
SPD erarbeitet PPP-Beschleunigungsgesetz ..... 191	Neue KMU-Definition der Kommission ..... 199
Vergaberechtsreform: Erste inhaltliche Änderungen am Arbeitsentwurf ..... 191	Umweltbundesamt: Studie über die Förderung regionaler Produkte veröffentlicht ..... 200
BMI-Rundschreiben zur Annahme von Belohnungen und Geschenken in der Bundesverwaltung ..... 192	Änderung von Anhang XVI (Öffentliches Auftragswesen) des EWR-Abkommens ..... 202
Verlängerung der Stahlpreisgleitklausel jetzt auch für Straßenbau ..... 193	Wo finde ich EU-Dokumente? Datenbanken im Überblick ..... 202
Bahn stellt Korruptionsbericht 2004 vor ..... 193	<b>Aus der Grabbelkiste</b> ..... 203
Nordrhein-Westfalen: Landtag verabschiedet Korruptionsbekämpfungsgesetz ..... 193	<b>Schrifttum</b> ..... 203
Hamburg führt Wertgrenzen für beschränkte VOB-Ausschreibungen ein ..... 194	<b>Anlagen</b>
Bayern entlastet Kommunen durch höhere Wertgrenzen bei VOB-Ausschreibungen ..... 194	Programm und Anmeldebogen "Entscheidungen der VK und OLG in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren 2004" ..... Anlage 1
Bürokratieabbau: Bayern sieht Vereinfachungsbedarf im Vergaberecht – und stützt Kaskadenprinzip. 195	Kurzdarstellung der wichtigsten OLG-Beschlüsse ..... Anlagen 2-3
Termin für die 14. Mitgliederversammlung und Diskussionsveranstaltung am 27.10.2005 ..... 195	
Nächste Veranstaltungen des forum vergabe ..... 196	

### Zum Jahreswechsel

Jahr für Jahr ermittelt die Gesellschaft für deutsche Sprache das Wort bzw. das Unwort des Jahres. Ausgewählt werden dabei – wie es auf der Internetseite der Institution heißt – die „verbalen Leitfossilien“, womit Wörter und Ausdrücke gemeint sind, die die öffentliche Diskussion des betreffenden Jahres besonders bestimmt haben, die für wichtige Themen stehen oder sonst als charakteristisch erscheinen.

Im Bereich des öffentlichen Auftragswesens würde die Wahl für 2004 nicht schwer fallen: Kaum ein Begriff wurde in den zurückliegenden zwölf Monaten so oft

verwendet – und so sehr strapaziert – wie die „Verschlankung“ des Vergaberechts. Entsprechend hat uns die dahinter stehende umfassende Reform der Beschaffungsregeln wie kein anderes Thema beschäftigt – immerhin war sie in neun von elf Ausgaben der Monatsinfo der Aufmacher.

Dass man eine radikale Vereinfachung des Vergabewesens herbeiführen möchte, darüber waren sich die beteiligten Kreise bereits zu Beginn des Jahres einig. Umstritten ist jedoch auch Ende 2004 weiterhin der Weg dorthin. Während die einen im bestehenden Kaskadensystem ein bewährtes Fundament sehen, auf dem sich

auch ein schlankes Vergaberecht errichten lässt, wollen die anderen von der untersten Stufe der Kaskade, den von Ausschüssen erstellten Vergabeordnungen, Abschied nehmen und nur noch Gesetz und Verordnung herrschen lassen. Die Bundesregierung hat sich in ihrem Eckpunktepapier vom 12.05.2004 für einen Kompromiss zwischen beiden Lösungsansätzen entschieden, zu dem es pro- und contra-Stimmen gibt.

Fest stehen seit Verabschiedung des Legislativpakets im Februar 2004 jedenfalls die europarechtlichen Vorgaben für die Reform. Ob und wie weit sie allerdings zu einer Modernisierung und Vereinfachung des Auftragswesens in Deutschland beitragen können, muss sich im Rahmen der Umsetzung erst noch erweisen. Beispielsweise hat sich die neue Sektorenrichtlinie von bisher 48 Vorschriften auf nunmehr 75 Artikel aufgebläht. Und es sind insbesondere die neuen Verfahrensarten – wettbewerblicher Dialog, dynamisches Beschaffungssystem, elektronische Auktion – nicht zuletzt als Ergebnis eines zum Teil chaotisch verlaufenen Gesetzgebungsverfahrens „unsauber“ geraten, so dass sich die Frage stellt, wie hieraus praxistaugliche Instrumente kreiert werden können, die für die tägliche Arbeit der Vergabepraktiker von Bund, Ländern und Kommunen hilfreich sind.

Eine für die nationale Reform des Vergaberechts interessante Frage ergibt sich aus dem faktischen Anwendungsbereich der EU-Richtlinien. Trifft es zu, dass 95 % aller VOL- und 99 % aller VOB-Vergaben im Bereich unterhalb der EU-Schwellen erfolgen, so wird man mehr als einen Gedanken auf die Fragestellung verwenden müssen, wie in der künftigen Struktur des deutschen Vergaberechts die europäischen Vorgaben mit den nationalen Erfordernissen in Einklang zu bringen sind.

Es ist und bleibt also eine durchaus anspruchsvolle Aufgabe, die Bundesregierung, Parlament, Bundesrat und die Verbindungsausschüsse im kommenden Jahr bewältigen müssen. Ziel bleibt es, mit dieser dritten grundlegenden Reform des deutschen Vergaberechts einen langfristig tragfähigen, rechtssicheren und anwen-

derfreundlichen Rechtsrahmen zu schaffen. Insofern sind sich die Beteiligten ebenfalls wieder einig. Und dafür lohnt es sich – getreu unserem Ratschlag im Jahresrückblick 2003 – auch weiterhin zu arbeiten und zu beten.

Was war noch passiert in 2004?

- Auf nationaler Ebene verebbte die Flut der Landesvergabegesetze etwas. In Kraft sind heute neun Gesetze und vier Verordnungen, die in den kommenden Jahren ihre Berechtigung nicht zuletzt mit Blick auf eine Deregulierung im Vergaberecht unter Beweis stellen müssen.
- Verstärkt hat sich im vergangenen Jahr die Diskussion über die Berücksichtigung von Umweltaspekten bei der Auftragsvergabe. Statt einer umfassenden legislativen Umsetzung der Vorgaben aus dem EU-Legislativpaket setzt die Bundesregierung hier allerdings bisher eher auf Empfehlungen.
- Nahezu abgeschlossen werden konnten die Arbeiten an der Schaffung eines bundesweiten Systems für die Zertifizierung der Eignung von Bieter bei der Vergabe von Bauleistungen. Es bleibt zu hoffen, dass in 2005 die operative Tätigkeit aufgenommen und – wie erwartet – eine spürbare Entlastung für Vergabestellen und anbietende Unternehmen erreicht werden kann. Wie sich im Rahmen der diesjährigen Badenweiler Gespräche gezeigt hat, wird sich der damit ebenfalls intendierte Effekt einer Verhinderung von korruptivem Verhalten allerdings wohl nicht ausreichend verwirklichen lassen, so dass ein bundesweites Korruptionsregister einen weiteren – dann vielleicht erfolgreichen – Anlauf nehmen wird.
- Der 7-Punkte-Plan der Bundesregierung zur Beschaffungsoptimierung wird – so hoffen wir – die Voraussetzungen für eine breitere Anwendung der elektronischen Beschaffung verbessern.
- Und schließlich wurde die Wunderwaffe PPP verstärkt beworben, für deren

breite Anwendung allerdings noch Hemmnisse – auch im Vergaberecht? – auszuräumen sind.

Bei der Kommission hat man nach Inkrafttreten des Legislativpakets keineswegs die Hände in den Schoß gelegt. Im Gegenteil: Selten wurde im Vergaberecht so viel gehämmert und gesägt wie im vergangenen Jahr. Revision der Rechtsmittelrichtlinien, Grünbuch PPP, Grünbuch Rüstungsbeschaffung und Aktionsplan eVergabe sind nur einige der Themen, die uns bisher in Brüssel und bald auch hierzulande verstärkt beschäftigen werden.

