

## **Vergaberecht und Arbeitsbedingungen**

---

## **ZAAR Schriftenreihe**

Herausgegeben von  
Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble

Band 38

---

Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble  
(Herausgeber)

## **Vergaberecht und Arbeitsbedingungen**

12. ZAAR-Kongress  
München, 8. Mai 2015



ZAAR Verlag München 2015

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2015 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht  
Destouchesstraße 68 | 80796 München  
[www.zaar.uni-muenchen.de](http://www.zaar.uni-muenchen.de) | [info@kaar.uni-muenchen.de](mailto:info@kaar.uni-muenchen.de)

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH  
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847  
ISBN 978-3-939671-33-6

## 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 möchten Sie einladen, mit uns über diese Themen zu diskutieren.

München, Mai 2015

Professor Dr. Richard Giesen

Professor Dr. Abbo Junker

Professor Dr. Volker Rieble



---

<b>Inhalt</b>	<b>Seite</b>
Vorwort .....	5
Inhalt .....	7
Autoren .....	9
Abkürzungen .....	11
 <i>Martin Burgi</i>	
Die neuen Vergaberichtlinien .....	15
Diskussion .....	34
 <i>Abbo Junker</i>	
Vergaberechtliche Arbeitsbedingungen als Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit .....	45
Diskussion .....	60
 <i>Marc Gabriel</i>	
Arbeitsplatzbezogene Anforderungen nach den Landesvergabe- gesetzen .....	71
Diskussion .....	93
 <i>Stefan Greiner</i>	
Vergaberechtliche Arbeitsbedingungen in der Personenbeförderung .....	97
Diskussion .....	115

*Andreas Neun*

Vergaberechtliches Sanktionssystem.....	121
Diskussion.....	141
Diskussionsteilnehmer .....	147
Sachregister .....	149



---

## Autoren

*Burgi, Martin*, Dr. iur., ordentlicher Professor für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umwelt- und Sozialrecht, Ludwig-Maximilians-Universität München

*Gabriel, Marc*, Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner, Baker & McKenzie Partnerschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern, Berlin

*Greiner, Stefan*, Dr. iur., ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Sozialrecht, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

*Junker, Abbo*, Dr. iur., ordentlicher Professor für (Internationales) Arbeitsrecht, Arbeitsrechtsvergleichung und Bürgerliches Recht, Ludwig-Maximilians-Universität München, sowie Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München

*Neun, Andreas*, Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Partner, Gleiss Lutz, Berlin



**Abkürzungen**

a.A. ....	anderer Ansicht	BerlAVG .....	Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz
Abs. ....	Absatz, Absätze	BGB .....	Bürgerliches Gesetzbuch
AEntG.....	Arbeitnehmer-Entsendegesetz	BGBI. ....	Bundesgesetzblatt
AEUV.....	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	BGH.....	Bundesgerichtshof
a.F. ....	alte Fassung	BMAS .....	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
AG .....	Arbeitgeber	BT-Drucks. ....	Bundestags-Drucksache
AGB .....	Allgemeine Geschäftsbedingungen	BVerfG.....	Bundesverfassungsgericht
AP.....	Arbeitsrechtliche Praxis (Entscheidungssammlung)	BVerfGE .....	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
ArbPlSchG.....	Arbeitsplatzschutzgesetz	BVerwG .....	Bundesverwaltungsgericht
ArbGG .....	Arbeitsgerichtsgesetz	bzw. ....	beziehungsweise
ArbRB.....	Der Arbeitsrecht-Berater (Zeitschrift)	CGM .....	Christliche Gewerkschaft Metall
Art. ....	Artikel	DAC .....	Development Assistance Committee
AÜG.....	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	DAV .....	Deutscher Anwaltverein
Aufl. ....	Auflage	DB .....	Der Betrieb (Zeitschrift)
AuR .....	Arbeit und Recht (Zeitschrift)	ders. ....	derselbe
BAG .....	Bundesarbeitsgericht	d.h. ....	das heißt
Bd. ....	Band, Bände	EGV .....	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
BeckOK ArbR.	Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht	etc. ....	et cetera
BeckRS .....	Beck-Rechtsprechung	EU .....	Europäische Union
		EuGH.....	Europäischer Gerichtshof
		EuZA .....	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht

EuZW .....	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht	GWB-E .....	Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts – Entwurf
EVG .....	Eisenbahn- und Verkehrsgewerkschaft	HGB .....	Handelsgesetzbuch
EWiR.....	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)	h.M.....	herrschende Meinung
f., ff. ....	folgende	HmbVgG .....	Hamburgisches Vergabegesetz
FAQ .....	Frequently Asked Questions	Hrsg. ....	Herausgeber
FAZ .....	Frankfurter Allgemeine Zeitung	IBR.....	Immobilien & Baurecht (Zeitschrift)
FFO Bln.....	Frauenförderverordnung Berlin	i.d.F.....	in der Fassung
Fn.....	Fußnote, Fußnoten	i.d.R. ....	in der Regel
GDL.....	Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer	IG Metall.....	Industriegewerkschaft Metall
GewO .....	Gewerbeordnung	IHK .....	Industrie- und Handelskammer
GG .....	Grundgesetz	ILO .....	International Labour Organization
ggf. ....	gegebenenfalls	IPRax .....	Praxis des Internationalen Privatrechts (Zeitschrift)
GmbH .....	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	i.S.d. ....	im Sinne des
GmbH & Co....	GmbH & Compagnie	i.V.m. ....	in Verbindung mit
KG	Kommanditgesellschaft	JZ .....	Juristenzeitung
GÖD	Gewerkschaft Öffentlicher Dienst und Dienstleistungen	KG .....	Kammergericht
GV./GVBl. ....	Gesetz- und Verordnungsblatt	KommJur .....	Kommunaljurist (Zeitschrift)
NRW	Nordrhein-Westfalen	LAG .....	Landesarbeitsgericht
GWB.....	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	LG .....	Landgericht
		LHO .....	Landeshaushaltsordnung
		lit. ....	littera
		LKW .....	Lastkraftwagen
		LTTG.....	Landestariftreugesetz

LVG SA.....	Landesvergabege- setz Sachsen- Anhalt	OECD .....	Organisation for Economic Co- operation and Development
m.E. ....	meines Erachtens	ÖPNV .....	Öffentlicher Per- sonennahverkehr
MiArbG.....	Mindestarbeits- bedingungege- setz	OLG .....	Oberlandesge- richt
MiLoG .....	Mindestlohnge- setz	OWiG.....	Ordnungswidrig- keitengesetz
Mio. ....	Million, Millionen	RdA .....	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
m.w.N.....	mit weiteren Nachweisen	Rh.-Pf. ....	Rheinland-Pfalz
Nds. GVBl.....	Niedersächsi- sches Gesetz- und Verordnungsblatt	RIW .....	Recht der Inter- nationalen Wirt- schaft (Zeit- schrift)
NdsLVergabeG	Niedersächsi- sches Landesver- gabegesetz	Rn. ....	Randnummer, Randnummern
n.F. ....	neue Fassung	RVO .....	Rechtsverord- nung
NJW .....	Neue Juristische Wochenschrift	s., S. ....	siehe, Seite, Sei- ten
Nr. ....	Nummer, Num- mern	SAE.....	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
NRW.....	Nordrhein- Westfalen	SGB.....	Sozialgesetzbuch
NTVergG .....	Niedersächsi- sches Tariftreue- und Vergabege- setz	sog. ....	sogenannte, so- genannter
NVwZ.....	Neue Zeitschrift für Verwaltungs- recht	SPNV .....	Schienenperso- nennahverkehr
NWO.....	Verband Nord- rhein- Westfälischer Omnibusunter- nehmen	StGB .....	Strafgesetzbuch
NZA .....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht	StPO .....	Strafprozessord- nung
NZBau .....	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht	STTG .....	Saarländisches Tariftreuegesetz
		ThürVgG.....	Thüringer Verga- begesetz
		TTVG .....	Tariftreue- und Vergabegesetz
		TVG .....	Tarifvertragsge- setz

TVgG NRW ....	Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen	VOL/A.....	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Teil A
u.a. ....	und andere, unter anderem	VPR.....	Vergabep Praxis und -recht (Zeitschrift)
Unterabs. ....	Unterabsatz	ZAAR.....	Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
USA.....	Vereinigte Staaten von Amerika	z.B. ....	zum Beispiel
usw.....	und so weiter	ZESAR.....	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
UWG.....	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb	ZfA .....	Zeitschrift für Arbeitsrecht
vbw.....	Vereinigung der bayerischen Wirtschaft	ZfBR.....	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
VergabeR .....	Vergaberecht (Zeitschrift)	ZHR .....	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
VG.....	Verwaltungsgericht	ZIP .....	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
vgl. ....	vergleiche	ZPO.....	Zivilprozessordnung
VGW.....	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge	ZTR.....	Zeitschrift für Tarifrecht
VgV M-V .....	Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern		
VK.....	Vergabekammer		
VOB/A.....	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A		

---

## Die neuen Vergaberichtlinien

*Martin Burgi*

	Seite
I. Das EU-Richtlinienpaket zur Vergaberechtsmodernisierung.....	16
1. Überblick .....	16
2. Ziele und strategisches Umfeld.....	18
II. Weichenstellungen bei der Umsetzung in Deutschland .....	21
1. Zielsetzungen des Umsetzungsgesetzgebers .....	22
2. Herausforderungen an die Umsetzung.....	22
3. Blick auf die zukünftige Rechtslage unterhalb der Schwellenwerte .....	22
III. Künftige Zwecksetzungen des Vergaberechts .....	23
1. Beschaffungszweck.....	23
2. Wettbewerb .....	24
3. Gestaltung von Arbeitsbedingungen als Bestandteil der sog. strategischen Beschaffung.....	24
IV. Voraussichtliche Auswirkungen auf den einzelnen Ent- scheidungsstufen.....	26
1. Leistungsbeschreibung.....	26
2. Ausführungsbedingungen .....	27
3. Eignungskriterien .....	29
4. Zuschlagskriterien .....	30
V. Abschließende Bewertung.....	32
Diskussion .....	34

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Vergaberecht und Arbeitsbedingungen* (München 2015), S. 15-33

## I. Das EU-Richtlinienpaket zur Vergaberechtsmodernisierung

### 1. Überblick

Ende 2011 legte die Europäische Kommission Vorschläge für ein umfassendes Richtlinienpaket zur Modernisierung des europäischen Vergaberechts vor<sup>1</sup>. Am 26.2. 2014 sind drei Richtlinien in Kraft getreten, die bis zum 18.4. 2016 von den Mitgliedstaaten umzusetzen sind:

- Die Auftragsvergaberichtlinie 2014/24/EU<sup>2</sup>, die die bisher geltende Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG<sup>3</sup> ersetzt.
- Die Sektorenvergaberichtlinie 2014/25/EU<sup>4</sup>, die die bisher geltende Sektorenkoordinierungsrichtlinie 2004/17/EG<sup>5</sup> ersetzt. Sie erfasst

- 
- 1 Europäische Kommission, Vorschlag für Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe, KOM(2011) 896 endgültig, 20.12. 2011; Europäische Kommission, Vorschlag für Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, KOM(2011) 895 endgültig, 20.12. 2011; Europäische Kommission, Vorschlag für Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe, KOM(2011) 897 endgültig, 20.12. 2011. Zur Reform der Vergaberichtlinien vgl. *Wiedner/Spiegel*, Europäische Vergaberichtlinien: Die nächste Generation, Festschrift Marx, 2013, S. 819; *Brauser-Jung*, Europäisches Vergaberecht 3.0, VergabeR 2013, 285.
  - 2 Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (Amtsblatt EU 2014 L 94/65). Zur neuen Auftragsvergaberichtlinie vgl. *Jaeger*, Die neue Basisvergaberichtlinie der EU vom 26.2. 2014 – ein Überblick, NZBau 2014, 259; *Gröning*, Die neue Richtlinie für die öffentliche Auftragsvergabe – ein Überblick, VergabeR 2014, 339.
  - 3 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 (Amtsblatt EG 2004 L 134/114).
  - 4 Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2. 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG (Amtsblatt EU 2014 L 94/243). Zur neuen Sektorenvergaberichtlinie vgl. *Prieß/Stein*, Die neue EU-Sektorenrichtlinie, NZBau 2014, 323; *Opitz*, Was bringt die neue Sektorenvergaberichtlinie?, VergabeR 2014, 369.
  - 5 Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3. 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Amtsblatt EG 2004 L 134/1).



Vergaben im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste gesondert.

- Die Konzessionsvergaberichtlinie 2014/23/EU<sup>6</sup>, die den bislang weitgehend nicht sekundärrechtlich geregelten Bereich der Vergabe von Konzessionen betrifft.

Diese Vergaberichtlinien greifen – wie das sekundäre EU-Vergaberecht schon bisher – erst ab Vorliegen bestimmter, je nach Auftragsart unterschiedlicher Schwellenwerte<sup>7</sup> (sog. Oberschwellenbereich), darunter sind sie nicht anwendbar (sog. Unterschwellenbereich). Schwerpunktmäßig wird mein Vortrag die Auftragsvergaberichtlinie 2014/24/EU in den Blick nehmen, die mit ihren Regelungen das Kerngebiet des sekundären EU-Vergaberechts bildet. Die Sektorenvergaberichtlinie 2014/25/EU enthält in vielen Teilen identische Regelungen, so dass die gewonnenen Ergebnisse insoweit übertragbar sind.

Das in Deutschland mit der Umsetzung befasste Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat Ende April 2015 einen Referentenentwurf<sup>8</sup> für die Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vorgelegt, das in seinem Vierten Teil die Vorgaben des sekundären EU-Vergaberechts umsetzt. Dieser Referentenentwurf wird nachfolgend einbezogen, wengleich noch mit Änderungen in der endgültigen Fassung zu rechnen ist. Das gilt im Besonderen auch für Vorschriften mit arbeitsrechtlichem Bezug, die politisch eher stark kontrovers diskutiert werden dürften.

---

6 Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2. 2014 über die Konzessionsvergabe (Amtsblatt EU 2014 L 94/1). Zur neuen Konzessionsvergaberichtlinie vgl. *Knauff/Badenhausen*, Die neue Richtlinie über die Konzessionsvergabe, NZBau 2014, 395; *Wagner/Pfohl*, Die neue Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe: Anwendungsbereich, Ausnahmevorschriften und materielle Regelungen, ZfBR 2014, 745; *Opitz*, Die Zukunft der Dienstleistungskonzession, NVwZ 2014, 753.

7 Die derzeit maßgeblichen Schwellenwerte ergeben sich aus der Verordnung (EU) Nr. 1336/2013 der Kommission vom 13.12. 2013 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG, 2004/18/EG und 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren (Amtsblatt EU 2013 L 335/17), die in Deutschland ohne weitere Umsetzung gilt.

8 Der Referentenentwurf kann unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/P-R/reform-des-vergaberechts-referentenentwurf,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> abgerufen werden (abgerufen 25.6. 2015).

Nicht von der Reform betroffen sind die im Jahr 2009 in Kraft getretenen Richtlinien 2009/43/EG<sup>9</sup> sowie 2009/81/EG<sup>10</sup> betreffend Vergaben im Bereich der Verteidigung und Sicherheit; das Gleiche gilt für die Rechtsmittelrichtlinien 89/665/EWG<sup>11</sup> sowie 92/13/EWG<sup>12</sup> in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG<sup>13</sup>. Im Referentenentwurf sind allerdings, obwohl nicht durch das sekundäre EU-Vergaberecht vorgegeben, einige Neuregelungen auch in diesen Bereichen vorgesehen.

Auch weiterhin explizit vom Anwendungsbereich des EU-Sekundärvergaberechts ausgenommen (nach Art.10 lit.g der Richtlinie 2014/24/EU) sind übrigens „... öffentliche Dienstleistungsaufträge, die Folgendes zum Gegenstand haben: ... Arbeitsverträge ...“. Öffentliche Auftraggeber sind damit zwar an das Arbeits- und Dienstrecht gebunden, unterfallen hingegen nach wie vor nicht dem sekundären EU-Vergaberecht, wenn sie ihr eigenes Personal auswählen.

## 2. Ziele und strategisches Umfeld

Der EU-Gesetzgeber hat ausdrücklich und umfassend zu den Motiven, die den neuen Vergaberichtlinien zugrunde liegen, Stellung genommen, vor allem in den umfangreichen Erwägungsgründen. Während die vorherigen Vergaberichtlinien in erster Linie die Verwirklichung des europäischen Binnenmarkts und die Schaffung von europäischem Wettbewerb bezweck-

---

9 Richtlinie 2009/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.5. 2009 zur Vereinfachung der Bedingungen für die innergemeinschaftliche Verbringung von Verteidigungsgütern (Amtsblatt EG 2009 L 146/1).

10 Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7. 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG (Amtsblatt EG 2009 L 216/76).

11 Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21.12. 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (Amtsblatt EG 1989 L 395/33).

12 Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25.2. 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (Amtsblatt EG 1992 L 76/14).

13 Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12. 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge (Amtsblatt EG 2007 L 335/31).

ten<sup>14</sup>, gehen die mit den nun in Kraft getretenen Vergaberichtlinien verfolgten Ziele darüber hinaus<sup>15</sup>. So sollen die Vergabeverfahren einfacher und flexibler gestaltet werden<sup>16</sup>; zudem werden Selbstverständlichkeiten genannt wie das Ziel, mehr Rechtssicherheit zu gewährleisten<sup>17</sup> – das wird im Übrigen auch an einigen Stellen erreicht, namentlich durch die Aufnahme neuer Regelungen, die die Rechtsprechung des EuGH kodifizieren oder bereits zuvor bestehende Regelungen ausführlicher fassen.

Besonders im Hinblick auf die Verknüpfung von Vergabe- und Arbeitsrecht bedeutsam ist das Ziel, das Vergaberecht durch die Reform stärker als bisher für die Berücksichtigung sozialer, arbeitsrechtlicher und umweltbezogener Belange zu öffnen und als strategisches Instrument zur Verwirklichung dieser politischen Anliegen zu nutzen. In Erwägungsgrund 2 der Auftragsvergaberichtlinie 2014/24/EU ist ausdrücklich davon die Rede, dass es künftig den Vergabestellen ermöglicht werden soll, die öffentliche Auftragsvergabe in größerem Maße zur Unterstützung „gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele“ einzusetzen. Ob die Mitgliedstaaten – genauer: jene Mitgliedstaaten, in denen die strategische Beschaffung bislang keine bedeutende Rolle gespielt hat – von der ihnen dadurch eröffneten Möglichkeit Gebrauch machen werden, wird sich zeigen. In Deutschland kommt der strategischen Beschaffung seit jeher eine große Bedeutung zu, so dass deren Aufwertung durch die neuen Vergaberichtlinien eher die nachträgliche Anerkennung einer ohnehin schon bestehenden Rechtslage darstellt.

Die Frage, welcher Stellenwert der strategischen Beschaffung in den neuen Vergaberichtlinien zukommen soll, war während des Gesetzgebungsverfahrens keineswegs unumstritten. Das Europäische Parlament hatte sich für eine noch stärkere Verankerung der strategischen Beschaffung ausgesprochen. Letztlich konnte denn auch der Berichterstatter im Europäischen Parlament die Aufnahme von Art. 18 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU erreichen: Danach treffen die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen, um sicherzustellen, dass Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden EU-, mitgliedstaatlichen und die im

---

14 Vgl. etwa Erwägungsgrund 2 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG.

15 Vgl. *Burgi*, Ein Rechtsgebiet wird erwachsen: Zur Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinie, ZHR 178 (2014), 2, 3.

16 In den Erwägungsgründen der Auftragsvergaberichtlinie 2014/24/EU (Fn. 2) ist an mehreren Stellen davon die Rede, dass die Vergabeverfahren einfacher und flexibler gestaltet werden sollen, siehe etwa Erwägungsgrund 42.

17 Siehe etwa Erwägungsgründe 107 und 121 der Auftragsvergaberichtlinie 2014/24/EU.

Anhang<sup>18</sup> aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften einhalten. Dadurch wird jedenfalls bewirkt, dass Verstöße gegen jene sowieso bestehenden Verpflichtungen künftig auch vergaberechtlich sanktioniert werden können (vgl. IV 3).

Weitere mit der Reform verfolgte Ziele sind etwa die Verbesserung des Zugangs von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) zu öffentlichen Aufträgen<sup>19</sup> – auch hierbei handelt es sich um einen in Deutschland schon immer relevanten Bereich – sowie die Verbesserung der sog. Governance<sup>20</sup>.

Das strategische Umfeld, in dem sich die Reform vollzogen hat, spiegelt sich auch in den neuen Regelungen wider. Es war zum einen durch die anhaltende Finanzkrise und das daraus folgende stärkere Bewusstsein der Kommission für die Bedeutung des Vergaberechts als Instrument der Haushaltspolitik und der Korruptionsvermeidung geprägt. Zum anderen übten das Europäische Parlament sowie nahezu alle Mitgliedstaaten starken politischen Druck aus, weil sie „bei Gelegenheit“ der Beschaffung zugleich sekundärpolitische Zielsetzungen mitverwirklicht wissen wollten. Auch aus Deutschland gab es Bestrebungen, die strategische Beschaffung durch die Vergaberichtlinien stärker zu legitimieren und ihnen den – aus einer eher wettbewerbsorientierten Perspektive heraus<sup>21</sup> – anhaftenden Makel von „vergabefremden Kriterien“ bzw. von „Sekundärzielen“ zu nehmen<sup>22</sup>.

- 
- 18 Als internationale arbeitsrechtliche Vorschriften im Sinne des Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU nennt Anhang X lediglich die acht ILO-Kernarbeitsnormen, d.h. die Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechts, Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen, Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit, Nr. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit, Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung, Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf, Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit und Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit.
- 19 In den Erwägungsgründen der Auftragsvergaberichtlinie 2014/24/EU ist an mehreren Stellen davon die Rede, dass der Zugang von KMU zu öffentlichen Aufträgen verbessert werden soll, siehe etwa Erwägungsgrund 3.
- 20 Die Governance ist in der Auftragsvergaberichtlinie 2014/24/EU unter einem eigenen Titel geregelt (Titel IV, Art. 83 ff.), in der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG hatte sie hingegen keine Erwähnung gefunden.
- 21 Vgl. *Burgi*, ZHR 178 (2014), 2, 8.
- 22 Ausführlich zu den verschiedenen Begriffen *Benedict*, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 2000, S. 17 ff.

Die primärrechtlichen Rahmenbedingungen haben sich durch die Reform nicht geändert; das betont Erwägungsgrund 1 der Auftragsvergaberichtlinie 2014/24/EU sogar ausdrücklich. Die Berücksichtigung sozialer und gesellschaftlicher Belange muss also nach wie vor im Einklang mit den primärrechtlichen Vorgaben<sup>23</sup> – zu nennen sei hier etwa die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV<sup>24</sup> – erfolgen.

## II. Weichenstellungen bei der Umsetzung in Deutschland

Auch die reformierten Vergaberichtlinien sollen in Deutschland zuvörderst im Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen umgesetzt werden. Nach Maßgabe des Referentenentwurfs wird diese Umsetzung die §§ 97-184 umfassen, was eine merkliche Ausweitung im Vergleich zur bisherigen Regelung bedeutet, allerdings auch darin begründet liegt, dass Vorschriften, die sich zuvor auf anderen normativen Ebenen befanden, nunmehr gewissermaßen auf Gesetzesebene „gehoben“ wurden.

---

23 Das hatte der EuGH erst kürzlich in einer noch zur bisher geltenden Vergaberichtlinie 2004/18/EG ergangenen Entscheidung hinsichtlich der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV betont: EuGH 18.9.2014 – C-549/13 – Bundesdruckerei; dazu *Greiner/Hennecken*, Verpflichtung zur Zahlung eines vergabespezifischen Mindestlohns im Rahmen einer Auftragsvergabe außerhalb des Anwendungsbereichs der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie, EuZA 8 (2015), 252.

24 EuGH 18.9.2014 – C-549/13 – Bundesdruckerei; EuGH 3.4.2008 – C-346/06 – Rüffert; dazu *Seifert*, Die vergaberechtliche Tariftreuepflicht vor dem Europäischen Gerichtshof, EuZA 1 (2008), 526. In der Rüffert-Entscheidung hatte der EuGH, gestützt auf die Entsenderichtlinie 96/71/EG sowie die Dienstleistungsfreiheit, die er für neben der Entsenderichtlinie 96/71/EG anwendbar hielt, eine Regelung im niedersächsischen Landesvergabegesetz für europarechtswidrig eingestuft, nach der öffentliche Aufträge für Bauleistungen nur an solche Unternehmen vergeben werden durften, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichteten, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zum tarifvertraglich vorgesehenen Zeitpunkt zu zahlen. Vgl. zur Frage der Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit neben der Entsenderichtlinie 96/71/EG *Rieble/Latzel*, Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien, 2012, S. 118 ff. sowie zur Frage der Anwendung der Dienstleistungsfreiheit bei Vergaben ohne grenzüberschreitenden Bezug bzw. im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs *Faber*, Die verfassungs- und europarechtliche Bewertung von Tariftreue- und Mindestentgeltregelungen in Landesvergabegesetzen, NVwZ 2015, 257, 261 f. Freilich sei insoweit auch auf die Referate von *Junker*, Vergaberechtliche Arbeitsbedingungen als Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, in diesem Band, S. 45 und *Greiner*, Vergaberechtliche Arbeitsbedingungen in der Personenbeförderung, in diesem Band S. 97 verwiesen.

Auch nach der bundesgesetzlichen Umsetzung werden weiterhin die Landesvergabegesetze fortbestehen, deren Erlass bisher auf § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB gestützt werden konnte<sup>25</sup> und die nun durch den Referentenentwurf explizit in § 129 GWB adressiert werden.

### **1. Zielsetzungen des Umsetzungsgesetzgebers**

Dem Beschluss des Bundeskabinetts vom 7.1. 2015 – „Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts“<sup>26</sup> – lassen sich die Ziele entnehmen, die der deutsche Umsetzungsgesetzgeber mit der Neuregelung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verfolgt: Auch das deutsche Vergaberecht soll einfacher und anwendungsfreundlicher werden; es sollen einheitliche Regelungen für EU-weite und bundesweite Vergabeverfahren gelten. Die nachhaltige und innovative Beschaffung soll gestärkt werden, wobei in diesem Zusammenhang die Notwendigkeit einer Verbindung der entsprechenden Anforderungen zum Auftragsgegenstand hervorgehoben wird. Insgesamt soll eine „Eins-zu-eins“-Umsetzung der Vorgaben in den Vergaberichtlinien leitend sein.

### **2. Herausforderungen an die Umsetzung**

Das Vergaberichtlinienpaket, das es in Deutschland umzusetzen gilt, ist sehr umfangreich. Allein die Auftragsvergaberichtlinie 2014/24/EU weist neben den detaillierten Erwägungsgründen knapp einhundert Artikel auf; einige zuvor nicht erfasste Bereiche sind nun in den Vergaberichtlinien reglementiert, was den deutschen Umsetzungsgesetzgeber vor eine zusätzliche Herausforderung stellt<sup>27</sup>. Die Vergaberichtlinien treffen in Deutschland auf eine gewachsene und ihrerseits traditionsbewusste, zudem auf Bundes- und Landesebene sowie verschiedene normative Ebenen verteilte nationale Rechtsordnung.

### **3. Blick auf die zukünftige Rechtslage unterhalb der Schwellenwerte**

Im Unterschwellenbereich soll zunächst keine Änderung erfolgen. Der Grund hierfür ist auch darin zu sehen, dass dem Bund keine Gesetzgebungskompetenz für den Unterschwellenbereich der Vergaben durch Län-

---

25 BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00, NZBau 2007, 53, 53 f., siehe auch *Faber*, NVwZ 2015, 257, 258 ff.

26 Abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/eckpunkte-zur-reform-des-vergaberechts,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (abgerufen 25.6. 2015).

27 Vgl. *Burgi*, ZHR 178 (2014), 2, 4.

der und Kommunen zukommt<sup>28</sup>. Unterhalb der Schwellenwerte wird wie bisher auch das Haushaltsvergaberecht gelten, das auf Bundesebene derzeit keine arbeitsrechtlichen Anforderungen statuiert. Allerdings finden sich solche Anforderungen (z.B. Tariftreue- und Mindestlohnanforderungen)<sup>29</sup> in den Landesvergabegesetzen, die in allen Ländern mit Ausnahme von Bayern bestehen und die grundsätzlich auch unterhalb der Schwellenwerte gelten. Messen lassen müssen sich diese Anforderungen aus europarechtlicher Perspektive ausschließlich am Primärrecht.

### III. Künftige Zwecksetzungen des Vergaberechts

#### 1. Beschaffungszweck

Der Anwendung des Vergaberechts liegt stets ein Beschaffungsbedarf des Staats zugrunde. Diesen Beschaffungszweck erkennt die Auftragsvergaberichtlinie 2014/24/EU in Art. 1 Abs. 2 an und erläutert ihn näher in Erwägungsgrund 4. Damit wird dem im internationalen Vergaberecht ganz vorherrschenden Grundsatz *best value for money*, diesbezüglichen Vorstößen auch aus Deutschland und nicht zuletzt den Erkenntnissen aus der Finanzkrise Rechnung getragen<sup>30</sup>. In der Neufassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nach dem Referentenentwurf hat der Beschaffungszweck in § 97 Abs. 1 Satz 2 („Wirtschaftlichkeit“) Erwähnung gefunden.

Nicht selten wird ein Konflikt mit dem Beschaffungszweck gesehen, wenn soziale Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge berücksichtigt werden, und vor einer Verteuerung gewarnt<sup>31</sup>. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass die Antwort darauf, ob eine Beschaffung wirtschaftlich ist oder nicht, von der Bewertung einer Zweck-Mittel-Relation abhängt und die Festlegung der Beschaffungszwecke gerade in das Ermessen des Auftraggebers gestellt ist. Überdies kann die Berücksichtigung sozialer Zwecke gesamtgesellschaftlich gesehen durchaus, zumal mittelfristig, wirtschaftlicher sein.

---

28 Vgl. *Burgi*, Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte aus der Hand des Bundesgesetzgebers?, NVwZ 2011, 1217, 1217 ff.

29 Ein Überblick über die in Landesvergabegesetzen vorgesehenen Tariftreue- und Mindestlohnanforderungen bietet *Meißner*, Landesvergabegesetze und (k)ein Ende?, ZfBR 2014, 453, 453 ff.

30 Vgl. *Burgi*, ZHR 178 (2014), 2, 3 f. m.w.N.

31 Stellvertretend *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 5. Aufl. 2014, § 97 GWB Rn. 237 m.w.N.; vgl. auch *Byok*, Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2008, NJW 2009, 644, 649.

## 2. Wettbewerb

Die Schaffung und Erhaltung von Wettbewerb war und ist das zentrale Anliegen des sekundären EU-Vergaberechts, das auch in den neuen Vergaberichtlinien weiterhin und unvermindert betont wird. Das wird etwa deutlich an Art. 18 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU, demzufolge die öffentlichen Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer in gleicher und nicht diskriminierender Weise behandeln und transparent und verhältnismäßig handeln. Alle Wirtschaftsteilnehmer sollen Zugang zu Vergabeverfahren – und im Übrigen auch zum Rechtsschutz – haben. In Deutschland ist der Wettbewerbsgrundsatz erst seit 1990, d.h. nach Umsetzung der Vergaberichtlinien normativ verankert<sup>32</sup>. Zuvor war das Vergaberecht in Deutschland auch im Oberschwellenbereich ausschließlich staatsintern orientiert und im Haushaltsrecht verortet. Wie schon in der bisher geltenden Fassung wird der Wettbewerbsgrundsatz im Referentenentwurf in § 97 Abs. 1 GWB ausdrücklich genannt.

Die Verwirklichung sozialer Anforderungen kann in Konflikt mit dem Wettbewerbsgrundsatz stehen. Sie ist geeignet, neue Diskriminierungen hervorzubringen (vom Hoflieferanten zum Lieferanten von Produkten aus heimischem Anbau) und den Wettbewerb insbesondere zulasten kleiner und mittlerer Unternehmen zu beeinträchtigen. Entscheidend für den Umgang mit diesen Konflikten ist das durch den Regelsetzer (EU und Mitgliedstaaten) verwirklichte Regelungskonzept.

## 3. Gestaltung von Arbeitsbedingungen als Bestandteil der sog. strategischen Beschaffung

Unter einer „strategischen Beschaffung“ versteht man in der Sprache der neuen Vergaberichtlinien einen Beschaffungsprozess, mit dem über den bloßen Beschaffungszweck hinaus weitere Ziele, etwa soziale Ziele, verfolgt werden. Öffentliche Aufträge machen einen nicht unerheblichen Anteil des Bruttoinlandprodukts aus<sup>33</sup>; dieses Volumen soll genutzt werden, um gewissermaßen „bei Gelegenheit“ der Beschaffung bestimmte soziale Anliegen umzusetzen. In Betracht kommen hier lohnbezogene Anforderungen (insbesondere der sog. vergabespezifische Mindestlohn, wie ihn etwa § 4 Abs. 3 Tariftreue- und Vergabegesetz NRW<sup>34</sup> statuiert), die Integration von Langzeitarbeitslosen, die Beschränkung von Leiharbeit, die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen und weitere auf die Gestaltung

---

32 Vgl. *Burgi*, ZHR 178 (2014), 2, 5 f.

33 Schätzungen gehen von einem Anteil von über 10 % aus, siehe BT-Drucks. 17/9485, S. 3.

34 Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 10.1. 2012, GV. NRW, S. 17.



von Arbeitsverhältnissen zielende Vorgaben wie z.B. zur Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf oder zur Frauenförderung. Die Bezeichnung „strategische Beschaffung“ ist im Rahmen der Reform von der EU-Kommission eingeführt worden<sup>35</sup> und hat schließlich in den neuen Vergaberichtlinien Niederschlag gefunden<sup>36</sup>.

Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU<sup>37</sup> greift den Zweck der strategischen Beschaffung auf und regelt, wie bereits erwähnt, dass die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen treffen, um dafür zu sorgen, dass Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der EU, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die in Anhang X aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind. Durch Art. 71 Abs. 6 lit. a der Richtlinie 2014/24/EU<sup>38</sup> wird diese Regelung auch auf den Bereich der Vergabe von Unteraufträgen erstreckt, d.h. dass die Mitgliedstaaten auch geeignete Maßnahmen treffen müssen, um dafür zu sorgen, dass Nachunternehmer ebenfalls die geltenden Verpflichtungen einhalten.

Eine wichtige Konkretisierung enthält Erwägungsgrund 37 (was im Übrigen die Relevanz der Erwägungsgründe verdeutlicht): Zunächst wird klar gestellt, dass lediglich die Einhaltung der „am Ort der Ausführung der Leistungen“ geltenden Anforderungen erfasst ist (dies wird näher ausgeführt in Erwägungsgrund 38). Des Weiteren findet sich eine Beschränkung dahingehend, dass die einzuhaltenden Anforderungen „mit dem Unionsrecht vereinbar“ sein müssen, außerdem mit den „Grundprinzipien des Unionsrechts ..., insbesondere im Hinblick auf die Gewährleistung der Gleichbehandlung“. Explizit soll also jede Art der Diskriminierung ausgeschlossen werden. Alle Verpflichtungen müssen insbesondere mit den Grundfreiheiten (Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV) und dem Sekundärrecht (etwa der Arbeitnehmerentsenderichtlinie 96/71/EG) vereinbar sein; daran soll die Regelung nichts ändern. Das Schicksal des vergabespezifischen Mindestlohns entscheidet sich damit nicht in Brüssel oder

---

35 Erstmals verwendet in den Richtlinien vorschlägen der Europäischen Kommission: Europäische Kommission, Vorschlag für Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe (Fn. 1), S. 5 ff.; Europäische Kommission, Vorschlag für Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Fn. 1), S. 6.

36 Etwa in Erwägungsgrund 2 der Auftragsvergaberichtlinie 2014/24/EU.

37 Nähere Ausführungen finden sich in den Erwägungsgründen 2, 37, 47 und 123 der Auftragsvergaberichtlinie 2014/24/EU.

38 Nähere Ausführungen finden sich in Erwägungsgrund 105 der Auftragsvergaberichtlinie 2014/24/EU.

Berlin, sondern auch weiterhin in Luxemburg; den diesbezüglich maßgeblichen Stand markieren die EuGH-Urteile in den Rechtssachen Rüffert<sup>39</sup> und Bundesdruckerei<sup>40</sup>.

Auch die Umsetzung in Deutschland greift die strategische Beschaffung auf. Nach dem Referentenentwurf bestimmt § 97 Abs. 3 GWB, dass bei der Vergabe soziale und umweltbezogene Aspekte sowie Aspekte der Qualität und der Innovation berücksichtigt werden. Diese Berücksichtigung hat allerdings unter Beachtung des nach dem Referentenentwurf in § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB erstmals explizit statuierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu geschehen.

#### IV. Voraussichtliche Auswirkungen auf den einzelnen Entscheidungsstufen

##### 1. Leistungsbeschreibung

Zunächst kommt eine Berücksichtigung arbeitsbezogener Anforderungen im Rahmen der Leistungsbeschreibung in Betracht, mit der der öffentliche Auftraggeber seinen Beschaffungswunsch, also den Auftragsgegenstand, umschreibt. Bislang und auch künftig spielen arbeitsbezogene Anforderungen auf dieser Stufe des Vergabeverfahrens grundsätzlich keine Rolle, ganz anders übrigens als ökologische Aspekte. Daher trifft auch die die Leistungsbeschreibung betreffende Vorschrift des § 121 GWB nach dem Referentenentwurf keine Aussage zu arbeitsbezogenen oder überhaupt sozialen Anforderungen. Lediglich dann, wenn ein sozialer Aspekt zum Auftragsgegenstand gehört und der öffentliche Auftraggeber ihn durch seine Beschreibung des Auftragsgegenstands erfassen kann, kann er in dieser Phase Bedeutung erlangen<sup>41</sup>. Das ergibt sich auch aus Erwägungsgrund 99, der als Beispiel für eine in der Leistungsbeschreibung zu be-

39 EuGH 3.4.2008 – C-346/06 – Rüffert; dazu *Burgi*, Grenzen für Tariftreue-, Mindestentgelt- und Quotenregelungen im Landesvergaberecht (vbw-Studie), 2013; *Glaser/Kahl*, Zur Europarechtskonformität kombinierter Tariftreue- und Mindestlohnklauseln in Landesvergabegesetzen, ZHR 177 (2013), 643, 643 ff.; *Mager/Ganschow*, Das Aus für den vergabespezifischen Mindestlohn?, NZBau 2015, 79, 79 ff.

40 EuGH 18.9.2014 – C-549/13 – Bundesdruckerei; dazu *Forst*, Steht der vergaberechtliche Mindestlohn vor dem Aus?, NJW 2014, 3755, 3755 ff.; *Knauff*, EuZW 2014, 944; *Schrotz/Raddatz*, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 18.9.2014 (C-549/13) – Zur Bindung von Nachunternehmern mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat an Mindestlohnvorgaben bei öffentlichen Aufträgen, NVwZ 2014, 1507; *Faber*, NVwZ 2015, 257, 260 ff.; *Schnieders*, EuGH „Bundesdruckerei“ – Verbote neuen Ungemachs für die deutsche Traiftreuegesetzgebung?, VergabeR 2015, 136.

41 Näher *Latzel*, Soziale Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Richtlinie 2014/24/EU, NZBau 2014, 673, 675.

rücksichtigende soziale Anforderung die Zugänglichkeit eines zu erbauenden Gebäudes für Personen mit Behinderung nennt.

## 2. Ausführungsbedingungen

Von großer Bedeutung ist die Berücksichtigung arbeitsbezogener Anforderungen als Ausführungsbedingung. Sie stellt die wichtigste Möglichkeit dar, arbeitsbezogene Anforderungen über das Vergaberecht zu begründen, also nicht nur sowieso bestehende Anforderungen zu sanktionieren<sup>42</sup>.

Ausführungsbedingungen sind Anforderungen, die der öffentliche Auftraggeber an den Auftragnehmer stellt, die insbesondere soziale, umweltbezogene und innovative Aspekte betreffen und die einen Bezug zum Auftragsgegenstand aufweisen. Von der eigentlichen Beschreibung der Leistung unterscheiden sie sich dadurch, dass sie nicht den Leistungsgegenstand betreffen, sondern die Art und Weise der Leistungserbringung. Die Unternehmen müssen sich verpflichten, die Ausführungsbedingungen einzuhalten. Typischerweise erwartet der öffentliche Auftraggeber im Vergabeverfahren eine dahingehende Erklärung der Unternehmen (vgl. z.B. § 8 Tariftreue- und Vergabegesetz NRW). Wird diese Erklärung nicht abgegeben, kommt es zu einem Ausschluss der betreffenden Unternehmen bzw. ihrer Angebote aus dem Vergabeverfahren. Die Unternehmen müssen die Ausführungsbedingungen also vollständig akzeptieren, ansonsten können sie nicht weiter am Vergabeverfahren teilnehmen. Mit der Zuschlagserteilung werden die Ausführungsbedingungen zu verbindlichen Vertragsbedingungen; für die Zuschlagsentscheidung selbst spielen sie jedoch keine Rolle. Im Falle der Nichteinhaltung der Ausführungsbedingungen können Sanktionen verhängt werden. Die Ausführungsbedingungen hatten auch schon bisher eine Regelung in den Vergaberichtlinien erfahren (Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG) und werden auch in den neuen Vergaberichtlinien angesprochen (Art. 70 der Richtlinie 2014/24/EU<sup>43</sup>). Danach können sie u.a. soziale oder beschäftigungspolitische Belange umfassen.

Nach dem Referentenentwurf wird es im deutschen Vergaberecht künftig zwei Vorschriften geben, die die Ausführungsbedingungen betreffen: § 128 und § 129 GWB.

§ 128 Abs. 1 GWB setzt vor allem die „verschärfte Arbeitsrechtstreue“<sup>44</sup> nach Art. 18 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU um und betrifft all diejenigen

---

42 Vgl. *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink* (Hrsg.), *Vergaberecht*, 2. Aufl. 2013, § 97 GWB Rn. 145 f.

43 Nähere Ausführungen in den Erwägungsgründen 98 f. und 104 der Auftragsvergaberichtlinie 2014/24/EU.

44 *Latzel*, NZBau 2014, 673, 680.

Anforderungen, zu deren Beachtung die bietenden Unternehmen schon aufgrund anderer Rechtsvorschriften verpflichtet sind.

Auf die strategische Beschaffung zielt erst § 128 Abs. 2 GWB, der insgesamt vier Voraussetzungen aufstellt:

- (1) Es muss sich um „Bedingungen für die Ausführung des Auftrags handeln, also um Verpflichtungen, die zumindest *auch* während der Auftragsdurchführung erfüllt werden; dies impliziert m.E. übrigens, dass sie überhaupt *erfüllbar* und somit auch *kontrollierbar* sind. Der Gesetzgeber musste diese bislang umstrittene Voraussetzung<sup>45</sup> nicht explizit normieren, weil sie sich aus dem Charakter einer solchen Bedingung als zumindest Auch-Ausführungsbedingung ergibt<sup>46</sup>. In jedem Fall folgt die Erfüllbarkeit künftig aus dem Verhältnismäßigkeitsgebot (vgl. § 97 Abs. 1 Satz 2 des Referentenentwurfs), weil mit einer nicht erfüllbaren Bedingung zugleich die „Geeignetheit“ der auferlegten Belastung zur Erreichung des ökologischen oder sozialen Ziels und damit ein Unterpunkt der Verhältnismäßigkeit verfehlt würde.
- (2) Eine Ausführungsbedingung muss wie schon bisher „mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen“, was bedeutet, dass sie sich nicht ausschließlich auf die „allgemeine Unternehmenspolitik“ auswirken darf (Erwägungsgrund 97), und
- (3) müssen Ausführungsbedingungen vorher bekannt gemacht werden. Neu hinzu kommt nun
- (4) der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der gerade hier durchaus spürbare Schranken ziehen wird. Dies wird sich auf die Ausführungsbedingung „Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen“<sup>47</sup> auswirken, und zwar in dem Maße, in dem sich diese von der eigenen unternehmerischen Sphäre des Bieters auf Vorlieferstufen bezieht<sup>48</sup> und auch die Festlegung von Quoten zur Gleichstellung, zur Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen oder von Jugendlichen wird in dem Maße unverhältnismäßig, in dem sie sich nur am Rande bei der Ausführung des Auftrags, vor allem aber in der gesamten Unternehmensstruktur

---

45 Offen gelassen von OLG Düsseldorf 29.1. 2014 – VII-Verg 28/13, NZBau 2014, 314, 316; nicht für erforderlich gehalten von *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink* (Fn. 42), § 97 GWB Rn. 149 (m.w.N. für beide Seiten).

46 Näher *Burgi*, Die Förderung sozialer und technischer Innovationen durch das Vergaberecht, NZBau 2011, 577, 583. Die Begründung des Referentenentwurfs spricht vom „gleiche[n] Maßstab“ wie bei Zuschlagskriterien (S. 132).

47 Hierzu OLG Düsseldorf 29.1. 2014 – VII-Verg 28/13, NZBau 2014, 314.

48 Kritisch insoweit, aber noch nicht auf Stand der Einordnung als Ausführungsbedingung *Dreher*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Fn. 31), § 97 GWB Rn. 283 f.

auswirkt<sup>49</sup>. Insoweit besteht Anpassungsbedarf in der Praxis bzw. in den Landesvergabegesetzen.

