

Teil 3

Ausschussvorlage WVA/18/47 – öffentlich –

Stellungnahmen zu der mündlichen Anhörung

zu den

**Gesetzentwürfen Drucks. 18/6268, 18/6291, 18/6492 und 18/6523
– Hessische Tariffreue- und Vergabegesetze –**

- | | | |
|-----|--|--------|
| 29. | Landesverband Hessischer Omnibusunternehmer e.V. | S. 181 |
| 30 | Hessischer Landkreistag | S. 196 |



Landesverband Hessischer Omnibusunternehmer e.V.

Marburger Str. 44, 35390 Gießen

Telefon: (06 41) 9 32 93-0 - Fax: (06 41) 9 32 93-33

E-Mail: info@lho-online.com

Internet: www.lho-online.com

Hessischer Landtag
Dem Vorsitzenden des Ausschusses für
Wirtschaft und Verkehr
Herr Clemens Reif
Postfach 3240
65022 Wiesbaden

Gießen, 01.02.2013

Stellungnahme des Landesverbands hessischer Omnibusunternehmer e.V. (LHO) zum Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Hessisches Gesetz zur Gewährleistung von Tariftreue, Mindestentgelt und fairem Wettbewerb bei öffentlichen Auftragsvergaben (Hessisches Tariftreue- und Vergabegesetz, HTVG, Drucks. 18/6268)

Sehr geehrter Herr Reif,

Wir bedanken uns für die Möglichkeit, in dieser Form zum o.g. Gesetzesentwurf Stellung nehmen zu dürfen. Insbesondere möchten wir zu folgenden Aspekten des Gesetzentwurfs unsere Auffassung übermitteln:

I. § 3, Allgemeine Grundsätze, soziale und ökologische Anforderungen

Die Regelung sieht vor, dass Auftraggeber zusätzliche soziale und ökologische Anforderungen stellen, sofern sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen. Unabhängig von der Frage, wann dieser Zusammenhang gegeben ist, stellt sich angesichts der Vielzahl möglicher zu beachtender Vorgaben die Frage, ob hierdurch nicht zu hohe Hürden bei der Teilnahme an Aufträgen errichtet werden. Denn insbesondere bei den Regelungen zur besonderen Förderung von Frauen, der Beschäftigung von Auszubildenden und zur umweltverträglichen Beschaffung mit Gütezeichen – so gut gemeint sie auch sein mögen – stellt sich unweigerlich das Problem der Wertung und Gewichtung im Vergabeprozess. Es dürfte in der Praxis äußerst schwer für den Auftraggeber sein, in diesen Punkten Bewertungskriterien aufzustellen, die Chancengleichheit und Diskriminierungsfreiheit gewährleisten. Es darf auch bezweifelt werden, ob sie im Rahmen der Auftragsvergabe ein wirksames Mittel zur Mittelstandsförderung sind. Denn die Einhaltung dieser Kriterien, um bessere Chancen beim Zuschlag eines Auftrages zu erhalten, dürfte sich vor allem für kleinste und kleine mittelständische Unternehmen als schwierig erweisen.

Das durchaus wünschenswerte Ziel der Stärkung des Mittelstands droht somit in Gefahr, konterkariert zu werden.

II. § 6, Tariftreueerklärung

Es ist rechtlich nach wie vor umstritten, ob nach dem Ruffert-Urteil des EuGH entsprechende Tariftreueklauseln – auch im Bereich des Verkehrswesens – rechtlich Bestand haben. Es könnten daher sämtliche auf dieser Basis vergebenden Aufträge möglicherweise rechtlich nicht haltbar sein. Dies birgt eine erhebliche Gefahr für die Auftraggeber und -nehmer.

Dennoch halten wir als Tarifpartner Maßnahmen, die geeignet sind, Lohndumping auszuschließen, generell für begrüßenswert. Der seit 2003 in Hessen durchgeführte flächendeckende Ausschreibungswettbewerb um ÖPNV-Leistungen hat für die mittelständischen Strukturen des Gewerbes und für die entsprechenden Unternehmen sehr nachteilige Folgen gehabt. Marktaustritte, Insolvenzen und die Übernahme von Unternehmen durch Global Player, die in den Markt eintraten, waren die Folge. Auch der Druck auf die Entlohnung der Fahrerinnen und Fahrer hat letzten Endes zugenommen. Besonders zu Beginn des Wettbewerbs kam es zu Fällen von Dumpinglöhnen. Nachteile hatten hier insbesondere die Unternehmen, die durch ihre Verbandsmitgliedschaft tarifgebunden waren und entsprechende Löhne zahlen mussten und auch wollten. Um die Problematik einzudämmen, wurde daher schon vor einigen Jahren eine Tariftreueklausel in die Vergabeunterlagen der ÖPNV-Auftraggeber aufgenommen, für die wir uns als Verband auch eingesetzt haben. Nach dieser wird das Niveau des LHO-Entgelttarifvertrages von den Unternehmen gefordert. Wir haben somit in Hessen für den Bereich des ÖPNV faktisch schon eine Tariftreue.

Bei jeglicher Tariftreueklausel – sei es vertraglich oder gesetzlich – ist letztlich entscheidend, was gefordert wird und auf welcher Basis Angebote abgegeben werden müssen.

Nach dem Entwurf dürfen öffentliche Aufträge im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs nur an Unternehmen vergeben werden, die sich schriftlich verpflichten bei der Ausführung der Leistung mindestens dem in Hessen für diese Leistung in einem der einschlägigen und repräsentativen, mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbarten Tarifverträge vorgesehene Entgelt nach den tarifvertraglich festgelegten Modalitäten zu zahlen und während der Ausführungslaufzeit Änderungen nachzuvollziehen.

Das Gesetz zeigt sich zwar grundsätzlich dahingehend offen, dass es auch mehr als einen einschlägigen und repräsentativen Tarifvertrag geben kann. Dies schließt jedoch nicht aus, dass je nach politischem Willen nur ein bestimmter Tarifvertrag als einschlägig und repräsentativ festgelegt wird. Das Beispiel Nordrhein-Westfalen beweist, dass dies kein rein theoretisches Problem ist. Dort wurde im Bereich ÖPNV nur der kommunale Tarifvertrag TVN-N NRW festgelegt. Somit wurde der Tarifvertrag des dortigen privaten Omnibusgewerbes gleichsam ausgeschaltet, mit erheblichen Konsequenzen für den Tarifpartner und die angeschlossenen Unternehmen. Die in Hessen und anderen Bundesländern bestehende Vielfalt an Tarifverträgen im Bereich des ÖPNV hat ihren Ursprung in den unterschiedlichen unternehmerischen Strukturen und Betätigungsfeldern der dort tätigen Unternehmen. So zeichnet sich das private Omnibusgewerbe dadurch aus, dass häufig für mehrere Auftraggeber gefahren wird, etwa Verbände, lokale Nahverkehrsorganisationen, Schulträger, aber auch private Personen und Organisationen im Gelegenheitsverkehr. Es stellt diese Unternehmen vor größte organisatorische Schwierigkeiten, wenn sie auf Grund der Verbandsmitgliedschaft an einen Tarifvertrag gebunden sind, für bestimmte Aufträge jedoch die Vorschriften eines anderen Tarifvertrags einhalten müssen. So könnte es sein, dass ein Fahrer einen Teil seiner Arbeitszeit nach dem einen und einen anderen Teil nach einem weiteren Tarifvertrag bezahlt werden muss. Gleiches gilt für kaufmännische Angestellte.

Wir halten es auf Grund der im Grundgesetz niedergelegten Tarifautonomie für rechtlich sehr fragwürdig, ob der Gesetzgeber einen repräsentativen Tarifvertrag vorschreiben kann. Entscheidend muss vielmehr sein, ob es sich um einen einschlägigen Tarifvertrag handelt, der von zwei tariffähigen Tarifpartnern geschlossen wurde.

Letzten Endes geht es zum einen um den Erhalt der Tarifpluralität, die gewährleistet, dass nicht nur zwischen verschiedenen Branchen, sondern auch innerhalb einer Branche strukturelle Unterschiede der jeweiligen beteiligten Unternehmen berücksichtigt werden können. Zum anderen halten wir diese Tarifpluralität auch langfristig für richtig, um die Kosten im ohnehin zuschussbedürftigen ÖPNV nicht ausufern zu lassen. Denn die Festlegung auf nur einen Tarifvertrag und damit eines quasi-Monopols von tariflich zu zahlenden Leistungen kann nicht im Sinne der öffentlichen Haushalte sein. Schon jetzt werden erhebliche Leistungen im Nahverkehr gekürzt, da die zur Verfügung stehenden Mittel nicht steigen, und die Kostensteigerungen nicht kompensiert werden können.

Sofern demnach eine gesetzliche Regelung überhaupt den genannten rechtlichen Bedenken standhält, schlagen wir folgenden Wortlaut hierfür vor:

„Öffentliche Aufträge über Verkehrsdienstleistungen gemäß § 2 Absatz 2 dürfen nur an Auftragnehmer (Unternehmen) vergeben beziehungsweise erteilt werden, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens das Entgelt zu zahlen, das in einem in Hessen für diesen Bereich geltenden bzw. nachwirkenden Tarifvertrag vorgesehen ist.“

Der Hinweis auf einen „nachwirkenden“ Tarifvertrag halten wir für wichtig, um zu verhindern, dass ggfs. Tarifverträge, die nicht mehr gewünscht sind, gekündigt und nicht nachverhandelt werden.

Ferner müsste festgelegt werden, was unter dem Begriff „Entgelt“, wie er in § 6 Absatz 3 Ziffer 1 des Entwurfs verwendet wird, zu verstehen ist. Denn zum „Entgelt“ gehört nicht nur der tariflich vereinbarte Stundenlohn, sondern es müssen auch die Rahmenbedingungen des Arbeitsverhältnisses berücksichtigt werden, die im Mantel-Tarifvertrag festgelegt sind. Hierzu zählen etwa Sonder- oder Zeitzuschläge, Vergütung von Vor- und Nachbereitungsarbeiten, Arbeitsunterbrechungen und Wartezeiten. Diese Punkte können im ÖPNV einen erheblichen Teil der Vergütung ausmachen und müssen daher miteinbezogen werden. Ansonsten würde der Zweck des Gesetzes, ein auf tariflicher Basis geltendes Entlohnungsniveau sicherzustellen, nicht erreicht.