Aus der Bilanz für 2004 ergibt sich zugleich die Perspektive für 2005: Das Vergaberecht wird in Bewegung bleiben und verhindern, dass wir rasten oder gar rosten. Dazu gehört unser Bestreben, weiterhin für Sie am Ball zu bleiben und von dort zu berichten, wo die Musik spielt – egal, ob dies Harmonien oder Dissonanzen sind. Nicht zu vergessen: ein herzliches „Dankeschön“ für alle konstruktiven Beiträge und Hinweise, die uns im vergangenen Jahr erreicht haben.

Mit den besten Wünschen zum neuen Jahr

Ihr Team vom forum vergabe

### **Dokumentationsband der Badenweiler Gespräche**

Eigentlich sollte es noch ein Weihnachtsgeschenk werden, aber leider haben wir dies um wenige Tage verpasst. In den nächsten Tagen dürfen wir Ihnen die Dokumentation der Badenweiler Gespräche überreichen. Wir würden uns freuen, wenn Sie das Präsent als einen guten Auftakt für das Jahr 2005 betrachten.

---

## **National**

---

### **BMW-Hinweise für diskriminierungsfreie Leistungs- beschreibung bei IT-Vergaben**

In Abstimmung mit dem Bundesinnenministerium hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit im Dezember 2004 ein Merkblatt für die diskriminierungsfreie Formulierung von Leistungsbeschreibungen bei IT-Ausschreibungen<sup>7)</sup> herausgegeben. Damit reagiert der Bund auf Vorwürfe, die die EU-Kommission im Oktober gegen vier Mitgliedsstaaten (Frankreich, Niederlande, Schweden und Finnland) im Zusammenhang mit der Beschaffung von Computern erhoben hatte (Pressemitteilung vom 13.10.2004<sup>8)</sup>). Dort waren in verschiedenen Ausschreibungen Prozessoren der Firma Intel („Intel inside“) bzw. Prozessoren mit einer speziellen Taktfrequenz gefordert worden, ohne jeweils das Angebot gleichwertiger Produkte zuzulassen.

Das Wirtschaftsministerium weist insofern darauf hin, dass die Nennung von Markennamen in jedem Falle unzulässig sei und selbst in Kombination mit dem Zusatz „oder gleichwertiger Art“ nur dann verwendet werden dürfe, wenn eine anderweitige Beschreibung des Leistungsgegenstands nicht möglich sei. Eine solche „objektive Unmöglichkeit“ komme allerdings sehr selten vor, so das BMWA.

Unzulässig sei in der Regel auch, bei bestimmten Mindestspezifikationen auf Parameter zurückzugreifen, die nicht direkt mit der Leistung des Produkts zusammenhängen. Da die Taktfrequenz von Prozessoren nur eines von mehreren Kriterien sei, die zusammen die Leistung des Prozessors ausmachten, solle bei der Beschaffung von Computern davon Abstand genommen werden, Mindesttaktfrequenzen zu fordern.

Hingewiesen wird schließlich auf die Möglichkeit, so genannte Benchmarkverfahren anzuwenden, mittels derer diskriminierungsfrei Mindestanforderungen bei-

spielsweise an benötigte IT-Systeme ermittelt werden könnten. Der in den Hinweisen detailliert vorgestellte Ablauf eines solchen Verfahrens gleicht in seinen wesentlichen Zügen einer funktionalen Leistungsbeschreibung, wobei der Bieter die Einhaltung der Mindestanforderungen mittels des geforderten Benchmarkverfahrens nachzuweisen hat.

## **SPD erarbeitet PPP-Beschleunigungsgesetz**

In ihrem Entschließungsantrag „Öffentlich Private Partnerschaften“ vom 04.07.2003 (BT-Drs. 15/1400; vgl. Monatsinfo 7-8/2003, S. 114) hatte die SPD-Bundestagsfraktion unter anderem von der Bundesregierung gefordert, die rechtlichen Rahmenbedingungen daraufhin zu prüfen, inwieweit sie der praktischen Durchführung von PPP's entgegenstehen.

Jetzt hat die Mannschaft um Franz Münterfering das Zepter selbst in die Hand genommen. Eine Arbeitsgruppe soll bis zur Sommerpause 2005 den Entwurf eines PPP-Beschleunigungsgesetzes erarbeiten, mit dem Vergabe-, Steuer-, Haushalts-, Kommunal- und Zuwendungsrecht kooperationsfreundlicher ausgestaltet werden sollen.

Für den Bereich des Vergaberechts hat sich bereits am 16.12.2004 eine Unterarbeitsgruppe konstituiert, der Vertreter der Bundesregierung, der Bauverbände, der Anwaltschaft sowie der Banken angehören. Ihr Ziel ist es, bereits bis Ende Januar 2005 Vorschläge zur Lösung derjenigen Fragen und (vermeintlichen) Problembe-  
reiche zu erarbeiten, die im Gutachten „PPP im öffentlichen Hochbau“ (vgl. Monatsinfo 9/2003, S. 139) aufgeworfenen worden sind:

- Bestimmung des zutreffenden Ausschreibungsregimes (VOB/VOL);
- Ausschreibungspflicht der Public Private Partnership (z. B. der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft; so genannte „zweite Ebene“);

- Eigenleistungserfordernis, Verbot der Generalunternehmervergabe;
- nachträgliche Änderung von Bietergemeinschaften;
- § 16 VgV und Projektantenproblematik;
- Strukturiertes Verhandlungsverfahren oder wettbewerblicher Dialog?

Über die weiteren Arbeiten und die Ergebnisse werden wir berichten.

## **Vergaberechtsreform: Erste inhaltliche Änderungen am Arbeitsentwurf**

Wenig Neues zu berichten gibt es in den Wochen um den Jahreswechsel über das Reformvorhaben „Neuregelung des Vergaberechts“ – ein untrügliches Zeichen dafür, dass das Bundeswirtschaftsministerium weiterhin an der Aufbereitung seines Arbeitsentwurfs vom 08.10.2004 werkelt, um daraus Anfang 2005 einen Referentenentwurf hervorgehen zu lassen.

Immerhin ergeben sich aus den Informationen, die man in dem einen oder anderen Gespräch gewinnt, bereits Hinweise auf zwei inhaltliche Änderungen des Arbeitsentwurfs:

- Zum einen – und das ist sicher – wird die Änderung des 4. Teils des GWB keine Regelung zur Einrichtung und Führung eines Registers über unzuverlässige Unternehmen mehr enthalten. Die im Arbeitsentwurf vorgesehenen Vorschriften der §§ 126 a und 127 Abs. 2 GWB sollen vielmehr wie zuletzt 2002 als eigenständiges legislatives Vorhaben betrieben werden. Wann und mit welchem konkreten Inhalt ein entsprechender Gesetzentwurf eingebracht wird, steht derzeit noch nicht fest.
- Zum anderen gilt es als wahrscheinlich, dass in § 99 GWB neben einer Regelung des vergaberechtsfreien In-house-Geschäfts auch eine Befreiung der so genannten interkommunalen Zusammenarbeit von der Anwendung der Beschaffungsvorschriften aufge-

nommen wird. Zwar haben bereits mehrere Nachprüfungsinstanzen die Beauftragung einer Gemeinde durch eine andere Gemeinde mit der Erledigung deren Tätigkeit (z. B. Müllentsorgung) dem Vergaberegime unterstellt und in solchen Fällen eine Ausschreibung der Leistung im Wettbewerb verlangt (vgl. Monatsinfo 5/2004, S. 86). Hierin sehen jedoch nicht nur die Vertreter der kommunalen Spitzenverbände eine unzulässige Einschränkung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie.

Für weiteren Diskussionsstoff wird in den nächsten Wochen sicherlich eine neue Studie der Wegweiser GmbH sorgen, die am 13.12.2004 in Berlin vorgestellt wurde. Die „Statistische Analyse der öffentlichen Auftragsvergaben Deutschlands“<sup>1)</sup> zeigt als Ergebnis einer Umfrage unter mehr als 700 öffentlichen Verwaltungen, dass der ganz überwiegende Teil aller öffentlichen Aufträge den jeweiligen EU-Schwellenwert nicht erreicht und daher national ausgeschrieben wird. Bei VOB-Vergaben liegt die Quote der EU-Ausschreibungen bei nur 1 %, im VOL-Bereich bei 5 %. Abgefragt wurde auch, welcher Anteil der Liefer- und Dienstleistungsaufträge den Wert von 7.500 Euro nicht erreicht und damit nach dem Vorschlag des BMWA zukünftig vollständig vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen wäre. Ergebnis: 54 % aller VOL-Verfahren wären hiervon betroffen.

