

## BIRD &amp; BIRD

## Rechtsanwälte

Kennedydamm 55  
40476 Düsseldorf  
Germany

Tel: +49 (0)211 2005 6000

Fax: +49 (0)211 2005 6011

www.twobirds.com

Bird &amp; Bird Rechtsanwälte · Kennedydamm 55 · 40476 Düsseldorf

Vorab per Telefax: 0211-884-3002

Landtag Nordrhein-Westfalen

Herrn Georg Schröder

Referat I.1

Platz des Landtags 1

40221 Düsseldorf



Düsseldorf, den 27.11.2002

Unser Zeichen (bitte stets angeben):

K:\User\Goodarz\Landtag.doc

Sachverständige Stellungnahme zum Gesetz zur Förderung und Stärkung  
des Mittelstandes (Mittelstandsgesetz)

Sehr geehrter Herr Schröder,  
sehr geehrte Damen und Herren,

aus sachverständiger Sicht nehme ich zum Entwurf des Mittelstandsgesetzes wie folgt Stellung:

Da ich auf das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe spezialisiert bin, möchte ich mich ausschließlich zu dem beabsichtigten § 21 „Beteiligung an öffentlichen Aufträgen“ äußern.

Das Mittelstandsgesetz mag zwar im Kern auf eine vernünftige und nachvollziehbare Mittelstandsförderung abzielen. Der Regelungsinhalt des § 21 hingegen bringt aus vergaberechtlicher Sicht nahezu keine Neuerungen. Denn die in § 21 Mittelstandsgesetz enthaltenen Bestimmungen geben im wesentlichen nur das wieder, was bereits durch das GWB, die Vergabeverordnung (VgV) und die jeweiligen Verdingungsordnungen (VOB/A und VOL/A) normiert ist. Da sich die öffentlichen Auftraggeber schon an das bestehende Vergaberecht halten müssen, entstehen durch § 21 Mittelstandsgesetz keine neuen Bindungen der Nordrhein-Westfälischen Vergabestellen.

- Leistungen sind seit jeher, wie es § 21 Abs. 1 Mittelstandsgesetz vorsieht, in Fach- bzw. Teillote zu zerlegen. Diese Pflicht öffentlicher Auftraggeber folgt bereits aus § 97 Abs. 3 GWB, wonach

Wolfgang von Meckem

Prof. i. d. (BG) Klaus-Jürgen Michaelis

Dr. Alexander Schröder-Frekes LL.M.

Dr. Jan Byck LL.M.

Maximiliane Stöckel

Felix Rödiger

Christien Harmsen

Dr. Uwe Lützen

Oliver Jan Büngst LL.M.

Dr. Stefan Gottgeger

Micaela Schork

Dr. Felix Hauck LL.M.

Ramin Goodarz

Marc Pütz-Poulsen

Ina vom Feld

Matthias F. Meyer

Dr. Inge Gehring LL.M.

Jan-Peter Christmann

27.11.2002  
Seite 2

# BIRD & BIRD

mittelständische Interessen vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen sind. Im Detail setzt sich diese Verpflichtung in § 4 VOB/A bzw. § 5 VOL/A fort.

2. Auch Sinn und Zweck des § 21 Abs. 2 Mittelstandsgesetz sind bereits hinreichend durch das geltende Vergaberecht realisiert. Nach § 4 Nr. 3 Satz 2 VOB/A ist die zusammengefasste Vergabe mehrerer oder die Vergabe aller Fachlose an einen Generalunternehmer nur dann gestattet, soweit dies aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen erforderlich ist. Die Verdingungsordnung für Bauleistungen sieht also schon vor, dass die Generalunternehmervergabe einen Ausnahmefall darstellen soll (vgl. auch Landgericht Hannover, WuW 1997, 737, 740 „Leitplanken“).
3. Der in § 21 Abs. 3 Mittelstandsgesetz zum Ausdruck kommende Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen Arbeitsgemeinschaften und Einzelbieter ist bereits in der VOB/A unter § 25 Nr. 6 VOB/A bzw. § 7 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A geregelt. Bereits § 21 VOL/A in der Fassung von 1936 verfolgte das Ziel, den Kreis der Wettbewerbsteilnehmer zu erweitern und auch kleinen und mittleren Betrieben die Teilnahme an öffentlichen Aufträgen in Form von Arbeitsgemeinschaften zu ermöglichen (vgl. Zdziebio in: Daub/Eberstein, Kommentar zur VOL/A, § 7 Rn. 30).
4. Die notwendige „Verschärfung“ der bisher geltenden Rechtslage, die § 21 Abs. 4 Mittelstandsgesetz dadurch erreichen will, dass Auftragnehmer bei der Weitergabe von Leistungen an Nachunternehmer an den Mittelstand gebunden werden, wird wohl nicht erreicht werden.
  - a) Zum einen ist § 21 Abs. 4 Nr. 1 seinem Wortlaut nach schon zu unscharf, indem Auftragnehmer nur

*„bevorzugt Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft“*

als Subunternehmer beteiligen sollen. Der Begriff „bevorzugt“ dürfte aufgrund seines allgemeinen Charakters wohl kaum justiziabel sein. Denn er setzt inhaltlich zwingend voraus, dass der Auftragnehmer eine Vielzahl gleichwertiger Subunternehmer der mittelständischen und nicht-mittelständischen Wirtschaft hat, von denen er dann ein mittelständisches Unternehmen bevorzugt.

