

12. ZAAR-Kongress:
„Vergaberecht und Arbeitsbedingungen“



am Freitag, 8. Mai 2015
im Paulaner am Nockherberg, München

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 „Rüf-fert“-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 können zu dürfen.

I. Die neuen Vergaberichtlinien

Der Vergaberechtersperte *Professor Dr. Martin Burgi* (Ludwig-Maximilians Universität München) begann seinen Vortrag mit einer kurzen Themeneingrenzung. Aufgrund anderweitiger Vorträge dieses Kongresses, lege er seinen Schwerpunkt auf das Sekundärrecht. Außerdem beruhigte er, dass die, bis 2016 zu erfolgende, Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien zwar einiges ändern werde, aber aus seiner Sicht eine künftige vergaberechtliche Durchwehung der arbeitsrechtlichen Praxis nicht zu befürchten sei. Weiter wies er darauf hin, dass als jüngste Entwicklung seit zwei Tagen der Referentenentwurf der Regierung vorliege. Auch wenn er den Vortrag auf Grundlage des Richtlinienrahmens konzipiert habe, werde er an entsprechender Stelle jeweils auf diese neuste Entwicklung eingehen. Nach diesen einführenden Hinweisen, begann der Referent seine Darstellung mit der Erläuterung des Vortragsgegenstandes. Zu klären sei, was unter Vergaberichtlinien oder dem Begriff Vergaberechtsmodernisierung zu verstehen sei.



Das EU-Richtlinienpaket zur Vergaberechtsmodernisierung umfasse die neue Konzessionsrichtlinie 2014/23 sowie zwei weitere Änderungsrichtlinien. Die Richtlinie (RI.) 2014/24 ändere die Vergabekoordinierungsrichtlinie, welche das Kerngebiet öffentlicher Aufträge regle, ferner die Regelung der Sektorenauftragsvergabe durch die RI. 2014/25. Gegenstand dieses Vortrages werde lediglich die eigentlich entscheidende Vergabekoordinierungsrichtlinie 2014/24 sein. Obwohl die Rechtsmittelrichtlinien in diesem Rahmen nicht geändert worden seien, seien einige Änderungen des Rechtsschutzes in der Richtlinienumsetzung, also in dem nun vorliegenden Referentenentwurf, ohne europarechtliche Verpflichtung vorzufinden. Der Referent betonte, dass auch nach der neuen Vergaberichtlinie Arbeitsverhältnisse weiterhin nicht unter die Regelungen des Vergaberechts fallen würden. Dies stelle Art. 10 der RI. klar. Dieses Richtlinienpaket sei in einem, durch die anhaltende Finanzkrise und politischen Druck der Mitgliedsstaaten geprägten, strategischen Umfeld entstanden. Es sollte ein einfacheres und flexibleres Vergabeverfahren, sowie durch die teilweise Kodifizierung der EuGH-Rechtsprechung, höhere Rechtssicherheit verwirklichen. Weiterhin sollte, die in Deutschland bereits praktizierte, Möglichkeit der Nutzung des Vergaberechts als strategisches Instrument zur Durchsetzung politischer Ziele europaweit gestärkt werden.

Die deutsche Umsetzung stehe vor der Herausforderung die Vorgaben der sehr umfangreichen Richtlinie mit der zersplitterten deutschen Regelung zu vereinbaren. Der vorliegende Referentenentwurf zum GWB (neu) nehme diese Umsetzung in den §§ 97-184 vor. Dieser abschreckend erscheinende Umfang relativiere sich dadurch, dass mit diesem Entwurf zahlreiche bestehende Regelungen wie beispielsweise die Verdingungsordnung freiberuflicher Leistungen (VOF) in Gesetzesrang erhoben würden und damit selbst künftig entfielen. Dies entspreche der Zielsetzung des deutschen Gesetzgebers, das Vergaberecht übersichtlicher und das Verfahren gleichlaufend mit den europarechtlichen Regelungen zu gestalten. Neben den teilweise in den Landesvergabeetzen bestehenden Regelungen erwartet Professor Burgi keine unterschwelligen Regelungen in Deutschland.

Anschließend wurde die künftige Zwecksetzung des Vergaberechts erörtert. Neben dem Wettbewerb sei oberster Zweck gemäß Art. 1 Abs. 2 RI. 2014/24 weiterhin der Beschaffungszweck.