Bei Vorliegen dieser vier Voraussetzungen ist ein öffentlicher Auftraggeber *berechtigt*, Ausführungsbedingungen vorzuschreiben. *Verpflichtet* wird er hierzu nach dem Referentenentwurf nicht, sondern erst dann, wenn ein entsprechendes Bundes- oder Landesgesetz erlassen bzw. fortgeführt würde (vgl. § 129 GWB). Insoweit führt der Referentenentwurf die bisherige Regelung in § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB fort, präzisiert sie (nur Ausführungsbedingungen, keine „anderen Anforderungen“), beschränkt sie aber auf die explizit genannten inhaltlichen Aspekte (also keine „weitergehenden Anforderungen“ mehr)<sup>50</sup>.

### 3. Eignungskriterien

Als Eignungskriterien versteht § 122 GWB nach dem Referentenentwurf die Fachkunde und Leistungsfähigkeit der Unternehmen. Im Rahmen der Eignungsprüfung erstellt der öffentliche Auftraggeber eine auf vergangenheitsbezogenen Tatsachen basierende Prognose, ob die Unternehmen in der Lage sind, den Auftrag auszuführen. Durch die neue Vergaberichtlinie (Art. 58 Richtlinie 2014/24/EU) ist die Eignung detaillierter geregelt worden als bislang, weshalb der Umsetzungsgesetzgeber hier gefordert war<sup>51</sup>.

Jenseits der Eignungskriterien wird die Person des Bieters künftig über „Ausschlussgründe“ (vgl. Art. 57 Richtlinie 2014/24/EU) erfasst, die bei bestimmten, typisierten Fällen als Rechtsfolge den obligatorischen oder fakultativen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren vorsehen. Nach dem Referentenentwurf sind solche Ausschlussgründe nun erstmalig auch im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorgesehen (§ 123 GWB betrifft obligatorische Ausschlussgründe; § 124 GWB betrifft fakultative Ausschlussgründe).

In den neuen Vergaberichtlinien sind die Ausschlussgründe konkretisiert worden. Zu einem obligatorischen Ausschluss kommt es u.a., wenn ein Unternehmen seine Verpflichtung zur Entrichtung von Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen missachtet hat und dies durch eine endgültige und verbindliche Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung festgestellt wurde (Art. 57 Abs. 2 Unterabs. 1 Richtlinie 2014/24/EU). Liegt eine solche Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung nicht vor, kann der öffentliche Auftraggeber die Missachtung der Verpflichtung zur Entrichtung von

---

49 Vgl. bereits *Latzel*, NZBau 2014, 673, 680.

50 Wenngleich diese explizit genannten inhaltlichen Aspekte nach der Begründung des Referentenentwurfs nicht abschließend sein sollen, was m.E. nur mit der Weite des Begriffs „sozial“ zu erklären ist.

51 Vgl. *Burgi*, ZHR 178 (2014), 2, 5.

Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen aber auf andere geeignete Weise nachweisen, ist lediglich ein fakultativer Ausschlussgrund gegeben (Art. 57 Abs. 2 Unterabs. 2 Richtlinie 2014/24/EU). Kommt das Unternehmen seiner Verpflichtung nachträglich nach, ist ein Ausschluss hingegen überhaupt nicht mehr möglich (Art. 57 Abs. 2 Unterabs. 3 Richtlinie 2014/24/EU). Ein fakultativer Ausschluss kommt in Betracht, wenn einem Unternehmen eine „schwere Verfehlung“ im Rahmen der bisherigen beruflichen Tätigkeit nachgewiesen wird (Art. 57 Abs. 4 lit. c Richtlinie 2014/24/EU), ferner dann, „wenn der öffentliche Auftraggeber ... auf geeignete Weise Verstöße gegen geltende Verpflichtungen gemäß Artikel 18 Absatz 2 nachweisen“ kann (Art. 57 Abs. 4 lit. a Richtlinie 2014/24/EU). Ein Verstoß gegen geltende Verpflichtungen muss – das stellt Erwägungsgrund 101 ausdrücklich klar – nach neuer Rechtslage nicht mehr rechtskräftig festgestellt sein<sup>52</sup>.

Ebenfalls arbeitsrechtsbezogen ist die – vormals nicht explizit geregelte, aber in der Praxis anerkannte<sup>53</sup>, nun aber ausdrücklich in Art. 57 Abs. 6 Richtlinie 2014/24/EU vorgesehene und in den Mitgliedstaaten zwingend umzusetzende – Möglichkeit der sog. „Selbstreinigung“ von Unternehmen. Unter dem Begriff der Selbstreinigung werden Maßnahmen verstanden, die ein Unternehmen zur Wiedererlangung seiner Zuverlässigkeit ergreift, um wieder an Vergabeverfahren teilnehmen zu können; sie ist Teil der vergaberechtlichen Compliance<sup>54</sup>. Auch im deutschen Vergaberecht wird es nach dem Referentenentwurf nunmehr zu einer ausdrücklichen Regelung der Selbstreinigung in § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GWB kommen. Einen arbeitsrechtlichen Bezug weist die Selbstreinigung deshalb auf, weil eine ihrer Voraussetzungen im Ergreifen konkreter, auch „personeller Maßnahmen“ besteht. Ein Unternehmen, das eine Selbstreinigung vornehmen will, muss sich etwa von den für die Verstöße verantwortlichen Arbeitnehmern trennen.

#### 4. Zuschlagskriterien

Die Wertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien stellt die letzte Entscheidungsstufe im Vergabeverfahren dar, hier „fallen die Würfel“. Es wird geprüft, wessen Angebot die Zuschlagskriterien am besten erfüllt und damit das wirtschaftlich günstigste (so die Terminologie der Vergabericht-

---

52 Zu all dem vertiefend *Latzel*, NZBau 2014, 673, 675 ff.

53 Insbesondere in der deutschen Rechtsprechung war die Möglichkeit der Selbstreinigung auch bisher schon anerkannt worden, vgl. nur OLG Brandenburg 14.12. 2007 – Verg W 21/07, NZBau 2008, 277; VK Lüneburg 24.3. 2011 – VgK-4/2011, NZBau 2011, 574; OLG München 22.11. 2012 – Verg 22/12, NZBau 2013, 261. Näher zur Selbstreinigung *Burgi*, Ausschluss und Vergabesperre als Rechtsfolgen von Unzuverlässigkeit, NZBau 2014, 595, 597 ff.

54 *Hölzl/Ritzenhoff*, Compliance leicht gemacht!, NZBau 2012, 28, 28.

linien; vgl. Art. 67 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU) bzw. das wirtschaftlichste Angebot (so ohne inhaltlichen Unterschied auch weiterhin die Terminologie im deutschen Vergaberecht; vgl. § 127 GWB nach dem Referentenentwurf) darstellt. Die Zuschlagskriterien sind diejenigen Kriterien, anhand derer der öffentliche Auftraggeber das wirtschaftlichste Angebot ermittelt. Obwohl gesetzlich nicht die einzige Option<sup>55</sup>, dominierte bisher in der Praxis der Mitgliedstaaten der Preis als Zuschlagskriterium – vor allem dort, wo sich die von den Unternehmen eingereichten Angebote aufgrund einer detaillierten Leistungsbeschreibung durch den öffentlichen Auftraggeber nach anderen Parametern kaum unterscheiden können.

Die neuen Vergaberichtlinien nehmen nun eine Verschiebung in Richtung einer Nicht-nur-Preisvergabe vor, wie sich Art. 67 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU (umgesetzt in § 127 GWB nach dem Referentenentwurf) entnehmen lässt: „Die Bestimmung des ... wirtschaftlich günstigsten Angebots ... kann das beste Preis-Leistungs-Verhältnis beinhalten, das auf der Grundlage von Kriterien – unter Einbeziehung qualitativer, umweltbezogener und/oder sozialer Aspekte – bewertet wird.“ Danach ist es möglich, dass Angebote, die hinsichtlich qualitativer, umweltbezogener bzw. sozialer Aspekte besser abschneiden, den Zuschlag erhalten, obwohl sie nicht den günstigsten Preis vorsehen. Mit Blick auf das Arbeitsrecht ist insoweit vor allem die Bezugnahme auf „soziale Aspekte“ von Bedeutung.

Eine nicht unwesentliche Einschränkung der Möglichkeit des öffentlichen Auftraggebers, soziale Aspekte zu Zuschlagskriterien zu erheben, ergibt sich aber aus dem Erfordernis, dass Zuschlagskriterien „mit dem Auftragsgegenstand des betreffenden öffentlichen Auftrags in Verbindung stehen“ müssen. Nach Erwägungsgrund 97 sind danach allgemeine Anforderungen an die Unternehmenspolitik als Zuschlagskriterien ausgeschlossen, da sich diese gerade nicht auf den konkret ausgeschriebenen Auftrag beziehen. Das hatte der EuGH auch in seiner Rechtsprechung stets betont<sup>56</sup>. Nicht als Zuschlagskriterium einsetzbar ist demnach etwa die Anforderung, dass die Hälfte der Beschäftigten in den Unternehmen Frauen sein müssen, möglich hingegen wäre die Forderung, dass nach dem angebotenen Konzept zur Ausführung des konkreten Auftrags hälftig Frauen eingesetzt werden (auftragsbezogene Quote). Arbeitsbezogene Anforderungen können daher grundsätzlich nur in Bezug auf das tatsächlich zur konkreten Auftragsausführung eingesetzte Personal aufgestellt werden<sup>57</sup>. Freilich können sich hier Auswirkungen auf die allgemeine Unterneh-

---

55 Vgl. *Christiani/Ruhland*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 97 GWB Rn. 76.

56 EuGH 17.9.2002 – C-513/99 – Concordia Bus Finland; EuGH 4.12.2003 – C-448/01 – EVN und Wienstrom; zuletzt etwa EuGH 10.5.2010 – C-368/10 – EKO/Max Havelaar.

57 Vgl. *Latzel*, NZBau 2014, 673, 679.

menspolitik ergeben<sup>58</sup>, denen mit dem in Art. 18 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU betonten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entgegengewirkt werden kann.

Interessanterweise ist es nach dem neuen Recht (vgl. Art. 67 Abs. 2 lit. b Richtlinie 2014/24/EU und hierzu Erwägungsgrund 94) unter bestimmten Voraussetzungen möglich, die Qualifikation und die Erfahrung des Personals zusätzlich auf der Ebene der Zuschlagskriterien zu berücksichtigen. Dies stellt eine Durchbrechung des bisher geltenden, wenngleich seit jeher kritisierten Grundsatzes dar, dass Eignungsaspekte nicht als Zuschlagskriterien eingesetzt werden dürfen (sog. Verbot eines „Mehr an Eignung“<sup>59</sup>). Im deutschen Recht gibt es bislang für bestimmte Aufträge, für die das Richtlinienrecht weitgehend nicht galt (sog. IB-Dienstleistungen), eine vergleichbare Regelung (§ 4 Abs. 2 Sätze 2, 3, 4 und § 5 Abs. 1 Sätze 2, 3, 4 VgV), allerdings mit der Einschränkung, dass die Qualifikation und die Erfahrung des Personals als Zuschlagskriterium nur mit einer Gewichtung von maximal 25 % berücksichtigt werden dürfen. Im GWB fehlt nach dem Referentenentwurf eine entsprechende Regelung. Es ist aber davon auszugehen, dass vergleichbare, dann jedoch für sämtliche Leistungen geltende Aussagen in der künftigen VgV bzw. in der VOB/A getroffen werden.

Im Rahmen der Wertung der Angebote muss der öffentliche Auftraggeber auch den Preis der Angebote prüfen. Art. 69 Abs. 3 Unterabs. 2 Richtlinie 2014/24/EU sieht vor, dass ein Angebot abgelehnt werden muss, wenn der Auftraggeber festgestellt hat, „dass das Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil es ... den Anforderungen gemäß Art. 18 Abs. 2 nicht genügt“ (näher dazu Erwägungsgrund 103). Hierdurch kann indirekt eine Sanktionierung von Verstößen gegen arbeits- bzw. tarifrechtliche Regelungen erfolgen. Im deutschen Vergaberecht wird auch hierzu eine Regelung erst auf der Ebene der VgV bzw. VOB/A erfolgen.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass durch die Neuregelung auf der Ebene der Zuschlagskriterien eine weitere Differenzierung und Spezifizierung erfolgt, aber keine substantielle Ausdehnung der Möglichkeiten zur Berücksichtigung arbeitsrechtsbezogener Anforderungen bewirkt wird.

## V. Abschließende Bewertung

Die Neuregelung bietet ein schlüssiges Gesamtkonzept der limitierten Integration sozialpolitischer Zwecksetzungen in das Beschaffungswesen mit erhöhter Rechtssicherheit. Es werden keine Abstriche im Hinblick auf den Vorrang des Primärrechts und auf andere Normen des sekundären Europarechts gemacht. In Bezug auf arbeitsrechtliche Anforderungen fällt die

---

58 Vgl. *Latzel*, NZBau 2014, 673, 679.

59 EuGH 24.1. 2008 – C-532/06 – Lianakis.



durchgehende Betonung der Notwendigkeit des Auftragsbezugs auf. Das Vergaberecht kann demnach auch künftig nur mit Blick auf die Arbeitsleistungen beim konkret erfüllten Auftrag ein Mittel zur Verwirklichung sozialer und gesellschaftlicher Zwecke sein<sup>60</sup>.

---

60 *Burgi*, ZHR 178 (2014), 2, 8.

## Diskussion

### **Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:**

Herr *Burgi*, ganz herzlichen Dank für Ihre ausgezeichneten Ausführungen. Ich darf die Diskussion eröffnen. Bevor ich das tue, möchte ich mitteilen, dass wir Ihre Wortbeiträge aufzeichnen. Ich bitte also alle Diskutanten, ihren Namen zu nennen, weil wir das später in einem Tagungsband dokumentieren werden. Ich darf die Diskussion, wie gesagt, eröffnen und um Wortmeldungen bitten.

### **Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:**

Ich habe zunächst eine informatorische Frage: Gibt es in den Richtlinien Vorgaben für die Mitgliedstaaten hinsichtlich des Rechtsschutzes, die der unterliegende Bieter hat, zum Beispiel derjenige, der nicht zum Zuge gekommen ist, weil er keine Mindestlohnklärung abgegeben hat? Damit verbunden eine Frage nach einer Bewertung durch Sie: Ich fand bei der Vorbereitung meines Vortrags das Rechtsschutzsystem des Vergaberechts sehr interessant: Vergabekammern bei den Regierungspräsidenten und dann die sofortige Beschwerde zum Oberlandesgericht. Würden Sie aus Ihrer langjährigen Befassung mit dem Thema sagen, dass sich dieses Rechtsschutzsystem bewährt hat oder würden Sie Verbesserungsbedarf sehen?

### **Professor Dr. Martin Burgi, Ludwig-Maximilians-Universität München:**

Danke für diese Frage, die in der Tat über den Gegenstand hinausführt, aber für die meisten wahrscheinlich dennoch interessant ist. Ich verbreite an dieser Stelle immer ein Bonmot, das die Anwälte wahrscheinlich nicht gerne hören, dass wir es hier mit einem Rechtsschutzsystem „*de luxe*“ zu tun haben, welches in der Rechtsordnung seinesgleichen sucht. Polemisch gesagt: Wenn Sie nachts im Nebel als Flüchtling am Flughafen abgeschoben werden und dagegen gerichtlich vorgehen wollen, stoßen Sie auf ein erst Monate später über Sie entscheidendes Verwaltungsgericht und finden keinen Anwalt, der dafür näher qualifiziert ist, obwohl Sie Adressat einer massiven und sehr harten staatlichen Eingriffsmaßnahme sind.

Nehmen Sie demgegenüber den Fall, in dem Sie einen öffentlichen Auftrag mit einem Finanzvolumen von über 200.000 € nicht bekommen, zum Beispiel aus dem Grund, den Sie, Herr *Junker*, genannt haben, dann steht Ihnen gegenüber jedem Verstoß, der hier zustande kommen kann, der besagte Rechtsschutz „*de luxe*“ zur Verfügung und bei einem so komplexen Rechtsgebiet gibt es sehr viele Verstöße, vor allem bei den kleinen öffentlichen Auftraggebern, wie beispielsweise die 2.000 in Bayern existierenden Gemeinden. Zuerst landen Sie bei einer Vergabekammer. Das ist ein interessantes Gebilde zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit, das vom EuGH nunmehr als zur Vorlage nach Art. 267 Abs. 1 AEUV berechtigt eingestuft worden ist. Zu Recht, wie ich finde, weil dort die erforderliche richterähnliche Unabhängigkeit herrscht. Rechtsmittelgericht ist dann das OLG. Die meisten OLG haben spezielle Vergabesenate, die mit fachlich ausgewiesenen, hoch erfahrenen Richtern besetzt sind. Sodann können Sie hochqualifizierte und -spezialisierte Anwälte konsultieren. Jüngst wurde sogar eine Fachanwaltschaft für Vergaberecht geschaffen. Dies verwundert sicherlich nicht bei diesem doch interessanten wirtschaftlichen Volumen, auch im Vergleich mit sonstigen öffentlich-rechtlichen Fragen. Das heißt, wir haben im vergaberechtlichen Rechtsschutzverfahren nach meinem Eindruck durchgehend eine exzellente Beratung und Begleitung. Jetzt kommt noch dazu, dass das ganze Rechtsschutzsystem extrem zeitlich getaktet ist. Alles geschieht unter großem Fristendruck. Sie müssen am Anfang des Verfahrens in kürzester Zeit Ihren Antrag stellen. Sie müssen darüber hinaus sofort rügen, was schiefgelaufen ist. Die Kammer muss im Anschluss in wenigen Wochen entscheiden und die Rechtsmittelfrist beträgt erneut nur wenige Wochen. Schließlich hat auch das dann zuständige OLG nur wenige Wochen Zeit, eine Entscheidung abzusetzen. Das Anliegen ist immer, dass beispielsweise ein Krankenhausneubau nicht Jahre lang durch Klagen blockiert wird. Tatsache ist also: Dieser Rechtsschutz ist etwas Außergewöhnliches, aber, wie ich finde, hervorragend in der Gesamtkonzeption. Deswegen sage ich auch: Den sollte man so lassen wie er ist. Das ist aus dem Munde eines Öffentlichrechtlers nicht ganz selbstverständlich. Es gibt Kollegen, die eigentlich bis heute propagieren, dass dieses Feld eher den Verwaltungsgerichten hätte zugeordnet werden müssen. Ich würde sagen: Nach zwölf, 13 Jahren hat sich das so bewährt. Das vergaberechtliche Rechtsschutzsystem ist jetzt bei diesen hoch kompetenten und erfahrenen Stellen verortet und es wäre wenig einleuchtend, diese Zuständigkeit wieder wegzuziehen. Das ist aber auch nach meinem Eindruck momentan von keinem relevanten Akteur intendiert.

**Richard Giesen:**

Herr *Burgi*, herzlichen Dank. Weil ich selber sechs Monate als Referendar beim Verwaltungsgericht verbracht habe, kann ich Ihrer Einschätzung nur zustimmen. Es ist erstaunlich, wie langsam Akten bearbeitet werden können. Ich habe eine andere Frage: Sie haben uns vielleicht ein bisschen unterschätzt, als Sie über die früher sog. *secondary considerations* bei vergabefremden Zwecken und die heutige strategische Beschaffung vortrugen. Wir haben vor einem Jahr hier eine Veranstaltung gehabt, da ging es um Arbeitsförderung und um Leistungen an Arbeitgeber, die 50 % oder bei schwerbehinderten Menschen auch 70 % über bis zu zwei Jahre Entgeltzuschüsse erhalten, weil sie mit sozialen Zwecken Menschen beschäftigen. Das ist dem Arbeits- und Sozialrecht nicht ganz fremd. Die systematische Einordnung interessiert mich, und ich sehe es ähnlich wie Sie als Fortschritt, dass wir hier tatsächlich diesen strategischen Beschaffungszweck definieren, also vielleicht in eine Situation geraten, in der die soziale Aufgabe des jeweiligen Arbeitgebers tatsächlich in der Vergabe auch als Vergabeaufgabe definiert ist. Das heißt, wir kommen vielleicht in eine Situation, in der jemand gerade besonders schwer zu beschäftigende Personen beschäftigt oder vielleicht eine eigene pädagogische Leistung erbringt für Menschen, die integriert werden müssen in den Arbeitsmarkt. So etwas geschieht dann auf der Grundlage des Vergaberechts und nicht mehr nur auf der Grundlage des Sozialrechts. Sehen Sie hier eine systematische Verschiebung, so dass wir tatsächlich eine Aufgabe erfüllen als Auftragnehmer, die sich spezifisch im sozialen Bereich verwirklichen wird?

**Martin Burgi:**

Ich danke Ihnen für die Frage. Ich glaube, es bedarf in diesem Zusammenhang einer weiteren Unterdifferenzierung. Der erste und einzige von mir hier bislang behandelte Fall betrifft die Konstellation, in der die Leistung selbst keine soziale Komponente hat, sondern etwa den Bau eines Hauses, Beratungs- oder Reinigungsdienstes betrifft, also eine ganz „normale“ Leistung ist. Bei Gelegenheit ihrer Erbringung sollen zum Beispiel Langzeitarbeitslose integriert werden oder dergleichen. Da kann man schon sagen, der Auftrag des öffentlichen Auftraggebers, der bisher dafür zuständig war, dass seine Gebäude ordnungsgemäß gereinigt werden, weitet sich, wenn er dieses Ziel verfolgen will. Aber noch einmal: Er ist nicht verpflichtet, dieses Mandat zu schultern, er kann dies tun. Auf der kommunalen Ebene bedeutet dies, die Entscheidung darüber, sich in diesen Raum erweitern zu wollen, liegt beim Gemeinde- bzw. Stadtrat, also gewissermaßen auf der politischen Ebene.

Ihre Frage führt mich jetzt aber noch in einen zweiten Sektor, den ich bisher überhaupt noch nicht behandelt habe, weil er mengenmäßig viel kleiner ist, nämlich die Vergabe sog. sozialer Dienstleistungen. Das ist ein komplett eigenes Feld, das beispielsweise Integrationsleistungen für Behinderte oder die Integration von Arbeit Suchenden in den Arbeitsmarkt umfasst. In diesem Bereich ist die Bundesagentur für Arbeit einer der größten und wichtigsten Auftraggeber, bei dem die Qualifizierungs-, Beschäftigungs- und Rückkehrprogramme für Arbeit Suchende gemanaged werden. Wie Sie alle wissen, führt die Bundesagentur diese Programme nicht selbst durch, sondern Sie vergibt diese Programme an private Anbieter. Das ist ein anderes Segment, weil diese Leistungen ihrem Wesen und Inhalt nach sozial orientiert sind. Deswegen danke ich Ihnen für die Gelegenheit, dieses Thema hier noch einführen zu können. Zu diesem Bereich gibt es einen eigenen Komplex in der Richtlinie, der mit „Vergabe sozialer und anderer besonderer Dienstleistungen“ überschrieben ist. Darunter fallen im Übrigen auch die Rechtsberatungsdienstleistungen. Das heißt, in Zukunft ist auch die Beschaffung von Rechtsrat vergaberechtlich schärfer erfasst als bisher, der Schwellenwert beträgt 750.000 €. Den erreicht man als noch so gut aufgestellter Anwalt freilich bei einem öffentlichen Mandanten doch eher schwer. Nun, ich schweife ab.

**Richard Giesen:**

Wir hätten dann das Abgrenzungsproblem nicht.

**Martin Burgi:**

In der Richtlinie bzw. im Referentenentwurf wird selbstverständlich näher definiert, was unter dem Begriff der „sozialen Dienstleistungen“ zu verstehen ist. Der Begriff erfasst beispielsweise die Leistungen, die von den gesetzlichen Krankenversicherungen erstattet werden. Vereinfacht gesagt: Das ist ein eigener Sektor, der bislang vielfach sogar vergaberechtsfrei war. Da hieß es dann immer, dass es sich um ein sozialrechtliches Verhältnis handelt, das man gar nicht erfassen könne. Das wird jetzt erfasst, aber mit sehr viel größerer Flexibilität, und – das ist Ihre Frage – dort ist es in weitem Umfang möglich, als Auftraggeber, sprich Bundesagentur oder Sozialversicherungsträger, die sozialen Notwendigkeiten auch vergaberechtlich zu realisieren.

**Dr. Christopher Melms, Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft, München:**

Ich habe eine Frage zu Ihrer Folie 16. Verstehe ich die richtig? Da haben Sie aufgelistet, was man alles mit hineinnehmen kann, welche Arbeitsbedingungen im Vergabeverfahren berücksichtigt werden können. Jetzt frage ich mich als erstes: Ist das abschließend? Mir fehlt beispielsweise der gesamte Gesundheitsschutz. Da stelle ich mir die Frage: Ich stelle mir eine Baustelle vor, auf der mehrere Leistungserbringer vernetzt arbeiten. Da greift dann § 8 ArbPISchG, das Zusammenarbeitsgebot von mehreren Auftraggebern, also auch Gesundheitsschutz. Im Ergebnis interessiert mich die Frage: Welche Bedingungen materieller Art, materielle Arbeitsbedingungen, können über das Vergabeverfahren vorgeschrieben werden? Unter Gesundheit kann ich, wenn ich ein bisschen kreativ bin, mir so ziemlich alles denken: Qualifikation: Es dürfen nur Baggerfahrer mit dem und dem Führerschein herumfahren; Arbeitszeit: Über das Arbeitszeitgesetz hinausgehende Pausen müssen eingehalten werden, weil ich sonst zu ermüdete Menschen herumfahren habe und diese gefährden die Arbeitnehmer des anderen. Wie weit geht das?

**Martin Burgi:**

Danke auch für diese Frage. Bei den von mir vorgestellten Bedingungen handelt es sich um eine beispielhafte Aufzählung der Dinge, die relativ häufig vorkommen und die auch in den Landesvergabegesetzen bereits erfasst sind. Der Fantasie sind hier aber an sich keine Grenzen gesetzt.

Wenn wir uns also vorstellen, dass eine solche Gesundheitsschutzbedingung, also ein bestimmter Führerschein für Baggerfahrer, von einem Auftraggeber formuliert wird, müsste man sich anschauen, auf welcher Entscheidungsstufe dies zu verorten wäre. In die Leistungsbeschreibung würde das nicht gehören. In der Leistungsbeschreibung wird beispielsweise festgelegt, dass auf der Baustelle der Aushub von A nach B gebracht wird. Das von Ihnen geschilderte Führerscheinbeispiel könnte aber ein Merkmal der Eignung sein, das heißt, dieser Bieter muss für sein Personal bestimmte Zeugnisse nachweisen, etwa Führerscheine, wobei man irgendeine Art Berechtigung für ein solches Gerät ohnehin haben muss, aber da kenne ich mich nicht weiter aus. Ihr Beispiel geht über einen solchen Mindeststandard aber wohl hinaus. Dann stellt sich die Frage: Ist das tatsächlich nötig, damit der Bieter als leistungsfähig angesehen werden kann? Hier wohl nicht, weil man auch ohne diese Zusatzqualifikation die Leistung gut erbringen kann. Also handelt es sich wahrscheinlich nicht um eine Frage der Eignung, und damit kommen wir zu den Zuschlagskriterien. Der Auftraggeber will einfach eine noch tollere Leistung als sie der

Durchschnitt erbringen würde. Er gewichtet das vielleicht sogar mit 10 %. Eine solche Gewichtung müsste mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen, verhältnismäßig sein und keine Anforderung an die allgemeine Unternehmenspolitik darstellen, was hier wohl jeweils zu bejahen wäre. Ich kann aber nicht abschließend beurteilen, wie außergewöhnlich ein solches Kriterium wäre. Mit anderen Worten: Ich würde Ihr Beispiel im ersten Zugriff als rechtlich zulässig einstufen. Insofern ist es dann eine Frage der eigenen Klugheit, ob der betreffende Auftraggeber das nun macht oder nicht.

Wir müssen uns natürlich Folgendes klarmachen: Die Vergabe öffentlicher Aufträge ist ja nicht Eingriffsverwaltung und es gibt keinen Anspruch auf die Auftragserteilung. Das heißt, als Wirtschaftsteilnehmer sind Sie hier bestenfalls in einer Teilhabesituation, ähnlich wie ein Student, der einen Studienplatz will. Der Staat könnte die Sache auch komplett selber machen. Er könnte beispielsweise sagen: „Ich reinige das Rathaus mit den eigenen Bediensteten.“ Dann gibt es überhaupt keinen Auftrag. Stattdessen sagt er nun immerhin: „Ich verberge“. Dadurch eröffnet er überhaupt einen Markt. Deswegen ist die rechtliche Bindung des Staates bei dieser letztlich freiwilligen Tätigkeit, nämlich der Wirtschaft Aufträge zu geben, natürlich geringer als in den Beispielen knallharten Polizeirechts usw. Deswegen ist auch der Spielraum für das Aufstellen solcher Bedingungen durch den Auftraggeber größer. Gleichzeitig muss mir als Auftraggeber klar sein, dass es für mich dadurch teurer wird, weil die Unternehmen diese Dinge einpreisen werden, d.h. die Angebote werden teurer und jetzt landen wir wieder bei der Frage: Wie viel will ich mir als Auftraggeber leisten? Zusätzlich zu allem Rechtlichen ist eine weitere Grenze schlichtweg das Budget. Das heißt, normalerweise habe ich als Auftraggeber einen bestimmten Haushaltsansatz zum Beispiel für eine bestimmte Baustellenleistung und da muss ich mir überlegen, ob mir dieser Fahrer mit seinem Zeugnis das wert ist oder ob ich lieber an anderer Stelle das vorhandene Geld einsetze. Dieser Aspekt könnte in den nächsten Jahren gerade in Ländern mit Schuldenbremsegefahr noch zusätzlich bremsend wirken.

### **Christopher Melms:**

Wenn ich eine Nachfrage stellen darf, dann provoziere ich Sie jetzt bewusst ein bisschen und sage: „Wenn ich mir § 8 ArbPlSchG anschau, dann steht dort, ohne das großartig näher beschrieben ist, dass – ich bleibe jetzt mit Absicht bei diesem Baustellenfall, wo viele umeinander herumwuseln – die beteiligten Arbeitgeber zusammenarbeiten müssen, um Gefährdungen usw. zu vermeiden.“ Provokant die Frage: Muss dann nicht jetzt, weil das deutsche Arbeitsschutzrecht ist, bei jedem Vergabeverfah-

ren, das bedingt, das mehrere miteinander zusammenarbeiten, irgendetwas zu diesem § 8 ArbPlSchG drinsteht?

**Martin Burgi:**

Die Frage würde ich wohl verneinen. Ich verstehe Sie richtig, dass diese Vorschrift schon bisher oder schon immer existiert hat, das heißt schon immer von allen Betroffenen zu beachten war? Der öffentliche Auftraggeber ist nicht dazu da oder nicht dazu aufgefordert, dass er gewissermaßen eine Art zusätzliche Baustellenüberwachungs-polizei wird, die die Einhaltung aller möglichen Vorgaben beachten muss. Nur dann, wenn ihm ein solcher Verstoß zu Ohren kommt, wird er bei künftigen Vergaben diese Verstöße vielleicht einbeziehen müssen, es besteht aber keine pauschale Verpflichtung hierzu. Sie müssen aber auch bedenken, dass die öffentlichen Auftraggeber überhaupt nicht das Personal und die Struktur haben, mit der sie solche Verstöße gewissermaßen aufspüren und bewältigen könnten. Durch die neuen Richtlinien und durch das neue GWB hat sich an diesem Thema jedenfalls nichts verändert. Wenn es schon bisher eines war, ist es weiterhin ein Problem, aber es ändert sich nichts durch die neuen Vorschriften.

**Richard Giesen:**

Herr *Burgi*, bevor ich Herrn *Latzel* das Wort erteile noch ein kleiner Einwurf von mir: Ich möchte ein bisschen diesem Postulat der Vergabefreiheit des Staates widersprechen. Erstens geht es tatsächlich um anderer Leute Geld und nicht um eigenes, und zweitens geht es ökonomisch ganz häufig um eine marktbeherrschende Stellung, die der Auftraggeber hat. Das heißt, wir haben es hier mit einem strukturellen Ungleichgewicht zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zu tun, eine Situation, in der traditionell regulierend eingegriffen werden kann und soll, um Wettbewerbsstörungen aufzufangen. Die Rückfragen, die dahin gehen, dass wir ein regulatorisches Regime hinterfragen und prüfen, ob wir eine rechtliche Grundlage haben; wie weit die reicht, sind zu Recht gestellt. Auch ich bin nicht ganz glücklich nur mit der Aussage: Staat darf doch selber, weil er sich jetzt großzügigerweise auf den Markt begibt, gestaltend wirken.

**Martin Burgi:**

Vielleicht waren meine Ausführungen an dieser Stelle zu verkürzend. Ich habe es bezogen auf das erste Beispiel des Kollegen, in dem die Entscheidung über den Beschaffungsgegenstand schon getroffen war. Meine These lautet: Bei der Definition des Beschaffungsgegenstands ist der Staat weit-



gehend frei. Sie haben natürlich Recht, wenn Sie sagen, dass der Staat mit unser aller Geld umgeht, aber es gibt nirgendwo eine Vorgabe, dass er unser aller Geld nicht zum Beispiel für ein besonders tolles, aber gleichzeitig unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften errichtetes Gebäude ausgeben kann. Es gibt natürlich das Haushaltsrecht, das bestimmte Vorgaben enthält. Aber es geht immer um die Zweck-Mittel-Relation. Das heißt, das Haushaltsrecht und auch alles, was Rechnungsprüfer prüfen dürfen, ist immer nur, ob der Staat die Mittel auf den vorgegebenen Zweck hin möglichst effizient eingesetzt hat. Aber die Definition des Zwecks, also die Frage, ob ich eine Autobahn vierspurig oder sechsspurig baue, ist weitgehend politische Freiheit. Die Sanktion dort ist die Abwahl. Das ist die Sanktion der Demokratie. Wenn ich bei diesen sechs Spuren dann unnötig viel Geld ausbebe, weil man die auch billiger hätte machen können, dann kommt das ganze Haushaltsrecht hinein. Darauf wollte ich bei der Leistungsbeschreibung hinaus. Das heißt, wir haben es mit einem Rechtsgebiet zu tun – das ist auch eindeutige Position des BVerfG –, in dem nicht die gleichen grundrechtlichen Anforderungen gelten wie in der Eingriffsverwaltung. Das ist noch einmal festzuhalten. Und – letzter Satz zu diesem Punkt – die Richtlinie und auch das neue GWB gehen jedenfalls im Schutz der Bieter weit über das hinaus, was verfassungs- und primärrechtlich erforderlich gewesen wäre.

Im Übrigen geht auch der Rechtsschutz in seiner Ausstattung im Referentenentwurf weit über das rechtlich Geforderte hinaus. Man hätte ihn auch deutlich schlichter ausgestalten können.

Dazu vielleicht noch eine Information, die für Sie nicht uninteressant ist: In Deutschland gibt es in einem einzigen Jahr gut über 1.000 Verfahren. Im Vereinigten Königreich gibt es im Jahr hingegen kaum mehr als eine Hand voll Verfahren. Wir haben aber die gleiche Richtlinie. Ich finde es hoch interessant, dass der Rechtsrahmen bis zu 80, 90 % europarechtlich determiniert ist und trotzdem in einem Mitgliedstaat so viele, in einem anderen so wenige Verfahren gezählt werden. Das heißt, die nähere Ausgestaltung ist bei uns eben doch relativ bieterfreundlich. Ich habe nichts dagegen, ich finde das im Gegenteil sogar gut. Nur man sollte dann auch nicht noch sagen: „Bei uns ist alles ganz schlecht und die Bieter werden von morgens bis abends nur gepiesackt.“ Das ist nicht richtig.

**Dr. Clemens Latzel, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:**

Sie haben ja mehrfach betont, dass der Dreh- und Angelpunkt der neuen Richtlinie der Auftragsbezug der sekundären Vergabebezüge ist, und man muss kein Prophet sein, um zu sagen, dass der EuGH in Zukunft etliche Urteile dazu fällen wird, was denn jetzt noch Auftragsbezug hat und was

nicht mehr. Die Abgrenzung dazu ist, wie Sie aus dem Erwägungsgrund 97 abgeleitet haben, der Bezug zu generellen Unternehmenspolitiken. Nun gibt es aber Fälle – die werden wohl auch dann die Gerichte häufig beschäftigen –, die zwar formell rein auftragsbezogen sind, aber materiell die Unternehmenspolitik insgesamt betreffen. Machen wir einmal ein Beispiel: Ein Auftrag, der ausgeschrieben wird, dauert zwölf Monate und bei der Auftragsausführung sollen wenigstens 10 % Auszubildende beschäftigt werden. Eine Ausbildung dauert ungefähr zwei bis drei Jahre. Das heißt, der Unternehmer, der diesen Auftrag ausführen möchte und sich deswegen auftragskonform aufstellen möchte und dafür extra Auszubildende rekrutiert, hat diese nach Abschluss der Auftragsausführung immer noch. Es hat also demzufolge der Vergabezweck, 10 % Auszubildende bei der Auftragsausführung einzusetzen, durchaus Auswirkungen auf die generelle Unternehmenspolitik. Wie wird mit der neuen GWB-Novelle jetzt dieser Verhältnismäßigkeitsproblematik Rechnung getragen? Und kann man – jetzt eine provokante arbeitsrechtliche Nachfrage – die Verhältnismäßigkeit dadurch herstellen, dass es spezielle Verleihunternehmen gibt, die zum Beispiel Auszubildende oder Schwerbehinderte für die Zwecke der Auftragsausführung an Unternehmen, die sich für öffentliche Aufträge bewerben, verleihen?

**Martin Burgi:**

In Ihrem Beispiel wird man wohl sagen können, dass der sekundäre Vergabezweck mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung steht, weil diese Leute auf der Baustelle tätig sind. Sie haben aber richtigerweise selber gesagt, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine Grenze zieht. Ich würde mir jetzt in der ersten Subsumtion in der Tat vorstellen können zu sagen, dass es hier unverhältnismäßig ist, weil die Verpflichtung die Bieter über den Auftrag hinweg noch ein weiteres Jahr trifft. Mir scheint das ein schönes Beispiel für eine Unverhältnismäßigkeit zu sein. Ihre Frage war, was das neue GWB dazu sagt. Die Antwort ist: Nichts, außer den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nun explizit zu normieren. Das möchte ich aber auch verteidigen, denn es wird immer wieder beklagt, dass wir zu viele Normen haben. Nach dem bereits umfangreichen neuen GWB kommen noch die ganzen Verordnungen dazu. Auf der anderen Seite wird wie hier in einer Wortmeldung gefordert, für einen bestimmten Einzelfall eine besondere Vorschrift einzuführen, weil der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz viel zu vage sei. Das zeigt beispielhaft auf, in welcher Bredouille sich der moderne Gesetzgeber befindet. Entweder man wirft ihm vor, er habe zu viel gemacht, oder man sagt gleich wieder: „Wieso steht das nicht auch drin?“

Ich darf aber vielleicht noch darauf hinweisen, dass Herr *Latzel*, der Mitarbeiter des ZAAR ist, einen vorzüglichen Aufsatz zu diesem Thema in der NZBau veröffentlicht hat, einer sonst möglicherweise bei Ihnen nicht täglich auf dem Schreibtisch befindlichen Zeitschrift. Dort sind gerade aus arbeitsrechtlicher Perspektive auch diese ganzen Fragen sehr schön zusammengestellt.

**Richard Giesen:**

Herr *Burgi*, ganz herzlichen Dank für den wunderbaren Vortrag und für die Diskussion. Gerade der letzte Teil war meines Erachtens sehr erhellend. Wir dürfen uns jetzt eine kleine Kaffeepause gönnen und freuen uns auf den Vortrag danach von Herrn Kollegen *Junker*.



---

## Vergaberechtliche Arbeitsbedingungen als Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit

*Abbo Junker*

Seite

I. Einleitung.....	46
II. EuGH vom 3.4. 2008 – Ruffert/Land Niedersachsen .....	46
1. Tariftreuegesetze „der ersten Generation“ .....	47
2. Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs .....	48
III. EuGH vom 18.9. 2014 – Bundesdruckerei/Stadt Dortmund .....	50
1. Tariftreuegesetze „der zweiten Generation“ .....	50
2. Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs .....	52
IV. OLG Koblenz vom 19.2. 2014 – RegioPost/Stadt Landau .....	53
1. Sachverhalt des Ausgangsfalls.....	54
2. Die zu erwartende Entscheidung .....	55
V. Dienstleistungsfreiheit und gesetzlicher Mindestlohn .....	56
1. Deutscher Arbeitgeber – Arbeitnehmer im Ausland .....	57
2. Ausländischer Arbeitgeber – Arbeitnehmer in Deutschland .....	57
Diskussion .....	60

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), Vergaberecht und Arbeitsbedingungen (München 2015), S. 45-59

## I. Einleitung

Wenn Sie, was Ihnen grundsätzlich unbenommen ist, mit dem Inter-City-Express (ICE) von München nach Hamburg fahren, sehen Sie kurz vor der Haltestelle Göttingen in Fahrtrichtung rechts die Justizvollzugsanstalt (JVA) Göttingen-Rosdorf, erbaut in den Jahren 2004 und 2005. Diese Baustelle ist ein wichtiger Schauplatz des Dramas „Vergaberechtliche Arbeitsbedingungen als Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit“<sup>1</sup>.

## II. EuGH vom 3.4. 2008 – Ruffert/Land Niedersachsen

Das Land Niedersachsen hatte den 8,5 Mio. Euro schweren Auftrag für den Rohbau der JVA Göttingen der Firma „Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG“ erteilt. Sie musste sich nach den Vergabebedingungen – auch für ihre polnische Nachunternehmerin – verpflichten, den auf der Göttinger Baustelle eingesetzten Arbeitskräften mindestens den Tariflohn des niedersächsischen Baugewerbe-Tarifvertrags zu zahlen. Rechtsgrundlage dieser Tariftreueerklärung war das Niedersächsische Landesvergabegesetz von 2002<sup>2</sup>.

Dieses Gesetz ermächtigte die Landesregierung, auf der Grundlage einer Verordnung eine Liste repräsentativer Tarifverträge aufzustellen. Bei der Vergabe von Bauleistungen war der öffentliche Auftraggeber gehalten, ab einem Auftragswert von 10.000 € den in der Liste genannten, fachlich einschlägigen Tarifvertrag zugrunde zu legen<sup>3</sup>. Um die Tariftreue des Auf-

- 
- 1 *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2012, § 5 Rn. 269; *Bayreuther*, Tariftreue vor dem Aus, NZA 2008, 626; *Becker*, JZ 2008, 891; *Bruun/Jacobs*, Das ILO-Übereinkommen 94 am Morgen nach Ruffert, AuR 2008, 417; *Hänlein*, Das Ruffert-Urteil des EuGH zum Gebot der „Tariftreue“ bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, ZESAR 2008, 275; *Klumpp*, Dienstleistungsfreiheit versus Tariftreue, NJW 2008, 3473; *Koberski/Schierle*, Balance zwischen Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz gewahrt?, RdA 2008, 233; *Kocher*, Die Tariftreueerklärung vor dem EuGH, DB 2008, 1042; *Seifert*, Die vergaberechtliche Tariftreuepflicht vor dem Europäischen Gerichtshof, EuZA 1 (2008), 526.
  - 2 Niedersächsisches Landesvergabegesetz vom 2.9. 2002, Nds. GVBl. 2002, 270; s. dazu *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2004, § 5 Rn. 171.
  - 3 § 3 Abs. 1 NdsLVergabeG i.d.F. vom 2.9. 2002 („Tariftreueerklärung“) bestimmte: „Aufträge für Bauleistungen dürfen nur an solche Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zum tarifvertraglich vorgesehenen Zeitpunkt zu bezahlen. Bauleistungen im Sinne des Satzes 1 sind Leistungen des Bauhauptgewerbes und des Bauneben-

tragnehmers (und seiner Nachunternehmer) abzusichern, musste nach dem Landesvergabegesetz im Werkvertrag eine Vertragsstrafe von 1 % des Auftragswerts für jeden Tariftreueverstoß vereinbart werden<sup>4</sup>. Der für die Göttinger Baustelle einschlägige Tarif war nicht für allgemeinverbindlich erklärt<sup>5</sup>.

### 1. Tariftreuegesetze „der ersten Generation“

Vergleichbare Tariftreue-Verpflichtungen hatten seit 1999 nach und nach auch die anderen Bundesländer in ihre Vergabegesetze aufgenommen. In einem Verfahren nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), in dem ein Verstoß gegen das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB beanstandet wurde, hat der BGH im Jahr 2000 die Ansicht vertreten, dass die Tariftreuepflicht nach dem Berliner Vergabegesetz gegen Art. 9 Abs. 3 GG verstoße und im Widerspruch zu § 5 TVG stehe, der die staatliche Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen abschließend regelt<sup>6</sup>. Dem ist das BVerfG, dem der Kartellsenat des BGH die Sache nach Art. 100 Abs. 1 GG vorlegen musste, in einem Beschluss vom 11.7. 2006 nicht gefolgt und hat das Berliner Vergabegesetz für rechtmäßig erklärt<sup>7</sup>.

