



Z A A R

Zentrum für Arbeitsbeziehungen
und Arbeitsrecht

12. ZAAR-Kongress

Vergaberecht und Arbeitsbedingungen

Freitag, 8. Mai 2015

München, Paulaner am Nockherberg

<u>Inhaltsverzeichnis</u>	Seite
Vorwort	1
Programm	2 - 3
Referate:	
Die neuen Vergaberichtlinien <i>Professor Dr. Martin Burgi</i> Ludwig-Maximilians Universität München	4
Vergaberechtliche Arbeitsbedingungen als Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit <i>Professor Dr. Abbo Junker</i> Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht	5
Arbeitsplatzbezogene Anforderungen nach den Landesvergabegesetzen <i>Rechtsanwalt Dr. Marc Gabriel</i> Baker & McKenzie	10
Vergaberechtliche Arbeitsbedingungen in der Personenbeförderung <i>Professor Dr. Stefan Greiner</i> Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn	13
Vergaberechtliches Sanktionssystem <i>Rechtsanwalt Dr. Andreas Neun</i> Gleiss Lutz	16

Vorwort

Auch nach Einführung des allgemeinen Mindestlohns existieren in fast ganz Deutschland landesrechtliche Vergabegesetze mit arbeitsrechtlichen Verpflichtungen. Ausnahmen sind (noch) Bayern und Sachsen. Dieser Vergabemindestlohn der „zweiten Generation“, überarbeitet infolge der „Rüffert“-Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 2008, steht nach dem Urteil „Bundesdruckerei/Stadt Dortmund“ (2014) erneut auf dem Prüfstand. Weitere Vorlagen sind beim EuGH anhängig.

Der 12. ZAAR-Kongress soll das Thema „Vergaberecht und Arbeitsbedingungen“ in einen größeren Rahmen stellen: In der Entwicklung des Vergaberechts war früher von „vergabefremden Zwecken“ die Rede; die EU-Kommission spricht neuerdings von „strategischer Beschaffung“. Wie stellt sich das deutsche Vergaberecht nach der Umsetzung der EU-Richtlinien dar? Die Unterwerfung unter vereinbarte Vergaberegeln eröffnet im Fall ihrer (vermeintlichen) Nichtbefolgung weitgehende Sanktionsmechanismen, die häufig zum faktischen Marktausschluss führen. Vor diesem Hintergrund ist klärungsbedürftig, ob und inwieweit ein europa- und verfassungsrechtlich geschütztes Recht existiert, von vergaberechtlich-tariflichen Vorgaben nicht erfasst zu werden.

Wir freuen uns, mit Ihnen über diese Themen diskutieren zu dürfen.

Richard Giesen
Abbo Junker
Volker Rieble

Programm

10:00 Uhr Begrüßung

10:15 Uhr **Die neuen Vergaberichtlinien**
Professor Dr. Martin Burgi
Ludwig-Maximilians Universität München

10:50 Uhr Diskussion

11:15 Uhr Kaffeepause

11:30 Uhr **Vergaberechtliche Arbeitsbedingungen als
Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit**
Professor Dr. Abbo Junker
Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht

12:05 Uhr Diskussion

12:30 Uhr Mittagspause

13:15 Uhr **Arbeitsplatzbezogene Anforderungen nach
den Landesvergabegesetzen**
Rechtsanwalt Dr. Marc Gabriel
Baker & McKenzie

13:50 Uhr Diskussion

14:15 Uhr **Vergaberechtliche Arbeitsbedingungen in
der Personenbeförderung**
Professor Dr. Stefan Greiner
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

14:50 Uhr Diskussion

15:15 Uhr Kaffeepause

15:30 Uhr **Vergaberechtliches Sanktionssystem**
Rechtsanwalt Dr. Andreas Neun
Gleiss Lutz

16:05 Uhr Diskussion

16:30 Uhr Verabschiedung

Aushändigung der Teilnahmebestätigungen beim Verlassen

Professor Dr. Martin Burgi
Ludwig-Maximilians Universität München

Die neuen Vergaberichtlinien

Gliederung

I. Das EU-Richtlinienpaket zur Vergaberechtsmodernisierung

1. Überblick
2. Ziele und strategisches Umfeld

II. Weichenstellungen bei der Umsetzung in Deutschland

1. Zielsetzungen des Umsetzungsgesetzgebers
2. Herausforderungen an die Umsetzung
3. Blick auf die zukünftige Rechtslage unterhalb der Schwellenwerte

III. Künftige Zwecksetzungen des Vergaberechts

1. Beschaffungszweck
2. Wettbewerb
3. Haushaltswirtschaft
4. Sozialpolitische Zwecksetzungen als Bestandteil der sogenannten strategischen Beschaffung?

