

Teil 1

Ausschussvorlage WVA/18/21 – öffentlich –

Stellungnahmen zu der mündlichen Anhörung

zu dem

Gesetzentwurf

der Fraktion DIE LINKE für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Hessisches Vergabegesetz – HVgG) vom 17. Dezember 2007 (GVBl. 1 S. 922)

– Drucks. [18/1075](#) –

und dem

Gesetzentwurf

der Fraktion der SPD für ein Gesetz zur Förderung und Stärkung kleinster, kleiner und mittlerer Unternehmen sowie der Freien Berufe und zur Vergabe öffentlicher Aufträge (Hessisches Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetz)

– Drucks. [18/3211](#) –

1. Hessischer Landkreistag	S. 1
2. Verband baugewerblicher Unternehmer Hessen e. V.	S. 7
3. Kanzlei Orrik Hölter & Elsing, Prof. Dr. Heiko Höfler	S. 9
4. IG Bauen-Agrar-Umwelt, Region Hessen	S. 17
5. Goethe-Universität Frankfurt, Dr. Florian Rödl	S. 67
6. Bundesverband der mittelständischen Wirtschaft, Landesgeschäftsstelle Hessen/Mitte	S. 78
7. Verband Freier Berufe in Hessen, Dr. Karin Hahne	S. 80



Hessischer Landkreistag

Hessischer Landkreistag · Frankfurter Str. 2 · 65189 Wiesbaden

Hessischer Landtag
Ausschuss für Wirtschaft und Verkehr
Ausschussvorsitzender
Postfach 32 40
65022 Wiesbaden

Frankfurter Str. 2
65189 Wiesbaden

Telefon (0611) 17 06 - 0
Durchwahl (0611) 17 06- 12

Telefax-Zentrale (0611) 17 06- 27
PC-Fax-Zentrale (0611) 900 297-70
PC-Fax-direkt (0611) 900 297-72

e-mail-Zentrale: info@hlt.de
e-mail-direkt: ruder@hlt.de

www.HLT.de

Datum: 07.02.2011

Az. : Ru/re/045.010

Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Verkehr

Ihr Schreiben vom 21.01.2011, Az.: I A 2.4

Sehr geehrter Herr Ausschussvorsitzender,

der Hessische Landkreistag hatte bereits Gelegenheit, seine Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf Drucksache 18/1075 abzugeben. Unsere Stellungnahme vom 16.11.2009 fügen wir als **Anlage** diesem Schreiben bei.

Weitere Anregungen werden unsererseits nicht für erforderlich gehalten.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Kaiser', is positioned above the printed name.

Kaiser

Geschäftsführender Direktor

Anlage



Hessischer
Landkreistag

Hessischer Landkreistag · Frankfurter Str. 2 · 65189 Wiesbaden

Hessischer Landtag
Ausschuss für Arbeit,
Familie und Gesundheit
z.Hd. Herrn Ausschussgeschäftsführer Schlaf

Schlossplatz 1-3
65183 Wiesbaden

Frankfurter Str. 2
65189 Wiesbaden

Telefon (0611) 17 06 - 0
Durchwahl (0611) 17 06- 15

Telefax-Zentrale (0611) 17 06- 27
PC-Fax-Zentrale (0611) 900 297-70
PC-Fax-direkt (0611) 900 297-99

e-mail-Zentrale: info@hlt.de
e-mail-direkt: wobbe@hlt.de
www.HLT.de

Datum: 16.11.2009
Az. : Wo/Se 045.010

Schriftliche Anhörung zum Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Hessisches Vergabegesetz- HVgG) vom 17.12.2007 (GVBl I S. 922) – Drucks. 18/1075

Ihr Schreiben vom 06.10.2009, Az. IA2.1
Stellungnahme des Hessischen Landkreistages

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für Ihr o.g. Schreiben und die Möglichkeit zur Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Hessisches Vergabegesetz- HVgG).

Aufgrund der engen Fristvorgabe war allerdings die Durchführung des üblichen verbandsinternen Beteiligungsverfahrens nicht möglich. Zwar wurden die hessischen Landkreise im Wege einer Kurzumfrage per E-Mail eingebunden. Allerdings konnte keine abschließende Beratung und Beschlussfassung der Gesamtstimmungnahme in den zuständigen Verbandsgremien des Hessischen Landkreistages durchgeführt werden. Die nachfolgende Stellungnahme steht somit unter dem Vorbehalt einer möglicherweise anders lautenden Bewertung durch die Gremien des Hessischen Landkreistages.

Vor diesem Hintergrund erklärt sich der Hessische Landkreistag zu dem Gesetzentwurf wie folgt:

A. Allgemein

Der vorliegende Gesetzentwurf ist vornehmlich geprägt durch seine sozial- und ordnungspolitische Ausrichtung. Er enthält mithin dem Grunde nach politische Ziele. Politische Ziele sind aber nicht immer vergaberechtskonform. Eine Reihe der postulierten Vorgaben wären in einem konkreten Submissionsfall nur schwer nachprüfbar. Bemühungen zur Deregulierung, zum Bürokratieabbau und zur Gesetzesvereinfachung würden konterkariert. Durch den Gesetzesvorschlag würden Vergabeverfahren weiter erschwert.

Im Ergebnis geht der Antrag der LINKEN über einen notwendigen Novellierungsrahmen hinaus. Die Aufnahme der von der Fraktion eingebrachten Punkte würde das Vergaberecht überfrachten und nicht mehr handhabbar machen. Ziel einer möglichen Novelle muss es dagegen sein, das hessische Vergabegesetz – soweit erforderlich und noch nicht abschließend geschehen (was im Rahmen dieser Stellungnahme nicht zu bewerten ist) - an EU-Vorgaben anzupassen.

Darüber hinaus sehen wir mit Blick auf die Kontrolle der beabsichtigten Vorgaben die Möglichkeit einer massiven Mehrbelastung, die auch zu Verzögerungen führen kann. Mit Sicherheit wären Mehrkosten zu erwarten; Hinweise zur Übernahme der Mehrkosten (seitens des Landes / „Konnexitätsprinzip“) werden vermisst.

Aus Sicht der Praxis ist der Gesetzentwurf der Landtagsfraktion DIE LINKE zur Änderung des Hessischen Vergabegesetzes daher abzulehnen.

B. Zu den Regelungen im Einzelnen

1. Zu § 3 des Entwurfes – Tariftreueerklärung

Das Hessische Vergabegesetz vom 17.12.2007 regelt bereits in § 2 HVgG das Kriterium der Tariftreue. Da die maßgeblichen Tarifentgelte noch nicht frei zugänglich bekannt gegeben wurden, sind sie für die Angebotsabgabe und die Vertragsausführung gemäß § 2 Abs. 3 HVgG unbeachtlich.

Eine Berücksichtigung der Entgelttarife im Vergabeverfahren würde einen Verstoß gegen europarechtliche Vorgaben darstellen. Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 03.04.2008 - Az.: C-346/06, die Gemeinschaftswidrigkeit solcher "Tariftreue"- Gesetze festgestellt. Ein Festschreiben eines am Ort der Erbringung der Leistung geltenden Tariflohns für Ausschreibungen und Vergaben öffentlicher Aufträge über Tariftreue- bzw. Landesvergabegesetze ist danach nicht zulässig. Bei Umsetzung des vorliegenden Gesetzentwurfs der Landtagsfraktion DIE LINKE müssten insoweit europarechtswidrige Regelungen bei fast allen Vergaben beachtet werden, da die bisherige Beschränkung auf Bau- und bestimmte Dienstleistungsaufträge wegfielen und zudem der „Schwellenwert“ von 50.000 Euro auf 10.000 Euro herabgesetzt würde.

Neben den ausgeführten rechtlichen Bedenken besteht zudem die Gefahr der Verfahrensverlängerung. Bei verpflichtender Berücksichtigung dieses vergabefremden Kriteriums ist zu befürchten, dass dies zu einer Vielzahl von Über- und Nachprüfungsverfahren vor der VOB-Stelle, der Vergabekammer und dem Vergabesenat des OLG Frankfurt führen wird. Darüber hinaus führt die verbindliche Berücksichtigung der vergabefremden Kriterien der Tariftreue und der beruflichen Erstausbildung, wie sie z.B. in § 6 vorgesehen ist, zu einer erheblichen Mehrbelastung kommunaler Haushalte.

Das Vergaberecht ist eignungs- und leistungsorientiert. Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen vergeben. Zwar können zusätzliche Anforderungen gestellt werden, diese müssen aber immer im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen. Gerade im Hinblick auf die angespannte Lage der kommunalen Haushalte bestehen Bedenken insoweit, als nach dem Gesetzesentwurf verbindlich Kriterien zur Entlastung der sozialen Sicherungssysteme festgeschrieben werden. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass der wissenschaftliche Beirat des Bundeswirtschaftsministeriums bei der Auswertung der bisherigen Vergabegesetze anderer Bundesländer in seinem Gutachten zu dem Ergebnis kommt, dass die verankerten Regelungen wie die Erstausbildung und die Tariftreue keine messbare Wirkung entfalten. Das dem vorliegenden Gesetzesentwurf sehr ähnliche Tariftreuegesetz in Nordrhein-Westfalen wurde bereits 2006 wieder vom Landtag aufgehoben, nachdem es sich nach einem Gutachten als insgesamt unwirksam, unpraktikabel und bürokratie-lastig herausstellte.

2. Zu § 4 des Entwurfes - Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen

Die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen ist - wie viele andere Vorgaben die ein Auftragnehmer nach dem vorliegenden Entwurf zu erfüllen hätte - schwerlich zu belegen. Konkret soll der Bieter im vorliegenden Fall die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen auch für die Herstellung der von ihm verwendeten Waren nachweisen. Da es diesbezüglich jedoch keine Zertifikate o.ä. gibt, ist dies eine Anforderung die der Bieter nicht erfüllen kann.

3. Zu § 5 des Entwurfes – Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen

Abgesehen davon, dass angesichts der angestrebten Zielsetzung semantisch richtig von einer Gleichstellung von Frauen und Männern zu sprechen wäre, handelt es sich bei der vorliegenden Regelung um vergabefremde Kriterien – um politisch determinierte Ziele, die nicht mit übergeordnetem Vergaberecht in Übereinstimmung zu bringen sind.

Von den Vergabestellen eine Bewertung der unterschiedlichen Frauenförderpläne zu erwarten – und dies bei der Auftragsvergabe zu berücksichtigen, ist darüber hinaus eine völlig praxisfremde Forderung.

Durch die Regelungen würden zudem kleine und mittelständische Unternehmen benachteiligt, was im Widerspruch zu § 8 des Entwurfes (Mittelstandsförderung) steht.

4. Zu § 6 - Berufliche Erstausbildung

Nach der bisherigen Regelung des § 3 HVgG kann die Entscheidung über den Zuschlag berücksichtigen, inwieweit eine angemessene Beteiligung des Bieters an der beruflichen Erstausbildung erfolgt. Nunmehr soll durch § 6 III eine Verpflichtung („ist“) begründet werden, den Zuschlag an solche Bieter zu erteilen, die 7% der Beschäftigungszahl als Ausbildungsplätze bereitstellen oder diesen Wert annähernd erreichen. In der vorgeschlagenen verpflichtenden Formulierung handelt es sich aus hiesiger Sicht um ein vergabefremdes Kriterium.

5. Zu § 7 II - Umweltfreundliche Beschaffung

Hinsichtlich § 7 II stellt sich die Frage, wann der Preis für ein umweltfreundliches Angebot tragbar ist, wenn dieses ggf. über den Preis eines günstigeren Angebotes ohne, beziehungsweise mit geringeren umweltfreundlichen Eigenschaften liegt. Eine genauere Definition wäre unabdingbar.

6. Zu § 8 des Entwurfes – Mittelstandsförderung

Das Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen gemäß § 8 ist bereits im Vergaberecht verankert. Durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz erfuhr die Mittelstandsklausel im GWB noch eine deutliche Aufwertung. Zusätzliche Bestimmungen sind daher nicht nötig.

7. Zu § 9 des Entwurfes – Nachunternehmereinsatz

Erhebliche Bedenken bestehen hinsichtlich der Einführung der Regelung zum Nachunternehmereinsatz gemäß § 9. Die sowohl nach den Basis- wie den „a-Paragrafen“ der VOB/A anzuwendende VOB/B trifft Regelungen zum Einsatz von Nachunternehmern. Danach bedarf es der Zustimmung des Auftragsgebers zu einem Nachunternehmereinsatz nicht, wenn der Betrieb des Auftragnehmers auf die Ausführung der Leistung nicht eingerichtet ist. Nach § 9 des Gesetzentwurfs würde ein Nachunternehmereinsatz aber ausnahmslos von der Zustimmung des Auftraggebers abhängig gemacht. Diese Regelung würde zu einer Eröffnung der Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB führen. Denn § 310 Abs. 1 S. 3 BGB regelt, dass eine Inhaltskontrolle nur dann nicht durchgeführt wird, wenn die VOB/B ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen wurde. Jede auch nur geringfügige Abweichung von der VOB/B führt zur Inhaltskontrolle.

8. Zu § 10 des Entwurfes – Wertung unangemessen niedriger Angebote

Die Regelung des § 10 zum Umgang mit unangemessen niedrigen Angeboten stößt auf rechtliche Bedenken. Nach den Verdingungsordnungen darf ein unangemessen niedriges Angebot nicht bezuschlagt werden. Diese Regelungen sind nicht bieterschützend, sondern dienen in erster Linie dem Schutz des Auftraggebers vor der Eingehung eines wirtschaftlichen Risikos. Der Auftraggeber läuft bei der Zuschlagserteilung auf ein solches Unterangebot Gefahr, dass der Auftragnehmer in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät und den Auftrag nicht oder nicht ordnungsgemäß, insbesondere nicht mängelfrei, zu Ende führt. Der vorliegende

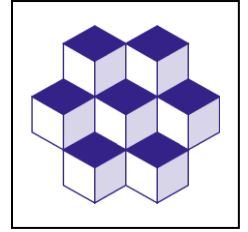
Gesetzesentwurf kehrt diesen Grundsatz um. Den Bietern würde hiernach ein einklagbarer Anspruch auf Überprüfung unangemessener Angebote gegeben. Darüber hinaus sind nach den Beschlüssen der Vergabekammern und der OLG-Vergabesenaten als Anhaltspunkt für einen unangemessen niedrigen Preis grundsätzlich neben den Angebotssummen der anderen Bieter die Preisvorstellungen des Auftraggebers heranzuziehen. Der prozentuale Abstand des Angebotspreises zum zweitplatzierten Angebot gibt insoweit allein keine Auskunft darüber, ob ein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung besteht. Es ist vielmehr mangels entgegenstehender Indizien davon auszugehen, dass jeder im Wettbewerb stehende und ernsthaft am Auftrag interessierte Bieter ein marktorientiertes Angebot abgibt. Der Gesetzesentwurf verkennt, dass es angesichts unterschiedlicher betriebsindividueller Verhältnisse dabei auch zu größeren Preisunterschieden kommen kann, was in der Natur der Sache liegt.

Wir bitten um Kenntnisnahme.

Mit freundlichen Grüßen

W o b b e
Referatsleiter

VERBAND
BAUGEWERBLICHER
UNTERNEHMER
HESSEN E.V.



Verband baugewerblicher Unternehmer Hessen e. V.
Postfach 50 02 51 · 60392 Frankfurt am Main

Hessischer Landtag
Herrn Clemens Reif
Vorsitzender des Ausschusses für
Wirtschaft und Verkehr
Postfach 3240
65022 Wiesbaden

per E-Mail: h.schnier@ltg.hessen.de

Hausanschrift

Emil-von-Behring-Straße 5
60439 Frankfurt am Main

Kommunikation

Telefon (069) 9 58 09-0
Telefax (069) 9 58 09-233
baugewerbe@bgvht.de
www.bgvht.de

Datum

3. März 2011

Ihr Zeichen

Ihr Schreiben

Unser Zeichen

vb/di

Tel.-Durchwahl

(069) 9 58 09-101

Fax-Durchwahl

(069) 9 58 09-9 101

E-Mail

diefenbach@bgvht.de

**Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Verkehr
am 31. März 2011**

Sehr geehrter Herr Reif,
sehr geehrte Damen und Herren,

wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 08.02.2011 und die Übersendung von zwei
Gesetzentwürfen der Fraktionen DIE LINKE und der SPD.

Gerne werde ich für den Verband baugewerblicher Unternehmer Hessen bei der
mündlichen Anhörung am 31. März 2011 teilnehmen und stehe für Fragen der Abge-
ordneten zur Verfügung.

Vorab dürfen wir Ihnen mitteilen, dass wir grundsätzlich sämtliche Maßnahmen, die
den Mittelstand stärken und der Förderung von kleinen und mittleren Unternehmen
dienen, begrüßen. Der Gesetzgeber hat die Rahmenbedingungen zu setzen, um es
kleinen und mittleren Unternehmen zu ermöglichen, sich erfolgreich am Wettbewerb
zu beteiligen.

Zugleich sollte die öffentliche Hand aber auch eine Vorreiterrolle einnehmen, in dem
sie nicht dem billigsten, sondern dem wirtschaftlichsten Angebot den Zuschlag erteilt.

Im Vorfeld der Sitzung geben wir folgende – nicht abschließende – Hinweise zu den
Gesetzentwürfen:

1. Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE

- In § 3 wird eine Tariftreue verlangt, wonach die Unternehmen sich schriftlich
verpflichten müssen, mindestens ein Entgelt zu zahlen, das den Vorgaben des
Tarifvertrages entspricht. Wir dürfen darauf hinweisen, dass dies in der Praxis
schwer zu kontrollieren ist. Unsere Unternehmen zahlen nicht nur den Min-
destlohn, sondern Tariflöhne. Diese Tariflöhne liegen weit über den Mindest-
löhnen, aber selbst die erfolgreichen Aktivitäten der Finanzkontrolle Schwarz-
arbeit (FKS) können nur den Mindestlohn kontrollieren. Zudem gilt es zu be-
rücksichtigen, dass allein gesetzliche Sanktionen nicht ausreichen. Vielmehr
ist zwingend notwendig, dass bei Verstößen auch anschließend ein Vollzug

- der geltenden gesetzlichen Bestimmungen stattfindet.
- Wir weisen auch darauf hin, dass § 5 für unsere Unternehmen unrealistisch ist, wenn Betriebe mit einer Beschäftigtenzahl von 21 oder mehr Beschäftigten einen Nachweis über einen betrieblichen Frauenförderplan erbringen müssen. Gerade im Bauhauptgewerbe ist die Vielzahl der Mitarbeiter männlich und zudem führt ein solcher Weg zu einem weiteren Bürokratieaufbau.
 - Im Hinblick auf § 9 – dem Nachunternehmereinsatz – weisen wir darauf hin, dass die Hauptunternehmerhaftung auch nicht auf private Auftraggeber beschränkt sein sollte. Es bietet sich beispielsweise zudem an, dass bei Vergaben der öffentlichen Hand der Einsatz von präqualifizierten Unternehmen verlangt wird.
2. Gesetzentwurf der Fraktion der SPD
- Es ist zu erwähnen, dass im § 19 vergabefremde Aspekte in das Vergabeverfahren einbezogen werden sollen. Auch wenn Maßnahmen zum Umweltschutz regelmäßig begründenswert sind, so gilt es doch zu berücksichtigen, dass das Vergaberecht eine andere Zielrichtung hat und eine Vermengung vermieden werden sollte.
 - Zu § 25 teilen wir mit, dass uns im Interesse unsere Mitgliedsbetriebe wichtig ist, eine Chancengleichheit mit ausländischen Mitbewerbern zu erhalten. Dies gilt insbesondere im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit mittel- und osteuropäischer Staaten zum 01.05.2011. So gibt es innerhalb der Bauwirtschaft die Sozialkassen, die von den Tarifvertragsparteien gemeinsam getragen werden. Wenn nun im Ausland entsprechende Einrichtungen bestehen, die die ausländischen Mitbewerber finanziell weniger belasten, entsteht hier allein bei den Lohnkosten ein Ungleichgewicht zu Lasten unserer inländischen Unternehmer. Die wirkt sich auf die Kalkulation und letztendlich auf die Vergabe von Aufträgen negativ aus.
 - Zu § 29 Abs. 2 erlauben wir uns den Hinweis, dass nicht erst im Rahmen einer Überprüfung eine ordnungsgemäße Kalkulation nachzuweisen ist, sondern schon zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe eine solche Kalkulation vorzuliegen hat.
 - Es bedarf auch einer gründlichen Überprüfung, ob es sinnvoll ist, eine Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges unterhalb der Schwellenwerte nach § 35 vorzusehen. Um Baumaßnahmen zügig durchzuführen und langjährige Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden, wird in Fachkreisen zum Teil die Öffnung des Rechtsweges unterhalb der Schwellenwerte abgelehnt.

Mit freundlichen Grüßen

VERBAND BAUGEWERBLICHER UNTERNEHMER
HESSEN E. V.



Rainer von Borstel
Hauptgeschäftsführer



ORRICK
HÖLTERS & ELSING

ORRICK HÖLTERS & ELSING
FRIEDRICHSTRAÙE 31
60323 FRANKFURT
tel +49 (0)69 71588-0
fax +49 (0)69 71588-588
WWW.ORRICK.COM

Orrick Hölters & Elsing • Postfach 17 03 38 • 60077 Frankfurt

Hessischer Landtag
Ausschuss für Wirtschaft und Verkehr
Frau Regierungsdirektorin Heike Schnier
Postfach 32 40
65022 Wiesbaden

Prof. Dr. Heiko Höfler
Rechtsanwalt • Partner

tel +49 (0)69-71588-270
fax +49 (0)69-71588-588
hhoefler@orrick.com

Assistentin
Verena Wienäber

eing 04.03.2011
S

(6302/11)
25674.2
wn
2. März 2011

Gesetzentwürfe
der Fraktion DIE LINKE für ein Gesetz zur Änderung des Hessisches Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge
und
der Fraktion der SPD für ein Gesetz zur Förderung und Stärkung kleinster, kleiner und mittlerer Unternehmen sowie der freien Berufe und zur Vergabe öffentlicher Aufträge
Ihr Schreiben vom 08.02.2011

Sehr geehrte Frau Schnier,

ich nehme Bezug auf Ihr zuvor erwähntes Schreiben in der oben genannten Angelegenheit und danke für die mir eingeräumte Möglichkeit zur Stellungnahme.

Meine Stellungnahme beschränkt sich auf die mit der öffentlichen Auftragsvergabe in engerem Zusammenhang stehenden, wesentlichen Aspekte der beiden Gesetzentwürfe. Aus Zeitgründen ist es mir leider nicht möglich, zu Fragen der Zweckmäßigkeit und Praktikabilität einzelner Normen Stellung zu beziehen. Ich konzentriere mich in meiner Stellungnahme vielmehr auf die vergaberechtlich kritischen Aspekte der beiden Entwürfe.



ORRICK
HÖLTERS & ELSING

[Hessischer Landtag, 02.03.2011]
Seite 2 von 8

A. Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Drucksache Nr. 18/1075 vom 08.09.2009)

1. Anwendungsbereich

Der Gesetzentwurf sieht in § 1 Abs. 1 vor, dass das Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge unabhängig von den Schwellenwerten des europäischen Vergaberechts gelten soll. Der sachliche Anwendungsbereich des Gesetzes erstreckt sich mithin auch auf Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte.

