

Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie im Bayerischen Landtag zum Thema „Mittelstandsförderungsgesetz“ am 26.10.2006

Frage 1: Wie sind Ihre Erfahrungen mit dem bestehenden Mittelstandsförderungsgesetz?

Das **Ministerium für Wirtschaft und Mittelstand, Energie und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen** hat **Anfang 2001** einen **Erfahrungsbericht über den Umgang mit Mittelstandsförderungsgesetzen in den Bundesländern** vorgelegt.

Die wesentlichen Ergebnisse im Hinblick auf die Fragestellung waren:

- In fast allen Bundesländern gibt es ein Mittelstandsförderungsgesetz
- Sämtliche Gesetze sind so genannte **Rahmengesetze**, in denen die Maßnahmen zur Förderung des Mittelstandes nur programmatisch aufgezählt bzw. als Möglichkeit genannt werden.

Daraus leitet sich **positiv** ab:

Das bayerische Mittelstandsförderungsgesetz von 1974 schafft einen **gesetzlichen Rahmen**, innerhalb dessen die Förderung der kleinen und mittleren Unternehmen stattfindet. Außerdem kann durch das Gesetz der herausragende landespolitische **Stellenwert der Mittelstandspolitik und –förderung** verdeutlicht werden.

Es hat so mit dazu beigetragen, dass der bayerische Mittelstand

- 99,7 % aller umsatzsteuerpflichtigen Unternehmen stellt
- 41,3 % des gesamtwirtschaftlichen Umsatzes erwirtschaftet
- 75,1 % aller Beschäftigten beschäftigt
- 83,7 % aller Auszubildenden ausbildet.

Daraus leitet sich allerdings auch **negativ** ab:

Der programmatische Charakter des bayerischen Rahmengesetzes mit vielen Soll- bzw. Kann-Bestimmungen macht das Gesetz **nicht greifbar**. Im unternehmerischen Alltag ist das Gesetz **nicht präsent**, dessen Bedeutung wird vom Unternehmertum **nicht wahrgenommen**.

So stellt der zuständige Fachbereich des Bayerischen Wirtschaftsministeriums im oben genannten Erfahrungsbericht Nordrhein-Westfalens fest, dass das Gesetz **eigentlich nicht notwendig** ist, da ein Programm oder ein allgemeiner Handlungsrahmen auch ausreichend wäre. Aufgrund der programmatischen Ausgestaltung sehe das Bayerische Wirtschaftsministerium bislang (2000) keinen Novellierungsbedarf.

Daraus leitet sich folgendes **Fazit** ab:

Die Erfahrungen mit dem bestehenden Mittelstandsförderungsgesetz sind sowohl **positiv** in seiner **Signalwirkung** und **negativ** in seiner **praktischen Unverbindlichkeit**.

Frage 2: Welche Auswirkungen und Signale erwarten Sie für die mittelständische Wirtschaft von der Novelle des Mittelstandsförderungsgesetzes?

Eine **positive Signalfunktion** hat der im Gesetz festgehaltene Zweck (Art.1 (1)), der grundsätzlich zu begrüßen ist:

- Verlässliche Rahmenbedingungen
- Leistungsfähigkeit im Wettbewerb
- Ausgleich größenbedingter Nachteile
- Verbesserung der Eigenkapitalsituation
- Erhöhtes Innovationspotential
- Existenzgründungs- und Nachfolgeberatung.

Hinzu kommt, dass die reine **Gesetzesnovellierung** nach über 30 Jahren an sich ein **positives Signal** setzt.

Das aktuelle **Mittelstandsförderungsgesetz Bremens** (Drucksache 16/928) nennt darüber hinaus weitere Ziele, deren Aufnahme **zusätzliche Signale** aussenden würden:

- Zugang zu Finanzierung erleichtern (Fremd- und Eigenkapital)
- Begrenzung der Bürokratiekosten
- Förderung einer Kultur der Selbständigkeit.