IV. Voraussichtliche Auswirkungen auf den einzelnen Entscheidungsstufen

1. Leistungsbeschreibung
2. Ausführungsbedingungen
3. Eignungskriterien
4. Zuschlagskriterien

V. Abschließende Bewertung

Professor Dr. Abbo Junker

Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht

Vergaberechtliche Arbeitsbedingungen als Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit

I. Einleitung

II. EuGH vom 3.4. 2008 – Rüffert/Land Niedersachsen

Die Rüffert-Entscheidung knüpft unmittelbar an die Ausführungen des Laval-Urteils zur Arbeitnehmerentsenderichtlinie 96/71/EG an¹. Sie erging auf Vorlage des OLG Celle und wirft im Kern die Frage auf: Wird die Dienstleistungsfreiheit eines Bauunternehmens aus dem Mitgliedstaat A durch die Anwendung eines Gesetzes des Mitgliedstaats B verletzt, wonach öffentliche Bauaufträge nur gegen das Versprechen vergeben werden dürfen, den Tariflohn am Ort der Bauleistung zu bezahlen („Tariftreueerklärung“)? Im Ausgangsfall hatte das Land Niedersachsen einen Auftrag für Rohbauarbeiten zur Errichtung der Justizvollzugsanstalt Göttingen erteilt und nach Abschluss der Arbeiten eine Vertragsstrafe in Höhe von 1 % der Auftragssumme (d.h. 85.000 Euro von 8,5 Mio. Euro) einbehalten, weil der polnische Subunternehmer der Auftragnehmerin seinen 53 polnischen Bauarbeitern nicht die niedersächsischen Tariflöhne gezahlt hatte.

Grundlage der Vertragsstrafenvereinbarung war das niedersächsische Landesvergabegesetz: Das Land Niedersachsen hatte – wie sieben andere deutsche Bundesländer auch – eine gesetzliche Regelung geschaffen, wonach Bieter in öffentlichen Vergabeverfahren über Bau- und Verkehrsleistungen sich verpflichten müssen, mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt (entsprechend einer Liste repräsentativer Tarifverträge) zu zahlen. Der Zuschlag durfte nach dem Landesvergabegesetz nur bei Abgabe dieser sog. „Tariftreueerklärung“ erteilt werden, zu deren Absicherung die öffentlichen Auftraggeber mit dem Auftragnehmer eine Vertragsstrafe vereinbaren mussten.

1 EuGH, 18.12. 2007 – Rs. C-341/05, Rn. 71, 80 – Laval.

2 EuGH, 3.4. 2008 – Rs. C-346/06, RIW 2008, 298 – Rüffert; s. dazu *Seifert*, EuZA 1 (2008), 526.

Der EuGH prüft auch diese Regelung – wie schon die schwedischen Rechtsvorschriften im Fall Laval – am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EG, die durch die Arbeitnehmerentsenderichtlinie 96/71/EG konkretisiert wird. Diese Richtlinie erlaubt die Festsetzung von Mindestlohnsätzen für entsandte Arbeitnehmer im Empfangsstaat auf drei Wegen:

- durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften (z.B. durch ein für alle Arbeitnehmer geltendes Mindestlohngesetz),
- durch allgemeinverbindliche Tarifverträge, die am Ort der Dienstleistungserbringung in Kraft stehen oder
- durch Heranziehung repräsentativer Tarifverträge, die am Ort der Dienstleistungserbringung beachtet werden.

Letzteres gilt aber nur, wenn es im Empfangsstaat kein System zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen gibt (Art. 3 Abs. 8 Richtlinie 96/71/EG). Da in Deutschland ein solches System existiert (§ 5 TVG), kann die Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit des polnischen Bauunternehmens durch Heranziehung repräsentativer Tariflöhne gemäß Landesvergabegesetz nicht mit der Arbeitnehmerentsenderichtlinie 96/71/EG gerechtfertigt werden.³

Der Gerichtshof erwägt sodann, ob die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, welche die Anwendung des niedersächsischen Landesvergabegesetzes im Ausgangsfall mit sich bringt, durch das Ziel des Arbeitnehmerschutzes (als „zwingender Grund des Allgemeininteresses“) gerechtfertigt werden kann.⁴ Diese Frage verneint der Gerichtshof ebenfalls, weil nach dem niedersächsischen Gesetz die Mindestlohnsätze repräsentativer Tarifverträge nur bei der Vergabe öffentlicher Aufträge anwendbar sein sollen. Schließlich fügt der Gerichtshof hinzu: „Die dem EuGH übersandten Akten enthalten keinen Hinweis darauf, dass ein im Bausektor tätiger Arbeitnehmer nur bei seiner Beschäftigung im Rahmen eines öffentlichen Auftrags und nicht bei seiner Tätigkeit im Rahmen eines privaten Auftrags des Schutzes bedarf.“⁵

3 EuGH, 3.4. 2008 – Rs. C-346/06 (Fn. 2), Rn. 31 (Rüffert). Zustimmend *Becker*, JZ 2008, 891, 892; *Seifert*, EuZA 1 (2008), 526, 531.