Sofern, wie in Ziff. 2 vorgesehen der Auftragnehmer verpflichtet wird, während der Ausführung der Leistungen eintretende tarifvertragliche Änderungen des Entgelts nachzuvollziehen, so muss im Gesetz konsequenterweise auch ein Mechanismus festgeschrieben werden, der eine Fortschreibung der entsprechenden Kosten vorsieht. Dies ist insbesondere im Fall von ÖPNV-Leistungen der Fall, die in der Regel für acht, teilweise sogar bis zehn Jahre vergeben werden. Wenn auf der einen Seite Tariftreue für die gesamte Laufzeit gefordert wird, dann muss diese Verpflichtung auf der anderen Seite auch finanziell „unterfüttert“ werden. Eine solche Klausel sollte sich auch auf alle relevanten Entlohnungsbestandteile beziehen, nicht nur auf den reinen Stundenlohn.

III. § 10, Nachweise und Kontrollen

§ 10 des Entwurfs sieht Kontrollbefugnisse des Auftraggebers und Nachweispflichten des Auftragnehmers im Hinblick auf die Einhaltung der Gesetzesvorgaben vor. Generell halten wir eine Nachweisbarkeit für wichtig, um gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen vor unlauterer Konkurrenz zu schützen. Allerdings bedarf es hierbei einer Regelung, die sicherstellt, dass Kontrollen nicht störend in den Betriebsablauf der jeweiligen Unternehmen eingreifen. Ferner muss der Schutz der sensiblen Unternehmens- und Arbeitnehmerdaten gewährleistet sein.

IV. § 11, Sanktionen

Generell sind Sanktionen ein wirksames Mittel, um die Einhaltung von gesetzlichen Vorschriften zu gewährleisten. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass Sanktionen auch nicht unverhältnismäßig sein dürfen. Das Zusammenspiel von Absätzen 1 bis 3 bewirkt eine mögliche Sanktionierung von Unternehmen per Vertragsstrafe, eine mögliche fristlose Kündigung, eine Schadensersatzverpflichtung sowie einen möglichen Vergabeausschluss für bis zu drei Jahren. Bedenkt man, dass sich die Pflicht des Auftragnehmers nicht nur für eigene, sondern nach §§ 8 und 9 auch auf die Verpflichtungen von Unterauftragnehmer bezieht, ist eine derart weite Sanktionierungsmöglichkeit überprüfungswürdig.

V. § 12, Betreiberwechsel bei der Erbringung von ÖPNV-Leistungen

Der neue Betreiber ist auf Grund des Gesetzes zur Tariftreue verpflichtet. Sofern § 12

verhindern soll, dass sich ein neuer Betreiber sich nicht tariftreu verhält, so ist die Regelung nicht notwendig, da sich die Verpflichtung zur Tariftreue bereits aus § 6 ergibt. Wenn diese Vorschrift dennoch bestehen bleibt, sollte zumindest eine Regelung dahingehend eingefügt werden, die den Auftraggeber verpflichtet, die notwendigen entstehenden Kosten für die Verpflichtung zur Information des Auftraggebers zu ersetzen.



Karl Reinhard Wissmüller
- 1. Vorsitzender -



Volker Tuchan
- Geschäftsführer -



Landesverband Hessischer Omnibusunternehmer e.V.

Marburger Str. 44, 35390 Gießen

Telefon: (06 41) 9 32 93-0 - Fax: (06 41) 9 32 93-33

E-Mail: info@lho-online.com

Internet: www.lho-online.com

Hessischer Landtag
Dem Vorsitzenden des Ausschusses für
Wirtschaft und Verkehr
Herr Clemens Reif
Postfach 3240
65022 Wiesbaden

Gießen, 01.02.2013

Stellungnahme des Landesverbands hessischer Omnibusunternehmer e.V. (LHO) zum Gesetzentwurf der Fraktion der SPD für ein Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairem Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Hessisches Tariftreue- und Vergabegesetz) (Drucks. 18/6291)

Sehr geehrter Herr Reif,

Wir bedanken uns für die Möglichkeit, in dieser Form zum o.g. Gesetzesentwurf Stellung nehmen zu dürfen. Insbesondere möchten wir zu folgenden Aspekten des Gesetzentwurfs unsere Auffassung übermitteln:

I. § 4, Mittelstandsförderung

Wir begrüßen die mit dem Gesetz intendierte Förderung kleinerer und mittlerer Unternehmen. Positiv bewerten wir auch die – wenngleich eingeschränkte – Pflicht, Art und Umfang der Leistung sowie die Vergabebedingungen mittelstandsfreundlich zu gestalten. Gerade im Bereich des ÖPNV haben es die Unternehmen mit sehr komplexen Vergabeverfahren und Vergabeanforderungen zu tun. Schon das von Seiten unseres Verbands, des RMV und des Hessischen Verkehrsministeriums 2008 in Auftrag gegebene Gutachten (BSL-Gutachten) hat u.a. eine Differenzierung von Losgrößen und eine Reduzierung der Komplexität bei kleineren Losen als mögliche Hilfestellungen für kleinere Unternehmen empfohlen.

II. § 5, Berücksichtigung ökologischer und sozialer Kriterien im Vergabeverfahren

Die Regelung ist insofern missverständlich, als im Wortlaut ökologische und soziale Belange berücksichtigt werden *müssen*, in der Begründung der Norm jedoch von „können“ die Rede ist. Anders als der Wortlaut des § 5 legt § 6 fest, dass diese gleichen Kriterien berücksichtigt werden „können“. Das Zusammenspiel von Wortlaut und Begründung des § 5 sowie Sinn und Zweck des § 6 erschließt sich in dieser Form nicht. Auch die Tatsache, dass nach § 10 bei der Erteilung des Zuschlags Umweltbelange, also ökologische Kriterien berücksichtigt werden „können“, nach § 5 aber „müssen“ führt nicht zu weiterer Klärung, ob dies nun verpflichtend vorgeschrieben ist oder nicht. Generell halten wir es jedoch für schwierig, für diese eher weichen Anforderungen rechtssicher Maßstäbe zu definieren, die einer möglichen Vergabeprüfung standhalten. Von daher sollte die Regelung, wenn überhaupt, in das Ermessen des Auftraggebers gestellt werden.

III. § 8, ILO-Kernarbeitsnormen

Die Vorgabe, keine Waren einzusetzen, die unter Missachtung der ILO-Kernarbeitsnormen produziert wurden, mag gut gemeint sein. Jedoch ist aus unserer Sicht nicht deutlich, wie die Verkehrsunternehmen die Einhaltung dieser Kriterien überprüfen sollen, etwa im Rahmen der hier betroffenen Bestellung von Fahrzeugen. Es wäre anzudeuten, hier zwischen verschiedenen Arten der Vergabegegenstände zu unterscheiden.

IV. § 12, Tariftreue, Entgeltgleichheit und Mindestentgelt

Es ist rechtlich nach wie vor umstritten, ob nach dem Ruffert-Urteil des EuGH entsprechende Tariftreueklauseln – auch im Bereich des Verkehrswesens – rechtlich Bestand haben. Es könnten daher sämtliche auf dieser Basis vergebenden Aufträge möglicherweise rechtlich nicht haltbar sein. Dies birgt eine erhebliche Gefahr für die Auftraggeber und -nehmer.

Dennoch halten wir als Tarifpartner Maßnahmen, die geeignet sind, Lohndumping auszuschließen, generell für begrüßenswert. Der seit 2003 in Hessen durchgeführte flächendeckende Ausschreibungswettbewerb um ÖPNV-Leistungen hat für die mittelständischen Strukturen des Gewerbes und für die entsprechenden Unternehmen sehr nachteilige Folgen gehabt. Marktaustritte, Insolvenzen und die Übernahme von Unternehmen durch Global Player, die in den Markt eintraten, waren die Folge. Auch der Druck auf die Entlohnung der Fahrerinnen und Fahrer hat letzten Endes zugenommen. Besonders zu Beginn des Wettbewerbs kam es zu Fällen von Dumpinglöhnen. Nachteile hatten hier insbesondere die Unternehmen, die durch ihre Verbandsmitgliedschaft tarifgebunden waren und entsprechende Löhne zahlen mussten und auch wollten. Um die Problematik einzudämmen, wurde daher schon vor einigen Jahren eine Tariftreueklausel in die Vergabeunterlagen der ÖPNV-Auftraggeber aufgenommen, für die wir uns als Verband auch eingesetzt haben. Nach dieser wird das Niveau des LHO-Entgelttarifvertrages von den Unternehmen gefordert. Wir haben somit in Hessen für den Bereich des ÖPNV faktisch schon eine Tariftreue.

Bei jeglicher Tariftreueklausel – sei sie vertraglich oder gesetzlich – ist letztlich entscheidend, was gefordert wird und auf welcher Basis Angebote abgegeben werden müssen.

Nach dem Entwurf dürfen öffentliche Aufträge im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs nur an Unternehmen vergeben werden, die sich schriftlich verpflichten „mindestens den am Ort der Leistungserbringung für das jeweilige Gewerbe geltenden Lohn- und Gehaltstarif zu zahlen.“ Wir halten es für zielführender, nicht auf den „Ort der Leistungserbringung“, sondern auf einen „in Hessen geltenden“ Tarifvertrag abzustellen, so dass jeder einschlägige und rechtmäßige Tarifvertrag zur Anwendung kommen kann.

Sofern demnach eine gesetzliche Regelung überhaupt den generellen rechtlichen Bedenken standhält, schlagen wir folgenden Wortlaut hierfür vor:

„Öffentliche Aufträge über Verkehrsdienstleistungen gemäß § 2 Absatz 2 dürfen nur an Auftragnehmer (Unternehmen) vergeben beziehungsweise erteilt werden, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens das Entgelt zu zahlen, das in einem in Hessen für diesen Bereich geltenden bzw. nachwirkenden Tarifvertrag vorgesehen ist.“

Der Hinweis auf einen „nachwirkenden“ Tarifvertrag halten wir für wichtig, um zu verhindern, dass ggfs. Tarifverträge, die nicht mehr gewünscht sind, gekündigt und nicht nachverhandelt werden.

Ferner müsste festgelegt werden, dass nicht nur der reine „Lohn- und Gehaltstarif“, wie er in § 12 Absatz 2 des Entwurfs gefordert wird, einbezogen wird. Denn zum Verdienst, den die Unternehmen zahlen müssen, gehört nicht nur der tariflich vereinbarte Stundenlohn, sondern es müssen auch die Rahmenbedingungen des Arbeitsverhältnisses berücksichtigt werden, die im Mantel-Tarifvertrag festgelegt sind. Hierzu zählen etwa Sonder- oder Zeitzuschläge, Vergütung von Vor- und Nachbereitungsarbeiten, Arbeitsunterbrechungen und Wartezeiten.