Mit einer Verallgemeinerung dieser Werte wird man sich aufgrund der teilweise nur geringen Rücklaufquote – mitunter wurden die einzelnen Fragen von nur 50 Befragten beantwortet – und der offenbar nur mäßigen Dokumentationslust deutscher Vergabestellen – zwei Drittel der befragten Verwaltungen verzichteten nach eigenen Angaben auf eine statistische Erfassung der Auftragsvergaben – wohl eher zurückhalten müssen. Immerhin bestätigt die Erhebung aber das Bild, das sich bereits zuvor aus verschiedenen Einzelstatistiken abgezeichnet hat. Danach spielt das europäische Vergaberecht in der Praxis nach wie vor eine sehr untergeordnete Rolle, die in Zukunft mit einer Anhebung der

Schwellenwerte sehr wahrscheinlich noch geringer werden wird. In einer an den Bedürfnissen der Praxis ausgerichteten Vergaberechtsreform sollte dies entsprechende Berücksichtigung finden.

### **BMI-Rundschreiben zur Annahme von Belohnungen und Geschenken in der Bundesverwaltung**

Das Bundesministerium des Innern hat sich mit Rundschreiben vom 08.11.2004<sup>1)</sup> erneut mit dem Umgang mit Geschenken und Belohnungen durch Beschäftigte des öffentlichen Dienstes befasst. Inhaltlich ergeben sich gegenüber den bisherigen Erlassen von 1962, 1977 und 1981 allerdings kaum Änderungen. Es bleibt bei dem grundsätzlichen Verbot, Zuwendungen in Bezug auf das Amt und die dienstliche Tätigkeit anzunehmen. Ausnahmen hiervon kann es nur in Fällen geben, in denen eine Beeinflussung der Beschäftigten nicht zu befürchten ist. Und werden Geschenke und Belohnungen angenommen, so muss in jedem Einzelfall die Zustimmung „bei der zuständigen Stelle“ beantragt werden.

Ausgedehnt wird allerdings der Anwendungsbereich: So legt das Rundschreiben einerseits einen weiten Beschäftigtenbegriff zu Grunde, zu dem auch Beamte und Soldaten im Ruhestand zählen. Andererseits beschränken sich Belohnungen und Geschenke nicht nur auf unmittelbare Vorteile für den Beschäftigten. Auch Zuwendungen an Dritte sind betroffen, wenn diese bei den Beschäftigten zu Ersparnissen führen oder diese in irgendeiner Weise tatsächlich besser stellen. Und auch die unmittelbare Weitergabe von Geschenken oder Belohnungen an Dritte oder ihre Spende an karitative Einrichtungen gilt als Annahme.

Die meisten Schwierigkeiten bereitet in der Praxis wohl nach wie vor der Umgang mit geringfügigen Aufmerksamkeiten, der Teilnahme an Bewirtungen und der Annahme kleinerer Dienstleistungen. Das Innenministerium verwendet daher relativ

breiten Raum auf die Definition dieser Zuwendungen. Es weist zudem darauf hin, dass bei deren Annahme zwar von einer stillschweigenden Zustimmung des Dienstherrn ausgegangen werden kann, dass aber auch hier in jedem Einzelfall eine Anzeigepflicht besteht. Dies dürfte insbesondere in Bezug auf die mit 25 Euro konkret definierte Geringfügigkeitsgrenze bei Aufmerksamkeiten sinnvoll sein, um hier die Taktik einer Stückelung größerer Geschenke frühzeitig zu erkennen und zu verhindern.

Schließlich weist das Innenministerium auf die Rechtsfolgen bei Verstößen hin, die arbeits- und dienstrechtlichen Konsequenzen ebenso wie Ansprüche des Dienstherrn auf Schadensersatz oder die Herausgabe von Vorteilen umfassen.

### **Verlängerung der Stahlpreisgleitklausel jetzt auch für Straßenbau**

Nachdem der „Stahlpreiserlass“ am 29.11.2004 für den Bereich des Bundeshochbaus verlängert worden war (vgl. Monatsinfo 11/2004, S. 174; entgegen unserer Darstellung verlängert sich die Ausnahmeregelung dort nicht bis zum 30.06.2006, sondern – zunächst – nur bis 30.06.2005), ist nunmehr auch der Bereich Straßenbau nachgezogen. Mit Erlass vom 09.12.2004<sup>\*)</sup> wird der Ursprungserlass vom 17.05.2004 ebenfalls um weitere sechs Monate verlängert.

### **Bahn stellt Korruptions- bericht 2004 vor**

Die Deutsche Bahn AG hat am 15.12.2004 ihren Korruptionsbericht 2004<sup>\*)</sup> vorgestellt. In der nunmehr dritten Bestandsaufnahme zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität im DB-Konzern wird darauf hingewiesen, dass seit 2001 insgesamt 355 Fällen nachgegangen wurde, wovon 118 in Ermittlungsverfahren aufgingen. Der am

häufigsten von so genannten Compliance-Verstößen betroffene Zweig ist dabei der Unternehmensbereich Fahrweg, also die DB Netz AG.

Seit 2003, so die DB-Korruptionsbekämpfer, sei die Anzahl der Hinweise, die an die beiden Ombudsleute sowie den Lenkungskreis Compliance ergingen, statistisch gesehen rückläufig. Gleichzeitig habe sich aber die Qualität der Hinweise verbessert, so dass auch in diesem Zeitraum zahlreiche Ermittlungsverfahren eingeleitet wurden und strafrechtliche Verurteilungen erfolgten.

Neben der Darstellung von Tätigkeit und Struktur der einzelnen Institutionen der Korruptionsbekämpfung sowie den Maßnahmen gegen Mitarbeiter der Bahn AG wird in dem Bericht an prominenter Stelle auch die 2003 eingerichtete Sperrrichtlinie vorgestellt und als äußerst wirksames Instrument bewertet. Die gegen sie erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. Monatsinfo 1/2004, S. 8) werden dabei unter Hinweis auf ein Gegengutachten von Professor Jost Pietzcker entkräftet.

Viel Neues enthält das gut zwanzigseitige Dokument also nicht. Und doch hat es nach Hartmut Mehdorn seinen Zweck in jedem Falle erfüllt. Denn der Bericht, so der Bahnchef in seinem Vorwort, sei per se bereits ein wichtiges Stück Öffentlichkeit, mit deren Licht den dunklen Geschäften der Korruption am besten begegnet werden könne.

### **Nordrhein-Westfalen: Landtag verabschiedet Korruptions- bekämpfungsgesetz**

Der nordrhein-westfälische Landtag hat am 15.12.2004 in zweiter Lesung mit den Stimmen der Regierungsfractionen ein Korruptionsbekämpfungsgesetz verabschiedet. Das „Gesetz zur Verbesserung der Korruptionsbekämpfung und zur Errichtung und Führung eines Vergaberegisters in Nordrhein-Westfalen“ basiert auf dem Gesetzentwurf von SPD und Grünen vom 14.09.2004 (LT-Drs. 13/5952; vgl.

Monatsinfo 9/2004, S. 138) und wurde durch den Ausschuss für Innere Verwaltung und Verwaltungsstrukturreform nur geringfügig modifiziert (LT-Drs. 13/6352<sup>7)</sup>). So bleibt insbesondere der Abschnitt 2 („Informationsstelle und Vergaberegister“) nahezu unverändert. Eine der erwähnenswerten Ergänzungen ergibt sich in § 11, wonach das Informationsfreiheitsgesetz NRW im Bereich des Vergaberegisters keine Anwendung findet.

Neu vorgeschlagen – und vom Parlament angenommen – wurde der Abschnitt 5 („Vorschriften zur Vorbeugung“), der allerdings lediglich die Verpflichtung zum Vier-Augen-Prinzip bei Entscheidungen über die Vergabe von Aufträgen und die Personalrotation in korruptionsgefährdeten Bereichen vorsieht.

Gefolgt ist der Landtag auch der weiteren Ausschussempfehlung, den Entwurf der CDU-Fraktion für ein Anti-Korruptionsgesetz (LT-Drs. 13/4692; vgl. Monatsinfo 2/2004, S. 22) abzulehnen.

