



**mobifair**

für fairen Wettbewerb in der  
Mobilitätswirtschaft e. V.

Adresse:  
Niddastraße 98-102  
60329 Frankfurt/Main

Telefon:  
(0 69) 27 13 99 6 - 6

Telefax:  
(0 69) 27 13 99 6 - 77

E-Mail:  
info@mobifair.eu

# **Stellungnahme von mobifair e. V. zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Kabinettsbeschluss vom 21. Mai 2008)**

# 1. Allgemeine Stellungnahme

## 1.1. Einleitung

Ziel der Bundesregierung ist es, mit dem Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts das deutsche Vergaberecht „mittelstandsfreundlich zu modernisieren“ und die EU Richtlinien 2004/17/EG, 2004/18/EG sowie 2007/66/EG in nationales Recht umzusetzen. Beide Ziele werden nur bedingt erfüllt.

Gerade für mittelständische Unternehmen ist es wichtig, dass der Zugang zu Vergabeverfahren vereinfacht wird. Dazu können Präqualifizierungsverfahren oder zweistufige Vergabeverfahren Ansätze sein, die sich jedoch nicht in dem Gesetzentwurf wiederfinden. Des Weiteren leiden gerade mittelständische Unternehmen unter einem **Wettbewerb, der nur über die Lohnhöhe** und nicht über Merkmale wie Qualität der Produkte und Dienstleistungen geführt wird.

Darüber hinaus fehlt eine Umsetzung der EU-Richtlinie 1370/2007/EG, die ausschließlich für den Verkehrsbereich gilt.

Änderungsvorschläge zu ausgewählten Regelungen finden sich in Teil 2 der Stellungnahme.

Ziel einer Modernisierung des Vergaberechts aus Sicht von mobifair muss es daher sein, Lohn-, Sozial- und Umweltstandards in die Vergabeentscheidung zu integrieren und als für die Vergabeentscheidung relevante Kriterien festzuschreiben. In Deutschland machen Investitionen und andere öffentliche Aufträge (z. B. ÖPNV) ca. 13% des Bruttoinlandsproduktes oder 300 Mrd. Euro aus, davon entfallen ca. 50% auf die Kommunen. Wenn staatliche Stellen in diesem Umfang investieren und Aufträge vergeben, müssen sie damit ihrer ökologischen und sozialen Verantwortung gerecht werden. Wenn der Staat dieser Verantwortung nicht nachkommt, trägt er selbst zur Erosion der sozialen Sicherungssysteme bei und wenn der Staat sich nicht für Einhaltung von Lohn- und Sozialstandards interessiert, warum sollte es dann die Privatwirtschaft?

## 1.2. Lohn- und Sozialstandards sind keine sog. vergabefremden Aspekte

Es ist erforderlich, die Vergabe unter Einhaltung von Lohn- und Sozialstandards verbindlich festzulegen. Davon profitieren die Beschäftigten in Deutschland und der Mittelstand! Weiter garantieren sozialgerechte und geschützte Arbeitsplätze einen höheren Schutz für die Verbraucher als Kunden der Verkehrsleistungen. Ein Ausschreibungswettbewerb in dem der Preis in einer überragenden Gewichtung die Leistungserbringung entscheidet, führt zu Lohn- und Sozialdumping und verleitet die Arbeitszeitgesetze und Arbeitnehmerschutzrechte zu missachten.

Daher ist auch die in Artikel 2 b) vorgeschlagene Formulierung (s. u.) zu ändern (Änderungsvorschlag von mobifair, s. 2.2.)

„(4) Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben. Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, **wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen** und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.“ (**Hervorhebung mobifair**)

Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 11.07.2006 zum Berliner Tarifreuegesetz handelt es sich z.B. bei der Einhaltung von Tarifverträgen oder bei weiteren Sozialstandards, die die sozialen Sicherungssysteme stabilisieren können, eben nicht um sogenannte vergabefremde Aspekte. Daher erscheint diese gewählte einschränkende Formulierung unnötig.

### **1.3. Verhältnis Bundesrecht – Landesrecht – kommunale Rechte**

In Bezug auf den Entwurf stellen wir weiter fest, dass zwar der Versuch gemacht wird, neben dem Preis weitere Kriterien zu ermöglichen, aber weiterhin wird den Vergabestellen dabei diese Möglichkeit lediglich im Rahmen von Bundes- oder Landesgesetzen gelassen. Es erfolgt also nicht der notwendige Ansatz einer Rahmengesetzgebung des Vergaberechts des Bundes, aus der zwangsläufig die Länder zu entsprechenden Schritten verpflichtet werden. Doch nur durch eine flächendeckende Regelung lässt sich Rechtssicherheit und Transparenz herstellen.

mobifair fordert dagegen, dass die sozialen Kriterien ein wichtiger Teil der Vergabeentscheidung werden, sie müssen Vorraussetzung für eine positive Vergabeentscheidung darstellen. Nur so kann verhindert werden, dass der Staat mit Steuergeldern Lohn- und Sozialdumping fördert und durch seine Ausschreibungspraxis dazu ermuntert. Die Grundlagen dafür bieten die EU-Richtlinien 2004/17/EG, 2004/18/EG sowie die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Das Ziel muss es sein, die sozialen Kriterien in der nationalen Umsetzung des Vergaberechts in den Vordergrund zu stellen.

