



BDI

Bundesverband der
Deutschen Industrie e.V.

Herausforderungen aus Sicht der Industrie

Wettbewerbspolitische Forderungen für
die Legislaturperiode 2013 – 2017

Inhaltsverzeichnis

Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb – keine Überfrachtung mit gesellschaftspolitischen Zielen.....	5
Wirtschaftsverfassung	6
1. Wettbewerbsgleichheit öffentlicher und privater Anbieter herstellen – keine pauschale Ausnahme öffentlich-öffentlicher Kooperation vom Vergaberecht	6
2. Stärkere Verantwortung der Mitgliedstaaten bei der Beihilfenkontrolle.....	6
Kartellrecht	8
3. Private Rechtsdurchsetzung im Wettbewerbsrecht: Missbrauch verhindern.....	8
4. Bußgeldpolitik: Grundzüge im Gesetz regeln	8
5. Achte GWB-Novelle: Mit Augenmaß zu mehr Wettbewerb	9
6. Kronzeugenanträge: Einführung eines »One-Stop-Shop«	10
Vergaberecht.....	11
7. Vergabeausschüsse: Expertise der Unternehmen nutzen.....	11
8. Sekundärzwecke: Berücksichtigung strikt auftragsbezogen	11
9. Vergaberechtlicher Rechtsschutz: Vereinheitlichung dringend geboten	11
10. Wertgrenzen: Bundesweit einheitlich und angemessen einführen.....	12
Impressum	14

Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb – keine Überfrachtung mit gesellschaftspolitischen Zielen

Das Wettbewerbsprinzip gerät in Vergessenheit. Dabei ist es das Fundament unserer Wirtschaftsordnung und Grundlage des Wohlstandes. Die Wirtschafts- und Finanzkrise ist nicht etwa wegen der Grundordnung der sozialen Marktwirtschaft entstanden, sondern wegen zahlreicher Missachtungen ihrer Prinzipien. Deshalb ist die wachstumsfreundliche Gestaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen für unternehmerisches Handeln unerlässlich für Deutschland und Europa.

Nahezu jede politische Initiative, die national oder supranational auf Änderung des Rechtsrahmens abzielt, wird mit gesellschaftspolitischen Zielen begründet, etwa die geplante Einführung kollektiver Rechtsschutzinstrumente. Auch sollen »soziale« Aspekte im Vergaberecht stärker Berücksichtigung finden. Ähnliche Ziele finden sich in tarifpolitischen und anderen Feldern wieder, etwa im Zusammenhang mit den Stichworten Frauenquote und Tariftreue. Auch die »Rekommunalisierung« von Leistungen der Daseinsvorsorge wird mit der Sicherung der Grund-

versorgung des Bürgers durch die öffentliche Hand, der »demokratisch-bürgerschaftlichen Kontrolle« kommunaler Gebietskörperschaften und »gerechten« Entgelten in Form von Gebühren begründet und damit der Wettbewerbsaufsicht entzogen. Ähnliches gilt für den Gesundheitssektor. Dabei ist es ordnungspolitisch verfehlt, den Rechtsrahmen zu benutzen, um kurzfristig wirksame politische Opportunitäten zu bedienen oder gar außer Kraft zu setzen. Wettbewerbspolitik muss die größeren Zusammenhänge im Blick haben. Nicht jeder Aktionismus ist zugleich nachhaltig.

Um ein wettbewerbsfähiges Umfeld zu gewährleisten, müssen Gesetzgeber und Regierung aus Sicht des BDI in der kommenden Legislaturperiode insbesondere die in diesem Kompendium zusammengestellten zehn Punkte in den Bereichen Wirtschaftsverfassung, Kartell- und Vergaberecht in den Blick nehmen und ihre Auswirkungen auf unternehmerisches Handeln, Wachstum und Beschäftigung, Innovation und Nachhaltigkeit beachten.



Dr. Stefan John
Vorsitzender des BDI-Ausschusses
für Wettbewerbsordnung



Dipl.-Ing. Thomas Echterhoff
Vorsitzender des BDI-Ausschusses
Öffentliches Auftragswesen

Wirtschaftsverfassung

1. Wettbewerbsgleichheit öffentlicher und privater Anbieter herstellen – keine pauschale Ausnahme öffentlich-öffentlicher Kooperation vom Vergaberecht

Die öffentliche Hand hat in einigen marktbezogenen Dienstleistungsbereichen ihre Tätigkeit in der letzten Zeit wieder merklich ausgebaut. Länder und Gemeinden sind weiterhin auf den Märkten besonders aktiv, die erst vor kurzem liberalisiert worden sind. Zudem besteht ein Trend zur Rekommunalisierung bereits privatisierter Leistungen, zuweilen unter dem Vorwand, dass die Versorgungssicherheit nur durch eigene wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und deren demokratische Kontrolle durch die Staatsbürger gewährleistet sei. Gebietskörperschaften gehen dazu über, eigene Strukturen neben den bestehenden privaten aufzubauen oder private Dienste wieder in hoheitliche Führung zurückzuholen.

