

Teil 1

Ausschussvorlage WVA 19/43 – öffentlich –

Stellungnahmen der Anzuhörenden

zu dem

Gesetzentwurf

der Fraktion DIE LINKE für ein Hessisches Gesetz für soziale und ökologische Kriterien, Tariftreue und Mindestlohn bei Vergaben (Vergabekriteriengesetz – HVKG) und zur Aufhebung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes (HVTG) – Drucks. [19/6166](#) –

1.	mobifair e. V.	S. 1
2.	Hessischer Städte- und Gemeindebund e. V.	S. 3
3.	Magistrat der Stadt Frankfurt am Main	S. 13
4.	Hessischer Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit	S. 33
5.	Entwicklungspolitisches Netzwerk Hessen	S. 35
6.	agah – Arbeitsgemeinschaft der Ausländerbeiräte Hessen	S. 41
7.	Rechtsanwaltspartnerschaft Gaßner, Groth, Siederer & Coll.	S. 44
8.	Hessischer Landkreistag	S. 53
9.	Hessischer Industrie- und Handelskammertag e. V.	S. 58
10.	DGB Hessen-Thüringen	S. 61



mobifair e.V. | Gutleutstraße 163-167 | 60327 Frankfurt/Main

Per E-Mail

Frau Heike Schnier
Frau Martina Eisert

15.06.2018

Stellungnahme von mobifair e.V. zum Entwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Hessisches Gesetz für soziale und ökologische Kriterien, Tariffreue und Mindestlohn bei Vergaben (Vergabekriteriengesetz - HVKG) und zur Aufhebung des Hessischen Vergabe- und Tariffreuegesetzes (HVTG) (Drucks. 19/6166)

Sehr geehrte Frau Schnier,
sehr geehrte Frau Eisert,

in Vorbereitung für die Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung zum HVKG und zum HVTG (Drucks. 19/6166) am 09.08.2018 nehmen wir wie folgt Stellung.

Zunächst möchten wir betonen, dass wir den Vorschlag der Fraktion DIE LINKE begrüßen. Wir sind der Auffassung, dass das HVTG verbesserungsbedürftig ist. Der Gesetzentwurf zielt in die richtige Richtung. Da unsere Expertise und Erfahrungen im Schienen- und Straßenverkehrssektor liegen, beschränken wir unsere Empfehlungen auf diese Bereiche.

Als fundierte sachliche Grundlage für eine Weiterentwicklung des HVTG vermissen wir einen umfassenden Evaluierungsbericht der Landesregierung zu dessen Wirksamkeit. Nach unserer Einschätzung hätte dieser im Frühjahr 2018 (drei Jahre nach in Kraft treten des Gesetzes) vorgelegt werden sollen. Auch ohne diesen Evaluierungsbericht der Landesregierung bewerten wir das HVTG als verbesserungswürdig.

Zur Stärkung der tarifvertraglichen Strukturen und Tarifbindung der Unternehmen sollte der Wille und die Gestaltungsfreiheit der Tarifparteien durch die verbindliche Berücksichtigung von repräsentativen Tarifverträgen Beachtung finden, wie dies im Bereich ÖPNV und Bauaufträge in § 3 Absatz 2, 4, 17 Absatz 1 HVKG geregelt wird.

Die Formulierung in § 4 Absatz 1 HVKG zum Betreiberwechsel bei der Erbringung von ÖPNV-Leistungen ist von „können“ in „müssen“ zu ändern. Im § 131 Absatz 3 GWB fordert der Bundesgesetzgeber bei SPNV Leistungen „sollen“, das bedeutet, dass den Beschäftigten in der Regel die Rechte eingeräumt werden müssen, die ihnen bei einem Betriebsübergang

mobifair e.V. | Gutleutstraße 163-167 | 60327 Frankfurt a.M. | Telefon: (0 69) 27 13 99 66 | Fax: (0 69) 27 13 99 6 – 77
info@mobifair.eu - www.mobifair.eu

mobifair – für fairen Wettbewerb in der Mobilitätswirtschaft e.V.
Eingetragen im Vereinsregister unter VR 13555

Vorstand: Helmut Diener (Vorsitzender), Heinz Fuhrmann – Vorsitzender des Präsidiums: Jörg Krüger
Bankverbindung: SPARDA-Bank West eG; IBAN: DE03 330 605 92 000 531 14 97; SWIFT-BIC Code: GENODED1SPW

nach § 613a BGB zustehen würden. Hier sollte der hessische Landesgesetzgeber die Chance nutzen, diese Regelung auch auf den ÖPNV insgesamt auszudehnen. Dies ist in Rheinland Pfalz in § 1 Absatz 4 LTTG bereits erfolgt: „Aufgabenträger haben den Auftragnehmer zu verpflichten....ein Angebot zur Übernahme zu den bisherigen Arbeitsbedingungen zu unterbreiten.“ Hinter dieser Forderung sollte das Land Hessen nicht zurückstehen.

Darüber hinaus haben wir den Eindruck gewonnen, dass es einen starken Aufklärungs- und Schulungsbedarf bei den Aufgabenträgern zum Thema Ausschreibungen gibt. Vor allem auf den Ebenen unterhalb der Verkehrsverbünde sind ÖPNV-Ausschreibungen kein Tagesgeschäft. Daher kommt es mangels Übung und Kenntnis immer wieder zu großen Unsicherheiten, was die rechtlichen Möglichkeiten zum Schutz von Lohn- und Sozialstandards angeht. In der Folge werden diese oftmals nicht ausgeschöpft. Dabei ist Beschäftigtenschutz gelebte Regionalpolitik.

Wir begrüßen die Regelungen zum Nachunternehmereinsatz in § 10 HVKG. Diese würden wir noch um die so genannte „Generalunternehmerhaftung“ ergänzen. Dieses aus der Bauwirtschaft bekannte Instrument ermöglicht es den Mitarbeitern der Nachunternehmer ihre Forderungen unmittelbar gegenüber dem (1.) Auftragnehmer durchzusetzen. Das führte in der Bauwirtschaft zu einer stärkeren Kontrolle der Nachunternehmer durch den (1. / Haupt) Auftragnehmer und zu einer Verkürzung der Subunternehmerketten.

Um den Stellenwert der beruflichen Ausbildung zu erhalten und zu stärken, unterstützen wir die Forderungen zur beruflichen Erstausbildung wie in § 7 HVKG vorgetragen. Die qualitativ hochwertige Berufsausbildung in Deutschland ist nur durch einen breiten Konsens aller Beteiligten aufrecht zu erhalten. Ausbildungsbetriebe müssen für ihre Ausbildungsleistungen gefördert werden. Im Rahmen der allgemeinen Daseinsfürsorge ist der Staat verpflichtet die Ausbildungssituation zu stärken und zu verbessern. Gerade bei den besonders verantwortungsvollen Tätigkeiten im ÖPNV (Berufskraftfahrer Bus, Triebfahrzeugführer Schiene) ist eine qualifizierte Berufsausbildung ein Garant für die Sicherheit aller Teilnehmer im Straßen- und Schienenverkehr. Schnellausbildungen bzw. reine Funktionsausbildungen, um das „Fahren“ der Fahrzeuge zu beherrschen, bereiten die Menschen nur unzureichend auf ihre verantwortungsvolle Tätigkeit vor. Hierfür bedarf es einer grundsätzlich 3-jährigen Berufsausbildung auch um den Mitarbeitern später größere Einsatzmöglichkeiten zu eröffnen.

Mit freundlichen Grüßen



Helmut Diener
Vorsitzender des Vorstands



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

Vorab per E-Mail:

h.schnier@ltg.hessen.de und
m.eisert@ltg.hessen.de

Hessischer Landtag
Der Vorsitzender des Ausschusses
für Wirtschaft, Energie, Verkehr
und Landesentwicklung
Schlossplatz 1-3
65183 Wiesbaden

Dezernat 2

Referent(in) Frau Maier
Unser Zeichen Mai/Scha/aj

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

Durchwahl 6001 - 41

Ihr Zeichen I A 2.4

Ihre Nachricht vom 04.05.2018

Datum 26.06.2018

Schriftliche und mündliche Anhörung im Hessischen Landtag zu dem Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Hessisches Gesetz für soziale und ökologische Kriterien, Tariftreue und Mindestlohn bei Vergaben (Vergabekriterien-gesetz – HVKG) und zur Aufhebung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes (HVTG) – Drucks. 19/6166 –

Sehr geehrte Damen und Herren,

zu dem vorgelegten Gesetzentwurf nehmen wir aus kommunaler Sicht wie folgt Stellung:

Vorbemerkung

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

Henri-Dunant-Straße 13 • 63165 Mühlheim am Main
Bankverbindung: Sparkasse Langen-Seligenstadt • Konto-Nr. 80 500 31 (BLZ 506 521 24)
IBAN: DE66506521240008050031 • BIC: HELADEF1SLS
Steuernummer: 035 224 14038

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



vergaberechtlicher und kommunaler Sicht liegt das Vergabeinteresse darin, das wirtschaftlichste Angebot unter Berücksichtigung der Vergabekriterien „Fachkunde, Leistungsfähigkeit, 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 Anreicherung 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. Schon unter den heute vorgegebenen Standards und Vorgaben aus dem Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetz (HVTG) ist vermehrt zu verzeichnen, dass die öffentlichen Auftraggeber und insbesondere die Kommunen Probleme haben, dass überhaupt Angebote abgegeben werden.

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 Überprü-



fung 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

Ziel sollte es sein, das innerstaatliche Ausschreibungsverfahren so einfach wie möglich zu gestalten und nicht neue Hürden außerhalb des EU-Rechts den Auftraggebern und damit unter anderem den Kommunen aufzuerlegen. Hinsichtlich der Auftragswertschwelle, wonach der vorliegende Gesetzentwurf anzuwenden wäre für Aufträge mit mindestens einem Wert von 500 Euro, stellt dies eine Ausweitung der derzeit bestehenden Regelungen dar, wonach das HVTG erst gilt für Aufträge mit mindestens einem Wert von 10.000 Euro. Die Herabsetzung dieses Schwellenwertes zur Anwendung des Gesetzes stellt eine weitere Hürde für die öffentlichen Auftraggeber dar. Die Mehrzahl der öffentlichen Aufträge stellen Bagatell-Aufträge in einem Bereich unterhalb von 10.000 Euro dar. Es handelt sich damit um stetig wiederkehrende Auftragsvergaben, bei denen dann die Regelungen des vorliegenden Gesetzentwurfs einzuhalten wären. Dies stellt ein erheblicher Mehraufwand dar und eine Erschwerung für den öffentlichen Auftraggeber. Dieser Aufwand steht zudem in keiner Relation mit der von der Fraktion DER LINKEN erfolgten Intention für ein Hessisches Gesetz für soziale und ökologische Kriterien, Tariftreue und Mindestlohn. Wie bereits in der Vorbemerkung beschrieben, handelt es sich bei den im Gesetzentwurf innewohnenden Kriterien um vergabefremde Kriterien. Gerade vergabefremde Kriterien und die Herabsetzung des Wertes für die öffentliche Auftragsvergabe erschweren in erheblichem Maße das Vergabeverfahren und führen auf Seiten der Kommunen zu einem erheblichen Mehraufwand. Mit der Herabsetzung des Auftragswertes zur Anwendung des Gesetzes würden zusätzlich neue kostenrelevante Verpflichtungen für den kommunalen Auftraggeber entstehen mit der Folge, dass die erforderlichen Mittel aus originären Landesmitteln zur Verfügung gestellt werden müssen.

§ 2: Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnungen

Mit der Regelung in § 2 Abs. 1 wird die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) eingeführt. Insoweit wird darauf verwiesen, dass die UVgO für die Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge anzuwenden ist. Allerdings regelt die UVgO nur die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte. Für Bauaufträge gilt daher weiterhin unterhalb der Schwellenwerte Teil A der VOB/A. Die derzeitige Einführung der UVgO in der vorliegenden Form wird abgelehnt. Zum einen sollten keine weiteren Standards und Vorschriften in das ohnehin schon komplizierte Vergaberecht eingeführt werden und zum anderen enthält die UVgO viele Verfahrensvorschriften, die im Widerspruch zu den Regelungen des vor-



liegenden Gesetzentwurfs stehen. Dies trägt zur enormen Rechtsunsicherheit bei der Anwendung bei. Des Weiteren fehlt in § 2 die Erwähnung der VOL/B.

§ 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 von 12,00 Euro (Mindestlohn) festgeschrieben wird, ist dies nicht europarechtskonform, weil insoweit weder die erforderliche Allgemeinverbindlichkeit noch eine flächendeckende Regelung besteht. Darüber hinaus führt dieses vergabefremde Kriterium in den Fällen, in denen keine gesetzliche Vorgabe besteht, zu erstattungspflichtigen Mehrkosten durch das Land.

Soweit in der Gesetzesbegründung darauf hingewiesen wird, dass mittlerweile die Mitgliedsstaaten mit Inkrafttreten der neuen EU-Vergaberichtlinien aufgefordert sind, geeignete Maßnahmen zu treffen, um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, ist auf § 97 Abs. 3 GWB und die Gesetzesbegründung hierzu hinzuweisen. Trotz des missverständlichen Wortlauts in § 97 Abs. 3 GWB („Bei der Vergabe werden Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte nach Maßgabe dieses Teils berücksichtigt“) ist von einem gemäßigten Weg auszugehen. In der Begründung zu § 97 Abs. 3 GWB heißt es, dass in jeder Phase eines Vergabeverfahrens, von der Definition der Leistung über die Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bis hin zur Vorgabe von Ausführungsbedingungen, qualitative, soziale, umweltbezogene oder innovative (nachhaltige) Aspekte einbezogen werden „können“. Daher ist nicht von einem Zwang im Sinne einer Mussvorgabe zur Einhaltung sozialer, umweltbezogener und nachhaltiger Aspekte auszugehen.

§ 4: Betreiberwechsel bei der Erbringung von ÖPNV-Leistungen

Nach der Regelung in Abs. 2 werden den bisherigen Betreibern durch den öffentlichen Auftraggeber die Aufwendungen erstattet, die diesem durch seine Verpflichtung auferlegt werden, den Auftraggebern auf Anforderung die hierzu erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen oder Einsicht in Lohn- und Meldeunterlagen, Bücher und andere Geschäftsunterlagen und Aufzeichnungen zu gewähren. Hiermit würde aber auch eine kostenrelevante Verpflichtung für den kommunalen Auftraggeber einhergehen mit der Folge, dass die erforderlichen Mittel hierzu aus originären Landesmitteln zur Verfügung gestellt werden müssen.



§ 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. 2 bzw. § 7 Abs. 3 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. 3 GWB und § 58 Abs. 2 VgV geregelt. Für eine weitergehende Regelung und insbesondere einer Herunterzonung auf das innerstaatliche Ausschreibungsverfahren ist ein zwingender Bedarf nicht gegeben. Entsprechendes gilt für die Regelungen zur Mittelstandsförderung: Das Erfordernis mittelstandsgerechter Ausschreibungen ist in § 97 Abs. 4 GWB sowie in den Vergabevorschriften der VOB/A und der VOL/A abschließend geregelt. Es besteht kein Handlungsbedarf für ergänzende Regelungen.

Soweit § 8 Abs. 2 bei der Bewertung der Wirtschaftlichkeit der Angebote auch die volkswirtschaftlichen Kosteneinsparungen zu berücksichtigen sind, ist anzumerken, dass es in einem Vergabeverfahren stets um eine wirtschaftliche Beschaffung geht.

Zudem ist fraglich, was unter dem Begriff volkswirtschaftliche Kosteneinsparung zu verstehen ist.

§§ 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 (OLG Frankfurt, Beschl. v. 27.06.2003, Az.: 11 Verg 4/03). 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.

§ 10 Abs. 4 ist 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 Gesetzgebers 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.

In § 11 Abs. 1 Satz 3 des vorliegenden Gesetzentwurfs ist vorgesehen, dass bei marktüblichen standardisierten Leistungen bis zu einem Auftragsvolumen von 10.000,- Euro von der Berücksichtigung von qualitativen, umweltbezogenen oder sozialen Aspekte abgesehen werden kann. Bei den Begriffen „marktüblich standardisierten Leistungen“ handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe. Eine Definition dieser unbestimmten Rechtsbegriffe enthält die Gesetzesbegründung jedoch nicht. Es ist



daher anzuregen, dass eine genauere Begriffsdefinition erfolgt, denn sonst besteht Rechtsunsicherheit bei der Auslegung.

Soweit § 11 Abs. 5 festlegt, dass die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen aufgeführt werden müssen, stellt dies eine Erweiterung der derzeit bestehenden Regelungen dar. Unterhalb des Schwellenwertes müssen derzeit in der Auftragsbekanntmachung keine Zuschlagskriterien und auch keine Gewichtung genannt werden (§ 12 VOB/A). Die derzeitige Regelung ist einige Regelung zugunsten des Auftraggebers. Bei dem vorliegenden Gesetzentwurf wäre es jedoch eine Regelung zu Lasten des öffentlichen Auftraggebers. Eine Ausweitung der Regelung hinsichtlich der Nennung von Zuschlagskriterien und deren Gewichtung auch auf Vergaben Unterhalb des EU-Schwellenwertes stellt ein weiteres Erschwernis für den öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen dar. Eine derartige Regelung ist daher abzulehnen.

Die Regelung zur Wertung unangemessen niedriger Angebote ist für den öffentlichen Auftraggeber nicht tragbar. Betroffen sind die §§ 16 d Abs. 1 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 Abs. 6 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 oder mindestens 20 % unter der Kostenschätzung liegt. 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 Abs. 6 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 (§ 16 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A) bzw. können (§ 16 Abs. 2 VOL/A). 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

Die Einführung einer Prüfbehörde nach dem Oficialprinzip wird abgelehnt. Eine angeordnete Prüfung durch die Behörde würde sämtliche Vergaben, nicht nur auf der kommunalen Ebene, niederlegen und behindern.

Gemäß Abs. 5 soll die Landesprüfbehörde gegenüber den öffentlichen Auftraggebern Kontrollen anordnen dürfen und der öffentliche Auftraggeber hat diese durchzuführen. 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, ver-

stößt 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 für Verstöße gegen die dort aufgeführten Vorschriften ergeben. Dies ist ebenfalls Aufgabe der Prüfbehörde und nicht der öffentlichen Auftraggeber, die weder personell noch finanziell dazu in der Lage sind.

Der Verweis in § 13 Abs. 6 auf § 13 Abs. 6 ist missverständlich und obsolet.

Bei der Regelung, dass bei fremdsprachigen Bescheinigungen über den Nachweis der vollständigen Entrichtung von Steuern und Beiträgen eine Übersetzung in deutscher Sprache beizufügen ist, ist darauf hinzuweisen, dass hierbei der Auftraggeber dann gehalten ist, die jeweilige Richtigkeit der Übersetzung prüfen zu müssen. Dies ist jedoch dem Auftraggeber nicht zuzumuten. Soweit zu vereinbaren ist, dass der öffentliche Auftraggeber befugt ist, die Beschäftigten zu ihrer Entlohnung und den weiteren Arbeitsbedingungen zu befragen, stellt dies eine Aufgabenverlagerung auf den öffentlichen Auftraggeber dar. Dies ist insbesondere mit erheblichen personellen Mehraufwendungen für den öffentlichen Auftraggeber verbunden und bedarf einer entsprechenden Kostenerstattung durch das Land.

§ 15: Sanktionen

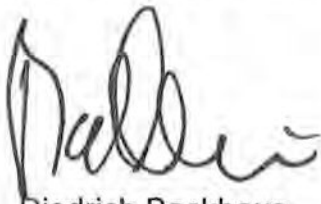
§ 15 sieht verpflichtend die Vereinbarung einer Vertragsstrafe vor. Eine solche muss allerdings auch durchgesetzt werden. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass insoweit die Beweislast beim öffentlichen Auftraggeber liegt und im Hinblick darauf, dass die Vertragsstrafengeltendmachung regelmäßig einer gerichtlichen Entscheidung zugeführt wird, entstehen 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 auch die dafür entstehenden Kosten aus originären Landesmitteln erstatten.

§ 15 Abs. 1 sieht vor, dass bei mehreren Verstößen zusammen eine Vertragsstrafe bis zur Höhe von 10 % der Auftragssumme zu vereinbaren ist. An dieser Stelle ist jedoch auf die geltende Rechtsprechung hinzuweisen, wonach eine formularmäßige Regelung nur dann einer Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht standhält, wenn eine Höchstgrenze von insgesamt höchstens 5 % der Auftragssumme festgelegt ist (BGH NJW 03, S. 1805). Die vollständige Ausschöpfung der Regelung in § 15 Abs. 1 im Hinblick auf die Vereinbarung von Vertragsstrafen in Höhe von 10 % der Auftragssumme bringt daher die Gefahr, dass eine derartige Regelung als unangemessene Benachteiligung gegenüber dem Auftragnehmer angesehen wird und daher einer gerichtlichen Kontrolle nicht standhält.

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. Die Regelung in Abs. 4 zur Einführung eines Registers für Unternehmen, die von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen sind, gleicht den Regelungen des Wettbewerbsregistergesetzes (WRegG) auf Bundesebene. Zwar greifen die darin enthaltenen Regelungen zu den Mitteilungs- und Abfragepflichten erst ab Inkrafttreten einer entsprechenden Rechtsverordnung, dennoch ist mit einer Einführung zu rechnen, so dass für eine entsprechende Regelung auf Landesebene kein Bedarf besteht.

An der öffentlichen Anhörung am 09. August 2018 werden wir teilnehmen.