Diese Punkte können im ÖPNV einen erheblichen Teil der Vergütung ausmachen und müssen daher miteinbezogen werden. Ansonsten würde der Zweck des Gesetzes, ein auf tariflicher Basis geltendes Entlohnungsniveau sicherzustellen, nicht erreicht.

Durch die Tariftreue wird der Auftragnehmer verpflichtet, während der Ausführung der Leistungen eintretende tarifvertragliche Änderungen des Entgelts nachzuvollziehen. Daher muss im Gesetz konsequenterweise auch ein Mechanismus festgeschrieben werden, der eine Fortschreibung der entsprechenden Kosten vorsieht. Dies ist insbesondere bei ÖPNV-Leistungen der Fall, die in der Regel für acht, teilweise sogar bis zehn Jahre vergeben werden. Wenn auf der einen Seite Tariftreue für die gesamte Laufzeit gefordert wird, dann muss diese Verpflichtung auf der anderen Seite auch finanziell „unterfüttert“ werden. Eine solche Klausel sollte sich auch auf alle relevanten Entlohnungsbestandteile beziehen, nicht nur auf den reinen Stundenlohn.

V. § 15 - Berufliche Erstausbildung / Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern sowie der Vereinbarkeit von Beruf und Familie

Auch wenn die Aufnahme dieser Kriterien als „Kann-Bestimmung“ ausgestaltet ist und im Ermessen des Auftraggebers steht, handelt sich hierbei um eher vergabefremde „weiche“ Aspekte. Es dürfte in der Praxis auch äußerst schwer für den Auftraggeber sein, in diesen Punkten einheitliche Bewertungskriterien aufzustellen, die Chancengleichheit und Diskriminierungsfreiheit gewährleisten.

Sofern die Regelung bestehen bleibt, halten wir eine Grenze von mindestens 20 Mitarbeitern, um sehr kleine Betriebe hiervon zu entlasten, ungeachtet der grundsätzlichen Kritik, für sinnvoll. Jedoch kann gefragt werden, warum diese Grenze nicht auch an anderer Stelle, z.B. bei § 5 angewandt wird. Ferner dürfte sich die Einhaltung dieser Kriterien, um bessere Chancen beim Zuschlag eines Auftrages zu erhalten, auch für mittelständische Unternehmen, die nur wenig mehr als 20 Beschäftigte haben, als schwierig erweisen. Es darf daher bezweifelt werden, ob sie im Rahmen der Auftragsvergabe ein wirksames Mittel zur Mittelstandsförderung im Sinne des § 4 sind.

VI. § 19, § 20 – Kontrollen

Der Entwurf sieht Kontrollbefugnisse des Auftraggebers und Nachweispflichten des Auftragnehmers im Hinblick auf die Einhaltung der Gesetzesvorgaben vor. Generell halten wir eine Nachweisbarkeit für wichtig, um gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen vor unlauterer Konkurrenz zu schützen. Allerdings bedarf es hierbei einer Regelung, die sicherstellt, dass Kontrollen nicht störend in den Betriebsablauf der jeweiligen Unternehmen eingreifen. Ferner muss der Schutz der sensiblen Unternehmens- und Arbeitnehmerdaten gewährleistet sein. Wir halten es auch für problematisch, eine generelle Kontrollmöglichkeit einzuräumen. Ausreichend ist aus unserer Sicht eine anlassbezogene Möglichkeit der Kontrolle der Auftragnehmer.

Auch ist zu fragen, ob die Einrichtung einer neuen Prüfbehörde, um die Verpflichtungen nur aus der Tariftreuregelung, zu überprüfen, nötig und sinnvoll ist. Denn in § 19 ist bereits eine generelle Befugnis des Auftraggebers, die Einhaltung der dem Auftragnehmer gesetzlich auferlegten Verpflichtungen, zu überprüfen, geregelt.

VII. § 21, Sanktionen

Generell sind Sanktionen ein wirksames Mittel, um die Einhaltung von gesetzlichen Vorschriften zu gewährleisten. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass Sanktionen auch nicht unverhältnismäßig sein dürfen. Das Zusammenspiel von Absätzen 1 bis 3 bewirkt eine mögliche Sanktionierung von Unternehmen per Vertragsstrafe, eine mögliche fristlose Kündigung, eine Schadensersatzverpflichtung sowie einen möglichen Vergabeausschluss für bis zu drei Jahren.

Bedenkt man, dass sich die Pflicht des Auftragnehmers nicht nur für eigene, sondern auch auf die Verpflichtungen von Unterauftragnehmer bezieht, halten wir eine derart weite Sanktionierungsmöglichkeit für überprüfungswürdig.



Karl Reinhard Wissmüller
- 1. Vorsitzender -



Volker Tuchan
- Geschäftsführer -



Landesverband Hessischer Omnibusunternehmer e.V.

Marburger Str. 44, 35390 Gießen

Telefon: (06 41) 9 32 93-0 - Fax: (06 41) 9 32 93-33

E-Mail: info@lho-online.com

Internet: www.lho-online.com

Hessischer Landtag
Dem Vorsitzenden des Ausschusses für
Wirtschaft und Verkehr
Herr Clemens Reif
Postfach 3240
65022 Wiesbaden

Gießen, 01.02.2013

Stellungnahme des Landesverbands Hessischer Omnibusunternehmer e.V. (LHO) zum Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU und FDP für ein Gesetz zur Förderung der mittelständischen Wirtschaft und zur Vergabe öffentlicher Aufträge (Drucks. 18/6492)

Sehr geehrter Herr Reif,

Wir bedanken uns für die Möglichkeit, in dieser Form zum o.g. Gesetzesentwurf Stellung nehmen zu dürfen und bitten, die nicht ganz fristgerechte Zusendung zu entschuldigen.

Insbesondere möchten wir zu folgenden Aspekten des Gesetzentwurfs Stellung nehmen.

I. Regelungen zur Mittelstandsförderung

In unserem Verband sind in der Mehrzahl mittelständische, oftmals noch familiengeführte Unternehmen organisiert. Aus diesem Grund begrüßen wir gesetzgeberische Maßnahmen, die solche Unternehmen besonders berücksichtigen.

Die Intention des Gesetzes deckt sich zum Teil mit den Zielen und Maßnahmen der EU-Kommission im „Small Business Act“, der ebenfalls dazu beitragen soll, mittelständische Unternehmen mehr Aufmerksamkeit und Unterstützung zukommen zu lassen, um einheitliche Rahmenbedingungen für KMU entstehen zu lassen.

Im Hinblick auf § 3 des Entwurfs regen wir an, sofern nicht ohnehin vorgesehen, im Rahmen der Berichterstattung durch das Wirtschaftsministerium eine nach Branchen ausdifferenzierte Aufstellung vorzulegen. Denn so gut und sinnvoll Regelungen im Einzelfall sein mögen, so wichtig ist, die Spezifika der jeweiligen Branchen anzuerkennen und ggfs. politisch zu fördern.

Die Regelung in § 5, wonach mittelstandsrelevante Rechts- und Verwaltungsvorschriften vor ihrem Erlass auf ihre Auswirkungen auf die mittelständische Wirtschaft zu überprüfen sind, halten wir für sinnvoll. Jedoch bleibt unklar, was sich hinter dem Begriff „mittelstandsrelevant“ verbirgt. Nimmt man die immer wieder betonte gesellschaftliche und wirtschaftliche Bedeutung des Mittelstandes ernst, müsste dies für eine Vielzahl von Regelungen gelten. Begrüßenswert ist, dass kleine und Kleinstunternehmen von unzumutbaren Belastungen freigestellt werden sollen. Denn ein nicht geringer Teil unserer Mitgliedsunternehmen hat nicht mehr als 10 Mitarbeiter. Was jedoch als unzumutbar angesehen wird, sollte im Gesetz deutlicher Ausdruck finden.

Die Unterstützung von kleinen und mittleren Unternehmen durch Landesbürgschaften, -darlehen u.ä. Instrumente nach § 6 ist zu begrüßen. Es wäre jedoch wünschenswert, konkrete Fördertatbestände aufzuführen. Im Bereich der Verkehrsdienstleistungen ist die

Leistungserbringung häufig mit enormen Kosten für die Anschaffung neuer Fahrzeuge verbunden. Hier wäre eine Wiederaufnahme der Förderung solcher Fahrzeuge wichtig. Ferner zeigt sich, dass kleinere Unternehmen bei der Finanzierung eine ungünstigere Ausgangsposition haben. Von daher halten wir Hilfen bei der Finanzierung für sinnvoll.

Wir begrüßen die Regelung gemäß § 8 zum Vorrang privater Leistungen, zu dem sich die Landesregierung bekennt. Fraglich ist, welchen eigenständigen Anwendungsbereich die Vorschrift im Zusammenspiel mit der spezifischen Regelung in § 121 HGO hat. Denn dort ist aufgeführt, unter welchen Bedingungen sich Gemeinden wirtschaftlich betätigen dürfen.

II. Regelungen zur Vergabe von Aufträgen

In § 3 ist eine Tarifvertragsbindung geregelt. In der Begründung wird darauf verwiesen, eine Verpflichtung, örtliche, aber nicht bindende Tarifvertragsleistungen anzuwenden, stehe im Widerspruch zum Ruffert-Urteil des EuGH. In der Tat ist – auch im Bereich des Verkehrswesens – noch umstritten, ob dieses Urteil auch im Verkehrsbereich Anwendung findet. Es könnten daher sämtliche auf dieser Basis vergebenden Aufträge möglicherweise rechtlich nicht haltbar sein. Dies birgt eine erhebliche Gefahr für die Auftraggeber und -nehmer.

Wir akzeptieren daher die rechtliche Wertung im Entwurf, möchten jedoch zum Ausdruck bringen, dass wird dennoch Maßnahmen generell für begrüßenswert halten, die geeignet sind, Lohndumping auszuschließen. Der seit 2003 in Hessen durchgeführte flächendeckende Ausschreibungswettbewerb um ÖPNV-Leistungen hat für die mittelständischen Strukturen des Gewerbes und für die entsprechenden Unternehmen sehr nachteilige Folgen gehabt. Marktaustritte, Insolvenzen und die Übernahme durch Global Player, die in den Markt eintraten, waren die Folge. Auch der Druck auf die Entlohnung der Fahrerinnen und Fahrer hat letzten Endes zugenommen. Besonders zu Beginn des Wettbewerbs kam es zu Fällen von Dumpinglöhnen. Nachteile hatten hier insbesondere die Unternehmen, die durch ihre Verbandsmitgliedschaft tarifgebunden waren und entsprechende Löhne zahlen mussten und auch wollten.