Dies ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Es ist dem nationalen Gesetzgeber nicht verwehrt, dort wo das europäische Vergaberecht Gestaltungsspielräume belässt, in Übereinstimmung mit dem vorrangigen europäischen Primärrecht Detailregelungen zu schaffen.

Der sachliche Anwendungsbereich des Gesetzes soll nach § 1 Abs. 1 erst ab einem Wert von 10.000 Euro gelten. Hier ist unklar, ob es sich mit diesem Wert um einen Bruttowert (inkl. Umsatzsteuer) oder einen Nettowert (ohne Umsatzsteuer) handeln soll. Auf Grund der unterschiedlichen Umsatzsteuersätze in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union wäre es empfehlenswert, hier einen Nettowert festzusetzen. Eine entsprechende Klarstellung ist in jedem Falle angezeigt.

2. Verweis auf Vergabeordnungen

In § 2 Abs. 1 des Gesetzentwurfs wird auf die jeweiligen Basisparagrafen der Vergabeordnungen VOL/A und VOB/A verwiesen. Hier wäre es erforderlich, die Verweise zu aktualisieren, da zwischenzeitlich die Neufassungen dieser Vergabeordnungen in Kraft getreten sind.

3. Tariftreue

Der Gesetzentwurf sieht in seinem § 3 Abs. 1 vor, dass für Bauleistungen und andere Dienstleistungen Aufträge nur an solche Unternehmen vergeben werden dürfen, die sich zur Zahlung tarifvertraglicher Entgelte verpflichtet haben, wenn eine solche Verpflichtung auf Grund des Arbeitnehmerentendegesetzes besteht.

Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 03.04.2008, Rechtssache C-346/06) kann eine derartige Regelung nur dann als europarechtskonform qualifiziert werden, wenn sie sich auf Fälle beschränkt, die von der Vorschrift des § 3 Arbeitnehmerentendegesetz erfasst werden. Die betroffenen Leistungen der beauftragten Unternehmen müssten demnach im Inland erbracht werden.



ORRICK
HÖLTERS & ELSING

[Hessischer Landtag, 02.03.2011]

Seite 3 von 8

Es ist dem Gesetzentwurf in seinem § 3 Abs. 1 nicht mit hinreichender Klarheit zu entnehmen, dass er sich auf derartige Fälle beschränkt. Insoweit wäre mindestens eine Klarstellung erforderlich.

Das selbe gilt mit Blick auf die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen und die nach § 3 Abs. 2 des Gesetzentwurfes vorgesehene tarifvertragliche Bindung.

4. Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen

Mit der ILO handelt es sich um eine UN-Behörde. Die dort festgelegten Mindeststandards entsprechen mithin Grundvorstellungen der völkerrechtlichen Wertegemeinschaft. Die abschließende Auflistung der Mindeststandards in dem Gesetzentwurf ist zur Vermeidung von Zweifelsfragen wohl erforderlich, da keine gesetzliche Regelung darüber existiert, worin genau diese Mindeststandards bestehen.

Vergaberechtliche Bedenken gegen die Verpflichtung zur Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen bestehen grundsätzlich nicht.

Wenn in § 4 Abs. 2 des Gesetzentwurfs vorgesehen ist, dass von den Bietern entsprechende Nachweise oder Erklärungen zu verlangen sind, sollte klargestellt werden, dass in Fällen, in denen es keine tauglichen Nachweise gibt, Eigenerklärungen ausreichend sind.

5. Gleichstellung

Die Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen soll nach § 5 des Gesetzentwurfs als Zuschlagskriterium Geltung erlangen.

Die Vergabekoordinierungsrichtlinie sieht zwar vor, dass ein öffentlicher Auftraggeber auch Kriterien zur Erfüllung sozialer Anforderungen anwenden kann, die insbesondere den Bedürfnissen besonders benachteiligter Bevölkerungsgruppen entsprechen (Erwägungsgrund Nr. 46, Abs. 4 der Richtlinie), dies wird jedoch nur im Rahmen der Gestaltung der technischen Spezifikationen bzw. der Leistungsbeschreibung möglich und vergaberechtlich zulässig sein. Eine Berücksichtigung des Gesichtspunkts der Frauenförderung oder der Förderung der Vereinbarkeit von Arbeit und Leben, wie ihn der Entwurf in § 5 Abs. 1 vorsieht, ist mit den Vorgaben der Vergabekoordinierungsrichtlinie nicht in Einklang zu bringen. Die Vergabekoordinierungsrichtlinie lässt nur Wertungskriterien zu, die mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen. Eben dies ist weder bei der Frauenförderung noch bei der Förderung der Vereinbarkeit von Arbeit und Leben der Fall. Die Regelung in § 5 Abs. 1 des Entwurfs verstößt mithin gegen Artikel 53 Abs. 1 lit. a) der Vergabekoordinierungsrichtlinie.



ORRICK
HÖLTERS & ELSING

[Hessischer Landtag, 02.03.2011]

Seite 4 von 8

Das selbe gilt für die Regelung in § 5 Abs. 2 des Gesetzentwurfs. Zwar wird hier darauf hingewiesen, dass das Recht der europäischen Gemeinschaften "unbeschadet" bleiben soll. Es ist indes mit dem vorrangigen europäischen Vergaberecht schlechterdings nicht in Einklang zu bringen, der Frauenförderung oder der Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie eine relevante Qualität im Rahmen der Entscheidung über die Zuschlagserteilung von Gesetzes wegen zuzubilligen.

6. Berufliche Erstausbildung

Aus den zuvor unter 5. dargelegten Gründen ist auch die Heranziehung der beruflichen Erstausbildung in § 6 des Gesetzentwurfs als Zuschlagskriterium nicht mit vorrangigem europäischen Vergaberecht in Einklang zu bringen.

7. Umwelteigenschaften als Zuschlagskriterium

Die Vergabekoordinierungsrichtlinie sieht in Artikel 53 Abs. 1 lit. a) vor, dass Umwelteigenschaften als Zuschlagskriterien angewandt werden dürfen. Der Entwurf ist vor diesem Hintergrund in seinem § 7 grundsätzlich nicht zu beanstanden.

8. Mittelstandsförderung

Die Verpflichtung der Auftraggeber, kleine und mittlere Unternehmen zur Angebotsabgabe aufzufordern, wie sie in § 8 Abs. 1 des Entwurfs vorgesehen ist, führt nicht zur Diskriminierung anderer Marktteilnehmer und ist somit vergaberechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden. Für die Absätze 2 und 3 des § 8 des Entwurfs gilt das selbe.

9. Nachunternehmereinsatz

Eine Bevorzugung kleinerer und mittlerer Unternehmen bei der Weitervergabe von Aufträgen, wie dies nach § 9 Abs. 2 des Gesetzentwurfs vorgesehen ist, geht über die Schaffung gleicher Markt- und Beteiligungsverhältnisse am öffentlichen Auftragswesen hinaus, die im Rahmen des Diskriminierungsverbots als zulässig betrachtet werden könnte. Eine konkrete Bevorzugung ist indes als diskriminierend zu qualifizieren und somit nicht zulässig.

10. Sonstige Bestandteile des Gesetzentwurfs

Die übrigen Paragraphen des Gesetzentwurfs begegnen mit Ausnahme des § 13 keinen vergaberechtlichen Bedenken.

Kritisch ist schließlich die Regelung in § 13 Abs. 3 des Entwurfs zu beurteilen. Der obligatorische Ausschluss von der öffentlichen Auftragsvergabe für mindestens ein Jahr auch in dem Fall, in dem eine falsche Erklärung durch einen Nachunternehmer oder ein



ORRICK
HÖLTERS & ELSING

[Hessischer Landtag, 02.03.2011]

Seite 5 von 8

unzutreffender Nachweis durch einen Nachunternehmer durchgereicht wird, erscheint als unverhältnismäßig. Die Mithaftung für Nachunternehmererklärungen und Nachweise mag grundsätzlich als akzeptabel erscheinen. Bei der Sanktionierung von Fehlverhalten muss indes berücksichtigt werden, dass die Einflussnahme des Hauptunternehmers auf seinen Nachunternehmer in der Regel nicht so weit reicht, dass die Richtigkeit abgegebener Erklärungen mit letzter Gewissheit überprüft werden kann. Eine Auftragsperre von einem Jahr Mindestdauer für Fälle der falschen Erklärung oder unzutreffenden Nachweisführung von Nachunternehmern dürfte der verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht standhalten.

B. Gesetzentwurf der Fraktion der SPD für ein Gesetz zur Förderung und Stärkung kleinster, kleiner und mittlerer Unternehmen sowie der Freien Berufe und zur Vergabe öffentlicher Aufträge (Hessisches Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetz, Drucksache Nr. 18/3211 vom 24.11.2010)

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Auch der Gesetzentwurf der SPD soll oberhalb der Schwellenwerte gelten, wie § 2 Abs. 2 des Entwurfswortlauts zu entnehmen ist. Die oben unter A 1. angesprochene Umsatzsteuer-Problematik ist in diesem Entwurf sachgerecht gelöst worden.

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Der Entwurf regelt in dem letzten Satz des § 3 Abs. 2, dass Zuwendungsempfänger die Bestimmungen dieses Gesetzes über die öffentliche Auftragsvergabe zu beachten haben, soweit sie nach den allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen hierzu verpflichtet werden. Diese Regelung ist überflüssig. Wenn Nebenbestimmungen eines Zuwendungsbescheides eine entsprechende Anwendungspflicht vorsehen, wäre dies verwaltungsrechtlich durchsetzbar, so dass es keiner zusätzlichen normativen Grundlage bedarf.

Öffentliche Unternehmen werden in den Anwendungsbereich einbezogen, wie aus § 3 Abs. 4 des Entwurfswortlauts hervorgeht. Da dies europarechtlich nicht vorgesehen ist und der Bundesgesetzgeber in § 98 Nr. 2 GWB die Auftraggeberqualifikation des öffentlichen Unternehmens lediglich für den Bereich oberhalb der Schwellenwerte geregelt hat, wirft der Entwurfswortlaut in § 3 Abs. 4 die verfassungsrechtliche Frage auf, ob dem Land Hessen für eine derartige Regelung die Gesetzgebungskompetenz zusteht. Dieser rechtliche Aspekt ist von hoher wirtschaftlicher Bedeutung für die betroffenen Unternehmen. Eine vertiefte Prüfung erscheint insoweit als angezeigt.



ORRICK
HÖLTERS & ELSING

[Hessischer Landtag, 02.03.2011]

Seite 6 von 8

3. Berücksichtigung sozialer Belange

Nach § 19 des Entwurfs sollen unter anderem soziale Belange auf allen Stufen des Vergabeverfahrens berücksichtigt werden. Im Rahmen der Angebotswertung wäre diese Aussage in so weit einzuschränken, als die Berücksichtigung sozialer Belange nach § 53 Abs. 1 lit. a) der Vergabekoordinierungsrichtlinie nur dann zulässig ist, wenn diese sozialen Belange einen konkreten Auftragsbezug aufweisen. Anderenfalls dürfen sie bei der Zuschlagserteilung, die im Sinne des Entwurfswortlauts eine Stufe des Vergabeverfahrens darstellt, keine Berücksichtigung finden.

4. Ausschluss von Bietern

Die Befugnis zum Ausschluss von Bietern in dem Fall, dass diese gegen arbeitnehmerschützende Vorschriften oder Vorschriften des Umweltrechts verstoßen oder unrechtmäßige Absprachen begangen haben, sollen nur greifen, wenn der Verstoß mit einem rechtskräftigen Urteil oder Beschluss mit gleicher Wirkung geahndet wurde und der Rechtsverstoß eine schwere Verfehlung darstellt. Mit dieser Bestimmung engt der Entwurfswortlaut den Spielraum des öffentlichen Auftraggebers für eine Auftragsperre über das gegenwärtig geltende Maß hinaus ein. Es ist nach derzeitiger Rechtslage nicht erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber zunächst abwartet, ob ein Unternehmen verurteilt wird, um im Anschluss hieran die Auftragsperre zu verhängen. Vielmehr reicht es aus, einen begründeten Verdacht der Begehung entsprechender Verfehlungen zu hegen, um den Ausschluss zu verfügen. Der Umstand, dass noch keine abschließende Entscheidung oder rechtskräftige Feststellung der Tat vorliegt, wird in der Praxis bei der Festsetzung der Dauer der Auftragsperre Berücksichtigung finden müssen. Eine sachliche Rechtfertigung dafür, das Mittel der Auftragsperre nur noch in eingeschränktem Umfang anzuwenden, ist weder der Entwurfsbegründung zu § 22 zu entnehmen noch sonst wie feststellbar.

5. Vergabefremde Aspekte

In § 24 des Entwurfswortlauts wird die abstrakte Grundlage für die Berücksichtigung weiterer vergabefremder Aspekte geschaffen. Hiergegen bestehen im Grundsatz keine Bedenken.

In § 24 Abs. 1 Nr. 4 wird auf "Bewerber" Bezug genommen. Zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrages sollen nur dann statthaft sein, wenn diese in der Lage sind, diesen Bedingungen nachzukommen, falls sie den Zuschlag erhalten. In begrifflicher Hinsicht ist das Wort "Bewerber" durch "Bieter" zu ersetzen. Nicht Bewerber sondern Bieter erhalten im öffentlichen Auftragswesen einen Zuschlag.



O R R I C K
HÖLTERS & ELSING

[Hessischer Landtag, 02.03.2011]
Seite 7 von 8

6. Tariftreue

Der Wortlaut des Entwurfs des § 25 Abs. 1 begegnet im Grundsatz den selben Bedenken, die oben unter A 3. dargestellt worden sind. Das selbe gilt für den Entwurfswortlaut in § 25 Abs. 2.

7. Entgeltlichkeit

Der Entwurf sieht in § 25 Abs. 3 vor, dass Bieter zu erklären haben, dass sie bei der Auftragsdurchführung ihren Arbeitnehmern bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit gleiches Entgelt zahlen. Die Einschränkung auf die eigenen Arbeitnehmer vermag eine etwaige Benachteiligung von Leiharbeitnehmern nicht zu beseitigen. Der Entwurfswortlaut sowie dessen Begründung begegnen im übrigen keinen rechtlichen Bedenken.

8. ILO-Kernarbeitsnormen

Mit Blick auf die Klarstellung, dass Eigenerklärungen ausreichend sind, wenn keine tauglichen Nachweise verfügbar sind, gilt insoweit, das selbe wie oben unter A 4. dargelegt.

9. Nachunternehmereinsatz

Insoweit gilt das oben zu A 8. Ausgeführte sinngemäß.

10. Berufliche Erstausbildung/Förderung der Chancengleichheit

Diese in dem Entwurfswortlaut zu § 28 enthaltenen Regelungen begegnen den selben Bedenken, die bereits zuvor zu A Ziffer 5. und 6. erläutert worden sind.

11. Informations- und Wartepflicht

Wenn der Gesetzentwurf eine Informations- und Wartepflicht auch unterhalb der Schwellenwerte festschreibt, was grundsätzlich zu begrüßen ist, so dürfte es angezeigt sein, mit Blick auf die Effektivität dieser Bestimmung auch eine analoge Regelung zu § 101 lit. b) GWB in den Gesetzeswortlaut aufzunehmen, um sicherzustellen, dass die öffentlichen Auftraggeber ihrer Informations- und Wartepflicht auch nachkommen.

12. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

§ 35 des Entwurfswortlauts sieht vor, dass unterhalb der Schwellenwerte Streitigkeiten über die Vergabe öffentlicher Aufträge vor den Verwaltungsgerichten ausgetragen werden sollen. Diese Regelung lässt außer Acht, dass das Bundesverwaltungsgericht mit Beschluss vom 02.05.2007 (Az. BVerwG 6B10.07) entschieden hat, dass bei



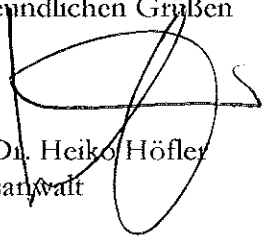
ORRICK
HÖLTERS & ELSING

[Hessischer Landtag, 02.03.2011]
Seite 8 von 8

Vergabeentscheidungen unterhalb der Schwellenwerte nicht der Verwaltungsrechtsweg, sondern der Zivilrechtsweg eröffnet ist. Öffentliche Auftragsvergabe findet nicht im Subordinationsverhältnis statt, so dass für eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte insoweit kein Raum besteht.

Gegen diese Rechtsgrundsätze verstößt die Rechtswegzuweisung in § 35 des Entwurfswortlauts.

Mit freundlichen Grüßen


Prof. Dr. Heiko Höfler
Rechtsanwalt

Diese Stellungnahme basiert auf einer vorläufigen Beurteilung der Gesetzentwürfe. Sie begründet keine Pflichten des Verfassers oder der Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP gegenüber Dritten. Die Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP und der Verfasser übernehmen für die Inhalte dieser Stellungnahme keinerlei Haftung oder sonstige Verbindlichkeiten.

STELLUNGNAHME
der Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt

zum

Gesetzentwurf der Fraktion Die Linke zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge (HVgG)
Drucksache 18/1075

1. Allgemeines

Die Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt (IG BAU) begrüßt ausdrücklich den Entwurf der Fraktion Die Linke im Hessischen Landtag für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Hessisches Mittelstands- und Vergabegesetz), um die Interessen der öffentlichen Auftraggeber, soziale und ökologische Interessen, die Belange der Wirtschaft sowie den wirkungsvollen Schutz sozialer Standards in ein ausgewogenes Verhältnis zu setzen.

Die vom Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 11.07.2006 (1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 223) zum Berliner Vergabegesetz hervorgehobenen und verfassungsrechtlich gebilligten Ziele eines Landesvergabegesetzes, nämlich die Verhinderung eines Verdrängungswettbewerbes über die Lohnkosten, die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, der Schutz von tarifgebundener Beschäftigung, die Erhaltung von gesellschaftlich wünschenswerten Arbeitsbedingungen und sozialen Standards, die Entlastung der Systeme der sozialen Sicherung und der Schutz des Tarifvertragssystems, sind es wert, alle Anstrengungen zu ihrer Verwirklichung zu unternehmen. Der vorliegende Gesetzentwurf kann einen wesentlichen Beitrag dazu leisten, diese Ziele zu erreichen.

Seite 1 von 28 Seiten



2. Auswirkungen des Urteils des EuGH vom 03.04.2008 – Rs. C-346/06 – Ruffert

Nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 03.04.2008 – Rs. C-346/06 - (Ruffert) sind Regelungen in Vergabegesetzen, die Mindestentgelt- oder Urlaubstarifverträge, die für allgemeinverbindlich erklärt oder durch Rechtsverordnung erstreckt sind und gemäß § 3 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) international zwingend sind, europarechtlich zulässig.

Europarechtlich zulässig sind auch (Landes- wie Bundes-) Vergaberegulungen, die an gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen anknüpfen und für Arbeiten dieser Art allgemein gelten, also bei öffentlichen wie privaten Aufgaben einzuhalten sind. Damit können auch branchenbezogene Mindestlöhne, wie sie möglicherweise über das Gesetz über Mindestarbeitsbedingungen vom 22. April 2009 erlassen werden, als Anknüpfungspunkt für Vergabe- und Sanktionsentscheidungen im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge herangezogen werden.

Auch verbietet Art. 49 EG nach dem o. g. Urteil des EuGH nicht, dass öffentliche Auftraggeber von ihren Auftragnehmern die Einhaltung von Tarifverträgen verlangen, an welche sie ohnehin bereits tarifrechtlich gebunden sind, insbesondere aufgrund von § 4 Abs. 1, § 5 Abs. 4 TVG oder den bereits erwähnten § 3 AEntG.

Solche Tariftreuerklärungen knüpfen Tarifverstöße der Auftragnehmer bei der Auftragsausführung an bestimmte zusätzliche, vertraglich vereinbarte Sanktionen wie beispielsweise eine befristete Auftragsperre oder Verwirkung einer Vertragsstrafe. Die Tariftreue des Auftragnehmers ist insoweit eine besondere Ausprägung der Zuverlässigkeit des Auftragnehmers, die nach § 97 Abs. 4 GWB Voraussetzung für die Auftragsvergabe ist. Ein Fehlen der Zuverlässigkeit, namentlich bei nachweislicher Begehung schwerer Verfehlungen, welche die Zuverlässigkeit als Bewerber infrage stellen, kann zum Ausschluss des Unternehmers vom



Wettbewerb führen, § 8 Nr. 5c Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen/VOB/A (dazu im einzelnen Glahs, in Kapellmann/Messerschmidt (Hrsg.), VOB Teile A und B, 2. Aufl. 2007, § 8 Rn. 53 mit weiteren Nachweisen).

3. Vorteil und Notwendigkeit eines Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge

Hinzuweisen ist des Weiteren darauf, dass dem Anwendungsbereich des vorliegenden Entwurfes des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge keine rein deklaratorische Bedeutung zukommt.

Obwohl die international zwingenden Entgeltbedingungen bereits aufgrund der jeweiligen gesetzlichen Bestimmung (vgl. § 4 i.V.m. § 5 Nr. 1 AEntG) gelten, ist ein Hessisches Vergabegesetz notwendiger denn je.

Ein Tariftreuegesetz verstärkt erheblich die Wirkung dieser gesetzlichen Entgeltnormen und der in Bezug genommenen Tarifnormen. Das Tariftreuegesetz verpflichtet die öffentlichen Auftraggeber dazu, die Einhaltung dieser Entgeltnormen auch rein tatsächlich selbst zu überwachen (und nicht nur auf Kontrollen der Zollbehörden zu warten). Gleichzeitig wird der öffentliche Auftraggeber gewissenhaft darauf achten, dass diese Kontrolle auch ermöglicht wird (z.B. durch die Vorlagepflicht von Unterlagen durch den Auftragnehmer und Betretungsrechte von Arbeitsorten für den öffentlichen Auftraggeber oder seiner Beauftragten).

Des Weiteren setzt das Tariftreuegesetz auch einen wirkungsvollen Anreiz, da der öffentliche Auftraggeber bei Verstößen im Wege der Geltendmachung einer Vertragsstrafe faktisch Kosten sparen kann. Insoweit sei an dieser Stelle auf § 33 des Entwurfes des Hessischen Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetz über die

Vergabe öffentlicher Aufträge hingewiesen, der zur Sicherung der Einhaltung der nach dem Gesetzesentwurf vorgesehenen Verpflichtungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge die Unternehmen verpflichtet, bei einem schuldhaften Verstoß eine Vertragsstrafe von bis zu 5 % des jeweiligen Auftragswertes zu zahlen.

Diese Vertragsstrafe ist zudem gegenüber den Auftragnehmern regelmäßig auch besonders wirkungsvoll, da sie sehr schnell durch Abzug vom Werklohn vollzogen werden kann, wohingegen die Sanktionen nach § 23 AEntG in der Regel erst nach einem Gerichtsverfahren über zwei Instanzen rechtskräftig werden und häufig nicht mehr vollstreckt werden können, da der Delinquent insolvent ist oder sich im Ausland aufhält.