Zurück zur Göttinger Baustelle: Im Verlauf der Rohbauarbeiten stellte sich heraus (Überraschung, Überraschung), dass die von der „Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG“ eingeschaltete polnische Subunternehmerin ihren nach Deutschland entsandten Bauarbeitern keineswegs die niedersächsischen Tariflöhne bezahlte, sondern weniger als die Hälfte der nie-

---

gewerbes. Satz 1 gilt auch für die Vergabe von Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr.“

4 § 8 Abs. 1 NdsLVergabeG i.d.F. vom 2.9. 2002 („Sanktionen“) sah vor: „Um die Einhaltung der Verpflichtungen zu sichern, haben die öffentlichen Auftraggeber für jeden schuldhaften Verstoß eine Vertragsstrafe in Höhe von 1 %, bei mehreren Verstößen bis zu 10 % des Auftragswertes mit dem Auftragnehmer zu vereinbaren. Der Auftragnehmer ist zur Zahlung einer Vertragsstrafe nach Satz 1 auch für den Fall zu verpflichten, dass der Verstoß durch einen von ihm eingesetzten Nachunternehmer oder einen von diesem eingesetzten Nachunternehmer begangen wird, es sei denn, dass der Auftragnehmer den Verstoß weder kannte noch kennen musste. ...“

5 EuGH 3.4. 2008 – C-346/06 Rn. 26 – Ruffert/Land Niedersachsen.

6 BGH 18.1. 2000 – KVR 23/98, JZ 2000, 514 – Tariftreueerklärung II; siehe dazu *Löwisch/Rieble* (Fn. 2), § 5 TVG Rn. 167.

7 BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202; siehe dazu *Löwisch/Rieble* (Fn. 1), § 5 TVG Rn. 268; *Rieble*, Tariftreue vor dem BVerfG, NZA 2007, 1.

dersächsischen Tariflöhne<sup>8</sup>. Das Land Niedersachsen kündigte den Werkvertrag, die „Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG“ fiel in Konkurs, und Rechtsanwalt Dr. *Dirk Ruffert* als Insolvenzverwalter klagte gegen das Land Niedersachsen auf Zahlung des noch ausstehenden Werklohns<sup>9</sup>.

In der ersten Instanz befand das LG Hannover, dass die Werklohnforderung durch Aufrechnung seitens des Lands Niedersachsen mit einem Vertragsstrafenanspruch wegen Tariftreuebruchs erloschen sei, und zwar in Höhe von 85.000 € (entsprechend 1 % der Auftragssumme)<sup>10</sup>. Das OLG Celle hatte als Berufungsgericht Zweifel, ob das Niedersächsische Landesvergabegesetz von 2002 in Bezug auf die Tariftreuepflicht mit europäischem Recht vereinbar sei. Es legte dem EuGH im Kern die Frage vor: 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, das Entgelt nach einem „repräsentativen“, am Ort der Bauleistung geltenden Tarifvertrag zu bezahlen<sup>11</sup>.

## 2. Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs

Der EuGH prüft die niedersächsische Regelung – wie drei Monate zuvor die schwedischen Rechtsvorschriften im Fall *Laval*<sup>12</sup> – am Maßstab der europäischen Dienstleistungsfreiheit, die durch die Arbeitnehmerentsenderichtlinie 96/71/EG konkretisiert wird<sup>13</sup>. Diese Richtlinie erlaubt dem Empfangsstaat die Festsetzung von Mindestlohnsätzen für entsandte Arbeitnehmer auf zwei Wegen:

- durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften (z.B. durch ein für alle Arbeitnehmer geltendes Mindestlohngesetz) oder
- durch allgemeinverbindliche Tarifverträge, die am Ort der Dienstleistungserbringung in Kraft stehen (Art. 3 Abs. 1).

Eine Heranziehung repräsentativer Tarifverträge, die am Ort der Dienstleistungserbringung beachtet werden, aber nicht allgemeinverbindlich

8 EuGH 3.4. 2008 – C-346/06 Rn. 11 – Ruffert/Land Niedersachsen: „Gegen den Hauptverantwortlichen des in Polen ansässigen Unternehmens erging ein Strafbefehl, der den Vorwurf enthielt, den auf der Baustelle eingesetzten 53 Arbeitnehmern nur 46,57 % des gesetzlich [d.h. gemäß § 3 Abs. 1 NdsLVergabeG i.V.m. dem Baugewerbe-Tarifvertrag] vorgesehenen Mindestlohns ausbezahlt zu haben.“

9 EuGH 3.4. 2008 – C-346/06 Rn. 2 – Ruffert/Land Niedersachsen.

10 EuGH 3.4. 2008 – C-346/06 Rn. 12 – Ruffert/Land Niedersachsen.

11 EuGH 3.4. 2008 – C-346/06 Rn. 13 ff., 16 – Ruffert/Land Niedersachsen.

12 EuGH 18.12. 2007 – C-341/05 Rn. 58 ff. – *Laval*/Schwedischer Bauarbeiterverband.

13 EuGH 3.4. 2008 – C-346/06 Rn. 18 ff. – Ruffert/Land Niedersachsen.



sind, ist nur subsidiär möglich, nämlich 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 Richtlinie 96/71/EG gerechtfertigt werden<sup>14</sup>.

Der EuGH verwirft sodann den Gedanken, dass die niedersächsischen Repräsentativlöhne nach dem Günstigkeitsprinzip (Art. 3 Abs. 7 Richtlinie 96/71/EG) gerechtfertigt sein könnten, getreu dem Motto: „Mehr Arbeitnehmerschutz als irgendwo vorgesehen muss immer erlaubt sein!“<sup>15</sup> Das – so der Gerichtshof – sei hier gerade nicht der Fall. Denn die Entsende-Richtlinie verwirkliche die praktische Konkordanz einer Grundfreiheit mit dem sozialen Schutz. Sie markiere somit die äußerste Grenze dessen, was den Mitgliedstaaten als Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Interesse des Arbeitnehmerschutzes gestattet sei<sup>16</sup>.

Der Gerichtshof erwägt schließlich, ob die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, welche die Anwendung des niedersächsischen Landesvergabegesetzes von 2002 mit sich brachte, durch das Ziel des Arbeitnehmerschutzes (als „zwingender Grund des Allgemeininteresses“) gerechtfertigt werden könne<sup>17</sup>. Diese Frage verneint der Gerichtshof schon deshalb, weil nach dem niedersächsischen Gesetz die Mindestlohnsätze repräsentativer Tarifverträge nur bei der Vergabe öffentlicher Aufträge anwendbar sein sollen. Spitz 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.“<sup>18</sup>

---

14 EuGH 3.4. 2008 – C-346/06 Rn. 31 – Rüffert/Land Niedersachsen; ebenso im Ergebnis EuGH 18.12. 2007 – C-341/05 Rn. 70, 71 – Laval/Schwedischer Bauarbeiterverband.

15 In dieser Richtung *Däubler*, Der vergaberechtliche Mindestlohn im Fadenkreuz des EuGH – Auf dem Weg zu Rüffert II?, NZA 2014, 694, 697; zutreffend *Heuschmid/Schierle*, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 5 Rn. 152: Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie 96/71/EG bezieht sich ausschließlich auf günstigere Arbeitsbedingungen im Herkunftsstaat, nicht auf solche im Aufnahmestaat.

16 EuGH 3.4. 2008 – C-346/06 Rn. 32 ff., 35 – Rüffert/Land Niedersachsen; ebenso EuGH 18.12. 2007 – C-341/05 Rn. 80, 81 – Laval/Schwedischer Bauarbeiterverband.

17 EuGH 3.4. 2008 – C-346/06 Rn. 38 – Rüffert/Land Niedersachsen.

18 EuGH 3.4. 2008 – C-346/06 Rn. 40 – Rüffert/Land Niedersachsen.

Das niedersächsische Landesvergabegesetz und mit ihm auch die anderen Landesvergabegesetze „der ersten Generation“ verstießen somit gegen europäisches Recht<sup>19</sup>.

Die Ruffert-Entscheidung, wonach staatliche Tariferstreckung auf dem Weg der öffentlichen Auftragsvergabe ihre Grenze in der Dienstleistungs- und damit der Wettbewerbsfreiheit findet, hat in manchen Arbeitsrechtskreisen einen heftigen, aber heilsamen Schock ausgelöst<sup>20</sup>. Der Grundgedanke dieser Entscheidung ist aber richtig:

„Die geschützte Wettbewerbsfreiheit darf durch verordnete Wettbewerbsgleichheit nur beschränkt werden, wenn dahinter ein plausibles Arbeitnehmerschutzkonzept steht. Die Tariftreue hat kein solches Konzept, sondern nutzt die Abhängigkeit bestimmter Unternehmen vom staatlichen Auftraggeber aus.“<sup>21</sup>

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

Die deutschen Ländergesetzgebungen haben auf das Ruffert-Urteil unterschiedlich reagiert: Einige haben auf Tariftreueeregungen verzichtet<sup>22</sup>. Die meisten Bundesländer haben „nach Ruffert“ die Tariftreueverpflichtung beibehalten, aber auf allgemeinverbindliche Tarifverträge nach § 5 TVG und dem Arbeitnehmerentsendegesetz<sup>23</sup> beschränkt. Insoweit sind die Neuregelungen deklaratorisch: Sie fügen den Verpflichtungen aus § 5 TVG oder aus § 3 AEntG substantiell nichts hinzu, sondern sollen diese Verpflichtungen über die Tariftreuezusage effektiver durchsetzen<sup>24</sup>.

#### 1. Tariftreuegesetze „der zweiten Generation“

Eine Reihe von Landesgesetzgebern ist aber noch einen Schritt weiter gegangen, indem sie in den Vergabegesetzen „der zweiten Generation“ einen

19 EuGH 3.4. 2008 – C-346/06 Rn. 43 – Ruffert/Land Niedersachsen.

20 Siehe zum „ILO-Übereinkommen 94 am Morgen nach Ruffert“ *Bruun/Jacobs*, AuR 2008, 417.

21 *Löwisch/Rieble* (Fn. 1), § 5 TVG Rn. 269.

22 Überblick bei *Greiner*, Von der Tariftreue zum Landesvergabemindestlohn – Bestandsaufnahme und europarechtliche Bewertung, ZIP 2011, 2129; *Krebber*, Vergabegesetzes der Länder und Dienstleistungsfreiheit, EuZA 6 (2013), 435; speziell zu Nordrhein-Westfalen *Simon*, Verstößt das Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen gegen EU-Recht? – Zur Inkohärenz von Tariftreuepflichten und Mindestlohnklauseln im Vergaberecht, RdA 2014, 165; *Windeln/Schäffer*, Arbeitsrechtliche Verpflichtungen in den Tariftreuegesetzen der Länder, ArbRB 2013, 279.

23 Hinzu kommt i.d.R. ein Verweis auf die Mindestentgelte nach dem MiArbG, das aber nicht praktisch geworden ist: *Franzen*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 15. Aufl. 2015, § 1 MiLoG Rn. 1.

24 *Löwisch/Rieble* (Fn. 1), § 5 TVG Rn. 270; europarechtliche Bedenken äußert *Krebber*, EuZA 6 (2013), 435, 450 ff., 452.

eigenen, landesspezifischen Vergabemindestlohn festgesetzt haben. Er beträgt nach dem Tariftreue- und Vergabegesetz (TVgG) Nordrhein-Westfalen vom 10.1. 2012 pro Stunde 8,62 €<sup>25</sup> (ab 1.1. 2015: 8,90 €) und nach dem Landestariftreuegesetz (LTTG) Rheinland-Pfalz pro Stunde 8,70 €<sup>26</sup>. Dass die „Landesvergabemindestlöhne“ – wenn auch nur geringfügig – über dem ab 1.1. 2015 geltenden bundesgesetzlichen Mindestlohn von 8,50 € pro Stunde liegen (§ 1 Abs. 1, 2 MiLoG), wird später in meinem Vortrag noch eine Rolle spielen.

Die Landesvergabegesetze von Nordrhein-Westfalen und von Rheinland-Pfalz haben in zwei atypischen Fällen zu Vorlagen an den EuGH geführt. Der nordrhein-westfälische Streit hat auf der Beklagtenseite die Stadt Dortmund; die Besonderheit besteht darin, dass nach dem Willen der nicht berücksichtigten Bieterin die gesamte Dienstleistung für die Stadt Dortmund ausschließlich im Ausland erbracht werden sollte<sup>27</sup>. In der rheinland-pfälzischen Sache ist die Stadt Landau in der Pfalz die Beklagte; dieser Fall hat die Besonderheit, dass er keinen wie auch immer gearteten Auslandsbezug aufweist, sondern alle Elemente des Sachverhalts in Deutschland belegen sind<sup>28</sup>.

Im Ausgangsverfahren des nordrhein-westfälischen Falls hatte sich die Bundesdruckerei GmbH, ein bundeseigenes Unternehmen, bei der Stadt Dortmund um einen Auftrag zur Aktendigitalisierung beworben (Auftragswert rund 300.000 €). Die Bundesdruckerei weigerte sich, die Verpflichtung einzugehen, ein Mindeststundenentgelt von 8,62 € nach dem TVgG NRW zu zahlen, da die Leistungen ausschließlich durch ihr polnisches Tochterunternehmen in Polen erbracht werden sollten. Dort sei ein

- 
- 25 Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (TVgG) vom 10.1. 2012, GVBl. NRW 2012, 2, § 4 Abs. 3: „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.“
- 26 Gesetz zur Gewährleistung von Tariftreue und Mindestentgelt bei öffentlichen Auftragsvergaben (LTTG) vom 1.12. 2010, GVBl. Rh.-Pf. 2010, 426, § 3 Abs. 1: „Soweit nicht nach § 4 Tariftreue gefordert werden kann, dürfen öffentliche Aufträge nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung der Leistung ein Entgelt von mindestens 8,70 Euro (brutto) pro Stunde zu zahlen (Mindestentgelt).“
- 27 EuGH 18.9. 2014 – C-549/13 Rn. 10 – Bundesdruckerei/Stadt Dortmund; dazu *Greiner/Henneken*, Verpflichtung zur Zahlung eines vergabespezifischen Mindestlohns im Rahmen einer Auftragsvergabe außerhalb des Anwendungsbereichs der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie, EuZA 8 (2015), 252.
- 28 OLG Koblenz 19.2. 2014 – 1 Verg 8/13, BeckRS 2014, 4986, Aktenzeichen beim EuGH C-115/14, ABLEU 2014 C 175/22 – RegioPost/Stadt Landau.

solches Mindestentgelt nicht vorgesehen und angesichts der herrschenden Lebensverhältnisse nicht üblich. Daraufhin wurde die Bundesdruckerei von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen<sup>29</sup>.

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 Richtlinie 96/71/EG der Regelung des § 4 Abs. 3 Satz 1 TVgG NRW 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<sup>30</sup>.

## 2. Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs

Der EuGH stellt zunächst fest, die Richtlinie 1996/71/EG sei im Fall der Bundesdruckerei – anders als in der Rechtssache Ruffert<sup>31</sup> – nicht anwendbar, da keine Entsendekonstellation vorliege, sondern die Arbeitnehmer des Nachunternehmers ausschließlich in dessen Heimatland tätig werden sollten<sup>32</sup>. Ein vergaberechtlicher Mindestlohn sei zwar eine Beschränkung i.S.d. Art. 56 AEUV. Sie könne auch grundsätzlich durch das Ziel des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt sein, 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 die im Rahmen öffentlicher Aufträge tätigen Arbeitnehmer“<sup>33</sup>.

Auf die Suche nach solchen Anhaltspunkten 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 Dienstleistungsfreiheit<sup>34</sup>.

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

30 EuGH 18.9. 2014 – C-549/13 Rn. 19 – Bundesdruckerei/Stadt Dortmund.

31 EuGH 3.4. 2008 – C-346/06 Rn. 13 ff. – Ruffert/Land Niedersachsen; s. dazu *Seifert*, EuZA 1 (2008), 526.

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

33 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 – Ruffert/Land Niedersachsen.

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

Das Urteil des EuGH kann aus europarechtlicher Sicht nicht überraschen. Das Entgeltgefälle innerhalb der EU ist, wie der EuGH im vorliegenden Urteil bestätigt, ein schützenswerter Wettbewerbsvorteil. Er darf durch Maßnahmen eines Hochlohnlands unter dem Aspekt des Arbeitnehmerschutzes außerhalb von Entsendefällen nicht nivelliert werden<sup>35</sup>. Allerdings wird durch die Bedingung, dass die Dienstleistung in dem Niedriglohnland erbracht werden muss, der unmittelbare Wirkungsbereich des Urteils auf wenige Konstellationen beschränkt bleiben<sup>36</sup>.

Ob der Vergabemindestlohn nach dem nordrhein-westfälischen TVgG auch gelten soll, wenn ein Fall der Arbeitnehmerentsendung im Sinne der Richtlinie 96/71/EG (Art. 1 Abs. 3) vorliegt, ist nicht ganz klar. Der einschlägige § 4 Abs. 3 Satz 1 TVgG NRW lässt sich auch dahin verstehen, dass er nur zur Anwendung kommt, wenn kein Fall der Arbeitnehmerentsendung aus dem Ausland vorliegt<sup>37</sup>. Folgt man dem, ließe sich die Vorschrift europarechtskonform so auslegen, dass sie reine Auslandskonstellationen nicht erfasst, so dass das TVgG NRW aus Anlass der Bundesdruckerei-Entscheidung nicht geändert werden müsste<sup>38</sup>.

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

Eindeutig ist dagegen die Rechtslage in Rheinland-Pfalz: Die Pfälzer richten ihren Mindestlohn-Salat auch an, wenn eine Entsendekonstellation vorliegt<sup>39</sup>. Der Vorbehalt in § 3 Abs. 1 LTTG zugunsten allgemeinverbindlicher Tarifverträge nach dem AEntG soll nur deutlich machen, dass höhere Entsendelöhne dem pfälzischen Mindestlohn von 8,70 € vorgehen<sup>40</sup>. Auf dieser Rechtsgrundlage hat das OLG Koblenz am 18.2. 2014 dem EuGH zur Vorabentscheidung die Frage vorgelegt, ob Art. 56 AEUV i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 96/71/EG der Regelung des Landestariftreuegesetzes entgegenstehe, wonach bei öffentlicher Auftragsvergabe – in Ermangelung höherer allgemeinverbindlicher Tarifentgelte – ein regionaler gesetzlicher Mindestlohn von 8,70 € zugrunde zu legen ist<sup>41</sup>.

---

35 *Greiner/Hennecken*, EuZA 8 (2015), 252, 258; *Forst*, Steht der vergaberechtliche Mindestlohn vor dem Aus?, NJW 2014, 3755, 3757.

36 *Hütter*, Reprise der Rs. Ruffert? – Der Vergabemindestlohn vor dem EuGH, ZESAR 2015, 170, 175.

37 *Windeln/Schäffer*, ArbRB 2013, 279; anderer Ansicht *Simon*, RdA 2014, 165, 166.

38 *Forst*, NJW 2014, 3755, 3758; *Greiner/Hennecken*, EuZA 8 (2015), 252, 261.

39 OLG Koblenz 19.2. 2014 – 1 Verg 8/13 (Fn. 28), I 1 der Gründe – Regio-Post/Stadt Landau.

40 Vgl. den Wortlaut des § 3 Abs. 1 LTTG: „Soweit nicht nach § 4 LTTG Tariftreue gefordert werden kann, ...“.

41 OLG Koblenz 19.2. 2014 – 1 Verg 8/13 (Fn. 28), II 1 des Beschlusses – Regio-Post/Stadt Landau.

## 1. Sachverhalt des Ausgangsfalls

Wie erwähnt, ist ein grenzüberschreitender Bezug des Ausgangsfalls weit und breit nicht zu erblicken: Die Stadt Landau in der Pfalz schrieb 2013 einen Rahmenvertrag für die Erbringung von Postdienstleistungen aus. Die RegioPost GmbH & Co. KG rügte die geforderte Mindestlohnklärung nach § 3 LTTG als vergaberechtswidrig<sup>42</sup>. Die Stadt half der Rüge nicht ab und erteilte zwei anderen Bietern den Zuschlag, die Mindestentgelterklärungen abgegeben hatten. Auf sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer musste der Vergabesenat des OLG Koblenz im Vergabenachprüfungsverfahren entscheiden<sup>43</sup>.

Der Vorabentscheidungsantrag in Sachen RegioPost/Stadt Landau ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass in der Literatur schon die Zulässigkeit der Vorlage in Sachen Bundesdruckerei/Stadt Dortmund umstritten war. Es wurde argumentiert, dass aufgrund der Eigenschaft des polnischen Nachunternehmers als 100 %-ige Tochtergesellschaft der Bundesdruckerei ein grenzüberschreitender Bezug fehle, so dass die Vorlage der Vergabekammer unzulässig sei<sup>44</sup>. Der EuGH hat sich davon nicht beeindrucken lassen<sup>45</sup> und zum erforderlichen Binnenmarktsachverhalt kein Wort verloren, sondern diesen als selbstverständlich angesehen.

In der Sache RegioPost/Stadt Landau liegt es aber anders, da die europäische Dienstleistungsfreiheit unmittelbar nicht betroffen ist, so dass die Vorlage den Charakter einer abstrakten Normenkontrolle hat, die Art. 267 AEUV nicht vorsieht<sup>46</sup>. Nach Ansicht des OLG Koblenz kommt es für seine Entscheidung auf die Auslegung des Unionsrechts an, weil sich die Frage, ob Art. 3 Abs. 1 LTTG als europarechtswidrig unangewendet bleiben müsse, „unabhängig von der Nationalität der am Vergabe- oder Nachprüfungsverfahren Beteiligten“ stelle<sup>47</sup>.

Das sieht die wohl herrschende Meinung im deutschen Schrifttum anders: Die Rüffert-Entscheidung hindere den Vergabegesetzgeber nicht daran, im reinen Inlandssachverhalt – ebenso wie gegenüber Bietern aus Dritt-

42 OLG Koblenz 19.2. 2014 – 1 Verg 8/13 (Fn. 28), unter I 3 der Gründe – RegioPost/Stadt Landau.

43 OLG Koblenz 19.2. 2014 – 1 Verg 8/13 (Fn. 28), unter I 4 der Gründe – RegioPost/Stadt Landau.

44 *Däubler*, NZA 2014, 694, 695.

45 *Greiner/Hennecken*, EuZA 8 (2015), 252, 254-256; *Forst*, NJW 2014, 3755, 3756.

46 *Däubler*, NZA 2014, 694, 695; ebenso wohl *Greiner*, ZIP 2011, 2129, 2130; *Krebber*, EuZA 6 (2013), 435, 442; *Thüsing/Granetzny*, Noch einmal: Was folgt aus Rüffert?, NZA 2009, 183, 185.

47 OLG Koblenz 19.2. 2014 – 1 Verg 8/13 (Fn. 28), unter II 3 a der Gründe – RegioPost/Stadt Landau.

staaten<sup>48</sup> – eine Tariftreueerklärung nach dem Muster der „alten“ Vergabegesetze zu verlangen<sup>49</sup>. *Löwisch* und *Rieble* fügen lediglich hinzu, es stelle sich „die schwierige Frage der Verfassungsmäßigkeit der darin liegenden Inländerdiskriminierung“<sup>50</sup>. Das ist aber keine Frage, die dem EuGH vorgelegt werden kann.

## 2. Die zu erwartende Entscheidung

Sollte der EuGH – wofür angesichts der großzügigen Handhabung des „grenzüberschreitenden Bezugs“ Einiges spricht<sup>51</sup> – für die Zulässigkeit der Vorlage votieren, wird er sich schwertun, die Argumentation des OLG Koblenz in der Sache von der Hand zu weisen. Zwar erlaubt Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 96/71/EG den Mitgliedstaaten, Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen – in den sachlichen Grenzen des Art. 3 Abs. 1 lit. a-g – „durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften“ international verbindlich zu machen. Davon haben die Bundesländer in der „zweiten Welle“ der Vergabegesetze nach Ruffert auch ersichtlich Gebrauch machen wollen<sup>52</sup>. Damit scheint die Rechtsquellenproblematik gelöst.

Aber auch die Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit durch die zweite Generation der Vergabegesetze bedürfen der Rechtfertigung durch ein zwingendes Allgemeininteresse. Insoweit ist nach wie vor nicht zu erkennen, wieso Arbeitnehmer nur bei der Abarbeitung öffentlicher Aufträge, nicht aber im privaten Sektor schutzwürdig sein sollen<sup>53</sup>. Wenn argumentiert wird, nach Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 96/71/EG müssten nur Tarifverträge, nicht aber Rechtsvorschriften allgemeinverbindlich sein<sup>54</sup>, werden zwei zu trennende Fragestellungen vermengt: Diese „Allgemeinverbindlichkeit“ ist nicht gemeint, wenn es darum geht, ob im öffentlichen

---

48 *Löwisch/Rieble* (Fn. 1), § 5 TVG Rn. 271.

49 *Forst*, NJW 2014, 3755, 3758; *Thüsing/Granetzny*, NZA 2009, 183; anderer Ansicht *Bayreuther*, Inländerdiskriminierung bei Tariftreueerklärungen im Vergaberecht, EuZW 2009, 102.

50 *Löwisch/Rieble* (Fn. 1), § 5 TVG Rn. 271.

51 Bei Rückwirkungen der betreffenden Regelung auf die Tätigkeit von Personen aus dem Ausland kann der grenzüberschreitende Charakter des Sachverhalts auch zu bejahen sein, wenn alle Sachverhaltselemente im Inland angesiedelt sind: *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 18 AEUV Rn. 32.

52 *Greiner*, ZIP 2011, 2129, 2135; *Krebber*, EuZA 6 (2013), 435, 439; *Rieble/Latzel* (Fn. 51), Rn. 310.

53 *Forst*, NJW 2014, 3755, 3757; *Greiner/Hennecken*, EuZA 8 (2015), 252, 262.

54 *Däubler*, Sind die Mindestlohnvorgaben des TVgG NRW für öffentliche Auftragnehmer und deren Nachunternehmer mit dem Unionsrecht vereinbar?, Rechtsgutachten im Auftrag des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts (WSI) der Hans Böckler Stiftung, 2014, S. 15.

Sektor durch Tariftreueerfordernisse ein Reservat für inländische Anbieter geschaffen werden kann<sup>55</sup>.

Allerdings könnte nach Inkrafttreten des (Bundes-) Mindestlohngesetzes am 1.1. 2015 argumentiert werden, ein geringfügiges Mindestlohn-Plus bei öffentlichen Aufträgen – in Höhe von 12 Cent in Nordrhein-Westfalen (Stand 2014) und 20 Cent in Rheinland-Pfalz (Stand 2013) – sei kein relevantes Hindernis für die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit<sup>56</sup>. Jedoch hat der EuGH solche Erheblichkeitsbetrachtungen („*de minimis non curat praetor*“) meist abgelehnt<sup>57</sup>. Das Inkrafttreten des § 1 MiLoG ändert daher wohl nichts an der Ruffert-Bewertung<sup>58</sup>. Sollte der EuGH die Vorlage des OLG Koblenz für zulässig erachten, wäre das Urteil in der Sache mit Spannung zu erwarten.

## V. Dienstleistungsfreiheit und gesetzlicher Mindestlohn

Nichtsdestotrotz ist die Tariftreueproblematik – ebenso wie das Thema „Arbeitnehmerentsendung“ – durch das Inkrafttreten des gesetzlichen Mindestlohns zum 1.1. 2015 entschärft worden. Nach § 20 MiLoG sind Arbeitgeber mit Sitz im In- oder Ausland verpflichtet, ihren im Inland beschäftigten Arbeitnehmern ein Arbeitsentgelt von mindestens 8,50 € je Zeitstunde zu bezahlen<sup>59</sup>. Die Vorschrift gibt – unabhängig von den Regelungen des AEntG – jedem Arbeitnehmer, der in Deutschland arbeitet, gegen seinen Arbeitgeber einen gesetzlichen Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn<sup>60</sup>. § 20 MiLoG ist eine Eingriffsnorm i.S.d. Art. 9 Rom I-Verordnung<sup>61</sup>: Es kommt für den gesetzlichen Mindestlohn nicht darauf an, nach welchem Recht sich der vertragliche Anspruch auf die Vergütung richtet, d.h. welcher Rechtsordnung der Arbeitsvertrag unterliegt.

55 OLG Koblenz 19.2. 2014 – 1 Verg 8/13 (Fn. 28), unter II 3 e der Gründe – RegioPost/Stadt Landau.

56 Ende 2014 betrug der vergabespezifische Mindestlohn in Nordrhein-Westfalen 8,62 €, in Bremen 8,80 €, in Rheinland-Pfalz 8,90 € und in Schleswig-Holstein 9,18 €: *Greiner/Hennecken*, EuZA 6 (2015), 252, 261.

57 Nur vereinzelt finden sich in der Rechtsprechung Hinweise auf ein Spürbarkeitskriterium bzw. eine *De minimis*-Regelung, nach der eine Beschränkung erst ab einer bestimmten Intensität der Wirkungen anzunehmen ist: *Kluth*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 51), Art. 56, 57 AEUV Rn. 57 am Ende.

58 EuGH 3.4. 2008 – C-346/06 Rn. 40 – Ruffert/Land Niedersachsen.

59 Die Anspruchsgrundlage für den gesetzlichen Mindestlohn ist § 1 Abs. 1, 2 i.V.m. § 20 MiLoG: *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2016, Rn. 241, 243.

60 *Bayreuther*, Der gesetzliche Mindestlohn, NZA 2014, 865, 867.

61 *Sittard*, Gilt das Mindestlohngesetz auch beim Kurzeinsatz in Deutschland?, NZA 2015, 78, 79.



## 1. Deutscher Arbeitgeber – Arbeitnehmer im Ausland

Dazu abschließend noch zwei Klarstellungen: Erstens ergibt ein Umkehrschluss aus § 20 MiLoG, dass Arbeitgeber mit Sitz in Deutschland ihren im Ausland beschäftigten Arbeitnehmern, für die Dauer der Auslandsbeschäftigung nicht den deutschen gesetzlichen Mindestlohn schulden<sup>62</sup>. Die Rechtslage unterscheidet sich insoweit von Ansprüchen aus deutschen Tarifverträgen: Für den räumlichen Geltungsbereich eines dem deutschen Recht unterliegenden Tarifvertrags kommt es – ebenso wie für die kollisionsrechtliche Anknüpfung eines Arbeitsvertrags<sup>63</sup> – auf den Ort an, an dem der Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses liegt. Das ist i.d.R. der Sitz des Betriebs, dem der Arbeitnehmer zugeordnet wird<sup>64</sup>. Für den gesetzlichen Mindestlohnanspruch ist der Anknüpfungspunkt ein anderer: Soweit nicht „Mindestlohn ohne Arbeit“ – wie z.B. mindestlohnpflichtiges Urlaubsentgelt<sup>65</sup> – in Rede steht, kommt es auf den konkreten, auch ganz kurzzeitigen tatsächlichen Arbeitsort des Arbeitnehmers an.

## 2. Ausländischer Arbeitgeber – Arbeitnehmer in Deutschland

Zweitens lässt sich dem deutschen MiLoG auch für den umgekehrten Fall – ausländischer Arbeitgeber, in Deutschland beschäftigter Arbeitnehmer – allenfalls eine Bagatellgrenze von einer Zeitstunde Inlandsarbeit entnehmen, wenn man § 1 Abs. 2 Satz 1 MiLoG buchstabengetreu auslegen möchte. Jenseits dieser Bagatellgrenze ist jede noch so kurzzeitige Arbeitnehmerleistung, die in Erfüllung eines Arbeitsvertrags in Deutschland erbracht wird, nach deutschem Recht mindestlohnpflichtig. Diese Feststellung richtet sich explizit gegen die Aussage „Der Mindestlohn gilt nicht auf der Durchreise!“<sup>66</sup> oder freirechtliche Schöpfungen wie den Rechtsgedanken, dass „der Arbeitnehmer jedenfalls mit einer gewissen Beständigkeit

---

62 *Löwisch*, Rechtsschutz gegen das Mindestlohngesetz, NZA 2014, 948 bei Fn. 4.

63 Art. 8 Abs. 2 Rom I-Verordnung: „Soweit das auf den Arbeitsvertrag anzuwendende Recht nicht durch Rechtswahl bestimmt ist, unterliegt der Arbeitsvertrag dem Recht des Staates, in dem oder andernfalls von dem aus der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Der Staat, in dem die Arbeit gewöhnlich verrichtet wird, wechselt nicht, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend in einem anderen Staat verrichtet.“

64 Genauer: auf den Sitz des Betriebs, dem der Arbeitnehmer arbeitsorganisatorisch zugeordnet ist, der seine Arbeitseinsätze plant und koordiniert, von dem aus er tätig wird und von dem er Weisungen für seine Arbeit erhält: BAG 25.6.1998 – 6 AZR 475/96, AP Nr. 1 zu § 1 BAT-O = NZA 1999, 274, 275.

65 *Franzen*, in: ErfK (Fn. 23), § 1 MiLoG Rn. 20.

66 *Moll/Katerndahl*, Deutscher Mindestlohn auf der „Durchreise“?, DB 2015, 555, 560.

in Deutschland tätig<sup>67</sup> sein müsse. Davon steht nichts im Gesetz, und es entspricht auch nicht dem Willen des Gesetzgebers.

Anders kann die Rechtslage nach dem AEntG sein: Unter bestimmten Voraussetzungen erklärt § 6 Abs. 1 AEntG die Mindestentgeltsätze nach § 2 Nr. 1 AEntG erst nach einer Entsendedauer von acht Tagen für zwingend<sup>68</sup>. Das hat aber mit dem gesetzlichen Mindestlohn nach § 1 Abs. 1, 2 i.V.m. § 20 MiLoG nichts zu tun. In der Praxis hat die Bundesregierung die Kontrolle von Transitfahrten durch Deutschland – noch bevor sie richtig angefangen hat – zur europarechtlichen Prüfung des Sachverhalts ausgesetzt. Das gilt allerdings nicht für grenzüberschreitenden Güterkraftverkehr mit Be- oder Entladung in Deutschland<sup>69</sup>.

Unter den Gesichtspunkten der Dienstleistungs- und der Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 ff., 56 AEUV) dürfte die europarechtliche Prüfung jedoch weitgehende Unbedenklichkeit ergeben, wenn man die Entscheidung Bundesdruckerei/Stadt Dortmund zugrunde legt. Der EuGH betrachtet – wie gesehen – das Mindestentgelt vor dem Hintergrund der Lebenshaltungskosten im Tätigkeitsland<sup>70</sup>. Wenn die Arbeitsleistung komplett im Ausland stattfindet (wie im Bundesdruckerei-Fall), fehlt in der Tat der Bezug zu den Lebenshaltungskosten der Bundesrepublik Deutschland, nicht aber, wenn ein entsandter Arbeitnehmer kurzzeitig in Deutschland arbeitet oder ein Kraftfahrer Deutschland durchquert.

Einschlägig für die europarechtliche Bewertung ist der Fall Strafverfahren gegen Mazzoleni und ISA: Ein Einkaufszentrum in einer belgischen Kleinstadt nahe der französischen Grenze hatte mit dem Kampf gegen Ladendiebstahl ein französisches Sicherheitsunternehmen beauftragt, das die entsandten Kaufhausdetektive in Teilzeit einsetzte und täglich austauschte, damit sie von der kleinstädtischen Kundschaft nicht so rasch als Sicherheitspersonal erkannt wurden. Eine Razzia brachte an den Tag, dass die entsandten Detektive weniger als den Mindestlohn nach dem allge-

---

67 *Sittard*, NZA 2015, 78, 81.

68 § 6 Abs. 1 AEntG: „Dieser Abschnitt findet keine Anwendung auf Erstmontage- oder Einbauarbeiten, die Bestandteil eines Liefervertrages sind, für die Inbetriebnahme der gelieferten Güter unerlässlich sind und von Facharbeitern oder Facharbeiterinnen oder angelernten Arbeitern oder Arbeiterinnen des Lieferunternehmens ausgeführt werden, wenn die Dauer der Entsendung acht Tage nicht übersteigt. Satz 1 gilt nicht für Bauleistungen im Sinne des § 101 Abs. 2 SGB III und nicht für Arbeitsbedingungen nach § 5 Nr. 4 AEntG.“

69 BMAS-Mitteilung vom 30.1. 2015, zitiert nach *Moll/Katerndahl*, DB 2015, 555, 560.

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

meinverbindlichen Tarifvertrag für in Belgien tätige Wachdienstunternehmen erhielten<sup>71</sup>.

Da ein solcher Mindestlohnverstoß nach belgischem Recht strafbar war, wurden das französische Wachdienstunternehmen (ISA) und ihr Geschäftsführer (Mazzoleni) vor einem belgischen Gericht in Strafsachen angeklagt. Die Umsetzungsfrist für die Richtlinie 96/71/EG war damals noch nicht abgelaufen und die Richtlinie in Belgien auch noch nicht umgesetzt. Daher hatte der EuGH auf Vorlage des belgischen Gerichts nur zu prüfen, ob die Dienstleistungsfreiheit gemäß dem Primärrecht der EU der Anwendung örtlicher Mindestlohnsätze bei ganz kurzfristigen Entsendungen entgegenstehen kann<sup>72</sup>.

Der Gerichtshof verneinte diese Frage, jedoch mit dem Zusatz, die Anwendung von Mindestlohnvorschriften könne sich „als unverhältnismäßig erweisen, wenn es sich um Beschäftigte eines Unternehmens mit Sitz in einer grenznahen Region handelt, die einen Teil ihrer Arbeit in Teilzeit für kurze Zeiträume“ in dem grenznahen anderen Mitgliedstaat erbringen<sup>73</sup>. Bei den typischen Durchreisefällen sind die beiden Voraussetzungen „grenznahe Unternehmen“ und „Teilzeitbeschäftigung“ nicht erfüllt, so dass Art. 56 AEUV der Anwendung des § 1 MiLoG nicht entgegensteht<sup>74</sup>.

Europarechtswidrig können allerdings Dokumentationspflichten oder sonstiger, mit dem deutschen Mindestlohn verbundener Bürokratieaufwand sein, wenn dieser Aufwand Personen aus anderen Mitgliedstaaten davon abhält, in Deutschland Dienstleistungen zu erbringen oder die Warenverkehrsfreiheit zu nutzen<sup>75</sup>. Von daher mag es europarechtlich geboten sein, bestimmte Kontrollen unbürokratischer auszugestalten. Das ändert aber grundsätzlich nichts an der Mindestlohnpflicht auf der Durchreise.

---

71 EuGH 15.3. 2001 – C-165/98 Rn. 8 ff. – Mazzoleni und ISA; allgemein *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2011, § 9 Rn. 24-28.

72 EuGH 15.3. 2001 – C-165/98 Rn. 16 ff. – Mazzoleni und ISA; siehe dazu *Feuerborn*, Kurzzeitentsendung und Mindestlohn, EWiR Art. 59 EGV 1/2001, 475; *Franzen*, Kurzzeitige Arbeitnehmerentsendung und Dienstleistungsfreiheit, IPRax 2002, 186; *Junker*, Europäisches Arbeitsrecht 2000-2002, RIW 2003, 698, 706.

73 EuGH 15.3. 2001 – C-165/98 Rn. 41 – Mazzoleni und ISA; bestätigt in EuGH 24.1. 2002 – C-164/99 Rn. 26 ff. – Portugaia Construções; dazu *Singer/Büsing*, Arbeitnehmer-Entsendegesetz – Dienstleistungsfreiheit – Mindestlohn, SAE 2003, 35; siehe zu dem Urteil *Junker*, RIW 2003, 698, 707.

74 Siehe auch *Fuchs/Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2014, S. 544-545.

75 Insoweit zutreffend *Sittard*, NZA 2015, 78, 81; allgemein *Krebber*, EuZA 6 (2013), 435, 453.

## **Diskussion**

### **Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:**

*Abbo*, ganz herzlichen Dank für den wunderbaren Vortrag. Ich darf sofort die Diskussion eröffnen und um Wortmeldungen bitten.

### **Dr. Uta Hein, Ministerium für Soziales, Arbeit, Gesundheit und Demografie Rheinland-Pfalz, Mainz:**

Insofern haben Sie gerade über unser Gesetz geredet und daher möchte ich kurz mitreden. Wir hatten letzte Woche Verhandlung vor dem EuGH, mündliche Verhandlung in unserem RegioPost-Verfahren und ich teile Ihre Einschätzung, dass es spannend bleibt. Der EuGH hat, wenn er eine Tendenz hat, sie zumindest in der mündlichen Verhandlung noch nicht zu erkennen gegeben. Die Fragen waren sehr offen. Es ging um das Verhältnis private/öffentliche Aufträge. So gab es eine Nachfrage zu der Gesetzgebungskompetenz: Ob denn das Land Rheinland-Pfalz auch für private Aufträge einen Mindestlohn hätte regeln können, was aufgrund der Gesetzgebungskompetenzen nicht möglich gewesen wäre. Es ging auch um das Verhältnis Entsenderichtlinie – Dienstleistungsfreiheit. Hierzu kam eine Nachfrage, ob es die Wirksamkeit der Entsenderichtlinie nicht einschränken würde, wenn man nach deren Prüfung noch einmal in die Dienstleistungsfreiheit hineingehen würde. Dies war eher in dem Sinne: Ist die Entsenderichtlinie da nicht abschließend? Es ging auch um das Verhältnis Bundesmindestlohn und Landesmindestlohn, wobei man sagen muss, dass es zu dem Zeitpunkt des dem EuGH-Verfahren zugrunde liegenden Verfahrens den Bundesmindestlohn noch nicht gab. Hier wurde eine Tendenz geäußert, dass die geringen Unterschiede zwischen dem Mindestentgelt nach dem rheinland-pfälzischen Landestariftreuegesetz und dem Bundesmindestlohn als nicht erheblich angesehen werden müssen. Das war es insofern: Es bleibt spannend.

### **Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:**

Ganz herzlichen Dank, Frau *Hein*. Eine Gegenfrage: Hält der Europäische Gerichtshof, nach dem, was Sie erfahren haben, die Vorlage des OLG Koblenz für zulässig oder ist dieses Thema in der Diskussion? Ist die Frage der Zulässigkeit abschließend beantwortet?

**Uta Hein:**

Das war in der mündlichen Verhandlung kein Thema. Das war in den Stellungnahmen Thema, aber der EuGH hat sich zu diesem Punkt nicht geäußert.

**Abbo Junker:**

Da bleibt mir nur der Kommentar: Es ist immer wieder erstaunlich, in welchem Maße der EuGH einen Binnenmarktsachverhalt offenbar annimmt und in welchem Umfang er seine Prüfungskompetenz ausdehnt.

**Richard Giesen:**

Rheinland-Pfalz eben.

**Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München**

Ich habe nur eine klitzekleine Frage, die vielleicht auch zu böse ist. Als ehemaliger Mannheimer halte ich natürlich das Binnenschiffverkehrsrecht immer hoch. Soweit ich mich entsinnen kann, ist in der Mannheimer Akte genau dieses Problem gesehen worden, dass ein Binnenschiffer, der ja gar nicht genau weiß, wo die Landesgrenze auf dem Rhein ist, deswegen einem einheitlichen grenzübergreifenden Regime unterstellt wird, damit man nicht protokollieren muss, welche Arbeitsrechtsordnung gerade gilt. Das ist bei den Straßen sicherlich nicht das Problem, aber im Binnenschiffverkehrsbereich wird das mit dem Mindestlohn auch praktisch, und dann kann man sich überlegen, ob der deutsche Mindestlohn mit einem umfassenden Geltungsanspruch womöglich gegen den völkerrechtlichen Vertrag der Mannheimer Akte verstößt.

**Abbo Junker:**

Da würde ich aus Rechtsgründen sagen: Es gibt in den europäischen Rechtsakten auch Vorbehalte gegenüber völkerrechtlichen Verträgen der Mitgliedstaaten. Diese werden nicht komplett durch Europarecht verdrängt. Das ist unstrittig für die Rom I-Verordnung, die ja auch in Art. 8 Anknüpfungspunkte hat für Arbeitsverhältnisse. Es steht am Ende der Rom I-Verordnung, dass bestehende völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten in einzelnen Sektoren von dieser Verordnung nicht beeinflusst werden. Im Güterkraftverkehr gibt es so etwas wie die Rheinische Akte nicht, sondern man muss darüber nachdenken, was passiert, wenn

ein polnischer LKW-Fahrer regelmäßig von Krakau nach Nordfrankreich fährt und somit erhebliche Teile seiner Arbeitszeit auf deutschen Straßen verbringt. Ist er nicht für diese Zeit mindestlohnpflichtig?

**Volker Rieble:**

Wenn ich dem folge, hieße das aber auch, dass die Stewardess im polnischen Flieger, solange sie im deutschen Luftraum weilt, dann auch Mindestlohn bekommt durch den bloßen Überflug, was bei einer Stewardess vielleicht nicht so praktisch wird. Da gibt es keine Unterschiede in Straßen und Luftraum.

**Abbo Junker:**

Das würde ich auch so sehen. Sobald sie in den deutschen Luftraum eintreten, unterliegen sie dem deutschen Mindestlohn. Das wird aber nicht praktisch, weil mir kein Flugbegleiter bekannt ist, der unter 8,50 € verdient. Von daher ist es eine rein theoretische Frage.