Im Vergleich zum Mittelstandsförderungsgesetz von 1974 hat der vorliegende Gesetzesentwurf seinen **unverbindlichen Charakter** nicht verändert. Daher wird die Gesetzesnovelle **kaum veränderte Auswirkungen** im unternehmerischen Alltag mit sich bringen.

Frage 3: Welche Regelungen sehen Sie beim neuen geplanten Mittelstandsförderungsgesetz als problematisch?

- **Unverbindlicher Charakter**

s.o.

- **Keine klare Mittelstandsdefinition (Art.1 (1))**

Siehe dazu auch Mittelstandsbericht Bayern 2005, Seite 10f, wo unterschiedliche Definitionen des **Instituts für Mittelstandsforschung** und der **EU** verwendet werden, zuzüglich der Kriterien des **Eigentümer- oder Familienunternehmens**.

- **Beschränkung auf Eigenkapital (Art. 1 (1)), Finanzierungshilfen (Art. 15), Rückbürgschaften (Art. 16), Kapitalbeteiligungsgesellschaften und Beteiligungsgarantiegemeinschaften (Art. 17)**

Die grundlegenden ordnungspolitischen **Umwälzungen am Kreditmarkt** (Stichworte: Basel II und MaRisk) haben erhebliche Auswirkungen auf das wichtigste Refinanzierungsinstrument des Mittelstandes: dem klassischen Hausbankkredit (80% laut BDS/DGV Mitgliederumfrage 2003). Dieser wird jedoch im geplanten Gesetzestext gänzlich ausgeklammert. Demgegenüber kommt öffentlichen Finanzierungshilfen (17%) nur eine geringe Bedeutung zu.

- **Raumordnung und Landesplanung**

Art. 17 Mittelstandsförderungsgesetz 1974 ...

„Beim Vollzug dieses Gesetzes sind die Erfordernisse der Raumordnung und Landesplanung zu beachten.“

... wurde beim ersten Novellierungsentwurf (Februar 2003) in Art. 22 überführt:

„Beim Vollzug dieses Gesetzes sind die Ziele der Raumordnung zu beachten, die Grundsätze und sonstigen Erfordernisse der Raumordnung zu berücksichtigen.“

... was der Bedeutung für den Mittelstand entspricht. Dieser Artikel wurde zwischenzeitlich gänzlich gestrichen, was eine **negative Signalfunktion** hat, da die Einbindung des Mittelstandes über die Kammern und Verbände in die Landesplanung ein (bislang) wichtiges Instrument zur Einflussnahme auf die Ansiedlung großflächigen Einzelhandels ist.

- **Nichtberücksichtigung kommunaler Messen und Leistungsschauen (Art. 13)**

Die **primären Absatzgebiete** von Produkten und Dienstleistungen des selbständigen Mittelstandes sind oftmals nach wie vor die **Kommune und die Region**. Diese lassen sich in der Regel nicht durch internationale Märkte ersetzen. Im Vergleich zu den Großunternehmen hat der Mittelstand auch in diesen Fällen großenbedingte Nachteile. Daher sprechen wir uns dafür aus, die **Förderung von Beteiligungen an regionalen und kommunalen Messen** aufzunehmen. Des weiteren sollte verankert werden, dass sich **die Kommunen aktiv in die Organisation und Durchführung einer regionalen Messe einbringen sollen**. Diese hat nicht nur die Funktion der Absatzförderung für die Aussteller, sondern ist ein wichtiges Element zur Förderung des gesamten Wirtschaftsstandortes und damit auch der Attraktivität der Kommune und der Region.

- **Vorrang privater Leistungen (Art. 7)**

Siehe Fragen 4 bis 6.

- **Konkurrenzsituation zu freien Berufen (Art. 9f) und Banken (Art. 15ff)**

Die in den genannten Absätzen beschriebene Förderung darf **nicht zu Lasten bereits etablierter Marktteilnehmer** führen.