Im Rahmen der weiteren Zwecksetzung der Haushaltswirtschaft, in deren Rahmen auch die Gestaltung von Arbeitsbedingungen erfolgt, liege eine Terminologieänderung vor. Die „secondary considerations“ (vergabefremde Zwecke) werden künftig unter dem von der EU-Kommission eingeführten, stärker politisch geprägten Begriff der „strategischen Beschaffung“ gefasst. Art. 18 Abs. 2 Rl. 2014/24 bestimme, dass die Mitgliedsstaaten dafür sorgen müssen, dass die Wirtschaftsteilnehmer unter anderem die arbeitsrechtlichen Verpflichtungen bei der Auftragsausführung einhalten. Unter diese arbeitsrechtlichen Verpflichtungen fallen beispielsweise folgende Arbeitsbedingungen: lohnbezogene Arbeitsbedingungen, wie der Mindestlohn, Beschränkung der Leiharbeit oder Einhaltung der Kernarbeitsnormen der International Labor Organisation (ILO).

Werde die Richtlinie so umgesetzt, wie es nach derzeitigem Entwurf scheine, so würden auf Bundesebene die Richtlinienbestimmungen übernommen, aber keine arbeitsbezogene Anforderungen aufgestellt. Folglich könne der jeweilige Auftraggeber arbeitsbezogene Anforderungen festlegen. Dennoch sei zu untersuchen, auf welchen Entscheidungsstufen und unter welchen Voraussetzungen dies erfolgen könne. Im Rahmen der Leistungsbeschreibung gehe es direkt um den Auftrag. Wie bisher könnten an dieser Stelle keine Arbeitsbedingungen geregelt werden. Werde die Erklärung zu den Ausführungsbedingungen nicht abgegeben, so sei das Angebot auszuschließen. Die derzeit im Referentenentwurf vorgeschlagene Lösung ohne eigenes Sanktionsinstrument sei nicht sehr glücklich. Im Rahmen der Eignungskriterien wies der Referent auf die künftig erfolgende Differenzierung in obligatorischen und fakultativen Ausschluss nach den §§ 123 und 124 GWB (neu), sowie den neuen arbeitsrechtlichen Bezug der „Selbstreinigung“ hin. Als Folge der neuen Regelung sei es künftig leichter Schlüsse auf eine fehlende Eignung aus, in der Vergangenheit begangenen Rechtsverstößen zu ziehen. Insgesamt liege künftig eine stärkere Ausdifferenzierung und Spezifizierung arbeitsbezogener Anforderungen auf den Stufen der Eignungs- sowie der Zuschlagskriterien vor. Eine Ausdehnung konnte *Professor Dr. Burgi* nicht feststellen. Man könne daher auf der Ebene der wirtschaftlichen Auswahl der Angebote eine Tendenz dazu feststellen, dass diese nicht nur auf Grundlage des Preises erfolge, sondern auch unter Heranziehung anderer – beispielsweise sozialer – Kriterien. Ein ungewöhnlich niedriges Angebot könne auch weiterhin ausgeschlossen werden.

Den ersten Vortrag rundete die Einschätzung ab, dass die neue Vergaberichtlinie ein schlüssiges Gesamtkonzept mit einer Verbesserung der Rechtssicherheit darstelle. Hervorzuheben sei die durchgängige starke Betonung der Erforderlichkeit des Auftragsbezugs. Damit sei man glücklicherweise nicht der Versuchung erlegen hiermit die gesamte Wirtschafts- und Arbeitsmarktpolitik zu verändern.

Die Diskussion mit den Teilnehmern beleuchtete mögliche, festlegbare Arbeitsbedingungen. Weiter wurden Einschätzungen der Qualität des bestehenden Rechtsschutzes im Vergaberecht erörtert.

II. Vergaberechtliche Arbeitsbedingungen als Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit

Professor Dr. Abbo Junker (Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht München) befasste sich mit den primärrechtlichen Auswirkungen des Vergaberechts. Diese wurden anhand von drei EuGH-Urteilen erörtert.

Der Referent begann seinen Vortrag unmittelbar mit der Schilderung des Sachverhalts der Entscheidung in der Rechtssache Rüffert. Das Land Niedersachsen habe die Rohbauarbeiten der Justizvollzugsanstalt Göttingen an ein niedersächsisches Bauunternehmen vergeben. Nach Abschluss der Arbeiten, habe das Land ein Prozent der Auftragssumme als Vertragsstrafe einbehalten, da das, durch das niedersächsische Unternehmen eingeschaltete polnische Subunternehmen den auf der Baustelle Beschäftigten polnischen Arbeitern nicht den niedersächsischen Mindestlohn gezahlt habe. Zu dieser Lohnuntergrenze hatte sich das Unternehmen nach dem Landesvergabegesetz als Vergabevoraussetzung verpflichtet. Der einschlägige Tarifvertrag sei nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden. Das OLG Celle habe dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die Dienstleistungsfreiheit eines Bauunternehmens aus dem Mitgliedsstaat A durch die Anwendung eines Gesetzes des Mitgliedsstaats B verletzt werde, wonach öffentliche Bauaufträge nur gegen das Versprechen der Zahlung des ortsüblichen Mindestlohns vergeben werden. Prüfungsmaßstab stellte die Dienstleistungsfreiheit und deren Konkretisierung in der Arbeitnehmerentsenderrichtlinie 96/71/EG (RI.) dar. Danach sei eine Mindestlohnfestsetzung aufgrund repräsentativer Tarifverträge am Ort der Leistungserbringung nur subsidiär möglich, wenn kein System der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen bestünde. Da § 5 TVG ein solches System regle, sei das niedersächsische Landesvergabegesetz mit der Arbeitnehmerentsenderrichtlinie unvereinbar. Weiter habe der EuGH den Gedanken einer Rechtfertigung mittels Günstigkeitsprinzip verworfen, da die Entsenderichtlinie die praktische Konkordanz mit der Grundfreiheit verwirkliche und so die äußerste Grenze der, von den Mitgliedsstaaten zu duldenen Einschränkungen markiere. Eine Rechtfertigung mit den Zielen des Arbeitnehmerschutzes ist schon deshalb verneint worden, da die Regelung nur im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe gelte. Folglich hätte die erste Generation der Landesvergabegesetze gegen europäisches Recht verstoßen. Der Grundgedanke dieser Entscheidung sei richtig. Eine Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit sei zutreffend nur mit plausiblen Arbeitnehmerschutzkonzept statthaft, welches die Tariftreue gerade nicht aufweise.