Hinzuweisen ist insbesondere darauf, dass die Vollstreckung von Bußgeldern nach § 23 AEntG sowohl innerhalb der EU als auch erst recht außerhalb der EU rechtlich (und faktisch) nicht möglich ist. Daran wird sich wohl auch in absehbarer Zeit nichts ändern. Diese Tatsache fällt zukünftig umso mehr ins Gewicht, als ab 01.05.2011 die bisherigen Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit aufgrund der Beitrittsverträge mit den neuen mittel- und osteuropäischen EU-Mitgliedstaaten (u. a. Polen, Tschechien, Slowakei, Lettland, Litauen, Estland) wegfallen werden. Ab diesem Datum können sich Unternehmen aus diesen Mitgliedstaaten also auch im Baugewerbe, in der Gebäude- und Verkehrsmittelreinigung und im Raumausstattergewerbe unmittelbar um öffentliche Aufträge bewerben und nicht nur wie bislang als Nachunternehmer auf dem deutschen Markt auftreten.

Insofern lohnt es sich schon unter dem Aspekt einer wirkungsvolleren Kontrolle bestehender gesetzlicher Verpflichtungen und verbesserter Sanktionen von Verstößen gegen diese Verpflichtungen, auf der Ebene eines Bundeslandes ein Tarif-treuegesetz (Vergabegesetz) zu schaffen bzw. ein bestehendes Vergabegesetz an die neuen rechtlichen Rahmenbedingungen aufgrund des Ruffert-Urteils des EuGH anzupassen. Zudem – darauf sei hier ausdrücklich hingewiesen - können



gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB auch weitere soziale und umweltbezogene Vergabekriterien in ein Landesvergabegesetz aufgenommen werden (soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen).

4. Zu einzelnen Vorschriften des Entwurfes der Fraktion Die Linke für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge

Zu § 1

Anwendungsbereich

Positiv hervorzuheben ist, dass der vorliegende Gesetzesentwurf auf alle staatlichen und kommunalen Auftraggeber und sonstige Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts im Lande Hessen Anwendung finden soll. Die vom Bundesverfassungsgericht in der oben erwähnten Entscheidung vom 11.07.2006 hervorgehobenen Ziele sollten bei allen Vergaben der öffentlichen Hand verfolgt werden. Auch die Verpflichtung aller juristischen Personen des Privatrechts in Absatz 4 erscheint sinnvoll und normiert unmissverständlich, dass auch solche Auftraggeber ihre Vergabe an den mit dem verfolgten herausragenden Zielen ausrichten sollen.

Die IG BAU hält die Festlegung des Anwendungsbereiches des HVgG unabhängig von den Schwellenwerten des § 100 GWB für sinnvoll, da ein Großteil öffentlicher Aufträge – und das sind Aufträge unterhalb der Schwellenwertes - so überhaupt erst ins Blickfeld des HVgG gerät.

Allerdings sind die Einschränkung in § 1 Abs. 1 letzter Halbsatz HVgG, die die Vergaberichtlinien im Vergabegesetz bei erst ab einem Auftragswert von 10.000 € gelten lassen, vollkommen kontraproduktiv. Ein Großteil öffentlicher Aufträge in diesen Bereichen, vor allem kommunaler Aufträge, wird dadurch erst gar nicht vom HVgG erfasst.



Anzumerken ist hierbei, dass ca. 85 % aller öffentlichen Bauaufträge bundesweit lediglich bei einem Auftragswert von bis zu 10.000 € liegen. Anders ausgedrückt: Mit einem Schwellenwert von 10.000 € fallen sicherlich 95 % aller öffentlichen Bauaufträge in Hessen nicht unter das Vergabegesetz. Angesichts der Tatsache, dass von den 73.987 Bauunternehmen in Deutschland 56.589 (76,5 %) weniger als zehn Beschäftigte haben (Quelle: Statistisches Bundesamt 2007), kann das Gesetz die ausdrücklich intendierte Förderung von kleinen und mittleren Unternehmen jedenfalls im Baugewerbe nicht leisten.

Auch deshalb sind in anderen Ländervergabegesetzen weitaus niedrigere Schwellenwerte normiert. So gilt im Niedersächsischen Landesvergabegesetz ein Schwellenwert für Bauaufträge von 30.000 € und in Berlin gilt ein Schwellenwert für alle öffentlichen Aufträge von 500 €.

Dem derzeitigen Entwurf des HVgG der Fraktion Die Linke kommt mit diesen sehr hohen Schwellenwerten nach Auffassung der IG BAU bedauerlicher Weise eine weitgehend nur rein deklaratorische Bedeutung zu.

Zu § 2

Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnungen

Grundsätzlich wird von der IG BAU begrüßt, dass für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte des § 100 GWB gesetzliche Vergaberegeln geschaffen werden. § 2 wäre allerdings obsolet, wenn der Schwellenwert in § 1 bei 500 € liegen würde.

Zu § 3

Tariftreueerklärung



Die IG BAU begrüßt die Formulierung in § 3 HVgG.

Allerdings empfehlen wir § 3 Abs. 1 S. 2 wie folgt zu ändern:

„Satz 1 gilt entsprechend für Beiträge an eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien im Sinne von § 5 Nr. 3 AEntG sowie für andere gesetzliche Bestimmungen über Mindestentgelte.“

Durch die vorgeschlagene Fassung des Abs. 1 werden nicht nur Mindestentgelte im Sinne von § 5 Nr. 1 AEntG sondern auch die Mindesturlaubsbedingungen einschließlich der zur Sicherstellung der Urlaubsvergütung tarifvertraglich zu zahlenden Beiträge an eine Urlaubskasse (Gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien) im Sinne von § 5 Nr. 2 sowie Nr. 3 AEntG zur Voraussetzung einer Vergabe öffentlicher Aufträge gemacht. Da es sich um international zwingende Arbeitsbedingungen nach dem AEntG handelt, ist eine solche Fassung des § 3 Abs. 1 HVgG europarechtlich unproblematisch. Sie sichert wesentliche Ansprüche der Arbeitnehmer (Mindestentgelt, Urlaub und Urlaubsvergütung) und ist aus Wettbewerbsgründen auch erforderlich, da allein die Beiträge zur Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft derzeit 14,3 v. H. der Bruttolohnsumme eines Betriebes des Bauhauptgewerbes ausmachen.

Allerdings hält vorliegend die IG BAU Ergänzungen in § 3 HVgG für notwendig.

Sozialpolitisch sinnvoll wäre eine Formulierung, den auch der Entwurf des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes vom September 2009 geht, nämlich eine feste gesetzliche Untergrenze (dort: 7,50 Euro) für alle Aufträge, die nicht in den Anwendungsbereich einer sonstigen Mindestentgeltbestimmung (z.B. eines Mindestlohntarifvertrages nach dem AEntG) fallen, zu statuieren. Europarechtlich ist ein solcher Weg nach den Vorgaben des Urteils des EuGH vom 03.04.2008 (– Rs. C-346/06 – Ruffert) zulässig, da es sich um eine gesetzlich statuierte Untergrenze handeln würde.



Eine entsprechende Neufassung eines Abs. 3 könnte wie folgt lauten:

„Unbeschadet etwaiger weitergehender Anforderungen nach Abs. 1 und 2 werden Aufträge an Unternehmen nur vergeben, wenn diese sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung der Leistung mindestens ein Stundenentgelt von 8,50 Euro zu zahlen.“

Dabei erfüllt die Erstreckung auf alle Unternehmen mit Sitz im In- und Ausland zugleich eine Vorgabe europäischen Sekundärrechts. Die Verpflichtung, den bei der Erfüllung öffentlicher Aufträge eingesetzten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mindestens einen Stundenlohn von 8,50 € zu zahlen, findet ihre Begründung darin, dass nur so eine Existenz sichernde Bezahlung der Arbeitskräfte gewährleistet ist und der Staat nicht durch ansonsten erforderliche ergänzende Zahlungen an die Arbeitskräfte indirekt die Unternehmen, die Niedriglöhne zahlen, subventioniert. Außerdem wird dadurch ein auf dem Rücken niedrig qualifizierter Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen ausgetragener Niedriglohnwettbewerb verhindert. Darüber hinaus stärkt eine Mindestentlohnungsvorgabe im Vergabebereich auch das Lohnniveau im Bereich niedrig qualifizierter Arbeit insgesamt, ohne dabei direkt in die Autonomie der Arbeitsvertrags- und Tarifparteien einzugreifen.

Schließlich trägt die Mindestentlohnung zur Erhaltung sozialer Mindeststandards bei und damit auch zur Entlastung der bei hoher Arbeitslosigkeit oder bei niedrigen Löhnen verstärkt in Anspruch genommenen Systeme der sozialen Sicherheit.

In vielen Beschäftigungsverhältnissen erreichen die Beschäftigten trotz Vollzeitarbeit mit Ihrem Verdienst noch nicht einmal das Existenzminimum. Die Europäische Union zieht die „Lohnarmutsgrenze“ bei 50 Prozent des durchschnittlichen Vollzeiteinkommens eines Landes. Danach beziehen insgesamt etwa 3,4 Millionen Beschäftigte nach einer Studie des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Institut in der Hans-Böckler-Stiftung WSI in Deutschland Armutslöhne, die eine existentielle, menschenwürdige Grundsicherung nicht zulassen. Eurostat, das Statisti-

sche Amt der Europäischen Union, zieht die Lohnarmutsgrenze bei 50 Prozent des durchschnittlichen Vollzeiteinkommens eines Landes. Wer weniger verdient, gilt in der EU als arm trotz Arbeit. Getrennt für das unterschiedliche Lohnniveau von West- und Ostdeutschland berechnet, kommt das WSI auf 12,1 Prozent der Vollzeitbeschäftigten im Westen und 9,5 Prozent im Osten, die so genannte Armutslöhne beziehen – insgesamt etwa 3,4 Millionen Beschäftigte. Um die so definierte Lohnarmut (vollständig) einzudämmen, muss der Mindeststundenlohn für eine wirksame Grundsicherung bzw. Grundversorgung nach dem WSI derzeit bei 8,50 € liegen.

Im Einzelnen zu Absatz 3 :

A.) Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz des jeweiligen Landes ist nach Art. 70 in Verbindung mit Art. 72 Abs. 1 GG gegeben, da die Regelungsmaterie in die konkurrierende Zuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG fällt und der Bund nicht abschließend von seinem Gesetzgebungsrecht Gebrauch gemacht hat.

Der Begriff „Recht der Wirtschaft“ im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist weit zu verstehen (vgl. BVerfGE 5, 25 <28 f.>; 28, 119 <146>; 29, 402 <409>; 41, 344 <352>; 68, 319 <330>). Zu ihm gehören nicht nur diejenigen Vorschriften, die sich auf die Erzeugung, Herstellung und Verteilung von Gütern des wirtschaftlichen Bedarfs beziehen, sondern auch alle anderen das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung als solche regelnden Normen (vgl. BVerfGE 29, 402 <409>; 55, 274 <308>). Hierzu zählen Gesetze mit wirtschaftsregulierendem oder wirtschaftslenkendem Charakter (vgl. BVerfGE 4, 7 <13>; 68, 319 <330>).



Zur Regelung des Wirtschaftslebens im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gehören auch die Vorschriften über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen. Diesem Rechtsgebiet sind auch gesetzliche Regelungen darüber zuzuordnen, in welchem Umfang der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabeentscheidung über die in § 97 Abs. 4 GWB ausdrücklich vorgesehenen Kriterien hinaus andere oder weiter gehende Anforderungen an den Auftragnehmer stellen darf. Denn nach den Maßstäben, die das Bundesverfassungsgericht für die Zuordnung zu den Kompetenztiteln der Art. 74 und 75 GG entwickelt hat, kommt es in erster Linie auf den Regelungsgegenstand und den Gesamtzusammenhang der Regelung im jeweiligen Gesetz an (vgl. BVerfGE 4, 60 <67, 69 f.>; 8, 143 <148 ff.>; 68, 319 <327 f.>). Deshalb ist nicht für jede andere oder weiter gehende Anforderung, die ein Gesetz als Kriterium für die Auftragsvergabe vorsieht, der auf das konkrete Kriterium bezogene Kompetenztitel - etwa der für das Arbeitsrecht gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG - einschlägig.

Mit dem Erfordernis einer Erklärung zur Zahlung des Mindeststundenlohns wird ein Kriterium für die vergaberechtliche Auswahlentscheidung geregelt. Unmittelbar betroffen ist die Rechtsbeziehung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Bieter, dessen Angebotsverhalten bei der Bewerbung um einen Auftrag aus wirtschafts- und sozialpolitischen Gründen dahingehend gesteuert werden soll, dass er sich gegenüber anderen Bewerbern keinen Vorteil durch eine Niedrigstentlohnung seiner Arbeitskräfte verschafft. Mit der Einbeziehung eines solchen Kriteriums in die Auswahlentscheidung wird das Ziel verfolgt, die Vergabe von Aufträgen aus bestimmten wirtschafts- und sozialpolitischen Gründen unmittelbar zu beeinflussen. Diese Zielsetzung wird in das Vergabeverfahren integriert. Es handelt sich um eine Sonderregelung für den Bereich der öffentlichen Beschaffung, mit der ein Kriterium für die Vergabeentscheidung festgelegt wird, das mittelbar auf die arbeitsrechtlichen Beziehungen im Unternehmen der Bieter Einfluss nehmen soll.

Für eine Charakterisierung dieser Bestimmung als vergaberechtliche Vorschrift spricht auch der Regelungszusammenhang mit der Sanktionsnorm. Der Verstoß



eines Unternehmens gegen die Verpflichtung zur Zahlung des Mindestentgeltes soll danach die spezifisch vergaberechtliche Konsequenz haben, dass es von der Teilnahme an einem Wettbewerb um einen Bauauftrag oder Dienstleistungsauftrag bis zu einer Dauer von drei Jahren ausgeschlossen wird. Aus dieser Verknüpfung wird deutlich, dass es bei der Regelung zweckgerichtet um eine Ausgestaltung der Bedingungen für die Teilnahme am Wettbewerb um eine öffentliche Auftragsvergabe und damit um einen vergaberechtlichen Regelungsgegenstand geht.

Von dem für Vergaberegelnungen einschlägigen Gesetzgebungstitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG hat der Bundesgesetzgeber nicht abschließend Gebrauch gemacht.

Der Vorschrift des § 97 Abs. 4 2. Halbsatz GWB, nach der andere oder weiter gehende Anforderungen an Auftragnehmer nur gestellt werden dürfen, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist, ist vielmehr zu entnehmen, dass auch aus Sicht des Bundesgesetzgebers die Regelung solcher Kriterien durch den Landesgesetzgeber grundsätzlich möglich sein soll. Mit der in § 97 Abs. 4 2. Halbsatz GWB bestimmten Zulässigkeit einer landesgesetzlichen Regelung ist ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien gerade auch dem Wunsch der Länder nach einer kompetenzrechtlichen Legitimation eigener Vorschriften für den Bereich ihrer Auftragsvergabe Rechnung getragen worden.

B.) Keine Verletzung von Grundrechten

a) Durch die gesetzliche Pflicht zur Zahlung eines Mindeststundenlohns wird der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG insbesondere nicht unter dem Gesichtspunkt der so genannten negativen Koalitionsfreiheit berührt, da die Verpflichtung, den bei öffentlichen Aufträgen eingesetzten Arbeitskräften mindes-



tens einen Stundenlohn von 8,50 € zu zahlen, keinen Einfluss hat auf das individuelle Freiheitsrecht, Koalitionen beizutreten oder fernzubleiben.

b) Die Mindestentlohnungsregelung verstößt nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG.

aa) Der Schutzgehalt der Berufsfreiheit ist berührt.

Art. 12 Abs. 1 GG schützt vor staatlichen Beeinträchtigungen, die gerade auf die berufliche Betätigung bezogen sind. Das Grundrecht sichert die Teilnahme am Wettbewerb im Rahmen der hierfür aufgestellten rechtlichen Regeln (vgl. BVerfGE 105, 252 <265>). Es gewährleistet den Arbeitgebern das Recht, die Arbeitsbedingungen mit ihren Arbeitnehmern im Rahmen der Gesetze frei auszuhandeln (vgl. BVerfGE 77, 84 <114>; 77, 308 <332>). Die Vertragsfreiheit wird zwar auch durch das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet (vgl. BVerfGE 65, 196 <210>; 74, 129 <151 f.>). Betrifft eine gesetzliche Regelung jedoch die Vertragsfreiheit gerade im Bereich beruflicher Betätigung, die ihre spezielle Gewährleistung in Art. 12 Abs. 1 GG gefunden hat, scheidet die gegenüber anderen Freiheitsrechten subsidiäre allgemeine Handlungsfreiheit als Prüfungsmaßstab aus (vgl. BVerfGE 68, 193 <223 f.>; 77, 84 <118>; 95, 173 <188>). Gesetzliche Vorschriften, die die Gestaltung der Arbeitsbeziehungen betreffen und die sich deshalb für den Arbeitgeber als Berufsausübungsregelungen darstellen, sind daher grundsätzlich an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen.

bb) Die Mindestentlohnungsregelung berührt die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Vertragsfreiheit im unternehmerischen Bereich.



Dadurch dass das Gesetz als Voraussetzung für die erfolgreiche Teilnahme am Vergabeverfahren die Zahlung eines bestimmten Mindeststundenlohns fordert, reguliert es nicht allgemein das Wettbewerbsverhalten der Unternehmen, sondern bewirkt eine bestimmte Ausgestaltung der Verträge, die der Auftragnehmer mit seinen Arbeitnehmern zur Durchführung des Auftrags abschließt. Die Unternehmen sollen hinsichtlich dieser Vertragsbedingungen nicht frei darüber entscheiden dürfen, wie sie sich am Wettbewerb um den öffentlichen Auftrag beteiligen. Sie werden bei Ablehnung der von ihnen geforderten Mindestentlohnung von der Möglichkeit, ihre Erwerbschancen zu verwirklichen, ausgeschlossen, auch wenn sie sich im Übrigen an die Vergabebedingungen halten. Auf der Grundlage dieser Bestimmungen werden sie zu einer bestimmten Gestaltung ihrer Verträge mit Dritten angehalten und damit in ihrer unternehmerischen Vertragsfreiheit berührt.

c) Die Zweckbestimmung der Regelung rechtfertigt die Einschränkung der Berufsfreiheit.

Nach der dem Gesetz zugrunde liegenden Zweckbestimmung sollen Unternehmen im Wettbewerb mit Konkurrenten nicht deshalb benachteiligt sein, weil sie Existenzsichernde Löhne an ihre Arbeitskräfte zahlen. Die Verpflichtung zur Zahlung eines Mindeststundenlohnes soll einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenwirken. Sie dient dem Schutz der Beschäftigung solcher Arbeitskräfte, die bei Unternehmen arbeiten, die Existenzsichernde Löhne zahlen und damit auch zur Erhaltung als wünschenswert angesehener sozialer Standards. Gleichzeitig werden die bei hoher Arbeitslosigkeit oder bei niedrigen Löhnen verstärkt in Anspruch genommenen Systeme der sozialen Sicherheit entlastet.

Das Ziel, die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen, hat aufgrund des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) Verfassungsrang. Die Verringerung von Arbeitslosigkeit ermöglicht den zuvor Arbeitslosen, das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG zu verwirklichen (vgl. BVerfGE 4, 356 <361>), sich durch Arbeit in ihrer Persönlichkeit zu entfalten und darüber Achtung und Selbstachtung zu erfahren. Insofern wird das



gesetzliche Ziel auch von Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG getragen (vgl. BVerfGE 100, 271 <284>; 103, 293 <307>).

Darüber hinaus ist der mit der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit einhergehende Beitrag zur finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherung ein Gemeinwohlbelang von hoher Bedeutung (vgl. BVerfGE 70, 1 <25 f., 30>; 77, 84 <107>; 82, 209 <230>; 103, 293 <307>).

d) Die Verpflichtung der Bewerber um einen öffentlichen Auftrag zur Zahlung eines Mindeststundenlohns ist ein geeignetes Mittel zur Erreichung der mit dem Gesetz verfolgten Ziele.

aa) Ein Mittel ist bereits dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt (vgl. BVerfGE 63, 88 <115>; 67, 157 <175>; 96, 10 <23>; 103, 293 <307>). Dem Gesetzgeber kommt dabei ein Einschätzungs- und Prognosevorrang zu. Es ist vornehmlich seine Sache, auf der Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele unter Beachtung der Gesetzmäßigkeiten des betreffenden Sachgebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will (vgl. BVerfGE 103, 293 <307> m.w.N.).

Hieran gemessen ist die Regelung grundsätzlich geeignet, die gesetzgeberischen Ziele zu erreichen. Der Landesgesetzgeber darf im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative annehmen, dass er den Unterbietungswettbewerb über die Lohnkosten begrenzen und auf diese Weise Arbeitslosigkeit bekämpfen kann, indem er den Bewerbern um einen öffentlichen Auftrag die Verpflichtung zur Zahlung eines Mindeststundenlohns auferlegt.



bb) Die gesetzliche Verpflichtung zum Mindeststundenlohn ist zur Zielerreichung erforderlich.

Der Gesetzgeber verfügt bei der Einschätzung der Erforderlichkeit ebenfalls über einen Beurteilungs- und Prognosespielraum (vgl. BVerfGE 102, 197 <218>). Daher können Maßnahmen, die der Gesetzgeber zum Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsguts für erforderlich hält, verfassungsrechtlich nur beanstandet werden, wenn nach den ihm bekannten Tatsachen und im Hinblick auf die bisher gemachten Erfahrungen feststellbar ist, dass Regelungen, die als Alternativen in Betracht kommen, die gleiche Wirksamkeit versprechen, die Betroffenen indessen weniger belasten (vgl. BVerfGE 25, 1 <19 f.>; 40, 196 <223>; 77, 84 <106>).

Nach diesen Maßstäben bestehen gegen die Erforderlichkeit der Regelung keine Bedenken. Es ist kein ebenso geeignetes, aber weniger belastendes Mittel erkennbar, das der Landesgesetzgeber anstelle der gesetzlichen Verpflichtung zur Zahlung eines Mindeststundenlohns hätte ergreifen können.

Die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit in Verbindung mit der Gewährleistung der finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherung ist ein besonders wichtiges Ziel, bei dessen Verwirklichung dem Gesetzgeber gerade unter den gegebenen schwierigen arbeitsmarktpolitischen Bedingungen ein relativ großer Entscheidungsspielraum zugestanden werden muss (vgl. BVerfGE 103, 293 <309>). Dieser Gemeinwohlbelang, dem die Regelung Rechnung zu tragen versucht, besitzt eine überragende Bedeutung (vgl. BVerfGE 100, 271 <288>).