Es ist vorgesehen, dass das Gesetz am 1. März in Kraft tritt. Viel verändern wird sich hierdurch – jedenfalls in Bezug auf das Vergaberegister – nicht. Denn an Rhein und Ruhr existiert bereits seit 1999 ein Korruptionsregister, das nunmehr lediglich ein gesetzliches Fundament erhält. Damit erstreckt sich der Geltungsbereich des Gesetzes dann aber auch auf die Gemeinden und Gemeindeverbände, so dass der Nutzerkreis des Registers demnächst wesentlich erweitert wird.

### **Hamburg führt Wertgrenzen für beschränkte VOB-Ausschreibungen ein**

Auch im Norden greift man jetzt den Trend auf, mit der Einführung von Wertgrenzen für die beschränkte Ausschreibung bzw. die freihändige Vergabe von Bauleistungen für Entlastung in der Bauverwaltung zu sorgen.

In den „Richtlinien für die Vergabe von Bauleistungen nach Nr. 2.5 der VV zu § 55 LHO – Vergabehandbuch (VOB) –“ vom 15. September<sup>7)</sup>, die zugleich als 12. Austauschlieferung für das Hamburgische Vergabehandbuch für Bauleistungen fingiert, werden folgende Regelungen getroffen:

- Bei Bauaufträgen mit geschätztem Auftragswert von bis zu 100.000 Euro (bzw. 150.000 Euro im Leistungsbereich Ingenieurbau) werden die Voraussetzungen für eine beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb nach § 3 Nr. 3 Abs. 1 a) bzw. 1 c) VOB/A regelmäßig als gegeben angesehen. Von einer entsprechenden Begründung kann bei Nutzung dieses Verfahrens also abgesehen werden.
- Bauaufträge, die zwischen den vorgenannten Werten und 250.000 Euro liegen, können ebenfalls ohne Begründung beschränkt ausgeschrieben werden. Allerdings müssen hier die Voraussetzungen des § 3 Nr. 3 VOB/A vorliegen und eine von der Arbeitsebene abgesetzte Stelle wird verpflichtet, dies zu überprüfen.
- Schließlich können unter den gleichen Voraussetzungen Aufträge mit einem Volumen von weniger als 25.000 Euro freihändig vergeben werden.

Darüber hinaus enthalten die Richtlinien auch Hinweise zum Umgang mit der Nachweispflicht nach § 6 Nr. 1 des Hamburgischen Vergabegesetzes.

### **Bayern entlastet Kommunen durch höhere Wertgrenzen bei VOB-Ausschreibungen**

Als Reaktion auf die im Frühsommer dieses Jahres erhobene Forderung der bayerischen Kommunen, die Bindung an die VOB/A im Unterschwellenbereich aufzuheben (vgl. Monatsinfo 5/2004, S. 84), hat das Landeskabinett in seiner Sitzung am 14.12.2004 Maßnahmen zur Flexibilisie-

rung des Anwendungsbereichs der VOB beschlossen<sup>7)</sup>. Im Vordergrund steht dabei eine nicht unerhebliche Anhebung der Wertgrenzen für freihändige Vergaben (von derzeit 10.000 Euro auf zukünftig 30.000 Euro) bzw. beschränkte Ausschreibungen (im Tiefbau von 125.000 Euro auf 300.000 Euro, im Hochbau von 75.000 Euro auf 150.000 und im Straßenbau von 40.000 Euro auf 75.000 Euro). Damit soll nach Aussage des bayerischen Wirtschaftsministers Dr. Otto Wiesheu eine „Entlastung von vergaberechtlicher Bürokratie im Interesse der einheimischen Wirtschaft“ erfolgen.

Um den neuen Freiheiten rasch zur Anwendung zu verhelfen, hat das Bayerische Innenministerium bereits mit Schreiben vom 22.12.2004<sup>7)</sup> eine Änderung der Bekanntmachung zur Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich angekündigt. Und in Abstimmung mit dem Bayerischen Wirtschaftsministerium wird bereits ab dem 1. Januar übergangsweise eine Berücksichtigung der geänderten Wertgrenzen erlaubt. Gleichzeitig werden in dem Schreiben die Maßnahmen konkretisiert, die bei der Durchführung von beschränkten Ausschreibungen zur Verhinderung von Korruption und Manipulation empfohlen werden. Genannt wird beispielsweise die Aufforderung von mindestens drei bis acht Bewerber, deren ausreichende örtliche Streuung sowie die Erkundung des regionalen Marktes durch formlose Informationen in geeigneten Medien.

Der Änderung der Bekanntmachung vorbehalten bleiben die beiden weiteren Flexibilisierungsvorschläge, die das Kabinett am 14.12.2004 ebenfalls beschlossen hat: Zum einen die Möglichkeit, andere Zuschlagskriterien als den Preis bei der Angebotswertung zusammenzufassen und zu pauschalieren („Wirtschaftlichkeitspauschale“), zum anderen ein Hinweis auf das derzeit vorbereitete Präqualifikationssystem des Bundes. Zur Wirtschaftlichkeitspauschale soll zudem ein Leitfaden erarbeitet werden.

Schließlich weist das Innenministerium darauf hin, dass nach Abschluss des Modellprojekts in Nordrhein-Westfalen (vgl. Monatsinfo 12/2003, S. 188) geprüft wird,

inwieweit in Bayern weitere Schritte zur Flexibilisierung der VOB/A erprobt werden sollen.

### **Bürokratieabbau: Bayern sieht Vereinfachungsbedarf im Vergaberecht – und stützt Kaskadenprinzip**

In seiner Sitzung am 06.12.2004 hat sich das Bayerische Kabinett erneut mit dem Thema „Bürokratieabbau“ befasst. Dabei verorteten Innenminister Beckstein und Wirtschaftsminister Wiesheu insbesondere im Vergaberecht großen Vereinfachungsbedarf – ohne allerdings das bestehende Vergabesystem aus Gesetz, Verordnung und Verdingungsordnungen in Frage zu stellen. Minister Wiesheu hielt vielmehr fest, dass sich die bisherige Struktur bewährt habe. Allerdings lasse sie sich noch effektiver ausgestalten, um Entscheidungsprozesse zu beschleunigen und damit Planungssicherheit für Investitionen herstellen zu können. Wie sich dem Sitzungsbericht<sup>7)</sup> entnehmen lässt, plant der Freistaat hierzu im Frühjahr 2005 die Einführung eines Basisvergabehandbuchs für Bauleistungen, mit dem einheitliche und für alle bayerischen Behörden bindende Regeln zur Vergabepaxis sichergestellt werden sollen.

Unter der Überschrift „Bürokratieabbau“, zu der aus Sicht der anbietenden Wirtschaft sicherlich auch eine weitgehende Vereinheitlichung von Vorschriften und Verfahren gehört, muss sich Bayern unserer Meinung nach dabei aber kritisch fragen lassen, ob nicht auch ein Rückgriff auf das Vergabehandbuch des Bundes – VHB – ausreichend wäre.

### **Termin für die 14. Mitgliederversammlung und Diskussionsveranstaltung am 27.10.2005**

Entgegen der Ankündigung im Ergebnisvermerk über die 13. Mitgliederversammlung vom 08.11.2004 wird die nächste



Mitgliederversammlung am 27.10.2005 in München im Bayerischen Staatsministerium für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie stattfinden. Der genaue Ort wird schnellstmöglich bekannt gegeben.

## Nächste Veranstaltungen des forum vergabe

Wie bereits in der Monatsinfo 11 angekündigt, findet am 3. und 4. Februar 2005 das „Erste St. Galler Internationale Vergaberechtsforum“ als Gemeinschaftsveranstaltung des forum vergabe e.V. und des Instituts für Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität St.Gallen HSG in St. Gallen statt. Für die Teilnahme an dieser Veranstaltung sind noch Anmeldungen möglich. Programm und Anmeldebogen finden Sie in der Monatsinfo 11/2004 oder im Internet unter [www.forum-vergabe.de](http://www.forum-vergabe.de).

Hinweisen möchten wir Sie weiterhin auf unsere jährlich stattfindende Veranstaltung zu den wichtigsten „Entscheidungen der Vergabekammern und Oberlandesgerichte in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren 2004“, die am 17. Februar 2005 in Hannover und am 19. April 2005 in Stuttgart angeboten wird.

