

Teil 2

Ausschussvorlage WVA/19/6 – öffentlich –

Stellungnahmen zu der mündlichen Anhörung

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

8.	Ingenieurkammer des Landes Hessen	S. 36
9.	HELABA, Wirtschafts- und Infrastrukturbank Hessen	S. 39
10.	Unaufgefordert eingegangene Stellungnahme: Abg. Heike Hofmann und Abg. Michael Siebel	S. 40
11.	Kommunaler Arbeitgeberverband Hessen e. V., Dr. Markus Sprenger	S. 48
12.	Vereinigung der hessischen Unternehmerverbände e. V., Volker Fasbender	S. 52
13.	IHK Arbeitsgemeinschaft, Beate Scheibig	S. 63
14.	Verband der Südwestdeutschen Wohnungswirtschaft e. V.	S. 73
15.	Auftragsberatungsstelle Hessen e. V., Brigitta Trutzel	S. 78

Ingenieurkammer Hessen | Gustav-Stresemann-Ring 6 | 65189 Wiesbaden

Hessischer Landtag
Der Vorsitzende des Ausschusses für
Wirtschaft, Energie, Verkehr und
Landesentwicklung
Postfach 3240
65022 Wiesbaden

Gustav-Stresemann-Ring 6
65189 Wiesbaden
Tel.: +49 (0) 611 / 97457-0
Fax: +49 (0) 611 / 97457-29
www.ingkh.de
info@ingkh.de
Nassauische Sparkasse
KTO: 213 097 970
BLZ: 510 500 15
IBAN-Code:
DE08 5105 0015 0213 0979 70
SWIFT-BIC: NASSDE55XXX

Ihr Zeichen:
- I A 2.4 -

Unser Zeichen:
me/gs

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

Wiesbaden, den 26. August 2014

**Stellungnahme der Ingenieurkammer Hessen zu Gesetzentwürfen zur
Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher
Aufträge**

- Drucks. 19/134 -; -Drucks.19/349 und Drucks. 19/401

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 03. Juli 2014 und bedanken uns
zunächst für die Übersendung der Gesetzentwürfe sowie über die Gelegenheit
hierzu Stellung nehmen zu können.

Generell steht die Förderung des Mittelstandes mit der Neuregelung nicht
mehr im Fokus: Die Gesetzesentwürfe sehen u.a. Regelungen zur
Tariftreuepflicht vor, die in ihrer Ausgestaltung zu einer Verkomplizierung der
Vergabep Praxis führen und Beschaffungsvorgänge für alle Seiten aufwendiger
und teurer machen. Gleichzeitig werden zentrale Bausteine der
Mittelstandsförderung, die das HVgG eingeführt hatte wieder gestrichen. Es ist
zu besorgen, dass sich noch weniger mittelständische Unternehmen um
öffentliche Aufträge bemühen werden.

Der gemeinsame Gesetzesentwurf von CDU und BUNDNIS 90/DIE GRÜNEN
entspricht in Hinblick auf den bisherigen Focus, den Mittelstand zu schützen
und zu fördern in seinen Grundzügen am ehesten den Vorstellungen der
Ingenieurkammer Hessen.

Die Gesetzesentwürfe der Fraktionen DIE LINKE und SPD hingegen weichen
hinsichtlich dieser grundsätzlich mittelstandsfreundlichen Zielrichtung vom be-

stehenden Hessischen Vergabegesetz erheblich ab und sind zudem in der praktischen Umsetzung schwierig. Unsere Ausführungen beschränken sich daher auf den Entwurf der Fraktionen der CDU und BUNDNIS 90/DIE GRÜNEN.

Im Übrigen schließen wir uns der Stellungnahme der Auftragsberatungsstelle an, die mit uns abgestimmt wurde und die wir ausdrücklich unterstützen.

Zu den einzelnen Absätzen des HVTG:

Zu § 10 Abs. 5:

Mit der beabsichtigten Regelung des § 10 Abs. 5 Nr. 3 HVTG soll die Durchführung eines Interessenbekundungsverfahrens bei Dienstleistungen ab 50 Ts Euro pro Auftrag obligatorisch werden. Wir halten die Herabsetzung der bisherigen Wertgrenze von 80 Ts Euro pro Auftrag (§ 4 Abs. 5 Nr. 2 Vergabegesetz 2013) für unzumutbar. Ein Interessenbekundungsverfahren ist ein vereinfachter Teilnehmerwettbewerb. Dieses Verfahren bedeutet einen Mehraufwand für jeden Teilnehmer und sollte in vertretbarer Relation zum Auftragsgegenstand stehen.

Wir schlagen daher die Beibehaltung der bisherigen Wertgrenze von 50 Ts Euro vor.

Zu § 10 Abs. 8:

Das für das öffentliche Auftragswesen zuständige Ministerium wird nach § 10 Abs. 8 HVTG ermächtigt im Einvernehmen mit anderen Ressorts einheitliche Muster für das Vergabeverfahren zu erstellen. Die Erstellung von einheitlichen Mustertexten wird von uns ausdrücklich begrüßt. Sie dienen der Strukturierung des Verfahrens und schaffen einheitliche Rahmenbedingungen. Wir würden uns wünschen, wenn diese Mustertexte auch Vorgaben hinsichtlich der Verfahrensabläufe beim Zwei-Umschlagsverfahren nach § 16 Abs. 3 HVTG enthalten würden, auch hinsichtlich der Standardisierung der Wertungskriterien.

Zu § 11 Abs. 3:

Bei freihändigen Vergaben bzw. beschränkten Ausschreibungen ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb sollen mindestens 5 geeignete Unternehmer zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Damit wird die bisherige Zahl der aufzufordernden Bewerber von 3 erheblich erhöht (§ 5 Abs. 3 Satz 2 Vergabegesetz 2013).

Wir halten diese neue Vorgabe für überzogen. Für eine Markterkundung ist die Einholung von drei Angeboten völlig ausreichend.

Wir schlagen daher die Beibehaltung der bisherigen Zahl aufzufordernden Bieter vor.

Zu § 15 Abs. 3:

Bei Vergabe eines Auftrages ab einem Auftragswert von 15 Ts Euro insbesondere bei freihändigen Vergaben ohne Interessenbekundungsverfahren soll der öffentliche Auftraggeber bestimmte Daten eines Auftrages der HAD für einen begrenzten Zeitraum bekannt geben. Nach der Begründung zum Gesetzentwurf soll diese Regelung die „Ex-post-Transparenz“ sicherstellen. Uns erschließt sich derzeit der Sinn einer solchen Veröffentlichungspflicht nicht.

Wir regen daher die ersatzlose Streichung dieses Absatzes an.

Mit freundlichen Grüßen



Prof. Dr.-Ing. Dr.-Ing. E.h. Udo F. Meißner
Präsident der Ingenieurkammer Hessen

Wirtschafts- und Infrastrukturbank Hessen · 60297 Frankfurt am Main

Hessischer Landtag
 Der Vorsitzende des Ausschusses
 Für Wirtschaft, Energie, Verkehr und
 Landesentwicklung
 Postfach 3240
 65022 Wiesbaden

Wirtschafts- und Infrastrukturbank Hessen
60297 Frankfurt am Main

Standort Offenbach am Main

Strahlenbergerstr. 11
63067 Offenbach am Main

www.wibank.de

Ihre Nachricht: I A 2.4; Ihr Schreiben vom
03.07.2014Unser Zeichen: Neues Hessisches Tariftreue-
und Vergabegesetz 2014 u.a.

Ansprechpartner/in:

dagmar.baecker@wibank.de

Telefon:

Fax:

Datum: 29. August 2014

Öffentliche mündliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung und schriftliche Stellungnahme zu Gesetzesentwürfen zum Thema Vergabe und Tariftreue in Hessen

Sehr geehrter Herr Reif, sehr geehrte Frau Schnier,

auf Ihr o.g. Schreiben nehmen wir Bezug und bedanken uns für die Möglichkeit zur Anhörung und Stellungnahme zu den eingereichten Gesetzesentwürfen.

Von einer Beteiligung an der Anhörung würden wir absehen. Unabhängig davon stehen wir aber gerne für Rückfragen zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Johannes Loheide



HEIKE HOFMANN
MICHAEL SIEBEL

MITGLIED DES HESSISCHEN LANDTAGS

HEIKE HOFMANN / MICHAEL SIEBEL, MDL WILHELMINENSTR. 7A 64283 DARMSTADT

Hessischer Landtag
Ausschuss für Wirtschaft, Energie,
Verkehr und Landesentwicklung
Schlossplatz 1-3
65183 Wiesbaden

MS / sm

Darmstadt, den 15.08.2014

Die Abgeordneten Hofmann und Siebel (SPD) haben am 23. Juni 2014 in Darmstadt eine "Anhörung von unten" zum

**Gesetzentwurf der SPD-Fraktion
für ein Gesetz zur Sicherung von Tariffreue und Sozialstandards sowie fairem Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge
(Hessisches Tariffreue- und Vergabegesetz)
mit der Drucksachenummer 19/349**

durchgeführt.

Zu der Anhörung waren Akteure aus der Region Darmstadt und Darmstadt-Dieburg eingeladen.

An der Anhörung nahmen folgende Personen teil:

Geschäftsführer DADINA		Altenhein	Matthias
Arbeitsgemeinschaft f. Arbeitnehmerfragen		Dobelman	Karin
IG Metall Erwerbsloseninitiative		Grobe	Rainer
Merck KGaA Betriebsrat		Crocifissa	Attardo
Stadtverordnete		Aslan	Yasemin
DGB Südhessen		Raupp	Horst
IHK Rhein-Main Darmstadt	Geschäftsbereichsleiter	Benda	Hans-Heinrich
Handwerkskammer Darmstadt und Kreis	Mitglied des Vorstands, Bauunternehmer	Liebig	Georg
IG Bauen Agrar Umwelt	Regionalvertretung	Herd	Robert
Vereinigung hessischer Unternehmerverbände e.V.	Leiter der Rechtsabteilung	Widuch	Dirk
Institut für Wohnen und Umwelt	Prokurist	Herrschaft	Helmut
Deutsche Telekom	Regionalleiter Dr.	Miele	Jürgen
DGB Stadtverband	Vorsitzender	Keller	Thomas

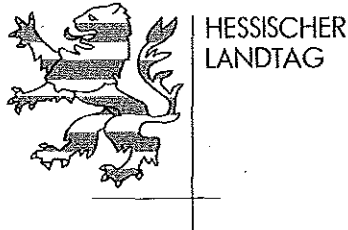
Verband baugewerblicher Unternehmen	Geschäftsführer	Kuhn	Otto
	Rechtsanwalt	Thomas	Patrick
Merck KGaA	Human Resources	Bürk	Matthias

Wir reichen die Ergebnisse dieser Anhörung als unaufgeforderte Stellungnahme beim Hessischen Landtag ein und bitten diese Stellungnahme den Unterlagen zur schriftlichen Anhörung beizufügen.

Mit freundlichen Grüßen

Heike Hofmann
Heike Hofmann


Michael Siebel



HEIKE HOFMANN
MICHAEL SIEBEL

MITGLIED DES HESSISCHEN LANDTAGS

HEIKE HOFMANN U. MICHAEL SIEBEL, MDL WILHELMINENSTR. 7A 64283 DARMSTADT

MS / sm

Darmstadt, den 15.8.2014

Gesetzentwurf der SPD-Fraktion

für ein Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairem Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge

(Hessisches Tariftreue- und Vergabegesetz)

mit der Drucksachenummer 19/349

Protokoll der lokalen Anhörung am 23. Juni 2014 19.30 Uhr

1. Begrüßung:

Heike Hofmann und Michael Siebel begrüßen die anwesenden Teilnehmerinnen und Teilnehmer. Dabei erläutern sie das Vorgehen, es soll ein Protokoll der Wortmeldungen erstellt werden und als sogenannte „unaufgeforderte Stellungnahme“ in den Geschäftsgang des Hessischen Landtags eingebracht werden.

2. Beiträge der Teilnehmerinnen und Teilnehmer

IHK, Geschäftsbereichsleiter Hans-Heinrich Benda:

Herr Benda äußert seine Bedenken zur Umsetzbarkeit des Gesetzentwurfes, da er hohe Kosten für die Administrierung und hohe Folgekosten erwartet. Die Kommunen stießen mit ihrer Finanzausstattung an ihre Grenzen.

Er fragt sich, wie die Firmen im Einzelnen die Nachweise für die Einhaltung der Standards erbringen sollen. Er wünscht sich eine einfachere Lösung nach Schweizer Vorbild, dem Zwang, nie den billigsten Anbieter zu nehmen.

Zur Frage der Bevorzugung von Betrieben, die ausbilden, weist Herr Benda darauf hin, dass 20% aller ausbildenden Unternehmen keine Bewerber/innen, für die von ihnen ausgeschriebenen Stellen haben.

Die Hessische Vergabedatenbank soll nach seiner Meinung als verbindliche Grundlage dienen. Die Prüfbehörde hält er besser als Auftragsberatungsstelle außerhalb der Verwaltung angesiedelt.

IG Bauen, Agrar, Umwelt Robert Herdt:

Herr Herdt ist der Meinung, dass beide Entwürfe (SPD und Regierungsentwurf) an der Realität vorbeigehen. Er erwähnt die VOB und die Verdingungsleistungen, die das wirtschaftlichste Angebot vorsehen. Herr Herdt erwähnt folgendes Beispiel: Das Darmstädter Klinikum hat einen Anbau ausgeschrieben, ein deutsches Unternehmen erhielt den Zuschlag, das wiederum rumänische Subunternehmen beauftragt. Er stellt die Frage, wer in diesen Fällen prüft. Lohndumping ist seiner Erfahrung nach überall zu finden. Die VOB sollten nach seiner Meinung konsequent angewendet werden.

DGB Hessen Süd, Horst Raupp:

Herr Raupp verweist auf die Mehrzahl der Bundesländer, die bereits entsprechende Gesetze haben. Der SPD Entwurf komme den Forderungen des DGB sehr nahe. Herr Raupp stellt fest, dass im Vergleich in Hessen der höchste Niedriglohnsektor besteht und die öffentliche Hand eine Vorbildfunktion habe. Viele Aufträge werden an Betriebe und Subunternehmen vergeben, damit sei häufig Lohndumping verbunden. Daher ist aus seiner Sicht und des DGB ein Tariftreuegesetz dringend notwendig. Dabei hebt Herr Raupp hervor, dass die Sanktionen besonders wichtig sind und damit vor allem auch die Haftung des Generalunternehmens verbunden ist. Herr Raupp erklärt, dass Wettbewerb nicht auf der Basis von Niedriglöhnen, sondern aufgrund von Service und Qualität stattfinden sollte.

Herr Raupp betont, dass eine Prüfbehörde unabdingbar ist. Zwar hätten die Tarifpartner Löhne ausgehandelt, aber das Hessische Vergabegesetz verhindere dennoch Lohndumping nicht. Unsere Gesellschaft trage den Preis für Lohndumping und zahle 10 Milliarden € für sogenannte „Aufstocker“, deren Gehalt zum Leben nicht reiche. Herr Raupp weist daraufhin, dass nur 20% der ausbildungsfähigen Betriebe noch ausbilden.

Verband baugewerblicher Unternehmer Hessen e.V., Otto Kuhn:

Herr Kuhn erwähnt, dass es bereits ein bestehendes Gesetz gebe, das noch nicht ansatzweise umgesetzt worden sei. Deshalb gebe es keine Notwendigkeit, gerade unter dem Begriff der Nachhaltigkeit auch von Gesetzen einen weiteren Entwurf oder gar weitere Entwürfe über die diversen Parteien einzubringen.

Herr Kuhn weist darüber hinaus auf die Schwierigkeit hin, dass es zur Begrifflichkeit der Tariftreue unterschiedliche Definitionen hierüber gebe. So seien in den alten Bundesländern im Bauhauptgewerbe zwei Mindestlöhne tariflich vereinbart, die auch als gesetzliche Mindestlöhne gelten und die aus der Sicht der öffentlichen Auftraggeber bereits eine Tariftreue bekunden würden.

Dies sehe jedoch der Verband baugewerblicher Unternehmer Hessen e. V. als ein Tarifvertragspartner nicht als die im eigentlichen Sinne vorgesehene Tariftreue an. Vielmehr seien die Tarifföhne der Lohngruppen drei bis sechs die Vereinbarungen zwischen der IG BAU und den Arbeitgeberverbänden der Bauwirtschaft für Facharbeiter, Vorarbeiter und Werkpoliere, die als tariftreu zu bezeichnen seien.

Des Weiteren plädiert Herr Kuhn für die Beibehaltung der Ausschreibungsdatenbank „HAD“, da diese sich bisher schon bewährt habe. Bei der Thematik rund um die Ausbildung merkt Herr Kuhn an, dass sich alle Firmen des Bauhauptgewerbes über eine Berufsausbildungsumlage bereits an der Ausbildung beteiligen, so dass ein zusätzlicher Nachweis, einen Auszubildenden im Unternehmen zu haben, für das Bauhauptgewerbe nicht sinnvoll sei.

Außerdem weist Herr Kuhn darauf hin, dass gemäß der VOB eine öffentliche Auftragsvergabe nur an die Bauunternehmen erteilt werden dürfte, die in der Lage seien, die entsprechenden Gewerke und Teillose überwiegend selbst auszuführen. Mit dieser Vorgabe sei der Wildwuchs bei der Sub-, Subunternehmervergabe leicht einzudämmen und die teils illegalen bis hin zu mafiösen Strukturen beim Lohndumping zu vermeiden.