Ordnungspolitisch besonders kritisch zu bewerten ist, dass lukrative Bereiche der Daseinsvorsorge von einigen Landesgesetzgebern (z. B. Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz) grundsätzlich als »nicht wirtschaftlich« klassifiziert worden sind; Kommunen werden dadurch von vorneherein gewinnträchtige Bereiche zugesichert, ohne dass Fragen nach Effizienz und Wirtschaftlichkeit gestellt werden und ohne dass die Privatwirtschaft eine Chance hätte, ihre Leistungen anzubieten. Aber selbst bei der Einstufung als »wirtschaftlich« wird es für die Privatwirtschaft schwieriger, die durch Reformen des Gemeindewirtschaftsrechts aufgebauten Hürden zu nehmen. Gemeinden müssen sich kaum noch rechtfertigen, selbst wirtschaftlich tätig zu werden. Private Unternehmen müssen oft zeigen, dass sie in den lukrativen Bereichen, wie etwa der Energieversorgung, der Wasserversorgung, der Abfallentsorgung und des öffentlichen Personennahverkehrs, besser wirtschaften als die kommunalen Unternehmen, weil das für diese Dienste geltende Subsidiaritätsprinzip umgekehrt worden ist. Damit wird die Privatwirtschaft aus Geschäftsfeldern, deren Dynamik sie in der Vergangenheit selbst geprägt hat, verdrängt. Dadurch gehen Steuereinnahmen in beträchtlicher Höhe verloren.

Der BDI votiert für einen fairen Wettbewerb um das beste Angebot, auch in den Bereichen der Daseinsvorsorge. Es geht also um den Wettbewerb »in« der und nicht »um« die Daseinsvorsorge. Dazu gehört auch der Abbau von Steuerprivilegien für öffentlich-rechtlich verfasste Unternehmen. Während die Privatwirtschaft auf ihre Rechnungen 19 Prozent Umsatzsteuer aufschlagen muss, können kommunale Betriebe ihre Leistungen ohne Umsatzsteuer

anbieten. Das führt zu Wettbewerbsverzerrungen und verfälschter Wahrnehmung der Leistungen der Privatwirtschaft. Der BDI plädiert daher für die Herstellung der Wettbewerbsgleichheit kommunaler und privater Anbieter insbesondere bei der Umsatzsteuer, wie sie bereits im Koalitionsvertrag von 2009 niedergelegt wurde.

Faire Wettbewerbsbedingungen zwischen staatlichen und privaten Anbietern lassen sich am besten durch transparente Ausschreibungsverfahren erzielen. Denn dass bestimmte Dienste insbesondere der Daseinsvorsorge erbracht werden müssen und der Staat dafür die Erfüllungsverantwortung hat, sagt noch nichts darüber aus, wer diese Dienste zu erbringen hat. Jedenfalls ist damit keine Vorentscheidung darüber getroffen worden, dass die öffentliche Hand selbst eintreten muss. Ausschreibungen nach Möglichkeit zu umgehen und durch Reform des Gemeindewirtschaftsrechts »ausschreibungsfreie Räume« zu schaffen führt dazu, dass marktgängige Leistungen ohne belastbare Markterkundung von den Gemeinden selbst erbracht werden. Dann aber fehlt es an Korrektiven für die Art der Leistungserbringung und den dafür zu zahlenden Preis. Länder und Gemeinden gehen deshalb ordnungspolitisch derzeit in die falsche Richtung.