Mindestens ist allerdings zu sichern, dass eigenständige Entscheidungen zur weitergehenden Einbeziehung von Lohn-, Sozial- und Umweltstandards den Kommunen und Gebietskörperschaften ermöglicht werden und dass diese nicht durch Landes- oder Bundesgesetze beschnitten werden. Den Kommunen als Vergabestellen von ca. 50% der öffentlichen Mittel, muss es möglich sein, weitergehende Standards zu fordern. In diesem Sinne stellen die Bundes- und Landesregelungen Mindestnormen für die nächste Ebene dar.

Bei der Modernisierung des Vergaberechts in Deutschland bedarf es dringend der Erkenntnis, dass öffentliche Aufträge aus Steuermitteln finanziert werden und die Bürger einen Anspruch darauf haben,

dass der Staat seine Vorbildfunktion auf allen Ebenen wahrnimmt und nicht das Gemeinwohl – u.a. die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, die Stabilität des Systems der sozialen Sicherheit oder ein nachhaltiger Umgang mit den natürlichen Ressourcen – und gesellschaftliche und soziale Ziele unter dem Gesichtspunkt einer kurzfristigen fiskalischen Betrachtung außer Acht lässt.

#### ***1.4. Europäische Anforderungen an das nationale Vergaberecht***

Darüber hinaus ist die Einbeziehung von Lohn- und Sozialstandards durch die europäische Gesetzgebung ausdrücklich erwünscht:

*„[...] Diese Richtlinie hindert die Mitgliedsstaaten nicht daran, die Bedingungen für die Übertragung anderer Ansprüche der Arbeitnehmer, als durch die Richtlinie 2001/23/EG abgedeckt, zu wahren und dabei gegebenenfalls die durch nationale Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder zwischen Sozialpartnern geschlossene Tarifverträge oder Vereinbarungen festgelegten Sozialstandards zu berücksichtigen.“*

(1370/2007/EG, Erwägungsgrund (16))

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

(1370/2007/EG, Erwägungsgrund (17))

Nun gilt es, diese Verordnung verbindlich in nationales Recht umzusetzen und diese ebenfalls auf Unteraufträge sowie Subunternehmer auszudehnen. Ziel muss es sein, Lohn- und Sozialstandards zur notwendigen Voraussetzung bei Vergabeentscheidungen zu machen.

Im Rahmen der europapolitischen Diskussion ist zunehmend mit Verweis auf die Urteile des Europäischen Gerichtshofes der letzten Jahre argumentiert worden, dass die EU weitergehende Einbeziehung von Lohn- und Sozialstandards nicht ermöglicht. Dem widerspricht jetzt das Europäische Parlament mit Vehemenz im Entwurf zum Entschließungsantrag 2008/2085 (INI). Das Europäische Parlament

*„9. unterstreicht [darin], dass die Absicht des Gesetzgebers mit der Entsenderichtlinie und der Dienstleistungsrichtlinie sich nicht in den Gerichtsurteilen des Europäischen Gerichtshofs widerspiegeln, die, anstatt die Arbeitnehmer zu schützen, einem unlauteren Wettbewerb zwischen Unternehmen Tor und Tor öffnen; Unternehmen, die Tarifverträge unterzeichnen und sich daran halten, sind im Wettbewerb mit Firmen, die dies nicht tun, benachteiligt; 10. bedauert, dass alle ausländischen Arbeitgebern auferlegten, über das Mindestniveau hinausreichenden Bedingungen als Hindernisse für die Freizügigkeit betrachtet werden, wenn den Arbeitnehmern nicht bereits in ihrem Herkunftsland günstigere Bedingungen gewährt werden;“*

Entsprechend wird eine Überarbeitung der Entsenderichtlinie gefordert, die es den Mitgliedstaaten ermöglicht, „in Gesetzen oder Tarifverträgen auf die in ILO 94 definierten ‚ortsüblichen Löhne‘ und nicht nur auf ‚Mindestlöhne‘ verweisen“ (2008/2085 (INI) - 23). Die nationale Modernisierung des Vergaberechts darf dahinter nicht zurückbleiben, sondern sollte die „weitere Einführung von Sozialklauseln in vergaberechtlichen Vorschriften, einem Ziel der Vergaberichtlinie 2004 (ebd. – 17)“ festschreiben. Dies wird auch durch die aktuellen Planungen der EU im Rahmen von Vergabekriterien bei Straßenverkehrsleistungen und der Einbeziehung von Umweltstandards deutlich, s. KOM (2007) 817.