DADINA Geschäftsführer, Matthias Altenhein:

Herr Altenhein hält das gültige Gesetz für nicht ausreichend, daher begrüßt er sowohl den Entwurf der Landesregierung als auch den SPD-Entwurf. Der RMV und die lokalen Nahverkehrsorganisationen machen zwar heute schon entsprechende Vorgaben bei Vergabeverfahren, es gibt aber Rechtsunsicherheiten. Seiner Meinung nach ist beim ÖPNV die Frage von Subunternehmern nicht so relevant wie in der Baubranche. Allerdings hält Herr Altenhein aus Gründen der Wirtschaftlichkeit auch eine gewisse Flexibilität für die Bestellerseite für erforderlich.

Auf der einen Seite gehe es um Qualitätskriterien wie die Ausrüstung der Busse mit Klimaanlage oder die Qualifizierung der Fahrerinnen und Fahrer, auf der anderen Seite müsse die Wirtschaftlichkeit gewährleistet sein.

Herr Altenhein fragt, welche Kriterien für die Vergabe ausschlaggebend sind und welche Gewichtung für die Bereiche Erstausbildung und ökologische Ausrichtung vorgesehen sind.

Er hat eine redaktionelle Anmerkung: in § 10 (5) 4. Zeile muss es heißen Absatz 4.

Vereinigung hessischer Unternehmerverbände e.V., Leiter der Rechtsabteilung Dirk Widuch:

Herr Widuch hält es für notwendig, eine genaue Formulierung von Tariftreue zu verwenden.

„Tariftreu verhalten muss sich nur der Arbeitgeber, der kraft gewillkürter oder angeordneter Tarifbindung überhaupt verpflichtet ist, Tarifverträge anzuwenden.“

Er kritisiert über den enormen bürokratischen Aufwand. Dies betreffe vor allem die kleineren und mittleren Unternehmen (KMU), die eigentlich gefördert werden sollen.

Nach dem Gesetzentwurf müssten auch kleinere Firmen versichern, die ILO Standards einzuhalten, ohne allerdings zu wissen, was ILO Standards überhaupt sind, was wiederum dazu führt, dass sie sich damit beschäftigen und somit zusätzlich Bürokratie bewältigen müssen.

Herr Widuch weist auf unbestimmte Rechtsbegriffe hin, ein solcher liegt zum Beispiel in § 7 in den Worten "arbeitnehmerschützende Vorschrift".

Was sei damit gemeint? Herr Widuch fragt, ob schon der verlorene Kündigungsschutzprozess ein Verstoß gegen eine "arbeitnehmerschützende Vorschrift" sei, um zu verdeutlichen, wie undefiniert und unklar der Gesetzentwurf aus seiner Sicht an dieser Stelle ist.

Die vorgesehene Prüfbehörde kritisiert Herr Widuch, als Behörde mit weitgehenden Polizeibefugnissen, so sei die Durchsuchung bei Gefahr im Verzug ohne richterliche Verfügung möglich.

Dieses Gesetz dereguliert nicht, sondern überfordert KMU.

Fa. Merck, Betriebsrätin Attardo Crocifissa:

Frau Crocifissa hält die Prüfbehörde für einen „zahnlosen Tiger“ und sehr bürokratisch. Sie schätzt die Nachweise der Firmen für schwer überprüfbar ein.

Deutsche Telekom, Regionalbeauftragter Dr. Jürgen Miele:

Herr Dr. Miele erklärt, dass bestimmte Punkte im Ausschreibungsverfahren schon ziehen.

Er erläutert das Vergabeverfahren der Deutschen Telekom und nennt dabei auch „weiche“ Faktoren, wie Familien und Frauenförderung, die für die Telekom keine Nebensache wären. Er regt an, eine Brücke zu schlagen zwischen Qualitätsmanagement, Sicherheitsmanagement und Service. Bei der Auftragsvergabe von 55.000 Baustellen in ganz Deutschland, können nicht nur an örtliche Anbieter Aufträge vergeben werden.

„Nicht nur Ausschreibungen im Bausektor sind für das von mir hier vertretene Unternehmen in diesem Zusammenhang von Bedeutung. Die schon genannten Faktoren Tariftreue, Frauen- und Familienförderung müssen auch bei großen IT- und E-Government-Ausschreibungen des Landes Hessen Anwendung finden. Vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Debatte um Sicherheit in der Informationstechnik und -infrastruktur (NSA-Skandal) sind auch die anbietenden Unternehmen genau in Augenschein zu nehmen, ob sie den deutschen (EU) Sicherheits- und Datenschutzstandards entsprechen.“

Bauunternehmer, Kreishandwerkerschaft, Mitglied des Vorstands**stv. Obermeister der Bauinnung, Georg Liebig:**

Herr Liebig ist mit der Vergabepaxis seit 25 Jahren täglich beschäftigt, er berichtet, dass in der Regel der preisgünstigste Bieter genommen wird. Für die Prüfbehörde hält er die Besetzung für besonders wichtig, dafür werden erfahrene Leute benötigt. Herr Liebig weist darauf hin, dass kommunale Eigenbetriebe aus dem Vergaberecht herausgenommen sind. Die Bußgelder für Verstöße gegen das Gesetz vom Land kassiert werden, sollten den Kommunen zugute kommen. Herr Liebig hält es für besonders schwierig, kompetente Leute für Vergabe öffentlicher Aufträge zu finden. Für kleinere Unternehmen sind die Hürden für die Bewerbung zu hoch. Große Unternehmen haben dagegen eigene juristische Abteilungen. Herr Liebig schlägt eine Kompetenzbündelung bei der Kontrolle, etwa beim Zoll, vor.

Fa. MERCK, Leiter Human Resources Deutschland, Matthias Bürk:

Herr Bürk weist darauf hin, dass der Gesetzentwurf nicht das Kerngeschäft von Merck betrifft. Er habe den Eindruck, es werde durch den Gesetzentwurf bürokratisch aufwendiger als bisher. Für kleine und mittlere Unternehmen stellt sich die Frage seiner Meinung nach die Frage, wie sehr belastet man diese Unternehmen. Große Unternehmen verfügen über Rechtsabteilung, dies könne man von kleinen Handwerksbetrieben nicht erwarten. Er hält aber den Zweck, der verfolgt wird, für richtig und gut.

Institut für Wohnen und Umwelt, Prokurist Helmut Herrschaft:

Herr Herrschaft berichtet, er sei als Prokurist in einer Einrichtung tätig, die sowohl Anbieter von öffentlichen Aufträgen ist als auch als Auftraggeber. Dabei gebe es aufgrund der personellen Situation einen Generalist für Personal, Finanzen u.ä. Mit den zur Verfügung stehenden Ressourcen sei die Umsetzung des Gesetzes nicht zu leisten. Seiner Einschätzung nach sei die Verantwortung für denjenigen, der die Vergabe „macht“, sehr hoch.

Herrn Herrschaft fragt nach den Größenordnungen für die Beschaffung. § 2 Absatz 1 Satz 2 betreffe die Größenordnung.

Gilt dies auch für kleine Beträgen, z.B. Büroerwerb. Er möchte wissen, wo die Grenzen liegen, wo fängt die Garantie für faire Beschaffung an. Er sehe hier eine unklare Regelung.

DGB Stadtverband, Vorsitzender Thomas Keller:

Herr Keller hält die Kriterien für die Vergabe besonders wichtig, diese fehlen beim Regierungsentwurf. Er schlägt vor, die Normen der ILO für KMU eventuell zu entschärfen. Herr Keller hebt die Bedeutung der Generalunternehmerhaftung hervor. Er lobt die gute Arbeit des Zolls, der aber über zu wenig Personal verfüge. Daher sei der Einsatz einer Prüfbehörde notwendig. Zur Kritik an Durchsuchungsbefugnissen ohne richterlichen Beschluss weist Herr Keller daraufhin, dass auch diese Behörde an Recht und Gesetz gebunden sei.

Protokollantin: Susanne Menkel-Werner

KAV Hessen e.V., Postfach 10 31 31, 60101 Frankfurt am Main
Hessischer Landtag
Ausschuss für Wirtschaft,
Energie, Verkehr und Landesentwicklung
Herrn MdL Clemens Reif, Vorsitzender
Schloßplatz 1-3
65183 Wiesbaden

Ihr Schreiben vom/Ihr Zeichen

Unser Zeichen
Wa

Auskunft erteilt
Frau Walter

Telefon Durchwahl
(069) 92 00 47 - 21

Frankfurt am Main
23. Juni 2014

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

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

am 21. Mai 2014 hat die erste Lesung für ein **Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz** stattgefunden, von dem wir als Kommunalen Arbeitgeberverband Hessen besonders betroffen sind.

Als Arbeitgeberverband repräsentieren wir die kommunalen Verwaltungen, Betriebe, Unternehmen sowie die sozialen und kulturellen Einrichtungen in kommunaler Trägerschaft in Hessen. Dazu gehören auch die Betriebe und Unternehmen der Daseinsvorsorge und des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV). Unser Verband hat zurzeit **771 Mitglieder, die etwa 220.000 tarifgebundene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigen**. Wir sind Tarifvertragspartei und nehmen die Interessen unserer Mitglieder in allen Angelegenheiten des Tarif-, Sozial- und Arbeitsrechts gegenüber Gewerkschaften, staatlichen Stellen und anderen Organisationen wahr.

Für die hessischen Nahverkehrsbetriebe und -unternehmen, die erstmals in den Geltungsbereich des Gesetzes einbezogen werden sollen, haben wir mit den Gewerkschaften ver.di und dbb beamtenbund und tarifunion den Tarifvertrag Nahverkehrsbetriebe (TV-N Hessen) vereinbart. Es handelt sich dabei um einen speziellen Spartentarifvertrag im Gesamttarifwerk des öffentlichen Dienstes (TVöD).

Da es in dem o.a. Gesetzentwurf auch um tarifrechtliche Fragestellungen geht, **halten wir es für unerlässlich, dass unser Verband an dem Gesetzgebungsverfahren beteiligt und mit seinem Sachverstand von Ihrem Ausschuss angehört wird**. Nur so wäre gewährleistet,

dass alle für eine faire öffentliche Auftragsvergabe relevanten Interessen in das Gesetzgebungsverfahren einfließen.

Deshalb bitten wir Sie herzlich, uns in die Liste der Anzuhörenden aufzunehmen und uns in dem Anhörungsverfahren zu beteiligen.

Wir möchten **vorab bereits auf einige relevante Punkte zum Gesetzentwurf**, insbesondere zu den Regelungen zur Tariftreuepflicht, in der hier gebotenen Kürze eingehen:

- Im Hinblick auf den **Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens** und der Anhörung sachverständiger und interessierter Kreise erkennen wir keine besondere Dringlichkeit. Das geltende Hessische Vergabegesetz vom 25. März 2013 kennt in § 3 bereits eine Tarifvertragsbindung und schreibt die Einhaltung gesetzlicher Mindestarbeitsbedingungen vor. Gleichwohl ist für die öffentliche Auftragsvergabe in Hessen keine allgemeine „Tariftreuepflicht“ an „einschlägige und repräsentative“ Tarifverträge vorgesehen. Nach der Gesetzesbegründung erfolgte dies deshalb nicht, weil eine derartige Tariftreuepflicht als ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und als unionsrechtswidrig angesehen wurde (EuGH, Urteil vom 3. April 2008, Rechtssache C-346/06 – Ruffert ./ Land Niedersachsen, in der es allerdings um den Bereich des Bausektors und nicht den öffentlichen Personennahverkehr ging).
- Dennoch halten wir es perspektivisch für unerlässlich, dass bei Vergabeverfahren die Grundsätze von Gleichbehandlung und Transparenz beachtet werden und auf die **Verhinderung von unfairem Wettbewerb durch Lohn- und Sozialdumping** hingewirkt wird. Diesen zentralen Ansatzpunkt, der letztendlich auch das Tarifvertragssystem in Deutschland stärkt und fördert, begrüßen wir ausdrücklich.
- Der Gesetzentwurf sieht nunmehr für den Verkehrssektor erstmals eine **umfassende Tariftreuepflicht** an einen einschlägigen und repräsentativen Tarifvertrag vor. Solche vergaberechtlichen Bestimmungen haben auch andere Bundesländer eingeführt. Sie unterstützen dort den fairen Wettbewerb. Allerdings kommt es zentral auf die sinnvolle Ausgestaltung an.
- Der TV-N Hessen ist ein Tarifvertrag, der im öffentlichen Nahverkehr wirksame und maßgebliche Schutzstandards für die Leistungserbringung durch Kommunen und kommunale Unternehmen setzt. Ob jedoch im ÖPNV **nur einer oder auch mehrere konkurrierenden Tarifverträge repräsentativ** sein können und der TV-N Hessen Beachtung fände, lässt sich dem Entwurfstext und der Begründung zu § 3 nicht eindeutig entnehmen.
 - § 4 Abs. 5 des Entwurfs, der den Fall einer länderübergreifenden Vergabe von ÖPNV-Leistungen betrifft, spricht nur von einem einschlägigen und repräsentativen Tarifvertrag.
 - Auch außerhalb des Gesetzentwurfs ergibt sich **aus der derzeitigen Tariflandschaft in Hessen keine weitergehende Klärung**. So gilt etwa der TV-N Hessen einheitlich für Omnibus- und Schienenbahnverkehr, der vom Hessischen Landesverband Hessischer Omnibusunternehmer e.V. vereinbarte Mantel- und Entgelttarifvertrag (LHO) jedoch nur für den privaten Omnibusverkehr. Im privaten Schienenfahrzeugverkehr bleibt also noch Raum für weitere Tarifverträge, z. B. die GDL-Tarifverträge für Triebfahrzeugführer bei der HLB Hessenbahn GmbH.

- Nach dem Gesetzentwurf soll nicht geregelt werden, **nach welchen Kriterien die Repräsentativität bestimmt wird**. Weder die Tarifvertragsparteien noch die Mitbewerber in ihrer Mitgliedschaft können voraussehen, ob ihr Tarifvertrag als repräsentativ angesehen werden wird oder nicht.
- **Sollte bei konkurrierenden Tarifverträgen tatsächlich nur einer davon repräsentativ sein oder als solcher erklärt werden können, hielten wir dies für bedenklich.** Ohne gleichmäßige Anerkennung der einschlägigen Tarifbindungen im ÖPNV greift das Vergaberecht unverhältnismäßig in die Tarifautonomie öffentlicher und/oder privater Bewerber ein. Da die eigene Tarifbindung möglicherweise nicht ausreicht, aber in jedem Fall besteht, kann sich aus der zusätzlichen Vorgabe fremder Tarifbedingungen im Vergabeverfahren ein Nachteil ergeben.
 - In Hessen sind sowohl der TV-N Hessen als auch der LHO gleichermaßen mit der Gewerkschaft ver.di abgeschlossen und legitimiert. Warum also abseits des Fehlens jeder Tarifbindung eines Bewerbers im Vergabeverfahren auch noch auf einen einzelnen bestimmten Tarifvertrag abgestellt werden sollte und ein weitergehender Standard geschaffen werden muss als die Tarifvertragsparteien selbst für erforderlich halten, erschließt sich nicht.
 - In Nordrhein-Westfalen (NRW) sind gegen die gesetzliche Einführung des „Repräsentativverfordernisses“ in das Vergabeverfahren inzwischen mehrere Gerichtsverfahren anhängig.

Sowohl der Gesetzeswortlaut als auch die Gesetzesbegründung des Tariftreu- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen (TVgG-NRW) sprechen eindeutig dafür, dass es im Bereich des ÖPNV mehrere repräsentative Tarifverträge geben kann. Ungeachtet dessen wurde letztendlich nur der für die rund 22.000 in kommunalen Nahverkehrsbetrieben Beschäftigten geltende TV-N NW für repräsentativ erklärt, obwohl es dort mit dem Tarifvertrag für den privaten Omnibusverkehr (NWO) für die rund 10.000 Beschäftigten der privaten Busunternehmen einen weiteren konkurrierenden Branchentarifvertrag gibt.

Parallel zu **zwei vor dem Verwaltungsgericht Düsseldorf** anhängigen **Verfahren** hat das **OLG Düsseldorf** (Az.: VII Verg 30/13) in einem vergaberechtlichen **Nachprüfungsverfahren** am 15. Januar 2014 in der Sache verhandelt, jedoch nicht entschieden, weil es die maßgeblichen Rechtsfragen dem EuGH vorlegen müsse. Darüber hinaus ist seit Beginn des Jahres unter dem Az.: VerfGH 3/14 eine **Verfassungsbeschwerde** gegen § 4 Abs. 2 TVgG-NRW sowie § 1 RepT-VVO anhängig. Nach Ansicht der Antragsteller verstoßen diese Regelungen gegen die Vorschriften der Landesverfassung über das Recht der gemeindlichen Selbstverwaltung. Sie beanstanden insbesondere, dass kein Kostenausgleich nach dem Konnexitätsprinzip (Art. 78 Abs. 3 LV NRW) gewährleistet werde, obwohl öffentliche Aufgaben im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs wesentlich verändert worden seien.