**Richard Giesen:**

An dieser Stelle möchte ich kurz eingreifen. Ich möchte hinweisen auf die Entscheidung des EuGH im Fall Mazzoleni aus dem Jahr 2003. Da gab es einen Mindestlohn in Frankreich und ein belgischer Sicherheitsunternehmer hat tageweise seine Leute nach Frankreich geschickt. Er wurde wegen Nichtzahlung des Mindestlohns, nicht wegen Verletzung von Überwachungsregeln, sondern wegen Nichtzahlung des Mindestlohns, angeklagt, strafrechtlich. Der EuGH hat die Anwendung des Mindestlohns, sogar tageweise, als Verletzung von Art. 56 AEUV angesehen. Deswegen habe ich im Editorial von „Fachanwalt Arbeitsrecht“ und auch demnächst in polnischer Sprache, allerdings in der berühmten Zeitschrift „Transport Manager“, einen Artikel geschrieben, in welchem ich an den Fall Mazzoleni erinnere und die Meinung äußere, dass es eigentlich nicht sein kann, dass ein Lastwagenfahrer, der beispielsweise von Tallinn nach Bologna fährt, auf dem Weg acht unterschiedlichen – theoretisch wäre das denkbar – Mindestlohnregeln unterliegt. Das hat der EuGH in dieser Mazzoleni-Entscheidung wohl ausgeschlossen.

**Abbo Junker:**

Das habe ich schon gesehen, aber das war vor Ruffert und vor der Anknüpfung der Frage, was zum Sozialschutz erlaubt ist, an die Lebenshaltungskosten am Ort. Man muss sehen, dass man eine Bagatellgrenze einführen kann, aber nicht aus dem deutschen Recht heraus. Der Wille des deutschen Gesetzgebers scheint mir klar zu sein und aus dem Europarecht kann ich die Grenze auch nicht entnehmen, weil die Urteile Ruffert und Bundesdruckerei von einem territorialen Denken geprägt sind. Dieses würde auch auf das deutsche Mindestlohngesetz Anwendung finden. Ich finde es auch rechtspolitisch nicht falsch: Warum sollen deutsche Spediteure, die in Deutschland herumfahren, den Mindestlohn bezahlen müssen, und Spediteure aus anderen Ländern nicht? Umgekehrt muss man sehen, dass bei Auslandsentsendung der Mindestlohn nicht geschuldet wird, was aber eher eine theoretische Frage ist, weil ich mir wiederum keine Entsendekonstellation vorstellen kann, die im Mindestlohnsektor stattfindet. Dass Billiglöhner aus Deutschland im Ausland eingesetzt werden, ist eher eine theoretische Überlegung. Aber den umgekehrten Fall gibt es und es ist des Nachdenkens wert, dass man hier eine Gleichbehandlung hat und nicht irgendwelche weichen Kriterien. Es wäre jedenfalls aus der Sicht der deutschen Wirtschaft eher wünschenswert, zu einer Gleichbehandlung von Arbeitnehmern zu kommen, die für ausländische Arbeitgeber in Deutschland arbeiten. Das Gesetz sagt ganz eindeutig, ohne Bagatellgrenze: Mindestlohnpflichtig sind Arbeitnehmer mit Sitz im In- oder Ausland für ihre in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer. Da muss man erst einmal argumentieren, dass dort eine Zeitbegrenzung drin steckt. Die Mazzoleni-Entscheidung liegt anders, weil es damals nicht die Rechtsprechung in Sachen Ruffert und Bundesdruckerei gegeben hat, die in eine andere Richtung weist.

**Professor Dr. Martin Burgi, Ludwig-Maximilians-Universität München:**

Mit Blick auf die Frage des grenzüberschreitenden Bezugs bin nicht so skeptisch, weil es bei dem Fall des OLG Koblenz in der Sache, um die Europarechtskonformität des Tariftreuegesetzes Rheinland-Pfalz geht, welches eindeutig einen grenzüberschreitenden Kontext aufweist. Es sendet nämlich an jeden an einem öffentlichen Auftrag Interessierten im In- aber auch im Ausland die Aussage, dass dieser sich bewerben kann, er aber bei der Auftragsausführung einen gesetzlich festgelegten Mindestlohn an seine Arbeitnehmer zahlen muss. Zwar waren in dem vom OLG Koblenz behandelten Fall ausschließlich allein in Deutschland tätige Bieter beteiligt, aber auch in dieser Konstellation ist es denkbar, dass die durchgeführte europaweite Ausschreibung potenzielle Bieter aus anderen

Mitgliedstaaten der EU aufgrund des Mindestlohnfordernisses bereits von der Abgabe eines Angebots abgehalten hat. Deswegen glaube ich nicht, dass der EuGH das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Sachverhalts verneinen wird.

Mich würde meinerseits Ihre arbeitsrechtliche Einschätzung zu der Entscheidung des EuGH vom 12.2. 2015 (C-396/13) interessieren, in der es um die Frage ging, ob in Finnland tätige polnische Arbeitnehmer Anspruch auf den in Finnland geltenden Mindestlohn haben. Ich bin darauf gestoßen, weil in der Literatur angemerkt wurde, dass dieses Urteil zu einer veränderten Beurteilung der Tariftreuerregelungen führen könne.

Der EuGH deutet in besagter Entscheidung an, dass es neben dem Arbeitnehmerschutz noch einen zweiten Rechtfertigungsgrund geben könnte. Lässt der EuGH Ihrer Einschätzung nach an dieser Stelle tatsächlich anklingen, dass es auch ein legitimes politisches Ziel sein kann, einem Verdrängungswettbewerb über Lohnkosten entgegenzusteuern?

**Abbo Junker:**

Ich habe mich mit diesem Urteil auch beschäftigt. Dieses Urteil liegt in der Tat quer mit dem, was ich hier vorgetragen habe. Wenn man das EuGH-Urteil wirklich ernst nimmt, kann man die gesamte Lohnskala von Tarifverträgen international verbindlich machen. Das kann eigentlich nicht sein. Insofern bedarf dieses Urteil näherer Analyse, und das Interessante am EuGH ist, dass er wie eine Wundertüte ist. Man fasst hinein und findet plötzlich etwas ganz anderes als erwartet. Im letzten Jahr spielte das Urteil *Alemo-Herron* eine Rolle: Unternehmerfreiheit vor Weitergeltung von Tarifverträgen nach Betriebsübergang. Das war auch total überraschend.

**Volker Rieble:**

Herr *Latzel*, wollten Sie FNV Kunsten vorstellen? Nur ein Hinweis, Herr *Burgi*. Die Frage, ob man Sozialdumping – wie das heutzutage heißt – nach europäischem Recht abwehren können soll, hat interessanterweise in der kartellrechtlichen Entscheidung FNV Kunsten eine Rolle gespielt. Dort hat eine holländische Gewerkschaft Mindestlöhne für selbständige Aushilfskünstler festsetzen wollen, damit die selbständigen Aushilfskünstler den tarifgebundenen Arbeitnehmern keine Unterbietungskonkurrenz machen können und der Generalanwalt hat in seinem Plädoyer gesagt, hier sei die Kartellrechtsimmunität des Tarifvertrags zu erweitern, um Sozialdumping abzuwehren. Der EuGH hat diesen Vorstoß, die Unmittelbarkeit aufzuweichen, vollkommen ignoriert. Das kommt in der Entscheidung



gar nicht zum Tragen. Das heißt, die Entscheidung versteht nur, wer den Schlussvortrag gelesen hat. Das Entscheidende ist dort, was der EuGH nicht sagt. Natürlich geht es um etwas anderes. Hier geht es um die Frage, ob der Staat Wettbewerbsgleichheit schaffen kann, dort ging es um die Frage, ob Tarifverträge das autonom bewirken können. Aber ich glaube, im Kern würde der EuGH mit einer solchen Sozialdumping-Variante sein Ruffert-Konzept vollständig aufgeben, weil dann auch keine Begrenzung mehr möglich ist. Wettbewerb ist überall und dann wäre letztlich der natürliche Wettbewerbsvorteil standortfremder Löhne und sonstiger Arbeitsbedingungen – kein Betriebsrat in der Schweiz, kein starker Kündigungsschutz usw. – könnte man alles unterminieren und dann über nationale Gesetzgebung letztlich über Tariftreue- oder Vergaberechtsvorgaben in interne Willensbildung anderer Länder eingreifen. Und das wird ein Problem. Es ist ja schon ein Problem bei den Kernarbeitsnormen. Irgendein asiatisches Land hat gesagt: „Wir brauchen Kinderarbeit, denn die Kinder verhungern sonst. Kinderarbeit ist besser als verhungern.“ Das geht natürlich mit den ILO-Kernarbeitsnormen hier nicht überein. Ich glaube auch da letztlich, was der EuGH sagt ist eine Wundertüte; was das BAG sagt ist für uns Arbeitsrechtler nicht so eine Wundertüte, weil wir die politische Agenda des BAG kennen und die des EuGH nicht. Aus Sicht der Rechtsförmigkeit ist das vom Wundertütingehalt her kein Unterschied.

**Richard Giesen:**

Es hat auch in früheren Entscheidungen diesen Gesichtspunkt gegeben, nicht nur die Entsandten zu schützen, sondern auch unsere hier Beschäftigten, damit ihre Löhne nicht unter Druck gebracht werden. Das muss kein Marktstrukturargument sein, sondern auch ein Sozialschutzargument.

**Dr. Clemens Latzel, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:**

Eine kurze Anmerkung und eine Frage. Die kurze Anmerkung bezieht sich darauf, dass der EuGH in bestimmten Konstellationen auch dann entscheidet, wenn Unionsrecht nicht anwendbar ist. Das macht er auch transparent. Dazu zählen zum Beispiel die Fälle, in denen im nationalen Recht die Inländerdiskriminierung ausgeschlossen wird oder in denen Unionsrecht überschießend umgesetzt wurde sowie die Konstellation, die Professor *Burgi* gerade nannte, dass durch nationales Recht ausländische Dienstleister eventuell behindert werden könnten, sich in diesem Mitgliedstaat wirtschaftlich zu betätigen, auch wenn das im Ausgangsverfahren nicht unbedingt in Rede steht.

Nun zu meiner Frage: Die Ruffert-Entscheidung und alle Nachfolgeentscheidungen werden immer nur unter dem Mindestlohnstern gesehen. Aber gelten sie nicht auch für andere Arbeitsbedingungen? Ich habe vorhin schon mit den Quoten angefangen und bei dem Beispiel bleibe ich auch: Wäre eine Ausbildungsquote, die nur in Deutschland bei der Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, nicht bei der Ausführung privater Aufträge, trotz inkohärenter Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Interesse des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt? Und nehmen wir noch einmal ein schwierigeres Beispiel: Wie ist es mit der Schwerbehindertenquote nach SGB IX? Man muss eine Abgabe zahlen, wenn man die Quote nicht erfüllt. Angenommen, es wird jetzt bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die Einhaltung dieser Quoten nach dem SGB IX verlangt und zwar verbindlich verlangt, weil man sonst den Auftrag nicht bekommt, also als Ausführungsbedingung. Wäre das eine inkohärente Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, wenn diese Vorgaben sonst bei der Ausführung privater Aufträge fakultativ sind bzw. nur mit einer Ausgleichsabgabe belegt sind?

**Abbo Junker:**

Ich habe drei Bereiche aus dem Vortrag komplett herausgelassen: Das eine war die Personenbeförderung, das zweite war das Sanktionensystem, und das dritte waren die sonstigen Arbeitsbedingungen, weil alles drei Gegenstand von Vorträgen heute Nachmittag ist und mein Thema schon so weit ist, dass ich in diesem Bereich nicht auch noch wildern würde.

Noch einmal einen Satz zur Frage der Zulässigkeit dieser Vorlage. Ich habe schon etwas gestutzt, Herr *Burgi*, wenn man im Art. 267 AEUV liest. Es musste bei der Entscheidung des Gerichts auf die Vorabentscheidung des EuGH ankommen, und die ganz herrschende Meinung in Deutschland würde sagen: „Es kommt nicht darauf an, weil es völlig egal ist, ob in den Entsendekonstellationen diese Vorschrift unangewendet bleiben muss.“ Im rein nationalen Sachverhalt – so etwa *Löwisch* und *Rieble*, aber mit zahlreichen Nachweisen – bleibt es in jedem Fall bei der Landestariftreuepflicht, so dass man nach dem Stand der deutschen Literatur sagen muss, dass RegioPost auch dann den Rechtsstreit gegen die Stadt Landau nicht gewinnen kann, wenn der EuGH all das für unionsrechtswidrig hält. Aber ich habe gelernt, dass das weiter gesehen wird. So bilde ich mich hier auch fort.

**Dr. Andreas Neun, Rechtsanwälte Gleiss Lutz, Berlin:**

Ich möchte einen Aspekt beisteuern, der mir an der Entscheidung Bundesdruckerei/Stadt Dortmund nicht einleuchtet. Der Sachverhalt war

nicht der, dass die Ausschreibungsbedingungen vorgaben, dass die Leistungserbringung im Ausland zu erfolgen hat. Dies war vielmehr Inhalt des Rügeschreibens der Bundesdruckerei. Sie hatte sinngemäß gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber angekündigt: „Wir haben vor, einen Nachunternehmer einzuschalten, der die wesentlichen Leistungen für die Vertragsausführung in Polen erbringen wird.“ Der Fall lag also so, dass hinsichtlich des Ortes der Leistungserbringung in den Ausschreibungsbedingungen gar keine Vorgaben enthalten waren. Jetzt ist es doch aber so, dass in der Sekunde, in der die Verpflichtungserklärung zur Tariftreue auftraggeberseitig zu prüfen ist, überhaupt noch keine Vereinbarung über den Ort der Leistungserbringung geschlossen ist. Der Auftraggeber müsste also unterstellen, dass das, was in dieser Rüge steht (Erbringung wesentlicher Teilleistungen in Polen), tatsächlich auch eintritt. Mit dieser Unterstellung hätte ich aber ein Problem, weil vor Zuschlag keine durchsetzbare vertragliche Grundlage für diese Annahme (Leistungserbringung in Polen) existiert.

**Abbo Junker:**

Das habe ich so als Problem nicht gesehen, weil ich denke, das Land Nordrhein-Westfalen hätte richtig gehandelt, wenn es in das Formular der Tariftreueerklärung einen Passus aufgenommen hätte, der sagt: „Dieses gilt nicht, soweit die Dienstleistung im Ausland erbracht wird.“

**Andreas Neun:**

Es ist nur so, dass in einem offenen Verfahren ein Verbandsverbot gilt. So ohne weiteres lassen sich zusätzliche Auftragsbedingungen also nicht mehr in das Verfahren einsteuern. Nehmen wir einmal an, die Bundesdruckerei hätte den Auftrag bekommen, weil die Stadt Dortmund die Haltung der Bundesdruckerei, wonach das TVgG NRW hier keine Anwendung finden darf, akzeptiert hätte, und die Leistungen wären sodann (entgegen der im Rügeschreiben erklärten Absicht) in Deutschland erbracht worden. Dann hätte die Stadt Dortmund jedenfalls *vertraglich* keine Handhabe gehabt, die Einhaltung des TVgG NRW einzufordern. Denn die Bundesdruckerei hätte dann ja gerade keine durchsetzbare Tariftreueerklärung gegenüber der Stadt Dortmund abgegeben.

**Abbo Junker:**

Das habe ich verstanden und das ist in der Tat auch ein Argument für die Mindermeinung, die sagt, dass mit dem Fall der Dienstleistungserbringung im Ausland die gesamte Tariftreueerklärung wegfällt, weil sie keinen

Sinn mehr ergibt. Aber ich würde nicht denken, dass sich Ihre Intervention gegen die Richtigkeit des EuGH-Urteils richtet, sondern nur gegen die Handhabung im deutschen Verfahren.

**Richard Giesen:**

Das Ergebnis wäre, dass die Tariftreue in dem Fall greift, in dem tatsächlich die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Soweit aufgrund Internationalen Privatrechts unter Anwendung der Vorgaben der Dienstleistungsfreiheit das nicht der Fall ist, ist dann dementsprechend auch gar kein Anwendungsfall für die Tariftreueerklärung gegeben.

**Volker Rieble:**

Ich glaube, dass man das nicht auseinanderdividieren darf, Vergabebedingung und nachgeschaltete Wahl eines ausländischen Erfüllungsgehilfen, sondern wenn ich eine Nachunternehmerverpflichtung habe in der Vergabebedingung und sie ist unbeschränkt formuliert, hat sie Weltgeltungsanspruch, weil es nicht außergewöhnlich ist, dass man Erfüllungsgehilfen hinzuzieht. In dieser Weite ist sie konstitutiv und ist damit letztlich europarechtswidrig. Wenn bei der Vergabe der öffentliche Auftraggeber das richtig machen möchte, muss er eine Tariftreue für den deutschen Mindestlohn oder den allgemeinverbindlichen Tariflohn im Rahmen des Geltungsbereichs deutscher Gesetze oder des Tarifvertrags verordnen. Es ist auch kein Zufall, dass sich die ganze Mindestlohngeschichte historisch an den ortsgebundenen Dienstleistungen entwickelt hat. Ein Bauwerk können Sie nicht im Ausland errichten und hierher fahren, und Verkehrsdienstleistungen sind auch nur beschränkt transportabel. Jetzt versucht man, im Rahmen der Tariftreue auch auf ausländische Produktionen, die Einschaltung von ausländischen Subunternehmen zuzugreifen, und das geht genau nicht, weil damit deren zentraler Wettbewerbsvorteil beseitigt wird. Darauf muss der öffentliche Auftraggeber schon in der Ausschreibung Rücksicht nehmen, denn so außergewöhnlich ist das nicht, dass man Subunternehmer – auch im Ausland – hat.

**Richard Giesen:**

Die Begründung würde ich auswechseln: Es geht nicht um die Beeinträchtigung von Wettbewerbsvorteilen, sondern um die Doppelanwendung von Regeln. Diese ist gegeben, wenn ich als Staat in ein fremdes Land hineinregiere und die dortigen Produktions- und Dienstleistungsbedingungen steuere. Darum geht es, und das ist auch der Sinn der entsprechenden Rechtsprechung zu Art. 56 AEUV. Wir beschränken doppelt, während an-

dere etwas vorgeben. Es geht nicht um die Sicherung von Wettbewerbsvorteilen, das ist jedes Standorts eigenes Problem.

Ganz herzlichen Dank für den schönen Vortrag, danke Ihnen für die Diskussion. Wir sehen uns wieder in 35 Minuten.



---

# Arbeitsplatzbezogene Anforderungen nach den Landesvergabege- setzen

*Marc Gabriel*

	Seite
I. Einführung.....	72
1. Rechtsrahmen des Vergaberechts und Gestaltungsspiel- raum der Länder.....	72
2. Übersicht über arbeitsplatzbezogene Anforderungen in den Landesvergabegeetzen.....	75
II. Mindestlohn- und Tariftreueregelungen .....	77
1. Konstitutive Tariftreueregelungen .....	77
2. Deklaratorische Tariftreueregelungen und der Fall Bundes- druckerei.....	78
3. Vergabespezifischer Mindestlohn.....	79
4. Praxisprobleme .....	82
III. ILO-Kernarbeitsnormen .....	82
1. Rechtsgrundlagen .....	82
2. Allgemeines zur Anwendung.....	83
3. Praxisproblem: Nachweispflicht .....	85
4. Auftragsbezug.....	86
IV. Soziale Kriterien .....	87
1. Allgemeines .....	87
2. Beispiel: § 11 NTVergG .....	87
3. Auftragsbezug.....	88
V. Ausblick: Auswirkungen der EU-Vergaberechtsreform .....	89
VI. Fazit .....	91
Diskussion .....	93

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Vergaberecht und Arbeitsbedingungen*  
(München 2015), S. 71-92

## I. Einführung

### 1. Rechtsrahmen des Vergaberechts und Gestaltungsspielraum der Länder

Das Vergaberecht ist in Deutschland traditionell Haushaltsrecht, das auf die wirtschaftliche und sparsame Verwendung der Haushaltsmittel bei der Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand gerichtet ist. Die damit verbundene Ausgestaltung als Verwaltungsbinnenrecht wurde mit der Umsetzung der EU-Vergaberechtsrichtlinien nur teilweise aufgegeben. Dadurch entstand ein komplexes und unübersichtliches Regelungssystem, das durch das Zusammenspiel einer Vielzahl verschiedener Vorschriften geprägt ist, deren Anwendungsbereiche sich nach dem Über- bzw. Unterschreiten der für die Anwendbarkeit der Vergaberechtsrichtlinien maßgeblichen Schwellenwerte sowie nach Art des Beschaffungsgegenstands richten.<sup>1</sup>

Entsprechend seiner haushalts-, europa- und verfassungsrechtlichen Grundlagen prägen die in § 97 Abs. 1 und 2 GWB niedergelegten allgemeinen Grundsätzen des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung das Vergaberecht. Diesen Grundsätzen oft diametral entgegen steht die Verfolgung allgemeinpolitischer, insbesondere sozialpolitischer Ziele im Rahmen öffentlicher Beschaffungsvorhaben. Derartige Ziele wurden daher lange Zeit auch als „vergabefremd“ bezeichnet.<sup>2</sup> Dieser Begriff ist jedoch missverständlich und heutzutage nicht (mehr) weiterführend, da das Vergabeverfahren in § 97 Abs. 4 Sätze 2 und 3 GWB für die Berücksichtigung solcher Ziele explizit geöffnet worden ist. Während der Bundesgesetzgeber bisher keine vergabefremden Vorgaben für die öffentliche Auftragsvergabe gemacht hat,<sup>3</sup> haben mittlerweile alle Länder – mit Ausnahme von Bayern – die durch § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB eröffnete Möglichkeit genutzt, Landesvergabegesetze zu diesem Zweck zu erlassen. Gerade auf Landesebene besteht also der politische Wille, die öffentliche Auftragsvergabe nicht losgelöst von der allgemeinpolitischen Ausrichtung zu betreiben, oder – negativ formuliert – für die Verfolgung allgemeinpolitischer Ziele zu instrumentalisieren.

Mit den verschiedenen Landesvergabegesetzen wird das Regelungssystem des Vergaberechts allerdings weiter verkompliziert. Gerade aus dem Spannungsverhältnis widerstreitender Zielrichtungen entstehen viele der meistdiskutierten Fragen des deutschen und europäischen Vergabe-

---

1 Dazu ausführlich statt vieler *Weiner*, in Gabriel/Krohn/Neun (Hrsg.), Handbuch des Vergaberechts, 2014, S. 4 ff.

2 *Opitz*, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 97 Abs. 4 Rn. 80 ff.

3 *Opitz*, in Dreher/Motzke (Fn. 2), § 97 Abs. 4 Rn. 88.



rechts.<sup>4</sup> Das zeigt sich auch daran, dass die verschiedenen Landesvergabegesetze nicht nur mit Durchführungsverordnungen, sondern teilweise auch mit offiziellen Handbüchern, Praxisleitfäden, Erläuterungen und FAQ-Listen versehen werden, die den „Schreibtisch jedes Beschaffers und Bieters ... in ein juristisches Minenfeld [verwandeln]“.<sup>5</sup> Besonders im Fokus der Diskussion stehen dabei die arbeitsplatzbezogenen Anforderungen der Landesvergabegesetze, die in diesem Beitrag näher vorgestellt werden sollen.

Für das Verständnis der damit verbundenen rechtlichen Einzelfragen ist es zunächst hilfreich zu skizzieren, wie und in welchem Umfang das Vergabeverfahren für die Berücksichtigung arbeitsplatzbezogener „vergabefremder“ Aspekte offen ist, welchen Gestaltungsspielraum mithin die Landesgesetzgeber haben. Dabei ist grundsätzlich das bundesrechtliche, europarechtlich determinierte Rechtsregime für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte i.S.d. § 2 VgV vom Unterschwellenbereich zu unterscheiden, für den es keine Vorgaben durch europäisches Sekundärrecht oder Bundesgesetze gibt – insbesondere sind die VOB/A und die VOL/A keine Gesetze, sondern allenfalls Verwaltungsvorschriften.<sup>6</sup> Die Landesvergabegesetze erstrecken ihre Geltung allerdings sowohl auf den Unter- als auch den Oberschwellenbereich. Oberhalb der Schwellenwerte stehen sie damit neben den bundesgesetzlichen Regelungen des GWB-Vergaberechts, das maßgeblich durch das EU-Recht, insbesondere die Richtlinie 2004/18/EG (Vergabekoordinierungsrichtlinie – VKR) und die Richtlinie 2004/17/EG (Sektorenrichtlinie – SKR) bestimmt wird. Die Auslegung dieser Vorschriften richtet sich nach dem EU-Primärrecht, insbesondere den Grundfreiheiten, die auch im Unterschwellenbereich Anwendung finden. Das deutsche Verfassungsrecht spielt dagegen nur eine untergeordnete Rolle, seitdem das BVerfG hinsichtlich des Berliner Landesvergabegesetzes weder kompetenzielle noch grundrechtliche Bedenken geäußert hat.<sup>7</sup>

Den Spielraum der Landesgesetzgeber im Oberschwellenbereich bestimmt maßgeblich § 97 Abs. 4 GWB, der in Zusammenhang mit den maßgeblichen Normen der Vergaberichtlinien in ihrer Auslegung durch den EuGH gelesen werden muss. § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB bestimmt zunächst die Kriterien für die Prüfung der Eignung der Auftragnehmer. Die genannten

---

4 *Opitz*, in Dreher/Motzke (Fn. 2), § 97 Abs. 4 Rn. 82 m.w.N.

5 *Zeiss*, Landesvergaberecht NRW, 2014, S. 109.

6 Zur Anwendung der VOL/A und VOB/A auf Landesebene siehe *Mertens*, in: Gabriel/Krohn/Neun (Fn. 1), Kapitel 15 Rn. 11 ff.

7 BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51 – wobei es bei dieser Entscheidung noch um eine reine Tariftreuregelung ging und noch nicht um die mittlerweile geforderten weitreichenden sozial- und umweltpolitischen Standards, siehe auch *Glaser/Kahl*, Zur Europarechtskonformität kombinierter Tariftreue- und Mindestlohnklauseln in Landesvergabegesetzen, ZHR 177 (2013), 643, 647.

Kriterien der Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Gesetzestreue und Zuverlässigkeit sind die Voraussetzung dafür, dass das konkrete Angebot des entsprechenden Bieters überhaupt in die vergleichende Wertung mit anderen Angeboten aufgenommen wird. Diese Regelung setzt Art. 44 Abs. 1 VKR um, der abschließenden Charakter hat – nationaler Spielraum für weitere Eignungskriterien besteht daher nicht.<sup>8</sup> § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB regelt, dass für die Auftragsbefreiung zusätzliche Anforderungen gestellt werden können, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Diese Regelung entspricht Art. 26 VKR bzw. Art. 38 SKR, wobei die Einschränkung nicht explizit umgesetzt wurde, dass derartige Anforderungen mit dem Unionsrecht, also insbesondere den Grundfreiheiten, vereinbar sein müssen. Vor dem Hintergrund dieser Einschränkungen ist schließlich § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB zu lesen, wonach weitergehende Anforderungen nur gestellt werden dürfen, wenn es durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist. Der dort vorgegebene Gestaltungsspielraum umfasst in europarechtskonformer Auslegung also weder die Einführung weiterer Eignungskriterien nach Satz 1, noch die Möglichkeit, über Satz 2 hinaus Vorgaben ohne sachlichen Zusammenhang zum konkreten Auftrag vorzusehen. Es bleibt nur die Konkretisierung von auftragsbezogenen Anforderungen an die Auftragsausführung im Sinne von Satz 2.

Ein Bieter kann dementsprechend nicht bereits wegen fehlender Eignung aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, weil seine allgemeine Geschäftspolitik nicht etwaigen erwünschten arbeitsplatzbezogenen Kriterien entspricht.<sup>9</sup> Ihm können lediglich Vorgaben für die konkrete Ausführung des späteren Auftrags gemacht werden, wozu er sich allerdings ggf. bereits bei Angebotsabgabe verpflichten muss. Derartige Verpflichtungserklärungen fallen jedoch nicht unter den abschließenden Katalog zulässiger Eignungsnachweise (vgl. 7 EG VOL/A bzw. Art. 48 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG), die für die Vergabeentscheidung inhaltlich überprüft und zum Angebotsausschluss führen können.<sup>10</sup>

8 *Opitz*, in: Dreher/Motzke (Fn. 2), § 97 Abs. 4 Rn. 15 m.w.N.; zum Einfluss von Anforderungen an die Auftragsausführung auf die Eignungsprüfung siehe ebenda Rn. 90; siehe auch VK Westfalen 25.1. 2015 – VK18/14; grundlegend EuGH 20.9. 1988 – 31/87 – Beentjes, EuGH 26.9. 2000 – C-225/98 – Nord-Pas-de-Calais.

9 EuGH 20.9.1988 – 31/87 – Beentjes; EuGH 26.9. 2000 – C-225/98 – Nord-Pas-de-Calais; OLG Düsseldorf 30.12. 2010 – Verg 24/10, IBR 2011, 1165; mit Anmerkung *Ganske*; *Redmann*, Landes- und Kommunalverwaltung (LKV) 2012, 295, 297 f.

10 VK Westfalen 25.1. 2015 – VK 18/14; allerdings kann ggf. ein Ausschluss auf der Stufe der Prüfung der Preisangemessenheit (§ 19 EG Abs. 6 VOL/A) erfolgen – so bestimmt etwa § 10 Abs. 1 TVgG-NRW, dass in diesem Rahmen auch

In diesem relativ eingeschränkten Gestaltungsspielraum bewegen sich die Landesgesetzgeber bei der Ausgestaltung der Landesvergabegesetze im Oberschwellenbereich. Dem politischen Willen, die öffentlichen Auftraggeber in den Ländern ganz oder teilweise<sup>11</sup> auf eine „soziale“ Vergabe zu verpflichten, hat das freilich in den letzten Jahren keinen Abbruch getan.

## 2. Übersicht über arbeitsplatzbezogene Anforderungen in den Landesvergabegesetzen

Nachdem der Rechtsrahmen für die Ausgestaltung arbeitsplatzbezogener Regelungen in den Landesvergabegesetzen umrissen ist, bleibt zu klären, welche konkreten Anforderungen als arbeitsplatzbezogen gelten können, und daher im Folgenden näher zu untersuchen sind. Obgleich die Landesvergabegesetze durchaus unterschiedlich ausgestaltet sind, finden sich in fast allen Mindestlohn- und Tariftreueverpflichtungen häufig Verweise auf die ILO-Kernarbeitsnormen und die Berücksichtigung (weiterer) sozialer Kriterien (z.B. Gleichstellung, Beschäftigung Schwerbehinderter, Beschäftigung Langzeitarbeitsloser, Schaffung von Ausbildungsplätzen und Familienförderung).<sup>12</sup>

Die folgende Tabelle gibt eine Übersicht über die jeweiligen Regelungen in den Landesvergabegesetzen. Die Auflistung der politischen Parteien, die zum Erlasszeitpunkt an der Landesregierung beteiligt waren, zeigt, dass es keine erkennbare Korrelation zwischen einer bestimmten politischen Ausrichtung und der Regulierung arbeitsplatzbezogener Anforderungen in Landesvergabegesetzen gibt.

---

überprüft werden muss, ob der Angebotspreis ungewöhnlich niedrig erscheint, weil Zweifel an der Einhaltung der Pflichten aus einer Verpflichtungserklärung bestehen; dazu auch VK Düsseldorf 9.1. 2013 – VK 29/2012-L, IBR 2013, 1114.

<sup>11</sup> Zum persönlichen Anwendungsbereich der Landesvergabegesetze *Opitz*, in: Dreher/Motzke (Fn. 2), § 97 Abs. 4 Rn. 15, *Zeiss* (Fn. 5), S. 23 ff.

<sup>12</sup> Ausführlich *Mertens*, in: Gabriel/Krohn/Neun (Fn. 1), Kapitel 15.; *Meißner*, Landesvergabegesetze – Besonderheiten, Innovationen, Schwierigkeiten, ZfBR 2013, 20.

	Gesetz	Tariftreue- regelung nach AEntG und MiArbG	Vergabe- spezifischer Mindestlohn	Hö- he	ILO- Kernarbeits- normen	Soziale Kriterien	Regierung zum Erlass- zeitpunkt
Baden- Württemberg	LTMG-BW v. 10.04.2013	§ 3 Abs. 1	§ 4	8,50 €/h	(-)	(-)	Grüne und SPD
Berlin	BerlAVG v. 17.06.2012	§ 1 Abs. 2	§ 1 Abs. 4	8,50 €/h	§ 8 Abs. 1	Gleichstellung Ausbildungsplät- ze	SPD und CDU
Brandenburg	BbgVergG v. 21.09.2011	§ 3 Abs. 1	§ 3 Abs. 3	8,50 €/h	(-)	(-)	SPD und Linke
Bremen	BremTiVG v. 24.11.2009	§ 11	§ 9	8,80 €/h	§ 18 Abs. 2	Ausbildungsplät- ze Beschäftigung Schwerbehinder- ter	SPD und Grüne
Hamburg	HmbVgG v. 13.02.2006	§ 3 Abs. 1	§ 3 Abs. 2	8,50 €/h	§ 3a	(-)	CDU
Hessen	HessVgG v. 25.03.2013	§ 3	(-)	(-)	(-)	(-)	CDU und FDP
Mecklen- burg- Vorpommern	VgG M-V v. 07.07.2011	§ 9 Abs. 3	§ 9 Abs. 7	8,50 €/h	§ 11	(-)	SPD und CDU
Niedersach- sen	NTVergG v. 31.10.2013	§ 4 Abs. 1	§ 5	8,50 €/h	§ 12	Gleichstellung Beschäftigung Schwerbehinder- ter Ausbildungsplät- ze Besch. Langzeit- arbeitsloser	SPD und Grüne

Nordrhein- Westfalen	TVgG - NRW v. 10.01.2012	§ 4 Abs. 1	§ 4 Abs. 3	8,85 €/h	§ 18	Gleichstellung	SPD und Grüne
Rheinland- Pfalz	LTTG-RP v. 01.12.2010	§ 4 Abs. 1 und 2	§ 3	8,70 €/h	(-)	Gleichstellung Ausbildungsplät- ze Besch. Langzeit- arbeitsloser	SPD
Saarland	STTG v. 06.02.2013	§ 3 Abs. 1 und 3	§ 3 Abs. 2	8,50 €/h	§ 11	(-)	CDU und SPD
Sachsen	SächsVerga- bcG v. 14.02.2013	(-)	(-)	(-)	(-)	(-)	CDU und FDP
Sachsen- Anhalt	LVG LSA v. 19.11.2012	§ 10 Abs. 1 S. 1	(-)	(-)	§ 12	Gleichstellung Ausbildungsplät- ze Familienförde- rung	CDU und SPD
Schleswig- Holstein	TTG v. 31.05.2013	§ 4 Abs. 1	§ 4 Abs. 3	9,18 €/h	(-)	(-)	SPD und Grüne
Thüringen	ThürVgG v. 18.04.2011	§ 10 Abs. 1 S. 1	(-)	(-)	§ 11	Gleichstellung Ausbildungsplät- ze	CDU und SPD

Der Betrachtung der einzelnen Kriterien ist vorzuschicken, dass ihr sachlicher Anwendungsbereich regelmäßig vom Überschreiten bestimmter Schwellenwerte – bezogen auf den Auftragswert – abhängig ist. So gelten etwa in Nordrhein-Westfalen die Tariftreuregelungen ab einem Auftragswert von 0,01 € (§ 1 Abs. 5 Satz 1 TVgG-NRW), die Regelungen zu den ILO-Normen ab 500 € (Bagatellgrenze, § 1 Abs. 2 Satz 1 RVO TVgG-NRW), die Regelungen zum vergabespezifischen Mindestlohn ab 20.000 € (§ 1 Abs. 5 Satz 2 TVgG-NRW) und die Regelungen zur Frauenförderung ab 50.000/150.000 € (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 TVgG-NRW).

## II. Mindestlohn- und Tariftreuregelungen

Seit jeher ist die Durchsetzung von Mindestlohn- und Tariftreueverpflichtungen bei der öffentlichen Auftragsvergabe ein Kerninteresse der Länder.<sup>13</sup> Bereits in den 1990er Jahren hatten zahlreiche Länder – zunächst ohne gesetzliche Grundlage – von Bietern Tariftreueerklärungen gefordert. Die Aufnahme der Möglichkeit weitergehender Anforderungen an Auftragnehmer durch Landesgesetz in § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB erfolgte bei der Vergaberechtsnovelle zum 1.1. 1999 auf Betreiben des Bundesrats im Vermittlungsverfahren gerade mit dem Ziel, bereits auf Landesebene vorgeschriebene vergabefremde Kriterien legalisieren zu können.<sup>14</sup> Der unionsrechtliche Spielraum für derartige Regelungen erwies und erweist sich jedoch als äußerst eng.

### 1. Konstitutive Tariftreuregelungen

Mit der Ruffert-Entscheidung des EuGH<sup>15</sup> im Jahr 2008 wurde zunächst den sogenannten konstitutiven Tariftreueverpflichtungen der Boden entzogen. Nach diesen Bestimmungen, die in den meisten Vergabegesetzen enthalten waren, mussten sich Auftragnehmer dazu verpflichten, ihren Arbeitnehmern bei der Ausführung der Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zu zahlen. Der EuGH prüfte die entsprechende Vorschrift des Niedersächsischen Landesvergabegesetzes am Maßstab der Arbeitnehmerentsenderichtlinie 96/71/EG, die er im Lichte der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 58 AEUV auslegte. Entscheidend war, dass die Richtlinie den Mitgliedstaaten nur gestattet, für die Einhaltung von für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen

---

13 *Faber*, Die verfassungs- und europarechtliche Bewertung von Tariftreue- und Mindestentgeltregelungen in Landesvergabegesetzen, NVwZ 2015, 257.

14 *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 3. Aufl. 2011, § 97 GWB Rn. 115; siehe auch BT-Drucks. 13/10876.

15 EuGH 3.4. 2008 – C-346/06 – Ruffert; dazu *Seifert*, Die vergaberechtliche Tariftreuepflicht vor dem Europäischen Gerichtshof, EuZA 1 (2008), 526.

zu sorgen.<sup>16</sup> Eine erweiternde Auslegung der Richtlinie würde gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoßen. Da ausländischen Arbeitnehmern ein höherer Mindestlohn als in ihrem Herkunftsstaat gezahlt werden müsse, liege zunächst eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vor. Zwar könne diese insbesondere mit Erwägungen des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt werden – grundsätzlich jedoch nicht durch Partikularregelungen für öffentliche Aufträge, wenn bei diesen eine besondere Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer im Vergleich mit dem privaten Bereich (für den die beanstandeten Tariftreuregelungen nicht galten) nicht ersichtlich ist.<sup>17</sup>

In den meisten Vergabegesetzen finden sich aber noch Sonderregelungen für Aufträge aus dem Verkehrsbereich, auf den gemäß Art. 58 AEUV die Dienstleistungsfreiheit nicht direkt anwendbar ist. So kann nach § 4 Abs. 2 TVgG-NRW die Landesexekutive aufgrund entsprechender Verordnungsermächtigung bestimmte Tarifverträge für „repräsentativ“ und damit für ÖPNV-Beschaffungen für verbindlich erklären. Neben der europarechtlichen Problematik wirft diese Ausgestaltung zudem verfassungsrechtliche Fragen, insbesondere bezüglich des Gleichbehandlungsgebots auf.<sup>18</sup>

Abgesehen davon finden sich in den Landesvergabegesetzen heutzutage noch deklaratorische Tariftreue- und Mindestlohnenerklärungen und Vorgaben zu einem vergabespezifischen Mindestlohn.

## **2. Deklaratorische Tariftreuregelungen und der Fall Bundesdruckerei**

Deklaratorische Tariftreue- und Mindestlohnenerklärungen verweisen lediglich auf die Vorschriften, die für den bundesweiten Wirtschaftsverkehr gelten, insbesondere die Vorschriften des AEntG, des MiLoG und der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge. Sie sind wie die Vorgaben, auf die sie verweisen, europarechtlich unproblematisch.<sup>19</sup>

Die vergaberechtliche Zulässigkeit derartiger deklaratorischer Verpflichtungserklärungen ist allerdings erläuterungsbedürftig. Zwar ist die Gesetzestreue ein Eignungskriterium, dessen Fehlen zum Angebotsausschluss

---

16 EuGH 3.4. – 2008 – C-346/06, Rn. 29 ff. – Rüffert. Die in Deutschland für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge finden sich in der jeweils aktuellen Liste „Mindestlöhne im Sinne des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (einschließlich der Lohnuntergrenze nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz) und nach dem Tarifvertragsgesetz“ des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales.

17 EuGH 3.4. – 2008 – C-346/06, Rn. 38 ff. – Rüffert.

18 Offengelassen in VK Detmold 6.8. 2013 - VK.2-07/13, VPR 2014, 1004.

19 *Zeiss* (Fn. 5), S. 109.

führen kann (vgl. § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB, § 19 Abs. 5 VOL/A) – ein Bieter wird seine Absicht, nicht gesetzestreu zu entlohnen, allerdings selten durch das explizite Verweigern einer entsprechenden Verpflichtungserklärung dokumentieren. Nach Ansicht des Kammergerichts muss eine deklaratorische Tariftreueerklärung darüber hinaus den konkret zu zahlenden Tariflohn nennen, um dem vergaberechtlichen Transparenzgebot zu genügen.<sup>20</sup> Allgemeine Verpflichtungen, sich an alle gesetzlichen Bestimmungen zu (nicht bzw. auch auf Bieteranfrage nicht näher konkretisierten) Mindestentgelten zu halten, kommen nach dieser Entscheidung kaum noch in Betracht.

Sobald Tariftreueerklärungen ihren rein deklaratorischen Charakter verlassen und darüber hinausgehende Regelungswirkung entfalten, kommt es erneut zu europarechtlichen Implikationen. So hat der EuGH im Fall Bundesdruckerei gegen die Stadt Dortmund<sup>21</sup> entschieden, dass der nationale Mindestlohn nicht für im EU-Ausland erbrachte Arbeiten – hier von Subunternehmern – verlangt werden darf, wenn der dortige Mindestlohn geringer ist. Da in diesem Fall die Arbeitnehmerentsenderichtlinie nicht einschlägig war, prüfte der EuGH die entsprechende Regelung des TVgG-NRW direkt an der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV, wobei er sich jedoch ausdrücklich auf die Grundsätze der Ruffert-Entscheidung bezog. Aufgrund der Forderungen von Mindestlöhnen, die über denen des Staats liegen, in dem der Leistungserbringer ansässig ist, ging er wiederum von einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit aus. Diese könnten zwar grundsätzlich mit dem Ziel des Arbeitnehmerschutzes eingeschränkt werden – wie bereits in Sachen Ruffert kommt aber eine solche Einschränkung nicht durch Regelungen in Betracht, die nur für öffentliche Aufträge gelten, wenn nicht ersichtlich ist, dass die auf dem privaten Markt tätigen Arbeitnehmer weniger schutzwürdig sind.<sup>22</sup> Darüber hinaus sei die Regelung unverhältnismäßig, da kein Bezug des deutschen Mindestlohns zu den im EU-Ausland geltenden Lebenshaltungskosten bestehe.<sup>23</sup>

### 3. Vergabespezifischer Mindestlohn

Nach der Ruffert-Entscheidung sind deklaratorische Tariftreueerklärungen mit vergabespezifischen Mindestlohnklauseln ergänzt worden.<sup>24</sup> Diese set-

---

20 KG 26.9. 2014 – Verg 5/14, VPR 2015, 31.

21 EuGH 18.9. – 2014 – C-549/13 – Bundesdruckerei; dazu *Greiner/Hennecken*, Verpflichtung zur Zahlung eines vergabespezifischen Mindestlohns im Rahmen einer Auftragsvergabe außerhalb des Anwendungsbereichs der Arbeitnehmerentsenderichtlinie, EuZA 8 (2015), 252.