Eine wichtige Rolle spielen dabei eine Zertifizierung der Unternehmen, die diesen Standards entsprechen und Arbeitshilfen, um eine Umsetzung und Kontrolle von Lohn- und Sozialstandards bei Vergabeentscheidungen zu ermöglichen. Um die Umsetzung zu dokumentieren und Kontrollen wirksam werden zu lassen, sind außerdem jährliche Vergabeberichte des Bundes und der Länder ein sinnvolles Instrument. Unternehmen, die die geforderten Lohn-, Sozial- und Umweltstandards nicht einhalten, müssen gezwungen sein, ihre Unternehmenspolitik anzupassen, um an einer Ausschreibung teilnehmen zu können. In diesem Sinne muss man „den Guten eine Chance geben“. mobifair fordert einen weitergehenden Bürokratieabbau durch Einführung von Präqualifizierungsverfahren. Sie ermöglichen eine Vereinfachung der Verfahren auf Seiten der Unternehmen und der Vergabestellen und sichern gleichzeitig die geforderten Standards ab.

### ***1.5. Verbraucherschutz***

Aus Sicht des Verbraucherschutzes ist festzuhalten, dass die unnötige Beschränkung von freihändigen Vergaben zumindest im Bereich von Eisenbahnverkehren aus Verbrauchersicht kontraproduktiv ist. Während die EU-Verordnung 1370/2007/EG eine maximale Laufzeit von 10 Jahren fordert, erlaubt der vorgelegte Gesetzentwurf eine einmalige Vergabe einzelner Linien bei einer Vertragsdauer von max. 3 Jahren oder unter besonderen Bedingungen eine einmalige freihändige Vergabe für die Dauer von 12 Jahren.

Abgesehen vom Widerspruch zur EU-Verordnung 1370/2007/EG, lässt sich zusätzlich durch eine entsprechend kurze Vertragslaufzeit und durch die nur einmalige Möglichkeit keine Arbeitsplatzsicherheit schaffen und diese Regelung befördert nicht das Unternehmensinteresse an Investitionen in Infrastruktur. Vor allem letzteres ist aber im Sinne der Verbraucher und im Sinne der Attraktivität des Verkehrsmittels Bahn notwendig.

### ***1.6. Weiteres Verfahren***

Weiter fehlen neben der verbindlichen Einbeziehung von Lohn-, Sozial- und Umweltstandards allgemeine Eckpunkte für die Reform des Vergaberechts, an der sich die Umsetzung des vorliegenden Gesetzentwurfs in die Vergabe- und Verdingungsverordnungen orientieren müssen. Anderenfalls droht, dass die Umsetzung auf Ministerialebene abgeschlossen oder an die Verdingungsausschüsse delegiert wird. In beiden Fällen findet kein transparentes, demokratisches Beratungsverfahren statt, der den Auswirkungen auf die Vergabepaxis und die Lohn- und Sozialstandards im Land gerecht wird.

Im Lichte der jüngsten Entscheidungen des EuGH vom 3.4.2008 im Rahmen des sog. „Rüffert-Urteils“ zum Tariftreugesetz in Niedersachsen, fordert mobifair die Bundesregierung auf, eine Klarstellung der Anforderungen zu erreichen, um den sozialpolitisch gewünschten und u.a. in der EU-Verordnung 1370/2007/EG ausgeführten Arbeitnehmerschutz auch in der Verkehrsbranche zu erhalten und jenseits von Mindestlöhnen anwendbar zu machen. Auf Europäischer Ebene laufen derzeit Bestrebungen, die versuchen das Verhältnis zwischen den Grundfreiheiten der Wirtschaft und den Grundrechten der Bürger im Allgemeinen und den Rechten der Arbeitnehmer im Besonderen, wieder in ein Verhältnis zu bringen, dass einen sozial-verträglichen und fairen Wettbewerb ermöglicht. Die Intention des Europäischen Parlaments wird in Bezug auf die Aufnahme von Lohn- und Sozialstandards somit aktuell im Entschließungsantrag 2008/2085 (INI) erneut deutlich. Daher sollte auch die Bundesregierung ihren Entwurf anpassen, um in den Vergabeentscheidungen einen fairen Wettbewerb auf Grundlage von ortsüblichen Lohn- und Sozialstandards zu ermöglichen.