Die Ländergesetzgebungen hätten infolge dieses Urteil teils auf Tariftreue Regelungen verzichtet. Überwiegend seien die Tariftreueverpflichtung beibehalten, aber auf allgemeinverbindliche Tarifverträge nach § 5 TVG und dem § 3 AEntG beschränkt worden. Einige Länder hätten darüber hinaus einen eigenen landesspezifischen Vergabemindestlohn eingeführt, welcher teils geringfügig über dem ab 1.1. 2015 geltenden allgemeinen Mindestlohn von 8,50 € liege. Diese zweite Generation der Landesvergabegesetze habe in zwei atypischen Fällen zu Vorlagen an den EuGH geführt. Auf diese ging der Referent im Folgenden näher ein.



In der ersten Sache hatte sich die Bundesdruckerei, ein bundeseigenes Unternehmen der Stadt, geweigert den Vergabemindestlohn zu zahlen, da der Auftrag durch ein polnisches Tochterunternehmen in Polen erbracht würde. Diese Weigerung habe zum Ausschluss der Bundesdruckerei geführt. Der EuGH habe daher zu entscheiden gehabt, ob Art. 56 AEUV und die RI. 96/71/EG einer Tariftreueregelung entgegenstünden, wenn der Nachunternehmer in einem anderen Mitgliedsstaat ansässig sei und der Auftrag dort erbracht werde. Die Entsenderichtlinie sei, anders als im Fall Rüffert, mangels Entsendekonstellation nicht anwendbar gewesen. Weiter habe der EuGH ausgeführt, dass ein Mindestlohn eine grundsätzlich mit Zielen des Arbeitnehmerschutzes rechtfertigbare Einschränkung des Art. 56 AEUV darstelle. Eine Verpflichtung zur Mindestlohnzahlung ohne Bezug zu den Lebenshaltungskosten am Ausführungsort in einem anderen Mitgliedsstaat verstoße jedoch gegen die Dienstleistungsfreiheit. Der Referent bemerkte, dass das Entgeltgefälle in der EU ein schützenswerter Wettbewerbsvorteil sei. Die unmittelbare Wirkung dieses Urteils werde wegen der Ortsgebundenheit der Dienstleistung dennoch gering sein. Die dem EuGH vorgelegte Norm aus Nordrhein-Westfalen, könnte europarechtskonform dahingehend verstanden werden, dass sie auch bei Entsendungsfällen keine Anwendung finde.

Die Regelung von Rheinland-Pfalz fände dagegen eindeutig auch in einer Entsendekonstellation Anwendung. Ein grenzüberschreitender Bezug des Sachverhalts sei nicht ersichtlich. Daher habe die Vorlage den Charakter einer, in Art. 267 AEUV nicht vorgesehenen, abstrakten Normenkontrolle. Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts sei es dennoch auf die Auslegung des Europarechts angekommen, da die Norm einheitlich auszulegen sei. Dies sehe die herrschende Meinung anders. Die Problematik der Inländerdiskriminierung sei nicht durch den EuGH zu entscheiden. Die Entscheidung des EuGH müsse abgewartet werden. Schließlich sei die Frage in der Sache, ob eine Differenzierung zwischen öffentlichen und privaten Auftragsvergaben statthaft sei weiter ungeklärt. Durch den zwischenzeitlich bestehenden allgemeinen Mindestlohn sei die Problematik zwar etwas entschärft, aber nicht behoben. Der EuGH treffe bei Einschränkungen der Grundfreiheiten nämlich keine Erheblichkeitserwägungen. Er rechne daher damit, dass wenn die Vorlage zugelassen werde, die Regelung nicht für mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar erachtet werde.

