

Prof. Dr. Raabe • Walkerdamm 4-6 • 24103 Kiel

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Wirtschaftsausschuss
Herrn Vorsitzenden Christopher Vogt, MdL
Landeshaus
Düsternbooker Weg 70
24105 Kiel

Per E-Mail: wirtschaftsausschuss@landtag.ltsh.de

25. November 2012

Entwurf Tariftreue- und Vergabegesetz Schleswig-Holstein – TTG, LT- Drucks. 18/187

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,
sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

als auf das Vergaberecht spezialisierter und auch rechtspolitisch engagierter Rechtsanwalt, dessen Lehrtätigkeit an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel sich ebenfalls auf das Vergaberecht erstreckt, erlaube ich mir, mich aus eigener Initiative mit einer Anregung zu dem oben genannten Gesetzentwurf an Sie zu wenden, in der Hoffnung, dass Sie diese in Ihren anstehenden Beratungen noch berücksichtigen können. Ich möchte betonen, dass ich nur meine persönliche Meinung als Rechtsanwender und Rechtslehrer zum Ausdruck bringe und ohne jeden Auftrag Dritter handele.

Dabei möchte ich nicht die rechtspolitisch strittigen Themen wie Tariftreue/Mindestlohn, umweltfreundliche und sozialverträgliche Beschaffung und gleichstellungspolitische Elemente bewerten und auch die Frage nach der Gesetzgebungskompetenz des Landes im Bereich der Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte ausklammern – nicht, weil dies alles nicht erörterungsbedürftig wäre, sondern weil hierzu ausweislich des Landtagsinformationssystems schon viele Stellungnahmen interessierter Kreise vorliegen.

Vielmehr möchte ich Ihre Aufmerksamkeit auf insoweit neutrale rechtssystematische bzw. gesetzgebungstechnische („handwerkliche“) Aspekte mit weit reichenden vermutlich nicht beabsichtigten Konsequenzen lenken. Sie stehen im Zusammenhang mit der vorgesehenen Aufhebung von § 14 und 15 des Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetzes (MFG).

1. Kein gesetzlicher Anwendungsbefehl für VOB/A und VOL/A

Art. 2 des Entwurfs sieht vor, dass die §§ 14 und 15 MFG aufgehoben werden. Ausweislich der Begründung soll dies erfolgen, „da alle vergabespezifischen Regelungen im TTG geregelt werden“. Letzteres ist aber nicht der Fall.

Im Entwurf des TTG fehlt nämlich ein „Anwendungsbefehl“ zur Anwendung der Vergabeordnungen VOB/A und VOL/A für Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte im Rahmen des vergaberechtlichen Kaskadensystems (oberhalb derselben ergibt sich der Anwendungsbefehl aus dem GWB und der Vergabeverordnung des Bundes).

Dieser Anwendungsbefehl ist bislang in § 14 Abs. 3 MFG für alle öffentlichen Auftraggeber (gemäß § 14 Abs. 2 MFG) enthalten. Dazu enthält die auf der Grundlage von § 15 MFG erlassene Schleswig-Holsteinische Vergabeverordnung (SHVgVO) präzisierende Regelungen.

Der Gesetzentwurf des TTG setzt zwar an vielen Stellen ersichtlich die Anwendung von VOB/A und VOL/A voraus (etwa in § 6, § 10), regelt aber nicht, dass diese Anwendung auch erfolgt. An einer solchen expliziten Regelung würde es nach der Verabschiedung des Entwurfs in Schleswig-Holstein gänzlich fehlen.

Für das Land und landesunmittelbare Personen des öffentlichen Rechts wäre man auf die haushaltsrechtliche Bestimmung von § 55 Landeshaushaltsordnung zurückgeworfen, die aber die Vergabeordnungen und die Verfahrensarten nicht nennt und auch die Präzisierungen der SHVgVO nicht kennt.

Für die Gemeinden würde es selbst an einer solchen Regelung fehlen, da der frühere § 29 GemHVO bereits 2003 aufgehoben wurde; es verblieben dann nur die allgemeine Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Insoweit unterscheidet sich die Rechtslage auch deutlich von derjenigen in Nordrhein-Westfalen, an welche der Gesetzentwurf an vielen Stellen angelehnt ist.

Die Verabschiedung des Entwurfs in der jetzigen Form ohne einen Anwendungsbefehl hinsichtlich der Vergabeordnungen würde nicht nur zu einem erheblichen Verlust an Rechtsklarheit führen. Sie würde auch bewirken, dass insbesondere für so genannte funktionale öffentliche Auftraggeber (im Sinne der Regelung von § 98 Nr. 2 GWB bzw. § 14 Abs. 2 Nr. 2 MFG) unterhalb der Schwellenwerte gar kein geschriebenes Vergaberecht mehr gelten würde, also beispielsweise für rechtlich verselbstständigte Stadtwerke, Hallenbetriebe, Abfallentsorgungsgesellschaften, Krankenhaus-GmbHs usw. Ist das beabsichtigt?