- **Vergabe öffentlicher Aufträge (Art. 18)**

Siehe Fragen 7 bis 9.

Frage 4:

a) Welche privatwirtschaftlichen Betätigungen der öffentlichen Hand, die von Privaten ebenso gut und wirtschaftlich hätten erbracht werden können, gab es in den vergangenen zehn Jahren?

b) Von welchen Trägern der öffentlichen Hand gingen diese Betätigungen aus?

c) Welche Auswirkungen erwarten Sie insbesondere von der geplanten Regelung in Art. 7 für die öffentliche Hand und für die mittelständischen Unternehmen?

Zu a) und b)

- **Beispiele aus der Internet-Recherche**

„Die RFG (Regensburger kommunaler Fahrzeugpark GmbH, 100%-ige Tochter der Stadtwerke Regensburg GmbH in 100%-igem Besitz der Stadt Regensburg) ... *betreut heute mit ihren rund 60 Mitarbeitern nicht nur die Fahrzeuge der Verkehrsbetriebe und der REWAG (Regensburger Energie- und Wasserversorgung AG & Co. KG; im Besitz von: 35,48 % E.ON Bayern AG und 64,52% Regensburger Badebetrieb GmbH in 100%-tigem Besitz der Stadtwerke Regensburg GmbH), sondern weitet ihr Tätigkeitsfeld kontinuierlich aus.*“ (Quelle: www.swr-regensburg.de, 24.10.2006).

„Stadtwerke Contracting gehört innerhalb unserer Produktpalette zu den Bereichen mit den höchsten Umsatzzuwächsen. Wir bieten mit dieser Dienstleistung ein Komplettpaket aus Planung, Finanzierung und Bereitstellung einer Energieerzeugungsanlage. Wir übernehmen den Betrieb und die Wartung der Anlage, Neben dem Ausbau der bestehenden Geschäftsfelder zielen die Stadtwerke Augsburg auf die Erschließung neuer Chancen in Wachstumssegmenten wie Telekommunikation oder Dienstleistungen.“ (Quelle: Imagebroschüre Stadtwerke Augsburg Holding GmbH, Januar 2005)

Beispiele wie diese lassen sich in kurzer Zeit im Internet recherchieren – von jedermann. Sie zeigen, dass ...

- die **öffentliche Hand** (häufig Städte und Gemeinden)
- **öffentliche Unternehmen** (hier: Stadtwerke Augsburg) und
- deren **Nachunternehmen** (hier: Regensburger kommunaler Fahrzeugpark GmbH)

privatwirtschaftlichen Betätigungen nachgehen (hier: Wartung).

Auch machen diese Beispiele deutlich, dass nicht nur die öffentliche Hand (Bund, Länder, Bezirke, Landkreise, Städte und Gemeinden) sondern auch deren öffentliche Unternehmen und deren Nachfolgeunternehmen sich in einer unmittelbaren **Konkurrenzsituation zur privaten Wirtschaft** befinden.

Die am Beispiel von Regensburg dargestellte **Inhaberverflechtung der öffentlichen Hand** ist dabei keine Ausnahme sondern der Regelfall. Z.B. ist

- die Stadt Bayreuth über ihre Stadtwerke an sieben GmbHs beteiligt (in zweiter und dritter Stufe, von 100 bis 3,8%) (Quelle: www.bew-energie.de, 24.10.06)
- die Stadt Neu-Ulm über ihre Stadtwerke an zwölf Kapitalgesellschaften beteiligt (in zweiter Stufe von 70 bis 0,25%) (Quelle: www.swu-verkehr.de, 24.10.06)