Vor allem Kommunen sind bestrebt, Kooperationen zwischen Gebietskörperschaften, insbesondere bei originär öffentlichen Aufgaben wie der Abfallentsorgung, pauschal von der Anwendung des Vergaberechts auszunehmen. Öffentliche Auftraggeber sind zwar nach gegenwärtigem Recht grundsätzlich frei in ihrer Entscheidung, diese Leistungen selbst zu erbringen oder ausführen zu lassen. Entscheiden sie sich jedoch dafür, die Leistungserbringung an Dritte – einschließlich weiterer Gebietskörperschaften oder öffentlicher Unternehmen – zu übertragen, muss das wirtschaftlichste Angebot im Interesse der Steuerzahler im Wettbewerb unter Anwendung des Vergaberechts ermittelt werden. Um den Wettbewerb zu eröffnen, müssen private Unternehmen die Chance erhalten, sich an Ausschreibungen zu beteiligen. Daher darf es keine pauschalen Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht bei öffentlich-öffentlichen Kooperationsformen geben.

2. Stärkere Verantwortung der Mitgliedstaaten bei der Beihilfenkontrolle

Eine hohe Beihilfendisziplin auf nationaler Ebene sowie eine effektive Beihilfenkontrolle sind für den europäischen Binnenmarkt unerlässlich. Investitionen in Europa entstehen vorrangig durch eine Belebung der Konjunktur, durch Wachstum und durch Deregulierung und nicht durch Beihilfen. Wenn ausnahmsweise kein tragfähiger

Wettbewerb existiert und Marktversagen vorliegt, können Beihilfen unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein. Die durch die EU-Kommission durchgeführte umfassende Modernisierung des europäischen Beihilfenrechts will klarere Rahmenbedingungen setzen und Beihilfen stärker an den Leitlinien der Strategie »Europa 2020« ausrichten. Diese Ausrichtung auf wachstumsfördernde Maßnahmen, eine effizientere Nutzung öffentlicher Gelder und die Konzentration der Kommission auf potenziell besonders wettbewerbsverzerrende Beihilfenfälle begrüßt der BDI. Eine stärkere Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle muss aber Hand in Hand mit einer verstärkten Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten einhergehen. Um Wettbewerbsverzerrungen und unverhältnismäßige Beihilfen zu vermeiden und eine kongruente Anwendung der Vorschriften in den einzelnen EU-Ländern zu gewährleisten, bedarf es klarer Transparenz- und Informationspflichten der Mitgliedstaaten.

Hinsichtlich der neu in die Verfahrensverordnung eingeführten Markterkundungsinstrumente darf es nicht zu einem Kompetenzgewirr zwischen Mitgliedstaat und Kommission kommen. Hier müssen klare Vereinbarungen getroffen und ein ausreichender Informationsfluss zwischen nationaler Behörde und Kommission sichergestellt

werden. Anderenfalls wird die angestrebte Beschleunigung und Vereinfachung des Verfahrens gefährdet.

Es ist wichtig, die richtigen rechtlichen Rahmenbedingungen zu setzen, um die globale Wettbewerbsfähigkeit Europas zu bewahren und die Entwicklung von Innovationen nachhaltig zu fördern. Aus diesem Grund sollten Unklarheiten im Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation, beispielsweise bei der Frage der Zusammenarbeit zwischen Unternehmen und Forschungseinrichtungen, insbesondere bei Zugrundelegung der schwierigen Differenzierung zwischen »Auftragsforschung« und »Forschungskooperation«, beseitigt werden.

Ausgleichsleistungen oder Befreiungsregelungen durch nationale Belastungen zum Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen, die im globalen Wettbewerb stehen, sollten unter Einhaltung klarer objektiver Kriterien zulässig sein. Dies betrifft vor allem energieintensive Unternehmen, die im Falle einer – politisch gewollten und veranlassten – Finanzierung von Energie- und Umweltmaßnahmen durch Umlage über die Energiepreise besonders betroffen sind.

Kartellrecht

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist das »Grundgesetz der Marktwirtschaft«. Es soll sicherstellen, dass Unternehmen unabhängig voneinander auf den Märkten agieren und sich zueinander wettbewerbskonform verhalten. Das GWB muss hierzu die richtigen Rahmenbedingungen setzen, den Einklang mit supranationalen Bestimmungen herstellen und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren. Die 8. GWB-Novelle ist am 30. Juni 2013 in Kraft getreten. Es ist darauf zu achten, einige besonders umstrittene neue Vorschriften, zu denen noch Erfahrungen fehlen, mit Sorgfalt und Augenmaß anzuwenden und gegebenenfalls bei nächster Gelegenheit nachzubessern. Maßgebliche Bereiche des Kartellrechts werden von den Entwicklungen auf europäischer Ebene geprägt, weshalb stets auch der europäische Rechtsrahmen im Blick behalten werden muss.