Programm und Anmeldebogen enthält die **Anlage 1** dieser Monatsinfo bzw. das Internet unter [www.forum-vergabe.de](http://www.forum-vergabe.de).

Weiterhin möchten wir Sie auch auf die am 9. März 2005 in Dresden stattfindende Veranstaltung zum Thema „Öffentliche Beschaffung in Polen, Tschechien und Ungarn – Märkte, Vorschriften, Chancen“ aufmerksam machen.

Die Veranstaltung bietet eine systematische Übersicht über das öffentliche Beschaffungswesen in den neuen Mitgliedstaaten Polen, Tschechien und Ungarn, wobei sich der Inhalt schwerpunktmäßig auf den Ablauf des Vergabeverfahrens,

die Rechtsschutzmöglichkeiten sowie evtl. Besonderheiten erstrecken wird.

Als Referenten stehen RA Mag. Dr. Alexander Patsch, Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati, Wien und Frau Anna-Henriette Herrmann, Resident Twinning Adviser EU-Twinning Programm „Public Procurement in the Czech Republic“, Prag zur Verfügung. Zwei weitere Referenten wurden angefragt.

Das Programm und den Anmeldebogen erhalten Sie mit der nächsten Monatsinfo bzw. in Kürze unter [www.forum-vergabe.de](http://www.forum-vergabe.de).

## Wichtige Entwicklungen in der vergaberechtlichen Rechtsprechung

*Kammergericht, Urteil vom 27.11.2004  
(Az. 2 U 174/02)*

Der 2. Zivilsenat des Kammergerichts hat in diesem Schadensersatzverfahren festgestellt, dass die Vorschrift des § 126 Satz 1 GWB nicht eingreift, wenn das Unterlassen der Durchführung eines Vergabeverfahrens gerügt wird. Denn diese Norm verpflichte den Auftraggeber lediglich zum Ersatz desjenigen Vertrauensschadens, der durch den Verstoß gegen eine den Schutz von Unternehmen bezweckende Vorschrift im Rahmen eines Vergabeverfahrens entstehe.

Im vorliegenden Fall war ein Dienstleistungsauftrag ohne vorherige Ausschreibung vergeben worden. Die Klägerin begründete ihren Schadensersatzanspruch mit der Behauptung, dass sie sich im Falle einer Ausschreibung um den Auftrag beworben hätte.

Das Kammergericht wies die Klage als unbegründet ab. Ein Schadensersatzanspruch aus *culpa in contrahendo* sei zu verneinen, da ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis zwischen Klägerin und Beklagter nicht bestanden habe. Für einen Ersatzanspruch aus § 126 Satz 1 GWB fehle es an dem hierfür erforderlichen

Vergabeverfahren. Die Vorschrift greife nur dann, wenn es innerhalb eines solchen Verfahrens zu Verstößen gegen Vorschriften komme, die den Schutz der anbietenden Unternehmen bezweckten.

Nach Ansicht des Senats komme lediglich ein Ersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Betracht, da eine Auftragserteilung ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens die Klägerin als potenzielle Teilnehmerin in ihren Rechten verletze und es sich dabei um die Verletzung eines Schutzgesetzes im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB handle. Allerdings habe die Klägerin hier nicht darlegen können, dass ihr durch die behauptete Rechtsverletzung tatsächlich ein Schaden entstanden sei. Das Gericht wiederum könne kein „fiktives“ Vergabeverfahren durchführen, um festzustellen, ob die Klägerin im Falle einer Beteiligung tatsächlich Aussichten auf eine Zuschlagserteilung gehabt hätte.

*EuGH, Schlussanträge der Generalanwältin Stix-Hackl vom 16.12.2004 (Rs. C-15/04; „Koppensteiner“)*<sup>7)</sup>

In dem Vorabentscheidungsersuchen des österreichischen Bundesvergabebeamten geht es erneut um die Frage der Nachprüfbarkeit eines Widerrufs – also einer Aufhebung – eines Vergabeverfahrens.

Bezüglich der ersten Vorlagefrage, ob die Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG die Mitgliedsstaaten verpflichtet, generell auch für den Widerruf der Ausschreibung die Möglichkeit der Nichtigerklärung, d. h. der Aufhebbarkeit durch nationale Nachprüfungsinstanzen vorzusehen, führt die Generalanwältin in ihren Schlussanträgen zunächst aus, dass das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache „Hospital Ingenieure“ (C-92/00; vgl. Monatsinfo 6/2002, S. 91) unterschiedlich gedeutet worden sei. Der EuGH habe zwar die Entscheidung über den Widerruf als Entscheidung qualifiziert, die der Rechtsmittelrichtlinie unterliege. Teilweise sei dies aber dahin gehend verstanden worden, dass damit zwar die Nachprüfbarkeit einer solchen Entscheidung vorzusehen sei, in der konkreten Ausgestaltung jedoch eine Feststellung der Rechtswidrigkeit genüge

und nicht zusätzlich noch die Aufhebbarkeit vorgesehen werden müsse. Begründet werde diese einschränkende Auslegung, so die Generalanwältin, vielfach mit dem Hinweis, dass die Entscheidung vor dem Hintergrund der in jener Rechtssache geltenden nationalen Rechtslage zu sehen sei.

Die Generalanwältin weist allerdings noch einmal deutlich darauf hin, dass das Gericht das Urteil „Hospital Ingenieure“ abstrakt und allgemein formuliert habe und somit die darin getroffenen Aussagen verallgemeinerbar seien. Unter Bezugnahme auf eine Reihe weiterer Entscheidungen des EuGH leitet sie sodann aus Art. 1 und 2 der Rechtsmittelrichtlinie auch für den Fall des Widerrufs der Ausschreibung eine umfassende Überprüfungsmöglichkeit ab. Eine Beschränkung auf die Zuerkennung von Schadensersatz sehe die Richtlinie gemäß Art. 2 Abs. 6 nur für den Fall des Vertragsschlusses nach Zuschlagserteilung vor. Dieser Fall sei aber auf andere Fälle und somit auch auf die Ausschreibungsaufhebung nicht übertragbar.

In der zweiten Vorlagefrage nach dem Aspekt der Umsetzung der Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinie durch die Mitgliedsstaaten hebt die Generalanwältin auf die vom Gerichtshof in der Rechtssache „Alcatel“ (C-81/98 vom 28.10.1999; vgl. Monatsinfo 10/99, S. 1) geforderte Anfechtbarkeit der Zuschlagsentscheidung ab, die auf den Fall des Widerrufs übertragbar sei. Unabhängig davon, welche Entscheidung des Auftraggebers anfechtbar sein solle, setze ein wirksamer Rechtsschutz jedenfalls immer einen nach außen tretenden Akt des Auftraggebers voraus. Im Falle des Widerrufs sei dabei ein System der Anfechtbarkeit der dem eigentlichen Widerruf vorausgehenden Entscheidung des Auftraggebers ebenso möglich wie die österreichische Lösung, wonach – in Bezug auf den Zuschlag – nur der tatsächliche Akt bekannt gegeben werde, dieser aber mit einer anschließenden Warte- oder Stillhaltefrist versehen sei, binnen derer der Bieter einen Rechtsbehelf einlegen könne. Die Generalanwältin weist schließlich darauf hin, dass die rechtlichen Konsequenzen einer Aufhebung des Wi-

derrufs nicht Gegenstand dieses Verfahrens seien.

Von weit reichender praktischer Bedeutung dürfte der letzte Aspekt des Verfahrens sein. Hier attestiert die Generalanwältin der Vorschrift des Art. 2 Abs. 1 der Rechtsmittelrichtlinie einen hinreichenden Grad an Konkretheit, so dass sich ein Antragsteller vor den nationalen Nachprüfungsinstanzen auch unmittelbar auf diese Vorschrift berufen und zulässigerweise ein entsprechendes Verfahren beantragen könne.

*OLG Naumburg, Beschluss vom 30.07.2004 (Az. 1 Verg 10/04)<sup>7)</sup>*

In dem zugrunde liegenden Vergabeverfahren ging es um die europaweite losweise Ausschreibung eines Dienstleistungsauftrags. Angebote konnten auf einzelne Lose, mehrere Lose oder alle Lose abgegeben werden. Die Antragstellerin, eine Bietergemeinschaft, hatte ein Angebot für verschiedene Teillose abgegeben. Ein Mitglied der Bietergemeinschaft, die Beigeladene, hatte zudem ein eigenes Angebot für dieselben Teillose abgegeben.