Um die Problematik einzudämmen, wurde daher schon vor einigen Jahren eine Tariftreueklausel in die Vergabeunterlagen der ÖPNV-Auftraggeber aufgenommen, für die wir uns als Verband auch eingesetzt haben. Nach dieser wird das Niveau des LHO-Entgelttarifvertrages von den Unternehmen gefordert. Wir haben somit in Hessen für den Bereich des ÖPNV faktisch schon eine Tariftreue.

Als Tarifvertragspartner würden wir uns daher grundsätzlich einer gesetzlichen Regelung in diesem Bereich nicht entgegenstellen, sofern diese rechtssicher ausgestaltet werden kann. Entscheidend hierbei wäre jedoch, dass eine solche Regelung eine Tarifvielfalt zulässt und auch eine Preisfortschreibungsklausel einbezieht.

Karl Reinhard Wissmüller
- 1. Vorsitzender -

Volker Tuchan
- Geschäftsführer LHO-



Landesverband Hessischer Omnibusunternehmer e.V.

Marburger Str. 44, 35390 Gießen

Telefon: (06 41) 9 32 93-0 - Fax: (06 41) 9 32 93-33

E-Mail: info@lho-online.com

Internet: www.lho-online.com

Hessischer Landtag
Dem Vorsitzenden des Ausschusses für
Wirtschaft und Verkehr
Herr Clemens Reif
Postfach 3240
65022 Wiesbaden

Gießen, 01.02.2013

Stellungnahme des Landesverbands hessischer Omnibusunternehmer e.V. (LHO) zum Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Drucks. 18/6523)

Sehr geehrter Herr Reif,

Wir bedanken uns für die Möglichkeit, in dieser Form zum o.g. Gesetzesentwurf Stellung nehmen zu dürfen. Insbesondere möchten wir zu folgenden Aspekten des Gesetzentwurfs unsere Auffassung übermitteln:

I. § 3, Tariftreueerklärung

Zum einen ist es rechtlich nach wie vor umstritten, ob nach dem Ruffert-Urteil des EuGH entsprechende Tariftreueklauseln – auch im Bereich des Verkehrswesens – rechtlich Bestand haben. Es könnten daher sämtliche auf dieser Basis vergebenden Aufträge möglicherweise rechtlich nicht haltbar sein. Dies birgt eine erhebliche Gefahr für die Auftraggeber und -nehmer.

Abgesehen davon handelt es sich bei einer solche Vorgabe an sich um ein vergabefremdes Element und es ist fraglich, ob dies unter ordnungspolitischen Erwägungen sinnvoll ist. Dennoch halten wir Maßnahmen, die geeignet sind, Lohndumping auszuschließen, generell für begrüßenswert. Der seit 2003 in Hessen durchgeführte flächendeckende Ausschreibungswettbewerb um ÖPNV-Leistungen hat für die mittelständischen Strukturen des Gewerbes und für die entsprechenden Unternehmen sehr nachteilige Folgen gehabt. Marktaustritte, Insolvenzen und die Übernahme von Unternehmen durch Global Player, die in den Markt eintraten, waren die Folge. Auch der Druck auf die Entlohnung der Fahrerinnen und Fahrer hat letzten Endes zugenommen. Besonders zu Beginn des Wettbewerbs kam es zu Fällen von Dumpinglöhnen. Nachteile hatten hier insbesondere die Unternehmen, die durch ihre Verbandsmitgliedschaft tarifgebunden waren und entsprechende Löhne zahlen mussten und auch wollten.

Bei jeglicher Tariftreueklausel – sei es vertraglich oder gesetzlich – ist letztlich entscheidend, was gefordert wird und auf welcher Basis Angebote abgegeben werden müssen.

Nach dem Entwurf dürfen öffentliche Aufträge im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs nur an Unternehmen vergeben werden, die sich schriftlich verpflichten „bei der Ausführung der Leistung mindestens das in Hessen für diese Leistung in einem der einschlägigen und repräsentativen, mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbarten Tarifverträge vorgesehene Entgelt nach den tarifvertraglich festgelegten Modalitäten zu zahlen und während der Ausführungslaufzeit Änderungen nachzuvollziehen.“

Das Gesetz zeigt sich zwar grundsätzlich dahingehend offen, dass es auch mehr als einen einschlägigen und repräsentativen Tarifvertrag geben kann. Jedoch werden die

AVWA 18/17
entsprechenden Tarifverträge per Rechtsverordnung durch das Arbeitsministerium bestimmt. Seite 193
Unabhängig von der Frage, ob dies rechtlich zulässig ist, schließt es die Regelung jedenfalls nicht aus, dass je nach politischem Willen bestimmte Tarifverträge für repräsentativ erklärt werden oder nicht. Das Beispiel Nordrhein-Westfalen beweist, dass dies kein rein theoretisches Problem ist. Dort wurde im Bereich ÖPNV nur der kommunale Tarifvertrag TVN-N NRW festgelegt. Somit wurde der Tarifvertrag des dortigen privaten Omnibusgewerbes gleichsam ausgeschaltet, mit erheblichen Konsequenzen für den Tarifpartner und die angeschlossenen Unternehmen. Die in Hessen und anderen Bundesländern bestehende Vielfalt an Tarifverträgen im Bereich des ÖPNV hat ihren Ursprung in den unterschiedlichen unternehmerischen Strukturen und Betätigungsfeldern der dort tätigen Unternehmen. So zeichnet sich das private Omnibusgewerbe dadurch aus, dass häufig für mehrere Auftraggeber gefahren wird, etwa Verbände, lokale Nahverkehrsorganisationen, Schulträger, aber auch private Personen und Organisationen im Gelegenheitsverkehr. Es stellt diese Unternehmen vor größte organisatorische Schwierigkeiten, wenn sie auf Grund der Verbandsmitgliedschaft an einen Tarifvertrag gebunden sind, für bestimmte Aufträge jedoch die Vorschriften eines anderen Tarifvertrags einhalten müssen. So könnte es sein, dass ein Fahrer einen Teil seiner Arbeitszeit nach dem einen und einen anderen Teil nach einem weiteren Tarifvertrag bezahlt werden muss. Gleiches gilt für kaufmännische Angestellte.

Ferner halten wir es auf Grund der im Grundgesetz niedergelegten Tarifautonomie für rechtlich sehr fragwürdig, ob der Gesetzgeber einen repräsentativen Tarifvertrag vorschreiben kann. Entscheidend muss vielmehr sein, ob es sich um einen einschlägigen Tarifvertrag handelt, der von zwei tariffähigen Tarifpartnern geschlossen wurde.

Letzten Endes geht es zum einen um den Erhalt der Tarifpluralität, die gewährleistet, dass nicht nur zwischen verschiedenen Branchen, sondern auch innerhalb einer Branche strukturelle Unterschiede der jeweiligen beteiligten Unternehmen berücksichtigt werden können. Zum anderen halten wir diese Tarifpluralität auch langfristig für richtig, um die Kosten im ohnehin zuschussbedürftigen ÖPNV nicht ausufern zu lassen. Denn die Festlegung auf nur einen Tarifvertrag und damit eines quasi-Monopols von tariflich zu zahlenden Leistungen kann nicht im Sinne der öffentlichen Haushalte sein. Schon jetzt werden erhebliche Leistungen im Nahverkehr gekürzt, da die zur Verfügung stehenden Mittel nicht steigen, und die Kostensteigerungen nicht kompensiert werden können.

Sofern demnach eine gesetzliche Regelung überhaupt den genannten rechtlichen Bedenken standhält, schlagen wir folgenden Wortlaut hierfür vor:

„Öffentliche Aufträge über Verkehrsdienstleistungen gemäß § 2 Absatz 2 dürfen nur an Auftragnehmer (Unternehmen) vergeben beziehungsweise erteilt werden, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens das Entgelt zu zahlen, das in einem in Hessen für diesen Bereich geltenden bzw. nachwirkenden Tarifvertrag vorgesehen ist.“

Der Hinweis auf einen „nachwirkenden“ Tarifvertrag halten wir für wichtig, um zu verhindern, dass ggfs. Tarifverträge, die nicht mehr gewünscht sind, gekündigt und nicht nachverhandelt werden.

Ferner müsste festgelegt werden, was unter dem Begriff „Entgelt“, wie er in § 3 Absatz 2 des Entwurfs verwendet wird, zu verstehen ist. Denn zum „Entgelt“ gehört nicht nur der tariflich vereinbarte Stundenlohn, sondern es müssen auch die Rahmenbedingungen des Arbeitsverhältnisses berücksichtigt werden, die im Mantel-Tarifvertrag festgelegt sind. Hierzu zählen etwa Sonder- oder Zeitzuschläge, Vergütung von Vor- und Nachbereitungsarbeiten, Arbeitsunterbrechungen und Wartezeiten. Diese Punkte können im ÖPNV einen erheblichen Teil der Vergütung ausmachen und müssen daher miteinbezogen werden. Ansonsten würde der Zweck des Gesetzes, ein auf tariflicher Basis geltendes Entlohnungsniveau sicherzustellen, nicht erreicht.

Sofern, wie vorgesehen, der Auftragnehmer verpflichtet wird, während der Ausführung der Leistungen eintretende tarifvertragliche Änderungen des Entgelts nachzuvollziehen, so muss im Gesetz konsequenterweise auch ein Mechanismus festgeschrieben werden, der eine Fortschreibung der entsprechenden Kosten vorsieht. Dies ist insbesondere bei

ÖPNV-Leistungen der Fall, die in der Regel für acht, teilweise sogar bis zehn Jahre vergeben werden. Wenn auf der einen Seite Tariftreue für die gesamte Laufzeit gefordert wird, dann muss diese Verpflichtung auf der anderen Seite auch finanziell „unterfüttert“ werden. Eine solche Klausel sollte sich auch auf alle relevanten Entlohnungsbestandteile beziehen, nicht nur auf den reinen Stundenlohn.