- Unklar ist auch, was unter dem in § 4 Abs. 4 Nr. 1 des Gesetzentwurfs für das Hessische Vergabe- und Tariftreuengesetz geregelten Begriff des „**in einem einschlägigen und repräsentativen Tarifvertrag ... vorgesehenen Entgelts**“ zu verstehen ist, das der Besteller an die Beschäftigten zahlen muss. Handelt es sich bei diesem „Mindestniveau“ nur um das Tabellenentgelt oder sind damit auch andere Leistungen mit Entgeltwert, wie z.B. Urlaub oder Arbeitszeit, oder sonstige Entgeltbestandteile, wie z.B. Zuschläge oder Sonderzahlungen gemeint?

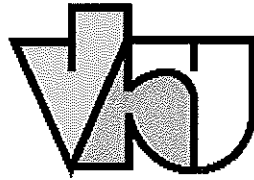
Abschließend appellieren wir auch dringend, dass der **KAV Hessen als Tarifvertragspartei auch bei der Feststellung der einschlägigen und repräsentativen Tarifverträge entscheidungsrelevant beteiligt wird**, wie dies auch in anderen Bundesländern mit den dortigen Tarifvertragsparteien durch die Einrichtung eines sachverständigen Ausschusses gewährleistet worden ist.

Über eine positive Entscheidung, sowohl hinsichtlich unserer Beteiligung im Gesetzgebungsverfahren als auch bei der Feststellung der Repräsentativität im Beirat, würden wir uns freuen.

Mit freundlichen Grüßen

Geschäftsführer Thomas Wisgott
Vorsitzender des Gruppenausschusses
für Verkehrsbetriebe

Manfred Hoffmann
Verbandsgeschäftsführer



**VEREINIGUNG DER HESSISCHEN
UNTERNEHMERVERBÄNDE**

Stellungnahme

zu den Gesetzentwürfen der Fraktionen von CDU und Bündnis
90/Die Grünen (Drucks. 19/401) sowie der Fraktion der SPD
(Drucks. 19/349)

Hessisches Tariftreue- und Vergabegesetz

Frankfurt, 20. August 2014



Zusammenfassung

Die Vereinigung der hessischen Unternehmerverbände e. V. (VhU) vertritt 70 Mitgliedsverbände mit rund 150.000 Mitgliedsunternehmen und 1,5 Mio. Beschäftigten. Als Dachorganisation der Arbeitgeber- und Wirtschaftsverbände in Hessen ist die VhU die Spitzenorganisation der freiwillig organisierten hessischen Wirtschaft. Zugleich ist die VhU Landesvertretung des Bundesverbandes der Deutschen Industrie e. V. (BDI). Aufgabe der VhU ist es, die Interessenvertretung unserer Mitgliedsverbände gegenüber der Politik, den Gewerkschaften und der Öffentlichkeit wahrzunehmen.

In Hessen existiert bereits ein Gesetz zur Förderung der mittelständischen Wirtschaft und zur Vergabe öffentlicher Aufträge vom 25.03.2013. Mit den jeweils eigenen Gesetzentwürfen beabsichtigen die Fraktionen der CDU und Bündnis 90/Die Grünen gemeinsam sowie die Fraktion der SPD, unter Aufhebung der alten Regelung eine Neufassung zu schaffen.

Die geplante Überfrachtung des Vergabeverfahrens mit sachfremden sozialen und ökologischen Anforderungen bringt das Kernziel des Vergaberechts in Gefahr. Das Vergabeverfahren soll sicherstellen, dass öffentliches Geld nicht verschwendet wird, sondern qualitativ gute Leistungen zu einem vernünftigen Preis von der öffentlichen Hand eingekauft werden können. Dieses verfassungsrechtliche Gebot der Wirtschaftlichkeit würde durch sachfremde Vergabekriterien ausgehöhlt. Willkürlichen Vergabeentscheidungen würden Tür und Tor geöffnet.

Die VhU stimmt den grundsätzlichen Gesetzeszielen der Förderung des Mittelstandes und des Standortes Hessen zu (Entwurf CDU/Die Grünen). In der vorliegenden Form würde das Vergaberecht allerdings zu einer massiven Behinderung für die hessischen Unternehmen. Es gibt auch keine Notwendigkeit, ein neues Vergaberecht für das Land Hessen zu schaffen. Erst im Jahre 2013 wurde das Vergaberecht grundlegend reformiert. Die Notwendigkeit einer Neuregelung erschließt sich nicht.



Zumal aufgrund des kurzen Zeitraums der bisherigen Umsetzung des Gesetzes seit 2013 noch keine Erkenntnisse darüber vorliegen, inwiefern sich das derzeitige Vergaberecht in der Praxis bewährt hat. Auch ist nach Einschätzung der VhU das derzeitige Vergaberecht tauglich, klar und handhabbar geregelt.

Durch die geplante Neuregelung würde es zu neuen bürokratischen Hürden kommen und die Unternehmen würden mit weiteren Verfahrensregeln administrativ und finanziell belastet. Die Vergabe öffentlicher Aufträge würde sich weiter unnötig verlangsamen und nicht unerheblich verteuern.

Die VhU setzt sich dafür ein, dass das Vergaberecht einfach und unbürokratisch geregelt ist. Beide Gesetzentwürfe, sowohl der von CDU/Die Grünen als auch der von der SPD, entsprechen diesem Ziel aber nicht.

Zu den Vorschlägen im Einzelnen:

1. Entwurf der Fraktion der CDU und Bündnis 90/Die Grünen

Die geplante Neuregelung des Hessischen Vergaberechts besteht im Wesentlichen aus der Integration von Tariftreue und sozial-ökologischen Gesichtspunkten in das bestehende Vergaberecht.

- § 2 Abs. 2 i. V. m. § 3 des Entwurfs ist abzulehnen, da mit der Vergabe öffentlicher Aufträge sachfremde Kriterien wie soziale, ökologische, umweltbezogene und innovative Anforderungen verbunden werden. Diese Aspekte stellen zwar jeder für sich erstrebenswerte Ziele dar. Deren Umsetzung steht jedoch in keinerlei Verbindung zur Vergabe öffentlicher Aufträge. Die Einbeziehung dieser Anforderungen in das Gesetz ist sachfremd, unbestimmt und praxisuntauglich. Öffentliche Auftraggeber sind von Verfassungen wegen dem Gebot der Wirtschaftlichkeit verpflichtet. Schon in anderen Regelungen des öffentlichen Rechts ist anerkannt, dass sachfremde Erwägungen keinen Einfluss haben dürfen. Auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge darf davon nicht abgewichen werden. Andernfalls ist das Kernziel des Vergaberechts in Gefahr, nämlich sicherzustellen,

dass die öffentliche Hand qualitativ gute Leistungen zu einem vernünftigen Preis einkaufen kann.

Die VhU lehnt es zudem strikt ab, dass in § 3 Abs. 3 die Einhaltung eines „Umweltmanagementsystems“ gesetzlich verankert werden soll. Mit diesem dehnbaren und unbestimmten Begriff wären Tür und Tor geöffnet für willkürliche Anforderungen eines öffentlichen Auftraggebers an potenzielle Auftragnehmer. Bürokratische Hemmschwellen und hohe Kosten sind weitere Folgen.

- Die nach § 4 Abs. 1 des Entwurfs geplante Tariftreuregelung darf sich allenfalls auf kraft Gesetzes geltende oder für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge beziehen. Eine Klarstellung und Konkretisierung hinsichtlich letzterer ist dringend notwendig. Anderenfalls steht die Regelung in Widerspruch zur negativen Koalitionsfreiheit. Unternehmen können nicht per Landesvergabebestimmungen verpflichtet werden, entgegen der eigenen grundrechtlich geschützten Entscheidung tarifvertragliche Leistungen zu gewähren. Hierin wäre ein Verstoß gegen das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG und das Recht der negativen Koalitionsfreiheit aus Art. 9 GG zu sehen. Eine über die bestehende Tarifbindung eines Unternehmers hinausgehende Verpflichtung ist daher abzulehnen. Klarstellungsbedürftig ist zudem, wie das Verhältnis zwischen § 4 Abs. 1 und § 4 Abs. 2 zu bewerten ist. Im Übrigen erschließt sich der Sinn von § 4 Abs. 3 angesichts der bevorstehenden Abschaffung des Mindestarbeitsbedingungengesetzes nach Art. 14 des zum 01.01.2015 in Kraft tretenden Tarifautonomiestärkungsgesetzes nicht.
- Die Bedenken der VhU gegen geltende und zukünftige Mindestlohnregelungen, auf die in § 6 des Entwurfs Bezug genommen wird und deren Einhaltung Bewerber und Bieter in Textform noch einmal besonders erklären sollen, bleiben weiter bestehen. Durch diese wird es nicht wie erhofft zu einer Belebung der Wirtschaft kommen, vielmehr wird als negative Folge unqualifizierten Bewerbern oder Langzeitarbeitslosen der Einstieg in das Berufsleben erheblich erschwert. Im Übrigen erschließt sich der Mehrwert einer besonderen Erklärung in Textform hinsichtlich der Einhaltung von ohnehin geltenden gesetzlichen Bestimmungen nicht.



Die VhU begrüßt jedoch, dass im Entwurf insgesamt kein eigens bezifferter hessischer Mindestlohn genannt ist. Allein der Verweis auf das Bundesrecht in § 6 des Entwurfs ist in der Lage, einen Überbietungswettbewerb auf Bundes- und Landesebene zu verhindern.

- Die in § 7 Abs. 3 des Entwurfs geplante Regelung, wonach die Auftragnehmer sowie deren Nachunternehmer die Verpflichtungserklärungen im Sinne der §§ 4 und 8 schon im Zeitpunkt der Angebotsabgabe abzugeben haben, geht vollständig an der unternehmerischen Praxis vorbei. Es ist völlig ausreichend, wenn diese nach der Auftragserteilung nachgereicht werden. Eine vorherige Erklärung ist nicht möglich, da die Nachunternehmer dem Auftragnehmer zu diesem frühen Zeitpunkt oftmals noch gar nicht bekannt sind. In § 7 Abs. 1 scheint dieser Umstand noch erkannt worden zu sein. In § 7 Abs. 3 ist angesichts von dessen gravierender Rechtsfolge daher mindestens eine Klarstellung diesbezüglich erforderlich, dass Verpflichtungserklärungen etwaig noch nicht feststehender Nachunternehmer auch nachgereicht werden können.
- Die Verpflichtung des Auftragnehmers zur Einhaltung des Mindestlohns und der Tariffreuepflicht auch hinsichtlich der Nachunternehmer, so wie in § 8 des Entwurfs gefordert, ist abzulehnen. Der Auftragnehmer hat keine gesetzliche oder vertragliche Möglichkeit, auf den Nachunternehmer in der vom Entwurf verlangten Weise einzuwirken. Allein das Einholen der Verpflichtungserklärungen ist bereits mit einem erheblichen bürokratischen Aufwand verbunden. Wie der Auftragnehmer bei einem Verstoß des Nachunternehmers diesen dann noch rein tatsächlich zur Erfüllung der Tariffreue und Zahlung des Mindestlohns anhalten soll, bleibt vollkommen unklar.

Im Ergebnis stellt § 8 des geplanten Entwurfs eine Benachteiligung vor allem des Mittelstandes dar. Unternehmen dieser Größe ist es weder zumutbar, noch können sie aufgrund fehlender Mitarbeiter neben den bürokratischen Pflichten auch noch die umfangreichen, im Entwurf vorgesehenen Nachprüfungspflichten, bezogen auf die Nachunternehmer, einhalten. Für diese Unternehmen wird ein nicht übersehbares Risiko begründet, das sie von einer Beteiligung an der Ausschreibung von vornherein abhält.

- Unter anderem deshalb ist auch die Regelung in § 9 des Entwurfs abzulehnen. Vorgesehen ist es, darin eine umfangreiche Kontrolle der Auftraggeber zu begründen. Dies ist abzulehnen, denn eine entsprechende Kontrollbefugnis besteht schon bei der Zollverwaltung. Einer zusätzlichen Kontrolle durch den Auftraggeber bedarf es nicht. Diese würde nur zu einer noch stärkeren Bürokratisierung der Vergabe führen, ferner zu höherem administrativen Aufwand und zu einer Erhöhung der Kosten.

Weiter bestehen erhebliche datenschutzrechtliche Bedenken. Die im Entwurf vorgesehenen umfassenden Kontrollen des Auftraggebers und die umfassende Einräumung entsprechender Auskunfts- und Prüfungsrechte für den öffentlichen Auftraggeber durch den Auftragnehmer können nur mit einem intensiven Eingriff in sensible Daten der Nachunternehmer erfolgen. Hierzu sind die beauftragten Unternehmen jedoch nicht berechtigt. Eine Anpassung des Entwurfs insgesamt, insbesondere von § 9 desselben an bundesdatenschutzrechtliche Bestimmungen und Vorgaben ist daher dringend erforderlich.

- Nach § 12 Abs. 4 des Entwurfs sind die Auftragnehmer verpflichtet, auf Verlangen des öffentlichen Auftraggebers im Angebot oder spätestens vor Beginn der Auftragsausführung die geeigneten Nachunternehmer und Verleihunternehmer zu benennen, um die Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers oder Bestellers einzuholen. Diese Regelung ist abzulehnen. Es besteht ein Widerspruch zu § 4 Abs. 8 Nr. 1 Satz 2 VOB/B, wonach die Zustimmung bei Leistungen, die der Betrieb des Auftragnehmers selbst nicht erbringen kann, nicht notwendig ist. Hier muss eine gesetzliche Klarstellung bzw. Ergänzung erfolgen.
- Die VhU steht der Regelung in § 14 des Entwurfs skeptisch gegenüber. Nach dieser Regelung sollen öffentlich-private Partnerschaften nur bei einem nachgewiesenen Wirtschaftlichkeitsvorteil für das Bundesland Hessen zulässig sein. Ausreichend ist es, am aktuellen § 8 des derzeit gültigen hessischen Vergaberechts festzuhalten, der allein die intensive Beteiligung der (mittelständischen) Unternehmen vorsieht. Dies hat sich als sinnvoll und gewinnbringend für beide Seiten erwiesen. Die Erstellung einer umfänglichen Wirtschaftlichkeitsstudie ist



kostenintensiv und kann in Zeiten angespannter öffentlicher Haushalte nicht durchgeführt werden.

- Begrüßt wird die Beibehaltung der Vergabefreigrenzen nach § 15 des Entwurfs. Jedoch ist § 15 Abs. 1 letzter Satz zu streichen. Die Vergabefreigrenzen müssen nach Auffassung der VhU bei einer Zusammenfassung mehrerer Gewerke erhöht werden, demgegenüber stellt die geplante Neuregelung eine unzulässige Einschränkung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge dar.

Die VhU ist der Auffassung, dass in § 18 des Entwurfs Sanktionen in unverhältnismäßigem Ausmaß festgesetzt werden sollen. Es ist nicht hinzunehmen, dass jede Form der Nichterfüllung von vertraglichen Pflichten von einem sog. Strafversprechen nach § 18 Abs. 1 des Entwurfs erfasst sein soll. An dieser Stelle muss nach Auffassung der VhU das Verschulden des Auftragnehmers im Einzelfall überprüft werden. Erst bei schuldhafter Nichterfüllung kann eine Vertragsstrafe greifen.

Auch ein zwingender Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge nach § 18 Abs. 2, 3 und 5 des Entwurfs darf keine unmittelbare gesetzliche Folge sein, sondern – wie bei dem bestehenden hessischen Vergaberecht – kann der Ausschluss von Unternehmen nur das Ergebnis einer Ermessensentscheidung sein, die in jedem konkreten Einzelfall zu treffen ist.

§ 18 des Entwurfs wird grundlegend abgelehnt. Insbesondere eine Auftrags- bzw. Vergabesperre stellt einen ungerechtfertigten grundrechtlich relevanten Eingriff in die Gewerbeausübung des Unternehmens und die Berufsfreiheit dar.

2. Gesetzentwurf der Fraktion der SPD

Wie schon im Entwurf der Fraktionen von CDU und Bündnis 90/Die Grünen sieht die VhU das Vergaberecht nicht als den Ort an, an dem politische Forderungen erhoben und parlamentarisch durchgesetzt werden können. Über die Vergabe öffentliche Auftragskriterien in einem Gesetz zu verankern, die mit der eigentlichen Auftragsvergabe und –durchführung in keinem Zusammenhang stehen, ist als sachfremd abzulehnen. Zudem ist die auch bei der SPD vorgesehene Vergabepaxis mit ho-

hem Verwaltungs- und hohem Kostenaufwand verbunden. Die VhU lehnt daher den Entwurf der Fraktion der SPD wegen Verstoßes gegen die Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ab. Weiterhin macht die VhU gegen den Entwurf der Fraktion der SPD die Einwände geltend, die auch gegenüber dem Entwurf der Fraktionen von CDU und Bündnis 90/Die Grünen erhoben werden. Insbesondere werden die Regelungen zur Tariffreue und zum Mindestlohn abgelehnt.

Ergänzend wird zu den einzelnen Normvorschlägen im Entwurfstext der Fraktion der SPD wie folgt Stellung genommen:

- In § 5 des Entwurfs ist vorgesehen, dass bereits bei der Definition des Auftragsgegenstandes die vergabefremden Kriterien Berücksichtigung finden können. Diese Regelung ist nach Auffassung der VhU als intransparent abzulehnen.
- Die Forderung in § 6 des Entwurfs, die ILO-Kernarbeitsnormen einzuhalten, ist als praxisfremd abzulehnen. Zwar ist die politische Zielsetzung durchaus begrüßenswert, jedoch kann es dem einzelnen Auftragnehmer nicht auferlegt werden, eigens bei jedem Zulieferer und Importeur sicherzustellen, dass die entsprechenden Standards eingehalten werden. Dies ist schon aus logistischen und rechtlichen Gründen nicht machbar.