- **Beispiele aus eigenen Informationen**

Mittelständler vor Ort sind oftmals nicht in der Lage, sich mit den kommunalen Autoritäten „anzulegen“, indem sie sich gegen bestehende Konkurrenz wehren. Die **Angst vor „Sanktionen“ bei weiteren Aufträgen oder die soziale Anfeindung** wird oftmals deutlich. So liegen uns zwar Informationen über entsprechende Fälle vor, doch wird aus den besagten Gründen eine anonyme Weitergabe gewünscht. Daher sind wir der Meinung, dass es grundsätzlich die Aufgabe der öffentlichen Hand ist, entsprechende „Fälle“ zu ermitteln, was einfach möglich ist (s.o.). Trotzdem wollen wir auf folgende **Beispiele** (Auswahl) hinweisen:

- Stadt- oder Bergführungen (durch Kommunen)
- (Sperr-) Müllentsorgung (auch gegen Abholung) (durch Wertstoffhöfe)
- Gartenbau- und Landschaftspflege (durch Bauhöfe)
- Wartungen und Umzüge (durch Bauhöfe, Hausmeister)
- Gebäude- und Grundstücksmanagement (durch Kommunen)
- Bauleitplanung (durch Kommunen)
- ...

- **Beispiele aus der Literatur**

(Quelle: Dr. Alexander Schink, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Nr. 2/2002, Seite 129 ff.)

- Nachhilfeunterricht durch kommunale Volkshochschulen
- Pflege privater Gärten durch einen verselbständigten kommunalen Gartenbaubetrieb
- Betrieb einer Sauna
- Durchführung von Elektro-Installationen
- Angebot von Entsorgungsleistungen außerhalb des Gemeindegebiets in Konkurrenz zu privaten Anbietern
- Kommunaler Partyservice durch städtische Kantinen
- Betrieb eines Nagelstudios
- Malertätigkeiten durch städtische Unternehmen
- Herstellung von Tafel- und Mineralwasser durch Wasserversorgungsunternehmen
- Erbringung von Telekommunikationsleistungen
- ...

Durch den Einsatz so genannter **1-Euro-Jobs** durch die öffentliche Hand hat sich die Wettbewerbssituation der privaten gegenüber der öffentlichen Wirtschaft über die bereits bestehenden **Wettbewerbsnachteile** hinaus (u. a. Kapitalkosten) weiter verschlechtert. Die **Brisanz** des Themas ist daher eher **zunehmend** als abnehmend.

Zu c)

Art. 7 manifestiert den Ist-Zustand und führt aufgrund der unbestimmten Rechtsbegriffe wie z.B. „spezifische Regelungen für die wirtschaftliche Betätigung“ dazu, dass kaum greifbare Voraussetzungen für eine Grenze der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand vorliegen.

Wahrscheinlich wird der Art. 7 in seiner jetzigen Form nur **geringe bis gar keine Auswirkungen** haben, da bereits nach der Gesetzesbegründung Art. 7 lediglich einen Programmsatz beinhaltet und gerade **keine drittschützende Wirkung für die privatwirtschaftlichen Unternehmen** entfaltet. Es wird also kein subjektives Recht auf Unterlassen oder Abwehr der staatlichen oder kommunalen Erwerbstätigkeit geben. Mangels Konkretheit und Durchsetzbarkeit der Regelung in Art. 7 muss daher befürchtet werden, dass die Norm keine Auswirkungen haben wird, möglicherweise sogar im Gegenteil dazu geeignet ist, den Ist-Zustand zu manifestieren bzw. zu legitimieren.

Frage 5: Welche Alternativen gibt es zu der geplanten Regelung des Vorrangs der Privatwirtschaft?

- **Neufassung von Art. 7 und der Begründung**

Die **Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung sind u.a. in der Bayerischen Gemeindeordnung fixiert** (Art. 57 und 87). Diese Regelungen reichen allerdings nicht dazu aus, die private Wirtschaft zu schützen. So hat der Bundesgerichtshof in seiner Revisionsentscheidung auf ein Urteil des Oberlandesgerichtes München am 25.04.02 festgestellt, dass die Gemeindeordnung nicht dazu da ist, die guten Sitten im Wettbewerb zu schützen. **Ein Verstoß gegen die Gemeindeordnung ist zwar gesetzeswidrig, aber – wenn nicht noch weitere Gründe dazukommen – noch nicht wettbewerbswidrig.** Ein Anspruch eines Wettbewerbers auf Unterlassung nach § 1 Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) bei Verstoß der Kommune wird somit rechtskräftig verneint, **da der Gemeindeordnung keine drittschützende Wirkung zukommt.** Eine Lösung muss daher durch die Neufassung des Mittelstandsförderungsgesetzes erfolgen.