Abschließend wurde darauf hingewiesen, dass Arbeitgeber mit Sitz in Deutschland ihren Arbeitnehmern für deren im Ausland erfolgende Tätigkeit keinen deutschen Mindestlohn nach § 19 Mindestlohngesetz (MiLoG) zahlen müssten. Im Rahmen des MiLoG käme es nämlich auf den konkreten, auch kurzfristigen, Leistungsort an. Dies unterscheide sich von dem Anwendungsbereich der Tarifverträge, bei welchen der Tätigkeitsschwerpunkt maßgeblich sei. Spiegelbildlich dazu seien Arbeitsleistungen von ausländischen Arbeitnehmern in Deutschland mindestlohnpflichtig. Diskutierbar sei hier lediglich eine Bagatellgrenze von etwa einer Stunde.

In der Diskussion ging es zunächst um die Frage der Zulässigkeit des Verfahrens aus Rheinland-Pfalz. Weiter wurde die Frage diskutiert, ob wegen des allgemeinen Mindestlohns eine Beschränkung der Grundfreiheiten durch die Landesvergabemindestlöhne als Bagatelle entfallen könnte. Dies wurde mit dem Hinweis auf die EuGH Entscheidung in der Rechtssache Mazzoleni letztlich abgelehnt.

III. Arbeitsplatzbezogene Anforderungen nach den Landesvergabegesetzen

Nach der Mittagspause gab Herr Rechtsanwalt *Dr. Marc Gabriel* (Baker & McKenzie) einen Einblick in die arbeitsplatzbezogenen Regelungen der Landesvergabegesetze.

Die Landesvergabegesetze seien unabhängig vom Erreichen der Schwellenwerte anzuwenden. Oberhalb der unionsrechtlichen Schwellenwerte könnten die Länder das Vergabeverfahren nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB (neu) nur begrenzt hinsichtlich der Berücksichtigung sozialer, also vergabefremder, Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe regeln. Wegen des geforderten Auftragsbezuges seien nur im sachlichen Zusammenhang mit der Auftragserfüllung stehende Anforderungen statthaft.

Abgesehen von der Tariftreue und im weitesten Sinn auch den ILO-Kernarbeitsnormen, welche lediglich eine Bagatellgrenze von 500 € vorsehen, seien die meisten arbeitsplatzbezogenen Anforderungen der Landesvergabegesetze schwellenwertgebunden. Gerade bei arbeitsplatzbezogenen Kriterien sei der Auftragsbezug oft fraglich. Sie stünden so unzulässiger allgemeiner Geschäftspolitik oft sehr nahe.

Der Referent verdeutlichte anschließend anhand von Übersichten die Existenz und Ausgestaltung der arbeitsplatzbezogenen Anforderungen nach den einzelnen Landesvergabegesetzen. Tariftreue- und Mindestlohnregelungen nähmen danach eine zentrale Stellung ein. Sie hätten in der ersten Generation, also vor der Ruffert Entscheidung des EuGH, Bindungswirkung entfaltet. Die zweite Normengeneration sei rein deklaratorisch und binde lediglich an bestehende gesetzliche Regelungen. Der bundesgesetzliche Mindestlohn stelle eine reine Untergrenze dar. Über diesem Wert liegende vergaberechtliche Mindestlohnsätze seien somit einzuhalten. Derzeit bestünde jedoch keine große Differenz zwischen den verschiedenen Mindestlohnsätzen. Dennoch könne es in der Praxis im Rahmen mehrerer gleichartiger Tätigkeiten zu Berechnungsproblemen kommen, wenn diese Aufträge teils unter den Mindestlohn fallen, teils nicht. Rechtsprechung zu derartigen Mischaufträgen bestünde nicht.

Einen weiteren Schwerpunkt legte der Referent auf der Analyse der ILO-Kernarbeitsnormen, welche viele arbeitsplatzbezogene Anforderungen enthielten. Diese völkerrechtlichen Verträge seien international von großer Bedeutung. Alle Mitgliedsstaaten der Europäischen Union hätten diese gezeichnet. Es müsse jedoch beachtet werden, dass wichtige Handelspartner wie die USA oder China diese völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht oder nicht vollständig gezeichnet hätten. Die Kernarbeitsnormen richteten sich direkt an den jeweiligen Auftragsgeber. Die meisten Landesvergabegesetze hätten diese, für Lieferleistungen geltenden, ILO-Kernarbeitsnormen auch auf Bau- und Dienstleistungen ausgeweitet. Hinsichtlich der Anwendung dieser Normen in der Vergabepaxis gab der Referent zu bedenken, dass deren Einhaltung durch bestimmte Nachweise zu dokumentieren sei. Werde diese Einhaltungserklärung nicht abgegeben, so müsse dieses Angebot aus der Vergabe ausgeschlossen werden. Mangels bestehender Zertifikate müsse dieser Nachweis meist über eine Eigenerklärung des Bieters, sich der ILO-Norm-Einhaltung vergewissert zu haben, erfolgen. Diese Erklärung sei jedoch insbesondere bei ausländi-