4 EuGH, 3.4. 2008 – Rs. C-346/06 (Fn. 2), Rn. 38 (Rüffert). Zustimmend *Kocher*, DB 2008, 1042, 1043.

5 EuGH, 3.4. 2008 – Rs. C-346/06 (Fn. 2), Rn. 40 (Rüffert). Weiterführend *Becker*, JZ 2008, 891, 893.

III. EuGH vom 18.9. 2014 – Bundesdruckerei/Stadt Dortmund

Auf Vorlage der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg hatte die Neunte Kammer des EuGH am 18.9. 2014 darüber zu befinden, ob Art. 56 AEUV und Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 1996/71/EG der Regelung des § 4 Abs. 3 S. 1 Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen (TVgG NRW) ⁶ entgegenstehen, wenn der Nachunternehmer in einem anderen EU-Mitgliedstaat ansässig ist und seine Arbeitnehmer bei der Erfüllung des Auftrags ausschließlich in diesem Mitgliedstaat tätig werden.

Im Ausgangsverfahren hatte sich die Bundesdruckerei GmbH, ein bundeseigenes Unternehmen, bei der Stadt Dortmund um einen Auftrag zur Aktendigitalisierung beworben (Auftragswert rund 300.000 Euro). Die Bundesdruckerei weigerte sich, die Verpflichtung einzugehen, ein Mindeststundenentgelt von 8,62 Euro gemäß § 4 Abs. 3 S. 1 TVgG NRW zu gewähren, da die Leistungen ausschließlich durch ihr polnisches Tochterunternehmen in Polen erbracht werden sollten. Dort sei ein solches Mindestentgelt nicht vorgesehen und angesichts der herrschenden Lebensverhältnisse nicht üblich. Daraufhin wurde die Bundesdruckerei von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen⁷.

Der EuGH stellt zunächst fest, die Entsenderichtlinie 1996/71/EG sei im vorliegenden Fall – anders als in der Rechtssache Rüffert ⁸ – nicht anwendbar, da keine Entsendekonstellation vorliege, sondern die Arbeitnehmer des Nachunternehmers ausschließlich in dessen Heimatland tätig werden sollten⁹. Ein vergaberechtlicher Mindestlohn sei eine Beschränkung i.S. von Art. 56 AEUV, die grundsätzlich durch das Ziel des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt sein könne, um „Sozialdumping“ zu vermeiden. Der Gerichtshof habe jedoch bereits entschieden, dass ein Mindestlohn, der nur für öffentliche Aufträge gelten soll, nur geeignet sei, das Ziel des Arbeitnehmerschutzes zu erreichen, „wenn es Anhaltspunkte dafür gibt, dass die auf dem privaten Markt tätigen Arbeitnehmer nicht desselben Lohnschutzes bedürfen wie

6 § 4 Abs. 3 S. 1 TVgG NRW: „Öffentliche Aufträge über Leistungen ... dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Angebotsabgabe ... schriftlich verpflichtet haben, ihren Beschäftigten ... bei der Ausführung der Leistung wenigstens ein Mindeststundenentgelt von 8,62 Euro zu zahlen.“

7 EuGH, 18.9. 2014 – C-549/13, Rn. 8 ff. – Bundesdruckerei/Stadt Dortmund.

8 EuGH, 3.4. 2008 – C-346/06 – Rüffert; s. dazu *Seifert*, EuZA 1 (2008), 526.

9 EuGH, 18.9. 2014 – C-549/13, Rn. 24-27 – Bundesdruckerei/Stadt Dortmund.

die im Rahmen öffentlicher Aufträge tätigen Arbeitnehmer“¹⁰.

Auf die Beantwortung dieser Frage komme es in der vorliegenden Konstellation jedoch nicht an: Art. 56 AEUV verbiete es einem Mitgliedstaat, den vergaberechtlichen Mindestlohn auf die Arbeitnehmer eines Nachunternehmers mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat zu erstrecken, wenn diese Arbeitnehmer den betreffenden Auftrag ausschließlich in diesem Staat ausführen. Die Verpflichtung, ein Mindestentgelt zu zahlen, das keinen Bezug zu den Lebenshaltungskosten in diesem anderen Mitgliedstaat hat, verstoße gegen die Dienstleistungsfreiheit¹¹.

Das Urteil des EuGH ist aus europarechtlicher Sicht wenig überraschend. Das Entgeltgefälle innerhalb der EU ist – das bestätigt der EuGH im vorliegenden Urteil – ein schützenswerter Wettbewerbsvorteil, der durch Maßnahmen eines Hochlohnlandes unter dem Aspekt des Arbeitnehmerschutzes außerhalb von Entsendefällen nicht nivelliert werden darf. Allerdings wird durch die Bedingung, dass die Dienstleistung in dem Niedriglohnland erbracht werden muss, der unmittelbare Wirkungsbereich des Urteils auf wenige Konstellationen beschränkt bleiben.

IV. OLG Koblenz vom 19.2. 2014 – RegioPost/Stadt Landau

Dem EuGH werden zur Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV folgende Fragen vorgelegt:

1. Ist Art. 56 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen dahingehend auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die einem öffentlichen Auftraggeber zwingend vorschreibt, nur Unternehmen zu beauftragen, die und deren Nachunternehmer sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren mit der Auftragsausführung befassten Mitarbeitern einen nur für öffentliche, nicht aber private Aufträge staatlich festgelegten Mindestlohn zu zahlen, wenn es weder einen allgemeinen gesetzlichen

¹⁰ EuGH, 18.9. 2014 – C-549/13, Rn. 32 – Bundesdruckerei/Stadt Dortmund unter Berufung auf EuGH, 3.4. 2008 – C-346/06, Rn. 38-40 – Rüffert.