Das Bundesland **Baden-Württemberg** ist Ende 2005 mit seinem „**Gesetz zur Änderung des Gemeindeförderungsgesetzes**“ diesen Weg gegangen. Wesentlicher Gesetzesinhalt ist (Zitat aus dem Gesetzentwurf, Drucksache 13/4767):

„Der Subsidiaritätsgrundsatz wird außerhalb der Daseinsvorsorge insoweit verschärft, als die Gemeinde wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich an

einem solchen Unternehmen beteiligen darf, wenn dessen Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Anbieter erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Die Entscheidung über eine wirtschaftliche Betätigung erfolgt durch den Gemeinderat nach Anhörung der Selbstverwaltungsorganisationen der örtlich betroffenen mittelständischen Wirtschaft.“

Laut Gesetzesbegründung leitet sich daraus ab:

„Betroffene Unternehmen sollen daher künftig im Hinblick auf die Einhaltung der neuen Subsidiaritätsregelung die Verwaltungsgerichte anrufen können.“

Wir sind der Meinung, dass diese Regelung den richtigen Weg weist, wobei Fragen

- der **Daseinsvorsorge** (evtl. Definition durch Rückfallrisiko der öffentlichen Hand)
- der **Einflussnahme** (EU-Richtlinie 80/723/EWG: „Die öffentliche Hand kann einen beherrschenden Einfluss auf das Verhalten der öffentlichen Unternehmen nicht nur dann ausüben, wenn sie Eigentümer ist oder eine Mehrheitsbeteiligung besitzt, sondern auch, wegen der Befugnisse, die sie in den Verwaltungs-, Leitungs-, oder Aufsichtsorganen aufgrund der Satzung oder wegen der Streuung der Aktien besitzt.“, z.B. Deutsche Bahn AG)
- der **Nachfolgeunternehmen** (s.o.)
- der **bisherigen wirtschaftlichen Betätigung** (Einschränkung bei Kommunen gem. Art. 87 (1) Bayerische Gemeindeordnung vor September 1998 ausgenommen)

zu beachten sind.

Als **flankierende Maßnahmen aus dem europäischen Recht** kommen in Betracht:

- **Umsatzsteuerrecht**

Der **Europäische Gerichtshof** (Az.: C-430/04) hat entschieden, dass sich **private Wirtschaftsteilnehmer, die zu Einrichtungen des öffentlichen Rechts in Wettbewerb stehen, auf europäisches Recht berufen können**. In der Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie ist geregelt, dass **Einrichtungen des öffentlichen Rechts als Steuerpflichtige zu behandeln sind, sofern deren Behandlung als Nicht-Steuerpflichtige zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen würde**. Nach diesem Richterspruch, dürfen private Wirtschaftsteilnehmer wettbewerbsrelevante Tätigkeiten der öffentlichen Hand von den Finanzbehörden und den Gerichten prüfen lassen. Die strikte Anwendung und Ausnutzung dieses Urteils, kann ein wichtiger Beitrag zur Eindämmung der Wettbewerbssituation sein.