In der im März 2004 veröffentlichten Leistungsbeschreibung hatte der Auftraggeber auf eine bestimmte Software abgestellt und damit gegen den Grundsatz der Produktneutralität verstoßen. Dieser Verstoß war von der Antragstellerin erst nach Erhalt der Vorinformation nach § 13 VgV im Mai 2004 gerügt worden.

Die Vergabekammer hatte den Nachprüfungsantrag als unzulässig verworfen und zudem den Auftraggeber verpflichtet, die Angebote der Beigeladenen sowie der Antragstellerin vom weiteren Verfahren auszuschließen.

Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrem Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde gegenüber dem Oberlandesgericht ohne Erfolg.

Der Vergabesenat bestätigt zunächst die Unzulässigkeit des Nachprüfungsverfahrens

mangels unverzüglicher Rüge. Die Rügeobliegenheit habe hier bereits während der Angebotserstellung bestanden, weil der Antragstellerin schon zu diesem Zeitpunkt (im März 2004) die Leistungsbeschreibung bekannt gewesen sei und sie zumindest auch gewusst habe, dass sie sich die vom Auftraggeber geforderte Software von Dritten hätte verschaffen müssen. Wenn sie in dieser Konstellation eine Vergaberechtsverletzung sehe, komme es nicht darauf an, ob sie auch Kenntnis davon habe, dass sich u. U. ein Wettbewerber an der Ausschreibung beteilige, der unmittelbaren Zugang zu dieser Software habe.

Auch sei die Vergabekammer zu Recht von einem zwingenden Ausschlussgrund nach §§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. f) i. V. m. 2 Nr. 1 VOL/A hinsichtlich der Einzelangebote der Antragstellerin und der Beigeladenen ausgegangen. Diese hätten in unmittelbarer Konkurrenz zueinander gestanden. Gebe ein Bieter für ein ausgeschriebenes Los nicht nur ein eigenes Angebot ab, sondern bewerbe sich daneben als Mitglied einer Bietergemeinschaft, hier der Antragstellerin, um den Zuschlag auf ein Einzelangebot für dieselbe Leistung, so sei der Geheimwettbewerb in Bezug auf beide Angebote grundsätzlich nicht gewahrt.

### **Neue Zuständigkeiten der Vergabekammern in Niedersachsen**

Im Zuge der Auflösung der Bezirksregierungen in Niedersachsen mit Ablauf des 31.12.2004 und in Umsetzung des Beschlusses der Landesregierung vom 07.09.2004 über die Einrichtung von Regierungsvertretungen (Nds. MBl. S. 685, VORIS 20100) sind Organisation und Zuständigkeiten der Vergabekammern des Landes Niedersachsen gemäß § 106 Abs. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2547) mit Wirkung vom 1. Januar geändert worden.

Die Vergabekammer bei der Oberfinanzdirektion Hannover bleibt für Vergaben der niedersächsischen Hochbauverwaltung und sämtliche anderen Vergaben des eigenen Geschäftsbereichs zuständig. Die Anschrift lautet:

Vergabekammer bei der  
Oberfinanzdirektion Hannover  
Waterloostraße 5  
30169 Hannover.

Für alle übrigen Vergaben öffentlicher Auftraggeber in Niedersachsen ist die Vergabekammer beim Niedersächsischen Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr in der Regierungsvertretung Lüneburg zuständig. Diese führt auch die Nachprüfungsverfahren fort, die noch bis zum 31.12.2004 bei der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Lüneburg beantragt und eingeleitet, aber noch nicht abgeschlossen worden sind. Gleiches gilt für die Entscheidung über Kostenfestsetzungsanträge, die von den Beteiligten im Nachgang zu Nachprüfungsverfahren gestellt werden, die noch vor dem 1. Januar von der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Lüneburg abgeschlossen werden.

Die Regierungsvertretung regelt die Besetzung und innere Organisation der Vergabekammer. Die derzeitigen hauptamtlichen und ehrenamtlichen Mitglieder (Vorsitzende und Beisitzer) der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Lüneburg wechseln zum 1. Januar zur Vergabekammer beim Niedersächsischen Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr - Regierungsvertretung Lüneburg. Die Anschrift lautet:

Vergabekammer beim Niedersächsischen Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr - Regierungsvertretung Lüneburg -  
Auf der Hude 2  
21339 Lüneburg.

Die bisherige Vergabekammer beim Niedersächsischen Landesamt für Straßenbau, Göttinger Chaussee 76, 30453 Hannover, wird mit Ablauf des 31.12.2004 aufgelöst. Die Zuständigkeit für Vergaben der niedersächsischen Straßenbauverwaltung geht zum 1. Januar auf die Vergabe-

kammer beim Niedersächsischen Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr - Regierungsvertretung Lüneburg - über.

Für die Weiterführung und Entscheidung von Nachprüfungsverfahren, die noch bis zum 31.12.2004 bei der Vergabekammer beim Niedersächsischen Landesamt für Straßenbau beantragt und eingeleitet, aber noch nicht abgeschlossen worden sind, ist ab 1. Januar die Vergabekammer beim Niedersächsischen Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr - Regierungsvertretung Lüneburg - zuständig.

## Neue VK- und OLG-Rechtsprechung

Von den Vergabekammern liegen uns insgesamt 49 neue Entscheidungen vor: Bund (12), Brandenburg (5), Niedersachsen (11), Nordbayern (3), Nordrhein-Westfalen (3), Thüringen (2), Schleswig-Holstein (3).

Aus dem Bereich der Oberlandesgerichte haben wir 10 Beschlüsse erhalten. Kurzdarstellungen der wichtigsten Beschlüsse finden Sie als **Anlagen 2-3**.

---

## Europa

---

### Neue KMU-Definition der Kommission

Am 06.05.2003 hat die Europäische Kommission eine neue Empfehlung zur Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen angenommen, die zum 1. Januar in Kraft tritt<sup>1)</sup>. Das Dokument ersetzt eine ältere Empfehlung vom 03.04.1996 (96/280/EG).

Als Kleinstunternehmen gelten nach Art. 2 Abs. 3 der Empfehlung Unternehmen, die weniger als 10 Personen beschäftigen und deren Jahresumsatz bzw. Jahresbilanz 2 Millionen Euro nicht überschreitet. Unter kleinen Unternehmen versteht das Doku-

ment solche, die weniger als 50 Personen beschäftigen und deren Jahresumsatz bzw. Jahresbilanz 10 Millionen Euro nicht übersteigt (Art. 2 Abs. 2). Schließlich gelten als mittlere Unternehmen solche, die weniger als 250 Personen beschäftigen und die entweder einen Jahresumsatz von höchstens 50 Millionen Euro erzielen oder deren Jahresbilanzsumme sich auf höchstens 43 Millionen Euro beläuft (Art. 2 Abs. 1). Vorrangiges Kriterium für die Klassifizierung ist demnach die Mitarbeiterzahl, die ihre notwendige Ergänzung im finanziellen Kriterium findet. Letzteres ist erforderlich, um die tatsächliche Bedeutung eines Unternehmens, seine Leistungsfähigkeit und seine Wettbewerbssituation beurteilen zu können.

Die genannten Schwellenwerte beziehen sich auf den letzten durchgeführten Jahresabschluss. Das Antrag stellende Unternehmen erwirbt bzw. verliert den KMU-Status erst dann, wenn es in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren die genannten Schwellenwerte unter- bzw. überschreitet. Bei einem neu gegründeten Unternehmen, das noch keinen Jahresabschluss vorlegen kann, werden die Schwellenwerte im laufenden Geschäftsjahr nach Treu und Glauben geschätzt.