schen Bietern oftmals problematisch, da sie mit deren internen Compiancerichtlinien unvereinbar sein könne. Der Referent wies darauf hin, dass eine derartige Erklärung wegen ihrer weiten Reichweite zu recht sehr kritisch betrachtet würde. Fraglich sei auch, inwieweit der Bieter sich über die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen durch Zulieferer von im Rahmen der Auftragsdurchführung einzusetzender Waren vergewissern müsse.

In Art. 18 Abs. 2 neuer Vergaberichtlinie sei die ILO auch erstmals aufgeführt. Wegen der damit erfolgten europarechtlichen Regelung werden Regelungen der Obergrenzen in den Landesvergabegesetzen hinfällig. Wegen des damit vorliegenden Ranges von Europarecht könnte diesen Regelungen bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit solcher Vorgaben ein künftig stärkeres einschränkendes Gewicht zukommen als bislang.

Die Thematik der sozialen Kriterien veranschaulichte der Referent anhand des § 11 niedersächsisches Landesvergabegesetz (LVergG). Dieser richte sich lediglich an die Auftraggeber nicht aber an Verleiher oder Subunternehmen. Sollen die ILO-Kernarbeitsnormen als Ausführungsbedingung vorgesehen werden, müssen deren Anforderungen in einem sachlichen Zusammenhang zum Auftragsgegenstand stehen. Der Auftragsbezug sei bei sozialen Kriterien, wie beispielsweise der Vereinbarkeit von Familie und Beruf der Angestellten der Lieferanten, äußerst problematisch. Da meist kein eindeutiger Bezug zwischen einem konkreten Angestellten und den Auftrag möglich sei. Das OLG Düsseldorf habe dazu jüngst Stellung beziehen müssen. Darauf werde jedoch in dem Vortrag von *Herrn Dr. Neun* noch detaillierter eingegangen werden, weswegen er eine detailliertere Betrachtung an dieser Stelle unterlasse. Als Beispiel solcher sozialer Kriterien nannte der Referent die Einrichtung von Eltern-Kind-Zimmern oder einer betrieblichen Betreuung. Er sehe in diesen Fällen der Festlegung sozialer Kriterien keinen Auftragsbezug. Damit seien derartige soziale Kriterien, auch wenn sie gesellschaftspolitisch wünschenswert sein können, nicht europarechtskonform. Weiter hielt der Referent es für problematisch, dass diese Kriterien als Kompensationsgeschäfte bewertet werden könnten. In den Complianceregeln mancher internationaler Konzerne fände sich ein ausdrückliches Verbot des Abschlusses solcher Kompensationsgeschäfte mit der öffentlichen Hand. Auch dies könne der leichtfertigen Abgabe einer solchen Erklärung entgegenstehen. Zusammenfassend lasse sich so festhalten, dass hinsichtlich der sozialen Kriterien kein Auftragsbezug bestünde und die Europarechtskonformität zweifelhaft erscheine. Man dürfe jedoch nicht vergessen, dass viele der sozialen Kriterien der Landesvergabegesetze schon aus anderen Rechtsquellen folgen würden und somit lediglich deklaratorischen Charakter aufweisen würden. Auch wenn diese Regelungen vergaberechtlich teils schwer begründbar seien, bestünde über diese anderen Gesetze eine hinreichende Legitimation.

Diese Ausführungen schloss *Herr Dr. Gabriel* nach einer kurzen Analyse des Referentenentwurfs damit, dass dieser den Gestaltungsspielraum der Länder stärker als erwartet beschränke.

In der Diskussion wurde zum einen die Ansicht vertreten, dass die ILO-Kernarbeitsnormen sich tatsächlich kaum an in Deutschland beschäftigte Arbeitnehmer richteten, zum anderen, dass durchaus Probleme durch die ILO Normen in Deutschland entstehen könnten, wenn man unter Koalitionsfreiheit schon jeden Verstoß gegen einfaches Tarifrecht verstehe. Weiter wurden die Ausführungen des Referenten hinsichtlich des Auftragsbezugs kritisch erörtert.