3. Private Rechtsdurchsetzung im Wettbewerbsrecht: Missbrauch verhindern

Die EU-Kommission hat am 11. Juni 2013 einen Richtlinienvorschlag zu Schadensersatzklagen im Wettbewerbsrecht veröffentlicht, der noch durch den Rat und das Europäische Parlament angenommen werden muss. Der BDI unterstützt eine effektive Durchsetzung des Wettbewerbsrechts und stimmt mit der Kommission überein, dass durch Kartellverstöße erlittene Schäden kompensiert werden müssen. Auch der im Richtlinienentwurf angedachte verbesserte Schutz von Kronzeugen vor Offenlegung der Kronzeugenanträge in späteren Schadensersatzklagen ist wichtig, da anderenfalls die Attraktivität der wichtigen Kronzeugenprogramme leiden könnte.

Zugleich muss ein möglicher Missbrauch der Schadensersatzklagen oder eine ungerechtfertigte Bevorzugung einer der Parteien im Verfahren ausgeschlossen werden, wie sie vor allem in den U.-S.-amerikanischen Sammelklageverfahren zu erkennen ist. Die vorgeschlagenen Regelungen zur Offenlegung von Beweismitteln sind zu weitgehend, da sie unter Umständen die Vorlage ganzer Kategorien von Beweismitteln durch den Beklagten vorsehen und es dadurch in Europa zu Auswüchsen einer Pre-Trial-Discovery U.-S.-amerikanischen Stils kommen kann. Der BDI spricht sich zudem gegen eine Bindungswirkung von Behördenentscheidungen für die Gerichte anderer Mitgliedstaaten aus. Innerhalb der EU fehlt es noch an gleichen Mindeststandards für die Durchführung von behördlichen Kartellverfahren. Auch findet nicht in jedem Mitgliedstaat eine weitere gerichtliche Überprüfung statt. Aus rechtsstaatlichen Gründen muss die Bindungswirkung in einigen Fällen zumindest eingeschränkt werden, z. B. bei neuem Tatsachenvortrag, wenn offensichtliche Fehler bei der Tat-

sachenermittlung stattgefunden haben oder wenn die Verteidigungsrechte des Beklagten im behördlichen Verfahren nicht ausreichend gewahrt worden sind.

Bei der möglichen Einführung kollektiver Rechtsschutzelemente ist grundsätzlich Vorsicht geboten. Die EU-Kommission hat bewusst auf die legislative Einführung von EU-Sammelklagen verzichtet und sich auf eine Empfehlung an die Mitgliedstaaten zum kollektiven Rechtsschutz beschränkt. Der BDI appelliert an die Bundesregierung, sich dafür einzusetzen, dass im legislativen Verfahren keine Vorschriften zum kollektiven Rechtsschutz in die Richtlinie zu Schadensersatzklagen wegen Verletzung des Wettbewerbsrechts aufgenommen werden. Sammelklagen können aufgrund ihrer großen Öffentlichkeitswirksamkeit missbraucht werden, den Ruf beklagter Unternehmen schädigen und – wie die Erfahrung mit U.-S.-amerikanischen Sammelklagen zeigt – sie zur Einwilligung in einen Vergleich zwingen. Das leistet keinen Beitrag zu mehr Wachstum in Europa. Gerade in wirtschaftlich schwierigen Zeiten sollte eine Klagekultur, die zu zusätzlichen Belastungen für die Unternehmen führt, nicht gefördert werden.

4. Bußgeldpolitik: Grundzüge im Gesetz regeln

Der Gesetzgeber sollte die Grundzüge der Bußgeldzumessung im Kartellrecht, die derzeit in den Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren (»Bußgeldleitlinien«) festgelegt sind, in das GWB selbst aufnehmen. Die Ermächtigungsgrundlage (§ 81 Abs. 4 GWB) legt lediglich fest, dass die zu erlassende Geldbuße 10 Prozent des in dem der Behördenentscheidung vorausgegangenem Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes nicht überschreiten darf und dass bei der Höhe der Geldbuße die Schwere und die Dauer der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen sind. Dem Bundeskartellamt steht damit ein praktisch unbegrenzter Ermessensspielraum zu. Die nähere Ausgestaltung und Anpassungen des Sanktionssystems erfolgen lediglich durch Verwaltungsvorschriften.

