

Wettbewerbsrecht Band 2/Teil 2: GWB Teil 2 §§ 97-129b (Vergaberecht)

Kommentar zum Deutschen Kartellrecht

von

Ulrich Immenga, Ernst-Joachim Mestmäcker, Torsten Körber, Prof. Dr. Albrecht Bach, Jörg Biermann, Gerhard Dannecker, Prof. Dr. Meinrad Dreher, Prof. Dr. Volker Emmerich, Andreas Fuchs, Frank Immenga, Siegfried Klaue, Matthias Knauff, Prof. Dr. Kurt Markert, Wernhard Möschel, Eckard Rehbinder, Karsten Schmidt, Dieter Schweizer, Dr. Kurt Stockmann, Dr. Stefan Thomas, Daniel Zimmer

5. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 66812 8

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

bestandsmerkmal „andere oder weitergehende Anforderungen“. Es schränkt die Befugnisse der Landesgesetzgeber, die Satz 3 grundsätzlich eröffnet, in sachlicher Hinsicht ein. Zulässig sind danach **nur landesgesetzliche Regelungen zu den materiellen Eignungskriterien**.

Unzulässig sind dagegen Regelungen, die sich weitergehend auf das **Vergabeverfahrensrecht** beziehen. Denn die **vergabeverfahrensrechtliche Kompetenz** hat der **Bundesgesetzgeber** in dem Verfahren der konkurrierenden Gesetzgebung für öffentliche Aufträge oberhalb der Schwellenwerte nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG bereits voll ausgeschöpft. Gegen diese Grundsätze der Kompetenzverteilung **verstoßen einige neuere Landesgesetze zum Vergaberecht** z.B. durch detaillierte Regelungen zu Nachweisen, Kontrollen sowie Dokumentationen und sogar materiellrechtliche Anforderungen zum Nachunternehmereinsatz und vergaberechtliche Sanktionen wie einen Ausschluss vom Vergabeverfahren.⁶²⁴

Unabhängig von den bereits durch die grundgesetzliche Kompetenzverteilung den Ländern gezogenen Grenzen ist die in diesem Zusammenhang weiter zu beachtende **Sperrwirkung von § 115a gegenüber abweichendem Landesrecht**. Sie verhindert zusätzlich, dass Bundesländer durch Landesvergabe- oder Tariftreuegesetze Regelungen treffen, die von §§ 107 bis 115 abweichen.⁶²⁵

Je nach wechselnden politischen Mehrheiten gab es **in den letzten Jahren zahlreiche** gescheiterte, erfolgreiche und wieder rückgängig gemachte **landesrechtliche Gesetze** zur Verfolgung von vergabefremden Kriterien.⁶²⁶

e) Die Tariftreuregelungen⁶²⁷. aa) Rechtstatsächlicher Ausgangspunkt. Besondere Prominenz bei den politikorientierten Vergabezielen haben Tariftreuregelungen erhalten. Immer mehr **Bundesländer** verabschieden Landesvergabe- oder Tariftreuegesetze mit entsprechenden Regelungen.⁶²⁸

Auf **Bundesebene** gab es – insbesondere im Hinblick auf das Kriterium der Tariftreue – ebenfalls zahlreiche Anläufe für eine gesetzliche Regelung, die aber trotz entsprechender Ankündigungen in Regierungserklärungen und Gesetzesentwürfen⁶²⁹ – wohl wegen der damit verbundenen rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken – im Ergebnis nicht konsequent betrieben wurden.

bb) Das nationale Verfassungsrecht. Seit dem Jahre 2000 lag die Frage der **Vereinbarkeit einer landesrechtlichen Tariftreuregelung mit dem deutschen Verfas-**

⁶²⁴ So zuerst *Opitz* in: forum vergabe (Hrsg.) 15. forum vergabe Gespräche 2012 S. 41, 44 f.; vgl. auch *Dreher NZBau* 2014, 1 f.

⁶²⁵ Vgl. die Kommentierung zu § 115a.

⁶²⁶ Vgl. zu den geltenden Regelungen die fortlaufend aktualisierte Übersicht über Landesvergabe Gesetze und ähnliche Regelungen auf der Homepage des forum vergabe e. V.; *Meißner VergabeR* 2012, 301.

⁶²⁷ Vgl. zum Ganzen z. B. *Bayreuther NZA* 2008, 626; *Bitterich ZIP* 2008, 1455; *Bungenberg EuR* 2008, 397; *Klump NJW* 2008, 3473; *Seifert EuZA* 2008, 526; *Wiedmann EuZW* 2008, 308; *Byok NJW* 2009, 644; *Kirch/Leinemann VergabeR* 2009, 414; *Wittjen ZfBR* 2009, 30; *Hofmann RdA* 2010, 351; *Bungenberg* in: ders./Huber/Strein (Hrsg.) *Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht* 2011 S. 67; *Rödl EuZW* 2011, 292; *Glaser/Kahl ZHR* 177 (2013), 643.