Bezieht man die weiteren, diesen Zweck flankierenden, schon dargestellten Regelungsziele in die Abwägung der betroffenen, verfassungsrechtlich geschützten Rechte und Interessen ein, so ist die vom Gesetzgeber vorgenom-



mene Gewichtung zugunsten der Gemeinwohlbelange nicht zu beanstanden. Die Grenze der Zumutbarkeit ist für die Bewerber um einen öffentlichen Auftrag, die sich nur in Teilbereichen ihrer unternehmerischen Betätigung zur Anwendung bestimmter Entgeltsätze verpflichten sollen, angesichts der über-
ragend wichtigen Ziele der Mindeststundenlohnregelung keineswegs überschritten.

e) Die auf der Regelung beruhende Ungleichbehandlung der Anbieter, die keine Erklärung zur Zahlung des Mindeststundenlohns abgeben und deshalb keinen Zuschlag erhalten, im Vergleich mit den Anbietern, die die Auflage nach der Vorschrift erfüllen, verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Sie ist durch die dargestellten besonders wichtigen Gemeinwohlbelange, die den Landesgesetzgeber zu der gesetzlichen Regelung veranlasst haben, gerechtfertigt.

C.) Keine Verletzung europäischen Rechts

a.) Absatz 4 Satz 1: Mindestentlohnungsvorgabe für inländische und ausländische Unternehmen

Der Festlegung einer Mindestentlohnungsverpflichtung für Unternehmen mit Sitz im Inland in Absatz 4 Satz 1 stehen keine europarechtliche Hindernisse entgegen.

Mit der Erstreckung dieser Verpflichtung auch auf Unternehmen mit Sitz im Ausland werden zwingende Vorgaben der Entsende-Richtlinie (Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen) erfüllt.

aa) Erstreckung auf EU-ausländische Unternehmen nach Artikel 3 Absatz 1 der Entsende-Richtlinie



Die im vorliegenden Zusammenhang maßgebliche Vorschrift der Entsende-Richtlinie lautet:

„Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht die in Artikel 1 Absatz 1 genannten Unternehmen [i. e. Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats entsenden] den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern bezüglich der nachstehenden Aspekte die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird,

- durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften ...

festgelegt sind:

...

- c) Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze“

Artikel 3 Absatz 1 der Entsende-Richtlinie schreibt mithin vor, dass die Mitgliedstaaten diejenigen Rechtsvorschriften, mit denen sie inländischen Unternehmen Vorgaben im Hinblick auf Mindestlohnsätze machen, auch auf Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat erstrecken müssen, auch wenn das individuelle Arbeitsverhältnis einem fremden Recht unterliegt, das die fraglichen Bedingungen nicht oder nicht in gleicher Weise wie das Inland gewährt.

Dieser Verpflichtung aus der Richtlinie kommt der Landesgesetzgeber mit der Aufnahme von Absatz 4 Satz 2 nach. Obgleich es sich – wie oben festgehalten – bei Absatz 4 Satz 1 nicht um eine arbeitsrechtliche Vorschrift im Sinne des grundgesetzlichen Kompetenzkataloges handelt, enthält sie eine Rechtsvorschrift, die inländischen Unternehmen Vorgaben im Hinblick auf Mindestlohnsätze macht im

Sinne von Artikel 3 Absatz 1 der Entsende-Richtlinie. Denn ohne eine entsprechende Verpflichtung zur Zahlung des bezifferten Mindestentgeltes vonseiten der Unternehmen im Bieterverfahren, welche auch Bestandteil des Vergabevertrages zwischen Vergabestelle und Auftragnehmer wird, kann kein inländisches Unternehmen den Vergabezuschlag erhalten. Insofern handelt sich zwar um eine Vorschrift, die keine unmittelbaren arbeitsvertraglichen Ansprüche schafft. Aber dies wird in Artikel 3 Absatz 1 der Entsende-Richtlinie auch nicht vorausgesetzt, weder dem Wortlaut zu Folge, noch nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift.

Der Wortlaut, der lediglich eine Festlegung von Mindestlohnsätzen durch Rechtsvorschriften verlangt, schließt den vergaberechtlichen Modus der Festlegung von Mindestlohnsätzen nicht aus. Es handelt sich bei Absatz 4 Satz 1 als landesgesetzliche Regelung um eine Rechtsvorschrift und sie enthält einen Mindestlohnsatz, nämlich 8,50 EUR. Absatz 4 Satz 1 legt den Mindestlohnsatz auch fest, weil unter seiner Geltung im Bereich von Vergabestellen beauftragter Leistungen keine Entlohnung unter 8,50 EUR mehr stattfinden wird. Für den Umstand, dass Artikel 3 Absatz 1 nur Festlegungen in Gestalt unmittelbarer arbeitsvertraglicher Ansprüche bezeichnen würde, ist aus dem Wortlaut nichts ersichtlich.

Eine solche einschränkende Lesart wäre auch mit dem Zweck der Richtlinie nicht zu vereinbaren. Die Richtlinie will für grenzüberschreitende Dienstleistungen einen fairen Wettbewerb ermöglichen und zugleich die Wahrung der Rechte der Arbeitnehmer garantieren (Erwägungsgrund 5). Mit beiden Gesichtspunkten ist die der Verabschiedung der Richtlinie offenbar zugrunde liegende Absicht des Gesetzgebers angesprochen, dass der grenzüberschreitende Dienstleistungswettbewerb jedenfalls im Bereich niedrig qualifizierter Arbeit (deren Entlohnung eben in den Mitgliedstaaten in der Regel mittels Rechtsvorschriften oder allgemeinverbindlicher Tarifverträge geschützt wird) nicht über Lohnkosten ausgetragen wird (vgl. Erwägungsgrund 14). Diese Intention des Gesetzgebers würde konterkariert, wenn im Vergabebereich gleichfalls auf den Bereich niedrig qualifizierter Arbeit abzielenden Vorgaben zur Mindestentlohnung nur auf Unternehmen mit Sitz im Inland beschränkt blieben. Denn dann erhielten ausländische Unternehmen im Bereich

niedrig qualifizierter Arbeit Vorteile im Wettbewerb um öffentliche Aufträge, die allein aufgrund niedrigerer Lohnkosten entstehen.

Es wäre indes unverständlich, wenn die Richtlinie die Verzerrung des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge nur deswegen erlauben würde, weil die Rahmenbedingungen des Wettbewerbs in diesem Feld auch durch vergaberechtliche Vorschriften gesetzt werden können. Es ist letztlich davon auszugehen, dass es dem europäischen Gesetzgeber allein um die wirtschaftlichen Effekte einer Regelung und nicht um ihre rechtstechnische Gestalt ging.

bb) Erstreckung auf alle übrigen ausländische Unternehmen nach Artikel 1 Absatz 4 Entsende-Richtlinie

Nach Artikel 1 Absatz 4 der Entsende-Richtlinie darf Unternehmen mit Sitz außerhalb der Gemeinschaft keine günstigere Behandlung zuteil werden als Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat. Darum sind auch alle übrigen ausländischen Unternehmen in die Mindestlohnverpflichtung einzubeziehen.

cc) Keine Prüfung von Absatz 4 Satz 2 am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV (ex Art. 49 EGV)

Der Landesgesetzgeber erfüllt mit der Aufnahme des Absatzes 4 Satz 2 seine zwingende europarechtliche Verpflichtung aus Artikel 3 Absatz 1 und Artikel 1 Absatz 4 der Entsende-Richtlinie. Als mitgliedstaatliche Maßnahme zur Umsetzung insoweit voll harmonisierten Rechts steht Absatz 4 Satz 2 nicht mehr im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten und der vom Europäischen Gerichtshof für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit autonomer mitgliedstaatlicher Maßnahmen entwickelten Rechtsfertigungsprüfung. Denn jene Rechtsprechung greift nur für mitgliedstaatliche Maßnahmen außerhalb harmonisierten Rechts (grundsätzlich: EuGH, Rs. 120/78, *Cassis de Dijon*, Rn. 8; aus jüngerer Zeit: EuGH, Rs. C-112/05, *Volkswagen*, Rn. 72 f.). Die vom Europäischen Gerichtshof letztlich wohl *obiter dicta* vorgenommene Beurteilung vergaberechtlicher Entlohnungsvorgaben in der

Entscheidung Ruffert (EuGH, Rs. C-346/06, *Ruffert*, Rn. 36 ff.) allein anhand der Dienstleistungsfreiheit, der zu Folge eine auf den Bereich öffentlicher Vergabe beschränkte Mindestlohnvorgabe keine durch den Zweck des Arbeitnehmerschutz gerechtfertigte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstelle, kommt darum im Falle von Absatz 4 von vorne herein nicht zur Anwendung.

Die Entsende-Richtlinie selbst ist als Maßnahme des europäischen Gesetzgebers gleichfalls nicht der für die autonomen Maßnahmen der Mitgliedstaaten entwickelten und geltenden Rechtfertigungsprüfungen für Grundfreiheitsbeschränkungen zu unterwerfen. Das gilt auch insoweit als Artikel 4 Absatz 1 vergaberechtliche Mindestentgeltvorgaben einschließt, die als autonome mitgliedstaatliche Maßnahmen bei unmittelbarer Anwendung der Grundfreiheiten nicht zu rechtfertigen wären. Jener Unterschied rührt daher, dass der europäische Gesetzgeber mit Blick auf die Ausgestaltung des Binnenmarktes und der diesen kennzeichnenden Grundfreiheiten (vgl. Art. 4 Abs. 2 Buchst. a) AEUV - ex Art. 3 Abs. 1 Buchst. c) EGV) ein weites Gestaltungsermessen genießt (grundlegend: EuGH, Rs. 37/83, *Rewe*, Rn. 20; weiterhin: EuGH, Rs. C-233/94, *Deutschland gegen Parlament und Rat*; EuGH, Rs. C-168/98, *Luxemburg gegen Parlament und Rat*). Die Grenzen dieses Gestaltungsermessens hat der europäische Gesetzgeber mit der diskriminierungsfreien Einbeziehung auch vergaberechtlicher Mindestlohnvorgaben in die Verpflichtung der Mitgliedstaaten aus Artikel 3 Absatz 1 der Entsende-Richtlinie sicher nicht überschritten.

Dieses politische Gestaltungsermessen ist dem europäischen Gesetzgeber auch nicht über den Umweg einer engen und zweckwidrigen „primärrechtskonformen Auslegung“ von Artikel 3 Absatz 1 der Entsende-Richtlinie zu nehmen.

Nach alledem würde ein Verzicht auf eine Einbeziehung EU-ausländischer Unternehmen in Absatz 4 eine Verletzung europäischen Rechts darstellen.



Zu § 4

IAO-Kernarbeitsnormen

Gem. § 97 Abs. 4 GWB können für die Auftragsausführung zusätzliche soziale Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Die IAO-Kernarbeitsnormen zählen zu solchen zusätzlichen Anforderungen. Allerdings sollten die Auftraggeber verpflichtet werden, die IAO-Kernarbeitsnormen zwingend zu berücksichtigen.

Zu § 5

Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen

Die Vorschrift ist durch § 97 IV GWB gedeckt und wird von der IG BAU begrüßt. Schon in diesem grundlegenden Gesetz soll auf eine notwendige Frauenförderung hingewiesen werden.

Zu § 6

Berufliche Erstausbildung

Die Berücksichtigung sozialer Belange ist ausdrücklich durch § 97 IV GWB gedeckt. Gleichzeitig wird ein wirkungsvoller Anreiz für Unternehmen geschaffen, berufliche Erstausbildung durchzuführen. Die Regelung in § 6 verstößt auch nicht gegen europarechtliche Bestimmungen, da in der bereits zitierten Ruffert-Entscheidung des EuGH ausdrücklich die Berücksichtigung sozialer Belange in Landesvergabegesetzen erlaubt wird.



Zu § 7

Umweltverträgliche Beschaffung

Die Verpflichtung zur Berücksichtigung umweltbezogener Belange ist nach § 97 IV GWB gedeckt und wird von der IG BAU begrüßt.

Zu § 8

Mittelstandsförderung

Hinsichtlich der Verpflichtung des Auftraggebers, kleine und mittlere Unternehmen bei beschränkten Ausschreibungen und freihändigen Vergaben in angemessenen Umfang zu berücksichtigen, bestehen keine Bedenken und wird ausdrücklich von der IG BAU begrüßt. Gerade in der Bauwirtschaft ist der weitaus größte Teil der Firmen kleinbetrieblich oder mittelständisch strukturiert (76,5 % der Unternehmen der Bauwirtschaft beschäftigen weniger als zehn Arbeitnehmer), so dass eine solche Verpflichtung indirekt auch der Förderung bzw. dem Erhalt von Arbeitsplätzen in der Branche dient. Allerdings läuft diese Förderung ins Leere, wenn der Schwellenwert gemäß § 1 Abs. 1 den weitaus größten Teil der öffentlichen Aufträge dem Anwendungsbereich dieses Gesetzes entzieht!

Zu § 9

Nachunternehmereinsatz

§ 9 empfehlen wir wie folgt abzuändern, da die weiteren Untervergaben durch die Nachunternehmer des Auftragnehmers nicht geregelt sind.

„§ 9



Wird bei einer Auftragsvergabe eine Erklärung nach den §§ 3 bis 8 gefordert, muss der Anbieter sich jeweils auch dazu verpflichten, dass er von einem von ihm beauftragten Nachunternehmer oder von einem von ihm oder einem Nachunternehmer beauftragten Verleiher verlangt, seinen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mindestens die Arbeitsbedingungen zu gewähren, die der Bieter selbst einzuhalten verspricht.

Diese Verpflichtung erstreckt sich auf alle an der Auftragserfüllung beteiligten Unternehmen und gilt für alle weitere Untervergaben. Der jeweils einen Auftrag weiter Vergebende hat die jeweilige schriftliche Übertragung der Verpflichtung und ihre Einhaltung durch die jeweils beteiligten Nachunternehmer oder Verleiher sicherzustellen und dem öffentlichen Auftraggeber nachzuweisen. Bei Beschaffungen bis zu einem Auftragswert von 500,- € kann auf die Erklärungen nach den §§ 3 bis 8 verzichtet werden.

Der Auftragnehmer darf Bau- und Dienstleistungen nur auf Nachunternehmer übertragen, wenn der Auftraggeber im Einzelfall schriftlich zugestimmt hat. Satz 1 gilt entsprechend für jeden weiteren Nachunternehmer.

Die Bieter haben bereits bei Abgabe ihres Angebots ein Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen vorzulegen. Die nachträgliche Einschaltung oder der Wechsel eines Nachunternehmers bedarf der Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers.“

§ 9 in der vorgeschlagenen Fassung regelt, dass die Verpflichtungen aus vorstehenden Absätzen auch allen Nachunternehmern auferlegt werden. Außerdem wird eine Bagatellgrenze eingeführt, bis zu der auf die Abgabe bestimmter Erklärungen verzichtet werden kann. Die Einbeziehung von Nachunternehmern in die Tariftreuregelung ist zur Durchsetzung des Gesetzeszweckes notwendig, da sich nur so erreichen lässt, dass einzuhaltende Tarife nicht durch den Einsatz von Nachunternehmern unterlaufen werden.

Zu § 10

Wertung unangemessen niedriger Angebote



Die Regelung steht in engem Zusammenhang mit den Regelungen des § 1, weil ein Angebot, bei dem Zweifel an der Angemessenheit bestehen, den Verdacht in sich trägt, nicht kostendeckend bzw. in den Personalkosten unter Missachtung der tariflichen Verpflichtungen kalkuliert zu sein. Dem Bieter ist dann eine Frist zur Vorlage seiner Kalkulationsunterlagen zu setzen, um sich von der Ordnungsgemäßheit seiner Preisberechnungen zu überzeugen. Kommt er der Vorlagepflicht nicht nach, ist sein Angebot zwingend auszuschließen, da dieser Bieter als unzuverlässig einzustufen ist.

Kann (oder will) der Bieter, dessen Angebot 10 v. H. unter dem Preis des nächst höheren Angebots liegt, seine Kalkulation nicht offen legen, so ist er zwingend vom weiteren Verfahren auszuschließen.

Zu § 11

Wertungsausschluss/Nachweise

§ 11 empfiehlt die IG BAU wie folgt abzuändern:

„(1) Die Vergabestellen sind verpflichtet von dem Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, für den Fall, dass dieser keine gültige Bescheinigung aus dem Präqualifikationsverzeichnis des Vereins für die Qualifizierung von Bauunternehmen e.V. vorlegt, den Nachweis der vollständigen Entrichtung von Beiträgen zu fordern. Die Unterlagen müssen ausgestellt sein von dem zuständigen in- oder ausländischen Sozialversicherungsträger, der zuständigen in- oder ausländischen Sozialkasse, soweit der Betrieb des Bieters Bauaufträge im Sinne des § 99 Absatz 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausführt und von dem Geltungsbereich eines Tarifvertrages über eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien erfasst wird. Die Angaben zu Satz 1 können durch eine Bescheinigung des ausländischen Staates nachgewiesen werden. Bei fremdsprachigen Bescheinigungen ist eine Übersetzung in die deutsche Sprache beizufügen.“



(2) Soll die Ausführung eines Teils des Auftrages einem Nachunternehmer übertragen werden, so hat die Vergabestelle bei der Auftragserteilung auch die auf den Nachunternehmer lautenden Nachweise gemäß Absatz 1 zu fordern. Satz 1 gilt entsprechend für alle weiteren Nachunternehmer des Nachunternehmers.

(3) Bestehen Zweifel an der Ordnungsmäßigkeit des Nachweises, so hat der Auftragnehmer die entsprechende Beweislast zu tragen.“

Die Regelung ist wesentlich dem Landesvergabegesetz Niedersachsen vom 15.12.2008 (Nds. GVBl. S. 411) entnommen. Sie dient der Bekämpfung von Schwarzarbeit und schützt das geltende Tarifvertragssystem. Hervorzuheben ist hierbei, dass durch die vorgeschlagene Änderung für alle weiteren Untervergaben der Nachunternehmer ebenfalls die Voraussetzungen des § 11 gelten.

Zu § 12

Kontrollen

Die IG BAU empfiehlt § 12 wie folgt zu ändern:

„§ 12 Kontrollen

(1) Die öffentlichen Auftraggeber sind verpflichtet Kontrollen durchzuführen, um die Einhaltung der in §§ 3 bis 9 vorgesehenen Auflagen und Pflichten zu überprüfen.

Die öffentlichen Auftraggeber dürfen zu diesem Zweck Einblick in sämtliche Entgeltabrechnungen der Auftragnehmer sowie sämtlicher Nachunternehmer nehmen. Des Weiteren dürfen sie in sämtliche Unterlagen über die Abführung von Steuern und Beiträgen sowie in die zwischen Auftragnehmer und Nachunternehmer abgeschlossenen Werkverträge Einblick nehmen. Des Weiteren dürfen öffentliche Auftraggeber örtliche Kontrollen durchführen.



Der/ die (zuständige Behörde) richtet zur Überwachung der in Abs. 1 Satz 1 genannten Bestimmungen eine zentrale Kontrollgruppe ein. Die Mitglieder der Kontrollgruppe sind ermächtigt, zu Kontrollzwecken Einsicht in die Arbeitsverträge, Niederschriften nach § 2 des Nachweisgesetzes und andere Geschäftsunterlagen der ausführenden Unternehmen, insbesondere in die Entgeltabrechnungen, die Unterlagen über die Abführung von Steuern, von Beiträgen an in- und ausländische Sozialversicherungsträger, von Beiträgen an in- und ausländische Sozialkassen des Baugewerbes und in die zwischen den ausführenden Unternehmen abgeschlossenen Verträge nehmen. Die ausführenden Unternehmen haben ihre Beschäftigten auf die Möglichkeit solcher Kontrollen hinzuweisen und ihre schriftliche Zustimmung einzuholen. § 17 AEntG gilt entsprechend.

(2) Die ausführenden Unternehmen haben vollständige und prüffähige Unterlagen zur Prüfung nach Absatz 1 bereitzuhalten und auf Verlangen dem öffentlichen Auftraggeber bzw. der zentralen Kontrollgruppe vorzulegen.“

Abs. 1 und 2 führen das Recht und die Verpflichtung auf Kontrollen durch den öffentlichen Auftraggeber ein und legen den Umfang des zu Kontrollierenden und von den Unternehmen Vorzulegenden fest. Diese Regelungen sind notwendig, um die sich bewerbenden Unternehmen von dem Durchsetzungswillen des Gesetzgebers zu überzeugen und bei Verdacht auf Verstöße, den öffentlichen Stellen wie den Unternehmen zu verdeutlichen, was in welchem Umfang kontrolliert werden darf. Dabei wird der (Gesetzgeber) verpflichtet, für alle Auftragsüberprüfungen eine eigene Kontrollgruppe zu bilden.

Diese Kontrollkommission ist für die Umsetzung des Landesvergabegesetzes auch sinnvoll, da die Kommunen in der Regel für wirkungsvolle Kontrollen personell unzureichend ausgestattet sind und zudem eine generalpräventive Wirkung durch die Kontrollen erzielt wird.

Ohne das aktive Handeln der öffentlichen Vergabestellen im Sinne einer effektiven Kontrolle und Sanktionierung wird das vorliegende Vergabegesetz lediglich ein deklaratorisches Papier bleiben. Gerade die Kommunen müssen deutlich dar-



an erinnert und verpflichtet werden, dieses Gesetz auch umzusetzen, da nur so eine dauerhafte Verhinderung eines Verdrängungswettbewerbs über die Lohnkosten, die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, der Schutz von tarifgebundener Beschäftigung, die Erhaltung von gesellschaftlich wünschenswerten Arbeitsbedingungen und sozialen Standards, die Entlastung der Systeme der sozialen Sicherung und der Schutz des geltenden Tarifvertragssystems gewährleistet werden kann.

Zu § 13

Sanktionen bei Bau-, Liefer- und Dienstleistungen

Die in § 13 normierte Vertragsstrafe ist wirkungsvoll, da sie sehr schnell durch Abzug vom Werklohn vollzogen werden kann und für die öffentlichen Auftraggeber einen Anreiz bietet, die Auftragnehmer und deren Nachunternehmer tatsächlich zu kontrollieren. Gleichzeitig stellt der Ausschluss in Abs. 3 eine empfindliche Strafe dar und entfaltet Präventionswirkung.

Zu § 14

Gegen eine jährliche Evaluierung bestehen seitens der IG BAU keine Bedenken.

Positiv ist abschließend anzumerken, dass auf eine Befristung im vorliegenden Gesetzesentwurf bewusst verzichtet wird.



Frankfurt am Main, 14.03.2011

Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt
- Bundesvorstand –

RA Gregor Asshoff
Bundesvorstandssekretär
Leiter der Hauptabteilung
Politik und Grundsatzfragen



STELLUNGNAHME
der Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt

zum

Gesetzentwurf der Fraktion der SPD im Hessischen Landtag
für ein Gesetz zur Förderung und Stärkung kleinster, kleiner und mittlerer
Unternehmen sowie der Freien Berufe und zur Vergabe öffentlicher Aufträge
(Hessisches Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetz/ Hessisches MfVG)
Drucksache 18/3211

1. Allgemeines

Die Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt (IG BAU) begrüßt ausdrücklich den Entwurf der Fraktion der SPD im Hessischen Landtag für ein Gesetz zur Förderung und Stärkung kleinster, kleiner und mittlerer Unternehmen sowie der freien Berufe und zur Vergabe öffentlicher Aufträge (Hessisches Mittelstands- und Vergabegesetz), um die Interessen der öffentlichen Auftraggeber, soziale und ökologische Interessen, die Belange der Wirtschaft sowie den wirkungsvollen Schutz sozialer Standards in ein ausgewogenes Verhältnis zu setzen.