II. § 4, Betreiberwechsel bei der Erbringung von ÖPNV-Leistungen

Der neue Betreiber ist auf Grund des Gesetzes zur Tariftreue verpflichtet. Sofern § 4 verhindern soll, dass sich ein neuer Betreiber nicht tariftreu verhält, so ist die Regelung nicht notwendig, da sich diese Verpflichtung zur Tariftreue bereits aus § 3 ergibt. Wenn diese Vorschrift dennoch bestehen bleibt, sollte zumindest eine Regelung dahingehend eingefügt werden, die den Auftraggeber verpflichtet, die notwendigen entstehenden Kosten für die Verpflichtung zur Information des Auftraggebers zu ersetzen.

III. §§ 6 bis 8, Besondere Vergabekriterien

Angesichts der Vielzahl von bei der Vergabe zu beachtender Vorgaben des Gesetzes stellt sich die Frage, ob hierdurch nicht unverhältnismäßig viele neue Hürden bei der Teilnahme an Aufträgen errichtet werden.

Insbesondere die Regelungen

- zur Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen (§ 6)
- zur beruflichen Erstausbildung (§ 7)
- zur umweltverträglichen Beschaffung (§ 8)

sind aus unserer Sicht eher als vergabefremde Aspekte anzusehen. Es dürfte in der Praxis auch äußerst schwer für den Auftraggeber sein, in diesen Punkten Bewertungskriterien aufzustellen, die Chancengleichheit und Diskriminierungsfreiheit gewährleisten. Es darf auch bezweifelt werden, ob sie im Rahmen der Auftragsvergabe ein wirksames Mittel zur Mittelstandsförderung sind. Denn die Einhaltung dieser Kriterien, um bessere Chancen beim Zuschlag eines Auftrages zu erhalten, dürfte sich vor allem für kleinste und kleine mittelständische Unternehmen als schwierig erweisen.

IV. § 9, Mittelstandsförderung

Die Regelung in § 8 zur Mittelstandsförderung ist generell zu begrüßen. Wenn in Absatz 3 von einem mittelstandsfreundlichen Vergabeverfahren die Rede ist, und hiermit die Komplexität und der Umfang der auszugebenden Vergabeunterlagen ebenfalls einbezogen werden, kann diese ebenfalls nur begrüßt werden. Ansonsten entspricht die Regelung jedoch im wesentlichen § 97 GWB, so dass sich die Frage der Notwendigkeit, diese in das Gesetz aufzunehmen, stellt.

Wie oben schon angedeutet, halten wir die Vielzahl eher arbeitsmarkt- und gesellschaftspolitisch orientierter Vergabekriterien für nicht geeignet, den in § 9 angestrebtem Ziel näher zu kommen. Aus unserer Sicht müsste eher eine Verschlankeung und Entbürokratisierung im Hinblick auf die meist äußerst komplexen und detaillierten Vergabebedingungen angestrebt werden. Das durchaus wünschenswerte Ziel der Stärkung des Mittelstands droht somit in Gefahr, konterkariert zu werden.

V. § 13 Prüfbehörde

§ 13 des Entwurfs sieht vor, Kontrollbefugnisse einer beim Wirtschaftsministerium angesiedelten Prüfbehörde zu übertragen. Generell ist zu fragen, ob die Einrichtung einer neuen Prüfbehörde, um die Verpflichtungen aus dem Gesetz zu überprüfen, angesichts des

Strebens nach schlanken bürokratischen Strukturen nötig und sinnvoll ist. Der Entwurf sieht darüber hinaus umfangreiche Kontrollbefugnisse der Behörde und Nachweispflichten des Auftragnehmers im Hinblick auf die Einhaltung der Gesetzesvorgaben vor. Generell halten wir eine Nachweisbarkeit für wichtig, um gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen vor unlauterer Konkurrenz zu schützen. Allerdings bedarf es hierbei einer Regelung, die sicherstellt, dass Kontrollen nicht störend in den Betriebsablauf der jeweiligen Unternehmen eingreifen. Ferner muss der Schutz der sensiblen Unternehmens- und Arbeitnehmerdaten gewährleistet sein. Wir halten es auch für problematisch, eine generelle Kontrollmöglichkeit einzuräumen. Ausreichend ist aus unserer Sicht eine anlassbezogene Möglichkeit der Kontrolle der Auftragnehmer.



Karl Reinhard Wissmüller
- 1. Vorsitzender -



Volker Tuchan
- Geschäftsführer -



Hessischer
Landtag

Hessischer Landtag · Frankfurter Str. 2 · 65189 Wiesbaden

Hessischer Landtag
Herrn
Clemens Reif
Postfach 3240
65022 Wiesbaden

Frankfurter Str. 2
65189 Wiesbaden
Telefon (0611) 17 06 - 0
Durchwahl (0611) 17 06- 70
Telefax-Zentrale (0611) 17 06- 27
PC-Fax-Zentrale (0611) 900 297-70
PC-Fax-direkt (0611) 900 297-86
e-mail-Zentrale: info@hlt.de
e-mail-direkt: kredig@hlt.de
www.HLT.de
Datum: 01.02.2013
Az. : kr/045.010

**Hessisches Tariftreue und Vergabegesetz, Förderung der Mittelständischen
Wirtschaft und zur Vergabe öffentlicher Aufträge, Drs. 18/6268, 18/6291,
18/6492, 18/6523**

Ihr Schreiben vom 20.12.2012, Az. IA 2.4
Stellungnahme des Hessischen Landtages

Sehr geehrter Herr Ausschussvorsitzender Reif,
sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für die Gelegenheit, zu den oben genannten Gesetzesentwürfen
Stellung zu nehmen.

Bedauerlich ist allerdings die äußerst knapp bemessene Antwortfrist, die in keiner
Weise dem Umfang der Gesetzesentwürfe, dem zeitlichen Korridor der Prüffrist (Ur-
laubszeit) und der Bedeutung des Regelungsgegenstandes gerecht wird. Aus diesen
Gründen ist uns leider lediglich eine Bewertung des Gesetzesentwurfes der Regie-
rungsfraktion möglich.

Diese Bemerkungen vorangestellt, nehmen wir aufgrund einer Befragung unserer
Mitglieder zu dem Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU und FDP für ein Gesetz
zur Förderung der mittelständischen Wirtschaft und zur Vergabe öffentlicher Aufträ-
ge, Drucksache 18/6492, wie folgt Stellung:

A. Grundsätzliches

Die Wirtschaft in Hessen ist zu 99 Prozent mittelständisch geprägt. Arbeitsplätze und
wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Landkreise werden durch kleine und mittlere
Unternehmen gesichert. Aus diesem Grund begrüßen die hessischen Landkreise das
grundsätzliche Ziel des Gesetzesentwurfes, die Mittelstandsförderung in Hessen zu
verbessern. Auch die Landkreise haben bereits in der Vergangenheit auf vielfältige

Weise dazu beigetragen, regionale und damit zumeist mittelständische Wirtschaft zu stärken. Eine hierzu beitragende Flexibilisierung des Vergabewesens, wie sie z.B. mit dem Vergabebesleunigungserlass erfolgte, wird von den hessischen Landkreisen ausdrücklich befürwortet.

Die im vorliegenden Gesetzesentwurf formulierten Regelungen werden der Zielsetzung des Gesetzes jedoch oftmals nicht gerecht. Um den Mittelstand tatsächlich nachhaltig zu fördern, sollte eine juristische Verkomplizierung und formale Ausweitung der Verfahren unbedingt vermieden werden. Das Vergaberecht muss für den Anwender verständlich sein und soll dazu beitragen, Vergabe- und Bauabläufe noch effizienter und damit kostensparender für alle Beteiligten zu gestalten. Mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf wird leider das Gegenteil erreicht. Zusätzliche Verfahrensschritte werden notwendig, die mit den Interessen der öffentlichen Auftraggeber, die an einer zeitnahen und kostengünstigen Abwicklung der Beschaffungsverfahren orientiert sind, kollidieren.

Grundsätzlich darf das Ziel der Mittelstandsförderung nicht zulasten der in § 121 Hessische Gemeindeordnung (HGO) geregelten wirtschaftlichen Betätigung der hessischen Kommunen verwirklicht werden. Den in Artikel I § 8 Satz 1 postulierten Vorrang privater Leistungen bei wirtschaftlicher Betätigung der Kommunen sehen wir in diesem Zusammenhang kritisch. Die Restriktionen des Satzes 1 werden durch die Aussagen des Satzes 2 wieder relativiert, demzufolge die Regelungen über die wirtschaftliche Betätigung „(...) unberührt bleiben“. Wir gehen davon aus, dass hiermit ein Verweis auf § 121 HGO gemeint ist, der einen größeren Spielraum für wirtschaftliche Betätigung zulässt, an dem unbedingt festzuhalten ist.

Auch wenn wir das Ziel, den Mittelstand in Hessen zu fördern, ausdrücklich begrüßen, sehen wir inhaltliche Schwächen des Gesetzesentwurfs, die wir nachfolgend darstellen:

B. Inhaltliche Einwände

Zu den Einzelheiten des Gesetzesentwurfs erklären wir uns wie folgt: Auf die hessischen Landkreise haben die Regelungen des Artikels 2 weitaus mehr Einfluss, weshalb wir im Wesentlichen auf die Regelungen dieses Artikels eingehen.

Zu Art. 2 Hessisches Vergabegesetz:

Im Grundsatz beinhaltet der Gesetzentwurf eine Vielzahl von Änderungen für die Vergabepaxis, die Auswirkungen auf die Landkreise haben. Hatte das Hessische Vergabegesetz aufgrund der Nichtanwendung infolge der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit bislang keine Auswirkungen auf die Landkreise, würde sich dies mit der Umsetzung des vorliegenden Gesetzesentwurfs ändern. Es ist zu befürchten, dass einige Bestimmungen, deren Folge zwar auf den ersten Blick noch marginal erscheinen, erhebliche finanzielle Auswirkungen auf die Auftragsvergaben der Landkreise haben.

Erstens ist festzustellen, dass der Gesetzentwurf die bewährten „Großen Vergabefreigrenzen“ nicht nur beibehält, sondern auf eine gesetzliche Grundlage stellt, deren

Abänderung nur über ministeriale Rechtsverordnung möglich ist. Leicht modifiziert wurde lediglich der Schwellenwert für die Anwendungsverpflichtung des Interessenbekundungsverfahrens bei Beschränkten Bauausschreibungen (statt 250.000 € dann 100.000 €).

Das herausragende Ziel dieses Gesetzentwurfes ist jedoch die Stärkung mittelständischer Unternehmen. Analog zu der Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz besteht gemäß § 6 Abs. 1 des Entwurfs die grundsätzliche Verpflichtung, Leistungen nach Lossen zu vergeben. Eine zusammengefasste Vergabe mehrerer Teil- oder Fachlose bedarf einer Rechtfertigung durch wirtschaftliche oder technische Gründe.

