

Bauen:
Leistung für den Menschen

DER VERBANDSDIREKTOR

21.11.2002

Herrn Präsidenten
des Landtages
Ulrich Schmidt
Postfach 10 11 42

40002 Düsseldorf

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
13. WAHLPERIODE

ZUSCHRIFT

13/ 2389

alle Absg.

**Gesetz zur Förderung und Stärkung des Mittelstandes (Mittelstandsgesetz)
Gesetzentwurf der Landesregierung, DS 13/2707
Öffentliche Anhörung 04. Dezember 2002, 11.00 Uhr**

Sehr geehrter Herr Präsident Schmidt,

der Entwurf des Mittelstandsgesetzes (NRW) war bereits Gegenstand einer Anhörung am 25. April 2002 im Wirtschaftsministerium. Zu dem dort vorliegenden Gesetzentwurf hatten wir mit Schreiben vom 28.03.2002 Stellung genommen und uns weiterhin in der mündlichen Anhörung selbst zum Gesetzentwurf geäußert.

Der Vergleich des nun dem Landtag vorliegenden Gesetzentwurfes (DS 13/2702 v. 13.06.2002) mit dem seinerzeit im Wirtschaftsministerium vorliegenden Entwurf vom 19.02.2002 lässt nur minimale Änderungen erkennen, die in keiner Weise geeignet sind, der in unserer Stellungnahme vom 28.03.2002 geäußerten Kritik die Grundlage zu entziehen. Zur Vermeidung von Wiederholungen möchten wir daher in erster Linie auf diese Stellungnahme Bezug nehmen, die wir als **Anlage** diesem Schreiben mit der Bitte beigelegt haben, sie ebenfalls allen Mitgliedern des Landtages zur Kenntnis zu geben.

Auch die in der mündlichen Anhörung im Wirtschaftsministerium geäußerte Kritik ist unverändert aufrecht zu erhalten; allerdings ist uns nicht bekannt, ob über diese Anhörung ein Protokoll gefertigt worden und dieses den Abgeordneten zur Kenntnis gebracht worden ist.

Grundlegende Kritik unserer Stellungnahme vom 28. März 2002 war der Umstand, dass zeitgleich mit dem vorgelegten Entwurf des Mittelstandsgesetzes durch Kabinettsbeschluss der Landesregierung die Befreiung der Kommunen von den Vorgaben der VOB/A stattfinden sollte. Da diese Problematik bisher keinesfalls erledigt ist, sind unsere Äußerungen in der Stellungnahme vom 28.03.2002 nach wie vor aktuell.

Dies zeigt sich daran, dass auch in dem nunmehr vorliegenden Entwurf nach wie vor ein konkreter Hinweis auf die Anwendungspflicht der VOB/A durch öffentliche Auftraggeber fehlt, wie dies beispielsweise in den Mittelstandsgesetzen der Länder Baden-Württemberg und Bayern der Fall ist, worauf wir ausdrücklich in unserer vorgenannten Stellungnahme (Seite 3) hingewiesen hatten.

...2

Die im Gesetzentwurf nunmehr zu findenden Änderungen oder Ergänzungen sind im Wesentlichen weiterhin nur solche rein programmatischen Inhaltes, die konkret überhaupt keine Aussage treffen und nichts bewegen können.

So ist es zwar zu begrüßen, wenn gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 3 die Förderung von Investitionen und Innovationen durch den Abbau von nicht notwendigen Vorschriften stattfinden soll. Was aber soll konkret geschehen? Nur daran kann man ein Gesetz und den Gesetzgeber messen.

Auch der ergänzte § 6 Abs. 1, der nunmehr von „dem Ziel von transparenten und zügigen Verwaltungsvorgängen und einer stärkeren Serviceorientierung“ spricht, enthält lediglich eine unverbindliche Zielsetzung mit wenig greifbarem Inhalt.

Auf die Unsinnigkeit und Wirtschaftsfeindlichkeit der Regelung in § 7 hatten wir schon ausdrücklich hingewiesen (s. Seite 4 unserer Stellungnahme vom 28.03.2002). Der modifizierte Text der nun vorliegenden Vorschrift ist und bleibt in dieser Fassung strikt abzulehnen.