Angeht es weiter steigender Bußgelder ist es unter Berücksichtigung des Wesentlichkeitsvorbehalts und des Grundsatzes der Gewaltenteilung unerlässlich, dass die wesentlichen Grundzüge des Sanktionssystems durch den deutschen Gesetzgeber festgelegt werden. Der Hinweis auf »Schwere« und »Dauer« der Zuwiderhandlung dürfte wie im europäischen Recht als nicht ausreichend bestimmt anzusehen sein. Der Bundesgerichtshof hat im April 2013 in der Sache »Grauzementkartell« kritisiert, dass es an einem ausreichenden gesetzlichen Maßstab fehlt, an dem sich die

Bußgeldbemessung im Einzelfall orientieren müsse. Dieser Maßstab könne nicht durch untergesetzliche »Leitlinien« des Amtes oder der EU-Kommission ersetzt werden. Hier besteht offensichtlich Handlungsbedarf seitens des Gesetzgebers. Die Überarbeitung der Bußgeldleitlinien durch das Bundeskartellamt selbst (Stand: 25. Juni 2013) ist in diesem Zusammenhang keinesfalls ausreichend. Daneben fehlt es auch in der einschlägigen EU-Kartellverfahrensverordnung an detaillierten und ausreichend bestimmten Grundsätzen zur Bußgeldfestsetzung. Dass die Größenordnung eines drohenden Bußgeldes oft nicht einmal ansatzweise bestimmbar ist, kann für Unternehmen zu großen Schwierigkeiten führen – bei der Finanzierung ihres operativen Geschäfts, bei Investitionen und bei der Bildung angemessener Rückstellungen. Auch muss klar geregelt werden, welches Unternehmen Adressat einer Sanktion sein soll. Eine kapitalmäßige Verflechtung kann kein alleiniges Zurechnungskriterium sein, sondern allein die Beteiligung an oder die Billigung der rechtswidrigen Handlung.

Notwendig ist die ausdrückliche gesetzliche Klarstellung, dass konzernweite umfassende und effektive Compliance-Systeme der Unternehmen bußgeldmindernd wirken sollten. Damit können Wettbewerbsbehörden wettbewerbsförderndes Verhalten von Unternehmen stärken und dem Umstand Rechnung tragen, dass ein Kartellrechtsverstoß durch einen Mitarbeiter weniger streng zu beurteilen ist als die Fälle, in denen die Unternehmensleitung keine Schritte zur Verhinderung möglicher Verstöße unternommen hat oder selbst an der Verletzung beteiligt war. Das Bundeskartellamt sollte daher von seinem Ermessen dahingehend Gebrauch machen, umfassende und effektive Compliance-Anstrengungen von Unternehmen bei der Bußgeldbemessung zu honorieren, so wie dies in anderen Rechtsordnungen der Fall ist. Richtungsweisend ist in der Gesetzesbegründung zur 8. GWB-Novelle die Klarstellung aufgenommen worden, dass nach den allgemeinen Grundsätzen der Bußgeldzumessung Compliance-Systeme bußgeldmindernd berücksichtigt werden können.

Daneben muss sichergestellt werden, dass konzernweite, umfassende und effektive Compliance-Bemühungen der Unternehmen keinesfalls bußgelderhöhend wirken oder als Nachweis bzw. Indiz für die bußgeldrechtliche (Mit-)Haftung eines Mutterunternehmens für seine Tochterunternehmen herangezogen werden.

5. Achte GWB-Novelle: Mit Augenmaß zu mehr Wettbewerb

Mit Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle gilt die neue Befugnis der Kartellbehörden, im Rahmen einer sog. Abstel-

lungsverfügung auch die Rückerstattung erwirtschafteter Vorteile infolge kartellrechtswidrigen Verhaltens anzuordnen. Der Ausgleich von Vermögensschäden ist aber grundsätzlich von den Geschädigten im Wege des Zivilrechts einzufordern. Diese Anordnung muss auf Fälle beschränkt werden, in denen die zivilrechtliche Durchsetzung des Beseitigungs- oder Schadenersatzanspruchs erkennbar Schwierigkeiten bereitet und in denen die Rückerstattung der missbräuchlich erlangten Mehrerlöse im öffentlichen Interesse liegt.

Die nun mögliche Anwendbarkeit der Fusionskontrolle auf gesetzliche Krankenkassen ist richtig, aber nur ein erster Schritt, um Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern. Der Gesetzgeber sollte konsequenterweise den zuvor parlamentarisch ausgehandelten Kompromiss zur Anwendung des Kartellrechts umsetzen. Dieser war vernünftig, da die Krankenkassen sich einerseits auf verstärkten Wettbewerb hätten einstellen müssen, andererseits dem Versorgungsauftrag der Krankenkassen ausdrücklich Rechnung getragen worden wäre. Deswegen sollte das GWB nur »entsprechend« angewendet werden. Der Europäische Gerichtshof entscheidet – soweit angerufen – ohnehin autonom nach dem »funktionalen Unternehmensbegriff«, ob eine Krankenkasse als Unternehmen im Markt auftritt oder nicht. Eine wirksame Wettbewerbskontrolle ist aber Voraussetzung für die Modernisierung des Gesundheitssystems hin zu einer effizienten, marktwirtschaftlichen Versorgung. Die Krankenkassen sollten daher im Interesse der Versicherten und im Interesse einer langfristig optimalen Versorgung der Patienten einer ähnlichen Aufsicht unterworfen werden wie beispielsweise die Lebensversicherer. Ziel ist ein vielgestaltiger Wettbewerb.

Dass die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht nun keine Anwendung mehr auf öffentlich-rechtliche Gebühren, Abgaben und Beiträge finden soll, ist ein falsches Signal und wird eine weitere »Flucht in die Gebühr« bei der Erbringung von Leistungen auslösen. Dadurch werden Anreize für eine Umgehung der Missbrauchsaufsicht gesetzt. Die Regelung entspricht auch nicht dem Interesse der Kunden an Preisen, die Effizienzgesichtspunkten folgen. Nicht die organisationsrechtliche Form der Versorgungsbetriebe und die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse zu den Kunden sollte darüber entscheiden, ob die Missbrauchsaufsicht greifen kann oder nicht. Verfahren gegen öffentlich-rechtliche Wasserversorger haben unverhältnismäßig hohe Gewinnspannen zu Lasten der Kunden aufgezeigt.

Mit der 8. GWB-Novelle wurde eine Entflechtungsbefugnis bei Kartellrechtsverstößen als Abhilfemaßnahme struktureller Art eingeführt. Ein missbrauchsunabhän-

giges Entflechtungsinstrument wäre verfassungswidrig, europarechtswidrig und auch aus wettbewerbspolitischen Gründen verfehlt. Entflechtungsverfahren beseitigen Effizienzen bei erfolgreichen Unternehmen und dämpfen die Investitionsbereitschaft, vernichten Kapital und erzielte Forschungs- und Entwicklungserfolge.

Die nach nationalem Recht überregulierte deutsche Fusionskontrolle, sofern diese auch Minderheitsbeteiligungen unter der Kontrollschwelle erfasst und bürokratischen Anmeldepflichten unterwirft, sollte nicht auf die europäische Ebene gehoben werden. Die EU-Fusionskontrolle ist bereits jetzt mit hohen Kosten und einem hohen administrativen Aufwand für die zur Anmeldung verpflichteten Unternehmen verbunden.

6. Kronzeugenanträge: Einführung eines »One-Stop-Shop«

Angesichts unklarer und variabler Behördenzuständigkeiten hängt es zu oft vom Zufall ab, ob ein Kronzeugenantrag überhaupt bei der richtigen Behörde gestellt wird. Es besteht also die Unsicherheit, ob der erste Antragsteller in einem Kronzeugenprogramm die Position als »Whistleblower« in dem Mitgliedstaat behalten kann, dessen Behörde letztlich den Fall bearbeitet, wenn er den Antrag vorher anderswo gestellt hat. Bedauerlicherweise weisen die bestehenden Kronzeugenprogramme in den Mitgliedstaaten nicht nur hinsichtlich der formellen Voraussetzungen, sondern auch bezüglich der rechtlichen Wirkungen große Differenzen auf. Theoretisch müsste ein Kronzeu-

genantrag bei jeder erdenklichen Behörde, die zuständig sein kann, einzeln beantragt werden – und dies möglichst gleichzeitig. Das hat sich in der Praxis als großes Hindernis erwiesen. Kaum ein Unternehmen kann sämtliche Eventualitäten im Voraus bedenken und in verschiedenen Mitgliedstaaten gleichzeitig das erste sein, das einen Kronzeugenantrag nach den dort geltenden Besonderheiten einreicht. Besteht nicht die Möglichkeit, einen sog. »Marker« zu setzen, stehen die Kosten zu einem ungewissen Nutzen in keinem Verhältnis. Wenn der Antrag eines Unternehmens nach einer nationalen Kronzeugenregelung nicht gleichzeitig auch als Antrag für entsprechende Kronzeugenregelungen anderer nationaler Rechtsordnungen gewertet wird, ist das ein hoher Unsicherheitsfaktor und wird vom Vorhaben der Inanspruchnahme eher abhalten. Sinnvoll ist daher eine »Erstreckungswirkung« der Kronzeugenprogramme (»One-Stop-Shop«). Das vom Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden entwickelte »ECN Model Leniency Programme« kann die dringend erforderliche Harmonisierung der Kronzeugenregelungen nicht ersetzen.