Mit dem Gesetzentwurf wird damit auch bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte – wie bereits oberhalb der Schwellenwerte durch den modifizierten § 97 GWB – die losweise Vergabe als das wichtigste Instrument der Mittelstandsförderung gesetzlich manifestiert. Die Begründung der GWB-Novelle war, damit soll es mittelständischen Unternehmen erleichtert werden, sich an größeren öffentlichen Aufträgen zu beteiligen. Dies ist nachvollziehbar, findet das GWB ja nur oberhalb der Schwellenwerte Anwendung. Diese betragen zurzeit 5 Mio. € bei Bauaufträgen und 200.000 € bei Liefer- und Dienstleistungen. Das hier zur Rede stehende Gesetz ist jedoch bereits ab 10.000 € Auftragswert anzuwenden. Noch dazu wäre dieses Gesetz praktisch bei allen Vergaben der Landkreise zu beachten, da die bisherige haushaltsrechtliche Beschränkung auf Bau-, Liefer- und bestimmte Dienstleistungsaufträge wegfiel. Dies bedeutet eine massive Erhöhung des Verwaltungsaufwandes, die wir nicht akzeptieren können. Wir fordern deshalb eine Anhebung der im Gesetz genannten Schwellenwerte.

Zweitens ist zu befürchten, dass die Einführung dieses Gesetzes zu einer Vielzahl von Über- und Nachprüfungsverfahren vor der VOB-Stelle, der Vergabekammer und dem Vergabesenat des OLG Frankfurt führen wird. Denn auch wenn der Gesetzentwurf den an Aufträgen interessierten Unternehmen und Bietern nicht wie das GWB ein subjektives und damit einklagbares Recht auf Einhaltung der Vergabebestimmungen gibt, dürfte ein materiell-rechtlicher Anspruch auf Einhaltung der Gesetzesregelungen zumindest denjenigen Bietern zustehen, denen bei Einhaltung der Regelungen der Auftrag gebühren würde. Eine Durchsetzung dieses Anspruchs wäre auf dem zivilrechtlichen Wege der einstweiligen Verfügung möglich, wobei ein vorläufiges gerichtliches Zuschlagsverbot nach der ZPO beantragt werden könnte. Diese Verzögerungen könnten zu nicht unerheblichen Schadensersatz- bzw. Entschädigungsansprüchen anderer Auftragnehmer führen.

Drittens darf ein den Verdingungsordnungen nach unangemessen niedriges Angebot nicht bezuschlagt werden. Diese Regelungen sind nach der vergaberechtlichen Spruchpraxis 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 Gesetzentwurf kehrt diese Grundsätze um. Den Bietern würde ein Anspruch auf Überprüfung scheinbar unangemessener Konkurrenzangebote gegeben, der sicher genutzt würde.

§ 1 Anwendungsbereich

Gemäß Erläuterungstext ist das Gesetz nicht für EU-weite Verfahren anzuwenden. Dies sollte auch durch eine klare Aussage im Gesetzestext Ausdruck finden. Durch den fehlenden Verweis auf die Anwendbarkeit auch der Abschnitte 2 (VOL/A, VOB/A), ist unklar, wie mit Vergabeverfahren, die sich z. B. auf den Sozialbereich beziehen, umzugehen ist (die Sonderregelung des § 1 Abs. 3 VOL/A-EG führt durch Verweis auf § 4 VgV auch zur Anwendung des Abschnittes 1).

§ 2 Anforderungen, Verfahren

Abs. 1

Die Formulierung „gesetzestreu“ sollte gestrichen werden.

Die Fachkunde, die Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit der Firmen kann überprüft werden. Weiter reichende Kontrollen (z.B. die Anforderung eines Führungszeugnisses) sind von den Vergabestellen nicht zu leisten.

Abs.4 :

Die Regelung des § 2 Abs. 4 ermöglicht aus unserer Sicht eine – wohl nicht gewollte – Bevorzugungsmöglichkeit auswärtiger Unternehmen.

Eine neutrale Formulierung könnte lauten: *„Bei der Auftragsvergabe darf kein Unternehmen bevorzugt werden.“*

Grundsätzlich sind wir jedoch der Ansicht, dass die Möglichkeit, durch gezielte Auftragsvergabe die Wertschöpfung in der Region (nicht innerhalb einer Kommune / eines Landkreises) zu behalten, nicht genommen werden sollte. Dieses mittelstandsfördernde und arbeitsmarktpolitische Steuerungsinstrument ist auch ein Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltung.

Zudem hat sich gezeigt, dass die Auftragsvergabe innerhalb der Region meist geringere Folgekosten nach sich zieht und bei Gewährleistungs- bzw. notwendigen Reparaturarbeiten eine schnellere und bessere Abwicklung ermöglicht. Wir sprechen uns deshalb für eine Streichung des betreffenden Absatzes aus.

Abs. 6

Vergabeverfahren sollen fortlaufend und vollständig dokumentiert werden. Weiterhin sollen die Entscheidungen begründet und die Berücksichtigung mittelständischer Interessen besonders aktenkundig gemacht werden.

Dies bedeutet eine erhebliche Erhöhung des Verwaltungsaufwandes, die wir ausdrücklich ablehnen.

§ 3 Tarifvertragsbindung

Aus Praxissicht merken wir an, dass sich die geforderte Tariftreue als schwierig gestalten dürfte, zumal die Unternehmen nur für die Dauer der Vertragsausführungen eines öffentlichen Auftrags an diese Vorgaben gebunden sind.

§ 4 Vergabearten

Abs. 1:

Redaktioneller Hinweis:

Beschaffungen werden nicht *vergeben*, sondern *durchgeführt*; folglich wäre das letzte Wort entsprechend abzuändern.

Abs. 2:

Redaktioneller Hinweis:

Aufträge werden nicht *in* öffentlicher Ausschreibung, sondern *danach* vergeben; folglich müsste der erste Satz beginnen: „Die Vergabe von Aufträgen erfolgt nach Öffentlicher Ausschreibung...“.

Abs. 5:

Die bislang fakultative Vorgabe, vor Beschränkten Ausschreibungen und Freihändigen Vergaben ab Erreichen der genannten Auftragswerte zunächst ein Interessenbekundungsverfahren durchzuführen, wird nun zu einem obligatorischen Verfahrensschritt und somit zu einer Verfahrensverschärfung.

Dies geht mit einem gesteigerten Bearbeitungsaufwand einher; auch werden die Vergabeverfahren damit zusätzlich zeitlich verzögert.

Die Begründung, wonach hierdurch ein diskriminierungsfreier Zugang zur Teilnahme an Beschränkten Ausschreibungen und Freihändigen Vergaben durchgeführt wird, steht in krassem Gegensatz zu den Regelungen des § 6 Abs. 1, der vorsieht, die Interessen der Mittelstandsunternehmen „bei der Angebotsaufforderung vornehmlich zu berücksichtigen“. Denn durch die Veröffentlichung der Interessenbekundungsverfahren werden auch die nicht KMU zuzurechnende Firmen zur Bewerbung eingeladen.

Aus Praxissicht wird besorgt, dass diese Vorschrift keine Wirkung entfalten wird, weil künftig bereits vor Erreichen der „Grenzwerte“ öffentliche Ausschreibungen durchgeführt würden, da diese schneller durchzuführen sind.

§ 5 Bekanntmachung, Wettbewerb

Abs. 1:

Aus Sicht der Praxis ist hierzu folgendes anzumerken:

Eine Veröffentlichungspflicht „aller“ durchzuführenden Ausschreibungen (...) in der HAD wirft Fragen auf. Es ist zum einen unklar, ob diese Veröffentlichungen zu Beginn des Vergabeverfahrens erfolgen oder sich aber lediglich auf die abschließende Auftragserteilung erstrecken sollen. Falls erstere Alternative beabsichtigt ist, so macht dies nur bei Vergabeverfahren, welche die Betragsgrenzen des § 4 Abs. 5 überschreiten, Sinn. Zum anderen ist unklar bzw. sollte präzisiert werden, dass sich diese Veröffentlichungspflicht am Beginn eines Vergabeverfahrens ausschließlich auf die öffentlichen Ausschreibungen sowie Interessenbekundungsverfahren/Aufforderungen zum Teilnahmewettbewerb bezieht.

Eine nachträgliche Veröffentlichung aller Verfahren (bzw. der tatsächlich erteilten Aufträge) führt demgegenüber zu vermehrtem Verwaltungsaufwand und geht über die bereits bestehenden Regelungen hinaus (z. B. sieht § 19 Abs. 2 VOL/A eine Ver-

öffentlichungspflicht lediglich für vergebene Aufträge bei Beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb und Freihändigen Vergaben ohne Teilnahmewettbewerb erst ab einem Auftragswert von 25.000 € vor). Dies hat sich bewährt.

Unklar ist ferner, welche konkreten Inhalte künftig der Veröffentlichungspflicht unterliegen.

Abs. 2:

Gemäß Erläuterungstext können Tatsachen zur Eignung, die dem Öffentlichen Auftraggeber bereits bei der Anbieter-Auswahl bekannt sind, nicht mehr ohne weiteres einem Bieter entgegengehalten werden. Es soll damit ein Vertrauenstatbestand geschaffen werden, der den Bieter zum Schadensersatz berechtigt.

Aus Praxissicht ist hierzu anzumerken, dass es sich von selbst versteht, dass bei der Vorauswahl von Bietern im Rahmen von Freihändigen Vergaben oder Beschränkten Ausschreibungen deren Eignung im Fokus steht. Es ist aber nicht auszuschließen, dass die Verwaltung bei der Bieterauswahl Irrtümern unterliegt, die es ihr ermöglichen muss, diesen Irrtum bei der späteren Angebotsbewertung zu korrigieren. Die in den Erläuterungen dargestellten Rechtsfolgen (Schadensersatz) sind aus der Rechtsnorm so nicht ableitbar und würden die Handlungsspielräume der Verwaltung in unverhältnismäßiger Weise einschränken.

§ 6 Fördergrundsätze

Bei der Beurteilung dieses Paragraphen legen wir einen besonderen Schwerpunkt auf eine Bewertung aus Sicht der Verwaltungspraxis.

Abs. 1:

Nach dem Entwurfswortlaut sind die Interessen der Unternehmen (KMU) bei der Angebotsaufforderung „vornehmlich zu berücksichtigen“.