Die Änderungen in den §§ 8, 9, 10 und 16 stellen keine substantiellen Neuerungen gegenüber dem Entwurf dar. Die Regelungen sind unklar und unverbindlich und lassen in keiner Weise erkennen, worin eine Förderung des Mittelstandes liegen soll.

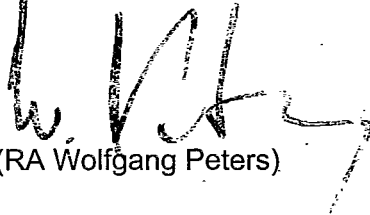
Die Regelung über die Finanzhilfen in § 17 ist ebenso wie in dem ersten Entwurf vollkommen unverbindlich und lässt nicht erkennen, wo ein Ansatzpunkt besteht.

Schließlich ist noch festzuhalten, dass bedauerlicherweise eine Änderung des § 21 über die Beteiligung an öffentlichen Aufträgen nicht stattgefunden hat. Hier wird, wie wir in unserer Stellungnahme vom 28.03.2002 (Seite 3) deutlich herausgestellt hatten, leider kein konkreter Hinweis auf die vergaberechtlichen Vorschriften der VOB gemacht; der Gesetzentwurf erschöpft sich gegenüber den konkreten Vorgaben der Regelungen der VOB/A in wenigen und überwiegend belanglosen Programmsätzen für die Vergabe von Aufträgen durch die Öffentliche Hand.

Wir fordern daher weiterhin und ebenso nachdrücklich die Aufnahme vergaberechtlicher Vorschriften in das Gesetz, die in konkreter und bewährter Form eine Grundlage dafür bieten, die mittelständische Bauwirtschaft zu fördern, wie dies nach den Regeln der VOB der Fall ist.

Mit freundlichem Gruß

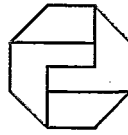
Wirtschaftsvereinigung
Bauindustrie e.V. NRW



(RA Wolfgang Peters)

Anlage

Stellungnahme vom 28. März 2002



28. März 2002

STELLUNGNAHME

zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung und Stärkung des Mittelstandes (Mittelstandsgesetz)

In Anbetracht der desolaten Wirtschaftslage im Baugewerbe wäre ein Mittelstandsgesetz, das effektive Grundlagen für Wachstum und Erhalt von Arbeitsplätzen förderte, zu begrüßen. Dem vorgenannten Entwurf des Mittelstandsgesetzes (Fassung 19. Februar 2002) sind solche Impulse jedoch nicht zu entnehmen. Insbesondere sieht die Bauwirtschaft dieses Gesetz vor dem Hintergrund des Kabinettsbeschlusses der Landesregierung, die Kommunen unterhalb der EG-Schwellenwerte von der Anwendungspflicht der VOB/A zu befreien.

Durch die beabsichtigte Befreiung der Kommunen von den Vorgaben der VOB/A (unterhalb der EG-Schwellenwerte, die den wesentlichen Teil aller Vergaben im kommunalen Bereich ausmachen!) wird der überwiegend mittelständisch strukturierten Bauwirtschaft eine ganz wesentliche Stütze in Form notwendiger Rahmenbedingungen entzogen, die in keiner Weise durch den Gesetzesentwurf kompensiert werden. Eine Bewertung des Gesetzesentwurfes ohne Berücksichtigung der wirtschaftlichen Nachteile durch den Wegfall der VOB würde zu einer Fehlbewertung des Entwurfes führen. Aus diesem Grunde haben wir zunächst die wesentlichen Regelungen der VOB/A dargestellt, die sich bisher als mittelstandsfördernd auswirken.

Sie werden nachfolgend ohne Anspruch auf Vollständigkeit aufgeführt:

§ 2 Nr. 3 VOB/A fordert die Aufteilung von Aufträgen zur Förderung der ganzjährigen Bautätigkeit.

§ 3 Nr. 2 VOB/A enthält den Primat der öffentlichen Ausschreibung, so dass alle potentiellen Bewerber des Gewerbezweiges sich an Ausschreibungen beteiligen können.

§ 8 VOB/A enthält den Gleichbehandlungsgrundsatz, der sich auch aus dem EG-Recht ergibt. Weiterhin sind Wettbewerbsbeschränkungen auf regional ansässige Bewerber unzulässig.