- **Transparenz**

Die **EU-Richtlinie 80/723/EWG** stellt in Artikel 1 fest:

*„Die Mitgliedsstaaten gewährleisten unter den in dieser Richtlinie vorgesehenen Bedingungen die **Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen der öffentlichen Hand und den öffentlichen Unternehmen**, indem sie offen legen:*

- a) die unmittelbare Bereitstellung öffentlicher Mittel durch die öffentliche Hand für öffentliche Unternehmen;*
- b) die Bereitstellung öffentlicher Mittel durch die öffentliche Hand über öffentliche Unternehmen oder Finanzinstitute;*
- c) die tatsächliche Verwendung dieser öffentlichen Mittel.“*

Diese Richtlinie wurde zum 28.11.05 mit der Umsetzungsfrist für die Mitgliedsstaaten bis zum 19.12.06 geändert, in der Art, dass ... (Zitat Richtlinienbegründung)

*„ ... die **Verpflichtung, getrennte Bücher zu führen**, auch auf Unternehmen angewendet werden sollte, die Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen erhalten und **die Tätigkeiten außerhalb der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ausüben**. Allein die getrennte Buchführung erlaubt es, die der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zuzurechnenden Kosten auszuweisen und die Vergütung korrekt zu berechnen.“*

Auch die strikte Umsetzung dieser Richtlinie kann einen wichtigen Beitrag zur Eindämmung der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand leisten.

Im Kontext der Transparenz sei noch auf eine **Regelung in der Hessischen Gemeindeordnung (HGO) in Art. 123a** hingewiesen:

*„Die Gemeinde hat zur Information der Gemeindevertretung und der Öffentlichkeit **jährlich einen Bericht über ihre Beteiligungen an Unternehmen in einer Rechtsform des Privatrechts zu erstellen**. In dem Bericht sind alle Unternehmen aufzuführen, bei denen die Gemeinde mindestens über den fünften Teil der Anteile verfügt.“*

Auch diese Regelung könnte eine ähnliche Wirkung wie die EU-Richtlinie 80/723/EWG entfalten.

Frage 6: Wie beurteilen Sie die Geeignetheit des Verfahrens vor der Clearingstelle zur Durchsetzung des Vorrangs der Privatwirtschaft?

Grundsätzlich ist eine Problemlösung über eine Clearingstelle aufgrund geringerer Kosten / geringerem Aufwand dem Gang vor Gericht vorzuziehen. Allerdings bleibt die Clearingstelle ein stumpfes Schwert, wenn die Teilnehmer ausschließlich die Interessen einer einzelnen Partei wahrnehmen. Auch sinkt die Bedeutung einer Clearingstelle mit dem Umfang des ihr zur Verfügung stehenden Instrumentariums.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass eine Clearingstelle nur dann Erfolg versprechend ist, wenn sowohl die Zusammensetzung als auch das Instrumentarium zur Lösung der Streitigkeiten geeignet ist.

Frage 7: In welcher Weise und in welchem Umfang werden nach Ihrer Erfahrung die mittelständischen Belange bei der Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen durch staatliche und kommunale Behörden bisher berücksichtigt?

Anfang 2005 haben wir die Ergebnisse einer **Umfrage unter sämtlichen kommunalen Gebietskörperschaften in Bayern** veröffentlicht, in der unter anderem danach gefragt wurde, ob Folgekosten wie z.B. Wartungen oder Service bei der öffentlichen Auftragsvergabe berücksichtigt werden. An der Umfrage haben sich 15% der Gemeinden und 23% der Landkreise beteiligt.

Obwohl das Gebot der Wirtschaftlichkeit, das Folgekosten beinhaltet, ausdrücklich im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) als Vergabegrundsatz genannt ist, gaben 14% an, **Folgekosten nicht zu berücksichtigen**. Auffällig war, dass sich kleine Gemeinden (87%) „gesetzestreu“ gaben als Städte (77%).

Da der standortnahe Mittelstand oftmals in diesem Bereich einen Wettbewerbsvorteil hat, schließen wird daraus, dass es durchaus **zu Benachteiligungen kommt**.

Wie bereits bei Frage 4 ausgeführt, ist es sehr schwer konkrete Beispiele beizubringen, wobei die gleichen Argumente (z.B. Angst) gelten. Zwar werden wir regelmäßig mit entsprechenden Beschwerden konfrontiert, doch verlaufen sich diese auch aufgrund fehlender Beweismöglichkeiten meist im Sand.