Die hiermit verbundene Bevorzugung der KMU führt zu einer Benachteiligung der sonstigen Unternehmen, was eindeutig zu einer Einschränkung des Wettbewerbs führt. Auch wenn hier der Wortlaut des § 97 Abs. 3 GWB wiederholt wird, sehen wir durch diese Ungleichbehandlung eine mögliche Kollision mit EU-Recht.

Die Praxis zeigt außerdem, dass durchaus selektiv losweise Gebote eingehen und ebenso Aufträge an unterschiedliche Anbieter erteilt werden, so dass die Besorgnis, durch „Generalangebote“ könnten KMU nicht direkt zum Zuge kommen, nicht bestätigt werden kann. Unabhängig hiervon liegt es durchaus im berechtigten Kosteninteresse des Auftraggebers, durch etwaige Rabattgewährungen bei Großanbietern den Auftrag zu günstigeren Konditionen abzuwickeln. Das Ziel der Mittelstandsförderung darf nicht zu vermehrten Kostenlasten bei den öffentlichen Auftraggebern führen.

Insgesamt wird aus Praxissicht besorgt, dass die Regelungen des § 6 Abs. 1 zu einem zusätzlichen Verwaltungsaufwand führen (getrennte Veröffentlichung, zusätzliche Kosten, getrennte Submissionstermine etc.). Dies lehnen wir ausdrücklich ab.

So sind wir seitens unserer Mitgliedschaft darauf hingewiesen worden, dass insbesondere im Bereich komplexer Beschaffungsvorhaben (insbesondere Baubereich)

mit dem Zusammenspiel verschiedener Gewerke die Beauftragung eines Generalunternehmens zweckmäßig ist und durchaus im Interesse des Auftraggebers liegt, um gegebenenfalls den bei der Auftragsausführung auftretenden Haftungs-, Zuständigkeits- und Mängelfragen wirksam begegnen zu können.

Ferner wird aus Praxissicht besorgt, dass die Regelung, wonach Lose, Teillöse und Fachlose nunmehr eigenständig ausgeschrieben und vergeben werden sollen, eine große Menge an kleinen und kleinsten Ausschreibungen nach sich ziehen. Dies bedeutet für die Vergabestellen einen erheblichen Mehraufwand.

Jedoch ist aus Praxissicht weiterhin anzumerken, dass es zu einer Umgehung des förmlichen Vergaberechts kommen kann. Dies sei dann der Fall, wenn die jeweiligen Schätzbeträge der Einzellöse unter den für die Durchführung von qualifizierten Vergabeverfahren maßgebenden Werten liegen, deren Gesamtsumme jedoch ein solches Vergabeverfahren auslösen würde. § 2 Abs. 2 VOL/A und § 97 Abs. 3 GWB regeln insoweit lediglich die getrennte Auftragsvergabe nach Losen, schreiben jedoch nicht auch deren getrennte Ausschreibung vor. Im Ergebnis führe die geplante Verfahrensweise auch zu einer Einschränkung des Wettbewerbs.

Abs. 4:

Es ist vorgesehen, dass die Nachunternehmer, die Leistungen als Dritte erbringen sollen, bereits bei der Angebotsabgabe zu benennen sind.

Die Benennung des Nachunternehmers und nicht nur des beabsichtigten Leistungsteils, welches vom Nachunternehmer ausgeführt werden soll, bereits mit Angebotsabgabe kann nach der Rechtsprechung des BGH die Bieter unzumutbar belasten. Der BGH erhebt gegen eine derartige Vergabepaxis grundsätzliche Bedenken und führt aus: *"Um dazu wahrheitsgemäße Erklärungen abzugeben, müssten sich alle Ausschreibungsteilnehmer die Ausführung der fraglichen Leistungen von den jeweils ins Auge gefassten Nachunternehmern **bindend zusagen** lassen. Eine solche Handhabung kann die Bieter ... in einem Maße belasten, das in der Regel nicht in einem angemessenen Verhältnis zu den Vorteilen dieser Vorgehensweise für die Vergabestellen steht. Sie ersparen sich damit lediglich den zusätzlichen organisatorischen und zeitlichen Aufwand, zu gegebener Zeit nach Angebotseröffnung ... die gegebenenfalls vorgesehenen Nachunternehmer zu erfragen"* (BGH, Urteil vom 10.06.2008 - X ZR 78/07).

Unabhängig von grundlegenden Bedenken gegen eine solche Regelung wird aus Praxissicht besorgt, dass insbesondere bei größeren Bauvergaben - weil es für die Bieter eine unzumutbare Belastung darstellt und sie sich dem nur aussetzen werden, wenn sie dies entsprechend in die Preise einberechnen - teurere Angebote eingehen werden.

Die Verpflichtung zur Einholung einer Zustimmung zu einem Nachunternehmereinsatz birgt jedoch noch andere Gefahren, wie seitens unserer Mitgliedschaft besorgt wird. So trifft die sowohl nach den Basis- wie den EG- Paragrafen der VOB/A anzuwendende VOB/B Regelungen zu Nachunternehmern. Danach bedarf es der Zustimmung des Auftraggebers zu einem Nachunternehmereinsatz nicht, wenn der Betrieb des Auftragnehmers auf die Ausführung der Leistung nicht eingerichtet ist. Nach § 6 Abs. 4 des Gesetzentwurfs würde ein Nachunternehmereinsatz aber ausnahmslos von der Zustimmung des Auftraggebers abhängig gemacht. Nach der Änderung des § 310 BGB durch das FoSiG ist die VOB/B als AGB nur privilegiert, wenn

sie als Ganzes vereinbart ist. Jede auch nur geringfügige Abweichung von der VOB/B führt zur Inhaltskontrolle. Diese wäre dadurch immer eröffnet. Folge wäre, dass die Ausgewogenheit des Vertragsverhältnisses zu Ungunsten der Landkreise wegfiel, da für die Landkreise als Verwender nur diejenigen Regelungen der VOB/B, die die Kreise bevorteilen und der Inhaltskontrolle nicht standhalten, wegfielen. Alle für den Auftragnehmer günstigen Regelungen, die dem gesetzlichen Leitbild widersprechen, blieben aber wirksam.

§ 10 Urkalkulation, Zwei-Umschlagsverfahren

Abs. 1:

Nach § 10 Abs. 1 des Gesetzentwurfs sind bei einem geschätzten Auftragswert ab 50.000 € für Bauleistungen und ab 20.000 € für sonstige Lieferungen und Leistungen die Bieter mit einem auffällig niedrigem Angebot aufzufordern, die Urkalkulation geschlossen einzureichen. Diese darf nur in Anwesenheit des Bieters geöffnet werden und kann nur zur Angemessenheit eines auffällig niedrigen Angebots benutzt werden.

Vorab merken wir an, dass die angegebenen Grenzwerte, ab denen das Nachprüfungsverfahren einzuleiten ist, mit 50.000 € bzw. 20.000 € zu gering bemessen sind.

Zudem trifft entgegen dem Wortlaut der Gesetzesbegründung die Aussage, dass die bisherigen Vergabeordnungen VOL/A und VOB/A keine inhaltsgleichen Regelungen vorsehen, so dass die Bewertung, „die Regelung des Abs. 1 entspreche geltendem Recht“ entspricht, nicht zu.

Vielmehr kann gemäß § 16 Abs. 6 VOL/A vom Anbieter lediglich „Aufklärung verlangt“ werden; § 15 VOB/A – Aufklärung des Angebotsinhalts - spricht lediglich davon, sich „wenn nötig durch Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungen (Kalkulationen) zu unterrichten“. Und § 16 VOB/A –Prüfung und Wertung der Angebote – hat einen fast gleichlautenden Wortlaut wie der geplante § 11 Abs. 2 des neuen Gesetzes.

Wir sprechen uns deshalb dafür aus, eine Formulierung analog der vorhandenen Regelungen aus VOL/A und VOB/A zu finden, die den Vergabestellen einen größeren Freiraum für Art und Umfang der Nachprüfung einräumen.

Seitens unserer Mitgliedschaft wird besorgt, dass es für die Verwaltung mit erheblichen Problemen verbunden sein wird, die Urkalkulation inhaltlich nachzuvollziehen oder in Ermangelung von begründenden Unterlagen gar zu prüfen. Mangels fachlicher Qualifizierung wären gegebenenfalls externe Dritte mit der Analyse der Betriebskalkulation zu beauftragen, was Fragen der Vertraulichkeit aufwirft und weitere Verfahrenskosten nach sich zieht. Damit würde auch ein zusätzlicher Zeitaufwand einhergehen, der die Vergabeverfahren unnötig in die Länge zieht.

Weiterhin wird anhand des Gesetzesentwurfes nicht klar, welchen Umfang die Urkalkulation haben soll und inwieweit diese auch Betriebsinterna enthalten soll.

Abs. 2

Die Forderung, Bieter grundsätzlich zu verpflichten, die Urkalkulation bei Auftragsvergabe in einem geschlossenen Umschlag einzureichen (§ 10 Abs. 2 des Gesetzentwurfs), erscheint wenig sinnvoll.

Zum einen lässt die Verwendung des Begriffs „grundsätzlich“ Ausnahmen zu; hierzu gibt es jedoch keine näheren Maßgaben.

Weiterhin erscheint die geforderte Urkalkulation zur Beurteilung des Angebots ungeeignet, da sie ja erst bei Auftragsvergabe einzureichen ist und dies auch noch verdeckt. Hier erscheinen die Richtlinien des Vergabehandbuches des Bundes zielführender, die zur Aufgliederung der Einheitspreise bei einer voraussichtlichen Auftragssumme von mehr als 50.000 € verlangen, wichtige, den Preis bestimmende Teilleistungen (Positionen) vorzugeben, damit sich bei der Wertung die für die Angebotssumme maßgebenden Kalkulationsbestandteile beurteilen lassen. Falls die voraussichtliche Auftragssumme 100.000 € überschreitet, sind sogar alle Teilleistungen (Positionen) vorzugeben. Die vom Bieter ausgefüllten Formblätter sind zwar vertraulich zu behandeln, aber für die Überprüfung jederzeit einsehbar. Da die Forderung nach Übergabe der Angebotskalkulation nicht wie üblich auf Bauleistungen beschränkt ist, sind alle Liefer- und Dienstleistungsvergaben, auch der freiberuflichen, davon belastet. Auch dies wird zu beiderseitigem Mehraufwand führen. Ebenfalls ist zu befürchten, dass einige Bieter von der Beteiligung an Vergabeverfahren absehen werden, wenn sich der bereits bestehende Aufwand noch erhöht.