Zudem wird aus der Praxis in anderen Bundesländern deutlich, dass diese Vorgaben nicht realisierbar sind. Aus den Erfahrungen unserer Schwesterverbände und deren Mitgliedern zeigt sich, dass eine umfassende Kontrolle allenfalls mit unverhältnismäßigem Mehraufwand betrieben werden kann.

- Abzulehnen ist § 9 des Entwurfs. Inhaltlich ist vorgesehen, dass der Auftraggeber neben den fest definierten vergabefremden Kriterien zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben kann. Die Norm bietet ein „Einfallstor“ für die Definition uferloser vergabefremder Kriterien. Mit der Anwendung dieser Regelung würde die Vergabe öffentlicher Aufträge völlig unkalkulierbar. Dies gilt insbesondere für § 9 Abs. 2 des Entwurfs, in dem vorgesehen ist, dass der Auftraggeber bei bestimmten Aufträgen nachweisen muss, ein Umweltmanagement durchzuführen. Auch diese Regelung ist als äußerst unbe-

stimmt abzulehnen, da nicht klar ist, was „umweltbedeutsame Aufträge“ sind und wonach sich bei diesen Aufträgen die Bestimmung der sogenannten „bestimmten Umweltmanagementmaßnahmen“ bei der Ausführung richtet.

- Der in § 10 des Entwurfs vorgesehene Mindestlohn in konkreter Höhe ist abzulehnen. Nach Auffassung der VhU führt ein in Landesvergabegesetzen festgelegter Mindestlohn zu einem politischen Überbietungswettbewerb. Die Vergabe öffentlicher Aufträge darf nicht zum Spielball politischer Profilierung werden.
- Die in § 12 des Entwurfs für den Einsatz von Nachunternehmern geregelten Anforderungen sind noch weitergehend als die im Entwurf von den Fraktionen CDU und Bündnis 90/Die Grünen und daher ebenfalls abzulehnen. Die entsprechenden Anforderungen zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags stellen für die Praxis einen nicht handhabbaren bürokratischen Aufwand dar. Aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen ist es dem Auftragnehmer nicht möglich, die im Gesetzentwurf vorgesehene Überwachung des Nachunternehmens zu realisieren.

Ergänzend sind auf die datenschutzrechtlichen Bedenken hinzuweisen, die bereits bei dem Entwurf der Fraktionen von CDU und Bündnis 90/Die Grünen geltend gemacht wurden.

- Auch das in § 13 des Entwurfs genannte Kriterium der beruflichen Erstausbildung ist als vergabefremdes Kriterium abzulehnen. Zwar ist es aus Sicht der hessischen Wirtschaft wünschenswert, dass die berufliche Ausbildung weiter verstärkt wird, jedoch kann die Berufsausbildung nicht als Kriterium der Auftragsvergabe dienen. Ob und inwieweit ein Unternehmen ausbildet, muss diesem überlassen bleiben. Jede andere gesetzliche Vorgabe stellt einen weiteren unzulässigen Eingriff in die verfassungsrechtlich gewährleistete freie unternehmerische Entscheidung dar. § 13 ist daher zu streichen.
- Abzulehnen ist das in § 15 des Entwurfs verankerte Ziel, die Chancengleichheit von Männern und Frauen sowie die Vereinbarkeit von Familie und Berufs als Kriterium der Auftragsvergabe zu machen. Allein die konkrete Umsetzung der Vorgaben in Anforderungen an den Auftragnehmer bzw. deren plausibler Nachweis



anhand konkreter vergleichbarer Maßstäbe unter Berücksichtigung der jeweils beim Auftragnehmer oder in den Nachunternehmern geltenden subjektiven Bedingungen ist derart schwierig, dass beide Kriterien als taugliches Vergabekriterium ausscheiden.

- Soweit in § 16 des Entwurfs Angebote einer besonderen Kontrolle unterzogen werden sollen, die „unangemessen niedrig“ sind, ist dieser Teil des Gesetzentwurfs ebenfalls abzulehnen. Allein die unbestimmte Formulierung „unangemessen niedrig“ beinhaltet bereits die Unmöglichkeit einer angemessenen Überprüfung.
- Die in § 19 des Entwurfs vorgesehenen Kontrollen durch den Auftraggeber sind ebenfalls abzulehnen. Nicht nur die erheblichen personellen und finanziellen Auswirkungen stehen in keinem Verhältnis zum Nutzen, gravierender ist, dass nicht sichergestellt werden kann, wie eine Geheimhaltung der bei der Kontrolle gewonnenen Erkenntnisse und Daten gewährleistet werden soll.

Darüber hinaus ist § 19 bereits aus dem Grund abzulehnen, dass jeder Auftragnehmer und jeder Nachunternehmer unter einen gewissen Generalverdacht gestellt werden. Da im Normtext nicht vorgesehen ist, dass Kontrollen erst ab einem gewissen Anfangsverdacht durchgeführt werden sollen, ist die Kontrollverpflichtung rechtlich unangemessen.

- Die in § 20 des Entwurfs vorgesehene Einrichtung einer Prüfbehörde wird als unangemessen abgelehnt. Dies insbesondere unter dem Gesichtspunkt, dass für die Einrichtung keinerlei Haushaltsmittel zur Verfügung stehen. Allein der in § 20 aufgeführte Umfang der Prüfung ist unverhältnismäßig und verstärkt in unzulässiger Weise den in § 19 geäußerten Generalverdacht.
- Soweit in § 21 Sanktionen vorgesehen sind, ist insbesondere die vorgesehene Vertragsstrafe von bis zu 10% des Auftragswertes als völlig überhöht abzulehnen. Eine Vertragsstrafe in dieser Höhe steht ferner nicht in Einklang mit der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Vertragsstrafen.



Die Zahlung von Vertragsstrafen durch den Auftragnehmer für Fehlverhalten des Nachunternehmers ist ebenfalls abzulehnen. Diese ebenfalls in § 21 des Entwurfs vorgesehene Regelung kann schon deshalb nicht greifen, da es dem Auftragnehmer regelmäßig aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen nicht möglich ist, jedes Verhalten des Nachunternehmers zu kontrollieren oder gar zu beeinflussen.

- Soweit in § 21 Abs. 3 des Entwurfs zwingende Auftrags- bzw. Vergabesperrn von mindestens sechs Monaten vorgesehen sind, ist dies als unverhältnismäßig abzulehnen. Solche Sperrn dürfen schon aufgrund des grundrechtlichen Eigentumsschutzes des Auftragnehmers nur bei einem rechtskräftig festgestellten, schuldhaften Verstoß und einer besonders schweren Verfehlung verhängt werden.

Frankfurt, 20.08.2014


Volker Fasbender


Prof. Dr. Franz-Josef Rose

Arbeitsgemeinschaft
Hessen

Arbeitsgemeinschaft hessischer Industrie- und Handelskammern | 60284 Frankfurt

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

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom
IA 2.4 / 03.07.2014Unser Zeichen, unsere Nachricht vom
ARGE KG 8Telefon
0611 1500-156Frankfurt am Main
20.08.2014

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

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir danken Ihnen für die Übersendung der genannten Entwürfe. Wir haben sie einigen querschnittsartig ausgewählten Unternehmen vorgelegt und nehmen dazu gerne Stellung.

In diesem Zusammenhang verweisen wir auch auf die „**Wirtschaftspolitischen Positionen**“ des DIHK. Sie sind von den hessischen IHK-Vollversammlungen verabschiedet, und in denen es zum **Vergaberecht** heißt: „Die Rechtszersplitterung im Vergaberecht nimmt zu: Unternehmen haben zunehmend Probleme, sich an öffentlichen Aufträgen zu beteiligen. Fast jedes Bundesland hat eigene Vorschriften, was an zusätzlichen Aspekten neben Preis und Qualität bei der Beschaffung zu berücksichtigen ist. Zusätzlich unterscheiden sich auch noch die Wertgrenzen, ab denen öffentlich oder beschränkt oder überhaupt ausgeschrieben wird. Durchgängige elektronische Vergaben, die mehr Transparenz schaffen könnten, werden ebenfalls kaum angewendet. Die Heterogenität ihrer Struktur und Anforderungen, wie z. B. bei der erforderlichen elektronischen Signatur, ist hinderlich.“ Ebenfalls von den hessischen IHK-Vollversammlungen beschlossen sind die Aussagen zum Vergaberecht in den „**Wahlprüfsteinen der IHK Arbeitsgemeinschaft Hessen zur Landtagswahl**“. Darin heißt es u. a.: „Das Vergaberecht ist als Instrument des wirtschaftlichen Einkaufs der öffentlichen Hand rein produkt-, eignungs- und leistungsbezogen auszugestalten. Sinnvoll wäre daneben, dass die Grundsätze der Präqualifikation sowie die zentrale Ausschreibungsdatenbank (HAD) direkt im Vergaberecht verankert sind“.



Das Vergaberecht ist regelmäßiger Gegenstand von Gesetzesinitiativen, bei denen die Industrie- und Handelskammern ebenso regelmäßig Stellung bezogen haben. Unsere grundsätzliche Position hat sich zu diesem Thema nicht geändert, so dass die allgemeinen Grundsätze der Stellungnahmen fortgelten. Die vorliegenden Gesetzesentwürfe geben Grund, diese Standpunkte zu bestätigen, machen es aber auch erforderlich, auf weitere Entwicklungen einzugehen.

Die Entwürfe der Fraktion der SPD und der Fraktion DIE LINKE sind weitgehend aus früheren Anhörungen bekannt. Der Entwurf der Fraktionen CDU/GRÜNE stellt eine Schnittmenge zwischen dem aktuellen Vergabegesetz und einem früheren Entwurf der GRÜNEN-Fraktion dar. Einzelne Änderungen sind jedoch auch in der Schnittmenge erfolgt.

Alle Gesetzentwürfe verlangen die Berücksichtigung zahlreicher Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. Insbesondere der Tariftreue kommt dabei eine herausragende Rolle zu, wie bereits die Gesetzesbezeichnung des SPD- sowie des CDU/GRÜNE-Entwurfs zeigt. Unsere Kommentierung wird sich hier auf die Konsequenzen der Tariftreue für die gewerbliche Wirtschaft insgesamt beschränken, da die Wahrnehmung sozialpolitischer Interessen nicht den IHKs, sondern den Tarifvertragsparteien obliegt (§ 1 Abs. 5 IHKG i.V.m. § 1 Abs. 1 IHKG).

Wir bewerten positiv, dass alle drei Entwürfe Vorschriften zur Mittelstandsförderung enthalten (§ 9 LINKE-Entwurf; § 4 SPD-Entwurf; § 12 Abs. 1 CDU/GRÜNE-Entwurf). Dies darf jedoch nicht dadurch konterkariert werden, dass zugleich neue Hürden entstehen, die für kleine und mittelständische Unternehmen kaum zu nehmen sind, wie z.B. umfangreiche Nachweispflichten zur Einhaltung der Vergabekriterien. Insgesamt befürchten wir daher, dass sich viele dieser Unternehmen an Ausschreibungen erst gar nicht beteiligen werden. Wir unterstützen deshalb auch ausdrücklich die von der Auftragsberatungsstelle Hessen e.V. vorgebrachten Änderungsvorschläge zu den Entwürfen. Diese Einrichtung bündelt seit 60 Jahren die vergaberechtliche Kompetenz der 10 hessischen IHKs als deren Gründungsmitglieder.

Zu einzelnen Aspekten nehmen wir wie folgt Stellung:

I. Arbeitnehmerschutz (Mindestlohn/Tariftreue)

Alle Entwürfe enthalten Regelungen, die den Auftragnehmer vor Auftragvergabe zur Abgabe einer schriftlichen Erklärung verpflichten, dass er seinen Beschäftigten bei Ausführung des Auftrags einen Mindestlohn bzw. den durch Tarifvertrag festgesetzten Lohn zahlt. Das Mindestentgelt ist nach allen drei Entwürfen immer dann zu zahlen, wenn nicht bereits eine Tariftreuepflicht besteht, wie sie ebenfalls in allen drei Entwürfen zu finden ist (§ 3 LINKE-Entwurf, § 10 SPD-Entwurf; § 7 CDU/GRÜNE-Entwurf). Entsprechende Erklärungen hierüber sind zudem von eventuellen Nach- und Verleihunternehmern vorzulegen. Der CDU/GRÜNE-Entwurf nimmt dabei Bezug auf den bundesgesetzlich festgelegten Mindestlohn (§ 6); die beiden anderen Entwürfe enthalten dagegen Vorschläge, einen eigenen Mindestlohn in Hessen einzuführen (§ 3 LINKE-Entwurf: 10 Euro; § 10 Abs. 4 SPD-Entwurf: 8,50 Euro).



Viele der von uns befragten Unternehmen sehen hier vor allem die geplanten Nachweispflichten (§§ 8,9 CDU/GRÜNE-Entwurf, §§ 11, 12 SPD-Entwurf, § 10 LINKE-Entwurf) für ihre Nachunternehmer kritisch. Eine vollständige Dokumentation darüber, an welchem Ort und in welchem Umfang der jeweilige Nachunternehmer die Pflichten erledigt hat, dürfte kaum gelingen und praktisch handhabbar sein. Wir begrüßen daher, dass im CDU/GRÜNEN-Entwurf immerhin vorgesehen ist, dass auf Vorlage von entsprechenden Erklärungen abgesehen ist, wenn das Auftragsvolumen 10.000 Euro unterschreitet (§ 8 Abs. 2 S. 3).

Gegen vergabespezifische Mindestlöhne beim Nachunternehmereinsatz sind überdies zwei Vorlageverfahren beim EuGH anhängig (OLG Koblenz, Beschl. v. 19.02.2014 – 1 Verg 8/13 (juris), Vergabekammer Arnberg Beschl. v. 22. Oktober 2013 – VK 18/13). Die darin erhobenen Bedenken ergeben sich bei einem möglichen Nachunternehmereinsatz mit Gemeinschaftsbezug.

II. Soziale, ökologische und weitere Kriterien zur Auftragsdurchführung

Alle drei Entwürfe reichern das Vergaberecht – wenn auch unterschiedlich weitgehend – mit zahlreichen zusätzlichen Aspekten an. § 97 Abs. 4 S. 2 GWB gestattet dies, soweit dies im sachlichen Zusammenhang mit der Leistungsbeschreibung steht und sich aus der Leistungsbeschreibung ergibt. An diese Vorgabe halten sich die Entwürfe aus unserer Sicht nicht. So spricht § 3 Abs. 1 CDU/GRÜNE-Entwurf davon, dass die zusätzlichen Vergabekriterien „mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen oder Aspekte des Produktionsprozesses betreffen“. Auch § 5 SPD-Entwurf sowie der LINKE-Entwurf machen nicht hinreichend deutlich, dass über § 97 Abs. 2 S. 1 GWB hinausgehende Zuschlagskriterien einen Wirtschaftsbezug aufweisen und sich auf einen konkreten Auftrag beziehen müssen.

Die in allen Entwürfen vorgesehenen Dokumentations- und Nachweispflichten halten viele der von uns befragten Unternehmen für zu bürokratisch und aufwändig. Ohne zusätzliche Beratung – unter Umständen sogar unter Hinzuziehung ausländischer Experten – wird z.B. die Ermittlung und Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen durch Zulieferer kaum möglich sein. Nach Ansicht des OLG Düsseldorf verstößt das Fordern von Verpflichtungserklärungen zu den ILO-Kernarbeitsnormen als Nachweis der beruflichen (technischen) Leistungsfähigkeit von Bietern gegen das Vergaberecht (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Januar 2014 – VII-Verg 28/13).

Darüber hinaus fragt sich, ob die Verwendung von fair gehandelten Produkten (§ 3 Abs. 2 Nr. 7) durch ein Umweltgütezeichen nachgewiesen werden kann. Der Begriff „Fair Trade“ ist kein ökologischer Aspekt, sondern eher ein sozialer, selbst wenn die Einhaltung von Umweltstandards Teil dieser Philosophie sein kann, z.B. biologische Landwirtschaft nicht zwingend vorgeschrieben sein muss. Ein Fair-Trade Gütezeichen ist nicht vorrangig ein Umweltgütezeichen und umgekehrt. Der Begriff Umweltgütezeichen in § 3 Abs. 3 CDU/GRÜNE-Entwurf ist also zu eng gefasst.

Insgesamt sehen sich die Unternehmen deshalb zunehmend Forderungen und Nachweispflichten gegenüber, die objektiv nicht immer erfüllbar sind. In jedem Fall sollte stets ein eindeutiger Bezug zum konkreten Auftrag vorliegen, wenn ein zusätzliches Vergabekriterium verlangt wird.



III. Öffentlicher Personennahverkehr

Neu ist, dass alle drei Entwürfe ergänzend Regelungen für die Auftragsvergabe im öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) enthalten.

1) Zunächst sehen alle Gesetzesentwürfe einen **vergabespezifischen Mindestlohn** für den ÖPNV vor. Dieser soll über die Verpflichtung zur Einhaltung eines repräsentativen Tarifvertrages eingeführt werden. Grundsätzlich gilt hier auch das für allgemeine vergabespezifische Mindestentgelte Gesagte: Sie sind sachfremd. Die Verkehrsunternehmen erfahren als einzige Branche eine Sonderregelung, die über die Bindung anderer Branchen hinausgeht.