Für die – nach näherer Maßgabe des § 3 Nr. 3 VOB/A zulässige – beschränkte Ausschreibung sind in § 8 Nr. 2 Abs. 3 Vorgaben zur Aufrechterhaltung des Wettbewerbes auch bei diesem Vergabeverfahren enthalten.

...2

§ 9 VOB/A enthält im Einklang mit der VOB/C die Forderung nach eindeutiger und erschöpfender Leistungsbeschreibung sowie das Verbot, dem Auftragnehmer ungewöhnliche Wagnisse aufzubürden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann. Weitere Konkretisierungen finden sich in § 9 Nr. 3 Abs. 4.

§ 10 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A stellt klar, dass zum Vertragsinhalt die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) und die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C) zu machen sind. Damit wird zwingend auf ein ausgewogenes Vertragsregelwerk verwiesen, das auch nach Auffassung des Bundesgerichtshofes die Interessen der Vertragsparteien angemessen berücksichtigt. Bei Wegfall der VOB/A ist auch diese wichtige Verpflichtung zur Vertragsgestaltung nicht mehr gegeben. Der nahezu ausschließlich ohne eigene Rechtsabteilungen arbeitende Mittelstand sieht sich einer Zersplitterung des Vergaberechtes im Bereich der verschiedenen NRW-Kommunen gegenüber und dazu auch noch der Gefahr voneinander abweichender Vertragsbedingungen. Dadurch ergibt sich ein zusätzlicher kostspieliger Prüfungsaufwand für die Bieter.

Durch § 11 VOB/A wird klargestellt, dass die ausführenden Firmen angemessene Ausführungsfristen für Ihre Leistung erhalten müssen.

In § 13 VOB/A wird überzogenen Gewährleistungsansprüchen gegengesteuert.

§ 14 VOB/A stellt klar, dass von dem nach dem System des BGB vorleistungspflichtigen Bauunternehmer nur ausnahmsweise Sicherheitsleistungen verlangt werden dürfen. Auch eine Begrenzung der Höhe nach ist gegeben.

In den § 17, 18 und 19 VOB/A sind weitere bieterschützende Vorschriften zur Information über öffentliche Ausschreibungen, ausreichende Bewerbungsfristen sowie angemessene Zuschlags- und Bindefristen enthalten.

§ 22 VOB/A stellt mit seinem zwingend vorgeschriebenen Eröffnungstermin die für ein korrektes Vergabeverfahren erforderliche Grundregel dar, dass nämlich die Angebote der Bieter mit ihren Endpreisen und ihrem Namen bei Anwesenheitsrecht der Beteiligten zu verlesen sind, so dass hier durch den Wettbewerb eine Kontrolle von Mitbewerbern und Ausschreibungsstelle stattfindet. Diese Form der Transparenz schränkt in ganz erheblichem Maße die Gefahr von Korruption und anderen Manipulationsmöglichkeiten ein. Auf die Kölner Ereignisse sowie die Ausführungen des Oberstaatsanwaltes Schaupensteiner hierzu möchten wir ausdrücklich verweisen.

§ 24 VOB/A stellt klar, dass die durch § 22 gegebene Ordnung des Vergabeverfahrens sowie die Bieterfolge durch nachträgliche Verhandlungen nicht konterkariert werden dürfen. Gerade durch dieses Nachverhandlungsverbot wird die Möglichkeit von Manipulationen weitestgehend eingeschränkt.

Um qualitativ einwandfreie Angebote zu erhalten, stellt § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A klar, dass nicht allein der billigste Preis ausschlaggebend für die Zuschlagserteilung sein soll. Damit wird bei richtiger Handhabung sichergestellt, dass Angebote, die unter Kostendeckung angeboten werden, ausgeschlossen werden können, wodurch nicht nur qualitative Bauleistungen zu Gunsten des Auftraggebers gefördert werden, sondern auch unseriöse Bieter vom Wettbewerb ausgeschlossen werden können.

Trotz dieser Wertungsvorschriften (§§ 22, 24 und 25) läuft der Auftraggeber keinesfalls Gefahr, den Zuschlag auf überteuerte Angebote – so denn die Konjunktur solche überhaupt hergibt – erteilen zu müssen. Nach § 26 Nr. 1 c VOB/A kann der Auftraggeber eine Ausschreibung aufheben, wenn schwerwiegende Gründe bestehen. Dies ist z. B. auch dann der Fall, wenn gegenüber einer sorgfältigen Vorkalkulation des Auftraggebers preislich überhöhte Angebote abgegeben werden, die den Kostenrahmen des Auftraggebers sprengen.