Damit wäre insbesondere das Ziel von § 3 TTG-Entwurf konterkariert, unterhalb der Schwellenwerte minimale Transparenzanforderungen im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auch unterhalb der Schwellenwerte vorzusehen.

2. „Freiwilligkeit“ der Anwendung der Vergabegrundsätze für Kommunen

Im Zusammenhang damit ist auch ein weiterer rechtssystematischer fraglicher Aspekt des Entwurfs zu sehen.

In § 2 Abs. 2 des Entwurfs wird die Anwendung des Gesetzes nämlich den Gemeinden und Gemeindeverbänden sowie ihrer Aufsicht unterliegenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts insgesamt freigestellt. Diese Regelung ist nicht nur mit dem Wortlaut von § 2 Abs. 6 des Entwurfs schwer vereinbar, sondern würde auch inhaltlich dazu führen, dass nicht einmal die in § 3 geregelten allgemeinen Grundsätze für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen für die kommunalen öffentlichen Auftraggeber gelten würden.

Die Formulierung von § 2 Abs. 2 scheint mir dem bisherigen § 14 Abs. 8 MFG nachgebildet, der sich aber nur auf die bisherigen Regelungen zur Tariftreue bezieht. Meines Erachtens wäre es daher systematisch konsequent, wenn sich § 2 Abs. 2 sich ebenfalls nur auf die diesbezüglichen Regelungen des neuen TTG beziehen würde, nicht aber auf die allgemeinen vergaberechtlichen Regelungen wie § 3, § 6, § 9 Abs. 3 Nr. 3-5, § 10 usw.

3. Weitere Folgen der Komplett-Aufhebung von § 14 u 15 MFG

Erlauben Sie bitte auch den weiteren Hinweis, dass der vorgesehenen Aufhebung von § 14 MFG auch weitere vergaberechtliche Regelungen zum Opfer fallen würden, deren Erhalt mutmaßlich in der Intention des Gesetzgebers des TTG liegen würde. Dies betrifft etwa die bislang in § 14 Abs. 9 MFG geregelten Maßnahmen zur Korruptionsbekämpfung (unabhängig vom Korruptionsregister) sowie die Informationspflicht aus § 14 Abs. 10 MFG.

Da infolge der Aufhebung von § 15 MFG auch die Schleswig-Holsteinische Vergabeverordnung ihre Grundlage verlieren würde, würden auch Regelungen wie die entsprechende Anwendung von § 16 der Vergabeverordnung des Bundes zur Vermeidung der Mitwirkung von voreingenommenen Personen entfallen oder jedenfalls nicht fortgeführt werden können.

Unbeabsichtigt dürfte auch sein, dass die Regelungen zu Ausnahmen von der Vergabepflicht analog dem Ausnahmekatalog des GWB (bislang in § 14 Abs. 11 MFG) nicht länger gelten sollen; hier wäre ein aktualisierter Verweis auf die §§ 100 bis 100c GWB zu empfehlen.

Auch spezielle landesrechtliche Ausnahmetatbestände, die auf das MFG Bezug nehmen (etwa § 92 Abs. 2 Hochschulgesetz) würden leerlaufen.

4. Lösungsvorschläge

Die aufgezeigten systematischen Verwerfungen könnten in verschiedener Weise vermieden werden.

Eine Möglichkeit wäre, § 14 und § 15 MFG eben nicht insgesamt aufzuheben, sondern nur die Vorschriften, die im TTG neu geregelt werden, insbesondere also § 14 Abs. 4-6, Abs. 7 Nr. 3 und Abs. 8. Dies wäre der einfachste und sicherste Weg.

Wenn an dem Ziel festgehalten werden soll, alle vergaberechtlichen Regelungen in einem einzigen Gesetz zu vereinen, sollten umgekehrt die Regelungen von § 14 Abs. 3, Abs. 9-11 in den neuen Entwurf aufgenommen werden, zweckmäßigerweise im Rahmen von § 3 TTG-Entwurf. Ebenso sollte dann die Verordnungsermächtigung in § 21 TTG-Entwurf um den Katalog von § 15 MFG erweitert werden.

Ferner wäre § 2 Abs. 2 TTG-Entwurf entsprechend anzupassen. Schließlich wäre das übrige Landesrecht auf Änderungsbedarf zu überprüfen, damit bisherige Regelungen nicht leerlaufen (siehe oben).

Ich würde mich freuen, wenn der Wirtschaftsausschuss meine Anregungen in seinen Beratungen erwägen würde und verbleibe

mit freundlichen Grüßen



Prof. Dr. Marius Raabe