



HESSISCHER LANDTAG

27. 04. 2009

Kleine Anfrage

des Abg. Schäfer-Gümbel (SPD) vom 27.02.2009

betreffend hessisches Vergabegesetz

und

Antwort

des Ministers für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung

Die Kleine Anfrage beantworte ich im Einvernehmen mit dem Minister für Arbeit, Familie und Gesundheit wie folgt:

Frage 1. Warum ist das hessische Vergabegesetz bis zum sogenannten Rüffert-Urteil des Europäischen Gerichtshofs am 3. April 2008 nicht zur Anwendung gekommen?

Das Hessische Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Hessisches Vergabegesetz - HVgG) vom 17. Dezember 2007 ist am 1. Januar 2008 in Kraft getreten, ohne dass die entsprechenden Lohntarifverträge dort enthalten sind.

Aus Gründen vorgreiflichen Rechts der Europäischen Gemeinschaften (EG-Recht) kann das Gesetz die für den Vollzug der in Hessen anzuwendenden Tarifverträge nicht einfach in Bezug nehmen, sondern muss jeden einzelnen Lohntarifvertrag in seinem vollständigen Anwendungsbereich bekannt geben. Damit soll gewährleistet werden, dass sich insbesondere Unternehmen im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) und der Schweiz unmittelbar und schnell über das hier einzuhaltende Recht informieren können. Diese Frage war Gegenstand eines Auskunftersuchens der Europäischen Kommission gegenüber der Bundesregierung in einem anderen Fall, der zu einem förmlichen Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 EG-Vertrag geführt hätte, wenn diese Regelung dort nicht zurückgenommen worden wäre.

Für den Vollzug des Hessischen Vergabegesetzes war es daher nach dessen § 2 Abs. 1 erforderlich, in einem besonderen Verfahren alle in Hessen geltenden Entgelttarif-Verträge zu sammeln, zu sichten und dann im Staatsanzeiger des Landes Hessen und in der Hessischen Ausschreibungsdatenbank HAD bekannt zu geben. Die Prüfung beschränkte sich dabei nicht auf die vom DGB Hessen übermittelten Tarifverträge. Die Bekanntgabe des Wortlauts aller maßgeblichen Regelungen wurde kurzfristig zurückgestellt, als bekannt wurde, dass der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) alsbald sein Urteil in der Rechtssache C-346/06 - "Rüffert" - fällen werde. Das Urteil hat mit seinen tragenden Gründen erheblichen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit der Regelungen und der Ausführung des Hessischen Vergabegesetzes. Nach den vorab bekannt gewordenen Informationen konnte nicht mehr davon ausgegangen werden, dass der Gerichtshof dem Schlussantrag des Generalanwalts Y. Bot vom 20. September 2007 folgen und die Regelungen des Niedersächsischen Landesvergabegesetzes mit dem Recht auf Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit nach dem EG-Vertrag als vereinbar erkennen werde.

Das Urteil erging am 3. April 2008 mit dem bekannten Tenor. Das Aussetzen der Bekanntgabe der maßgeblichen Lohntarifvertragsregelungen hat sich damit als richtig erwiesen, weil mit der EuGH-Entscheidung feststeht, dass eine regionale Tarifvertragsregelung im öffentlichen Auftragswesen des Landes nicht zulässig ist. Anderenfalls wären die im Vollzug des Hessischen Vergabegesetzes auferlegten Vergabeverfahren aufzuheben gewesen; ge-

schlossene Verträge wären rechtswidrig und hätten je nach Sachstand gekündigt, neu ausgeschrieben oder sonst angepasst werden müssen. Schadenersatzansprüche wären zudem nicht auszuschließen gewesen.

Frage 2. Haben nach dem Ruffert-Urteil Gespräche zwischen dem DGB Hessen und der Landesregierung zum hessischen Vergabegesetz stattgefunden, und falls ja: Mit welchem Ergebnis und was ist vereinbart worden?

Mit dem Hessischen Minister für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung fanden keine Gespräche statt, aber auf Arbeitsebene im Hause des damaligen Hessischen Sozialministeriums. Die dort geführten Gespräche führten zu keinem gemeinsamen Ergebnis. Der DGB Hessen vertrat bei diesen Gesprächen die Position, auf die neue Rechtslage zurückkommen zu wollen.

Frage 3. Ist der Landesregierung das im Auftrag der Gewerkschaften ver.di und transnet erstellte Gutachten Vorgabe von Sozialstandards in Ausschreibungen von ÖPNV-Leistungen vom 28. August 2008 bekannt?
Falls ja: Wie bewertet die Landesregierung die Ergebnisse dieses Gutachtens?

Das Gutachten ist der Landesregierung bekannt.

Dem Standpunkt des Gutachtens, weder die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EGV noch die Entsenderichtlinie 96/71/EG gelte wegen der Bereichsausnahme des Art. 51 Abs. 1 EG-Vertrag für den Verkehrssektor, sodass die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften in der Rechtssache C 346/06 nicht auf den Verkehrssektor übertragbar sei, kann nicht gefolgt werden. Zwar gilt im Verkehrsbereich die Dienstleistungsfreiheit nicht unmittelbar, betroffen ist aufgrund der im deutschen Beförderungsgesetz vorgesehenen Niederlassungspflicht vorrangig aber die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EG-Vertrag. Im Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit besteht ebenfalls ein Beschränkungsverbot. Es ist nicht auszuschließen, dass die tragenden Gründe der EuGH-Entscheidung auf den ÖPNV zu übertragen sind, sodass eine Erweiterung des Hessischen Vergabegesetzes mit einer Sonderregelung für den ÖPNV-Bereich mit erheblichen rechtlichen Risiken verbunden ist. Vergaben der hier angesprochenen ÖPNV-Leistungen erfolgen dabei zwar nicht nach dem EG-Vergaberegime, sondern in einem eigenständigen konzessionsähnlichen Verfahren, das allerdings dem Vergaberegime nachgebildet ist.