Da die Tariffähigkeit einer Gewerkschaft Voraussetzung für einen Tarifvertrag ist, aber zugleich auch Spitzenorganisationen von Gewerkschaften Tarifverträge schließen können, ist die Wendung zur „tariffähigen Gewerkschaft“ (§ 4 Abs. 4 Nr. 1 CDU/GRÜNE-Entwurf) entbehrlich und teilweise unzutreffend. Auch ist zu fragen, wie Unternehmer behandelt werden, die bereits an einen (anderen) Tarifvertrag gebunden sind. Solange ein Tarifvertrag von tariffähigen Parteien abgeschlossen wurde, besteht eine Angemessenheitsvermutung.

Eine vergleichbare Regelung des Tariffreugesetz NRW ist Gegenstand eines beim OLG Düsseldorf anhängigen Musterverfahrens (vorangehend VK Detmold, Beschluss vom 8. August 2013 – VK.2-07/13). Am 15. Januar 2014 fand beim OLG Düsseldorf die Verhandlung über die sofortige Beschwerde statt. Gerügt wird hier, dass ein Verkehrsunternehmer an einen Tarifvertrag gebunden ist, der nicht in die Liste repräsentativer Tarifverträge aufgenommen ist.

Zutreffend wäre es daher, tarifgebundene Unternehmen auszunehmen. Dadurch bleibt das Vergaberecht weitgehend neutral zu anderen gesetzlichen Regelungen (Art. 9 GG, TVG). Das Vergaberecht ist nicht Mittel, Tarifkompromisse in Frage zu stellen oder die Tariflandschaft zu monopolisieren. Daher wäre auch die Benennung mehrerer Tarifverträge wünschenswert.

2) Gem. Art. 4 Abs. 5 EG-VO 1370/2007 kann der Besteller einem **neuen Betreiber** zur Vertragsaufgabe machen, „den Arbeitnehmern, die zuvor zur Erbringung der Dienste eingestellt wurden, die Rechte zu gewähren, auf die sie Anspruch hätten, wenn ein Übergang im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG erfolgt wäre.“

Als Teil einer Europäischen Verordnung gilt diese Regelung bereits, ohne dass es eines weiteren Umsetzungsaktes bedarf. Diese Regelung ist auch bekannt, so dass unter dem Gesichtspunkt der Regelungssparsamkeit auf deklaratorische Umsetzung verzichtet werden könnte, wenn nicht der Wortlaut klärungsbedürftig wäre.

Nach den meisten Entwürfen ist der Wortlaut so gefasst, dass der neue Betreiber verpflichtet wird, Arbeitnehmer zu „übernehmen“. Die Entscheidungsfreiheit der Arbeitnehmer kann hier nicht beeinflusst werden. Eine Verpflichtung der Arbeitnehmer kann aber nicht begründet werden. Diese stehen auch in einem schutzwürdigen Arbeitsverhältnis zu ihrem frei gewählten derzeitigen Arbeitgeber, der sie gegebenenfalls auch anderweitig beschäftigen will und kann. Nur wenn Arbeitnehmer sich für einen Wechsel zum neuen Betreiber entscheiden und ein Arbeitsverhältnis begründen, kann auch die Verpflichtung zur Übernahme der Ar-



beitsbedingungen einschlägig sein. Scheitert die Übernahme, so dürfen daraus keine Nachteile für den neuen Betreiber folgen.

Der Umfang der Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer bei einem Übergang im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG wird durch § 613a Abs. 1 BGB geregelt. Eine Bezugnahme auf diese Norm ist gegenüber dem unbestimmten Begriff der „bisherigen Arbeitsbedingungen“ zu bevorzugen. Diese Bezugnahme auf § 613a BGB ist näher am Wortlaut des Art. 4 Abs. 5 EG-VO 1370/2007, der auf die Betriebsübergangsrichtlinie abstellt.

Eine Bezugnahme auf § 613a BGB gewährleistet eine einheitliche Auslegung und stellt sicher, dass die Regelung des fiktiven Betriebsübergangs auf Basis des Art. 4 Abs. 5 EG-VO 1370/2007 nicht weitergeht als beim tatsächlichen Betriebsübergang.

Die Übernahme von Arbeitnehmern wird auch als Wertungskriterium beim Betriebsübergang gem. § 613a BGB berücksichtigt. Insofern ist nicht ausgeschlossen, dass durch die Übernahme von Personal auch ein tatsächlicher Betriebsübergang eintritt. Die Bezugnahme auf § 613a BGB und die Anordnung der Unberührtheit ist die einzige rechtsklare Regelung.

3) Um transparente Beschäftigungsbedingungen zu gewährleisten, sollen die zuständigen Behörden verpflichtet sein, wenn sie einen Arbeitnehmerübergang fordern oder bestimmte Sozialstandards vorschreiben, diese Verpflichtungen klar und detailliert in den **Ausschreibungsunterlagen** und den öffentlichen Dienstleistungsaufträgen darzulegen. Hierzu gehört nach unserer Einschätzung nicht nur die Bekanntgabe der Verpflichtung, sondern auch die Angabe von Anzahl der Arbeitnehmer und deren Arbeitsbedingungen bereits in den Ausschreibungsunterlagen. Auch bei einem echten Betriebsübergang sind diese Informationen Teil jeder Vor-Prüfung durch einen Betriebserwerber. Die Unternehmer müssen über alle Bedingungen der Ausschreibung umfassend informiert sein, um die Entscheidung treffen zu können, sich zu bewerben oder nicht.

Derzeit scheint eine Information nur nachträglich zu erfolgen. Der Informationsanspruch der Behörden stellt darauf ab, dass die Beauftragung bereits erfolgt ist („Wird ... ein anderes ... als das bisherige beauftragt“; § 5 CDU/GRÜNE-Entwurf). Dies lässt offen, wie die öffentliche Hand ihrer Verpflichtung nach den Auslegungsleitlinien nachkommen kann. Wie soll der Besteller in den Ausschreibungsunterlagen ausreichend informieren, wenn die Behörde die weiterzugebenden Informationen erst nach der Auftragsvergabe innerhalb von 6 Wochen erhält.

Der Gesetzgeber muss die vorherige Information durch geeignete Maßnahmen sicherstellen. Eine Orientierung am Handlungsleitfaden für die Anwendung des Art. 4 Abs. 5 VO Nr. 1370/2007 des Landes Rheinland-Pfalz, S. 6f. erscheint hier praktikabel.

4) Zu den im Komplex „Vergaberecht und ÖPNV“ verbundenen praktischen Fragen haben wir außerdem gemeinsam mit dem Landesverband Hessischer Omnibusunternehmer (LHO) den beigefügten Problemaufriss formuliert:

Anlage: Problemaufriss zur ÖPNV-Tariftreue in § 4 Abs. 4ff. des Entwurfs der Fraktionen von CDU und B'90/GRÜNE zum Hessischen Tariftreue- und Vergabegesetz



IV. Hessische Ausschreibungsdatenbank (HAD)

Aus unserer Beratungspraxis wissen und hören wir immer wieder von mittelständischen Unternehmen, wie sehr sich ihr Rechercheaufwand durch die Hessische Ausschreibungsdatenbank erleichtert hat. Eine Beschneidung der Qualität der HAD lehnen wir daher ab und verweisen in vollem Umfang auf die schriftliche Stellungnahme der Auftragsberatungsstelle Hessen e.V.

V. Nachprüfstelle

Entsprechendes gilt auch für die Ausführungen der Auftragsberatungsstelle Hessen e.V. zur Herabstufung der Nachprüfstelle auf eine verwaltungsinterne Beschwerdestelle (womit sich die Rechtsschutzmöglichkeiten mittelständischer Unternehmen erheblich reduzieren) sowie zur Beschränkung des Rechts der Kammerorganisationen, Bieter bei der Durchsetzung rechtmäßiger Zuschlagsentscheidungen zu unterstützen.

VI. Weitere einzelne Aspekte

1) Sachlicher Anwendungsbereich

§ 3 SPD-Entwurf sollte nicht über den Anwendungsbereich des § 98 Nr. 2 GWB hinausgehen.

2) Wertgrenzen

Die Grenzen zur freien Vergabe sollten unberührt bleiben. Auch die Erhöhung der Grenze in § 15 Abs. 2 Nr. 2 lit. a CDU/GRÜNE-Entwurf auf 207.000 EUR im Vergleich zu 200.000 EUR gem. § 9 Abs. 1 Nr. 2 lit. a HessVergG erscheint im Hinblick auf EU-Recht vertretbar.

Die punktuelle Privilegierung der Kommunen durch eine Anhebung der Wertgrenze von 10.000 Euro auf 30.000 Euro halten wir für erklärungsbedürftig. Auch Aufträgen zwischen 10.001 und 30.000 Euro können genügend Anreize geben und insb. kleine und mittelständische Unternehmen sind dann an einem neutralen Vergabeverfahren interessiert.

3) Prüfbehörde

§ 13 LINKE-Entwurf und § 20 SPD-Entwurf sehen die Errichtung einer zentralen Prüfbehörde vor. Die Errichtung einer zentralen Prüfbehörde erhöht den Bürokratieaufwand. Eine Verschärfung der gesetzlichen Prüfungsgrundlage ist nicht erforderlich.

Zudem bestehen gegen die Zulässigkeit von Durchsuchungen (§ 20 Abs. 7 SPD-Entwurf) Bedenken, wenn allein auf den Verdacht des „Vorhandenseins überprüfbarer Unterlagen“ abgestellt wird. Dieser „Verdacht“ dürfte bei Geschäftsräumen stets bestehen. Es reichen schon bloße Vermutungen und somit noch nicht einmal Tatsachen für eine Durchsuchung aus. Dies stellt die Effektivität des Richtervorbehalts in Frage. Das Auftragsinteresse potenzieller Bieter könnte sich durch weitreichende Prüfungskompetenzen seitens der Prüfbehörde verringern. Das Vergaberecht und seine Kontrollen dienen nicht mittelbar der Umsetzung anderer Regelungen. Die beispielsweise in § 20 Abs. 8 SPD-Entwurf genannten gesetzlichen Regelungen sind Gegenstand eigener Kontrollen und Prüfungen. Die Zuständigkeitsverteilung sollte beachtet werden.



4) Öffentlich-Private Partnerschaften

Die Vergabe in öffentlich-privater Partnerschaft wird einem allgemeinen Wirtschaftlichkeitsvorbehalt unterstellt (§ 14 CDU/GRÜNE-Entwurf). Im Vergleich zur Regelung des § 8 HessVergG fehlt indes eine Bestimmung, ab welcher Größenordnung Vergaben auch explizit für kleine und mittlere Unternehmen geeignet sind. Diese sollen ausweislich des Gesetzesentwurfes besonders gefördert und nicht nur als Nachunternehmer eingesetzt werden. Die Änderung des Gesetzes kann nur dahingehend verstanden werden, dass auch bereits kleinere Umfänge geeignet sind. Fraglich ist, ob diese wegen dem allgemeinen Wirtschaftlichkeitsvorbehalt relevant würden. Dies gilt auch im Vergleich von § 8 Abs. 6 und 7 HessVergG und § 14 Abs. 6 und 7 CDU/GRÜNE-Entwurf.

5) Zahlungsfristen

Wir unterstützen, dass das Vergaberecht Zahlungsregelungen enthalten soll. Dies trägt auch den Entwicklungen auf der Bundesebene durch das Gesetz zur Bekämpfung des Zahlungsverzuges bei. Dort sind ebenfalls besondere Regelungen für Entgeltansprüche gegenüber öffentlichen Auftraggebern enthalten. Vor dem Hintergrund des § 271a BGB könnte man Regelungssparsamkeit anmahnen, jedoch sind hier kürzere Zahlungsfristen letztlich zu Gunsten kleiner und mittelständischer Unternehmen - als Subunternehmer - zu begrüßen.

6) Vertragsstrafen

Alle Entwürfe enthalten Regelungen zur Vertragsstrafe. Bei der Formulierung sollte man beachten, dass der Gesetzwortlaut regelmäßig Vorbild für die Vertragsregelung werden wird. Es darf nicht zu einer allgemeinen Generalunternehmerhaftung kommen. Beispielhaft sei hier § 8 Abs. 2 CDU/GRÜNE-Entwurf erwähnt, nach dem Hauptunternehmer „sicherzustellen“ haben, dass Nachunternehmer der Tariftreuepflicht nachkommen. Hier muss beachtet werden, dass nur verschuldete Verstöße auch zur Verwirkung einer Vertragsstrafe führen dürfen. Daher schlagen wir vor, in § 18 Abs. 1 CDU/GRÜNE-Entwurf vor dem Wort Nichterfüllung das Wort „schuldhaften“ einzufügen.

Eine Vertragsstrafe ist wegen des zusätzlichen Sanktionscharakters anders als eine Schadensersatzregelung wegen einer Pflichtverletzung zu betrachten. Eine Beweislastumkehr, wie sie § 21 Abs. 1 S. 2 Halbs. 2 SPD-Entwurf vorsieht, halten wir für unbillig. Bei einem Verstoß des Nachunternehmers wird das Verschulden des Hauptunternehmers vermutet und ihm der Beweis des Gegenteils auferlegt (§ 292 ZPO). Die Haftung für Verstöße von Nachunternehmern kann nur gerechtfertigt sein, wenn den Hauptunternehmer selbst ein Verschulden trifft; dies sollte ihm aber nachgewiesen werden und nicht er sich entlasten müssen.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne jederzeit zur Verfügung.

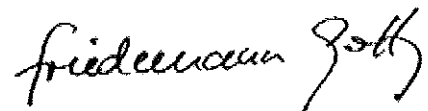
Mit freundlichen Grüßen

Arbeitsgemeinschaft hessischer
Industrie- und Handelskammern



Matthias Gräßle
Geschäftsführer

Industrie- und Handelskammer Wiesbaden
Geschäftsfeld Recht



Dr. Friedemann Götting-Biwer
Federführer

Anlage



Problemaufriss zur ÖPNV-Tariftreue in § 4 Absätze 4ff. des Entwurfs der Fraktionen von CDU und B'90/Grüne zum Hessischen Tariftreue- und Vergabegesetz

1) Tariftreue wird nicht für gesamte Vertragslaufzeit verlangt

Laut § 4 Absatz 4 des E-VTTG Hessen müssen Unternehmen:

- das bei Angebotsabgabe maßgebliche Entgelt zahlen, das insgesamt mindestens dem in Hessen für diese Leistungen in einem der einschlägigen und repräsentativen mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbarten Tarifverträge vorgesehenen Entgelt (einschließlich der Aufwendungen für die Altersversorgung) entspricht.

Dies bedeutet, dass dem Wortlaut nach nicht gefordert wird, das tarifliche Entgelt eines dieser Tarifverträge auch während der Ausführung der Leistung nachzuvollziehen. Wir sind der Meinung, der Gesetzgeber müsste - sofern er eine gesetzlich geregelten Tariftreue für den ÖPNV einführen möchte - Interesse daran haben, diese nicht nur für den Zeitpunkt der Angebotsabgabe zu sichern, sondern langfristig.

2) Vorgabe des maßgeblichen „Entgelts“ ist nicht ausreichend als Kalkulationsbasis

Die Tariftreue stellt auch nur auf das „maßgebliche Entgelt“ ab. Das „Entgelt“ beinhaltet jedoch nicht die - üblicherweise im Mantel-Tarifvertrag - geregelten Rahmenbedingungen, wie Zuschläge, Pausenregelungen, Urlaub, Sonderzahlungen. Wir halten es jedoch für notwendig, dass auch solche Bestandteile mittels der gesetzlichen Regelung einbezogen werden, um zu vermeiden, dass Unternehmen sich nur auf das reine Entgelt, den sog. „Ecklohn“ beziehen. Dies würde nur eine *eingeschränkte Tariftreuepflicht* bedeuten, was ebenfalls nicht im Sinne des Gesetzgebers sein kann.

3) Unzureichende Preisfortschreibungsregel

Während der Ausführung der Leistung sind Erhöhungen der Entgelte in Höhe einer vom Besteller gewährten Preisfortschreibung der Personalkosten nach dem jeweils gültigen Preisindex der Fachserie 16 (Reihe 4.3 „Landverkehr und Transport in Rohrfernleitungen“) des Statistischen Bundesamtes vorzunehmen.