Mit freundlichen Grüßen



Diedrich Backhaus

Direktor

Stadtverwaltung (Amt 30), 60275 Frankfurt am Main

Hessischer Landtag
Ausschuss für Wirtschaft, Energie,
Verkehr und Landesentwicklung
Schlossplatz 1-3

65183 Wiesbaden

Auskunft erteilt

Herr Dr. Fuhrmann

Telefon Durchwahl

(0 69) 2 12 – 3 38 59

Fax

– 3 78 95

Zimmer

115

E-Mail

stefan.fuhrmann@stadt-frankfurt.de

Ihre Nachricht / Ihre Zeichen

Unsere Zeichen

30.AL Fu-MK

Datum

11. Juli 2018

Gesetz für soziale und ökologische Kriterien, Tariftreue und Mindestlohn bei Vergaben (Vergabekriteriengesetz – HVKG) und zur Aufhebung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes (HVTG) – Drucksache 19/6166 –

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit Schreiben vom 04.05.2018 haben Sie die Stadt Frankfurt am Main zur schriftlichen und mündlichen Anhörung zu vorgenanntem Gesetzesentwurf eingeladen. In Vorbereitung des für den 09.08.2018 angesetzten Termins zur mündlichen Anhörung nehmen wir vorab zu dem Gesetzesentwurf für die Stadt Frankfurt am Main wie folgt Stellung:

I. Vorbemerkung

1. Allgemeines

Die Vergabeangelegenheiten der Stadt Frankfurt sind aufgrund der vielfältigen unterschiedlichen und fachspezifischen Anforderungen im Wesentlichen dezentral organisiert. Für besondere Beschaffungen sind einzelne zentrale Beschaffungseinheiten zuständig. Daneben gibt es das auch für Grundsatzfragen zuständige zentrale Einkaufs- und Vergabemanagement in der Stadtkämmerei. Dem Rechtsamt obliegt die rechtliche Beratung der zentralen und dezentralen Einheiten sowie die Durchführung von Nachprüfungs- und Gerichtsverfahren. Aufgrund der Anzahl und Volumina der Vergabevorgänge liegen bei der Stadt Frankfurt sicherlich organisatorische und ablaufbezogene Besonderheiten vor, dennoch ist die nachfolgende Stellungnahme allgemein auf die Auswirkungen des Gesetzesvorhabens auf Beschaffungsvorgänge von Gemeinden und allgemeine Rechtsfragen bezogen.

2. Statistik

Zur Verdeutlichung unserer nachfolgenden Stellungnahme und des mit der Umsetzung des HVKG verbundenen Arbeitsaufwandes für betroffene Verwaltungen sind zunächst die Beschaffungen der Stadt Frankfurt am Main im Jahr 2017 an einigen Zahlen darzustellen.

Es handelt sich zum einen um die über die städtische Einkaufsplattform getätigten Einkäufe des Allgemeinbedarfs, die zu 30% über Abrufe aus Rahmenvereinbarungen sowie zu ca. 70% über Einzelbestellungen aus Katalogen erfolgen:

Größenklasse der Einkäufe netto (€)	Anzahl der Einkäufe /Abrufe	Prozent der Anzahl	Prozent des Gesamtwertes	Gesamtwerte netto (€)
bis 499,99 €	48.414	58,48%	1,43%	7.737.204,42
ab 500 bis 4.999,99 €	27.539	33,27%	8,77%	47.431.024,56
ab 5.000 bis 49.999,99 €	5.653	6,83%	16,47%	89.064.072,50
ab 50.000 bis 199.999,99 €	902	1,09%	15,14%	81.931.723,68
ab 200.000 €	269	0,33%	58,19%	314.697.722,80
Gesamtsummen	82.777			540.861.747,96

Zum anderen sind die Zahlen über den städtischen Vergabemanager (Vergaben ab EUR 5.000,00) getätigten Einzelbeschaffungen zu erwähnen, die nicht dem Allgemeinbedarf unterfallen:

Gesamtzahl:	1843
Nationale Verfahren:	1628
EU-weite Verfahren:	215
Vergaben nach VOL/A / VgV:	828
Vergaben nach VOB/A:	1015

Daneben gibt es noch eine Reihe von Verfahren, die nicht über den Vergabemanager abgebildet wurden und damit nicht statistisch erfasst sind.

II. **Stellungnahme zu den inhaltlichen Regelungen des HVKG**

Die Stellungnahme folgt dem Aufbau des Entwurfes des HVKG anhand der einzelnen Regelungen mit einem zusammenfassenden Ergebnis.

1. **Ziffer B der Gesetzesbegründung**

Unter Ziffer B der Gesetzesbegründung wird u.a. ausgeführt:

„(...) Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht zu diesem Zwecke vor, dass eine Auftragserteilung nicht mehr ausschließlich nach dem billigsten Preis, sondern stets nach dem wirtschaftlichsten Angebot unter Berücksichtigung sozialer und ökologischer Kriterien erfolgen darf. (...)“

Nach dem Wortlaut der Formulierung soll der Preis nicht mehr ausschließliches Zuschlagskriterium sein, sondern der Zuschlag stets auf das wirtschaftlichste Angebot erfolgen.

Sowohl im Bereich des nationalen als auch im Bereich des EU-Vergaberechts galt jedoch ohnehin bisher der Grundsatz, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen ist (vgl. u.a. § 127 Abs. 1 S. 1 GWB im Anwendungsbereich des Europäischen Vergaberechts). Dies ist nicht zwingend das Angebot mit dem „billigsten Preis“. Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich vielmehr nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte herangezogen werden. Abhängig von der jeweiligen Beschaffung obliegt es damit der Vergabestelle abzuwägen, welche Kriterien ggf. neben dem Preis zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots herangezogen werden sollen. Je nach Vertragsgegenstand kann es daher auch geboten sein, weiterhin ausschließlich auf den Preis abzustellen. Dies gilt insb. für Verträge, die bereits im Rahmen der Leistungsbeschreibung die für die Leistungserbringung erforderlichen qualitativen, umweltbezogenen oder sozialen Aspekte beinhalten.

Insoweit vermag die in den Vorbemerkungen des Gesetzentwurfs festgehaltene Zielsetzung, wonach eine Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots alleine unter Berücksichtigung des Preises ausgeschlossen ist, sondern zwingend auch andere Kriterien zu berücksichtigen sind, nicht zu überzeugen, da die Erfordernisse der einzelnen Vergaben im Hinblick auf die bestehenden Markterfordernisse und -voraussetzungen unberücksichtigt blieben.

2. Anwendungsbereich (§ 1 HVKG)

§ 1 Abs. 1 HVKG regelt:

„Dieses Gesetz gilt für die Vergabe öffentlicher Aufträge des Landes Hessen, der Gemeinden und Gemeindeverbänden und ihrer Eigenbetriebe sowie der Anstalten und Stiftungen öffentlichen Rechts im Sinne von § 99 und § 100 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) (...), unabhängig von den Schwellenwerten nach § 106 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 GWB, sofern die Aufträge mindestens einen Wert von 500 Euro haben.“

Damit wird das HVKG für alle Aufträge ab einem Auftragswert von EUR 500,00 für anwendbar erklärt. Zudem soll das HVKG sowohl auf nationale als auch europaweite Vergaben Anwendung finden. Soweit in § 15 HVTG bisher Vergabefreigrenzen geregelt waren, sollen diese nunmehr nach § 2 Abs. 2 HVKG durch Rechtsverordnung festgelegt werden.

Konsequenz dieser Regelung ist zunächst, dass zwingend soziale und ökologische Kriterien bei sämtlichen Auftragsvergaben mit einem Auftragswert von über EUR 500,00 berücksichtigt werden müssen (vgl. §§ 5 ff. HVKG). Dies wird gerade für kleine und mittlere Unternehmen (nachfolgend auch KMU), die das Gesetz gerade fördern will, nicht realisierbar sein, da auch bei der Erfüllung von Kleinaufträgen zwingend die Erfüllung sozialer und ökologischer Kriterien nachzuweisen wäre. Die Regelung steht damit insbesondere in einem Widerspruch zu dem allgemeinen Vergabegrundsatz gemäß § 97 Abs. 4 GWB, wonach mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen sind. Zudem führt dies zu einem inhaltlichen Widerspruch zum HVKG selbst. So schreibt § 9 Abs. 3 HVKG vor, dass Vergabeverfahren, soweit möglich, so zu gestalten sind, dass kleine und mittlere Unternehmen am Wettbewerb teilnehmen und beim

Zuschlag berücksichtigt werden können. Dieser Zweck wird durch die zwingende Berücksichtigung sozialer und ökologischer Kriterien jedoch konterkariert.

Auch würde die Einführung des HVKG schon aufgrund des weiten Anwendungsbereichs die Verwaltung mit einem erheblichen Mehraufwand belasten. Insgesamt hat die Stadt Frankfurt 2017 ca. 85.000 Beschaffungsvorgänge registriert. Ca. 36.000 Vorgänge haben einen Auftragswert von mindestens EUR 500,00, würden nunmehr also erst einmal in den Anwendungsbereich des HVKG entfallen. Die Stadt Frankfurt am Main wäre daher grundsätzlich verpflichtet bei ca. 36.000 Vergaben ein aufwendiges Vergabeverfahren durchzuführen, in dem neben dem Preis auch soziale und ökologische Kriterien berücksichtigt werden müssen. Dieser Aufwand steht außer Verhältnis.

Angemerkt sei auch, dass es bei dem Wortlaut der Vorschrift „[...] sofern die Aufträge mindestens einen Wert von 500 Euro haben.“ unklar bleibt, ob es sich dabei um den Netto- oder Bruttobetrag handelt. Der Wortlaut suggeriert zunächst ein Verständnis hin zum Bruttobetrag. Allerdings wäre dies für den Regelungsbereich des Vergaberechts unüblich.

Soweit in § 1 Abs. 1 HVKG das HVKG zunächst sowohl für nationale als auch europaweite Vergaben ab einem Auftragswert ab EUR 500,00 für anwendbar erklärt wird, bewerten wir diese Regelung daher in der Praxis für nicht praktikabel.

3. Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnungen (§ 2 HVKG)

§ 2 Abs. 1 HVKG regelt:

„Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sind unterhalb der Schwellenwerte gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 GWB diejenigen Regelungen der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)(...) oder des Abschnittes 1 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A (VOB/A) (...) sowie der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil B (VOB/B) (...) anzuwenden, die für die Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen gelten, die nicht im Anwendungsbereich des Teils 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen liegen.“

Mit dieser Regelung werden die Vergabe- und Vertragsordnungen für den Bereich der Unterschwellenvergaben für anwendbar erklärt.

Dabei wurde jedoch übersehen, dass die UVgO lediglich Teil A der Vergabe- und Vertragsordnung für die Ausführung von Leistungen (VOL/A) ersetzt, nicht aber die in Teil B der Vergabe- und Vertragsordnung für Lieferungen geregelten Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL/B). Die VOB/B, also die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführungen von Bauleistungen werden hingegen ausdrücklich für anwendbar erklärt, so dass im Umkehrschluss die VOL/B bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen scheinbar keine Anwendung mehr finden soll. Die Regelung im Entwurf kann vielmehr auch so gelesen werden, dass die VOB/B nunmehr generell für sämtliche Aufträge gelten soll. Dies ist jedoch kritisch zu bewerten, da die VOB/B ausschließlich auf die Ausführung von Bauleistungen zugeschnitten ist und nicht auf die Regelung von Liefer- und Dienstleistungen. Insoweit sollte es wie bisher bei der Anwendbarkeit der VOL/B bleiben.

4. Tariftreueerklärung, Landesmindestlohn (§ 3 HVKG)

a) Tariflohn (zu § 3 Abs. 2 HVKG)

§ 3 Abs. 2 HVKG regelt:

„Öffentliche Aufträge im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auf Straße und Schiene sowie Bauaufträge im Sinne des § 103 Abs. 3 GWB dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten (ohne Auszubildende) bei der Ausführung der Leistung mindestens das in Hessen für diese Leistung in einem der einschlägigen und repräsentativen, mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbarten Tarifverträge vorgesehene Entgelt nach den tarifvertraglich festgelegten Modalitäten einschließlich der Überstundenzuschläge (Tariflohn) zu zahlen und während der Ausführungslaufzeit Änderungen nachzuvollziehen. Das für Arbeit zuständige Ministerium bestimmt durch Rechtsverordnung gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 1, welche Tarifverträge als repräsentativ im Sinne des Satzes 1 anzusehen sind. (...)“

Mit dieser Regelung sollen Auftragnehmer verpflichtet werden, ihren Beschäftigten einen Durchschnittstariflohn als Mindestlohn zu zahlen.

Diese Regelung ist jedoch in mehrfacher Hinsicht kritisch zu sehen. So ist bereits unklar geregelt, welche Tarifverträge „repräsentativ“ sein sollen. Wie sich aus § 3 Abs. 2 S. 2 HVKG sowie der Gesetzesbegründung ergibt, gibt es mehrere Tarifverträge, aus denen dann das zuständige Ministerium auswählen soll, welche Tarifverträge vorliegend maßgeblich sein sollen. Unklar bleibt beispielsweise auch, ob dann aus den als repräsentativ gewerteten Tarifverträgen ein Mittellohn gebildet werden soll oder lediglich auf den in einem als repräsentativ festgelegten Tarifvertrag ausgewiesenen Tariflohn abgestellt werden soll. Insgesamt ist die Regelung daher intransparent.

Die Regelung in § 3 Abs. 2 HVKG stellt zudem unserer Ansicht nach wohl auch einen schwerwiegenden Eingriff in die verfassungsmäßig garantierte Tarifautonomie dar, da ein niedriger Tariflohn durch Rechtsverordnung zwangsweise erhöht werden könnte. Die Regelung dürfte somit verfassungswidrig sein.

Die Regelung bewerten wir daher insgesamt als nicht überzeugend.

b) Landesmindestlohn (zu § 3 Abs. 3 HVKG)

§ 3 Abs. 3 HVKG regelt:

„Öffentliche Aufträge dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Angebotsabgabe durch Erklärung gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber schriftlich verpflichtet haben, ihren Beschäftigten (ohne Auszubildende) bei der Ausführung der Leistung wenigstens ein Mindeststundenentgelt von 12 Euro zu zahlen (Landesmindestlohn). Ein ggf. höherer Mindestlohn nach Bundesrecht bleibt hiervon unberührt. Diese Erklärung ist auch von Nachunternehmern und Verleihunternehmen in Textform abzugeben. (...)“

Durch diese Regelung wird der Auftragnehmer zur Zahlung eines Landesmindestlohns verpflichtet, der deutlich über dem aktuellen Bundesmindestlohn nach dem Mindestlohngesetz (derzeit EUR 8,84 brutto pro Stunde) liegt. Auch etwaige Nach-

unternehmer und Verleihunternehmer sind nach der gesetzlichen Regelung entsprechend zu verpflichten.

Diese Regelung ist in mehrerer Hinsicht kritisch zu sehen. Insbesondere ist zu erwarten, dass die Regelung zu erheblichen Preissteigerungen bei Beschaffungen in Hessen führen wird. Dies gilt insbesondere für diejenigen Leistungen und Branchen, in denen üblicherweise lediglich der Bundesmindestlohn gezahlt wird. Die zu erwartenden weiteren erheblichen Preissteigerungen sind auch deshalb problematisch, da aufgrund der guten Konjunkturlage insbesondere in der Baubranche bereits jetzt bei Bauvergaben erhebliche Preissteigerungen festzustellen sind. Durch die Regelung in § 3 Abs. 3 HVKG würde dies nochmals verschärft, was zu nicht absehbaren finanziellen Belastungen für die Haushalte der Kommunen und des Landes führen würde.

Zudem erscheint die Durchsetzbarkeit und Nachprüfbarkeit dieser Regelung äußerst fraglich. Auch wird ein Auftragnehmer betriebsintern regelmäßig nicht auftragsspezifisch seinen Mitarbeitern einen höheren Lohn zahlen als üblich bzw. wird dies organisatorisch auch überhaupt nicht umsetzen können.

Insgesamt bewerten wir diese Regelung daher als kontraproduktiv und nicht praktikabel.

c) Vorrang der günstigsten Regelung (zu § 3 Abs. 4 und Abs. 6 HVKG)

§ 3 Abs. 4 HVKG regelt:

„Erfüllt die Vergabe eines öffentlichen Auftrages die Voraussetzungen von mehr als einer der in den Abs. 1 bis 3 getroffenen Regelungen, so gilt die für die Beschäftigten jeweils günstigste Regelung. Abs. 3 Satz 2 gilt entsprechend.“

Weiter regelt § 3 Abs. 6 HVKG:

„Gelten in den Fällen der Abs. 1 und 2 für eine Leistung mehrere Tarifverträge (gemischte Leistungen), ist der Tariflohn desjenigen Tarifvertrages maßgeblich, in dem der arbeitszeitlich gesehen überwiegende Teil der Leistung liegt.“

Zielsetzung dieser Regelungen ist, dass für die Beschäftigten die jeweils günstigere Lohnregelung gelten soll.

Die Regelung ist jedoch intransparent, insbesondere für Bieter mit Sitz im EU-Ausland, da diese beispielsweise keine Detailkenntnisse von den hier geltenden Tarifverträgen, die je nach Branche erheblich variieren, haben. Damit ist für die Bieter auch nicht erkennbar, in welcher Höhe sie sich verpflichten, ihre Beschäftigten für den jeweiligen Auftrag zu entlohnen. Damit ist den Bietern eine auskömmliche Kalkulation ihrer Angebotspreise erheblich erschwert bzw. möglicherweise sogar unmöglich. Dies widerspricht jedoch der klaren Rechtsprechung des EuGH, wonach auch für EU-Bewerber eine hinreichende Informationsmöglichkeit sowie Kalkulierbarkeit der Angebotspreise bestehen muss. Es ist daher davon auszugehen, dass diese Regelung bereits wegen Verstoßes gegen EU-Recht unwirksam ist.

Zudem löst die Regelung auch für die Verwaltung einen erheblichen bürokratischen Aufwand aus, da auftragsspezifisch jeweils die günstigste Lohnregelung ermittelt werden müsste.

Insgesamt bewerten wir auch diese Regelung daher als nicht zielführend.

d) Entlohnung von Leiharbeitnehmern (zu § 3 Abs. 5 HVKG)

§ 3 Abs. 5 HVKG regelt:

„Öffentliche Aufträge werden nur an solche Unternehmen vergeben, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, dafür zu sorgen, dass Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (...) bei der Ausführung der Leistung für die gleiche Tätigkeit ebenso entlohnt werden wie die regulär Beschäftigten des Auftragnehmers.“

Damit wird festgelegt, dass Leiharbeiter/-innen für die gleiche Tätigkeit ebenso entlohnt werden müssen, wie die regulär Beschäftigten des Auftragnehmers.

Diese Regelung lässt bereits unberücksichtigt, dass im Falle des Einsatzes von Leiharbeitnehmern nicht der Auftragnehmer den Lohn des Leihararbeiters zahlt, sondern Arbeitgeber des Leihararbeiters der Arbeitnehmerverleiher bleibt. Der Auftragnehmer entrichtet lediglich ein Entgelt an den Arbeitnehmerverleiher für die Zurverfügungstellung der Leiharbeiter auf Grundlage des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags. Der Auftragnehmer kann daher von vornherein nicht verpflichtet werden, an den Leiharbeiter den gleichen Lohn zu entrichten, wie an seine Beschäftigten.

Auch wenn die Regelung so ausgelegt würde, dass der Auftragnehmer verpflichtet werden soll, an seinen Vertragspartner, den Arbeitnehmerverleiher ein Entgelt in entsprechender Höhe des an seine Beschäftigten entrichteten Lohns zu zahlen, würde dies ebenfalls nicht gewährleisten, dass die Leiharbeiter ihrerseits ein Lohnentgelt in entsprechender Höhe erhalten.

Zudem kann es Qualifikationsunterschiede zwischen Leiharbeitnehmern und den regulär Beschäftigten geben, die grundsätzlich eine Vergleichbarkeit verhindern. Für die Entlohnung von Leiharbeitnehmern bestehen auch eigenständige Tarifverträge, die bei der Einordnung in die verschiedenen Entgeltgruppen zwischen der jeweiligen Qualifikation der Leiharbeiter differenzieren.

Zudem könnte die Regelung Leiharbeit möglicherweise sogar fördern, beispielsweise dadurch, dass Unternehmen keine regulären Arbeitskräfte einstellen, um den Vergleich der Entlohnung zwischen Leiharbeiter und den regulär Beschäftigten zu entgehen.

Insgesamt bewerten wir auch diese Regelung daher kritisch, da insbesondere der gewünschte Effekt – die Eindämmung von Leiharbeit – nicht wird erzielt werden können.

Ergänzend wird auf die unpraktische Handhabung sowie den erhöhten bürokratischen Aufwand hingewiesen, wenn im konkreten Einzelfall bzgl. der Regelung in § 3 HVKG mehrere Verpflichtungserklärungen (bzgl. oben a) –d)) von den Bietern abgefordert werden müssen. Darüber hinaus würde die Bekanntmachung überfrachtet, wenn in dieser auch die „repräsentativen Tarifverträge“ etc. aufzulisten wären.

5. Betreiberwechsel bei Erbringung von ÖPNV-Leistungen (§ 4 HVKG)

§ 4 HVKG regelt:

„(1) Öffentliche Auftraggeber können gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) Nr. 2016/2338 vom 14. Dezember 2016 (ABl. L 354 S.22), und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (ABl. L 315 S. 1) verlangen, dass der ausgewählte Betreiber die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des bisherigen Betreibers zu den Arbeitsbedingungen übernimmt, die diesen von dem vorherigen Betreiber gewährt wurden.

(2) Die bisherigen Betreiber sind verpflichtet, den Auftraggebern auf Anforderung die hierzu erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen oder Einsicht in Lohn- und Meldeunterlagen, Bücher und andere Geschäftsunterlagen und Aufzeichnungen zu gewähren, aus denen Umfang, Art, Dauer und tatsächliche Entlohnung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer hervorgehen oder abgeleitet werden können. Hierdurch entstehende Aufwendungen des bisherigen Betreibers werden durch den öffentlichen Auftraggeber erstattet.“

Hier stellt sich insgesamt die Frage zur Vereinbarkeit mit der bundesrechtlichen Regelung in § 613 a BGB. Nicht ersichtlich und unkalkulierbar ist hierbei auch die Regelung zur Kostenerstattung durch den öffentlichen Auftraggeber in § 4 Abs. 2 S. 2 HVKG. Die Regelung ist daher abzulehnen.

6. Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen (§ 5 HVKG)

§ 5 Abs. 1 HVKG regelt:

„Bei der Einholung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen dürfen keine Waren Gegenstand der Leistung sein, die unter Missachtung der in den ILO-Kernarbeitsnormen festgelegten Mindeststandard gewonnen oder hergestellt worden sind. Die Mindeststandards der ILO-Kernarbeitsnormen ergeben sich aus (...)“

§ 5 Abs. 2 HVKG regelt weiter:

„Aufträge über Lieferleistungen dürfen in den Fällen nach Abs. 3 nur mit einer Ergänzenden Vertragsbedingung vergeben werden, die den Auftragnehmer verpflichtet, den Auftrag gemäß der Leistungsbeschreibung ausschließlich mit Waren auszuführen, die nachweislich oder gemäß einer entsprechenden Zusicherung unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gemäß Abs. 1 gewonnen oder hergestellt worden sind. Dazu sind entsprechende Nachweise oder Erklärungen von den Bietern zu verlangen. Satz 1 und 2 geltend entsprechend für Waren, die im Rahmen der Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen verwendet werden.“

Die Bieter werden durch diese Regelungen zur zwingenden Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen verpflichtet und müssen dem Auftraggeber gegenüber auch nachweisen bzw. zusichern, ausschließlich Waren zu verwenden, die unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen hergestellt wurden. Demnach dürfen beispielsweise keine Waren verwandt werden, die durch Kinder oder Zwangsarbeit hergestellt wurden. Weiter ist die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit zu gewährleisten.

Die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen ist zwar begrüßenswert, problematisch ist jedoch, dass von den Bietern die zwingende Einhaltung dieser Regelungen gefordert wird. In der Praxis werden die Bieter diese Vorgaben regelmäßig nicht erfüllt können, so dass der Auftraggeber letztlich an keinen Bieter den Auftrag erteilen dürfte. Die Bieter werden insbesondere nicht dazu in der Lage sein, eine Verpflichtungserklärung dahingehend abzugeben, dass in der gesamten Lieferkette der von ihnen verwandten Waren die Bedingungen eingehalten werden. Insbesondere bei Verwendung von Waren aus Nicht-EU-Ländern wird dies sehr wahrscheinlich nicht der Fall sein.

Für erwähnenswert erachten wir außerdem, dass der Verweis in § 5 Abs. 2 auf Abs. 3 HVKG ins Leere geht, da im Gesetzentwurf des HVKG kein Abs. 3 formuliert ist. Darüber hinaus ist die systematische Ausrichtung fragwürdig, wenn die Sicherstellung der genannten Norminhalte mittels einer ergänzenden Vertragsbedingung gewährleistet werden soll. Dies ist ein Instrument, das erst nach Zuschlagserteilung greift. Gleichzeitig sollen Nachweise oder Erklärungen vom Bieter verlangt werden.

Aus unserer Sicht ist die Regelung insgesamt inhaltlich und gesetzessystematisch nicht gelungen. Zudem würde sie den Warenhandel zumindest sehr stark einschränken.

7. Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen (§ 6 HVKG)

§ 6 Abs. 1 HVKG regelt:

„Die Entscheidung über den Zuschlag eines Angebots hat zu berücksichtigen, ob und inwieweit der Bieter Maßnahmen zur Frauenförderung und zur Förderung der Vereinbarkeit von Arbeit und Leben durchführt. Betriebe mit einer Beschäftigtenzahl von 21 oder mehr, haben Nachweis über einen betrieblichen Frauenförderplan analog den Bestimmungen des Hessischen Gleichberechtigungsgesetzes zu erbringen.“

§ 6 Abs. 2 HVKG regelt weiter:

„Unbeschadet des Rechts der Europäischen Gemeinschaften und der nach anderem Recht vorausgehenden Wertungskriterien ist bei sonst gleichwertigen Angeboten das Angebot des Bieters zu bevorzugen, der gemessen an seiner Betriebsstruktur mehr als ein anderer Bieter mit gleichwertigem Angebot Maßnahmen zur Frauenförderung und zur Förderung der Vereinbarung von Beruf und Familie durchführt.“

Demnach ist bei jeder Vergabe mit einem Auftragswert ab EUR 500,00 (vgl. § 1 Abs. 1 HVKG) zwingend als Zuschlagskriterium die Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen im Betrieb zu berücksichtigen.

Hier handelt es sich um ein förderungswürdiges Ziel, die Umsetzung ist jedoch aus mehreren Gründen nicht gelungen und auch nicht praktikabel.

Gerade für kleine und mittlere Betriebe wird der Nachweis von Maßnahmen zur Frauenförderung kaum leistbar sein. Je größer ein Betrieb, desto professioneller ist dieser regelmäßig im Bereich der Frauenförderung aufgestellt, während gerade kleine handwerkliche Betriebe, in denen eine Großteil der Belegschaft nicht selten männlich ist, hier mangels Notwendigkeit etc. nicht aktiv sind. Die Regelung steht damit in unmittelbarem Konflikt mit dem in § 9 Abs. 3 HVKG formulierten Grund-

satz, wonach sicherzustellen ist, dass auch KMU am Wettbewerb teilnehmen und beim Zuschlag berücksichtigt werden können.

Da zudem der Nachweis von Maßnahmen der Frauenförderung bei jeder Vergabe ab EUR 500,00 gefordert wird, kann dies zu einem erheblichen zusätzlichen bürokratischen Aufwand auch auf Seiten der Verwaltung führen, der ohne erhebliche personelle Aufstockung nicht händelbar sein wird.

Zudem lässt § 127 Abs. 1 GWB zwar die Berücksichtigung auch sozialer Aspekte bei der Zuschlagswertung zu, nach § 127 Abs. 3 GWB müssen die Zuschlagskriterien jedoch mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Dies ist bei dem Kriterium Frauenförderung nicht zwingend der Fall. Die Regelung könnte im Rahmen EU-weiter Vergaben daher unwirksam sein, da dem Kriterium im Einzelnen der Bezug zur Leistungsbeschreibung fehlt kann. Nach dem HVKG wird aber eine Relevanz der Forderung für die zu beschaffende Leistung nicht gefordert, sondern ist dies zwingend zu berücksichtigen. Insoweit besteht auch innerhalb des Gesetzesentwurfs ein Widerspruch, da § 11 Abs. 3 HVKG ebenfalls regelt, dass die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen.

Soweit weiter geregelt ist, dass bei gleichwertigen Angeboten die Frauenförderung das entscheidende Wertungskriterium sein soll und hier derjenige Bieter vorgezogen werden soll, der gemessen an seiner Betriebsstruktur mehr Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen vorsehe, kann dies in einem Vergabeverfahren nicht transparent ausgestaltet werden und eröffnet die Möglichkeit für willkürliche Entscheidungen, schon deshalb, weil Maßnahmen zur Frauenförderungen nicht deutlich definiert sind. So gibt es beispielsweise auch Branchen, in denen typischerweise überwiegend männliche Beschäftigte tätig sind. Hier stellt sich dann die grundsätzliche Frage, ob es insoweit ausreichend ist, dass Mitarbeiterinnen in der Verwaltung dieses Betriebes gefördert werden, auch wenn diese mit der eigentlichen Leistungserbringung keinerlei Berührungspunkte haben. Auch im Hinblick auf das Wirtschaftlichkeitsgebots ist dies kritisch zu sehen.

Unklar bleibt auch das Konkurrenzverhältnis bzw. Zusammenspiel zu der Regelung in § 7 Abs. 3 HVKG, wonach bei Vorliegen von gleichwertigen Angeboten das Angebot desjenigen Bieters zu bevorzugen sei, der relativ gesehen einen höheren prozentualen Anteil an Ausbildungsplätzen vorsehe. Unklar ist die Wertung beispielsweise insbesondere dann, wenn der eine Bieter besser hinsichtlich der Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen, der andere Bieter besser hinsichtlich der beruflichen Ausbildungsförderung ist.

Auch sehen wir die Gefahr, dass diese Regelung die Bieter in ihrem Selbstbestimmungsrecht verletzen und zu einer erheblichen Eingrenzung des Marktes führen könnte.

Insgesamt bleibt somit festzuhalten, dass es sich um ein grundsätzlich förderungswürdiges Ziel handelt, die im Gesetzesentwurf vorgesehene Umsetzung jedoch als nicht gelungen zu bewerten ist.

8. Berufliche Erstausbildung (§ 7 HVKG)

§ 7 Abs. 1 HVKG regelt:

„Die Entscheidung über den Zuschlag eines Angebots hat zu berücksichtigen, ob und inwieweit eine angemessene Beteiligung der Bieter an der beruflichen Erstausbildung erfolgt.“

§ 7 Abs. 3 HVKG regelt weiter:

„Unbeschadet des Rechts der Europäischen Gemeinschaften und der nach anderem Recht vorausgehenden Wertungskriterien ist bei sonst gleichwertigen Angeboten das Angebot desjenigen Bieters zu bevorzugen, der im Verhältnis zur Gesamtbeschäftigtenzahl seines Betriebes sieben Prozent Ausbildungsplätze anbietet, diesem Wert am Nächsten kommt oder ihn am Weitesten überbietet.“

Nach dieser Regelung ist die angemessene Beteiligung bei Schaffung von Ausbildungsplätzen zwingendes Wertungskriterium, muss also bei jeder Vergabe im Anwendungsbereich des HVKG abgefragt werden. Hier gilt im Wesentlichen das vorstehend zu § 6 HVKG Ausgeführte entsprechend. Grundsätzlich handelt es sich um ein förderungswürdiges Ziel, dessen Umsetzung jedoch nicht gelungen ist.

Auch hier ist zu bemängeln, dass dieses Kriterium bei sämtlichen Vergaben ab einem Auftragswert von EUR 500,00 abgefragt werden soll, also einen erheblichen Verwaltungsaufwand auslösen würde.

Die Regelung könnte im Rahmen EU-weiter Vergaben ebenfalls unwirksam sein, da dem Kriterium je nach Einzelfall der Bezug zur Leistungsbeschreibung und dem Auftragsgegenstand fehlen kann. Auch soweit in § 11 Abs. 3 HVKG vorgesehen ist, dass die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen, ist die Regelung inkonsequent.

Wie bereits vorstehend zu § 6 HVKG erläutert, ist das Konkurrenzverhältnis zwischen § 6 Abs. 2 HVKG und § 7 Abs. 3 HVKG zudem für den Fall, dass gleichwertige Angebote der Bieter vorliegen, unklar.

Zudem ist auch hier teilweise fraglich, inwieweit dieses Wertungskriterium mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot vereinbar ist.

Auch stellt sich die Frage, ob insoweit im Einzelnen die hypothetische Bereitschaft ausbilden zu wollen, ausreicht oder die Anzahl der tatsächlichen Auszubildenden maßgeblich sein soll. Sofern die hypothetische Bereitschaft genügen soll bzw. ein Bieter vorträgt, zwar ausbilden zu wollen, aber keine Auszubildenden zu finden, stellt sich dann jedoch die weitere Frage, wie dies nachgewiesen bzw. nachgeprüft werden soll. Die Regelung ist damit nicht transparent.

Fraglich ist schließlich, ob die Regelung die Beteiligung von KMUs fördert oder dem in § 6 Abs. 3 HVKG postulierten Grundsatzes der Mittelstandsförderung widerspricht. Einerseits ist denkbar, dass gerade KMUs aufgrund ihrer kleineren Betriebsgröße eine gute prozentuale Quote erzielen können, andererseits bleiben derzeit zahlreiche Ausbildungsplätze aufgrund des Mangels an qualifizierten Auszubildenden unbesetzt.

Insgesamt bleibt somit festzuhalten, dass es sich um ein förderungswürdiges Ziel handelt, die Umsetzung im Gesetzesentwurf jedoch einer umfangreichen Überarbeitung bedarf.

9. Umweltverträgliche Beschaffung (§ 8 HVKG)

§ 8 Abs. 1 HVKG regelt:

„Auftraggeber haben im Rahmen der Beschaffung dafür Sorge zu tragen, dass bei Erstellung, Lieferung, Nutzung und Entsorgung der

zu beschaffenden Gegenstände oder Leistungen Ressourcenverbrauch und Umweltbelastungen auf dem niedrigsten technischen machbaren Standard gehalten werden, soweit dies im Sinne von Abs. 2 wirtschaftlich vertretbar ist. Nachweise hierfür hat der Auftragnehmer auf Verlangen zu erbringen.“

§ 8 Abs. 2 HVKG regelt weiter:

„Für die Bewertung der Wirtschaftlichkeit der Angebote sind auch die volkswirtschaftlichen Kosteneinsparungen zu berücksichtigen, die durch die umweltschonenden Eigenschaften dieser Leistungen an anderer Stelle entstehen. Infolgedessen gilt ein Angebot über umweltfreundliche Leistungen, das die vorgegebenen Mindestanforderungen erfüllt, auch dann als wirtschaftlicher, wenn sein Preis in tragbarem auftragsbezogenem Maß über einem preislich günstigeren Angebot ohne oder mit geringeren umweltfreundlichen Eigenschaften liegt.“

Nach dieser Regelung sind umweltbezogene Belange im Rahmen der Angebotsbewertung zwingend zu berücksichtigen. Auch hierbei handelt es sich um ein grundsätzlich förderungswürdiges Ziel, dessen Umsetzung jedoch nicht gelungen ist.

Zum einen ist auch hier kritisch zu sehen, dass diese Regelung zwingend für alle Vergaben im Anwendungsbereich des HVKG, also für sämtliche Aufträge mit einem Auftragswert ab EUR 500,00 gelten soll, mit der Folge, dass insoweit ein erheblicher Mehraufwand für die Verwaltung entsteht.

Zum anderen ist die vorgesehene Regelung nicht transparent und eröffnet Möglichkeiten zur Manipulation der Bieterreihenfolge. So sollen der Ressourcenverbrauch und die Umweltbelastungen auf dem „niedrigsten technischen machbaren Stand“ gehalten werden, soweit dies „wirtschaftlich vertretbar“ sei. Technisch machbar ist grundsätzlich jedoch nahezu alles. Wann der insoweit entstehende Aufwand wirtschaftlich nicht mehr vertretbar ist, ist jedoch Wertungsfrage. Klare Kriterien werden insoweit nicht festgelegt.

Dies gilt insbesondere auch, soweit nach § 8 Abs. 2 HVKG die „volkswirtschaftlichen Kosteneinsparungen“ auf die Bewertung der Wirtschaftlichkeit des Angebots Einfluss haben sollen. Unklar ist hier bereits, was unter „volkswirtschaftlichen Kosteneinsparungen“ zu verstehen ist und wie diese im Einzelnen ermittelt werden sollen. Daher kann dies auch ein nicht taugliches Kriterium sein, um zu bewerten, ob ein preislich höheres Angebot wirtschaftlicher ist als ein preislich niedrigeres Angebot, das geringere umweltfreundliche Eigenschaften aufweist.

Auch insoweit ist weiter zu berücksichtigen, dass im Bereich des europäischen Vergaberechts ebenso wie nach § 11 Abs. 3 HVKG die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen. Insoweit wäre jeweils im Einzelfall abzuwägen, ob und inwieweit umweltbezogene Belange zu berücksichtigen sind.

Schließlich bedeutet auch diese Regelung für sämtliche Bieter einen erhöhten Aufwand bei Zusammenstellung der Angebotsunterlagen. Dies ist insbesondere dazu geeignet KMU zu benachteiligen, läuft also der Regelung in § 9 Abs. 3 HVKG zuwider, wonach das Vergabeverfahren und die Vergabeunterlagen so auszugestalten sind, dass auch kleine und mittlere Unternehmen am Wettbewerb teilnehmen und beim Zuschlag berücksichtigt werden können.

Insgesamt bleibt somit festzuhalten, dass mit dieser Regelung zwar ein grundsätzlich förderungswürdiges Ziel verfolgt wird, die Umsetzung jedoch als nicht gelungen zu bewerten ist.

10. Nachunternehmereinsatz (§ 10 HVKG)

§ 10 Abs. 1 HVKG regelt:

„Der Auftragnehmer darf Bau- und Dienstleistungen nur auf Nachunternehmer übertragen, wenn der Auftraggeber im Einzelfall schriftlich zugestimmt hat. Eine Zustimmung ist zu verweigern, wenn ein und dieselbe Leistung an mehr als drei Unternehmen übertragen werden soll.“

Insoweit ist bereits die Formulierung, wonach „ein und dieselbe Leistung an mehr als drei Nachunternehmer nicht übertragen werden soll“, aus sich heraus nicht verständlich. Erst aus der Gesetzesbegründung, dort Ziffer B, erschließt sich, dass damit wohl die vertikale Nachunternehmerkette gemeint sein soll. Nach der Formulierung könnte jedoch auch der (wenn auch unwahrscheinliche) Fall gemeint sein, dass die gleiche Leistung durch drei unmittelbar durch den Auftragnehmer beauftragte Nachunternehmer erbracht wird.

Diese Regelung ist unserer Ansicht nach auch nicht praktikabel. So hat ein Auftraggeber ohnehin nur begrenzte Kontrollmöglichkeiten betreffend der Nachunternehmerkette, da er lediglich vertragliche Ansprüche gegenüber seinem direkten Vertragspartner hat und regelmäßig auch keine weiteren Kenntnisse darüber, ob der Nachunternehmer seines Auftragnehmers weitere Nachunternehmer einschaltet.

Auch stellt sich die Frage, ob bei Einbeziehung von mehr als drei Nachunternehmern eine Kündigung des Vertrages mit dem direkten Auftragnehmer durch den Auftraggeber überhaupt zulässig wäre, beispielsweise wenn der dritte Nachunternehmer verbotswidrig einen vierten Nachunternehmer beauftragt. Den Auftragnehmer trifft insoweit regelmäßig kein Verschulden, da er hiervon keine Kenntnis hat und hierauf auch keinen Einfluss nehmen kann, so dass rechtliche Konsequenzen aus etwaigen Verstößen ohnehin nicht gezogen werden könnten. Soweit nach § 10 Abs. 5 HVKG der Bieter bei Angebotsabgabe auch von seinem Nachunternehmer entsprechende Verpflichtungserklärungen beibringen soll und dies auch für alle weiteren Nachunternehmer des Nachunternehmers gelten soll, hilft dies wenig weiter, kann insbesondere kein Verschulden begründen.

Insgesamt werten wir diese Regelung daher als nicht praktikabel.

11. Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot, Wertung unangemessen niedriger Angebote (§ 11 HVKG)

a) Zwingende Berücksichtigung qualitativer, umweltbezogener oder sozialer Aspekte (zu § 11 Abs. 1 HVKG)

§ 11 Abs. 1 HVKG regelt:

„Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. (...) Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung sind neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte zu berücksichtigen. Von der Berücksichtigung der in Satz 3 genannten As-

pekte kann nur bei marktüblichen standardisierten Leistungen bis zu einem Auftragsvolumen von EUR 10.000,00 abgesehen werden.“

Nach dieser Regelung sind im Rahmen der Zuschlagswertung neben dem Preis zwingend auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte zu berücksichtigen. Eine Ausnahme soll nur für „standardisierte Leistungen“ mit einem Auftragsvolumen bis zu EUR 10.000,00 gelten. Dies steht in einem Widerspruch zu der in § 127 Abs. 1 GWB für den Oberschwellenbereich getroffenen Regelung, wonach qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden können, aber nicht müssen. Wie vorstehend unter Ziffer I. 1. bereits erläutert, ist dies kritisch zu sehen.

Diese Vorschrift ist zudem wie erläutert geeignet, einen erheblichen Mehraufwand des mit den Vergabeentscheidungen befassten Personals auszulösen, führt damit also zu einem deutlich erhöhten Verwaltungsaufwand. Beispielsweise wäre bei jeder Beschaffung eine Wertungsmatrix aufzustellen und eine aufwendige Auswertung der Angebote vorzunehmen. Insoweit schätzen wir grob, dass sich der Aufwand mindestens verdreifachen würde.

Umgekehrt erhöht sich auch aus Bietersicht der Aufwand bei Angebotserstellung erheblich und steht damit insbesondere bei Kleinaufträgen wirtschaftlich außer Verhältnis.

Hinzu kommt, dass die Regelung auch nicht transparent ist, da unklar ist, was unter „standardisierten Leistungen“ zu verstehen ist.

Zudem geht jegliche Flexibilität bei Ausgestaltung der Wertungskriterien, die zudem mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen, verloren.

Insgesamt bewerten wir auch diese Regelung als nicht gelungen.

b) Willkürverbot (zu § 11 Abs. 4 HVKG)

§ 11 Abs. 4 HVKG regelt:

„Die Zuschlagskriterien müssen so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. (...)“

Diese Vorschrift ist nicht zu beanstanden, steht jedoch – wie vorstehend im Einzelnen bereits aufgezeigt – im Widerspruch insbesondere zu Regelungen in den §§ 3, 6, 7, 8, 10 und 11 HVKG, die wie erläutert insbesondere intransparent sind und damit Raum für eine willkürliche Zuschlagserteilung eröffnen.

c) Unangemessen niedrige Angebote (zu § 11 Abs. 6 HVKG)

§ 11 Abs. 6 HVKG regelt:

„Weicht ein Angebot für die Erbringung von Bau- oder anderen Leistungen, auf das der Zuschlag erteilt werden könnte, um mindestens 10 Prozent vom nächsthöheren Angebot ab oder liegt es mindestens 20 Prozent unter der Kostenschätzung, so hat der Auftraggeber die Kalkulation des Angebots zu überprüfen. Im Rahmen dieser Überprüfung sind die Bieter verpflichtet, die ordnungsgemäße Kalkulation

nachzuweisen. Kommen die Bieter dieser Verpflichtung nicht nach, so sind sie vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen.“

Unter teilweisen Rückgriff auf die seitens der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze wird geregelt, ab welcher Aufgreifschwelle eine Pflicht der Vergabestelle zur Prüfung besteht, ob ein Angebot mit einem unangemessen niedrigen Preis vorliegt.