Frage 4. Wie bewertet die Landesregierung die anstehende Ausweitung des Arbeitnehmerentsendegesetzes auf weitere sechs Branchen, darunter die Pflegebranche, die Abfallwirtschaft und die Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen?
Spricht aus Sicht der Landesregierung etwas dagegen, das hessische Vergabegesetz auf die im Arbeitnehmerentsendegesetz erfassten Branchen zu beziehen?

Die Ausweitung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes ist in Bezug auf ein Vergabegesetz unerheblich. Das Entsenderecht ist als vorgreifliches Bundesrecht bei der Ausführung der dort reglementierten Leistungen sowohl bei allen öffentlichen als auch privaten Aufträgen von den Unternehmen zwingend anzuwenden.

Frage 5. Könnte das hessische Vergabegesetz auf alle in Hessen geltenden allgemeinverbindlichen Tarifverträge Bezug nehmen?

Das Hessische Vergabegesetz kann - wie bereits in Antwort zur Frage 1 ausgeführt wurde - nicht pauschal alle in Hessen geltenden allgemeinverbindlichen Tarifverträge in Bezug nehmen. Es könnten nur solche aufgenommen werden, die den Anforderungen primären und sekundären EG-Rechts entsprechen. Solche allgemeinverbindlichen Tarifverträge gelten dann aber bereits nach § 5 Tarifvertragsgesetz und bedürften daher keiner besonderen Umsetzung im Vergaberecht der öffentlichen Hand.

Anknüpfungspunkt für die Erstreckung tarifvertraglicher Arbeitsbedingungen sind nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz die Rechtsnormen eines bundesweiten Tarifvertrages. Ein räumlich auf das Land Hessen beschränkter Tarifvertrag ermöglicht es auch bei seiner Allgemeinverbindlicherklärung nicht, Mindestentgeltstandards auf entsandte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen zu erstrecken.

Frage 6. Welche Schritte hat die Landesregierung unternommen und welche Schritte plant die Landesregierung, um das hessische Vergabegesetz europarechtskonform auszugestalten?

Auf der Grundlage primären und sekundären EG-Rechts lässt sich in Hessen keine regionale europarechtskonforme Ausgestaltung eines hessischen Vergabegesetzes erreichen. Dies ist nur bundeseinheitlich möglich.

Frage 7. Falls die Landesregierung nicht tätig werden will: Wie wird dies begründet?
Ist nach Ansicht der Landesregierung die Begründung für das im Dezember 2007 verabschiedete hessische Vergabegesetz entfallen?

Nach Auffassung der Landesregierung lässt das Ruffert-Urteil keinen Spielraum für eine eigenständige regionale Entgelttarifregelung im öffentlichen Auftragswesen zu.

Die Gründe für das 2007 verabschiedete Hessische Vergabegesetz mögen in Bezug auf ruinösen Wettbewerb und sog. Lohndumping nicht entfallen sein. Das damals verfolgte ordnungspolitische Ziel lässt sich bei der gegebenen Rechtslage aber nicht mehr mit diesem Gesetz erreichen.

Frage 8. Welche Schritte will die Landesregierung unternehmen, um bei der Umsetzung des so genannten Konjunkturprogramms II und des Landesinvestitionsprogramms in Höhe von 1,7 Mrd. € Lohndumping im Baubereich zu unterbinden?

Die Vergabegeschäfte sind von den öffentlichen Auftraggebern in Hessen eigenverantwortlich durchzuführen. Mit Erlass vom 18. März 2009 (StAnz. 14/2009 S. 831) wurde der Gemeinsame Runderlass zum öffentlichen Auftragswesen vom 1. November 2007 (StAnz. 48/2007 S. 2386) fortgeschrieben; die Konjunktur- und Sonderinvestitionsprojekte sind ausschließlich in Beschränkter Ausschreibung und Freihändiger Vergabe zu beauftragen und nicht in Öffentlicher Ausschreibung zu vergeben, bei dem jedes Unternehmen aus dem EWR und der Schweiz ein Angebot abgeben kann. Nach Nr. 3.4 dieses Erlasses sind auffällig niedrige Angebote besonders sorgfältig zu prüfen und gegebenenfalls als nicht auskömmliche Angebote auszuscheiden; Bieter haben dabei die auskömmliche Kalkulation ihres Angebots nachzuweisen. Zudem begünstigt eine nach Nr. 3.1 des Erlasses durchzuführende kleinteilige Ausschreibung und Vergabe mittelständische Unternehmen aus der Region der ausschreibenden Stelle; diese Unternehmen zahlen im Gegensatz insbesondere zu ausländischen Unternehmen tarifvertragsgemäße oder jedenfalls auskömmliche Löhne, nicht zuletzt um so die Qualität ihrer Leistungen und damit ihre unternehmerische Eignung als Auftragnehmer der öffentlichen Hand nachhaltig zu sichern.

Wiesbaden, 17. April 2009

Dieter Posch