Die Mitarbeiterzahl entspricht nach Art. 5 der Zahl der Jahresarbeitseinheiten, das heißt der Zahl der Personen, die in dem betreffenden Unternehmen während des gesamten Berichtjahres einer Vollzeitbeschäftigung nachgegangen sind. Teilzeitbeschäftigte und Saisonarbeiter werden nur entsprechend ihrem Anteil an den Jahresarbeitseinheiten berücksichtigt. Auszubildende sind nicht zu berücksichtigen. In die Mitarbeiterzahl gehen ein: Lohn- und Gehaltsempfänger, für das Unternehmen tätige Personen, die in einem Unterordnungsverhältnis zu diesem stehen und nach nationalem Recht Arbeitnehmern gleichgestellt sind, sowie mitarbeitende Eigentümer und Teilhaber, die eine regelmäßige Tätigkeit in dem Unternehmen ausüben und finanzielle Vorteile aus dem Unternehmen ziehen.

Nach Art. 3 gilt ein Unternehmen dann nicht als KMU, wenn 25 % oder mehr sei-

nes Kapitals oder seiner Stimmrechte direkt oder indirekt von einer oder mehreren öffentlichen Stellen oder Körperschaften des öffentlichen Rechts einzeln oder gemeinsam kontrolliert werden.

Kleinere und mittlere Unternehmen finden im Legislativpaket ausdrückliche Erwähnung. Nach Erwägungsgrund 32 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG sollte die nationale Ausführungs- und Umsetzungsgesetzgebung Bestimmungen über Unteraufträge vorsehen, um den Zugang betreffender Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen zu erleichtern (vgl. auch Erwägungsgrund 43 Sektorenkoordinierungsrichtlinie 2004/17/EG).

Bewertend ist darauf hinzuweisen, dass insbesondere die Grenzziehung der Empfehlung bei 250 Beschäftigten nicht die wirtschaftliche Realität in Deutschland widerspiegelt. In Deutschland ist der in besonderem Maße zu Wachstum und Beschäftigung beitragende industrielle Mittelstand in der Regel in einem Bereich bis zu 500 Beschäftigten angesiedelt. Durch die enge, auf rein quantitative Kriterien abzielende Begrenzung bei 250 Mitarbeitern werden diese Unternehmen daher von vielen Unterstützungsprogrammen ausgeschlossen, obwohl gerade sie aus deutscher Perspektive einen erheblichen Innovations- und Wachstumsbeitrag leisten.

Ein Prüfschema und ein Berechnungsschema zu den einzelnen Kriterien können bei uns über den Bestellzettel angefordert werden<sup>1)</sup>.

### **Umweltbundesamt: Studie über die Förderung regionaler Produkte veröffentlicht**

Das Umweltbundesamt hat im November 2004 die Studie „Staatliche Unterstützung für regionale Produkte – eine rechtliche Analyse“ von Dr. Ulrich Karpenstein und Bettina Werres veröffentlicht, in der die staatliche Unterstützung für regionale Pro-

dukte unter rechtlichen Aspekten analysiert wird.

Regionale Vermarktungsstrategien, allgemein bekannt durch Slogans wie „Aus der Region, für die Region“ oder Signets wie „geprüfte Qualität – Bayern“, stehen grundsätzlich im Spannungsverhältnis zu europa- und wirtschaftsvölkerrechtlichen Verpflichtungen. Denn EG wie WTO verfolgen als Ziel, Schutzmaßnahmen der Mitgliedstaaten abzubauen und so einen freien Verkehr von Waren und Dienstleistungen zu gewährleisten. Maßnahmen der Regionalförderung müssen sich daher an der Frage messen lassen, inwieweit sie neben den Zielen von Verbraucher-, Gesundheits- und Umweltschutz direkt oder indirekt zu einer Bevorzugung inländischer Anbieter führen und damit diskriminierende Wirkungen für den Binnenmarkt entfalten.

Die Studie befasst sich nicht speziell mit dem öffentlichen Beschaffungswesen, sondern untersucht die rechtliche Zulässigkeit nur für solche Maßnahmen, die mit Bezug auf die Verbraucher vorgenommen werden und deren Konsumverhalten den Kauf regionaler Produkte beeinflussen können. Sie gelangt zu dem Ergebnis, dass staatliche oder staatlich gelenkte Werbung für Regionalprodukte in aller Regel gegen die Warenverkehrsfreiheit von Art. 28 EG-Vertrag verstoße, vor allem wenn der Ursprung die primäre Werbebotschaft sei und die Maßnahme pauschal auf die Förderung des Absatzes von Regionalprodukten um ihrer selbst willen ziele. Gleichwohl sei eine Rechtfertigung nicht undenkbar. Als Gründe ließen sich die Gemeinschaftsziele des Verbraucher-, Umwelt- und Gesundheitsschutzes anführen, die allerdings, so die Studie, von der Kommission bislang noch nicht ausreichend gewürdigt würden. Der Eingriff in das Marktgeschehen sei wegen des nicht zwingenden Charakters entsprechender Maßnahmen nur relativ gering. Daher sei insgesamt eine differenzierte Betrachtung geboten nach der Intensität und Ausgestaltung der Werbestrategien, produktbezogenem und produktionsbezogenem Marketing, der Qualität der beworbenen im Vergleich zu anderen Produkten sowie

schließlich dem konkreten Charakter von Werbeaussagen.

Aus der Perspektive des EG-Beihilferechts ergäben sich, so die Untersuchung, im Wesentlichen keine Probleme. Zwar habe der EuGH den gemeinschaftlichen Beihilfegriff stets weit gefasst, schlichte geographische Herkunftsangaben und Qualitätszeichen (Umwelt- und Biozeichen) fielen jedoch nicht darunter. Anders zu beurteilen seien Maßnahmen, die aufgrund direkter oder indirekter Finanzförderung durch die öffentliche Hand eine Begünstigung bestimmter Produktionszweige bewirkten und dadurch den Wettbewerb verfälschten oder zu verfälschen drohten, wie etwa Beihilfen für die Teilnahme an Messen und Ausstellungen außerhalb der Region zur Vermarktung heimischer Agrarprodukte. Sie stellten, soweit sie aus öffentlichen Mitteln finanziert würden, genehmigungspflichtige Beihilfen dar.

Anders als im EG-Recht, wo staatliche Förderaktionen prinzipiell im Widerspruch zur Warenverkehrsfreiheit stünden und sich daher die Frage ihrer Rechtfertigung stelle, verstießen diese, so das Ergebnis der Untersuchung, im Welthandelsrecht zum Teil schon gar nicht gegen handelsrechtliche Bindungen der Vertragsparteien. Grund für diese Beurteilung sei, dass das WTO-Recht – anders als das EG-Recht – kein allgemeines Beschränkungsverbot, sondern nur ein Diskriminierungsverbot kenne (Art. III: 4 GATT), soweit es sich überhaupt um gleichartige Produkte handele. Die Gleichartigkeit sei jedoch zu verneinen, wenn eine Differenzierung nicht an der Herkunft der Ware anknüpfe, sondern etwa auf umwelt- und gesundheitspolitische Belange abstelle.

Wie skizziert, trifft die Studie keinerlei Aussage speziell zur öffentlichen Auftragsvergabe. Ob und ggf. inwieweit Ergebnisse zur Rechtmäßigkeit der Maßnahmen auf die öffentliche Beschaffung übertragbar sind, bedarf daher im Einzelfall der Prüfung. Strengere Bindungen an die Regeln des fairen Wettbewerbs werden sich dabei schon aufgrund der Stellung des Staates als Auftraggeber sowie seiner Marktmacht bei der Auftragsvergabe ergeben. Die Entscheidung der öffentli-

chen Hand, regionale Produkte oder Dienstleistungen einzukaufen, kann daher kaum mit bloßem Hinweis auf die relative Geringfügigkeit eines solchen Eingriffs in das Marktgeschehen gerechtfertigt werden. Vielmehr ist gerade der Staat als Adressat der Grundfreiheiten und des Diskriminierungsverbots zur Aufrechterhaltung eines fairen Wettbewerbs zwischen den Anbietern verpflichtet. Eine Förderung regionaler Produkte mit dem Hinweis auf den damit verbundenen Umweltschutz zu begründen – immerhin entfallen lange Transportwege – dürfte vergaberechtlich ebenfalls schwierig sein. Denn der EuGH hat als Voraussetzung für die Berücksichtigung von wettbewerbsfremden Aspekten bei der Auftragvergabe immer wieder den engen Bezug des Zusatzkriteriums auf den Auftragsgegenstand hervorgehoben; eine Forderung, die in den neuen EU-Vergaberichtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG jeweils in Erwägungsgrund 1 an prominenter Stelle übernommen wurde. Ein solch enger Bezug zum Auftragsgegenstand liegt in der Konstellation „regionale Produkte“ aber nicht vor. Eine kritische Würdigung der Studie dürfte aus der Perspektive des Vergaberechts daher geboten sein.