Seitens der Rechtsprechung wird regelmäßig dann eine Pflicht der Vergabestelle zur Aufklärung des Angebotspreises angenommen, wenn dieses zwischen 10 bis 20 Prozent vom nächsthöheren Angebot abweicht. Eine starre Grenze, ab wann eine Aufklärung zwingend vorzunehmen ist, gibt es jedoch nicht. Ergänzend hierzu regelt § 11 Abs. 6 HVKG nunmehr auch, dass eine Aufklärung auch bei 20 Prozent Abweichung von der (lediglich internen) Kostenschätzung erfolgen soll. Dies ist für sich genommen zunächst nicht zu beanstanden.

Kritisch zu sehen ist aber die weiter vorgesehene Regelung zur Beweislast des Bieters hinsichtlich der Auskömmlichkeit seiner gesamten Kalkulation, die nicht der geltenden Rechtslage entspricht. Derzeit ist es so, dass der Auftraggeber, hat er den Verdacht, dass ein unangemessen niedriger Preis vorliegen könnte, den Bieter zunächst um Aufklärung seiner Angebotspreise aufzufordern hat, wobei die Aufklärung sich in der Regel auf die streitigen Positionen beschränkt und dem Auftraggeber grundsätzlich ein Ermessen eingeräumt ist, ob er die Erläuterung des Auftragnehmers für nachvollziehbar hält oder einen Angebotsausschluss für gerechtfertigt hält. Im Rahmen eines etwaigen Nachprüfungsverfahrens gegen den Angebotsausschluss wegen Unauskömmlichkeit der Angebotspreise hätte der Auftragsgeber grundsätzlich nachzuweisen, dass dieser Angebotsausschluss zu Recht erfolgt ist.

§ 11 Abs. 6 HVKG sieht jedoch nunmehr vor, dass im Falle des Verdachts eines unangemessen niedrigen Angebots die gesamte Kalkulation des Angebots zu überprüfen ist und insoweit den Bieter die Beweislast für eine ordnungsgemäße Kalkulation trifft. Kommen die Bieter dieser Verpflichtung nicht nach, soll das Angebot zwingend vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Letztlich ist der Nachweis der auskömmlichen Gesamtkalkulation aber nur mittels eines Sachverständigengutachtens möglich. Da die Aufklärungsfrist üblicherweise lediglich 6 Tage beträgt, hätte der Auftraggeber es damit beliebig in der Hand, Bieter auszuschließen, weil nicht zu erwarten ist, dass ein derartiges Gutachten innerhalb der Aufklärungsfrist eingeholt werden kann.

Zudem enthält der Gesetzesentwurf insoweit eine Lücke, als dass zwar auf den Nachweis der Kalkulation verwiesen wird, an keiner Stelle jedoch – anders als im HVTG – eine Regelung dazu getroffen wird, dass von den Bietern vor Erteilung des Zuschlags zwingend die Urkalkulation vorzulegen ist. Dies ist inkonsequent. Auch ist von den Bietern zwingend die Vorlage der Urkalkulation bereits vor Zuschlagserteilung zu fordern, um nachträgliche Manipulationen auszuschließen, beispielsweise in Kenntnis etwaiger Nachtragssachverhalte.

Auch diese Regelung bewerten wir daher als nicht gelungen, da diese nicht willkürfrei umsetzbar ist und die Umstände des Einzelfalls nicht hinreichend berücksichtigt werden.

12. Wertungsausschluss (§ 12 HVKG)

§ 12 Abs. 1 HVKG regelt:

„Hat der Bieter

1. *aktuelle Nachweise über die vollständige Entrichtung von Steuern und Beiträgen,*
2. *eine geforderte Erklärung nach §§ 3 und 4 oder*
3. *sonstige geforderte Nachweise oder Erklärungen nicht zum geforderten Zeitpunkt vorgelegt, entscheidet der Auftraggeber, ob das Angebot von der Wertung ausgeschlossen wird. (...)*“

Zunächst ist unklar, ob sich der Halbsatz aus § 12 Abs. 1 Ziff. 3 HVKG *„...entscheidet der Auftraggeber, ob das Angebot von der Wertung ausgeschlossen wird.“* auch auf die Ziffern 1. und 2. beziehen soll. Die Begründung zu § 12 lässt diesen Schluss zu. Daher sollte dies satztechnisch im Text noch entsprechend umgesetzt werden.

Nach dieser Regelung könnte dann ein Bieter auszuschließen sein, wenn er die genannten Nachweise nicht zu dem geforderten Zeitpunkt vorgelegt hat. Es wird allerdings nicht auf die Möglichkeit des Nachforderns von Nachweisen und Erklärungen gem. § 56 Abs. 2 VgV hingewiesen, so dass nach dem Wortlaut davon ausgegangen werden könnte, dass ein Nachfordern von Nachweisen Erklärungen nicht zulässig ist. Dies würde der Regelung in § 56 Abs. 2 VgV, also Bundesrecht, widersprechen.

13. Prüfbehörde (§ 13 HVKG)

Die Prüfbehörde soll gemäß § 13 Abs. 2 HVKG folgende Funktion erfüllen:

„Die Prüfbehörde ist für die Einhaltung der sich aus diesem Gesetz ergebenden Pflichten von Auftragnehmern sowie Nachunternehmern oder Verleihern von Arbeitskräften zuständig.“

Damit soll eine eigenständige Prüfbehörde zur Überprüfung der Einhaltung der Regelungen des HVKG eingesetzt werden, der umfassende Überprüfungsbefugnis eingeräumt werden sollen.

Dies stellt einen Eingriff in den Grundsatz der kommunalen Selbstverwaltung dar (Art. 28 II GG, Art. 137 HV). Weiterhin wird auch in die Kompetenz des Bundesarbeitsministeriums eingegriffen, da dieses grundsätzlich die Überprüfung der Einhaltung der Regelung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes betreffend Leiharbeiter trifft. Durch Schaffung einer weiteren Prüfbehörde wird zudem die Bürokratie erheblich erhöht und schafft ein weiteres Hindernis für alle Bieter.

Insgesamt sehen wir daher auch diese Regelung kritisch. Sinnvoller wäre es allenfalls hingegen, Beratungsstellen zu schaffen, insbesondere zur Unterstützung kleinere Kommunen und der KMU, die regelmäßig weniger Erfahrung im Bereich des Vergaberechts aufweisen.

14. Sanktionen bei Bau-, Liefer- und Dienstleistungen (§ 15 HVKG)

a) Vertragsstrafe (zu § 15 Abs. 1 HVKG)

§ 15 Abs. 1 HVKG regelt:

„Um die Einhaltung der aus diesem Gesetz resultierenden Verpflichtungen des Auftragnehmers zu sichern, ist zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer für jeden schuldhaften Verstoß gegen diese Pflichten die Verwirkung einer Vertragsstrafe in Höhe von 1 Prozent, bei mehreren Verstößen zusammen bis zur Höhe von 10 Prozent der Auftragssumme zu vereinbaren. Der Auftragnehmer ist zur Zahlung einer Vertragsstrafe nach Satz 1 auch für den Fall zu verpflichten, dass der Verstoß durch einen beauftragten Nachunternehmer zu verantworten ist.“

Der Auftragnehmer soll demnach bei Verstößen gegen das HVKG vertraglich zur Zahlung einer Vertragsstrafe verpflichtet werden. Dies soll auch für etwaige Verstöße der von ihm beauftragten Nachunternehmer gelten.

Diese Regelung lässt zunächst außer Acht, dass derartige Vertragsbedingungen üblicherweise in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart werden, daher einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle gem. §§ 305 ff. BGB unterliegen. Dazu, inwieweit eine Vertragsstrafenklausel wirksam vereinbart werden kann, gibt es umfangreiche Rechtsprechung. Demnach darf beispielsweise eine Vertragsstrafe nicht unangemessen hoch sein. Auch ist die Vereinbarung einer verschuldensunabhängigen Vertragsstrafe grundsätzlich unwirksam (vgl. § 339 BGB).

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die in § 15 Abs. 1 HVKG vorgesehene Vertragsstrafenregelung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht wirksam vereinbart werden können. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass der Auftragnehmer auch für Verstöße seines Nachunternehmers haften soll. Demnach wäre der Auftragnehmer beispielsweise bei einem Verstoß gegen die Lohnregelungen in §§ 3 und 4 HVKG zur Zahlung einer Vertragsstrafe verpflichtet, wenn sein Nachunternehmer die Regelungen nicht einhält. Hierauf kann der Auftragnehmer regelmäßig jedoch keinen Einfluss nehmen bzw. dies nicht kontrollieren, so dass ihn insoweit kein Verschulden trifft. Es wird demnach eine unzulässige verschuldensunabhängige Haftung begründet.

Hinzu kommt, dass der Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber bei jedem Verstoß zur Zahlung einer Vertragsstrafe von 1 % der Gesamtauftragssumme verpflichtet werden soll. Sofern aber eine Haftung für Leistungen des Nachunternehmers übernehmen werden soll, betrifft dies lediglich einen Teil der Leistung und damit auch nur einen Teil der Auftragssumme. Selbst wenn der Auftragnehmer mit seinem Nachunternehmen eine entsprechend gleichlautende Klausel vereinbaren sollte, könnte er insoweit allenfalls 1 % des Unterauftragsvolumens von seinem Nachunternehmer verlangen. Die Vertragsstrafe könnte somit auch der Höhe nach unangemessen sein.

Insgesamt bewerten wir die Regelung daher kritisch, da eine Klausel mit dem vorgeschriebenen Inhalt vertraglich nicht wirksam vereinbart werden und damit ein Verstoß gegen Bundesrecht begründet werden könnte.

b) Kündigung und Rücktritt (zu § 15 Abs. 2 HVKG)

§ 15 Abs. 2 HVKG regelt:

„Die Auftraggeber haben mit dem Auftragnehmer zu vereinbaren, dass die schuldhafte Nichterfüllung der aus §§ 3 und 4 resultierenden Anforderungen durch den Auftragnehmer oder seine Nachunternehmer sowie schuldhafte Verstöße gegen die aus § 9 und § 12

Abs. 2 resultierenden Verpflichtungen den Auftraggeber zur fristlosen Kündigung oder zum Rücktritt vom Vertrag berechtigen."

Demnach soll der Auftraggeber bei bestimmten Verstößen gegen das HVKG zur fristlosen Kündigung oder zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt sein.

Hier gilt im Wesentlichen das vorstehend zu § 15 Abs. 1 HVKG Ausgeführte entsprechend. Insoweit gehen die bundesgesetzlichen allgemeine Kündigungsregelungen und Rücktrittsregelungen (insbesondere im BGB) vor. Eine Kündigung des Vertrags aus wichtigem Grund ist demnach in der Regel nur dann möglich, wenn dem anderen Vertragsteil ein schuldhafter Verstoß gegen Vertragspflichten vorwerfbar ist und die Vertragsfortführung der anderen Partei damit nicht mehr zumutbar ist. Wie bereits erläutert, soll der Auftragnehmer z.B. jedoch verschuldensunabhängig auch für Verstöße seines Nachunternehmers gegen die Lohnregelungen in §§ 3 und 4 HVKG eintreten. Ein wichtiger Kündigungsgrund kann hieraus jedoch nicht abgeleitet werden, da den Auftragnehmer regelmäßig kein Verschulden trifft, es damit an einem zur Kündigung berechtigenden wichtigen Grund fehlt.

Folge ist, dass die Kündigung nicht wirksam ausgesprochen werden kann bzw. eine ausgesprochene Kündigung ggf. als Kündigung ohne wichtigen Grund zu werten wäre, was regelmäßig Vergütungsansprüche des Auftragnehmers auch für nicht erbrachte Leistungen auslösen würde, also für den Auftraggeber mit erheblichen monetären Folgen verbunden wäre.

Insgesamt sehen wir daher auch diese Regelung kritisch, da diese im Ergebnis gegen Bundesrecht verstoßen kann.

c) „Schwarze Liste“ (zu § 15 Abs. 3 HVKG)

§ 15 Abs. 3 HVKG regelt:

„Bewerber, Bieter und Auftragnehmer, die den aufgrund dieses Gesetzes übernommenen Verpflichtungen nicht unverzüglich nachkommen oder die eine falsche Erklärung abgeben oder einen unzutreffenden Nachweis in eigener Angelegenheit oder in Angelegenheiten eines beauftragten Nachunternehmers vorgelegt haben oder haben vorlegen lassen, hat der Auftraggeber wegen nicht gehöriger Eignung für mindestens ein Jahr und bis zu höchstens drei Jahren von weiteren Aufträgen auszuschließen. Das gilt auch für Nachunternehmer. (...)“

Nach dieser Regelung sind Unternehmen, die durch das HVKG begründeten Verpflichtungen nicht nachkommen oder Nachweise nicht bzw. nur unzutreffende Nachweise und Erklärungen vorgelegt haben, zwingend für mindestens ein Jahr von weiteren Aufträgen auszuschließen sind.

Problematisch ist, dass der Ausschluss zwingend ohne Verschuldensprüfung erfolgt, daher geeignet ist, eine Vielzahl von Unternehmen zu treffen, die nach allgemeinen Grundsätzen tatsächlich als geeignet für die Auftragsführung anzusehen sind.

Zudem widerspricht diese Regelung der sehr differenzierten Ausgestaltung der Ausschlussgründe in den §§ 123 bis 126 GWB, die eine detaillierte Prüfung und gesicherte Nachweise vorschreibt sowie eine Möglichkeit der Selbstreinigung vorsieht. Die Regelung des HVKG verstößt somit gegen Bundesrecht.

Schließlich ist kritisch zu sehen, dass diese Regelung auch für Nachunternehmer gelten soll, die überhaupt nicht Vertragspartner des Auftraggebers sind und sich diesem gegenüber auch nicht zur Einhaltung der Regelungen des HVKG verpflichtet haben.

Auch ist davon auszugehen, dass im Rahmen (zukünftiger) gesetzlicher Regelungen auf Bundesebene in diesem Bereich für landesrechtliche Einzelregelungen kein Platz mehr sein dürfte, wie z.B. durch das Gesetz zur Einrichtung und zum Betrieb eines Registers zum Schutz des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und Konzessionen (Wettbewerbsregistergesetz - WRegG).

Insgesamt halten wir die Regelung für nicht gelungen.

15. Rechtsverordnungen (§ 17 HVKG)

Hier sei nur angemerkt, dass § 17 HVKG eine Verordnungsermächtigung des Gesetzgebers vorsieht, der aus unserer Sicht viel zu weitgehend ist und gegen die Wesentlichkeitstheorie des BVerfG verstößt, nach dem der Gesetzgeber alle wesentlichen gesetzlichen Regelungen selbst festlegen muss. Die weitgehenden Befugnisse und die Ausgestaltung der Verordnungsermächtigungen lassen erkennen, dass der Verfasser des Entwurfs (und bei einer Verabschiedung des vorliegenden Gesetzesentwurfs letztlich der Gesetzgeber) bei der Ausgestaltung der einzelnen gesetzlichen Regelungen im HVKG keinen ausreichenden Rahmen gesetzt hat. Dies verstärkt die oben angeführte inhaltliche Kritik an den einzelnen Regelungen im HVKG.

II. Fazit und Empfehlung

Zusammenfassend bleibt somit festzuhalten, dass der vorliegende Gesetzesentwurf zwar förderungswürdige Ziele, wie beispielsweise die Gleichstellung von Männern und Frauen, die Förderung der Schaffung von Ausbildungsplätzen und die verstärkte Berücksichtigung von umweltbezogenen Belangen verfolgt, die Umsetzung jedoch nicht in Einklang mit dem derzeit geltenden Vergaberecht stehen. Eine Vielzahl der Regelungen ist wie vorstehend aufgezeigt unserer Ansicht nach intransparent bzw. steht im Widerspruch zu den Regelungen des EU-Vergaberechts oder sonstigen Bundesrechts.

Zudem würde der Verwaltungsaufwand durch das HVKG erheblich erhöht und es ist eine signifikante Teuerung der Beschaffung zu erwarten. Insbesondere Kommunen würden damit hohe finanzielle Mehrbelastungen auferlegt.

Weiter werden auch die Bieter in erheblichem Maße belastet, da diesen insbesondere im Hinblick auf sozialpolitische Vorgaben Verpflichtungen aufgegeben werden, die eine Angebotsabgabe unverhältnismäßig erschweren. Damit wird insbesondere auch ein weiterer Zweck des Gesetzes, die Förderung von KMU, konterkariert, da selbst bei Kleinstaufträgen ein erheblicher Aufwand zur Zusammenstellung der Angebotsunterlagen anfallen würde.

Im Übrigen würde mit den Regelungen der begrüßenswerte Ansatz von offenen und transparenten Verfahren im Rahmen des Vergaberechts konterkariert. Das EU-Recht sieht bei Weitem keine solchen weitgehenden Regelungen vor, dennoch steht zu befürchten, dass die mangelnde Umsetzbarkeit und Akzeptanz der Regelungen (unbegründet) auf das Europarecht geschoben würde, was dem sinnvollen europarechtlichen Ansatz entgegenliefe und Europaskeptikern Vorschub leisten würde.

Seitens der Stadt Frankfurt kann daher eine Verabschiedung des HVKG insgesamt nicht befürwortet werden.

Stattdessen wird seitens der Stadt Frankfurt am Main eine Übernahme der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) ohne Modifikationen empfohlen, um eine rechtssichere Handhabung der Vergabevorschriften auch im Unterschwellenbereich zu gewährleisten. Insbesondere im Hinblick auf gemeinsame Projekte öffentlicher Auftraggeber, aber auch im Bereich der Fördermittelgewährung (z.B. Mitfinanzierung durch den Bund) ist es erforderlich, möglichst bundeseinheitliche Regelungen anwenden zu können. Für eine entsprechende Übernahme der UVgO in Hessen haben sich auch einmütig die Rechtsamtsleiter in ihrer Arbeitsgemeinschaft im Hessischen Städtetag ausgesprochen, dessen stellvertretender Vorsitzender der Unterzeichner ist.

Mit freundlichen Grüßen
Im Auftrag



(Dr. Fuhrmann)
Ltd. Magistratsdirektor



DER HESSISCHE BEAUFTRAGTE FÜR DATENSCHUTZ UND INFORMATIONSFREIHEIT

DER HESSISCHE BEAUFTRAGTE
FÜR DATENSCHUTZ UND INFORMATIONSFREIHEIT
Postfach 31 63 · 65021 Wiesbaden

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

Aktenzeichen 15.24-ro/tr

Bitte bei Antwort
angeben

zuständig Prof. Dr. Ronellenfisch
Durchwahl 14 08 - 120

Ihr Zeichen
Ihre Nachricht vom

Datum 11.07.2018

Schriftliche Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Hessisches Gesetz für soziale und ökologische Kriterien, Tariftreue und Mindestlohn bei Vergaben (Vergabekriteriengesetz – HVKG) und zur Aufhebung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes (HVTG) – Drucks. 19/6166 –

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

das Vergabewesen hat einen langen Leidensweg hinter sich. Grenzt man das öffentliche Recht und Privatrecht nach den Interessen ab, die jeweils zu verfolgen sind, dann fällt das Vergabewesen eindeutig in das öffentliche Recht. Mit der Vergabe öffentlicher Aufträge werden öffentliche Aufgaben erfüllt. Dabei ist die Aufgabe als solche und die Vergabe selbst zu unterscheiden. Dies wurde vielfach nicht beachtet. Die Vergabe der Aufgabe wurde als eine Tätigkeit betrachtet, bei der die Kosten so gering wie möglich zu halten waren. Das öffentliche Interesse manifestierte sich im Grundsatz der Sparsamkeit. Deswegen war das Vergabewesen auch im Haushaltsgrundsatzgesetz geregelt. Als man allerdings erkannte, dass von der öffentlichen Auftragsvergabe ganze Wirtschaftszweige abhängig sind, konzentrierte man sich auf die wirtschaftliche Relevanz des Vergabeverfahrens. Die Vergabe wurde zu einem Gegenstand des Wettbewerbsrechts. Rechtlich wurde das Vergabeverfahren zu einer Materie des Privatrechts.

Unsere telefonische Erreichbarkeit: Mo.-Do. von 8:30 bis 12:00 Uhr sowie 13:00 – 16:00 Uhr und Fr. von 8:30 bis 12:00 Uhr
Persönliche Termine bitte mit vorheriger Absprache

Das änderte aber an der öffentlichen Aufgabenstellung nichts. Das bedeutet, dass im Wirtschaftsprivatrecht öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte (Grundrechtebindung) zu berücksichtigen sind. Die Privatisierung des Vergabeverfahrens erregte die Aufmerksamkeit der europäischen Organe. Dies zu einem Zeitpunkt, als die europäischen Kompetenzen vorwiegend den europäischen Binnenmarkt betrafen. Schon aus Kompetenzgründen war der Europäische Gerichtshof zu einer privatwirtschaftlichen Betrachtungsweise gezwungen. Dies alles änderte sich in der jüngsten Vergangenheit. Man erkannte, dass öffentliche Belange im Vergabeverfahren nach wie vor zu berücksichtigen sind und nicht „vergabefremd“ sind. Der Europäische Gerichtshof wurde großzügiger, weil er sich auf andere Kompetenzen der EU berufen konnte (Sozialrecht, Umweltrecht). Das moderne Vergaberecht lässt somit öffentlich-rechtliche Bindungen als Vergabekriterien zu. Die Regelungen des hessischen Entwurfs sind unionsrechtlich und verfassungsrechtlich zulässig und könnten noch etwas weiter gehen. Im Vergabeverfahren kommt es insbesondere auf die Geheimhaltung von Unterlagen an, außerhalb des Vergabeverfahrens sind Belange der Informationsfreiheit zu berücksichtigen. Ich halte es für dringend geboten, das Hessische Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetz (HDSIG) in den Katalog des § 13 Satz 9 des Vergabegesetzes einzubinden. Eine Information der Datenschutzaufsichtsbehörde würde diese zu eigener Prüftätigkeit befähigen und zur Qualitätsverbesserung der Vergabeverfahren beitragen.