IV. Vergaberechtliche Arbeitsbedingungen in der Personenbeförderung

Professor Dr. Stefan Greiner (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn) befasste sich anschließend mit den Besonderheiten der vergaberechtlichen Arbeitsbedingungen im Rahmen der Sondermaterie des öffentlichen Personennahverkehrs. Dieser stelle eine landesrechtliche Ausnahme zu der, von *Professor Junker* bereits erörterten Rechtssache Rüffert dar. Die meisten landesrechtlichen Regelungen beschränkten sich nicht auf allgemeinverbindliche Tarifverträge. Dies wurde exemplarisch an § 4 Abs. 2 Tarifvertragsgesetz Nordrhein-Westfalen (TVgG NRW) verdeutlicht. Dieser fordert als Vergabevoraussetzung im öffentlichen Personennahverkehr eine Lohnzahlungsverpflichtung von mindestens dem Entgelt, welches in einem Tarifvertrag der einschlägigen und repräsentativen Gewerkschaft vorgesehen wird. Weiter seien sie meist durch eine umfassende Verpflichtung zur Tariftreue gekennzeichnet. Dies sei nach dem primären Unionsrecht statthaft. Die Dienstleistungsfreiheit Art. 56 AEUV sei auf die gemeinsame Verkehrspolitik nicht anwendbar. Diese werde ausschließlich durch Art. 58, 90-101 AEUV geregelt. Dies habe die Entscheidung „Yellow cab“ (EuGH 22. 2. 2010 – C-338/09) gezeigt, nach welcher ein Niederlassungserfordernis als Voraussetzung einer Konzessionserteilung aus Gründen des Verbraucherschutzes mit Art. 49 AEUV vereinbar sei.



Auf sekundärrechtlicher Ebene sei der Marktzugang über Art. 15 VO 1073/2009 abschließend geregelt, welcher eine Kabotagebeförderung – dies sei die Beförderung durch nicht ortsansässige Unternehmen – nur in den dort abschließend genannten Fällen gestatte. Dazu zählten beispielsweise besondere Linienverkehrsarten wie etwa der Schulbus oder grenzüberschreitender Linienverkehr. Im regulären Linienverkehr bestünde dagegen ein Niederlassungserfordernis, welches zu einer rein innerstaatlichen Erbringung dieser Dienstleistungen führe. Dies habe auch zur Folge, dass für innerstaatliche Arbeitgeber geltende gesetzliche Regelungen eingehalten werden müssten. Mangels Grenzüberschreitung der Dienstleistung sei dies auch europarechtlich unbedenklich. Die Maßstäbe der, bereits von *Herrn Professor Dr. Junker* besprochenen Rechtssache Rüffert, kämen im öffentlichen Personennahverkehr nicht zur Anwendung. Die Mitgliedsstaaten könnten diesen Bereich somit innerhalb eines großen Gestaltungsspielraums selbst ausgestalten. Diese Regelungen seien konsequenterweise dann auch am nationalen Verfassungsrecht und nicht am Europarecht zu messen.

Diese verfassungsrechtliche Bewertung arbeitete der Referent als weiteren Schwerpunkt seines Vortrags heraus. Nach dem bereits erwähnten Berliner Tariftreuebeschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2006 (BVerfGE 116, 202) sei Tariftreue grundsätzlich wirksam einfordernbar. Auch wenn dies nicht völlig unstrittig sei, bestünde kein Schutz vor Außenseiterwirkungen durch die negative Koalitionsfreiheit. Der mit der Tariftreueforderung vorliegende Eingriff in die Berufsfreiheit Art. 12 Abs. 1 GG werde als Berufsausübungsregelung durch das soziale

Schutzziel der Tariftreue gerechtfertigt. Das Repräsentativitätserfordernis sei nach Einschätzung des Referenten dagegen äußerst problematisch. Durch die unbestimmte Ausgestaltung dieses Repräsentativitätserfordernisses stelle dieses ein Einfallstor für erhebliche Einflussnahme der Politik auf die Koalitionsbetätigung und das Tarifvertragssystem dar. Wenn jedoch die Exekutive wertend über Tariffinhalte und Tarifakteure befinde, bestehe die Gefahr einer politischen Einflussnahme in den Wesensgehalt des Art. 9 Abs. 3 GG. Als Einfallstor dieser Manipulationen machte der Referent den beratenden Repräsentantenausschuss aus Vertretern der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände aus. Die Auswirkungen der qualifizierten Repräsentativitätserklärung wurde an dem Beispiel der Tarifvertragssituation im Beförderungswesen verdeutlicht. So sei der Spartentarifvertrag für die Nahverkehrsbetriebe für repräsentativ erklärt worden, was zu einer Arbeitnehmerbindung von 97,6 % führte. Dagegen sind im Bereich der privaten Omnibusunternehmen mangels repräsentativem Tarifvertrag lediglich 5 % gebunden. Derartige Ergebnisse halte er verfassungsrechtlich nicht für legitimierbar, da kein legitimes Regelungsanliegen bestehe. Außerdem führe das Tariftreueverlangen zu einer Kumulation der belastenden Wirkungen, wie der Erstreckung des gesamten Entgeltgitters oder der Verdrängung konkurrierender Tarifverträge. Der Einsatz des Vergaberechts zur Tarifizensur sei nicht zu unterstützen. Vielmehr müssten die Tarifparteien diese Konflikte autonom lösen.