Die Vertraulichkeit von Unterlagen, die den Kartellbehörden im Zusammenhang mit einem Kronzeugen- bzw. Bonusantrag übermittelt werden, ist eine wichtige Voraussetzung für die Tragfähigkeit der Kronzeugenregelung insgesamt. Diese Vertraulichkeit sollte daher gesetzlich normiert und auch im Rahmen eventuell später erhobener Schadensersatzklagen gewahrt bleiben. Das Reformvorhaben der EU-Kommission zum verbesserten Schutz von Kronzeugenanträgen muss deshalb unterstützt werden.

Vergaberecht

Kernfunktion des Vergaberechts ist es, einen wirtschaftlichen Einkauf der öffentlichen Hand unter sparsamer Verwendung von Steuermitteln zu gewährleisten. Untrennbar damit verbunden ist die Einhaltung der Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung. Hieran sind das geltende Recht und dessen künftige Entwicklungen zu messen.

7. Vergabeausschüsse: Expertise der Unternehmen nutzen

Das Vergaberecht unterliegt einem stetigen Wandel. Neue Gesetze und Verordnungen – insbesondere auf Landesebene – haben zur Zersplitterung und Verkomplizierung des Vergaberechts beigetragen. Eine Konstante bilden hingegen die Vergabeordnungen, die nach wie vor die Verfahrensvorschriften enthalten. Sie werden traditionell erarbeitet durch die sog. Vergabeausschüsse, die satzungsgemäß und entgegen einer weit verbreiteten Meinung transparent mit Vertretern der Auftraggeber- und der Auftragnehmerseite besetzt sind. Die unmittelbare Einbindung der anbietenden Wirtschaft erhöht einerseits die Akzeptanz der anbietenden Unternehmen hinsichtlich der Regelungen der Vergabeordnungen und führt andererseits dazu, Expertise direkt aus der unternehmerischen Praxis für das Vergaberecht nutzbar zu machen. Dabei muss es im Interesse handhabbarer Regelungen bleiben.

8. Sekundärzwecke: Berücksichtigung strikt auftragsbezogen

Unternehmen, die sich an öffentlichen Aufträgen beteiligen wollen, sehen sich derzeit mit immer neuen gesellschaftspolitischen Forderungen konfrontiert. So sind auf Landesebene in jüngerer Vergangenheit z. B. der vergabespezifische Mindestlohn sowie vergabespezifische »equal pay«-Regelungen für Leiharbeitnehmer eingeführt worden. Derartige Regelungen sind mit dem Europarecht nicht vereinbar.

Die Ziele »Umweltschutz« und »sozialverantwortliches Handeln« sind grundsätzlich zu befürworten. Allerdings ist das primäre Ziel der öffentlichen Auftragsvergabe eine möglichst wirtschaftliche Bedarfsdeckung. Sekundäre Ziele sollten diese nicht überlagern und nicht über die öffentliche Auftragsvergabe, sondern vielmehr im Kontext ihrer jeweiligen Politikfelder verfolgt werden. Darauf hatte der EuGH bereits in der sog. Ruffert-Entscheidung hingewiesen.

Unverzichtbar aus Sicht des BDI ist es, dass etwaige zusätzliche allgemeinpolitische Kriterien bei der Vergabe unmittelbar auf den Auftragsgegenstand bezogen sind. Wann ein unmittelbarer Auftragsbezug vorliegt, bedarf einer klaren Regelung.

Abgesehen davon ist zu berücksichtigen, dass mit jeder zusätzlichen Anforderung Auftraggeber und Auftragnehmer zeitlich und finanziell stärker belastet werden. Nachweise müssen vom Auftragnehmer erbracht und vom Auftraggeber zu Beginn des Verfahrens sowie während der Erfüllung des Vertrages kontrolliert werden. Oft ist der Nachweis nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich. Dies gilt insbesondere für global agierende Unternehmen mit stark untergliederten Herstellungs- bzw. Produktionsketten, aber auch und besonders für mittelständische Anbieter.