Mit freundlichen Grüßen



Prof. Dr. Ronellenfitsch



Das **Entwicklungspolitische Netzwerk Hessen** (EPN Hessen e.V.) vertritt gegenwärtig über 100 entwicklungspolitisch engagierte Organisationen und Initiativen in Hessen. Viele unserer Mitglieder unterhalten beständig Beziehungen mit Projektpartner*innen in Ländern des Globalen Südens und sind mit der Bedeutung globaler Lieferketten für Wirtschaft, Arbeitsbeziehungen und Umweltverhältnisse in diesen Ländern wohl vertraut. Die Einhaltung und Förderung elementarer Menschenrechte – direkt durch hessische Wirtschaftsakteur*innen und indirekt durch Konsument*innen in Hessen – ist uns deshalb ein ebenso grundlegendes Anliegen wie die Förderung eines ‚Eine-Welt-bewussten‘ Verständnisses von Nachhaltigkeit.

An die Mitglieder des
Ausschusses für Wirtschaft, Energie,
Verkehr und Landesentwicklung
im Hessischen Landtag

Frankfurt am Main, den 13.07.2018

Schriftliche Stellungnahme zum

Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Hessisches Gesetz für soziale und ökologische Kriterien, Tariftreue und Mindestlohn bei Vergaben (Vergabekriteriengesetz – HVKG) und zur Aufhebung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes (HVTG) – Drucksache 19/6166

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir kommen sehr gern der Einladung nach, schriftlich Stellung zu dem oben genannten Gesetzentwurf zu nehmen. Unserer Expertise entsprechend konzentrieren wir uns bei der Bewertung des vorliegenden Gesetzentwurfs im Folgenden auf diejenigen Aspekte, die für die Umsetzung einer nachhaltigen und fairen Vergabe in Hessen förderlich oder auch hinderlich sein können.

Vorbemerkung

Wir begrüßen die in Hessen mit dem Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE wieder aufgenommene politische Debatte zur effektiveren Verankerung einer nachhaltigen und an sozialen und ökologischen Kriterien ausgerichteten Vergabepaxis.

Die öffentliche Beschaffung ist ein Schlüsselfaktor für eine nachhaltige Entwicklung. Zum einen verfügt die öffentliche Hand mit einem Anteil von mindestens 16 Prozent des Bruttoinlandsproduktes über einen wirksamen Hebel, um eine ökologisch und sozial verantwortliche Produktion voranzubringen. Zum anderen kommt der öffentlichen Hand eine Vorbildrolle für einen nachhaltigen privaten Konsum zu. In einigen Produktbereichen (wie z.B. Textilien oder IT-Geräten) zeigt sich bereits, dass der Markt

auf die veränderte Nachfrage reagiert und sich die Lebens- und Arbeitsbedingungen entlang der Lieferkette konkret verbessern.

Sowohl der europäische Gesetzgeber als auch der Bund weisen der öffentlichen Hand eine bedeutende Rolle zu, um national und international gesetzte Ziele zu erreichen. Diese Ziele werden z.B. im Nationalen Aktionsplans für Wirtschaft und Menschenrechte, den Konventionen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) oder der Agenda 2030 formuliert. Soziale und ökologische Kriterien sind damit laut Europäischem Gesetzgeber und Auffassung des Bundes (z.B. § 97 Abs. 3 GWB, § 2 Abs. 3 UVgO) zentrale Kriterien einer strategischen und zukunftsorientierten Vergabe.

Damit die entsprechenden Vorgaben im Ober- und Unterschwellenbereich auch tatsächlich Anreize für Unternehmen schaffen, internationale Standards zur Unternehmensverantwortung einzuhalten, müssen entsprechende eindeutige Regelungen auf Gesetzes- und Verordnungsebene eingeführt und umgesetzt werden.

In den hessischen Leitlinien zur Entwicklungszusammenarbeit bekennt sich die Landesregierung zum Ziel, Fairem Handel und nachhaltiger Beschaffung mehr Geltung zu verleihen. In der letzten Fassung des HVTG von 2014 wurde das Thema ‚nachhaltige Beschaffung‘ zwar endlich explizit aufgenommen. Es hat sich hierbei jedoch gezeigt, dass hessische Vergabestellen, die grundlegende Sozialstandards in der Produktions- und Lieferkette als Vergabekriterium berücksichtigen wollen, übermäßig eingeschränkt werden. So sind die ILO-Kernarbeitsnormen im § 3 Abs. 2 HVTG nicht als berücksichtigungsfähige soziale Belange genannt und können somit nicht rechtssicher eingefordert werden.¹

In der Mehrzahl der Bundesländer wird die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen bereits ermöglicht bzw. gefordert und gerade Hessen, als auf wirtschaftlicher Ebene international stark vernetztes und aktives Bundesland, sollte hier nachziehen und seiner Verantwortung und Vorbildfunktion gerecht werden.

Vor diesem Hintergrund nehmen wir im Folgenden Stellung zum oben genannten Gesetzentwurf und sprechen Empfehlungen aus, die u.a. auf Erfahrungen aus anderen Bundesländern basieren:

Zu § 1: Schwellenwert von 500 Euro

Wir begrüßen die im Gesetzentwurf vorgesehene Absenkung des Schwellenwerts auf 500 Euro (§ 1 HVKG). Durch die niedrigere Wertgrenze wird ein breiterer Anteil der Beschaffungen einbezogen, unter anderem viele Produkte, die häufig unter Verletzung von Normen der International Labour Organization (ILO) produziert werden und für die klare Gütezeichen existieren, wie z.B. Kaffee, Sportbälle oder Textilien. Dies ermöglicht Beschaffungsverantwortlichen rasche Erfolgserlebnisse und kann auch für die Einbeziehung sozialer und ökologischer Kriterien bei schwierigeren Beschaffungsaufgaben motivieren. Zudem wird Bewusstsein und Akzeptanz für verantwortungsvolle Beschaffung in Politik und Verwaltung gestärkt und kann als Ausdruck der Vorbildfunktion des Landes sehr gut öffentlichkeitswirksam nach außen kommuniziert werden.

¹ Vgl. Rechtswissenschaftliches Gutachten zur Einbeziehung von ILO-Kernarbeitsnormen in das Vergabeverfahren von Prof. Dr. Jan Ziekow (2016)

Zu § 5: ILO-Kernarbeitsnormen

Wir begrüßen sehr § 5 des Gesetzesentwurfes, in dem die Fraktion DIE LINKE ihr Bekenntnis zu sozial verantwortungsvollen Arbeitsbedingungen weltweit in Form einer Aufnahme der ILO-Kernarbeitsnormen deutlich zum Ausdruck bringt.

Gleichwohl weisen die Formulierungen im Gesetzesentwurf einige Lücken auf und wir empfehlen eine Konkretisierung der Vorgaben:

1. Effektiver Nachweis zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen

Der Gesetzesentwurf sieht eine Ergänzende Vertragsbedingung sowie „entsprechende Nachweise oder Erklärungen von den Bietern“ vor, um eine Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen zu erreichen. In der Praxis führen einfache Verpflichtungserklärungen jedoch häufig zu Frustration bei Vergabestellen und Bietern, da sie Aufwand bedeuten, zugleich aber keinen glaubwürdigen Nachweis liefern und von Vergabestellen kaum effizient überprüft werden können. Gleichzeitig führen sie zu einer Wettbewerbsverzerrung: Unternehmen, die in die Beachtung internationaler Arbeits- und Menschenrechte investieren und dies von Siegel- oder Monitoringorganisationen nachweisen und kontrollieren lassen, werden gleichgestellt mit den Bietern, die lediglich mit einer Eigenerklärung unterschreiben, dass sie Sozialstandards einhalten.

Einfache Eigenerklärungen ohne Nachweiswert sollten daher nicht als gleichwertige oder nachrangige Möglichkeit zugelassen werden. Wir empfehlen stattdessen ein glaubwürdiges Nachweis-Instrumentarium im Rahmen einer Verwaltungsvorschrift auszugestalten, das folgende Formen der Nachweiserbringung beinhaltet:

- a. Gütezeichen, das die Bedingungen aus § 34 VgV bzw. § 24 Abs. 2 UVgO erfüllt, oder ein nachweislich gleichwertiges² Gütezeichen (eine produktspezifische Auflistung von anerkannten Gütezeichen kann ebenfalls in die Verwaltungsvorschrift aufgenommen werden) und/oder
- b. Nachweis der Mitgliedschaft in einer anerkannten Multi-Stakeholder Initiative und/oder
- c. Formulierung verbindlicher zielführender Maßnahmen, z.B. Berichtspflichten, Anforderungen an das Managementsystem oder Offenlegung der Nachunternehmer.³

Es ist zu empfehlen, dass die Nachweise abgestuft nach ihrer Glaubwürdigkeit behandelt werden, z.B. über die Einführung eines Punktesystems.

Mit diesen Formen der Nachweiserbringung könnten öffentliche Auftraggeber die Einhaltung der geforderten Kriterien und deren Kontrolle deutlich zielführender bewerkstelligen. Dass solche

² Auftraggeber müssen andere als die geforderten Gütezeichen akzeptieren, wenn diese gleichwertige Anforderungen stellen. Diesbezüglich sollte entsprechend § 24 Abs. 4 der Unterschwellenvergabeordnung ausdrücklich festgelegt werden, dass die Beweislast für die Gleichwertigkeit beim Bieter liegt.

³ Das Instrument der zielführenden Maßnahmen ist insbesondere für Produktgruppen, bei denen noch keine oder nicht ausreichende Gütezeichen existieren, geeignet. Hier kann der Gesetzgeber eine Dynamik der Veränderung anstoßen. Auch die zielführenden Maßnahmen sollten produktgruppenspezifisch in einer Verwaltungsvorschrift festgelegt werden.

Nachweispflichten in der Praxis rechtlich sicher und praktisch umsetzbar sind, zeigen diverse Praxisbeispiele sowie die Anwendung in Niedersachsen gem. § 2 NKernVO. Ebenfalls begrüßen wir die durch § 13 des Gesetzentwurfs vorgesehenen Kontrollmöglichkeiten.

2. Berücksichtigung weiterer sozialer Aspekte

In § 5 des Gesetzentwurfs werden die acht ILO-Kernarbeitsnormen genannt. Es ist darüber hinaus wichtig, dass auch weitere wichtige soziale Belange aus international anerkannten Arbeits- und Sozialstandards und des Fairen Handels – freiwillig – von Vergabestellen in Hessen eingefordert werden können (z.B. in Bezug auf menschenwürdige Arbeitsbedingungen, überlange Arbeitszeiten und existenzsichernde Löhne). Eine solche umfassendere Regelung spiegelt die Wirklichkeit in der Produktion wider, zugleich aber auch den Bietermarkt: die meisten Verhaltenskodizes von Unternehmen(-sinitiativen) sowie Zertifizierungen gehen deutlich über die ILO-Kernarbeitsnormen hinaus. Daher sollte beispielsweise in einem weiteren Absatz ergänzt werden, dass es den öffentlichen Auftraggebern darüber hinaus freisteht, auch weitere soziale Standards einzufordern. Diese könnten in einer ergänzenden Verwaltungsvorschrift (z.B. Vergabeerlass) produktgruppenspezifisch festgelegt werden – je nach den Mindeststandards der bestehenden, anerkannten Gütesiegel und Nachweise.

3. Konkretisierende Verwaltungsvorschrift/ Rechtsverordnung

Es ist sinnvoll, gewisse Vorgaben in einer Verwaltungsvorschrift/ Rechtsverordnung festzulegen, da sie relativ schnell aktuellen Entwicklungen angepasst werden kann. Sie sollte folgende Punkte enthalten⁴

- eine dynamisch zu ergänzende Liste relevanter Produktgruppen, bei denen häufig Arbeitsrechtsverletzungen auftreten (zum Teil mit Länderbezügen);
- eine dynamisch zu ergänzende produktspezifische Auflistung von anerkannten Zertifizierungen und Nachweisen;
- erlaubte Formen der Nachweis-Erbringung und deren nach Glaubwürdigkeit abgestufte Behandlung, z.B. in Form eines Punkte-Systems.

Ein positiver Effekt dieser Konkretisierungen ist es zudem, die beschaffenden Stellen zu entlasten, ihnen praktikable und unbürokratische Vorgehensweisen zu ermöglichen sowie den Verwaltungsaufwand gering zu halten.

4. Phasen des Vergabeverfahrens

Unerlässlich ist darüber hinaus, dass eindeutig geregelt wird, dass die sozialen und ökologischen Kriterien in allen Phasen des Vergabeverfahrens verwendet werden dürfen (Leistungsbeschreibung, Eignungskriterien, Zuschlagskriterien, Ausführungsbedingung).⁵

⁴ Wir stehen bei der Erstellung der Auflistungen von Produktgruppen und Nachweisen gern für Beratung zur Verfügung.

Empfehlungen für begleitende Maßnahmen

Um die Umsetzung einer nachhaltigen öffentlichen Beschaffung in der Praxis zu unterstützen und Beschaffungsstellen zu entlasten, sollte das Land Hessen ausreichende **Schulungs-, Beratungs- und Servicekapazitäten** für Beschaffer*innen bereitstellen. Dies könnte etwa durch eine Service- oder Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung geschehen, welche die Einrichtungen der öffentlichen Hand in Hessen in allen relevanten Fragen berät und positive Beispiele verbreitet. Die Auftragsberatungsstelle Hessen leistet dies nicht und auch die Kapazitäten der Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung sind für diese Aufgabe nicht ausreichend. Es muss gewährleistet sein, dass ausreichend personelle und finanzielle Ressourcen zur Verfügung stehen, um nicht nur den bestehenden Beratungsbedarf zu decken, sondern die nachhaltige Beschaffung proaktiv voranbringen zu können.⁶ Beiräte unter Beteiligung maßgeblicher Stakeholder (wie z.B. Kommunen und Nichtregierungsorganisationen) sollten die Arbeit der Servicestellen unterstützen.

Nachhaltige Beschaffung muss darüber hinaus fester Bestandteil der **Aus- und Weiterbildung** der Verwaltungsmitarbeiter*innen und in den entsprechenden Curricula fest verankert werden.

Um die nachhaltige Beschaffung zu stärken, sollten die Länder **Zielmarken und Stufenpläne** festlegen, auch für einzelne Beschaffungsstellen und Produktgruppen, etwa orientiert am Maßnahmenprogramm der Bundesregierung,⁷ mit dem unter anderem bis 2020 die Hälfte der Textilien nachhaltig beschafft werden soll.

Flankierend dazu muss möglichst zügig eine **angemessene Datenbasis** aufgebaut werden, um die Fortschritte bei der nachhaltigen Beschaffung erfassen und darstellen zu können. Dazu müssen die Beschaffungen auf Landesebene insgesamt sowie außerdem jene Beschaffungsvorgänge, bei denen Nachhaltigkeitskriterien berücksichtigt wurden, statistisch erfasst und aussagekräftig aufbereitet werden.

Parallel dazu ist eine **verbindliche Berichterstattung** zu entwickeln. Sowohl die einzelnen Beschaffungsstellen wie auch die Landesregierung insgesamt sollten über die quantitative Entwicklung der nachhaltigen Beschaffung nach einzelnen Produktgruppen, dem Grad der Zielerreichung, ihre Erfahrungen zu förderlichen und hemmenden Faktoren, ergriffenen Maßnahmen und deren Wirkung etc. mit quantitativen und qualitativen Berichten Auskunft geben. Angemessen erscheint uns eine solche Berichterstattung im Zweijahresrhythmus, ausführliche Evaluierungen sollten im Abstand von fünf Jahren durchgeführt werden.⁸

⁵ Vgl. die entsprechenden Regelungen im GWB und in der UVgO: § 31 Abs. 3 VgV, § 23 Abs. 2 UVgO (Leistungsbeschreibung); § 127 Abs. 1 GWB, § 43 Abs. 2 UVgO (Zuschlagskriterien); § 128 Abs. 2 GWB, § 45 Abs. 2 UVgO (Ausführungsbedingungen).

⁶ Mögliche Leistungen neben Schulungs-, Beratungs- und Serviceleistungen könnten sein: Durchführung von Bieterdialogen (Bsp. Bremen), Bündelung von Aufträgen und Bedarfen für Rahmenverträge (Bsp. Hamburg), Öffentlichkeitsarbeit zur Stärkung der nachhaltigen Beschaffung, Beteiligung an der statistischen Erfassung von öffentlichen Aufträgen auf Landesebene etc.

⁷ Vgl. www.bundesregierung.de/Webs/Breg/DE/Themen/Nachhaltigkeitsstrategie/5-BerichteReden/Ma%C3%9Fnahmenprogramm/_node.html

⁸ Vgl. agl – Arbeitsgemeinschaft der Eine Welt-Landesnetzwerke in Deutschland (2016): Menschen- und Arbeitsrechts schützen – verantwortliche Beschaffung auf Landesebene stärken! S. 7 f.

Der Nutzen einer verantwortungsvollen nachhaltigen Beschaffung

Der Nutzen einer verantwortlichen Beschaffung nach ökologischen und sozialen Kriterien ist vielfältig:

- Schaffung eines gerechten Wettbewerbs auf Grundlage der Einhaltung fairer, sozialer und ökologischer Kriterien aller an öffentlichen Ausschreibungen beteiligten Unternehmen;
- Wahrnehmen der Vorbildrolle für einen nachhaltigen privaten Konsum;
- Verhinderung von Tarif- und Sozialdumping;
- Beitrag zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen entlang der Lieferkette weltweit;
- Langfristige Spareffekte durch nachhaltige Beschaffung (Stichwort Lebenszykluskosten);
- Effiziente Nutzung natürlicher Ressourcen;
- Verantwortung gegenüber zukünftigen Generationen.

Der häufig angeführte bürokratische Aufwand für die Verwaltung muss sich durch die Berücksichtigung sozialer und ökologischer Kriterien nicht zwingend erhöhen, wie auch Erfahrungen aus anderen Bundesländern und dem europäischen Ausland (z.B. den Niederlanden oder Schweden) zeigen. Im Gegenteil, er ließe sich sogar reduzieren, wenn die entsprechenden Vorgehensweisen gewählt und angegangen werden (siehe Empfehlungen oben).

Eine Reihe von verantwortungsvollen Unternehmen setzen die Anforderungen nach nachhaltigem Wirtschaften schon lange erfolgreich und mit unbedeutendem bürokratischem Aufwand um. Die Schwierigkeiten, insbesondere für die mittelständischen Unternehmen, liegen eher darin, dass sie seitens der öffentlichen Hand mit unterschiedlichsten Anforderungen konfrontiert werden. Dies ließe sich durch konkrete verbindliche Vorgaben in den hessischen vergaberechtlichen Regelungen vermeiden.

Umso wichtiger ist es, dass das Land Hessen bei der öffentlichen Beschaffung seine enorme Einkaufsmacht einsetzt und seiner Verpflichtung und Verantwortung für gute Arbeitsbedingungen weltweit sowie gegenüber verantwortungsbewussten Unternehmen und der Bevölkerung nachkommt.

Mit freundlichen Grüßen



Maria Tech
Entwicklungspolitisches Netzwerk Hessen e.V.
Fachpromotorin für Fairen Handel und nachhaltige Beschaffung

agah • Kaiser-Friedrich-Ring 31 • 65185 Wiesbaden

Hessischer Landtag
Postfach 3240
65022 Wiesbaden

Arbeitsgemeinschaft der
Ausländerbeiräte Hessen -
Landesausländerbeirat

Geschäftsstelle:
Kaiser-Friedrich-Ring 31
65185 Wiesbaden
Tel: 0611/ 98 99 5-0
Fax: 0611/ 98 99 5-18
agah@agah-hessen.de
www.agah-hessen.de

Wiesbaden, den 20. Juli 2018

Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Hessisches Gesetz für soziale und ökologische Kriterien, Tariftreue und Mindestlohn bei Vergaben (Vergabekriteriengesetz- HVKG) und zur Aufhebung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes (HTVG)
-Drucks. 19/6166 -

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Reif,

wir danken Ihnen für die Zusendung des Schreibens vom 04. Mai 2018 und freuen uns über die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Im Hinblick auf die von der agah vertretene Personengruppe der Migrantinnen und Migranten richten sich unsere nachfolgenden Ausführungen auf angemessene Regelungen zum Diskriminierungsschutz bzw. der Förderung der Gleichstellung im Vergaberecht.

Die Forderung, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge soziale und ökologische Kriterien angemessen zu berücksichtigen, ist zu begrüßen. Die Regelungen dienen der Verdeutlichung. Im Bereich der sozialen Kriterien sollte die Vermeidung bzw. aktive Bekämpfung von Diskriminierungen im Gesetz Aufnahme finden.

Eine wirksame Antidiskriminierungsarbeit ist ein wichtiger Baustein für eine erfolgreiche Integrationsarbeit. Vorurteile, Benachteiligungen und Rassismus verhindern Integration. Sie schaden nicht nur den Betroffenen selbst, sondern letztlich auch dem Gemeinwesen. Es gilt deshalb nach wie vor, Benachteiligungen aller Art, auch aufgrund der ethnischen Herkunft und/oder der Religionszugehörigkeit abzubauen.

Gleichbehandlung im Vergaberecht kann nach Auffassung der agah allerdings nicht nur im Sinn einer chancengleichen Auswahl zwischen den Bewerbern um einen öffentlichen Auftrag verstanden werden, sondern muss weiter reichen.

Zu Art.1 (§ 6 Vergabekriteriengesetz):

§ 6 Vergabekriteriengesetz verfolgt unter anderem den Zweck, die berufliche Gleichstellung von Männern und Frauen zu forcieren.

Hierzu ist in § 6 des Gesetzentwurfs die Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen genannt und es ist vorgesehen, dass die Entscheidung über den Zuschlag eines Angebots zu berücksichtigen hat, ob und inwieweit der Bieter Maßnahmen zur Frauenförderung und zur Förderung der Vereinbarkeit von Arbeit und Leben durchführt.

Aus dem Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG folgt zwar, dass bestehende gesellschaftliche Nachteile zwischen Männern und Frauen abgebaut werden sollen; vor allem soll geschlechtsbezogene Diskriminierung zu Lasten von Frauen beseitigt werden.