Frage 8: Von den sog. Verdingungsausschüssen, die paritätisch von Auftraggeber- und Auftragnehmerseite besetzt sind, werden VOL/A und VOB/A auch mit dem Ziel erarbeitet, die Vergabeverfahren bundesweit einheitlich zu regeln. Sehen Sie Bedarf und Möglichkeiten, das Instrumentarium der Verdingungsordnungen zur Berücksichtigung mittelständischer Belange in Bayern durch Gesetz zu ergänzen?

Öffentliche Aufträge bilden in einigen Branchen eine entscheidende Grundlage für die unternehmerische Tätigkeit des Mittelstands. Ihnen kommt daher eine **hohe Bedeutung** zu.

Die **Problematik** sehen wir **nicht im Instrumentarium der Verdingungsordnungen** (dort ist u. a. bereits die losweise Vergabe geregelt, so dass bei strikter Anwendung dieser Vorgaben keine nochmalige Konkretisierung in Art. 18 (1), 2 durch den bayerischen Gesetzgeber notwendig ist), das **zwingend beibehalten werden sollte**, sondern **in dessen Anwendung, Umsetzung und Kontrolle**. Daher sehen wir einen **konkreten Bedarf der gesetzlichen Ergänzung** in Bayern. Dieser wird auch von der Staatsregierung als gegeben angesehen, wie Art. 18 im vorliegenden Gesetzentwurf belegt. Allerdings kritisieren wir am vorliegenden Entwurf primär seine **Unverbindlichkeit und Ungenauigkeit** (Korruptionsgefahr).

- **Anwendung bzw. Schwellenwerte**

Laut Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und europäischen Vorgaben sind öffentliche Auftraggeber

- ab **211.000 Euro bei Waren und Dienstleistungen**
- ab **5,3 Mio. Euro bei Bauaufträgen**

an die **Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge** (VOB: Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, VOL: Verdingungsordnung für Leistungen, VOF: Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen) gebunden.

Die **Europäische Kommission** hat in diesem Sommer ergänzend bestimmt, dass öffentliche Aufträge auch **unterhalb dieser Schwellenwerte** in den lokalen Medien oder im Internet **ausgeschrieben werden müssen**. Zwar hat diese Auslegung keine unmittelbare Rechtswirkung, doch wird sie bei Klagen vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) herangezogen.

Aus Gründen der Rechtssicherheit empfehlen wir daher dem bayerischen Gesetzgeber, **die Anwendung der Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge auch unterhalb dieser Schwellenwerte verpflichtend vorzuschreiben**.

- **Umsetzung**

Bereits 2002 hat das **Bundesland Hamburg** sein Mittelstandsförderungsgesetz im Hinblick auf die Vergabe öffentlicher Aufträge grundsätzlich überarbeitet. Die Hamburger Regelungen sind im Vergleich zum bayerischen Entwurf **deutlich konkreter**, sowohl was die unmittelbare Vergabe durch die **öffentliche Hand** als auch durch **öffentliche Unternehmen** (siehe Frage 9) betrifft.

Konkret wird im **Hamburger Mittelstandsförderungsgesetz** (§ 15 (1)) die öffentliche Hand ...

„verpflichtet, die Verdingungsordnung für Leistungen (VOL), die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) und die Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) zu beachten.“

Mit einer Gesetzesformulierung, die in diese Richtung geht, die **Problematik der Nachunternehmen** (bei Weitergabe durch den Auftragnehmer) und auch unterhalb der oben genannten Schwellenwerte greift, könnte nach unserer Überzeugung eine mittelstandsfreundliche Ausgestaltung erreicht werden.

- **Kontrolle**

Der Erfolg des Mittelstandsförderungsgesetzes hängt allerdings maßgeblich von der **Kontrolle seiner Umsetzung** (primär in der Kommune) ab. Wie unsere Umfrage (siehe Frage 7) gezeigt hat, gibt es an dieser Stelle **belegbare Defizite**. Ausschreibungen sind fehlerhaft oder unvollständig, den von der EU vorgeschriebenen Veröffentlichungspflichten wird teilweise nicht nachgekommen.