Als Ausblick bezeichnete der Referent die sich abzeichnende Entwicklung des Repräsentativitätsprinzips zu einem unreflektiert angewandten Instrument gesetzgeberischer Einflussnahme auf Tarif- und Koalitionsstrukturen für kritisch. Weiter sei problematisch, dass die Mehrkosten für die Kommunen durch die eingeforderte Evaluation einen Handlungsdruck auslösen würden.

Die Diskussion begann mit der Erörterung der Frage, ob die Verpflichtung zur Anwendung der jeweiligen Tarifverträge als dynamische oder als statische Verweisung zu verstehen sei. Weiter wurde darauf hingewiesen, dass die besondere Problematik dieses Gebiets gerade in der engen Verknüpfung mehrerer Rechtsbereiche, wie auch dem Kartellrecht liege. Dies könne je nach Blickwinkel zu verschiedenen Bewertungen eines Problems führen.

Auch die Stellung des Repräsentativitätsausschusses und die Möglichkeit der Beeinflussung von Verhandlungen durch dessen Bewertung wurden kritisch analysiert.

V. Vergaberechtliches Sanktionssystem

Rechtsanwalt Dr. Andreas Neun (Gleiss Lutz Berlin) stieg mit einem Urteil des OLG Düsseldorf vom 25.6. 2014 ein. Dieses klärte die Einordnung einer Verpflichtungserklärung zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen. Art. 45 Abs. 2 Rl. 18/2004/EG betreffe den Eignungsnachweis des Bieters. Dessen Liste der Ausschlussgründe sei abschließend. Somit sei eine derartige Verpflichtungserklärung über ILO-Kernarbeitsnormen nach Art. 26 Rl. in Verbindung mit dem Erwägungsgrund 33 lediglich als zusätzliche Bedingung zur Auftragsausführung anzusehen. Der Bieter habe sich nicht nur vertraglich, sondern bereits im Vergabeverfahren verbindlich zu deren Einhaltung verpflichtet. Basierend auf diesem Ausgangsfall erläuterte der Referent die möglichen Sanktionen der verschiedenen Verstöße gegen diese Verpflichtung: Sei die Erklärung bereits im Vergabeverfahren nicht, oder fehlerhaft abgegeben worden, könne nach vergaberechtskonformer Aufforderung zur Erklärungsabgabe dieses Angebot ausgeschlossen werden. Noch weiter reichten die Sanktionen wenn die Erklärung nachweisbar vorsätzlich wahrheitswidrig abgegeben worden sei. Dann könne nämlich bereits im Vergabeverfahren ein Ausschluss auf der Eignungsebene erfolgen. Gegen Fehlverhalten während der Ausführung des öffentlichen Auftrages, also vor Zuschlag oder bei Vertragsausführung, kämen nach § 12 TVgG NRW Vertragsstrafen und Kündigungsmöglichkeiten, sowie für künftige Verfahren ein Ausschluss wegen früherer Schlechtleistung in Betracht. Auch wenn sie im Umfeld des Vergabeverfahrens wirkten, stellten Vertragsstrafe und Kündigungsmöglichkeit dogmatisch betrachtet keine vergaberechtlichen Sanktionsinstrumente dar. Die zuletzt genannte tatsächlich vergaberechtliche Sanktion sei wegen ihrer enormen Reichweite mit Abstand die wirkungsvollste. Außerdem käme auch eine Sanktionierung von „Non-Compliance“ im nachgelagerten Vergabeverfahren in Betracht. Hierbei sei zwischen dem individuellen Ausschluss wegen fehlender Eignung – mangelnde Gesetzmäßigkeit – im einzelnen Vergabeverfahren und der Vergabesperre, also einem generellen, zeitlich befristeten Ausschluss von Vergaben, zu differenzieren. Im Rahmen des individuellen Ausschlusses müsste nach Art. 57 Rl. 24/2014/EU zwischen zwingenden und fakultativen Ausschlussgründen differenziert werden. Weiter müsse ein wirksamer individueller Ausschluss frei von Beurteilungsfehlern erfolgen. Liege eine gesicherte Erkenntnisgrundlage vor und seien keine sachfremden Erwägungen mit einbezogen worden, müsste der Ausschluss schon bei begründeten Zweifeln an der Zuverlässigkeit erfolgen. Die Herrschende Meinung gewähre hier keinen Ermessensspielraum. Bei Zweifeln an der Zuverlässigkeit sei ein Ausschluss zwingend. Besonders hingewiesen wurde darauf, dass die Auswirkungen früherer schwerer Verfehlungen eine sachgerechte Erwägung für einen Ausschluss darstellen würden. Um dies zu verhindern könne das Unternehmen eine, die Zweifel wieder beseitigende, Selbstreinigung vornehmen. Dafür müsse dieses sich aktiv um Aufklärung bemühen und strukturelle Anpassungen vornehmen um einen erneuten Verstoß zu verhindern. Strittig sei in diesem Bereich, ob auch eine Schadens-