Werden Ziele wie Frauenförderung, Ausbildung von Lehrlingen oder gleiche Bezahlung von Frauen und Männern kombiniert in Form von Anforderungen an Unternehmen in das Vergabeverfahren eingebracht, kann dies den Kreis der leistungsfähigen Bieter erheblich einschränken und damit die Auftragsvergabe verteuern und den Kreis der Wettbewerber einengen. Dieser Effekt wird noch verstärkt, wenn Anforderungen an Produktionsprozesse gestellt werden. Kein Unternehmen wird allein in Erwartung der Chance auf einen öffentlichen Auftrag seinen Produktionsprozess umstellen.

Besonders problematisch ist die Wirkung dieser Kriterien auf die Wettbewerbsintensität und die Korruptionsanfälligkeit der Vergabe. Denn das Missbrauchsrisiko, dass der öffentliche Auftraggeber den bevorzugten Bieter auswählt, erhöht sich erheblich durch die Kombination mehrerer wettbewerbsfremder Aspekte. Letztlich steigt auch die Streit anfälligkeit.

9. Vergaberechtlicher Rechtsschutz: Vereinheitlichung dringend geboten

Nach wie vor existiert kein einheitlicher vergaberechtlicher Rechtsschutz. Es ist jedoch nicht akzeptabel, dass mit nicht einmal 5 Prozent aller Ausschreibungen nur die europaweiten Ausschreibungen (ab 5 Mio. Euro im Baubereich, ab 200.000 Euro im Liefer- und Dienstleistungsbereich) mit einem effektiven vergaberechtlichen Primärrechtsschutz vor den spezialisierten Nachprüfungsinstanzen ausgestattet sind. Bei Unterschwellenaufträgen, die ca. 95 Prozent aller Ausschreibungen ausmachen, wird demgegenüber zumeist lediglich auf den Zivilrechtsweg mit der Möglichkeit der Geltendmachung eines Un-

terlassungsanspruches nur in eklatant rechtswidrigen Fällen verwiesen, in denen die Vergabestelle vorsätzlich rechtswidrig oder sonst in unredlicher Absicht oder willkürlich gehandelt hat. Ein effektiver Rechtsschutz für Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte würde deshalb entscheidend dazu beitragen, die Transparenz öffentlicher Aufträge zu erhöhen und die Wettbewerbsbedingungen zugunsten des Mittelstandes zu stärken. Das hatte der Koalitionsvertrag von 2009 bereits so gesehen. Der Rechtsschutz im Unterschwellenbereich sollte sich am Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich (§§ 102 ff. GWB) orientieren. Einzelne prozessuale Erleichterungen können dazu beitragen, etwaige Verzögerungen bei den Vergabeverfahren zu verhindern.

10. Wertgrenzen: Bundesweit einheitlich und angemessen einführen

In den Bundesländern bestehen Wertgrenzenregelungen in unterschiedlicher Höhe, die den Vergabestellen gestatten, im darunter liegenden Bereich Aufträge ohne weitere Begründung und ohne Teilnahmewettbewerb beschränkt auszuschreiben oder freihändig zu vergeben. Dies erschwert länderübergreifend anbietenden Unternehmen die Teilnahme am Vergabeverfahren, fördert intransparente Vergaben sowie Begünstigung und Korruption. Eine bundesweite Vereinheitlichung und eine Rückführung der Wertgrenzen auf ein angemessenes Maß sind unverzichtbar, um Wettbewerbsverzerrungen oder gar einen Wettbewerbsausschluss zu vermeiden.



Impressum

Herausgeber:

Bundesverband der Deutschen Industrie e. V. (BDI)
Breite Straße 29
10178 Berlin
Telefon: +49 30 20 28-0
www.bdi.eu

Redaktion:

Dr. Ulrike Suchsland, LL.M., Abteilung Wettbewerb, Öffentliche Aufträge und Verbraucher
Anja Mundt, Ass. iur., Abteilung Wettbewerb, Öffentliche Aufträge und Verbraucher

Gesamtredaktion:

Niels Lau, Abteilungsleiter Wettbewerb, Öffentliche Aufträge und Verbraucher

Layout und Druck:

DCM Druck Center Meckenheim
www.druckcenter.de

Verlag:

Industrie-Förderung GmbH, Berlin

Bildnachweis:

Cover: Michel Arencibia
www.man-design.net

Stand:

September 2013
BDI-Drucksache Nr. 465