Die vom Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 11.07.2006 (1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 223) zum Berliner Vergabegesetz hervorgehobenen und verfassungsrechtlich gebilligten Ziele eines Landesvergabegesetzes, nämlich die Verhinderung eines Verdrängungswettbewerbes über die Lohnkosten, die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, der Schutz von tarifgebundener Beschäftigung, die Erhaltung von gesellschaftlich wünschenswerten Arbeitsbedingungen und sozialen Standards, die Entlastung der Systeme der sozialen Sicherung und der Schutz des Tarifvertragssystems, sind es wert, alle Anstrengungen zu ihrer Ver-

Seite 1 von 22 Seiten



wirklichung zu unternehmen. Der vorliegende Gesetzentwurf kann einen wesentlichen Beitrag dazu leisten, diese Ziele zu erreichen.

2. Auswirkungen des Urteils des EuGH vom 03.04.2008 – Rs. C-346/06 – Rüffert

Nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 03.04.2008 – Rs. C-346/06 - (Rüffert) sind Regelungen in Vergabegesetzen, die Mindestentgelt- oder Urlaubstarifverträge, die für allgemeinverbindlich erklärt oder durch Rechtsverordnung erstreckt sind und gemäß § 3 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) international zwingend sind, europarechtlich zulässig.

Europarechtlich zulässig sind auch (Landes- wie Bundes-) Vergaberegulungen, die an gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen anknüpfen und für Arbeiten dieser Art allgemein gelten, also bei öffentlichen wie privaten Aufgaben einzuhalten sind. Damit können auch branchenbezogene Mindestlöhne, wie sie möglicherweise über das Gesetz über Mindestarbeitsbedingungen vom 22. April 2009 erlassen werden, als Anknüpfungspunkt für Vergabe- und Sanktionsentscheidungen im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge herangezogen werden.

Auch verbietet Art. 49 EG nach dem o. g. Urteil des EuGH nicht, dass öffentliche Auftraggeber von ihren Auftragnehmern die Einhaltung von Tarifverträgen verlangen, an welche sie ohnehin bereits tarifrechtlich gebunden sind, insbesondere aufgrund von § 4 Abs. 1, § 5 Abs. 4 TVG oder den bereits erwähnten § 3 AEntG.

Solche Tariftreuerklärungen knüpfen Tarifverstöße der Auftragnehmer bei der Auftragsausführung an bestimmte zusätzliche, vertraglich vereinbarte Sanktionen wie beispielsweise eine befristete Auftragsperre oder Verwirkung einer Vertragsstrafe. Die Tariftreue des Auftragnehmers ist insoweit eine besondere Ausprä-

gung der Zuverlässigkeit des Auftragnehmers, die nach § 97 Abs. 4 GWB Voraussetzung für die Auftragsvergabe ist. Ein Fehlen der Zuverlässigkeit, namentlich bei nachweislicher Begehung schwerer Verfehlungen, welche die Zuverlässigkeit als Bewerber infrage stellen, kann zum Ausschluss des Unternehmers vom Wettbewerb führen, § 8 Nr. 5c Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen/VOB/A (dazu im einzelnen Glahs, in Kapellmann/Messerschmidt (Hrsg.), VOB Teile A und B, 2. Aufl. 2007, § 8 Rn. 53 mit weiteren Nachweisen).

3. Vorteil und Notwendigkeit des Hessischen Mittelstands- und Vergabegesetzes

Hinzuweisen ist des Weiteren darauf, dass dem Anwendungsbereich des vorliegenden Entwurfes des Hessischen Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetz keine rein deklaratorische Bedeutung zukommt.

Obwohl die international zwingenden Entgeltbedingungen bereits aufgrund der jeweiligen gesetzlichen Bestimmung (vgl. § 4 i.V.m. § 5 Nr. 1 AEntG) gelten, ist ein Hessisches Vergabegesetz notwendiger denn je.

Ein Tariftreuegesetz verstärkt erheblich die Wirkung dieser gesetzlichen Entgeltnormen und der in Bezug genommenen Tarifnormen. Das Tariftreuegesetz verpflichtet die öffentlichen Auftraggeber dazu, die Einhaltung dieser Entgeltnormen auch rein tatsächlich selbst zu überwachen (und nicht nur auf Kontrollen der Zollbehörden zu warten). Gleichzeitig wird der öffentliche Auftraggeber gewissenhaft darauf achten, dass diese Kontrolle auch ermöglicht wird (z.B. durch die Vorlagepflicht von Unterlagen durch den Auftragnehmer und Betretungsrechte von Arbeitsorten für den öffentlichen Auftraggeber oder seiner Beauftragten).

Des Weiteren setzt das Tariftreuegesetz auch einen wirkungsvollen Anreiz, da der öffentliche Auftraggeber bei Verstößen im Wege der Geltendmachung einer Vertragsstrafe faktisch Kosten sparen kann. Insoweit sei an dieser Stelle auf § 33 des Entwurfes des Hessischen Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge hingewiesen, der zur Sicherung der Einhaltung der nach dem Gesetzesentwurf vorgesehenen Verpflichtungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge die Unternehmen verpflichtet, bei einem schuldhaften Verstoß eine Vertragsstrafe von bis zu 5 % des jeweiligen Auftragswertes zu zahlen.

Diese Vertragsstrafe ist zudem gegenüber den Auftragnehmern regelmäßig auch besonders wirkungsvoll, da sie sehr schnell durch Abzug vom Werklohn vollzogen werden kann, wohingegen die Sanktionen nach § 23 AEntG in der Regel erst nach einem Gerichtsverfahren über zwei Instanzen rechtskräftig werden und häufig nicht mehr vollstreckt werden können, da der Delinquent insolvent ist oder sich im Ausland aufhält.

Hinzuweisen ist insbesondere darauf, dass die Vollstreckung von Bußgeldern nach § 23 AEntG sowohl innerhalb der EU als auch erst recht außerhalb der EU rechtlich (und faktisch) nicht möglich ist. Daran wird sich wohl auch in absehbarer Zeit nichts ändern. Diese Tatsache fällt zukünftig umso mehr ins Gewicht, als ab 01.05.2011 die bisherigen Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit aufgrund der Beitrittsverträge mit den neuen mittel- und osteuropäischen EU-Mitgliedstaaten (u. a. Polen, Tschechien, Slowakei, Lettland, Litauen, Estland) wegfallen werden. Ab diesem Datum können sich Unternehmen aus diesen Mitgliedstaaten also auch im Baugewerbe, in der Gebäude- und Verkehrsmittelreinigung und im Raumausstattergewerbe unmittelbar um öffentliche Aufträge bewerben und nicht nur wie bislang als Nachunternehmer auf dem deutschen Markt auftreten.

Insofern lohnt es sich schon unter dem Aspekt einer wirkungsvolleren Kontrolle bestehender gesetzlicher Verpflichtungen und verbesserter Sanktionen von Ver-



stößen gegen diese Verpflichtungen, auf der Ebene eines Bundeslandes ein Tarifreuegesetz (Vergabegesetz) zu schaffen bzw. ein bestehendes Vergabegesetz an die neuen rechtlichen Rahmenbedingungen aufgrund des Ruffert-Urteils des EuGH anzupassen. Zudem – darauf sei hier ausdrücklich hingewiesen - können gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB auch weitere soziale und umweltbezogene Vergabekriterien in ein Landesvergabegesetz aufgenommen werden (soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen).

**4. Zu einzelnen Vorschriften des Entwurfes der Fraktion der SPD im Hessischen Landtag für ein Gesetz zur Förderung und Stärkung kleinster, kleiner und mittlerer Unternehmen sowie der freien Berufe und zur Vergabe öffentlicher Aufträge
(Hessisches Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetz)**

Zu § 1

Zweck des Gesetzes

Der Zweck des Gesetzes ist von § 97 IV GWB gedeckt.

Hinsichtlich der Verpflichtung des Auftraggebers, kleine und mittlere Unternehmen bei beschränkten Ausschreibungen und freihändigen Vergaben in angemessenen Umfang zu berücksichtigen, bestehen keine Bedenken und wird ausdrücklich von der IG BAU begrüßt. Gerade in der Bauwirtschaft ist der weitaus größte Teil der Firmen kleinbetrieblich oder mittelständisch strukturiert (76,5 % der Unternehmen der Bauwirtschaft beschäftigen weniger als zehn Arbeitnehmer), so dass eine solche Verpflichtung indirekt auch der Förderung bzw. dem Erhalt von Arbeitsplätzen in der Branche dient. Allerdings läuft diese Förderung ins Leere, wenn die

Schwellenwerte gemäß § 2 dieses Gesetzesentwurfes die weitaus größten Teile der öffentlichen Aufträge dem Anwendungsbereich dieses Gesetzes entziehen.

Zu § 2

Sachlicher Anwendungsbereich:

Der Gesetzesentwurf gilt bei Bauaufträgen und bei Liefer- Dienstleistungsaufträgen erst ab einem Auftragswert von 50.000 €. Viele öffentliche Aufträge würden so vom Gesetz gar nicht erfasst.

Die IG BAU hält die Festlegung des Anwendungsbereiches des Hessischen MfVG auf öffentlichen Aufträge oberhalb wie unterhalb der EU-Schwelle für sinnvoll, da ein Großteil öffentlicher Aufträge – und das sind Aufträge unterhalb des EU-Schwellenwertes - so überhaupt erst ins Blickfeld des Hessischen MfVG gerät. Allerdings sind die Einschränkung in § 2 Abs. 2 des Hessischen MfVG, die die Vergaberichtlinien im Vergabegesetz bei Bauaufträgen erst ab einem geschätzten Auftragswert von 50.000 € (ohne Umsatzsteuer) und bei Liefer- und Dienstleistungen ab einem geschätzten Auftragswert von ebenfalls 50.000 € gelten lassen, vollkommen kontraproduktiv. Ein Großteil öffentlicher Aufträge in diesen Bereichen, vor allem kommunaler Aufträge, wird dadurch erst gar nicht vom vorliegenden Gesetzesentwurf erfasst.

Anzumerken ist hierbei, dass ca. 85 % aller öffentlichen Bauaufträge bundesweit lediglich bei einem Auftragswert von bis zu 10.000 € liegen. Anders ausgedrückt: Mit einem Schwellenwert von 50.000 € fallen sicherlich 95 % aller öffentlichen Bauaufträge in Hessen nicht unter das Vergabegesetz. Angesichts der Tatsache, dass von den 73.987 Bauunternehmen in Deutschland 56.589 (76,5 %) weniger als zehn Beschäftigte haben (Quelle: Statistisches Bundesamt 2007), kann das Gesetz die ausdrücklich intendierte Förderung von kleinen und mittleren Unternehmen jedenfalls im Baugewerbe nicht leisten.



Auch deshalb sind in anderen Ländervergabegesetzen weitaus niedrigere Schwellenwerte normiert. So gilt im Niedersächsischen Landesvergabegesetz ein Schwellenwert für Bauaufträge von 30.000 € und in Berlin gilt ein Schwellenwert für alle öffentlichen Aufträge in Höhe von 500 €.

Dem derzeitigen Gesetzesentwurf kommt mit diesen sehr hohen Schwellenwerten nach Auffassung der IG BAU bedauerlicher Weise eine weitgehend nur rein deklaratorische Bedeutung zu.

Zu § 3

Persönlicher Anwendungsbereich:

Positiv ist anzumerken, dass alle öffentlichen Auftraggeber (insbesondere Kommunen) vom Geltungsbereich des Gesetzesentwurfes erfasst werden.

Zweiter Abschnitt (mittelstandsgerechte Rahmenbedingungen) :

Zu §§ 4-9:

Mittelstandsgerechte Rahmenbedingungen können von einem Vergabegesetz vorgegeben werden und sind von § 97 IV GWB gedeckt.

Dritter Abschnitt (Fördergrundsätze und Förderschwerpunkte):

Zu §§ 10- 17:

Die Festlegung von Förderungsgrundsätzen und Förderungsschwerpunkten in einem Vergabegesetz ist zulässig und ebenfalls gem. § 97 IV GWB gedeckt. Sehr



positiv hervorzuheben ist nach Ansicht der IG BAU, dass die Förderschwerpunkte Berufsausbildung und Beschäftigungssicherung im Gesetzesentwurf normiert werden.

Vierter Abschnitt:

Vergabe öffentlicher Aufträge

Zu § 18

Mittelstandsförderung

Die Förderung kleiner und mittelständischer Unternehmen ist positiv zu bewerten, da gerade in der Baubranche die überwiegende Anzahl der Betriebe kleinbetrieblich oder mittelständisch strukturiert sind (76,5 % der Bauunternehmen beschäftigen weniger als zehn Arbeitnehmer), so dass eine solche Vorschrift indirekt auch der Förderung bzw. dem Erhalt von Arbeitsplätzen in der Branche dient. Allerdings läuft diese Förderung ins Leere, wenn die Schwellenwerte gemäß § 2 den weitaus größten Teil der öffentlichen Aufträge dem Anwendungsbereich dieses Gesetzes entziehen!

Zu § 19

Berücksichtigung ökologischer und sozialer Kriterien im Vergabeverfahren

Die Berücksichtigung ökologischer und sozialer Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge bzw. bei der technischen Spezifikation wird von der IG BAU ebenfalls positiv bewertet und ist durch § 97 IV GWB gedeckt.

Zu §§ 20, 21

Definition des Auftragsgegenstands; Technische Spezifikation

Dass bereits bei der Definition des Auftragsgegenstandes bzw. bei der technischen Spezifikation des Auftrages ökologische und soziale Belange berücksichtigt werden können, wird von der IG BAU begrüßt und ist durch § 97 Abs. 4 GWB gedeckt.

Zu § 22

Auswahl der Bieter

Positiv zu bewerten ist, dass der Auftraggeber bereits vor Erteilung des Zuschlags verpflichtet ist, Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit zu überprüfen. Allerdings ist kritisch anzumerken, dass dem Auftraggeber in § 22 Abs. 2 eine Ermessensentscheidung dahingehend eingeräumt wird, den Bieter vom Verfahren auszuschließen, wenn dieser im Vorfeld gegen arbeitnehmer- und umweltschützende Vorschriften verstoßen hat. Hier empfiehlt die IG BAU, dringend dass der Bieter bei einem o. g. Verstoß zwingend vom Verfahren auszuschließen ist.

Zu § 23

Erteilung des Zuschlages

Die Erteilung des Zuschlags auf das wirtschaftlichste Angebot beinhaltet die Gefahr, dass nur das niedrigste Angebot den Zuschlag erhält. Insofern ist nach Auffassung der IG BAU die Formulierung in § 23 Abs. 1 HMfVG zu unpräzise.

Des Weiteren empfiehlt die IG BAU, dass eine Verpflichtung zur Berücksichtigung sozialer und ökologischer Kriterien normiert wird und dem Auftraggeber diesbezüglich keine Ermessensentscheidung eingeräumt wird.

Um den Willen des Gesetzgebers deutlich herauszustellen empfehlen wir daher § 23 S. 1 HMfVG wie folgt abzuändern:

„Der Zuschlag ist unter Berücksichtigung der Vorgaben dieses Gesetzes, dem wirtschaftlichsten Angebot zu erteilen. Bei der Erteilung des Zuschlags sind zwingend soziale und ökologische Kriterien zu berücksichtigen.“

Zu § 24

§ 24 ist von § 97 IV GWB gedeckt.

Zu § 25

Tariftreue und Entgeltgleichheit

Die Formulierungen zur Tariftreue in § 25 Abs. 1 MfVG hält die IG BAU für sinnvoll und wird von ihr unterstützt.

Durch die Fassung des Abs. 1 werden nicht nur Mindestentgelte im Sinne von § 5 Nr. 1 AEntG sondern auch die Mindesturlaubsbedingungen einschließlich der zur Sicherstellung der Urlaubsvergütung tarifvertraglich zu zahlenden Beiträge an eine Urlaubskasse (Gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien) im Sinne von § 5 Nr. 2 sowie Nr. 3 AEntG zur Voraussetzung einer Vergabe öffentlicher Aufträge gemacht. Da es sich um international zwingende Arbeitsbedingungen nach dem AEntG handelt, ist eine solche Fassung des § 25 HessMfVG europarechtlich unproblematisch. Sie sichert wesentliche Ansprüche der Arbeitnehmer (Mindestentgelt, Urlaub und Urlaubsvergütung) und ist aus Wettbewerbsgründen auch erforderlich, da allein die Beiträge zur Urlaubs- und Lohnausgleichskasse



der Bauwirtschaft derzeit 14,3 v. H. der Bruttolohnsumme eines Betriebes des Bauhauptgewerbes ausmachen.

Allerdings hält die IG BAU Ergänzungen in § 25 Hessisches MfVG für notwendig.

Sozialpolitisch sinnvoll wäre eine Formulierung, den auch der Entwurf des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes vom September 2009 geht, nämlich eine feste gesetzliche Untergrenze (dort: 7,50 Euro) für alle Aufträge, die nicht in den Anwendungsbereich einer sonstigen Mindestentgeltbestimmung (z.B. eines Mindestlohtarifvertrages nach dem AEntG) fallen, zu statuieren. Europarechtlich ist ein solcher Weg nach den Vorgaben des Urteils des EuGH vom 03.04.2008 (– Rs. C-346/06 – Rüffert) zulässig, da es sich um eine gesetzlich statuierte Untergrenze handeln würde.

Die IG BAU empfiehlt daher folgende Ergänzung des § 25 MfVG:

„Unbeschadet etwaiger weitergehender Anforderungen nach Abs. 1-3 werden Aufträge an Unternehmen nur vergeben, wenn diese sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmern bei der Ausführung der Leistung mindestens ein Stundenentgelt von 8,50 € zu zahlen.“

Dabei erfüllt die Erstreckung auf alle Unternehmen mit Sitz im In- und Ausland zugleich eine Vorgabe europäischen Sekundärrechts. Die Verpflichtung, den bei der Erfüllung öffentlicher Aufträge eingesetzten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mindestens einen Stundenlohn von 8,50 € zu zahlen, findet ihre Begründung darin, dass nur so eine Existenz sichernde Bezahlung der Arbeitskräfte gewährleistet ist und der Staat nicht durch ansonsten erforderliche ergänzende Zahlungen an die Arbeitskräfte indirekt die Unternehmen, die Niedriglöhne zahlen, subventioniert. Außerdem wird dadurch ein auf dem Rücken niedrig qualifizierter Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen ausgetragener Niedriglohnwettbewerb verhindert. Darüber hinaus stärkt eine Mindestentlohnungsvorgabe im Vergabebe-

reich auch das Lohnniveau im Bereich niedrig qualifizierter Arbeit insgesamt, ohne dabei direkt in die Autonomie der Arbeitsvertrags- und Tarifparteien einzugreifen.

Schließlich trägt die Mindestentlohnung zur Erhaltung sozialer Mindeststandards bei und damit auch zur Entlastung der bei hoher Arbeitslosigkeit oder bei niedrigen Löhnen verstärkt in Anspruch genommenen Systeme der sozialen Sicherheit.

In vielen Beschäftigungsverhältnissen erreichen die Beschäftigten trotz Vollzeitarbeit mit Ihrem Verdienst noch nicht einmal das Existenzminimum. Die Europäische Union zieht die „Lohnarmutsgrenze“ bei 50 Prozent des durchschnittlichen Vollzeiteinkommens eines Landes. Danach beziehen insgesamt etwa 3,4 Millionen Beschäftigte nach einer Studie des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Institut in der Hans-Böckler-Stiftung WSI in Deutschland Armutslöhne, die eine existentielle, menschenwürdige Grundsicherung nicht zulassen. Eurostat, das Statistische Amt der Europäischen Union, zieht die Lohnarmutsgrenze bei 50 Prozent des durchschnittlichen Vollzeiteinkommens eines Landes. Wer weniger verdient, gilt in der EU als arm trotz Arbeit. Getrennt für das unterschiedliche Lohnniveau von West- und Ostdeutschland berechnet, kommt das WSI auf 12,1 Prozent der Vollzeitbeschäftigten im Westen und 9,5 Prozent im Osten, die so genannte Armutslöhne beziehen – insgesamt etwa 3,4 Millionen Beschäftigte. Um die so definierte Lohnarmut (vollständig) einzudämmen, muss der Mindeststundenlohn für eine wirksame Grundsicherung bzw. Grundversorgung nach dem WSI derzeit bei 8,50 € liegen.

Zu § 26

IAO- Kernarbeitsnormen



Gem. § 97 Abs. 4 GWB können für die Auftragsausführung zusätzliche soziale Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Die IAO-Kernarbeitsnormen zählen zu solchen zusätzlichen Anforderungen. Allerdings sollten die Auftraggeber verpflichtet werden, die IAO-Kernarbeitsnormen zwingend zu berücksichtigen.

Des Weiteren fehlt im vorliegenden Gesetzesentwurf jedwede Regelung über die vom Bieter zu erbringenden Nachweise. Wir empfehlen folgenden § 26 a einzufügen:

„§ 26 a

Nachweise

(1) Die Vergabestellen sind verpflichtet von dem Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, für den Fall, dass dieser keine gültige Bescheinigung aus dem Präqualifikationsverzeichnis des Vereins für die Qualifizierung von Bauunternehmen e.V. vorlegt, den Nachweis der vollständigen Entrichtung von Beiträgen zu fordern. Die Unterlagen müssen ausgestellt sein von dem zuständigen in- oder ausländischen Sozialversicherungsträger, der zuständigen in- oder ausländischen Sozialkasse, soweit der Betrieb des Bieters Bauaufträge im Sinne des § 99 Absatz 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausführt und von dem Geltungsbereich eines Tarifvertrages über eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien erfasst wird. Die Angaben zu Satz 1 können durch eine Bescheinigung des ausländischen Staates nachgewiesen werden. Bei fremdsprachigen Bescheinigungen ist eine Übersetzung in die deutsche Sprache beizufügen.

(2) Soll die Ausführung eines Teils des Auftrages einem Nachunternehmer übertragen werden, so hat die Vergabestelle bei der Auftragserteilung auch die auf

den Nachunternehmer lautenden Nachweise gemäß Absatz 1 zu fordern. Satz 1 gilt entsprechend für alle weiteren Nachunternehmer des Nachunternehmers.

(3) Bestehen Zweifel an der Ordnungsmäßigkeit des Nachweises, so hat der Auftragnehmer die entsprechende Beweislast zu tragen.“

Die Regelung ist wesentlich dem Landesvergabegesetz Niedersachsen vom 15.12.2008 (Nds. GVBl. S. 411) entnommen. Sie dient der Bekämpfung von Schwarzarbeit und schützt das geltende Tarifvertragssystem. Hervorzuheben ist hierbei, dass für alle weiteren Untervergaben der Nachunternehmer ebenfalls die Voraussetzungen des § 26a gelten.

Zu § 27

Nachunternehmereinsatz

Die Regelung dient ersichtlich der Bekämpfung der Schwarzarbeit. Die IG BAU begrüßt, dass die nachträgliche Einschaltung oder der Wechsel eines Nachunternehmers der Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers bedarf, da so der Schutz des geltenden Tarifvertragssystems und die Bekämpfung der Schwarzarbeit verstärkt wird.