Die Studie kann im Internet unter <http://www.umweltbundesamt.org/fpdf-1/2806.pdf> abgerufen werden.

### **Änderung von Anhang XVI (Öffentliches Auftragswesen) des EWR-Abkommens**

Am 08.06.2004 hat der Gemeinsame EWR-Ausschuss eine Änderung von Anhang XVI (Öffentliches Auftragswesen) des EWR-Abkommens beschlossen (Beschluss Nr. 81/2004<sup>1)</sup>). Das Dokument übernimmt in das EWR-Abkommen die Änderungen, die sich aus der Verordnung (EG) Nr. 2151/2003 der Kommission vom 16.12.2003 für die Verordnung (EG) Nr. 2195/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates über das gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV) ergeben. Die Struktur und der Code des

CPV waren Ende 2003 aktualisiert worden, um technischen Anpassungen und Verbesserungen, die sich während des Gesetzgebungsverfahrens zur Verabschiedung der Verordnung (EG) Nr. 2195/2002 ergeben hatten und die in der Verordnung nicht mehr berücksichtigt werden konnten, Rechnung zu tragen.

Das Abkommen über den europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Abkommen) vom 02.05.1992 dehnt den Binnenmarkt der EU auf die drei EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen aus. Durch das EWR-Abkommen wird innerhalb des Wirtschaftsraums der freie Verkehr von Waren, Dienstleistungen, Kapital und Personen sowie die Zusammenarbeit in anderen Bereichen geregelt. Da nach Art. 128 des EWR-Abkommens alle Staaten, die Mitglied der Europäischen Union werden, auch beantragen müssen, Vertragspartei des EWR-Abkommens zu werden, waren mit Erweiterung der EU zum 01.05.2004 verschiedene Anpassungen des EWR-Abkommens erforderlich. Diese wurden durch den Vertrag über die Erweiterung des EWR, der die alten EU-Mitgliedstaaten, die Beitrittsstaaten sowie die drei EFTA-Staaten umfasst, vollzogen, der zwischenzeitlich von den nationalen Parlamenten der 28 Vertragsparteien ratifiziert worden ist. Der europäische Wirtschaftsraum umfasst seit dem 01.05.2004 einen Binnenmarkt von 28 Mitgliedstaaten mit insgesamt 455 Millionen Verbrauchern.

Die Regelungen zum öffentlichen Auftragswesen sind in Art. 65 des EWR-Abkommens und in dessen Anhang XVI enthalten. Der Anhang verweist im Wesentlichen auf die gemeinschaftlichen Regelungen zum öffentlichen Auftragswesen und erweitert deren Anwendungsbereich um die Vergabestellen der drei EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen, die im Einzelnen aufgelistet sind.

## Wo finde ich EU-Dokumente? Datenbanken im Überblick

Zunehmend häufiger spielen auch bei der Arbeit mit dem Vergaberecht europarechtliche und europapolitische Aspekte eine Rolle. Inzwischen existieren im Internet einige zentrale Datenbanken und Websites, auf denen entsprechende Informationen zusammengestellt und relativ leicht recherchierbar sind. Auf diese soll im Folgenden hingewiesen werden:

Informationen speziell zum europäischen Vergaberecht finden sich unter:  
[http://www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/publicprocurement/index\\_de.htm](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/index_de.htm)

Eine Übersicht über die Sektion Vergabewesen der Kommission findet sich unter:  
[http://www.europa.eu.int/comm/staffdir/pls/ql/gsys\\_www.branch?pLang=DE&pld=351&pDisplayAll=1](http://www.europa.eu.int/comm/staffdir/pls/ql/gsys_www.branch?pLang=DE&pld=351&pDisplayAll=1)

Entscheidungen des EuGH sind recherchierbar unter der neu gestalteten Seite:  
<http://curia.eu.int/de>

EUR-Lex, die Rechtsdatenbank der EU, findet sich unter:  
<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/de/index.htm>

Mit PreLex können einzelne Etappen laufender interinstitutioneller Verfahren nachvollzogen werden:  
<http://europa.eu.int/prelex/apcnet.cfm?CL=de>

Das Bulletin der Europäischen Union, das rückwirkend in knapper Form die Maßnahmen der Kommission und anderen EU-Institutionen beschreibt, findet sich unter:  
<http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/de/welcome.htm>

Die täglichen Pressemitteilungen der Kommission sowie anderer EU-Institutionen finden sich in der RAPID-Datenbank:  
<http://europa.eu.int/rapid/>

---

## Aus der „Grabbelkiste“

---

- Informationen über Auftragschancen und Vergabeverfahren in Drittländern – November 2004 (Quelle: Nachrichten für Außenhandel)

---

## Schrifttum

---

### Die öffentliche Auftragsvergabe als Instrument des Umweltschutzes von Karin Schmitges-Thees

Die umweltpolitische Instrumentalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe bildet das zentrale Thema dieser Arbeit. Es handelt sich um die bereits im Wintersemester 2000 von der Universität Trier angenommene juristische Dissertation der Verfasserin, von der wir jedoch nach Drucklegung der Arbeit im August 2001 erst jetzt Kenntnis erhielten.

Da die Instrumentalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe für vielfältige zusätzliche Zwecke jenseits der wirtschaftlichen Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach wie vor ein EG- und wirtschaftsrechtlich viel diskutiertes Thema ist, möchten wir unsere Leser noch nachträglich auf diese Arbeit hinweisen. Es kommt hinzu, dass die Berücksichtigung von Umweltschutzforderungen bei öffentlichen Aufträgen in der wissenschaftlichen Diskussion bislang vergleichsweise wenig vorkommt.

Gegenstand der Dissertation sind die rechtlichen Möglichkeiten und deren Grenzen, den Umweltschutz in die Vergabe öffentlicher Aufträge einzubeziehen. Maßgeblich und in der Untersuchung des vorliegenden Regelwerks von der Verfasserin entsprechend zu berücksichtigen waren dabei gleichermaßen das EG-Recht und das nationale Wirtschafts-, Wettbewerbs- und Vergaberecht bis hin zu den Verdingungsordnungen, aber auch die einschlägigen Vorschriften des Verfas-



sungs-, Haushalts- und AGB-Rechts. Diese Vorschriften erörtert die Verfasserin in den sieben Hauptkapiteln ihrer Untersuchung und fasst die Ergebnisse abschließend in 35 Thesen zusammen.

An die allgemeine Einführung in das Thema schließt sich im ersten Kapitel die Absteckung des Rechtsrahmens für den Umweltschutz als öffentliche Aufgabe einerseits und die öffentliche Auftragsvergabe andererseits an. Es folgt die Untersuchung der EG-rechtlichen Bindungen der öffentlichen Auftraggeber bei der Koppelung der Auftragsvergabe mit umweltschutzbezogenen Zielen nach Maßgabe der EG-Richtlinien zur öffentlichen Auftragsvergabe und des EG-Vertrags. Im folgenden Kapitel stehen die verfassungsrechtlichen Konsequenzen der Koppelung der Auftragsvergabe zur Diskussion, bevor die Verfasserin auf die wettbewerbsrechtlichen Grenzen der Koppelung der Auftragsvergabe mit dem Umweltschutz nach UWG und GWB eingeht. Die Bindungen an das AGB-Recht sind der Gegenstand des nächsten Kapitels. Es folgt die haushaltsrechtliche Klärung der umweltschutzbezogenen Instrumentalisierung öffentlicher Aufträge. Den Abschluss bildet die kompetenzrechtliche Prüfung der Zulässigkeit der Instrumentalisierung, bevor die Zusammenfassungen der Ergebnisse in Thesenform die Arbeit abschließen. Fazit: eine Arbeit von grundlegender Bedeutung, an der sich auch im Zeichen der künftigen Entwicklung auf diesem Gebiet nichts ändern dürfte.

Die Arbeit ist in der Reihe „Berichte aus der Rechtswissenschaft“ im Shaker Verlag GmbH Postfach 1290, 52013 Aachen, Tel.: 02407/9596-0, Fax: 02407/9596-9, erschienen und kostet 44,50 €.