27.11.2002

Seite 3

BIRD &amp; BIRD

Der in § 21 Abs. 4 Nr. 1 enthaltene Halbsatz,

*„soweit es mit der vertragsgemäßen Ausführung des Auftrags zu vereinbaren ist“*

stellt nur einen überflüssigen Einschub dar, weil der Auftragnehmer stets nur Subunternehmer auszusuchen hat, die die vertragsgemäße Ausführung gewährleisten.

- b) Das größte Problem des § 21 Abs. 4 Nr. 1 Mittelstandsgesetz besteht allerdings darin, dass für die nicht bevorzugten mittelständischen Unternehmen auch bei einem Verstoß des Auftragnehmers keine unmittelbaren Ansprüche entstehen. Denn die in § 21 Abs. 4 Nr. 1 geregelte Verpflichtung des Auftragnehmers betrifft lediglich das Vertragsverhältnis zwischen dem Auftragnehmer und der öffentlichen Vergabestelle. Dementsprechend kann es allenfalls zu einer Haftung des Auftragnehmers gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber auf Schadensersatz kommen. Diese Nebenverpflichtung wirkt sich jedoch nicht auf die vertraglichen Beziehungen des Auftragnehmers gegenüber dem Nachunternehmer aus. Erfüllt der Auftragnehmer seine Pflicht nach § 21 Abs. 4 Nr. 1 nicht, kann der Nachunternehmer hieraus für sich keine Ansprüche herleiten. Er hat nur die Rechte, die ihm nach seinem eigenen Vertrag mit dem Auftragnehmer (als seinem Auftraggeber) eingeräumt sind (vgl. zustimmend auch Locher in: NJW 1979, 2236).
- c) Um einen effektiven Rechtsschutz und damit auch eine tatsächliche Mittelstandsförderung zu erreichen, müsste die vertragliche Verpflichtung zwischen der Vergabestelle und dem Auftragnehmer als Vertrag zugunsten Dritter ausgestaltet werden, damit dem nicht bevorzugten mittelständischen Nachunternehmer unmittelbare Primäransprüche gegenüber dem Auftragnehmer zustehen.
- d) Es ist von der unzureichend ausgestalteten Rechtsvorschrift unabhängig im Hinblick auf § 21 Abs. 4 Nr. 2 Mittelstandsgesetz nicht ersichtlich, welchen Sinn es haben soll, die Nachunternehmer davon in Kenntnis zu setzen, dass es sich um einen öffentlichen Auftrag handelt. Als Nachunternehmer stünden ihnen im Ergebnis auch nach der Unterrichtung keine Rechte im Nachprüfungsverfahren nach den § 107 ff. GWB zu, da Subunternehmer unter keinen Umständen antragsbefugt sind.

27.11.2002  
Seite 4

# BIRD & BIRD

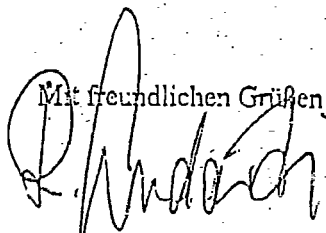
5. Ebenso verhält es sich mit § 21 Abs. 5 Mittelstandsgesetz, der sich allein dadurch von Abs. 4 unterscheidet, dass nicht die Auftragnehmer Adressaten sind, sondern die Investoren eines in privater Trägerschaft erstellten öffentlichen Bauvorhabens.

Ich hoffe, mit meiner Stellungnahme die nur eingeschränkten Auswirkungen dieses Gesetzentwurfes im Hinblick auf die mittelständische Industrie Nordrhein-Westfalens skizziert zu haben. Um den Mittelstand aus vergaberechtlicher Sicht zu fördern, sollte das Land viel eher davon absehen, das folgende Pilotprojekt in die Tat umzusetzen:

Das Land beabsichtigt, die Nordrhein-Westfälischen Kommunen unterhalb der sogenannten Schwellenwerte von der Anwendung der VOB/A zu entbinden, um ihnen Nachverhandlungen mit den Anbietern zu ermöglichen. Diese sind ihnen bei Anwendung der VOB/A grundsätzlich nach § 24 untersagt. Das Land erhofft sich durch die Aufhebung des Nachverhandlungsverbots Einsparungen von bis zu 5%. Dabei wurde jedoch nicht bedacht, dass die beabsichtigte Änderung in den Vergabebestimmungen zu Lasten des Mittelstandes geht. Der Mittelstand hat bereits Bedenken geäußert. Er befürchtet einen ruinösen Preiskampf im Bereich der Vergaben unterhalb der Schwellenwerte.

Für Rückfragen bis zum Anhörungstermin am 4. Dezember 2002 stehe ich selbstverständlich jederzeit gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



(Ramin Goodarzi)  
-Rechtsanwalt-