22 EuGH 18.9. – 2014 – C-549/13, Rn. 32 – Bundesdruckerei.

23 EuGH 18.9. – 2014 – C-549/13, Rn. 33 f. – Bundesdruckerei.

24 *Glaser/Kahl*, ZHR 177 (2013), 643, 646.

zen konkrete Mindestlohnsätze für die Auftragsdurchführung fest. Diese Regelungen haben auch nach Einführung des bundesweiten Mindestlohns von 8,50 € pro Stunde zum 1.1. 2015 mehr als bloß deklaratorischen Charakter, da der vergabespezifische Mindestlohn in der Regel höher liegt – so z.B. in NRW zurzeit bei 8,62 €. Auch wird vertreten, dass die vergabespezifischen Mindestlöhne im Gegensatz zum bundesweiten Mindestlohn als Nettobeträge zu verstehen seien.<sup>25</sup> Vergabespezifische Mindestlöhne können schließlich unabhängig vom bundesweiten Mindestlohn erhöht werden, vgl. § 4 Abs. 3 TVgG-NRW. Das MiLoG steht diesen weitergehenden landesrechtlichen Vorschriften auch nicht entgegen.<sup>26</sup>

Nach den Aussagen des EuGH in Sachen Ruffert und Bundesdruckerei dürften diese vergabespezifischen Mindestlöhne in ihrer derzeitigen Ausgestaltung allerdings europarechtswidrig sein.<sup>27</sup> Unabhängig von der jeweils einschlägigen europarechtlichen Norm<sup>28</sup> ist bei beiden Urteilen die klare Aussage zentral, dass die Rechtfertigung einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch Maßnahmen des Arbeitnehmerschutzes, die nur für öffentliche Aufträge gelten, grundsätzlich ausscheidet.<sup>29</sup> Dass den Ländern für einen allgemeinverbindlichen Mindestlohn ggf. die Gesetzgebungskompetenz fehlt, dürfte für die europarechtliche Bewertung keine entscheidende Rolle spielen.<sup>30</sup> Dasselbe gilt für die anderen zur Rechtfertigung eines vergabespezifischen Mindestlohns vorgebrachten Argumente, wie etwa den Verweis auf die Einzelfallbezogenheit der Entscheidungen, insbesondere in Bezug auf die in Sachen Bundesdruckerei festgestellte Unverhältnismäßigkeit,<sup>31</sup> den Hinweis auf die gesteigerte Bedeutung der Verwirklichung sozialpolitischer Ziele seit dem Vertrag von Lissabon, die sich auch in der neuen Vergabekoordinierungsrichtlinie 2014/24/EU finden lässt<sup>32</sup> oder das Abstellen auf Art. 3 Richtlinie 96/71/EG, der die Sicherstellung von Mindestlöhnen durch Rechtsvorschrift erlaubt.<sup>33</sup> Die vom EuGH getroffene Aussage beruht auf einer Wertung der europäischen

25 So etwa *Zeiss* (Fn. 5), 2014, S. 81.

26 VK Rheinland-Pfalz 23.2. 2015 – VK 1-39/14.

27 So auch *Opitz*, in: Dreher/Motzke (Fn. 2), § 97 Abs. 4 Rn. 106.

28 Zu den Anwendungsbereichen und dem Verhältnis von Art. 56 AEUV, der Richtlinie 96/71/EG und der Richtlinie 2004/18/EG siehe *Glaser/Kahl*, ZHR 177 (2013), 643.

29 Zu der Kritik an dieser „Kohärenzprüfung“ siehe *Schnieders*, EuGH „Bundesdruckerei“ – Verbote neuen Ungemachs für die deutsche Tariftreugesetzgebung?, *VergabeR* 2015, 136, 140.

30 So auch *Schnieders*, *VergabeR* 2015, 136, 139 und *Csaki/Freund*, Europarechtskonformität von vergabegesetzlichen Mindestlöhnen?, *KommJur* 2012, 246, 250 m.w.N.; a. A. *Glaser/Kahl*, ZHR 177 (2013), 643, 664 ff.

31 *Zeiss* (Fn. 5), S. 112.

32 *Schnieders*, *VergabeR* 2015, 136, 142; *Glaser/Kahl*, ZHR 177 (2013), 643, 664.

33 OLG Koblenz 19.2. 2014 – 1 Verg 8/13, VPR 2014, 117. m.w.N.



Grundfreiheiten und ist damit auch zentraler Auslegungsmaßstab für Art. 3 Richtlinie 96/61/EG.<sup>34</sup> Die vom Gerichtshof erwogene Ausnahme für den Fall, dass Arbeitnehmer speziell bei öffentlichen Aufträgen aufgrund einer – im Unterschied zu privaten Aufträgen – höheren Schutzbedürftigkeit eines bestimmten Mindestlohns bedürfen als bei privaten Aufträgen, dürfte rein theoretischer Natur sein. Der EuGH wird sich zur Frage der Vereinbarkeit vergabespezifischer Mindestlöhne in absehbarer Zeit abermals äußern, da das OLG Koblenz die Frage der Vereinbarkeit der entsprechende Vorschrift des LTTG Rheinland-Pfalz mit der Richtlinie 96/61/EG vorgelegt hat.<sup>35</sup> Die mündliche Verhandlung im Verfahren Regiopost<sup>36</sup> fand am 29.4. 2015 statt.

Es bleibt abzuwarten, welche Folgerungen die Landesgesetzgeber aus der Entscheidung in Sachen Bundesdruckerei und der zu erwartenden Entscheidung in Sachen Regiopost ziehen werden. Angesichts des absehbaren politischen Willens, diese Regelungen zu halten, wird in der Literatur z.B. vorgeschlagen, nach Herkunftsländern und den dortigen Lebenshaltungskosten abgestufte Mindestlöhne oder feste Aufschläge zu den in den Herkunftsländern geltenden Mindestlöhnen vorzusehen.<sup>37</sup> Auch diese Regelungen würden die Leistungserbringung im Ausland aber unattraktiver machen und damit Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit beinhalten. Diese könnten nach dem oben Gesagten kaum gerechtfertigt werden.

Ob eine Beschränkung des vergabespezifischen Mindestlohns auf inländische Unternehmen und damit eine weitere Schwächung der inländischen Bieter im Wettbewerb politisch gewollt ist, bleibt abzuwarten.<sup>38</sup> Der Vorlagebeschluss des OLG Koblenz, der einen Sachverhalt ohne grenzüberschreitenden Bezug betrifft, setzt sich nicht mit der Frage auseinander, ob von einer europarechtlich zulässigen Inländerdiskriminierung auszugehen sein könnte.<sup>39</sup> In der Entscheidung Belgacom NV<sup>40</sup> hat der EuGH allerdings bereits klargestellt, dass die Anforderungen des europäischen Primärrechts an die öffentliche Auftragsvergabe grundsätzlich unterschiedslos durch jeden Wirtschaftsteilnehmer eines EU-Mitgliedstaats justiziabel sind.<sup>41</sup> Zudem dürfte eine Inländerdiskriminierung gegen den vergabe-

---

34 EuGH 3.4. 2008 – C-346/06, Rn. 36 ff. – Rüffert.

35 OLG Koblenz 19.2. 2014 – 1 Verg 8/13, VPR 2014, 117, mit Anmerkung *Gabriel*.

36 EuGH 12.6. 2014 – C-115/14 – Regiopost.

37 Zeiss (Fn. 5), S. 112 m.w.N.

38 *Schnieders*, VergabeR 2015, 136, 142.

39 Zur möglichen Unzulässigkeit der Vorlage siehe *Schnieders*, VergabeR 2015, 136, 144

40 EuGH, 14.11. 2013 – C-221/12 – Belgacom NV.

41 *Gabriel/Voll*, Das Ende der Inländerdiskriminierung im Vergabe(primär)recht, NZBau 2014, 158; *Mager/Ganschow*, Das Aus für den vergabespezifischen Mindestlohn?, NZBau 2015, 79, 82.

rechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 Abs. 2 GWB verstoßen.<sup>42</sup>

#### **4. Praxisprobleme**

Wie beschrieben, dürfen soziale Vorgaben für die Durchführung eines Auftrags nur gemacht werden, wenn sie konkreten Auftragsbezug aufweisen und nicht die allgemeine Unternehmenspolitik betreffen. Im Sinne von § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB, dessen Formulierung in den Landesvergabegesetzen aufgegriffen wird, muss ein „sachlicher Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand“ bestehen.

Praktische Beispiele für die Schwierigkeiten, die sich aus dem geforderten Auftragsbezug ergeben, lassen sich plastisch anhand von Postzustellungs- oder Wäschereidienstleistungen veranschaulichen, bei denen ein Arbeitnehmer für mehrere Auftraggeber tätig ist. Der vergabespezifische Mindestlohn darf dann nur für die Beschäftigungszeiten gefordert werden, in denen der Arbeitnehmer ausschließlich im Rahmen des öffentlichen Auftrags tätig ist.<sup>43</sup> Es ist ersichtlich, dass die Befolgung und Kontrolle der Mindestlohnvorschrift in diesen Fällen einen enormen bürokratischen Aufwand erfordert, wenn nicht gar unmöglich ist.

Ein weiteres Problem ergibt sich bei gemischten Leistungen, da die Landesvergabegesetze oft sachlich nur Teilleistungen eines Gesamtauftrags erfassen. Wenn, wie etwa in Nordrhein-Westfalen, die Mindestlohnvorschriften nur für Bau und Dienstleistungsaufträge gelten (§ 2 Abs. 1 Satz 1 TVgG-NRW), stellt sich die Frage, wie ein Auftrag zu behandeln ist, der auch Lieferleistungen enthält. Es ist dann gemäß § 99 Abs. 10 Satz 1 GWB der Leistungsanteil maßgeblich, dessen prognostizierter Wert überwiegt.<sup>44</sup>

### **III. ILO-Kernarbeitsnormen**

#### **1. Rechtsgrundlagen**

Die International Labour Organization (ILO) ist eine Unterorganisation der Vereinten Nationen. Die ILO-Kernarbeitsnormen umfassen acht völkerrechtliche Übereinkommen zu den Themenbereichen Vereinigungsfreiheit, Zwangsarbeit, Diskriminierung und Kinderarbeit. Im Einzelnen handelt es sich um die folgenden ILO-Übereinkommen:

1. Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit vom 28.6. 1930;
2. Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes vom 9.7. 1948;

---

<sup>42</sup> *Opitz*, in: Dreher/Motzke (Fn. 2), § 97 Abs. 4 Rn. 106.

<sup>43</sup> Beispiele nach *Zeiss* (Fn. 5), S. 82.

<sup>44</sup> *Zeiss* (Fn. 5), S. 85.

3. Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen vom 1.7. 1949;
4. Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit vom 29.6. 1951;
5. Nr. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit vom 25.6. 1957;
6. Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf vom 25.6. 1958;
7. Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung vom 26.6. 1973;
8. Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit vom 17.6. 1999.

Als internationale Verträge verpflichten diese Übereinkommen zunächst nur die Vertragsstaaten, stehen aber in Deutschland nach ihrer Transformation auch im Rang eines einfachen Bundesgesetzes. Die Übereinkommen wurden u.a. von allen Mitgliedsstaaten der EU unterzeichnet. Allerdings sind Länder wie die USA, China, Indien oder Japan nicht oder nicht vollumfänglich Vertragsstaaten. Es kann daher hinterfragt werden, ob man die ILO-Kernarbeitsnormen berechtigterweise als weltweiten Mindeststandard bezeichnen sollte,<sup>45</sup> zumal die Vertragsstaaten den Schutzstandard selbst definieren können.<sup>46</sup>

## 2. Allgemeines zur Anwendung

Die Landesvergabegesetze beziehen sich in durchweg ähnlich formulierten Klauseln auf die ILO-Kernarbeitsnormen (§ 8 Abs. 1 BerlAVG, § 18 Abs. 2 TtVG Bremen, § 3a HmbVgG, § 11 VgV M-V, § 12 NTVergG, § 18 TVgG-NRW, § 11 STTG, § 12 LVG SA, § 11 ThürVgG). Sie sind darauf gerichtet, den Auftragnehmer zu verpflichten, bei der Auftragsausführung keine Waren zu verwenden, die unter Verstoß gegen die ILO-Kernarbeitsnormen hergestellt wurden.

So formuliert z.B. § 18 TVgG-NRW:

„(1) Bei der Ausführung öffentlicher Aufträge dürfen keine Waren verwandt werden, die unter Missachtung der in den ILO-Kernarbeitsnormen festgelegten Mindeststandards gewonnen oder hergestellt worden sind. Diese Mindeststandards ergeben sich aus:

[Aufzählung der Übereinkommen]

In geeigneten Fällen können fair gehandelte Waren beschafft werden.

---

45 So auch *Zeiss* (Fn. 5), S. 122.

46 *Summa*, Vergaberecht und ILO-Kernarbeitsnormen, VPR 2014, 109.

(2) Aufträge über Lieferleistungen sollen nur an solche Auftragnehmer vergeben werden, die sich bei Angebotsabgabe schriftlich verpflichtet haben, den Auftrag gemäß den in der Leistungsbeschreibung bekannt gegebenen besonderen Auftragsausführungsbedingungen ausschließlich mit Waren auszuführen, die nachweislich oder gemäß einer entsprechenden Zusicherung unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen nach Absatz 1 gewonnen oder hergestellt worden sind. Hierzu sind von den Bietern entsprechende Nachweise oder Erklärungen zu verlangen. Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend für Waren, die im Rahmen der Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen verwendet werden. Auf die Vorlage der Nachweise oder Erklärungen kann verzichtet werden, sofern die Bieter diese trotz Beachtung der Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Kaufmanns nach § 347 HGB nicht oder nicht fristgerecht erbringen können.

(3) Die Verfahrensvorgaben zur Abgabe einer Verpflichtungserklärung gemäß § 8 sind bei der Berücksichtigung von sozialen Kriterien im Vergabeverfahren im Sinne von Absatz 1 entsprechend zu beachten. § 13 Absatz 1 Satz 1 gilt entsprechend, wenn der Auftragnehmer seiner vertraglichen Verpflichtung zum Nachweis der Einhaltung der Mindeststandards nach Absatz 1 Satz 2 nicht nachkommt, es sei denn der Auftragnehmer weist nach, dass er hierzu ohne Verschulden nicht in der Lage war.“

Diese Vorschriften in den Landesvergabegesetzen sind also weniger auf eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen direkt beim Auftragnehmer gerichtet, als vielmehr auf die Arbeitsumstände bei Zulieferern im Nicht-EU-Ausland.<sup>47</sup> Verantwortlich für die Einhaltung der Vorgaben ist aber nur der (Haupt-) Auftragnehmer, der seine Nachunternehmer entsprechend auszuwählen und zu verpflichten hat (vgl. § 9 TVgG-NRW).

Die Formulierung „sollen“ bzw. „es ist darauf hinzuwirken“, die sich in anderen Landesvergabegesetzen findet, beinhaltet einen Ermessensspielraum. Dieser ist beispielsweise in dem Fall relevant, dass objektiv keine Waren einer bestimmten Art beschafft werden können, die ohne Verstoß gegen die ILO-Kernarbeitsnormen produziert wurden bzw. das Nichtvorliegen eines Verstoßes nicht festgestellt werden kann („globales Marktversagen“).<sup>48</sup>

Die Landesvergabegesetze fordern entsprechende Verpflichtungserklärungen in der Regel sowohl für Lieferleistungen, als auch für Bauleistungen und Dienstleistungen. So wird die Beschränkung auf Lieferleistungen in § 18 Abs. 2 Satz 1 TVgG-NRW durch die Ausführungsverordnung aufgehoben, vgl. § 14 Abs. 1 RVO TVgG-NRW. Allerdings ergibt eine solche Verpflichtungserklärung bei Bau- und Dienstleistungen nur Sinn, wenn dabei Waren verwendet werden.

---

47 Kritisch hierzu *Summa*, VPR 2014, 109.

48 *Zeiss* (Fn. 5), S. 147.

Sowohl das Nichteinreichen der Verpflichtungserklärung als auch der Verstoß gegen die Verpflichtungserklärung sind vergaberechtlich sanktioniert. So bestimmt etwa § 8 TVgG-NRW, dass ein Fehlen der Verpflichtungserklärung zum Ausschluss von der Wertung wegen formell unvollständigen Angebots führt. Nach § 13 TVgG-NRW soll ein Auftragnehmer bei schuldhaftem Verstoß gegen die Verpflichtungserklärung für die Dauer von bis zu drei Jahren von der öffentlichen Auftragsvergabe ausgeschlossen werden. Daneben kommen Vertragsstrafen und eine fristlose Kündigung als Sanktionen in Betracht (vgl. § 12 TVgG-NRW).

### **3. Praxisproblem: Nachweispflicht**

Die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen ist regelmäßig mit umfangreichen Nachweispflichten in Bezug auf sogenannte „sensible Produkte“ verbunden, die in Ausführungsverordnungen konkretisiert werden.

Auch hier kann beispielhaft die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen herhalten. § 14 Abs. 2 und 3 RVO TVgG-NRW bestimmen im Wesentlichen, dass bei Produkten aus den dort aufgeführten „sensiblen“ Warengruppen (z.B. Arbeitskleidung, landwirtschaftliche Produkte, Bürowaren, die die Rohstoffe Holz und Kautschuk enthalten, Hardware im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologie) eine Missachtung der ILO-Kernarbeitsnormen zu befürchten ist, wenn sie in einem Land gewonnen oder hergestellt worden sind, das in der von der OECD herausgegebenen Liste der Entwicklungs- und Schwellenländer (DAC-Liste) aufgeführt ist. Will der Bieter derartige Waren anschaffen oder verwenden, muss er entsprechend den Vorgaben des § 18 Abs. 2 TVgG-NRW nachweisen oder erklären, dass die Produkte nachweislich oder gemäß einer entsprechenden Zusicherung nicht unter Missachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gewonnen oder hergestellt worden sind.

Geeignete Nachweise bestimmt § 14 Abs. 4 RVO TVgG-NRW. Das sind im Wesentlichen der Verweis auf ein Siegel oder Zertifikat, dass die Produkte unter Wahrung der ILO-Kernarbeitsnormen gewonnen oder hergestellt worden sind, eine verbindliche Erklärung des Bieters, dass er sich vergewissert hat, dass die Produkte unter Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen gewonnen oder hergestellt worden sind, oder eine verbindliche Erklärung des Bieters, dass er für sein Unternehmen unter Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns entsprechend § 347 HGB wirksame Maßnahmen ergriffen hat, um die Verwendung von Produkten zu vermeiden, die unter Missachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gewonnen oder hergestellt worden sind.

Dieses Verfahren, das hier nur in groben Zügen skizziert werden kann,<sup>49</sup> sorgt für einen hohen Aufwand bei den Bietern. Das gilt insbesondere, wenn nicht auf entsprechende Zertifikate verwiesen werden kann, die der Auftraggeber akzeptiert (ganz davon abgesehen, dass bezweifelt werden kann, ob es überhaupt verlässliche Nachweissysteme gibt<sup>50</sup>). Nur in Ausnahmefällen, in denen etwa ein Bieter in engem und langjährigem Kontakt zu einem bestimmten Zulieferer steht, den er regelmäßig besucht und kontrolliert, wird er tatsächlich verbindlich erklären können, dass er sich über die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen vergewissert hat. In der Regel wird es daher auf die Frage ankommen, was wirksame Maßnahmen unter Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns sind. Dabei wird diskutiert, dass es ausreicht, wenn der Auftragnehmer seine Zulieferer auf die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen verpflichtet und sich schriftlich bestätigen lässt, dass diese eingehalten werden – auch wenn es sich dabei im Ergebnis nur um eine Gutgläubenserklärung handelt.<sup>51</sup> Bestimmte Arbeitsbedingungen wird man aber angesichts der rechtlichen, politischen und wirtschaftlichen Lage in manchen Ländern schlicht nicht in gutem Glauben erklären können.<sup>52</sup> Große internationale Konzerne fühlen sich daher durch ihre internen Compliance-Richtlinien oftmals an der Abgabe entsprechender Erklärungen gehindert und von einer Teilnahme am Vergabeverfahren auf Landesebene abgehalten. Es darf mit guten Gründen infrage gestellt werden, ob eine solche Konsequenz wirklich im Sinne der Landesvergabegesetze sein kann.

#### 4. Auftragsbezug

Wie bei allen Anforderungen der Landesvergabegesetze als zusätzliche Bedingungen an die Auftragsausführung i.S.d. § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB, ist auch bezüglich der ILO-Kernarbeitsnormen ein Auftragsbezug notwendig.<sup>53</sup>

Auch auf Grundlage der Landesvergabegesetze darf daher bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht berücksichtigt werden, ob ein Unternehmen grundsätzlich auf die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen bei von ihm eingesetzten Waren achtet – das kann nur bei der Ausführung des konkreten Auftrags verlangt werden. Voraussetzung ist dann, dass diese Anforderungen in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen.

---

49 Ausführlich für NRW *Zeiss* (Fn. 5), S. 135 ff.

50 Vgl. BVerwG 16.10. 2013 – 8 CN 1.12 (Friedhofssatzung Nürnberg).

51 *Zeiss* (Fn. 5), S. 144 f.

52 *Summa*, VPR 2014, 109.

53 OLG Düsseldorf 29.1. 2014 – VII-Verg 28/13.

Bei Aufträgen über Lieferleistungen ist ein solcher Zusammenhang immer gegeben.<sup>54</sup> Bei Bau- und Dienstleistungen ist dagegen zu untersuchen, ob die Lieferung und Verwendung der Waren ein wesentlicher Bestandteil der Leistung ist.<sup>55</sup> Nach der Begründung zur Ausführungsverordnung in Nordrhein-Westfalen<sup>56</sup> ist davon auszugehen, dass das der Fall ist, wenn die Anschaffungskosten für die Waren 20 % des Auftragswerts nach § 3 VgV überschreiten.

#### **IV. Soziale Kriterien**

##### **1. Allgemeines**

Abschließend soll noch ein Überblick über weitere soziale Kriterien gegeben werden, die in den Landesvergabegesetzen in unterschiedlichem Umfang aufgegriffen werden (vgl. Tabelle unter I 2). Dazu zählen Gleichstellung, die Beschäftigung Schwerbehinderter und Langzeitarbeitsloser, die Schaffung von Ausbildungsplätzen und Familienförderung.

##### **2. Beispiel: § 11 NTVergG**

Als Beispiel kann § 11 NTVergG dienen, der alle genannten Punkte aufgreift. Dieser bestimmt:

„(1) Öffentliche Auftraggeber können soziale Kriterien als Anforderungen an die Unternehmen berücksichtigen. Soziale Anforderungen dürfen nur für die Auftragsausführung und nur an Unternehmen mit mindestens 20 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern gestellt werden.

(2) Zu berücksichtigende soziale Kriterien können insbesondere sein:

1. die Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen,
2. die Förderung der Chancengleichheit und Gleichstellung von Frauen und Männern im Beruf,
3. die Beschäftigung von Auszubildenden,
4. die Beteiligung an tariflichen Umlageverfahren zur Sicherung der beruflichen Erstausbildung oder an Ausbildungsverbänden oder
5. die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen.“

Diese sozialen Kriterien werden entsprechend den Vorgaben zu den ILO-Kernarbeitsnormen mittels entsprechender Verpflichtungserklärungen für die Auftragsdurchführung durchgesetzt, deren Nichteinreichung bzw. Nichtbefolgung ebenso sanktioniert wird.

---

54 OLG Düsseldorf 29.1. 2014 – VII-Verg 28/13 und OLG Düsseldorf 25.6. 2014 – VII-Verg 39/13.

55 *Zeiss* (Fn. 5), S. 127.

56 Begründung zur RVO-TVgG-NRW, Einzelbegründung zu § 1, S. 26.

### 3. Auftragsbezug

Besonders problematisch bei den genannten sozialen Kriterien ist typischerweise der nötige Auftragsbezug. Sie rücken oft in die Nähe unzulässiger Vorgaben für die allgemeine Geschäftspolitik, da sie noch häufiger als Mindestlöhne nicht oder nicht sinnvoll abgrenzbar nur für den öffentlichen Auftrag befolgt werden können.

So hat das OLG Düsseldorf an der Auftragsbezogenheit einer Verpflichtungserklärung zu Frauenfördermaßnahmen jedenfalls für reine Lieferaufträge Zweifel geäußert:

„Ob die Voraussetzungen des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB und von Art. 26 Richtlinie 2004/18/EG (Art. 70 Richtlinie 2014/24/EU) auch für die Verpflichtungserklärung gemäß Anlage 12b der Bewerbungsbedingungen (die dem Formblatt Anlage 6 zu §§ 19 TVgG NRW, 16 ff. RVO TVgG-NRW entspricht) zur Berücksichtigung von Aspekten der Frauenförderung und der Vereinbarkeit von Beruf und Familie vorliegen, begegnet mit Blick auf den allgemeinen Bezug darin teilweise vorgesehener Maßnahmen (Katalogmaßnahmen) zum Unternehmen zumindest bei Lieferaufträgen Bedenken, weil Mitarbeiter, die in den Prozess einer Lieferleistung eingebunden sind, in aller Regel an mehreren Lieferaufträgen gleichzeitig mitwirken und eine Zuordnung von Fördermaßnahmen zu einem konkreten Lieferauftrag nur schwer möglich ist.“<sup>57</sup>

Die Frage war in diesem Fall jedoch nicht entscheidungserheblich, da die Ausschreibung schon wegen der Ausgestaltung der gestellten Anforderung als Eignungskriterium vergaberechtswidrig war.

Die Problematik des Auftragsbezugs von Frauenfördermaßnahmen oder Maßnahmen zur Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf wird deutlich, wenn man sich die konkreten Maßnahmen vor Augen führt. Diese umfassen z.B. die Einrichtung von Eltern-Kind-Zimmern für die Beschäftigten, das Angebot betrieblich organisierter Kinderbetreuung oder das Angebot von Ferienprogrammen zur Überbrückung der Betreuungslücke für Kinder berufstätiger Eltern (vgl. § 17 RVO TVgG-NRW). Ungeachtet dessen, dass alle diese Maßnahmen wünschenswert sind, vermitteln sie eher den Eindruck eines Kompensationsgeschäfts – der Bieter verpflichtet sich als „Offset“<sup>58</sup> für den Zuschlag bestimmte soziale Maßnahmen in seinem Betrieb einzuführen.<sup>59</sup>

---

57 OLG Düsseldorf 25.6. 2014 – VII Verg 39/13.

58 Der Begriff stammt ursprünglich aus der Vergabe verteidigungs- oder sicherheitsrelevanter Aufträge; siehe *Gabriel/Weiner*, The European Defence Procurement Directive: Toward Liberalization and Harmonization of the European Defence Market, in: *The Procurement Lawyer*, Vol. 45 (2010), Nr. 2, 22, 25.

59 So auch *Zeiss* (Fn. 5), S. 172.



Ähnliche Einwände gibt es bei der Förderung der Beschäftigung von Auszubildenden. Ein Auftragsbezug liegt hier nur vor, wenn eine Beschäftigung von Auszubildenden bei der Erbringung gerade der ausgeschriebenen Leistung eingefordert wird. Das allgemeine Engagement des betroffenen Betriebs bei der Ausbildung weist dagegen keinen Auftragsbezug auf und betrifft seine allgemeine Geschäftspolitik.<sup>60</sup>

Soweit in diesen Forderungen eine Beschränkung der Grundfreiheiten liegt, und sie nicht bereits durch allgemeingültige Gesetze vorgeschrieben werden, gilt zudem entsprechend der Kriterien des EuGH in Sachen Ruffert und Bundesdruckerei, dass sie europarechtswidrig sind, wenn keine höhere Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer bei öffentlichen Aufträgen besteht. Zudem dürfte es unverhältnismäßig sein, für kurzfristige Aufträge umfangreiche soziale Maßnahmen für die betroffenen Mitarbeiter zu verlangen.<sup>61</sup>

Ein großer Teil dieser Forderungen hat allerdings nur deklaratorischen Charakter, da sie bereits durch andere Vorschriften vorgegeben sind.<sup>62</sup> Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass den Bietern die Wahl gelassen wird, welche Maßnahmen sie umsetzen wollen – so sind in Berlin von über 20 möglichen Maßnahmen zur Frauen- und/oder Familienförderung je nach Betriebsgröße nur einige auszuwählen.<sup>63</sup> Ihr Charakter dürfte sich daher sehr oft auf die Verpflichtung zu Maßnahmen beschränken, die der Bieter sowieso bereits erfüllt bzw. aufgrund anderer gesetzlicher Vorgaben aus anderen Rechtsbereichen (i.d.R. des Arbeitsrechts) erfüllen müsste. Das mag erklären, warum im Gegensatz zum Mindestlohn diese sozialen Fördermaßnahmen die Rechtsprechung bisher weit weniger beschäftigt haben.

## V. Ausblick: Auswirkungen der EU-Vergaberechtsreform

Vom Ausgangspunkt her bleibt der Spielraum für den Landesgesetzgeber mit der EU-Vergaberechtsreform gleich. Allerdings wird die Formulierung in § 97 Abs. 1 Satz 3 GWB überarbeitet, die suggerierte, durch Landesgesetz könnten auch über Ausführungsbedingungen hinausgehende Anforderungen – etwa weitere Eignungskriterien – gefordert werden. § 129 GWB-E<sup>64</sup> stellt nunmehr klar, dass

---

60 *Zeiss* (Fn. 5), S. 186.

61 *Zeiss* (Fn. 5), S. 161.; siehe auch § 3 Abs. 3 RVO TVgG-NRW.

62 Hierzu im Einzelnen mit weiteren Nachweisen *Zeiss* (Fn. 5), S. 172 ff.

63 § 2 f. FFO-Bln.

64 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien 2014), Bearbeitungsstand 6.7. 2015.

„Ausführungsbedingungen, die der öffentliche Auftraggeber dem beauftragten Unternehmen verbindlich vorzugeben hat, ... nur aufgrund eines Bundes- oder Landesgesetzes festgelegt werden [dürfen]“.

Bemerkenswert ist dabei, dass die Legaldefinition der Ausführungsbedingung in § 128 Abs. 2 GWB-E durch die dortige Klammersetzung den Auftragsbezug nicht mit erfasst. Man könnte daher § 129 GWB-E (wie § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB) so lesen, dass auf Grundlage eines Bundes- oder Landesgesetzes auch Ausführungsbedingungen ohne Auftragsbezug eingeführt werden könnten. Eine solche Auslegung wäre allerdings europarechtswidrig. Etwas anderes würde nur gelten, wenn nur solche „Ausführungsbedingungen“ gemeint wären, die nicht nur für die öffentliche Auftragsvergabe, sondern generell gelten. Es erscheint jedoch sehr fraglich, ob der Bundesgesetzgeber für derartige allgemeingültige Maßnahmen einen „Gesetzesvorbehalt“ in das Vergaberecht aufnehmen wollte. Da nach der Entwurfsbegründung in § 129 GWB-E lediglich der Regelungsinhalt des bisherigen § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB präzisiert werden soll, ist davon auszugehen, dass auch in § 129 GWB-E vom Auftragsbezug der Ausführungsbedingung auszugehen ist.

Damit können durch Landesgesetz einem öffentlichen Auftraggeber weiterhin nur Ausführungsbedingungen, die er nach § 128 Abs. 2 GWB-E auch selbst festlegen könnte, verbindlich vorgegeben werden. Trotz diesem nunmehr auch aus dem Gesetzestext deutlicher erkennbaren engen Regelungsspielraum wird an der Notwendigkeit einer Regelung aufgrund eines (Landes-) Gesetzes festgehalten. Das ist im Sinne der Rechtsklarheit zu begrüßen.

Eine deutliche Einschränkung des Gestaltungsspielraums des Landesgesetzgebers könnte sich daneben aus Art. 18 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU ergeben. Diese Norm verpflichtet die Mitgliedstaaten, geeignete Maßnahmen zu treffen,

„um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch ... die in Anhang X aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind“.

In Anhang X werden auch die ILO-Kernarbeitsnormen aufgeführt.

§ 128 Abs. 1 GWB-E stellt in Umsetzung dieser Vorgabe nur die allgemeine Verpflichtung der Auftragnehmer auf, die genannten Vorschriften einzuhalten. Die Sicherstellung der Einhaltung soll nach der Entwurfsbegründung über die Sanktionsmechanismen erfolgen, die in den einzuhaltenden Vorschriften selbst geregelt sind.<sup>65</sup> Auf einen ausdrücklichen Verweis auf die ILO-Kernarbeitsnormen wird verzichtet, da diese vollständig in das

---

65 Gesetzentwurf der Bundesregierung (Fn. 64), S. 140.

deutsche Recht und die Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten umgesetzt sind.<sup>66</sup>

Sähe man § 128 Abs. 1 GWB-E als abschließende bundesrechtliche Regelung, wäre zumindest im Oberschwellenbereich landesrechtlich jede Form „deklaratorischer“ Verpflichtungserklärungen obsolet. Gerade die Regelungen zur Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen könnten hinfällig werden<sup>67</sup>, wobei fraglich ist, inwieweit von den Ländern dann noch Vorgaben für Zulieferer aus dem Nicht-EU-Ausland gemacht werden können.

## VI. Fazit

Die vorstehende Betrachtung hat gezeigt, dass der Gestaltungsspielraum der Länder zur Berücksichtigung arbeitsplatzbezogener Anforderungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge gering ist. Trotzdem besteht ein politischer Wille zu einer möglichst umfangreichen Regelung auf Landesebene. Diese führen zu einem hohen bürokratischem Aufwand, der kleine Bieter oftmals überfordert, und zu zahlreichen rechtlichen Unsicherheiten und Abgrenzungsschwierigkeiten, die große Bieter aufgrund interner Compliance-Vorgaben abschreckt. Vielfach erscheint es zweifelhaft, ob der durch die Landesvergabegesetze produzierte Aufwand noch im Verhältnis zu dem erstrebten sozialpolitischen Mehrwert steht, etwa einem vergabespezifischen Mindestlohn, der den allgemeinen Mindestlohn nur geringfügig übersteigt. Dementsprechend wird z.B. auf Grundlage der Gesetzes-evaluation das TVgG-NRW vonseiten der Wirtschaft stark kritisiert.<sup>68</sup>

Es stellt sich vor diesem Hintergrund die grundsätzliche Frage, ob das Vergaberecht überhaupt der richtige Anknüpfungspunkt für eine Regelung der besprochenen arbeitsplatzbezogenen Anforderungen ist, oder ob sie – ungeachtet der jeweils bestehenden Gesetzgebungskompetenz – nicht für den gesamten Wirtschaftsverkehr eingeführt werden müssten.

Das ist nicht nur eine politische, sondern auch rechtlich relevante Erwägung. Mit arbeitnehmerschützenden Anforderungen einhergehende Einschränkungen der Grundfreiheiten können nach der Rechtsprechung des EuGH nämlich grundsätzlich nicht mit sozialen Zielen gerechtfertigt werden, wenn diese nur im Bereich öffentlicher Aufträge gelten.<sup>69</sup> Der Weg die entsprechenden Normen durch „Inländerdiskriminierung“ zu retten, dürfte durch das vergaberechtliche Gleichbehandlungsgebot aus § 97 Abs. 2 GWB versperrt sein.

---

66 Gesetzentwurf der Bundesregierung (Fn. 64), S. 140.

67 So *Zeiss* (Fn. 5), S. 150.

68 Pressemitteilung der IHK NRW vom 24.3. 2015.

69 Die zu den vergabespezifischen Mindestlöhnen ergangenen Entscheidungen lassen sich insoweit verallgemeinern, *Csaki/Freund*, KommJur 2012, 246, 250.

Regelmäßig erweist sich auch der nötige Auftragsbezug von arbeitsplatzbezogenen Anforderungen 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 ist kompliziert und teilweise praktisch kaum vorzunehmen.

Es bleibt abzuwarten, wie die Länder auf die fortschreitende Einengung ihrer Gestaltungsmöglichkeit durch die EuGH-Rechtsprechung reagieren. Jedenfalls ist damit zu rechnen, dass die rechtliche und politische Diskussion in diesem Bereich fort dauern und sich gerade im Zuge der aktuellen Vergaberechtsreform der Jahre 2015/2016 noch intensivieren wird.

## Diskussion

### **Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:**

Vielen Dank, Herr Dr. *Gabriel*. Wir haben in der Tat noch ein wenig Zeit für die Diskussion. Ich darf daran erinnern, dass es im Grunde zwei unterschiedliche Gegenstände sind. Die ILO-Kernarbeitsbedingungen werden sich schwerlich an Arbeitnehmer richten, die in Deutschland tätig sind, während die sozialen Kriterien schon auch genau das betreffen, was wir heute Morgen angesprochen haben. Ich stelle mir beispielsweise einmal vor, wie ein ausländischer Anbieter es darstellen will, sich an tariflichen Systemen zur Finanzierung von überbetrieblicher Ausbildung zu beteiligen. Auch das, was Sie zum Auftragsbezug gesagt haben, hat sicherlich einige Brisanz. Deswegen können wir bei der Diskussion, soweit Interesse besteht, mit dem zweiten Teil beginnen.

### **Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:**

Vielen Dank. Ich habe viel gelernt, deswegen auch hier schon ein bisschen vordiskutiert. Ich habe zwei Fragen: Erstens befürchte ich, anders als *Abbo*, dass die Kernarbeitsnormen uns doch ein Problem bereiten werden, nämlich dann, wenn man unter Koalitionsfreiheit im Prinzip jeden Verstoß gegen einfaches Tarifrecht begreift oder sogar Gewerkschaftsrechte in der Betriebsverfassung als mitgeschützt gilt. Ich will nur darauf hinweisen, dass die IG Metall einen Prozess beim LAG Hessen verloren hat. Das LAG Hessen hat es zugelassen, dass leitende Angestellte von Hyundai den Betriebsrat öffentlich beschimpft haben. Die IG Metall hat Beschwerde beim Bundeswirtschaftsministerium als OECD-Beschwerdestelle eingelegt mit der Rüge, ILO-Kernarbeitsnormen seien verletzt, wenn man leitenden Angestellten nicht das kritische Maul verbietet. Da ist noch etwas drin. Das ist zwar in diesem Fall absurd, aber es weist auch darauf hin, dass irgendwann die Gewerkschaften und die Betriebsräte anfangen werden, Selbstverpflichtungen von Vergabeopfern entsprechend für ihre Zwecke zu benutzen: „Du machst dich hier ganz schön unzuverlässig und wenn du vor uns einknickst, dann werden wir darauf hinwirken, dass du nie wieder einen öffentlichen Auftrag bekommst.“ Dann wird es ein Thema für die Arbeitsrichter. Das passiert bei uns. Da würde ich fragen, ob Sie irgendwelche Erkenntnisse haben aus Ihrer Beratungspraxis.

Die zweite Frage ist eine Rechtsfrage, so wie Sie es vorgetragen haben, was in den Vergabegesetzen drinsteht. Das wird ja vorformuliert in Vertragsbedingungen übernommen. Ehrlich gesagt, habe ich noch nie eine in-

transparentere AGB gesehen. § 97 GWB befreit vielleicht die Länder von der Beachtung des GWB durch die Öffnungsklausel, aber doch nicht vor der Beachtung des Transparentgebots im BGB. Oder liege ich da völlig falsch?

**Dr. Marc Gabriel, Baker & McKenzie, Berlin:**

Ich glaube, ich kann es kurz machen, bei der ersten Frage noch kürzer. Beispiele, wie Sie sie umrissen haben, zu den ILO-Kernarbeitsnormen, dem Aufgreifen und dem Instrumentalisieren eines Verstoßes gegen die ILO-Kernarbeitsnormen – auch arbeitsrechtlich – sind mir nicht bekannt. Momentan verhält es sich so noch nicht, sondern die Erklärungen verhalten sich in Vergabeverfahren in der Regel relativ geräuschlos, genau das Gegenteil.

Die zweite Frage bezog sich auf die Vergabegesetze: Vielleicht war es ein bisschen dem Vortrag geschuldet, der gerade in einer halben Stunde 15 Landesgesetze mehr oder weniger kohärent präsentieren musste, dass wir das eine oder andere kurz gemacht haben. Unkonkret oder schwierig zu verstehen sind die Regelungen selten. Das liegt auch an deren Länge. Ich weiß nicht, Herr Professor Rieble, ob Sie schon einmal solche Erklärungen in solchen Vergabeverfahren gesehen haben? Allein der Ankreuzkatalog zu den sozialen Kriterien und den Maßnahmen der Förderung von Familien und der Vereinbarkeit mit Beruf und Frauen umfasst oftmals zwei bis drei Seiten, er ist relativ gut erklärt. Ich glaube, das, was zur Intransparenz geführt hat, was Sie gerade meinen, ist ein bisschen die rechtliche Einbettung, über die wir hier gesprochen haben, die rechtliche Einbettung und das Prüfen im Lichte der entsprechenden Rechtsgrundlagen und die Fragen, die wir dahingehend aufgeworfen haben. Aber das Rechtliche ist nicht Gegenstand der AGB-Prüfung.

**Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:**

Gilt Ihre Einschätzung auch für diese schwierigen Klauseln über Selbstverpflichtungen hinsichtlich von Produktionsprozessen und Details von Produktionsprozessen?

**Marc Gabriel:**

An der Stelle bin ich geneigt, Ihnen zuzustimmen: Nein. Jetzt würde sich bei Ihnen wahrscheinlich die nächste Frage anschließen: Warum haben Sie dann nicht das entsprechende *Case Law* vorgestellt, wo sind die Ent-

scheidungen? An dieser Stelle teile ich Ihre Einschätzung voll, weil ich es selbst auch schwierig erklären könnte.

**Michael Brückner, Beiten Burkhardt Rechtsanwalts-gesellschaft, München:**

Sie haben vorgestellt, dass diese netten Erklärungen häufig nicht nur bei den Lieferaufträgen gelten, gerade für die Produktion von Waren, die nicht in Kinderarbeit hergestellt wurden, schon auch bei Dienstleistungsaufträgen. Wie weit geht es eigentlich, dass dort Waren bei der Erbringung der Dienstleistung eingesetzt werden? Ist es auch der Computer, den der Anwalt bei der Erbringung der anwaltlichen Dienstleistung einsetzt? Ist es der Schreibtisch, an dem der Rechtsanwalt sitzt bei der Erbringung der anwaltlichen Dienstleistung, eine Ware, die zur Erbringung der Dienstleistung eingesetzt wird? Dann hätte ich beim nächsten Mal auch Probleme, mich an einer Anwaltsausschreibung zu beteiligen, wenn eine solche Erklärung gefordert wird. Ich habe keine Ahnung, ob mein Schreibtisch ohne Kinderarbeit hergestellt wurde.

**Marc Gabriel:**

Es führt oftmals ein wenig weiter, in diese länglichen Rechtsverordnungen, Leitfäden, Praxishinweise, Handbücher, FAQs usw. zu schauen. Gerade solche Fragen werden dort angesprochen und beantwortet. Wenn ich mich recht entsinne – aber es ist relativ schwierig, 15 Landesgesetzgebungen im Kopf zu behalten –, findet man im Praxisleitfaden NRW eine Antwort, die in die Richtung geht und die sagt: „Es gibt eine Erheblichkeitsschwelle.“ Woher die kommt, kann ich Ihnen nicht sagen, aber dort wird operiert mit einer Erheblichkeitsschwelle von 20 % des Auftragswerts. Wenn die entsprechenden Waren 20 % des Auftragswerts erreichen. Jetzt kenne ich Ihren Stundensatz nicht, Herr Kollege, aber Sie müssen sich überlegen, wie teuer Ihr Schreibtisch und Ihr Computer gewesen sind und das in Relation setzen zu dem Auftragswert der anwaltlichen Beratungsleistung und überlegen, ob Sie die 20 %-Schwelle erreichen – und dann noch einmal kurz reflektieren.

**Professor Dr. Martin Burgi, Ludwig-Maximilians-Universität München:**

Lassen Sie mich noch einmal zur zukünftigen Rechtslage Stellung nehmen, wie sie sich nunmehr nach dem Referentenentwurf darstellt. Nach § 128 Abs. 2 GWB n.F. „können“ öffentliche Auftraggeber bestimmte Ausführungsbedingungen festlegen, d.h. Bedingungen, die über die allgemei-

nen rechtlichen Verpflichtungen aus § 128 Abs. 1 GWB n.F. hinausgehen. Entscheidend in diesem Zusammenhang ist, dass Adressat dieser Regelung der öffentliche Auftraggeber ist. In der Regel werden die Auftraggeber von dieser Möglichkeit aber nicht Gebrauch machen, weil sie gegenüber solchen zusätzlichen Bedingungen eher kritisch eingestellt sind. Nach § 129 GWB n.F. sind die öffentlichen Auftraggeber jedoch ausnahmsweise verpflichtet, bestimmte Ausführungsbedingungen festzulegen, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz verbindlich festgelegt wurde. Dies entspricht genau dem Zustand, den wir bisher auch schon hatten, wenn entsprechende Bedingungen aufgrund eines Bundes- oder Landesgesetzes festgelegt wurden. Ein Bundesgesetz hat es bisher noch nie gegeben und ich sehe momentan auch keines in Sicht. Die bestehenden Landesgesetze behalten hingegen weiter ihre Geltung, so dass sich das Problem in der Tat fortpflanzt.

**Abbo Junker:**

Ich schlage vor, dass wir die Diskussion vertagen, um nicht mit dem Vortrag von Herrn Kollegen *Greiner* zu weit in Rückstand zu kommen. Wir hatten bisher mit Blick auf dieses Referat den öffentlichen Personennahverkehr vollständig ausgeklammert. Herr Kollege *Greiner* beschäftigt sich schon seit langer Zeit, jedenfalls gemessen an der Neuigkeit des Gegenstands, mit dem Vergaberecht, hat die wesentlichen Entscheidungen des EuGH auch in der Literatur kommentiert und ist somit in erster Linie berufen, zu diesem Thema etwas zu sagen. Wie Sie sehen, ist Herr Kollege *Greiner* Universitätsprofessor an der Universität Bonn und in Köln habilitiert worden.