Unseres Erachtens muss die **Zweigliedrigkeit des Rechtsschutzes** (GWB überhalb der Schwellenwerte mit förmlichen Verfahren und unterhalb der Schwellenwerte nur durch die Anrufung der VOB- Stellen bzw. Aufsichtsbehörden ohne die Möglichkeit gerichtliche Hilfe in Anspruch zu

nehmen) **aufgehoben werden**. Auch unterhalb der Schwellenwerte muss es ein Verfahren geben, das dem benachteiligten Bieter die Möglichkeit gibt, effektiven Rechtsschutz zu erhalten.

Auch müssen **verbindliche Fristen** vorgeben werden, innerhalb derer den Bieterbeschwerden nachgegangen werden muss bzw. Möglichkeiten geschaffen werden, das Vergabeverfahren bis zu einer Entscheidung auszusetzen bzw. einen Zuschlag zu verhindern. Ähnlich den Regelungen zum einstweiligen Rechtsschutz in der Zivilprozessordnung (ZPO) könnte zum Ausgleich daran gedacht werden, eine Schadensersatzpflicht des Bieters zu bestimmen für den Fall offensichtlich aussichtsloser oder willkürlicher Beschwerden, um keine Beschwerdewelle auszulösen.

Frage 9: Aus welchen Gründen liegt eine Anwendung der Verdingungsordnungen auch durch privatrechtlich organisierte Gesellschaften, die von der öffentlichen Hand beherrscht werden, im besonderen Interesse des Mittelstands?

Die öffentliche Hand hat in den letzten Jahrzehnten massiv **öffentliche Aufgaben** – und die damit verbundenen **öffentlichen Aufträge** – **privatisiert**. Zu welchen Verflechtungen dies bereits auf kommunaler Ebene führt, haben wir bereits ausgeführt (siehe Frage 4a). Daher erachten wir es für unabdingbar, dass **die Verdingungsordnungen auch durch privatrechtlich organisierte Gesellschaften angewendet werden**.

Erneut kritisieren wir am vorliegenden Entwurf (konkret Art. 18 (5)) seine Unverbindlichkeit und Ungenauigkeit. So regen wir an, **die aktuelle Fassung durch die vom Februar 2002 zu ersetzen**, die wie folgt lautete:

„Die in Art. 1 Abs. 2 genannten juristischen Personen sind verpflichtet, ihre Gesellschaftsrechte in Unternehmen des privaten Rechts, auf die sich durch mehrheitliche Beteiligung oder in sonstiger Weise direkt oder indirekt bestimmenden Einfluss nehmen können, so auszuüben, dass diese bei Aufträgen unterhalb der gem. § 100 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) festgelegten Schwellenwerte die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) und die Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) anwenden.“

Alternativ bzw. ergänzend schlagen wir die Formulierung in **§ 15a des Hamburger Mittelstandsförderungsgesetzes** vor:

„(1) Juristische Personen des öffentlichen Rechts (...) sind verpflichtet, ihre Gesellschaftsrechte in Unternehmen des öffentlichen und privaten Rechts, an denen sie durch mehrheitliche Beteiligungen oder in sonstiger Weise direkt oder indirekt bestimmenden Einfluss nehmen können, so auszuüben, dass diese die Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) und die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) (...) auch dann anwenden sollen, wenn dies rechtlich nicht zwingend erforderlich ist.

(2) Absatz 1 gilt nicht für Unternehmen, die mit mindestens 80 von Hundert ihres Umsatzes im entwickelten Wettbewerb zu anderen Unternehmen stehen, soweit sie Aufträge in diesem Sektor vergeben.“

München, den **25.10.06**,
Thomas Schörg, Stellv. Hauptgeschäftsführer