Allerdings weist das System des § 27 nach unserem Verständnis eine entscheidende Lücke auf: Es regelt nämlich nicht die weitere(n) Untervergabe(n) durch die Nachunternehmer des Auftragnehmers. Auch für diese Untervergaben müssen (mindestens) die Voraussetzungen des § 27 Geltung erhalten.

Eine entsprechende Formulierung könnte wie folgt lauten:

„Wird bei einer Auftragsvergabe eine Erklärung nach den Absätzen 1, 2, 3 und 4 gefordert, muss der Anbieter sich jeweils auch dazu verpflichten, dass er von ei-

nem von ihm beauftragten Nachunternehmer oder von einem von ihm oder einem Nachunternehmer beauftragten Verleiher verlangt, seinen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mindestens die Arbeitsbedingungen zu gewähren, die der Bieter selbst einzuhalten verspricht.

Diese Verpflichtung erstreckt sich auf alle an der Auftragserfüllung beteiligten Unternehmen und gilt für alle weitere Untervergaben. Der jeweils einen Auftrag weiter Vergebende hat die jeweilige schriftliche Übertragung der Verpflichtung und ihre Einhaltung durch die jeweils beteiligten Nachunternehmer oder Verleiher sicherzustellen und dem öffentlichen Auftraggeber nachzuweisen.

Der Auftragnehmer darf Bau- und Dienstleistungen nur auf Nachunternehmer übertragen, wenn der Auftraggeber im Einzelfall schriftlich zugestimmt hat. Satz 1 gilt entsprechend für jeden weiteren Nachunternehmer.

Die Bieter haben bereits bei Abgabe ihres Angebots ein Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen vorzulegen. Die nachträgliche Einschaltung oder der Wechsel eines Nachunternehmers bedarf der Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers.“

Der obige Vorschlag regelt, dass die Verpflichtungen aus vorstehenden Absätzen auch allen Nachunternehmen auferlegt werden. Die Einbeziehung von Nachunternehmen in die Tariftreueregelung ist zur Durchsetzung des Gesetzeszweckes notwendig, da sich nur so erreichen lässt, dass einzuhaltende Tarife nicht durch den Einsatz von (weiteren) Nachunternehmen (Subunternehmerketten) unterlaufen werden.



Zu § 28

Berufliche Erstausbildung, Berücksichtigung von Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern

Von der IG BAU wird befürwortet, dass die Entscheidung über den Zuschlag eines Angebots berücksichtigen kann, ob sich der Bieter an der beruflichen Erstausbildung ausreichend beteiligt. Eine Berücksichtigung sozialer Belange ist ausdrücklich durch § 97 Abs. 4 GWB gedeckt. Gleichzeitig wird ein wirkungsvoller Anreiz für Unternehmen geschaffen, berufliche Erstausbildung durchzuführen und eine wirksame Frauenförderung vorzunehmen. Die Regelung in § 28 verstößt auch nicht gegen europarechtliche Bestimmungen, da in der bereits zitierten sog. Ruffert-Entscheidung des EuGH ausdrücklich die Berücksichtigung sozialer Belange in Landesvergabegesetzen erlaubt wird.

Zu § 29

Wertung unangemessen niedriger Angebote:

Die Regelung steht in engem Zusammenhang mit den Regelungen des § 25 des vorliegenden Gesetzesentwurfes. Positiv zu bewerten ist die Verpflichtung des Auftraggebers, eine effektive Überprüfung eines ungewöhnlich niedrigen Angebots vorzunehmen. Ein Angebot, bei dem Zweifel an der Angemessenheit besteht, trägt den Verdacht in sich, nicht kostendeckend bzw. in den Personalkosten unter Missachtung der gesetzlichen oder tariflichen Verpflichtungen kalkuliert zu sein.

Ebenfalls positiv ist die Regelung des § 29 Abs. 2 MfVG.

Kann (oder will) der Bieter, dessen Angebot 10 v. H. unter dem Preis des nächst höheren Angebots liegt, seine Kalkulation nicht offen legen, so ist er zwingend vom weiteren Verfahren auszuschließen.

Zu § 30

Wertungsausschluss:

Die IG BAU empfiehlt Abs. 1 abzuändern.

Nach der Formulierung „nicht zum geforderten Zeitpunkt vorgelegt“ sollte der Halbsatz „so ist er von dem weiteren Verfahren ausgeschlossen.“ angefügt werden. Die Ermessensentscheidung der Vergabestelle sollte gänzlich entfallen und führt – wegen der Unklarheit der Bestimmung - im Ergebnis voraussichtlich fast immer zu gerichtlichen Auseinandersetzungen, Verzögerungen sowie letztlich der Missachtung der Vorschrift auf Auftraggeberseite.

Zu § 31

Sicherheitsleistungen bei Bauleistungen

Nach unserer Auffassung sollte die Verpflichtung, Sicherheitsleistungen ab einem bestimmten Auftragswert zu stellen, nicht nur auf Bauleistungen beschränkt werden.

Zu § 32

Kontrollen

Die Ermessensregelung in § 32 MfVG ist nach Auffassung der IG BAU nicht sinnvoll. Wir empfehlen dringend folgende Gesetzesformulierung:

„§ 32 Kontrollen

(1) Die öffentlichen Auftraggeber sind verpflichtet Kontrollen durchzuführen, um die Einhaltung der dem Auftragnehmer aufgrund dieses Gesetzes auferlegten Verpflichtungen zu überprüfen.

Die öffentlichen Auftraggeber dürfen zu diesem Zweck Einblick in sämtliche Entgeltabrechnungen der Auftragnehmer sowie sämtlicher Nachunternehmer nehmen. Des Weiteren dürfen sie in sämtliche Unterlagen über die Abführung von Steuern und Beiträgen sowie in die zwischen Auftragnehmer und Nachunternehmer abgeschlossenen Werkverträge Einblick nehmen. Des Weiteren dürfen öffentliche Auftraggeber örtliche Kontrollen durchführen.

Der/ die (zuständige Behörde) richtet zur Überwachung der in Abs. 1 Satz 1 genannten Bestimmungen eine zentrale Kontrollgruppe ein. Die Mitglieder der Kontrollgruppe sind ermächtigt, zu Kontrollzwecken Einsicht in die Arbeitsverträge, Niederschriften nach § 2 des Nachweisgesetzes und andere Geschäftsunterlagen der ausführenden Unternehmen, insbesondere in die Entgeltabrechnungen, die Unterlagen über die Abführung von Steuern, von Beiträgen an in- und ausländische Sozialversicherungsträger, von Beiträgen an in- und ausländische Sozialkassen des Baugewerbes und in die zwischen den ausführenden Unternehmen abgeschlossenen Verträge nehmen. Die ausführenden Unternehmen haben ihre Beschäftigten auf die Möglichkeit solcher Kontrollen hinzuweisen und ihre schriftliche Zustimmung einzuholen. § 17 AEntG gilt entsprechend.

(2) Die ausführenden Unternehmen haben vollständige und prüffähige Unterlagen zur Prüfung nach Absatz 1 bereitzuhalten und auf Verlangen dem öffentlichen Auftraggeber bzw. der zentralen Kontrollgruppe vorzulegen.“

Abs. 1 und 2 führen das Recht und die Verpflichtung auf Kontrollen durch den öffentlichen Auftraggeber ein und legen den Umfang des zu Kontrollierenden und von den Unternehmen Vorzulegenden fest. Diese Regelungen sind notwendig, um die sich bewerbenden Unternehmen von dem Durchsetzungswillen des Gesetzgebers zu überzeugen und bei Verdacht auf Verstöße, den öffentlichen Stellen wie den Unternehmen zu verdeutlichen, was in welchem Umfang kontrolliert werden darf. Dabei wird der (Gesetzgeber) verpflichtet, für alle Auftragsüberprüfungen eine eigene Kontrollgruppe zu bilden.

Diese Kontrollkommission ist für die Umsetzung des Landesvergabegesetzes auch sinnvoll, da die Kommunen in der Regel für wirkungsvolle Kontrollen personell unzureichend ausgestattet sind und zudem eine generalpräventive Wirkung durch die Kontrollen erzielt wird.

Ohne das aktive Handeln der öffentlichen Vergabestellen im Sinne einer effektiven Kontrolle und Sanktionierung wird das vorliegende Vergabegesetz lediglich ein deklaratorisches Papier bleiben. Gerade die Kommunen müssen deutlich daran erinnert und verpflichtet werden, dieses Gesetz auch umzusetzen, da nur so eine dauerhafte Verhinderung eines Verdrängungswettbewerbs über die Lohnkosten, die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, der Schutz von tarifgebundener Beschäftigung, die Erhaltung von gesellschaftlich wünschenswerten Arbeitsbedingungen und sozialen Standards, die Entlastung der Systeme der sozialen Sicherung und der Schutz des geltenden Tarifvertragssystems gewährleistet werden kann.

Zu § 33

Sanktionen:



Abs. 1 und 2 stellen klar, dass ein Verstoß gegen die im Gesetz niedergelegten Pflichten für das jeweils betroffene Unternehmen massive Strafen nach sich zieht. So wird in Abs.1 eine Vertragsstrafe festgelegt und in Abs. 2 das sofortige fristlose Kündigungsrecht des Auftraggebers fixiert. Die Einschränkung im letzten Halbsatz des Absatzes 1 "es sei denn, dass der Auftragnehmer den Verstoß weder kannte noch kennen musste" sollte nach unserer Auffassung zumindest dahingehend klargestellt werden, dass der betroffene Auftragnehmer zwingend den Nachweis zu führen hat, dass er weder grob fahrlässig noch vorsätzlich gehandelt hat, da die Vorschrift sonst leer zu laufen droht.

Abs. 3 regelt darüber hinaus die Dauer, für die Unternehmen von öffentlichen Aufträgen auszuschließen sind, die gegen ihre aus dem Gesetz folgenden Verpflichtungen verstoßen haben. Dabei wird durch die gewählte Formulierung sichergestellt, dass „alle“ – also auch alle Subunternehmen, denen ein Verstoß nachgewiesen wurde, von der Regelung betroffen sind.

Die obige Vertragsstrafe ist auch wirkungsvoll, da sie sehr schnell durch Abzug vom Werklohn vollzogen werden kann und für die öffentlichen Auftraggeber einen Anreiz bietet, die Auftragnehmer und deren Nachunternehmer tatsächlich zu kontrollieren. Gleichzeitig stellt der Ausschluss in Abs. 3 eine empfindliche Strafe dar und entfaltet Präventionswirkung.

Zu § 35

Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

§ 35 ist nach unserer Auffassung eine sinnvolle Regelung für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte des § 100 GWB(Rechtsschutz).



Zu § 36

Ausnahmen:

Die IG BAU hält die Ausnahmeregelung, dass umweltbezogene Belange bei Bauaufträgen bis zu 150.000€ nicht berücksichtigt werden, für nicht sinnvoll, da gerade Bauaufträge erhebliche Auswirkungen auf ökologische und umweltbezogene Belange haben können. Nach Auffassung der IG BAU dürfen umweltbezogene Belange im vorliegenden Gesetzesentwurf keine rein deklaratorische Bedeutung haben.

Zu § 37

Berichte

Gegen eine jährliche Evaluierung bestehen seitens der IG BAU keine Bedenken.

Zu § 39

Befristung

Eine Befristung hält die IG BAU für nicht sinnvoll. Es stellt sich die Frage, ob das Gesetz lediglich rein deklaratorische Wirkung entfalten soll. Die IG BAU empfiehlt dringend ein unbefristetes Gesetz.



Frankfurt am Main, 14..03.2011

Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt
- Bundesvorstand –

RA Gregor Asshoff
Bundesvorstandssekretär
Leiter der Hauptabteilung
Politik und Grundsatzfragen



Von: Florian Rödl [mailto:Florian.Roedl@normativeorders.net]

Gesendet: Mittwoch, 16. März 2011 17:02

An: Schnier, Heike (HLT)

Betreff: Anhörung Ausschuss Wirtschaft & Verkehr, 31.3.

Sehr geehrter Herr Reif, sehr geehrte Frau Schnier,

an der Anhörung am 31. März 2011 kann ich leider nicht teilnehmen, da ich mich zu diesem Zeitpunkt im Urlaub befinde.

Als Stellungnahme kann ich Ihnen einen wissenschaftlichen Beitrag zur Verfügung stellen, der sich mit der Zulässigkeit vergaberechtlicher Mindestlohnvorgaben befasst, die in keinem der beiden Gesetzesentwürfe enthalten sind. Deren Fehlen wäre auch der zentrale Mangel, den ich in einem mündlichen Statement geltend gemacht hätte.

Mit freundlichen Grüßen

Florian Rödl

--

Dr. Florian Rödl

Forschungsgruppenleiter

Goethe-Universität Frankfurt am Main

Exzellenz-Cluster "Die Herausbildung normativer Ordnungen"

Research Group Director

Goethe-University Frankfurt/Main

Cluster of Excellence "The Formation of Normative Orders"

www.normativeorders.net

Telefon: +49 (0)69 798-22766

Mobil: +49 (0)170 8165613

E-Mail: florian.roedl@normativeorders.net

Postadresse:

Senckenberganlage 31, Hauspostfach 4

D-60325 Frankfurt am Main (für Pakete)

D-60054 Frankfurt am Main (für Briefe)

Bezifferte Mindestentgeltvorgaben im Vergaberecht¹

Florian Rödl (Frankfurt am Main)

erscheint demnächst in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*

I. Neue Anläufe für Mindestentgeltvorgaben in den Landesvergabegesetzen

Die *Rüffert*-Entscheidung des *EuGH*, mit der die Tariftreuerregelung im niedersächsischen Vergaberecht mit Blick auf die Richtlinie 96/71/EG (im Folgenden Entsenderichtlinie) und die Dienstleistungsfreiheit für europarechtswidrig erklärt wurde², hat auf Landesebene zunächst eine gewisse Schockstarre ausgelöst. Die ist inzwischen durch eine neue legislative Dynamik abgelöst worden. Die in diesem Zusammenhang am stärksten umstrittene Frage ist diejenige nach der Zulässigkeit einer gesetzlich bezifferten Mindestentgeltvorgabe. Die Klärung ihrer europarechtlichen Zulässigkeit bildet den Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen. Dabei werden interessante Fragen nach dem methodischen Vorgehen des *EuGH* in der *Rüffert*-Entscheidung einerseits und Grundfragen der Struktur europäischer Rechtsordnung andererseits berührt. In beiderlei Hinsicht empfiehlt es sich zum besseren Verständnis, eine auf den hiesigen Zweck konzentrierte Analyse der *Rüffert*-Entscheidung des *EuGH* voranzustellen.

II. Analyse der *Rüffert*-Entscheidung

Die methodische Problematik der *Rüffert*-Entscheidung wird schon in der Eingangsformulierung der förmlichen Antwort auf die Vorlagefrage offenbar. Denn die lautet: „Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass die Richtlinie 96/71/EG [...], ausgelegt im Licht des Art. 49 EG [...], einer gesetzlichen Maßnahme eines Hoheitsträgers eines Mitgliedstaates entgegensteht, mit der [...].“³ Die Formulierung erweckt den Eindruck, als seien die streitentscheidenden Normen der Entsenderichtlinie unter Hinzuziehung der Dienstleistungsfreiheit *ausgelegt* worden. Dieser Eindruck ist positiv irreführend. Tatsächlich hat sich in der Argumentation des *EuGH* anderes zugetragen.

1. Prüfung der Entsenderichtlinie

Der *EuGH* startet mit der wichtigen Festlegung, dass die Entsenderichtlinie für die Entscheidung des Streitfalles heranzuziehen ist.⁴ Vergaberechtliche Regelungen, soweit sie Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten die Gewähr von Arbeitsbedingungen vorschreiben, fallen in ihren Anwendungsbereich. Sie können aufgrund der Vorgaben der Entsenderichtlinie geboten, erlaubt oder verboten sein.

¹ Der Beitrag präsentiert den Kern eines gemeinsam mit Prof. Christoph U. Schmid (Universität Bremen) erstatteten Gutachtens im Auftrag des Berliner Senators für Wirtschaft, Technologie und Frauen.

² *EuGH*, Urt. v. 3.4.2008 – C-346/06, in: Slg. 2008, I-1989 = *EuZW* 2008, 306 m. Anm. Wiedmann – Rüffert.

³ Urteil Rüffert, *EuZW* 2008, 306 Rdnr. 43 (meine Hervorhebung, FR), wortgleich im abschließenden Tenor und in Leitsatz 4.

⁴ Urteil Rüffert, *EuZW* 2008, 306 Rdnr. 18-20.

a) Art. 3 I Entsenderichtlinie

Systematisch schlüssig beginnt der EuGH mit einer Prüfung von Art. 3 I Entsenderichtlinie, der eine Erstreckung von vergaberechtlichen Tariftreueverpflichtungen auf Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat *gebieten* könnte. Denn nach dieser Vorschrift *müssen* eine Reihe von Kernarbeitsbedingungen, *soweit* sie in einem Mitgliedstaat aufgrund von Rechtsvorschriften (Art. 3 I 1. Anstrich Entsenderichtlinie) oder aufgrund allgemeinverbindlicher Tarifverträge (Art. 3 I 2. Anstrich) festgelegt sind, auch auf ausländische Unternehmen erstreckt werden.

Da die Rechtsvorschrift zur Tariftreueverpflichtung selbst keinen Mindestlohnsatz (Art. 3 I 1. Anstrich) enthält⁵, sondern auf Mindestlohnsätze verweist, die in Tarifnormen festgelegt sind, war zu prüfen, ob die aufgrund der Tariftreue Regelung auferlegten Tarifverträge die qualifizierten Anforderungen erfüllt, die die Entsenderichtlinie in diesem Zusammenhang enthält. Art. 3 I 2. Anstrich Entsenderichtlinie spricht von „für allgemein verbindlich erklärten“ Tarifverträgen, wobei Art. 3 VIII(1) noch näher umschreibt, was darunter zu verstehen ist. Auch an diesem Punkt war die Prüfung einfach, da sich die nach niedersächsischem Vergaberecht aufzugebende Tariftreue gerade auch auf örtliche Tarifverträge bezog, die nicht nach § 5 TVG für allgemein verbindlich erklärt sind.⁶

Anschließend legt sich der *EuGH* noch die Frage vor, ob es sich bei den örtlichen Tarifverträgen als Referenzgrößen der Tariftreuepflicht vielleicht um faktisch allgemein wirksame Tarifverträge handelt, die Art. 3 VIII(2) Entsenderichtlinie unter bestimmten zusätzlichen Bedingungen den für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen gleichstellt. Die wichtigste formelle Voraussetzung einer solchen Gleichstellung ist, dass das Recht des betroffenen Mitgliedstaats die förmliche Allgemeinverbindlicherklärung nicht kennt. Diese Voraussetzung ist im Falle von Deutschland angesichts von § 5 TVG offenbar nicht erfüllt, was der *EuGH* auch ausdrücklich festhält.⁷ Anstatt hier aber abzurechnen, prüft der *EuGH obiter dictum* auch materielle Voraussetzungen eines faktisch allgemein wirksamen Tarifvertrages nach Art. 3 VIII(2) Entsenderichtlinie.

In diesem Zusammenhang betont der *EuGH* nun zum ersten Mal, dass das Vergaberecht nur öffentliche Aufträge erfasse.⁸ Letztlich geht es an dieser Stelle um die Frage funktionaler Äquivalenz einer faktisch allgemeinen Tarifgeltung zur förmlich allgemeinverbindlichen Tarifgeltung. Nun wird zwar die vergaberechtliche Tariftreuepflicht in der deutschen Diskussion bisweilen als „kleine Allgemeinverbindlicherklärung“ bezeichnet. Aber es ist klar, dass die vergaberechtliche Tariftreue funktional nicht mit einer allgemeinverbindlichen Tarifgeltung gleichzusetzen ist. Genau das ist auch die Auffassung des *EuGH*.⁹

⁵ Urteil Rüffert, EuZW 2008, 306 Rdnr. 24.

⁶ Urteil Rüffert, EuZW 2008, 306 Rdnr. 26.

⁷ Urteil Rüffert, EuZW 2008, 306 Rdnr. 27.

⁸ Urteil Rüffert, EuZW 2008, 306 Rdnr. 29.

⁹ Die zusätzliche Feststellung, dass die Tarifverträge nicht für allgemein verbindlich erklärt wurden (Urteil Rüffert, EuZW 2008, 306 Rdnr. 29 a.E.), ist an dieser Stelle unverständlich. Es geht schließlich um die Prüfung von Voraussetzungen einer zur Allgemeinverbindlichkeit funktional äquivalenten Tarifwirkung.

Nachdem hiernach die Voraussetzungen von Art. 3 I Entsenderichtlinie in allen Varianten zu verneinen waren, stand fest, dass die Entsenderichtlinie keine Verpflichtung der mitgliedstaatlichen Hoheitsträger enthält, vergaberechtliche Auflagen allgemeiner Tariftreue auf Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat auszudehnen. Bis hierher stellten sich keinerlei Schwierigkeiten mit Bezug auf die Auslegung der Entsenderichtlinie, die unter Rückgriff auf die Dienstleistungsfreiheit zu lösen gewesen wären.

b) Art. 3 VII Entsenderichtlinie

Im Anschluss hatte der *EuGH* zu prüfen, ob die niedersächsische Regelung gleichwohl von der Entsenderichtlinie gedeckt ist, weil sie zwar nicht von Art. 3 I geboten, aber von Art. 3 VII Entsenderichtlinie erlaubt ist. An dieser Stelle eröffnete sich nun das zentrale Auslegungsproblem des Falls. Denn Art. 3 VII Entsenderichtlinie kann bekanntlich auf zwei Weisen gelesen werden. Einerseits könnte sie den Charakter der verpflichtenden Vorgaben in Art. 3 I Entsenderichtlinie als Mindestharmonisierung dokumentieren. Andererseits kann sie den Mitgliedstaaten gebieten, ihre nach Art. 3 I Entsenderichtlinie zu erlassenden Vorschriften nicht so zu gestalten, dass sie günstigere Bedingungen ausschließen, die sich aus anderen Rechtsnormen als denen des Gaststaates ergeben.¹⁰

Generalanwalt Bot hatte sich für die erste Lesart entschieden¹¹, der *EuGH* für die zweite. Zur Begründung wiederholt der *EuGH* sein Argument aus der Entscheidung *Laval*.¹² Es lautet: „Zudem liefe eine derartige Auslegung darauf hinaus, der genannten Richtlinie ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen“¹³. Der *EuGH* unterlegt der Entsenderichtlinie letztlich den Zweck, die Möglichkeiten der Mitgliedstaaten, als Gaststaaten den Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten die Einhaltung intern geltender Arbeitsbedingungen aufzuerlegen, zu begrenzen.¹⁴ Wenn das aber der Zweck der Entsenderichtlinie ist, dann kann sie in Art. 3 VII keine gegenläufige Erlaubnis an die Mitgliedstaaten enthalten, über ihre Verpflichtungen aus Art. 3 I Entsenderichtlinie hinauszugehen.

Vor allem eines ist hier wesentlich: Die Entscheidung für die Auslegung der Entsenderichtlinie als Vollharmonisierung fällt abschließend mit Blick auf den Zweck der Entsenderichtlinie. Keinerlei Licht ist bis zu dieser Stelle von der Dienstleistungsfreiheit auf die Entsenderichtlinie gefallen.