Eine speziell auf Frauen gerichtete Formulierung erfasst jedoch nicht diejenigen Personen, die inter- oder transsexuell oder divers sind.

Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG schützt auch Menschen, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen vor Diskriminierungen wegen ihres Geschlechts (BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 10. Oktober 2017 - 1 BvR 2019/16).

Eine Ausrichtung speziell auf „Maßnahmen zur Frauenförderung“ wäre im Hinblick darauf nicht umfassend genug.

Es wäre wünschenswert, dass über die Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen hinaus, die Förderung aller Gruppen, die den im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) genannten Merkmalen unterfallen, berücksichtigt wird.

Dies würde auch Benachteiligungen aufgrund der ethnischen Herkunft und/oder der Religionszugehörigkeit erfassen. Auch im Vergaberecht gilt es, dem entgegenzutreten bzw. bereits im Vorfeld ein Bewusstsein dafür zu schaffen und einen Bewusstseinswandel zu erreichen. Gerade den öffentlichen Auftraggebern obliegt hier aus Sicht der agah eine besondere Verantwortung, da die öffentliche Verwaltung eine Vorbildfunktion inne hat und andererseits den Schlüssel zur Gleichbehandlung in den Händen hält.

Im Bereich der Wirtschaft zeigt sich immer mehr, dass eine tolerante, aktiv diskriminierungsfeindliche Personalpolitik ein relevanter Faktor ist. Dies ist in Anbetracht des demographischen Wandels von großer Bedeutung, da die Gewinnung von Fachkräften bzw. deren Interesse an einem Zuzug nach Deutschland hiermit einhergeht.

Wer Integration will, muss alle Formen der Diskriminierung in Staat und Zivilgesellschaft bekämpfen. Es sind viele Schritte nötig, um zu einer diskriminierungsfreien und - vorbeugenden Politik einerseits und einem vorurteilsfreien Zusammenleben der Menschen andererseits zu gelangen. Ungleichbehandlung muss in allen Bereichen und mit möglichst effektiven gesetzlichen Mitteln begegnet werden.

Bundesrechtlich gilt, dass im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) Vergabeverfahren direkt nicht genannt sind. Diskriminierungsschutz als eine spezielle Anforderung in Vergabeverfahren aufzunehmen ist andererseits nicht ausgeschlossen.

Daher könnte bei der Entscheidung über den Zuschlag eines Angebots Diskriminierungsschutz als ein Element, dass von allen gleichermaßen zu beachten ist und in das Angebot eingearbeitet werden muss, verlangt werden.

Es sollte dann berücksichtigt werden, ob bei dem Bieter ein Diversity-Konzept oder Antidiskriminierungs-Konzept vorhanden ist.

Wir würden uns freuen, wenn unsere Anregungen Berücksichtigung finden würden.

Mit freundlichen Grüßen



Enis Gülegen
Vorsitzender

[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.] Stralauer Platz 34 | 10243 Berlin

Hessischer Landtag
Herr Reif
Schlossplatz 1-3
65183 Wiesbaden

per E-Mail: H.Schnier@ltg.hessen.de

Berlin, 25.07.2018

Unser Zeichen: 000500-18/JK/nm

Dokumentennummer: 118374

Gesetzentwurf**Der Fraktion DIE LINKEN – Drs. 19/6166****Ihr Schreiben vom 04.05.2018**

Sehr geehrter Herr Reif,

wir nehmen Bezug auf Ihr vorgenanntes Schreiben in der oben angeführten Angelegenheit und bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Hessisches Gesetz für soziale und ökologische Kriterien, Tariftreue und Mindestlohn bei Vergaben (im Folgenden: HVKG-E).

Unsere Stellungnahme beschränkt sich dabei auf die mit der Vergabe öffentlicher Aufträge in engerem Zusammenhang stehenden, wesentlichen Aspekte des Gesetzentwurfes.

Aus Zeitgründen ist es uns leider nicht möglich, zu Fragen der Zweckmäßigkeit und Praktikabilität aller Normen umfassend Stellung zu beziehen. Wir konzentrieren uns daher nachfolgend auf die vergabe- und teilweise kommunalrechtlich kritischen Aspekte des Entwurfes.

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
Katrín 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 Templin
Linus Viezens
Udo Paschedag
Till Schwerkolt
Dr. Manuel Schwind
Dr. Benjamin Tschida
Dr. Thomas Fritsche
Franziska Kaschluhn

Augsburg

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

Dabei gehen wir nachfolgend zunächst allgemein auf die mit dem Gesetzentwurf verbundenen Fragestellungen (hierzu unter I.) ein, bevor wir zu den Einzelregelungen in dem Gesetzentwurf knappe Hinweise gebe, falls nach überschlägiger Prüfung erhebliche vergabe- bzw. kommunalrechtliche Bedenken hinsichtlich der vorgeschlagenen Ausgestaltung bestehen (hierzu unter II.).

I. Allgemeine Anmerkungen

Zunächst gehen wir kurz auf die Gesetzgebungskompetenz des Bundeslandes Hessen zum Erlass des HVKG-E ein.

Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG unterliegt das Recht der Wirtschaft, welches auch das Vergaberecht umfasst, der sog. 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.

Während die Regelungsbefugnis der Länder nach der bis zum 17.04.2016 geltenden Regelung in § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB ausdrücklich gegeben war, fehlt es heute – mit Ausnahme von § 129 GWB zur Regelungsbefugnis der Länder für zwingende Ausführungsbedingungen – an einer solchen Regelung.

Der Bundesgesetzgeber hat von seiner Kompetenz mit Erlass der §§ 97 ff. GWB n.F. zwar Gebrauch gemacht, allerdings müsste er dabei für eine umfängliche Sperrwirkung gegenüber landesrechtlichen Regelungen eine abschließende Regelung getroffen haben.

Dies ist aus unserer Sicht nicht der Fall (vgl. auch die Begründung des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes vom 08.10.2015, BT-Drucksache 18/6281, dort S. 56).

Damit bleibt es beim verfassungsrechtlichen Grundsatz (s.o.), dass die Länder darauf beschränkt sind, eigene Regelungen zu erlassen, sofern und soweit der Bund von seiner Regelungsbefugnis keinen Gebrauch gemacht hat. Die Länder sind auch berechtigt, das Bundesrecht durch landesgesetzliche Regelungen zu konkretisieren.

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

Der Entwurf enthält nach überschlägiger Prüfung teilweise Bestimmungen, die mindestens missverständlich, wenn nicht mit dem derzeit geltenden Vergaberecht des Bundes unvereinbar sind.

1. Tariftreue/Mindestentgelt

Am 11.08.2014 wurde das Mindestlohngesetz (MiLoG) beschlossen und mit Wirkung zum 01.01.2015 ein bundesweiter Mindestlohn eingeführt.

Die Regelungen des MiLoG betreffen auch das Vergaberecht des Bundes.

So wird dort geregelt, dass Bewerber und Bewerberinnen von der Teilnahme an einem Wettbewerb ausgeschlossen werden können, wenn sie im Rahmen eines Ordnungswidrigkeitsverfahrens wegen Nichteinhaltung der Vorschriften über den Mindestlohn mit einem Bußgeld belegt wurden (siehe § 19 MiLoG).

§ 124 GWB, der fakultative Ausschlussgründe für die Teilnahme am Vergabeverfahren nennt, verweist in Absatz 2 auf § 19 MiLoG, mit dem Hinweis, dass dieser unberührt bleibe. In § 128 Abs. 1 GWB wird dem ausführenden Unternehmen auferlegt, bei Ausführung des Auftrags, also nach Abschluss des Vergabeverfahrens, u.a. die gesetzlichen Vorgaben des MiLoG einzuhalten.

Diese Regelungen schließen eine Regelungsbefugnis der Bundesländer aber nicht aus, soweit sie die bundesrechtlichen Vorgaben konkretisieren bzw. diesen nicht entgegenstehen.

2. Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Kriterien

Nach dem derzeit geltenden Bundesrecht können in den verschiedenen Stadien des Vergaberechts und -verfahrens soziale und umweltbezogene Kriterien berücksichtigt werden (vgl. für Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte: §§ 97 Abs. 3 und 124 Abs. 1 Nr. 1, § 127 Abs. 1 S. 4, § 152 Abs. 3 S. 3, § 128 Abs. 2 GWB).

Für die Vergabe unterhalb der EU-Schwellenwerte gilt für Ausschreibungen des Bundes und nach entsprechender Umsetzung durch bzw. entsprechendem Anwendungsbefehl der Bundesländer die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO),

die für den Unterschwellenbereich soziale und umweltbezogene Aspekte der Vergabe regelt (vgl. bspw. § 2 Abs. 3 UVgO).

Ihre Grenze finden landesvergabegesetzliche Regelungen zu sozialen und umweltbezogenen Aspekte in den ggf. entgegenstehenden bundesgesetzlichen Regelungen.

Insbesondere weisen wir in diesem Zusammenhang auf die Regelung des §§ 127 Abs. 3 GWB hin:

„Die Zuschlagskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Diese Verbindung ist auch dann anzunehmen, wenn sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht, auch wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken.“

Hierbei sind die Regelungsvorschläge im HVKG-E hinsichtlich ihres verpflichtenden Charakters zur Einbeziehung von sozialen und umweltbezogenen Kriterien auf allen Ebenen des Vergabeverfahrens (§§ 6 bis 8 HVKG-E) problematisch.

Zum einen bestehen Bedenken, ob derlei Kriterien wirklich unterschiedslos bei allen Vergaben und insbesondere auf Ebene des Zuschlags noch einen Auftragsbezug i.S.d. § 127 Abs. 3 GWB aufweisen können.

Zum anderen dürfte dies bei den Anforderungen des §§ 6 bis 8 HVKG-E (Förderung der Berufsausbildung, Gleichstellung und der Vereinbarkeit von Familien und Beruf) sogar in der Regel nicht der Fall sein.

Die entsprechenden Regelungsvorschläge sollten daher an die bundesrechtlichen Vorgaben angepasst werden.

II. **Stellungnahme zu den einzelnen Regelungen in dem Gesetzentwurf**

Im Folgenden gehen wir auf ausgewählte Regelungen des HVKG-E ein. Wir geben hierbei die sich aus unserer vergaberechtlichen Erfahrung denkbaren inhaltlichen, redaktionellen und praktischen Hinweise zum Vollzug der Regelungen.

1. **Zur Regelung eines Landesmindestlohnes (§ 3 Abs. 3 HVKG-E)**

Ergänzend zu den generellen Ausführungen unter I. ist bei der Vorgabe eines Mindeststundenentgeltes in Höhe von 12,00 € (Landesmindestlohn) in praktischer Hinsicht zu berücksichtigen, dass die verpflichtende Vorgabe eines über dem (bundes-)gesetzlichen liegenden Mindestlohn nach unseren Erfahrungen damit zu rechnen ist, dass gerade kleine und mittlere Unternehmen einen solchen Landesmindestlohn ggf. nicht zahlen können und auf eine Beteiligung an Ausschreibungen verzichten werden. Dies stünde im Widerspruch zu dem allgemein anerkannten Ziel der Förderung der Wettbewerbsfähigkeit von kleinen und mittleren Unternehmen (siehe auch Hessisches Mittelstandsförderungsgesetz).

Mit der Einführung des MiLoG dürfte im Übrigen § 3 Abs. 5 HVKG-E überholt sein, da sich danach der Mindestlohn auch auf Leiharbeiter erstreckt (§ 1 Abs. 3 MiLoG).

2. **Regelung zum Betreiberwechsel bei ÖPNV-Leistungen (§ 4 HVKG-E)**

Die Regelung in § 4 HVKG-E wiederholt im Wesentlichen – wie es zutreffend in der Begründung des Gesetzesentwurfs auf S. 14 auch beschrieben wird – die Vorgaben der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments, insb. dort Art. 4 Abs. 5.

Eine solche Wiederholung ist zwar aus rechtlichen Gründen nicht unzulässig, sinnvoll ist aber eine deklaratorische Regelung nicht. Eine gute Gesetzestechnik sollte auf Regelungen ohne eigenständigen Anwendungsbereich verzichten.

3. Zu den Regelungen §§ 6 bis 8 HVKG-E

Soweit die Regelungen

- § 6 – Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen
- § 7 – Berufliche Erstausbildung
- § 8 – Umweltverträgliche Beschaffung

Kriterien vorgeben, die bei der Vergabe eines Angebotes berücksichtigt werden sollen, ist dies zwar grundsätzlich nicht zu beanstanden.

Auf der Ebene des Vergaberechts des Bundes werden sie (weiter gefasst) durch § 97 Abs. 3 GWB mit Blick auf soziale und umweltbezogene Aspekte bereits berücksichtigt. Ergänzend zu den Ausführungen unter I. weisen wir auf den Erwägungsgrund 99 der RL 2014/24/EU hin:

„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 vergebenen Auftrags beziehen.“.

Nach dem Wortlaut dieses Erwägungsgrundes müssen die betr. Kriterien im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand bestehen. Die Erwägungsgründe können und werden zur Auslegung auch der nationalen Regelungen herangezogen.

Dem Wortlaut der §§ 6 bis 8 HVKG-E nach wird der nach dem zitierten Erwägungsgrund erforderliche Zusammenhang der betr. Kriterien zum Auftragsgegenstand nicht erwähnt. Dies dürfte in der Intention des HVKG-E liegen, möglichst weitgehend bzw. ohne Einschränkungen die Gleichstellung von Männern und Frauen, die berufliche Erstausbildung und die umweltverträgliche Beschaffung durch die Regelungen zu erreichen.

Beim Vollzug der Regelungen in der Praxis wird aber im Rahmen einer rechtskonformen Auslegung bzw. Rechtsanwendung im Einzelfall zu prüfen sein, ob die betr. Kriterien als Zuschlagskriterien bzw. Bedingungen für die Auftragsausführung im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen. Praktisch bedeutet das allerdings auch, dass die beabsichtigte „Schlagkraft“ der Regelung nicht erreicht werden kann.

4. Regelung zur Mittelstandsförderung (§ 9 HVKG-E)

Wenn die Regelung in § 9 HVKG-E auf eine gezielte „Bevorzugung“ von kleinen und mittleren Unternehmen abzielt, wofür der Wortlaut durchaus Anlass geben kann, könnte ein solches Verständnis bzw. eine solche Anwendung in der Vergabepraxis zu einem Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG darstellen.

Zwar sind nach § 97 Abs. 3 GWB mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Diese Regelung ist anders als § 9 HVKG-E aber bereits dem Wortlaut nach deutlich offener formuliert und ermöglicht eine Mittelstandsförderung unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Einzelfalles.

5. Regelung zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes (§ 11 HVKG-E)

Soweit in § 11 Abs. 1 Satz 4 HVKG-E zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte zu berücksichtigen sind, ist fraglich, auf welche Art und Weise in der Praxis das wirtschaftlichste Angebot von öffentlichen Auftraggebern zu ermitteln ist. Dies gilt umso mehr, als durch die Formulierung „sind (...) zu berücksichtigen“ die betr. Aspekte ausnahmslos zu berücksichtigen sind, also eine Abweichung von dieser verpflichtenden Vorgabe nicht möglich ist.

Dies stellt für Vergabestellen hohe Anforderungen auch bei Beschaffungen auf, bei denen die betr. Aspekte eine eher untergeordnete Rolle spielen. Dies ist aus unserer Sicht kontraproduktiv, will man die Vergabestelle zum wirklichen „Mitmachen“ motivieren.

In redaktioneller Hinsicht weisen wir darauf hin, dass § 11 Abs. 1 Satz 5 HVKG-E auf die „Berücksichtigung der in Satz 3 genannten Aspekte“ verweist. Sofern hier die qualitativen, umweltbezogenen oder sozialen Aspekte gemeint sind, wäre aus unserer Sicht der Verweis auf Satz 4 richtig.

In redaktioneller Hinsicht sollte in jedem Fall in § 11 Abs. 6 HVKG-E zur Klarstellung vor nach der Formulierung „mindestens 20 % unter Kostenschätzung“ die Worte „des Auftraggebers“ ergänzt werden.

6. Zur Regelung der Prüfbehörde in § 13 HVKG-E

Wir empfehlen, die Regelung der Prüfbehörde in § 13 HVKG-E hinsichtlich ihrer internen Verweise und Nachvollziehbarkeit zu überprüfen und zu überarbeiten.

So sollte klargestellt werden, durch wen und in welcher Art und Weise die Prüfbehörde gem. § 13 Abs. 4 Satz 1 HVKG-E zu unterrichten ist.

Die Formulierung in § 13 Abs. 5 HVKG-E [„die Prüfbehörde ordnet Kontrollen an (...)“] sollte um eine klarstellende Formulierung ergänzt werden, dass sich diese Kontrolle auf die Einhaltung der sich aus dem HVKG-E ergebenden Pflichten nach § 13 Abs. 2 HVKG-E bezieht.

Des Weiteren soll nach § 13 Abs. 5 Satz 3 HVKG-E die Prüfbehörde berechtigt sein, „Sanktionen auszusprechen“. In der Regelung bzw. im HVKG-E wird allerdings weder geregelt, um welche Sanktionen es sich handelt noch gegen wen sie zu richten sind.

Nach § 13 Abs. 7 HVKG-E sind Auftragnehmer bzw. Nachunternehmer verpflichtet, vollständige und prüffähige Unterlagen über die eingesetzten Beschäftigten bereitzuhalten. Nach Satz 2 der Regelung sind diese Unterlagen auf Verlangen

vorzulegen. Allerdings enthält die Regelung keine Aussage darüber, wem die Unterlagen vorzulegen sind und dass dies ausschließlich im Rahmen der Kontrolle erfolgen kann.

Nach § 13 Abs. 10 HVKG-E wird das weitere Verfahren zur Vornahme der Kontrollen durch Richtlinien geregelt. Die Regelung lässt aber offen, wer diese Richtlinien erarbeiten bzw. erlassen wird. Insbesondere werden die in § 13 Abs. 10 HVKG-E genannten Richtlinien in §§ 16, 17 HVKG-E, die den Erlass Allgemeiner Verwaltungsvorschriften bzw. Rechtsverordnungen regeln, nicht erwähnt. Hierzu müsste aber zwingend eine Regelung getroffen werden.

Gerne werden wir unsere Ausführungen im Rahmen der Anhörung ausführlicher erläutern und ergänzen.

Mit freundlichen Grüßen



Kröcher
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Vergaberecht



Dr. Fritsche
Rechtsanwalt



Hessischer Landkreistag · Frankfurter Str. 2 · 65189 Wiesbaden

Hessischer Landtag
Ausschuss für Wirtschaft, Energie, Verkehr
und Landesentwicklung
z.Hd. Frau Ausschussgeschäftsführerin
Heike Schnier
Schlossplatz 1-3
65183 Wiesbaden

Frankfurter Str. 2
65189 Wiesbaden

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

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

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

Datum: 25.07.2018

Az. : Wo/045.010

Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Hessisches Gesetz für soziale und ökologische Kriterien, Tariftreue und Mindestlohn bei Vergaben (Vergabekriteriengesetz - HVKG) und zur Aufhebung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes (HVTG)

Ihr Schreiben vom 04.05.2018, Az. I.A 2.4
Stellungnahme des Hessischen Landkreistages

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für Ihr o.g. Schreiben, mit dem Sie uns den o.g. Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE zur Stellungnahme zugeleitet haben. Auf der Grundlage einer Befragung seiner Mitglieder erklärt sich der Hessische Landkreistag hierzu nunmehr wie folgt:

Gegen den Gesetzentwurf bestehen Bedenken.

I. Allgemein

Zur Begründung weisen wir zum einen darauf hin, dass sich das HVTG vom 19.12.2014 grundsätzlich bewährt hat. Dies schließt nicht aus, dass es nicht Ansätze gäbe, das HVTG möglicherweise nach einer Evaluation und im Interesse einer wirksamen Vereinfachung des Vergaberechts -für Auftraggeber und Bieter- mit dem Ziel einer Straffung noch zu verbessern. Vom Normgehalt her bietet das HVTG aber derzeit ausreichende Gestaltungs- und Sanktionsmöglichkeiten für die Vergabepaxis. Es gibt daher keinen Ansatz für eine grundlegende Novellierung im Sinne des vorliegenden Gesetzentwurfes, der eine weitere Ausweitung und Verkomplizierung zur Folge hätte.

Der Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE geht zudem von der falschen Prämisse aus, dass bei öffentlichen Aufträgen bislang nur der billigste Preis entscheidend ist. Dies trifft seit langem nicht mehr zu. In Hessen ist das wirtschaftlichste Angebot zuzuschlagen.

Dem Gesetzentwurf fehlen überdies alle praxisorientierten Regelungen, die das HVTG eingeführt hat. Die ohnehin bereits sehr formalisierten Vergabeverfahren würden noch weiter erschwert. Neben dem nicht unerheblichen Mehraufwand auf Seiten des öffentlichen Auftraggebers hätten insbesondere die Bieter eine Vielzahl an zusätzlichen Nachweisen zu erbringen. Dies dürfte zu einer noch geringeren Beteiligung an öffentlichen Auftragsvergaben führen, als es bereits schon jetzt der Fall ist. Zusätzlich würden die beträchtlichen Lohnsteigerungen öffentliche Aufträge bei sehr lohnintensiven Dienstleistungen noch einmal zusätzlich verteuern. Die bisherigen Bemühungen zur Deregulierung, zu mehr Bürokratieabbau und zur Gesetzesvereinfachung würden konterkariert, wenn der Gesetzentwurf umgesetzt würde.

Kritisch gesehen werden daher insbesondere die vorgesehene, allgemeine Vergabefreigrenze von 500 Euro (§ 1), ein Landesmindestlohn (§ 3) und die Verpflichtung zu bestimmten Vorgaben (§§ 5 bis 8) eine weitere Belastung der Vergabeverfahren mit bürokratischen Hindernissen und neue rechtliche Risiken für die Vergabestellen bedeuten würden. Das wesentliche Ziel einer wirtschaftlichen Beschaffung würde damit weiter in den Hintergrund gedrängt und mit verfahrensfremden Aspekten belegt.