## 2. Anmerkungen zu ausgewählten Regelungen

### 2.1. zu Artikel 1 Abs. 2 b) Satz 1 (Bezug: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen § 97 Abs. 4)

#### **Beschluss der Bundesregierung:**

„(4) Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben. [...]“

#### **Anmerkung:**

Die vorgeschlagene Ergänzung wird begrüßt, aber bereits hier ist es wichtig, die Notwendigkeit der Anwendung von Lohn- und Sozialstandards für die Auftragsvergabe herauszustellen. Bei Lohn- und Sozialdumping handelt es sich um ein nicht tolerierbares Mittel unfairen Wettbewerbs auf dem Rücken der Beschäftigten und zu Lasten der Allgemeinheit.

*„Die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit in Verbindung mit der Gewährleistung der finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherheit ist ein besonders wichtiges Ziel, bei dessen Verwirklichung dem Gesetzgeber gerade unter den gegebenen schwierigen arbeitsmarktpolitischen Bedingungen ein relativ großer Entscheidungsspielraum zugestanden werden muss. Dieser Gemeinwohlbelang, dem die Tariftreueregelung Rechnung zu tragen versucht, besitzt eine überragende Bedeutung.“*

*(Pressemitteilung des BVerfG vom 3. November 2006 zum Beschluss vom 11. Juli 2006)*

#### **Daher schlagen wir folgende Ergänzung vor:**

„(4) Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben, die sich an die am Ort der Leistungserbringung maßgeblichen Lohn- und Sozialstandards halten.“

### 2.2. zu Artikel 1 Abs. 2 b) Satz 2 (Bezug: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen § 97 Abs. 4)

#### **Beschluss der Bundesregierung:**

„[...] Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. [...]“

#### **Anmerkung:**

Hier fehlt die verbindliche Verankerung von Lohn- und Sozial- und Umweltstandards als Teil der Ausschreibungsanforderungen. Des Weiteren ist die Ergänzung des sachlichen

Zusammenhangs mit der Ausschreibung leicht missverständlich, weil sie nahelegen könnte, dass ein entsprechender Nachweis zu bringen ist. Um rechtliche Unsicherheiten von den Vergabeentscheidungen zu nehmen, sollte vor dem Hintergrund der oben ausgeführten Anforderungen eine Streichung des Halbsatzes erfolgen.

Außerdem sollte das Vergaberecht deutlich machen, dass der Staat im Sinne der Gemeinwohlorientierung nicht nur dem sparsamen Einsatz, sondern dem nachhaltigen Einsatz von Mitteln verpflichtet ist. Aus diesem Grund ist eine Ergänzung nötig, die neben dem Preis weitere Kriterien im Rahmen der Vergabeentscheidung ermöglicht.

#### **Daher schlagen wir folgende Änderungen vor:**

„[...] Für die Auftragsausführung können sind zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer zu stellen gestellt werden, die insbesondere Lohn- und Sozialstandards soziale, umweltbezogene, ~~oder~~ innovative oder qualitative Aspekte betreffen, wenn sie ~~im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und~~ sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Bei der Bewertung der Angebote sind die vorgenannten Kriterien (d. h. soziale, umweltbezogene, innovativen und qualitativen Kriterien) im Verhältnis zum Kriterium Preis gleichwertig zu berücksichtigen. [...]“

### ***2.3. zu Artikel 1 Abs. 2 b) Satz 3 (Bezug: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen § 97 Abs. 4)***

#### **Beschluss der Bundesregierung:**

„[...] Andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.“

#### **Anmerkung:**

Der Satz kann einerseits missverständlich sein, weil er nicht klarstellt, dass diese „anderen Anforderungen“ den in Satz 2 genannten nicht entgegenstehen bzw. dies relativieren oder aufheben. Daher ist eine Klarstellung nötig, die Missverständnissen und rechtlichen Unsicherheiten vorbeugt.

Außerdem wird durch die von der Bundesregierung gewählte Formulierung die Entscheidungsbefugnis von den Kommunen und Gebietskörperschaften genommen. Diese vergeben aber ca. 50% der Mittel. Im Sinne der kommunalen Verantwortlichkeit sollte den Kommunen eine entsprechende Entscheidung über die Erweiterung der Anforderung selbst gestattet sein. So liegt die Verantwortung für den nachhaltigen Einsatz der Mittel bei den jeweilig für die Vergabe Verantwortlichen. Im Sinne einer Rahmengesetzgebung gibt der Bund daher nur Mindestnormen für die Länder vor, die ihrerseits Mindestnormen für die Kommunen definieren können. Weitergehende Anforderungen sollten aber für die Kommunen



möglich bleiben, solange sie nicht gegen Bundes- oder Landesgesetze verstoßen. Hierzu sind entsprechende Arbeitshilfen zu Verfügung zu stellen.

**Daher schlagen wir folgende Änderung vor:**

„[...] ~~Andere~~ Zusätzliche oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, soweit dem nicht wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz entgegen stehen vorgesehen ist.“