2. Methodische Funktion der Prüfung der Dienstleistungsfreiheit

Das bleibt auch so. Zwar heißt es erneut in der Überleitung: „Diese Auslegung der Richtlinie 96/71 wird durch deren Würdigung im Licht des Art. 49 EG bestätigt, da diese Richtlinie insbesondere auf die Verwirklichung des freien Dienstleistungsverkehrs abzielt, der eine der vom EG-Vertrag

¹⁰ In dieser Lesart hat die Norm keinen praktischen Anwendungsbereich, siehe: *Rödl*, Transnationale Lohnkonkurrenz, in: *Fischer-Lescano/Rödl/Schmid*, Europäische Gesellschaftsverfassung, 2009, 145; a.A.: *Franzen/Richter*, CML Rev. 2010, 537 (550).

¹¹ *Generalanwalt Bot*, Schlussanträge vom 20.09.2007 – Rs. C-346/06, Slg. 2008, I-1989, BeckEuRS 2006, 455716, Rdnrn. 94-98 - Rüffert.

¹² *EuGH*, Urt. v. 18.12.2007 - Rs. 341/05, Slg. 2007, I-11767 = EuZW 2008, 775 Rdnr. 80 – *Laval*.

¹³ Urteil Rüffert, EuZW 2008, 306 Rdnr. 33 a. E..

¹⁴ Vgl. Urteil *Laval*, EuZW 2008, 755 Rdnr. 74.

garantierten Grundfreiheiten ist.“¹⁵ Tatsächlich schließt sich aber keinesfalls eine Würdigung der Entsenderrichtlinie im Licht der Dienstleistungsfreiheit an. Stattdessen schließt sich eine ganz gewöhnliche Grundfreiheitsprüfung der niedersächsischen Tariftreueregelung an, die dem Muster der Prüfung autonomen, d.h. nichtharmonisierten mitgliedstaatlichen Rechts folgt.¹⁶ Dementsprechend wird zunächst eine Beschränkung festgestellt, anschließend werden verschiedene Rechtfertigungsgründe geprüft.¹⁷

Was ist methodische Funktion dieser Prüfung? In der zitierten Überleitung spricht der *EuGH* davon, dass seine Auslegung der Entsenderrichtlinie dadurch „bestätigt“ würde. Das könnte darauf hindeuten, dass er die nachgelagerte Prüfung der Dienstleistungsfreiheit als eine Art Kontrollprüfung versteht. Das klingt sorgfältig. Beim Rechnen etwa sind „Gegenproben“ ebenfalls hilfreich. Das Problem ist nur: Bei seiner juristischen Gegenprobe zieht der *EuGH* zur Kontrolle eines am Maßstab der Entsenderrichtlinie gewonnenen Ergebnisses einen anderen Maßstab heran, nämlich den der Grundfreiheit. Anders als bei rechnerischen Gegenproben ist von dem nicht ausgemacht, dass er stets zum gleichen Ergebnis führt wie die Ursprungsprüfung. Die Grundfreiheit begrenzt den Raum autonomer mitgliedstaatlicher Regulierung. Eine Richtlinie vereinheitlicht solche Regulierungen entweder vollständig oder teilweise. Der Gehalt der Grundfreiheit ist darum mit dem Gehalt einer diese ausgestaltenden Richtlinie regelmäßig nicht identisch. Die Problematik lässt sich leicht veranschaulichen: Was wäre gewesen, wenn der *EuGH* sich bei der Prüfung der Dienstleistungsfreiheit der Ansicht von Generalanwalt Bot angeschlossen hätte, sodass die Tariftreueregelung zwar von der Entsenderrichtlinie verboten, aber unter der Grundfreiheit zulässig gewesen wäre? Hätte das bedeutet, dass das Ergebnis der Prüfung der Entsenderrichtlinie zu korrigieren gewesen wäre? Sicherlich nicht, vielmehr hätte das anhand der Entsenderrichtlinie gewonnene Ergebnis gegolten.¹⁸ Eine Prüfung aber, deren Ergebnis ohne Auswirkungen auf die vorangegangene Prüfung bleibt, ist aber offenbar keine Kontrollprüfung.

Des methodischen Rätsels Lösung dürfte darin liegen, die Prüfung der Dienstleistungsfreiheit als Hilfsprüfung anzusehen.¹⁹ Hilfsweise Erwägungen finden sich in Urteilen dann, wenn das Gericht einer im Ergebnis absehbar strittigen Entscheidung zusätzliche Akzeptanz sichern will, indem es einen zweiten Argumentationsgang autorisiert, der dasselbe Ergebnis tragen würde. In der *Rüffert*-Entscheidung erfolgt die Erörterung der Dienstleistungsfreiheit Hilfsweise für den gedachten Fall, dass man in der schwierigen Frage der Auslegung des Art. 3 VII Entsenderrichtlinie die Ansicht des *EuGH* für nicht überzeugend hielte. Dann käme in der Tat nach Prüfung der Entsenderrichtlinie die

¹⁵ Urteil *Rüffert*, *EuZW* 2008, 306 Rdnr. 36 (meine Hervorhebung, F.R.)

¹⁶ Vielen Besprechungen der Entscheidung ist dies anscheinend entgangen: *Hänlein* (o. Fußn. 4), 279; *Bungenberg*, *EuR* 2008, 397; *Koberski/Schierle*, *RdA* 2008, 233; *Keßler/Dahlke*, *EWS* 2008, 247; *Seifert*, *EuZA* 2008, 526; *Franzen/Richter*, *CML Rev.* 2010, 537; wie hier kritisch zum Vorgehen des *EuGH*: *Becker*, *JZ* 2008, 891.

¹⁷ Urteil *Rüffert*, *EuZW* 2008, 306 Rdnrn. 37 und 38-42.

¹⁸ Vgl. etwa *EuGH*, Urt. v. 11.5.1999 – C-350/97, in: *Slg.* 1999, I-2921 = *NJW* 2000, 648 Rdnr. 24 – Monsees.

¹⁹ *Klumpp*, *NJW* 2008, 3473 (3475) enthält eine leichte Andeutung in diese Richtung.

Grundfreiheit zum Zuge. Denn sekundärrechtlich nicht gebotene aber erlaubte Maßnahmen müssen sich regelmäßig auch im Übrigen mit dem Gemeinschaftsprimärrecht²⁰ vereinbaren lassen.

3. Prüfung der Dienstleistungsfreiheit

Der Inhalt der Prüfung kann unter Absehung von Feinheiten schnell referiert werden. Der *EuGH* sieht vergaberechtliche Tariftreueregelungen gegenüber Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit an.²¹ Die vorgebrachten Rechtfertigungsgründe erkennt der *EuGH* nicht an. Insbesondere seien die Regelungen nicht zum Schutz der Arbeitnehmer erforderlich, weil sie nicht die Arbeitnehmer generell schützen, sondern nur soweit diese Arbeitsleistungen im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufträge erbringen.²²

Am Ende der Analyse ist somit festzuhalten: Erstens, vergaberechtliche Mindestentgeltvorgaben, die auch Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten erfassen, unterfallen der Entsenderichtlinie. Zweitens, die Dienstleistungsfreiheit tritt eigentlich erst auf den Plan, wenn autonome mitgliedstaatliche Maßnahmen in Rede stehen, die von der Entsenderichtlinie weder verboten noch geboten sind. Beide Einsichten werden bei der folgenden Prüfung der Zulässigkeit bezifferter Mindestentgeltvorgaben zum Tragen kommen.

III. Prüfung einer bezifferten Mindestentgeltvorgabe anhand der Entsenderichtlinie

Als konkreter Prüfungsgegenstand sei hier die Vorschrift im novellierten Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz (BerlAVG) zugrunde gelegt. Sie lautet in § 1 IV:

„¹Unbeschadet etwaiger weitergehender Anforderungen nach den Absätzen 2 und 3 werden Aufträge an Unternehmen mit Sitz im Inland in jedem Fall nur vergeben, wenn diese sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern (ohne Auszubildende) bei der Ausführung der Leistung mindestens ein Stundenentgelt von 7,50 Euro zu bezahlen. ²Satz 1 gilt auch für die Vergabe von Aufträgen an Unternehmen mit Sitz im Ausland.“

Europarechtliche Bedenken kann allein Satz 2 der zitierten Regelung auslösen. Gleich dem *EuGH* in der *Rüffert*-Entscheidung ist im ersten Schritt zu fragen, ob der Landesgesetzgeber mit dem Erlass von § 1 IV 2 BerlAVG einer Verpflichtung aus Art. 3 I Entsenderichtlinie nachkommt. Die kann sich allein aus Art. 3 I 1. Anstrich lit. c) ergeben. Die Vorschrift verlangt, dass die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern diejenigen Mindestlohnsätze garantiert sind, die im Gaststaat durch Rechtsvorschriften festgelegt sind. Ob mit § 1 IV 2 BerlAVG einer europarechtlichen Verpflichtung entsprochen wird, hängt also davon ab, ob die durch diese Vorschrift erstreckte Mindestentgeltvorgabe in § 1 IV 1 BerlAVG ihrerseits die Voraussetzungen von Art. 3 I 1. Anstrich lit. c) Entsenderichtlinie erfüllt. Da es sich bei § 1 IV 1 BerlAVG sicherlich um eine Rechtsvorschrift handelt, bleibt zu fragen, ob sie einen Mindestlohnsatz festlegt. Auch diese Frage wird man auf den ersten Blick umstandslos bejahen wollen: § 1 IV 1 BerlAVG legt einen Lohnsatz

²⁰ Vgl. die Maßgabe in Art. 3 X Entsenderichtlinie: „unter Einhaltung des Vertrages“.

²¹ Urteil *Rüffert*, EuZW 2008, 306 Rdnr. 37.

²² Urteil *Rüffert*, EuZW 2008, 306 Rdnrn. 39, 40.

fest, den die Arbeitnehmer mindestens erhalten müssen, wenn sie denn zur Erfüllung öffentlicher Aufträge eingesetzt werden.

Dieses am Wortlaut orientierte Verständnis trifft auf einen respektablen Einwand. Der lautet, dass der in lit. c) verwendete Begriff des Mindestlohnsatzes nur arbeitsrechtliche Mindestlohnsätze meint.²³ Freilich wäre der Einwand methodisch gestützt zu begründen. Der mögliche Begründungsansatz könnte lauten, dass die Entsenderichtlinie insgesamt nur die Harmonisierung von arbeits(kollisions)rechtlichen Regelungen betrifft, die als „Eingriffsnormen“ die Erstreckung von Normen des intern zwingenden Arbeitsvertragsrechts auf Entsendearbeitsverhältnisse bewirken. Auf den Wortlaut der Entsenderichtlinie kann man sich hier allerdings nicht stützen. Denn nirgends ist davon die Rede, dass es sich bei den erstreckten Vorschriften um Regelungen des Arbeitsvertragsrechts handeln müsse. Eher in Betracht kommt ein Verweis auf die Begründungserwägungen 6-13 der Entsenderichtlinie, die zumindest einmal im Sinne einer subjektiven Auslegung auf einen kollisionsrechtlichen Fokus des Gesetzgebers hindeuten.

Es steht außer Frage, dass diese Position gut vertretbar ist. Es sollte aber ebenso außer Frage stehen, dass sie vom *EuGH* nicht geteilt, sondern in der *Rüffert*-Entscheidung verworfen wurde. Wie ausgeführt hat der *EuGH* vergaberechtliche Regelungen gerade in den Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie einbezogen. Eben darum hat er sie auch dem dreigliedrigen Prüfungsprogramm ihres Art. 3 Entsenderichtlinie unterzogen. Alternativ hätte der *EuGH* das Vergaberecht aus dem Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie ausgrenzen und die Tariftreuerregelung im Anschluss der dann zwingend angezeigten Prüfung anhand der Dienstleistungsfreiheit unterziehen können. Die hätte ihn ohne weiteres zum gleichen negativen Ergebnis führen können. Aber diesen Weg hat der *EuGH* nicht beschritten und davon ist für die Zukunft auszugehen.

Hierauf könnte man den Einwand verfeinern wollen: Zwar mögen vergaberechtliche Lohnvorgaben in den Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie fallen, Gegenstand der Vorgaben ihres Art. 3 seien aber dennoch ausschließlich arbeitsrechtliche Regelungen. Die Entsenderichtlinie harmonisiere also auch das Vergaberecht, soweit es Mindestentgeltvorgaben enthält, aber der Gehalt der Harmonisierung sei insoweit deren Verbot. Auch das kann man vertreten, aber mit der Begründung dürfte es schwieriger werden. Die Begründungserwägungen liefern jedenfalls kein tragfähiges Material mehr. Doch selbst wenn sich eine Begründung fände²⁴, hätte man erneut die *Rüffert*-Entscheidung des *EuGH* gegen sich. Der *EuGH* hat Art. 3 I Entsenderichtlinie gerade so ausgelegt, dass auch vergaberechtliche Vorschriften als Grundlage für die darin enthaltenen Verpflichtungen in Frage kommen.²⁵ Der *EuGH* hat sorgfältig die Voraussetzungen der einzelnen Varianten geprüft. Alternativ

²³ Klumpp, NJW 2008, 3473 (3476).

²⁴ Bisweilen wird aus der besonderen Lokalisierung der Rechtsgrundlage in Art. 57 II und Art. 66 EGV (Art. 53 I und 62 AEUV) geschlossen, allen Vorschriften der Richtlinie müsse im Zweifel ein auf Regulierungsabbau zielender Gehalt gegeben werden (so in der Tendenz etwa *Hänlein* (o. Fußn. 4), 278; *Franzen/Richter* (o. Fußn. 16), 549 f.). Würde die dieser Auffassung zugrundeliegende Vorstellung einer „umfassenden Binnenmarktteleologie“ des europäischen Sekundärrechts im Bereich der Grundfreiheiten zutreffen, wäre die Kritik an einem liberalistisch voreingestellten europäischen Integrationsprozess (*Grimm*, Staatswissenschaften und Staatspraxis 1995, 509 (526) und *Scharpf*, Negative und positive Integration, in: *Höpner/Schäfer*, Die Politische Ökonomie der europäischen Integration, 2008, 49) eindrucksvoll bestätigt.

²⁵ So im Ergebnis ohne Bezug auf den *EuGH*, aber mit Verweis auf Art. 3 I a.E. Entsenderichtlinie auch *Thüsing/Granetzny*, in: NZA 2009, 183 (184).

hätte er feststellen können, dass Art. 3 I Entsenderichtlinie von vorne herein nur die Erstreckung zwingenden Arbeitsvertragsrechts aufgeben kann und sich im Anschluss der Prüfung einer Erlaubnis aufgrund von Art. 3 VII Entsenderichtlinie zuwenden können. Die hätte ihn ohne weiteres zum gleichen negativen Ergebnis führen können. Aber diesen Weg hat der *EuGH* nicht beschritten und davon ist für die Zukunft auszugehen.

Zugunsten der Wortlautauslegung ist indessen noch ein systematisches Argument anzuführen. Die Entsenderichtlinie zielt nach ihrer Begründungserwägung 5 auf fairen Wettbewerb und Maßnahmen, die die Wahrung der Rechte der Arbeitnehmer garantieren. Der *EuGH* hält einen transnationalen Wettbewerb auf dann für fair, wenn er über Lohnkosten ausgetragen wird²⁶, sofern dieser Wettbewerb nur nach unten begrenzt ist.²⁷ Diese Grenze muss naturgemäß relativ bestimmt werden. Das allgemeine Prinzip der relativen Bestimmung lautet nun: Alle Lohnvorgaben mit Wirkung auf die Arbeitskosten inländischer Unternehmen, die ein Mitgliedstaat politisch verantwortet, sollen auch für ausländische Unternehmen gelten. Darum sind Lohnsätze in Rechtsvorschriften maßgeblich, weil sie unmittelbar auf einen Gesetz- oder Verordnungsgeber zurückgehen. Darum sind Lohnsätze in förmlich für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen maßgeblich, weil die Allgemeinverbindlicherklärung auf einer im Einzelfall oder (in anderen Mitgliedstaaten) generalisiert politisch verantworteten Autorisierung der korporativ erzielten Ergebnisse beruht. Die für die in der *Rüffert*-Entscheidung maßgebliche generelle Tariftreue maßgeblichen Lohnsätze werden hingegen gerade nicht politisch verantwortet; das ist der zentrale Unterschied.²⁸

Es ist also festzuhalten: Nach grammatischer und systematischer Auslegung, die durch Argumente subjektiver Auslegung, wie gezeigt, jedenfalls nach der *Rüffert*-Entscheidung nicht mehr erschüttert werden kann, erfasst Art. 3 I 1. Anstrich Entsenderichtlinie auch bezifferte vergaberechtliche Mindestlohnvorgaben. Daraus folgt, dass eine europarechtliche Verpflichtung besteht, die in § 1 IV 1 BerlAVgG enthaltene Mindestentgeltvorgabe, auch auf Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten zu erstrecken. Dieser Verpflichtung trägt § 1 IV 2 BerlAVgG Rechnung.

IV. Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit

Oben (II.) war herausgestellt worden, dass die Prüfung der Dienstleistungsfreiheit methodisch nur dann angezeigt ist, wenn eine mitgliedstaatliche Regelung von der Entsenderichtlinie nicht geboten sondern nur erlaubt ist. Die Prüfung der Erstreckung einer bezifferten Mindestentgeltvorgabe auf ausländische Unternehmen hat aber gerade zu dem Ergebnis geführt, dass sie eine Verpflichtung aus der Entsenderichtlinie umsetzt. Mit Bezug auf die mitgliedstaatliche Maßnahme bleibt darum der Grundfreiheit kein Anwendungsbereich mehr. Gleichwohl mag man die Frage stellen, ob denn die Entsenderichtlinie insoweit ihrerseits mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar ist. Zwar ist allgemein nicht eindeutig geklärt, ob eine etwaig fehlende Vereinbarkeit eines Sekundärrechtsaktes mit einer

²⁶ Diese Auffassung widerspricht dem „sozialer Integrationskompromiss“, die heute vergessene Geschäftsgrundlage der Gründung der EWG: *Rödl*, Arbeitsverfassung, in: v. *Bogdandy/Bast* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. (2009), 855.

²⁷ Vgl. Urteil *Laval*, *EuZW* 2008, 755 Rdnr. 75.

²⁸ In diese Richtung auch *Bayreuther*, *NZA* 2008, 626 (628).

Grundfreiheit die Rechtmäßigkeit der mitgliedstaatlichen Umsetzungsmaßnahme beeinträchtigt.²⁹ Aber das sei hier dahingestellt und also davon ausgegangen, dass auch bei der Prüfung einer aufgrund sekundärrechtlicher Harmonisierung gebotene mitgliedstaatliche Maßnahme inzidenter eine Prüfung des harmonisierenden europäischen Rechtsaktes anhand der Grundfreiheit erfolgen würde, hier also der Entsenderichtlinie anhand der Dienstleistungsfreiheit.

Mit dem Umstand, dass es sich um eine inzidente Prüfung der Entsenderichtlinie und nicht um die Prüfung der mitgliedstaatliche Mindestentgeltvorgabe handeln würde, ist indessen der zentrale Unterschied zur Prüfung der niedersächsischen Tariftreuregelung in der *Rüffert*-Entscheidung benannt. Indem Prüfungsgegenstand nicht mehr eine mitgliedstaatliche Regelung im Bereich autonomen Rechts ist, sondern eine europäische Harmonisierungsregel, ändert sich der normative Gehalt der Grundfreiheit. Kurz gesagt: Die Grundfreiheit findet zwar auch auf sekundärrechtliche Maßnahmen des europäischen Gesetzgebers Anwendung, aber sie belässt ihm mehr Freiheiten als dem Mitgliedstaat im Bereich autonomen Rechts.³⁰ Dies geschieht, indem der *EuGH* dem europäischen Gesetzgeber, anders als dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber, einen weiten Ermessensspielraum einräumt.³¹ Für das europäische Sekundärrecht gilt nicht der strenge „Cassis de Dijon“-Test, sondern die deutliche großzügigere Grenze legislativen Ausgestaltungsermessens.³²

Die Konturen dieser Ermessensgrenze, die der europäische Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Grundfreiheiten zu beachten hat, sind indessen alles andere als klar, was die Zurückhaltung des *EuGH* gegenüber der Kontrolle europäischer Gesetzgebung unterstreicht. Bekannt ist auch, dass der *EuGH* bisher nur äußerst selten sekundärrechtliche Maßnahme an den Grundfreiheiten hat scheitern lassen.³³ Soweit überhaupt versucht wird, die wenig klare Auffassung des *EuGH* von der Grenze des

²⁹ Bejahendes *obiter dictum* in: *EuGH*, Urt. v. 28.4.1998 – C-120/95, Slg. 1998, I-1831 = *EuZW* 1998, 343 Rdnr. 27 – Decker.

³⁰ Die Stimme des führenden Kommentars sie hier im Auszug wörtlich zitiert: „*Die herrschende Meinung geht zutreffend davon aus, dass Maßnahmen der Gemeinschaft nicht unmittelbar an den Freiheiten zu überprüfen sind. ... Es besteht weitgehende Einigkeit darin, dass insbesondere die Rechtssetzungstätigkeit der Gemeinschaft nicht nach den Maßstäben beurteilt werden kann, die für die Kontrolle mitgliedstaatlicher Regelungen gelten.*“ (*Randelszhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Komm. z. EU, Losebl. (2001), vor Art. 39-55 Rdnr. 50). Gegen jede Verpflichtung des europäischen Gesetzgebers zumindest für die Dienstleistungsfreiheit offenbar *Tiedje/Troberg*, in: *von der Groeben/Schwarze*, 6. Aufl. (2003), Art. 49 EG Rdnrn. 29 ff..

³¹ *EuGH*, Urt. v. 29.2.1984 – 37/83, Slg. 1984, 1229, BeckEuRS 1984, 111859 Rdnrn. 18-20 – Rewe-Zentrale; *EuGH*, Urt. v. 9.8.1994 – C-51/93, Slg. 1994, I-3879, BeckEuRS 1994, 204124 Rdnr. 21– Meyhui; Urt. v. 25.6.1997 – C-114/96, Slg. 1997, I-3629 = *EuZW* 1997, 662 Rdnr. 37 – Kieffer und Thill (alle zur Warenverkehrsfreiheit); Urt. v. 7.11.2000 – C-168/98, Slg. 2000, I-9131 = *NJW* 2001, 137 Rdnr. 32 – Luxemburg ./.. Parlament und Rat (zur Niederlassungsfreiheit).

³² Die Funktion des strengeren „Cassis de Dijon“-Tests besteht bis heute vor allem darin, Anreize für die Mitgliedstaaten zu schaffen, europäischen Harmonisierungsmaßnahmen zuzustimmen. Die politische Einigung auf europäischer Ebene ermöglicht es nämlich – hierin liegt der Anreiz für die Mitgliedstaaten – Regulierungen nach Art und Niveau zu verabschieden, die als nationale Regelung den strengen „Cassis de Dijon“-Test gerade nicht mehr bestehen würden.