Durch diese Index-Regelung werden *tarifliche* Änderungen sowohl im Entgelt als auch im Mantel-TV nicht hinreichend berücksichtigt. Wir halten es für äußerst wichtig, dass bei der Anpassung von Kosten

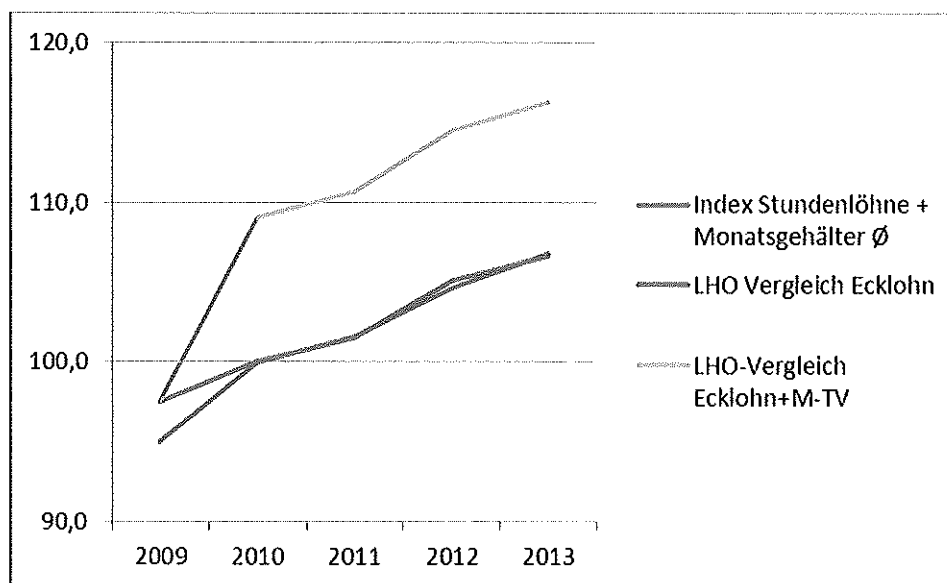
- nicht auf einen Fremdindex verwiesen wird,
- sondern die im jeweiligen repräsentativen Tarifvertrag sich niederschlagenden Kosten im Entgelt- und im Mantel-TV berücksichtigt werden.

Andernfalls würden bei Laufzeiten von acht bzw. zukünftig auch 10 Jahren, die von den Unternehmen zu tragenden Kosten nur unzureichend abgebildet und berücksichtigt.

Ein Auseinanderlaufen von Tarifentlohnung im Vergleich zur Indexentwicklung gefährdet jedoch langfristig den Bestand der Unternehmen. Denn sie können die zu Beginn der Ausschreibung kaum zu kalkulierenden Kosten nicht auffangen. Es besteht die Gefahr, dass Leistungen im ÖPNV nicht mehr kostendeckend erbracht werden können und Unternehmer aus dem Markt bzw. aus laufenden Verträgen ausscheiden müssen. Das Problem trifft dabei kleinere familiengeführte Unternehmen besonders, deren Rücklagen im Vergleich zu Großunternehmen begrenzter sind. Damit ein funktionsfähiger Wettbewerb um ÖPNV-Leistungen in Hessen gewährleistet bleibt, muss es jedoch im Sinne des Gesetzgebers sein, mittelständische Strukturen zu erhalten und einer zu starken Konzentration weniger Großanbieter vorzubeugen. Eine Unternehmervielfalt gewährleistet letztlich einen funktionierenden ÖPNV-Markt in Hessen, der auch den Kunden zugute kommt, und die Qualität der Leistungen flächendeckend sichert.

In der unten stehenden Grafik sind die Auswirkungen bei einem Vergleich der Indexfortschreibung mit dem LHO-Tarifniveau dargestellt. Diese zeigt, wie wichtig das Einbeziehen der Mantel-Regelungen ist. Denn auch wenn die Indexentwicklung und das reine LHO-Entgelt (der „Ecklohn“) annähernd gleich verlaufen, ergibt sich im Vergleich mit Änderungen im Mantel-TV, die ebenfalls kostenwirksam für die Unternehmen sind, ein deutliches Auseinanderfallen.

Grafik: Vergleich der Entwicklung Index St. BA Fachreihe 16 4.3 zu LHO-Ecklohn bzw. LHO-Ecklohn und Mantel-TV (2010=100): Beispiel: Beginn der Leistung 2009; Abschluss LHO-Tarifabschlüsse mit und ohne mit Mantel-TV ab 2010



4) Wahlmöglichkeit der einschlägigen und repräsentativen Tarifverträge durch den Bieter

Der Entwurf sieht vor, dass sich der Bieter zur Tariftreue hinsichtlich eines einschlägigen und repräsentativen Tarifvertrags verpflichten muss. Sofern mehrere solcher Verträge festgelegt werden, muss abgesichert sein, dass der Bieter die Wahl hat, für welchen der Tarifverträge er die Erklärung abgibt. Es muss ausgeschlossen sein, dass von Seiten des Auftraggebers nur einer dieser Tarifverträge

verpflichtend vorgegeben wird. Dies sollte in das Gesetz selber oder zumindest in die Begründung des Gesetzes aufgenommen werden, um für Rechtsklarheit zu sorgen. Diese Regelung muss sowohl für rein hessische wie auch für grenzüberschreitende Verkehre gelten. Bei Letzten ist zu gewährleisten, dass nicht allein ein außerhessischer Tarifvertrag, sondern dieser allenfalls zusätzlich zu den hessischen Verträgen zugrunde gelegt wird.

Fazit:

Wir fordern den Gesetzgeber daher auf, im Rahmen der Tariftreueklausel

- Die Tariftreue so zu formulieren, dass Änderungen während der Ausführungszeit nachzuvollziehen sind
- Sonstige tarifvertragliche Regelungen, insbesondere zu Zuschlags-, Pausenregelungen und geteilten Diensten in die Tariftreuevorgabe einzubeziehen (=kein reiner „Ecklohn“)
- Eine Preisfortschreibung aufzunehmen, die die tarifliche Entwicklung einbezieht und nicht nur auf einen Fremdindex verweist, der losgelöst von jeweiligen repräsentativen Tarifvertrag ist
- Gesetzlich abzusichern, dass bei der Vorgabe mehrerer repräsentativer Tarifverträge in Hessen der Bieter die Wahl hat, für welchen dieser Verträge er die Tariftreue erklärt (=keine einseitige Festlegung durch den Auftraggeber). Dies muss für Verkehre in Hessen wie auch für länderübergreifende Verkehre gelten.

Stellungnahme

des VdW südwest

zum Gesetzentwurf der Fraktion Die Linke für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge

zum Gesetzentwurf der Fraktion der SPD für ein Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairem Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Hessisches Tariftreue- und Vergabegesetz)

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

Vorbemerkung

Der VdW südwest vertritt als Verband unter anderem die Interessen der öffentlichen Wohnungswirtschaft in Form von kommunalen Wohnungsunternehmen. Da Wohnungsunternehmen mit Beteiligung der öffentlichen Hand bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sowohl als Auftraggeber als auch als Auftragnehmer betroffen sein können, nimmt der VdW südwest hier Stellung zu Aspekten der oben genannten Gesetzentwürfe, soweit sie die Wohnungswirtschaft betreffen.

An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die Vorschriften der §§ 98, 99 GWB nicht per se für die kommunale Wohnungswirtschaft gelten, sondern nur im Einzelfall beurteilt werden können.

Gesamtbeurteilung

Die zugrunde liegenden Intentionen der drei Gesetzentwürfe – die Gewährleistung von Tariftreue sowie die Einhaltung von sozialen und ökologischen Kriterien – ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings dient das Vergaberecht originär der marktwirtschaftlichen Regulierung und ist daher nicht geeignet, die Einhaltung so genannter vergabefremder Kriterien zu regeln.

Kleine und mittlere Unternehmen werden aufgrund beschränkter Möglichkeiten durch die Vorgaben aller drei Gesetzentwürfe gegenüber großen Unternehmen benachteiligt. Ebenso ergeben sich Nachteile für öffentliche Unternehmen gegenüber privaten Unternehmen.

Bei Realisierung eines der drei Gesetzentwürfe entstehen bei der Vergabe erheblicher Mehraufwand und erhöhte Kosten, sowohl bei der auftragsvergebenden Stelle als auch bei den Bewerbern.

Sollte der Gesetzgeber trotz der erhobenen Einwände daran festhalten, Regelungen zur Tariftreue und Vergabe im Sinne eines der hier behandelten Gesetzentwürfe zu treffen, ist das Modell zu präferieren, nach dem es den auftragsvergebenden Stellen freigestellt wird, ob und in welcher Form sie die Einhaltung sozialer und ökologischer Standards einfordern.

Zu den einzelnen Aspekten

Vergaberecht nicht geeignet, soziale und ökologische Standards durchzusetzen

Die Förderung der Ausbildung, die Gleichstellung von Frauen und Männern, die Unterstützung von Menschen mit Behinderung, der Umweltschutz sowie die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen – letztere wie in den Gesetzentwürfen von SPD und Die Linke gefordert – sind begrüßenswerte Ziele, die allerdings nicht im Vergaberecht geregelt werden sollten.

Das Vergaberecht dient der Organisation des öffentlichen Auftragswesens. Für zu erfüllende Aufgaben sollen geeignete Unternehmen gefunden werden, die verbindliche Angebote erstellen. Flankiert wird dieser Prozess vom Haushaltsrecht, vom Wettbewerbsrecht und vom EU-Recht. Die Verantwortung des Auftraggebers liegt darin, dafür zu sorgen, dass das wirtschaftlichste Angebot zum Tragen kommt. Darüber hinaus werden im Vergaberecht unter anderem Vorgaben zur Bietersituation, zur Eignung und zur Leistungsfähigkeit aufgestellt. Zielsetzung des Vergaberechts ist es, eine günstige Leistungsbeschaffung für öffentliche Stellen zu sichern und damit die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der öffentlichen Hand zu gewährleisten. Das Vergaberecht soll dabei einen fairen Zugang zur Auftragserteilung durch eine breite Nachfrage am Markt realisieren sowie Qualität zu einem angemessenen Preis ermöglichen.

Das Vergaberecht ist nicht geeignet, um politische Überzeugungen, die in sozialen, ökologischen und arbeitsmarktpolitischen Zielsetzungen sowie ILO-Kernarbeitsnormen ihren Ausdruck finden, durchzusetzen.

Die Berücksichtigung weiterer Kriterien im Vergaberecht droht dieses letztlich zu überborden. Bereits das heutige Vergaberecht, das nicht nur aus Vorgaben des Landes sondern auch des Bundes und der EU besteht, setzt sich aus teilweise hochkomplexen Regelungen zusammen, die vollständig nur von einigen Vergaberechtsexperten durchdrungen werden können. Insofern sind die Vergabestellen mit den gültigen Vergabekriterien, bezogen auf Preis, Bieter, Eignung, etc., bereits heute genug belastet. Ziel muss es sein, eine zügige und rechtssichere Vergabe sicherzustellen. Dies wird durch die Einführung zusätzlicher Kriterien gefährdet.

Benachteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen

Alle vorliegenden Gesetzentwürfe weisen sowohl im Gesetzestext als auch in der Entwurfsbegründung auf den Willen zur Förderung von kleinen und mittleren Unternehmen hin.

Allerdings ist davon auszugehen, dass Auftragnehmer umfangreiche zusätzliche organisatorische und wirtschaftliche Vorkehrungen zur Einhaltung von neu geschaffenen gesetzlichen

Vorgaben treffen müssen. Insoweit ist zu befürchten, dass kleine und mittelständische Betriebe bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zukünftig „chancenlos“ sein werden oder gar nicht erst an Bieterverfahren teilnehmen. Gerade kleine und mittlere Unternehmen verfügen nicht über die für ein komplexeres Vergabeverfahren nötige Personalkapazität. Zudem sind sie nicht in der Lage, viele Anforderungen, die auf sie zukommen würden, überhaupt nachzuweisen.

Die überfrachtete Bürokratie führt zu einer immensen Mehrbelastung und wirkt letztlich abschreckend auf viele kleine und mittlere Unternehmen. Diese verfügen in der Regel nicht über eine eigene Rechtsabteilung, die sie bei der Erstellung eines rechtssicheren Angebots unterstützt und müssten daher entweder einen Juristen einstellen oder den Prozess outsourcen. Denn letztlich kommt nicht nur dem zugrunde liegenden Gesetz eine entscheidende Rolle zu, sondern in Folge auch der konkreten Umsetzung, bei der Formblätter, Anträge, Gewährleistungen, etc. korrekt verstanden und bearbeitet werden müssen. Viele Firmen scheuen die damit einhergehenden zusätzlichen Verwaltungs- und Kostenbelastungen oder sind aus ökonomischer Sicht nicht in der Lage, diese zu tragen.

Die Erfahrungen aus anderen Bundesländern, wie bspw. in Nordrhein-Westfalen seit Einführung des dortigen TVgG, zeigen, dass sich nur noch große Unternehmen an den Ausschreibungen beteiligen und sich darum bemühen, weil die Anforderungen von großen Unternehmen leichter zu erfüllen sind. Das mit den Gesetzesentwürfen in Hessen verfolgte Ziel der Mittelstandsfreundlichkeit wird letztlich konterkariert.

Benachteiligung öffentlicher Unternehmen

Kommunale Unternehmen, sofern im konkreten Fall die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber gegeben ist, werden durch den vorliegenden Gesetzentwurf in erheblichem Maße gegenüber privaten Wettbewerbern benachteiligt. Gerade auf dem Wohnungswirtschaftlichen Markt stehen kommunale Wohnungsunternehmen in engem Wettbewerb mit freien Anbietern. Dies unterscheidet sie deutlich von Gebietskörperschaften und den meisten anderen öffentlichen Auftraggebern, ausgenommen den sonstigen kommunalen Unternehmen, die etwa in den Bereichen der Energie- und Trinkwasserversorgung und des Verkehrs tätig sind.

Im Unterschied zu rein privaten Unternehmen müssen kommunale Unternehmen - sofern sie im konkreten Fall als öffentliche Auftraggeber tätig werden - bei Aufträgen, die oberhalb der Schwellenwerte des Vergabegesetzes liegen, die Anforderungen des Vergaberechts erfüllen. Diese Anforderungen erschweren die unternehmerische Tätigkeit, sie führen zu einem erhöhten Personal- und Zeitaufwand. Gerade im investiven Bereich fällt es privaten Unternehmen daher leichter, flexibel und verzögerungsfrei zu agieren. Öffentliche Unternehmen werden durch die einseitige Anwendung eines engeren Rechtsrahmens in Form eines komplexeren Vergaberechts strukturell benachteiligt, was in Konsequenz zu merklichen Wettbewerbsverzerrungen führt.

Zudem ist zu befürchten, dass sich der potenzielle Bieterkreis bei den Ausschreibungen öffentlicher Unternehmen aufgrund zusätzlicher Verpflichtungen und drohender Vertragsstrafen verkleinert. Dies stellt vor allem in Bereichen wie der Strom-, Gas-, Wärme- und Wasserversorgung, die aufgrund der spezifischen Anforderungen bereits heute nur von wenigen

Anbietern auf dem Markt bedient werden können, ein erhebliches Problem dar. Eine weitere Reduzierung des Bieterkreises wird dazu führen, dass öffentliche Unternehmen künftig einem ungünstigeren Angebot den Zuschlag erteilen müssen, als das unter derzeitigen Bedingungen der Fall wäre.

Gesetz verursacht Mehraufwand und Kostensteigerungen

Die Aufnahme eines erweiterten Kriterienkatalogs in das Vergaberecht wird zu signifikanten Aufwandssteigerungen sowohl auf Seiten der auftragsvergebenden Stellen als auch bei den Bewerbern führen.

Bei allen drei geplanten Gesetzen wird ein erheblicher Bürokratie- sowie Organisations- und Verwaltungsaufwand für die Vergabestellen ausgelöst. Dies gilt in jedem Fall für die Ausgestaltung der öffentlichen Ausschreibung, da hier durch die Entwürfe weitreichende verbindliche Vorgaben hinsichtlich des komplexer werdenden Vergabeverfahrens geschaffen werden.

Ausweislich der Gesetzentwürfe der Fraktion Die Linke (§ 13) und der Fraktion der SPD (§§ 11, 19, 20) werden den öffentlichen Auftraggebern darüber hinaus weitere Kontroll- und Informationspflichten bzgl. der Einhaltung der gesetzlichen Vorgabe durch den Auftragnehmer auferlegt.

Durch die Einrichtung von Nachprüfungsstellen (Entwurf der Regierungsfractionen, § 20) bzw. einer Prüfbehörde (Entwurf der Fraktion Die Linke, § 13 / Entwurf der SPD-Fraktion, § 20) wird für die öffentliche Hand neben der Mehrbelastung der auftragsvergebenden Stellen ein zusätzlicher Verwaltungsaufwand ausgelöst.

Insgesamt wird damit das politische Ziel einer fortgesetzten Deregulierung konterkariert. Zudem führt der zu erwartende erhebliche Mehraufwand sowohl bei den Vergabestellen als auch bei einer Prüfstelle – auch ausweislich der drei vorliegenden Gesetzentwürfe – zu steigenden Personal- und Verwaltungskosten. Dies steht der eigentlichen Intention des Vergaberechts – der Gewährleistung von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der öffentlichen Hand – diametral entgegen.

Darüber hinaus ist mit einer erheblichen Verteuerung der Bau- und Dienstleistungen zu rechnen, da auch die Auftragnehmer umfangreiche zusätzliche organisatorische und wirtschaftliche Anstrengungen unternehmen müssen, um die erweiterten Anforderungen eines umfangreicheren Vergabeverfahrens zu erfüllen.

Der erhöhte Aufwand der Bewerber führt zu Mehrkosten, die sich im Bereich der Wohnungswirtschaft in steigenden Bau- und Dienstleistungskosten niederschlagen. Diese führen im Bereich des Mietwohnungsbaus, in dem die Mitgliedsunternehmen des VdW südwest vorrangig tätig sind, in Konsequenz zu höheren Wohnkosten für spätere Mieter, was im Widerspruch zum politischen Ziel, der Schaffung von mehr preisgünstigem Wohnraum, steht.

Präferenz für Modell mit Ermächtigungsgrundlage

Sollte sich der Gesetzgeber entscheiden, trotz der vorgebrachten Einwände zusätzliche Kriterien im Vergaberecht zu verankern, ist das Modell der Regierungskoalition zu präferieren, nach dem es den auftragsvergebenden Stellen freigestellt werden soll, ob und in welchem Umfang sie diese Kriterien im konkreten Auftragsvergabeverfahren berücksichtigen.

Auftraggeber verfügen aufgrund ihrer sachlichen Kompetenz in Bezug auf den Auftragsgegenstand am ehesten über die Fähigkeit zu entscheiden, ob und in welcher Form bei der Erfüllung eines konkreten Auftrages auch gesellschaftspolitisch wünschenswerte Ziele erreicht werden können oder ob die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien lediglich einen ungerechtfertigten Mehraufwand darstellen würde.

Von: [Brigitta Trutzel](#)
An: [Stoll, Martina \(HLT\)](#)
Thema: Schriftliche Stellungnahme der ABSt Hessen e.V. zur Novellierung des Hessischen Vergabegesetzes
Datum: Donnerstag, 21. August 2014 15:28:36
Anlagen: [Anhang zur Stellungnahme ABSt Hessene.V..pdf](#)
[Stellungnahme ABSt Hessen 21082014.pdf](#)
[Anschreiben ABSt Hessen e.V .pdf](#)

Sehr geehrter Herr Reif,

wunschgemäß überlassen wir Ihnen die schriftliche Stellungnahme der ABSt Hessen e.V. zu den entsprechenden Gesetzesentwürfen anlässlich der Novellierung des Hess. Vergabegesetzes.

Bitte entnehmen Sie der Anlage unser Anschreiben, die Stellungnahme und einen notwendigen Anhang zur Stellungnahme.

Im Anhang zur Stellungnahme sind alle Änderungen zum Entwurf unterstrichen. Dazu gehören auch Änderungen, die in der Stellungnahme nicht angesprochen werden, aber aus klarstellenden bzw. redaktionellen Gründen notwendig sind.

Gleichzeitig melde ich mich hiermit zur mündlichen Anhörung für die ABSt Hessen e.V. - unabhängig von der separaten Interessenwahrnehmung ihrer Träger - an.

Mit freundlichen Grüßen

Brigitta Trutzel
Rechtsanwältin

Auftragsberatungsstelle Hessen e.V.
Geschäftsführerin

Bierstadter Straße 9
65189 Wiesbaden

E-Mail : brigitta.trutzel@absthessen.de

Mobil: 0160 96971556

Tel.: 0611 / 974588-0

Fax : 0611 / 974588-20

Besuchen Sie unsere Internetseite :

Homepage : <http://www.absthessen.de>

HPQR : <http://www.hpqr.de>

HAD : <http://www.had.de>

Interesse an unseren Seminaren? Die nächsten auf einen Blick:

Aktuelles Vergaberecht, 17. September 2014, Industrie- und Handelskammer
Wiesbaden

Bieterstrategien, 24. September 2014, Industrie- und Handelskammer Frankfurt

Bieterstrategien, 29. September 2014, Industrie- und Handelskammer Kassel

Weitere Informationen unter: <http://www.absthessen.de/seminare-anmeldung.html>

To: h.schnier@ltg.hessen.de
m.stoll@ltg.hessen.de
Cc: b.scheibig@wiesbaden.ihk.de
eberhard.bierschenk@hwk-kassel.de
harald.brandes@hwk-wiesbaden.de
f.goetting@wiesbaden.ihk.de
m.graessle@frankfurt-main.ihk.de
g.guidde@hanau.ihk.de
info@ingkh.de
leder@giessen-friedberg.ihk.de
lohmeier@kassel.ihk.de
Stefan.Mueller@wirtschaft.hessen.de
j.nolde@wiesbaden.ihk.de
n.oestreicher@limburg.ihk.de
herzig@akh.de
dr.riess@hwk-rhein-main.de
schunck@fulda.ihk.de
tielmann@lahndill.ihk.de
hauptgeschaeftsfuehrung@darmstadt.ihk.de
winkler@offenbach.ihk.de

Auftragsberatungsstelle Hessen e.V. | Bierstadter Straße 9 | 65189 Wiesbaden

Geschäftsführung

Herrn
Clemens Reif
Mitglied des Landtages
Vorsitzender des Ausschusses für
Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung

Brigitta Trutzel
Tel.: 0611 974588-0
Brigitta.Trutzel@absthessen.de

www.had.de
www.hpqr.de

Hessischer Landtag
Postfach 3240

Datum 21. August 2014

65022 Wiesbaden

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

Sehr geehrter Herr Reif,
Sehr geehrte Frau Schnier,
Sehr geehrte Damen und Herren,

für die Übersendung der nachstehenden Gesetzesentwürfe und der hierzu eingeräumten Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme sowie der Teilnahme an der Anhörung am 11. September, möchten wir uns bedanken:

- Gesetzesentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge – *Drucksache 19/134* –
- Gesetzesentwurf der Fraktion der SPD für ein Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairem Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Hessisches Tariftreue- und Vergabegesetz) – *Drucksache 19/349* –
- Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz – *Drucksache 19/401* –

Anbei finden Sie unsere Stellungnahme zu den vorliegenden Gesetzesentwürfen sowie einen Anhang, der die entsprechenden Formulierungsvorschläge für die Textfassung des neuen Hessischen Vergabegesetzes enthält. Für die Weiterleitung beider Teile wären wir Ihnen verbunden.

Mit freundlichen Grüßen

Auftragsberatungsstelle Hessen e. V.
Geschäftsführerin:



Brigitta Trutzel
Rechtsanwältin

Anlagen

Stellungnahme vom 21.08.14 der Auftragsberatungsstelle Hessen e.V. zum Hessischen Vergabegesetz;
Formulierungsvorschläge (Anhang zur Stellungnahme)

Anhang**zur Stellungnahme der Auftragsberatungsstelle Hessen e.V. zum vorliegenden Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz****Erster Abschnitt
Allgemeine Vorschriften****§ 1
Anwendungsbereich**

(1) Dieses Gesetz gilt für die Vergabe und Ausführung öffentlicher Aufträge des Landes Hessen sowie der Gemeinden und Gemeindeverbände und ihrer Eigenbetriebe, ihrer Anstalten des öffentlichen Rechts insgesamt sowie nach § 2c des Hessischen OFFENSIV-Gesetzes vom 20. Dezember 2004 (GVBl. I S. 488, 491), zuletzt geändert durch Gesetz vom 27. Mai 2013 (GVBl. S. 218), sowie kommunale Arbeitsgemeinschaften und Zweckverbände (öffentliche Auftraggeber) und von Auftraggebern im öffentlichen Personennahverkehr nach Abs. 2 (Besteller).

(2) ... bleibt unverändert

(3) ... bleibt unverändert

(4) § 9 des Gesetzes über den öffentlichen Personennahverkehr in Hessen bleibt unberührt. Für Vergaben von Auftraggebern nach Abs. 2 und 3 findet § 15 keine Anwendung.

(5) Diesem Gesetz entgegenstehende Vorgaben für Vergabeverfahren nach dem Recht der Europäischen Union, nach Bundesrecht sowie für im Auftrag des Bundes, der Stationierungsstreitkräfte sowie internationaler und supranationaler Stellen durchzuführende Vergabeverfahren bleiben unberührt. Der Schwellenwert für Aufträge, ab welchem die Vergabeverfahren von diesem Gesetz erfasst werden, beträgt 10.000 Euro ohne Berücksichtigung der Umsatzsteuer. Die Vergabe und Ausführung öffentlicher Aufträge unterhalb von 10.000 Euro kann unbeschadet des Haushaltsrechtes durch Verwaltungsvorschrift gesondert geregelt werden.

(6) ... bleibt unverändert

§ 2

Allgemeine Grundsätze, Verfahren

Redaktionelle Änderung in § 2 Abs. 6 Satz 2 HVTG:

(1) bis (5)... bleiben unverändert

(6) Die Vergabeverfahren sind fortlaufend und vollständig zu dokumentieren. Entscheidungen sind zu begründen. Die Nichtberücksichtigung mittelständischer Interessen ist besonders aktenkundig zu machen.

§ 3

Soziale, ökologische und innovative Anforderungen, Nachhaltigkeit

(1) Für die Auftragsausführung können zusätzliche, insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Anforderungen nur gestellt werden, wenn sie unmittelbar im sachlichen Zusammenhang mit dem auszuführenden Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Nicht auftragsbezogenen Anforderungen sind ausgeschlossen. Diese Anforderungen sowie alle anderen Zuschlagskriterien und deren Gewichtung müssen in der Bekanntmachung und in den Vergabeunterlagen genannt werden.

ZWEITER TEIL

Tariftreue, Mindestentgelte

§ 4

Tariftreuepflicht

(1) Unternehmen sind bei öffentlichen Aufträgen verpflichtet, die für sie geltenden gesetzlichen, aufgrund eines Gesetzes festgesetzten und unmittelbar geltenden tarifvertraglichen Leistungen zu gewähren. Liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass gegen diese Regelung verstoßen wird, ist auf Anforderung dem öffentlichen Auftraggeber oder dem Besteller die Einhaltung dieser Verpflichtung nachzuweisen.

§ 4 Abs. 4 HVTG wird zu Abs. (2) ... bleibt unverändert

§ 4 Abs. 5 HVTG wird zu Abs. (3) ... bleibt unverändert

(4) Das für das Tarifwesen zuständige Ministerium stellt im Einvernehmen mit dem für den Öffentlichen Personennahverkehr zuständigen Ministerium die nach Abs. 2 Nr. 1 und 2 und 3 anzuwendenden Tarifverträge einschließlich des jeweils gültigen Preisindex fest und gibt die geltenden Lohn- und Gehaltstarife bekannt. Die anzuwendenden Tarifverträge und Lohnzuschläge sind im Staatsanzeiger für das Land Hessen und der Hessischen Ausschreibungsdatenbank (HAD) bekanntzumachen. Soweit der vollständige maßgebliche Text anderweitig in elektronischer Form allgemein zugänglich ist, ist ein Hinweis mit der Angabe der Internetseite zugelassen.

(5) Die Feststellung der nach Abs. 2 Nr. 1 und 2 bis 5 geltenden Lohn- und Gehaltstarife erfolgt unter Berücksichtigung der Empfehlungen des bei dem für das Tarifwesen zuständigen Ministerium einzurichtenden Beirats. Das für das Tarifwesen zuständige Ministerium kann im Einvernehmen mit dem für den Öffentlichen Personenverkehr zuständigen Ministerium durch Rechtsverordnung das Nähere über die Zahl, die Bestellung, die Amtsdauer, Amtsführung, das Verfahren und die Geschäftsführung des Beirats bestimmen.

§ 8

Nachunternehmen, Lieferanten, Verleihunternehmen

(1) Nachunternehmen und mit Leistungen beauftragte Lieferanten sowie Verleihunternehmen haben die für sie geltenden Pflichten nach § 4 Abs. 1 in gleicher Weise in eigener Verantwortung zu erfüllen. Bei Verstößen ist der Öffentliche Auftraggeber berechtigt, unbeschadet anderer Rechte seine Zustimmung zur Weitergabe der Leistung zu widerrufen und nach Maßgabe des § 18 zu verfahren.

(2) Auf die Verpflichtung zur Vorlage von Tariftreue- und sonstige Verpflichtungs- sowie Mindestentgelterklärungen kann verzichtet werden, wenn das Auftragsvolumen eines Nachunternehmens, Lieferanten oder Verleihunternehmens weniger als 10.000 Euro ohne Umsatzsteuer beträgt.

§ 9 HVTG wurde gestrichen.

§ 11

Bekanntmachung, Wettbewerb

Redaktionelle Änderung in § 11 Abs. 2 und 3 HVTG:

(2) Wenn kein Teilnahmewettbewerb oder Interessenbekundungsverfahren durchgeführt wird, ...

(3) Wenn kein Teilnahmewettbewerb oder Interessenbekundungsverfahren durchgeführt wird, ...

§ 16

Urkalkulation, Zwei-Umschlagsverfahren

(1) ...bleibt unverändert

(2) Öffentliche Auftraggeber oder Besteller können unabhängig von Abs. 1 Satz 1 von auftragnehmenden Bietern verlangen, die Urkalkulation...

(3) ... bleibt unverändert

§ 20

Nachprüfungsstellen

(1) Die für das öffentliche Auftragswesen zuständige Ministerin oder der hierfür zuständige Minister kann im Einvernehmen mit der für das Haushaltswesen zuständigen Ministerin oder dem hierfür zuständigen Minister sowie mit der für kommunale Angelegenheiten zuständigen Ministerin oder dem hierfür zuständigen Minister durch Rechtsverordnung eine oder mehrere Nachprüfungsstellen für Bauleistungen (VOB-Stelle) und für Lieferungen und Leistungen (VOL-Stelle) einrichten und deren Verfahren bei Auftragsvergaben unterhalb der nach § 100 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen festgelegten Schwellenwerten regeln. Die VOL-Stelle und die VOB-Stellen sollen keine Aufsichtsbehörde über die Vergabestelle, sondern unabhängige Stelle sein.

(2) ... bleibt unverändert

(3) Verstöße gegen Vergabevorschriften, die Gegenstand von Nachprüfungsverfahren nach § 107 GWB sein können, und Streitigkeiten über abgeschlossene Verträge sind nicht Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens nach Abs. 2.

§ 20 Abs. 3 HVTG wird zu (4) ... bleibt unverändert

(5) In der Rechtsverordnung sollen für die Nachprüfungsverfahren bei Bau-, Liefer- und Dienstleistungen einheitliche Verfahrensvorschriften vorgegeben werden. Dazu kann insbesondere auf § 107 Abs. 1, 2 und 3 Satz 1, die §§ 108 bis 111 Abs. 1 bis 3 sowie die §§ 113 und 114 Abs. 1 und 2 GWB Bezug genommen werden. Es kann bestimmt werden, dass im Falle eines zugelassenen Nachprüfungsverfahrens die Aussetzung des Zuschlags bis zu zehn Werktagen, bei besonders tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten bis zu fünfzehn Werktagen angeordnet und unter Berücksichtigung des Interesses der Allgemeinheit an einer unverzüglichen oder wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers auf Antrag das Zuschlagsverbot aufgehoben werden kann.

(6) Von der Nachprüfungsstelle festgestellte Verstöße und geeignete Maßnahmen zur Beseitigung der Rechtsverletzung sind den Beteiligten und der Aufsichtsbehörde des öffentlichen Auftraggebers, des Bestellers oder der zuwendungsgewährenden Stelle in Textform mit Begründung mitzuteilen. Rechtsbehelfe dagegen bestehen nicht. Rechtsbehelfe gegen darauf ergangene Entscheidungen der Aufsichtsbehörde oder zuwendungsgewährenden Stelle bleiben davon unberührt.

(7) Die Nachprüfungsverfahren sind gebührenfrei. Auslagen der Nachprüfungsstelle sind von der oder dem unterlegenen Beteiligten zu erstatten. Die Kosten der Beteiligten sind von diesen selbst zu tragen.

Stellungnahme der Auftragsberatungsstelle Hessen e.V. zu den vorliegenden Gesetzesentwürfen für ein neues Hessisches Vergabegesetz:

- Gesetzesentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge – Drucksache 19/134 -
- Gesetzesentwurf der Fraktion der SPD für ein Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairem Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Hessisches Tariftreue- und Vergabegesetz) – Drucksache 19/349 -
- Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz – Drucksache 19/401 -

A. Grundsätzliche Anmerkungen

Die Auftragsberatungsstelle Hessen e.V. bündelt seit 60 Jahren die vergaberechtliche Kompetenz der 10 hessischen IHKs, die zusammen mit den HWKs die Gründungsmitglieder der Einrichtung sind. In den letzten drei Jahren sind das Land Hessen, die AKH und die IngKH als Träger der Einrichtung hinzugekommen. Die Einrichtung berät öffentliche Auftraggeber aus Hessen bei der Durchführung von Vergabeverfahren und Bieter bei der Akquise von öffentlichen Aufträgen.

B. Bewertung der einzelnen Gesetzesentwürfe

Der gemeinsame Gesetzesentwurf von CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN entspricht in Hinblick auf den bisherigen Focus, den Mittelstand zu schützen und zu fördern in seinen Grundzügen am ehesten den Vorstellungen der Auftragsberatungsstelle Hessen e.V.

Die Gesetzesentwürfe der Fraktionen DIE LINKE und SPD hingegen weichen hinsichtlich dieser grundsätzlich mittelstandsfreundlichen Zielrichtung vom bestehenden Hessischen Vergabegesetz erheblich ab und sind zudem in der praktischen Umsetzung schwierig:

- Die Hessische Ausschreibungsdatenbank verliert ihre zentralisierende Aufgabe als Pflichtbekanntmachungsplattform für hessische Vergabestellen und wird auf einen Empfehlungscharakter reduziert (SPD) bzw. fällt als Bekanntmachungsmedium in Hessen komplett weg (DIE LINKEN).
- Die Rechtsschutzmöglichkeit unterhalb der Schwellenwerte wird schlichtweg gestrichen (DIE LINKE), während der Entwurf der SPD den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten frei macht und damit nicht nur die Spaltung des Rechtswegs unterstützt, sondern der Rechtsunklarheit im Vergaberecht Tor und Tür öffnet.
- Beide Entwürfe (DIE LINKE und SPD) fahren trotz guter Erfahrungen die Auftragswerte bei den Vergabefreigrenzen herunter und verkomplizieren das Verfahren in seiner Ausgestaltung erheblich.

Unsere Ausführungen beschränken sich daher auf den Entwurf der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN.

C. Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Fraktionen CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz (HVTG)

I. Mittelstandsförderung allgemein

Die Förderung des Mittelstandes steht mit der Neuregelung des HVTG nicht mehr im Fokus: Der Gesetzesentwurf sieht Erklärungen zur Tariftreue und Zahlung von Mindestentgelten vor, die zu einer Verkomplizierung der Vergabepaxis führen und Beschaffungsvorgänge für alle Seiten aufwendiger und teurer machen.

Gleichzeitig werden die zentralen Bausteine der Mittelstandsförderung, die das HVgG eingeführt hatte wieder gestrichen. Es ist zu besorgen, dass sich noch weniger mittelständische Unternehmen um öffentliche Aufträge bemühen:

1. Der durch § 14 HVgG eingeführte Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, der durch Nachprüfungsstellen wahrgenommen werden soll, ist durch eine einfache Beschwerdemöglichkeit innerhalb der gegebenen Behördenstrukturen ersetzt worden.
2. Die Hessische Ausschreibungsdatenbank (HAD) wird als zentrale, umfassende Bekanntmachungsplattform beschnitten, weil die Bekanntmachungspflicht nicht mehr für EU-Vergabeverfahren gelten soll.

II. Arbeitnehmerschutz (Mindestlohn / Tariftreue)

Statt den Mittelstand zu fördern, befasst sich der Gesetzesentwurf der Fraktionen CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Kernpunkt mit Tariftreuregelungen bzw. der Einhaltung von Mindestentgelten. Vergaberechtlich sind diesbezügliche Regelungen als zusätzliche Bedingung an die Auftragsausführung einzuordnen, sofern sie gem. § 97 IV 2 GWB im sachlichen Zusammenhang mit dem Leistungsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.

Die Regelungen des § 4 Abs. 1 bis 3 und § 6 HVTG **verpflichten Unternehmen** nicht nur **vertraglich**, sondern **per Gesetz** Mindestlöhne einzuhalten. Aufgrund der gesetzlichen Verpflichtung der Unternehmen bleibt offen, ob sie auch gegenüber privaten Auftraggebern greift. § 4 I HVTG enthält die bereits im HVgG enthaltene Generalklausel. Unklar bleibt weiter, ob neben der Auflistung in Abs. 2 eine **Bindung** über das **AEntG** und **MiArbG** an alle, bundesweit und allgemeinverbindlich geltende Tarifverträge wie bspw. das TVG oder AÜG gewollt ist oder die Verpflichtung nur für **diese zwei Gesetze** gelten soll.

Die besondere Erwähnung neben den Bundesgesetzen verschärft die **Prüfungspflicht der Auftraggeber** zusätzlich, da bereits bei jedem minder schweren Rechtsverstoß die Einhaltung der im HVTG aufgeführten Gesetze als Teil der Bedingungen an die Auftragsausführung zu überprüfen ist. (Dagegen erfasst die Eignungsprüfung im Hinblick auf Zuverlässigkeit bzw. Gesetzestreue nur schwere Verstöße, vgl. § 23 AEntG). Auch ist davon auszugehen, dass das MiArbG mit Inkrafttreten des Tarifautonomiestärkungsgesetz obsolet wird.

Änderungsvorschlag:

1. Einfügen in § 4 Abs. 1 Satz 1 HVTG: „...bei öffentlichen Aufträgen“...
2. Ersatzlose Streichung des § 4 Abs. 2 und 3 HVTG.

Nach der Neuregelung muss jeder Auftraggeber die zur Einhaltung der Bestimmungen der Mindestlohngesetze im Rahmen jedes Vergabeverfahrens wiederholt die **Angebote auf Abgabe der Tariftreueerklärung** durch den Bieter und ggfls. seine Nachunternehmer **prüfen**. Die Zollämter überprüfen nur die Einhaltung von Mindestlohnvorgaben bei Auftragsdurchführung und sind für das Vergabeverfahren nicht zuständig.

Mit Sicherheit ist die Regelung des § 8 i.V.m. § 9 HVTG als mittelstandsfeindlich zu bezeichnen, überbürdet sie doch dem Unternehmen umfangreiche Garantien und Nachweispflichten hinsichtlich seiner Nachunternehmer. Für den Bieter ist bei VOL/A-Beschaffungen die Gefahr des Ausschlusses besonderes hoch, da fehlende Erklärungen nach Ermessen des Auftraggebers nachgefordert werden können oder auch nicht. Da Bedingungen an die Auftragsausführung keine Eignungskriterien darstellen, können sie auch nicht vorsorglich in einem Präqualifikationsverfahren berücksichtigt werden. Mithin belastet auch dieser Aspekt das Verfahren und erhöht das Risiko für Unternehmen, die auf Nachunternehmer angewiesen sind, weniger am Wettbewerb beteiligt zu werden.

Auch bleibt offen, ob es sich nur um eine vertragliche Pflicht oder einer Verpflichtung aufgrund Gesetz handelt (vgl. § 9 Abs. 1 Satz 5 HVTG), an welchem Ort und in welchem Umfang der Unternehmer diese Pflichten zu erledigen hat (vgl. § 9 Abs. 2 HVTG). Wer das nicht darstellen kann, verabschiedet sich besser aus der öffentlichen Auftragsvergabe. Die **Vereinbarkeit mit Unionsrecht** hat das OLG Koblenz dem EuGH derzeit zur Prüfung vorgelegt (vgl.: OLG Koblenz Beschl. v. 19.2.2014 – 1 Verg 8/13).

Änderungsvorschlag:

Streichung der §§ 8 Abs. 1 und 2, 9 HVTG und Ersetzen durch § 3 Abs. 2 HVgG. Zumindest wird empfohlen, die Vorlagepflicht nur auf Ausschreibungen zu beschränken, nicht aber für Freihändige Vergaben anzuwenden.

III. Soziale, ökologische Kriterien und sonstige Bedingungen an die Auftragsausführung

§ 3 I 1 HVTG ist unklar: Die dort gewählte Formulierung „mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen“ ist weiter als es § 97 IV 2 GWB zulässt. Der EuGH hat klargestellt, dass **Zuschlagskriterien** einen **Wirtschaftlichkeitsbezug** aufweisen müssen und **Bedingungen an die Auftragsausführung** sich auf den **konkreten Auftrag** beziehen müssen. Außerdem ist es unrealistisch, „Aspekte des Produktionsprozesses“ insbesondere bei Lieferleistungen zu berücksichtigen. Man stelle sich nur vor, was das bspw. bei Fahrzeugherstellern bedeuten würde.

Die Realisierung allgemeiner Unternehmenspolitik reicht gem. § 97 IV 2 und 3 GWB jedenfalls nicht aus, die Anforderungen des Auftraggebers zu erfüllen. Der Bezug zu einem konkreten Auftrag fehlt folglich bei sozialen Ausführungsbedingungen regelmäßig (Beispiel: Frauenförderung durch Frauenförderpläne).

Letztlich verursachen Regelungen zur Beachtung von Mindeststandards der Kernarbeitsnormen (ILO), die Verknüpfung der Auftragsvergabe mit Maßnahmen zur Frauenförderung oder die bevorzugte Auftragsvergabe an Unternehmen, die Ausbildungsplätze bereitstellen deutlich **mehr Kosten** durch deutlich höheren Prüfungsumfang im Vergabeverfahren. Zudem ist es für Auftragnehmer fast unmöglich, nachzuweisen, dass Zulieferer bspw. nicht gegen ILO-Kernarbeitsnormen verstoßen haben. Es kann insoweit auf die vorstehend gemachten Ausführungen verwiesen werden.

Änderungsvorschlag:

Streichung des § 3 Abs. 1 Satz 1 HVTG und Ersetzen durch § 2 Abs. 2 HVvG.

IV. Hessische Ausschreibungsdatenbank (HAD)

Die beabsichtigte Neufassung des Gesetzes beschneidet die Qualität der HAD als zentrale Pflichtbekanntmachungsplattform für sämtliche nationale und EU-Vergabeverfahren in Hessen. Der Gesetzesentwurf reduziert diese Bekanntmachungspflicht auf nationale Bekanntmachungen wie ein Verweis in § 1 Abs. 5 i.V.m. § 11 HVTG verdeutlicht. Damit müssen Unternehmen auf einer zusätzlichen EU-Datenbank (TED) recherchieren. Für **kleinere, mittelständische Betriebe**, die Teilaufträge aus EU-Verfahren übernehmen könnten, verschärft sich der **Rechercheaufwand** erheblich. Nachweislich finden sie EU-Bekanntmachungen nur schwer und unter hohem **Zeitverlust** oder oftmals gar nicht.

Die HAD ermöglicht, **Suchprofile** anzulegen und ist **Ansprechpartner** für alle Fragen zum Verfahren. Außerdem können hessische Ausschreibungen nur über die HAD **kostenfrei** zur Verfügung gestellt werden. Für mehr Transparenz sorgt auch die Vorgabe, dass alle hessischen Auftraggeber nach den gleichen, strukturierten Bekanntmachungsformularen arbeiten müssen. Hessische Auftraggeber profitieren im Übrigen davon, dass EU-Bekanntmachungen über die HAD an TED weitergeleitet werden und sie eine Zugangsbestätigung von der EU bekommen. Die HAD ist für dieses **Weiterleitungsrecht** von der EU speziell autorisiert worden. Alle Vorzüge zusammengefasst macht die HAD für **alle Nutzer einzigartig in Deutschland**.

Die EU lässt ausdrücklich nationale Bekanntmachungsplattformen neben der europäischen Plattform TED zu (Art. 36 Abs. 5 VKR). Die Pflicht, EU-weite Ausschreibungen auf TED einzustellen, ist im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) umgesetzt worden. Sie ist nicht Ausdruck eines eigenen, bundesweiten Regelungswillens. Der Bund hat aus gutem Grund keine eigene Regelung zur Bekanntmachungspflicht auf einer zentralen Bekanntmachungsplattform getroffen. Hierzu **fehlt ihm die Gesetzgebungskompetenz**. Ohne die Zustimmung der Länder und Kommunen kann der Bund keine zentrale Datenbank mit Veröffentlichungspflicht für Land und Kommunen einrichten.

Als Ausdruck eines eigenen Regelungswillens hat das Land Hessen hat auf Grundlage seines Haushalts- sowie Organisationsrechts die HAD als zentrale Pflichtbekanntmachungsplattform mit umfassender Bekanntmachungspflicht eingeführt. Die konkurrierende Zuständigkeit des Bundes (Art. 74 GG - Recht der Wirtschaft) wird durch die HAD nicht berührt. Die HAD kann aus Sicht des

Mittelstandes ihre Aufgabe hinsichtlich mehr Transparenz und Wettbewerbsförderung nur umfassend erfüllen, wenn weiterhin auch EU-Verfahren in Zukunft dort zu veröffentlichen sind.

Änderungsvorschlag:

Ersatzlose Streichung des § 1 Abs. 5 S. 3 HVTG.

V. Nachprüfungsstelle

Die Regelung zu Nachprüfungsstellen in § 20 V HVTG, bietet für Bieter **keinen Rechtsschutz** mehr. Die Einflussmöglichkeit der Nachprüfungsstelle wird mit der Neufassung ad absurdum geführt: Es soll sich bei den Feststellungen der VOL/VOB-Stellen lediglich um „Empfehlungen“ handeln, das heißt, die Entscheidungen der Nachprüfungsstelle sind in keiner Weise für die Vergabestelle bindend. Das HVgG setzte mit der erweiterten Einrichtung und neu definierten Kompetenzen der Nachprüfungsstellen Maßstäbe, endlich den vom **Mittelstand ersehnten Rechtsschutz** unterhalb der Schwellenwerte und damit für **98 % der Vergabeverfahren** einzuführen. Mit der Neufassung ist dieses Vorhaben aufgegeben worden.

Es bleibt wie vor 2013 nur eine verwaltungsinterne Beschwerdestelle ohne Rechtsetzungsqualität. Der Rechtsbehelfshinweis verweist den Bieter bei Entscheidungen (Verwaltungsakte) der Aufsichtsbehörden und Zuwendungsgeber ausschließlich auf ein Verfahren nach Verwaltungsverfahrensgesetz. Mithin ist eine Rechtmäßigkeitskontrolle hinsichtlich eines Vergabefehlers nach Zivilprozessordnung (ZPO) nur im bisherigen Rahmen eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens vor den Zivilgerichten (mit den erhöhten Risiken für Bieter) möglich. Dabei wird verkannt, dass am Ende des Beschaffungsverfahrens öffentliche Auftraggeber bei Zuschlagserteilung privatrechtliche Verträge mit Unternehmen schließen. Eine öffentliche Ausschreibung ist eine Aufforderung der Vergabestelle zur Angebotsabgabe nach Regeln des § 145 BGB („invitatio ad offerendum“). Mit Beginn des Vergabeverfahrens entsteht ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis, welches zivilrechtliche Ansprüche auslöst (vgl.: BVerwGE Beschl. v. 6.5.2007, 6 B 10.07). Die Konsequenz liegt auf der Hand: **Gespaltene Rechtswege** zu Zivilgerichten bzw. Verwaltungsgerichten trotz gleicher Rechtsmaterien. Damit ist ein **Auseinanderfallen der Entscheidungsmaßstäbe** für Vergabeverfahren im Unter- und Oberschwellenbereich in Hessen vorprogrammiert. **Mangelnde Rechtsklarheit bedeutet weniger Mittelstandsschutz.**

Wenn Überprüfungen des Beschaffungsprozesses nur innerhalb der Behördenhierarchie erfolgen, werden Unternehmer weiterhin nur im Ausnahmefall und mit großer Zurückhaltung diese Möglichkeit in Anspruch nehmen. Unternehmen machen die Erfahrung, dass Beschwerden bei vorgesetzten Stellen sich negativ auf spätere Auftragschancen auswirken. Der Anteil vergabekonformer Zuschlagsentscheidungen und damit der Anteil wirtschaftlicher Angebote kann nur dann zunehmen, wenn der Mittelstand ermutigt wird, eklatante Vergabeverstöße vor **unabhängigen, außerhalb der Hierarchie stehenden Nachprüfungsstellen** überprüfen zu lassen. Nachweislich ist der Anteil von EU-Verfahren, die rechtskonform durchgeführt werden deutlich höher als der

Anteil nationaler Vergabeverfahren - und dies trotz sinkender Fallzahlen der Vergabekammern.

Änderungsvorschlag:

1. *Streiche § 20 Abs. 1 Satz 2 HVTG und ersetzt durch neuen Satz 2: „VOB-Stellen und VOL-Stelle sollen keine Aufsichtsbehörden über die Vergabestelle, sondern unabhängige Stelle sein.“*
2. *Füge zwischen § 20 Abs. 2 und 3 HVTG einen neuen Abs. 3 mit der Formulierung des § 14 Abs. 3 HVgG ein.*
3. *Die Formulierung des § 20 Abs. 4 HVTG wird durch die Formulierung des § 14 Abs. 5 HVgG ersetzt.*
4. *Die Formulierung § 20 Abs. 5 Satz 2 HVTG wird gestrichen und durch § 14 Abs. 6 Satz 2 und 3 HVgG ergänzt.*
5. *§ 20 Abs. 3 HVTG wird zu § 20 Abs. 4 HVTG. § 20 Abs. 4 HVTG wird zu § 20 Abs. 5 HVTG. § 20 Abs. 5 HVTG wird zu § 20 Abs. 6 HVTG.*

Eine zusätzliche **Hürde für Unternehmen** besteht nunmehr dadurch, dass die Gebührenfreiheit im Nachprüfungsverfahren gestrichen wurde. Die für die Verfahrensausgestaltung erforderliche Rechtsverordnung soll die **Verfahrens- und Kostenvorschriften** enthalten.

Änderungsvorschlag:

§ 20 HVTG wird mit der Formulierung des § 14 Abs. 7 HVgG um einen Abs. 7 ergänzt.

Mit dem Verlust des Rechtsschutzes einher geht auch die Beschränkung des **Rechts der Kammerorganisationen**, Bieter bei der Durchsetzung rechtmäßiger Zuschlagsentscheidungen zu unterstützen. Als Berufsorganisation ist bspw. eine Kammer oder ein Verband seit HVgG rügeberechtigt und kann bei Fragen von grundsätzlicher Bedeutung selbst das Nachprüfungsverfahren beantragen (nicht bieterbezogene Verletzung eigener Rechte). Damit wird der Bieter nicht für zukünftige Vergabeverfahren „verbrannt“. Das neue Gesetz beschneidet dieses Recht nunmehr auf Fragestellungen, die nur in Verfahren im Unterschwellenbereich auftreten (§ 1 Abs. 5 i.v.m. § 20 HVTG). Das EU-Verfahren kann von Berufsorganisationen nicht mehr angegriffen werden. Hier gilt das zu unter IV. erläuterte analog. Eine umfassende Regelungsbefugnis hierfür hat das Land.

Änderungsvorschlag:

Ersatzlose Streichung des § 1 Abs. 5 Satz 3 HVTG.

Die **Kammerorganisationen** hatten bereits erklärt, sich mit eigenen Ressourcen an einer zeitnahen **Realisierung einer VOL-Stelle** zu beteiligen. Diese Beteiligung und zügige Umsetzung stehen offensichtlich nicht mehr im Focus, denn im neuen Gesetzesentwurf wurde der konkrete Hinweis darauf ebenfalls gestrichen.