Durch die geplanten Neuregelungen würden auf die öffentlichen Auftraggeber zudem zusätzliche Prüf-, Kontroll-, Wertungs- und Dokumentationsaufgaben zukommen, was einen Bedarf an zusätzlichem Fachpersonal zur Folge hätte.

Insgesamt ist festzustellen, dass unpraktikable, intransparente oder nach den Formulierungen nur schwer umsetzbare Anforderungen an die Vergabestellen gestellt würden. So sind nach § 8 Abs. 2 des Entwurfes bei der Bewertung der Wirtschaftlichkeit "volkswirtschaftliche Kosteneinsparungen" zu berücksichtigen und auch ein höherer Preis soll bei besseren Umwelteigenschaften wirtschaftlicher sein. Inwieweit Letzteres nicht bereits von § 11 erfasst ist, ergibt sich nicht. Ebenso wenig, wie solche Kosteneinsparungen rechtssicher ermittelt werden sollen. In § 5 Abs. 2 ist der Bezug auf Absatz 3 nicht nachvollziehbar; da es diesen dort nicht gibt. Im Übrigen sind die im Gesetzentwurf verpflichtend bestimmten sozialen, ökologischen und wirtschaftlichen Bedingungen bei Bedarf bereits heute möglich.

II. Zu den Regelungen im Einzelnen

1. Zu § 1 Abs. 1 Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des Gesetz soll bereits für Aufträge ab 500 € eröffnet sein (§ 1 Abs. 1). Im Gegensatz zum HVTG (ab 10.000 €) wären hier praktisch alle Vergabeverfahren betroffen.

2. Zu § 2 Abs. 1 Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnungen

Durch den Gesetzentwurf soll mit § 2 Abs. 1 die UVgO in Hessen eingeführt werden. Auf die UVgO wie auch die VOB/A des Abschnitts 1 wird zunächst statisch verwiesen, letztendlich aber dynamisch („in der jeweils geltenden Fassung“). Da diese Vergabe- und Vertragsordnungen weder Gesetze noch Rechtsverordnungen

gen sind, wurden sie im Haushaltsrecht bisher jeweils durch Verwaltungsvorschrift (Vergabeerlass) angepasst und eingeführt. Ohne Not würde diese Freiheit zukünftig beschnitten, die Veröffentlichung im Bundesanzeiger soll als Anwendungsbefehl ausreichen.

3. Zu § 2 Abs. 2 Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnungen

§ 2 Abs. 2 lässt zwar Wertgrenzen für Beschränkte Ausschreibungen und Freihändige Vergaben durch Verwaltungsvorschriften zu. Da deren Vergabeverfahren sich jedoch nach den Regeln der UVgO / VOB/A zu richten haben (Satz 2 des Absatzes), wären keine Anpassungen (wie bei den bisherigen haushaltsrechtlichen Einführungen der Vergabeordnungen zulässig) mehr machbar. Bisherige hessische Sonderregelungen, wie beispielsweise das Interessenbekundungsverfahren mit der Möglichkeit, bekannte und geeignete Bieter zu setzen wären dann nicht mehr möglich.

4. Zu § 3 Abs. 2 Tariftreueerklärung, Landesmindestlohn

Der Gesetzentwurf will die Tariftreue nicht mehr auf die Anwendung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und auf die für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträge beschränken. Daher müssten sich gemäß § 3 Abs. 2 Bauunternehmen bei Angebotsabgabe zusätzlich verpflichten, ihre Arbeitnehmer mindestens nach dem am Ort der Leistungserbringung geltenden und entsprechend bekannt gegebenen Entgelttarifen zu entlohnen.

5. Zu § 3 Abs. 3 Landesmindestlohn

Durch die Einführung eines hessischen Landesmindestlohnes (ca. 136 % des Bundesmindestlohnes) würde Hessen zu einer Art „Sonderwirtschaftszone“. Anbieter müssten bei der Vergütung ihrer Beschäftigten jeweils unterscheiden, ob sie für einen öffentlichen Auftraggeber tätig waren (Mindestlohn 12 €) oder für ein Privatunternehmen (Mindestlohn 8,84 €). Darüber hinaus existieren vielfach Branchenmindestlöhne, die zunächst von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden ausgehandelt und nachher vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales für anwendbar erklärt werden. Dieses Element der Tarifautonomie sollte durch gesetzliche Regeln nicht zusätzlich eingeschränkt werden. Zudem würde mit einem erhöhten Landesmindestlohn ein weiterer Kostenfaktor für öffentliche Auftraggeber geschaffen.

6. Zu § 4 Betreiberwechsel ÖPNV

Die Sektorenverordnung (SektVO) und die VO-EG Nr. 1370/2007 beinhalten ausreichende Regelungen zum ÖPNV, diese finden ohnehin Anwendung.

7. Zu § 6 Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen

Die §§ 2 und 3 des bisherigen HVTG sowie Regelungen des Allgemeinen Gleichberechtigungsg (AGG) sind ausreichend.

8. Zu § 7 Berufliche Erstausbildung

§ 3 des bisherigen HVTG ist an dieser Stelle ausreichend.

9. Zu § 8 Umweltverträgliche Beschaffung

Die Regelungen der §§ 2 und 3 HVTG decken den Anwendungsbereich voll ab. Auch in diesem Bereich sind entsprechende Regelungen sind auch in örtlichen Vergabeordnungen möglich.

10. Zu § 9 Mittelstandsförderung

§ 12 des HVTG wird als ausreichend angesehen. Im Übrigen schreibt auch die VOB seit Langem die Aufteilung in Lose vor.

11. Zu § 10 Abs. 1 Nachunternehmereinsatz

Die Verpflichtung gemäß § 10 Abs. 1 des Gesetzentwurfs, bei der Vertragsausführung vor der Beauftragung des Nachunternehmers die Einwilligung des öffentlichen Auftraggebers einzuholen, birgt Gefahren: Die Verpflichtung widerspricht den Regelungen der VOB/B. Danach bedarf es der Zustimmung des Auftraggebers zu einem Nachunternehmereinsatz nicht, wenn der Betrieb des Auftragnehmers auf die Ausführung der Leistung nicht eingerichtet ist. Nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist die VOB/B als AGB aber nur dann privilegiert, wenn sie als Ganzes vereinbart ist. Jede auch nur geringfügige Abweichung von der VOB/B führt zur Inhaltskontrolle. Diese wäre dadurch immer eröffnet.

Eine Folge wäre, dass die Ausgewogenheit des Vertragsverhältnisses zu Lasten des öffentlichen Auftraggebers wegfiel, da nach dem Gesetzentwurf für „Verwender“ nur diejenigen Regelungen der VOB/B wegfallen sollen, die vorteilhaft sind. Alle für den Auftragnehmer günstigen Regelungen, die dem gesetzlichen Leitbild widersprechen, blieben aber wirksam.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass durchaus Auftragsvergaben existieren, bei denen mehr als 3 Nachunternehmer üblich und unproblematisch sind; eine Beschränkung sollte je nach Auftrag dem Auftraggeber überlassen bleiben.

12. Zu § 11 Abs. 1 Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot, Wertung

§ 11 Abs. 1 des Gesetzentwurfs untersagt für Aufträge über 10.000 € den Preis als alleiniges Zuschlagskriterium. So müssten bisher fakultative Zuschlagskriterien mit qualitativem, umweltbezogenen oder sozialem Bezug zukünftig obligatorisch angewandt werden. Auch Aufträge ohne funktionale oder teilfunktionale Leistungsbeschreibung wie regelhaft unsere Bauausschreibungen, deren konstruktiven Leistungsbeschreibungen mit Leistungsverzeichnis die auszuführenden Leistungen in allen für die Ausführung in Betracht kommenden Punkten genauestens definieren, müssten mit zusätzlichen Zuschlagskriterien versehen werden. Dies hätte zur Folge, da diesen zusätzlichen Zuschlagskriterien neben dem Preis kein eigenständiger Wert mehr zukäme, dass sie somit als Scheinkriterien dem vergaberechtlichen Transparenzgebot widersprechen würden.

Würden dabei die Bereitstellung von Ausbildungsplätzen, die berufliche Gleichstellung von Männern und Frauen und die umweltverträglichste Beschaffung zu Pflichtkriterien (wie in §§ 6 bis 8 des Entwurfs gefordert). So müssten die öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der umweltverträglichen Beschaffung von den Bietern Nachweise fordern, „dass bei Erstellung, Lieferung, Nutzung und Entsorgung der zu beschaffenden Gegenstände oder Leistungen Ressourcenverbrauch und Umweltbelastungen auf dem niedrigsten technisch machbaren Stand gehalten werden“. Diese Nachweise müssten natürlich auch überprüft werden - und dies bei jeder Vergabe ab 500 Euro Auftragswert -5 was in der Praxis für alle Beteiligten nicht nur hoch aufwändig, sondern sehr oft auch gar nicht leistbar wäre.

Neben einem unübersehbaren Mehraufwand auf beiden Seiten, wäre mit der Neuregelung auch zusätzliches Streitpotential verbunden, welches zu einer Vielzahl von Über- und Nachprüfungsverfahren vor der VOB-Stelle, den Vergabekammern und dem Vergabesenat des OLG Frankfurt führen könnte.

Die Regelung des § 17 HVTG deshalb wird in diesem Zusammenhang als ausreichend angesehen.

13. Zu § 12 Wertungsausschluss

Die Regelung erscheint überzogen. So gibt u.a. die VOB an dieser Stelle ganz klar als „Bieterschutz“ vor, dass fehlende Erklärungen und Nachweise innerhalb einer Frist nachgefordert werden sollen. Dieser Grundsatz sollte beibehalten werden, da ansonsten aus rein formalen Gründen „gute Angebote“ verloren gehen könnten.

14. Zu § 14 Präqualifikationsverfahren

Die pauschalen Regelungen zum Präqualifikationsverfahren (§ 14) entsprechen nicht dem Bedarf der Vergabepaxis, die regelmäßig auch auftragsspezifische Nachweise benötigt.

15. Zu § 15 Sanktionen bei Bau-, Liefer- und Dienstleistungen

Die in § 15 vorgesehenen Höchstvertragsstrafe von 10 % der Auftragssumme ist nach der Rechtsprechung unzulässig. Möglich sind über AGB maximal 5 %.

Wir bitten um Kenntnisnahme.

Mit freundlichen Grüßen



Matthias Drexelius
Geschäftsführender Direktor



Hessischer Industrie- und Handelskammertag (HIHK) e. V.
Wilhelmstraße 24-26 | 65183 Wiesbaden

Hessischer Landtag
Ausschuss für Wirtschaft, Energie,
Verkehr und Landesentwicklung
Per E-Mail

Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Hessisches Vergabekriteriengesetz (HVKG) und zur Aufhebung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes (HVTG) – Drucks. 19/6166

27. Juli 2018

Unser Zeichen:

Sehr geehrte Frau Schnier,

wir danken Ihnen für den Gesetzentwurf und die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Wir haben uns als Hessischer Industrie- und Handelskammertag (damals noch als Arbeitsgemeinschaft hessischer IHKs) zu Beginn der Legislaturperiode ausführlich zu verschiedenen Gesetzentwürfen zum Vergaberecht geäußert. Aus diesem Grund möchten wir uns jetzt auf eine schriftliche Stellungnahme beschränken, und ggf. zu einem späteren Zeitpunkt ausführlicher auf das Vergaberecht eingehen.

In den von den Vollversammlungen der IHKs verabschiedeten **"Wirtschaftspolitischen Positionen"** haben wir 2018 formuliert, dass die Rechtszersplitterung im Vergaberecht zunimmt. Unternehmen haben vermehrt Probleme, sich an öffentlichen Aufträgen zu beteiligen. Fast jedes Bundesland hat eigene Vorschriften, was an Kriterien zusätzlich zu Preis und Qualität bei der Beschaffung zu berücksichtigen ist. Zudem unterscheiden sich die Wertgrenzen, ab denen öffentlich, beschränkt oder überhaupt ausgeschlossen wird. Durchgängige elektronische Vergaben, die mehr Transparenz bereits bei der Veröffentlichung schaffen könnten, wenden öffentliche Auftraggeber kaum an. Die Unterschiede ihrer Struktur und Anforderungen, wie z. B. bei der erforderlichen elektronischen Signatur, sind hinderlich. Die öffentliche Hand sollte die Chancen für wirtschaftlichere Beschaffungen erkennen und nutzen. Klare, nachvollziehbare und unter den Bundesländern abgestimmte Regeln und Verfahren helfen den Unternehmen und den Auftraggebern. Die Regelungen für den Unterschwellenbereich bieten Gelegenheit für ein

Gemeinsam für Hessens
Wirtschaft: Der HIHK koordiniert
die landespolitischen Aktivitäten
der zehn hessischen Industrie-
und Handelskammern.

Ihr Ansprechpartner:
Robert Lippmann
Tel. 0611 1500-212
lippmann@hihk.de

Hessischer Industrie- und
Handelskammertag (HIHK) e. V.
Wilhelmstraße 24-26
65183 Wiesbaden
info@hihk.de | www.hihk.de

Präsident:
Eberhard Flammer

Geschäftsführer:
Robert Lippmann

Wiesbadener Volksbank eG
IBAN DE05 5109 0000 0000 6539 00
BIC (Swift-Code) WIBADE5W

Amtsgericht Wiesbaden
Register Nr.: VR 7167



einheitliches Vorgehen. Darüber hinaus sollten einheitliche Wertgrenzen geschaffen und eingehalten werden.

Im Einzelnen merken wir zu dem **Gesetzentwurf** folgendes an:

1. Das Vergaberegime generell bei einem Auftragswert von 500 Euro anzuwenden, führt zu unwirtschaftlichen Beschaffungen und verfehlt die Zielrichtung des Gesetzes, nur ab Auftragswerten die Regelungen des Vergaberechts anzuwenden, die in einem wirtschaftlichen Verhältnis zum Aufwand des Verfahrens stehen. Es ist auch mittelstandsfeindlich, Kleinstauftragswerte dem Vergaberegime zu unterwerfen, da insbesondere kleinste mittelständische Unternehmen auf regionale Aufträge durch Direktvergabe angewiesen sind.
2. Grundsätzlich wird begrüßt, die UVgO einzuführen. Sie enthält überwiegend Regelungen, die der Entbürokratisierung dienen und einer Vereinheitlichung des Vergaberechts unabhängig vom Auftragswert dienen. Die muss allerdings unter der Maßgabe erfolgen, dass die in Hessen eingeführten und bewährten Instrumente nicht über Bord geworfen werden. Exemplarisch sind zu nennen: HAD, HPQR, Freigrenzen, IBV und die Verankerung des Unterschwellenrechtsschutzes.
3. Die Regelung des Unterschwellenrechtsschutzes ist aus Sicht der Unternehmenschaft unverzichtbar und ist umgehend in die Praxis umzusetzen. Die IHKn sind überzeugt, dass die bestehenden Vergaberegeln auf Auftraggeberseite mehr Beachtung finden, ohne dass Beschaffungsvorgänge verzögert werden, weil allein der präventive Druck zu mehr Fortbildung und Kompetenz in der Anwendung des Vergaberechts führen wird.
4. Die in der UVgO vorgesehene, ambitionierte Einführung der ausschließlich zugelassenen eVergabe (Frist ab 1.1.2019 und nicht 1.1.2020) im Unterschwellenbereich ist zu überdenken, da die notwendigen Rahmenbedingungen in den schwachstrukturierten Regionen von Hessen noch nicht im notwendigen Umfang vorliegen und auch die personellen Voraussetzungen sowohl auf Unternehmenseite als auch bei den Vergabestellen zumindest ein größeres Zeitfenster notwendig machen.
5. Für Unternehmen und Büros, die geistig-schöpferische Leistungen erbringen, ist die bestehende Verankerung im HVTG beizubehalten, allerdings die Auftragswerte neu zu justieren, die ein wettbewerbliches Verfahren erfordern und die HAD-Bekanntmachungspflichten auslösen.



6. Es ist streng darauf zu achten, dass Nachhaltigkeitskriterien sich streng am Auftragsgegenstand orientieren und nicht über diese Verbindung zum Auftragsgegenstand hinaus allgemeine Unternehmerinteressen berühren, über die allein das Unternehmen entscheidet und Ausdruck seiner Geschäftspolitik sind. So darf die Existenz eines Frauenförderplans weiterhin kein Wertungskriterium im Vergabeverfahren sein. Die Regelung zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnorm ist in vielen Fällen objektiv unmöglich und den Unternehmen daher nicht zuzumuten, zumal das Haftungsrisiko zugleich auf sie abgewälzt wird.
7. Der Entscheidung des Unternehmens über einen Nachunternehmereinsatz ist bis auf Ausnahmen (vgl. Eignungsleihe § 47 VgV) allein Angelegenheit des Unternehmens, eine grundsätzliche Zustimmung des Auftraggebers kehrt das Regel- Ausnahmeprinzip ohne zwingenden Grund um und greift damit in unzulässiger Weise in die Organisationsfreiheit des Unternehmens ein. Das gleiche gilt für die Begrenzung auf maximal 3 Nachunternehmen oder die generelle Zustimmungspflicht bei einem notwendigen Wechsel von Nachunternehmen. Ebenso hat der BGH Urteil vom 10. Juni 2008 (X ZR 78/07) bereits entschieden, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht gewahrt ist, wenn der Auftraggeber generell bereits bei Angebotsabgabe ein Recht auf namentliche Benennung des Nachunternehmers haben würde. Diese mittelstandsfeindlichen Regelungen werden zur Schwächung des Wettbewerbs führen.

Freundliche Grüße

Prof. Dr. Friedemann Götting

Hessischer Industrie- und Handelskammertag
Federführung Recht

Stv. Hauptgeschäftsführer
Geschäftsführer Recht und International
Industrie- und Handelskammer Wiesbaden
Wilhelmstraße 24-26
65183 Wiesbaden
Tel. 06 11 1500-156
Fax 0611 1500-7156
mailto: f.goetting@wiesbaden.ihk.de
http://www.ihk-wiesbaden.de
https://www.facebook.com/ihkwiesbaden

Deutscher Gewerkschaftsbund
Bezirk Hessen-Thüringen



Stellungnahme zu

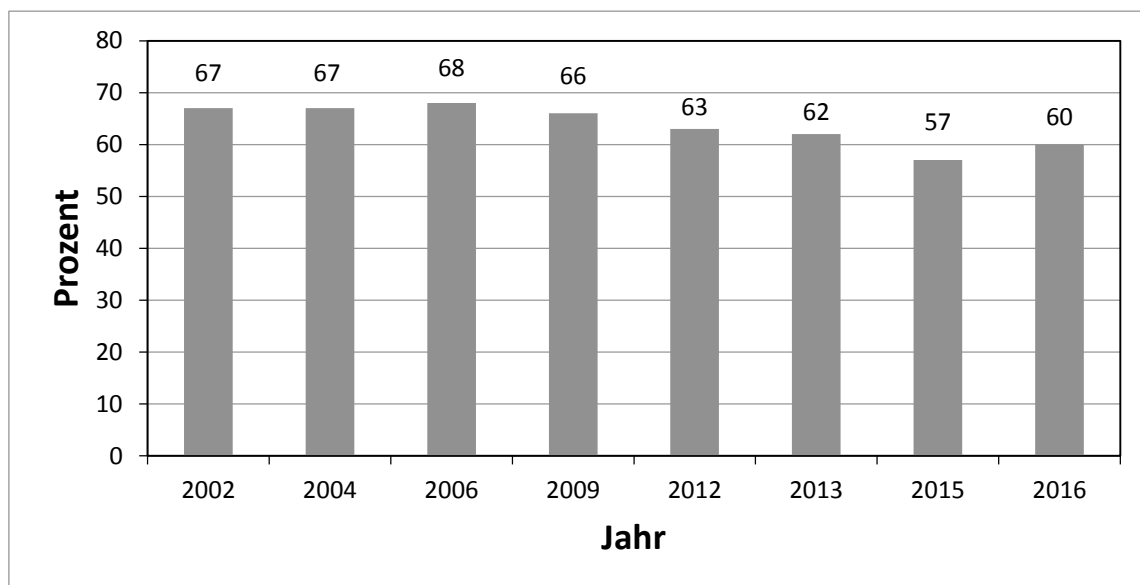
Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Hessisches Gesetz für soziale und ökologische Kriterien, Tariftreue und Mindestlohn bei Vergaben (Vergabekriteriengesetz – HVKG) und zur Aufhebung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes (HVTG) – Drucks. 19/6166 –

Frankfurt/Main, im Juli 2018

1. Das Problem

In Deutschland hat sich eine zunehmende Ungleichverteilung bei den Einkommen herausgebildet.¹ Dabei ist insbesondere der Niedriglohnsektor in Deutschland sehr groß – trotz Einführung des Mindestlohns ist kein Rückgang bei der Niedriglohnbeschäftigung auszumachen (Kalina/Weinkopf 2017). Der wichtigste Grund für die Ausdifferenzierung der Markteinkommen und der Ausweitung des Niedriglohnsektors ist nach der Analyse von Gerhard Bosch und Thorsten Kalina (2017) die abnehmende Tarifbindung: Liegt Tarifbindung vor, dann muss die Anwendung des einschlägigen Tarifvertrags auf das Arbeitsverhältnis der bzw. des jeweiligen Beschäftigten erfolgen. Wie Abbildung 1 zeigt, ist auch für Hessen im Trend eine Abnahme der Tarifbindung auszumachen, wobei im letzten Jahr (2016) eine leichte Zunahme zu verzeichnen war. Allerdings wird diese Entwicklung ein wenig dadurch relativiert, dass sich auch viele nicht-tarifgebundene Betriebe an Tarifverträgen orientieren (vgl. Abbildung 2).

Abbildung 1: Die Entwicklung der Tarifbindung in Hessen 2002-2016



Quelle: IAB.