Abs. 3

Das Zwei-Umschlagverfahren ist im deutschen Vergaberecht nicht verankert. Zielstellung der Befürworter dieses Verfahrens ist eine Verbesserung der Qualität der technischen und gestalterischen Lösung. Es sieht ein Vergabeverfahren vor, bei dem in einem Umschlag die technische und gestalterische Lösung und in einem separaten Umschlag Preisangaben einzureichen sind. Vergaben von Planerleistung oberhalb des derzeitigen Schwellenwertes von 200.000 €, welche der VOF unterfallen, sind von der Regelung nicht tangiert, da das dort praktizierte zweistufige Verfahren sowieso vorab gewichtete und bekannt gemachte Zuschlagskriterien unter anderem für den Preis vorsieht. Da jedoch von der Anwendung des Zwei-Umschlagsverfahren alle Planungsleistungen ab 10.000 € betroffen sind, ohne das eine separate Bagatellgrenze gibt, betrifft diese Regelung praktisch alle Beauftragungen der Landkreise von Architekten- und Fachplanerleistungen. Da diese Leistungen bei Angebotsabgabe jedoch standardisiert sind – beispielsweise alle Grundleistungen der zu beauftragenden Leistungsphasen der HOAI sind zu erbringen – und die eigentliche technische und gestalterische Lösung erst das Ergebnis der Leistungserfüllung darstellt, erscheint dieses Verfahren wenig sinnvoll. Anderen Zuschlagskriterien neben dem Preis käme kein eigenständiger Wert mehr zu, es wären lediglich Scheinkriterien mit reiner Alibifunktion.

§ 11 Zuschlag, Preise

Abs. 2:

Angebote, die zehn Prozent und mehr günstiger sind als das nächste Angebot, sind zu prüfen, wenn hierauf der Zuschlag erfolgen soll.

Unklar bleiben Art und Umfang dieser Prüfung; insbesondere, ob diese zehnpromtente Differenz schon als „auffallend niedriges Angebot“ zu bewerten ist und damit die (fragwürdigen) Regelungen des § 10 auslöst.

Abs. 3:

Hier werden Regularien zur Bewertung der Angemessenheit aufgestellt.

Unklar ist, ob diese Prüfung nur in den Fällen des Absatzes 2 zum Tragen kommt, da lediglich dort der Terminus „Angemessenheit“ verwandt wird.

Sinnvoller wäre die Formulierung: „*Bei der Beurteilung der Angebote sind die Wirtschaftlichkeit...*“.

Ferner sind nach dem Gesetzestext „andere günstige Ausführungsbedingungen“ zu berücksichtigen. Bei der Angebotsbewertung sollte sich diese Prüfung allerdings nicht nur auf die positiven, sondern auch auf negativen Ausführungsbedingungen erstrecken. Deren Nichtbenennung könnte ansonsten zu dem Trugschluss führen, diese seien für die Bewertung nicht relevant.

Grundsätzlich merken wir an, dass § 11 offensichtlich die grundsätzlichen Regelungen für die Angebotsbewertung aufstellt und § 10 darauf aufbauend Sonderregelungen beinhaltet. Aus diesem Grund sollten diese beiden Paragraphen entweder in einem Paragraphen logisch verknüpft oder aber in der Reihenfolge ausgetauscht werden.

§ 12 Vertragsstrafe, PreiseAbs. 1:

Mit dem Auftragnehmer „sollen“ Vereinbarungen für den Fall der Nichterfüllung übernommener vertraglicher Verpflichtungen geschlossen werden (Strafversprechen). Gemäß Erläuterungstext dient diese Regelung als „Druckmittel“ zur Sicherung der von den Auftragnehmern übernommenen vertraglichen Verpflichtungen.

Ob diese Maßgabe insbesondere im VOL/A-Bereich zu einer verstärkten Teilnahme an Vergabeverfahren einlädt, wird seitens unserer Mitgliedschaft bezweifelt. Dies gilt insbesondere für die KMU, die mangels eigener Rechtsabteilungen zumeist auf externe kostenpflichtige juristische Unterstützung in Rechtsfragen zurückgreifen müssen. Eine Mittelstandsförderung dürfte von dieser Norm deshalb nicht ausgehen.

Daneben erfordert eine derartige Regelung eine präzise Fixierung sämtlicher Vertragsverpflichtungen, um Auslegungs- und Umsetzungsdiskussionen zu vermeiden, was gerade die Vergabeverfahren im niedrighschwelligem Bereich zusätzlich verkompliziert und zu einer Zunahme juristischer Fragestellungen und Prüferfordernisse in den Vergabeverfahren führen dürfte.

Wir sprechen uns deshalb für eine Relativierung der Soll-Vorschrift in eine Kann-Vorschrift aus.

§ 13 Zahlungen

§ 13 Abs. 1 u. 3 des Gesetzentwurfs regelt zum einen die Fälligkeit von Zahlungen mit spätestens 30 Werktagen nach Zugang, für Abschlagszahlungen mit 18 Werkta-

gen nach Zugang. Des Weiteren bestimmt Absatz 2, dass für in sich abgeschlossene Teile der Leistung Teilabnahmen ohne Rücksicht auf die Vollendung der übrigen Leistungen durchzuführen, endgültig festzustellen und zu bezahlen sind.

Aus Praxissicht werden die Regelungen des Gesetzesentwurfs kritisiert. Wir haben hierzu eine entsprechende Rückmeldung aus unserer Mitgliedschaft erhalten, die wir ihnen nachfolgend wiedergeben:

Die Regelung in Absatz 2 ist der VOB/B entlehnt. Eine Teilabnahme bewirkt, dass damit die Erfüllungswirkung und somit die Verjährungsfrist für Mängelansprüche für diesen Teil der Werkleistung beginnt. Dies entspricht nicht dem Werkvertragsrecht des BGB, das dem Auftragnehmer zwar Abschlagszahlungen in bestimmten Fällen zugesteht, aber die Verjährungsfrist erst nach Entgegennahme des Gesamtwerkes vorsieht. Die Teilabnahme für in sich abgeschlossene Teile der Werkleistung macht auch nur in der Ausgewogenheit der VOB/B Sinn, bevorteilt sie den Auftragnehmer hier doch nicht unerheblich. Wird sie jedoch wie hier auf alle Leistungen übertragen, hat das beispielsweise gravierende Auswirkungen auf die Haftung bei Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren. So ist nach der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur ein Architektenwerk erst vollendet, wenn der Architekt alle ihm übertragenen Leistungen erbracht hat. Müsste man Teilabnahmen für in sich abgeschlossene Leistungen, welche durchaus die Planungsphase darstellen könnte, gewähren, wäre mit einer rechtsgeschäftlichen Abnahme nach Leistungsphase 4 der Lauf der Verjährungsfrist für die bis dahin von dem Architekten erbrachten Planungsleistungen in Gang gesetzt. Dadurch wäre es möglich, dass sich später im Bauwerk manifestierende Mängel, die auf fehlerhafter Planungsleistung beruhen, schon verjährt wären, obwohl die Verjährungsfristen für Mängelansprüche der ausführenden Baufirmen noch nicht abgelaufen sein könnten.

Auch die gesamtschuldnerische Haftung führt dann gegenüber der ausführenden Baufirma nicht weiter, weil sich der Landkreis die Planungsleistung des Architekten als die seines Erfüllungsgehilfen anrechnen lassen müsste, ohne diesen noch in Regress nehmen zu können. Zudem stellt die Fälligkeitsregelung (30 bzw. 18 Werktagen) auch noch einen Eingriff in die VOB/B dar, mit den unter Nachunternehmereinsatz bereits beschriebenen Folgen. In der seit 19. Juli 2012 anzuwendenden Fassung der VOB/B wurden die Fristenregelungen in § 16 *Zahlungen* allesamt von Werktagen auf Kalendertage umgestellt (Schlusszahlung 30 Kalendertage, Abschlagszahlungen 21 Kalendertage). Die Regelung im Gesetzentwurf kann beispielsweise, wenn Feiertage eingeschlossen sind, zu einer längeren Zahlungsfrist führen. Wird somit die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart, so wird jede einzelne VOB/B-Klausel, die die Kommune/den Landkreis gegenüber dem BGB bevorteilt, gesondert darauf überprüft werden, ob sie auch bei isolierter Betrachtungsweise den Regelungen des AGB-Rechts entspricht. Die VOB/B 2012 sieht zwar die Verkürzung der Prüffrist für die Schlussrechnung von bisher zwei Monaten auf nun 30 Kalendertage vor. Einzelvertraglich lässt sie aber ausdrücklich zu, diese auf 60 Kalendertage zu verlängern, wenn diese Vereinbarung „aufgrund der besonderen Natur oder Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist und ausdrücklich getroffen wurde“. Zumindest bei komplexeren Bauverträgen, bei denen die Prüfungsunterlagen bzw. die Schlussrechnung umfangreich und diffizil sind und fachtechnischer Sachverstand notwendig ist, dürfte dies notwendig sein.

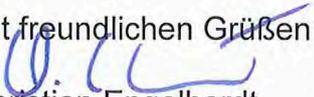
Diese mehr als sinnvolle Regelung lässt der Gesetzentwurf nicht zu. Da Auftragnehmer nach Abs. 4 auch noch dazu verpflichtet sind, gegenüber ihren Nachunternehmern entsprechend zu verfahren, sind Regressansprüche nicht ausgeschlossen. Der

Abs. 5 des Paragraphen 13 im Gesetzentwurf sieht die Verpflichtung des Auftraggebers vor, sich vertraglich das Recht auszubedingen, Zahlungen an die Gläubiger seines Auftragnehmers zu leisten anstatt an diesen selbst. Dies entspricht der Regelung des § 16 Abs. 6 VOB/B. Die Direktzahlung ist für den Auftraggeber jedoch mit erheblichen Risiken verbunden. Die Klausel hält nicht nur einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle nicht stand, sondern im Einzelfall können zwingende insolvenzrechtliche Vorschriften einer schuldbefreienden Zahlung an Dritte im Wege stehen. Dann bestünde weiterhin der ursprüngliche vertragliche Vergütungsanspruch, auch wenn die an den Dritten geleistete Zahlung nicht zurückgezahlt würde.

Der betreffende Landkreis berichtet aus den genannten Gründen diesen Weg nie beschritten zu haben, sondern stets den Weg der Kündigung und Neubeauftragung gegangen zu sein.

Wir bitten um Kenntnisnahme.

Mit freundlichen Grüßen


Christian Engelhardt
Direktor