Die vorliegenden Regelungen zeigen für einen Fachmann unmissverständlich auf, dass und wie durch die seit über 75 Jahren bestehende und ständig aktualisierte VOB sachgerechte Regelungen für einen geordneten Wettbewerb gegeben sind, deren Entfall der mittelständischen Bauwirtschaft große Probleme und Schäden zufügen würde. Ein möglicherweise zeitgleich mit dem Wegfall der VOB in Kraft tretendes Mittelstandsgesetz der vorliegenden Art ist in keiner Weise geeignet, auch nur annähernd eine Kompensation herbeizuführen:

Das Gesetz enthält in erster Linie Programmsätze zur Förderung des Mittelstandes, ohne aber dann konkret zu werden. So sollen zwar nach § 2 erster Spiegelstrich die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen dauerhaft und nachhaltig mittelstandsgerecht ausgestaltet werden; wie dies aber geschehen soll, ist offen. In § 21 werden zwar die „Gesichtspunkte der Vergabebestimmungen“ angesprochen. Eine Konkretisierung fehlt. Es wird nachfolgend in den Absätzen 1 - 3 lediglich in einer dem § 4 VOB/A vergleichbaren Weise geregelt, dass Leistungen so in Lose nach Menge und Art zerlegt werden sollen, dass sich Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft bewerben können.

Diese als einzige den Vorschriften der VOB/A in etwa entsprechende Regelung wäre bei Beibehaltung der VOB/A überflüssig.

Insbesondere zu kritisieren ist, dass in § 21 Nr. 1 nicht ausdrücklich klargestellt wird, dass die Vorgaben der VOB/A von öffentlichen Auftraggebern einzuhalten sind. Wie wir zwischenzeitlich erfahren haben, soll sich diese Regelung noch in einem Vorentwurf des Mittelstandsgesetzes befunden haben und dann aus nicht näher bekannten Gründen aus der vorliegenden Fassung entfernt worden sein.

Hier möchten wir auf die Mittelstandsgesetze der Länder Baden-Württemberg und Bayern verweisen.

Im Gesetz zur Mittelstandsförderung von Baden-Württemberg (Gesetzblatt 2000, S. 745 ff) wird in § 22 Abs. 6 klargestellt, dass bestimmte juristische Personen des öffentlichen Rechts verpflichtet sind, ihren Einfluss zur Anwendung der VOB und VOL auch in Unternehmen des privaten Rechts auszuüben. Die Gemeinden selber sind in Baden-Württemberg durch das einschlägige Haushaltsrecht ohnehin zur Anwendung der VOB verpflichtet. Auch das bayerische Mittelstandsförderungsgesetz vom 08. Oktober 1974 und die dazu erlassenen Haushaltsrichtlinien, die von allen staatlichen Vergabestellen zu beachten sind, stellen in Ziff. 2 und 5 ausdrücklich klar, dass die VOB und VOL bei Ausschreibungen anzuwenden sind, wobei bestimmte Vorschriften noch besonders hervorgehoben werden.

Wir fordern daher, dass in das Mittelstandsgesetz eine eindeutige Regelung aufgenommen wird,

1. nach der öffentliche Auftraggeber verpflichtet sind, bei der Ausschreibung von Bauleistungen die VOB/A anzuwenden und
2. die Gemeinden verpflichtet sind, ihre Gesellschafterrechte in Unternehmen des privaten Rechts, auf die sie durch mehrheitliche Beteiligung oder in sonstiger Weise direkt oder indirekt bestimmenden Einfluss nehmen können, so auszuüben, dass diese die VOB anwenden, wenn diese Unternehmen öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sind (einschränkende Ausnahmeregelungen können Anwendung finden).