kompensation vorzunehmen ist. Nach dem derzeitigen Gesetzentwurf, müsste eine Schadenskompensation künftig als Voraussetzung der Selbstreinigung gefordert werden. Eine solche erfolgreiche Selbstreinigung müsse das Unternehmen dann selbst entlastend vortragen, da diese nicht automatisch im Vergabeverfahren berücksichtigt würde. Zu dem generellen Ausschluss der Vergabesperre, führte *Herr Dr. Neun* aus, dass diese nach einem Beschluss des KG Berlin vom 17.1. 2011 aufgrund ihrer Rechtsnatur als rein privatrechtlicher Erklärung keiner gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedürften. Gerade für den Fall vergabestellenübergreifender koordinierter Sperren hielt der Referent dies jedoch für nicht tragfähig. Dies verstoße gegen den Grundsatz, dass jede Vergabestelle eine eigene Vergabeentscheidung treffen müsse. Es sei weiter zu beachten, dass eine solche Sperre zeitlich begrenzt zu verhängen sei. In der Literatur werde ein Zeitraum von mindestens sechs Monaten und maximal drei Jahren diskutiert. Mittels einer Selbstreinigung könne der Sperrzeitraum jedoch verkürzt werden. Der Referent hielt es für fraglich, ob es möglich sei, eine „Mindestsperrfrist“ zu verhängen, in welcher dem betroffenen Unternehmen auch eine Selbstreinigung verwehrt sei. Mit der Umsetzung der neuen Richtlinie erfolge aber hinsichtlich der Höchstsperrfrist ein Paradigmenwechsel. Künftig könne nämlich auch ohne Selbstreinigungsversuche eine Sperre nicht länger als drei Jahre andauern. Klärungsbedürftig sei hier der genaue Zeitpunkt des Fristbeginns.

Abschließend wies der Referent noch auf die, bis zum 18.4. 2016 zu erfolgende, Umsetzung der neuen Vergaberechtsrichtlinie hin. Die Richtlinie enthalte kaum Änderungen zum bestehenden Status Quo. Derzeit liege ein Eckpunktepapier des Bundesministeriums für Wirtschaft vom 7.1. 2015 und ein erster Entwurf der Bundesregierung für die neuen §§ 97 bis 184 GWB vom April 2015 vor. Insbesondere werde in diesem Rahmen diskutiert, ob eine Rechtsgrundlage für koordinierte Vergabesperren eingeführt werden solle und ob eine verbindliche Feststellung des Erfolgs einer Selbstreinigung künftig vorzunehmen sei. Weiter bestünden Überlegungen zur Einführung eines bundesweiten Korruptionsregisters.

Nach einer kurzen Zusammenfassung endete der Vortrag mit einer Einschätzung zur Notwendigkeit gesetzgeberischen Handelns in diesem Bereich. Auch wenn bereits nach geltenden vergaberechtlichen Normen effektive Sanktionen von Unternehmensverstößen gegen arbeitsrechtliche Bestimmungen bestünden, hielt der Referent es für erforderlich die Vielzahl der bestehenden Regelungen auf Bundes- und Landesebene zu bereinigen. Dies sollte sowohl ober-, als auch unterhalb der Schwellenwerte erfolgen.

In der letzten Diskussion des Kongresses wurde insbesondere die Frage der Unzuverlässigkeitsbewertung nochmals genauer betrachtet. So wurde festgestellt, dass nach § 128 GWB lediglich ein Verstoß gegen allgemeinverbindliche Tarifverträge zu einer Unzuverlässigkeitsbeurteilung führe. Strittig betrachtet wurde weiter unter anderem auch der Fall eines Verstoßes gegen nicht allgemeinverbindliche Tarifverträge.

Der Kongress endete mit der Verabschiedung

Besonderer Dank gelte den Referenten, welche trotz Bahnstreik den teils weiten Weg auf sich genommen hätten, sowie den Mitarbeitern des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht. Hingewiesen wurde noch auf den nächsten Kongress am 30.09.2015 in Wiesbaden mit dem Thema „Arbeitsrecht und Industrie 4.0“.

Tagungsband

Im Nachgang zu den Ganztagsveranstaltungen erscheinen im Rahmen der ZAAR-Schriftenreihe alle Vorträge und Diskussionen in einem Tagungsband des ZAAR Verlags. Weitere Informationen sowie eine Übersicht der bisherigen Veröffentlichungen sind auf unserer Homepage unter der Rubrik [Verlag](#) zu finden.



Verfasser
Eva Susanne Felisa Frey, wissenschaftliche Assistentin
am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht