

Teil 3

Ausschussvorlage WVA/19/6 – öffentlich –

Stellungnahmen zu der mündlichen Anhörung

zum Thema Tariffreue- und Vergabegesetze – Drucks. 19/134, 19/349 und 19/401 –

16.	DGB Bezirk Hessen-Thüringen Wirtschaftspolitik, Dr. Kai Eicker-Wolf	S. 92
17.	Magistrat der Stadt Wetzlar	S. 101
18.	Die Familienunternehmer – ASU e. V., PMCS.helpLine Software Gruppe, Dirk K. Martin	S. 102
19.	Hessischer Städte- und Gemeindebund	S. 106
20.	traffiQ, Dr. Hans Jörg von Berlepsch	S. 123
21.	Arbeitgeber- und Wirtschaftsverband der Mobilitäts- und Verkehrsdienstleister e.V., Matthias Rohrmann	S. 132
22.	Gaßner, Groth, Siederer & Coll., Jens Kröcher	S. 150
23.	Landesverband Hessischer Omnibusunternehmer e. V. (LHO), Volker Tuchan	S.160
24.	Bund der Steuerzahler Hessen e. V.	S. 169
25.	Deutscher Beamtenbund und Tarifunion (DBB) Hessen e. V.	S. 172
26.	Verband kommunaler Unternehmen e. V. (VKU), LG Hessen, Martin Heindl	S. 175
27.	IG Bauen-Agag-Umwelt, Hans-Joachim Rosenbaum	S. 186
28.	Architekten- und Stadtplanerkammer Hessen, Dr. Martin Kraushaar	S. 194
29.	Hessischer Handwerkstag	S. 198
30.	Rhein-Main-Verkehrsverbund GmbH	S. 215

**Stellungnahme
des Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB)
zu den folgenden Gesetzentwürfen:**

Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge – Drucksache 19/134 –

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) – Drucksache 19/349 –

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz – Drucksache 19/401 –

Frankfurt, im August 2014

1. Zur Notwendigkeit umfassender Tariftreueregelungen in Hessen

Der hessische Niedriglohnsektor ist seit Mitte der 1990er Jahre deutlich gewachsen. Genau wie im Bundesdurchschnitt bezieht etwa jede bzw. jeder fünfte Beschäftigte einen Niedriglohn.¹ Dies ist angesichts der starken wirtschaftlichen Stellung Hessens bemerkenswert.

Dem Anstieg der Niedriglohnbeschäftigung liegen sowohl in Hessen als auch in Deutschland verschiedene Ursachen zu Grunde. Zu nennen sind beispielsweise arbeitsmarktpolitische Reformen wie die Hartz-Gesetze, aber auch auch Veränderungen in der deutschen Tariflandschaft. Zwar ist der Flächentarifvertrag nach wie vor bestimmend für die Arbeits- und Einkommensbedingungen der meisten Beschäftigten, aber die prägende Kraft der Tarifverträge ist deutlich geringer als früher.

Ein geeignetes Instrument, um die Tarifbindung zu erhöhen und so Lohndumping und Niedriglöhnen entgegenzuwirken, sind Tariftreueregelungen. Diese verpflichten – häufig als Bestandteil von Vergabegesetzen – Unternehmen zur Zahlung von Tariflöhnen, wenn sie sich um öffentliche Aufträge bewerben. Wenn Unternehmen dies verweigern, werden sie von der Auftragsvergabe ausgeschlossen.

Zwar ist nach dem so genannten Ruffert-Urteil des Europäischen Gerichtshofs die Möglichkeit für Tariftreueregelungen eingeschränkt. Hier muss aus Sicht des DGB Hessen-Thüringen der Gesetzgeber auf der EU-Ebene dafür sorgen, dass Tariftreue vollumfänglich möglich ist, um so die zwingende und umfängliche Anwendung von Tarifverträgen für die öffentliche Auftragsvergabe zu erlauben. Aber selbst nach dem Europarecht ist es zur Zeit möglich, im Rahmen von Tariftreuebestimmungen den Öffentlichen Personennahverkehr unfassend unter Tariftreue zu stellen oder einen vergabespezifischen Mindestlohn zu erlassen.

Hessen gehört neben Sachsen und Bayern zur kleinen Minderheit von lediglich noch drei Bundesländern, die keine Tariftreueregelungen verabschiedet haben. Die Folgen dieser Politik hat der DGB-Bezirk Hessen-Thüringen anschaulich in seinem *Schwarzbuch Vergabe*² geschildert: In Hessen haben die von Roland Koch und von Volker Bouffier

¹ Vgl. dazu ausführlich Kai Eicker-Wolf/Thorsten Schulten, Niedriglohn als politisches Programm? Zur Entwicklung des Niedriglohnsektors und zur Debatte um ein Tariftreuegesetz in Hessen, in: Kai Eicker-Wolf/Stefan Körzell (Hg.), *Hessen vorne?*, Darmstadt 2013.

² Christian Axnick/Liv Dizinger/Kai Eicker-Wolf, *Schwarzbuch Vergabe. Wie die öffentliche Hand in Hessen Lohndumping betreibt*, Darmstadt 2013.

geführten Landesregierungen Lohndumping, Armutslöhne und schlimmste Formen der Ausbeutung, die an frühkapitalistische Verhältnisse erinnern, gefördert.

Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, dass dem Landtag aktuell drei Gesetzentwürfe vorliegen, die in Hessen im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe Tariftreue als Kriterium verankern wollen. Im folgenden Kapitel werden wir die Gesetzentwürfe vergleichend bewerten.

2. Bewertung der Gesetzentwürfe

2.1 Anwendungsbereich

Alle drei Gesetzentwürfe sehen einen Schwellenwert für die Anwendung des Gesetzes auf öffentliche Vergaben von grundsätzlich 10.000,00 € vor. Mit diesem Schwellenwert wird ein Großteil öffentlicher Vergaben nicht vom Gesetz erfasst. Für eine breite Wirksamkeit des Gesetzes ist deshalb eine Absenkung des Schwellenwertes auf 500,00 € oder ein Verzicht auf einen solchen Schwellenwert angeraten.

In der Debatte um Tariftreue- und Mindestlohnvorgaben wird oft übersehen, dass mit der öffentlichen Auftragsvergabe im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) keinesfalls alle Bereiche erfasst werden, die von öffentlichen Geldern abhängig sind. Dies gilt insbesondere für den gesamten Bereich der öffentlichen Konzessionsvergabe und anderer öffentlicher Zuwendungsempfänger. Vor diesem Hintergrund ist Bremen als erstes Bundesland einen Schritt weiter gegangen und hat im Rahmen seines Landesmindestlohngesetzes die Mindestlohnvorgabe über die öffentlichen Aufträge hinaus auf alle Bereiche ausgedehnt, die maßgeblich durch öffentliche Gelder finanziert werden. Hessen könnte in dieser Hinsicht bundesweit die Federführung übernehmen und die geplanten Tariftreue- und Mindestlohnvorgaben auch für Konzessionen und andere Zuwendungen verbindlich machen.

2.2 Tariftreuepflicht

Die Tariftreuepflicht erstreckt sich in allen drei Gesetzentwürfen auf das Arbeitnehmer-Entsendegesetz. Das ist zu begrüßen. Aus Gewerkschaftssicht sollte darüber hinaus, wie im Entwurf der Fraktion der LINKEN, Tariftreue für alle allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge verlangt werden (§ 3, Abs. 1, S. 1).

Ein großer Fortschritt ist die in allen Gesetzenwürfen zu findende Pflicht zur Tariftreue im Öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV). Nach einem Gutachten der Gewerkschaften ver.di und TRANSNET (heute EVG) vom August 2008 ist es rechtlich problemlos möglich, den ÖPNV unter Tariftreue zu stellen³ – entsprechend ist Tariftreue für den ÖPNV in den meisten Vergabegesetzen festgeschrieben. Beim Verkehr handelt es sich nicht um die Erbringung einer grenzüberschreitenden Dienstleistung, wie etwa im Falle von Bauleistungen. Dies hat mit der Niederlassungspflicht zu tun: Wer im Verkehr eine Dienstleistung erbringen will, muss in der Regel bereits vor der Teilnahme an dem Vergabeverfahren über eine örtliche Niederlassung verfügen, denn nur das ermöglicht der Genehmigungsbehörde bzw. der Vergabestelle, die Zuverlässigkeit und finanzielle Leistungsfähigkeit der Bieter zu prüfen. Die Auflage, bestimmte Tarifverträge einzuhalten, stellt daher keine Behinderung der Niederlassungsfreiheit dar, denn es handelt sich ja nicht um Vorschriften, die die Niederlassung betreffen, sondern die Tariftreueregelungen beziehen sich auf die Modalitäten der Leistungserbringung. Das Ruffert-Urteil ist somit für den Verkehrssektor nicht einschlägig – das ist mittlerweile die allgemein anerkannte Rechtsauffassung.

In einem hessischen Vergabe- und Tariftreuengesetz sollte unmissverständlich formuliert sein, dass für den ÖPNV ein *repräsentativer* Tarifvertrag zu Grunde zu legen ist. Wie im Gesetzentwurf der LINKEN im § 17, Abs.2 sollte explizit festgelegt werden, dass mit *Repräsentativität* auf die Zahl der von den jeweils tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigten unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Arbeitnehmer und die Zahl der jeweils unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Mitglieder der Gewerkschaft, die einen Tarifvertrag abgeschlossen hat Bezug genommen wird.⁴

Der Gesetzentwurf von CDU und GRÜNEN sieht in § 4 Abs. 7 zur Bestimmung der maßgeblichen Tarifverträge im ÖPNV die Einrichtung eines Beirates vor. Zu bemängeln ist allerdings, dass die Zusammensetzung des Beirates nicht klar festgelegt wird. Da es sich hier zweifelsfrei um tarifpolitische Angelegenheiten handelt, sollte der Beirat ausschließlich aus Vertreterinnen und Vertretern der Tarifvertragsparteien des ÖPNV gebildet werden – und dies sollte auch so im Gesetz formuliert sein.

³ Pia Denzin/Wolfgang Siederer/Caroline von Bechtolsheim, Vorgabe von Sozialstandards in Ausschreibungen von ÖPNV-Leistungen. Gutachten im Auftrag der VER.DI – Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, Bundesvorstand und der Gewerkschaft TRANSNET, Hauptvorstand, Berlin 2008.

⁴ Vgl. dazu auch Markus Dönneweg, Anordnung des Tarifentgelts und weiterer Inhalte des TV-N Saar durch Aufgabenträger im Rahmen von Vergabeverfahren, Gutachten im Auftrag der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di), St. Ingbert 2012.

Angesichts der generellen Niedriglohn-Problematik und vor dem Hintergrund der allgemeinen Mindestlohndebatte sind immer mehr Bundesländer dazu übergegangen, einen vergabespezifischen Mindestlohn einzuführen: Danach erhalten nur solche Unternehmen öffentliche Aufträge, die eine bestimmte Lohnuntergrenze einhalten – rechtlich ist dies mit dem Europarecht vereinbar.⁵ Fast alle Vergabegesetze auf der Ebene der Bundesländer enthalten vergabespezifische Mindestlöhne, in der Regel liegt der vergabespezifische Mindestlohn bei 8,50 Euro pro Stunde. Allerdings weisen Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein höhere Mindestlöhne auf. An der Spitze liegt dabei Schleswig-Holstein mit 9,18 Euro.

Mit Blick auf die vorliegenden Gesetzentwürfe ist zu bemängeln, dass CDU und GRÜNE keinen eigenen vergabespezifischen Mindestlohn für Hessen formulieren. Der DGB schlägt vor, ähnlich wie in Schleswig-Holstein den vergabespezifischen Mindestlohn an die unterste Tarifgruppe des TV-H zu koppeln und ihn entsprechend der Tarifergebnisse regelmäßig anzupassen. Damit ergäbe sich aktuell ein vergabespezifischer Mindestlohn in Höhe von 9,03 Euro.

Aus Arbeitnehmersicht positiv zu bewerten – und für ein hessisches Vergabegesetz dringend zu empfehlen – sind die im Gesetzentwurf der LINKEN in § 3 Abs. 5 vorgesehenen Bestimmungen zur Entlohnung von Leiharbeit. Dem Prinzip „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ sollte sich gerade die öffentliche Hand verpflichtet fühlen – nicht zuletzt angesichts der Tatsache, dass 60 Prozent der Beschäftigten in Leiharbeit einen Niedriglohn beziehen.

2.3 ILO-Kernarbeitsnormen

Bei den ILO-Kernarbeitsnormen handelt es sich um Sozialstandards, die menschenwürdige Arbeitsbedingungen und einen hinreichenden Schutz der abhängig Beschäftigten gewährleisten sollen. Konkret geht es dabei um das Recht auf Vereinigungsfreiheit und auf Kollektivverhandlungen, die Beseitigung von Zwangsarbeit, die Abschaffung von Kinderarbeit und Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf. Deutschland hat die acht einschlägigen Übereinkommen ratifiziert.

⁵ Vgl. dazu Christoph U.Schmid/Florian Rödl, Gutachten im Auftrag des Berliner Senators für Wirtschaft, Technologie und Frauen zu Bedarf und Möglichkeiten einer Novellierung des Berliner Vergabegesetzes im Lichte der Ruffert-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes, Bremen 2008.

Es ist nicht nachvollziehbar, warum CDU und GRÜNE im Gegensatz zur SPD und den LINKEN die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen nicht vorschreiben. So entsteht der Eindruck, dass die Regierungsfractionen den fundamentalen (Grund-)Rechten der abhängig Beschäftigten keine Bedeutung beimessen. Die ILO-Kernarbeitsnormen sind in den Vergabegesetzen der meisten Bundesländer verankert.

2.4 Soziale, ökologische und sonstige Anforderungen

Soziale und ökologische und sonstige Anforderungen sind in allen drei Gesetzentwürfen enthalten. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings drohen Vorgaben zur Förderung von Frauen und von Menschen mit Behinderung, zur beruflichen Erstausbildung usw. ins Leere zu laufen, wenn sie wie in den Gesetzentwürfen von CDU/GRÜNEN und SPD nicht verbindlich vorgeschrieben werden. Aus gewerkschaftlicher Sicht sind die entsprechenden Regelungen im Gesetzentwurf der Fraktion der LINKEN richtungsweisend, die die Beachtung sozialer und ökologischer Standards bindend festschreiben.

Aus gewerkschaftlicher Sicht ist es insbesondere wichtig, die Erstausbildung als Vergabekriterium verpflichtend festzuschreiben. So bilden nur einige der in Hessen aktiven Eisenbahnverkehrsunternehmen aus, und auch diese nur in geringen Umfang. Zur Sicherstellung eines qualifizierten Nachwuchses ist es erforderlich, dass die Zahl der Ausbildungsplätze ein verbindliches Vergabekriterium wird.

2.5 Beschränkte Ausschreibung und freihändige Vergabe

Die hessische CDU hatte im Sommer des Jahres 2011 verkündet, dass sie die Fortführung der im Rahmen der Konjunkturpakete erhöhten, allgemeinen Freigrenzen für die Beschränkte Ausschreibung und die Freihändige Vergabe dauerhaft gewährleisten will. Dies ist in der vergangenen Legislaturperiode von FDP und CDU in Artikel 2, § 9 des *Gesetzes zur Förderung der mittelständischen Wirtschaft und zur Vergabe öffentlicher Aufträge* umgesetzt worden. Damit ignorierten CDU und FDP den Bericht des Bundesrechnungshofs, der die Inanspruchnahme und die Auswirkungen der im Rahmen des Konjunkturpakets II erlassenen Vergabebeerleichterungen untersucht hat. Der Bundesrechnungshof kommt zu dem Ergebnis,

„dass die mit den Vergabebeerleichterungen verfolgten Ziele im Wesentlichen nicht erreicht wurden. Stattdessen mussten deutliche Nachteile beim Wettbewerb und bei der Wirtschaftlichkeit sowie eine erhöhte Korruptions- und Manipulationsgefahr in Kauf genommen wer-

den. Der Bundesrechnungshof hält es daher für sachgerecht, dass der Bund die Geltungsdauer der Vergabeerleichterungen nicht verlängert hat.“⁶

Seinerzeit hat die Fraktion von Bündnis 90/DIE GRÜNEN das Vorgehen von CDU und FDP kritisiert. Umso erstaunlicher ist, dass im Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU und GRÜNEN für ein *Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz* in § 15 an den sehr hohen Vergabefreigrenzen für Beschränkte Ausschreibungen und Freihändige Vergabe festgehalten wird.

2.6 Prüfbehörde und Kontrolle

Zentral für die Wirkung von Vergabe- und Tariftreuebestimmungen ist die Kontrolle der entsprechenden gesetzlichen Vorgaben. Ein großer Mangel des Gesetzentwurfs von CDU und GRÜNEN ist die Weigerung, die Einrichtung einer eigenen Prüfbehörde zu ermöglichen. Ohne Kontrollen durch zusätzliches Personal drohen Tariftreuebestimmungen ins Leere zu laufen – hierauf ist der DGB-Bezirk Hessen-Thüringen in seinem *Schwarzbuch* ausführlich eingegangen. Die sehr detaillierten Vorschläge in den Gesetzentwürfen von SPD und LINKEN sind hier richtungsweisend.

Wie wichtig effektive Kontrollen sind, zeigt das Beispiel Hamburg. Aus dem Jahr 2007 stammt eine Studie des Hamburger Senats über die dort geltenden Tariftreuregelungen, die sich auf die Bauwirtschaft bezog und auf Befragungen von Unternehmen und Vergabestellen beruhte. Die große Mehrheit der betroffenen Unternehmen begrüßte die Regelungen zur Tariftreue und sah sie als ein sinnvolles Instrument zur Bekämpfung von Schmutzkonkurrenz. 90 Prozent der Hamburger Bauunternehmer erklärten, dass sie durch die Tariftreuregelung keinen signifikant höheren Aufwand hätten.

Die hohe Zustimmung zu dem Hamburger Vergabegesetz beruhte auf der so genannten „Soko Bau“ (Referat Tariflohn- und Nachunternehmerkontrolle der Behörde für Stadtentwicklung und Umwelt – ABH 42), die seinerzeit aus zehn hierfür qualifizierten Personen bestand und gegebenenfalls auch direkt vor Ort die Einhaltung der Tariftreuebestimmungen überprüfte. Die Soko Bau arbeitet aktuell mit leicht reduzierter Personalstärke und ermittelt häufig wegen nicht gemeldeter Nachunternehmer und Verstößen gegen das Arbeitnehmerentsendegesetz.

⁶ Bundesrechnungshof, Bericht nach § 99 BHO über die Auswirkungen der Vergabeerleichterungen des Konjunkturpakets II auf die Beschaffung von Bauleistungen und freiberuflichen Leistungen bei den Bauvorhaben des Bundes, Bonn 2012.

Auch Bremen bemüht sich ernsthaft um eine Kontrolle seines Landesvergabegesetzes. Eine Sonderkommission Mindestlohn ordnet stichprobenartige Kontrollen an und spricht Sanktionsempfehlungen aus.

2.7 Generalunternehmerhaftung

Im Gesetzentwurf von CDU und GRÜNEN steht in § 8, Abs. 3, dass die Nachunternehmer und Verleihunternehmen die für sie geltenden Pflichten in „eigener Verantwortung“ zu erfüllen hätten. Dies bedeutet im Klartext: Das Generalunternehmen, das den öffentlichen Auftrag erhält und dann in Teilen an Subunternehmen weiter vergibt, ist *nicht* verantwortlich für eventuelle Verstöße gegen die Vergabebedingungen. Ohne eine entsprechende Haftungsregelung hat ein Generalunternehmen keinen wirtschaftlichen Anreiz, bei der Auswahl der Subunternehmer sorgfältig vorzugehen.

Wird das Gesetz so verabschiedet, dann fällt Hessen hinter die Nettolohnhaftung im bundesweit geltenden Arbeitnehmerentendegesetz zurück. Dies ist aus Arbeitnehmersicht vollkommen inakzeptabel.

2.8 Vertragsstrafe/Sperre

Kritisch zu sehen ist aus Sicht der Gewerkschaften, dass der Gesetzentwurf von CDU und GRÜNEN in § 18 Vertragsstrafen nicht zwingend vorsieht, sondern lediglich „Soll“-Vorschriften macht. Vertragsstrafen sollten wie in den Gesetzentwürfen von SPD und LINKEN verpflichtend festgeschrieben werden. Angemessen erscheint eine Höhe von bis zu zehn Prozent, wie dies im Gesetzentwurf der SPD festgelegt ist. Auch der Ausschluss von der öffentlichen Auftragsvergabe sollte bei Verstößen nicht als „Soll“-, sondern als „Muss“-Vorschrift verankert werden.

2.9 Überprüfung und Berichterstattung

Eine regelmäßige Überprüfung und eine ausführliche Berichterstattung ist in allen drei Gesetzentwürfen vorgesehen und zu begrüßen. Allerdings erscheinen die genannten Zeiträume in den Entwürfen von CDU/GRÜNEN und SPD mit drei bzw. vier Jahren sehr lang, während eine jährliche Berichterstattung wie im Entwurf der LINKEN vorgeschlagen ein sehr kurzer Zeitraum ist.

Wir schlagen vor, wie in Bremen zu verfahren. Hier legt die Sonderkommission Mindestlohn alle zwei Jahre einen Tätigkeitsbericht vor. Durch eine Vorstellung des Berichts und die Berichterstattung in der Presse arbeitet die Sonderkommission transparent.

3. Zusammenfassende Bewertung

Während die Gesetzentwürfe von SPD und LINKEN gerade auch durch die vorgesehenen Kontrollbehörden als zielführend einzustufen sind, ist der Entwurf von CDU und GRÜNEN aus Arbeitnehmersicht in zentralen Punkten als sehr enttäuschend zu bewerten. Dies gilt umso mehr, als nach der Übernahme des Wirtschaftsministeriums durch einen Wirtschaftsminister der Partei BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN die Hoffnung auf effektive Tariftreueregelungen in Hessen bestand, insbesondere aufgrund des Gesetzentwurfs der GRÜNEN für ein Hessisches Gesetz zur Gewährleistung von Tariftreue, Mindestentgelt und fairem Wettbewerb bei öffentlichen Auftragsvergaben vom Oktober 2012.

Das Land sollte eigentlich mit gutem Beispiel voran gehen und dafür sorgen, dass ein Vergabegesetz Lohndumping – z.B. auf öffentlichen Baustellen – umfassend verhindert. Das geht aber nur, wenn Unternehmen auch dann haften, wenn sie Teile ihrer Aufträge an so genannte Subunternehmer weitergeben. Und Tariftreueregelungen werden eben nur dann materielle Wirkung entfalten, wenn eine effektiv arbeitende Behörde eingerichtet wird, die auch ernstzunehmende Kontrollen vornimmt.

Zwar ist durchaus positiv zu bewerten, dass auch im CDU/GRÜNEN-Entwurf der ÖPNV unter Tariftreue gestellt werden soll. Allerdings ist hier eine klarstellende Formulierung in der Form wünschenswert, dass auf einen repräsentativen Tarifvertrag und damit auf die Zahl der jeweils in tarifgebundenen Unternehmen arbeitenden Beschäftigten und die Zahl der jeweils unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Mitglieder der vertragsschließenden Gewerkschaft abzustellen ist.

Es bleibt zu hoffen, dass die Regierungsparteien die aufgezählten fundamentalen Mängel in ihrem Gesetzentwurf beheben.



Stadt Wetzlar 35573 Wetzlar

Hessischer Landtag
z. H. des Vorsitzenden des
Ausschusses für Wirtschaft, Energie,
Verkehr und Landesentwicklung
Schlossplatz 1-3
65183 Wiesbaden

EINGEGANGEN

25. Aug. 2014

HESSISCHER LANDTAG

DER OBERBÜRGERMEISTER

Datum:
21.08.2014

Kontakt:
Frau Riedl

Zimmer :
340/341

Telefon:
06441/99-1000 bzw. 1001

Fax:
06441/99-1004

E-Mail:
oberbuergemeister@wetzlar.de

Ihr Zeichen:**Ihr Schreiben vom:**

Unser Zeichen:
D/Rie

Hinweis nach § 33 BDSG:
Ihre Daten werden elektronisch
gespeichert.

Postanschrift:
Postfach 21 20
35573 Wetzlar

Hausanschrift:
Ernst-Leitz-Str. 30
35578 Wetzlar
Telefon: 06441 99-0

www.wetzlar.de

Bankverbindung:
Sparkasse Wetzlar

SWIFT-BIC: HELADEF1WET
IBAN: DE36 5155 0035 0011 0050
und bei anderen
Banken in Wetzlar
Gläubiger-Ident-Nr.:
DE88ZZZ00000055712

Anhörung zu den Gesetzentwürfen Drucksache 19/134, 19/349 sowie 19/401

Sehr geehrte Damen und Herren,

das geltende Vergabegesetz hat sich grundsätzlich bewährt. Die sich hieraus ergebenden vergaberechtlichen Streitfälle bewegen sich in der Regel in einem vertretbaren Rahmen. Die im Gesetzentwurf für ein Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz (Drucksache 19/401) zusätzlich vorgesehenen sozialen und umweltbezogenen Kriterien im Rahmen des Vergabeverfahrens verkomplizieren das Vergabeverfahren, da hier weitere Nachweise im Rahmen der Vergaben vorgelegt werden müssen, dies macht den bürokratischen Aufwand gerade für kleinere Unternehmen nicht einfach. Auch wenn die Anwendung dieser Kriterien nicht zwingend vorgegeben ist, steht jedoch zu erwarten, dass zahlreiche Kommunen davon Gebrauch machen werden. Da bereits heute in der Regel Tariftreueerklärungen von den Unternehmen, die im Vergabeverfahren sind, abverlangt werden, könnte die Überprüfung darüber hinausgehender Kriterien eher zur Ausweitung der Streitigkeiten im Zusammenhang mit Vergabeverfahren führen und damit den Verfahrensaufwand für die Kommunen erhöhen.

Die in den Gesetzentwürfen Drucksache 19/134 bzw. 19/349 vorgesehenen Modifikationen des Vergabeverfahrens dürften darüber hinaus zu einem zusätzlichen Personal- und Sachkostenaufwand bei den Kommunen zur Durchführung adäquater Kontrollen und Überprüfungen führen, die Dauer und Umfang des Vergabeverfahrens nicht unerheblich ausweiten würden.

Mit freundlichen Grüßen

Dettne
Oberbürgermeister

STELLUNGNAHME



Zum

Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge – Drucksache 19/134 -

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) – Drucksache 19/349 –

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und Bündnis 90/Die Grünen für ein Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz – Drucksache 19/401 –

STELLUNGNAHME



Vorbemerkung

Es scheint oft vergessen zu werden, dass das Vergaberecht ursprünglich einmal dem Haushaltsrecht entsprang. Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit bildeten lange Zeit die Basis für die Vergabe öffentlicher Aufträge. Durch den Wettbewerb der Bieter sollte das günstigste und beste Angebot ermittelt werden. Im Laufe der jüngeren Vergangenheit wurde das Vergaberecht durch entsprechende Landesgesetze zunehmend mit vergabefremden Kriterien überfrachtet. Das Vergaberecht mutierte immer mehr zum politischen Spielball, um vor allem gesellschafts- und sozialpolitisch Wünschenswertes durchzusetzen.

Mitte bzw. Ende der 2000er Jahre versuchte die nationale wie europäische Rechtsprechung diesen „Auswüchsen“ Einhalt zu gebieten, in dem sie wie zum Beispiel beim sog. „Rüffert-Urteil“ entsprechende Modelle von Tariftreueforderungen in den Landesvergabegesetzen für europarechtswidrig erklärte. Diese verstießen, in dem Fall laut Europäischem Gerichtshof (EuGH), gegen die Vorgaben der Entsenderichtlinie (96/71/EG) sowie gegen die Dienstleistungsfreiheit (Rs. C-346/06).

Anders als anzunehmen zu hoffen gewesen wäre haben die Bedenken des EuGH nicht zu einem Umdenken in der Gesetzgebung der deutschen Bundesländer geführt und zu einer restriktiveren Handhabung von Tariftreuevorgaben Rechnung getragen. Stattdessen sahen sich die Bieter um öffentliche Aufträge auch im Nachgang einem Konvolut zusätzlicher Anforderungen konfrontiert. Von Tariftreue, über allgemeine Mindestlohnvorgaben bis hin zu besonderen Tarifvorgaben für den öffentlichen Personennahverkehr und diversen Sozialstandards.

Die vorliegenden Anträge der Fraktionen DIE LINKE, der SPD sowie von CDU und Bündnis 90/Die Grünen mögen sich sicherlich graduell unterscheiden. Dennoch sind in allen Anträgen vergabefremde Kriterien zu finden. Schon gar nicht erfüllen sie das Prädikat „mittelstandsfreundlich“.

STELLUNGNAHME



Positionen zu den Anträgen

An vielerlei Stellen finden sich in den Anträgen Passagen, bei denen nach Artikel 72 GG die Gesetzgebungskompetenz der Länder ernsthaft in Frage gestellt werden muss. Beispielsweise ziehen die Fraktionen der Linken und der SPD die ILO-Kernarbeitsnormen heran, zu denen sich die Unternehmen verpflichten müssen, wollen sie am Vergabeverfahren teilnehmen. Die ILO-Kernarbeitsnormen wurden von der Bundesrepublik Deutschland in insgesamt acht verschiedenen Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) ratifiziert. In diesem Bereich des Arbeitsrechts hat der Bund bereits über das Jugendarbeitsschutzgesetz eine entsprechende Regelung geschaffen, so dass eine der Landesgesetzgebung zugängliche Regelungslücke nicht ersichtlich ist. Das macht die Verpflichtung von Unternehmen zur Einhaltung der ILO-Normen durch die Landesebene nicht nur überflüssig sondern zusätzlich angreifbar.

Verpflichtungen zur Tariftreue, zu Mindestentgelten und zu Mindestarbeitsbedingungen finden sich in unterschiedlicher Ausprägung in den Anträgen aller Fraktionen. Vor allem hier werden die Prinzipien der Wirtschaftlichkeit besonders beschnitten, da diese Verpflichtungen zu einer nicht unerheblichen Verteuerung der Aufträge beitragen können. Die Tariftreueerklärung greift zudem sowohl in die negative Koalitionsfreiheit der nicht tarifgebundenen Unternehmen als auch in die positive Koalitionsfreiheit der tarifgebundenen Unternehmen sowie der Tarifparteien ein. Am besten wird dies im Antrag der Fraktion DIE LINKE deutlich, welche die Vergabe öffentlicher Aufträge an die Zahlung eines Mindestlohns in Höhe von 10€/Stunde knüpft. Die Gesetzgebungskompetenz der Länder ist in dieser Hinsicht äußerst fraglich, da es sich bei den Regelungen zum Mindestlohn um eine arbeitsrechtliche und damit um eine Materie der Bundeskompetenz handelt. Zudem missachtet diese Mindestlohnregelung in grober Weise das Prinzip der Tarifautonomie und die Regeln der neuen Mindestlohngesetzgebung. Denn durch staatlich festgelegte Mindestlöhne sollen tarifvertragliche Verpflichtungen außer Kraft gesetzt werden können, welche die Tarifpartner gemeinsam ausgehandelt haben. Wird in den Landesvergabegesetzen die Möglichkeit eröffnet, einen gesetzlich festgeschriebenen Mindestlohn ohne Beteiligung des Parlaments oder der Tarifpartner festzusetzen, dann verkommt der Mindestlohn gänzlich zum politischen Spielball.

Ebenfalls in allen Anträgen (im CDU/Grünen-Antrag als „kann“-Bestimmung) finden sich die Verpflichtungen zur Erfüllung diverser Umwelt- und Sozialstandards. „Umweltverträgliche Beschaffung“, „Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen“, „Maßnahmen zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf“, „Beschäftigung Langzeitarbeitsloser“, „Förderung von Menschen mit Behinderung“ oder die „Verwendung von fair gehandelten Produkten“ stellen nur eine Auswahl der Kriterien dar, welche die Unternehmen erfüllen müssen, um öffentliche Aufträge zu bekommen. Ein „bunter Blumenstrauß“ an Auflagen also, der mit dem eigentlichen Auftrag nichts zu tun hat, die aber den Mittelstand erheblich belasten.

STELLUNGNAHME

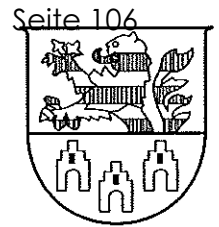


Mit der Verpflichtung zu einer Vielzahl verschiedener Sozial- und Umweltaspekte werden zusätzliche bürokratische Belastungen für die Unternehmen und die Verwaltung insbesondere durch einen höheren Zeit- und Kostenaufwand für die Erstellung von Vergabeunterlagen und Angeboten geschaffen. Zudem wird die durch die Einführung zusätzlicher Vergabekriterien notwendige Intensivierung der Prüfungs- und Kontrolltätigkeiten zu einer unverhältnismäßigen Belastung der öffentlichen Haushalte führen.

Für die Bieter bedeuten zusätzliche Vergabekriterien darüber hinaus eine Verteuerung der Beschaffung. Die Zunahme an bürokratischen und kostenmäßigen Belastungen wird generell dazu führen, dass zahlreiche Bieter (vor allem des Klein- und Mittelstandes) nicht mehr an der Vergabe öffentlicher Aufträge teilnehmen können. Sie werden systematisch vom Vergabeverfahren ausgegrenzt. Dies wiederum kann zu einer Verschlechterung der allgemeinen Ertragslage und zwangsläufig zur Gefahr für die Arbeitsplätze in den betreffenden Unternehmen führen.

Schlussbemerkung

Die Familienunternehmer – ASU / Die Jungen Unternehmer – BJU lehnen die Anträge der Fraktionen DIE LINKE, der SPD sowie von CDU und Bündnis 90/Die Grünen rundweg ab. Die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte verfälscht den Wettbewerb um das wirtschaftlichste Angebot zu Lasten der öffentlichen Haushalte und benachteiligt insbesondere den Mittelstand. Letztlich würde ein Hessisches Vergabe- und Tarifreuegesetz in dieser Ausprägung maßgeblich zum Attraktivitätsverlust des Wirtschaftsstandortes Hessen beitragen.



Hessischer Städte- und Gemeindebund · Postfach 1351 · 63153 Mühlheim/Main

Hessischer Landtag
 Der Vorsitzende des Ausschusses
 für Wirtschaft, Energie, Verkehr
 und Landesentwicklung
 Herrn Clemenz Reif MdL
 Schlossplatz 1-3
 65183 Wiesbaden

Dezernat 2

Referent(in) Herr Pöhlker
 Unser Zeichen Pö/Scha

Telefon 06108/6001-0
 Telefax 06108/600157
 E-Mail: hsgb@hsgb.de

Durchwahl 6001-41

Ihr Zeichen

Ihre Nachricht vom

Datum 28.08.2014

Öffentliche mündliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung

Sehr geehrter Herr Reif,
 sehr geehrte Damen und Herren,

zu den uns vorgelegten Gesetzentwürfen nehmen wir aus kommunaler Sicht wie folgt Stellung:

1. Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge – Drucks. 19/134

Die mit dem Gesetzentwurf verfolgte Intention der Tariftreue und Mindestlohnregelungen, der Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen, der Förderung der beruflichen Gleichstellung von Männern und Frauen sowie der beruflichen Erstausbildung ist zwar als politisches Ziel nachvollziehbar. Die Umsetzung dieser Aspekte im Vergabeverfahren und im Zusammenhang mit Vergabeentscheidungen ist aber der falsche Weg. Sollten die tarifliche Ordnung und die soziale Sicherung gefährdet sein, sind ordnungs- und sozialpolitische Maßnahmen zu ergreifen. Eine Verlagerung in das Vergaberecht – insbesondere auf die kommunale Ebene – ist nicht zielführend. Das Vergaberecht ist eignungs- und leistungsbezogen. Der Zuschlag ist auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Die dafür maßgeblichsten Kriterien sind der Preis und die Wirtschaftlichkeit. Die dem Gesetzentwurf innewohnenden Kriterien sind jedoch vergabefremde Kriterien und stellen einen Eingriff in den freien Leistungswettbewerb dar. Aus vergaberechtlicher und kommunaler Sicht liegt das Vergabeinteresse darin, das wirtschaftlichste Angebot unter Berücksichtigung der Vergabekriterien „Fachkunde, Leis-

Henri-Dunant-Straße 13 • 63165 Mühlheim
 Bankverbindung: Sparkasse Langen-Seligenstadt • Konto-Nr. 80 500 31 (BLZ 506 521 24)
 IBAN: DE66506521240008050031 • BIC: HELADEF1SLS1

Präsident: Bgm. Karl-Heinz Schäfer • Erster Vizepräsident: Stadtrat Harald Semler • Vizepräsident: Bgm. Dr. Thomas Stöhr
 Geschäftsführer: Karl-Christian Scheizke • Stv. Geschäftsführer: Diedrich E. Backhaus

tungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Preis" zu erzielen und das Auswahlverfahren auf produkt-, eignungs- und leistungsbezogene Kriterien zu beschränken. Die maßgeblichen rechtlichen Rahmenbedingungen sind das Haushalts- und das EU-Vergaberecht.

Im Hinblick auf die Vorschriften des EU-Vergaberechts bedarf es aufgrund der bundesgesetzlichen Regelungen keiner landesrechtlichen Vorgaben. Im innerstaatlichen haushaltsrechtlich strukturierten Verfahren muss die Entscheidung dem öffentlichen Auftraggeber überlassen bleiben. Die im Gesetzentwurf vorgesehenen vergabefremden Kriterien höhlen dieses Ziel aus. Der Wettbewerb unter den Bietern wird verfälscht.

Darüber hinaus verstößt der Inhalt des Gesetzentwurfs in erheblichem Maße gegen das seitens des Landes Hessen getragene Ziel, Standards abzubauen und somit insbesondere auch die kommunalen Haushalte zu entlasten: Der Gesetzentwurf enthält vergabefremde Aspekte, die auf Seiten der Kommunen mit einem erheblich erhöhten Aufwand aufgrund nicht erforderlicher Standards und zu einem Bürokratieaufbau führen. Dafür müssen seitens des Landes Hessen den Kommunen finanzielle originäre Landesmittel zur Verfügung gestellt werden. Die Betrachtung des Vergaberechts mit nicht erforderlichen Standards betrifft aber nicht nur den öffentlichen Auftraggeber, sondern auch den Bieter selbst. Die von diesem zu erbringenden sehr hohen Nachweispflichten können dazu führen, dass überhaupt keine Angebote mehr abgegeben werden und damit der Wettbewerb erhebliche Einschränkungen erfährt.

Nach dem Inhalt des Gesetzentwurfes sollen die Kommunen ordnungs- und sozialpolitische Interessen des Landes Hessen erfüllen und im Rahmen der Vergabeverfahren berücksichtigen. Die aus der Übernahme dieser Aufgaben des Landes im Sinne neuer Aufgaben entstehenden Kosten sind den Kommunen aus originären Landesmitteln zu erstatten, um dem Konnexitätsprinzip Genüge zu tun. Es ist den Kommunen nicht zuzumuten, ordnungs- und sozialpolitische Aufgaben des Landes unter gleichzeitiger Hinnahme erheblicher Mehrkosten zu erfüllen, ohne dafür einen Kostenausgleich zu erlangen. Die wirtschaftliche Situation der Kommunen – und nicht nur der Schutzschirmkommunen – lässt dies nicht zu.

Die Einbeziehung vergabefremder Kriterien in ein Gesetz birgt schließlich auch die große Gefahr, dass Vergabeentscheidungen durch Bieter einer rechtlichen Überprüfung mit hohen prozessualen Risiken und Zeitverzögerungen zugeführt werden. Eine Abweichung vom Grundsatz der Eignung der Bieter und den bestehenden Vergabekriterien durch unklare und nicht erfüllbare vergabefremde Kriterien öffnen einem solchen Vorgehen „Tür und Tor“.

§ 1: Anwendungsbereich

Soweit durch das Gesetz auch Eigenbetriebe und kommunale Gesellschaften im Rahmen des innerstaatlichen Ausschreibungsverfahrens verpflichtet werden sollen, begründet dies eine neue Auftraggebereigenschaft, da die kommunalen Gesellschaften und Eigenbetriebe unterhalb der EU-Schwellenwerte keiner Ausschreibungspflicht unterliegen. Damit würde eine neue kostenrelevante Verpflichtung für den kommunalen Auftraggeber zur Umsetzung landespolitischer Interessen getroffen mit der Folge, dass die erforderlichen Mittel aus originären Landesmitteln zur Verfügung gestellt werden müssen.

§ 3: Tariftreueerklärung, Mindestlohn

Soweit auf das Arbeitnehmer-Entsendegesetz verwiesen wird, bedarf es keiner landesrechtlichen Regelung, da die Auftraggeber dieses ohnehin zu beachten haben. Darauf hinzuweisen ist allerdings, dass die durch die Bieter abzugebenden Erklärungen durch die kommunalen Vergabestellen nicht überprüfbar sein werden. Soweit außerhalb der bestehenden gesetzlichen Regelungen ein Mindestentgelt (Mindestlohn) festgeschrieben wird, ist dies nicht europarechtskonform, weil insoweit weder die erforderliche Allgemeinverbindlichkeit noch flächendeckende Regelung besteht. Darüber hinaus führt dieses vergabefremde Kriterium in den Fällen, in denen keine gesetzliche Vorgabe besteht, zu erstattungspflichtigen Mehrkosten durch das Land.

§ 5: ILO-Kernarbeitsnormen

Die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen wird gesetzlich bereits geregelt: Zur erforderlichen Zuverlässigkeit des Bieters gehört, dass er die Rechtsordnung, zu der auch die Kernarbeitsnormen gehören, beachtet. Auch insoweit besteht keine Regelungsbedarf. Abgesehen davon stellt sich auch hier die Frage, wie die Kommunen im Einzelfall die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen überwachen sollen: Dies ist nicht möglich. Rechtstreitigkeiten im Zusammenhang mit der Wertung solcher Kriterien sind vorprogrammiert. Solche Unwägbarkeiten dürfen den Kommunen aber nicht auferlegt werden. Abgesehen davon entstehen auch insoweit erhebliche Mehrkosten, über deren Erstattungsverpflichtung der Gesetzentwurf keine Aussagen trifft.

§§ 6 und 7: Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen / Berufliche Erstausbildung

Die Berücksichtigung der Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen stellt ein ausschließlich im Interesse des Landes liegendes vergabefremdes Kriterium dar, welches für den Fall der Übertragung auf kommunale Vergabeverfahren zu einer Kostenerstattungspflicht für das Land im Hinblick auf die Erschwernisse bei der Durchführung dieser Aufgaben und der daraus resultierenden höheren Kosten führen muss. Dies gilt auch für die Regelung zur beruflichen Erstausbildung. Die Regelung, dass bei

„sonst gleichwertigen Angeboten“ das Angebot desjenigen Bieters zu bevorzugen ist, welches die in § 6 Abs. 1 bzw. § 7 Abs. 2 genannten Voraussetzungen erfüllt, beschreibt eine nicht realistische Situation. Voraussetzung ist nämlich, dass es sich dabei mindestens um zwei Angebote mit identischem Angebotspreis handeln muss, da anderenfalls die Angebote nicht gleichwertig wären. Dass darüber hinaus nach dem Inhalt des § 6 Abs. 2 bei der Wertung auch die Betriebsstruktur des Bieters im Vergleich zu anderen Bietern zu bewerten ist, dies seitens der kommunalen Auftraggeber aber nicht geleistet werden kann, bedeutet, dass die Regelung „leer läuft“.

§§ 8 und 9: Umweltverträgliche Beschaffung / Mittelstandsförderung

Die Berücksichtigung des Ressourcenverbrauchs und der Umweltbelastungen sowie Umweltaspekte sind durch § 97 Abs. 4 GWB und §§ 4 Abs. 4 bis 10, 6 Abs. 2 bis 5 der Vergabeordnung geregelt. Für eine weitergehende Regelung und insbesondere einer Herunterzonung auf das innerstaatliche Ausschreibungsverfahren ist ein zwin-gender Bedarf nicht gegeben. Entsprechendes gilt für die Regelungen zur Mittelstandsförderung: Das Erfordernis mittelstandsgerechter Ausschreibungen ist in § 97 Abs. 3 GWB sowie in den Vergabevorschriften der VOB/A und der VOL/A abschließend geregelt. Es besteht kein Handlungsbedarf für ergänzende Regelungen.

§§ 10, 11 und 12: Nachunternehmereinsatz / Wertung unangemessen niedriger Angebote /Wertungsausschluss

Die Regelung zum Nachunternehmereinsatz ist problematisch: Ob ein Auftragnehmer Nachunternehmer einsetzen darf, ist vorrangig im Zusammenhang mit dem Ausschreibungsverfahren zu klären, weil der Auftraggeber in die Lage versetzt werden muss, die Eignung des Nachunternehmers zu beurteilen. Außerdem darf im innerstaatlichen Vergabebereich eine Übertragung der Leistung auf Nachunternehmer nicht dazu führen, dass der Auftragnehmer/Bieter seine Leistungen nicht mehr überwiegend – mindestens 33 % – im eigenen Betrieb erbringt. Dies kann nur im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens geklärt werden. Zwar ist es möglich, dass der Auftragnehmer zu einem späteren Zeitpunkt die Zustimmung des Auftraggebers zum Einsatz des Nachunternehmers während der Durchführung des Bauvorhabens erfragt. Dass der Auftraggeber in diesem Falle zustimmen muss, bedarf allerdings – da bereits geregelt (§ 4 Abs. 8 VOB/B) – keiner Regelung in einem Landesgesetz.

Abs. 4 des § 10 ist allerdings äußerst problematisch, da bei einer nachträglichen Einschaltung oder bei einem Wechsel des Nachunternehmers die Zustimmung zum Wechsel nur wegen mangelnder Fachkunde, Zuverlässigkeit oder Leistungsfähigkeit sowie wegen Nichterfüllung der Nachweispflicht versagt werden darf. Diese eröffnet dem Auftragnehmer bzw. dem Bieter die Möglichkeit, während des Angebotsverfahrens überhaupt nicht darauf hinzuweisen, dass ein Nachunternehmer eingesetzt werden soll, dies also zu „verschweigen“. In diesem Fall darf nach der Intention des Ge-

setzgebers die Zustimmung zu einer späteren nachträglichen Einschaltung – wie auch bei einem Wechsel – des Nachunternehmers nämlich nur unter den dort genannten Voraussetzungen versagt werden. Das bedeutet aber, dass erst zu diesem Zeitpunkt die Frage, ob ein Nachunternehmer fachkundig, zuverlässig oder leistungsfähig ist, zu klären wäre und dies zu erheblichen Zeitverzögerungen bei der Bauausführung und daraus resultierenden Mehrkosten – insbesondere durch nachfolgende Unternehmen – aufgrund der Zeitverzögerung führen kann und wird.

Die Regelung zur Wertung unangemessen niedriger Angebote ist für den öffentlichen Auftraggeber nicht tragbar. Betroffen sind die §§ 16 Abs. 6 Nr. 1 und 2 VOB/A sowie § 16 Abs. 6 VOL/A und die entsprechende das europäische Vergaberecht betreffenden Vorschriften. Bei den vorstehenden Regelungen handelt es sich um Schutzvorschriften zu Gunsten des öffentlichen Auftraggebers, die verhindern sollen, dass der Auftraggeber mit unangemessen niedrigen Angeboten konfrontiert wird und während der Durchführung der Maßnahmen Nachtragsforderungen erhoben oder mangelhafte Leistungen erbracht werden. Bevor ein Ausschluss eines solchen niedrigen Angebots erfolgen darf, muss der Auftraggeber den Bieter um Aufklärung ersuchen. Kann dieser den niedrigen Preis erklären und steht für den Auftraggeber nach seiner Überzeugung fest, dass der Bieter die Leistung auch für den niedrigeren Preis ordnungsgemäß durchführen kann, darf das Angebot nicht ausgeschlossen werden. Dem Auftraggeber ist es aber unbenommen, auf ein unangemessen niedriges Angebot den Zuschlag zu erteilen, ohne dass zuvor eine Aufklärung erfolgen muss. Dies wird durch § 11 des Gesetzentwurfs „auf den Kopf gestellt“: Dieser regelt, dass ein unangemessen niedriges Angebot mit einer den Auftraggeber verpflichtenden Aufklärungspflicht immer dann vorliegt, wenn zwischen dem Erstangebot und dem Zweitangebot eine 10 %-ige Differenz besteht. Dies ist äußerst problematisch: Abgesehen davon, dass auch das Zweitangebot preislich überzogen sein kann und das Erstangebot den richtigen Preis enthält, sind Preisschwankungen von 10 % und mehr insbesondere im Dienstleistungsgewerbe nichts Außergewöhnliches. Deswegen geht man zu Recht bei der Wertung der Angebote nicht von der Differenz zwischen den beiden Angeboten, sondern insbesondere von der Differenz zwischen dem Erstangebot und der fortgeschriebenen Kostenberechnung – und nicht der Kostenschätzung – durch den Auftraggeber aus. Darüber hinaus wird durch § 11 über die bestehenden Vergabevorschriften hinaus eine **Pflicht** begründet. Diese eröffnet dem nachfolgenden Bieter die Möglichkeit, sich im Sinne eines Schutzgesetzes darauf zu berufen und den Auftraggeber zu verpflichten, eine Prüfung vorzunehmen, obwohl dieses das niedrigste Angebot überhaupt nicht ausschließen will. Eine Flut von Klagen und Rechtstreitigkeiten sind damit vorprogrammiert. Eine Überprüfung durch den Auftraggeber muss die gesamte Kalkulation des Auftragnehmers einbeziehen mit der Folge, dass dies zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen führen wird. Im innerstaatlichen Bereich wird dies zu einer Vielzahl

von Eingaben bei den VOB-Stellen und im EU-Verfahren zu Verfahren vor der Vergabekammer und dem Oberlandesgericht Frankfurt am Main mit erheblichen zeitlichen Verzögerungen und wirtschaftlichen Nachteilen führen. Außerdem wäre eine fehlende Überprüfung ein Verstoß gegen eine Vergabevorschrift mit der Folge, dass diese zuschussschädlich wäre. Die kommunalen Auftraggeber haben kein Interesse daran, bei jeder 10 %-igen Abweichung verpflichtend eine Überprüfung vornehmen zu müssen. Dieses Interesse besteht augenscheinlich ausschließlich auf Seiten des Landes, so dass unter Zugrundelegung des Konnexitätsprinzips eine Verpflichtung zur Erstattung der entsprechenden Mehrkosten zu regeln ist.

Die den Wertungsausschluss (§ 12) betreffende Regelung führt zu erheblichen Vollzugsproblemen: Zum einen wird nicht beachtet, dass nicht vorgelegte Erklärungen nachgefordert werden müssen (VOB/A) bzw. können (VOL/A und VOF). Die Regelung, dass fremdsprachige Bescheinigungen oder Erklärungen nur dann zu berücksichtigen sind, wenn sie mit einer Übersetzung in die deutsche Sprache vorgelegt worden sind, kann nicht richtig sein, da nur Erklärungen und Nachweise in deutscher Sprache vorzulegen sind und es dem Auftraggeber nicht zuzumuten ist, zu überprüfen, ob die jeweilige Übersetzung richtig ist.

§ 13: Prüfbehörde

Gemäß § 13 Abs. 5 soll die Landesprüfbehörde gegenüber den öffentlichen Auftraggebern Kontrollen anordnen dürfen und der öffentliche Auftraggeber diese durchzuführen haben. Vorgesehen sind Einblicke in die Entgeltabrechnungen der Auftragnehmer und Nachunternehmer sowie Unterlagen und die Abführung von Steuern und Beiträgen und die zwischen dem Auftragnehmer und dem Nachunternehmer abgeschlossenen Werkverträge. Außerdem sollen Befragungen der Beschäftigten erfolgen. Abgesehen davon, dass diese Kontrollen richtigerweise durch die Prüfbehörde selbst erfolgen müssen, wäre eine solche Anweisung gegenüber den öffentlichen Auftraggebern – also den Kommunen – mit erheblichen finanziellen und personellen Aufwendungen verbunden. Dies ohne eine Kostenerstattungspflicht aus originären Landesmitteln zu regeln, verstößt gegen den verfassungsrechtlich verankerten Konnexitätsgrundsatz. Eine erweiterte Aufgabenverteilung zu Lasten der Kommunen ergibt sich auch aus § 13 Abs. 9, wonach die öffentlichen Auftraggeber die Prüfbehörden darüber zu unterrichten haben, wenn sich bei der Durchführung der Kontrollen Anhaltspunkte ergeben für Verstöße gegen die dort aufgeführten Vorschriften. Dies ist ebenfalls Aufgabe der Prüfbehörde und nicht der öffentlichen Auftraggeber, die weder personell noch finanziell dazu in der Lage sind.

§ 15: Sanktionen

§ 15 sieht verpflichtend die Vereinbarung einer Vertragsstrafe vor. Eine solche muss allerdings auch durchgesetzt werden. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass in-

soweit die Beweislast beim öffentlichen Auftraggeber liegt und im Hinblick darauf, dass die Vertragsstrafengeltendmachung regelmäßig einer gerichtlichen Entscheidung zugeführt wird, entstehend dem öffentlichen Auftraggeber durch diese Regelung Prozesskosten, die im Einzelfall erheblich sein können. Verpflichtet das Land den kommunalen öffentlichen Auftraggeber, eine solche Vertragsstrafe zu vereinbaren, muss es dafür auch die dafür entstehenden Kosten aus originären Landesmitteln erstatten. Soweit in Abs. 2 geregelt wird, dass der Auftraggeber mit dem Auftragnehmer verpflichtend die Möglichkeit einer fristlosen Kündigung zu treffen hat, ist zu bedenken, dass darüber einerseits Streit entstehen kann und wird, ob bzw. dass eine solche Kündigung aufgrund einer fehlenden schuldhaften Pflichtverletzung des Vertrages sich im Nachhinein als ordentliche Kündigung mit einer entsprechenden Erstattungspflicht des „ergangenen Gewinns“ herausstellen kann. Darüber hinaus gilt es zu bedenken, dass eine Auftragskündigung im Hinblick auf die weitere Durchführung der Leistung durch einen Dritten erheblichen zeitlichen und finanziellen Mehrkosten bzw. Problemen ausgesetzt ist. Das Risiko wird voll umfänglich auf den öffentlichen Auftraggeber übertragen, obwohl auch diese Verpflichtung ausschließlich dazu dient, landespolitische Interessen durchzusetzen. Auch insoweit fehlt eine entsprechende Kostenerstattungsregelung.

2. 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. 19/349

Zu den allgemeinen Ausführungen im Hinblick auf die Befrachtung des Vergabeverfahrens mit vergabefremden Kriterien, wie sie teilweise bereits in § 1 vorhanden sind, kann auf die Ausführungen zum Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE verwiesen werden.

§ 1: Vergabefremde Kriterien

Die in § 1 genannten Kriterien stehen in keinem Bezug zum Vergabegegenstand. Eine solche auftragsbezogene Kriterienfestlegung ist aber notwendige Voraussetzung, wie sich für das europäische Vergabeverfahren aus § 97 Abs. 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ergibt. Darüber hinausgehende Anforderungen sind vergabefremd und verfälschen den Wettbewerb sowohl im innerstaatlichen als auch im europäischen Vergabeverfahren und dienen lediglich – wie vorstehend ausgeführt – dazu, ordnungs- und sozialpolitische Forderungen auf die Vergabestellen mit der Folge zu übertragen, den Wettbewerb zu verfälschen, das Vergabeverfahren zu verlängern, die Ausführungen von Wirtschaftsleistungen zu verzögern und ein hohes Maß von Einsprüchen und Klageverfahren zu erzeugen.

§ 3: Persönlicher Anwendungsbereich

Soweit auf die kommunalen Auftraggeber abgestellt wird, bleibt offen, ob insoweit auch die Eigenbetriebe und kommunalen Gesellschaften erfasst werden. In diesem Fall würde dies eine neue Auftraggebereigenschaft begründen, da die kommunalen Gesellschaften und Eigenbetriebe unterhalb der EU-Schwellenwerte keiner Ausschreibungspflicht unterliegen. Damit würde eine neue kostenrelevante Verpflichtung für den kommunalen Auftraggeber zur Umsetzung landespolitischer Interessen getroffen mit der Folge, dass die erforderlichen Mittel aus originären Landesmitteln zur Verfügung gestellt werden müssen.

§ 4: Mittelstandsförderung

Das Erfordernis mittelstandsgerechter Ausschreibungen ist in § 97 Abs. 3 GWB sowie in den Vergabevorschriften der VOB/A und VOL/A abschließend geregelt, so dass keine Notwendigkeit besteht, landesrechtliche Regelungen zu erlassen.

§ 6: ILO-Kernarbeitsnormen

Wie vorstehend im Zusammenhang mit den Ausführungen zum Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE dargestellt, ist die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen bereits abschließend geregelt: Zur erforderlichen Zuverlässigkeit des Bieters gehört, dass er die Rechtsordnung, zu der auch die Kernarbeitsnormen gehören, beachtet. Insoweit besteht kein Regelungsbedarf. Abgesehen davon werden die Kommunen die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen nicht überwachen können. Rechtstreitigkeiten im Zusammenhang mit der Einbeziehung und Wertung der Kriterien sind vorprogrammiert. Diese Unwägbarkeiten dürfen den Kommunen nicht auferlegt werden. Abgesehen davon entstehen erhebliche Mehrkosten, über deren Erstattungsverpflichtung aus originären Landesmitteln der Gesetzentwurf Regelungen treffen muss.

§ 7: Auswahl der Bieter

Der Inhalt des Abs. 1 leitet die Vergabestellen in eine falsche Richtung, da nicht beachtet wird, dass die Prüfung der Eignung bei der Beschränkten Ausschreibung und der Freihändigen Vergabe bereits vor der Angebotsaufforderung erfolgen muss.

Abs. 2 enthält Regelungen, die inhaltlich nicht nachvollziehbar und damit nicht handhabbar sind: Es bleibt offen, was mit arbeitnehmerschützenden Vorschriften gemeint sein soll. Wie in Abs. 1 richtigerweise beschrieben, sind die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit Vergabekriterien, die der öffentliche Auftraggeber zu beachten hat. Diese müssen außerdem auf den konkreten Auftragsgegenstand bezogen sein. Insoweit sind keine arbeitnehmerschützenden Vorschriften erkennbar, die darunterfallen könnten. Sanktionen im Hinblick auf unrechtmäßige Absprachen bei öffentlichen Aufträgen sind bereits in den Vergabevorschriften geregelt.

§ 9: Bedingungen für die Ausführung des Auftrags

Soweit zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags am Unionsrecht gemessen werden sollen, ist dies für die Durchführung europaweiter Ausschreibungen aufgrund der gesetzlichen Vorgaben bereits abschließend geregelt. Eine Herunterzoning auf den innerstaatlichen – haushaltsrechtlich strukturierten – Bereich bedeutet allerdings, dass der Landesgesetzgeber Kommunen die Umsetzung ordnungspolitischer und sozialer Forderungen im Wege faktischer Konnexität auferlegt. Zwar ist die Regelung als „Kann“-Regelung vorgegeben. Gleichwohl entsteht aber dadurch faktischer – politischer – Druck, der zu entsprechenden Handlungen „zwingt“. Auch im Rahmen einer solchen faktischen Konnexität bedarf es einer entsprechenden Kostenersatzungsregelung.

§ 10: Tariftreue, Entgeltgleichheit und Mindestentgelt

Soweit in Abs. 1 auf das Arbeitnehmer-Entsendegesetz verwiesen wird, bedarf es keiner landesrechtlichen Regelung, da der Auftraggeber dieses ohnehin zu beachten hat. Anzumerken ist allerdings, dass die entsprechenden Erklärungen durch die kommunalen Vergabestellen nicht überprüfbar sein werden. Die Verpflichtung zur Beachtung tarifrechtlicher Vorgaben darf sich jedenfalls, um europarechtskonform zu sein, nur auf flächendeckende allgemeinverbindliche Tarifverträge beziehen.

Soweit außerhalb der bestehenden gesetzlichen Regelungen ein Mindestentgelt (Mindestlohn) festgeschrieben wird (Abs. 4) ist dies nicht europarechtskonform, weil insoweit weder eine Allgemeinverbindlichkeit noch flächendeckende Regelung besteht. Schließlich führt dieses vergabefremde Kriterium in den Fällen, in denen keine gesetzlichen Vorgaben bestehen, zur erstattungspflichtigen Mehrkosten unter Beachtung des Konnexitätsprinzips.

§ 11: Nachweise

Soweit auf gültige Bescheinigungen aus dem Präqualifikationsverzeichnis des Vereins für die Qualifizierung von Bauunternehmen e.V. abgestellt wird, wird übersehen, dass es in den Bundesländern und auch im Bundesland Hessen entsprechend der Präqualifikationsverzeichnisse geführt wird. Im Übrigen besteht kein Regelungsbedarf, weil die bestehenden Vergabevorschriften bereits abschließende Regelungen treffen und darüber hinaus – was hier übersehen wird – besondere Regelungen zur Möglichkeit von Eigenerklärungen enthalten.

§ 12: Nachunternehmereinsatz

Die Regelung ist sehr problematisch; im Einzelnen kann auf die vorstehenden Ausführungen zum Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE (§ 10) verwiesen werden.

§ 13: Berufliche Erstausbildung

Völlig offen ist, ob und in welchem Umfang eine „angemessene“ Beteiligung an der beruflichen Erstausbildung vorliegt. Der öffentliche Auftraggeber wird nicht in der Lage sein, dafür eine nachvollziehbare Wertungsmatrix aufzustellen. Darüber hinaus dürfte eine Ungleichbehandlung im Hinblick auf die Unternehmen mit weniger als 20 Beschäftigten bestehen, die davon nicht erfasst werden. Dass bei wirtschaftlich gleichem Angebot das Angebot berücksichtigt werden muss, welches sich an der beruflichen Erstausbildung beteiligt, setzt voraus, dass mindestens zwei Angebote mit einem identischen Angebotspreis vorhanden sein müssen, was nicht vorkommen dürfte.

§ 15: Berücksichtigung von sozialen Kriterien

Die in § 15 genannten Vergabekriterien werden zwar unter Berücksichtigung des sachlichen Zusammenhangs mit dem Auftragsgegenstand festgelegt. Insoweit sind sie allerdings bereits gemäß § 97 Abs. 4 GWB im europäischen Vergabeverfahren von Bedeutung, so dass es einer darüber hinausgehenden Regelung nicht bedarf. Eine Übertragung auf das innerstaatlich haushaltsrechtlich strukturierte Vergabeverfahren im ausschließenden Interesses des Landes führt dazu, dass die daraus resultierenden Mehrkosten den Kommunen erstattet werden müssen. Darüber hinaus dürfte die Chancengleichheit von Frauen und Männern im Beruf sowie die Vereinbarkeit von Beruf und Familie nicht in einem sachlichen Zusammenhang mit einem Auftragsgegenstand gebracht werden können. Nachvollziehbare Beispiele dafür lassen sich – auch nicht aus der Begründung – nicht ersehen.

§ 16: Wertung unangemessen niedriger Angebote

Zu der mit dieser Vorschrift einhergehenden Problematik kann auf die Ausführungen zu § 11 des Gesetzentwurfs der Fraktion DIE LINKE verwiesen werden.

§ 17: Wertungsausschluss

Zu der mit dieser Regelung einhergehenden Problematik kann auf die Ausführungen zu § 12 des Gesetzentwurfs der Fraktion DIE LINKE verwiesen werden.

§ 19: Kontrollen

Dem Auftraggeber wird die Pflicht auferlegt, Kontrollen durchzuführen, um die Einhaltung der dem Auftragnehmer auferlegten Verpflichtung zu überprüfen. Dies wird der öffentliche Auftraggeber nicht durchführen können. Es fehlen dazu die personellen und fachlichen Voraussetzungen. Der kommunale Auftraggeber nicht in der Lage, Inhalte der Entgeltabrechnungen und der Steuerunterlagen zu prüfen und daraus entsprechende Schlüsse zu ziehen. Die Regelung läuft „leer“. Da § 19 dem öffentlichen Auftraggeber Pflichten auferlegt, die – wie § 20 ausdrücklich zeigt – ausschließlich der Umsetzung landespolitischer Interessen dienen, muss das Land Hessen die entspre-

chenden Kosten im Hinblick auf den Personalaufwand und die entsprechenden Schulungen der kommunalen Bediensteten übernehmen.

§ 20: Prüfbehörde

Dass die Regelung des § 10 Abs. 1 bis 4 ausschließlich zur Erfüllung landespolitischer Interessen dient, zeigt der Inhalt des § 20, wonach eine zuständige Landesprüfbehörde auch Überprüfungen beim öffentlichen Auftraggeber vornehmen können soll. Wie bereits erwähnt, ist für die erweiterte Übernahme der sozialpolitischen Aufgaben eine Kostenerstattungsregelung erforderlich. Dies gilt auch für die zusätzlichen Leistungen, die im Zusammenhang mit einer Überprüfung durch die zuständige Landesbehörde auf Seiten der Kommunen kostenmäßig entstehen.

§ 21: Sanktionen

Die Vorschrift ermöglicht die Vereinbarung einer Vertragsstrafe, die allerdings auch durchgesetzt werden muss. Der diesbezüglichen Problematik kann auf die Ausführungen zum Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE (§ 15 Abs. 1) verwiesen werden. Dies gilt auch für die geregelte Sanktion der Kündigung (§ 15 Abs. 2 des Gesetzentwurfs der Fraktion DIE LINKE).

§§ 22, 23: Primärrecht (Primärrechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte)

Die Gewährung eines Rechtsschutzes unterhalb des Schwellenwertes zu den Verwaltungsgerichten (§§ 22, 23) ist nicht akzeptabel.

Bereits im Jahr 2007 hat das Bundesverwaltungsgericht abschließend entschieden, dass aufgrund des zivilrechtlichen Charakters des Vergabeverfahrens für Nachprüfungsverfahren der verwaltungsgerichtliche Rechtsweg nicht gegeben sei (Bundesverwaltungsgericht, Beschluss v. 02.05.2007, Az.: 6 B 10/07).

Um den Rechtsschutz zu ermöglichen, soll die Informations- und Wartepflicht i.S.d. § 101 a GWB auch für den innerstaatlichen Bereich gelten. Schon dies führt zu erheblichen Verzögerungen. Darüber hinaus führt die Regelung ohne Grund auch im Hinblick auf den Rechtsschutz zu erheblichen Verzögerungen im Zusammenhang mit der Zuschlagserteilung im innerstaatlichen Ausschreibungsbereich ab einem sehr geringen Schwellenwert. Der öffentliche Auftraggeber muss mindestens drei Monate nach Mitteilung der Auswahlentscheidung warten, bis das Verwaltungsgericht in der Hauptsache entschieden hat; ausschließlich auf den Inhalt einer einstweiligen Anordnung, zu vertrauen, ist dem öffentlichen Auftraggeber im Hinblick auf eine spätere mögliche andere Hauptsacheentscheidung nicht zuzumuten. Das bedeutet, dass die Möglichkeit, ein Zuschlag zu erteilen, mindestens drei Monate gehemmt ist. In dieser Zeit können erhebliche Mehrkosten entstehen, die der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer nach der zwischenzeitlich gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu vergüten hat. Es ist somit erforderlich, dass das Land Hessen diese

Mehrkosten sowie auch die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten im Falle der Einschaltung eines Rechtsanwalts übernimmt, da ohne eine nachvollziehbare Begründung der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz offenbar in hohem Interesse des Landes liegt. Der erweiterte Rechtsschutz ist auch deshalb nicht erforderlich, weil nur im europäischen Vergabeverfahren aufgrund der EU-Richtlinie ein solcher Primärrechtsschutz eingeführt werden musste. Unterhalb des Schwellenwertes im haushaltsrechtlichen Bereich ist ausreichender Rechtsschutz durch die Möglichkeit gewährleistet, bei fehlerhaften Vergabeentscheidungen Schadenersatzansprüche geltend machen zu können. Es bedarf keines zusätzlichen Primärrechtsschutzes mit der Folge erheblicher wirtschaftlich nachteiliger Verzögerungen der Auftragserteilung. Da die EU-Ausschreibungsverfahren im Vergleich zur innerstaatlichen Ausschreibung sehr gering sind, würde die Gewährung des Primärrechtsschutzes im innerstaatlichen Bereich die Entstehung einer gerichtlichen Überprüfungsflut – und sei es auch nur mit dem Ziel einer umfangreichen Akteneinsicht – „Tür und Tor“ öffnen. Dies wird auch der Inhalt des Abs. 4 und des § 24 nicht ausschließen können. Die Rechtsschutzgewährung sowie die Informations- und Wartepflicht führen ausschließlich dazu, dass 90 % aller Vergaben bei einer Inanspruchnahme eines Rechtsschutzes zu erheblichen Mehrkosten und aufgrund verzögerter „Arbeitsaufnahme“ und Durchführung zu wirtschaftlichen Schäden führen. Bieter können die Zuschlagserteilung verhindern und beispielsweise darauf hoffen, bei den Verwaltungsgerichten eine vergleichsweise Einigung zu erreichen. Die Regelung ist auch im Hinblick auf die im Gesetz ebenfalls mit einer sehr hohen Wichtigkeit belegten Mittelstandsförderung und die daraus resultierende losweise Beauftragung kontraproduktiv und für die öffentlichen Auftraggeber ein vergaberechtliches und haushaltsrechtliches „Desaster“.

Sinnvoll ist es, für den innerstaatlichen Ausschreibungsbereich weiterhin auf die gute und zielführende Arbeit der VOB-Stellen zu rekurrieren und diese Verfahren beizubehalten sowie erforderlichenfalls auch auf den „VOL-Bereich“ zu erstrecken. Im innerstaatlichen Bereich hat die Einschaltung der jeweiligen zuständigen VOB-Stelle immer dazu geführt, dass in kurzer Zeit abschließend und kompetent eine zielführende Klärung erreicht werden konnte.

3. Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz

Im Hinblick auf die Befrachtung des Vergaberechts mit ordnungs- und sozialpolitischen Aspekten kann auf die Ausführungen zum Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE verwiesen werden.

§ 1: Anwendungsbereich

Soweit im Hinblick auf den Anwendungsbereich auf die Eigenbetriebe, die Anstalten des öffentlichen Rechts, die kommunalen Arbeitsgemeinschaften und Zweckverbände sowie Auftraggeber im öffentlichen Personennahverkehr verwiesen wird, werden neue Auftraggebereigenschaften begründet, da diese unterhalb der EU-Schwellenwerte keiner Ausschreibungspflicht unterliegen. Insoweit wird eine neue kostenrelevante Verpflichtung für den kommunalen Auftraggeber zur Umsetzung landespolitischer Interessen getroffen mit der Folge, dass dafür die erforderlichen Mittel aus originären Landesmitteln zur Verfügung gestellt werden müssen.

§ 3: Soziale, ökologische und innovative Anforderungen, Nachhaltigkeit

Für eine Herabzoning der Berücksichtigung der sozialen, ökologischen, umweltbezogenen und innovativen Anforderungen auf den innerstaatlichen Vergabebereich mittels eines Landesgesetzes besteht im Hinblick auf das haushaltsrechtlich strukturierte und durch den öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der Vergabevorschriften und Erlasse festlegbare innerstaatliche Vergabeverfahren keine Notwendigkeit. Auf die Ausgestaltung der Regelung als „Kann“-Vorschrift ändert nichts daran, dass damit auch auf der kommunalen Ebene eine faktische „Muss“-Vorschrift geschaffen wird, weil je nach politischer Entscheidungsfindung im Hinblick auf das entsprechende Handeln ein „Druck“ entsteht, der zu einer verpflichtenden Umsetzung führt. Auch eine solche faktische Verpflichtung über die bestehenden Regelungen hinaus stellt eine Übertragung sozial- und ordnungspolitischer Landesinteressen auf die Kommune mit der Folge dar, dass die daraus resultierenden Mehrkosten unter Berücksichtigung der damit einhergehenden faktischen Konnexität vom Land zu erstatten sind.

§ 4: Tariftreuepflicht

Die Berücksichtigung bundesrechtlicher festgesetzter und unmittelbar geltender tariflicher Leistungen ist bereits gesetzlich festgelegt, so dass eine landesrechtliche Regelung nicht erforderlich ist. Der Hinweis darauf, dass bei einem Verstoß gegen diese Regelung dem öffentlichen Auftraggeber die Einhaltung dieser Verpflichtung nachzuweisen ist, läuft ins Leere, da der öffentliche Auftraggeber nicht in der Lage ist, die Geltung und Anwendung tarifvertraglicher Regelungen zu überprüfen. Dafür bedarf es entsprechender Fachbehörden. Wird dem kommunalen Auftraggeber eine solche Verpflichtung auferlegt, sind dazu weitere erhebliche finanzielle und personelle Aufwendungen erforderlich, die durch das Land zu tragen bzw. voll umfänglich zu erstatten sind. Dies gilt auch für erforderliche Schulungen der Vergabestellen. Die Überprüfung durch die kommunalen Auftraggeber ist unter Berücksichtigung der jetzigen finanziellen und personellen Situation nicht möglich, so dass die Regelung „ins Leere“ läuft. Soweit in Abs. 2 und 3 auf das Arbeitnehmer-Entsendegesetz verwiesen wird, bedarf es ebenfalls keiner landesrechtlichen Regelung. Entsprechendes gilt durch die

Inbezugnahme der gesetzlichen Regelung in Abs. 3. Soweit der vorgesehene bundesgesetzliche Rahmen verlassen wird, sind die entsprechenden Regelungen nicht europarechtskonform.

§ 9: Nachweise und Kontrollen

§ 9 regelt, dass die kommunalen Auftraggeber – wie bereits vorstehend ausgeführt – Kontrollen durchführen sollen, zu denen sie weder personell noch fachlich in der Lage sind. Die Einsichtnahme in die Entgeltrechnungen und anderen Geschäftsunterlagen der beauftragten Unternehmen sowie aller weiteren Nachunternehmen und Verleihunternehmen sind im Falle der Verweigerung nicht durchsetzbar. Auch lassen sich für den kommunalen öffentlichen Auftraggeber aus der Einsichtnahme keine Schlussfolgerungen darauf herleiten, ob Tariftreuepflichten erfüllt bzw. Mindestentgelte gezahlt werden. Dazu bedarf es in diesem Bereich geschulter Personen, die seitens der kommunalen Auftraggeber nicht zur Verfügung gestellt werden können. Es ist Aufgabe des Landes Hessen, Kontrollen durchzuführen. Dies im Hinblick auf die fehlenden Möglichkeiten auf Seiten der kommunalen Auftraggeber diesen zu übertragen, bedeutet die Auferlegung erheblicher finanzieller Verpflichtungen, die im Hinblick auf die Einhaltung des Konnexitätsgrundsatzes zu erstatten sind. Ist aber eine solche Kontrolle der Tariftreue- und Mindestlohnpflicht nicht möglich, sollte diese – sinnvollerweise – aber gar nicht erst geregelt werden.

§ 10: Vergabearten

Die Regelung in Abs. 6 im Sinne einer zusätzlichen europaweiten Bekanntmachungspflicht bedeutet ohne Vorliegen eines objektiven Grundes für den öffentlichen Auftraggeber im Rahmen eines innerstaatlichen Ausschreibungsverfahrens einen erheblichen Mehraufwand. Es ist nicht erkennbar, aus welchem Grunde bei einem innerstaatlichen Verfahren unterhalb des EU-Schwellenwertes und unterhalb der sog. Binnenmarktrelevanz ein EU-weites Bekanntmachungsverfahren im Sinne eines Interessenbekundungsverfahrens erforderlich sein sollte. Eine Erstattung der daraus resultierenden Kosten ist erforderlich.

§ 11: Bekanntmachung, Wettbewerb

Die Ausschreibung in der Hessischen Ausschreibungsdatenbank (HAD) wird auf „öffentliche Ausschreibungen“ reduziert. Richtig und wohl auch gewollt ist es, dies auf alle durchzuführenden Ausschreibungen zu erstrecken. Anderenfalls müssten Interessenbekundungsverfahren oder Teilnahmewettbewerbe vor Beschränkten Ausschreibungen bzw. Freihändigen Vergaben bei EU-Verfahren außerhalb der Hessischen Ausschreibungsdatenbank unter Aufwendung zusätzlicher Kosten durch die Kommunen veröffentlicht werden.

§ 12: Fördergrundsätze

Abs. 1 entspricht zwar grundsätzlich der bestehenden Rechtslage, geht aber über die Regelung der bestehenden Vergabevorschriften – wie beispielsweise § 5 Abs. 2 VOB/A – hinaus, indem grundsätzlich eine vorrangige Berücksichtigung der Mittelstandsinteressen im Sinne eigenständiger Ausschreibungen der Lose gefordert wird. Das bedeutet, dass es dem öffentlichen Auftraggeber nicht mehr möglich ist, eine Ausschreibung mit mehreren Losen vorzunehmen und in der Ausschreibung die losweise Vergabe vorzubehalten. Nur so lässt sich aber ermitteln, ob – was die Vergabevorschriften vorsehen – aus wirtschaftlichen Gründen eine Zusammenfassung von Losen bzw. Gewerken möglich ist. Ist dies nicht mehr möglich, folgt daraus, dass die Vergabeverfahren nicht mehr unter dem Wirtschaftlichkeitsaspekt, sondern einem rein ordnungspolitischen Aspekt durchgeführt werden müssen, was insoweit zu erheblichen und erstattungspflichtigen Mehrkosten führt.

§ 13: Nachweis der Eignung, Präqualifikation

Abs. 1 lässt Eigenerklärungen des Bieters bzw. des Bewerbers ausreichen. Dies entspricht nicht der geltenden Regelung des § 6 Abs. 3 VOB/A, wonach der Auftraggeber richtigerweise eine solche Vorgabe treffen kann. Aus welchem Grunde davon abgewichen werden soll, ist nicht erkennbar.

§ 14: Öffentlich-private Partnerschaften

Die Regelung ist aus kommunaler Sicht nicht akzeptabel: Die Verträge zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Dritten im Rahmen der öffentlich-privaten Partnerschaften sind insbesondere dadurch geprägt, dass auf Seiten des Auftraggebers wenig Vorgaben gemacht werden dürfen, um dem Auftragnehmer im Hinblick auf die Durchführung der Leistung den notwendigen Gestaltungsspielraum zu eröffnen. Die Verpflichtung, Vergaben so zu planen, dass mittelständische Unternehmen sich an dem Projekt beteiligen können, führt im Ergebnis dazu, dass auch in diesen Fällen eine Lostrennung erforderlich wäre, was aber der mit einer öffentlich-privaten Partnerschaft einhergehenden Intention zuwider laufen würde. Das bedeutet, dass bei der Vorrangigkeit der Berücksichtigung mittelständischer Interessen öffentlich-private Partnerschaften nicht mehr durchgeführt werden könnten, was aus kommunaler Sicht zu einem erheblichen Einschnitt in die kommunale Handlungsfähigkeit führen würde. Dies gilt insbesondere, soweit die Zusammenfassung selbständiger Objekte als unzulässig angesehen wird, da dies im Rahmen öffentlich-privater Partnerschaften gerade erforderlich sein kann.

Der Inhalt des Abs. 2 ist nicht nachvollziehbar. Soweit erkennbar, soll es sich um die Beauftragung freiberuflicher Architektenleistungen im Zusammenhang mit öffentlich-privaten Partnerschaften handeln. Dies ist problematisch, weil dadurch dem Auftragnehmer (Partner) ein Vertragspartner vorgegeben werden würde, der für diesen nicht

akzeptabel sein kann. Auch erschwert dies die erforderliche eigenständige Kalkulation des Vertragspartners der Kommune im Rahmen einer öffentlich-privaten Partnerschaft. Soweit unbeschadet einer öffentlich-privaten Partnerschaft die Beauftragung der vorgenannten Leistung geregelt werden soll, ist diese Vorschrift ebenfalls nicht nachvollziehbar: Freiberufliche nicht beschreibbare Leistungen, wie Architektenleistungen, werden ab einem Schwellenwert von 207.000 Euro europaweit im Wege eines Verhandlungsverfahrens nach der VOF ausgeschrieben. Unterhalb des Schwellenwertes sind keine Regelungen erkennbar, welche – unbeschadet der Möglichkeit der Durchführung eines Architektenwettbewerbs – Ausschreibungsverfahren regeln. Für den öffentlichen Auftraggeber ist unklar, wie Abs. 2 gehandhabt werden soll.

Abs. 3 und 4 verlagern finanzielle Risiken auf den öffentlichen Auftraggeber und sind aus diesem Grunde nicht akzeptabel.

§ 15: Vergabefreigrenzen

Die Beibehaltung der Vergabefreigrenzen wird begrüßt.

§ 16: Urkalkulation, Zwei-Umschlagsverfahren

Während Abs. 1 im Hinblick auf die Vorlage der Urkalkulation bei einem auffällig niedrigen Angebot dies von einem jeweiligen Auftragswert abhängig macht, regelt Abs. 2 die Möglichkeit des öffentlichen Auftraggebers, grundsätzlich eine Urkalkulation verlangen zu dürfen. Richtigerweise wird darauf hingewiesen, dass der Umschlag mit der Urkalkulation bei einem Nachtrag oder einer Mehrforderung im Rahmen eines abgeschlossenen Vertrages zur Prüfung der Grundlagen der Preise geöffnet werden darf.

Abs. 3 ist für den kommunalen Auftraggeber nicht akzeptabel: Dem Preis kommt auch bei „Planungsleistungen“ eine nicht unwesentliche Bedeutung zu. Dies nicht berücksichtigen zu dürfen und vornehmlich auf andere Wertungskriterien zurückgreifen zu müssen, belastet die kommunalen Haushalte.

§ 17: Zuschlag, Preise

Abs. 2 ist für den öffentlichen Auftraggeber nicht akzeptabel: Auf die Ausführungen zu § 16 des Gesetzentwurfs der Fraktion der SPD kann verwiesen werden.

§ 19: Zahlungen

Die Vorschrift regelt die Vergütung nach Auftragserteilung und ist damit nicht mehr Teil des Vergaberechts bzw. eines Vergabegesetzes. Außerdem widerspricht die Regelung dem Inhalt des § 271 a Abs. 2 Nr. 1 BGB sowie des § 16 VOB/B, nach deren Inhalt der Auftraggeber bei Maßnahmen – insbesondere im Bauleistungsbereich –, die eine erhöhte Rechnungsprüfungszeit erfordern, die Fristen verlängern kann. Dies wäre nach dem Inhalt des § 19 nicht möglich. Die ausgewogene Regelung des § 16 VOB/B soll nicht zu Lasten des Auftraggebers mit den daraus resultierenden finanziel-

len Risiken zu Gunsten der Auftragnehmerseite geändert werden. Es ist nicht möglich, in jedem Falle unabhängig vom Prüfungsumfang eine Rechnung 30 Werktage nach Zugang einer ordnungsgemäßen Abrechnung zu zahlen, ohne als Folge einer nicht möglichen ordnungsgemäßen Prüfung finanzielle Verluste zu erleiden. Für ein eine Abweichung von § 271 a BGB fehlt dem Landesgesetzgeber die Rechtsetzungskompetenz.

Abs. 5 und Abs. 6 – Zahlungen an Nachunternehmer und Lieferanten – lehnen sich an § 16 Abs. 6 VOB/B an. Die beiden Regelungen dürfen aber nicht als Verpflichtung ausgeformt werden, sondern – wie in § 16 Abs. 6 VOB/B – ausschließlich als Berechtigung des Auftraggebers, weil die Prüfung der Voraussetzungen nicht nur im Hinblick auf Nachunternehmer, sondern auch auf Lieferanten wegen der fehlenden Möglichkeit, entsprechende innervertragliche Vereinbarungen bzw. Abtretungserklärungen zu kennen, nicht möglich ist und auf Seiten des öffentlichen Auftraggebers zu erheblichen finanziellen Problemen führen kann. Auch ist beispielsweise nicht ausgeschlossen, dass im Falle einer solchen Zahlung in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Auftragnehmers die Zahlung des Auftraggebers an den Nachunternehmer/Lieferanten durch den Insolvenzverwalter im Falle der Insolvenz angefochten wird und der Auftraggeber in diesen Fällen eine Doppelzahlung vornehmen muss. Dies ist dem Auftraggeber nicht zuzumuten. Aus diesem Grunde wird von § 16 Abs. 6 VOB/B auch kaum Gebrauch gemacht.

Abs. 7 (Verzugszinsen) regelt einen Sachverhalt, der ausschließlich bundesrechtlich im Rahmen des Bürgerlichen Gesetzbuches zu regeln ist und einer landesgesetzlichen Regelung entzogen ist.

An der öffentlichen Anhörung am 11. September 2014 werden wir teilnehmen.

Mit freundlichen Grüßen



Diedrich E. Backhaus

Direktor



traffiQ · Stiftstr. 9-17 · 60313 Frankfurt am Main

An den Vorsitzenden des
Ausschusses für Wirtschaft, Energie, Verkehr
Und Landesentwicklung
Herrn Clemens Reif MdL
Hessischer Landtag
Schlossplatz 1-3
65183 Wiesbaden

- vorab per mail -

Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge – Drucks. 19/123-

Gesetzentwurf der Fraktion SPD für ein Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairem Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Hessisches Tariftreue- und Vergabegesetz) – Drucks. 19/349-

Gesetzentwurf der Fraktionen CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz – Drucks. 19/401-

Sehr geehrter Herr Vorsitzende Reif,
sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

zunächst bedanke ich mich für die Übersendung der o.g. Gesetzesentwürfe sowie die Möglichkeit zu diesen Stellung nehmen zu können.

Eingangs möchte ich darauf hinweisen, dass wir bereits im Rahmen einer Arbeitsgruppe Recht mit den beiden hessischen Verbundorganisationen - Rhein-Main-Verkehrsverbund GmbH (RMV) und Nordhessischer Verkehrsverbund GmbH – sowie mit den lokalen Nahverkehrsorganisationen im RMV und der Landesarbeitsgemeinschaft ÖPNV Hessen (LAG ÖPNV) eine gemeinsame Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Fraktionen CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN erarbeitet haben. Diese Stellungnahme vom 08. August 2014 ist als Anlage zu diesem Schreiben beigelegt. Es wäre schön, wenn Sie die dort benannten Aspekte bei Ihren parlamentarischen Beratungen berücksichtigen würden.

In allen drei Fraktions-Entwürfen wird dem Vergaberecht als Instrument des wirtschaftlichen Einkaufs der öffentlichen Hand und somit zur Durchsetzung der Haushaltsgrundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit umfassend Rechnung getragen. Dennoch erachte ich den Entwurf von CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN als am besten geeignet, um die entscheidenden Gesichtspunkte aus dem bislang geltenden *Hessischen Vergabegesetz vom 25. März 2013* mit den Aspekten der Tariftreue zu verknüpfen, ohne die öffentlichen Aufgabenträger bei Ihren jeweiligen Interessen übermäßig einzuschränken. Zu einzelnen Standpunkten nehme ich wie folgt Stellung:

Stiftstr. 9-17

60313 Frankfurt am Main

Telefon: 069/212-24424

Telefax: 069/212-24430

www.traffiQ.de; info@traffiQ.de

☎️ Konstablerwache/
Hauptwache

Datum

26. August 2014

Ihr Zeichen

Ihr Datum

Unser Zeichen

Ansprechpartner/in
Juristischer Dienst

Telefon/Fax

☎️ 069 / 212- 26217

☎️ 069 / 212- 24430

✉️ s.eichhorn@traffiQ.de

traffiQ

Lokale Nahverkehrsgesellschaft
Frankfurt am Main mbH

Geschäftsführer
Dr. Hans-Jörg v. Berlepsch

Aufsichtsratsvorsitzender
Stadtrat Stefan Majer

Amtsgericht Frankfurt am Main
HRB 42452

Steuernummer 047 246 65110
UST-IdNr.: DE187077253

Bankverbindung
Frankfurter Sparkasse
Konto-Nr.: 200 202 430
BLZ 500 502 01

- Öffentlicher Personennahverkehr

In allen drei Entwürfen wird die Auftragsvergabe von öffentlichen Aufgabenträgern im öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) nun erstmals explizit aufgenommen. Das bisherige *Hessische Vergabegesetz* hat dazu keine Aussagen gemacht. Der Entwurf von CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN verknüpft die Aufnahme des ÖPNV mit den Regelungen *des Gesetzes über den öffentlichen Personennahverkehr in Hessen (ÖPNVG)*. Damit würden die im ÖPNVG genannten Aufgabenträgerorganisationen zukünftig verpflichtet, bei allen Dienstleistungsaufträgen im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, zusätzlich zu den europarechtlichen Vorgaben auch die im Gesetzentwurf vorgesehenen Verpflichtungen bei der Angebotsabgabe und Durchführung von Leistungen zu berücksichtigen.

Die europarechtlich fixierten wettbewerblichen Vorgaben für die Vergabe von ÖPNV Leistungen berücksichtigen bereits heute umfassend wirtschaftliche Beschaffungsaspekte und -möglichkeiten. Die Berücksichtigung einer zusätzlichen landesrechtlichen Vorgabe für die Durchführung von Vergabeverfahren würde den Arbeitsaufwand bei den ÖPNV-Aufgabenträgern bzw. Aufgabenträgerorganisationen deutlich erhöhen.

Auch aus diesem Grund empfehle ich an dieser Stelle, die vom Arbeitskreis Recht in seiner Stellungnahme vom 08. August 2014 vorgeschlagene Ergänzung im Gesetzesentwurf in § 1 Abs.4 umzusetzen.

- Nachhaltige Entwicklung

In Bezug auf die Möglichkeit, zukünftig zusätzliche soziale, ökologische, umweltbezogene und innovative Aspekte im Rahmen von Vergabeverfahren berücksichtigen zu können, bieten alle drei Gesetzesentwürfe - unterschiedliche weitgehende – Ansatzpunkte.

Bei einem Vergleich der Gesetzesentwürfe wird allerdings deutlich, dass nur der Entwurf von CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN die zusätzlichen Vergabeanforderungen mit dem Auftragsgegenstand bzw. mit dem Produktionsprozess in Verbindung setzt. Ein solcher konkreter Auftragsbezug erscheint zwingend erforderlich, um nicht die Grundsätze des wirtschaftlichen Einkaufs der öffentlichen Hand in Frage zu stellen.

- Arbeitnehmerschutz/Tariftreue

In allen drei Entwürfen wird die Einhaltung eines tariflichen Mindestlohns bzw. die Abgabe von Tariftreueerklärungen gefordert.

Positiv hervorzuheben ist, dass der Entwurf von CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN dabei auf bundesgesetzlich festgelegte Mindestentgelte referenziert.

Die beiden anderen Entwürfe empfehlen dagegen, ein eigenes Mindestentgelt für Hessen im Rahmen einer speziell dafür einzurichtenden Kommission zu entwickeln.



Ob ein solcher Vorschlag zielführend ist, sei dahingestellt, in diesem Zusammenhang ist jedoch darauf hinzuweisen, dass gerade im Bereich von ÖPNV-Vergaben die Unternehmen oftmals auch länderübergreifend tätig werden, sodass ein für Hessen festgelegtes Mindestentgelt ggf. zu Schwierigkeiten im Vergabeverfahren führen könnte.

- Prüfbehörde

In den Gesetzesentwürfen von DIE LINKE und SPD wird ergänzend die Einrichtung einer zentralen Prüfbehörde bei dem für Wirtschaft zuständigen Ministerium gefordert.

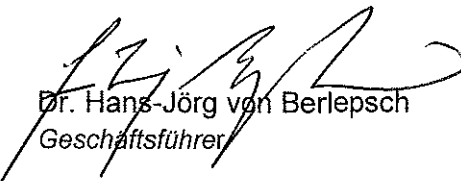
Im Gesetzentwurf von CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN wird auf eine solche Einrichtung, welche einen zusätzlichen Bürokratieaufwand sowohl für Auftragnehmer als auch für den Auftraggeber bedeuten würde, verzichtet. Vielmehr wird im Entwurf von CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN eine Nachweis- und Kontrollmöglichkeit für den Auftraggeber festgeschrieben, damit dieser anlassbezogen Einsicht in Geschäftsunterlagen beim Unternehmer erwirken kann.

Da es dem Auftraggeber auch möglich ist, Vertragsstrafen für die Nichterfüllung von übernommenen vertraglichen Verpflichtungen vereinbaren zu können, wird die Einrichtung einer zusätzlichen Prüfbehörde von traffiQ als nicht erforderlich angesehen.

Allerdings könnte es hilfreich sein, die im Entwurf von CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN aufgenommene Nachweis- und Kontrollmöglichkeit durch den Auftraggeber um die Aufnahme einer Rechtsfolge für den Fall zu ergänzen, dass der Unternehmer die Kontrollen durch den Auftraggeber verweigert, da das Vorgehen, wie mit einer Verweigerung des Unternehmers umgegangen wird, bislang nicht geregelt ist.

An der mündlichen Anhörung am 11. September 2014 werde ich teilnehmen.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Hans-Jörg von Berlepsch
Geschäftsführer

**Arbeitskreis Recht
im Rhein-Main-Verkehrsverbund**

Frankfurt am Main, den 8. August 2014

Die Vertreterinnen und Vertreter der Verbundgesellschaften **RMV** und **NVV** sowie der **Lokalen Nahverkehrsorganisationen im RMV** und der **LAG ÖPNV Hessen** empfehlen ihren Institutionen und Trägern folgende Positionen in ihren

**Stellungnahmen
zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS 90/DIE
GRÜNEN für ein Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz – Drucks.
19/401**

zu vertreten:

I. Tariftreue und Preisfortschreibung:

Die Auftraggeber im öffentlichen Personennahverkehr (Besteller) begrüßen ausdrücklich die Aufnahme von Sonderregelungen in das Vergabe- und Tariftreuegesetz, über die sie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge über Verkehrsdienstleistungen die Auftragnehmer (Ersteller) zur Einhaltung eines bestimmten und leistungsgerechten Vergütungsniveaus verpflichten können.

Die Absicherung eines sozial verträglichen Tarifniveaus ist Voraussetzung für einen funktionierenden Wettbewerb und einen leistungsfähigen ÖPNV. Nur durch den Einsatz von engagiertem und qualifiziertem Personal können die Unternehmen den anspruchsvollen Aufgaben im ÖPNV gerecht werden. Das Personal ist zudem ein entscheidender Faktor für den Erfolg des ÖPNV im intermodalen Wettbewerb.

Der hierfür in § 4 Absatz 4 des Gesetzentwurfs gewählte Ansatz, wonach zwischen dem Zeitpunkt der Angebotsabgabe (Nr. 1) und dem Zeitraum der Ausführung der Leistung (Nr. 2) unterschieden wird, überrascht zunächst in seiner Neuartigkeit, vermag aber – nicht zuletzt durch das darin noch liegende, weitere Potential – zu überzeugen.

Neuartig daran ist insbesondere, dass der Vorschlag sich nicht nur darauf beschränkt, den Verkehrsunternehmer auf Einhaltung des Vergütungsniveaus eines der repräsentativen Tarifverträge zu verpflichten und dessen Erhöhungen über die Laufzeit des jeweiligen Verkehrsvertrages entsprechend an die Mitarbeiter weiterzugeben, sondern für den Zeitraum der Ausführung der Leistungen auf eine vom Besteller gewährte Preisfortschreibung nach einem objektiven Index abstellt.

Im Ergebnis entspricht diese Herangehensweise – neben den Interessen der Mitarbeiter – auch den Interessen der Verkehrsunternehmen und der Besteller. Aus Perspektive der Verkehrsunternehmen wird damit (weitgehend) gewährleistet, dass die ursprünglich von ihnen entsprechend der sie nach § 4 Abs. 4 treffenden Verpflichtung kalkulierten Personalkosten über die Vertragslaufzeit fortgeschrieben werden; sie also hier keine unverhältnismäßigen Wagnisaufschläge einpreisen müssen. Durch dieses Mehr an Kalkulationssicherheit für die Unternehmen, lassen sich auf der anderen Seite bei den Bestellern der Verkehrsleistungen die Kosten des ÖPNV in relevanter Größenordnung reduzieren. Auf der anderen Seite wäre es aus Sicht der Besteller problematisch, wenn sie den Verkehrsunternehmen an dieser Stelle

[1]

jedliches Risiko abnehmen müssten indem sie die Personalkosten 1 : 1 entsprechend der tarifvertraglichen Entwicklungen fortschreiben würden, da dies die Wirkungsmechanismen und Interessenlagen der Tarifvertragsparteien in unserer vergleichsweise überschaubaren ÖPNV-Branche aushebeln könnten. Durch die in § 4 Absatz 4 Nr. 2 vorgesehene Verknüpfung des während der Vertragsdauer verpflichtend zu zahlenden Entgelts an die vom Besteller gewährte Fortschreibung der Personalkosten nach einem objektiven Index des Statistischen Bundesamtes (Fachserie 16, Reihe 4.3 „Landverkehr und Transport in Rohrfernleitungen“, kann dieses Risiko nach unserer Einschätzung weitgehend ausgeschlossen werden.

Der Vorschlag im Gesetzentwurf zur Tariftreue im ÖPNV bringt damit die Interessen der Mitarbeiter, der Verkehrsunternehmen und der Besteller grundsätzlich zu einem interessengerechten und ausgewogenen Ausgleich.

Aus den langjährigen Erfahrungen der Besteller im Rahmen der praktischen Umsetzung und Durchführung der Preisfortschreibung und der Vorgabe von Tariftreueverpflichtungen, könnte durch die im folgenden dargestellte Änderungsempfehlung bzw. Ergänzung in der vorgeschlagenen Regelung noch weiteres Verbesserungspotential genutzt werden:

1. Der in § 4 Abs. 4 Nr. 2 benannte Preisindex der Fachserie 16 (Reihe 4.3 „Landverkehr und Transport in Rohrfernleitungen“) ist derzeit der einzige Preisindex des Statistischen Bundesamtes der für die Preisfortschreibung von öffentlichen Aufträgen über Verkehrsleistungen in Frage kommt. Allerdings führt die Zusammensetzung dieses Indexes, wegen der Berücksichtigung des „Transports in Rohrfernleitungen“ zu einem hohen Maß an Skepsis in der ÖPNV-Branche, ob und inwieweit dieser tatsächlich geeignet ist die Entwicklung der Personalkosten in der ÖPNV-Branche adäquat abzubilden. Dies führt auf Seiten der Unternehmen wiederum zu Misstrauen gegenüber dem vorgeschlagene Index, welches – unabhängig, ob berechtigt oder unberechtigt – zu unnötigen Wagnisaufschlägen bei der Kalkulation führt.

Die Besteller regen daher an, statt des vorgeschlagenen Indexes des Statistischen Bundesamtes einen eigenen „Hessen-Index“ der Personalkosten im ÖPNV zu entwickeln. Dieser Index sollte so ausgestaltet werden, dass die Tarifvertragsparteien weiterhin auch ein hinreichendes Interesse an den Auswirkungen auf die Wirtschaftlichkeit der Leistungen und den entsprechenden Auswirkungen der Gehaltsentwicklungen haben. Die Besteller schlagen daher vor, in § 4 Abs. 4 Nr. 2 zunächst nur auf die Preisfortschreibung nach einem noch zu entwickelnden hessischen ÖPNV-Index zu verweisen und in einem **neuen Absatz 8** diesen wie folgt zu beschreiben:

- (8) Während der Laufzeit der Öffentlichen Aufträge über Verkehrsdienstleistungen werden die anteiligen Lohnkosten an Hand eines geeigneten gewichteten Mittelwertes der Entwicklung der in Hessen einschlägigen und repräsentativen mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbarten Tarifverträge in Kombination mit einem geeigneten bundesweiten Index fortgeschrieben und durch die Aufgabenträger vergütet. Dieser gewichtete Mittelwert wird vom, für das Tarifwesen zuständigen Ministerium, im Einvernehmen mit dem für den öffentlichen Personennahverkehr zuständigen Ministerium festgestellt. Näheres regelt eine Rechtsverordnung.**

Durch eine solche Regelung bestünde auch die Möglichkeit, den in § 4 Absatz 7 genannten „Beirat“ an der Entwicklung eines geeigneten hessischen ÖPNV-Indexes zu beteiligen. Ergänzend wird in diesem Zusammenhang angeregt, sich hierbei auch der Unterstützung des Hessischen Statistischen Landesamtes zu versichern, das neben seiner Sachkunde auch über ein hohes Maß an Glaubwürdigkeit verfügt.

2. Soweit die Besteller den Bietern schon in der Vergangenheit Vorgaben zu einem nicht zu unterschreitenden Vergütungsniveau gemacht haben, konnten weitgehend faire Wettbewerbsbedingungen sichergestellt und Auswüchse zulasten der Beschäftigten der Verkehrsunternehmen weitgehend verhindert werden. Allerdings hat sich gezeigt, dass das „reine“ Entgelt hier nur einer der Faktoren ist, der unter wettbewerblichen und sozialen Gesichtspunkten eine Rolle spielt. Neben dem Entgelt haben auch sonstige Regelungen der Tarifverträge erheblichen Einfluss auf die Personalkosten der Unternehmen und können hierüber dann die Ergebnisse der Vergabeverfahren, die sozialen Rahmenbedingungen der Beschäftigten und schlussendlich die vom Kunden im ÖPNV erlebte Zuverlässigkeit und Qualität maßgeblich beeinflussen. Um dem effektiv entgegenwirken zu können, sollte der auf das Entgelt der einschlägigen und repräsentative Tarifverträge abstellende Ansatz in § 4 Absatz 4 Nr. 1 auf weitere ausgewählte, wettbewerbsrelevante Komponenten der Personalkosten, wie die Zulagen (z.B. für Mehrarbeit und Arbeit an Sonn- und Feiertagen) und Regelungen zur Arbeitszeit (z.B. Anzahl der geteilten Dienste), ergänzt werden können. Diese Möglichkeit könnte durch folgende geringfügige Ergänzung in **§ 4 Abs. 4 Nr. 1 und Absatz 6** geschaffen werden:

(1) *ihren Beschäftigten (ohne Auszubildende) das bei Angebotsabgabe maßgebliche Entgelt zu zahlen, das insgesamt mindestens dem in Hessen für diese Leistungen in einem der einschlägigen und repräsentativen mit einer tariffähigen Gewerkschaft Tarifverträge vorgesehenen Entgelt nach den tarifvertraglich festgelegten Vorschriften, einschließlich der Aufwendungen für die Altersversorgung **und der für entgeltrelevant erklärten Bestandteile dieser Tarifverträge**, entspricht, und*

.....

...

(6) *Das für das Tarifwesen zuständige Ministerium stellt im Einvernehmen mit dem für den Öffentlichen Personennahverkehr zuständigen Ministerium die nach Abs. 4 und 5 anzuwendenden Tarifverträge **sowie deren entgeltrelevanten Bestandteile** fest und gibt sie bekannt. Die anzuwendenden Tarifverträge und Lohnzuschläge sind im Staatsanzeiger für das Land Hessen und der Hessischen Ausschreibungsdatenbank (HAD) bekannt zu machen. Soweit der vollständige maßgebliche Text anderweitig in elektronischer Form allgemein zugänglich ist, ist ein Hinweis mit der Angabe der Internetseite zugelassen.*

Zukünftige Veränderungen solch entgeltrelevanter Bestandteile könnten und sollten mit entsprechender Gewichtung dann auch bei der Entwicklung des unter Ziffer 1 vorgeschlagenen hessischen ÖPNV-Index angemessene Berücksichtigung finden.

Es sollte klar geregelt werden, wie mit der Vergabe von Verkehrsdienstleistungen umzugehen ist, die als flexible Bedienformen (§ 2 Abs. 9 ÖPNVG) erbracht werden. Hier gelten zumeist andere Regelungen, wie für das im Buslinienverkehr eingesetzte Personal. Da flexible Bedienformen als Alternative oder Ergänzung von Buslinienverkehr in Fällen schwacher Verkehrsbedienung eingesetzt werden, muss darauf geachtet werden, dass die wirtschaftlichen Vorteile flexibler Bedienformen gegenüber dem Linienverkehr erhalten werden.

Andere tarifrechtliche Regelungen gelten für Nebenleistungen, die mit den Verkehrsdienstleistungen bestellt werden (beispielsweise Reinigung von Fahrzeugen).

Wir schlagen vor zu prüfen, ob die flexiblen Bedienformen und die Fälle von Nebenleistungen im Rahmen der behördlichen Feststellung nach § 4 Abs. 6 des Gesetzentwurfes der Regierungsfractionen ausreichend geregelt werden können oder ob es hierfür einer Regelung im Gesetz selbst bedarf.

II. Anwendungsbereich:

Nachdem die Definition der öffentlichen Auftraggeber nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des Gesetzentwurfes die privatrechtlich organisierten Verbände und Nahverkehrsorganisationen zunächst nicht einbezieht, die Sonderregelungen zur Einführung einer Tariftreuepflicht bei der Vergabe von Verkehrsverträgen im ÖPNV allerdings nur bei einer einheitlichen Handhabung in der gesamten Nahverkehrsbranche Sinn machen, war es erforderlich, insoweit den Anwendungsbereich für diese den ÖPNV betreffenden Sonderregelungen – ungeachtet ihrer privat- oder öffentlich-rechtlicher Organisationsform – auf alle Besteller im Sinne des § 1 Absatz 2 zu erstrecken.

Demnach ist es folgerichtig, dass auch die privatrechtlich organisierten ÖPNV-Aufgabenträgerorganisationen insoweit in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, als es um die Anwendung von § 1 Absatz 3, § 4 bis § 9 sowie § 18 des Gesetzentwurfs geht.

Im Ergebnis schießt der Gesetzgeber aber über diesen klar abgrenzbaren Sonderbereich hinaus und bezieht die privatrechtlich organisierten Besteller umfassend in den Anwendungsbereich des Gesetzes ein, obgleich juristische Personen des Privatrechts, selbst als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB nicht in den Anwendungsbereich des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes fallen sollen.

Dem darin liegenden Wertungswiderspruch könnte durch die nachfolgend genannte **Neufassung** des **§ 1 Abs. 4** abgeholfen werden:

(4) Für Vergaben von Bestellern, die nicht auch öffentliche Auftraggeber nach Absatz 1 sind, gilt nur Absatz 3, § 4 bis § 9 sowie § 18.

Für eine darüber hinausgehende Einbeziehung (nur) der privaten Besteller ist keine Erforderlichkeit gegeben. Insofern handelt es sich vermutlich um ein redaktionelles Versehen.

III. Übergangsbestimmung:

Der Gesetzentwurf sieht nach § 22 eine Übergangsbestimmung lediglich für die bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes eingeleiteten Verfahren vor. Nach § 24 soll das Gesetz bereits am ersten Tag des dritten auf die Verkündung folgenden Kalendermonats in Kraft treten, „damit die zuständigen Ministerien die notwendigen Muster erarbeiten können und sich alle betroffenen öffentlichen Auftraggeber und Besteller hierauf einstellen können“.

~~Soweit dies die öffentlichen Auftraggeber i.S.d. Gesetzentwurfs betreffenden Regelungen betrifft, könnten drei Monate ausreichen.~~

Hinsichtlich der von den Bestellern zu treffenden Sonderregelungen zur Tariftreue im ÖPNV scheint dieser Zeitraum ausgesprochen knapp bemessen; zumal sich dieser Zeitraum nach der Formulierung des § 24 auch auf nur noch „gut“ zwei Monate verkürzen kann. Selbst dann, wenn die oben genannten Vorschläge der Besteller nicht oder nicht vollständig aufgegriffen werden sollten, scheint dies deutlich zu knapp bemessen.

Die Besteller gehen nicht davon aus, dass die erforderlichen Arbeiten insoweit so rechtzeitig abgeschlossen werden können, dass sie dies dann bei den ab Inkrafttreten des Gesetzes von ihnen einzuleitenden Vergabeverfahren werden umsetzen können.

Zur Umsetzung der die Besteller nach § 4 Absatz 4 treffenden Verpflichtung müsste das für Tarifwesen zuständige Ministerium nach § 4 Abs. 6 im Einvernehmen mit dem für den ÖPNV zuständigen Ministerium die repräsentativen feststellen und bekanntmachen. Zudem hat die Feststellung der Tarifverträge nach § 4 Abs. 7 unter Berücksichtigung der Empfehlungen des dort genannten Beirats zu erfolgen, dessen „Geschäftsgrundlagen“ im Zweifel zuvor, auf Basis der dort vorgesehenen Verordnungsermächtigung, erst noch zu bestimmen sein dürften, bevor er in die Beratung(en) einsteigen kann.

Darüber hinaus ist auch nach § 7 Absatz 2 festgelegt, dass in der Hessischen Ausschreibungsdatenbank verbindlich zu verwendende Muster der Tariftreue- und Verpflichtungserklärungen bekannt gegeben werden, welche ebenfalls bereits zum Inkrafttreten des Gesetzes vorliegen müssten.

Auch wenn die Besteller sich eine möglichst baldige Umsetzung der Regelungen zur Tariftreue wünschen, sollte deren sorgfältige Umsetzung sowie die Berücksichtigung der Vorschläge zur Tariftreue und Preisfortschreibung (s.o. unter I.) nicht aufgrund einer zu kurz angesetzten Vorbereitungsphase scheitern. Daher empfehlen die Besteller in Bezug auf **§ 4 Absatz 4** die Aufnahme einer speziellen Übergangsbestimmung die hierfür einen angemessenen zeitlichen Vorlauf vorsieht.

Soweit nach der Übergangsbestimmung in § 22 auf die Einleitung des Verfahrens abgestellt wird, ist bei der Vergabe öffentlicher Aufträge über Verkehrsleistungen die Besonderheit der Vorabbekanntmachung nach Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zu beachten. Diese hat spätestens ein Jahr vor Einleitung eines wettbewerblichen Verfahrens (gemäß § 8a Absatz 2 PBefG im Regelfall aber nicht früher als 27 Monate vor Betriebsbeginn) oder ein Jahr vor einer Direktvergabe zu erfolgen. Entsprechend der amtlichen Begründung zu § 22 stellt die Vorabbekanntmachung bei beabsichtigter wettbewerblicher Vergabe der Verkehrsdienstleistungen noch keine Verfahrenseinleitung dar, wohingegen die Vorabbekanntmachung einer beabsichtigten Direktvergabe maßgeblich sein kann, wenn – was regelmäßig der Fall sein dürfte – der Besteller damit erstmals seinen Willen zur (Direkt-)Beschaffung nach außen erkennbar werden lässt.

IV. Korruptionsregister

Die Forderung in § 18 Abs. 2 bezgl. eines Ausschlusses von Unternehmer und Unternehmen, denen schwere Verfehlungen nachgewiesen wurden, von Aufträgen öffentlicher Auftraggeber, wird grundsätzlich begrüßt. Unabdingbare Voraussetzung hierfür ist die Installation eines möglichst länderübergreifenden Korruptionsregisters. Neben der in § 18 Abs. 2 vorgesehenen „Melde- und Informationsstelle für öffentliche Auftraggeber“ sollte daher über die Schaffung eines geeigneten, bundesweiten Korruptionsregisters nachgedacht werden.

Für den AK Recht:

Arnd Wilhelm Wolfgang Rausch Dr. Dorothea Kalleicher Matthias Altenhein

Absender: matthias.rohrmann@agv-move.de Arbeitgeber- und Wirtschaftsverband MoVe, Mainzer Landstr. 205, 60326 Frankfurt a.M.

Hessischer Landtag
Ausschuss für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung
Den Vorsitzenden, Herrn MdL Clemens Reif
65183 Wiesbaden

Öffentliche mündliche Anhörung
des Ausschuss für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung
am 11. September 2014 ab 13:00 Uhr zum Gesetzentwurf für ein
Hessisches Vergabe- und Tarifreuegesetz (HVTG - Drs. 19/401 vom 13.05.2014)
AZ: I A 2.4

Stellungnahme des Agv MoVe vom 28. August 2014

Sehr geehrte Herr Vorsitzender, Herr Clemens Reif,
sehr geehrte Damen und Herren,

vielen Dank für die Einladung zur mündl. Anhörung und Möglichkeit zur Stellungnahme zum HVTG.

Der Agv MoVe begrüßt als bundesweiter größter Arbeitgeber- und Wirtschaftsverband der ÖPNV-Branche ausdrücklich das Vorhaben des Landtages und der Regierung des Landes HESSEN, Lohndumping und dadurch bedingte Wettbewerbsverzerrungen im Rahmen öffentlicher Ausschreibungen im Bereich des ÖPNV durch das **Hessische Vergabe- und Tarifreuegesetz** (HVTG) zu verhindern! Ein diesbezügliches Gesetz kann auch als Instrument zur Sicherung der Qualität im ÖPNV dienen.

Die Mitgliedsunternehmen des Agv MoVe beschäftigen allein in **Hessen** insgesamt rund **27.000 tarifgebundene Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter** (bundesweit ca. 200.000), weshalb das HVTG für den Verband und seine Mitglieder von besonderer Bedeutung ist.

Der Agv MoVe vertritt Mitgliedsunternehmen in Hessen in beiden Bereichen des ÖPNV, also sowohl der Straße (ÖSPV) als auch der Schiene (SPNV).

Wir begrüßen zudem, dass die Bildung eines Beirats zur Ermittlung der im ÖPNV repräsentativen Tarifverträge vorgesehen ist. Gerne wirken wir in diesem aktiv mit.

Den vorgelegten Gesetzentwurf zum HVTG sehen wir zur Umsetzung der Gesetzesvorgaben als sehr gut geeignet an.

Zu den einzelnen Vorschriften des **Entwurfs des HVTG** (13.05.2014) nehmen wir wie folgt **Stellung**:

...

Gesetzentwurf Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz (HVTG - Drs. 19/401) vom 13.05.2014

Stellungnahme (28.08.2014)

Arbeitgeber- und Wirtschaftsverband der Mobilitäts- und Verkehrsdienstleister (Agv MoVe)

1. Grundsätzlich kann, insbesondere im Vergleich zu vorherigen Fassungen und anderen Entwürfen, der aktuelle **Entwurf für ein Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz (HVTG)** mit Stand 13. Mai 2014 **positiv bewertet** werden. **Wesentliche Elemente** für eine effektive und zielgerichtete **Tariftreuevorgabe** im **ÖPNV** – auch nach Maßgabe der Anforderungen seitens der EU Sozialpartner sowie des VDV und des Agv MoVe - **sind** in dem Gesetzentwurf **enthalten**.
Damit würden **positive Effekte** im Bereich des ÖPNV für die Schaffung adäquater Beschäftigungsbedingungen und den Ruf der Branche bei entsprechender konsequenter Umsetzung erzielt.
2. In **§ 4 "Tariftreuepflicht"** in Absatz (4) Nr. 1. HVTG ist das für die Tariftreue zentrale und essentielle Element des "einschlägigen und **repräsentativen Tarifvertrags**" aufgenommen worden.

Das ist sehr zu begrüßen!

Der Gesetzestext des HVTG wie auch die Begründung bedürfen jedoch noch der **Ergänzung durch wichtige Elemente** zur wirksamen Anwendung des Kriteriums der „**Repräsentativität**“:

- a. Es bedarf klarer gesetzlicher Kriterien zur **Ermittlung des repräsentativen Tarifvertrages**.
Dies ist zur Schaffung von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit für die Auswahl des oder der repräsentativen Tarifverträge sowie der Anwendung in der Praxis absolut notwendig.
Wir schlagen vor, ergänzend in den Gesetzestext in § 4 Abs. (4) Nr. 1 folgende Formulierung aufzunehmen, „Die Ermittlung des oder der repräsentativen Tarifverträge im ÖPNV sollte getrennt nach den Bereichen Schiene (SPNV) und Straße (ÖSPV) erfolgen. Repräsentativ sind einer oder mehrere Tarifverträge, wenn von ihrem Geltungsbereich die Mehrheit der in dem jeweiligen Bereich existierenden Beschäftigungsverhältnisse erfasst wird. Wenn es keine Regelung für die gesamte Branche gibt (BranchenTV), müssen mindestens ¼ der Beschäftigungsverhältnisse unter den Geltungsbereich eines Tarifvertrages fallen.“

Wir regen weiterhin an, in die Gesetzesbegründung Angaben zur Ermittlung der Anzahl der Beschäftigungsverhältnisse in der jeweiligen Branche, vorzugsweise über den Beirat, aufzunehmen.

- b. Die **Ermittlung und Vorgabe** des oder der **repräsentativen Tarifverträge** muss **getrennt nach SPNV (Schiene) und ÖSPV (Straße)** erfolgen. Dies ist sachlich erforderlich und begründet durch die völlig unterschiedliche Tarifvertragslandschaft sowie der Unterschiedlichkeit im Markt auf Seiten von Bestellern und Auftragnehmern. Diese

getrennte Betrachtung entspricht auch den Empfehlungen des VDV (Positionspapier VDV zur Tarifreue gemäß Beschluss Präsidium vom 05. Ma 2013 – siehe Anlage) sowie anderen existierenden Tarifreuegesetzen. Das müsste im HVTG Entwurf ergänzt oder zumindest in die Begründung aufgenommen werden.

- c. Weiterhin bedarf in **§ 4 Absatz 4 Ziffer 1 HVTG Entwurf** der Begriff des maßgeblichen „**Entgelts**“, der momentan noch nicht weiter bestimmt oder definiert wird, ebenfalls aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit einer weitergehenden Erläuterung, zumindest in der Gesetzesbegründung.

Hier schlagen wir vor, in die Begründung zum HVTG aufzunehmen:

„Unter dem Begriff des maßgeblichen „Entgelts“ sind alle in dem oder den repräsentativen Tarifverträgen enthaltenen Entgelt relevanten Ansprüche der Beschäftigten in Relation zur tarifvertraglichen Arbeitszeit zu verstehen“.

3. Mit dem Element der „Repräsentativität“ sind die Voraussetzungen geschaffen, um einen einseitigen Wettbewerb zu Lasten der Beschäftigungsbedingungen in der ÖPNV Branche zu verhindern. Für den **SPNV** ist das durch den **BranchenTV SPNV** als maßgeblichen, alleinigen **repräsentativen Tarifvertrag** und die damit zusammenhängenden weiteren repräsentativen Tarifverträge des Agv MoVe gewährleistet. Im Bereich des Busverkehrs besteht dagegen eine differenzierte Tarifvertragslandschaft. Hier gehen wir davon aus, dass unterschiedliche Tarifverträge das Kriterium der Repräsentativität erfüllen, einschließlich der vom Agv MoVe für seine Mitglieder im Bereich Hessen abgeschlossenen Tarifverträge.
4. In **§ 4 Abs. 7 HVTG Entwurf** ist nun auch die **Einrichtung eines Beirates** zur Ermittlung der einschlägigen und repräsentativen Tarifvertrags/Tarifverträge vorgesehen. Das stellt die Einbeziehung der maßgeblichen Tarifvertragsparteien und Berücksichtigung der Belange der Praxis bei der Erstellung der Liste der repräsentativen Tarifverträge sicher. Deshalb unterstützen der **Agv MoVe** und seine Mitglieder auch die Bildung eines Beirats und sind bereit, an diesem aktiv mitzuwirken. Der Agv MoVe vertritt dabei (Mitglieds-)Unternehmen in Hessen sowohl im Bereich der Schiene als auch im Bereich des Busverkehrs. Bei der Besetzung des Beirats sollten auch die Partnerunternehmen des BranchenTV SPNV Berücksichtigung finden.
5. Für den Beirat bedarf es jedoch ebenfalls zur Sicherstellung von dessen Funktionsfähigkeit noch wichtiger Ergänzungen: So sollte es in § 4 Abs. 7 HVTG Entwurf verbindliche Vorgaben zur Größe, paritätischen Besetzung sowie die "maßgeblichen Tarifvertragsparteien" geben. Dies kann aber auch Teil einer das Gesetz ergänzenden VO sein, sofern in der Gesetzesbegründung hier klare Vorgaben aufgenommen werden. Der Agv MoVe würde – wie unter Ziffer 4. Bereits erwähnt - in dem Beirat für seine Mitglieder im SPNV und ÖSPV mitwirken.

6. In **§ 4 Absatz 4 Ziffer 2.** ist ein neuer, durchaus erwägenswerter Ansatz enthalten, der bei den vorgegebenen Bedingungen den „**Lebenshaltungs-/ Preisindex**“ für Steigerungen zugrunde legt, ein Instrument, welches in Verkehrsverträgen in Bezug auf andere Kennziffern durchaus Anwendung findet. In Bezug auf das „maßgebliche Entgelt“, welches auf tarifvertraglichen Regelungen basiert, ist dieser Ansatz allerdings schwierig. Konsequenz bei der Bindung des maßgeblichen Entgelts an einen oder mehrere einschlägige und repräsentative Tarifverträge wäre, die Entwicklung dieses Entgelts an die Entwicklung dieses oder dieser Tarifverträge zu knüpfen. Nur so bleibt es dabei, dass der Kern der Tarifreueregelungen, der Bindung an eine tarifvertragliche Regelung, gewahrt bleibt. Eine Bindung an den Preisindex würde während der Laufzeit des Verkehrsvertrages eine Loslösung von der tarifvertraglichen Grundlage bedeuten. Wir regen deshalb an, **das maßgebliche Entgelt für die Laufzeit des Verkehrsvertrages an die Entwicklung des oder der einschlägigen und repräsentativen Tarifverträge zu koppeln.** Richtig ist auf jeden Fall, Veränderungen des tarifvertraglich basierten Entgelts innerhalb der Laufzeit des Verkehrsvertrages nachzuvollziehen. Da das statistische Bundesamt auch Statistiken über die Entwicklung der Verkehrsbranche in Bezug auf deren Beschäftigungsbedingungen erstellt, ist eine solche Vorgabe auch für alle an der Vergabe Beteiligten zu einem hohen Prozentsatz kalkulierbar.
7. **Positiv** hervorzuheben ist, dass das **HVTG in § 4 Abs. 5 HVTG Entwurf** auch eine **Lösung** für **Tarifreuevorgaben** bei sogenannten **grenzüberschreitenden Verkehren** und damit verbundenen Ausschreibungen sucht. Es gibt zahlreiche Linien, primär im Schienen-, aber auch im Busbereich, die über die Landesgrenzen Hessens hinaus in angrenzende Bundesländer reichen. Die Formulierung mit der "kann"-Bestimmung in Absatz (5) in Bezug auf grenzüberschreitende Verkehre ist jedoch nach unserer Auffassung unter Umständen missverständlich sein. Der Wortlaut ließe die Interpretation zu, dass für diesen Fall ein Tarifvertrag aus einem Bundesland außerhalb Hessens in Hessen allein maßgeblich sein kann. Hier empfehlen wir eine Klarstellung. Nach dem Gesetzeszweck, eine Regelung zur Tarifreue in Hessen mit hier einschlägigen und repräsentativen Tarifverträgen zu finden, sollte es im Falle der Ausschreibung von grenzüberschreitenden Linien die Möglichkeit der Ergänzung – anstatt der möglichen Verdrängung – durch einen in dem betroffenen Nachbarbundesland repräsentativen Tarifvertrags geben.
- Wir empfehlen deshalb folgende Formulierung im § 4 Absatz (5): „ Bei Ausschreibungen von Verkehrsleistungen, die die Grenze des Landes Hessen überschreiten, kann **ergänzend zu dem oder den für Hessen vorgegebenen einschlägigen und repräsentativen Tarifvertrag/Tarifverträgen** ein einschlägiger und repräsentativer Tarifvertrag aus dem betroffenen Bundesland oder den betroffenen Bundesländern zugrunde gelegt werden.
8. **§ 5 Betreiberwechsel HVTG Entwurf:** Die Aufnahme der Optionen der VO EU1370/2007 (Artikel 5 Abs. 5 und 6 sowie der Erwägungsgründe 16 und 17) ist **sehr zu begrüßen**. Eine solche Anordnung

des Beschäftigtenübergangs im Falle des Wechsels des Betreibers schafft für die betroffenen Arbeitnehmer Arbeitsplatz- und Standortsicherheit und für die Unternehmen stellt sie die Verfügbarkeit zumindest eines Teils der zur Leistungserbringung benötigten Personale sicher. Die Anordnung des Beschäftigtenübergangs entspricht der **Empfehlung der EU Sozialpartner** für den Schienenbereich („**joint opinion**“ von CER und ETF vom 23.09.2013 – siehe Anlage). Diese enthält noch weitere Details, deren Aufnahme in die Gesetzesbegründung empfohlen wird. Weiterhin möchten wir in diesem Zusammenhang Sie sowohl auf die **Auslegungsleitlinien der EU KOM** sowie das **Votum des Europäischen Parlamentes vom 26. Februar 2014** hinweisen. In dem Zusammenhang regen wir an, zu erwägen, ob die Anordnung des Beschäftigungsübergangs nicht verbindlich für jeden Betreiberwechsel oder zumindest ab einem bestimmten Ausschreibungsvolumen oder eine bestimmten Anzahl von betroffenen Beschäftigten festgelegt werden sollte.

9. § 7 Tariftreue- und Verpflichtungserklärungen

Es ist richtig und zur Wirksamkeit von Tariftreuevorgaben unerlässlich, dass diese auch auf **Subunternehmer** erstreckt wird. Es hat sich jedoch in der Praxis anderer Bundesländer herausgestellt, dass ein Erfordernis, der Vorlage der **Tariftreue- und Verpflichtungserklärung von Nachunternehmern** bereits bei Angebotsabgabe erfolgen muss, häufig sehr schwierig zu bewerkstelligen ist. Dies bedeutet faktisch ein erhebliches Hemmnis für Bewerbungen von Auftragnehmern. Der Landesgesetzgeber wird deshalb gebeten, hier auf die Belange der Praxis Rücksicht zu nehmen und dieses Erfordernis derart zu ändern, dass sich der Auftragnehmern bei Angebotsabgabe verpflichten muss, für die Abgabe der Tariftreue- und Verpflichtungserklärungen der Nachunternehmer zum Zeitpunkt der Leistungserbringung zu bürgen.

Die Vorlage der Tariftreue- und Verpflichtungserklärungen durch die Nachunternehmer sollte dann nach der Auftragsvergabe innerhalb einer angemessenen Frist, spätestens jedoch zum Zeitpunkt der Leistungserbringung verlangt werden.

Der Agv MoVe steht im Rahmen der mündlichen Anhörung und des weiteren Gesetzgebungsverfahrens zur Erörterung obigen Inhalts und Nachfragen gerne zur Verfügung.

Wir bitten um entsprechende Berücksichtigung obiger Punkte.

gez.

Matthias Rohrmann (Agv MoVe)

Geschäftsführer Agv MoVe
Vize-Präsident EU Sozialer Dialog Eisenbahn

Hans-Werner Eiserloh (Agv MoVe)

Fachreferent Agv MoVe
Mitglied Ausschuss Tariftreue

Anlagen:

- 1) PM VDV Präsidiumsbeschluss vom 05. Mai 2013 zur Tariftreue
- 2) Agv MoVe Positionspapier gem. Beschluss Agv MoVe Vorstand
- 3) Auszug Auslegungsleitlinien der EU KOM zur VO 1370/2007
- 4) „Joint opinion“ der EU Sozialpartner vom 23.09.2014 zu Sozialoptionen der EU VO 1370/2007

Presseinformation

Berlin, den 14. Mai 2013
Nr. 13, 2013

Verband Deutscher
Verkehrsunternehmen e. V.
Lars Wagner
Pressesprecher
T 030 399932-14
wagner@vdv.de

VDV: Kein Sozial- und Lohndumping im deutschen ÖPNV

Der Verband Deutscher Verkehrsunternehmen (VDV) hat eine Position zur Tariftreue im ÖPNV und SPNV beschlossen. Der Verband und seine rund 600 Mitgliedsunternehmen sprechen sich eindeutig gegen Lohn- und Sozialdumping im deutschen Nahverkehr aus. „Wir treten für faire Wettbewerbsbedingungen und den Schutz der arbeitenden Menschen in den Verkehrsunternehmen ein. Die untertarifliche Bezahlung und Behandlung von Arbeitnehmern widerspricht dem Gedanken der sozialen Marktwirtschaft in Deutschland und schadet den sozialen Systemen in unserem Land“, so VDV-Präsident Jürgen Fenske.

Die VDV-Mitglieder bekennen sich insbesondere zur Tarifautonomie und zu tarifgebundenem Arbeiten. Dabei können, so die verabschiedete Verbandsposition, Tariftreueregelungen in Landesgesetzen ein geeignetes Mittel sein. Es sei aber unabdingbar, die gewachsene Vielfalt und Struktur des deutschen ÖPNV auch bei der Festlegung von repräsentativen Tarifverträgen zu berücksichtigen. „Es darf nicht sein, dass regional einschlägige und seit Jahren etablierte Tarifverträge der Branche einfach undifferenziert verdrängt werden. Regionale und branchenspezifische Unterschiede müssen angemessen berücksichtigt werden“, erklärt Fenske.

Die vom VDV-Präsidium am 03.05.2013 verabschiedete Position im Wortlaut:

Anforderungen des VDV an landesgesetzliche Regelungen zur Tariftreue im SPNV/ÖPNV

Gemeinsam mit den Sozialpartnern werden in den Verkehrsunternehmen des VDV im ÖPNV seit vielen Jahren erhebliche Restrukturierungsmaßnahmen zur Steigerung der Erträge und Senkung der Kosten umgesetzt, um den Sparzwängen der öffentlichen Hände und den hohen Anforderungen der Kunden gerecht zu werden. Dabei werden kundenbezogene sowie wirtschaftliche Lösungen gefunden und es können auf diese Weise viele moderne wie zukunftsorientierte Arbeitsplätze erhalten und neue geschaffen werden. Die notwendigen weiteren Restrukturierungen der VDV-Unternehmen sollen auch künftig gemeinsam mit den Sozialpartnern sozial verträglich und mit Augenmaß betrieben werden können.

Um faire Wettbewerbsbedingungen in den Verkehrsmärkten sowie den Schutz der arbeitenden Menschen in den Verkehrsunternehmen zu gewährleisten und damit letztlich auch die Systeme der sozialen Sicherung zu stabilisieren, unterstützen der VDV und seine Mitglieder das politische Ziel, Lohn- und Sozialdumping im ÖPNV in Deutschland zu verhindern. Hiermit werden auch die Vorgaben und Ziele der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 unterstützt.

Die Mitglieder des VDV bekennen sich insbesondere zur Tarifautonomie und zu tarifgebundenem Arbeiten und begrüßen geeignete Maßnahmen gegen untertarifliche Bezahlung und Behandlung durch Unternehmen, die sich dadurch einen Wettbewerbsvorteil verschaffen möchten oder die Leiharbeitnehmer nur beschäftigen, um Personalkosten zu senken.

Tariftreueregelungen in Landesgesetzen können ein geeignetes Mittel sein, die Erreichung der vorgenannten Ziele zu unterstützen. Angesichts der in unserer Branche über Jahrzehnte regional gewachsenen und vielschichtigen Landschaft von Tarifvertragsparteien und Tarifverträgen in Deutschland ist es allerdings unabdingbar, bei landesrechtlichen Tariftreueregelungen diese gewachsene Vielfalt und Struktur gesetzlich eindeutig anzuerkennen. In gesetzlichen Tariftreueregelungen müssen nach Ansicht des VDV regionale und branchenmäßige Unterschiede angemessen berücksichtigt werden.

Die Repräsentativität als notwendiges Kernelement für Tariftreueregelungen darf zudem nicht dazu führen, dass für die Branche und regional einschlägige Tarifverträge (auch in der Nachwirkungsphase) undifferenziert verdrängt werden. Bei der Bezugnahme auf repräsentative Tarifverträge zur Definition eines adäquaten branchenbezogenen Mindeststandards muss eine Unterscheidung zwischen SPNV (Schiene) und ÖSPV (Bus, Tram) erfolgen. Im Rahmen der Landesregelungen ist dann für den Bereich des ÖSPV eine ausgewogene Entscheidung zur Repräsentativität unter Einbeziehung der Sozialpartner zu treffen. Diese muss die Tarifvertragslandschaft und die berechtigten Belange der VDV-Mitglieder sowie deren Tarifverträge zwingend berücksichtigen.

Im Verband Deutscher Verkehrsunternehmen (VDV) sind rund 600 Unternehmen des Öffentlichen Personenverkehrs und des Schienengüterverkehrs organisiert. Täglich ersetzen Busse und Bahnen über 18 Millionen Autofahrten und 77.000 voll beladene Lkw. So sorgen der VDV und seine Mitgliedsunternehmen dafür, dass Deutschland nachhaltig mobil bleibt!

ÖPNV in Deutschland und Europa stärken. Liberalisierung fördern. Beschäftigte schützen.

Positionspapier des Agv MoVe

zur Berücksichtigung sozialer Belange der Beschäftigten im Rahmen nationaler und europäischer Regelungen zur Liberalisierung des Schienenverkehrs und zum ÖPNV

[Tariftreuegesetz, VO (EG) 1370/2007, Art. 4 (5) u. (6) mit Erwägungsgründen 16 + 17, geplantes 4. EU-Eisenbahnpaket]

Grundsatzpositionen:

- Die Mitglieder des Arbeitgeber- und Wirtschaftsverbandes MoVe (Agv MoVe), welche Mobilitäts- und Verkehrsdienstleister in Deutschland und Europa sind, bekennen sich zu Beschäftigungsbedingungen, die durch verbindliche soziale Standards geregelt und geschützt sind. Unter Berücksichtigung der landesspezifischen Besonderheiten und bezogen auf die jeweiligen Verkehrsmärkte, Branchen oder Unternehmen, befürworten sie Vereinbarungen mit den nationalen Tarif- und Sozialpartnern zu den wesentlichen Beschäftigungsbedingungen (Mindestniveau).
- Für die Mitglieder des Agv MoVe aus dem Bereich des DB-Konzerns bedeutet das in Deutschland die Regelung der Beschäftigungsbedingungen durch Kollektivvereinbarungen mit den Sozialpartnern der Bahn. Der Agv MoVe schließt dazu für die Mitgliedsunternehmen Tarifverträge mit den Tarifvertragspartnern ab, vor allem den Bahngewerkschaften EVG und GDL.
- Auf nationaler Ebene in Deutschland unterstützt der Verband zudem Regelungen zur Tariftreue, die mit der Festlegung eines oder mehrerer repräsentativer Tarifverträge einhergehen. Dabei tritt der Agv MoVe für eine getrennte Betrachtung von Öffentlichem Personennahverkehr auf Schiene (SPNV) und Straße (ÖSPV) ein. Diese ist aufgrund der unterschiedlichen Struktur der Tarifvertragslandschaft und Unterschieden bei Auftraggebern sowie Anbietern von Verkehrsleistungen notwendig.
- Mit dem BranchenTV SPNV des Agv MoVe für die Deutsche Bahn und weiteren, sechs größten privaten Bahnunternehmen in Deutschland gibt es für den Bereich der Schiene (SPNV) erstmals einen Branchentarifvertrag, der die sozialen Mindestbedingungen definiert.
- Der Agv MoVe beurteilt die Umsetzung und Anwendung der Optionen des Artikel 4 Absatz 5 und 6 der VO (EG) 1370/2007 einschließlich der Erwägungsgründe 16 und 17 durch die Bundesländer und Besteller von ÖPNV-Leistungen in Deutschland positiv. Die Umsetzung im Rahmen der deutschen Tariftreuregelungen könnte auch ein Modell für andere EU-Mitgliedstaaten sein.
- Auf europäischer Ebene unterstützt der Agv MoVe die Ziele und Inhalte der VO (EG) 1370/2007, insbesondere die Optionen des Artikel 4 Absatz 5 und 6 sowie der dazugehörigen Erwägungsgründe. Der Verband begrüßt die dadurch bestehenden Möglichkeiten für Besteller, soziale Bedingungen in Ausschreibungen einzubeziehen. Die mit der VO (EG) 1370/2007 seitens der EU-Kommission verbundenen Anliegen stehen im Einklang mit der Unternehmenspolitik der Mitglieder des Agv MoVe, Wettbewerb über die besseren unternehmerischen Konzepte auszutragen und nicht – wie bislang in vielen Fällen – hauptsächlich über die Beschäftigungsbedingungen.
- Die Mitgliedsunternehmen des Agv MoVe verfolgen eine innovative und sozial verantwortungsvolle Beschäftigungspolitik. Jedoch benötigen die Besteller wie die Unternehmen als Auftragnehmer eine ausreichende Flexibilität, um ihre spezifischen nationalen, regionalen oder lokalen rechtlichen und tatsächlichen Bedingungen berücksichtigen zu können. Daher ist es von elementarer Bedeutung, den nationalen Besonderheiten und dem Subsidiaritätsprinzip Rechnung zu tragen, wie das derzeit auch durch die VO (EG) 1370/2007 gewährleistet ist.

- Die von der EU-Kommission geplanten Leitlinien (Guidelines) für die VO (EG) 1370/2007 können aus Sicht des Verbandes ein sehr gutes und geeignetes Mittel sein, offene Rechts- und Praxisfragen zu klären und im Bereich der Sozialbedingungen die Anwendung der vorhandenen Optionen zu fördern. Der Agv MoVe begrüßt und unterstützt deshalb dieses Vorhaben der EU-Kommission.
- Zur Umsetzung der VO gibt es in Deutschland derzeit nur wenige Praxisfälle und kaum Erfahrungswerte. Ein Grund liegt in den teilweise noch laufenden oder gerade erst abgeschlossenen nationalen Gesetzgebungsverfahren, welche die Regelung in Bezug nehmen (Tariftreue). Teilweise bestehen aber auch Unklarheiten zum Verständnis des Art. 4 Abs. 5 der Verordnung sowie zu dessen Verhältnis zu nationalen Gesetzen, insbesondere zur Umsetzung der Betriebsübergangsrichtlinie. Der Zeitpunkt der Festlegung und Bekanntgabe der sozialen Standards bzw. Mindestbedingungen ist nicht eindeutig bestimmt. Der Agv MoVe regt deshalb eine entsprechende Klarstellung in den Leitlinien der VO 1370 an, um deren Anwendung zu fördern. Wie bereits in den Erwägungsgründen 16 und 17 der Verordnung erwähnt, sollte in den Leitlinien auch mit Bezug auf Art. 4 Abs. 5 und 6 klargestellt werden, dass die Festlegung sozialer Mindeststandards bei Ausschreibungen durch eine Bezugnahme auf Kollektivvereinbarungen zwischen den Sozialpartnern erfolgen kann und es dazu verschiedene Optionen gibt.
- Wünschenswert wäre zudem eine deutlichere Hervorhebung der verschiedenen Optionen der Art. 4 Abs. 5 + 6 der VO (EG) 1370/2007 zusammen mit den genannten Erwägungsgründen. Dies betrifft aus Sicht des Agv MoVe vor allem die folgenden zwei maßgeblichen Optionen:
 1. Die Anordnung des Beschäftigtenübergangs einschließlich deren Arbeitsbedingungen (entsprechend der Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23),
 2. Eine Vorgabe von sozialen Standards – ohne Beschäftigtenübergang – auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene durch die zuständige Behörde (gemäß der Erwägungsgründe).
- Hinsichtlich einer möglichen Weiterentwicklung des Themas „Soziale Bedingungen“ und „Schutz der Beschäftigten“ im Rahmen der VO (EG) 1370/2007 müssen zunächst ausreichend Praxisfälle vorliegen und ausgewertet werden. Weiterhin sollten die unterschiedlichen Ansätze zur Frage der Sozialbedingungen in den EU-Mitgliedstaaten in dem speziellen Bereich des öffentlichen Verkehrssektors analysiert und verglichen werden. Dazu dient das von CER und ETF gerade beantragte Sozialpartnerprojekt¹, welches die DB und der Agv MoVe aktiv unterstützen und inhaltlich begleiten.
¹ Projekt CER/ETF: "Social aspects and the protection of staff in case of change of railway operator (The current situation)"
- Je nach Ergebnis des Sozialpartnerprojektes, der eigenen Analysen und Erfahrungen in der Praxis, ist es für den Agv MoVe vorstellbar, dass für die EU-Ebene – ohne Veränderung der Optionen der VO (EG) 1370/2007 – eine grundsätzliche obligatorische Vorgabe der Einbeziehung von sozialen Aspekten bei Ausschreibungen im ÖPNV zu empfehlen wäre. Deren Einbeziehung könnte in allen EU-Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung der nationalen Besonderheiten sinnvoll sein, um bei weiteren Liberalisierungsschritten die Interessen der in dem Sektor Beschäftigten ausreichend zu berücksichtigen und die Akzeptanz einer weiteren Marktöffnung erhöhen.
- Wichtig wäre zudem, für die Mitgliedstaaten mit bereits weitgehend geöffneten Verkehrsmärkten, wie Deutschland, die Rechtssicherheit für bestehende Regelungen zur Einbeziehung sozialer Aspekte bei Vergaben im ÖPNV zu erhöhen. Gefördert werden sollten diesbezügliche Sozialpartnervereinbarungen.

Der Vorstand des Agv MoVe

Berlin/ Frankfurt a.M., 16. November 2012

Anlage: Auszug Artikel 4 der VO (EG) 1370/2007

Anlage

VERORDNUNG (EG) Nr. 1370/2007

AUSZUG

DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES

vom 23. Oktober 2007

über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates

...

Artikel 4: „Obligatorischer Inhalt öffentlicher Dienstleistungsaufträge und allgemeiner Vorschriften“

...

Abs. 5 ¹Unbeschadet des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts, einschließlich Tarifverträge zwischen den Sozialpartnern, kann die zuständige Behörde den ausgewählten Betreiber eines öffentlichen Dienstes verpflichten, den Arbeitnehmern, die zuvor zur Erbringung der Dienste eingestellt wurden, die Rechte zu gewähren, auf die sie Anspruch hätten, wenn ein Übergang im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG erfolgt wäre. ²Verpflichtet die zuständige Behörde die Betreiber eines öffentlichen Dienstes, bestimmte Sozialstandards einzuhalten, so werden in den Unterlagen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens und den öffentlichen Dienstleistungsaufträgen die betreffenden Arbeitnehmer aufgeführt und transparente Angaben zu ihren vertraglichen Rechten und zu den Bedingungen gemacht, unter denen sie als in einem Verhältnis zu den betreffenden Diensten stehend gelten.

Abs. 6 Verpflichtet die zuständige Behörde die Betreiber eines öffentlichen Dienstes im Einklang mit nationalem Recht dazu, bestimmte Qualitätsstandards einzuhalten, so werden diese Standards in die Unterlagen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens und die öffentlichen Dienstleistungsaufträge aufgenommen.

Erwägungsgrund Nr. 16. (zu Artikel 4 Abs. 5 der VO 1370/2007)

(16) Kann der Abschluss eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu einem Wechsel des Betreibers eines öffentlichen Dienstes führen, so sollten die zuständigen Behörden den ausgewählten Betreiber eines öffentlichen Dienstes verpflichten können, die Bestimmungen der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen anzuwenden. Diese Richtlinie hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, die Bedingungen für die Übertragung anderer Ansprüche der Arbeitnehmer als der durch die Richtlinie 2001/23/EG abgedeckten zu wahren und dabei gegebenenfalls die durch nationale Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder zwischen den Sozialpartnern geschlossene Tarifverträge oder Vereinbarungen festgelegten Sozialstandards zu berücksichtigen.

Erwägungsgrund Nr. 17. (zu Artikel 4 Abs. 6 der VO 1370/2007)

(17) Gemäß dem Subsidiaritätsprinzip steht es den zuständigen Behörden frei, soziale Kriterien und Qualitätskriterien festzulegen, um Qualitätsstandards für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen aufrechtzuerhalten und zu erhöhen, beispielsweise bezüglich der Mindestarbeitsbedingungen, der Fahrgastrechte, der Bedürfnisse von Personen mit eingeschränkter Mobilität, des Umweltschutzes, der Sicherheit von Fahrgästen und Angestellten sowie bezüglich der sich aus Kollektivvereinbarungen ergebenden Verpflichtungen und anderen Vorschriften und Vereinbarungen in Bezug auf den Arbeitsplatz und den Sozialschutz an dem Ort, an dem der Dienst erbracht wird. Zur Gewährleistung transparenter und vergleichbarer Wettbewerbsbedingungen zwischen den Betreibern und um das Risiko des Sozialdumpings zu verhindern, sollten die zuständigen Behörden besondere soziale Normen und Dienstleistungsqualitätsnormen vorschreiben können.

Vom Vorstand des Agv MoVe einstimmig beschlossen.

Berlin/Frankfurt/Mainz, den 16. November 2012

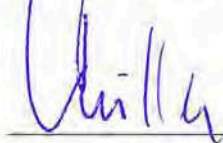
Der Vorstand des Agv MoVe



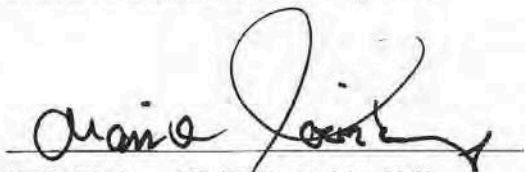
Ulrich Weber, Vorsitzender des Vorstands Agv MoVe



Ulrike Haber-Schilling, Mitglied Vorstand Agv MoVe



Dr. Rudolf Müller, Mitglied Vorstand Agv MoVe



Marion Rövekamp, Mitglied Vorstand Agv MoVe



Sigrid Heudorf, Mitglied Vorstand Agv MoVe



Jürgen Niemann, Mitglied Vorstand Agv MoVe



Andreas Springer, Mitglied Vorstand Agv MoVe



Hans-Otto Umlandt, Mitglied Vorstand Agv MoVe

Amtsblatt

der Europäischen Union

C 92



Ausgabe
in deutscher Sprache

Mitteilungen und Bekanntmachungen

57. Jahrgang
29. März 2014

<u>Informationsnummer</u>	Inhalt	Seite
II <i>Mitteilungen</i>		
MITTEILUNGEN DER ORGANE, EINRICHTUNGEN UND SONSTIGEN STELLEN DER EUROPÄISCHEN UNION		
Europäische Kommission		
2014/C 92/01	Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße	1
2014/C 92/02	Aufforderung zur Stellungnahme zum Entwurf einer Verordnung der Kommission über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen im Fischerei- und Aquakultursektor	22
2014/C 92/03	Entwurf Verordnung (EU) Nr. .../... der Kommission vom 28. März 2014 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf <i>De-minimis</i> -Beihilfen im Fischerei- und Aquakultursektor	22

DE

Preis:
3 EUR

(Fortsetzung umseitig)

IV *Informationen*

INFORMATIONEN DER ORGANE, EINRICHTUNGEN UND SONSTIGEN STELLEN DER EUROPÄISCHEN UNION

Europäische Kommission

2014/C 92/04	Euro-Wechselkurs	31
--------------	------------------------	----

Berichtigungen

2014/C 92/05	Berichtigung der Genehmigung staatlicher Beihilfen gemäß den Artikeln 107 und 108 des AEU-Vertrags — Vorhaben, gegen die von der Kommission keine Einwände erhoben werden (ABl. C 50 vom 21.2.2014)	32
2014/C 92/06	Berichtigung der Genehmigung staatlicher Beihilfen gemäß den Artikeln 107 und 108 des AEU-Vertrags — Vorhaben, gegen die von der Kommission keine Einwände erhoben werden (ABl. C 50 vom 21.2.2014)	33
2014/C 92/07	Berichtigung der Genehmigung staatlicher Beihilfen gemäß den Artikeln 107 und 108 des AEU-Vertrags — Vorhaben, gegen die von der Kommission keine Einwände erhoben werden (ABl. C 50 vom 21.2.2014)	34
2014/C 92/08	Berichtigung der Genehmigung staatlicher Beihilfen gemäß den Artikeln 107 und 108 des AEU-Vertrags — Vorhaben, gegen die von der Kommission keine Einwände erhoben werden (ABl. C 50 vom 21.2.2014)	35
2014/C 92/09	Berichtigung der Genehmigung staatlicher Beihilfen gemäß den Artikeln 107 und 108 des AEU-Vertrags — Vorhaben, gegen die von der Kommission keine Einwände erhoben werden (ABl. C 50 vom 21.2.2014)	36
2014/C 92/10	Berichtigung der Genehmigung staatlicher Beihilfen gemäß den Artikeln 107 und 108 des AEU-Vertrags — Vorhaben, gegen die von der Kommission keine Einwände erhoben werden (ABl. C 50 vom 21.2.2014)	37
2014/C 92/11	Berichtigung der Genehmigung staatlicher Beihilfen gemäß den Artikeln 107 und 108 des AEU-Vertrags — Vorhaben, gegen die von der Kommission keine Einwände erhoben werden (ABl. C 50 vom 21.2.2014)	38
2014/C 92/12	Berichtigung der Genehmigung staatlicher Beihilfen gemäß den Artikeln 107 und 108 des AEU-Vertrags — Vorhaben, gegen die von der Kommission keine Einwände erhoben werden (ABl. C 50 vom 21.2.2014)	39
2014/C 92/13	Berichtigung der Genehmigung staatlicher Beihilfen gemäß den Artikeln 107 und 108 des AEU-Vertrags — Vorhaben, gegen die von der Kommission keine Einwände erhoben werden (ABl. C 50 vom 21.2.2014)	40
2014/C 92/14	Berichtigung der Genehmigung staatlicher Beihilfen gemäß den Artikeln 107 und 108 des AEU-Vertrags — Vorhaben, gegen die von der Kommission keine Einwände erhoben werden (ABl. C 50 vom 21.2.2014)	41



wenn der Betreiber eines öffentlichen Dienstes einen wesentlichen Anteil der für die Erbringung der betreffenden Personenverkehrsdienste insgesamt erforderlichen Wirtschaftsgüter bereitstellt und diese vorwiegend an die Personenverkehrsdienste gebunden sind, die von dem Auftrag erfasst werden.

Wie diese beiden Bedingungen auszulegen sind, hängt von den einzelfallspezifischen Umständen ab. Wie in Erwägungsgrund 15 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 betont, können „Langzeitverträge (...) bewirken, dass der Markt länger als erforderlich geschlossen bleibt, wodurch sich die Vorteile des Wettbewerbsdrucks verringern. Um den Wettbewerb möglichst wenig zu verzerren und gleichzeitig die Qualität der Dienste sicherzustellen, sollten öffentliche Dienstleistungsaufträge befristet sein.“ Hinzu kommt, dass es bei sehr langen Vertragslaufzeiten aufgrund wachsender Unsicherheitsfaktoren schwierig wird, die Risiken richtig zwischen dem Betreiber und der Behörde aufzuteilen. Andererseits wird in Erwägungsgrund 15 erläutert, dass „die Möglichkeit, öffentliche Dienstleistungsaufträge um maximal die Hälfte ihrer ursprünglichen Laufzeit zu verlängern, ... dann vorgesehen werden [sollte], wenn der Betreiber eines öffentlichen Dienstes Investitionen in Wirtschaftsgüter tätigen muss, deren Amortisierungsdauer außergewöhnlich lang ist, und — aufgrund ihrer besonderen Merkmale und Zwänge — bei den in Artikel 349 des Vertrags genannten Gebieten in äußerster Randlage“.

Jeder Entscheidung über eine Verlängerung der Laufzeit eines öffentlichen Dienstleistungs-auftrags um 50 % sollten folgende Überlegungen vorausgehen: Der öffentliche Dienstleistungsauftrag muss den Betreiber dazu verpflichten, Investitionen in Wirtschaftsgüter wie z. B. Rollmaterial, Wartungseinrichtungen oder Infrastruktur zu tätigen, deren Amortisierungsdauer außergewöhnlich lang ist

In der Regel beschließt die zuständige Behörde vor der Vergabe eines neuen Auftrags, dass die Vertragslaufzeit verlängert werden soll. Muss während der Laufzeit eines Vertrags beschlossen werden, diese zu verlängern, da beabsichtigte Investitionen in Rollmaterial nicht zu Beginn der Vertragslaufzeit, sondern beispielsweise aus technischen Gründen zu einem späteren Zeitpunkt getätigt werden, so muss diese Möglichkeit in den Ausschreibungsunterlagen deutlich angegeben und diese Option in Bezug auf die Ausgleichsleistungen angemessen widerspiegelt sein. In jedem Fall darf die gesamte Verlängerung der Vertragslaufzeit nicht mehr als 50 % der in Artikel 4 Absatz 4 festgelegten Laufzeit betragen.

2.2.8. Artikel 4 Absatz 5. Optionen für zuständige Behörden, wenn sie im Falle eines Betreiberwechsels Maßnahmen zum Arbeitnehmerschutz für angebracht halten

In Artikel 4 Absatz 5 heißt es: „Unbeschadet des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts, einschließlich Tarifverträge zwischen den Sozialpartnern, kann die zuständige Behörde den ausgewählten Betreiber eines öffentlichen Dienstes verpflichten, den Arbeitnehmern, die zuvor zur Erbringung der Dienste eingestellt wurden, die Rechte zu gewähren, auf die sie Anspruch hätten, wenn ein Übergang im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen⁽¹⁾ erfolgt wäre. Verpflichtet die zuständige Behörde die Betreiber eines öffentlichen Dienstes, bestimmte Sozialstandards einzuhalten, so werden in den Unterlagen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens und den öffentlichen Dienstleistungsaufträgen die betreffenden Arbeitnehmer aufgeführt und transparente Angaben zu ihren vertraglichen Rechten und zu den Bedingungen gemacht, unter denen sie als in einem Verhältnis zu den betreffenden Diensten stehend gelten.“

Im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip und gemäß den Erwägungsgründen 16 und 17 haben die zuständigen Behörden im Bereich des Arbeitnehmerschutzes bei einem Betreiberwechsel grundsätzlich folgende Optionen:

- i) Sie ergreifen keine besonderen Maßnahmen. In diesem Fall müssen Arbeitnehmerrechte, wie ein Personalübergang, nur dann gewährt werden, wenn die Bedingungen für die Anwendung der Richtlinie 2001/23/EG erfüllt sind, z. B. wenn umfangreiche Sachanlagen wie Rollmaterial übertragen werden⁽²⁾.

⁽¹⁾ ABl. L 82 vom 22.3.2001, S. 16.

⁽²⁾ Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union gilt die Richtlinie 2001/23/EG für den Übergang eines Unternehmens, der nach einem wettbewerblichen Vergabeverfahren für einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag erfolgt. In Wirtschaftszweigen mit umfangreichen Sachanlagen, wie Bus- oder Schienenverkehr, gilt die Richtlinie, wenn Sachanlagen in erheblichem Umfang übertragen werden. Eine Übertragung im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG ist nicht ausgeschlossen, wenn das Eigentum an den Sachanlagen, die zuvor von einem Veräußerer genutzt wurden und nun von einem Übernehmer genutzt werden, nicht übertragen wird, z. B. wenn die von dem neuen Auftragnehmer übernommenen Sachanlagen nicht Eigentum seines Vorgängers waren, sondern vom Auftraggeber bereitgestellt wurden; siehe hierzu das Memorandum der Kommission zu den Rechten der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=707&langId=de&intPageId=208>

- ii) Sie fordern, dass die Arbeitnehmer, die zuvor zur Erbringung der Dienste eingestellt wurden — unabhängig davon, ob die Richtlinie 2001/23/EG Anwendung findet — mit den Rechten übernommen werden, auf die sie Anspruch gehabt hätten, wenn ein Übergang im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG erfolgt wäre. In Erwägungsgrund 16 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 ist erklärt, dass „diese Richtlinie die Mitgliedstaaten nicht daran (hindert), die Bedingungen für die Übertragung anderer Ansprüche der Arbeitnehmer als der durch die Richtlinie 2001/23/EG abgedeckten zu wahren und dabei gegebenenfalls die durch nationale Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder zwischen den Sozialpartnern geschlossene Tarifverträge oder Vereinbarungen festgelegten Sozialstandards zu berücksichtigen“.
- iii) Sie fordern, dass der Betreiber öffentlicher Verkehrsdienste „zur Gewährleistung transparenter und vergleichbarer Wettbewerbsbedingungen zwischen den Betreibern und um das Risiko des Sozialdumpings zu verhindern“ (siehe Erwägungsgrund 17 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007), für alle an der Bereitstellung des öffentlichen Verkehrsdienstes beteiligten Arbeitnehmer bestimmte Sozialstandards einhält. Diese Standards können beispielsweise in einer Tarifvereinbarung auf Unternehmensebene oder einer Tarifvereinbarung für das betreffende Marktsegment geregelt sein.
- iv) Sie kombinieren die Optionen ii und iii.

Um transparente Beschäftigungsbedingungen zu gewährleisten, sind die zuständigen Behörden verpflichtet, wenn sie einen Arbeitnehmerübergang fordern oder bestimmte Sozialstandards vorschreiben, diese Verpflichtungen klar und detailliert in den Ausschreibungsunterlagen und den öffentlichen Dienstleistungsaufträgen darzulegen.

2.2.9. Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe e. Voraussetzungen für die Vergabe von Unteraufträgen bei an interne Betreiber vergebenen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen

Bei direkt an einen internen Betreiber vergebenen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen kann unter strengen Voraussetzungen eine Vergabe von Unteraufträgen erfolgen. In einem solchen Fall muss der interne Betreiber gemäß Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe e „den überwiegenden Teil“ der öffentlichen Personenverkehrsdienste selbst erbringen. Mit dieser Bestimmung wollte der Gesetzgeber vermeiden, dass das Konzept eines „internen Betreibers“ unter der Kontrolle der zuständigen Behörde seinen Sinn verliert, da es dem internen Betreiber ansonsten gestattet wäre, die Verkehrsdienste vollständig oder zu einem sehr großen Teil an einen Unterauftragnehmer zu vergeben. Mit Artikel 5 Absatz 2 soll somit verhindert werden, dass falsche interne Betreiber geschaffen werden. Die Erbringung öffentlicher Personenverkehrsdienste durch einen internen Betreiber bildet eine Ausnahme von dem in Artikel 5 Absatz 3 festgeschriebenen Grundsatz, wonach öffentliche Dienstleistungsaufträge „im Wege eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens“ zu vergeben sind. In Erwägungsgrund 7 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 wird erläutert, dass „die Einführung des regulierten Wettbewerbs zwischen Betreibern zu einem attraktiveren und innovativeren Dienstleistungsangebot zu niedrigeren Kosten führt“. Unbeschadet einer Einzelfallbewertung kann sinnvollerweise davon ausgegangen werden, dass es für die Untervergabe von mehr als einem Drittel der öffentlichen Verkehrsdienste guter Gründe bedarf, insbesondere hinsichtlich der erläuterten Ziele von Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe e. Typischerweise werden diese Verkehrsdienste nach ihrem Wert bemessen. In jedem Fall müssen bei einer Untervergabe durch interne Betreiber die einschlägigen Rechtsvorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge eingehalten werden.

Schließlich lässt die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 auch zu, dass in einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag ein Mindestanteil an den nach ihrem Wert bemessenen Verkehrsdiensten festgelegt wird, den der im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags tätige Betreiber an Unterauftragnehmer vergeben muss. Dies kann im Vertrag festgeschrieben sein, sofern die Bestimmungen der Verordnung und dabei vor allem der Höchstanteil eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags, der an Unterauftragnehmer vergeben werden darf, eingehalten werden.

2.3. Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge

Dieser Abschnitt enthält Auslegungshinweise zu einer Reihe von Bestimmungen zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge. Die Erläuterungen betreffen die Bedingungen, unter denen öffentliche Dienstleistungsaufträge direkt vergeben werden können, sowie die verfahrenstechnischen Anforderungen für die wettbewerbliche Vergabe öffentlicher Aufträge.

2.3.1. Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b. Bedingungen, unter denen ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag direkt an einen internen Betreiber vergeben werden darf

Nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 können die zuständigen örtlichen Behörden öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße selbst erbringen oder einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag direkt an einen internen Betreiber vergeben. Entscheiden sie sich für die zweite Option, so müssen sie jedoch eine Reihe strenger Vorschriften und Bedingungen einhalten, die in Artikel 5 Absatz 2 festgelegt sind. Die Kommission trifft folgende Feststellungen:

- i) In Artikel 5 Absatz 2 ist festgelegt, dass eine zuständige örtliche Behörde oder eine Gruppe solcher Behörden, die integrierte öffentliche Personenverkehrsdienste anbietet, einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag direkt an interne Betreiber vergeben kann. Dies bedeutet, dass die von einer Gruppe zuständiger örtlicher Behörden direkt vergebenen öffentlichen Personenverkehrsdienste für das Zuständigkeitsgebiet einer solchen Gruppe von Behörden geografisch, verkehrstechnisch und tariflich zusammengeführt werden müssen. Die Kommission ist auch der Auffassung, dass der geografische Anwendungsbereich solcher unter der Verantwortung einer zuständigen örtlichen Behörde oder einer Gruppe solcher Behörden erbrachten Dienste so festgelegt werden muss, dass diese örtlichen Dienste in der Regel den Bedarf eines Ballungsgebiets und/oder eines Landkreises decken.
- ii) Die in Artikel 2 Buchstabe j festgelegten und in Artikel 5 Absatz 2 näher erläuterten Vorschriften für die Kontrolle des internen Betreibers durch die zuständige Behörde müssen in jedem Fall eingehalten werden. Ein interner Betreiber muss „eine rechtlich getrennte Einheit [sein], über die eine zuständige örtliche Behörde (...) eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht“. In Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a sind eine Reihe von Kriterien genannt, die bei der Bewertung, ob eine zuständige örtliche Behörde eine effektive Kontrolle über ihren internen Betreiber ausübt, heranzuziehen sind. Diese Kriterien sind „der Umfang der Vertretung in Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremien, diesbezügliche Bestimmungen in der Satzung, Eigentumsrechte, tatsächlicher Einfluss und tatsächliche Kontrolle über strategische Entscheidungen und einzelne Managemententscheidungen“. In die Bewertung der Kontrolle müssen alle diese Kriterien, soweit anwendbar, einbezogen werden.
- Was das Kriterium der Eigentumsrechte betrifft, müssen die zuständigen Behörden nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nicht 100 % des Kapitals des internen Betreibers halten. Dies könnte beispielsweise bei öffentlich-privaten Partnerschaften von Belang sein. In dieser Hinsicht ist „interner Betreiber“ in der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 weiter ausgelegt als in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union⁽¹⁾. Allerdings muss die effektive Kontrolle durch die zuständige Behörde anhand anderer Kriterien nachgewiesen werden (siehe Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a).
- iii) Um Wettbewerbsverzerrungen zu verringern, sollten gemäß Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b die Verkehrsdienstleistungen interner Betreiber und aller Einheiten, die deren Kontrolle unterliegen, geografisch auf das Zuständigkeitsgebiet der zuständigen örtlichen Behörde beschränkt sein oder von einer zuständigen örtlichen Behörde gemeinsam kontrolliert werden. Somit dürfen sich diese Betreiber oder Einheiten nicht an Ausschreibungen beteiligen, die die Bereitstellung öffentlicher Personenverkehrsdienste außerhalb des Gebiets der zuständigen Behörde betreffen. Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b wurde bewusst weit gefasst, um zu verhindern, dass Unternehmensstrukturen geschaffen werden, mit denen diese geografische Beschränkung umgangen werden soll. Unbeschadet der Bestimmungen zu abgehenden Linien gemäß Ziffer v wird die Kommission bei der Anwendung dieser Bestimmung zur geografischen Beschränkung besondere Strenge walten lassen, insbesondere wenn sowohl der interne Betreiber als auch eine andere, Verkehrsdienste erbringende Einheit von derselben zuständigen örtlichen Behörde kontrolliert werden.
- iv) Analog zu der Rechtsprechung im Zusammenhang mit öffentlichen Ausschreibungen und Konzessionen, wonach die Tätigkeiten des internen Betreibers keine „Marktausrichtung“ aufweisen sollten⁽²⁾, ist die Bedingung von Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b, nach der „der interne Betreiber (...) (seine) öffentlichen Personenverkehrsdienste innerhalb des Zuständigkeitsgebiets der zuständigen örtlichen Behörde (ausführt) (...) und nicht an außerhalb des Zuständigkeitsgebiets der zuständigen örtlichen Behörde organisierten wettbewerblichen Vergabeverfahren für die Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten (teilnimmt)“, wie folgt auszulegen: Der interne Betreiber und die Einheit, auf die der interne Betreiber Einfluss ausübt, dürfen keine öffentlichen Personenverkehrsdienste betreiben, auch nicht als Unterauftragnehmer, und — innerhalb der EU sowie aufgrund möglicher indirekter Auswirkungen auf den Binnenmarkt auch weltweit — nicht an Ausschreibungen außerhalb des Zuständigkeitsgebiets der zuständigen Behörde teilnehmen.
- v) Gemäß Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b ist internen Betreibern der Betrieb „der abgehenden Linien oder sonstiger Teildienste, die in das Zuständigkeitsgebiet benachbarter zuständiger örtlicher Behörden führen“, gestattet. Durch diese Bestimmung ist eine gewisse Flexibilität gegeben, da hierdurch Verkehrsdienste zwischen benachbarten Regionen abgedeckt werden. Interne Betreiber können somit in einem gewissen Umfang Verkehrsdienste betreiben, die über das Zuständigkeitsgebiet ihrer zuständigen örtlichen Behörde hinausgehen. Zur Feststellung, ob die Dienste im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags im Einklang mit diesen Bestimmungen stehen, sollten folgende Kriterien herangezogen

(1) Rechtssache C-324/07 Coditel Brabant SA gegen Commune d'Uccle und Région de Bruxelles-Capitale, Slg. 2008 I-8457, Rdnr. 30.

(2) Die Rechtsprechung im Zusammenhang mit internen Betreibern enthält keine Voraussetzung, die diesen Betreibern die Teilnahme an wettbewerblichen Vergabeverfahren außerhalb des Zuständigkeitsgebiets der zuständigen Behörde untersagen würde. Aus der Rechtsprechung geht jedoch eindeutig hervor, dass ein Unternehmen, das eine Marktausrichtung erreicht, die Kontrolle durch die Gemeinde schwierig macht. (siehe Rechtssache C-458/03 — Parking Brixen GmbH gegen Gemeinde Brixen und Stadtwerke Brixen AG, Slg. 2005 I-08585.).



The Voice
of European
Railways



Soziale Aspekte und der Schutz der Beschäftigten bei wettbewerblichen Ausschreibungen bei öffentlichen Schienenverkehrsdiensten und im Falle eines Betreiberwechsels als Folge

GEMEINSAME STELLUNGNAHME CER/ETF

PRÄAMBEL

Als Teil einer Evaluierung verschiedener Sozialvorschriften im Schienenpersonenverkehr in Zusammenhang mit der PSO-Verordnung 1370/2007 haben CER und ETF beschlossen, eine Studie zu den sozialen Aspekten und zum Schutz der Mitarbeiter bei der wettbewerblichen Ausschreibung öffentlicher Schienenpersonenverkehrsdienste und im Falle eines Betreiberwechsels durchzuführen. Das von den Sozialpartnern entwickelte Projekt veranschaulicht die Situation des Beschäftigtenschutzes im SPNV in den EU-Mitgliedstaaten.

Gute Sozialstandards sind – sowohl aus der Sicht der Beschäftigten als auch der Arbeitgeber – eine Grundvoraussetzung für die Erbringung hochwertiger Dienstleistungen und ein wichtiger Faktor für die Bewahrung bzw. Verbesserung der Attraktivität der Arbeitsplätze im Eisenbahnsektor. Aufgrund des demografischen Wandels in nahezu sämtlichen EU-Mitgliedstaaten gehört dieses zu einer wesentlichen Herausforderung.

Das Projekt hat deutlich gemacht, dass es sehr unterschiedliche nationale Sachverhalte bezüglich sozialer Bedingungen und Beschäftigtenschutz im Falle eines Betreiberwechsels gibt, insbesondere mit Blick auf die Anwendung der Artikel 4(5) sowie 4(6) in Verbindung mit den Erwägungsgründen 16 und 17 der VO (EG) 1370/2007. Einige Mitgliedstaaten haben bereits vor dem Inkrafttreten der Verordnung 1370/2007 auf nationaler Ebene ähnliche Vorschriften hinsichtlich verbindlicher Sozialstandards und/oder einem obligatorischen Personaltransfer verabschiedet. In der Tat, eine Reihe von Ländern haben beschlossen, solche Sozialvorschriften durch nationale Gesetze bzw. Verordnungen zu verankern, oder sie schufen die Rahmenbedingungen, damit die Sozialpartner Vereinbarungen über angemessene Sozialstandards in dem Sektor schließen können. Andererseits gibt es anscheinend immer noch Mitgliedstaaten, in denen die sozialen Aspekte der Marktöffnung nicht ausreichend bzw. überhaupt nicht berücksichtigt werden.

GRUNDSÄTZLICHE STANDPUNKTE

1. Wenn auch die Meinung der europäischen Sozialpartner in der Frage der Notwendigkeit einer weiteren Liberalisierung und Marktöffnung auseinander geht, kommen beide gemeinsam zu der Schlussfolgerung, dass die Folgen des Wettbewerbs nicht zu Lasten der Arbeitsbedingungen der Beschäftigten gehen darf. Zu deren Schutz sollten auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene verbindliche Sozialstandards und/oder der obligatorische Mitarbeitertransfer im Fall eines Betreiberwechsels verlangt werden.
2. Die Sozialpartner betonen, dass für jeden EU-Mitgliedstaat, in dem ein derartiger Schutz nicht existiert, es verpflichtend sein muss, für gleiche soziale Voraussetzungen zu sorgen, indem verbindliche Sozialstandards (auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene) festgelegt werden, um die zum Zeitpunkt des Betreiberwechsels bestehenden Arbeitsbedingungen zu schützen, und/oder indem ein Transfer des vorher für die Erbringung der Dienstleistungen beschäftigten Personals verlangt wird. Dies sollte - im Einklang mit den nationalen oder regionalen Besonderheiten - spätestens bei der Öffnung des inländischen Schienenpersonenverkehrsmarktes entweder vom Gesetzgeber und/oder von den Sozialpartnern durch branchenweite Tarifverträge (einschließlich der Vorschriften für Beamte bzw. Personal mit einem beamtenähnlichen besonderen Beschäftigungsstatut) erfolgen.
3. Derartige Sozialstandards müssen mindestens Lohn-, Arbeitszeit-, Arbeitssicherheits- und Gesundheitsschutz- sowie Ausbildungsbestimmungen enthalten.
4. Ein obligatorischer Personaltransfer im Falle eines Betreiberwechsels wird auch die Kontinuität der Dienstleistung für die Fahrgäste und Verkehrsbehörden sicherstellen. Wenn es zu einem Transfer kommt, muss dieser für die zuvor für die Erbringung von Dienstleistungen durch den früheren Betreiber eingestellten Bahnmitarbeiter gelten und ihnen die Rechte zusichern, auf die sie bei einem Transfer im Sinne von Richtlinie 2001/23 Anspruch gehabt hätten. Nichtsdestotrotz besitzt der vormalige Betreiber die Möglichkeit, den betroffenen Mitarbeitern bei Fortsetzung des existierenden Vertrages neue Stellen anzubieten.
5. ETF und CER empfehlen, die Erfahrung und das Wissen der Sozialpartner im gesamten Ausschreibungsprozess zu nutzen.

Brüssel, 23. September 2013

CER – Gemeinschaft der europäischen Bahnen und Infrastrukturgesellschaften

Avenue des Arts, 53
1000 Brussels
Belgium
Tel : +32 2 213 08 70
Fax : +32 2 512 53 31
e-mail : contact@cer.be
web : www.cer.be

ETF – Europäische Transportarbeiter Föderation

Galerie Agora
Rue du Marché aux Herbes 105, Boîte 11
1000 Brussels
Belgium
Tel: +32 2 285 46 60
Fax: +32 2 280 08 17
e-mail : etf@etf-europe.org
web : www.etf-europe.org

[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.] Postfach 171160 • 10203 Berlin

per E-Mail: h.schnier@ltg.hessen.de
Hessischer Landtag
Der Vorsitzende des Ausschusses für Wirtschaft
und Verkehr
Postfach 32 40
65022 Wiesbaden

Berlin, 29.08.2014

Unser Zeichen Hessen; Landtag [002/13] JK-SM

Gesetzentwürfe

**der Fraktion der Fraktion DIE LINKEN – Drucks. 19/134;
der Fraktion der SPD – Drucks. 19/349 und der Fraktionen der CDU
und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN– Drucks. 19/401; Ihr Schreiben vom
03.07.2014**

Sehr geehrter Herr Reif,

ich nehme Bezug auf Ihr vorgenanntes Schreiben in der oben angeführten
Angelegenheit und danke für die mir eingeräumte Möglichkeit zur Stel-
lungnahme.

Meine Stellungnahme beschränkt sich dabei auf die mit der Vergabe öffentlicher Aufträge
in engerem Zusammenhang stehenden, wesentlichen Aspekte der vier Gesetzentwürfe.
Aus Zeitgründen ist es mir leider nicht möglich, zu Fragen der Zweckmäßigkeit und Prakti-
kabilität aller Normen umfassend Stellung zu beziehen. Ich konzentriere mich daher nach-
folgend auf die vergabe- und teilweise kommunalrechtlich kritischen Aspekte der drei Ent-
würfe. Dabei gehe ich nachfolgend zunächst allgemein auf die mit den Gesetzentwürfen
verbundenen Fragestellungen (hierzu unter I.) ein, bevor ich zu den Detailregelungen in den
einzelnen Gesetzentwürfen knappe Hinweise gebe, falls nach überschlägiger Prüfung er-
hebliche vergabe- oder kommunalrechtliche Bedenken hinsichtlich der vorgeschlagenen
Ausgestaltung bestehen (hierzu unter II.).

Partnerschaftsgesellschaft
AG Berlin-Charlottenburg
PR 578 B

Steuernummer
14/301/50286

Bankverbindung
Berliner Sparkasse
BLZ 100 500 00
Konto 790 010 542
BIC: BELAEXXX
IBAN: DE43 1005 0000 0790 0105 42

Berlin
EnergieForum Berlin
Stralauer Platz 34
10243 Berlin
Tel. 030.726 10 26.0
Fax. 030.726 10 26.10
berlin@ggsc.de
www.ggsc.de

Berlin
Hartmut Gaßner
Dr. Klaus-Martin Groth
Wolfgang Siederer
Katrin Jänicke
Angela Zimmermann
Caroline von Bechtolsheim
Dr. Achim Willand
Dr. Jochen Fischer
Dr. Frank Wenzel
Dr. Maren Wittzack
Dr. Gerrit Aschmann
Dr. Georg Buchholz
Jens Kröcher
Dr. Sebastian Schattenfroh
Dr. Jörg Beckmann
Dr. Joachim Wrase
Isabelle-Konstanze Charlier, M.E.S.
Dr. Markus Behnisch
Wiebke Richmann
Annette Sander
Julia Biermann
Alexandra Pyttlik
Linus Viezens
Grigori Lagodinsky
Dr. Julia-Pia Schütze, LL.M.
Dorothee Hoffmeister

Augsburg
Dr. Thomas Reif
Robert Kutschick
Dr. Valentin Köppert, LL.M.

I. Allgemein Anmerkungen

Der Erlass eines Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes darf nicht gegen die verfassungsrechtliche Gesetzgebungskompetenz nach Art. 70 ff. GG verstoßen.

Nach Art. 74 Nr. 11 GG unterliegt das Recht der Wirtschaft, welches auch das Vergaberecht umfasst, der konkurrierenden Gesetzgebung. Danach haben die Länder nur dann die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Der Bundesgesetzgeber hat von seiner Kompetenz mit Erlass der §§ 97 ff. GWB zwar Gebrauch gemacht, allerdings müsste er dabei für eine umfängliche Sperrwirkung eine abschließende Regelung getroffen haben. Nach der Rechtsprechung des BVerfG (Beschluss vom 11.07.2006, 1 BvL 4/0) ist der Vorschrift des § 97 Abs. 4 2. Halbsatz GWB zu entnehmen, dass auch aus Sicht des Bundesgesetzgebers Regelungen zu den dort genannten umweltbezogenen, sozialen und innovativen Kriterien durch den Landesgesetzgeber grundsätzlich möglich sein sollen. Mit der in § 97 Abs. 4 s. 3 GWB ausdrücklich eröffneten Möglichkeit einer landesgesetzlichen Regelung ist ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien gerade auch dem Wunsch der Länder nach einer kompetenzrechtlichen Legitimation eigener Tariftreuevorschriften für den Bereich ihrer Auftragsvergabe Rechnung getragen worden. Damit besteht eine (grds. umfassende) Gesetzgebungskompetenz des Landes auf dem Gebiet des Vergaberechts für die Länder.

Dabei müssen die vorgeschlagenen Regelungen mit dem unionsrechtlichen und bundesgesetzlichen Rahmen vereinbar sein.

Alle drei Gesetzentwürfe verfolgen dabei – in unterschiedlicher Ausprägung und Intensität – u.a. das Ziel, die Möglichkeit der Anwendung von sozialen und umweltbezogenen Kriterien im Rahmen von Vergabeverfahren unter und oberhalb der Schwellenwerte zu konkretisieren.

Zu der Frage der grundsätzlichen Vereinbarkeit solcher Ziele des Landesgesetzgebers mit den unions- und bundesrechtlichen Vorgaben erlaube ich mir zunächst auf meine Stellungnahme vom 28.01.2013 zu den damaligen Entwürfen der Fraktionen des Hessischen Landtags für ein Vergabe- und Tariftreugesetz zu verweisen.

Ergänzend ist aber auf folgende Gesichtspunkte hinzuweisen:

Am 28.03.2014 wurden neue EU-Vergaberichtlinien im Amtsblatt der EU veröffentlicht, die bis zum 18.04.2016 in nationales Recht umzusetzen sind. Relevant für diese Stellungnahme sind vor allem die Richtlinie 2014/24/EU, die die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG ersetzt und die Richtlinie 2014/25/EU, die die Richtlinie 2004/17/EG ersetzt.

Zwar sind diese Richtlinien erst bis 18.04.2016 in nationales Recht umzusetzen, bei der Neufassung von Landesrecht sollte aber geprüft werden, ob durch den sich ändernden unionsrechtlichen Rahmen Kollisionen mit dem Landesrecht drohen. Dem wird grundsätzlich in allen drei Gesetzentwürfen Rechnung getragen. In den Entwürfen sind nach überschlägiger Prüfung keine Formulierungen enthalten, die zwar mit dem bisher geltenden Unionsrecht konform sind, aber mit dem zukünftig geltenden, umsetzungsbedürftigen Unionsrecht kollidieren.

Nachfolgend erlaube ich mir auf zwei wesentliche Gesichtspunkte aller drei Gesetzgebungsinitiativen im Hinblick auf ergänzend zu berücksichtigende Entwicklungen seit Anfang 2013 hinzuweisen.

1. **Tariftreue/Mindestentgelt**

Die bis jetzt bedeutendste Entscheidung zur Einführung einer Mindestlohnklausel in das Vergaberecht ist die Ruffert-Entscheidung des EuGH (Urteil vom 03.04.2008, C-346/06). Diese war bereits Gegenstand meiner Stellungnahme vom 28.01.2013, so dass ich mir erlaube hierauf zu verweisen.

Die Ausgangssituation in der Ruffert-Entscheidung ändert sich nun mit der Einführung des Tarifautonomiestärkungsgesetzes, dem der Bundesrat am 11.07.2014 zugestimmt hat. Durch das Mindestlohngesetzes (MiLoG) wird ein bundesweiter Mindestlohn eingeführt, der zwar nicht für alle Personengruppen gilt, jedoch für alle Branchen und sowohl für öffentliche als auch für private Auftraggeber.

Der Kritikpunkt des EuGH, dass der Mindestlohn nur für einen Teil der Bautätigkeit gelte, weil er nur öffentliche Aufträge regelte und nicht allgemeinverbindlich war, ist im Falle der Bezugnahme eines Vergabe- und Tariftreuegesetz auf das MiLoG somit obsolet. Der teilweise gerügte protektionistische Ansatz einer Mindestlohnregelung in Landesvergabegesetzen wird durch die bundesweite Mindestlohnregelung nun auch beseitigt und ersetzt durch den Zweck, ange-

messene Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sicherzustellen (BT Drucksache 18/1558).

Das nach Ansicht des EuGH in der Ruffert-Entscheidung wegen der fehlenden Allgemeinverbindlichkeit mit der niedersächsischen Regelung nicht erreichte Ziel des Arbeitnehmerschutzes dürfte mit der Einführung des MiLoG nun auch aus Sicht des EuGH erfüllt sein. Damit läge ein Schutzzweck vor, der geeignet wäre, eine Diskriminierung nach Unionsrecht zu rechtfertigen.

Problematisch könnte sein, dass das MiLoG uneingeschränkt erst ab 01.01. 2018 gilt und bis dahin abweichende Regelungen eines Tarifvertrages repräsentativer Tarifvertragsparteien dem Mindestlohn vorgehen, wenn sie für alle unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Arbeitgeber mit Sitz im In- oder Ausland sowie deren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verbindlich gemacht worden sind. Dies gilt entsprechend für Rechtsverordnungen, die auf der Grundlage von § 11 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes sowie § 3a des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes erlassen worden sind.

Allerdings gelten auch die abweichenden Tarifvereinbarungen immer branchenweit unabhängig davon, ob es sich um öffentliche oder private Aufträge handelt. Es ist daher nach unserer Auffassung davon auszugehen, dass auch vor dem 01.01.2018 der Verweis auf das MiLoG ausreicht, um eine Diskriminierung zu rechtfertigen.

Voraussetzung ist, dass im Vergabe- und Tariftreuegesetz auf das MiLoG verwiesen wird und kein eigener Mindestlohn oder Verweis auf eine Tariftreue Regelung eingeführt wird. Dem trägt der Entwurf der Regierungsfractionen Rechnung und dies ist aus Gründen der Rechtsicherheit nachdrücklich zu begrüßen.

Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass zwischenzeitlich sowohl das OLG Koblenz als auch die Vergabekammer Arnsberg angezweifelt haben, ob eine landesrechtliche Verpflichtung (einmal durch das TVgG NRW und das LTTG Rheinland Pfalz) des Bieters, seinen Arbeitnehmern einen durch das Vergabegesetz selbst vorgegebenen Mindestlohn zu zahlen, mit der Dienstleistungsfreiheit in Art. 56 AEUV und Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG vereinbar ist und daher diese Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt haben (VK Arnsberg, Beschluss vom 22.10.2013, VK 18/13 und OLG Koblenz, Beschluss vom 19.02.2014, 1 Verg 8/13).

Eine Entscheidung des EuGH steht noch aus. Vor dem Hintergrund dieser anhängigen Verfahren ist nicht zu empfehlen, derzeit eigenständige landesrechtliche Mindestlohnregelungen einzuführen, wie dies in den Gesetzentwürfen der Fraktion der SPD und der Fraktion DIE LINKEN der Fall ist.

2. Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Kriterien

Nach dem zum jetzigen Zeitpunkt geltenden nationalen Recht können in den verschiedenen Stadien des Vergaberechts soziale Kriterien bei der Vergabe berücksichtigt werden.

Ist der Schwellenwert des zu vergebenden Auftrags nach § 2 VgV erreicht, so schreibt § 97 Abs. 5 GWB vor, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Gebot erteilt werden muss. Damit ist, wie sich aus der Rechtsprechung des EuGH und den Erwägungsgründen zu den Vergaberichtlinien ergibt, nicht nur das betriebswirtschaftlich preisgünstigste Gebot gemeint; vielmehr liegt der Norm ein weiter Wirtschaftsbegriff zu Grunde, der auch die Berücksichtigung von sozialen und umweltbezogenen Erwägungen zulässt.

Art. 26 RL 2004/18/EG bzw. Art. 38 RL 2004/17/EG, die ohne inhaltliche Änderung in § 97 Abs. 4 GWB umgesetzt wurden, ermöglichen es, zusätzliche, insbesondere soziale und umweltbezogene Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorzuschreiben, sofern diese in der Bekanntmachung oder in den Vergabungsunterlagen angegeben werden. Zu den verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten erlaube ich mir auf meine Stellungnahme vom 28.01.2013, S. 4 bis 7 zu verweisen.

Die oben genannten Vorschriften gelten für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte. Für die Vergabe unterhalb der Schwellenwerte muss die Knüpfung an soziale und umweltbezogene Kriterien aber erst recht möglich sein.

Ihre Grenze findet die Vorgabe von solchen Kriterien jeweils in den primärrechtlichen Grundsätzen des Unionsrechts.

Die neuen Vergaberichtlinien enthalten zu diesen Fragen einige Konkretisierungen und Weiterentwicklungen auf die ich kurz hinweisen will, da sie bei der praktischen Umsetzung der Kriterien in Vergabeverfahren relevant sind:

Nach Art. 42 der Richtlinie 2014/24/EU kann die Leistungsbeschreibung im Rahmen von technischen Spezifikationen Merkmale enthalten, die sich auch auf den spezifischen Prozess oder die spezifische Methode zur Produktion beziehungsweise Erbringung der angeforderten Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen oder auf einen spezifischen Prozess eines anderen Lebenszyklus-Stadiums davon beziehen, auch wenn derartige Faktoren nicht materielle Bestandteile von ihnen sind, sofern sie in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Zielen verhältnismäßig sind.

Damit werden auch umwelt- und sozialpolitische Ziele der Mitgliedsstaaten stärker berücksichtigt (etwa zum gleichlautenden Art 60 der Sektorenrichtlinie *Prieß/Stein*: Die neue EU-Sektorenrichtlinie, NZBau 2014, 323).

Dies wird unterstrichen durch den Erwägungsgrund 37 der RL 2014/24/EU:

„Im Hinblick auf eine angemessene Einbeziehung umweltbezogener, sozialer und arbeitsrechtlicher Erfordernisse in die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge ist es besonders wichtig, dass Mitgliedstaaten und öffentliche Auftraggeber geeignete Maßnahmen ergreifen, um die Einhaltung der am Ort der Ausführung der Bauleistungen oder der Erbringung der Dienstleistungen geltenden Anforderungen auf dem Gebiet des Umwelt-, Sozial- und Arbeitsrechts zu gewährleisten, die sich aus auf nationaler und auf Unionsebene geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften, Verfügungen und Beschlüssen sowie aus Tarifverträgen ergeben, sofern diese Regelungen und ihre Anwendung mit dem Unionsrecht vereinbar sind. Gleichermaßen sollten während der Auftragsausführung auch die Verpflichtungen aus den von allen Mitgliedstaaten ratifizierten und in Anhang X aufgeführten internationalen Übereinkommen gelten.“

Art. 70 der 2014/24/EU legt allerdings ausdrücklich fest, dass etwaig verwendete soziale oder umweltbezogene Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. „In Verbindung stehen“ wird definiert durch Art. 67 Abs. 3 2014/24/EU:

„Zuschlagskriterien stehen mit dem Auftragsgegenstand des öffentlichen Auftrags in Verbindung, wenn sie sich in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Lebenszyklus-Stadium auf die gemäß dem Auftrag zu erbringenden Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen beziehen, einschließlich Faktoren, die zusammenhängen mit

- a) *dem spezifischen Prozess der Herstellung oder der Bereitstellung solcher Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen oder des Handels damit oder*
- b) *einem spezifischen Prozess in Bezug auf ein anderes Lebenszyklus-Stadium,*

auch wenn derartige Faktoren sich nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken.“

Bei Einhaltung dieses unionsrechtlichen Rahmens bestehen daher sowohl auf der Ebene der Leistungsbeschreibung als auch bei der Bewertung der Angebote keine Bedenken gegen die Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Kriterien.

Sowohl nach altem als auch nach neuem Recht können allgemeine soziale Bedingungen der Produktion nicht über die Leistungsbeschreibung abgebildet werden, weil damit die Auftragsbezogenheit fehlt. Hierauf hatten wir bereits in unserer Stellungnahme vom 28.01.2013 in Bezug auf die damaligen Gesetzesentwürfe der Fraktion der SPD und der Fraktion DIE LINKEN hingewiesen.

Da die Entwürfe insofern von den Fraktionen unverändert erneut eingebracht wurden, bleibt es dabei, dass am Auftragsbezug der vorgeschlagenen Regelungen erhebliche Zweifel bestehen.

II. Stellungnahme zu den Detailregelungen der einzelnen Gesetzesentwürfen

1. Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Hessisches Vergabe und Tarifreuegesetz (im Folgenden: HVTG-E)

Zu § 1 HVTG-E:

Das Gesetz gilt nach dem Entwurfstext bisher nur für Anstalten des öffentlichen Rechts, wenn es sich um solche nach § 2c des Hessischen OFFENSIV-Gesetzes vom 20.12.2004 handelt.

Zwischenzeitlich hat der Landesgesetzgeber aber als weitere Rechtsform der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen in § 126a HGO und § 29a KGG die kommunale Anstalt des öffentlichen Rechts und die gemeinsame kommunale Anstalt des öffentlichen Rechts eingeführt. Es sollte überdacht werden, ob diese Anstalten des öffentlichen Rechts wirklich vom Anwendungsbereich ausgenommen werden sollen.

Zu § 14 Abs. 6 HVTG-E:

Ich habe erhebliche Zweifel, ob die Vorgabe der Berücksichtigung der „regionalen Wertschöpfung“ auf der Ebene der Bewertung mit dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot nach Art. 18, 56 AEUV vereinbar ist. Durch die positive

Bewertung von regionaler Wertschöpfung werden in der großen Mehrzahl der von der Norm geregelten Fälle typischerweise Angehörige anderer Mitgliedsstaaten schlechter gestellt, da diese in aller Regel nicht regional produzieren. Ich empfehle daher, § 14 Abs. 6 HVTG-E zu streichen.

Zu § 17 Abs. 2 Satz 3 HVTG-E:

Soweit in § 16 Abs. 2 HVTG-E eine zwingende Prüfpflicht ab einer Abweichung von 10 % festgelegt wird, erscheint dies für Dienstleistungen problematisch. Gerade bei Dienstleistungsbereich kommt es häufig zu ganz erheblichen Preisabweichungen zwischen den Bietern. Diese rühren nicht selten daher, dass einzelne Unternehmen etwa auf Grund von Konzernstrukturen erhebliche Synergievorteile bei der Leistungserbringung haben, die anderen Unternehmen nicht zur Verfügung stehen. Es erschiene als Förmerei, in all diesen Fällen bereits bei einer Preisabweichung von 10 % eine zwingende Preisprüfung vorzusehen. Es ist daher zu empfehlen, die obligatorische Prüfung auf den Baubereich zu beschränken und – wie von den entsprechenden Nachprüfungsinstanzen anerkannt – bei Dienstleistungen von einer Prüfpflicht ab einer Abweichung von 20 % auszugehen.

2. Gesetzesentwurf der Fraktion der SPD für ein Gesetz zur Sicherung von Tarifreue und Sozialstandards sowie fairem Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Hessisches Tarifreue - und Vergabegesetz, im Folgenden: HTVergG-E)

Zu § 4 Abs. 2 HTVergG-E:

Es muss VOB/A statt VOB/B heißen.

Zu § 10 Abs. 4 HTVergG-E:

Zu diesem Regelungsvorschlag ist auf die obigen Ausführungen zum Thema Mindestlohn zu verweisen. Es ist aus Gründen der Rechtssicherheit vor dem Hintergrund der derzeit anhängigen Vorabentscheidungsersuchen nicht ratsam, eigenständige Mindestentgelttatbestände auf Ebene des Landesrechts zu schaffen.

Zu § 12 Abs. 4 Nr. 1 HTVergG-E:

§ 12 Abs. 4 Nr. 1 HTVergG-E begegnet Bedenken, da die gezielte Bevorzugung von kleinen und mittleren Unternehmen über die Vorgabe des § 97 Abs. 3 GWB

hinausgehen und einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 I GG darstellen könnte. Ob hier eine Rechtfertigung durch das Ziel des Mittelstandsschutzes gegeben ist, ist zweifelhaft. Möglich wäre sicher eine Formulierung im Sinne von „die Beteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen zu ermöglichen,...“

Zu § 12 Abs. 4 Nr. 3 HTVergG-E:

Es muss VOL/B statt VOL/A heißen.

Zu § 13 HTVergG-E:

Um eine Vereinbarkeit mit nationalem Recht und Unionsrecht zu erzielen, müssen Kriterien wie die Beteiligung an beruflicher Erstausbildung stets mit dem Auftragsgegenstand „in sachlichem Zusammenhang“ (§ 97 Abs. 4 GWB) bzw. „in Verbindung“ (Art. 67 Abs. 2, 3 RL 2014/24/EU) stehen. Eine Anknüpfung an die reine, vom Auftragsgegenstand losgelöste Erstausbildung im Betrieb verstößt gegen höherrangiges Recht.

Zu § 16 Abs. 1 HTVergG-E:

Es müsste Teil A der VOB und Teil A der VOL heißen.

Zu § 16 Abs. 2 HTVergG-E:

Eine starre Aufgreifschwelle für eine Preisprüfung bei Dienstleistungsvergabe von 10 % Preisabweichung ist nicht sinnvoll.

Zu § 17 HTVergG-E:

Es muss VOB/A statt VOB/B heißen.

3. Gesetzesentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge

(im Folgenden: HVergG-E)

Zu § 3 Abs. 3 HVergG-E:

Es bestehen dieselben Bedenken wie bei § 10 Abs. 4 HTVergG-E (s.o.).

Zu § 3 Abs. 5 HVergG-E:

Mit der Einführung des MiLoG dürfte Abs. 5 überholt sein, da sich danach der Mindestlohn auch auf Leiharbeiter erstreckt.

Zu § 6 bis 8 HVergG-E:

Grundsätzlich können die in §§ 6, 7 und 8 genannten Kriterien bei der Vergabe eines Angebotes berücksichtigt werden. Dies wird im Erwägungsgrund 99 der RL 2014/24/EU nochmals ausgeführt:

„Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit der am Produktionsprozess beteiligten Arbeitskräfte, zur Förderung der sozialen Integration von benachteiligten Personen oder Angehörigen sozial schwacher Gruppen unter den für die Ausführung des Auftrags eingesetzten Personen oder zur Schulung im Hinblick auf die für den betreffenden Auftrag benötigten Fähigkeiten können ebenfalls Gegenstand von Zuschlagskriterien oder von Bedingungen für die Auftragsausführung sein, sofern sie mit den im Rahmen des Auftrags zu erbringenden Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen im Zusammenhang stehen. Derartige Kriterien oder Bedingungen können sich unter anderem auf die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen oder die Umsetzung von Ausbildungsmaßnahmen für Arbeitslose oder Jugendliche im Zuge der Ausführung des zu vergebenden Auftrags beziehen.“

Allerdings muss stets ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand bestehen, dies ist durch den Gesetzentwurf bisher nicht sichergestellt.

Zu § 10 Abs. 2 HVergG-E:

Wie auch schon bei § 12 Abs. 4 Nr. 1 HVergG-E ausgeführt, dürfte eine gezielte Bevorzugung von kleinen und mittleren Unternehmen einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG darstellen.

Mit freundlichen Grüßen



Kröcher
Rechtsanwalt



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, Energie, Verkehr und Landesentwicklung
Herr Clemens Reif
Postfach 3240
65022 Wiesbaden

Gießen, 29.08.2014

Stellungnahme des Landesverbands hessischer Omnibusunternehmer e.V. (LHO) zum Gesetzentwurf der Fraktionen CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz (Hessisches Tariftreue- und Vergabegesetz, HTVG, Drucks. 19/401); öffentliche mündliche Anhörung am 11. September 2014

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. § 1, Anwendungsbereich

1.) Geltungsbereich auch für Freistellungsverkehre

Das Gesetz gilt für die Vergabe und Ausführung öffentlicher Aufträge u.a. von Auftraggebern im öffentlichen Nahverkehr nach Abs. 2 (Besteller). Um zu gewährleisten, dass sämtliche betroffenen Auftragsverkehre vom Anwendungsbereich des Gesetzes einbezogen werden, halten wir es für notwendig, ausdrücklich auch die Freistellungsverkehre miteinzubinden.

Hierfür schlagen wir in § 1 Absatz 3 S. 1 folgenden neuen Wortlaut vor:

„Dieses Gesetz gilt auch für öffentliche Dienstleistungsaufträge für Verkehre im Sinne von § 1 der Freistellungs-Verordnung vom 30. August 1962 (BGBl. I S. 601), zuletzt geändert durch Artikel 1 der Verordnung vom 30. Juni 1989 (BGBl. I S. 1273), in der jeweils geltenden Fassung. Soweit nach diesem Gesetz ...“

2.) Anwendung auf selbst erbrachte Leistungen

Nach dem Wortlaut in Absatz 3 gelten die nach diesem Gesetz begründeten Verpflichtungen auch für *selbst erbrachte Leistungen* im öffentlichen Personennahverkehr und bei Direktvergaben nach Art. 5 Abs. 2, 4, und 6 der VO (EG) 1370/07. Diese Formulierung ist insofern missverständlich, als nicht deutlich ist, ob sich diese auf selbst erbrachten Leistungen im Sinne der genannten Verordnung bezieht oder auf eigenwirtschaftliche Verkehre. Während gegen die erstgenannte Definition keine Einwände bestehen, so ist bei Letzteren zu beachten, dass es sich gerade nicht um eine „Vergabe bzw. eine Ausführung öffentlicher Aufträge“ handelt.

Wesenszug von selbst erbrachten – eigenwirtschaftlichen – Verkehren ist, dass diese ohne vorherige Vergabe eines Auftraggebers im öffentlichen Personennahverkehr erbracht werden. Wir regen daher an, die Intention des Gesetzes deutlicher zu formulieren, oder, sofern es sich tatsächlich um eigenwirtschaftliche Verkehre handeln sollte, diese aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes wegen der genannten Bedenken herauszunehmen.

II. § 2, Anforderungen, Verfahren

Abs. 6: Die Vorgabe, die Berücksichtigung mittelständischer Interessen besonders aktenkundig zu machen, ist zu begrüßen. Für wichtig halten wir jedoch noch einen gesetzlichen Hinweis, in welcher Weise die Interesse Berücksichtigung finden sollen.

III. § 3, Soziale, ökologische und innovative Anforderungen, Nachhaltigkeit

Nach Absatz 1 steht es den öffentlichen Auftraggebern frei, soziale, umweltbezogene und innovative Anforderungen zu berücksichtigen, wenn diese mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen.

Dass der Gesetzgeber von einer verpflichtenden Berücksichtigung dieser Kriterien abgesehen hat, sondern diese vielmehr in das Ermessen der Auftraggeber stellt, halten wir für sinnvoll, da eine Verpflichtung nicht bei allen Vergabeleistungen sinnvoll und angemessen durchführbar ist.

Sofern im Bereich des ÖPNV von der Möglichkeit der Vorgabe solcher Kriterien Gebrauch gemacht würde, stellte sich zum einen die Frage, wann eine Verbindung mit dem Auftragsgegenstand genau gegeben wäre. Weiter wäre angesichts der Vielzahl möglicher zu beachtender Vorgaben zu befürchten, dass hierdurch zu hohe Hürden bei der Teilnahme an Aufträgen errichtet würden, da sich unweigerlich das Problem der Wertung und Gewichtung im Vergabeprozess stellte.

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 solche Vorgaben im Rahmen der Auftragsvergabe ein wirksames Mittel zur Mittelstandsförderung sein können. 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. § 4, Tariftreuepflicht

Als Tarifpartner begrüßen wir Maßnahmen, 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 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 gezahlt haben. Um die Problematik einzudämmen, wurde daher schon vor einigen Jahren in Absprache mit den Bestellern 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 (jedoch nur in Bezug auf den sog. „Ecklohn“) von den Unternehmen gefordert. Wir haben somit in Hessen für den Bereich des ÖPNV faktisch schon eine – wenngleich eingeschränkte – Tariftreue.

Wir stehen einer Tariftreuepflicht daher grundsätzlich offen gegenüber.

Hinsichtlich der im Entwurf niedergeschriebenen Tariftreue gibt es aus unserer Sicht jedoch Verbesserungsbedarf, um den zahlreichen hiermit verbundenen Fragen und Problemen besser zu begegnen.

Nach dem Entwurf müssen sich Verkehrsunternehmen gemäß § 4 Absatz 4 bei Angebotsabgabe verpflichten,

- 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 Vorschriften zu zahlen (Ziff. 1) und
- während der Ausführung der Leistungen Erhöhungen nach dem Preisindex der Fachserie 16 (Reihe 4.3 „Landverkehr und Transport in Rohrfernleitungen“) des Statistischen Bundesamtes vorzunehmen (Ziff. 2).

Nach dem Willen des Gesetzgebers soll folglich am Anfang der Leistungserbringung ein gewisses tarifliches Niveau gewährleistet sein. Dieses wird jedoch nicht für die Laufzeit der Leistungserbringung eingefordert. Stattdessen wird den Bietern während der Ausführung der

Leistung die Vorgabe gemacht, durch den Besteller gewährte Erhöhungen der Entgelte nach dem genannten Index vorzunehmen.

Sowohl hinsichtlich des geforderten Niveaus als insbesondere auch im Hinblick auf die Preisanpassung während der Zeit der Ausführung möchten wir auf folgende Punkte hinweisen.

1.) Absatz 4 Ziffer 1: Vorgabe eines repräsentativen Tarifvertrags

Bei der Vorgabe eines repräsentativen Tarifvertrags stellt sich unweigerlich die Frage, wie dieser zu definieren ist und wie sichergestellt werden kann, dass es auch mehr als nur einen repräsentativen Tarifvertrag geben kann. Das Beispiel Nordrhein-Westfalen zeigt, dass die Festlegung auf nur einen repräsentativen (kommunalen) Tarifvertrag eine ganze Branche – in diesem Fall das private Omnibusgewerbe und dessen Tarifwerk, der nach Festlegung des dortigen Arbeitsministeriums nicht repräsentativ sein soll, ins Auge stellt. Die Frage, ob eine solche Einengung zulässig sein kann, ist umstritten, und wird derzeit in einem Rechtsstreit erörtert.

Wir halten es für wichtig, die Tarifautonomie und die damit verbundene Tarifvielfalt zu erhalten. Derzeit bestehen im hessischen straßengebundenen ÖPNV mehrere Tarifwerke, vor allem der LHO-Tarif der privaten Omnibusunternehmen sowie der kommunale TV-N in Hessen nebeneinander. 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. Sie ist auch für eine wirtschaftlich noch tragbare flächendeckende Erbringung von ÖPNV-Leistungen unabdingbar. Eine bewusste – politisch motivierte – Einengung auf eine nur einen Wunsch-Tarifvertrag darf es nicht geben.

Der Wortlaut und auch die Begründung des Gesetzes lassen den Schluss zu, dass der Gesetzgeber – zutreffenderweise – durchaus davon ausgeht, auch mehr als einen repräsentativen Tarifvertrag für Hessen anzunehmen. Auch die Tatsache, dass die Feststellung der entsprechenden Verträge nach § 4 Absatz 6 nur im Einvernehmen der beiden für Tarifwesen und ÖPNV zuständigen Ministerium sowie unter Berücksichtigung der Empfehlungen des nach Absatz 7 einzurichtenden Beirats vorgenommen werden kann, zeigen, dass sich der Gesetzgeber der sensiblen Thematik bewusst ist.

Wir regen dennoch an zu prüfen, ob es nicht für den Zweck des Gesetzes ausreichend sein kann, bei der Verpflichtung nach Ziffer 1 abzustellen auf einen

„in Hessen für diese Leistungen in einem der einschlägigen und geltenden mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbarten Tarifvertrag ...“

Unabhängig von dieser Frage erscheint es generell auch sinnvoll, bei der späteren Festlegung auf die entsprechenden Tarifverträge bezüglich des straßengebundenen ÖPNV und des schienengebundenen SPNV zu unterscheiden, da für beide Bereiche eine unterschiedliche Tariflandschaft besteht und auch unterschiedlichen Marktgegebenheiten gelten.

2.) Absatz 4 Ziffer 1: Bezugnahme auf das tarifliche Entgelt

Die Tariftreue stellt auf das „maßgebliche Entgelt“ ab. Neben dem reinen Entgelt gibt es jedoch eine Reihe weiterer Lohn-Bestandteile, meist geregelt im Mantel-Tarifvertrag, die kostenwirksam sind. Hierzu zählen insbesondere Zuschlagsregelungen, Urlaubsgeld, Regelungen zu geteilten Diensten, zur Vergütung von Vor- und Nachbereitungsarbeiten, Arbeitsunterbrechungen und Wartezeiten. Diese können einen erheblichen Teil der für die Vergütung relevanten Lohnbestandteile ausmachen und sind für die Gesamtvergütung der Beschäftigten von wesentlicher Bedeutung.

Wir halten es daher für notwendig, auch solche Bestandteile mittels der gesetzlichen Regelung einzubeziehen.

Sinnvoll erscheint es, diese Bestandteile als „entgeltrelevant“ zu bezeichnen, um ihrer Bedeutung für Unternehmen und Beschäftigte Rechnung zu tragen.

Hierfür schlagen wir in § 4 Absatz 4 Ziffer 1 folgende Ergänzung des Wortlauts nach dem Wort „Altersversorgung“ vor:

*„ ... sowie der sonstigen für entgeltrelevanten erklärten tarifvertraglichen Regelungen,
...“*

Die Frage, welche Bestandteile der einschlägigen und repräsentativen Tarifverträge zum Tragen kommen müssen, kann von dritter Stelle festgestellt werden, wobei in diesem Zusammenhang auch der neu einzurichtende Beirat mitwirken sollte.

Hierfür müsste § 4 Absatz 6 Satz 1 folgendermaßen ergänzt werden:

*„ Das für Tarifwesen zuständige Ministerium stellt ... die nach Abs. 4 und 5 anzuwendenden Tarifverträge sowie deren entgeltrelevanten Bestandteile fest und
...“*

Ebenso wäre § 4 Absatz 7 Satz 1 anzupassen:

„Die Feststellung der nach Abs. 4 bis 6 maßgeblichen Tarifverträge sowie deren entgeltrelevanten Bestandteile erfolgt ...“

3.) Absatz 4 Ziffer 2: Preisfortschreibungsregel

Wir begrüßen die Intention des Gesetzgebers, dass Änderungen bei den Personalkosten im Laufe von langlaufenden Verträgen im ÖPNV eine Fortschreibung erfahren müssen. Denn es erscheint uns unzumutbar, den Unternehmen für Laufzeiten von acht oder zum Teil sogar zehn Jahren das volle Risiko der Lohnkostenentwicklung aufzubürden. Dies kann auch aus Sicht der Auftraggeber nicht gewünscht sein, da ansonsten erhebliche Risikoaufschläge eingepreist werden müssten und die Preise entsprechend teurer angeboten würden.

Gleichwohl ist die vorgesehene Preisfortschreibung nach unserem Ermessen nicht ausreichend, um den gewünschten Ausgleich nachhaltig zu erzielen. Sie erweist sich im Wesentlichen als die gesetzliche Festschreibung des Status quo der bislang vertraglich vereinbarten Regelung zwischen Besteller und Unternehmer im ÖPNV in Hessen. Auch dort wird eine Fortschreibung über den benannten Index des Statistischen Bundesamtes vorgenommen.

Jedoch lässt die Zusammensetzung des bundesweiten Index, nämlich als Mix aus Landverkehr und dem branchenfremden „Transport in Rohrfernleitungen“ große Zweifel am nötigen praktischen Bezug zur vergebenen Leistung aufkommen. Noch problematischer ist, dass dieser Index nur auf reine Entgelterhöhungen bezogen ist und die schon erwähnten entgeltrelevanten Bestandteile außen vor lässt. Diese Beschränkung sowie die relative Fremdheit führen daher von Seiten der Unternehmen schon seit Jahren zu Kritik an der bisherigen in den Verkehrsverträgen praktizierten Preisfortschreibung.

Im straßengebundenen ÖPNV betragen die Personalkosten zwischen 40 %, und 50 % der Gesamtkosten und bilden den größten Kostenblock im Rahmen der Kalkulation. Daher wirken sich Erhöhungen, die sich oberhalb der Indexentwicklung bewegen, entsprechend stark aus. Bei Vertragslaufzeiten von acht, teilweise sogar von zehn Jahren sind die tarifgebundenen Unternehmen etwa alle 2 Jahre mit Erhöhungen im Lohn-Tarifvertrag und alle 3 bis 5 Jahre mit Erhöhungen auf Grund von Änderungen im Mantel-Tarifvertrag konfrontiert. Gerade bei Letzterem ist in der Regel vorab nicht abzuschätzen, welche Änderungen auf die Unternehmen zukommen, und wie sich diese kostenwirksam auswirken.

Gerade die kostenrelevanten Erhöhungen im Mantel-Tarifvertrag jedoch können zu erheblichen Abweichungen im Vergleich zur Indexentwicklung führen. Dies führte etwa nach Abschluss der Tarifrunde im Jahr 2010 dazu, dass die Unternehmen allein aus dem Mantel-Tarifvertrag höhere Kosten von durchschnittlich knapp 10 % verkraften mussten, ohne einen entsprechenden Ausgleich über den Index zu erhalten.

Dies kann jedoch langfristig den Bestand der Unternehmen gefährden. Denn sie können die zu Beginn der Ausschreibung kaum zu kalkulierenden Kosten nicht auffangen. Es besteht die Gefahr, dass Leistungen im ÖPNV nicht mehr kostendeckend erbracht werden können und Unternehmer aus dem Markt bzw. aus laufenden Verträgen ausscheiden müssen.

Das Problem trifft dabei kleinere familiengeführte Unternehmen besonders, deren Rücklagen im Vergleich zu Großunternehmen begrenzter sind. Damit ein funktionsfähiger Wettbewerb um ÖPNV-Leistungen in Hessen gewährleistet bleibt, muss es jedoch im Sinne des Gesetzgebers sein, mittelständische Strukturen und Unternehmervielfalt zu erhalten und einer zu starken Konzentration weniger Anbieter vorzubeugen. Dies gewährleistet letztlich einen funktionierenden ÖPNV-Markt in Hessen, der auch den Kunden zugutekommt, und die Qualität der Leistungen flächendeckend sichert.

Aus diesen Erwägungen ist es aus Sicht der von uns vertretenen Unternehmen zwingend und auch praxisnäher, einen eigenen Index zu entwickeln, der dieser Problemlage stärker Rechnung trägt.

Für zweckmäßig halten wir in diesem Zusammenhang einen hessenbezogenen Index, der die Personalkosten im hessischen ÖPNV berücksichtigt und zur Fortschreibung herangezogen werden kann. Hierbei kann ein so gefasster neuer Index durchaus auch in Kombination mit dem bereits bestehenden Bundes-Index gefasst werden. Dies würde auch eine zu starke Anbindung an nur eine bestimmte Lohnkostenerhöhung vermeiden.

Grundlage des Index sollten dabei die festgestellten Tarifverträge nach Absatz 6 sein. Bei der Bemessung des Index müssten zudem die nach der § 4 Absatz 6 für entgeltrelevant erklärten Bestandteile logischerweise auch in die Zusammensetzung bzw. Entwicklung des vorgeschlagenen hessenbezogenen Indexes einfließen und Berücksichtigung finden. Aus diesen Komponenten kann dann ein geeigneter Mittelwert gefunden werden.

Dieser Mittelwert könnte von einer neutralen öffentlichen Stelle, beispielsweise dem für das Tarifwesen zuständigen Ministerium im Einvernehmen mit dem für den ÖPNV zuständigen Ministerium, festgestellt werden.

Eine entsprechende Ergänzung könnte dann in § 4 Absatz 4 Ziffer 2 aufgenommen werden.

2. „während der Ausführung der Leistung Erhöhungen der Entgelte sowie der entgeltrelevanten Bestandteile in Höhe einer vom Besteller nach Satz 2 festgelegten Preisfortschreibung vorzunehmen.

Die Preisfortschreibung erfolgt anhand der Entwicklung eines hessenweiten Index; dieser setzt sich zusammen aus einem Mittelwert der jeweiligen Entwicklung der nach § 4 Absatz 6 festgelegten Tarifverträge in Kombination mit einem geeigneten branchenbezogenen bundesweiten Index. Dieser Mittelwert wird vom für Tarifwesen zuständigen Ministerium, im Einvernehmen mit dem für den Öffentlichen Personennahverkehr zuständigen Ministerium festgestellt. Näheres regelt eine Rechtsverordnung.“

4.) Absatz 4 und 5: Vorgabe der repräsentativen Tarifverträge; grenzüberschreitende Verkehrsleistungen

In Absatz 4 zeigt sich das Gesetz zwar grundsätzlich dahingehend offen, dass es auch mehr als einen einschlägigen und repräsentativen Tarifvertrag geben kann („in einem der einschlägigen und repräsentativen ... Tarifverträge.“).

Wir halten es dennoch für wichtig, gesetzlich abzusichern, dass – sofern der Gesetzgeber an der Vorgabe repräsentativer Tarifverträge festhält, s. die Anregung unter 1.) – bei der Vorgabe mehrerer repräsentativer Tarifverträge in Hessen der Bieter die Wahl hat, für welchen dieser Verträge er die Tariftreue erklärt. Dies muss für Verkehre in Hessen wie auch für länderübergreifende Verkehre gelten. Es sollte ausgeschlossen sein, dass von Seiten eines Auftraggebers nur einer der für repräsentativ erklärten Tarifverträge vorgeschrieben wird. Denn hierdurch könnte die durch das Gesetz vorgesehene Tarifvielfalt wieder aufgehoben werden.

Wir schlagen hierfür folgende Ergänzung des Wortlauts in § 4 Abs. 7 vor (neuer Satz 3).

„Die nach Satz 1 festgestellten Tarifverträge sind von den Bestellern bei der Bekanntmachung vorzugeben. Bei mehreren festgestellten Tarifverträgen ist eine Wahlmöglichkeit bzw. eine Beschränkung des Bestellers bei der Vorgabe nicht möglich.“

Gleiches gilt für Verkehre nach Absatz 5, wonach bei grenzüberschreitenden Verkehren ein einschlägiger und repräsentativer Tarifvertrag aus einem anderen Bundesland zugrunde gelegt werden kann. Ausgeschlossen sein muss, dass von Seiten des Auftraggebers nur ein bestimmter Tarifvertrag als einschlägig und repräsentativ festgelegt wird. Obwohl davon ausgegangen werden muss, dass es dem Gesetzgeber nicht darum geht, in solchen Fällen die Tariftreue nur auf außerhessische Tarifverträge zu ermöglichen, so sollte in Absatz 5 zur Klarstellung die Vorschrift folgendermaßen nach dem Wort „überschreitet“ ergänzt werden.

„..., kann zusätzlich zu den in Hessen einschlägigen und repräsentativen Tarifverträgen auch ein oder mehrerer solcher aus dem betroffenen ...“

5.) Absatz 7: Beirat

Es ist vorgesehen, dass die Feststellung der maßgeblichen Tarifverträge für den ÖPNV unter Berücksichtigung der Empfehlungen eines einzurichtenden Beirats erfolgt. Wir begrüßen die Einbeziehung der jeweiligen tarifpolitischen Akteure und deren Praxiserfahrung. Wir sind als Verband und Tarifvertragspartei gerne bereit, im Beirat mitzuwirken.

V. § 5 Betreiberwechsel

Sofern von der Möglichkeit in § 5 Gebrauch gemacht wird, sollte gewährleistet sein, dass hierbei der betriebliche Datenschutz gewahrt bleibt und auch die Anzahl der zu übermittelnden Informationen auf das unbedingt Notwendige beschränkt bleibt. Denn gerade für kleinere Unternehmen bedeutet die Bereitstellung solcher Daten und Informationen einen erheblichen Aufwand. Wir halten es in diesem Zusammenhang auch für notwendig, dass dem bisherigen Betreiber hierdurch entstehende Aufwendungen durch den Öffentlichen Auftraggeber ersetzt werden.

Daher sollte in § 5 folgender Satz 2 angefügt werden:

„Hierdurch entstehende Aufwendungen des bisherigen Betreibers werden durch den Öffentlichen Auftraggeber erstattet.“

Gerne stehen wir Ihnen im Laufe des weiteren Gesetzgebungsverfahrens für Nachfragen oder zur Erörterung der genannten Punkte zur Verfügung.

Karl Reinhard Wissmüller
- 1. Vorsitzender -

Volker Tuchan
- Geschäftsführer -



Stellungnahme des Bundes der Steuerzahler Hessen e.V.

**zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für
ein Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz – Drucks. 19/401 –**

und

**zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der SPD für ein Gesetz zur Sicherung von
Tariftreue und Sozialstandards sowie fairem Wettbewerb bei der Vergabe
öffentlicher Aufträge – Drucks. 19/349 –**

und

**zu dem Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Gesetz zur Änderung des
Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge – Drucks. 19/134 –**

Der Bund der Steuerzahler (BdSt) Hessen sieht in dem im Jahr 2013 im Hessischen Landtag verabschiedeten Gesetz zur Vergabe öffentlicher Aufträge - soweit dies derzeit bereits eingeschätzt werden kann - eine geeignete und ausreichende Grundlage, um die Vergabepaxis sachgerecht und unbürokratisch zu regeln. Die neuen Entwürfe eines Vergabegesetzes sehen erweiterte Verfahrensregeln vor, die aber die notwendigen Prozesse verlangsamen und die Vergabe öffentlicher Aufträge eher behindern.

Auch steht zu befürchten, dass die Hinzunahme sach- und vergabefremder Kriterien zu deutlich höheren Bürokratiekosten führt. So wird bei der Erläuterung zu allen drei Gesetzentwürfen angeführt, dass finanzielle Mehraufwendungen anfallen, die aber nicht zu beziffern sind. Der BdSt Hessen sieht eine Bindung der Vergabe öffentlicher Aufträge an zusätzliche soziale und ökologische Standards äußerst kritisch und lehnt daher die drei vorgelegten Gesetzentwürfe ab. Nachfolgend beschränken wir uns auf einige grundsätzliche Anmerkungen.

Der Zweck öffentlicher Ausschreibungen besteht darin, einen Wettbewerb um das aus Sicht des Steuerzahlers wirtschaftlichste Angebot zu erzeugen. Der im Gesetzentwurf von CDU und Bündnis 90/Die Grünen enthaltene Vorschlag, zur Verbesserung des Wettbewerbs bei beschränkter Ausschreibung und freihändiger Vergabe künftig mindestens fünf statt drei geeignete Anbieter anzufragen, findet deshalb unsere Zustimmung. Auch müssen Ausschreibungskriterien Kosten- und Leistungsaspekte beinhalten. Es sollte hingegen nicht der Zweck öffentlicher Ausschreibungen sein, private Unternehmen auf dem Umweg über das Vergaberecht zu bestimmten, politisch gewünschten Verhaltensweisen zu drängen.

Die Hinzunahme vergabefremder Ausschreibungskriterien führt zu einer Benachteiligung all jener Unternehmen, die die politisch definierten zusätzlichen Kriterien nicht erfüllen, selbst wenn es sich um fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen handelt. Dadurch wird der Wettbewerb um das wirtschaftlichste Angebot eingeschränkt, was für die öffentliche Hand und damit für die Steuerzahler zu höheren Kosten führt. Außerdem führen zusätzliche Vergabekriterien sowohl in der Verwaltung als auch in den Unternehmen zu einem erheblichen zusätzlichen bürokratischen Aufwand und damit zu einer unnötigen Kostenbelastung von Wirtschaft und Bürgern.

Die neuen Gesetzesvorschläge führen zu Kostensteigerungen, die manche kleine und mittlere Unternehmen davon abhalten dürfte, sich an der Ausschreibung öffentlicher Aufträge zu beteiligen. Eine solche indirekte Privilegierung großer Unternehmen ist aus unserer Sicht abzulehnen. Zudem dürfte es auch den Behörden nur sehr schwer möglich sein, die Einhaltung der Kriterien in der Praxis zu kontrollieren, da dies einen größeren Personaleinsatz erfordern würde, der somit kaum zu leisten ist.

Es ist bei öffentlichen Aufträgen häufig schwierig genug, die Balance aus Qualität und Kosten sachgerecht zu bewerten. Immer wieder gibt es nachträgliche Verteuerungen oder Qualitätsmängel. Um diese Bewertung nicht zu überfrachten und unnötig komplex zu gestalten, ist die Verknüpfung der Vergabe öffentlicher Aufträge mit sozialen und ökologischen Belangen abzulehnen. So wichtig jedes Einzelziel auch ist, vergabefremde Kriterien hindern die öffentliche Hand, sparsam mit Steuergeldern umzugehen. Ferner steht das Ansinnen, zusätzliche Standards auf dem Umweg über das Vergaberecht durchzusetzen, im Widerspruch zu anderen in der Koalitionsvereinbarung genannten,

dringend erforderlichen Vorhaben. Zu nennen sind hier insbesondere die Haushaltskonsolidierung, die Begrenzung der Personalausgaben und die Beschleunigung des Stellenabbaus.

Das öffentliche Auftragswesen sollte nicht zur Durchsetzung allgemeiner politischer Ziele missbraucht und die Vergabe öffentlicher Aufträge über die Vorgaben des § 97 GWB hinaus nicht an zusätzliche Standards gebunden werden. Dr. Walter Arnold führte in der Landtagsdebatte vom 21. März 2013 aus, dass soziale, ökologische und arbeitsmarktpolitische Zielsetzungen „im Vergaberecht nichts zu suchen“ hätten (Landtagsprotokoll S. 9599). Diese Auffassung hält der Bund der Steuerzahler Hessen noch immer für richtig.

**dbb Hessen**dbb beamtenbund und tarifunion
Landesbund Hessen

dbb Hessen xEschersheimer Landstr. 162 x60322 Frankfurt a. M.

An den

Ausschuss für Wirtschaft, Energie, Verkehr
und Landesentwicklung des Hessischen Landtags
Schlossplatz 1 - 3

65 183 Wiesbaden

Frankfurt/Main, 29. August 2014

Öffentliche mündliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung zu folgenden Gesetzesentwürfen

Gesetzesentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge - Drucks. 19/134

Gesetzesentwurf 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. 19/349

Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz - Drucks. 19/401

AZ I A 2.4

hier: Stellungnahme des dbb Hessen

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

vielen Dank für die Möglichkeit, zu den o.g. Gesetzentwürfen Stellung beziehen zu können.

Der **dbb Hessen** nimmt, ohne auf die detaillierten Bestimmungen der unterschiedlichen Gesetzentwürfe im Einzelnen einzugehen, zu der grundsätzlichen Thematik wie folgt Stellung:

Es ist angezeigt, den Anwendungsbereich für nach diesem Gesetz verpflichtete öffentliche Auftraggeber auch für Auftraggeber im öffentlichen Nahverkehr auszuweiten.

Der **dbb Hessen** spricht sich dafür aus, dass die gesamtgesellschaftliche Verantwortung auch bei der öffentlichen Auftragsvergabe zum Tragen kommt.

Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen soll schon allein aufgrund der Vorbildfunktion, die das Land Hessen hat, unter Anwendung von klaren Regularien der Tariftreue und von sozialen Standards erfolgen. Diese Aspekte haben eine Signalwirkung über den öffentlichen Sektor hinaus.

Der **dbb Hessen** begrüßt deshalb, dass die Implementierung von Kriterien der Tariftreue sowie sozialer und umweltpolitischer Standards vorgesehen ist. Diese Aspekte sind sowohl von Unternehmen als auch von den Nachunternehmen und Verleihunternehmen zu erfüllen. Mindestentgelte sind als Mindeststandards festzulegen, Tarifverträge und die ILO Kernarbeitsnormen müssen eingehalten werden.

Der **dbb Hessen** begrüßt die vorgesehene Einrichtung eines Beirats zur Festsetzung der maßgeblichen Tarifverträge im Sinne der Tariftreuepflicht und empfiehlt, dass alle Spitzenorganisationen der zuständigen Gewerkschaften und Berufsverbände aus Hessen dort vertreten sind.

Der **dbb Hessen** spricht sich dafür aus, dass die öffentlichen Auftraggeber die sozialen, ökologischen, umweltbezogenen und innovativen Anforderungen bei der Auftragsvergabe konsequent berücksichtigen müssen, wenn diese mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und Aspekte des Produktionsprozesses betreffen. Dies ist gerade vor dem Hintergrund der „Nachhaltigkeitsstrategie Hessen“ sowie der zentralen Bedeutung der gesamten komplexen Themenfelder der sozialen Standards angezeigt. Es ist unseres Erachtens nicht Ziel führend, die Anwendung dieser Kriterien den öffentlichen Auftraggebern bei der Auftragsvergabe frei zu stellen.

Eine gesonderte Darstellung der ILO Kernarbeitsnormen im Gesetz wäre aus Sicht des **dbb Hessen** angezeigt. Dies gilt gerade auch wegen der zentralen und wichtigen Bedeutung dieser grundlegenden Normen.

Die Gesetzentwürfe sehen vor, die umfassenden Kontrollrechte des öffentlichen Auftraggebers oder von Bestellern festzuschreiben. Dies gilt auch für die Ahndung von Verstößen gegen die sich aus dem Gesetz ergebenden Auflagen. Das Kontrollrecht soll gewährleisten, dass die Nichteinhaltung der Bestimmungen über die tariflichen und gesetzlichen Verpflichtungen in Bezug auf die Entlohnung und die Arbeitsbedingungen von Auftragnehmern und unterbeauftragten sanktioniert werden können.

In der Praxis wird die Umsetzung dieser Kontrolle jedoch von der Personalausstattung des hierfür zuständigen Ministeriums abhängig sein. Es ist aus Sicht des **dbb Hessen** notwendig, die zur Umsetzung des definierten Auftrags notwendigen Stellen zu schaffen. Der im Koalitionsvertrag 2014 – 2019 vorgesehene Stellenabbau ist auch hier nicht Ziel führend. Es ist nicht ausgeschlossen ist, dass sich dieser auch auf die Personalstellen auswirkt, welche die Kontrollrechte nach diesem Gesetz wahrnehmen.

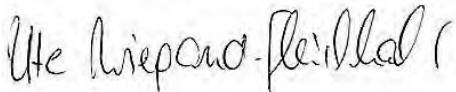
Bezüglich der unterschiedlichen Vorstellungen der Fraktionen zur Höhe der Vergabefreigrenzen gibt es ein vergleichbar breit gefächertes Meinungsspektrum innerhalb der Fachgewerkschaften beim **dbb Hessen**.

Die Einen sehen eine Aushöhlung des Grundsatzes der öffentlichen Ausschreibung bei höheren Freigabegrenzen. Ein echter Wettbewerb entspreche marktwirtschaftlichen Grundsätzen, der mit der Heraufsetzung der Vergabegrenzen gegenüber dem allgemeinen Bundesstandard unterlaufen werde.

Dies widerspräche auch der Forderung einer möglichst wirtschaftlichen und sparsamen Verwendung öffentlicher Mittel. Zudem sei dies schwer mit dem Diskriminierungsverbot, dem Gleichbehandlungsgebot und Transparenzgebot der aus dem EU-Recht übernommenen Vergabegrundsätze in Einklang zu bringen.

Die Anderen sehen erhebliche Vorteile in der dauerhaften Anhebung dieser Ausschreibungsgrenzen in Hessen, was die tägliche Arbeit bei der Auftragsvergabe erleichtere und unnötige Bürokratie verhindere.

Mit freundlichen Grüßen



Ute Wiegand-Fleischhacker
Landesvorsitzende



VKU Geschäftsstelle Hessen • Frankfurter Straße 2 • 65189 Wiesbaden

An den Vorsitzenden
des Ausschusses für Wirtschaft, Energie,
Verkehr und Landesentwicklung
des Hessischen Landtags
Herrn Clemens Reif, MdL
Schlossplatz 1-3
65183 Wiesbaden

**Verband kommunaler
Unternehmen e.V.**

Landesgruppe Hessen

Frankfurter Str. 2
65189 Wiesbaden

Fon +49(0)611.1702-29
Fax +49(0)611.1702-30

Vorsitzender:
RA Ralf Schodlok

Geschäftsführer:
Dipl.-Pol. Martin Heindl
heindl@vku.de

**Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft, Energie,
Verkehr und Landesentwicklung des Hessischen Landtags**

01.09.2014

Hauptgeschäftsstelle

Invalidenstrasse 91
10115 Berlin

Fon +49 (0) 30.58580-0
Fax +49 (0) 30.58580-100

www.vku.de
info@vku.de

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

im Namen der Landesgruppe Hessen des Verbandes kommunaler Unternehmen (VKU) bedanke ich mich für die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz (Drucks. 19/401), 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. 19/349) und zum Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Drucks. 19/134).

Die Stellungnahme der VKU-Landesgruppe Hessen zu den oben genannten Gesetzentwürfen liegt diesem Schreiben als Anlage bei.

An der öffentlichen mündlichen Anhörung am Donnerstag, 11. September 2014 wird der Unterzeichner für die VKU-Landesgruppe Hessen teilnehmen.

Gerne stehen wir Ihnen jederzeit für Rückfragen zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Martin Heindl
Geschäftsführer

Anlage

Bankverbindung
Berliner Sparkasse
Bankleitzahl 100 500 00
Konto-Nr. 66 00 00 91 00
Ust.-IdNr.: DE 123065069

STELLUNGNAHME

zu den aktuellen Gesetzentwürfen zum Hessischen Vergaberecht

- Gesetzentwurf
der Fraktionen der **CDU und BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN**
für ein Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz - Drucks. 19/401
- 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. 19/349
- Gesetzentwurf
der Fraktion **DIE LINKE**
für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öf-
fentlicher Aufträge - Drucks. 19/134

Wiesbaden, 29.08.2014



I. Einleitung

Die Landesgruppe Hessen des Verbandes kommunaler Unternehmen (VKU) vertritt 133 kommunal-wirtschaftliche Unternehmen in den Bereichen Energie, Wasser/Abwasser und Abfallwirtschaft. Mit rund 16.500 Beschäftigten wurden 2012 Umsatzerlöse von rund 10,4 Milliarden Euro erwirtschaftet und etwa 730 Millionen Euro investiert. Die überwiegend mittelständisch organisierten Versorgungsunternehmen haben erhebliche standortrelevante Bedeutung für die regionale Wirtschaftsentwicklung und den Erhalt lokaler Arbeitsplätze.

Die im VKU organisierten Unternehmen sind in der Regel entweder als Eigenbetriebe oder Zweckverbände oder aber als Kapitalgesellschaften mit zumindest mehrheitlich kommunaler Beteiligung organisiert und sind damit in der Regel öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 98 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Die Mitgliedsunternehmen des VKU fallen somit in den Anwendungsbereich der Gesetzentwürfe der Fraktionen der SPD und DIE LINKE; der Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN betrifft im Wesentlichen nur die Eigenbetriebe.

Der VKU unterstützt die den Gesetzentwürfen zugrundeliegenden Ziele, den Mittelstand zielgerichtet zu fördern, die innovativen und ökologischen Aspekte bei der Auftragsvergabe miteinzubeziehen und zudem faire und soziale Arbeitsbedingungen zu sichern. Der VKU fordert die Politik aber auch auf, Beschaffungsvorgänge praktikabel zu halten und kommunalen Unternehmen keine neuen Belastungen aufzuerlegen.

Die Pflicht zur Beachtung sozialer und ökologischer Kriterien in den Gesetzentwürfen der Oppositionsparteien würde zu einem erheblichen Mehraufwand und zu Verzögerungen bei den Beschaffungsvorgängen führen, aber auch dazu, dass potentielle Bieter angesichts vorgeschriebener Kontrollpflichten und Vertragsstrafen davon absehen ein Angebot abzugeben. Gerade bei Ausschreibungen in hoch spezialisierten Bereichen der Strom-, Gas-, Wärme- und Wasserversorgung, wie z. B. Kraftwerken, Biogasanlagen, Schalt- und Regelanlagen, in dem ohnehin nur wenige Anbieter in Frage kommen, führt der Verzicht von potentiellen Bietern auf Teilnahme an der Ausschreibung zu erheblich ungünstigeren Angeboten für die kommunalen Unternehmen; teilweise findet sich auch überhaupt kein geeigneter Bieter mehr.

Der VKU sieht die Gesetzentwürfe der Fraktion der Fraktionen der SPD und DIE LINKE daher in wesentlichen Punkten sehr kritisch. Der Entwurf von CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN sollte aber ebenfalls überarbeitet werden. Zu allen Gesetzentwürfen nehmen wir – wie folgt – Stellung:

II. Zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Der vorgelegte Entwurf eines Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes soll das bisherige Hessische Vergabegesetz ersetzen.



1) Einbeziehung von Eigenbetrieben

Zentrale Forderung des VKU an ein neues Vergabe- und Tariftreuegesetz ist es, neue Belastungen für die kommunalen Unternehmen in Hessen zu vermeiden und praktikable Beschaffungsvorgänge zu ermöglichen. Hier sehen wir noch Bedarf für Nachbesserungen des Gesetzentwurfs im Hinblick auf die Einbeziehung von Eigenbetrieben, die im Bereich der Energieversorgung tätig sind.

Auch Eigenbetriebe, die im Bereich der Energieversorgung tätig sind, stehen mit ihren Dienstleistungen im Wettbewerb mit privaten Anbietern. Die einseitige Pflicht zur Anwendbarkeit des Vergaberechts führt hier zu einer strukturellen Benachteiligung der Eigenbetriebe. Wir schlagen daher vor, § 1 Abs. 1 um folgende Ausnahme zu ergänzen:

„Ausgenommen sind Eigenbetriebe, wenn sie überwiegend Dienstleistungen im Bereich der Energieversorgung erbringen.“

Die Vergaberegeln anderer Bundesländer zeigen, dass die Einbeziehung von Eigenbetrieben in den Anwendungsbereich des jeweiligen Landesvergaberechts für Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte nicht erforderlich ist. Die aufgezeigte Eingrenzung des Vergaberechts wäre ein wichtiger Schritt zur Vereinfachung des Rechtsrahmens und zum Abbau unnötiger Wettbewerbshindernisse.

2) Vergabearten

§ 10 Abs. 2 des Entwurfs sieht einen Vorrang der Öffentlichen Ausschreibung vor und übernimmt damit die Grundsätze aus den Vergabe- und Vertragsordnungen für Bauleistungen (VOB) bzw. für Leistungen (VOL). Für Aufträge in den Sektoren der Trinkwasser- und Energieversorgung sowie des Verkehrs sieht die Sektorenverordnung (SektVO) in § 6 SektVO dagegen Wahlfreiheit im Hinblick auf die Verhandlungsverfahren vor. Soweit die Aufträge die Schwellenwerte erreichen, ab denen die Sektorenverordnung anzuwenden ist (414.000 Euro für Liefer- und Dienstleistungen, 5.186.000 Euro für Bauleistungen) hätten Auftraggeber in Hessen künftig weiterhin ein Recht, das Vergabeverfahren frei zu wählen; für Aufträge mit einem geringeren Auftragswert würde dagegen grundsätzlich die strengere Öffentliche Ausschreibung verpflichtend vorgeschrieben. Um hier einen Einklang mit der bundesgesetzlichen Sektorenverordnung herzustellen schlagen wir vor, § 10 Abs. 2 des Entwurfs um folgenden Satz zu ergänzen:

„Für Aufträge, die im Zusammenhang mit Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs (Sektorentätigkeiten) vergeben werden, gilt § 6 der Sektorenverordnung entsprechend.“



3) Anwendung sozialer, ökologischer und innovativer Anforderungen

Es ist zudem zu begrüßen, dass im Vergabeverfahren nach § 3 des Entwurfs soziale, ökologische und innovative Anforderungen fakultativ verwendet werden können. Wichtig und richtig ist es hier, dass der Auftraggeber entscheiden kann, ob in einem bestimmten Verfahren diese Kriterien angewendet werden sollen. Der Auftraggeber kann am besten einschätzen, ob diese Kriterien wirkungsvoll eingesetzt werden können. Eine obligatorische Anwendung dieser Kriterien würde dagegen oftmals nur zu neuen Verfahrenshürden führen und ist daher strikt abzulehnen.

4) Tariftreue- und sonstige Verpflichtungserklärungen

Nach § 7 des Entwurfs haben Bewerber und Bieter zukünftig die Einhaltung der nach Bundesrecht oder aufgrund von Bundesrecht für die geltenden Regelungen von besonders festgesetzten Mindestentgelten (Mindestlohn) als Mindeststandard bei der Bewerbung und im Angebot schriftlich gesondert zu erklären. Dieser Nachweis ist auch von Nachunternehmern und Verleihunternehmern zu führen.

Wir schlagen dazu vor, soweit aus der Sicht der Regierungsfractionen auf eine Tariftreuregelung nicht verzichtet werden kann, zu prüfen, ob die Tariftreuregelung auch optional ausgestaltet werden kann. Jedenfalls sollten Sektoren wie die Energiewirtschaft, die im Wettbewerb stehen und bei denen die Pflicht zur Beibringung von Tariftreue- und sonstige Verpflichtungserklärungen nicht nur Aufwand, sondern einen Wettbewerbsnachteil begründet, von dieser Pflicht befreit werden.

5) Zahlungen

§ 19 des Entwurfs regelt, dass fällige Zahlungen spätestens 30 Kalendertage nach Zugang der Rechnung durchzuführen sind. Das recht neue „Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr“, das in § 271a des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) umgesetzt wurde, enthält ebenfalls eine besondere Fälligkeitsregel, die öffentliche Auftraggeber berücksichtigen müssen. Nach dem neuen § 271a BGB können öffentliche Auftraggeber in besonderen Fällen die Zahlungsfrist auf bis zu 60 Tage ausdehnen. Grundsätzlich gilt auch dort eine Frist von 30 Kalendertagen.

Wir regen an, bei der endgültigen Formulierung des § 19 die neuen Regeln des Gesetzes zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr zu berücksichtigen und eine inhaltsgleiche Regelung zu treffen. Angesichts der Neuregelung in § 271a BGB dürfte § 19 des Entwurfs in Teilen überflüssig geworden sein.

III. Zum Gesetzentwurf der Fraktion der SPD

Den Gesetzentwurf der SPD halten wir in mehreren Punkten für kritikwürdig. Dies betrifft zunächst die Einbeziehung sämtlicher Formen öffentlicher Auftraggeber und



damit auch sämtlicher kommunaler Unternehmen in den Anwendungsbereich des Gesetzes verbunden mit dem völlig systemwidrigen Gebot, für Beschaffungen in den Sektoren der Trinkwasser- und Energieversorgung sowie des Verkehrs die VOL/A bzw. die VOB/A anzuwenden, außerdem die Pflicht zur Berücksichtigung ökologischer und sozialer Kriterien auf allen Stufen des Vergabeverfahren und schließlich die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges.

1. Zum persönlichen Anwendungsbereich - § 3 Abs. 3

Der Gesetzentwurf betrifft gem. § 3 Abs. 3 des Entwurfs auch öffentlichen Auftraggeber gem. § 98 Nr. 2 GWB. In der Folge werden Unternehmen in den Bereichen der Energie- und Trinkwasserversorgung und des Verkehrs mit mehrheitlich kommunaler Beteiligung zur Anwendung des Gesetzes verpflichtet, während entsprechende Unternehmen mit lediglich öffentlicher Minderheitsbeteiligung oder rein private Gesellschaftern das Gesetz nicht beachten müssen. Mehrheitlich kommunale Unternehmen müssten damit einen strengeren Rechtsrahmen beachten und würden somit im Wettbewerb mit privaten Anbietern massiv benachteiligt.

Anders als Gebietskörperschaften und die meisten anderen öffentlichen Auftraggeber stehen kommunale Unternehmen mit ihren Dienstleistungen immer mehr im Wettbewerb. Dies gilt vor allem für den Bereich der Energieversorgung; aber auch in anderen Bereichen entwickelt sich Wettbewerb mit privaten Anbietern, die das Vergaberecht nicht beachten müssen. Die Pflicht zur Anwendbarkeit von vergaberechtlichen Bestimmungen führt zu einem erheblichen Mehraufwand und zu Verzögerungen bei den Beschaffungsvorgängen, aber auch dazu, dass potentielle Bieter angesichts vorgeschriebener Kontrollpflichten und Vertragsstrafen davon absehen, ein Angebot abzugeben.

Entgegen der Ansicht in der Begründung zu § 3 Abs. 3 des SPD-Entwurfs dürfte das Anknüpfen an § 98 Nr. 2 GWB nicht dazu führen, dass lediglich die öffentlichen Unternehmen in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, die „im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art erfüllen“. Denn nahezu alle öffentlichen Unternehmen können auch unter die Definition des § 98 Nr. 2 GWB subsumiert werden. Kommunale Versorgungs- oder Verkehrsunternehmen erfüllen nach Ansicht der entscheidenden Gerichte in der Regel sowohl den Tatbestand des § 98 Nr. 2 als auch den Tatbestand des § 98 Nr. 4 GWB (vgl. EuGH NZBau 2008, 393 - Stadtwärme Wien; OLG Düsseldorf Beschluss vom 17.02.2010 AZ: VII Verg 51/09; Willenbruch/Bischoff: Kompaktcommentar Vergaberecht § 98 GWB Rdn 91). Eine rechtlich belastbare Abgrenzung von Aufträgen, die in den Sektoren Energie, Trinkwasser und Verkehr oder in anderen wettbewerblich geprägten Bereichen vergeben werden, ist somit kaum möglich.

Der VKU lehnt daher die vorliegende Einbeziehung von öffentlichen Auftraggebern gem. § 98 Nr. 2 GWB in den Anwendungsbereich des Gesetzes ab. Jedenfalls wäre eine Ausnahme für Unternehmen notwendig, die überwiegend Dienstleistungen im



freien Wettbewerb mit privaten Unternehmen erbringen. Dies betrifft vor allem die Energiewirtschaft.

Die Einbeziehung von Eigenbetrieben, soweit sie mit ihren Dienstleistungen im Wettbewerb stehen, lehnen wir ebenfalls ab. Diesbezüglich verweisen wir auf die Ausführungen unter II. 1.

2. Zum sachlichen Anwendungsbereich - § 2 Abs. 3

Der Gesetzentwurf sieht pauschal die Anwendbarkeit der Vorschriften der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) sowie die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) bei der Vergabe von Aufträgen vor, welche die EU-Schwellenwerte nicht erreichen. Dies würde dem Wortlaut nach grundsätzlich auch Aufträge betreffen, die im Zusammenhang mit Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs (Sektorentätigkeiten) vergeben werden (vgl. § 1 Abs. 1 SektVO).

Diese Folge widerspricht jedoch bundesgesetzlichen Vorgaben, führt zu einem völlig unnötigen Mehraufwand für die Vergabestellen im Sektorenbereich und ist nach den Ausführungen der Gesetzesbegründung wohl auch gar nicht beabsichtigt.

Letztendlich würde der Gesetzentwurf zu einem völlig absurden Ergebnis führen: Während Auftraggeber bei der Durchführung von Sektorentätigkeiten bei Aufträgen mit einem geringen Auftragswert, der die Schwellenwerte nicht erreicht, die strengen Regeln der VOB/A bzw. der VOL/A befolgen müssten, könnten sie bei Aufträgen mit einem deutlich höheren Auftragswert, der die Schwellenwerte übersteigt, den vergleichsweise flexiblen Ordnungsrahmen der Sektorenverordnung anwenden.

Eine Pflicht zur Beachtung des Vergaberechts, insbesondere der Vorschriften der VOL/A und der VOB/A, im Unterschwellenbereich für kommunale Unternehmen, die in den Sektoren Energie, Trinkwasser und Verkehr tätig sind, ist daher strikt abzulehnen. Der VKU lehnt daher die Einbeziehung von öffentlichen Auftraggebern gem. § 98 Nr. 2 GWB in den Anwendungsbereich des Gesetzes insgesamt ab.

3. Kontrollen - § 19

Im Hinblick auf die Kontrollpflichten wird die nicht erfüllbare Erwartungshaltung an kommunale Unternehmen bei der Auftragsvergabe besonders deutlich. Effektive Kontrollen können Ordnungsbehörden mit den typischen hoheitlichen Ermittlungsbefugnissen durchführen, nicht aber privatrechtlich organisierte Versorgungs- oder Entsorgungsunternehmen.

Aus Erfahrung wissen wir, dass etliche in Frage kommende Bieter es angesichts von Kontrollpflichten und Verpflichtungen zu einer bestimmten Geschäftsabwicklung mit Nachunternehmern ablehnen, an einem Ausschreibungsverfahren teilzunehmen. Außerdem haben gerade kleinere kommunale Unternehmen schlicht nicht die Verhandlungspositionen, um hoch spezialisierte Unternehmen, wie z. B. Siemens, zu



einer Änderung der konzerneigenen allgemeinen Geschäftsbedingungen zu bewegen. Bei Beachtung der Kontrollpflichten müssten kommunale Unternehmen künftig in vielen Fällen auf die Angebote bestens geeigneter Bieter verzichten und aufgrund der Einschränkung des Wettbewerbs auf weniger geeignete oder teurere Angebote eingehen.

Darüber hinaus haben wir gegenüber der vorgesehenen Kontrollverpflichtung schwere ordnungspolitische Bedenken: Privatrechtlich organisierte Stadtwerke können schlechterdings nicht Kontrollaufgaben übernehmen, die üblicherweise den Ordnungsbehörden oder den Staatsanwaltschaften obliegen und deren Durchführung regelmäßig durch formelle Gesetze zu regeln ist. Entsprechende Kontrollpflichten werden etwa nach den Vorschriften des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes oder des Arbeitnehmerentendegesetzes den allgemeinen oder besonderen Ordnungsbehörden übertragen. Die Übertragung entsprechender Befugnisse auf Unternehmen in Privatrechtsform erscheint aber nicht angebracht.

Nicht nur bei der Vertragsanbahnung mit großen Unternehmen, auch bei dem Abschluss von Verträgen mit örtlichen Handwerksunternehmen dürfte die vertragliche Vorgabe, sich Kontrollen durch das kommunale Unternehmen zu unterwerfen, ein großes Hindernis darstellen.

4. Sanktionen - § 21

Auch die vorgesehene Einführung von Vertragsstrafen wird - wie oben beschrieben - regelmäßig nicht durchsetzbar sein.

Weiter ist zu bedenken, dass Bieter, die sich trotzdem mit der Vereinbarung von Vertragsstrafen einverstanden erklären und dabei auch die Verantwortung für das Verhalten von Nachunternehmern übernehmen müssen, die maximale Vertragsstrafe von fünf Prozent des Auftragswertes von vornherein in das Angebot einpreisen. Aufgrund des zu erwartenden höheren Ausgangspreisniveaus würden kommunale Unternehmen gegenüber den rein privaten Anbietern ein weiteres mal benachteiligt.

5. Geltung der ILO-Kernarbeitsnormen - § 6

Inhaltlich sind wir mit den Ausführungen völlig einverstanden. Wir machen aber darauf aufmerksam, dass die Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation bereits jetzt in Deutschland geltendes Recht darstellen und von den kommunalen Unternehmen beachtet werden. Weiteren Regelungsbedarf sehen wir nicht.

6. Berücksichtigung ökologischer und sozialer Kriterien - §§ 5, 14, 15

Wir begrüßen die Verankerung der sozialen und ökologischen Kriterien in den Vergabeverfahren, soweit die Auftraggeber im individuellen Fall selbst über die Anwendung dieser Kriterien entscheiden können. Auftraggeber können aufgrund ihrer Sachnähe zum Auftragsgegenstand am besten entscheiden, ob mit einem bestimm-



ten Auftrag auch bestimmte gesellschaftliche Ziele erreicht werden können oder ob die Einbeziehung vergabefremder Kriterien lediglich Aufwand verursachen würde, ohne zur Erreichung der verfolgten Ziele beitragen zu können. Eine Pflicht der Auftraggeber, bestimmte Vorgaben zwingend bei der Auftragsvergabe zu berücksichtigen, wäre dagegen sachfremd und als solche abzulehnen.

7. Informations- und Wartepflicht - § 22

Kommunale Unternehmen müssen im Gegensatz zu rein privaten Unternehmen bei Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte die Vorgaben des Vergaberechts beachten. Diese Vorgaben verursachen bei kommunalen Unternehmen Personal- und Zeitaufwand und behindern damit die unternehmerische Tätigkeit. Gerade für Unternehmen, die im Wettbewerb stehen, insbesondere die Unternehmen im Bereich der Energieversorgung, stellt dies eine Benachteiligung gegenüber solchen Unternehmen dar, die nicht an die Vorgaben des Vergaberechts gebunden sind und die deshalb flexibler und ohne Verzögerungen Investitionen tätigen können. Die Einführung von Informations- und Wartepflichten entsprechend § 101a GWB verbunden mit der Gewährung von Primärrechtsschutz für die Masse der Unterschwellenvergaben würde diese Benachteiligung gegenüber rein privaten Unternehmen massiv verstärken. Aus diesem Grund ist auch die Anwendbarkeit von § 101a GWB im Unterschwellenbereich abzulehnen.

8. Verwaltungsrechtsweg - § 23

Vergabeentscheidungen unterhalb der EU-Schwellenwerte unterliegen seit jeher der gerichtlichen Kontrolle. Es wird jedoch grundsätzlich kein Primärrechtsschutz gewährt. Dies resultiert aus dem Umstand, dass die Vergaberegeln im Unterschwellenbereich dem Haushaltsrecht zuzuordnen sind, das den Staat und seine Untergliederungen verpflichtet, mit Haushaltsmitteln sparsam und wirtschaftlich umzugehen. Der Wettbewerb ist dabei nur Mittel, nicht aber Zweck des Vergaberechts im Unterschwellenbereich. Subjektive Rechte zugunsten der Bieter gewährt das Vergaberecht im Unterschwellenbereich nicht. Bieter sind daher in diesem Bereich auf den Anspruch auf Gleichbehandlung aus Art. 3 des Grundgesetzes sowie auf den einstweiligen Rechtsschutz beschränkt.

Die Ausweitung des Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich ist bislang stets zu Recht mit Hinweis auf die Schaffung zusätzlicher Bürokratie und die Verzögerung öffentlicher Investitionen abgelehnt worden.

Die Zuweisung von Vergaberechtsstreitigkeiten zu den Verwaltungsgerichten halten wir zudem nicht für zweckmäßig. Denn auch oberhalb der Schwellenwerte sind nicht die Verwaltungsgerichte für das Vergaberecht zuständig, sondern die Vergabekammern und die Oberlandesgerichte.

Weiterhin ist überaus fraglich, ob die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges für Angelegenheiten des Primärrechtsschutzes im Vergaberecht überhaupt rechtmäßig ist.



Unserer Ansicht nach liegt darin ein Verstoß gegen Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 1 des Grundgesetzes. Nach diesen Artikeln haben die Bundesländer nur dann die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat.

Den Bereich der Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges hat der Bund aber bereits in § 40 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) abschließend geregelt. Gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO ist für die Eröffnung des Verwaltungsgerichtsweges das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit erforderlich. Eine solche liegt nach den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts im Beschluss vom 02.05.2007 (AZ: 6 B 10/07) aber gerade nicht vor, da sich „die öffentliche Hand bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in aller Regel auf dem Boden des Privatrechts bewegt.“

Die Regelung zur Eröffnung des Rechtsweges in § 23 des Entwurfs ist damit aller Wahrscheinlichkeit nach mangels Gesetzgebungsbefugnis des Landes Hessen rechtswidrig. Auch der Freistaat Thüringen hat von einer entsprechenden Regelung aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken wieder Abstand genommen.

IV. Zum Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE

Bei dem Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE sehen wir beim Anwendungsbereich und bei der Einbeziehung kommunaler Unternehmen die gleichen Probleme wie bei dem Gesetzentwurf der Fraktion der SPD. Entsprechendes gilt für die obligatorische Einbeziehung sozialer und ökologischer Kriterien sowie deren Kontrolle und Sanktionierung. Wir verweisen daher auf die obigen Ausführungen. Der Entwurf übersieht ebenfalls, dass für Aufträge in den Sektoren der Trinkwasser- und der Energieversorgung sowie des Verkehrs mit der Sektorenverordnung ein besonderer Regelungsrahmen gilt und dass daher auch im Unterschwellenbereich für diese Aufträge die Anwendung der VOL/A bzw. der VOB/A nicht geboten ist.

Ansprechpartner:

Dipl. - Pol. Martin Heindl
Geschäftsführer

Verband kommunaler Unternehmen e.V.
Landesgruppe Hessen
Frankfurter Straße 2
65189 Wiesbaden

Tel. 0611/1702-29
Fax 0611/1702-30
E-Mail: Heindl@vku.de

Von: [Rosenbaum Hans-Joachim](#)
An: [Schnier, Heike \(HLT\)](#); [Stoll, Martina \(HLT\)](#)
Cc: Kai.Eicker-Wolf@dgb.de; [Körner Klaus-Dieter](#); [Schmidt Guenther](#)
Thema: Stellungnahme Verschiedene Gesetzentwürfe zur Vergabe und Tariftreue
Datum: Montag, 1. September 2014 16:43:40
Anlagen: [Stellungnahme HTVG.doc](#)

Sehr geehrte Damen und Herren,

dieser Nachricht beigefügt haben wir die Stellungnahme der IG BAU zu den vorliegenden Gesetzentwürfen zur Tariftreue und Vergabe.

Diese möchten sie bitte ergänzend zu der ihnen bereits vorliegenden Stellungnahme des DGB betrachten.

Freundliche Grüße

Hans-Joachim Rosenbaum
Regionalleiter
Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt
Bundesvorstand, Region Hessen
Wilhelm-Leuschner-Str. 69/77, 60329 Frankfurt
Telefon: 069 / 242935-0, Fax: 069 / 239828
Handy: 0170 / 7907760

STELLUNGNAHME

der Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt (IG BAU)

zum

Gesetzentwurf der Fraktionen DIE LINKE für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge - Drs. 19/134,

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) – Drs. 19/349

sowie zum

**Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz - Drs. 19/401
(im Folgenden: HTVG-E)**

1. Allgemeines

Die Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt (IG BAU) begrüßt ausdrücklich, dass die Fraktionen der Regierungsparteien einen Entwurf für ein neues Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz (HVTG-E) vorgelegt haben, mit dem das bestehende Hessische Vergabegesetz abgelöst werden soll.

Derzeit werden Tariftreue sowie soziale, arbeitsrechtliche und ökologische Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Hessischen Vergabegesetz vom 25. März 2013 völlig unzureichend berücksichtigt, so dass ein dringender Handlungsbedarf besteht, um eine veränderte faire Vergabepaxis durchzusetzen, die die Interessen der öffentlichen Auftraggeber, die Belange der Wirtschaft sowie den wirkungsvollen Schutz sozialer, ökologischer und arbeitsrechtlicher Standards in ein ausgewogenes



Verhältnis setzen und Wettbewerbsverzerrungen zum Nachteil gesetzestreuer Unternehmen unterbinden.

Diesem Anspruch wird der von den Regierungsfractionen vorgelegte Entwurf leider nicht hinreichend gerecht, insbesondere im Hinblick auf eine schlüssige Konzeption zur Durchsetzung der Tariftreue sowie der sozialen und arbeitsrechtlichen Standards mittels effektiver Kontrollen und abschreckender Sanktionen. Außerdem fehlt die Regelung eines ausnahmslos für alle im Rahmen öffentlicher Aufträge eingesetzten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geltenden vergabespezifischen angemessenen Mindestlohns, die der Vorbildfunktion der öffentlichen Hand gerecht wird.

Im Folgenden nehmen wir zu den aus unserer Sicht wesentlichen Punkten der einzelnen Regelungsgegenstände Stellung:

2. Bewertung der Regelungen im Einzelnen

a) Anwendungsbereich

Die IG BAU begrüßt die Präzisierung des Auftraggeberbegriffs in § 1 Abs. 1 HVTG-E, da Strategien zur Umgehung der landesrechtlichen Vergabevorschriften etwa durch Auslagerung des Beschaffungswesens auf Eigenbetriebe dadurch der Boden unmissverständlich entzogen wird.

Der in § 1 Abs. 5 HVTG-E ebenso wie in den Entwürfen der beiden anderen Fraktionen im Hessischen Landtag vorgesehene Schwellenwert von 10.000,00 Euro , ab dem das Gesetz und damit auch die Tariftreue- und Mindestentgeltregelungen erst zur Anwendung gelangen sollen, ist deutlich zu hoch angesetzt. Da in der Praxis eine Mehrzahl der öffentlichen Aufträge unterhalb dieser Schwellenwerte liegt, wird die Reichweite und Wirksamkeit des Vergabegesetzes damit deutlich eingeschränkt. Die IG BAU plädiert für einen deutlich geringeren Schwellenwert als Bagatellgrenze, wie er in anderen Bundesländern bereits eingeführt wurde. So hat z.B. das Land Berlin den Schwellenwert bei 500 Euro angesetzt. Zumindest sollten die im Zweiten Teil des HVTG-E vorgesehenen Tariftreue- und Mindestentgeltregelungen einschließlich effektiver Kontroll- und Sanktionsmechanismen ohne Schwellenwert, weder nach unten noch nach oben, bei jeder öffentlichen Auftragsvergabe



eingehalten werden. Denn der Staat „schneidet sich ins eigene Fleisch“, wenn er gerade dort, wo er es als Auftraggeber in besonderem Maße in der Hand hat, auf angemessene und faire Arbeitsbedingungen bei der Ausführung seiner Aufträge Einfluss zu nehmen und über zusätzliche privatrechtliche Instrumente zur wirksamen Durchsetzung verfügt, für ein ganz bedeutendes Teilsegment gerade davon nicht Gebrauch machen will. Faire Arbeitsbedingungen sowie die Sicherung der Systeme der sozialen Sicherheit sowohl auf der Beitrags- als auch auf Leistungsseite müssen hier neben dem durch höhere Löhne erhöhten Steueraufkommen aus unserer Sicht im Vordergrund stehen.

b) Berücksichtigung sozialer, ökologischer und innovativer Anforderungen

Der HTVG-E sieht – ebenso wie der Entwurf der SPD-Fraktion - eine freiwillige Berücksichtigung solcher Kriterien durch die öffentlichen Auftraggeber vor und zählt diese abschließend auf. Der Entwurf der Fraktion der LINKEN hingegen sieht eine obligatorische Berücksichtigung der Kriterien „Gleichstellung von Frauen und Männern“ und „Berufliche Erstausbildung“ vor.

Forschung und Innovation, einschließlich Öko-Innovation und sozialer Innovation, gehören zu den Haupttriebkraften künftigen Wachstums und stehen im Mittelpunkt der EU-Strategie „Europa 2020“ für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum. Öffentliche Auftraggeber sollten vor diesem gesamteuropäischen Hintergrund die öffentliche Auftragsvergabe strategisch optimal nutzen, um Umweltschutzaspekte, hohe soziale Standards und faire Arbeitsbedingungen bei öffentlichen Aufträgen voranzutreiben.

Die IG-BAU begrüßt vor diesem Hintergrund die in den Entwürfen vorgesehene Möglichkeit der Berücksichtigung der genannten Kriterien; gleichwohl sollte diese Berücksichtigung nicht vom „guten Willen“ der einzelnen Vergabestellen abhängen, sondern möglichst die Regel fairer öffentlicher Beschaffung werden. Die IG BAU plädiert dafür, die Berücksichtigung arbeitsrechtlicher, sozialer und ökologischer Kriterien verbindlich zu regeln.

Als weiteres Kriterium sollte unbedingt auch die Teilnahme an tarifvertraglichen Verfahren zur Ausbildungsförderung – auch unter dem Gesichtspunkt von Wettbewerbsgleichheit - aufgeführt werden.



c) Tariftreue und Mindestentgelte

Die IG BAU begrüßt die nach dem HTVG-E vorgesehene Einführung der Tariftreuepflicht für dem AEntG unterfallende Branchen sowie für öffentliche Aufträge über Verkehrsdienstleister sowie den vorgesehene Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber, Bieter bei Nichtvorlage der Erklärungen von der weiteren Wertung auszuschließen. Dies stellt einen wichtigen Schritt hin zur besseren Sicherung fairer Arbeitsbedingungen bei der öffentlichen Auftragsvergabe dar.

Leider sieht der Entwurf der Regierungsfractionen für alle anderen Branchen in § 6 lediglich die Erklärung über die Einhaltung des mit dem nunmehr am 16.8.2014 in Kraft getretenen Tarifautonomiestärkungsgesetz ab 1.1.2015 gesetzlich vorgeschriebenen Mindestlohns vor.

Die IG BAU fordert über dem zukünftigen gesetzlichen Mindestlohn liegende höhere, ausnahmslos für alle im Rahmen öffentlicher Aufträge – auch im Rahmen einer Entsendung - eingesetzten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geltende vergabespezifische Mindestlöhne, da der öffentlichen Hand eine besondere Vorbildfunktion für gute und faire Arbeitsbedingungen zukommt. Während ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn lediglich ein unteres Existenzminimum sicherstellt, kann von der öffentlichen Hand verlangt werden, dass sie darüber hinaus ein „angemessenes“ auskömmliches Lohnniveau bezahlt. Außerdem können gerade in personalintensiven Branchen wie der Bauwirtschaft oder der Gebäudereinigung massive Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten fairer, tariftreuer Arbeitgeber nicht unterbunden werden.

Wegen der aktuellen Vorlagen vor dem EuGH gegen die vergabespezifischen Mindestlöhne in RLP und NRW möchten wir darauf hinweisen, dass vergabespezifische Mindestlöhne auch als europarechtskonform einzustufen sind. Sie stehen zum einen im Einklang mit Art. 3 Abs. 1 der Arbeitnehmerentsenderichtlinie, da es sich um eine „Rechtsvorschrift“ im Sinne der Richtlinie handelt, die nicht zwingend für die ganze Branche Geltung beanspruchen muss, sondern auf den Bereich der öffentlichen Vergabe beschränkt sein kann. Denn auch ein Partikularschutz von Beschäftigten bewegt sich im Rahmen der Arbeitnehmerentsenderichtlinie. Im Bereich der umweltschützenden



Vergabebedingungen wurde das bisher auch noch nie beanstandet. Zum anderen ist ein möglicherweise vorliegender Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV aus Arbeitnehmerschutzgründen (als einem zwingenden Grund des Allgemeininteresses) gerechtfertigt und verhältnismäßig. Insbesondere kann Arbeitnehmerschutz auch nur partiell wirken. Im Übrigen respektiert dies die föderale Struktur der Bundesrepublik und entspricht damit Art. 4 Abs. 2 AEUV, wonach die Eigenständigkeit der Mitgliedstaaten zu achten ist.

d) Nachunternehmen, Verleihunternehmen

§ 8 HTVG-E sieht vor, dass Nachunternehmer und Verleihunternehmer sorgfältig auszuwählen sind und gleichermaßen wie die unmittelbaren Auftragnehmer zur Vorlage von Tariftreue- und Mindestentgelterklärungen verpflichtet sind. Eingeschränkt wird diese Regelung durch den Schwellenwert von 10.000 Euro sowie die Regelung, dass die Nach- und Verleihunternehmer die für sie geltenden Pflichten in „eigener Verantwortung“ zu erfüllen haben.

In der Praxis ist diese Regelung nicht geeignet, Umgehungen der vergaberechtlichen Mindestarbeitsbedingungen effektiv zu vermeiden.

Der Auftragnehmer der öffentlichen Hand, der die tatsächliche Durchführung des öffentlichen Auftrags weitgehend an Subunternehmen vergibt, ist nach dem HTVG-E nicht verantwortlich für eventuelle Verstöße gegen die Vergabebedingungen. Ohne eine entsprechende Haftungsregelung haben die unmittelbaren Auftragnehmer der öffentlichen Hand keinen wirtschaftlichen Anreiz, bei der Auswahl der Subunternehmer strenge Kriterien anzulegen. Außerdem besteht die Möglichkeit, durch eine willkürliche Splittung des Auftrags den Schwellenwert durchgängig zu unterschreiten und damit die Anwendung der Tariftreue- und Mindestentgelterklärungspflichten sowie die daran geknüpften Sanktionen zu umgehen.

Sowohl der Schwellenwert als auch die Formulierung „in eigener Verantwortung“ sollten gestrichen werden.

Darüber hinaus besteht nach dem HTVG-E keine ausreichende Informations- oder Genehmigungspflicht für Untervergaben, so dass der öffentliche Auftraggeber



mangels (aktueller) Kenntnis über die zur Durchführung seines Auftrags eingesetzten Subunternehmen keine effektive Kontrolle bewerkstelligen kann. Wir plädieren daher für eine Regelung, die für die notwendige Transparenz bei Subunternehmerketten sorgt und willkürliche und missbrauchsanfällige vielgliedrige Subunternehmerketten wirksam unterbinden kann, wie dies etwa § 12 des Entwurfs der SPD-Fraktion vorsieht. Von einer solchen Regelung müssten insbesondere auch Veränderungen der eingesetzten Subunternehmer während der Durchführungsphase erfasst werden.

Nach Ansicht der IG BAU sollte in dem neuen Vergabegesetz außerdem die Beachtung des „equal-pay“-Grundsatzes beim Einsatz von Leiharbeitnehmern zur Durchführung öffentlicher Aufträge geregelt werden. Die Auftragnehmer sollten sich bei Angebotsabgabe verpflichten, dafür Sorge zu tragen, dass Leiharbeiterinnen und –arbeiter bei der Ausführung der vergebenen Leistung das gleiche Arbeitsentgelt wie vergleichbare Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Entleihers erhalten.

e) Nachweise, Kontrollen und Sanktionen

Die bisherige Praxis hat gezeigt, dass die Wirksamkeit von Tariftreuerregelungen entscheidend von funktionierenden und effizienten Kontrollen abhängt. Dabei reicht es nicht aus, die notwendigen, teilweise komplexen Kontrollen den teilweise nur unzureichend personell ausgestatteten Vergabestellen vor Ort zu übertragen. Diese sind oftmals überfordert.

Die IG BAU fordert daher die Einrichtung eines schlagkräftigen, ausreichend personell ausgestatteten Kontrollgremiums in Hessen, das sowohl eigene anlassunabhängige und anlassbezogene Kontrolle durchführen als auch die Vergabestellen in ihrer Kontrollfunktion vor Ort unterstützen kann.

Der HVTG-E sieht die Einrichtung einer oder mehrerer Nachprüfungsstellen als bloße Option vor. Zudem sind die Aufgaben lediglich auf „bewerber- und bieterschützende Vorschriften“ beschränkt; arbeitnehmerschützende Vorschriften und die Einhaltung der Verpflichtungen aus den Tariftreue- und Mindestentgelterklärungen sowie die ordnungsgemäße Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen sowie von Beiträgen an gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien werden hingegen nicht explizit genannt. Dass auch die Kontrolle und ggf. Sanktionierung von



Verstößen gegen die letztgenannte Verpflichtungen zum Aufgabenbereich der VOB-/VOL-Stellen zählen, sollte zumindest klargestellt werden. Unzureichend ist es außerdem, dass die im HTVG-E vorgesehenen Stellen nur auf Antrag dann tätig werden können, wenn „Rügeberechtigte“ entsprechende Verstöße vortragen.

Außerdem besteht nach dem HTVG-E für die Vergabestellen keine Verpflichtung zur tatsächlichen Durchführung von Kontrollen in der Durchführungsphase; zumindest die Festlegung einer Mindestquote von Stichprobenkontrollen sollte vorgesehen werden.

Das Vergaberecht bietet ein besonderes, auch vertragsrechtlich ausgerichtetes Instrumentarium zur wirksamen Sanktionierung. Der HTVG-E nutzt den zur Verfügung stehenden Spielraum – insbesondere zu Lasten des Fiskus - nicht aus, indem es die Vereinbarung von Vertragsstrafen nicht verbindlich für alle Vergaben vorschreibt, sondern dies lediglich als „Soll-Vorschrift“ ausgestaltet. Die Höhe und die Ausgestaltung der zu vereinbarenden Vertragsstrafen sollte im Gesetz festgeschrieben werden; dies dient einer effektiveren Durchsetzung und führt außerdem zu größerer Transparenz sowie der Vermeidung von Ungleichbehandlungen.

Genau so wenig verbindlich regelt der HTVG-E den Ausschluss von erwiesenermaßen nicht gesetzestreuem Bietern von laufenden und zukünftigen Vergabeverfahren. Hier sollte unbedingt aus generalpräventiven Gründen sowie zur Sicherung fairer Arbeitsbedingungen und von Wettbewerbsgleichheit eine konkrete zwingende Regelung getroffen werden.

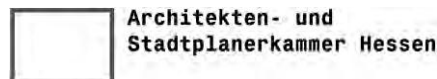
Als weitere Instrumente für eine wirksame Sanktionierung fehlen im HTVG-E außerdem die Pflicht zur Vereinbarung eines Rechts zur fristlosen Kündigung bei schuldhaften Verstößen gegen die aus dem Gesetz resultierenden Anforderungen an die Auftragnehmer und Pflichten zum Austausch von relevanten Informationen mit anderen Prüfbehörden wie etwa der Finanzkontrolle Schwarzarbeit, Sozialversicherungsträgern wie etwa den Berufsgenossenschaften oder gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien.

Im Hinblick auf die Nachweispflichten insbesondere zur Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Verpflichtungen der Auftragnehmer fehlt im HTVG-E die aus



unserer Sicht für die Bauwirtschaft unabdingbare Einbeziehung von Nachweisen über die ordnungsgemäße Abführung von Beiträgen an in- und ausländische Sozialkassen für solche Bieter, die vom Geltungsbereich eines Tarifvertrages über eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien im Sinne von § 4 Abs. 2 TVG erfasst werden.





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

Architekten- und Stadtplanerkammer Hessen K.d.ö.R.

Bierstadter Straße 2 Telefon 0611 - 17 38 - 0 info@akh.de
65189 Wiesbaden Telefax 0611 - 17 38 - 40 www.akh.de

29. August 2014 – La | jl

(Y:\Stellungnahmen\Hess.VergabeG\Entwurf zu HVTG 29.08.2014.doc)

Anhörung durch den Ausschuss für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung des Hessischen Landtags

Hier: Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN für ein Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz (HVTG)

Aktenzeichen: I A 2.4

Sehr geehrter Herr Reif,

wir bedanken uns für die Möglichkeit, zum vorgenannten Gesetzesentwurf eine Stellungnahme abgeben zu können.

1. Regelungen zu Tariftreue und Mindestentgelten

Spätestens mit Inkrafttreten des Tarifautonomiestärkungsgesetzes stellt sich für die Architekten- und Stadtplanerkammer Hessen die Frage, ob durch das Mindestlohngesetz sowie das Arbeitnehmerentsendegesetz diese Themen nicht ohnehin schon weitestgehend geregelt sind?

2. Konkrete Änderungsvorschläge der Architekten- und Stadtplanerkammer Hessen:

§ 4

Tariftreuepflicht

zu § 4: Der Gesetzestext legt in § 4 Abs. 1 die Verpflichtung der Unternehmer fest, die für sie geltenden gesetzlichen, aufgrund eines Gesetzes festgesetzten und unmittelbar geltenden tarifvertraglichen Leistungen zu gewähren. Auch die Begründung spricht von der Gewährung von geltenden gesetzlichen und tarifvertraglichen Leistungen gegenüber den Beschäftigten.

Welche konkreten Leistungen damit gemeint sind, erschließt sich weder aus dem generalklauselartigen Gesetzestext noch aus der Begründung. Hier wäre zumindest eine Konkretisierung in der Gesetzesbegründung wünschenswert, da der Unternehmer sonst gegebenenfalls gem. § 7 HVTG eine Verpflichtungserklärung unterzeichnet, die ein für ihn nicht absehbares Risiko birgt. Gleichzeitig bleibt auch



für den öffentlichen Auftraggeber die Unwägbarkeit, was er bei der Anwendung des § 4 HVTG anlässlich einer Nachprüfung gem. § 9 HVTG neben der Einhaltung der geltenden Tarifverträge zu prüfen hat.

§ 8

Nachunternehmen, Verleihunternehmen

zu § 8 Abs.1 und 2: Der Auftragnehmer hat laut Gesetzestext die Nachunternehmer sorgfältig auszuwählen und die Erfüllung der Verpflichtungen der §§ 4 und 6 HVTG durch die von ihm beauftragten Nachunternehmer sicherzustellen.

Hier wäre aus Sicht der Architekten- und Stadtplanerkammer Hessen eine Klarstellung wichtig, dass die „Sicherstellung“ durch den Hauptauftragnehmer bereits dann erfolgt ist, wenn er seinerseits die Verpflichtung der Einhaltung der §§ 4 und 6 in die Verträge mit den Subunternehmern aufnimmt und entsprechende Erklärungen durch die Nachunternehmen abgegeben wurden. Die Architekten- und Stadtplanerkammer Hessen spricht sich gegen etwaige weitergehende Prüfpflichten aus. Sie wären in der Praxis nicht umzusetzen.

§ 10

Vergabearten

(1) – (7) unverändert.

Von der Architekten- und Stadtplanerkammer Hessen vorgeschlagene Änderung in Abs. 8 Satz 4:

(8) ...Weitere betroffene Körperschaften des öffentlichen Rechts haben vor der verbindlichen Einführung der Muster Gelegenheit zur Stellungnahme.

Zu § 10 Abs. 8 HVTG

Bei der Erarbeitung der Muster für das Vergabeverfahren sollten jedenfalls die Kammern angehört werden, deren Mitglieder durch die Vertragsmuster betroffen sind. Hierdurch besteht die Möglichkeit des rechtzeitigen Abgleichs der Muster mit der Praxis.

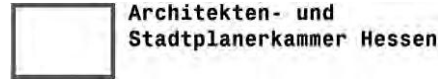
§ 14

Öffentlich-private Partnerschaften

(1) unverändert

Vorgeschlagene Änderung in § 14 Abs. 2:

(2) Städtebauliche Leistungen und Architekturleistungen werden als eigenständige Leistungen vergeben. Nur in begründeten Ausnahmefällen kann von diesem Grundsatz abgewichen werden. Die Beteiligung mittelständischer Unternehmen ist vor Einleitung des Vergabeverfahrens zu prüfen.



Zu § 14 Abs. 2 HVTG

Wie auch in dem derzeit geltenden HVG bleibt der Formulierungsvorschlag hinter dem Ziel der getrennten Vergabe von Planung und Ausführung zurück. Die Begründung erkennt zwar, dass Architekten und Stadtplaner in ÖPP-Projekten oftmals nur als Nachunternehmer von Projektanten beauftragt werden. Auch wird festgestellt, dass dies weder im Interesse einer mittelstandsgerechten Vergabe noch der Baukultur ist. Es bleibt jedoch bei einer bloßen „Möglichkeit“ in § 14 Abs. 2 HVTG, es anders zu handhaben. Hier ist nach unserer Auffassung der Grundsatz der eigenständigen Vergabe von Architekten- und Stadtplanerleistungen festzuschreiben, von dem nur in begründeten Ausnahmefällen abgewichen werden kann.

§ 16

Urkalkulation, Zwei-Umschlagsverfahren

Sofern nicht Abs. 3 für entbehrlich gehalten wird und gestrichen werden kann, wird folgende Änderung in Abs. 3 vorgeschlagen:

- (3) Angebote für Planungsleistungen (außer Architektenleistungen), die in freihändiger Vergabe oder im EU-weiten Verhandlungsverfahren vergeben werden, können getrennt nach Dienstleistung und Entgelt in zwei verschlossenen Umschlägen gefordert werden (Zwei-Umschlagsverfahren)...

Zu § 16 Abs. 3 HVTG

Diese Regelung ist für Architektenleistungen (damit gemeint sind Architekten-/ Landschaftsarchitekten- / Innenarchitekten- und Stadtplanerleistungen) nicht praktikabel.

Der Auftraggeber kann die spezifische Leistung des Architekten nicht vorab mit einem Leistungsverzeichnis beschreiben. Planungsleistungen sind geistig schöpferische Leistungen. Anders als bei der Abfrage einer Ausführungsleistung, für deren Angebotsbildung bereits eine konkrete Planung vorliegt, entsteht die konkrete Planung durch intensiven Dialog zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer. Erst wenn dieser Prozess abgeschlossen und so eine beschreibbare Leistung entstanden ist, kann der Planer nach der Honorarordnung einen Preis für die von ihm geplante Lösung benennen. Es ergibt sich aus der Natur des Planungsprozesses, dass ein fundiertes Honorarangebot nicht zeitgleich mit der Planungsleistung angeboten werden kann. Um ein Honorarangebot abgeben zu können, müssten die Planer in erheblichem Maße in unbezahlte Vorleistung treten, was nicht im Interesse einer mittelstandsgerechten Vergabe wäre. Deshalb eignet sich das Zwei-Umschlagverfahren nicht für prozesshafte, geistig schöpferische Leistungen.

§ 19

Zahlungen

- (1) bleibt unverändert

Es wird vorgeschlagen nach Abs. 1 folgenden Abs. 2 neu einzufügen:



- (2) Eine Verlängerung der Frist des Abs. 1 ist bis zu 60 Kalendertagen zulässig, wenn die Vereinbarung mit dem Gläubiger der Entgeltforderung ausdrücklich getroffen wurde und aufgrund der besonderen Natur oder der Merkmale des Schuldverhältnisses sachlich gerechtfertigt ist.

Im Folgenden verschieben sich die Absätze:

§ 19 (2) HVTG wird zu Abs. 3

§ 19 (3) HVTG wird zu Abs. 4 und es wird folgende Änderung hinsichtlich der Frist vorgeschlagen:

- (4) Ansprüche auf Abschlag werden binnen **21** Kalendertagen nach Zugang der Aufstellung fällig, es sei denn der öffentliche Auftraggeber äußert begründete Zweifel an der vertragsgemäßen Erbringung der Teilleistung oder der Richtigkeit der Rechnungsstellung....

§ 19 Abs. 4 – 7 HVTG werden zu den Absätzen 5 –8 und bleiben unverändert.

Zu § 19 HVTG

Die Schlusszahlungsregelung des § 19 Abs. 1 HVTG wird mit dem in § 286 Abs. 3 BGB enthaltenen Regelfall begründet. Die durch die neuste Gesetzgebung mit § 271 a BGB geschaffene Möglichkeit einer flexiblen Handhabung kann sich in komplexen Fällen der Rechnungsprüfung als ausnahmsweise erforderlich herausstellen. Gleichwohl muss es stets das Ziel sein, dass die öffentliche Hand in der Regel die Zahlungsfrist von 30 Tagen einhält. Dieses Ziel unterstützt die Architekten- und Stadtplanerkammer Hessen ausdrücklich.

Das HVTG sollte indessen zur Bewältigung atypischer Fälle durch § 19 Abs. 2 eine Möglichkeit vorsehen, die Fristen flexibler zu handhaben. Eine Benachteiligung der ausführenden Gewerke liegt nicht vor, da es sich in beiden Fällen um eine Ausnahmeregel handelt, die nur in begründeten Einzelfällen greift.

Für Abschlagszahlungen verkürzt § 19 Abs. 3 HVTG die Prüffrist von bisher 18 Werktagen (= 21 Kalendertage) auf 18 Kalendertage. Die VOB/B sieht eine Frist von 21 Tagen nach Zugang der Rechnung vor. Diese Frist hat sich in der Praxis bewährt, an der Frist von 21 Tagen ist festzuhalten. Beide Vorschläge dienen der Vereinheitlichung von BGB, VOB/B; HVTG.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. Kraushaar'.

Dr. Martin Kraushaar
Stellvertretender Hauptgeschäftsführer



Hessischer Handwerkstag · Postfach 29 60 · 65019 Wiesbaden

Herrn
Clemens Reif
Mitglied des Landtages
Vorsitzender des Ausschusses für Wirtschaft,
Energie, Verkehr und Landesentwicklung
Hessischer Landtag
Postfach 3240
65022 Wiesbaden

Ihr Zeichen: I A 2.4
Ihre Nachricht vom: 3. Juli 2014
Unser Zeichen: II.1-Bru-Bs

Ansprechpartner: Markus Bruns
Telefon: 0611 136-104
Telefax: 0611 136-8104
E-Mail: markus.bruns@
hwk-wiesbaden.de

Datum: 28. August 2014

Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung

Sehr geehrter Herr Reif,
sehr geehrte Damen und Herren,

für die Übersendung der nachstehenden Gesetzentwürfe und der hierzu eingeräumten Gelegenheit zur Abgabe einer Stellungnahme möchten wir uns bedanken:

- Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge
- Drucksache 19/134 -
- 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)
- Drucksache 19/349 -
- Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz
- Drucksache 19/401-

Der Hessische Handwerkstag (HHT) ist die Spitzenorganisation des Handwerks in Hessen, der neben den Landesfachverbänden, den Landesinnungsverbänden und Landesinnungen, den Kreishandwerkerschaften auch die drei hessischen Handwerkskammern Kassel, Frankfurt-Rhein-Main und Wiesbaden angehören. Der Inhalt dieser Stellungnahme ist mit den Mitgliedern abgestimmt. Deshalb wird die ebenfalls in dem Kreis der Anzuhörenden aufgenommene Handwerkskammer Frankfurt-Rhein-Main keine eigene schriftliche Stellungnahme abgeben.



..2

Grundsätzliche Anmerkungen

Bevor wir uns zu den Detailregelungen der verschiedenen Gesetzentwürfe äußern, wollen wir vorab eine grundsätzliche Bewertung der Gesetzentwürfe vornehmen.

Prinzipiell entspricht der gemeinsame Gesetzentwurf von CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN unseren Vorstellungen am ehesten. Diese Bewertung resultiert vor allem aus dem Umstand, dass die bestehenden Vergabefreigrenzen allein in diesem Gesetzentwurf fortgeschrieben werden. Diese haben sich in der Praxis sehr bewährt, um Vergaben einfach, schnell und unbürokratisch durchführen zu können. Insoweit begrüßen wir die gesetzliche Fortschreibung der großen Vergabefreigrenzen sehr. Zwar verkennen wir nicht, dass auch die Gesetzentwürfe von der Fraktion DIE LINKE sowie der Fraktion der SPD durchaus für uns positive Aspekte aufweisen, wegen der vorgesehenen Einführung einer Vielzahl weiterer vergabefremder Aspekte, vermehrter Nachweispflichten für die Unternehmer und verstärkter Kontrollen, die letzten Endes nur zu mehr Bürokratismus führen würden, stehen wir diesen Gesetzentwürfen in der Gesamtschau allerdings im Grundsatz ablehnend gegenüber.

Bewertung der einzelnen Gesetzentwürfe:

A. Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE

Dieser Gesetzentwurf für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge entspricht weitgehend, bis auf marginale Änderungen, dem vom 20. November 2012 – Drucksache 18/6523 – und dem Gesetzentwurf vom 17. Dezember 2007 – Drucksache 18/1075 –. Hierzu hatte die Arbeitsgemeinschaft der Hessischen Handwerkskammern bereits am 5. November 2009 eine Stellungnahme abgegeben. Mit dieser hatte die Arbeitsgemeinschaft der Hessischen Handwerkskammern seinerzeit eine Bewertung des Gesetzentwurfes vorgenommen.

Die Ausführungen dieser Stellungnahme treffen grundsätzlich auch für den nunmehr vorliegenden Gesetzentwurf zu. Eine Kopie der seinerzeitigen Stellungnahme ist daher in der Anlage beigefügt.

B. Gesetzentwurf der Fraktion der SPD

Als Ziel des Gesetzes ist vor allem die Verankerung von sozialen, ökologischen und arbeitnehmerschützenden Belangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vorgesehen, welche sämtlich vergabefremde Aspekte sind. Die Einführung solcher vergabefremden Kriterien in das Vergaberecht ist grundsätzlich abzulehnen, da sie für die bietenden Betriebe lediglich mit weiteren Auflagen und Erschwernissen verbunden ist, damit letztlich zu mehr Bürokratie führt und gerade für kleine Betriebe die gewünschte Beteiligung an öffentlichen Aufträgen noch mehr behindert. Diese vergabefremden Aspekte sind zwar für sich genommen überwiegend politisch wünschenswerte Ziele, gehören jedoch nicht in das Vergaberecht, das ohnehin schon sehr kompliziert und überfrachtet ist.

Darüber hinaus sieht der SPD-Entwurf eine von uns strikt abgelehnte deutliche Reduzierung der bestehenden Vergabefreigrenzen vor, wobei die Ausgestaltung im Detail sehr kompliziert erfolgt.

§ 1 Zweck des Gesetzes

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sollen soziale, ökologische und arbeitnehmerschützende Belange berücksichtigt werden. Hierbei handelt es sich um vergabefremde Aspekte, deren Übernahme in das Vergaberecht aus ordnungspolitischen Gesichtspunkten heraus abzulehnen ist.

§ 2 Sachlicher Anwendungsbereich

Vorgesehen ist die Geltung der gesetzlichen Regelungen ab einem geschätzten Auftragswert von 10.000 Euro netto, sowohl für Bau-, als auch für Liefer- und Dienstleistungsaufträge. Die geplante Einführung eines weiteren Schwellenwertes, ab dem erhöhte Anforderungen an die Bieter gelten und von diesen weitere Nachweise zu erbringen sind, führt nach unserer Ansicht lediglich dazu, dass das ohnehin bereits schwer zu überschauende Vergaberecht noch komplizierter wird, weil wiederum weitere zu beachtende Vorschriften hinzutreten und zudem auf Seiten der Bieter weiterer Bürokratieaufwand erforderlich ist.

Darüber hinaus werden die bislang geltenden Freigrenzen für beschränkte Ausschreibungen und freihändige Vergaben erheblich reduziert, wobei die konkrete Ausgestaltung der Freigrenzen sehr kompliziert geregelt wird.

So sollen nach dem vorliegenden Entwurf zukünftig unterschiedliche Freigrenzen gelten für die Beschaffungsstellen des Landes sowie sonstiger öffentlicher Auftraggeber einerseits und kommunaler Auftraggeber andererseits.

Desweiteren soll die Freigrenze nur noch bei Beschaffungen des Landes und hier lediglich für beschränkte Ausschreibungen gelten, für freihändige Vergaben sind überhaupt keine Freigrenzen mehr vorgesehen. Diese Differenzierung zwischen Vergabestellen des Landes und solchen der Kommunen ist abzulehnen. Gleiches gilt für die vorgesehene erhebliche Reduzierung, da sich die bestehenden Vergabefreigrenzen sowohl für beschränkte Ausschreibungen als auch für freihändige Vergaben aus Sicht des Handwerks als sinnvoll erwiesen und bewährt haben. Dies ist ein nicht unerhebliches Steuerungsinstrument, mit dem eine bessere Beteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen gerade auch des Handwerks erreicht werden kann. Wir sehen daher keine Notwendigkeit die Vergabefreigrenzen herabzusetzen .

Die in Absatz 3 vorgesehene Verweisung auf die Regelung der VOB/A beziehungsweise VOL/A in der Fassung des Jahres 2009 kann unseres Erachtens unterbleiben, da sich deren Geltung bereits aus dem Haushaltsrecht in Verbindung mit der VOB/A beziehungsweise VOL/A ergibt. Darüber hinaus werden die Vergabe- und Vertragsordnungen VOB und VOL regelmäßig vom deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss überarbeitet, so dass sich eine gesetzliche Verweisung nicht auf eine bestimmte Fassung eines Jahres, sondern auf die jeweils aktuell geltende Fassung beziehen sollte.

§ 3 Persönlicher Anwendungsbereich

Hier ist aus Sicht des Handwerks zu monieren, dass die Eigenbetriebe der Kommunen nicht mehr genannt sind, so dass sie den Regelungen des Vergaberegimes nicht mehr unterliegen würden.

§ 4 Mittelstandsförderung

Die Verpflichtung der Auftraggeber, kleinere und mittlere Unternehmen im Rahmen beschränkter Ausschreibungen und freihändiger Vergaben zur Angebotsabgabe aufzufordern, wird seitens des hessischen Handwerks ausdrücklich begrüßt. Gleiches gilt für die in Absatz 2 enthaltene Verpflichtung zur Teilung der Leistungen in Fach- und Teillose und der Ausgestaltung der Verdingungsunterlagen derart, dass sich kleinere und mittlere Unternehmen beteiligen und beim Zuschlag berücksichtigt werden können.

Abzulehnen ist allerdings die in Absatz 3 enthaltene Formulierung, dass Bekanntmachungen **zusätzlich** in der Hessischen Ausschreibungsdatenbank erfolgen sollten. Dies führt zu einer deutlichen Abschwächung gegenüber der derzeitigen Rechtslage, wonach solche Bekanntmachungen verpflichtend in der Hessischen Ausschreibungsdatenbank erfolgen müssen. Die Hessische Ausschreibungsdatenbank hat sich in der Praxis bewährt und gibt sowohl Bewerbern als auch den Vergabestellen die Möglichkeit, sich auf einfachem Weg und ohne größeren Aufwand kostenlos über Ausschreibungen zu informieren beziehungsweise diese zu veröffentlichen.

Die vorgesehene Regelung läuft de facto darauf hinaus, dass sich ein Interessent wieder mittels verschiedenster Medien und Quellen über laufende Ausschreibungsverfahren informieren muss. Dies ist mit erheblichem Aufwand verbunden, der sich gerade auf kleinere und mittlere Unternehmen negativ auswirkt.

Diese Klausel ist daher aus unserer Sicht nicht als mittelstandsfördernd, sondern als mittelstandsfeindlich zu bezeichnen.

§§ 5 bis 6 Berücksichtigung ökologischer und sozialer Kriterien

Die Berücksichtigung ökologischer und sozialer Belange sowie der ILO-Kernarbeitsnormen in allen Phasen des Vergabeverfahrens stellt sich wiederum als die Einführung vergabefremder Aspekte dar, deren Geltung im Vergaberecht aus ordnungspolitischen Gründen abgelehnt wird.

Ohnehin besteht bereits nach der derzeitigen Rechtslage im Rahmen der Angebotsauswertung die Möglichkeit, sowohl soziale als auch insbesondere ökologische Aspekte in hinreichendem Maße als Wertungskriterium berücksichtigen zu können, wenn dies zuvor in der Bekanntmachung erfolgt ist. Insoweit verweisen wir auf § 16 Absatz 6 Nummer 3 VOB/A beziehungsweise § 16 Absatz 8 VOL/A.

§§ 7 bis 9 Auswahlverfahren

Die hier im Entwurf enthaltenen Regelungen finden sich in ähnlicher Form bereits in den Paragraphen der VOB/A beziehungsweise VOL/A wieder und erscheinen deshalb entbehrlich. Durch die Festschreibung, vor allem bei der in § 7 geregelten Auswahl der Bieter nach Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit werden mittelständische Belange berücksichtigt, was wir begrüßen. Dies gilt auch für die Erteilung des Zuschlags auf das „wirtschaftlichste“ Angebot. Kritisch sehen wir allerdings die an einigen Stellen auch hier immer wiederkehrende Absicht, vergabefremde Aspekte festzuschreiben.

§ 10 Tariftreue, Entgeltgleichheit und Mindestentgelt

Die Einführung einer Mindestlohnregelung und der Tariftreue wird im hessischen Handwerk ambivalent beurteilt. Einerseits werden hierin bei allem Verständnis für politisch wünschenswerte Ziele vergabefremde Aspekte gesehen, die aus ordnungspolitischen Gründen abzulehnen sind, andererseits wird insbesondere von den hessischen Fachverbänden das Argument in den Vordergrund gestellt, dass gerade auch bei öffentlichen Ausschreibungen nur Unternehmen berücksichtigt werden sollten, die sich an die für den Ort der Leistungserbringung geltende tarifvertraglich vereinbarte Entlohnung halten.

§ 11 Nachweise

Die Vorschrift fordert eine Bescheinigung aus dem Präqualifizierungsverzeichnis ausschließlich des Vereins für die Qualifizierung von Bauunternehmen e.V., ansonsten hat der Bieter die entsprechenden Einzelnachweise der jeweiligen Sozialversicherungsträger etc. vorzulegen. Dies ist abzulehnen, da es neben dem Verein für die Qualifizierung von Bauunternehmen auch andere amtlich anerkannte Präqualifizierungsstellen gibt, deren Bescheinigungen dann jedoch nicht mehr zulässig wären. Dies träfe insbesondere für das hessische Präqualifizierungsregister der Auftragsberatungsstelle Hessen e.V. zu, welches bereits seit vielen Jahre existiert, anerkannt ist und sich bewährt hat. Des Weiteren fehlt die Möglichkeit der Abgabe von Eigenerklärungen durch die Bieter, wie sie nach der VOB/A und der VOL/A zugelassen ist.

§ 12 Nachunternehmerinsatz

Die Bezeichnung der Nachunternehmerleistungen durch den Bieter bereits bei Angebotsabgabe ist positiv zu sehen. Gleiches gilt für die Verpflichtung der Auftragnehmer gemäß Absatz 4, bevorzugt kleinere und mittlere Unternehmen zu beteiligen, die VOL/A beziehungsweise VOB/A zu vereinbaren und den Nachunternehmern keine ungünstigeren Bedingungen aufzuerlegen als zwischen dem Auftragnehmer selbst und dem öffentlichen Auftraggeber vereinbart sind.

§§ 13 bis 15 Berufliche Erstausbildung, Berücksichtigung von Umweltkriterien, Berücksichtigung von sozialen Kriterien: Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern sowie zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf

Diese Vorschriften sind zwar lediglich als „Soll“- beziehungsweise „Kann“-Vorschriften ausgestaltet, jedoch handelt es sich bei den vorgenannten Gesichtspunkten sämtlich um vergabefremde Kriterien, deren Einführung in das Vergaberecht ordnungspolitisch nicht geboten ist.

§ 16 Wertung unangemessen niedriger Angebote

Die Statuierung einer Prüfpflicht des Auftraggebers bei unangemessen niedrigen Angeboten, das heißt solchen, bei denen eine mindestens 10-prozentige Differenz zum nächst höheren Angebot besteht, wird seitens des hessischen Handwerks begrüßt. Im Rahmen dessen ist die Kalkulation zu prüfen.

§ 17 Wertungsausschluss

Die hier enthaltene Möglichkeit des Ausschlusses von der Wertung aufgrund fehlender Nachweise ist, im Vergleich zum zwingenden Ausschluss nach der VOB/A beziehungsweise der VOL/A, das mildere Mittel. Andererseits widerspricht sie diesen Regelungen jedoch und führt dadurch zur Rechtsunsicherheit für Auftraggeber und Auftragnehmer.

§ 18 Sicherheitsleistung bei Bauleistungen

Die vorgesehene Einführung einer Vertragserfüllungssicherheit bei Bauleistungsaufträgen ab einem Volumen von mehr als 250.000 Euro netto schränkt die Liquidität der ausführenden Unternehmen unnötig ein. Gleiches gilt für die vorgesehene Gewährleistungssicherheit bei Aufträgen ab 250.000 Euro netto Auftragswert. Letztlich ist die Vereinbarung von Sicherheiten eine Verhandlungsangelegenheit zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer und sollte daher den handelnden Beteiligten überlassen bleiben, nicht jedoch gesetzlich vorgegeben werden.

§ 20 Prüfbehörde

Die gemäß dem Entwurf vorgesehene Einrichtung einer Prüfbehörde beim Hessischen Wirtschaftsministerium oder einer ihr nachgeordneten Behörde ist aus Gründen der Kosten und des Verwaltungsaufwandes abzulehnen und zeigt lediglich, dass mit der Einführung vergabefremder Kriterien der Bürokratieaufwand ganz erheblich steigt, die Vergabeverfahren selbst jedoch keineswegs dadurch effektiver, schneller und transparenter werden, welches das eigentliche Ziel vergaberechtlicher Bestimmungen sein sollte. Überdies gibt es bereits mit den bestehenden Hauptzollämtern eine Kontrollinstanz, welche Verstöße gegen die in Absatz 8 Nummern 2 bis 11 genannten Gesetze überprüfen.

§ 21 Sanktionen

Die hier vorgesehene Sanktionierung in finanzieller Hinsicht mittels einer Vertragsstrafe bis zu 10 % halten wir vor dem Hintergrund, dass auch im sich anschließenden Bauvertrag regelmäßig eine Vertragsstrafe in Höhe von 5 % für zeitliche Verzögerungen vereinbart wird und sich die Gesamthöhe somit auf bis zu 15 % der Auftragssumme belaufen könnte, für zu hoch angesetzt. Insbesondere wäre dies der Fall, wenn sich der beauftragte Hauptunternehmer redlich verhält, der von ihm wiederum beauftragte Nachunternehmer oder dessen Nachunternehmer den Verstoß begeht.

§§ 22 bis 23 Informations- und Wartepflicht / Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs unterhalb der Schwellenwerte

Die hier vorgesehene Statuierung von Informations- und Wartepflichten ebenso wie bei EU-weiten Vergaben sowie die Eröffnung des Rechtswegs unterhalb der Schwellenwerte nach § 100 GWB ist grundsätzlich zu begrüßen, da effektiver Rechtsschutz für die Bieter bei vergaberechtlichen Verstößen durch die öffentlichen Auftraggeber nach der derzeitigen Rechtslage faktisch nicht besteht. Insbesondere kann die Erteilung des Zuschlags für die Aufträge unterhalb der Schwellenwerte durch einen Bieter nicht verhindert werden, da derzeit keine Rechtsmittel mit Suspensivwirkung zur Verfügung stehen. Momentan ist auch nicht abzusehen, ob und wann der vergaberechtliche Bundesgesetzgeber hier tätig werden wird.

Wenn jedoch, auch unterhalb der Schwellenwerte, der Rechtsweg für den Bieter eröffnet werden soll, so sollte die Zuständigkeit dann jedoch nicht in den Händen der Verwaltungsgerichtsbarkeit liegen, sondern stattdessen auf den Erfahrungsschatz der bereits mit vergaberechtlichen Fragestellungen betrauten Vergabekammern zurückgegriffen werden. Andernfalls würde dies zu einer Rechtswegzersplitterung führen, je nachdem ob es sich um ein Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte oder oberhalb der Schwellenwerte handelt, bei denen zunächst die Vergabekammern und in zweiter Instanz die Oberlandesgerichte zuständig sind.

C. Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Der vorliegende Entwurf ist in der Gesamtschau positiv zu bewerten, denn er enthält wichtige mittelstandsgerechte inhaltliche Elemente. Gleichwohl sehen wir die erweiterte Festbeschreibung sozialer und ökologischer Kriterien kritisch, da es sich hierbei um vergabefremde Aspekte handelt, deren Verankerung im Vergaberecht das hessische Handwerk ablehnt. Denn dies wird lediglich zu mehr Bürokratieaufwand für die Betriebe, nicht jedoch zu gerechteren und effektiveren Beschaffungsvorgängen führen.

§ 1 Anwendungsbereich

Dass neben den Beschaffungsvorgängen der Länder, der Kommunen und der kommunalen Zweckverbände auch weiterhin die Beschaffungsvorgänge der kommunalen Eigenbetriebe erfasst werden, sehen wir positiv. Des Weiteren können wir der Regelung zustimmen, dass die Vorgaben des Hessischen Vergabegesetzes einheitlich ab einem Auftragswert von 10.000 Euro netto gelten sollen.

Zu kritisieren sind jedoch die in Absatz 5 Satz 3 festgelegten Ausnahmen. Dies führt dazu, dass europaweite Ausschreibungen nicht mehr in der Hessischen Ausschreibungsbank HAD bekannt zu machen sind, welches zu einer deutlichen Einschränkung gegenüber der jetzigen Rechtslage führt, wonach **alle** durchzuführenden Ausschreibungen und andere Bekanntmachungen in der HAD veröffentlicht werden. Für Interessenten und Bieter führt dies dazu, dass sie letztlich in mindestens zwei Datenbanken beziehungsweise Medien nach für sie relevanten Ausschreibungsverfahren suchen müssen, anstatt wie bisher lediglich die HAD hierfür zu nutzen.

Gerade für kleine Handwerksbetriebe bedeutet dies einen erhöhten Zeitaufwand, zumal die Recherche in der europäischen Ausschreibungsdatenbank TED im Vergleich zur HAD wesentlich komplizierter und aufwendiger ist. Bereits nach bisheriger gesetzlicher Lage stellt die HAD durch eine Verknüpfung mit der europäischen Ausschreibungsdatenbank TED die Recherche von Bewerbern nach europaweiten Ausschreibungen als auch deren Einstellen durch öffentliche Auftraggeber sicher. Bundesrecht steht hier ebenfalls nicht entgegen, da weder das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) noch § 14 der Vergabeverordnung Vorgaben hinsichtlich der Bekanntmachungsmedien enthalten.

Insoweit sprechen wir uns für eine Beibehaltung der bisherigen Regelung, dass alle durchzuführenden Ausschreibungen und andere Bekanntmachungen in der HAD zu veröffentlichen sind, aus, weil wir dies für mittelstandsgerechter halten. Wir plädieren insoweit dringend für eine Streichung des § 11 in Absatz 5 Satz 3 des Anwendungsbereichs, da die bisherige Regelung der HAD als Pflichtbekanntmachungsplattform für alle hessischen Ausschreibungen ein ausgesprochen positiver Umstand ist, der keinesfalls aufgeweicht werden sollte.

§ 2 Allgemeine Grundsätze, Verfahren

Die Verpflichtung, öffentliche Aufträge in transparenten und wettbewerblich fairen Verfahren durchzuführen, begrüßen wir ebenso wie die Regelung, dass eine Nichtteilnahme an einer Ausschreibung keinerlei negative Konsequenzen bei weiteren zukünftigen Vergabeverfahren haben darf. Die fortbestehende Statuierung der Unzulässigkeit, ortsansässige oder in der Region ansässige Unternehmen zu bevorzugen, ist ebenfalls sehr zu begrüßen, um so Wettbewerbsverzerrungen vorzubeugen und sogenanntes „Hoflieferantentum“ zu vermeiden. Des Weiteren erachten wir die in Absatz 6 festgeschriebene fortlaufende und vollständige Dokumentation des Vergabeverfahrens, unter Berücksichtigung der mittelständischen Interessen, für akzeptabel. So lässt sich unseres Erachtens die notwendige Transparenz von Vergabeverfahren sinnvoll erreichen.

§ 3 Soziale, ökologische und innovative Anforderungen, Nachhaltigkeit

Der Gesetzentwurf gibt dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit der Berücksichtigung von sozialen, ökologischen, umweltbezogenen und innovativen Anforderungen. Wir werten diese zusätzlichen Anforderungen als vergabefremde Aspekte, sehen in der konkreten Ausgestaltung aber auch positive Aspekte. Hierzu gehört, dass die Berücksichtigung dieser Belange den öffentlichen Auftraggebern freigestellt wird und eine Verbindung mit dem Auftragsgegenstand bestehen muss.

§ 4 bis 9 Tariftreuepflicht, Mindestentgelt, Tariftreue- und sonstige Verpflichtungserklärungen, Nachunternehmen, Verleihunternehmen, Nachweise und Kontrollen

Die vorgesehene Regelung in § 4 Abs. 1 entspricht im wesentlichen der Regelung des § 3 Abs. 1 des geltenden hessischen Vergabegesetzes. Hiernach sind Unternehmen verpflichtet, die für sie geltenden gesetzlichen, aufgrund eines Gesetzes festgesetzten und unmittelbar geltenden tarifvertraglichen Leistungen zu gewähren. Die Fortschreibung dieser Regelung ist für uns weiterhin akzeptabel, wobei wir in diesem Zusammenhang auf unsere Ausführungen hinsichtlich einer ambivalenten Beurteilung von Tariftreueverpflichtungen und Mindestentgeltregelungen zu § 10 des Gesetzentwurfs der SPD-Fraktion verweisen.

Die in § 7 erfolgte Festschreibung, dass in der HAD einheitliche Muster für die Abgabe der Tariftreue und sonstigen Verpflichtungserklärungen bekannt zu geben und diese zu verwenden sind, beurteilen wir positiv. Allerdings sollte die Verpflichtung zur Anwendung auch auf Gemeinden und Gemeindeverbände sowie Eigenbetriebe erstreckt werden, um unterschiedliche Muster zu vermeiden.

§ 10 Vergabearten

Um mehr Wettbewerb zu erreichen und um zu vermeiden, dass dieselben Unternehmen mehrfach angefragt werden, sollte bei beschränkten Ausschreibungen und freihändigen Vergaben eine Streuung der Anfragen zur Angebotsabgabe in Absatz 3 aufgenommen werden. Verhandlungen bei freihändigen Vergaben stehen wir kritisch gegenüber.

Des Weiteren ist in Absatz 5 Satz 2 vorgesehen, dass mehrere Gewerke zusammengefasst werden können. Eine solche Regelung lehnen wir nachdrücklich ab, weil sie der von uns gewünschten Vergabe nach Losen widersprechen und stattdessen das Generalunternehmertum unterstützen würde. Wir fordern deshalb ausdrücklich eine Streichung dieser Formulierung.

Die in Absatz 8 vorgesehene Erstellung einheitlicher Muster für Vergabeverfahren begrüßen wir stattdessen, um den bürokratischen Aufwand für die teilnehmenden Betriebe so gering wie möglich zu halten. Allerdings sollte die Ausgestaltung dergestalt erfolgen, dass auch den Gemeinden und Gemeindeverbänden die verpflichtende Anwendung der Muster auferlegt wird.

§ 11 Bekanntmachung, Wettbewerb

Wie bereits zu § 1 kritisch angemerkt, sprechen wir uns gegen eine Beschränkung der Bekanntmachungen auf rein nationale Ausschreibungen, die in der HAD veröffentlicht werden sollen, aus. Wir plädieren insoweit für eine Beibehaltung der bisherigen Bekanntmachungsregelung. Darüber hinaus halten wir die Ausweitung der Aufforderung zur Angebotsabgabe von 3 auf 5 geeignete Unternehmen zur Stärkung des Wettbewerbsgedankens für akzeptabel.

§ 12 Fördergrundsätze

Die Festschreibung des Grundsatzes der Fach- und Teillosvergabe von Leistungen ist ebenso wie die Zulassung von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften sowie die Pflicht zur Benennung von Nachunternehmern bereits bei Angebotsabgabe positiv zu bewerten, da hierdurch intransparente Subunternehmerketten verhindert werden können.

§ 13 Nachweis der Eignung, Präqualifikation

Wir befürworten, dass Eignungsnachweise nur soweit gefordert werden sollen wie dies sachlich gerechtfertigt ist. Eigenerklärungen sind, wie nach der VOB/A und der VOL/A, ebenfalls zulässig. Zu begrüßen ist, dass anstelle vieler Einzelnachweise die entsprechenden Bieter auch eine Präqualifikationsbescheinigung vorlegen können. Insoweit begrüßen wir es, dass hier alle bekannten Präqualifikationsstellen genannt sind.

§ 14 Öffentlich private Partnerschaften

Dem Grundsatz in Absatz 1, dass Vergaben in öffentlich-privater Partnerschaft so zu planen sind, dass mittelständische Unternehmen sich an dem Projekt beteiligen können, stimmen wir zu. Ebenso ist die vorgesehene Aufteilung in Lose und Gewerke positiv.

Wir empfehlen des Weiteren die Möglichkeit des vorzeitigen Ausscheidens mittelständischer Unternehmen aus der Projekt- oder Betriebsgesellschaft gemäß Absatz 3 vorzusehen.

Ebenso erachten wir die Möglichkeit des Forderungsverkaufes als außerordentlich positiv, wobei der öffentliche Auftraggeber einen Einredeverzicht erklären kann. Gerade dies dürfte die notwendige Vorfinanzierung für mittelständische Unternehmen erheblich erleichtern und zu günstigeren Finanzierungskonditionen führen.

Wir begrüßen es zudem, dass ÖPP-Projekte nur bei einem nachgewiesenen Wirtschaftlichkeitsvorteil durchgeführt werden dürfen, wobei die Festlegung bestimmter Kriterien für die Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und die Vorgabe einheitlicher Standard- und Rechenmodelle für die Wirtschaftlichkeitsberechnung positiv zu sehen ist.

§ 15 Vergabefreigrenzen

Die vorgesehene Fortschreibung der Vergabefreigrenzen für beschränkte Ausschreibungen und freihändige Vergaben bei Bauleistungen beziehungsweise Aufträgen über Lieferungen und Leistungen begrüßen wir sehr. Damit wird einem zentralen Anliegen des hessischen Handwerks Rechnung getragen. Wir verweisen insoweit auf die bisherigen positiven Erfahrungen aufgrund der Geltung des bisherigen Hessischen Vergabegesetzes als auch zuvor des Vergabeerlasses.

Die Notwendigkeit einer ausführlichen und nachvollziehbaren Dokumentation der Vergabeverfahren bewerten wir ebenfalls positiv, um die notwendige Transparenz solcher Vergaben zu erzielen.

Die auch hier wieder auftretende Formulierung „werden mehrere Gewerke zusammengefasst, erhöhen sich die genannten Auftragswerte nicht.“ in Absatz 1 Satz 2 lehnen wir entschieden ab. Eine solche Regelung würde nachhaltig der von uns ausdrücklich gewünschten kleinteiligen Vergabe nach Losen widersprechen und lediglich die Vergabe an Generalunternehmer begünstigen. Dies läuft den Interessen der kleinen und mittleren Unternehmen ausdrücklich zuwider. Wir plädieren daher für eine vollständige Streichung dieses Satzes.

Stattdessen sollte vielmehr die Anwendung der Vergabefreigrenzen bei beschränkten Ausschreibungen und freihändiger Vergabe für alle Auftraggeber verpflichtend vorgesehen werden.

§ 16 Urkalkulation, Zwei-Umschlagsverfahren

Ab bestimmten Schwellenwerten sollen Bieter mit einem auffallend niedrigem Angebot die Urkalkulation einreichen. Obwohl wir dieser Vorgehensweise zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen grundsätzlich beipflichten, regen wir an, genauer zu formulieren, wann ein auffällig niedriges Angebot vorliegt.

Diesbezüglich bietet es sich unseres Erachtens an, auf die Formulierung in § 17 Absatz 2 zurückzugreifen, um demzufolge bei einer Abweichung von mehr als 10 % zum nächst höheren Angebot von einem auffallend niedrigen Angebot auszugehen ist, welches dann genauer zu prüfen ist.

§ 17 Zuschlag, Preise

Wir begrüßen es sehr, dass gesetzlich festgeschrieben wird, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot, jedoch nicht auf den niedrigsten Preis allein erfolgen soll. Gleiches gilt bei einer Abweichung von mehr als 10 % eines Angebots auf das der Zuschlag erfolgen soll, zum nächst höheren Angebot.

§ 18 Vertragsstrafe, Sperre

Es obliegt der Verhandlung der Parteien, ob diese eine Vertragsstrafe vereinbaren wollen oder nicht und sollte daher diesen überlassen bleiben. Insoweit sollte die Formulierung „Soll-“ durch eine „Kann-Bestimmung“ ersetzt werden.

§ 19 Zahlungen

Wichtig und richtig ist nach unserer Ansicht die vorgesehene Regelung, dass fällige Zahlungen spätestens 30 Kalendertage nach Zugang der Rechnung zu leisten sind. Gerade für kleinere und mittlere Betriebe haben die langen Zahlungsfristen öffentlicher Auftraggeber in der Vergangenheit zu erheblichen Liquidationsproblemen geführt, die sich auf diese Weise deutlich verringern lassen. Von besonderem Interesse für mittelständische Unternehmen ist auch die in Absatz 2 vorgesehene Möglichkeit der Teilabnahmen als notwendige Voraussetzungen für die Forderungsfälligkeit, um die Liquidität der Betriebe zu stärken.

Zu unterstützen ist des Weiteren, dass diese Verpflichtungen auch gegenüber Nachunternehmern gelten sollen. Die in Absatz 5 vorgesehene Möglichkeit der Direktzahlung an Gläubiger des Auftragnehmers ist unseres Erachtens ebenfalls positiv zu sehen, um die Liquidität der ausführenden Unternehmen zu stärken und Stillstände auf den Baustellen der öffentlich rechtlichen Auftraggeber zu vermeiden. Der Forderung, dass der Anspruch auf Verzugszinsen weder einschränkbar noch abdingbar sein soll, schließen wir uns an.

§ 20 Nachprüfungsstellen

Im Vergleich zur bisherigen Rechtslage soll die Gebührenfreiheit für Verfahren vor VOB- und VOL-Stellen entfallen und stattdessen einheitliche Kostenvorschriften in einer Rechtsverordnung vorgegeben werden. Dies stellt aus unserer Sicht eine nicht unerhebliche Hürde gerade für kleinere und mittlere Unternehmen des Handwerks dar, derartige Verfahren zur Nachprüfung vorgebrachter Verfahrensverstöße überhaupt zu beantragen. Insoweit plädieren wir für einen Beibehalt der bisherigen Gebührenfreiheit solcher Verfahren.

Des Weiteren besteht nach Absatz 4 die Möglichkeit einer Aussetzung des Vergabeverfahrens, wenn ein Nachprüfungsverfahren vor einer VOB- oder VOL-Stelle durchgeführt wird. Verpflichtend ist dies jedoch nicht, so dass hier das Risiko nach wie vor besteht, dass ein öffentlicher Auftraggeber mit der Erteilung des Zuschlages vollendete Tatsachen schaffen kann, bevor die Nachprüfungsstelle eine Prüfung und Entscheidung getroffen hat. Insofern sprechen wir uns für eine Ausgestaltung in Form einer verpflichtenden Aussetzung des Vergabeverfahrens aus.

Darüber hinaus findet sich im Gesetzentwurf keinerlei Hinweis auf Rechtsmittel der Beteiligten gegen Entscheidungen dieser Nachprüfungsstellen. Sollten solche Entscheidungen vor den Verwaltungsgerichten angegriffen werden, würde dies letztlich zu einer Rechtswegzersplitterung führen, je nachdem ob es sich um eine europaweite oder eine nationale Ausschreibung handelt. Dies sollte aus unserer Sicht vermieden werden. Sinnvoll wäre es daher, die bereits bestehenden Vergabekammern als Nachprüfungsstellen im Sinne dieses Gesetzes zu statuieren.

§ 21 Überprüfung der Auswirkung der Tariftreueregelung

Die vorgesehene Evaluierungsregelung nach einem Zeitraum von 3 Jahren bewerten wir positiv.

§ 23 Aufhebung bisherigen Rechts

Wir erachten es als sehr wichtig, dass zumindest in der Begründung des Gesetzes ausdrücklich klargestellt wird, dass mit der Novelle des Hessischen Vergabegesetzes das Hessische Mittelstandsförderungsgesetz als Artikel 1 des „Gesetz zur Förderung der mittelständischen Wirtschaft und zur Vergabe öffentlicher Aufträge“ vom 25. März 2013 auch zukünftig unverändert erhalten bleibt.

Der Hessische Handwerkstag wird bei der Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung am 11. September 2014 durch den stellvertretenden Hauptgeschäftsführer der Handwerkskammer Wiesbaden, Herrn Bernhard Mundschenk, vertreten.

Mit freundlichen Grüßen



Bernd Ehinger
Präsident



Harald Brandes
Geschäftsführer

Anlage

Arbeitsgemeinschaft der
Hessischen Handwerkskammern

arge · Postfach 28 60 · 65019 Wiesbaden

Hessischer Landtag
Herrn Geschäftsführer Schlaf
Postfach 32 40

65022 Wiesbaden

Ihr Zeichen: I A 2.1
Ihre Nachricht vom: 6. Oktober 2009
Unser Zeichen: II.1-Bru-BsAnsprechpartner: Markus Bruns
Telefon: 0811 138-104
Telefax: 0811 138-8104
E-Mail: Markus.bruns@
hwk-wiesbaden.de

Datum: 5. November 2009

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. Dezember 2007 (GVBl. I S. 922) – Drucksache 18/1075Sehr geehrter Herr Schlaf,
sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für die Übersendung des oben genannten Gesetzentwurfes und der uns eingeräumten Möglichkeit hierzu eine Stellungnahme abgeben zu können.

1. Grundsätzliche Anmerkungen

Hauptaspekt des oben genannten Gesetzentwurfes ist die Einführung weiterer Wertungskriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, darunter insbesondere die Tariftreue. Maßnahmen, die die Einhaltung gültiger zwischen den Tarifpartnern vereinbarter Tarife im Interesse der Arbeitnehmer, der Arbeitgeber und des Staates sicherstellen, werden seitens des hessischen Handwerks grundsätzlich positiv bewertet. Gesetzliche Tariftreuregelungen stellen hierzu ein adäquates Mittel dar, um sittenwidrige Niedriglöhne zu vermeiden.

Allerdings sind gesetzliche Regelungen zur Tariftreue unter ordnungspolitischen Aspekten durchaus kritisch zu sehen. Denn damit ist die Gefahr verbunden, dass der Bereich des Vergaberechts zur Erreichung anderweitiger politisch gewünschter Ziele instrumentalisiert wird. Dies zeigt sich mit der Forderung nach Einführung weitergehender vergabefremder Aspekte, mögen diese auch sozialpolitisch wünschenswert sein. Der eigentliche Kerngedanke des Vergaberechts, ein wirtschaftliches Angebot seitens der Bieter im Wettbewerb zu erhalten, tritt damit immer weiter in den Hintergrund.

Darüber hinaus ist der mit der Einführung vergabefremder Kriterien verbundene bürokratische Aufwand gerade für kleinere Betriebe, wie Handwerksunternehmen, nicht unerheblich.

Seite 2 - Schreiben der Arbeitsgemeinschaft der Hessischen Handwerkskammern vom 5. November 2009

Denn anstatt die Anzahl der vorzulegenden Nachweise für die Bieter zu verringern, werden diese mit dem vorliegenden Gesetzentwurf verpflichtet, weitere zusätzliche Nachweise einzureichen.

2. Anmerkungen im Einzelnen

zu § 1 – Anwendungsbereich

Absatz 1 erweitert den Anwendungsbereich einerseits auch auf Anstalten und Stiftungen öffentlichen Rechts gemäß § 99 GWB. Darüber hinaus wird die Untergrenze, ab der das Hessische Vergabegesetz gelten soll, von derzeit 50.000 Euro auf zukünftig 10.000 Euro je Auftrag abgesenkt. Beide Regelungen finden nicht unsere Zustimmung, da wir dies nicht als notwendig erachten. Sofern der Kreis der betroffenen öffentlichen Auftraggeber erweitert werden sollte, ist darauf hinzuweisen, dass § 99 GWB keinerlei Definition des öffentlichen Auftraggebers enthält. Der Verweis müsste insofern auf § 98 GWB erfolgen, da dieser den Begriff des öffentlichen Auftraggebers umfassend festlegt. Dies hätte zumindest den Vorteil, dass sodann eine einheitliche Festlegung in den verschiedenen gesetzlichen Regelungen zum Vergaberecht erfolgen würde.

Die Absenkung der Untergrenze auf Auftragsvolumina ab 10.000 Euro beachten wir als nicht sachdienlich, da diese zu einer weiteren Verkomplizierung des Vergaberechts führen wird. Ohnehin ist in den bereits vorhandenen Bestimmungen des Vergaberechts bereits eine Vielzahl höchst unterschiedlicher Wertgrenzen vorhanden. Insoweit sollte es bei der bestehenden Regelung des Hessischen Vergabegesetzes, die mit der des Hessischen Vergabeerlasses übereinstimmt, verbleiben, wonach die Untergrenze bei 50.000 Euro je Auftrag liegt.

Die in Absatz 2 des § 1 vorgesehene Verpflichtung, dass Vertreter der Auftraggeber ihre Gesellschafterrechte so auszuüben haben, dass die Bestimmung des Vergabegesetzes eingehalten würden, lehnen wir als zu weitgehend ab. Eine derartige gesetzliche Normierung stellt einen Eingriff in die Autonomie der Gesellschafter dar, die hinsichtlich ihrer Entscheidungen allein dem Wohl eines Unternehmens verpflichtet sind. Dass juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts bei ihrer Tätigkeit bestehende gesetzliche Vorschriften zu beachten haben, braucht unseres Erachtens als Selbstverständlichkeit nicht normiert zu werden.

zu § 2 – Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnungen

Eine starre Geltung der Fassungen der VOB und VOL 2006 für Vergaben im Unterschwellenbereich erachten wir als nicht sachgerecht, da die VOB und die VOL in regelmäßigen zeitlichen Abständen fortlaufend aktualisiert werden und somit bei jeder Aktualisierung zugleich auch dieses Gesetz geändert werden müsste.

Darüber hinaus ist die Geltung der Basisparagrafen von VOB/A und VOL/A für unter-schwellige Aufträge aber auch bereits durch die jeweiligen Haushaltsordnungen verpflichtend vorgegeben. Einer erneuten Normierung bedarf es insoweit nicht.

Seite 3 - Schreiben der Arbeitsgemeinschaft der Hessischen Handwerkskammern vom 5. November 2009

Selbiges gilt für die Zulässigkeit beschränkter Ausschreibungen oder freihändiger Vergaben nach § 2 Absatz 2 dieses Entwurfes. Die zulässigen Ausnahmetatbestände, die beschränkte Ausschreibungen beziehungsweise freihändige Vergaben zulassen, sind bereits in § 3 der VOB/A beziehungsweise der VOL/A festgelegt. Des Weiteren ist nicht eindeutig erkennbar, wer die für Grundsatzangelegenheiten des Vergaberechts zuständige Behörde sein soll.

zu § 3 – Tariftreueerklärung

Die vorgesehene Ausdehnung des Geltungsbereichs von Tariftreueerklärungen, über den des Arbeitnehmerentsendegesetzes hinaus, widersprechen wir. Eine Tariftreueerklärung auf der Basis des Arbeitnehmerentsendegesetzes mit für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen im Bauhaupt- und Baunebengewerbe, einschließlich Montageleistungen, sowie im Gebäudereinigerhandwerk, ist unseres Erachtens völlig ausreichend. Eine Ausdehnung auf weitere Branchen, in denen es für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge gibt, halten wir in Anbetracht der ergangenen Rechtsprechung des EuGH, insbesondere vor dem Hintergrund des am 3. April 2008 ergangenen EuGH-Urteils (Rechtssache C-346/06) für rechtlich zweifelhaft, zumal nach Auffassung der EU-Kommission auch Regelungen für den Bereich der Unterschwellenvergabe im Lichte des EU-Vertrages auszulegen sind.

zu § 4 – Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen

Die Beachtung von Mindeststandards der ILO-Kernarbeitsnormen ist ein vergabefremder Aspekt, der aus ordnungspolitischen Gründen abzulehnen ist. Darüber hinaus sind die Mindeststandards der ILO-Kernarbeitsnormen in 8 verschiedenen völkerrechtlichen Übereinkommen festgelegt, die eine unmittelbare Bindungswirkung nur für Staaten wie zum Beispiel die Bundesrepublik Deutschland, nicht jedoch für staatliche Untergliederungen, entfalten. Zu ihrer Geltung im nationalen Recht bedürfen völkerrechtliche Verträge jedoch eines entsprechenden Bundesgesetzes. Insofern lehnen wir die Geltung von Mindeststandards der ILO-Kernarbeitsnormen nicht nur unter ordnungspolitischen Gesichtspunkten als vergabefremden Aspekt im Rahmen der Angebotswertung ab. Darüber hinaus verstößt die bloße Auflistung der angeführten völkerrechtlichen Verträge unseres Erachtens auch gegen das Bestimmtheitsgebot, wonach Vorgaben unmittelbar dem Gesetz zu entnehmen sein müssen. Ebenso kann es unseres Erachtens den Betrieben nicht zugemutet werden, einzuhaltende Standards selbst zu recherchieren und zusammen zu tragen. Die diesbezügliche, den Betrieben obliegende Nachweispflicht ist wegen des hohen Bürokratieaufwandes abzulehnen.

zu §§ 5, 6, 7 – Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen, berufliche Erstausbildung, umweltverträgliche Beschaffung

Bei diesen Kriterien handelt es sich sämtlich um vergabefremde Aspekte, die wir ordnungspolitisch für nicht geboten halten. Darüber hinaus ist zum Teil nicht eindeutig festgelegt, wie entsprechende Nachweise durch den Bieter erfolgen können.

Seite 4 - Schreiben der Arbeitsgemeinschaft der Hessischen Handwerkskammern vom 5. November 2009

Die vorhandene „Kann“-Bestimmung des Wertungskriteriums beruflicher Erstausbildung in § 3 der jetzigen Gesetzesfassung ist unseres Erachtens ausreichend. Eine strikte Pflicht im Rahmen der Wertung ist dagegen nicht erforderlich.

zu § 11 – Wertungsausschluss

Der dem Gesetzesentwurf in § 11 Absatz 1 Nr. 3 zugrunde liegende Wortlaut, wonach es dem Auftraggeber obliegen soll, ob er das Angebot von der Wertung ausschließt oder nicht, ist unseres Erachtens missglückt. Dieses den Auftraggebern eingeräumte Ermessen über einen Wertungsausschluss widerspricht der Regelung des § 25 VOB/A, wonach ein Ausschluss zwingend ist, wenn geforderte Nachweise fehlen. Letztlich würde diese Regelung zu einer Ungleichbehandlung der Bieter führen, wenn einige Bieter, die mit diesem Gesetzesentwurf geforderten Nachweise beibringen würden, andere dagegen nicht und der Auftraggeber sich gegen einen Wertungsausschluss entscheiden würde. Aufgrund der vorhandenen Regelung in § 25 VOB/A beziehungsweise § 25 VOL/A halten wir die Regelung des § 11 Absatz 1 für nicht erforderlich.

zu §§ 12 und 13 – Kontrollen beziehungsweise Sanktionen bei Bau-, Liefer- und Dienstleistungen

Die vorgesehenen Kontrollrechte des Auftraggebers auch im Hinblick auf den Einsatz von Nachunternehmern halten wir für zu weitreichend. Die Schaffung einer Kontrolleinrichtung durch das Land zur Überwachung der Bestimmungen dieses Gesetzes widerspricht den Bestrebungen zu einem Bürokratieabbau und einer vorgesehenen Verschlinkung der Verwaltung. Außerdem halten wir die Schaffung einer derartigen Kontrolleinrichtung, wegen des damit verbundenen Eingriffs in die Selbstverwaltungshoheit der Gemeinden und der Einrichtungen der Wirtschaft, für unzulässig.

Als zu weitgehend empfinden wir auch einen Ausschluss betreffender Unternehmen für mindestens 1 Jahr und bis zu 3 Jahren, insbesondere für den Fall, dass dies auf ein Fehlverhalten eingesetzter Nachunternehmer zurückzuführen ist. Darüber hinaus halten wir die Regelung in § 13 Absatz 2, mit der Möglichkeit zur fristlosen Kündigung beziehungsweise zum Vertragsrücktritt, für nicht erforderlich, da diese rechtlichen Möglichkeiten für den Auftraggeber bereits über § 324 in Verbindung mit § 241 BGB bei Verletzung vertraglicher Nebenpflichten, um die es sich hier handeln würde, möglich ist.

Mit freundlichen Grüßen


Harald Brandes
Geschäftsführer

RMV | Postfach 14 27 | 65704 Hofheim a. Ts.

Hessischer Landtag Ausschuss
für Wirtschaft, Energie, Verkehr und
Landesentwicklung
Postfach 3240
65022 Wiesbaden

EINGEGANGEN

28. AUG. 2014

HESSISCHER LANDTAG

Öffentliche mündliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung zu den Gesetzentwürfen Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz; Drucksache 19/401, 19/349 und 19/134

27. August 2014

Ihr Zeichen

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

Unser Zeichen

14-08-27 Vergabegesetz

vielen Dank für Einladung zur Anhörung am 11.09.2014 und die Gelegenheit, zu den **Gesetzentwürfen Stellung zu nehmen.**

Der Entwurf der Regierungsfractionen setzt die Schwerpunkte bei der **Tariftreue** sowie den **Mindestentgelt- und Mindestarbeitsbedingungs Vorschriften**, zudem sollen die **Transparenz und Fairness** der Vergabeverfahren gestärkt und mittelständische Interessen angemessen berücksichtigt werden. Besondere Regelungen sind für die Bestellung von **Dienstleistungen im öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV)** vorgesehen.

Wir begrüßen diese Zielstellungen ausdrücklich und bringen unsere langjährige Erfahrung zur Vergabe von SPNV- und ÖPNV-Leistungen gerne in die Anhörung ein. Wir haben die zentralen Anregungen in einer gemeinsamen Stellungnahme des **Arbeitskreises Recht im Rhein-Main-Verkehrsverbund**, dem auch der Nordhessische Verkehrsverbund und die Lokalen Nahverkehrsgesellschaften angehören, zusammengefasst. Folgende Aspekte sind unseres Erachtens herauszuheben:

Tariftreue und Preisfortschreibung

Von besonderer Bedeutung sind die

- (1) Umfassendere Definition des „maßgeblichen Entgeltes“ unter Berücksichtigung von entgeltwirksamen Regelungen z.B. aus Manteltarifverträgen (§ 4 Abs. 4 Nr. 1 und Abs. 6) und die
- (2) Anpassungen des Personalkosten-Index unter Berücksichtigung von (1) zur besseren Abbildung der spezifischen Kostenentwicklung in Hessen.

Zu (1) und (2) sollte der „Beirat“ nach § 4 Abs. (7) eingebunden werden.

Rhein-Main-Verkehrsverbund GmbH

Alte Bleiche 5
65719 Hofheim a.Ts.

Telefon: (06192) 294-0
Telefax: (06192) 294-900

Internet: www.rmv.de

Aufsichtsratsvorsitzender
Oberbürgermeister
Peter Feldmann

Geschäftsführer und
Sprecher der
Geschäftsführung
Prof. Knut Ringat

Geschäftsführer
Dr. André Kaval

Sitz Hofheim am Taunus

Registergericht
Amtsgericht Frankfurt a.M.
HRB 34128
USt-IdNr. DE 11 384 7810

Bankverbindung
IBAN:
DE81 5125 0000 0025 0962 66
SWIFT-BIC:
HELADEF1TSK

ÖPNV-Anschluss
Schiene: S2, Linie 20
bis Bahnhof Hofheim a.Ts.

Seite 2 zum Schreiben vom 27.08.2014

Ergänzend zur gemeinsamen Stellungnahme regen wir hinsichtlich der Regelung in § 4 Absatz (5) zu den die Landesgrenze überschreitenden Verkehren eine Klarstellung an. Wir verstehen diese Regelung so, dass seitens des zuständigen Ministeriums eine Liste der in Hessen einschlägigen und repräsentativen Tarifverträge erstellt und die von der ausschreibenden Stelle im Verfahren vorgegeben wird. Bei ländergrenzüberschreitenden Ausschreibungen kann die Liste um Tarifverträge nach dortigem Landesvergaberecht ergänzt werden. Bieter haben einen der vorgegebenen Tarife anzuwenden. Die Vorgabe eines einzigen Tarifvertrages erfolgt nicht.

Die Formulierung in Absatz (5) „kann ... zugrunde gelegt werden“ kann hingegen fehlinterpretiert werden, als könne man bei ländergrenzüberschreitenden Ausschreibungen auf die Tarifvorgaben gänzlich verzichten. Dies kann durch eine alternative Formulierung vermieden werden:

„(5) Bei Ausschreibungen von Verkehrsleistungen, die die Grenze des Landes Hessen überschreiten, können zusätzlich zu allein in Hessen geltenden einschlägigen und repräsentativen Tarifverträgen entsprechende Tarifverträge aus dem betroffenen Bundesland oder den betroffenen Bundesländern zugrunde gelegt werden.“

Anwendungsbereich

Bei Vergabe von SPNV-/ÖPNV-Leistungen handelt es sich durchgängig um Verfahren oberhalb des Schwellenwertes nach § 100 Abs. 1 GWB, deren Durchführung und Ausgestaltung durch die Besteller bereits vollumfänglich den formal- und materiellrechtlichen Anforderungen entspricht. Auch deshalb halten wir die in sich schlüssige Beschränkung des Anwendungsbereiches für private Bestellerorganisationen auf die ÖPNV-relevanten Spezialregelungen für die Besteller (§1 Abs. 3, §§4 bis 9 und 18) für sinnvoll. Anderenfalls sind z.B. in den §§ 16, 17 spezifische Anpassungen vorzusehen, um bislang bewährtes Vorgehen beibehalten zu können.

Übergangsbestimmungen

Für die Erarbeitung von Musterunterlagen sowie ggf. angepasster Indizierungsregelungen unter Einbezug des Beirates ist ein realistischer Zeitraum einzuplanen, der seine Entsprechung in den Übergangsbestimmungen (§ 22) finden muss.

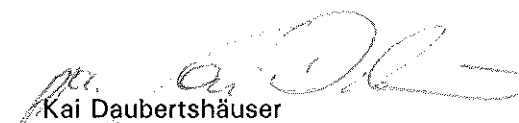
Nachweise, Kontrollen und Melde- und Informationsstelle

Zur Umsetzung der Kontrollpflichten regen wir die Nutzung einer bestehenden Stelle oder die Errichtung einer zentralen Prüfstelle im zuständigen Landesministerium an. Dies würde auch eine höhere Prüfdichte, auch jenseits eines begründeten Verdachtes oder Beschwerden, ermöglichen. Dies kann mit den Aufgaben der Melde- und Informationsstelle nach § 18 Abs. 2 verknüpft werden.

Wir würden uns freuen, wenn unsere Anregungen Berücksichtigung finden könnten und stehen für Erläuterungen sehr gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen


Dr. André Kaval
Geschäftsführer


Kai Daubertshäuser
Geschäftsbereichsleiter Bestell- und
Infrastrukturmanagement

**Arbeitskreis Recht
im Rhein-Main-Verkehrsverbund**

Frankfurt am Main, den 8. August 2014

Die Vertreterinnen und Vertreter der Verbundgesellschaften **RMV** und **NVV** sowie der **Lokalen Nahverkehrsorganisationen im RMV** und der **LAG ÖPNV Hessen** empfehlen ihren Institutionen und Trägern folgende Positionen in ihren

Stellungnahmen

zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz – Drucks. 19/401

zu vertreten:

I. Tariftreue und Preisfortschreibung:

Die Auftraggeber im öffentlichen Personennahverkehr (Besteller) begrüßen ausdrücklich die Aufnahme von Sonderregelungen in das Vergabe- und Tariftreuegesetz, über die sie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge über Verkehrsdienstleistungen die Auftragnehmer (Ersteller) zur Einhaltung eines bestimmten und leistungsgerechten Vergütungsniveaus verpflichten können.

Die Absicherung eines sozial verträglichen Tarifniveaus ist Voraussetzung für einen funktionierenden Wettbewerb und einen leistungsfähigen ÖPNV. Nur durch den Einsatz von engagiertem und qualifiziertem Personal können die Unternehmen den anspruchsvollen Aufgaben im ÖPNV gerecht werden. Das Personal ist zudem ein entscheidender Faktor für den Erfolg des ÖPNV im intermodalen Wettbewerb.

Der hierfür in § 4 Absatz 4 des Gesetzentwurfs gewählte Ansatz, wonach zwischen dem Zeitpunkt der Angebotsabgabe (Nr. 1) und dem Zeitraum der Ausführung der Leistung (Nr. 2) unterschieden wird, überrascht zunächst in seiner Neuartigkeit, vermag aber – nicht zuletzt durch das darin noch liegende, weitere Potential – zu überzeugen.

Neuartig daran ist insbesondere, dass der Vorschlag sich nicht nur darauf beschränkt, den Verkehrsunternehmer auf Einhaltung des Vergütungsniveaus eines der repräsentativen Tarifverträge zu verpflichten und dessen Erhöhungen über die Laufzeit des jeweiligen Verkehrsvertrages entsprechend an die Mitarbeiter weiterzugeben, sondern für den Zeitraum der Ausführung der Leistungen auf eine vom Besteller gewährte Preisfortschreibung nach einem objektiven Index abstellt.

Im Ergebnis entspricht diese Herangehensweise – neben den Interessen der Mitarbeiter – auch den Interessen der Verkehrsunternehmen und der Besteller. Aus Perspektive der Verkehrsunternehmen wird damit (weitgehend) gewährleistet, dass die ursprünglich von ihnen entsprechend der sie nach § 4 Abs. 4 treffenden Verpflichtung kalkulierten Personalkosten über die Vertragslaufzeit fortgeschrieben werden; sie also hier keine unverhältnismäßigen Wagnisaufschläge einpreisen müssen. Durch dieses Mehr an Kalkulationssicherheit für die Unternehmen, lassen sich auf der anderen Seite bei den Bestellern der Verkehrsleistungen die Kosten des ÖPNV in relevanter Größenordnung reduzieren. Auf der anderen Seite wäre es aus Sicht der Besteller problematisch, wenn sie den Verkehrsunternehmen an dieser Stelle

jegliches Risiko abnehmen müssten indem sie die Personalkosten 1 : 1 entsprechend der tarifvertraglichen Entwicklungen fortschreiben würden, da dies die Wirkungsmechanismen und Interessenlagen der Tarifvertragsparteien in unserer vergleichsweise überschaubaren ÖPNV-Branche aushebeln könnten. Durch die in § 4 Absatz 4 Nr. 2 vorgesehene Verknüpfung des während der Vertragsdauer verpflichtend zu zahlenden Entgelts an die vom Besteller gewährte Fortschreibung der Personalkosten nach einem objektiven Index des Statistischen Bundesamtes (Fachserie 16, Reihe 4.3 „Landverkehr und Transport in Rohrfernleitungen“, kann dieses Risiko nach unserer Einschätzung weitgehend ausgeschlossen werden.

Der Vorschlag im Gesetzentwurf zur Tariftreue im ÖPNV bringt damit die Interessen der Mitarbeiter, der Verkehrsunternehmen und der Besteller grundsätzlich zu einem interessengerechten und ausgewogenen Ausgleich.

Aus den langjährigen Erfahrungen der Besteller im Rahmen der praktischen Umsetzung und Durchführung der Preisfortschreibung und der Vorgabe von Tariftreueverpflichtungen, könnte durch die im folgenden dargestellte Änderungsempfehlung bzw. Ergänzung in der vorgeschlagenen Regelung noch weiteres Verbesserungspotential genutzt werden:

1. Der in § 4 Abs. 4 Nr. 2 benannte Preisindex der Fachserie 16 (Reihe 4.3 „Landverkehr und Transport in Rohrfernleitungen“) ist derzeit der einzige Preisindex des Statistischen Bundesamtes der für die Preisfortschreibung von öffentlichen Aufträgen über Verkehrsleistungen in Frage kommt. Allerdings führt die Zusammensetzung dieses Index, wegen der Berücksichtigung des „Transports in Rohrfernleitungen“ zu einem hohen Maß an Skepsis in der ÖPNV-Branche, ob und inwieweit dieser tatsächlich geeignet ist die Entwicklung der Personalkosten in der ÖPNV-Branche adäquat abzubilden. Dies führt auf Seiten der Unternehmen wiederum zu Misstrauen gegenüber dem vorgeschlagene Index, welches – unabhängig, ob berechtigt oder unberechtigt – zu unnötigen Wagnisaufschlägen bei der Kalkulation führt.

Die Besteller regen daher an, statt des vorgeschlagenen Indexes des Statistischen Bundesamtes einen eigenen „Hessen-Index“ der Personalkosten im ÖPNV zu entwickeln. Dieser Index sollte so ausgestaltet werden, dass die Tarifvertragsparteien weiterhin auch ein hinreichendes Interesse an den Auswirkungen auf die Wirtschaftlichkeit der Leistungen und den entsprechenden Auswirkungen der Gehaltsentwicklungen haben. Die Besteller schlagen daher vor, in § 4 Abs. 4 Nr. 2 zunächst nur auf die Preisfortschreibung nach einem noch zu entwickelnden hessischen ÖPNV-Index zu verweisen und in einem **neuen Absatz 8** diesen wie folgt zu beschreiben:

(8) Während der Laufzeit der Öffentlichen Aufträge über Verkehrsdienstleistungen werden die anteiligen Lohnkosten an Hand eines geeigneten gewichteten Mittelwertes der Entwicklung der in Hessen einschlägigen und repräsentativen mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbarten Tarifverträge in Kombination mit einem geeigneten bundesweiten Index fortgeschrieben und durch die Aufgabenträger vergütet. Dieser gewichtete Mittelwert wird vom, für das Tarifwesen zuständigen Ministerium, im Einvernehmen mit dem für den öffentlichen Personennahverkehr zuständigen Ministerium festgestellt. Näheres regelt eine Rechtsverordnung.

Durch eine solche Regelung bestünde auch die Möglichkeit, den in § 4 Absatz 7 genannten „Beirat“ an der Entwicklung eines geeigneten hessischen ÖPNV-Indexes zu beteiligen. Ergänzend wird in diesem Zusammenhang angeregt, sich hierbei auch der Unterstützung des Hessischen Statistischen Landesamtes zu versichern, das neben seiner Sachkunde auch über ein hohes Maß an Glaubwürdigkeit verfügt.

2. Soweit die Besteller den Bietern schon in der Vergangenheit Vorgaben zu einem nicht zu unterschreitenden Vergütungsniveau gemacht haben, konnten weitgehend faire Wettbewerbsbedingungen sichergestellt und Auswüchse zulasten der Beschäftigten der Verkehrsunternehmen weitgehend verhindert werden. Allerdings hat sich gezeigt, dass das „reine“ Entgelt hier nur einer der Faktoren ist, der unter wettbewerblichen und sozialen Gesichtspunkten eine Rolle spielt. Neben dem Entgelt haben auch sonstige Regelungen der Tarifverträge erheblichen Einfluss auf die Personalkosten der Unternehmen und können hierüber dann die Ergebnisse der Vergabeverfahren, die sozialen Rahmenbedingungen der Beschäftigten und schlussendlich die vom Kunden im ÖPNV erlebte Zuverlässigkeit und Qualität maßgeblich beeinflussen. Um dem effektiv entgegenwirken zu können, sollte der auf das Entgelt der einschlägigen und repräsentative Tarifverträge abstellende Ansatz in § 4 Absatz 4 Nr. 1 auf weitere ausgewählte, wettbewerbsrelevante Komponenten der Personalkosten, wie die Zulagen (z.B. für Mehrarbeit und Arbeit an Sonn- und Feiertagen) und Regelungen zur Arbeitszeit (z.B. Anzahl der geteilten Dienste), ergänzt werden können. Diese Möglichkeit könnte durch folgende geringfügige Ergänzung in **§ 4 Abs. 4 Nr. 1 und Absatz 6** geschaffen werden:

(1) ihren Beschäftigten (ohne Auszubildende) das bei Angebotsabgabe maßgebliche Entgelt zu zahlen, das insgesamt mindestens dem in Hessen für diese Leistungen in einem der einschlägigen und repräsentativen mit einer tariffähigen Gewerkschaft Tarifverträge vorgesehenen Entgelt nach den tarifvertraglich festgelegten Vorschriften, einschließlich der Aufwendungen für die Altersversorgung und der für entgeltrelevant erklärten Bestandteile dieser Tarifverträge, entspricht, und

.....

....

(6) Das für das Tarifwesen zuständige Ministerium stellt im Einvernehmen mit dem für den Öffentlichen Personennahverkehr zuständigen Ministerium die nach Abs. 4 und 5 anzuwendenden Tarifverträge sowie deren entgeltrelevanten Bestandteile fest und gibt sie bekannt. Die anzuwendenden Tarifverträge und Lohnzuschläge sind im Staatsanzeiger für das Land Hessen und der Hessischen Ausschreibungsdatenbank (HAD) bekannt zu machen. Soweit der vollständige maßgebliche Text anderweitig in elektronischer Form allgemein zugänglich ist, ist ein Hinweis mit der Angabe der Internetseite zugelassen.

Zukünftige Veränderungen solch entgeltrelevanter Bestandteile könnten und sollten mit entsprechender Gewichtung dann auch bei der Entwicklung des unter Ziffer 1 vorgeschlagenen hessischen ÖPNV-Index angemessene Berücksichtigung finden.

Es sollte klar geregelt werden, wie mit der Vergabe von Verkehrsdienstleistungen umzugehen ist, die als flexible Bedienformen (§ 2 Abs. 9 ÖPNVG) erbracht werden. Hier gelten zumeist andere Regelungen, wie für das im Buslinienverkehr eingesetzte Personal. Da flexible Bedienformen als Alternative oder Ergänzung von Buslinienverkehr in Fällen schwacher Verkehrsbedienung eingesetzt werden, muss darauf geachtet werden, dass die wirtschaftlichen Vorteile flexibler Bedienformen gegenüber dem Linienverkehr erhalten werden.

Andere tarifrechtliche Regelungen gelten für Nebenleistungen, die mit den Verkehrsdienstleistungen bestellt werden (beispielsweise Reinigung von Fahrzeugen).

Wir schlagen vor zu prüfen, ob die flexiblen Bedienformen und die Fälle von Nebenleistungen im Rahmen der behördlichen Feststellung nach § 4 Abs. 6 des Gesetzentwurfes der Regierungsfaktionen ausreichend geregelt werden können oder ob es hierfür einer Regelung im Gesetz selbst bedarf.

II. Anwendungsbereich:

Nachdem die Definition der öffentlichen Auftraggeber nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des Gesetzentwurfes die privatrechtlich organisierten Verbände und Nahverkehrsorganisationen zunächst nicht einbezieht, die Sonderregelungen zur Einführung einer Tarifreuepflicht bei der Vergabe von Verkehrsverträgen im ÖPNV allerdings nur bei einer einheitlichen Handhabung in der gesamten Nahverkehrsbranche Sinn machen, war es erforderlich, insoweit den Anwendungsbereich für diese den ÖPNV betreffenden Sonderregelungen – ungeachtet ihrer privat- oder öffentlich-rechtlicher Organisationsform – auf alle Besteller im Sinne des § 1 Absatz 2 zu erstrecken.

Demnach ist es folgerichtig, dass auch die privatrechtlich organisierten ÖPNV-Aufgabenträgerorganisationen insoweit in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, als es um die Anwendung von § 1 Absatz 3, § 4 bis § 9 sowie § 18 des Gesetzentwurfes geht.

Im Ergebnis schießt der Gesetzgeber aber über diesen klar abgrenzbaren Sonderbereich hinaus und bezieht die privatrechtlich organisierten Besteller umfassend in den Anwendungsbereich des Gesetzes ein, obgleich juristische Personen des Privatrechts, selbst als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB nicht in den Anwendungsbereich des Hessischen Vergabe- und Tarifreuegesetzes fallen sollen.

Dem darin liegenden Wertungswiderspruch könnte durch die nachfolgend genannte **Neufassung** des **§ 1 Abs. 4** abgeholfen werden:

(4) Für Vergaben von Bestellern, die nicht auch öffentliche Auftraggeber nach Absatz 1 sind, gilt nur Absatz 3, § 4 bis § 9 sowie § 18.

Für eine darüber hinausgehende Einbeziehung (nur) der privaten Besteller ist keine Erforderlichkeit gegeben. Insofern handelt es sich vermutlich um ein redaktionelles Versehen.

III. Übergangsbestimmung:

Der Gesetzentwurf sieht nach § 22 eine Übergangsbestimmung lediglich für die bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes eingeleiteten Verfahren vor. Nach § 24 soll das Gesetz bereits am ersten Tag des dritten auf die Verkündung folgenden Kalendermonats in Kraft treten, „damit die zuständigen Ministerien die notwendigen Muster erarbeiten können und sich alle betroffenen öffentlichen Auftraggeber und Besteller hierauf einstellen können“.

Soweit dies die öffentlichen Auftraggeber i.S.d. Gesetzentwurfs betreffenden Regelungen betrifft, könnten drei Monate ausreichen.

Hinsichtlich der von den Bestellern zu treffenden Sonderregelungen zur Tariftreue im ÖPNV scheint dieser Zeitraum ausgesprochen knapp bemessen; zumal sich dieser Zeitraum nach der Formulierung des § 24 auch auf nur noch „gut“ zwei Monate verkürzen kann. Selbst dann, wenn die oben genannten Vorschläge der Besteller nicht oder nicht vollständig aufgegriffen werden sollten, scheint dies deutlich zu knapp bemessen.

Die Besteller gehen nicht davon aus, dass die erforderlichen Arbeiten insoweit so rechtzeitig abgeschlossen werden können, dass sie dies dann bei den ab Inkrafttreten des Gesetzes von ihnen einzuleitenden Vergabeverfahren werden umsetzen können.

Zur Umsetzung der die Besteller nach § 4 Absatz 4 treffenden Verpflichtung müsste das für Tarifwesen zuständige Ministerium nach § 4 Abs. 6 im Einvernehmen mit dem für den ÖPNV zuständigen Ministerium die repräsentativen feststellen und bekanntmachen. Zudem hat die Feststellung der Tarifverträge nach § 4 Abs. 7 unter Berücksichtigung der Empfehlungen des dort genannten Beirats zu erfolgen, dessen „Geschäftsgrundlagen“ im Zweifel zuvor, auf Basis der dort vorgesehenen Verordnungsermächtigung, erst noch zu bestimmen sein dürften, bevor er in die Beratung(en) einsteigen kann.

Darüber hinaus ist auch nach § 7 Absatz 2 festgelegt, dass in der Hessischen Ausschreibungsdatenbank verbindlich zu verwendende Muster der Tariftreue- und Verpflichtungserklärungen bekannt gegeben werden, welche ebenfalls bereits zum Inkrafttreten des Gesetzes vorliegen müssten.

Auch wenn die Besteller sich eine möglichst baldige Umsetzung der Regelungen zur Tariftreue wünschen, sollte deren sorgfältige Umsetzung sowie die Berücksichtigung der Vorschläge zur Tariftreue und Preisfortschreibung (s.o. unter I.) nicht aufgrund einer zu kurz angesetzten Vorbereitungsphase scheitern. Daher empfehlen die Besteller in Bezug auf **§ 4 Absatz 4** die Aufnahme einer speziellen Übergangsbestimmung die hierfür einen angemessenen zeitlichen Vorlauf vorsieht.

Soweit nach der Übergangsbestimmung in § 22 auf die Einleitung des Verfahrens abgestellt wird, ist bei der Vergabe öffentlicher Aufträge über Verkehrsleistungen die Besonderheit der Vorabbekanntmachung nach Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zu beachten. Diese hat spätestens ein Jahr vor Einleitung eines wettbewerblichen Verfahrens (gemäß § 8a Absatz 2 PBefG im Regelfall aber nicht früher als 27 Monate vor Betriebsbeginn) oder ein Jahr vor einer Direktvergabe zu erfolgen. Entsprechend der amtlichen Begründung zu § 22 stellt die Vorabekanntmachung bei beabsichtigter wettbewerblicher Vergabe der Verkehrsdienstleistungen noch keine Verfahrenseinleitung dar, wohingegen die Vorabekanntmachung einer beabsichtigten Direktvergabe maßgeblich sein kann, wenn – was regelmäßig der Fall sein dürfte – der Besteller damit erstmals seinen Willen zur (Direkt-)Beschaffung nach außen erkennbar werden lässt.

[5]

IV. Korruptionsregister

Die Forderung in § 18 Abs. 2 bezgl. eines Ausschlusses von Unternehmer und Unternehmen, denen schwere Verfehlungen nachgewiesen wurden, von Aufträgen öffentlicher Auftraggeber, wird grundsätzlich begrüßt. Unabdingbare Voraussetzung hierfür ist die Installation eines möglichst länderübergreifenden Korruptionsregisters. Neben der in § 18 Abs. 2 vorgesehenen „Melde- und Informationsstelle für öffentliche Auftraggeber“ sollte daher über die Schaffung eines geeigneten, bundesweiten Korruptionsregisters nachgedacht werden.

Für den AK Recht:

Arnd Wilhelm Wolfgang Rausch Dr. Dorothea Kalleicher Matthias Altenhein

[6]