¹¹ EuGH, 18.9. 2014 – C-549/13, Rn. 33-36 – Bundesdruckerei/Stadt Dortmund.

Mindestlohn noch einen die potenziellen Auftragnehmer und eventuelle Nachunternehmer bindenden allgemeinverbindlichen Tarifvertrag gibt?

2. Für den Fall, dass die erste Frage mit Nein beantwortet wird: Ist das Unionsrecht auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Aufträge, insbesondere Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3. 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge dahingehend auszulegen, dass es einer nationalen Regelung wie § 3 Abs. 1 S. 3 LTTG entgegensteht, die den zwingenden Ausschluss eines Angebots für den Fall vorsieht, dass sich ein Wirtschaftsteilnehmer nicht bereits bei Angebotsabgabe in einer gesonderten Erklärung zu einem Tun verpflichtet, zu dem er im Falle der Beauftragung auch ohne Abgabe dieser Erklärung vertraglich verpflichtet wäre?¹²

V. Ausblick

12 OLG Koblenz, 19.2. 2014 – 1 Verg 8/13, EuZW 2014, 760.

Rechtsanwalt Dr. Marc Gabriel

Baker & McKenzie

Arbeitsplatzbezogene Anforderungen nach den Landesvergabegesetzen

Gliederung

A. Einführung

1. Allgemeines zu den Landesvergabegesetzen
2. Übersicht über arbeitsplatzbezogene Anforderungen in den Landesvergabegesetzen

B. Mindestlohn- und Tariftreuregelungen

1. Überblick
2. Allgemeine Tariftreuregelungen (AEntG / MiArbG (jetzt MiLoG))
3. Vergabespezifischer Mindestlohn
4. Praxisprobleme

C. ILO-Kernarbeitsnormen

1. Rechtsgrundlagen
2. Allgemeines zur Anwendung
3. Praxisproblem: Nachweispflicht
4. Auftragsbezug

D. Soziale Kriterien

1. Beispiel: § 11 NTVergG
2. Auftragsbezug

Thesen

1. Die Berücksichtigung sozialer „vergabefremder“ Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe steht im Spannungsverhältnis zu dem, das Vergaberecht beherrschenden, Wettbewerbsgrundsatz.
2. Das Vergabeverfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte ist für solche Kriterien daher in § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB nur begrenzt geöffnet worden. Zulässig sind nur Anforderungen für die Auftrags Erfüllung, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben („Auftragsbezug“). Sie müssen durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen sein und außerdem mit dem Unionsrecht, insbesondere den Grundfreiheiten und dem Diskriminierungsverbot, in Einklang stehen.
3. Trotz dieses eng umgrenzten gesetzgeberischen Spielraums besteht ein starker politischer Regelungswille auf Landesebene. Mittlerweile haben alle Länder, mit Ausnahme von Bayern, Landesvergabegesetze eingeführt, zuletzt Niedersachsen zum 1.1.2014.
4. Eine zentrale Stellung nehmen dabei die arbeitsplatzbezogenen Anforderungen ein. Obgleich die Landesvergabegesetze durchaus unterschiedlich ausgestaltet sind, finden sich in fast allen Mindestlohn- und Tariftreueverpflichtungen, sowie häufig ein Verweis auf die ILO-Kernarbeitsnormen und die Berücksichtigung (weiterer) sozialer Kriterien (Gleichstellung, Beschäftigung Schwerbehinderter, Beschäftigung Langzeitarbeitsloser, Schaffung von Ausbildungsplätzen, Familienförderung).
5. Dabei erweist sich regelmäßig der nötige Auftragsbezug als problematisch. Gerade arbeitsplatzbezogene Kriterien rücken oft in die Nähe von unzulässigen Vorgaben für die allgemeine Geschäftspolitik, wenn sie nicht oder nicht sinnvoll abgrenzbar nur für den öffentlichen Auftrag beachtet werden können. Die erforderliche Abgrenzung der Leistungsteile erfordert zudem einen hohen bürokratischen Aufwand.
6. Es stellt sich die grundsätzliche Frage, ob das Vergaberecht für diese Anforderungen der richtige Anknüpfungspunkt ist, oder ob sie nicht generell auch für private Auftraggeber eingeführt werden sollten.

7. Das ist nicht nur eine politische, sondern auch rechtlich relevante Erwägung. Mit arbeitsplatzbezogenen Anforderungen einhergehende Einschränkungen der Grundfreiheiten können nach der Rechtsprechung des EuGH nämlich nicht mit sozialen Zielen gerechtfertigt werden, wenn diese nur im Bereich öffentlicher Aufträge gelten und nicht ersichtlich ist, dass die Arbeitnehmer dort schutzbedürftiger sind als bei privaten Aufträgen. Eine solche höhere Schutzbedürftigkeit dürfte praktisch nie feststellbar sein.
8. Diese Rechtsprechung des EuGH schränkt den Gestaltungsspielraum der Länder noch weiter ein. Der Weg die entsprechenden Normen durch „Inländerdiskriminierung“ zu retten dürfte durch das vergaberechtliche Gleichbehandlungsgebot aus § 97 Abs. 2 GWB versperrt sein.
9. Ein Kerninteresse der Länder ist die Durchsetzung von Mindestlohn- und Tariftreueverpflichtungen bei der Auftragsvergabe. Aufgrund der beschriebenen Einschränkungen dürften aber im Ergebnis lediglich deklaratorische Tariftreueregelungen haltbar sein, nicht hingegen die zahlreich vorhandenen vergabespezifischen Mindestlöhne.
10. Die Klauseln zu den ILO-Kernarbeitsnormen sind mit zahlreichen Folgeproblemen bezüglich Auftragsbezug und Nachweispflichten verbunden. Mit der EU-Vergaberechtsreform könnten diese landesrechtlichen Vorschriften aber weitgehend hinfällig werden.

Professor Dr. Stefan Greiner
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

**Vergaberechtliche Arbeitsbedingungen in
der Personenbeförderung**

Gliederung

I. ÖPNV/SPNV als landesrechtliche Sondermaterie

II. Europarechtlicher Hintergrund

1. Primärrecht
2. Sekundärrecht

III. Verfassungsrechtliche Bewertung

1. Tariftreue
2. Repräsentativitätserfordernis
 - a) politische Umsetzung
 - b) Kritik

IV. Ausblick

Thesen

1. Der öffentliche Personennahverkehr stellt sich als Sondermaterie dar, die in der Mehrzahl der Bundesländer von einer Fortschreibung der umfassenden Verpflichtung zur Tariftreue gekennzeichnet ist.
2. Europarechtlich scheint dies zulässig, da gem. Art. 58 AEUV allein die Sonderregelungen zur gemeinsamen Verkehrspolitik, Art. 90-101 AEUV, Prüfungsmaßstab sind. Die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV ist insofern nicht einschlägig.
3. Sekundärrechtlich wird der Marktzugang heute abschließend durch die VO 1073/2009 geregelt. Gem. Art. 15 VO 1073/2009 ist die Beförderung durch nicht ortsansässige Unternehmen (sog. Kabotagebeförderung) nur in den abschließend aufgeführten Fällen zulässig. Hierzu rechnen die Sonderformen des Linienverkehrs, der Gelegenheitsverkehr sowie grenzüberschreitende Linienverkehrsdienste. Für die zulässige Kabotagebeförderung finden sich weitere Regelungen zu den Sozialstandards in der VO 561/2006; ferner ist die Entsenderichtlinie RL 96/71/EG anwendbar.
4. Außerhalb des eng begrenzten Bereichs der zulässigen Kabotagebeförderung besteht bereits europarechtlich ein Niederlassungserfordernis. Dies wirkt sich insbesondere beim regulären Linienverkehr dahingehend aus, dass sich die Dienstleistungserbringung rein innerstaatlich vollzieht.
5. Für innerstaatliche Arbeitgeber bestehende gesetzliche Regelungen können somit Anwendung finden, ohne dass dadurch die grenzüberschreitende Erbringung der Dienstleistung in europarechtlich bedenklicher Weise beschränkt würde.
6. Da die Maßstäbe der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Rüffert“ (EuGH vom 3.4.2008 – C-346/06 – NZA 2008, 537) keine Anwendung finden, besteht europarechtlich hier ein singulärer mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielraum. Dies findet Bestätigung in den allgemeinen Regelungen zur Durchführung des ÖPNV in der VO 1370/2007, Erwägungsgrund 17.
7. Entscheidender Maßstab für die Beurteilung der landesgesetzlichen Regelungen wird damit das nationale Verfassungsrecht.

8. Die grundsätzliche Zulässigkeit der Einforderungen von Tariftreue ist durch die Entscheidung des BVerfG vom 11.7.2006 (1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202) für die Praxis geklärt. Demnach schützt die negative Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG nicht vor den Außenseiterwirkungen eines Tarifvertrags. Der zu konstatierende Eingriff in die Berufs- und Vertragsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG ist als Berufsausübungsregelung durch das soziale Schutzziel einer Tariftreuregelung gerechtfertigt. Die dieser Judikatur zugrunde liegenden Prämissen bleiben jedoch umstritten.
9. Höchst problematisch ist das vielfach statuierte Repräsentativitätserfordernis. Es ist vieldeutig und ermöglicht gerade infolge seiner Unbestimmtheit der Politik, konkret dem ministeriellen Verordnungsgeber, eine massive politische Einflussnahme auf das Tarifvertragssystem und die freie Koalitionsbetätigung. Letztlich läuft dies auf die Schaffung eines Zwei-Klassen-Systems tariffähiger Koalitionen und Tarifverträge hinaus. Dies scheint mit dem institutionellen Kerngehalt des Art. 9 Abs. 3 GG unvereinbar.
10. Bedenklich scheint vor diesem Hintergrund die zu verzeichnende Karriere des Repräsentativitätsprinzips im Tarifrecht, das über seinen legitimen Anwendungsbereich hinaus mittlerweile zu einem vielfach verwendeten Baustein gesetzgeberischer Einflussnahme auf Tarif- und Koalitionsstrukturen zu werden scheint.

Rechtsanwalt Dr. Andreas Neun

Gleiss Lutz

Vergaberechtliches Sanktionssystem

Gliederung

I. Ausgangsposition

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.06.2014 – VII-Verg 39/13 (betreffend Verpflichtungserklärungen zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen sowie zur Förderung von Beruf und Familie):

„Art. 45 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG (Art. 57, 60 Abs. 1 und Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU), dem im nationalen Vergaberecht die §§ 7 Abs. 7, 6 Abs. 6 VOL/A EG entsprechen, betrifft die allgemeine Eignung des Bieters und zählt die Ausschlussgründe wegen fehlender Zuverlässigkeit abschließend auf. Die Richtlinie 2014/24/EU ist am 17.04.2014 in Kraft getreten und hat die Richtlinie 2004/18/EG abgelöst. Nachweise zur persönlichen Lage des Bieters können nur in der in Art. 45 Abs. 3 Richtlinie 2004/18/EG (Art. 60 Abs. 1 und Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU) abschließend aufgeführten Art und Weise gefordert werden. [...] Verpflichtungserklärungen zu den ILO-Kernarbeitsnormen werden hiervon ebenso wenig erfasst wie solche zur Förderung von Beruf und Familie. Eine Verfehlung kann erst angenommen werden, wenn ein Bieter wahrheitswidrig eine Verpflichtungserklärung nach §§ 18 Abs. 2 TVgG NRW, 14 Abs. 7 RVO TVgG NRW abgegeben hat oder sich im Zuge der Auftragsausführung an eingegangene Verpflichtungen nicht gehalten hat.

[Es] handelt [...] sich [dabei] um zusätzliche Bedingungen (Anforderungen) an die Auftragsausführung im Sinn von § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB (Art. 26 Richtlinie 2004/18/EG i.V.m. Erwägungsgrund 33 sowie Art. 70 Richtlinie 2014/24/EU i.V.m. Erwägungsgrund 98 UA 2). **Zusätzliche Bedingungen zur Auftragsausführung sind Vertragsbedingungen, zu deren Einhaltung sich der Bieter nicht nur vertraglich bei der späteren Auftragsausführung, sondern verbindlich bereits im Vergabeverfahren durch Abgabe entsprechender Erklärungen verpflichtet. Verweigert er die Abgabe der geforderten Erklärung, ist sein Angebot nach §§ 16 Abs. 3, 19 Abs. 3 lit. a VOL/A EG von der Vergabe auszuschließen. ... hält er eine abgegebene Erklärung später nicht ein, kann dies in zukünftigen Vergabeverfahren einen Ausschluss vom Vergabeverfahren wegen mangelnder Eignung nach sich ziehen.**“
(Hervorhebungen nur hier)

Ausgehend hiervon:

II. Sanktionierung von nicht abgegebenen, fehlerhaften Erklärungen im Vergabeverfahren

- Ausschluss des Angebots, wenn die Erklärung vergaberechtskonform gefordert wurde
- Bei nachweislich wahrheitswidrigen Erklärungen zudem drohender Ausschluss auf der Eignungsebene

III. Sanktionierung von Fehlverhalten während der Ausführung eines öffentlichen Auftrages

1. Vertragsstrafen (vgl. § 12 Abs. 1 TVgG NRW)
2. Kündigungsmöglichkeit (vgl. § 12 Abs. 2 TVgG NRW)

Hierzu jetzt Art. 73 der neuen EU-Vergaberechts-Richtlinie:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass öffentliche Auftraggeber zumindest unter den folgenden Umständen und unter bestimmten Bedingungen, die im anwendbaren nationalen Recht festgelegt sind, über die Möglichkeit verfügen, einen öffentlichen Auftrag während seiner Laufzeit zu kündigen, wenn: ... der Auftragnehmer erfüllte zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung einen der in Artikel 57 Absatz 1 genannten Tatbestände und hätte daher vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen; [...]“

Parallelvorschriften in Art. 90 lit. b) der Richtlinie 2014/25/EU (für Sektorentätigkeiten) und Art. 44 lit. b) der Richtlinie 2014/23/EU (für Konzessionsverträge)

3. Für künftige Vergabeverfahren: drohender Ausschluss wegen Schlechtleistung im Rahmen vorangegangener öffentlicher Aufträge

IV. Sanktionierung von Non-Compliance mit arbeitsrechtlichen Bestimmungen generell

1. Individueller Ausschluss im einzelnen Vergabeverfahren nach Kartellvergaberecht mangels Eignung (Zuverlässigkeit/Gesetzestreue)
 - a) im EU-Recht: zwingende und fakultative Ausschlussgründe gemäß Art. 57 Richtlinie 2014/24/EU
 - b) Sinn und Zweck der Sanktionierung von Unzuverlässigkeit

c) Freiheit von Beurteilungsfehlern

Bereits Zweifel an der Zuverlässigkeit zwingen zum Ausschluss, wenn der öffentliche Auftraggeber – im Zeitpunkt der Vergabeentscheidung (ggf. zu aktualisieren bis zur letzten mündlichen Verhandlung – OLG München, Beschl. v. 22.11.2012 – Verg 22/12, VergabeR 2013, 499) - beurteilungsfehlerfrei zu solche Zweifeln gelangt:

aa) Gesicherte Erkenntnisgrundlage?

bb) keine sachfremden Erwägungen

sachgerecht: Wirkt sich die frühere schwere Verfehlung auf den künftigen Auftrag aus? Hat sich das Unternehmen selbst gereinigt und so die Zweifel beseitigt?

2. Genereller Ausschluss von Vergaben für eine bestimmte Zeit (Vergabesperre)

Sehr weitgehend hierzu das KG: Vergabesperren bedürfen keiner gesetzlichen Ermächtigung:

„Die grundsätzliche Möglichkeit der Verhängung einer Vergabesperre ist vielmehr allgemein anerkannt. Sie verstößt weder gegen europarechtliche Vorschriften noch gegen deutsches nationales Recht. Ihre Zulässigkeit folgt aus der außerhalb des Kontrahierungszwanges auch für den öffentlichen Auftraggeber bestehenden Vertragsfreiheit. [...] bedarf es für die Verhängung einer Vergabesperre auch keiner besonderen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Der nicht kontrahierende Auftraggeber greift [...] insoweit nicht in geschützte Rechtspositionen des Bieters ein. Es gibt kein Recht des vergaberechtlich unzuverlässigen Bieters auf Teilnahme an einer Ausschreibung.“ (KG Berlin, Urt. v. 17.01.2011– 2 U 4/06 Kart)

Dies ist allerdings zweifelhaft für vergabestellenübergreifende („koordinierte“) Sperren, u.a. deshalb, weil sonst im Vergaberecht die einzelne Vergabestelle ihre Vergabeentscheidungen grundsätzlich selbst treffen muss (nicht an andere delegieren darf).

3. Oberhalb des Schwellenwerts: Art. 57 der Richtlinie 2014/24/EU (annähernd identisch in den beiden anderen RL geregelt)

Abs. 5 UAbs. 2:

„Zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens können die öffentlichen Auftraggeber einen Wirtschaftsteilnehmer ausschließen oder von den Mitgliedstaaten zum Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers verpflichtet werden, wenn sich herausstellt, dass sich der Wirtschaftsteilnehmer in Bezug auf Handlungen oder Unterlassungen vor oder während des Verfahrens in einer der in Absatz 4 genannten Situationen befindet.“

Abs. 4:

„c) Der öffentliche Auftraggeber kann auf geeignete Weise Verstöße gegen geltende Verpflichtungen gemäß Art. 18 Absatz 2 [umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die in Anhang X aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind] nachweisen; ...

g) der Wirtschaftsteilnehmer hat bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren öffentlichen Auftrags, eines früheren Auftrags mit einem Auftraggeber oder eines früheren Konzessionsvertrags erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen, die die vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrags, Schadenersatz oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen haben; ...“

Abs. 6 (klärt einige bisher streitige Fragen):

„Jeder Wirtschaftsteilnehmer, der sich in einer der in den Absätzen 1 und 4 genannten Situationen befindetet, kann Nachweise dafür erbringen, dass die Maßnahmen des Wirtschaftsteilnehmers ausreichen, um trotz des Vorliegens eines einschlägigen Ausschlussgrundes seine Zuverlässigkeit nachzuweisen. Werden solche Nachweise für ausreichend befunden, so wird der betreffende Wirtschaftsteilnehmer nicht von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen.

Zu diesem Zweck weist der Wirtschaftsteilnehmer nach, dass er einen Ausgleich für jeglichen durch eine Straftat oder Fehlverhalten verursachten Schaden gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet hat, die Tatsachen und Umstände umfassend durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden geklärt und konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen hat, die geeignet sind, weitere Straftaten oder Verfehlungen zu vermeiden.

Die von den Wirtschaftsteilnehmern ergriffenen Maßnahmen werden unter Berücksichtigung der Schwere und besonderen Umstände der Straftat oder des Fehlverhaltens bewertet. Werden die Maßnahmen als unzureichend befunden, so erhält der Wirtschaftsteilnehmer eine Begründung dieser Entscheidung.

Ein Wirtschaftsteilnehmer, der durch eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung von der Teilnahme an Verfahren zur Auftrags- oder Konzessionsvergabe ausgeschlossen wurde, ist während des Ausschlusszeitraumes, der in dieser Entscheidung festgelegt wurde, nicht berechtigt, in den Mitgliedstaaten, in denen die Entscheidung wirksam ist, von der in diesem Absatz gewährten Möglichkeit Gebrauch zu machen.“
[Anm. Diese Regelung ist (und wird auch voraussichtlich) für Deutschland nicht relevant.]

Abs. 7:

„Die Mitgliedstaaten legen durch Gesetz, Verordnung oder Verwaltungsvorschrift und unter Beachtung des Unionsrechts die Bedingungen für die Anwendung dieses Artikels fest. Sie bestimmen insbesondere den höchstzulässigen Zeitraum des Ausschlusses für den Fall, dass der Wirtschaftsteilnehmer keine Maßnahmen gemäß Absatz 6 zum Nachweis seiner Zuverlässigkeit ergreift. Wurde [k]ein Ausschlusszeitraum nicht durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung festgelegt [englische Fassung: „Where the period of exclusion has not been set by final judgment“], so darf dieser Zeitraum in den in Absatz 1 genannten Fällen fünf Jahre ab dem Tag der rechtskräftigen Verurteilung und in den in Absatz 4 genannten Fällen drei Jahre ab dem betreffenden Ereignis nicht überschreiten.“

→ Höchstzulässiger Ausschlusszeitraum 3 Jahre (ab wann genau?), auch ohne Selbstreinigung

4. Spezialgesetzliche Rechtsgrundlagen für Ausschlüsse/Vergabesperrn

a) § 19 Abs. 1 MiLoG: Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge

„(1) Von der Teilnahme an einem Wettbewerb um einen Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsauftrag der in § 98 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen genannten Auftraggeber sollen Bewerberinnen oder Bewerber für eine angemessene Zeit bis zur nachgewiesenen Wiederherstellung ihrer Zuverlässigkeit ausgeschlossen werden, die wegen eines Verstoßes nach § 21 mit einer Geldbuße von wenigstens zweitausendfünfhundert Euro belegt worden sind. ...

(3) Öffentliche Auftraggeber nach Absatz 2 fordern im Rahmen ihrer Tätigkeit beim Gewerbezentralregister Auskünfte über rechtskräftige Bußgeldentscheidungen wegen einer Ordnungswidrigkeit nach § 21 Absatz 1 oder Absatz 2 an oder verlangen von Bewerberinnen oder Bewerbern eine Erklärung, dass die Voraussetzungen für einen Ausschluss nach Absatz 1 nicht vorliegen. Im Falle einer Erklärung der Bewerberin oder des Bewerbers können öffentliche Auftraggeber nach Absatz 2 jederzeit zusätzlich Auskünfte des Gewerbezentralregisters nach § 150a der Gewerbeordnung anfordern.

(4) Bei Aufträgen ab einer Höhe von 30 000 Euro fordert der öffentliche Auftraggeber nach Absatz 2 für die Bewerberin oder den Bewerber, die oder der den Zuschlag erhalten soll, vor der Zuschlagserteilung eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister nach § 150a der Gewerbeordnung an.

(5) Vor der Entscheidung über den Ausschluss ist die Bewerberin oder der Bewerber zu hören.“

- b) Ferner: § 21 SchwArbG; § 21 AentG
- c) Landesvergaberecht (z. B. § 13 TVgG NRW)
- 5. Exkurs: Aktuelles Registerrecht
 - a) Gewerbezentralregister
 - b) (Landes-) Korruptionsregister

V. Künftiges Recht: Umsetzung der neuen EU-Vergaberechts-Richtlinien bis zum 18.4.2016

1. Eckpunktepapier des BMWi vom 7. Januar 2015
2. Erster Entwurf der Bundesregierung für die neuen §§ 97 bis 184 GWB (April 2015)
3. Gegenstand der Diskussion u.a.:
 - allgemeine Rechtsgrundlage und Zuständigkeit für koordinierte Vergabesperren? Rechtsweg gegen Vergabesperren.
 - Verbindliche Feststellung des Erfolgs der Selbstreinigung?
 - Inwieweit sind Streitige Schadensersatz(teil)forderungen eignungs-schädlich?

VI. Bundesweites Korruptionsregister?

BT-Drs. 18/2187: Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage:

„Die Bundesregierung prüft daher die Einrichtung eines bundesweiten Registers, in das Unternehmen, die auf Grund von Korruption oder anderen Wirtschaftsdelikten als unzuverlässig anzusehen sind, eingetragen werden.“

Thesen

1. Verstöße von Unternehmen gegen arbeitsrechtliche Bestimmungen werden vergaberechtlich auf verschiedenen Ebenen sehr wirksam sanktioniert.
2. Sie schließen insbesondere eine erfolgreiche Teilnahmemöglichkeit bei künftigen Ausschreibungen praktisch aus.
3. Auch bei „Soll“-Bestimmungen für Ausschlüsse/Vergabesperrn gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.
4. Oberhalb der Schwellenwerte sind – bereits jetzt – die zwingenden Regelungen der EU-Vergaberechts-Richtlinien sowie die Vorgaben des EuGH zu beachten.
5. Der höchstzulässige Zeitraum einer Vergabesperre beträgt drei Jahre.
6. Die Einzelheiten zu Vergabesperrn, insbesondere zu koordinierten Vergabesperrn, und für eine erfolgreiche Selbstreinigung sollten im Zuge der Umsetzung der EU-Vergaberechtsreform im GWB explizit und klar geregelt werden.
7. Der Flickenteppich aus ganz verschiedenen Regelungen auf Bundes- und Landesebene sollte sowohl oberhalb als auch unterhalb der Schwellenwerte beseitigt werden.