---

# Vergaberechtliche Arbeitsbedingungen in der Personenbeförderung

*Stefan Greiner*

	Seite
I. Einleitung.....	98
II. Europarechtlicher Hintergrund.....	99
1. Primärrecht .....	99
2. Sekundärrecht .....	100
a) Relevanz der neuen allgemeinen Vergaberichtlinien .....	100
b) Spezialgesetzliche Regelungen des Sekundärrechts .....	101
c) Konsequenz: rein innerstaatliche Erbringung der Verkehrsdienstleistungen.....	103
d) Allgemeine Regeln für öffentliche Personenverkehrs- dienste auf Schiene und Straße (Verordnung [EG] Nr. 1370/2007) .....	104
III. Verfassungsrechtliche Bewertung.....	107
1. Tariftreue im Allgemeinen .....	107
2. Repräsentativitätserfordernis.....	108
a) Begriff .....	109
b) Praktische Handhabung.....	109
c) Kritik .....	111
IV. Fazit und Ausblick .....	113
Diskussion .....	115

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Vergaberecht und Arbeitsbedingungen* (München 2015), S. 97-114

## I. Einleitung

Hinsichtlich der vergaberechtlichen Arbeitsbedingungen erweist sich der öffentliche Personenverkehr in mehrfacher Hinsicht als eine Sondermaterie: Auch nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Ruffert<sup>1</sup> haben die Landesgesetzgeber hier vielfach eine umfassende Verpflichtung zur Tariftreue fortgeschrieben. Verbreitet findet sich dabei in den Vergabegesetzen das Erfordernis der Beachtung „repräsentativer“ Tarifverträge, die mitunter im Wege einer landesministeriellen Rechtsverordnung von „nicht-repräsentativen“ abgegrenzt werden können. Hat somit im allgemeinen Vergaberecht die umfassende Tariftreueverpflichtung aus europarechtlichen Gründen ausgedient, wird sie für diesen spezifischen Bereich aufrechterhalten. Den rechtlichen Hintergründen und der Validität dieser Ausnahmestellung<sup>2</sup> wird im Rahmen dieses Beitrags nachzugehen sein.

Eine exemplarische Regelung, die Vorbildwirkung für die novellierten Vergabegesetze in zahlreichen anderen Bundesländern hatte, findet sich etwa in § 4 Abs. 2 Tariftreue- und Vergabegesetz (TVgG) NRW. Öffentliche Aufträge im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auf Straße und Schiene dürfen demnach

„nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten ... bei der Ausführung der Leistung mindestens das in Nordrhein-Westfalen für diese Leistung in einem der einschlägigen und repräsentativen mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbarten Tarifverträge vorgesehene Entgelt nach den tarifvertraglich festgelegten Modalitäten zu zahlen und während der Ausführungslaufzeit Änderungen nachzuvollziehen“.

Im Grundsatz vergleichbare – allerdings in Details abweichende – Regelungen finden sich in zahlreichen anderen Bundesländern.<sup>3</sup> Noch proble-

<sup>1</sup> EuGH 3.4. 2008 – C-346/06 – Ruffert; dazu *Seifert*, EuZA 1 (2008), 526.

<sup>2</sup> Diese manifestiert sich auch darin, dass exklusiv bei der Auftragsnachfolge im Bereich der Personenverkehrsdienste Art. 4 Abs. 5 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 den die Vergabeentscheidung treffenden Stellen ermöglicht, in entsprechender Anwendung der Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG die Übernahme der bislang mit der Tätigkeit beschäftigten Arbeitnehmer zu gleichen Arbeitsbedingungen zu verlangen, obwohl kein Betriebsübergang vorliegt. In den Landesvergabegesetzen wird hierauf vielfach (deklaratorisch) hingewiesen (z.B. § 5 TVgG-NRW). Diesem interessanten Aspekt kann hier nicht vertiefend nachgegangen werden; näher dazu *Bayreuther*, Betriebs-/Beschäftigtenübergang und Tariftreueverlangen nach Neuvergabe eines Dienstleistungsauftrags im ÖPNV, NZA 2014, 1171.

<sup>3</sup> Z.B.: Baden-Württemberg (§ 3 Abs. 4 Tariftreue- und Mindestlohngesetz); Bremen (§ 10 Abs. 2 Tariftreue- und Vergabegesetz); Mecklenburg-Vorpommern (§ 9 Abs. 1 Vergabegesetz), Rheinland-Pfalz (§ 4 Abs. 4 Tarif-

matischer scheint dabei die Regelung in § 3 Abs. 2 Vergabegesetz Brandenburg, die den Singular verwendet und die Verpflichtung statuiert, die eingesetzten Arbeitnehmer „nach dem hierfür jeweils geltenden einschlägigen und repräsentativen Entgelttarifvertrag zu entlohnen“.

## II. Europarechtlicher Hintergrund

### 1. Primärrecht

Die zunächst überraschende Ausnahmestellung des öffentlichen Personenverkehrs findet ihren ersten Anknüpfungspunkt im Primärrecht der Europäischen Union: Die primärrechtliche Verankerung unterscheidet sich von anderen Wirtschaftsbereichen. Gemäß Art. 58 AEUV sind allein die Sonderregelungen zur gemeinsamen Verkehrspolitik (Art. 90-101 AEUV) Prüfungsmaßstab. Diese Sonderregelungen verdrängen die allgemeine Dienstleistungsfreiheit der Art. 56, 57 AEUV; sie beinhalten gewissermaßen eine spezielle Dienstleistungsfreiheit für diesen Sektor. Eine abschließende Aussage gegenüber den anderen Grundfreiheiten ist damit indes nicht verbunden.<sup>4</sup> Dies hat der EuGH bereits in der „Yellow Cab“-Entscheidung<sup>5</sup> klargestellt, wenn er einerseits das damalige Niederlassungserfordernis nach österreichischem Recht an der Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV misst und insofern hervorhebt, dass allein ein Niederlassungserfordernis *nach* Konzessionserteilung primärrechtskonform sei, andererseits jedoch im Hinblick auf die allgemeine Dienstleistungsfreiheit ausführt,

„dass der freie Dienstleistungsverkehr im Verkehrsbereich nicht durch Art. 56 AEUV geregelt wird, der den freien Dienstleistungsverkehr im Allgemeinen betrifft, sondern durch die Sondervorschrift des Art. 58 Abs. 1 AEUV, wonach für den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs ... die Bestimmungen des Titels über den Verkehr [gelten].“

Bereits aus diesem systematischen Zusammenhang erschließt sich, dass die auf die allgemeine Dienstleistungsfreiheit bezogene Entscheidung in der Rechtssache Rüffert<sup>6</sup> keine unmittelbare Anwendung finden kann. Die primärrechtlichen Maßstäbe sind andere. Dieser Befund wird sich durch den sogleich anzustellenden Blick auf die sekundärrechtliche Regelungsebene erhärten.

---

treugesetz), Sachsen-Anhalt (§ 10 Abs. 2 Vergabegesetz), Schleswig-Holstein (§ 4 Abs. 2 Tariftreue- und Vergabegesetz); Niedersachsen (§ 5 Abs. 4 Satz 2 Tariftreue- und Vergabegesetz); Brandenburg (§ 3 Abs. 2 Vergabegesetz).

4 Vgl. *Müller-Graff*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 58 AEUV Rn. 5; *Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 58 AEUV Rn. 8.

5 EuGH 22.12. 2010 – C-338/09 – Yellow Cab.

6 EuGH 3.4. 2008 – C-346/06 – Rüffert.

## 2. Sekundärrecht

### a) Relevanz der neuen allgemeinen Vergaberichtlinien

Sekundärrechtlich ist zunächst hervorzuheben, dass durch die neuen Vergaberichtlinien keine grundlegende Veränderung eingetreten ist. Art. 10 Abs. 3 Richtlinie 2014/23/EU (Konzessionsrichtlinie) stellt ausdrücklich klar, dass die Richtlinie keine Anwendung findet, sondern stattdessen ausschließlich die als Spezialgesetz auf den Marktzugang im Bereich des ÖPNV/SPNV bezogene Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Erwägungsgrund 27 Richtlinie 2014/24/EU (Vergaberichtlinie) und Erwägungsgrund 35 Richtlinie 2014/25/EU (Sektorenrichtlinie) statuieren wortgleich:

„Es sei daran erinnert, dass Artikel 5 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates (16) ausdrücklich vorsieht, dass die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG für Dienstleistungsaufträge und für öffentliche Dienstleistungsaufträge für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen gelten, während für Dienstleistungskonzessionen für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 gilt. Es sei außerdem daran erinnert, dass jene Verordnung weiterhin für öffentliche Dienstleistungsaufträge sowie für Dienstleistungskonzessionen für öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene und per Untergrundbahn gilt. Zur Präzisierung der Beziehung zwischen dieser Richtlinie und der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 sollte ausdrücklich vorgesehen werden, dass die vorliegende Richtlinie nicht für Dienstleistungsaufträge für die Bereitstellung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten auf der Schiene oder mit Untergrundbahnen gelten, deren Vergabe weiterhin jener Verordnung unterliegen sollte. Soweit die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 die Möglichkeit einräumt, im nationalen Recht von den Vorschriften jener Verordnung abzuweichen, sollten die Mitgliedstaaten weiterhin in ihren nationalen Rechtsvorschriften bestimmen können, dass Dienstleistungsaufträge für öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene oder mit Untergrundbahnen durch ein Vergabeverfahren vergeben werden müssen, das ihren allgemeinen Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe entspricht.“

Daraus scheint sich eine unterschiedliche Relevanz der neuen Richtlinien für den öffentlichen Personenverkehr zu ergeben, je nachdem, ob ein Auftrag oder eine Konzession<sup>7</sup> Gegenstand der Vergabeentscheidung ist und ob es sich um Personenverkehrsdienstleistungen auf Schiene oder Straße handelt: Für die konzessionsrechtliche Vergabe gilt generell ausschließlich

---

<sup>7</sup> Zur Abgrenzung vgl. etwa Art. 5 Nr. 1 Richtlinie 2014/23/EU: Eine Konzession zeichnet sich dadurch aus, dass die öffentliche Hand, anders als beim Auftrag, keine feste Gegenleistung zusagt, sondern der Betreiber Gelegenheit zum Generieren von Einkünften in eigener unternehmerischer Verantwortung erhält, z.B. über die vereinnahmten Fahrpreise; näher auch *Bayreuther*, NZA 2014, 1171.

die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Bei der Auftragsvergabe ist zu differenzieren: Die neuen Vergaberichtlinien finden keine Anwendung auf den schienengebundenen Personenverkehr. Für den Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auf der Straße (also durch Busse) ist dagegen ein Mischsystem aus der (weiterhin vorrangigen) Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und den die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG ersetzenden Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU zur Anwendung zu bringen. Zu beachten ist dabei, dass der in Erwägungsgrund 27 Richtlinie 2014/24/EU und Erwägungsgrund 35 Richtlinie 2014/25/EU in Bezug genommene Art. 5 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 das Verhältnis insofern festlegt, dass grundsätzlich die Verordnung die spezialgesetzliche Regelung trifft; anwendbar bleiben vor allem die dort statuierten sozialen Vergabekriterien. Nur die allgemeinen Verfahrensmodalitäten richten sich nach den allgemeinen Vergaberichtlinien.<sup>8</sup> Dieses Zusammenwirken allgemeiner und spezieller Regelung wird auch unter Geltung der neuen Vergaberichtlinien für die Auftragsvergabe im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auf der Straße fortzuschreiben sein.

## **b) Spezialgesetzliche Regelungen des Sekundärrechts**

Die für die vergaberechtlichen Arbeitsbedingungen entscheidende Frage des mitgliedstaatlichen Regelungsspielraums erfährt maßgebliche Beeinflussung durch die sekundärrechtlichen Regelungen betreffend Marktzugang und Arbeitsbedingungen im öffentlichen Personenverkehr. Diese Fragen werden durch zwei einschlägige Verordnungen geregelt, die unterschiedliche Aspekte derselben Sachmaterie betreffen, gegenständlich ineinandergreifen und somit nur in einer Gesamtschau betrachtet werden können: Der Marktzugang für den Sektor des öffentlichen Personenverkehrs auf der Straße ist heute abschließend unionsrechtlich durch die Verordnung (EG) Nr. 1073/2009<sup>9</sup> geregelt. Diese ist zum 4.12. 2011 an die Stelle der früheren Verordnung (EG) Nr. 12/1998<sup>10</sup> getreten. Während die Vorgängerregelung kein eigenständiges Niederlassungserfordernis be-

---

8 *Bayreuther*, NZA 2014, 1171, 1172; *Nettesheim*, Das neue Dienstleistungsrecht des ÖPNV – Die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, NVwZ 2009, 1449, 1451; *Schmitz/Winkelhüsener*, Der Öffentliche Personennahverkehr im Übergang zur VO 1370/2007: Vergaberechtliche Handlungsoptionen und deren beihilferechtliche Konsequenzen, EuZW 2011, 52, 53.

9 Verordnung (EG) Nr. 1073/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.10. 2009 über gemeinsame Regeln für den Zugang zum grenzüberschreitenden Personenkraftverkehrsmarkt und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 561/2006 (Amtsblatt EU 2009 L 300/88).

10 Verordnung (EG) Nr. 12/98 des Rates vom 11.12. 1997 über die Bedingungen für die Zulassung von Verkehrsunternehmen zum Personenkraftverkehr innerhalb eines Mitgliedstaats, in dem sie nicht ansässig sind (Amtsblatt EG 1998 L 4/10).

gründete, sondern diese Frage den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen überließ – § 13 Abs. 1 Nr. 4 Personenbeförderungsgesetz (PBefG) a.F. war mithin europarechtskonform –, regelt die heute geltende Verordnung (EG) Nr. 1073/2009 aus sich selbst heraus ein Niederlassungserfordernis. Aus Art. 15 Verordnung (EG) Nr. 1073/2009 ergibt sich nämlich, dass die sog. Kabotagebeförderung, also die Beförderung durch nicht im Inland ansässige Unternehmen,<sup>11</sup> nur in den abschließend dort geregelten Fällen zulässig ist. Dies sind insbesondere die Sonderformen des Linienverkehrs, d.h. Linienverkehrsangebote, die nicht der Allgemeinheit, sondern ausschließlich bestimmten Personengruppen offenstehen (Schulbusse etc.), ferner der Gelegenheitsverkehr (touristische Reisegruppen etc.) sowie grenzüberschreitende Linienverkehrsdienste, z.B. eine Buslinie, die Venlo und Duisburg verbindet.<sup>12</sup> In allen anderen Fällen der öffentlichen Personenbeförderung auf der Straße ist Kabotagebeförderung nicht zulässig; es besteht vielmehr im Umkehrschluss ein Niederlassungserfordernis.<sup>13</sup> Ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Busunternehmen muss daher eine Niederlassung im Inland begründen, wenn es den Zuschlag (Auftrags- bzw. Konzessionserteilung) für einen inländischen Linienverkehrsdienst erhalten möchte. Die sekundärrechtliche Situation für den Marktzugang zum schienengebundenen Linienverkehr stellt sich als komplex dar und kann hier nicht vertiefend dargestellt werden.<sup>14</sup> Auch dort haben jedoch – in den Grundzügen vergleichbar mit der Situation im Busverkehr – die Unternehmen kein eigenes Zugangsrecht zu rein nationalen Netzen.<sup>15</sup> Für die Zulassung zum innerstaatlichen, nicht grenzüberschreitenden Linienverkehr resultiert daraus ebenfalls eine Art Niederlassungserfordernis. Dies folgt im Umkehrschluss aus Art. 10 Richtlinie 91/440/EWG<sup>16</sup> – auch nachdem diese Vorschrift durch die Richtlinie 2007/58/EG<sup>17</sup> umgestaltet und liberalisiert wurde.

- 
- 11 S. die Legaldefinition der „Kabotage“ in Art. 2 Nr. 7 Verordnung (EG) Nr. 1073/2009.
- 12 In den ausnahmsweise zulässigen Fällen von Kabotagebeförderung finden hinsichtlich der Sozialstandards und Arbeitsbedingungen die Verordnung (EG) Nr. 561/2006 sowie die allgemeinere Richtlinie 1996/71/EG über die Arbeitnehmerentsendung Anwendung.
- 13 *Epiney/Heuck/Schleiss*, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 36. Ergänzungslieferung 2014, L. Verkehrsrecht Rn. 309, 312.
- 14 Näher *Schäfer*, in: Streinz (Fn. 4), Art. 91 Rn. 37 ff.
- 15 Vgl. *Otting/Scheps*, Direktvergabe von Eisenbahnverkehrsdienstleistungen nach der neuen Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, NVwZ 2008, 499, 503.
- 16 Richtlinie 91/440/EWG des Rates vom 29.7. 1991 zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft (Amtsblatt EG 1991 L 237/25).
- 17 Richtlinie 2007/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10. 2007 zur Änderung der Richtlinie 91/440/EWG des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft sowie der Richtlinie 2001/14/EG

Die nur sehr restriktive Zulassung der rein innerstaatlichen Personenbeförderung durch nicht im Inland ansässige Personenverkehrsunternehmen hat gute Gründe. Die Niederlassungserfordernisse dienen letztlich vor allem dem Verbraucherschutz. So soll es dem Nutzer eines Nahverkehrsdienstes nicht zugemutet werden, sich bei Informationsbedarf oder hinsichtlich der Geltendmachung von Rechten an ein ausschließlich im Ausland beheimatetes Unternehmen halten zu müssen. Aus dem Blickwinkel des Verbraucherschutzes ist dies sehr nachvollziehbar.

**c) Konsequenz: rein innerstaatliche Erbringung der Verkehrsdienstleistungen**

Aus der abschließenden, restriktiven Zulassung der (Kabotage-)Beförderung durch nicht im Inland niedergelassene Unternehmen, folgt im Umkehrschluss, dass bereits das Unionsrecht im Übrigen ein Niederlassungserfordernis statuiert. Dies gilt insbesondere für den regulären innerstaatlichen Linienverkehr. Die Einführung des § 13 Abs. 1a PBefG und die damit einhergehende Aufhebung des früheren Niederlassungserfordernisses auf mitgliedstaatlicher Ebene dienen somit nur der Bereinigung, nicht hingegen einer Änderung der Rechtslage: Für ein konstitutives Niederlassungserfordernis des mitgliedstaatlichen Rechts besteht kein Raum, wenn bereits europarechtlich ein unmittelbar anwendbares Niederlassungserfordernis gilt; für den Bereich des Busverkehrs ist dies aufgrund der unmittelbaren Geltung der Verordnung (EG) Nr. 1073/2009 der Fall. Konsequenterweise scheint daher, dass § 13 Abs. 1a PBefG heute lediglich deklaratorisch auf das einschlägige Sekundärrecht verweist; die Vorschrift hat damit nur noch eine klarstellende Funktion. Auch ohne diese Regelung würde bereits europarechtlich ein Niederlassungserfordernis greifen.

Infolge dieser Rahmenbedingungen vollzieht sich die Dienstleistungserbringung im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auch dann rein innerstaatlich, wenn der Dienstleistungsauftrag bzw. die Konzession durch ein im Ausland beheimatetes Unternehmen ausgeführt wird: Dieses muss für den Marktzugang zum rein innerstaatlichen Linienverkehr eine innerstaatliche Niederlassung errichten. Eine rechtlich nicht handlungsfähige Betriebsstätte genügt dafür nicht.<sup>18</sup> Wenn eine Niederlassung mit Rechtsträgereigenschaft im Inland begründet ist, fehlt es für die Dienstleistungserbringung am charakteristischen grenzüberschreitenden Ele-

---

über die Zuweisung von Fahrwegkapazitäten der Eisenbahn und die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur (Amtsblatt EU 2007 L 315/44).

18 Ausführlich zum differenzierten Niederlassungsbegriff *Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 4), Art. 49 AEUV Rn. 38 ff.

ment.<sup>19</sup> Für innerstaatliche Arbeitgeber bestehende gesetzliche Regelungen können somit Anwendung finden, ohne dass dadurch die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen in europarechtlich bedenklicher Weise beschränkt würde.<sup>20</sup> Die Maßstäbe der an die Dienstleistungsfreiheit anknüpfenden Ruffert-Entscheidung finden keine Anwendung. Konsequenz ist ein wesentlich größerer Regelungs- und Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten als in anderen Bereichen des Wirtschaftslebens.

**d) Allgemeine Regeln für öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (Verordnung [EG] Nr. 1370/2007)**

Während die bereits beleuchteten Vorschriften des Sekundärrechts die Frage des Marktzugangs (das „Ob“) beeinflussen, enthält die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 allgemeine Regeln für die Durchführung (das „Wie“) öffentlicher Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße. Sie bezieht sich gemäß Art. 1 Abs. 2 in gleicher Weise auf den rein innerstaatlichen wie auf den grenzüberschreitenden Verkehr. Ihre primärrechtliche Grundlage ist damit nicht in der Dienstleistungsfreiheit, sondern vielmehr in den sozialen und Verbraucherschützenden Regelungskompetenzen der Union zu finden. Nach dem Erwägungsgrund 17 dieser Verordnung steht es

„gemäß dem Subsidiaritätsprinzip ... den zuständigen Behörden frei, soziale Kriterien und Qualitätskriterien festzulegen ..., beispielsweise bezüglich der Mindestarbeitsbedingungen ... sowie bezüglich der sich aus Kollektivvereinbarungen ergebenden Verpflichtungen und anderer 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.“

Damit wird bereits programmatisch auch die Festlegung spezifischer Mindestarbeitsbedingungen als unionsrechtlich erwünscht charakterisiert: Der Wettbewerb soll nicht uneingeschränkt über Entgeltdivergenzen ausgetragen werden können. Den Mitgliedstaaten wird auf diesem Feld freie Hand gelassen. Primärrechtlich möglich scheint dies allein wegen der fehlenden Einschlägigkeit der Dienstleistungsfreiheit (oben II 1), so dass keine Grundlage dafür besteht, die engen Maßstäbe der Ruffert-Entscheidung zum Begriff der Mindestarbeitsbedingungen für anwendbar zu

---

<sup>19</sup> Vgl. nur *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 55. Ergänzungslieferung 2015, Art. 57 AEUV Rn. 14.

<sup>20</sup> Vgl. *Pünder/Klafki*, Rechtsprobleme des Arbeitnehmerschutzes in den neuen Landesvergabeetzen, NJW 2014, 429, 432.



halten.<sup>21</sup> Erwägungsgrund 17 ist in der Formulierung viel weiter und offener als die sehr ausdifferenzierten Regelungen der Entsenderichtlinie 1996/71/EG. Gerade der ausdrückliche Hinweis auf das Subsidiaritätsprinzip verdeutlicht den großen Gestaltungsspielraum, der den Mitgliedstaaten zustehen soll.<sup>22</sup>

Die daraus resultierende Freiheit der mitgliedstaatlichen Gesetzgebung bei der Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen wird auch nicht durch die zutreffenden Überlegungen des EuGH in seinem Judikat zur Rechtssache Bundesdruckerei<sup>23</sup> berührt. In dieser Entscheidung hatte der EuGH die Anwendbarkeit innerstaatlicher Mindestarbeitsbedingungen auf Arbeitsverhältnisse bei einem im Ausland beheimateten Subunternehmer als mit der europäischen Dienstleistungsfreiheit unvereinbar bewertet. Die Unterwerfung der ausschließlich im EU-Ausland stattfindenden Leistungserbringung unter das innerstaatliche Mindestlohnregime sei unverhältnismäßig, da die Arbeitsleistung keinen hinreichenden Inlandsbezug aufweise. Dies ist schon deshalb richtig, weil die legitimen Schutzzwecke des Mindestlohns – Förderung der Austauschgerechtigkeit<sup>24</sup> und Sicherung des Lebensunterhalts<sup>25</sup> – bei reinen Auslandssachverhalten nicht einschlägig sind: Weder die durch die Arbeitsleistung bewirkte Wertschöpfung des Subunternehmers noch die Lebenshaltungskosten des Beschäftigten werden durch die wirtschaftlichen Verhältnisse im Inland spürbar beeinflusst.<sup>26</sup> Auch insofern sind die tatsächlichen Verhältnisse im Bereich der öffentlichen Personenbeförderung nicht vergleichbar; es bestehen strukturelle Unterschiede zur allgemeinen Dienstleistungsfreiheit: Da die Leistungserbringung bei innerstaatlichen Verkehrsdienstleistungen zwangsläufig im Inland erfolgt, ist stets ein hinreichender Inlandsbezug gegeben. Dieser manifestiert sich sowohl in der durch die Dienstleistung generierbaren Wertschöpfung, welche sich – z.B. über die Höhe der Fahrpreise – an den wirtschaftlichen Verhältnissen im Inland

---

21 Dafür aber *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012, § 5 TVG Rn. 276 mit der Konsequenz, dass auch für diesen Bereich ein Tariftreueverlangen als *de-facto*-Bindung an nicht allgemeinverbindliche Tarifverträge ausscheide.

22 Erkennbar wird dieser auch in Nr. 2.2.8 der hierzu ergangenen Auslegungsleitlinien der Europäischen Kommission (Amtsblatt EU 2014 C 92/1).

23 EuGH 18.9. 2014 – C-549/13 – Bundesdruckerei; dazu *Greiner/Hennecken*, Verpflichtung zur Zahlung eines vergabespezifischen Mindestlohns im Rahmen einer Auftragsvergabe außerhalb des Anwendungsbereichs der Arbeitnehmerentsenderichtlinie, EuZA 8 (2015), 252.

24 *Ch. Picker*, Niedriglohn und Mindestlohn, RdA 2014, 25, 34.

25 Vgl. *Greiner*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Hrsg.), BeckOK ArbR, 35. Edition, 1.3. 2015, § 1 MiLoG Rn. 1 f.

26 Zu den mindestlohnrechtlichen Konsequenzen für Transitfahrten und ähnliche Konstellationen s. *Greiner*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Fn. 25), § 22 MiLoG Rn. 2 ff.

orientiert, als auch in den Lebenshaltungskosten der mit der Aufgabe typischerweise betrauten Arbeitnehmer, denn diese werden in aller Regel im Inland ansässig sein. Im Übrigen bleibt es dabei, dass die allgemeine Dienstleistungsfreiheit der Art. 56, 57 AEUV aus den bereits ausführlich dargestellten Gründen (oben II 1, II 2 b) nicht als Prüfungsmaßstab in Betracht kommt.

Auch die von Teilen der Literatur<sup>27</sup> angeführten, erwägenswerten Gegenargumente erschüttern diesen Befund nicht: Das sekundärrechtliche Niederlassungserfordernis ändere nichts daran, dass ausländische Unternehmen nach internationalem Privatrecht Entgelte mit ihren aus ihrem Heimatland stammenden Arbeitnehmern nach dem Recht des Heimatlands vereinbaren könnten; daran würden sie durch eine Tariftreueverpflichtung gehindert.<sup>28</sup> Dies dürfte zum einen selten praktisch relevant werden, da bei Übernahme von rein inländischen Personenverkehrsaufträgen bzw. -konzessionen regelmäßig inländische Arbeitnehmer beschäftigt werden. Zum anderen erfordert das Niederlassungserfordernis nach hier vertretener Auffassung die Gründung einer rechtlich handlungsfähigen Niederlassung; der bloße „Betriebssitz im Inland“ reicht nicht aus (oben II 2 c). Daher dürfte selbst bei einem aus dem ursprünglichen Heimatland stammenden Arbeitnehmer die Vereinbarung des ausländischen Vertragsstatuts angesichts der ausschließlichen Arbeitsleistung im Inland und des Vorhandenseins einer inländischen Niederlassung nicht in Betracht kommen.<sup>29</sup>

Auch eine kompetenzrechtliche Sperrwirkung der personenbeförderungrechtlichen Regelungen des Bundesrechts (§§ 13 f. PBefG) gegenüber zusätzlichen landesrechtlichen Vergabebedingungen scheint schwer begründbar.<sup>30</sup> Vielmehr wird man auch insofern deutlich zwischen der Frage des Marktzugangs („Ob“) als Regelungsgegenstand des PBefG und der Frage der anzuwendenden Arbeitsbedingungen („Wie“) unterscheiden müssen. Einer bundesgesetzlichen Regelung, die sich allein auf den Bereich des Marktzugangs bezieht, lässt sich dann keine Sperrwirkung gegenüber landesrechtlichen Regelungen hinsichtlich der Arbeitsbedingungen entnehmen.

---

27 *Löwisch/Rieble* (Fn. 21), § 5 TVG Rn. 276 ff.

28 *Löwisch/Rieble* (Fn. 21), § 5 TVG Rn. 276.

29 Siehe insbesondere Art. 8 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Rom I-Verordnung, wonach vorrangig an den Ort der Arbeitsleistung sowie den Sitz der einstellenden Niederlassung anzuknüpfen ist; vgl. weiterhin *Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 4), Art. 57 AEUV Rn. 51 f.

30 Dafür aber *Löwisch/Rieble* (Fn. 21), § 5 TVG Rn. 278.

### III. Verfassungsrechtliche Bewertung

Lässt somit das Europarecht den nationalen Gesetzgebern einen weiten Regelungsspielraum, rücken die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen umso stärker in das Blickfeld. Insofern ist zwischen dem vergaberechtlichen Tariftreueverlangen und dem neuen Regelungselement des Repräsentativitätserfordernisses gedanklich klar zu trennen.

#### 1. Tariftreue im Allgemeinen

Nach dem Beschluss des BVerfG zum Berliner Vergabegesetz<sup>31</sup> ist die landesrechtliche Einforderung von Tariftreue verfassungsrechtlich unbedenklich. Prägend ist dafür die Grundannahme des Verfassungsgerichts, dass die negative Koalitionsfreiheit zwar durch Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG geschützt ist, jedoch nicht vor bloßen Außenseiterwirkungen eines Tarifvertrags schützt.<sup>32</sup> Insofern können staatliche Stellen – hier: der Landesgesetzgeber – die tarifautonom vereinbarte Regelung unbedenklich zum Anknüpfungspunkt einer eigenen Regelung machen, die den Wirkungsbereich der tariflichen Regelung ohne inhaltliche Änderungen erweitert. Ebenso wie im Fall der Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) oder der Geltungserstreckung im Wege einer Rechtsverordnung (z.B. § 7 AEntG) geschieht dies *de facto* auch in der Situation eines Tariftreueverlangens. Ein markanter Unterschied liegt allerdings darin, dass durch ein Tariftreueverlangen keine *normative* Wirkung im Außenseiterverhältnis erreicht wird, sondern dem Unternehmen lediglich eine gewissermaßen vertragsautonome Selbstunterwerfung unter die Tarifbedingungen im Vergabeverfahren abverlangt wird. Insofern wirkt das Tariftreueverlangen rechtlich milder als eine normative Tarifierstreckung,<sup>33</sup> mögen die praktischen Wirkungen auch ähnlich sein.<sup>34</sup> Gerade Vertreter einer ausschließlich kollektiv-privatautonomen Herleitung der tariflichen Normwirkung<sup>35</sup>

---

31 BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202.

32 Art. 9 Abs. 3 GG schützt demnach die Freiheit zu, nicht die Freiheit von etwas: BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, Rn. 73 f.; weiterhin *Linsenmaier*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 15. Aufl. 2015, Art. 9 GG Rn. 36; *Schubert*, Ist der Außenseiter vor der Normsetzung durch die Tarifvertragsparteien geschützt?, RdA 2001, 199; *Deinert*, Negative Koalitionsfreiheit, RdA 2014, 129, 132 ff.; *Faber*, Die verfassungs- und europarechtliche Bewertung von Tariftreue- und Mindestentgeltregelungen in Landesvergabegesetzen, NVwZ 2015, 257, 260.

33 BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202 Rn. 97; zustimmend *Preis/Ulber*, Tariftreue als Verfassungsproblem, NJW 2007, 465, 470; sehr kritisch *Rieble*, NZA 2007, 1, 3.

34 S. dazu noch unten Fn. 57.

35 Allgemein dazu etwa *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005, S. 91 ff.; *Dieterich*, Die Grundrechtsbindung von Tarifver-

sehen auch diesen staatlichen Erstreckungsakt kritisch und monieren eine Überschreitung der Grenzen der Tarifmacht.<sup>36</sup>

Das BVerfG konstatiert lediglich eine Beeinträchtigung der Berufs- und Vertragsfreiheit (Art. 12 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG) der Arbeitsvertragsparteien, insbesondere des zu einer Tariftreueerklärung veranlassten Arbeitgebers;<sup>37</sup> diese sei aber gerechtfertigt. Nach den Kategorien der klassischen „Stufentheorie“ zur Berufsfreiheit handelt es sich um eine Berufsausübungsregelung.<sup>38</sup> Aspekte der Berufswahl werden nicht betroffen. Das BVerfG lässt daher die Sicherstellung sozialer Standards in einem Teilgebiet des Arbeitsmarkts zur Rechtfertigung genügen;<sup>39</sup> damit rekurriert es letztlich auf das verfassungsrechtliche Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG). In dem für den EuGH in der Ruffert-Entscheidung tragenden<sup>40</sup> Aspekt, dass eine soziale Verbesserung lediglich für einen Teil des Arbeitsmarkts, nämlich den Bereich öffentlicher Vergaben, erzielt wird, sieht das BVerfG mit Recht kein Problem: Ebenso wie die Eingriffswirkung auf diesen Bereich beschränkt ist, ist spiegelbildlich die positive soziale Wirkung auf diesen Sektor limitiert. In der Verhältnismäßigkeitsbetrachtung steht einem eng begrenzten Eingriff mithin eine ebenso eng begrenzte Rechtfertigung gegenüber. Die enge Rechtfertigung vermag den gegenständlich eng begrenzten Eingriff sachgerecht zu legitimieren.

## 2. Repräsentativitätserfordernis

Deutlich hervorzuheben ist, dass der Tariftreuebeschluss des BVerfG sich auf eine Tariftreueerklärung ohne Repräsentativitätserfordernis bezog.<sup>41</sup> Dies wird in der Diskussion – z.B. um die nordrhein-westfälische Regelung – mitunter geflissentlich ignoriert. Tatsächlich ist das neu eingeführte Repräsentativitätserfordernis, exemplarisch in § 4 Abs. 2 Satz 1 TVgG-

---

trägen, Festschrift Schaub, 1998, S. 117, 121; *E. Picker*, Tarifmacht und tarifvertragliche Arbeitsmarktpolitik, *ZfA* 1998, 573, 675 ff.; *Richardi*, Arbeitsvertrag und Tarifgeltung, *ZfA* 2003, 655 f.; *ders.*, Von der Tarifautonomie zur tariflichen Ersatzgesetzgebung, Festschrift Konzen, 2006, S. 791 f.; zur gegenläufigen Tendenz des Gesetzgebers in jüngster Zeit *Greiner*, Das Tarifeinheitsgesetz, *NZA* 2015, 769.

36 *Rieble*, Tariftreue vor dem BVerfG, *NZA* 2007, 1, 2.

37 BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202 Rn. 79, 81.

38 BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202 Rn. 78; *Faber*, *NVwZ* 2015, 257, 260.

39 BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202 Rn. 87.

40 Vgl. EuGH 3.4. 2008 – C-346/06, Rn. 38 f. – Ruffert.

41 Vorlagefrage war die Verfassungsmäßigkeit der Tariftreueerklärung nach dem Berliner Vergabegesetz für die Vergabe öffentlicher Bauaufträge. Das Berliner Vergabegesetz enthielt kein Repräsentativitätserfordernis.

NRW, bislang nicht Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen geworden. Es ist verfassungsrechtlich höchst problematisch.

### a) Begriff

Die Bedenken beginnen allerdings schon auf einfachrechtlicher Ebene. Repräsentativität ist ein schillernder, höchst vieldeutiger Begriff.<sup>42</sup> Auch mit dem Erfordernis der Tariffähigkeit (§ 2 Abs. 1 TVG) ist bereits eine gewisse Repräsentativität verbunden. Das Tariffähigkeitspostulat nach deutschem Recht entspricht funktional etwa dem Erfordernis der *représentativité* nach französischem Recht.<sup>43</sup> Dies gilt umso mehr, nachdem das BAG in jüngsten Entscheidungen zur Tariffähigkeit<sup>44</sup> entscheidend auf den Mitgliederbestand abstellt und frühere Relativierungen dieser Repräsentativitätsbetrachtung, die noch im CGM-Beschluss vom 28.3. 2006<sup>45</sup> erkennbar waren, wieder aufgegeben hat.

Allerdings charakterisiert die Tariffähigkeit eine recht niedrige Repräsentativitätsschwelle: Innerhalb einer Branche ist Raum für zahlreiche in diesem Sinne „repräsentative“ Tarifakteure. Wird in einer Tariftreueregelung neben dem Begriff der Tariffähigkeit der Begriff der Repräsentativität als ergänzende Tatbestandsvoraussetzung genannt, spricht viel dafür, dass nicht allein die Schwelle schlichter Repräsentativität gemeint ist, die mit der Anerkennung als tariffähige Koalition verbunden ist, sondern dass gesteigerte, „qualifizierte“ Repräsentativität gemeint ist. Repräsentativ ist demnach nur ein Tarifvertrag, der für die Arbeitsbedingungen in dem fraglichen Bereich eine besondere Gestaltungskraft entfaltet; er muss praktisch in zahlreichen Arbeitsverhältnissen zur Anwendung kommen.<sup>46</sup> Im Extremfall kann dies darauf hinauslaufen, dass unter mehreren konkurrierenden Tarifverträgen in einer Branche nur einer als in diesem Sinne „qualifiziert repräsentativ“ angesehen wird.

### b) Praktische Handhabung

Die Praxis legt zumindest in Nordrhein-Westfalen den Repräsentativitätsbegriff des § 4 Abs. 1 Satz 1 TVgG-NRW eng aus. Lediglich die Beachtung der in qualifiziert-repräsentativen Tarifverträgen normierten Arbeitsbedingungen ermöglicht die Berücksichtigung eines Unternehmens im Ver-

---

42 Zur Vereinbarkeit des TVgG mit Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG aufgrund der Unbestimmtheit des Repräsentativitätsbegriffs näher *Greiner*, Vergaberegeln im öffentlichen Personennahverkehr – ein Angriff auf die Tarifautonomie, ZTR 2013, 647, 651.

43 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, 1997, S. 527.

44 Insbesondere BAG 5.10. 2010 – 1 ABR 88/09, NZA 2011, 300.

45 BAG 28.3. 2006 – 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112.

46 Vgl. *Schlachter*, in: ErfK (Fn. 32), § 7 AEntG Rn. 8.

gabeverfahren. § 4 Abs. 2 Satz 2 TVgG-NRW beinhaltet eine Verordnungsermächtigung zugunsten des Landesarbeitsministers, kraft derer er durch Rechtsverordnung die in der fraglichen Branche repräsentativen Tarifverträge konstitutiv festlegen kann. § 21 Abs. 2 TVgG-NRW gibt für diese Ermessensentscheidung gewisse Leitlinien vor: Bei der Ermittlung der Repräsentativität eines Tarifvertrags sei „auf die Bedeutung des Tarifvertrages für die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer abzustellen“. „*Insbesondere*“ soll dabei die Tarifbindung im Arbeitgeberlager „*oder*“ auf Arbeitnehmerseite sein. Wohin der über die Repräsentativität des Tarifvertrags entscheidende Arbeitsminister den Blick lenkt, ob auf die Tarifbindung im Arbeitgeberlager oder im Arbeitnehmerlager, liegt in seinem Ermessen. Eine kumulative Betrachtung wird nicht gefordert. § 21 Abs. 2 Satz 3 TVgG-NRW sieht die Einrichtung eines beratenden Repräsentativitätsausschusses vor: Das Ministerium beruft für vier Jahre je drei Vertreter von Gewerkschaften und von Arbeitgebern bzw. Arbeitgeberverbänden im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs. Das Besetzungsverfahren ist in der Vergabetariffstellungsausschussverordnung (VgTariffAVO) vom 23.4. 2012 detailliert geregelt.

In der politischen Umsetzung wurde für den Bereich des öffentlichen Nahverkehrs auf der Straße (Busverkehr) lediglich der zwischen dem kommunalen Arbeitgeberverband (KAV) und der Vereinigten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) geschlossene Spartentarifvertrag Nahverkehrsbetriebe (TV-N) für repräsentativ erklärt, der zwischen dem Arbeitgeberverband NWO und der Gewerkschaft Öffentlicher Dienst und Dienstleistungen (GÖD) für das private Omnibusgewerbe geschlossene Tarifvertrag (TV-NWO) hingegen nicht. Berücksichtigt wurde bei dieser „einseitigen“ Repräsentativitätsentscheidung allein die Tarifbindung auf Arbeitnehmerseite, die in der Tat ungleichgewichtig ist: An den TV-N waren dem Vernehmen nach 57,6 %, an den TV-NWO demgegenüber (nur, aber immerhin) 4,9 % der Arbeitnehmer mitgliedschaftlich gebunden. Im Bereich der privaten Omnibusunternehmen waren zum Zeitpunkt der Repräsentativitätsentscheidung auf Arbeitgeberseite dagegen 57,7 % der Unternehmen an den TV-NWO gebunden. Die ministerielle Auswahlentscheidung hätte somit bei einseitiger Berücksichtigung der Tarifbindung auf Arbeitgeberseite auch gegenteilig ausfallen können. Jedenfalls hätte es bei einer kumulativen Betrachtung der praktischen Bedeutung der Tarifverträge, insbesondere auch über arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln,<sup>47</sup> sehr nahe gelegen, beide Tarifverträge für repräsentativ zu erklären.

---

47 Vgl. P. Hanau, Der Kampf um die Verknüpfung von Tarifgeltung und Verbandsmitgliedschaft, NZA 2012, 825, 830 mit Fn. 52.

### c) Kritik

Das Beispiel verdeutlicht anschaulich die grundlegende Problematik des Repräsentativitätskriteriums im Tarifrecht. Seinen zweifellos legitimen Stellenwert hat es dort, wo der Gesetz- oder Verordnungsgeber eine Auswahlentscheidung zwischen unterschiedlichen tarifautonomen Regelwerken treffen muss, insbesondere also dort, wo er sich dafür entscheiden muss, welches von mehreren in Betracht kommenden Tarifwerken er als Anknüpfungspunkt einer von ihm selbst verantworteten Erstreckungsentscheidung nimmt.<sup>48</sup> Nur insofern ist das Repräsentativitätskriterium tatsächlich ein sachgerechtes, weil möglichst willkürfreies Auswahlkriterium, das einer an inhaltliche Aspekte (Spezialität etc.) anknüpfenden Auswahlentscheidung bei weitem überlegen ist.<sup>49</sup> Dies gilt etwa auch für die sachnotwendige Auflösung von Tarifkonkurrenzen in ein und demselben Arbeitsverhältnis.<sup>50</sup> Eine solche Situation ist vorliegend nicht erkennbar: Nichts hindert die über die Vergabe entscheidende Stelle daran, *jegliche* tarifautonom zustande gekommene und wirksame Regelung als tauglichen Gegenstand einer Tariftreueerklärung anzuerkennen. Der Respekt vor der Tarifautonomie, die sich gerade auch plural in unterschiedlichen Tarifabschlüssen niederschlagen kann, gebietet dies geradezu.<sup>51</sup>

Ein entscheidender Unterschied zu den verwandten Instrumenten der Tarifierstreckung – Allgemeinverbindlicherklärung gemäß § 5 TVG, Rechtsverordnung z.B. nach § 7 AEntG – liegt darin, dass durch ein Tariftreueverlangen mit Repräsentativitätserfordernis mehrere belastende Wirkungen kumuliert werden: Letztlich wird eine Unterwerfung unter das gesamte Entgeltgitter des alleinig repräsentativen Tarifvertrags verlangt. Daneben tritt eine verdrängende Wirkung gegenüber konkurrierenden Tarifverträgen, denen die Anerkennung als sozial akzeptable und damit vergabe-taugliche Ausgestaltung der Arbeitsbeziehungen versagt wird. Insofern wirkt eine *repräsentativitätsgestützte* Tariftreue weit schärfer als die

---

48 Ausführlich *Greiner*, Repräsentativität des Tarifvertrags als Vergabekriterium?, *ZfA* 2012, 483, 498.

49 Gelöst werden müssen allerdings erhebliche praktische Probleme bei der Ermittlung und Kontrolle des Mitgliederbestands, die z.B. durch den Gesetzgeber der mehrheitsbezogenen Tarifikollisionsregel (§ 4a TVG, Tarifeinheitsgesetz) nicht einmal im Ansatz bewältigt wurden, vgl. *Greiner*, *NZA* 2015, 769.

50 Bei Betriebs- und Betriebsverfassungsnormen i.S.d. § 3 Abs. 2 TVG ganz h.M., vgl. nur *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 308 ff.; *Bayreuther* (Fn. 35), S. 369 f.; *Zwanziger*, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012, § 4 TVG Rn. 935; *Reichold*, Abschied von der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, *RdA* 2007, 327; jeweils m.w.N.

51 *Faber* (NVwZ 2015, 257, 260, 262) sieht zudem in dem Repräsentativitätserfordernis eine Verletzung der insoweit abschließenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG („Arbeitsrecht“) i.V.m. Art. 31 GG.

verwandten Instrumente der Tariferstreckung, da bei § 5 TVG eine verdrängende Wirkung gegenüber konkurrierenden Tarifverträgen nur punktuell und ausnahmsweise bei besonders qualifizierten Regelungsgegenständen (gemeinsame Einrichtungen) eintritt. Dieser früher umstrittene Grundsatz ist durch ausdrückliche Regelung der Ausnahmekonstellation in § 5 Abs. 4 Satz 2 TVG nun klargestellt. Im Anwendungsbereich des AEntG tritt zwar diese verdrängende Wirkung ein, erstreckt wird jedoch nach richtiger Ansicht<sup>52</sup> nicht das gesamte Entgeltgitter. Erstreckt werden vielmehr lediglich unterste Mindestarbeitsbedingungen als elementarer Schutzsockel, während darüber freier Raum für die – auch konkurrierende – Betätigung der Tarifautonomie bleibt.

Die viel schärfer wirkende Kombination beider Wirkungen läuft in einer Branche mit unterschiedlichen Tarifakteuren faktisch auf die Schaffung eines Zweiklassensystems tariffähiger Koalitionen und Tarifverträge hinaus.<sup>53</sup> Bestimmte Koalitionen werden als qualifiziert-repräsentativ anerkannt, andere nicht. Letztlich befindet die Exekutive damit wertend über Tarifyhalte und Tarifakteure. Es entsteht die erhebliche Gefahr politischer Einflussnahme: Der Repräsentativitätsbegriff kann gerade wegen seiner Unbestimmtheit nach politischem Gutdünken genutzt werden, um missliebige Tarifakteure oder Tarifverträge auszusortieren. Dies ist ein in hohem Maße systemfremdes Element. Nicht umsonst ist das gerichtliche Verfahren zur Feststellung der Tarif(un)fähigkeit von Koalitionen den sachkompetenten und vor allem politisch unabhängigen Arbeitsgerichten anvertraut (vgl. §§ 2a Abs. 1 Nr. 4, 97 ArbGG).

Nur am Rande sei erwähnt, dass eine problematische Wirkung auch darin gesehen werden kann, dass anderweitig tarifgebundene Unternehmen vergaberechtlich zu einer Situation der „Quasi-Tarifpluralität“ gezwungen werden. Sie müssen neben den Bedingungen des Tarifvertrags, an den sie mitgliedschaftlich gemäß §§ 3, 4 Abs. 1 TVG gebunden sind, Arbeitsbedingungen aus einem konkurrierenden Tarifwerk zusagen, um Chancen im Vergabeverfahren zu haben. Letztlich müssen sie sich verpflichten, einzelvertraglich andere Arbeitsbedingungen anzuwenden als sich aus den Tarifverträgen ergeben, an die sie mitgliedschaftlich gebunden sind. Diese Überlagerung von Tarifwerken ist, wenn sie tarif- oder vertragsautonom herbeigeführt wird, zwar hinzunehmen und akzeptabel. Tritt sie jedoch nicht als Ergebnis betätigter Freiheit ein, sondern durch gesetzlichen

---

52 Vgl. *Sittard*, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung nach § 5 TVG und dem AEntG, 2010, S. 336; weiterhin *Greiner*, Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen zwischen mitgliedschaftlicher Legitimation und öffentlichem Interesse, Festschrift von Hoyningen-Huene, 2014, S. 103, 112.

53 A.A. *Dieterich/Ulber*, Zur Verfassungsmäßigkeit von Tariftreuepflicht und Repräsentativitätserfordernis, ZTR 2013, 179, 184.



Zwang, ist sie problematisch. Dies gilt umso mehr, nachdem der Bundesgesetzgeber die Tarifpluralität als zu bekämpfendes Übel eingeordnet und dieser Erkenntnis durch Verabschiedung des (verfassungsrechtlich ebenfalls zweifelhaften)<sup>54</sup> Tarifeinheitsgesetzes (§ 4a TVG<sup>55</sup>) Rechnung getragen hat. Dann ist es inkonsequent, auf dem Gebiet des Vergaberechts durch gesetzlichen Zwang Strukturen zu schaffen, die zu einer der Tarifpluralität oder sogar der Tarifkonkurrenz vergleichbaren Regelungssituation führen.

Nimmt man in den Blick, dass Kernaussage von Art. 9 Abs. 3 GG die Anerkennung eines tarifautonomen Regelungssystems ist, aus dem eine von *Selbstbestimmung* geprägte Ordnung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen resultiert,<sup>56</sup> dann ist eine politische Auswahlkompetenz des Landesarbeitsministers, die auf eine Einteilung in gute – repräsentative – und weniger gute – weil weniger repräsentative – Tarifverträge hinausläuft, fast evident verfassungswidrig. Dieser willkürliche Staatseinfluss ist dem innersten Kern des Art. 9 Abs. 3 GG, der Zusage eines Autonomieraums für tariffähige Rechtssubjekte, diametral entgegengesetzt.

#### IV. Fazit und Ausblick

Die Fortschreibung des uneingeschränkten Tariftreueverlangens im Bereich des öffentlichen Nahverkehrs scheint ein Detailproblem, ist jedoch von hoher praktischer Bedeutung. Außerdem exemplifiziert sie zahlreiche Grundprobleme im vergaberechtlichen Mehrebenensystem und erweist sich damit als rechtsdogmatisch interessant und vielschichtig. Im Grundsatz ist gegen ein Tariftreueverlangen in diesem von spezifischen Rechtsregeln und Rahmenbedingungen geprägten Bereich aus unions- und verfassungsrechtlicher Perspektive nichts einzuwenden. Die öffentliche Hand hat schon deshalb ein legitimes Interesse, soziale Mindeststandards im Vergaberecht zu wahren, weil der Bereich der öffentlichen Vergabe unter besonderer medialer Beobachtung steht und von der öffentlichen Hand mit Recht eine besondere soziale Verantwortung eingefordert wird: Wer die politische Verantwortung für die Sozialstandards in der öffentlichen Daseinsvorsorge trägt, muss auch Gestaltungsmittel haben, um ihr gerecht zu werden. Da lediglich der Bereich der öffentlichen Vergabe betroffen ist, bindet die öffentliche Hand vor allem sich selbst<sup>57</sup> – besonders wichtig in

---

54 Näher dazu *Greiner*, Das Tarifeinheitsgesetz – ein „Brandbeschleuniger“ für Tarifauseinandersetzungen?, RdA 2015, 36; *ders.*, NZA 2015, 769.

55 Vgl. BT-Drucks. 18/4062, S. 1 ff.

56 Vgl. *Richardi* in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), Bd. 1, 3. Aufl. 2009, § 1 Rn. 19; vertiefend *E. Picker*, Tarifautonomie – Betriebsautonomie – Privatautonomie, NZA 2002, 761.

57 Genau umgekehrt stellt das BVerfG im Berliner Tariftreuebeschluss auf die vermeintlich privatautonome Selbstbindung des die Tariftreueerklärung abge-

Zeiten der von „Schuldenbremsen“ ausgehenden Sparanreize. Insofern wirkt die Tariftreuregel kaum anders als eine interne „*social policy*“, die sich ein Unternehmen mit interner Bindungswirkung für Fremdvergabeentscheidungen auferlegt.

Problematisch scheint – aus den dargestellten Gründen – hingegen die weit verbreitete *repräsentativitätsgestützte* Tariftreueklausel. Insofern bleibt abzuwarten, ob die laufende Evaluation der Vergabegesetze auf diese Bedenken reagiert und das zweifelhafte, verfassungsrechtlich angreifbare Gestaltungselement aufgibt. Dagegen spricht, dass das Repräsentativitätserfordernis auch in der Bundesgesetzgebung eine bedenkliche Karriere gestartet hat. So bezieht sich die Übergangsregelung in § 24 Abs. 1 MiLoG auf „abweichende Regelungen eines Tarifvertrags *repräsentativer* Tarifvertragsparteien“, die bis zum 31.12. 2017 dem gesetzlichen Mindestlohn (§ 1 MiLoG) vorgehen sollen. Auch hier wirkt die Zauberformel von der Repräsentativität potenziell als flexible Ermächtigung staatlicher Behörden – konkret der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (vgl. §§ 14 ff. MiLoG) –, um zwischen politisch opportunen und missliebigen Tarifabschlüssen zu differenzieren. Bei gebotener verfassungskonformer Auslegung dürfte dies lediglich als tautologische Wiederholung der im Begriff des Tarifvertrags ohnehin enthaltenen Tariffähigkeitsvoraussetzungen zu deuten sein.<sup>58</sup> Besonders im Fokus steht gegenwärtig die Tarifeinheit im Betrieb, die sich auf ein betriebsbezogenes Repräsentativitätsprinzip stützt (§ 4a Abs. 2 Satz 2 TVG). Hier tritt die politisch gewollte Einflussnahme auf die Tarif- und Sozialpartnerstruktur besonders eindrucksvoll hervor. Sollte insofern ein Spruch aus Karlsruhe den Spuk beenden, dürfte dies auf die nicht minder problematische Verwendung des Repräsentativitätskriteriums im vergaberechtlichen Kontext ausstrahlen.

---

benden Unternehmens ab (BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, Rn. 97; dazu auch *Preis/Ulber*, NJW 2007, 465, 470). Allerdings ist es insofern mit Privatautonomie nicht weit her, wenn die Alternative zur Einwilligung in eine inhaltliche Vorgabe in der – gesetzlich angeordneten – Verweigerung des Vertragsschlusses durch Ausschluss aus dem Vergabeverfahren ist.

58 Vgl. *Franzen*, in: ErfK (Fn. 32), § 24 MiLoG Rn. 1; *Greiner*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Fn. 25), § 24 MiLoG Rn. 11.

## Diskussion

### **Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:**

Vielen Dank, Herr *Greiner*, für diesen sehr informativen Vortrag, der uns viele Einblicke gegeben und das Ganze sehr gut abgerundet hat. Sie haben ja auch noch Aspekte aus den anderen Vorträgen aufgegriffen und vertieft. Das war wirklich eine sehr schöne Mischung, die Sie uns hier präsentiert haben. Wir sind uns alle einig: Es ging im Kern um Hardcore-Tarifvertragsrecht und da gilt das Highlander-Prinzip: Es kann nur einen geben. Deswegen braucht sich Herr Kollege *Rieble* hier gar nicht zu melden. *Volker*, Du bekommst ganz automatisch das Wort.

### **Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:**

Ich sage aber gar nichts Tarifrechtliches. Ich bin ja mit fast allem einverstanden. Ich habe drei kleine Fragen. Erstens: Wenn ich eine Verpflichtung zur Anwendung der jeweiligen Tarifverträge habe, kann ich mir überlegen, ob das nicht mit Blick auf die Bergmannsversorgungsschein-Entscheidung eine dynamische Verweisung der Vergaberegulation auf ein Gesetz ist oder wird praktisch nur punktuell und insofern statisch eine dynamische Bezugnahmeklausel verlangt, die aber denselben Wortlaut hat?

Zweiter Punkt: Wir reden viel über Europa und Verfassungsrecht. Ich glaube, der BGH hat den entscheidenden Fehler gemacht, überhaupt von der Herrenstraße zum Schlossplatz vorzulegen. Man könnte genauso gut einfach einmal kartellrechtlich arbeiten und sagen: „Das hier ist ein Nachfragemonopol und die kartellrechtlichen Bestimmungen des GWB sind garantiert nicht durch irgendwelche unionsrechtlichen anderen Rechtsakte aufgehoben.“ Und man kann es als Marktmachtmissbrauch brandmarken. Das ist auch landesrechtlich, aus meiner Sicht, nicht ansatzweise möglich, das GWB als Bundesgesetz zu machen. Koalitionenmissbrauch ist nach § 19 GWB angreifbar, oder das Kartellamt könnte einmal eine Verbotsverfügung machen. Vielleicht ist es manchmal schlecht, in zu hohe Sphären des Rechts zu gehen, dort Dinge zu denken, die keine Billigung finden, anstatt einfach im Bodenkrieg Landgewinne zu verzeichnen. Da wollte ich fragen, ob Sie eine Vorstellung haben, aber ich will Sie auch nicht womöglich fachfremd mit kartellrechtlichen Fragen quälen.

Bei der Repräsentativität kann man noch sagen: „Die döseligen Arbeitgeber, die sind überwiegend dort organisiert, wo es billiger ist, deswegen berücksichtigen wir das nicht so.“ Aber wenn ich mir das einmal übertrage

auf den Fernverkehr und mir einmal vorstelle, wie es eigentlich wäre, wenn ein Repräsentativitätsausschuss entscheiden soll, ist jetzt bei der Bahn, der Bundesbahn, der EVG- oder der GDL-Tarifvertrag repräsentativ? Dann wird es, glaube ich, vollkommen widersinnig, denn ich kann ja nicht bei dem Gesetzeswortlaut auf die aktuelle Gewerkschafts- oder Tariflandschaft abstellen, sondern das Gesetz muss auch unter ganz anderen Aspekten greifbar sein. Da ist die Frage: Ist das nicht womöglich auch zu unbestimmt, die Repräsentativität? Selbst wenn ich auf Mitgliederzahlen abstellen würde wie die kommende Tarifeinheit, ich weiß jedoch als Koalition in der Sekunde des Tarifabschlusses gar nicht, bin ich jetzt repräsentativ oder bin ich es nicht? Damit geht ein massiver Rückschlag auf den Tarifabschluss einher. Da würde *Giesen* sagen: „Bei der betriebsbezogenen Repräsentativität ist es nicht so schlimm, in einem Betrieb gilt er, im anderen Betrieb gilt er nicht. Damit kann ich leben.“ Aber hier ist ersichtlich eine landesweite Repräsentativität gemeint. Das heißt, Ihr NWO, das klingt sehr kommunistisch, sowjetisch, mit GÖD-Tarifvertrag kann unter Umständen überlegen; der wird praktisch gar keine Geltung finden, weil die anderen repräsentativ sind. Das finde ich einen ganz schönen Rückschlag, nicht nur auf die Tarifautonomie abstrakt, sondern auch auf die konkreten Tarifverhandlungssituationen. Wie will ich denn als Gewerkschaft überhaupt noch auftreten?

**Professor Dr. Stefan Greiner, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn:**

Das waren viele schwierige und facettenreiche Fragen. Ich fange einmal hinten an: Die Problematik der Repräsentativitätsentscheidung, die ihre Schatten vorauswirft auf die Tarifverhandlungssituation, stellt sich bei der Tarifeinheit möglicherweise noch zugespitzter, ist aber auch hier deutlich erkennbar. In der Tat werden schon die Tarifverhandlungen dadurch beeinflusst. Warum sollte überhaupt noch verhandelt werden, wenn die Verhandlungspartner von vornherein wissen, dass sie letztlich keinen repräsentativen Tarifvertrag zustande bekommen? Man könnte natürlich sagen: Es gibt noch andere Regelungsmaterien, die von der Repräsentativitätsentscheidung nicht betroffen sind und die trotzdem gölten.

Interessant ist, dass vergaberechtlich die Unternehmen, die an den nicht repräsentativen Tarifvertrag tarifrechtlich gebunden sind, in der Vergabesituation gewissermaßen in eine Quasi-Tarifpluralität gezwungen werden; zwar nicht normativ, weil der repräsentative Tarifvertrag für sie nicht normativ gilt, aber sie müssen sich vergaberechtlich verpflichten, seine Bedingungen zur Anwendung zu bringen. Deswegen kommen wir – und das ist das Problem – durch staatlichen – genauer: vergaberechtlichen – Zwang in eine Situation, die der Gesetzgeber an anderer Stelle offenbar

für unerträglich hält: die Situation der Tarifpluralität. Hier schafft er sie *de facto* – nicht rechtlich, aber es läuft auf etwas Ähnliches hinaus: Es kommt zu der Überlagerung von konkurrierenden Tarifinhalten. Auch der Kompromisscharakter des Tarifvertrags wird gesprengt, indem punktuell dann doch Inhalte aus dem repräsentativen Tarifvertrag zur Anwendung gebracht werden müssen. Das passt gut zu der ersten Frage mit der dynamischen Verweisung.

Eine normative Wirkung der dynamischen Tarifentwicklung bekommen wir nicht hin, sondern sie müsste mit Mitteln der Arbeitsvertragsgestaltung realisiert werden: Das Busunternehmen muss sich verpflichten, den repräsentativen Tarifvertrag in seiner jeweiligen Fassung in den Arbeitsverhältnissen zur Anwendung zu bringen. Das erreicht es entweder, indem es in die Arbeitsverträge eine kleine dynamische Verweisung auf den repräsentativen Tarifvertrag aufnimmt, oder indem es dies im Wege der betrieblichen Übung implementiert.

### **Volker Rieble:**

Verzeihen Sie die Nachfrage: Sie würden dann wirklich sagen, die Skepsis gegenüber der dynamischen Verweisung eines Gesetzes auf einen Tarifvertrag (Bergmannsversorgungsschein) ist dann nicht berechtigt, weil es sich hier, wie das BVerfG in der Tariftreueentscheidung sagt, eben nicht umgesetzt handelt, sondern ohne vertragliche Unterwerfung. Damit bin ich draußen aus dieser Dynamikbremse.

### **Stefan Greiner:**

Dies sehe ich auch so: Es wirkt eine Art „Dynamikbremse“, denn das Gesetz verweist nicht unmittelbar auf den sich dynamisch verändernden Tarifvertrag. Es macht sich seine Inhalte nicht zu eigen, sondern nutzt gewissermaßen die Hintertür, indem der Arbeitsvertrag instrumentalisiert wird: Das Gestaltungsmittel liegt auf der arbeitsvertraglichen Ebene; damit korrespondiert die vergaberechtliche Verpflichtung, die Arbeitsbeziehungen so zu gestalten, dass die Bedingungen des repräsentativen Tarifvertrags Anwendung finden. Am Ende ist das fast nur ein dogmatischer Unterschied. In den Wirkungen ist es allenfalls ein hauchdünner Unterschied.

Die zweite Frage: Kartellrecht. Ich beziehe es einmal auf eine abstraktere Ebene, ich abstrahiere etwas von der Frage. Das macht, glaube ich, die Schwierigkeit der ganzen Rechtsmaterie aus, dass wir ein Zusammenspiel unterschiedlicher Rechtsgebiete haben: Tarifrecht und Vergaberecht, daneben kartellrechtliche Einflüsse. Es sind Probleme aus mehreren Rechts-

gebieten, die sich überlagern – je nachdem, wie man sie gewichtet, kommt man zu unterschiedlichen Ergebnissen. In ihrer Stellungnahme haben *Thomas Dieterich* und *Daniel Ulber* versucht zu begründen, das Ganze sei überhaupt kein Tarifrecht, sondern sei reines Vergaberecht. Deswegen könne man das Ganze auch nicht an Art. 9 Abs. 3 GG messen.

**Richard Giesen:**

Ich glaube, man kann darüber nachdenken, ob es auf den Bergmannsversorgungsschein hinausläuft, weil zweimal um die Ecke getrickst wurde. Unabhängig davon: Müssen wir uns nicht, wenn wir in Ruhe darüber nachdenken, darin einig sein, dass in Wirklichkeit der EuGH in der Ruffert-Entscheidung Recht hatte, als er sagte: „Wir können doch nicht das Kriterium der Vergabe oder anderer Tatbestände auf einer Baustelle ausschlaggebend machen dafür, welchen sozialen Schutz ein Arbeitnehmer hat.“ Das geht nicht. Meine persönliche Prognose ist, dass es auf Bundesebene niemals ein Tariftreuevergaberecht geben wird, denn wenn der Bund gern auf Baustellen einen Mindestschutz haben möchte oder irgendwo anders, wird er den, weil er die Gesetzgebungskompetenz innehat, für alle festlegen. Das, was die Länder machen, ist in Wirklichkeit halb-starkes Bundesgesetzgebertum. Sie wollen dort, wo es nur gerade geht, Mindestschutz für irgendwelche Arbeitnehmer herstellen und gar nicht für diejenigen, die vergabeabhängig sind, sondern in Wirklichkeit nur für so viel es geht. Aus diesem Grund denke ich, wir sollten doch einmal über dieses Kriterium des EuGH nachdenken. Wir müssen doch an alle Arbeitnehmer denken und wir sollen auch ruhig alle schützen, auch gern hohe Mindestlöhne für alle. Dieses Unterscheidungskriterium ist doch dasjenige, das uns und jetzt auch Ihnen bei dieser Frage Ungleichbehandlung der unterschiedlichen Tarifverträge das große Problem einbrockt.

**Stefan Greiner:**

Ja. Ich sehe im Ausgangspunkt auch das Problem. Natürlich möchten die Länder auf diese Weise ein bisschen Arbeitsrecht regeln. Auf der anderen Seite sind wir in der Vergabesituation allerdings in einer spezifischen Situation, die dadurch geprägt ist – Herr *Burgi* hat es angesprochen –, dass die öffentliche Hand etwas macht, was sie eigentlich nicht machen müsste. Sie könnte die Aufgabe auch in Eigenregie erledigen und sich dafür öffentlich-rechtliche Regeln geben, was die Sozialstandards betrifft. Ein Stück weit substituiert das Vergaberecht dieses Binnenrecht der öffentlichen Hand bei der Aufgabenerledigung in Eigenregie. Das ist, glaube ich, nicht gänzlich illegitim. Immerhin muss sich die Politik – vielleicht muss man es auch einmal aus dieser Perspektive betrachten –, wenn es hart auf hart

kommt, bei Monitor oder Kontraste anprangern lassen, dass die Arbeitsbedingungen bei der öffentlichen Vergabe grottenschlecht sind. Insofern hat die Politik, glaube ich, ein legitimes Interesse daran zu sagen: „Wir definieren gewisse Sozialstandards, spezifisch für den Bereich der öffentlichen Vergabe“. Daher finde ich den Einwand des EuGH, dass nur ein sektorenspezifischer Schutz für die Vergabe geschaffen wird, nicht überzeugend. Immerhin wird dadurch für einen Teil des Arbeitsmarkts ein spezifischer Schutz geschaffen. Ich sehe an dieser Stelle die Argumentation des EuGH durchaus kritisch und habe ein gewisses Verständnis für die Politik, die sich gegen den Vorwurf wappnen muss, mit zweierlei Maß zu messen, wenn sie von der Privatwirtschaft soziale Standards einfordert.





---

# Vergaberechtliches Sanktionssystem

*Andreas Neun*

Seite

I. Ausgangsposition .....	123
II. Sanktionierung von nicht abgegebenen, fehlerhaften Erklärungen im Vergabeverfahren.....	124
III. Sanktionierung nach Zuschlag (während der Ausführung eines öffentlichen Auftrags) .....	125
1. Verstöße gegen Verpflichtungserklärungen während der Ausführung eines öffentlichen Auftrags.....	125
2. Sanktionierung von Fehlverhalten vor Zuschlag, das sich erst während der Vertragsausführung herausstellt.....	125
IV. Sanktionierung von Non-Compliance mit arbeitsrechtlichen Bestimmungen generell.....	126
1. Individueller Ausschluss im einzelnen Vergabeverfahren nach Kartellvergaberecht.....	126
2. Genereller Ausschluss von Vergaben für eine bestimmte Zeit (Vergabesperre).....	130
3. Exkurs: Registerrecht.....	132
V. Künftiges Recht: Umsetzung der neuen EU-Vergaberechtsrichtlinien bis zum 18.4. 2016 .....	133
1. Neuregelungen durch Art. 57 der Richtlinie 2014/24/EU für Ausschlüsse und Vergabesperren aufgrund schwerer Verfehlungen.....	133
2. Entwurf des BMWi für die neuen §§ 97 bis 186 GWB (Stand: 30.4. 2015).....	135
a) Eignung und Ausschlussgründe .....	136
b) Selbstreinigung .....	137
c) Vergabesperre.....	138
d) Vertragsbedingungen .....	139

VI. Thesen.....	140
Diskussion .....	141

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Vergaberecht und Arbeitsbedingungen* (München 2015), S. 121-140

## I. Ausgangsposition

Einen Einstieg in das vergaberechtliche Sanktionssystem für bieterseitige Verstöße gegen arbeitsrechtliche Bestimmungen liefert die nachfolgende Passage aus einer Leitentscheidung des OLG Düsseldorf<sup>1</sup> (betreffend Verpflichtungserklärungen zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen sowie zur Förderung von Beruf und Familie); die Entscheidung räumt dabei zugleich mit einigen durchaus verbreiteten Missverständnissen auf:

„Nachweise zur persönlichen Lage [Zuverlässigkeit] des Bieters können nur in der in Art. 45 Abs. 3 Richtlinie 2004/18/EG<sup>2</sup> ... 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<sup>3</sup>, 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<sup>4</sup> ... 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.“

- 
- 1 OLG Düsseldorf 25.6. 2014 – VII-Verg 39/13, ZfBR 2014, 815. Dem Fall lag die Ausschreibung von Arzneimittelrabattvereinbarungen für Interferon-beta-1b-Präparate zugrunde. In den Fertigspritzen der zu liefernden Ware ist auch Naturkautschuk verarbeitet.
  - 2 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 (Amtsblatt EU 2004 L 134/114). Diese Regelungen finden eine sehr weitgehende Entsprechung in Art. 60 Abs. 1 und Abs. 2 der neuen – im April 2014 in Kraft getretenen Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2. 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (Amtsblatt EU 2014 L 94/65).
  - 3 Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen) vom 10.1. 2012.
  - 4 EU-rechtlich determiniert durch Art. 26 Richtlinie 2004/18/EG i.V.m. Erwägungsgrund 33 sowie Art. 70 Richtlinie 2014/24/EU i.V.m. Erwägungsgrund 98 Unterabs. 2.

Ausgehend hiervon ist zu unterscheiden zwischen vergaberechtlichen (und vertragsrechtlichen) Sanktionen für im Vergabeverfahren nicht abgegebene oder fehlerhafte bzw. vorsätzlich wahrheitswidrige Erklärungen (siehe unten II) und der Sanktionierung von Fehlverhalten während der Ausführung eines öffentlichen Auftrags bzw. von vergangenem Fehlverhalten, das sich erst während der Vertragsausführung herausstellt (siehe unten III) sowie der Sanktionierung von arbeitsrechtlicher Non-Compliance (also schweren Verfehlungen eines Bewerbers oder Bieters in der Vergangenheit) im Vergabeverfahren (siehe unten IV). Nach der Darstellung des *Status quo* befasst sich der Vortrag mit den Neuerungen des EU-Vergaberechts, die im April 2014 in Kraft getreten und bis April 2016 in das deutsche Recht umzusetzen sind (siehe unten V).

## II. Sanktionierung von nicht abgegebenen, fehlerhaften Erklärungen im Vergabeverfahren

Zunächst fordert das Vergaberecht den Ausschluss eines Angebots, wenn eine Erklärung – dazu gehören auch Erklärungen über die Einhaltung vergaberechtskonform geforderter<sup>5</sup> Vertragsbedingungen (etwa zu arbeitsrechtlichen Mindestlohn- und Tariftreueanforderungen – nicht oder nicht richtig abgegeben wurde. Dies folgt beispielhaft für den Bereich der klassischen Liefer- und Dienstleistungsvergaben aus § 16 Abs. 3 VOL/A-EG –

„Die Angebote müssen alle geforderten Angaben, Erklärungen und Preise enthalten“ –

i.V.m. § 19 Abs. 3 lit. a VOL/A EG:

„Ausgeschlossen werden:

a) Angebote, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Erklärungen und Nachweise enthalten, ...“.

Bei vorsätzlich wahrheitswidrigen Erklärungen droht zudem ein weiterer Ausschlussgrund, da die §§ 19 Abs. 4, 6 Abs. 6 lit. e VOL/A-EG bestimmen, dass Angebote von Bieterinnen aus der Wertung genommen werden können,

„die im Vergabeverfahren vorsätzlich unzutreffende Erklärungen in Bezug auf ihre Eignung abgegeben haben“

Allerdings sind viele auf arbeitsrechtliche Anforderungen bezogene Verpflichtungserklärungen (z.B. solche nach TVgG NRW zur Einhaltung bestimmter ILO-Kernarbeitsnormen) – wie sich aus der oben zitierten Leitentscheidung des OLG Düsseldorf ergibt – gerade keine Erklärungen in Bezug auf die *Eignung*. Stattdessen greifen solche Erklärungen als Ver-

---

5 Wann dies der Fall ist, ist Gegenstand anderer Vorträge dieser ZAAR-Tagung.

trags- bzw. Ausführungsbedingungen erst nach Zuschlag (in der Phase der Vertragsdurchführung).

Erklärungen in Bezug auf die Eignung sind aber Eigenerklärungen – etwa nach § 19 Abs. 3 Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Mindestlohngesetz – MiLoG<sup>6</sup>) –, in denen ein Bieter erklärt, keine schweren Verfehlungen in der Vergangenheit begangen zu haben.<sup>7</sup>

### **III. Sanktionierung nach Zuschlag (während der Ausführung eines öffentlichen Auftrags)**

#### **1. Verstöße gegen Verpflichtungserklärungen während der Ausführung eines öffentlichen Auftrags**

Schuldhaftige Verstöße gegen solche Verpflichtungen aus einer Verpflichtungserklärung während der Vertragsdurchführung können zu Vertragsstrafen und zur Kündigung des öffentlichen Auftrags führen. Das bestimmen etwa die Abs. 1 und 2<sup>8</sup> des § 12 Abs. 1 TVgG NRW in Bezug auf Verpflichtungserklärungen zur Tariftreue- und Mindestlohnpflicht.

Man mag einwenden: Dabei handelt es sich doch nicht um *vergaberechtliche* Sanktionen, sondern um solche des Vertragsrechts.

#### **2. Sanktionierung von Fehlverhalten vor Zuschlag, das sich erst während der Vertragsausführung herausstellt**

Aber: Das Vergaberecht hat die Phase der Vertragsausführung für sich „entdeckt“, nicht nur durch die oben genannten Normen des TVgG NRW, sondern jetzt auch, indem Art. 73 der neuen EU-Vergaberechtsrichtlinie 2014/24/EU statuiert:

„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 Ar-

---

6 Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Mindestlohngesetz – MiLoG) vom 11.8. 2014, BGBl. 2014 I, S. 1348.

7 Genauer geht es um die „Erklärung, dass die Voraussetzungen für einen Ausschluss nach [§ 19] Absatz 1 [MiLoG] nicht vorliegen“; siehe dazu unten IV 2.

8 § 12 Abs. 2 TVgG NRW lautet: „Der öffentliche Auftraggeber hat mit dem Auftragnehmer zu vereinbaren, dass die schuldhaftige Nichterfüllung der Verpflichtungen aus einer Verpflichtungserklärung nach § 4 durch den Auftragnehmer, seine Nachunternehmer und die Verleiher von Arbeitskräften sowie schuldhaftige Verstöße gegen die Verpflichtungen des Auftragnehmers aus § 9 Absatz 1 den Auftraggeber zur fristlosen Kündigung ... berechtigen.“

tikel 57 Absatz 1 genannten Tatbestände und hätte daher vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen; ...“.

Aus der Formulierung „zumindest“ ergibt sich, dass das mitgliedstaatliche Recht solche Vertragsbeendigungsmöglichkeiten für nachträglich festgestellte Non-Compliance für diejenigen Ausschlussgründe vorsehen *muss*, welche Art. 57 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU als zwingend definiert.<sup>9</sup> Parallelvorschriften finden sich in Art. 90 lit. b der Richtlinie 2014/25/EU (für Sektorentätigkeiten) und Art. 44 lit. b der Richtlinie 2014/23/EU (für Konzessionsverträge). Nicht ausgeschlossen ist hierdurch, dass die mitgliedstaatliche Umsetzung darüber hinausgeht und auch für *fakultative* Ausschlussgründe, die sich erst nach Zuschlag herausstellen, Kündigungsoptionen für öffentliche Auftraggeber vorsieht.<sup>10</sup>

#### **IV. Sanktionierung von Non-Compliance mit arbeitsrechtlichen Bestimmungen generell**

Zurück zum Vergabeverfahren:

Ist einem Bieter in Bezug auf arbeitsrechtliche Bestimmungen eine schwere Verfehlung in der Vergangenheit vorzuwerfen, droht nicht nur der individuelle Ausschluss im konkreten Vergabeverfahren (siehe unten 1), sondern darüber hinaus auch eine sog. „Vergabesperre“ (also der Ausschluss von allen Beschaffungen eines oder mehrerer öffentlicher Auftraggeber für eine bestimmte Zeitdauer (siehe unten 2). Flankiert wird das Vergaberecht insoweit durch registerrechtliche Bestimmungen, welche allerdings noch ausbaufähig sind (siehe unten 3).

##### **1. Individueller Ausschluss im einzelnen Vergabeverfahren nach Kartellvergaberecht**

Generell gilt im Kartellvergaberecht: Bereits – durch „nachweislich schwere Verfehlungen“ eines Bewerbers/Bieters in der Vergangenheit (§ 6 Abs. 6 lit. c VOL/A-EG<sup>11</sup>) – begründete Zweifel an seiner Zuverlässigkeit/Gesetzestreue (§ 97 Abs. 4 Satz 1 GWB<sup>12</sup>; § 19 Abs. 5 VOL/A-EG) *zwingen* zum Ausschluss bei einem konkreten Vergabeverfahren, wenn

9 Das betrifft etwa auch Kinderarbeit und andere Formen des Menschenhandels im Sinne des Artikels 2 der Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.4. 2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/629/JI des Rates (Amtsblatt EU 2011 L 101/1).

10 Dergleichen ist freilich momentan in Deutschland im Rahmen der Richtlinienumsetzung nicht geplant.

11 Fakultativer Ausschlussgrund gemäß Art. 57 Abs. 4 lit. c Richtlinie 2014/24/EU.

12 „Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen vergeben.“

der öffentliche Auftraggeber im Rahmen der Eignungsprüfung – im Zeitpunkt der Vergabeentscheidung<sup>13</sup> – beurteilungsfehlerfrei zu solchen Zweifeln gelangt.

Trotz des Wortlauts („kann“) des § 6 EG Abs. 6 VOL/A<sup>14</sup> besteht wohl kein Ermessen<sup>15</sup>; bei Zweifeln an der Zuverlässigkeit ist das betreffende Unternehmen zwingend aus dem Vergabewettbewerb zu eliminieren.<sup>16</sup> Konkurrierende Bieter haben darauf aus § 97 Abs. 7 GWB einen einklagbaren Anspruch.

Sinn und Zweck der Sanktionierung von Unzuverlässigkeit/Gesetzesuntreue durch Ausschlussentscheidungen auf Eignungsebene ist es u.a., eine ordnungsgemäße, wirtschaftliche Auftragsausführung sicherzustellen („*performance risks*“ muss ein öffentlicher Auftraggeber nicht einkaufen) und darüber hinaus, Korruption und Kartelle (sowie andere schwere, auftragsrelevante Straftaten und Ordnungswidrigkeiten) auch mit vergaberechtlichem Instrumentarium zu bekämpfen.<sup>17</sup>

Freiheit von Beurteilungsfehlern liegt – bewusst etwas verkürzend dargestellt – vor, wenn der öffentliche Auftraggeber auf gesicherter Erkenntnisgrundlage agiert und keine sachfremden Erwägungen anstellt. Sachgerecht ist es, wenn der öffentliche Auftraggeber die Eignungsprüfung anhand der folgenden Kriterien vornimmt:

- Wirkt sich die frühere schwere Verfehlung auf den künftigen Auftrag aus (was bei schweren Delikten nur in atypischen Konstellationen zu verneinen sein wird)?
- Hat sich das Unternehmen selbst gereinigt und so die Zweifel an seiner Zuverlässigkeit in einer Weise beseitigt, welche für die Zukunft die Prognose erlaubt, dass Gesetzesverstöße für die Zukunft als ausgeschlossen erscheinen?

---

13 Die ggf. zu aktualisieren ist bis zur letzten mündlichen Verhandlung: OLG München 22.11. 2012 – Verg 22/12, VergabeR 2013, 499.

14 „Von der Teilnahme am Wettbewerb können Bewerber ausgeschlossen werden, ... die nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt, ...“.

15 *Dicks*, Vergaberecht und Kartellrecht, in: 16. forum vergabe-Gespräche 2013, 2014, S. 95, 103; für ein Ermessen aber z.B. *Burgi*, Ausschluss und Vergabesperre als Rechtsfolgen von Unzuverlässigkeit, NZBau 2014, 595, 597.

16 Wenn man von dem Sonderfall des § 6 Abs. 5 VOL/A-EG absieht, der auch (erst recht) im Rahmen des § 6 Abs. 6 lit. c VOL/A-EG greifen muss.

17 *Burgi*, NZBau 2014, 595, 596.

Darlegungen zur erfolgreichen Selbstreinigung sind eine Bringschuld des Bieters.<sup>18</sup> Zu den Elementen einer erfolgreichen Selbstreinigung zählen nach bestehendem deutschem Recht<sup>19</sup> anerkanntermaßen:

- das aktive Bemühen um Aufklärung (der *nemo tenetur*-Grundsatz gilt nicht uneingeschränkt,<sup>20</sup> schon weil Straftäter und Bieterunternehmen in der Regel personenverschieden sein werden) und
- das Ergreifen konkreter struktureller (organisatorischer, technischer und personeller) Maßnahmen, die geeignet sind, weitere Verfehlungen auszuschließen.

Streitig war, ob die Kompensation des aus der schweren Verfehlung resultierenden Schadens für eine Selbstreinigung zu fordern ist.<sup>21</sup> Bloß unsubstanziertes Bestreiten eines Schadens dürfte jedenfalls eignungs-schädlich sein. Hier bestehen Mitwirkungs- und Darlegungspflichten des Bieters,<sup>22</sup> dem eine „schwere Verfehlung“ zugerechnet wird,<sup>23</sup> wobei gerade Fragen der Zurechnung (etwa bei verbundenen Unternehmen<sup>24</sup>) in der Praxis al-

18 Umgekehrt trifft den öffentlichen Auftraggeber eine Anhörungspflicht.

19 Die früheren Vergaberichtlinien 2014/18/EG und 2004/17/EG enthielten zur Selbstreinigung keine expliziten Vorgaben.

20 *Burgi*, NZBau 2014, 595, 598; *Wimmer*, Zuverlässigkeit im Vergaberecht, 2012, S. 173 f.

21 Dagegen etwa *Dreher/Hoffmann*, Sachverhaltsaufklärung und Schadenswiedergutmachung bei der vergaberechtlichen Selbstreinigung, NZBau 2012, 265, dafür z.B. *Prieß*, Warum die Schadenswiedergutmachung Teil der vergaberechtlichen Selbstreinigung ist und bleiben muss, NZBau 2012, 425.

22 *Dicks*, in: 16. forum (Fn. 15), S. 95, 105.

23 Vgl. hierzu – in Anlehnung an die §§ 14 StGB, 9 OWiG – § 6 Abs. 4 Satz 3 VOL/A-EG: „Ein Verhalten einer rechtskräftig verurteilten Person ist einem Unternehmen zuzurechnen, wenn sie für dieses Unternehmen bei der Führung der Geschäfte selbst verantwortlich gehandelt hat oder ein Aufsichts- oder Organisationsverschulden gemäß § 130 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) einer Person [des Inhabers eines Betriebs oder Unternehmens] im Hinblick auf das Verhalten einer anderen für das Unternehmen handelnden, rechtskräftig verurteilten Person vorliegt.“ Zur Zurechnung jetzt auch Art. 57 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU: „Die Verpflichtung zum Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers findet auch dann Anwendung, wenn die rechtskräftig verurteilte Person ein Mitglied im Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremium dieses Wirtschaftsteilnehmers ist oder darin Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse hat.“

24 Etwa im Hessischen Erlass gemäß § 55 LHO Hessen zum grundsätzlichen „Ausschluss von Bewerbern und Bieterinnen wegen schwerer Verfehlungen, die ihre Zuverlässigkeit in Frage stellen“ (Hessischer Staatsanzeiger 27.12.2010, Nr. 52/2010, S. 2831) heißt es hierzu nur lapidar: „Über ... die Frage des Ausschlusses von verbundenen Firmen, sofern mit einer Umgehung des Ausschlusses über solche Firmen zu rechnen ist, ist im Einzelfall zu entscheiden“.



les andere als leicht handhabbar sind. Aber hinsichtlich streitiger Forderungen hat nach wie vor Gültigkeit, was das Kammergericht hierzu ausgeführt hat:

„Die Begleichung möglicherweise unberechtigter Forderungen hat ... nichts mit einer ‚Selbstreinigung‘ des Unternehmens zu tun, das nach einem solchen Prozess zuverlässiger erscheinen soll als bisher. Warum dies gerade von einem Unternehmen angenommen werden sollte, das sich seine Wiederezulassung durch den Ausgleich eigentlich bestrittener Forderungen erkaufte, vermag der Senat nicht nachzuvollziehen.“<sup>25</sup>

Teilweise sehr weitgehende Vorstellungen gibt es aufseiten der hoheitlichen Hand zu der Frage, wann „Nachweislichkeit“ (etwa i.S.d. § 6 Abs. 6 lit. c VOL/A-EG) vorliegt. Das berührt auch den Beurteilungsspielraum des öffentlichen Auftraggebers, muss dieser seine Entscheidung doch auf Basis einer gesicherten Erkenntnisgrundlage treffen. Etwa nach Maßgabe des oben bereits erwähnten hessischen Erlasses gemäß § 55 LHO Hessen zum grundsätzlichen „Ausschluss von Bewerbern und Bietern wegen schwerer Verfehlungen, die ihre Zuverlässigkeit in Frage stellen“<sup>26</sup> gilt eine Verfehlung („insbesondere“) dann als nachgewiesen,

„wenn sie zu einer gerichtlichen Verurteilung geführt hat,<sup>27</sup> unbestritten ist oder ein Geständnis in einem Ermittlungsverfahren vorliegt. [Ferner] kommen ... Bußgeldbescheide in Betracht. Inwieweit Ermittlungsunterlagen der Staatsanwaltschaft<sup>28</sup> zum Anlass für den Ausschluss von Bewerbern oder Unternehmern genommen werden können, ist vom Vorliegen beweiskräftigen Materials abhängig. Verdachtsmomente allein können nicht ausschlaggebend sein. Im Übrigen kommen für die Beurteilung des Sachverhalts alle geeigneten Feststellungen z.B. in Haftbefehlen, von Rechnungsprüfungsbehörden, einer Innenrevision, beauftragter Gutachter sowie eigene Feststellungen der Dienststellen in Betracht.“

Gemäß § 5 Abs. 2 Korruptionsbekämpfungsgesetz NRW soll auch die Einstellung eines Strafverfahrens nach § 153a StPO als „Nachweis“ ausreichen (was zu weit gehen dürfte); während der Dauer der Durchführung eines Straf- oder Bußgeldverfahrens soll es darauf ankommen, ob im Einzelfall angesichts der Beweislage<sup>29</sup> kein vernünftiger Zweifel an einer schwerwiegenden Verfehlung besteht.

---

25 KG 17.1. 2011 – 2 U 4/06, NZBau 2012, 56, 63.

26 Hessischer Staatsanzeiger 27.12. 2010, Nr. 52/2010, S. 2831.

27 Richtigerweise ist eine bereits erfolgte strafrechtliche Verurteilung nicht zwingend Voraussetzung für eine Vergabesperre; vgl. KG Berlin 8.12. 2011 – 2 U 11/11 Kart, juris Rn. 24; ähnlich KG Berlin 17.1. 2011 – 2 U 4/06 Kart.

28 Zur staatsanwaltlichen Anklageschrift LG Berlin 22.3. 2006 – 23 O 118/04. Ebenso LG Frankfurt 26.11. 2003 – 2-06 O 345/03.

29 Vgl. zu nachweislichen Umständen unter Berufung auf die ZPO etwa auch *Dicks*, in: 16. forum (Fn. 15), S. 95, 102 f.: „unstreitige, nachgewiesene, mit li-

Gegen den individuellen Ausschluss mangels Eignung kann der betroffene Bieter im Wege eines Vergabenachprüfungsverfahrens effektiv vorgehen, wenn es ihm gelingt, Beurteilungsfehler des öffentlichen Auftraggebers im Rahmen der Eignungsprüfung aufzuzeigen.

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

Beim generellen Ausschluss von der Teilnahme an künftigen Vergaben für einen längeren Zeitraum wegen vorangegangenen Fehlverhaltens und daraus resultierenden durchgreifenden Zweifeln an der Zuverlässigkeit (Vergabesperre) handelt es sich um die privatrechtliche Erklärung des Auftraggebers, mit dem Adressaten für eine bestimmte Zeit keine Vertragsbeziehung eingehen zu wollen. Gegen Vergabesperren ist derzeit der Rechtsweg zu den Zivilgerichten gegeben.

Sieht man von einigen spezialgesetzlichen Regelungen ab, etwa § 19 Abs. 1 MiLoG –

„(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“<sup>30</sup> –

---

quiden Beweismitteln vom AG beweisbare ..., zugestandene oder als zugestanden zu behandelnde (§ 138 Abs. 3 ZPO analog) Tatsachen“.

30 Vgl. ferner § 21 Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz – SchwArbG), § 21 Gesetz über

sind Vergabesperren bisher defizitär geregelt, so dass vieles streitig geblieben ist.<sup>31</sup>

Sehr extensiv ist jedenfalls die Ansicht des KG, wonach es für solche Vergabesperren noch nicht einmal einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf:

„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.“<sup>32</sup>

Dem ist entgegenzutreten. Der individuelle Ausschluss von einem konkreten Vergabeverfahren ist nur möglich, wenn dies von Vergaberechts wegen explizit und transparent vorgesehen ist. Warum dies für die noch härtere Sanktion der Vergabesperre anders sein soll, erschließt sich nicht. Die apodiktische Sichtweise des KG entbehrt zumindest für vergabestellenübergreifende („koordinierte“) Vergabesperren der Überzeugungskraft,<sup>33</sup> u.a. deshalb, weil sonst im Vergaberecht die einzelne Vergabestelle ihre Vergabeentscheidungen selbst zu treffen hat (diese also nicht an Dritte delegieren darf).

Klar ist: Eine Vergabesperre muss begrenzt verhängt werden (in der Literatur wird überwiegend ein Zeitraum von höchstens drei Jahren für zuläs-

---

zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmerentendegesetz – AEntG) und – im Landesvergaberecht – z.B. § 13 TVgG NRW.

31 Das betrifft etwa die Frage, ob Unternehmen, denen schwere Verfehlungen in der Vergangenheit nachzuweisen sind, auch dann von öffentlichen Beschaffungen fernzuhalten sind, wenn sie nur als Nachunternehmer zum Einsatz kommen sollen. Jenseits klarer Umgehungsfälle, schiene mir eine solche Konsequenz zu weitgehend zu sein. Hier sind der Gesetzgeber und (wenn dieser nicht handelt) die Rechtsprechung aufgefordert, eine handhabbare Praxis zu etablieren, und zwar unter Berücksichtigung von Art. 71 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU: „Die Einhaltung der in Artikel 18 Absatz 2 genannten Verpflichtungen [u.a. arbeitsrechtliche Verpflichtungen] durch Unterauftragnehmer wird durch geeignete Maßnahmen der zuständigen nationalen Behörden gewährleistet, die im Rahmen ihrer Zuständigkeit und ihrer Aufgaben handeln.“

32 KG Berlin 17.1. 2011– 2 U 4/06 Kart, NZBau 2012, 56 ; anders jetzt – allerdings zu einer durch Verwaltungsakt ausgesprochenen Vergabesperre – VG Düsseldorf 24.3. 2015 – 20 K 6764/13.

33 Vgl. auch *Burgi*, NZBau 2014, 595, 600.

sig erachtet<sup>34</sup>), und ihre vorherige Aufhebung muss etwa bei erfolgreichen Selbstreinigungmaßnahmen möglich sein.<sup>35</sup> Umgekehrt folgt aber – bislang – allein aus dem Ablauf der verhängten Sperrfrist allein nicht

„schon ein Anspruch auf Aufhebung der Auftragsperre und Wiederzulassung zum Wettbewerb. Entscheidend kommt es insoweit nicht anders als bei der Verhängung der Vergabesperre darauf an, ob der Auftraggeber nach wie vor beurteilungsfehlerfrei davon ausgehen kann, dass das gesperrte Unternehmen für von ihm zu erteilende Aufträge mangels Zuverlässigkeit generell ungeeignet ist. An eine solche Entscheidung mögen, je länger die Verfehlungen zurückliegen, besondere Anforderungen zu stellen sein. Abzustellen ist insoweit aber immer auf alle Umstände des Einzelfalls, etwa die Schwere und das Ausmaß des Verstoßes und ‚Selbstreinigungmaßnahmen‘, aus deren Vornahme sich ergibt, dass eine Wiederholung der Verfehlungen ausgeschlossen erscheint. Ergibt sich aus der beurteilungsfehlerfreien Bewertung dieser Umstände für den Auftraggeber, dass die Zuverlässigkeit des Bieters weiterhin ungewiss erscheint, darf er ihn weiter generell von der Teilnahme an Ausschreibungen ausschließen.“<sup>36</sup>

### 3. Exkurs: Registerrecht

Mit den spezialgesetzlich (u.a. arbeitsrechtlich) geregelten Vergabesperren korrespondieren registerrechtliche Bestimmungen, allen voran § 150a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 GewO<sup>37</sup>. Danach werden öffentlichen Auftraggebern Auskünfte aus dem Gewerbezentralregister für

„die Vorbereitung von vergaberechtlichen Entscheidungen über strafgerichtliche Verurteilungen und Bußgeldentscheidungen nach § 21 Abs. 1 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes, § 21 Absatz 1 und 2 des Mindestlohngesetzes, § 5 Absatz 1 oder 2 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes in der bis zum 23. April 2009 geltenden Fassung, § 23 Abs. 1 und 2 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und ... erteilt.“

Die Einführung eines Bundeskorruptions- bzw. Bundesvergaberegisters wird derzeit von der Bundesregierung geprüft.<sup>38</sup> So bald kommen wird ein solches Register wohl nicht.

- 
- 34 Relevant wird dies etwa im Anwendungsbereich des § 21 Abs. 1 AEntG, wonach Unternehmen „für eine angemessene Zeit bis zur nachgewiesenen Wiederherstellung ihrer Zuverlässigkeit ausgeschlossen werden“ sollen.
- 35 Fraglich ist, ob eine Mindestsperrfrist verhängt werden kann (innerhalb derer auch eine Selbstreinigung nicht hilft). Im Ergebnis ist das wohl zu verneinen.
- 36 KG Berlin 17.1. 2011 – 2 U 4/06 Kart, juris Rn. 149.
- 37 Daneben existieren teilweise Landesregister, z.B. das Vergaberegister nach § 4 Korruptionsbekämpfungsgesetz NRW.
- 38 In den Eckpunkten der Bundesregierung zur Vergaberechtsreform heißt es dazu: „Bislang ist es angesichts einer Vielzahl unterschiedlicher Regelungen auf Landesebene für öffentliche Auftraggeber schwierig nachzuprüfen, ob es bei einem Unternehmen zu Straftaten gekommen ist. Wir wollen deshalb im Zu-

Soweit der Befund zum *Status quo* der vergaberechtlichen Sanktionen im geltenden deutschen Recht.

## **V. Künftiges Recht: Umsetzung der neuen EU-Vergaberechtsrichtlinien bis zum 18.4. 2016**

Dieser Rechtsstand wird sich in den nächsten Monaten weiterentwickeln, getrieben durch die EU-Vergaberechtsreform 2014:

### **1. Neuregelungen durch Art. 57 der Richtlinie 2014/24/EU für Ausschlüsse und Vergabesperren aufgrund schwerer Verfehlungen**

Für Vergaben oberhalb des Schwellenwerts bestimmt Art. 57 Abs. 5 Unterabs. 2 i.V.m. Abs. 4 (annähernd identisch ist dies in den beiden anderen neuen Vergaberichtlinien 2014/23/EU und 2014/25/EU geregelt) nunmehr als sog. fakultative Ausschlussgründe:

„a) Der öffentliche Auftraggeber kann auf geeignete Weise Verstöße gegen geltende Verpflichtungen gemäß Artikel 18 Absatz 2 nachweisen;

...

c) der öffentliche Auftraggeber kann auf geeignete Weise nachweisen, dass der Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hat, die seine Integrität in Frage stellt; ...“

Für den Bereich der Verstöße gegen arbeitsrechtliche Anforderungen ist in besonderer Weise lit. a relevant, denn Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU betrifft ja gerade die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder bestimmte internationale umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften (u.a. durch ILO-Übereinkommen zu Kernarbeitsnormen) festgelegt sind.

Art. 57 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24/EU klärt einige bisher Streitige Fragen:

---

sammenhang mit der Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien die Einführung eines zentralen bundesweiten Vergabeausschlussregisters und die Vereinheitlichung der inhaltlichen Regelungen prüfen. Damit wollen wir sicherstellen, dass öffentliche Auftraggeber bundesweit von Wirtschaftsdelikten erfahren und nach den gleichen Regeln vorgegangen wird.“ Vgl. auch BT-Drucks. 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.“

„Jeder Wirtschaftsteilnehmer, der sich in einer der in den Absätzen 1 und 4 genannten Situationen befindet, 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.“

Damit gehört die Schadenskompensation zu den Elementen der Selbstreinigung, wobei es auch weiter bei der Möglichkeit bleiben muss, sich im Vergleichswege über die Höhe des zu leistenden Schadensersatzes zu verständigen,<sup>39</sup> ohne dass im Nachhinein Streit darüber entstehen darf, ob damit auch wirklich „jeglicher durch eine Straftat oder Fehlverhalten verursachte Schaden gezahlt“ wird. Mindestsperrfristen (innerhalb derer dem Bieter auch eine erfolgreiche Selbstreinigung nicht hilft) sind unzulässig.<sup>40</sup>

Zur Vergabesperre legt Art. 57 Abs. 7 der Richtlinie 2014/24/EU die Regelungsbefugnis und -freiheit weitgehend in die Hände der Mitgliedstaaten. Zwingend ist allerdings die Vorgabe, wonach der höchstzulässige Zeitraum des Ausschlusses für den Fall, dass der Wirtschaftsteilnehmer keine Maßnahmen gemäß Art. 57 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24/EU zum Nachweis seiner Zuverlässigkeit (also keine Selbstreinigungsmaßnahmen) ergreift,

---

39 *Neun/Herz*, FAZ Nr. 94 vom 29.4. 2014, S. 16.

40 Das folgt auch aus Erwägungsgrund 102 der Richtlinie 2014/24/EU: „Es sollte jedoch berücksichtigt werden, dass Wirtschaftsteilnehmer Compliance-Maßnahmen treffen können, um die Folgen etwaiger strafrechtlicher Verstöße oder eines Fehlverhaltens zu beheben und weiteres Fehlverhalten wirksam zu verhindern. Bei diesen Maßnahmen kann es sich insbesondere um Personal- und Organisationsmaßnahmen handeln, wie den Abbruch aller Verbindungen zu an dem Fehlverhalten beteiligten Personen oder Organisationen, geeignete Personalreorganisationsmaßnahmen, die Einführung von Berichts- und Kontrollsystemen, die Schaffung einer internen Audit-Struktur zur Überwachung der Compliance oder die Einführung interner Haftungs- und Entschädigungsregelungen. *Soweit derartige Maßnahmen ausreichende Garantien bieten, sollte der jeweilige Wirtschaftsteilnehmer nicht länger alleine aus diesen Gründen ausgeschlossen werden*“ (Hervorhebung nur hier).

bei den fakultativen Ausschlussgründen des Art. 57 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU „drei Jahre ab dem betreffenden Ereignis nicht überschreiten“ darf. Dies ist für das deutsche Recht ein Paradigmenwechsel, sollte bislang doch nach Ablauf einer Sperrfrist keineswegs automatisch eine Wiedenzulassung zum Wettbewerb möglich sein.

Verunglückt (weil unklar) ist leider die Anknüpfung des Beginns dieser dreijährigen Maximalsperrfrist an „das betreffende Ereignis“, das ja gerade nicht erst die rechtskräftige Verurteilung ist. Richtigerweise wird das „betreffende Ereignis“ – wenn man dem Wortlautargument das ausschlaggebende Gewicht zukommen lässt – in den Fällen des Art. 57 Abs. 4 lit. a und c der Richtlinie 2014/24/EU der Moment sein müssen, in dem der öffentliche Auftraggeber auf geeignete Weise den Nachweis des Verstoßes bzw. der Verfehlung erbringen kann. Klarheit wird hierzu wohl erst die Rechtsprechung schaffen können.

Oberhalb der Schwellenwerte sind bereits jetzt zwingende Regelungen der EU-Vergaberechtsrichtlinien zu beachten.<sup>41</sup> Gleiches gilt selbstverständlich für Vorgaben des EuGH, von denen andere Referenten auf dieser Tagung im Detail bereits berichtet haben.

## **2. Entwurf des BMWi für die neuen §§ 97 bis 186 GWB (Stand: 30.4. 2015)**

Diese EU-rechtlichen Vorgaben sind nun sukzessive in das deutsche Recht zu transferieren, also in die §§ 97 ff. GWB und das dazugehörige untergesetzliche Regelwerk.<sup>42</sup> Kürzlich (am 30.4. 2015) vorgelegt wurde der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie für ein „Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Umsetzung der EU-

---

41 Zur Vorwirkung OLG Düsseldorf 19.11. 2014 – VII-Verg 30/14.

42 Das Eckpunktepapier des BMWi vom 7.1. 2015 zur anstehenden Vergaberechtsreform (abzurufen unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/eckpunkte-zur-reform-des-vergaberechts,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>) wurde hierzu angekündigt: „Wirtschaftsdelikte dürfen auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht ohne Folgen bleiben. Wer sich wegen Wirtschaftsdelikten strafbar gemacht hat, soll nicht von öffentlichen Aufträgen profitieren. Um wieder an Vergabeverfahren teilnehmen zu dürfen, erhalten betroffene Unternehmen die Möglichkeit, durchgeführte Maßnahmen der Selbstreinigung nachzuweisen. Einzelheiten der Ausschlussgründe wie auch der Selbstreinigung sollen im Rahmen der Umsetzung für Auftragnehmer aller Bereiche im GWB geregelt werden.“

Vergaberichtlinien 2014)<sup>43</sup>, kurz: Vergaberechtsmodernisierungsgesetz (VergModG).<sup>44</sup>

Die Rechtsverordnungen (also die erheblich zu erweiternde, künftig – ohne dass es der VOL/A-EG noch bedarf – für Lieferungen und Dienstleistungen geltende Vergabeverordnung, die zu novellierende Sektorenverordnung und die – gänzlich neue – Konzessionsverordnung) sollen im Herbst 2015 als Entwürfe präsentiert werden.

### a) Eignung und Ausschlussgründe

Neu zu regeln sind zunächst die Eignungsanforderungen und Ausschlussgründe. § 122 GWB-E<sup>45</sup> verändert die bisherige Systematik insofern, als öffentliche Aufträge künftig an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben werden, „die nicht nach den §§ 123 oder 124 ausgeschlossen worden sind.“

Der das deutsche Vergaberecht im Rahmen der Eignungsprüfung mitprägende Begriff der Zuverlässigkeit entfällt also künftig.<sup>46</sup> An die Stelle der Prüfung der Zuverlässigkeit tritt die Prüfung der zwingenden und fakultativen Ausschlussgründe.

§ 123 GWB-E bestimmt zu den „zwingenden Ausschlussgründen“ u.a., dass § 21 AEntG und § 19 MiLoG unberührt bleiben.<sup>47</sup>

Gemäß § 124 GWB-E („Fakultative Ausschlussgründe“) können<sup>48</sup> öffentliche Auftraggeber unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhält-

43 Abzurufen etwa unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/PR/reform-des-vergaberechts-referentenentwurf,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

44 Soweit Änderungen des GWB erfolgen sollen (Art. 1 des Entwurfs des VergModG), werden die entsprechenden Paragraphen nachfolgend als „GWB-E“ zitiert.

45 Die §§ 122 GWB-E sollen – teils mit bestimmten Maßgaben – auch für Sektorentätigkeiten, Konzessionsvergaben und für Vergaben von verteidigungs- und sicherheitsrelevanten Aufträgen gelten.

46 Zustimmend der Ausschuss Vergaberecht des DAV auf S. 5 seiner Stellungnahme Nr. 26/2015, Mai 2015.

47 Zur Begründung heißt es: „Die in [§ 123] Absatz 3 genannten Vorschriften enthalten besondere Regelungen zum Ausschluss von Unternehmen. Danach sollen Unternehmen von der Teilnahme ausgeschlossen werden, wenn sie z.B. gegen Vorgaben des Mindestlohngesetzes verstoßen haben und deswegen mit einer bestimmten Geldbuße belegt wurden. Absatz 3 stellt klar, dass diese spezialgesetzlichen Vorgaben von den allgemeinen vergaberechtlichen Regelungen unberührt bleiben. ...“

48 In der Begründung steht hierzu: „Es handelt sich hier nicht nur um ein Beurteilungsermessen des öffentlichen Auftraggebers hinsichtlich des Vorliegens des



nismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren u.a. dann ausschließen, wenn

„1. das Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen hat,

...

3. das Unternehmen oder eine Person, die nach § 123 Absatz 4 für das Unternehmen verantwortlich handelt [Zurechnung erfolgt, „wenn diese Person als für die Leitung des Unternehmens Verantwortlicher gehandelt hat; dazu gehört auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung“], im Rahmen der beruflichen Tätigkeit nachweislich eine schwere Verfehlung begangen hat, durch die die Integrität des Unternehmens infrage gestellt wird, ...“.

Ausweislich der Begründung zu Nr. 1 sollen alle für das Unternehmen geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen umfasst sein, „die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, aber auch Tarifverträge<sup>49</sup> festgelegt sind“.

## b) Selbstreinigung

§ 125 GWB-E soll erstmals bundesgesetzliche Anforderungen an die Selbstreinigung einführen. Dafür ist – in „1:1-Umsetzung“ der Richtlinienvorgaben – der Nachweis erforderlich, dass das Unternehmen, dem etwa ein Verstoß gegen arbeitsrechtliche Bestimmungen oder eine schwere, integritätsberührende Verfehlung in der Vergangenheit vorzuwerfen ist,

„1. für jeden durch eine Straftat oder ein Fehlverhalten verursachten Schaden einen Ausgleich gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet hat,

2. die Tatsachen und Umstände, die mit der Straftat oder dem Fehlverhalten und dem dadurch verursachten Schaden in Zusammenhang stehen, durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden und dem öffentlichen Auftraggeber umfassend geklärt hat und

3. konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen hat, die geeignet sind, weitere Straftaten oder weiteres Fehlverhalten zu vermeiden. ...“

---

Ausschlussgrundes, sondern auch um einen Ermessensspielraum hinsichtlich des ‚Ob‘ des Ausschlusses.“ Auch dies ist eine Abkehr von der bisherigen Dogmatik (siehe oben IV 1).

49 In der Begründung heißt es klarstellend: „Allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge sind ... zwingend zu beachten.“

Erforderlich wird nach § 125 Abs. 2 GWB-E eine Bewertung der ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen im Hinblick auf ihre Bedeutung für den zu vergebenden öffentlichen Auftrag und unter Berücksichtigung der Schwere und der besonderen Umstände des Fehlverhaltens. Wünschenswert ist Augenmaß: So gibt es innerhalb der drei Elemente der Selbstreinigung durchaus Zielkonflikte. Um nur ein Beispiel zu nennen: Das Ergreifen personeller Maßnahmen (also die Kündigung von deliktisch handelnden Vertretern des Unternehmens) dürfte sich vielfach für eine umfassende Sachverhaltsklärung als kontraproduktiv erweisen. Es stellt sich auch die Frage, wie auftraggeberseitig damit umzugehen ist, wenn Arbeitsgerichte solche Kündigungen nicht gutheißen. Weder wird man daraus automatisch schließen dürfen, dass es der – dem Unternehmen zurechenbaren – Verfehlung in der Vergangenheit an dem nötigen Gewicht fehlte, noch bedeutet der Umstand, dass personelle Konsequenzen arbeitsgerichtlich nicht durchsetzbar waren, ohne weiteres, dass die Selbstreinigung als erfolglos zu gelten hat.

Erachten die öffentlichen Auftraggeber die Selbstreinigungsmaßnahmen des Unternehmens als unzureichend und bejahen sie infolgedessen einen fakultativen Ausschlussgrund, besteht gegenüber dem betroffenen Unternehmen eine Begründungsverpflichtung.

Vieles soll hier wohl dem erst noch zu schaffenden untergesetzlichen Regelwerk vorbehalten bleiben;<sup>50</sup> wegen der Einzelheiten wird man sich also noch in Geduld üben müssen.

### **c) Vergabesperre**

Ohne erfolgreiche Selbstreinigung darf ein Unternehmen bei Vorliegen eines fakultativen Ausschlussgrundes nach § 124 GWB-E höchstens für

---

50 Denn in der Gesetzesbegründung heißt es: „Grundsätzlich muss jeder einzelne öffentliche Auftraggeber sowohl die Prüfung eines Ausschlusses aufgrund des Vorliegens von Ausschlussgründen als auch gegebenenfalls die Prüfung von durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen in eigener Verantwortung vornehmen, denn beides gehört zusammen. Um den öffentlichen Auftraggebern die Prüfung durchgeführter Selbstreinigungsmaßnahmen und den Bietern den Nachweis einer erfolgreichen Selbstreinigung zu erleichtern, kommen verschiedene Wege in Betracht. *So könnte die Prüfung durchgeführter Selbstreinigungsmaßnahmen in einem Land bei einzelnen Landesbehörden gebündelt werden. Ferner könnten Präqualifizierungsstellen hierbei eine entsprechende Funktion übernehmen. Es wäre aber etwa auch an die Möglichkeit einer Zertifizierung von Selbstreinigungsmaßnahmen durch eine unabhängige, dafür akkreditierte Stelle zu denken.* Dabei würde das Unternehmen die Zertifizierung der von ihm durchgeführten Maßnahmen freiwillig beauftragen und die Anerkennung eines solchen Zertifikats würde im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers stehen“ (Hervorhebung nur hier).

einen Zeitraum von drei Jahren – leider wiederholt der Entwurf des VergModG auch hier lediglich den unklaren Wortlaut der Richtlinie – „ab dem betreffenden Ereignis“ von der Teilnahme an Vergabeverfahren ausgeschlossen werden (§ 126 GWB-E). Das Wort „Vergabesperre“ fällt nicht explizit; der Sache nach ist aber nichts anderes gemeint: Wie sich aus der Begründung ergibt, sollen von § 126 GWB-E sowohl einfache als auch koordinierte Auftragsperren erfasst sein. Hierzu würde man sich allerdings – und zwar auf Gesetzesebene – durchaus noch die eine oder andere zusätzliche Festlegung wünschen, etwa zu den Fragen

- o der (behördlichen) Zuständigkeit für koordinierte Vergabesperren und
- o des Rechtswegs gegen Vergabesperren (denn § 156 Abs. 2 GWB-E knüpft für den Vergaberechtsschutz weiter an „Handlungen in einem [konkreten] Vergabeverfahren“ an).

#### **d) Vertragsbedingungen**

§ 128 Abs. 1 GWB-E regelt die Auftragsausführung betreffend, dass Unternehmen bei der Ausführung des öffentlichen Auftrags alle für sie geltenden rechtlichen Verpflichtungen, insbesondere die arbeitsschutzrechtlichen Regelungen einzuhalten und den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wenigstens diejenigen Mindestarbeitsbedingungen einschließlich des Mindestentgelts zu gewähren haben, die nach dem MiLoG, einem nach dem AEntG oder nach dem TVG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag oder einer nach § 7, § 7a oder § 11 AEntG oder einer nach § 3a des AÜG erlassenen Rechtsverordnung für die betreffende Leistung verbindlich vorgegeben werden.

Öffentliche Auftraggeber können darüber hinaus besondere – wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange betreffende – Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags festlegen, sofern diese mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen<sup>51</sup> (§ 128 Abs. 2 GWB-E).

Aus rechtlicher Sicht zu beklagen (aber rechtspolitisch wohl nur schwer anders durchsetzbar) ist, dass weitere zwingend zu berücksichtigende

---

<sup>51</sup> Erwägungsgrund 97 der Richtlinie 2014/24/EU stellt hierzu allerdings klar: „Die Bedingung eines Bezugs zum Auftragsgegenstand schließt allerdings Kriterien und Bedingungen bezüglich der allgemeinen Unternehmenspolitik aus, da es sich dabei nicht um einen Faktor handelt, der den konkreten Prozess der Herstellung oder Bereitstellung der beauftragten Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen charakterisiert. Daher sollte es öffentlichen Auftraggebern nicht gestattet sein, von Bietern eine bestimmte Politik der sozialen oder ökologischen Verantwortung zu verlangen.“

Ausführungsbedingungen (also solche Ausführungsbedingungen, die ein öffentlicher Auftraggeber seinen künftigen Vertragspartnern von Rechts wegen verbindlich vorzugeben hat) weiterhin „aufgrund eines Bundes- oder Landesgesetzes festgelegt werden“ dürfen (Hervorhebung nur hier). Der Bund gedenkt also von seiner konkurrierenden Gesetzgebung – wie bisher schon (§ 97 Abs. 4 Satz 2 GWB) – ausdrücklich keinen abschließenden Gebrauch zu machen. Das ohnehin schon komplexe Vergaberecht des Bundes wird demnach – wenn es bei dieser Entwurfsregelung bleibt – hinsichtlich der Vertragsbedingungen (Verpflichtungserklärungen etc.) weiter durch einen Flickenteppich von ergänzenden Landesgesetzen angereichert werden. Der Rechtsanwendung ist das nicht dienlich; die Rechtsmittelanfälligkeit von Vergaben steigt hierdurch.

## VI. Thesen

Thesenartig lässt sich all dies vielleicht wie folgt zusammenfassen:

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, es sei denn, durch Verstöße gegen arbeitsrechtliche Bestimmungen auffällig gewordene Unternehmen weisen eine erfolgreiche Selbstreinigung nach.
3. Auch bei „Soll“-Bestimmungen für Ausschlüsse/Vergabesperren gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.
4. Der höchstzulässige Zeitraum einer Vergabesperre beträgt drei Jahre.
5. Es ist dringend erforderlich, die sehr einschneidenden Vergabesperren (insbesondere koordinierte Vergabesperren) im Zuge der Umsetzung der EU-Vergaberechtsrichtlinien sorgfältiger, umfangreicher und präziser zu regeln als bisher, idealerweise auf gesetzlicher Ebene.
6. So anerkannt „*strategic procurement*“ (zur Erreichung eigentlich vergabefremder Zwecke) unterdessen auch ist: Der Flickenteppich aus ganz verschiedenen Regelungen auf Bundes- und Landesebene sollte sowohl oberhalb als auch unterhalb der Schwellenwerte weitestgehend beseitigt werden.
7. Zu begrüßen ist, dass die Reform des Kartellvergaberechts bislang erwarten lässt, dass bestehende (etablierte) bundesgesetzliche Spezialnormen des Arbeitsrechts zu vergaberechtlichen Sanktionen nicht angefasst werden.

## Diskussion

### **Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:**

Vielen Dank Herr Dr. *Neun*, für diesen sehr informativen Vortrag. Wir haben noch ein wenig Zeit zur Diskussion und für Nachfragen zu dem vergaberechtlichen Sanktionensystem.

### **Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:**

Zwei kleine Fragen. Die erste Frage, die mich als Tarifrechtler natürlich sofort brennend interessiert: Ist auch der Verstoß gegen einen nicht allgemeinverbindlichen Tarifvertrag ein Unzuverlässigkeitsgrund? Denn der Tarifvertrag enthält auch in seiner Normalform Rechtsnormen, sagt das TVG, das heißt, jeder Tarifverstoß ist ein Rechtsverstoß. Da gibt es eine Paralleldiskussion im UWG, ob nach § 4 Nr. 11 UWG schon Verstöße gegen einfache Tarifverträge zur Unlauterkeit führen und unterbunden werden können oder ob solche Vorschriften wettbewerbsneutral sind, mithin nur im Fall der Allgemeinverbindlichkeit angegriffen werden können. Dieser Streit ist jedenfalls für die aktuelle Fassung des UWG nicht höchstrichterlich entschieden. Das war die erste Frage.

Die zweite Frage: Wie wir vorhin gelernt haben, gibt es in den Verträgen noch zahlreiche Sanktionsunterwerfungsklauseln, in denen sich also im Rahmen dieses Vergabevertrags das Vergabeopfer für den Fall, dass es sich rechtswidrig verhält, noch viel weitergehenden Ausschlüssen und sonstwas unterwirft. Ist das nicht irgendwo ein Problem des Rechtsstaats, dass ich Sanktionen freihändig vereinbare? Das BGB kennt zwar die Vertragsstrafe, aber wenn der Vergabegesetzgeber sagt: „Es gibt dies und dies und dies an Sanktionen“, darf ich dann einfach freihändig durch Vertrag sagen: „Nein, doppelte Sperrdauer, 15-facher Betrag“ und immer feste drauf? Das kommt mir komisch vor.

### **Dr. Andreas Neun, Gleiss Lutz, Berlin:**

Zur ersten Frage: Ich bin kein intimer Kenner des UWG-Streits, aber § 128 GWB in der derzeit vorliegenden Entwurfsfassung spricht eindeutig von nach dem TVG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen. Da im Vergaberecht Ausschlüsse nur erfolgen dürfen auf der Basis von in den Vergabebedingungen glasklar angekündigten Ausschlussgründen, kann für gesetzliche Ausschlussgründe – erst recht – nichts anderes gelten. Ich

würde also meinen, dass der Gesetzgeber hier auf die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge (und nur auf diese) hinaus möchte.

Zur zweiten Frage nach den vertraglichen Sanktionen: Dazu schweigt das Vergaberecht weitestgehend. Wir haben im Grunde nur die Regelung in einigen Landesvergabegesetzen, allen voran in Nordrhein-Westfalen, wonach Vertragsstrafen vereinbart werden und Kündigungsmöglichkeiten vorgesehen werden müssen. Diese Regelungen halte ich für sachgerecht. Ich kann nicht erkennen, dass höherrangiges Recht dem entgegenstehe. Der Zweck dieser Regelungen (kein Einkauf von „*performance risks*“) bedingt, sich von demjenigen Unternehmen, das schlecht geleistet hat, auch trennen zu können. Diese legitime Zielsetzung hat, glaube ich, schon Gewicht auch im Vergleich zu den Interessen der Unternehmen. Es kommt noch eines hinzu – solche Fälle hat es in der Praxis immer wieder gegeben und Sie, Herr Kollege *Greiner*, hatten vorhin zu Recht darauf hingewiesen: Was öffentliche Auftraggeber fast mehr fürchten als die Neuvergabe eines Auftrags (und die damit verbundenen Verzögerungen bei der Befriedigung des Beschaffungsbedarfs), ist eine „schlechte Presse“. Es ist tatsächlich alles andere als angenehm, wenn sich öffentliche Auftraggeber im Rundfunk oder in den Printmedien dem Vorwurf ausgesetzt sehen, mit Unternehmen zusammengearbeitet zu haben, die gegen elementare Bestimmungen des Arbeitsrechts verstoßen, im Umgang mit personenbezogenen Daten gravierend versagt oder welches Fehlverhalten auch immer begangen haben. Auch von daher halte ich es aus Sicht eines öffentlichen Auftraggebers für legitim, sich auch von solchen Vertragspartnern trennen zu dürfen und Vertragsstrafen von ihnen einfordern zu dürfen, wenn – das ist immer ganz wichtig – schuldhaft Verstöße gegen öffentlich-rechtliche Bestimmungen nachweisbar sind.

**Dr. Clemens Latzel, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München**

Ich habe eine ganz praktische Frage: Man liest öfter einmal in Nebensätzen, dass die tatsächliche Überwachung und demzufolge auch Sanktionierung von zusätzlichen Vergabekriterien, soweit sie über die ohnehin geltenden Gesetzesanforderungen hinausgehen, in der Praxis extrem auf der Strecke bleiben, dass es im Prinzip Vergabelyrik ist, was dort steht und eingefordert wird und sobald es dann um die Auftragsausführung geht, schaut kein Mensch mehr hin. Insbesondere haben die Kommunen, die die Hauptauftraggeber sind, weder Lust noch Personal zu überprüfen, ob tatsächlich Frauenquote oder Vergabemindestlohn eingehalten wird.

**Andreas Neun:**

Das ist in der Tat ein Praxisproblem. Ich kann von ganz unterschiedlichen Erfahrungen berichten. In wahrscheinlich der Mehrzahl der Fälle kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass es sich um reine „Lyrik“ handelt. Auf der anderen Seite gibt es aber auch öffentliche Auftraggeber – allen voran natürlich Bund und Länder, aber auch beispielsweise große Krankenkassen –, die sich sehr genau überlegen, welche Kontrollbefugnisse (bestimmte Auskunftsverlangen, jederzeitige Betretensrechte, proaktive Meldepflichten etc.) sie in die Verträge aufnehmen. Das über einen Kamm zu scheren, damit würde ich mich schwer tun. Sie haben aber natürlich Recht: Die Kontrolle der Rechtskonformität der Auftragsdurchführung ist ein Problem gerade für „kleinere“ öffentliche Auftraggeber. Wir müssen uns immer vergegenwärtigen, dass der gesamte Wust an Regelungen ja nicht nur für den Bund und die Länder, sondern eben auch für jeden öffentlichen Auftraggeber (nehmen sie irgendeinen kleinen Zweckverband oder eine mitgliederschwache Krankenkasse), auch solche ohne eigene Vergabestelle, gilt. Es gibt allerdings durchaus Vertragsklauseln, mit denen man das Problem in den Griff bekommen kann und in der Vergangenheit schon in den Griff bekommen hat. Das hat natürlich Grenzen in den Fällen, die Herr *Gabriel* referiert hat. Nach Malaysia oder Pakistan zu fahren um zu sehen, wie sich die konkreten Arbeitsbedingungen beim Sublieferanten meines Unternehmens darstellen, würde auch dem Bund Schwierigkeiten bereiten. Das beginnt schon damit, die Dienstreise genehmigt zu bekommen. Das vergaberechtliche Leitbild ist freilich ganz klar: Solche Kontrollen sind vertraglich zu vereinbaren.

**Abbo Junker:**

Im Anschluss an die Frage von Herrn *Latzel* habe ich auch noch eine Frage zu Ihrer Praxis: Welchen Stellenwert hat der Streit um Vergabesperren oder die Vorsorge vor Vergabesperren. Ist das für Sie als Vergaberechtsanwalt ein großes Thema?

**Andreas Neun:**

Wir „leben“ u.a. von solchen Themen, weil sie sich ja für fast jeden Wirtschaftsteilnehmer stellen. Es ist eine große Herausforderung für Bieter, eine weiße Weste zu haben, zu behalten und gegebenenfalls wiederzubekommen. Von daher nimmt gerade dieses Thema einen immer größeren Raum in unserer Beratungspraxis ein. Deshalb hat der europäische Gesetzgeber hier auch Regelungsbedarf gesehen, der sich dann jetzt auch im deutschen Recht niederschlagen wird. Insbesondere Themen wie Selbst-

reinigung, generell der Umgang, das hat Herr Kollege *Gabriel* sehr plastisch geschildert, mit Verpflichtungserklärungen und Formularen sind äußerst praxisrelevant. Ich kann das nicht prozentual sagen, aber in der Tendenz steigt der Beratungsbedarf hierzu, weil es eben immer komplexer und komplizierter wird. Das Arbeitsrecht ist daran nicht ganz unmaßgeblich beteiligt.

**Abbo Junker:**

Das sind zwei wichtige Informationen gewesen. Vielen Dank auch dafür.

**Dr. Jörg Janicki, Dr. Janicki & Kollegen, München:**

Meine Frage: Werden denn dringende betriebliche Erfordernisse auch gesehen im Zusammenhang mit personellen Maßnahmen, um zukünftig an Vergabeverfahren teilnehmen zu können, so dass man das loslöst von den einzelnen Personen, die betroffen sein könnten, und zu sagen: „Ich kann da irgendetwas nicht nachweisen“, um aus dem Bereich der verhaltensbedingten Kündigung herauszukommen“ und in die Richtung der betriebsbedingten Kündigung zu gehen?

**Andreas Neun:**

Ich weiß, dass unsere Arbeitsrechtler solche Überlegungen anstellen. Ich hatte versucht anzudeuten, dass bei den vermeintlich so einfachen personellen Konsequenzen der Teufel im Detail liegt. Sie werden die verhaltensbedingte Kündigung unter Umständen gar nicht durchbekommen. Sie werden sich wahrscheinlich noch schwerer tun mit betriebsbedingten Kündigungen, aber das ist auch eine Richtung, in die man denken muss. Wenn nicht gekündigt werden kann, dann muss man sich Gedanken machen, ob man dem Betroffenen wenigstens aus verantwortlichen Positionen abziehen kann. Das, meine ich, sollte man schon überlegen, wenn es darum geht, die „weiße Weste“ wiederzuerlangen.

**Richard Giesen:**

Eine abschließende Bemerkung: Ich denke, man sollte an die personenbedingte Kündigung denken. Daran, dass die einzelne Person, die da beteiligt war, den vergaberechtlichen Führerschein, wenn man so möchte, verliert. Der Arbeitnehmer kann *in personam* aus Gründen, für die er vielleicht nichts kann, aber weil eine fremde Stelle ihn als disqualifiziert ansieht, an der entsprechenden Tätigkeit nicht mehr teilnehmen. Man muss



ihn dort herausnehmen, weil er diese Tätigkeit nicht mehr ausfüllen kann. Wenn ich ihn umsetzen kann, hat er seinen „krankheitsgerechten Arbeitsplatz“, wo er vergaberechtlich als Person nicht mehr disqualifiziert ist. Ich glaube, das läuft auf ein solches Vorgehen hinaus. Wenn wir in Kategorien des Reinigens denken – ich fühle mich ins frühe Mittelalter versetzt, als die Katharer noch hingerichtet wurden –

**Andreas Neun**

Das ist sicher kein besonders glücklicher Begriff, das gebe ich gern zu.

**Richard Giesen:**

In diesen Fällen ist jemand *persona non grata* und muss dort weg. Das ist personenbedingt.

**Andreas Neun:**

Ja, nur das Problem ist eben in der Praxis, dass dies die Arbeitsrichter unter Umständen gar nicht mitmachen. Was macht man dann als Bieter? Sie haben als Unternehmen vergaberechtlich die Verpflichtung, personelle Konsequenzen zu ziehen, während Ihnen das Arbeitsgericht aber sagt: „Für uns ist das unverhältnismäßig, oder für uns ist das kein Kündigungsgrund.“ Meines Erachtens wäre es ein wünschenswerter Ansatz für das noch laufende Gesetzgebungsverfahren, wenn man versuchte, die Wertungsmaßstäbe zu parallelisieren. Bislang besteht in der Praxis das Problem: Wenn das Arbeitsgericht sagt, die Kündigung ist nicht gerechtfertigt, wendet sich das Unternehmen in die andere Richtung und argumentiert vergaberechtlich gegenüber dem Auftraggeber: „Wir haben es doch schwarz auf weiß vom Arbeitsgericht bestätigt bekommen: Eine schwere Verfehlung liegt nicht vor.“ Darauf wird aber der öffentliche Auftraggeber unter Umständen erwidern: „Das interessiert mich nicht. Meine Wertung ist eine völlig andere.“

**Abbo Junker:**

Ich sehe keine weiteren Wortmeldungen. Daher ist zunächst einmal mein Wunsch, Ihnen nochmals zu danken, Herr Dr. *Neun*, für diesen sehr informativen Vortrag. Der letzte, angesichts des schönen Wetters sehr kurz zu fassende Punkt: die Verabschiedung. Wenn Sie mir noch wenige Sätze gestatten, würde mein erster Satz des Dankes an die Referenten des heutigen Tages gehen, die aus Berlin und Köln angereist sind und die Mühen

der Reise in Zeiten des Bahnstreiks auf sich genommen haben. Dann geht der Dank an die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des ZAAR, die die Veranstaltung organisiert haben, und schließlich gibt es noch den Ausblick auf künftige Veranstaltungen: Die nächste ZAAR-Tagung findet statt am 30.10. 2015 in Wiesbaden. Das Thema wird Arbeitsrecht und Industrie 4.0 sein. Wir werden versuchen, im Tagungszentrum von HessenChemie in Wiesbaden die daraus resultierenden arbeitsrechtlichen Fragen zu systematisieren und zu behandeln.

---

## **Diskussionsteilnehmer**

Brückner, Michael – Seite 95

Burgi, Martin – Seite 34, 36, 37, 38, 40, 42, 63, 95

Gabriel, Marc – Seite 94, 95

Giesen, Richard – Seite 34, 36, 37, 40, 43, 60, 61, 62, 65, 68, 94, 118, 144,  
145

Greiner, Stefan – Seite 116, 117, 118

Hein, Uta – Seite 60, 61

Janicki, Jörg – Seite 144

Junker, Abbo – Seite 34, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 67, 93, 96, 115, 141, 143,  
144, 145

Latzel, Clemens – Seite 41, 65, 142

Melms, Christopher – Seite 38, 39

Neun, Andreas – Seite 66, 67, 141, 143, 144, 145

Rieble, Volker – Seite 61, 62, 64, 68, 93, 115, 117, 141



## Sachregister

### **Arbeitsbedingungen 24, 46, 66, 98**

- Mindestlohn 24, 48, 56, 77, 105, 124

### **Bundesdruckerei 26, 50, 54, 58, 63, 66, 78, 105**

### **Dienstleistungsfreiheit 46, 77, 99, 104**

### **Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen 17, 21, 47, 95, 135**

- Ausführungsbedingungen 27, 88, 95, 125, 139
- Eignungskriterien 29, 38, 74, 136
- Leistungsbeschreibung 26, 41, 74
- Referentenentwurf 17, 21, 47, 95, 135
- Selbstreinigung 128, 134, 137
- soziale Dienstleistungen 37
- strategische Beschaffung 24, 28, 36
- Vergabeverfahren 26, 38, 72, 124, 144
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 26, 28, 32, 42, 140
- Zuschlagskriterien 30, 38

### **ILO-Kernarbeitsnormen 24, 28, 65, 75, 82, 93, 123, 133**

### **Landesvergabegesetze 22, 38, 46, 51, 72, 142**

### **Mazzoleni 58, 62**

- Mindestlohn 24, 48, 56, 77, 105, 124
- Entsendung 56, 63
- gesetzlicher 51, 56
- Landesvergabemindestlöhne 51
- vergabespezifischer 24, 52, 79, 91

### **Personenbeförderung 98**

- Arbeitsbedingungen 98
- Niederlassungserfordernis 101, 106

### **Primärrecht 99**

### **RegioPost 53, 60, 66, 81**

- Rüffert 26, 46, 54, 63, 77, 98, 108, 118

### **Sanktionierung 85, 123**

- individueller Ausschluss 126
- Non-Compliance 126
- Vergabesperre 130, 138, 143
- Vergabeverfahren 124, 144
- Zuschlag 125

### **sekundäres EU-Vergaberecht 17, 100**

### **Tariftreuepflicht 47, 50, 75, 98, 106, 124**

- Allgemeinverbindlicherklärung 47, 53, 77, 107, 141
- Repräsentativitätserfordernis 108, 115

- Tariftreueerklärung 55, 67, 77, 108
- Tarifvertrag 46, 53, 77, 107, 115, 141
- Vergaberecht 16, 46, 72, 97**
- Beschaffungszweck 23
- Modernisierung 16, 135
- Rechtsschutz 34, 41
- Wettbewerb 24
- Vergaberichtlinien 16, 100, 133
- Auftragsvergaberichtlinie 16, 73, 80, 100, 126
- Erwägungsgründe 18, 25, 104
- Konzessionsvergaberichtlinie 17, 100, 126
- Schwellenwert 17, 22, 73, 77, 133
- Sektorenvergaberichtlinie 16, 73, 100, 126
- Vergabeverfahren 26, 38, 72, 124, 144
- individueller Ausschluss 126
- Vergabesperre 130, 138, 143

---

## ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Richard Giesen, Abbo Junker und  
Volker Rieble

*ISSN 1863-0847*

- Band 1      Zukunft der Unternehmensmitbestimmung  
              1. ZAAR-Kongress  
              ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)
- Band 2      Zukunft des Arbeitskampfes  
              1. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
              ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)
- Band 3      Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit  
              2. ZAAR-Kongress  
              ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)
- Band 4      Robert Lubitz  
              Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung  
              ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)
- Band 5      Transparenz und Reform im Arbeitsrecht  
              2. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
              ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)
- Band 6      Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?  
              3. ZAAR-Kongress  
              ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)
- Band 7      Till Brocker  
              Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance  
              ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

- 
- Band 8 Folgenabschätzung im Arbeitsrecht  
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9)
- Band 9 Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts  
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8)
- Band 10 Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung  
4. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2
- Band 11 Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?  
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9
- Band 12 Vereinbarte Mitbestimmung in der SE  
5. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6
- Band 13 Arbeitsstrafrecht im Umbruch  
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0
- Band 14 Jan H. Lessner-Sturm  
Gewerkschaften als Arbeitgeber  
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7
- Band 15 Zukunft der Zeitarbeit  
6. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4
- Band 16 Kartellrecht und Arbeitsmarkt  
6. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7
- Band 17 Bernd Wiebauer  
Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung  
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4
- Band 18 Neues Arbeitskampfrecht?  
7. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1



- 
- Band 19 Christian A. Velten  
Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine  
verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und  
arbeitsrechtliche Analyse  
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8
- Band 20 Arbeitsrecht im Konzern  
2. ZAAR-Tagung  
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-14-5
- Band 21 Volker Rieble  
Verfassungsfragen der Tarifeinheit  
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-15-2
- Band 22 Clemens Latzel  
Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung  
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-16-9
- Band 23 Mindestlohn als politische und rechtliche  
Herausforderung  
7. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-17-6
- Band 24 Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und  
arbeitsrechtliche Entgeltsysteme  
8. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-18-3
- Band 25 Richard Giesen  
Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-  
Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts  
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-19-0
- Band 26 Freie Industriedienstleistung als Alternative zur  
regulierten Zeitarbeit  
3. ZAAR-Tagung  
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-20-6
- Band 27 Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf  
Unternehmensautonomie und Marktverhalten  
8. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-21-3
- Band 28 Onur Sertkol  
Deutsch-Türkische Integration am Arbeitsplatz  
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-22-0

- 
- Band 29 Know-how-Schutz im Arbeitsrecht  
9. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-23-7
- Band 30 Volker Rieble/Clemens Latzel  
Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien  
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-24-4
- Band 31 Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]  
4. ZAAR-Tagung  
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-25-1
- Band 32 Stephan Vielmeier  
Tarifzensur  
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-26-8
- Band 33 Funktionswandel der Sozialversicherung – von der  
Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe und zum  
Marktakteur  
10. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-27-5
- Band 34 Stephan Serr  
Private Tariftreue  
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-29-9
- Band 35 Compliance im kollektiven Arbeitsrecht  
5. ZAAR-Tagung  
ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-30-5
- Band 36 Neue Tarifrechtspolitik?  
11. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-31-2
- Band 37 Entgrenzter Arbeitskampf?  
6. ZAAR-Tagung  
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-32-9