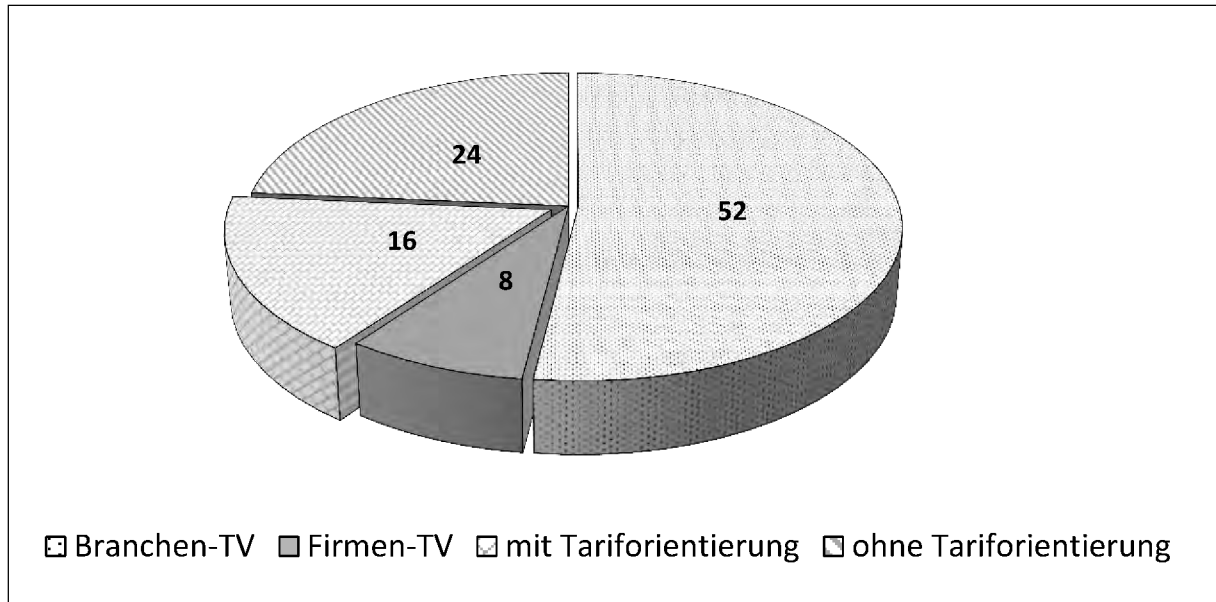
Ursächlich verantwortlich für diese Entwicklung sind unter anderem eine abnehmende Verhandlungsmacht der Gewerkschaften, die rückläufige Mitgliedschaft von Unternehmen in den Arbeitgeberverbänden, die Zunahme von so genannten OT-Mitgliedschaften (Mitgliedschaft eines Unternehmens im Arbeitgeberverband ohne Tarifbindung), Outsourcing-Strategien und die (Teil-) Privatisierung von ursprünglich durch die öffentliche Hand erbrachten Leistungen.²

¹ Vgl. dazu z.B. Bosch/Kalina (2017), Horn u.a. (2017) und die Beiträge in EickerWolf/Truger (2017). Eine sehr starke Ungleichverteilung ist auch bei den Vermögen auszumachen. Nach der neuesten Schätzung von Bach u.a. (2018) auf Basis des Household and Consumption Survey (HFCS) für 2014 verfügen die reichsten zehn Prozent aller Haushalte in Deutschland über 63,8 % des Nettovermögens.

² Vgl. hierzu auch Eicker-Wolf/Schulten (2013: 187 ff.). Neue Zahlen zur Tarifbindung enthalten Amlinger/Bispinck (2015) und Ellguth/Kohaut (2016).



Abbildung 2: Die Tarifbindung in Hessen im Jahr 2016



Quelle: IAB.

2. Das Hessische Vergabe- und Tariftreuegesetz (HVTG)

Ein wichtiges Instrument, um die Tarifbindung zu erhöhen, sind Tariftreue Regelungen. Diese verpflichten Unternehmen zur Zahlung von Tariflöhnen, wenn sie sich um öffentliche Aufträge bewerben. Zahlen Unternehmen keine Tariflöhne, werden sie von vornherein von der Auftragsvergabe ausgeschlossen. Im Jahr 2013 beläuft sich das gesamte öffentliche Auftragswesen in Deutschland auf etwa 400 Milliarden Euro, das entspricht knapp 15 Prozent des Bruttoinlandsprodukts (Sack u.a. 2016: 14 f.). Die öffentliche Hand verfügt damit über eine erhebliche Marktmacht, die sie im Rahmen von Tariftreue Regelungen auch zur Stabilisierung des Flächentarifvertrages einsetzen kann. Ein Tariftreuegesetz auf Bundesebene gibt es in Deutschland nicht. Nachdem erste Vergabegesetze Ende der 1990er Jahre auf der Ebene der Bundesländer eingeführt wurden, scheiterte im Juli 2002 der Versuch, eine entsprechende Regelung auf der Bundesebene durchzusetzen, im Bundesrat an der Mehrheit der unionsgeführten Länder. Danach sind allerdings – neben den bereits bestehenden – weitere landesgesetzliche Regelungen auf den Weg gebracht worden. So waren zu Beginn des Jahres 2008 in acht Bundesländern Tariftreue Regelungen in Kraft.³

Einen schweren Rückschlag für die Reichweite von Tariftreue Regelungen erfolgte durch das Anfang April 2008 ergangene Rüffert-Urteil – einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), die sich auf das Niedersächsische Vergabegesetz bezieht. Der EuGH argumentiert in seinem Urteil, dass zum Schutze der Beschäftigten die europäische Dienstleistungsfreiheit nur durch gesetzliche Mindestlöhne oder allgemeinverbindliche Tarifverträge, nicht jedoch Tariftreuevorgaben, die sich auf nicht-allgemeinverbindliche Tarifverträge beziehen, eingeschränkt werden dürfen. Im Gegensatz dazu bezogen sich die Tariftreuevorgaben des niedersächsischen Vergabegesetzes auf ortsübliche Tarifverträge, die jedoch nicht notwendig allgemeinverbindlich waren. Da die Tariftreuevorgaben in Deutschland überall ähnlich wie in Niedersachsen geregelt gewesen sind, haben sämtliche Bundesländer nach dem EuGH-Urteil

³ Zur Entwicklung des deutschen und des europäischen Vergaberechts vgl. Sack u.a. (2016: 23 ff.).

Deutscher Gewerkschaftsbund Bezirk Hessen-Thüringen



Seite 4 von 8

ihre Tariftreue- und Vergabegesetze aus Angst vor möglichen Regressforderungen zunächst außer Kraft gesetzt. Für kurze Zeit sah es danach so aus, als ob die Debatte über soziale Kriterien im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe von der Tagesordnung verschwinden würde. Nur wenige Jahre nach dem EuGH-Urteil haben landesspezifische Vergabegesetze jedoch in Deutschland eine breite Renaissance erlebt, bei der immer mehr Bundesländer im Lichte der Rüffert-Entscheidung ihre bestehenden Vergabegesetze in europarechtskonformer Weise revidiert oder überhaupt zum ersten Mal neue Vergabegesetze eingeführt haben. Aktuell existieren in 14 Bundesländern landesspezifische Vergabegesetze mit sozialen und ökologischen Vorgaben bei der öffentlichen Auftragsvergabe. Lediglich in Bayern und Sachsen gibt es aktuell keine Tariftreuebestimmungen.

Gegenüber den älteren Vergabegesetzen der 2000er Jahre haben die neuen Vergabegesetze in der Zeit nach dem Rüffert-Urteil eine deutliche inhaltliche Ausweitung erfahren. Bei allen Unterschieden im Detail enthalten die meisten landesspezifischen Vergabegesetze eine Reihe von gemeinsamen Regelungen über soziale und ökologische Anforderungen an die öffentliche Auftragsvergabe.

Das letzte Vergabegesetz unter den Bundesländern wurde im Jahr 2014 in Hessen verabschiedet. Zwar hatte Hessen kurz vor dem Rüffert-Urteil Ende des Jahres 2007 ein Vergabegesetz verabschiedet, dieses war durch das EuGH-Urteil aus dem Jahr 2008 jedoch nicht zur Anwendung gekommen. Danach haben die Gewerkschaften – auch gestützt auf profunde empirische Befunde⁴ – immer wieder ein Tariftreue- und Vergabegesetz für Hessen gefordert. Die neu gewählte schwarz-grüne Landesregierung legte im Jahr 2014 einen Gesetzentwurf für ein Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz (HVTG) vor, dass den bestehenden Spielraum zur sozialen Gestaltung der öffentlichen Auftragsvergabe längst nicht ausschöpft und deshalb aus Sicht der Gewerkschaften auch als insgesamt enttäuschend bewertet wurde.⁵ Bemängelt wurde insbesondere das Fehlen der ILO-Kernarbeitsnormen im HVTG, und dass kein vergabespezifischer Mindestlohn verankert wurde.

Ein weiterer Punkt, der insbesondere von den Gewerkschaften kritisch gesehen wird, sind zahlreiche Kann-Vorschriften im HVTG. So können soziale, ökologische und sonstige Anforderungen zwar gestellt werden, allerdings drohen Vorgaben zur Förderung von Frauen und von Menschen mit Behinderung zur beruflichen Erstausbildung usw. ins Leere zu laufen, da sie nicht verbindlich vorgeschrieben worden sind.

Ein weiterer problematischer Aspekt im HVTG ist der grundsätzliche Ausschluss der Generalunternehmerhaftung. So ist geregelt, 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.

Der größte Mangel des HVTG ist allerdings die Weigerung von Union und GRÜNEN, die Einrichtung einer eigenen Prüfbehörde zu ermöglichen. Ohne Prüfungen durch zusätzliches Personal drohen Tariftreuebestimmungen generell ins Leere zu laufen.

Mit Blick auf Hessen ist die fehlende Kontrollinstanz unter anderem für das Baugewerbe von hoher Relevanz.⁶ So liefern die von der SOKA-BAU (Sozialkassen der Bauwirtschaft) zusammengestellten Zahlen zur Höhe und zur Entwicklung des durchschnittlichen Lohns in den westdeutschen Bundesländern einen empirischen Hinweis, dass in Hessen ein besonderes Lohndumping-Problem im Baubereich besteht. So zeigen die Zahlen in Tabelle 1, dass der durchschnittliche Stundenlohn in Hessen im Jahr 2016 rund 4,5

⁴ Vgl. dazu insbesondere das Schwarzbuch Vergabe von Axnick u.a. (2013). Generell zur Debatte in Hessen bis zur Landtagswahl im Herbst des Jahres 2013 Eicker-Wolf/Schulten (2013: 204 ff.).

⁵ Vgl. dazu die ausführliche Stellungnahme des hessischen DGB (Deutscher Gewerkschaftsbund 2014).

⁶ Vgl. dazu auch die entsprechenden Beispiele und Ausführungen in Axnick u.a. (2013).

Deutscher Gewerkschaftsbund
Bezirk Hessen-Thüringen



Seite 5 von 8

Prozent unter dem Durchschnittswert aller westdeutschen Bundesländer liegt. Im Jahr 1997 hingegen erreichte Hessen noch ziemlich genau den damaligen Durchschnittswert. Dieser Tatbestand ist auffällig, weil für Westdeutschland ein einheitliches Lohngefüge besteht, und weil Hessen unter den westdeutschen Bundesländern das höchste Sozialprodukt je Einwohner⁷ und den höchsten durchschnittlichen Stundenlohn je Arbeitnehmer/-in⁸ aufweist.

Tabelle 1: Durchschnittlicher Stundenlohn der gewerblichen Arbeitnehmer/-innen 1997 bis 2016 (West)

Bundesland	Lohn 1997	Lohn 2016	Abweichung vom Durchschnitt 2016	Veränderung 1997 bis 2016
Schleswig-Holstein	12,83 €	16,61 €	0,7 %	29,4 %
Bremen	13,10 €	17,16 €	4,1 %	31,1 %
Hamburg	13,77 €	17,32 €	5,0 %	25,9 %
Niedersachsen	12,59 €	16,57 €	0,5 %	31,6 %
Nordrhein-Westfalen	12,68 €	16,48 €	-0,1 %	30,0 %
Rheinland-Pfalz	12,34 €	16,33 €	-1,0 %	32,3 %
Hessen	12,54 €	15,74 €	-4,5 %	25,5 %
Baden-Württemberg	12,25 €	16,35 €	1,4 %	33,5 %
Bayern	12,54 €	16,72 €	1,4 %	33,3 %
Saarland	12,16 €	16,37 €	-0,7 %	36,7 %
Durschnitt West	12,56 €	16,49 €	0,0 %	31,4 %

Quelle: SOKA BAU

3. Bewertung des Gesetzentwurfs für ein Hessisches Gesetz für soziale und ökologischen Kriterien, Tariftreue und Mindestlohn bei Vergaben (HVKG)

Vor dem Hintergrund der voranstehenden Ausführungen ist der von der Fraktion DIE LINKE vorgelegte Gesetzentwurf für ein Hessisches Gesetz für soziale und ökologischen Kriterien, Tariftreue und Mindestlohn bei Vergaben (HVKG), der das HVTG ablösen soll, in den meisten Punkten positiv zu bewerten. Gleichwohl besteht aus Sicht des DGB in zwei Punkten ein Änderungsbedarf – hierauf wird weiter unten ausführlicher eingegangen.

Aus gewerkschaftlicher Sicht ist es zu begrüßen, dass die ILO-Kernarbeitsnormen in § 5 im Gesetz stehen. 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. Ohne Verankerung der ILO-Kernarbeitsnormen muss man den Eindruck gewinnen, dass die Regierungsfractionen fundamentalen

⁷ Vgl. <https://www.statistik-bw.de/VGRdL/tbls/tab.jsp?rev=RV2014&tbl=tab01&lang=de-DE>.

⁸ <https://www.statistik-bw.de/VGRdL/tbls/tab.jsp?rev=RV2014&tbl=tab11&lang=de-DE>.

Deutscher Gewerkschaftsbund Bezirk Hessen-Thüringen



Seite 6 von 8

(Grund-)Rechten der abhängig Beschäftigten keine Bedeutung beimessen. Die ILO-Kernarbeitsnormen sind in den Vergabegesetzen der meisten Bundesländer verankert.⁹

Ferner ist es positiv zu bewerten, dass die Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen (§ 6) und die berufliche Erstausbildung (§ 7) zwingend zu berücksichtigen sind, und darüber hinaus eine umweltverträgliche Beschaffung (§ 8) verankert wird. Ebenfalls sinnvoll sind die Regelungen zum Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot und die Wertung unangemessen niedriger Angebote (§ 11).

Zu befürworten ist aus gewerkschaftlicher Sicht auch, dass sich im HVKG kein Ausschluss der Generealunternehmerhaftung findet. Darüber hinaus wird mit der Einrichtung einer Prüfbehörde (§ 13) und den klaren Vorgaben für Sanktionen (§ 15) eine zentrale Forderung des DGB aufgegriffen.

Gerade mit Blick auf die Einrichtung einer Prüfbehörde zeigen Evaluierungen von Vergabegesetzen, dass es unternehmensseitig durchaus ein erhebliches Interesse an der effektiven Kontrolle der lohnseitigen Vorgaben des Vergaberechts gibt. Bei den Kontrollen der Vergabegesetze besteht – trotz guter Ansätze etwa in Bremen – generell in den meisten Bundesländern ein erhebliches Defizit (vgl. ebd.: 66 ff.). Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass die Vergabestellen aufgrund eines drohenden Rollenkonflikts als Prüfinstitutionen denkbar ungeeignet sind:

„[D]ie Vergabestellen vor Ort [sind] daran interessiert, eine möglichst reibungslose Vergabe und Durchführung öffentlicher Aufträge zu verwirklichen. Dafür kann ein gutes und kooperatives Verhältnis zu den Unternehmen ausschlaggebend sein. Dieses droht aber durch Kontrollen beeinträchtigt zu werden. Diese sind insofern von den Vergabestellen nicht zwingend erwünscht. Stellt man diese Eigenlogik der Kooperation zwischen Auftraggeber und -nehmer in Rechnung, bedarf es einer externen Kontrolle der Umsetzung sozialer Standards in der Vergabe.“ (ebd. 70)¹⁰

Generell sollte aus gewerkschaftlicher Sicht ein vergabespezifischer Mindestlohn in Hessen gelten. Anders als in § 3 vorgesehen wäre aber die Koppelung eines solchen Mindestlohns an die unterste Tarifgruppe des TV-H sinnvoll – dies entspräche aktuell 10,13 Euro. Für die Einführung eines vergabespezifischen Mindestlohns neben dem allgemein in Deutschland geltenden Mindestlohn in Höhe von aktuell 8,84 Euro spricht, dass damit der Wettbewerb zwischen öffentlicher Eigenleistung und Fremdvergabe im öffentlichen Sektor auch in Hessen eingeschränkt würde (vgl. Sack u.a.: 37 f.).

Relevant für die im § 3 HVKG vorgesehenen Regelungen ist auch die Ende Mai 2018 vom Europäischen Parlament verabschiedete neue Entsenderichtlinie, deren Auswirkungen noch nicht im HVKG berücksichtigt werden konnten.

Im Rahmen der neuen Entsendung sind nicht mehr nur allgemeinverbindliche Tarifverträge anwendbar. Damit können auch im Rahmen der öffentlichen Vergabe nicht allgemeinverbindliche Tarifverträge zur Grundlage einer Vergabe gemacht werden.

Mit dieser Änderung wird im Ergebnis dem Rüffert-Urteil des EuGH die Argumentationsbasis entzogen. Das Hauptargument, mit dem 2008 im Rüffert-Urteil die Bezugnahme auf einen regionalen Tarifvertrag nach dem niedersächsischen Vergabegesetz als europarechtswidrig abgelehnt wurde, war, dass nach Auffassung des EuGH die alte Entsenderichtlinie nur die Bezugnahme auf allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge oder gesetzliche Regelungen erlaubt hat. Selbst wenn schon in der Vergangenheit diese

⁹ Zur Möglichkeit, die ILO-Kernarbeitsnormen zur Geltung zu bringen, vgl. Sack u.a. (53 f.).

¹⁰ Auch in den aktuellen Evaluierungsberichten aus Niedersachsen (Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr 2016) und Schleswig-Holstein (Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Technologie des Landes Schleswig-Holstein 2016) findet sich dieser Kritikpunkt.

**Deutscher Gewerkschaftsbund
Bezirk Hessen-Thüringen**



Seite 7 von 8

Interpretation der Entsenderrichtlinie als Maximal- und nicht als Minimalrichtlinie fragwürdig war, lässt sie sich nun spätestens mit der neuen Formulierung der Entsenderrichtlinie nicht mehr aufrechterhalten.

Nach Art. 3 Abs. 8 der Entsenderrichtlinie ist für alle Mitgliedstaaten möglich, folgende Tarifverträge:

1. Tarifverträge oder Schiedssprüche, die für alle in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden gleichartigen Unternehmen allgemein wirksam sind, und/oder
2. Tarifverträge, die von den auf nationaler Ebene repräsentativsten Organisationen der Tarifvertragsparteien geschlossen werden und innerhalb des gesamten nationalen Hoheitsgebiets zur Anwendung kommen.

4. Zusammenfassende Bewertung

Das Land Hessen 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 Tariftreue Regelungen werden eben nur dann materielle Wirkung entfalten, wenn eine effektiv arbeitende Behörde eingerichtet wird, die auch ernstzunehmende Kontrollen vornimmt.

Der Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Hessisches Gesetz für soziale und ökologische Kriterien, Tariftreue und Mindestlohn bei Vergaben ist geeignet, die fundamentalen Mängel des HVTG zu beseitigen. Dabei würde der DGB es begrüßen, wenn der vergabespezifische Mindestlohn an die unterste Tarifgruppe des TV-H gekoppelt würde. Außerdem regen wir an, die erweiterten Möglichkeiten bei der konkreten Ausgestaltung von Tariftreue Regelung durch die Ende Mai 2018 vom Europäischen Parlament verabschiedete neue Entsenderrichtlinie zu nutzen.

Literatur

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

Bach, Stefan/ Thiemann, Andreas/ Zucco, Aline (2018): Looking for the Missing Rich: Tracing the Top Tail of the Wealth Distribution, DIW Discussion Paper 1717, Berlin.

Bosch, Gerhard/Kalina, Thorsten (2017): Wachsende Ungleichheit in der Prosperität. Einkommensentwicklung 1984 bis 2015 in Deutschland, IAQ-Forschung 03-2017.

Deutscher Gewerkschaftsbund (2014): Stellungnahme 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.

**Deutscher Gewerkschaftsbund
Bezirk Hessen-Thüringen**



Seite 8 von 8

Eicker-Wolf, Kai/Schulten, Thorsten (2013): Niedriglohn als politisches Programm? Zur Entwicklung des Niedriglohnsektors und zur Debatte um ein Tariftreuegesetz in Hessen, in: Eicker-Wolf, Kai/Körzell, Stefan (Hg.), Hessen vorne? Zu den Herausforderungen der Landespolitik in Hessen, Darmstadt.

Eicker-Wolf, Kai/Truger, Achim (Hg.) (2017): Ungleichheit – ein „gehyptes Problem“? Zur Entwicklung von Einkommens- und Vermögensverteilung in Deutschland, Marburg.

Ellguth, Peter/Kohaut, Susanne (2016): Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung: Ergebnisse aus dem IAB-Betriebspanel 2015, in: WSI Mitteilungen 4/2016.

Horn, Gustav/Behringer, Jan/Gechert, Sebastian/Rietzler, Katja/Stein, Ulrike (2017): Was tun gegen Ungleichheit? Wirtschaftspolitische Vorschläge für eine reduzierte Ungleichheit, IMK Report 129, September 2017.

Sack, Detlef/Schulten, Thorsten/Sarter, Eva-Katharina/Böhlke, Nils (2016): Öffentliche Auftragsvergabe in Deutschland. Sozial und nachhaltig?, Baden-Baden.

Kalina, Thorsten/Weinkopf, Claudia (2017): Niedriglohnbeschäftigung 2015 – bislang kein Rückgang im Zuge der Mindestlohneinführung, IAQ-Report 06-2017.