³³ *Kingreen*, in: *Callies/Ruffert* (o. Fußn. 30); *Ehlers*, in: ders., *Europäische Grundfreiheiten und Grundrechte*, 3. Aufl. (2009) § 7 Allgemeine Lehren Rn. 9. Die in der Literatur zitierte Entscheidung stammt aus dem Jahr 1978: *EuGH*, Urt. v. 20.4.1978 – 80 und 81/77, Slg. 1978, 927 = *NJW* 1978, 1738 – Ramel.

Ausgestaltungsermessens des europäischen Gesetzgebers substantiell zu fassen, ist von der Grenze offensichtlichen Missbrauchs³⁴ oder von offensichtlichen Verstößen gegen die Grundsätze des Binnenmarktes, insbesondere Diskriminierungen³⁵ die Rede.

So sei nun in Ermangelung eines klareren Anhaltspunktes Art. 3 I 1. Anstrich lit. c) Entsenderichtlinie, soweit diese Vorschrift auch vergaberechtliche Mindestentgeltvorgaben erfasst, einer Prüfung anhand dieses letztgenannten Maßstabs unterzogen: Eine Diskriminierung von Unternehmen aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten liegt nicht vor. Die Vorschrift gibt auch mit Bezug auf vergaberechtliche Entgeltvorgaben nur auf, in- und ausländische Unternehmen gleich zu behandeln. Von ausländischen Unternehmen wird nichts verlangt, was nicht auch für inländische Unternehmen gälte. Insofern liegt keine unmittelbare Diskriminierung vor. Auch faktisch stellt eine Erstreckung vergaberechtlicher Mindestentgeltverpflichtungen für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten keine schwerer wiegende Belastung dar als für inländische Unternehmen. Insofern ist keine mittelbare Diskriminierung gegeben. So bleibt noch festzustellen, dass es sich bei Art. 3 I 1. Anstrich lit. c) Entsenderichtlinie auch im Übrigen nicht um einen offensichtlichen Verstoß gegen die Grundsätze des Binnenmarktes oder um einen Fall offensichtlichen Missbrauchs des Ausgestaltungsermessens handelt. Schließlich dient sie dem vernünftigen Zweck, die öffentliche Hand bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht zum Profiteur von Niedriglöhnen zu machen, die den Beschäftigten selbst bei Vollzeitarbeit kein Einkommen verschafft, das für einen selbständigen Lebensunterhalt am Arbeitsort hinreicht und dadurch grundlegende Ziele der Gemeinschaft (vgl. Art. 3 EUV und Art. 151 iVm Art. 9 AEUV) unterminiert.

Hiernach ist als Ergebnis der Inzidentprüfung festzuhalten, dass Art. 3 I 1. Anstrich lit. c) Entsenderichtlinie auch insoweit nicht gegen die Dienstleistungsfreiheit verstößt, als sie die Erstreckung bezifferter vergaberechtlicher Mindestentgeltvorgaben auf Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten verlangt.³⁶

V. Und warum nicht: „primärrechtskonforme Auslegung“ der Entsenderichtlinie?

Im Anschluss an die Ausführungen zum unterschiedlichen Gehalt der Grundfreiheit gegenüber autonomen mitgliedstaatlichen Regelungen und gegenüber europäischem Sekundärrecht lässt sich gut begreifen, warum bei der Auslegung der Entsenderichtlinie seitens des *EuGH* nicht einfach auf eine Figur primärrechts- oder grundfreiheitskonformer Auslegung zurückzugreifen war und ist, die analog zur verfassungskonformen Auslegung deutschen Gesetzesrechts funktionieren würde. Verdichtet gesprochen ist der Grund der folgende: Angenommen, die Auferlegung vergaberechtlicher Mindestentgelte verstieße gegen die Dienstleistungsfreiheit nach Maßgabe des „Cassis de Dijon“-Tests, der an mitgliedstaatliche Regelungen im Bereich autonomen Rechts angelegt wird.³⁷ Wie gezeigt verstößt sie hingegen nicht gegen die Dienstleistungsfreiheit nach Maßgabe der

³⁴ *Schroeder*, in: *Streinz*, Komm. z. EUV/EGV, 2003, Art. 28 Rdnr. 29.

³⁵ v. *Bogdandy*, JZ 2005, 157 (166) m. Nachw. zur Rechtsprechung.

³⁶ Auch *Becker*, JZ 2008, 891 (893) geht davon aus, dass der *EuGH* die sekundärrechtliche Regelung vergaberechtlicher Mindestentgeltvorgaben in der Entsenderichtlinie passieren lassen würde.

³⁷ Ausgespart bleiben hier die Möglichkeiten, § 1 IV 2 BerlAVgG hilfsweise auch unter dem strengeren „Cassis de Dijon“-Test zu rechtfertigen, etwa durch zusätzlicher Aspekte unter dem Gesichtspunkt des

Prüfung der Grenzen eines legislativen Ausgestaltungsermessens, der an Regelungen des europäischen Gesetzgebers anzulegen ist. Durch eine primärrechtskonforme Auslegung würde nun der eigentlich nur für autonomes mitgliedstaatliches Recht geltende „Cassis de Dijon“-Test am Ende doch gegen Regelungen des europäischen Gesetzgebers in Stellung gebracht. Durch „primärrechtskonforme Auslegung“ würde darum die für das Verfassungsgefüge der europäischen Union und die gesellschaftliche Ausrichtung der europäischen Rechtsordnung zentrale Differenz im Gehalt der Grundfreiheit nivelliert.

VI. Fazit

Bezifferte Mindestentgeltanforderungen in den Vergabegesetzen der Länder sind mit europäischem Recht vereinbar. Sind sie für inländische Unternehmen aufgestellt, handelt es sich um eine Rechtsvorschrift über Mindestentgeltsätze, deren Erstreckung auf ausländische Unternehmen die Entsenderichtlinie verlangt. Diese sekundärrechtliche Verpflichtung des Mitgliedstaates verstößt ihrerseits nicht gegen die Dienstleistungsfreiheit, weil sie nicht dem nur gegenüber autonomen Regelungen der Mitgliedstaaten greifenden Beschränkungsverbot unterliegt. Den Landesvergabegesetzgebern steht es mithin von Rechts wegen frei, eine politische Entscheidung zugunsten bezifferter Mindestentgeltvorgaben zu treffen.

BVMW Hessen ■ Graf-Otto-Hartmann-Str. 6 ■ 36110 Schlitz

Hessischer Landtag
Frau Heike Schnier
Schlossplatz 1-3

D-65183 Wiesbaden

Landesgeschäftsführer
Landesverband Hessen

Rüdiger Muth
Graf-Otto-Hartmann-Str. 6
36110 Schlitz
Tel.: 0661 – 250 66 11
Fax: 0661 – 292 96 78
ruediger.muth@bvmw.de
www.hessen.bvmw.de

Schlitz, den 18.03.2011

Vorab via mail an: h.schnier@ltg.hessen.de

Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Verkehr / Az: I A 2.4 / Ihr Schreiben vom 08.02.2011 / Gesetzesentwürfe der Fraktion DIE LINKE und SPD – Hessisches Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetz

Sehr geehrte Frau Schnier,

besten Dank für die Zusendung Ihrer Anfrage. Gerne werde ich an der Anhörung am Do., d. 31.03.2011 um 14 Uhr im Landtagsgebäude zu Wiesbaden, Raum 510 W teilnehmen. Ich möchte Ihnen vorab unsere schriftliche Stellungnahme zukommen lassen. Mit der Weitergabe unserer Stellungnahme an die interessierte Öffentlichkeit im Rahmen der Dokumentation der Anhörung erkläre ich mich einverstanden.

Zu für den Mittelstand relevanten Punkten möchte ich wie folgt Stellung nehmen:

Gesetzesentwurf der SPD:

1.Förderung von Kooperationen

Zur Erreichung des Gesetzeszwecks soll insbesondere *die Zusammenarbeit von Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft und unternehmerischer Netzwerke , die Bündelung von Kompetenzfeldern sowie weitere Unternehmenskooperationen unterstützt werden (§1(3)8.)*. Unserer Ansicht nach ist es zwingend erforderlich, hierfür erhebliche Fördermittel (ca. 1,5-2 Mio. € p.a.) für die Moderation und die Implementierung von Kooperationen, Kompetenznetzwerken und Projekten bereitzustellen, und zwar für unternehmerisch tätige Institutionen, Beratungs- und Projektentwicklungsgesellschaften mit entsprechenden Referenzen und Expertise. Zu viele Projekte kommen aus dem Ideenstatus nicht heraus und bleiben bei der Umsetzung auf der Strecke, da die Unternehmer selbst nicht die Ressourcen für die Organisation von Kooperationen aufbringen können. Dies betrifft in erster Linie Klein- und Kleinstbetriebe. Dies können wir aus unserer langjährigen Erfahrung aus der Praxis als wesentlichen Hemmschuh bestätigen. Unter § 12 Förderschwerpunkte sollte daher unbedingt folgender Punkt mit aufgenommen werden:

Der BVMW. Die Stimme des Mittelstands.

Das Land fördert

10. die Implementierung, Moderation, Organisation und Betreuung von Kooperationen, die unter mittelständischen Unternehmen zum Zwecke der Ausbildungs- und Arbeitsplatzschaffung sowie der regionalen Wertschöpfung ins Leben gerufen werden, hier wesentlich den Prozess der Vorstufe von der Ideenfindung bis zur „Kooperations-Existenzgründung“ (Gesellschaft, Partnergesellschaft, ARGE etc.). Hierunter fallen auch insbesondere Moderations- und Gruppenfindungsprozesse für Arbeitgeberzusammenschlüsse (AGZ) zur Sicherung des Fachkräftebedarfs.

2. Mittelstandsbeirat / Mittelstandsbeauftragte

Die Positionen von Mittelstandsbeirat und Mittelstandsbeauftragten müssen gestärkt werden. Der BVMW empfiehlt die beiden Gremien personell zu verknüpfen und den Mittelstandsbeirat mit einem Veto-Recht bei mittelstandsrelevanten Gesetzgebungen auszustatten. Ein reines Beratungsgremium muss nicht im Gesetz verankert werden.

3. Wettbewerb mit öffentl.-rechtl. Unternehmen

Wünschenswert wäre eine Klarstellung, inwieweit öffentl.-rechtl. Unternehmen dem Mittelstand Konkurrenz machen dürfen. Der BVMW plädiert dafür, Stadtwerken und anderen kommunalen Tochterunternehmen es grundsätzlich zu untersagen, in Konkurrenz zum Mittelstand zu treten. Dies wäre auch ein geeigneter Punkt, ihn in ein sozialdemokratisch geprägtes Mittelstandsgesetz aufzunehmen.

4. Auftragserteilung / Tarifbeachtung

Die Verknüpfung zwischen Auftragserteilung und Tarifbeachtung sieht der BVMW skeptisch. Mittelständische Unternehmen haben gesetzliche Bestimmungen einzuhalten, darunter auch die des Entsendegesetzes. Eine weitere Festschreibung des Tarifkartells auf dem Weg des Mittelstandsgesetzes halten wir für nicht notwendig.

Für Rückfragen stehe ich Ihnen selbstverständlich gerne jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichem Gruß

Rüdiger Muth

BVMW Landesgeschäftsführer Hessen

VFB in Hessen – Rhonestr. 4 – D-60528 Frankfurt am Main

Hess. Landtag
Der Vorsitzende des Ausschusses für
Wirtschaft und Verkehr
Heike Schnier
Postfach 3240
65022 Wiesbaden

Petra Hensen

- Geschäftsstelle -

Telefon: 069/ 42 72 75 185

Telefax: 069/ 42 72 75 105

E-Mail: info@vfbh.de

18. März 2011

S. 21.03.11

Drucks. 18/3211

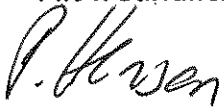
Stellungnahme/öffentliche Anhörung zum Gesetzentwurf zur Förderung und Stärkung kleinster, kleiner und mittlerer Unternehmen sowie der Freien Berufe und zur Vergabe öffentlicher Aufträge

Sehr geehrte Frau Schnier,

anbei schicken wir Ihnen die Stellungnahmen der Wirtschaftsprüferkammer und Steuerberaterkammer Hessen zum o.g. Gesetzentwurf.

Bei der Anhörung am 31. März 2011 wird Dr. Christian Weiser (Wirtschaftsprüferkammer Hessen) den VFBH vertreten.

Mit freundlichen Grüßen



P. Hensen

EINGEGANGEN 9.6. Jan. 2011

StBK
Steuerberaterkammer
Hessen

Steuerberaterkammer Hessen · Postfach 11 17 62 · 60052 Frankfurt am Main

#

Verband Freier Berufe
in Hessen
Rhonestraße 4
60528 Frankfurt am MainGutleutstraße 175
60327 Frankfurt am MainTelefon 069 153002-0
Telefax 069 153002-60geschaeftsstelle@stbk-hessen.de
www.stbk-hessen.de
Durchwahl: 069 153002-28
E-Mail: elke.dilger@stbk-hessen.de


23.12.2010

H/di

G:\Verband_Freier_Berufe\101223Gesetz_
Förderung.doc**Gesetz zur Förderung der kleinen und mittleren Unternehmen der hessischen Wirtschaft**

Sehr geehrte Damen und Herren,

das o. a. Gesetz tritt mit Ablauf des 31.12.2010 außer Kraft. Im Rahmen einer Neuregelung der Mittelstandsförderung regen wir an, die bisher in § 2 Abs. 1 enthaltene Regelung, Finanzhilfen für Maßnahmen der Aus- und Fortbildung und der Umschulung zu gewähren, weiterhin in das Gesetz aufzunehmen. Hierbei wird davon ausgegangen, dass Angesichts des zu erwartenden Fachkräftemangels in den kommenden Jahren gerade kleinere und mittlere Unternehmen – hierzu gehören auch zahlreiche Berufspraxen von Freiberuflern – in Konkurrenz zu größeren Unternehmen treten müssen, um geeignete Auszubildende zu gewinnen. Um einen Ausgleich für zu erwartende Wettbewerbsnachteile zu schaffen, könnte es sich empfehlen, kleinere und mittlere Betriebe finanziell zu fördern.

Mit freundlichen Grüßen
Steuerberaterkammer Hessen
G. Hartmann
Hauptgeschäftsführer



Stellungnahme

**zum Gesetzentwurf der SPD-Fraktion
des Hessischen Landtages**

für ein

**Gesetz zur Förderung und Stärkung kleinster, kleiner
und mittlerer Unternehmen sowie der Freien Berufe
und zur Vergabe öffentlicher Aufträge**

**(Hessisches Mittelstandsförderungs-
und Vergabegesetz)**

(Drucksache 18/3211)

Berlin, den 15. März 2011

Ansprechpartner: RA Norman Geithner
Wirtschaftsprüferkammer
Postfach 30 18 82, 10746 Berlin
Rauchstraße 26, 10787 Berlin
Telefon: 0 30 - 72 61 61 - 311
Telefax: 0 30 - 72 61 61 - 287
E-Mail: norman.geithner@wpk.de
www.wpk.de

Geschäftsführer: RA Peter Maxl Telefon: 0 30 - 72 61 61-110 Telefax: 0 30 - 72 61 61-104 E-Mail: peter.maxl@wpk.de
Dr. Reiner J. Veidt Telefon: 0 30 - 72 61 61-100 Telefax: 0 30 - 72 61 61-107 E-Mail: reiner.veidt@wpk.de

Verteiler:

Hessischer Landtag – Ausschuss für Wirtschaft und Verkehr

SPD-Fraktion im Hessischen Landtag

Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung

Bundesrechtsanwaltskammer

Bundessteuerberaterkammer

Bundesnotarkammer

Patentanwaltskammer

Bundesverband der freien Berufe

Verband freier Berufe in Hessen

Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V.

Deutscher Buchprüferverband e. V.

wp.net e. V. Verband für die mittelständische Wirtschaftsprüfung

Deutscher Wirtschaftsprüferverein e. V.

Deutscher Genossenschafts- und Raiffeisenverband e. V.

Deutscher Sparkassen- und Giroverband e.V. (Prüfungsstellen)

Deutscher Steuerberaterverband e.V.

Deutscher Anwaltverein e.V.

Deutscher Notarverein e.V.

Deutscher Richterbund e.V.

Ver.di, Abt. Richterinnen und Richter

Neue Richtervereinigung - Zusammenschluss von Richterinnen und Richtern, Staatsanwältinnen und Staatsanwälten e.V.

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.

Deutscher Industrie- und Handelskammertag e.V.

Die Wirtschaftsprüferkammer (WPK) ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, deren Mitglieder alle Wirtschaftsprüfer, vereidigten Buchprüfer, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und Buchprüfungsgesellschaften in Deutschland sind. Die WPK hat ihren Sitz in Berlin und ist für ihre über 20.000 Mitglieder bundesweit zuständig. Unsere gesetzlich definierten Aufgaben sind unter www.wpk.de in den Rubriken „Über die WPK / Allgemeines“ (<http://www.wpk.de/ueber/allgemeines.asp>) und „Über die WPK / Aufgaben“ (<http://www.wpk.de/ueber/aufgaben.asp>) ausführlich beschrieben.

Die WPK nimmt zu dem Gesetzentwurf der SPD-Fraktion des Hessischen Landtages für ein Gesetz zur Förderung und Stärkung kleinster, kleiner und mittlerer Unternehmen sowie der Freien Berufe und zur Vergabe öffentlicher Aufträge (Hessisches Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetz) Stellung, weil die Freien Berufe, damit auch der Berufsstand der Wirtschaftsprüfer/vereidigte Buchprüfer, betroffen sind.

Die Absätze 2 und 3 von § 2 des Gesetzentwurfs, die den sachlichen Anwendungsbereich für den Bereich der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (vierter Abschnitt des Gesetzes) bestimmen, nehmen jeweils Bezug auf die Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) sowie die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), nicht jedoch auf die Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF).

Wir können derzeit nicht ersehen, ob dies eine bewusste Entscheidung war oder ob dies auf einem Versehen beruht. Durch die fehlende Verweisung auf die VOF besteht jedoch Unsicherheit, ob Folge wäre, dass freiberufliche Leistungen, wie z. B. die Leistungserbringung von Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern, als Leistungen nach der VOL eingeordnet werden müssten oder ob es bei der Anwendung der VOF verbleibt.

Sollte die VOL Anwendung finden, führt dies bei § 2 Abs. 3 des Gesetzentwurfs dazu, dass oberhalb der Schwellenwerte die VOF, die gerade für die Leistungserbringung von freien Berufen geschaffen wurde, unmittelbar gilt, während im Unterschwellenbereich für freiberufliche Leistungen die „strengere“ VOL gelten würde. Bei § 2 Abs. 2 führt dies dazu, dass Erbringer von freiberuflichen Leistungen nicht in den Genuss der Anhebung der erhöhten Freigrenzen von 50.000 € gelangen und somit nicht vom Abbau von Bürokratie partizipieren könnten, den der Gesetzentwurf vorsehen möchte.

Durch den Verweis auf die VOL wird bei freiberuflichen Leistungen, wie z. B. die Vergabe eines Auftrages an einen Wirtschaftsprüfer/vereidigten Buchprüfer, ein Verfahren vorgesehen, welches sich mit der freiberuflichen Leistungserbringung und mit den Berufspflichten der Wirtschaftsprüfer/vereidigten Buchprüfer in vielen Punkten nicht im Einklang befindet.

Aus unserer Sicht sollte auch im Bereich unterhalb der Schwellenwerte bei freiberuflichen Leistungserbringungen ein Vergabeverfahren nach der VOF vorgesehen werden, da es insgesamt weniger formalisiert als das VOL-Verfahren und zudem auch eher mit berufsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist (siehe dazu noch unten). Die VOF ist naturgemäß inhaltlich und strukturell auf die Bedürfnisse und Besonderheiten beim Anbieten freiberuflicher Dienstleistungen besser zugeschnitten als die VOL, da sie anders als diese gerade für diesen Zweck geschaffen wurde. Der entscheidende Gesichtspunkt für die Abgrenzung zwischen VOL- und VOF-Verfahren sollte u. E. daher nicht ein formales Kriterium wie das Erreichen bestimmter Schwellenwerte sein, sondern in einem inhaltlichen Kriterium gesehen werden: Gegenstand freiberuflicher Tätigkeiten ist eine Aufgabe, deren Lösung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann (vgl. § 1 Abs. 1 VOF). Freiberufliche Leistungen sind regelmäßig individuell und nicht reproduzierbar, also Unikate und nicht wie Lieferungen, häufig aber auch nicht-freiberufliche Dienstleistungen, Massenprodukte.

Einige wesentliche Unterschiede zwischen einem VOL- und einem VOF-Verfahren lassen sich wie folgt skizzieren (beispielhaft und ohne Anspruch auf Vollständigkeit):

- Während nach der VOL/A der Grundsatz der öffentlichen Ausschreibung gilt (§ 3 Abs. 2 VOL/A), ist nach der VOF die direkte Anwendung des Verhandlungsverfahrens möglich (§ 3 Abs. 1 VOF).
- Die VOL/A enthält bei Einungsnachweisen, anders als § 5 Abs. 1 VOF, keine Bezugnahme auf berufsrechtliche Vorschriften. Dies ist mit Blick auf die Verschwiegenheitspflicht des Wirtschaftsprüfers/vereidigten Buchprüfers gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 WPO insbesondere dann relevant, wenn der Auftraggeber vom Bieter Referenzlisten verlangt.
- Die VOL/A enthält anders als § 5 Abs. 5 lit. a VOF keine Regelung, wonach die fachliche Eignung bereits durch die Berufszulassung erbracht werden kann.
- Die VOL/A regelt in § 9 zivilrechtlich relevante Inhalte und schränkt insoweit die Vertragsfreiheit ein (insbesondere bzgl. Regelungen zu AGB, Vertragsstrafen, Verjährung und Sicherheitsleistungen), in der VOF fehlen entsprechende Beschränkungen.
- Die VOL/A enthält, anders als § 4 Abs. 2 und 4 VOF, keine Regelung, dass Auskunftsansprüche an Bieter und die Erteilung des Auftrags an eine Bietergemeinschaft in einer vom Auftraggeber bestimmten Rechtsform unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit berufsrechtlichen Vorschriften stehen.

Wir hoffen, dass wir Ihnen mit den obigen Ausführungen vermitteln konnten, warum uns die Frage der VOF-Anwendung im Unterschwellenbereich beschäftigt.

Neben § 2 Abs. 2 und 3 des Gesetzentwurfs sollte die VOF zur Klarstellung auch in § 30 Abs. 1 des Gesetzentwurfs erwähnt werden.

Bei den folgenden Paragraphen des Gesetzentwurfs muss ein Verweis auf die VOF nicht erfolgen: § 18 Abs. 2 (keine Teillose im VOF-Verfahren), § 27 Abs. 4 Nr. 3 (keine entsprechenden Verweise auf AGB in der VOF), § 29 Abs. 1 Satz 2 (keine entsprechenden Regelungen in der VOF, es bleibt bei der Regelung des § 29 Abs. 1 Satz 1). Dies könnte zur Dokumentation ggf. in die Gesetzesbegründung aufgenommen werden.

Wir hoffen, dass unsere Anregungen im weiteren Verlauf Berücksichtigung finden.