Weiterhin ist § 7 des Gesetzentwurfes zu kritisieren, der als mittelstandsfeindliche Regelung angesehen werden muss, da nach wie vor die Konkurrenz der Öffentlichen Hand gegenüber der Privatwirtschaft bei der Erbringung von Leistungen durch eine Bevorzugung der Öffentlichen Hand bestehen bleibt, indem nämlich gefordert wird, dass solche Leistungen von privaten Unternehmen besser und wirtschaftlicher erfüllt werden müssen. Hier dürfen wir auf unsere bereits früher geäußerte Kritik zu § 107 Abs. 1 Satz 3 der Gemeindeordnung NRW verweisen. Auch insoweit ist übrigens das Mittelstandsförderungsgesetz des Landes Baden-Württemberg (§ 3) mittelstandsfreundlicher, wonach die Öffentliche Hand – vorbehaltlich spezifischer Regelung für ihre wirtschaftliche Betätigung – wirtschaftliche Leistungen überhaupt nur dann erbringen soll, wenn sie von privaten Unternehmen nicht ebenso gut und wirtschaftlich erbracht werden können.

Wir fordern daher,

§ 7 des Gesetzentwurfes entsprechend abzuändern und ebenso die Regelung des § 107 Abs. 1 Satz 3 der Gemeindeordnung.

Der aktuelle Entwurf ist daher bereits in sich widersprüchlich bzgl. der Regelung des § 7 gegenüber der Regelung des § 1 Abs. 2, wonach der grundsätzliche Vorrang der privaten Leistungserbringung gegenüber derjenigen durch die Öffentliche Hand bestehen soll.

Hinsichtlich § 4 und der unverbindlichen Regelung bei der Ausübung von Gesellschafterrechten dürfen wir auf die zuvor gemachten Ausführungen zur Anwendung der VOB durch juristische Personen des öffentlichen Rechtes verweisen.

Bezüglich des Mittelstandsbeirates (§ 8) ist nicht zu ersehen, inwieweit die Wirtschaft hier beteiligt werden soll, um in geeigneter Weise ihren Sachverstand mit einbringen zu können.

Der Mittelstandsbeauftragte (§ 9) ist von seinem Aufgabenbereich her lediglich verwaltungsintern tätig. Eine greifbare Beziehung zur Wirtschaft fehlt.

Die Regelung über Finanzhilfen (§ 17) lässt jegliche Konkretisierung vermissen.

Im Gesetz selber sollte konkretisiert werden, in welcher Form der mittelständischen Wirtschaft im Bereich von Bürgschaftsverpflichtungen geholfen werden kann. Der Gesetzentwurf gibt hierzu in § 18 keine ausreichenden Anhaltspunkte. Die trotz der schwierigen Situation der Bauwirtschaft von öffentlichen Auftraggebern geforderten Sicherheitsleistungen, die im Übrigen auch sehr stark aus dem kommunalen Auftraggeberbereich herrühren, könnten durch eine Anhebung der Auftragssumme, bei der überhaupt Sicherheit zu leisten ist, und durch eine Reduzierung des Sicherheitsbetrages zurückgefahren werden und damit zu einer Entlastung des Mittelstandes führen. (Dazu könnte auch im Vergabehandbuch des Landes NRW zu § 14 VOB/A eine entsprechende Regelung aufgenommen werden, die eine flexible Regelung als z. B. in einem Gesetz zuließe.)

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Gesetz keine greifbaren Vorteile für die mittelständische Bauwirtschaft enthält und bei Entfall der VOB/A unterhalb der EG-Schwellenwerte in keiner Weise in der Lage ist, die damit eintretenden Nachteile zu kompensieren. Vielmehr ist der gesamte Gesetzesentwurf dadurch geprägt, dass Konkretisierungen vermieden werden. Nutzbare Effekte lässt er vermissen, insbesondere konkrete Anhaltspunkte einer Förderung oder Entlastung der Wirtschaft. In Zusammenhang mit dem beabsichtigten Entfall oder auch nur einer Einschränkung des Vergaberechtes im Bereich der VOB/A ist in überhaupt keiner Weise eine Kompensation der bestehenden mittelstandsflankierenden Regelungen der VOB/A zu erkennen, sondern vielmehr eine ganz erhebliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation der mittelständischen Bauwirtschaft. Das Fehlen der in der Begründung (I Allgemeiner Teil letzter Absatz) angesprochenen „mittelstandsfreundlichen Vergabebedingungen“ im Gesetz selbst zeigt die Unverbindlichkeit des gesamten Gesetzesentwurfes leider nur allzu deutlich auf.

RA Ke/bil
28.03.2002