⁶²⁸ Vgl. z. B. § 4 Abs. 1 Landesgesetz zur Schaffung tariftreurechtlicher Regelungen v. 1.12.2010 GVBl. RLP v. 13.12.2010 S. 426; § 4 Abs. 1 Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge v. 10.1.2012 GV.NRW v. 26.1.2012 S. 15 und dazu z. B. *Köster DÖV* 2012, 474 ff. sowie *Csaki NZBau* 2013, 342, 346: „die landesrechtlichen Vorgaben führen (...) zu weniger Wettbewerb, zu höheren Prüfpflichten und zu einem politisch gewollten ‚Spezialmarkt‘, was nicht zuletzt auch unter beihilferechtlichen Aspekten fragwürdig erscheint“; vgl. auch die Übersicht bei *Meißner VergabeR* 2012, 301, 303 ff.; *dies. ZfBR* 2013, 20 ff. Die zuvor unter d) aufgezeigten kompetenziellen Grenzen jeder landesrechtlichen Gesetzgebung müssen in der vergaberechtlichen Beurteilung der Landesgesetze erst noch „entdeckt“ werden.

⁶²⁹ Vgl. die Gesetzesentwürfe zu einem Tariftreuegesetz in der 14. Legislaturperiode und dazu die Anhörung im BT-Wirtschaftsausschuss mit Ausschuss-Drucks. 386/14 sowie schon *Kling EuZW* 2002, 229; *Konzen NZA* 2002, 781; *Burgi RdA* 2006, 85. Vgl. z. B. auch den Entschließungsantrag des Landes Rheinland-Pfalz, Entschließung des Bundesrates zur Absicherung eines europarechtskonformen Entgeltschutzes bei öffentlichen Auftragsvergaben v. 18.4.2008 BR-Drucks. 254/08.

sungsrecht dem **BVerfG** vor.⁶³⁰ Es hat sie mit Entscheidung vom 11. Juli 2006 bejaht.⁶³¹ Im Rahmen des nationalen Verfassungsrechts und in den Grenzen des Europarechts können Bundesländer daher grundsätzlich nach § 97 Abs. 4 Satz 3 Tariftreueregelungen nur erlassen, solange der Bund von seiner Kompetenz selbst keinen Gebrauch macht.

- 278 **cc) Das Europarecht.** Auf eine Vorlage des OLG Celle⁶³² hatte der **EuGH** im Jahre 2008 über die Vereinbarkeit einer landesrechtlichen **Tariftreueregelung** mit der **Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV** zu entscheiden.⁶³³ Der EuGH geht davon aus, dass eine Tariftreueregelung mit der **Entsenderichtlinie**⁶³⁴ vereinbar sein muss. Dies wiederum setzt die **Allgemeinverbindlichkeit** des Tarifvertrags voraus. **Tariftreueregelungen** – wie die im damaligen niedersächsischen Vergabegesetz –, „die nur auf die Vergabe öffentlicher Aufträge anwendbar sind und nicht für die Vergabe privater Aufträge gelten“, sind daher **unzulässig**.⁶³⁵ Dieses Ergebnis sieht der EuGH zudem ausdrücklich „im Licht“ der **Dienstleistungsfreiheit „bestätigt“**.⁶³⁶
- 279 Darüber hinaus gilt die **Entsenderichtlinie** nach Art. 3 Abs. 2 UA 2 i. V. m. dem Anhang nur für die dort erfassten **Bauarbeiten**. Die Richtlinie berührt nach Art. 3 Abs. 10 nicht „das Recht der Mitgliedstaaten, unter **Einhaltung des Vertrags**“ Regelungen zu Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für eine „andere als im Anhang genannte Tätigkeit“ zu treffen. In diesem Bereich jenseits der Tariftreue bei Bauarbeiten und damit dem Bereich **außerhalb der Entsenderichtlinie** gilt ohnehin der AEUV unmittelbar mangels einer sog. Sperrwirkung durch harmonisierendes Sekundärrecht. Die Entsenderichtlinie selbst verweist zudem – deklaratorisch – auf den Vertrag, d. h. den AEUV. Gleichwohl wollen einzelne Stimmen in der Literatur diese eindeutige europarechtliche Rechtslage ignorieren, indem sie eine sekundärrechtliche Sperrwirkung schon dann annehmen, wenn ein Mitgliedstaat in einem von der Richtlinie nicht erfassten Bereich den von der Richtlinie für den davon erfassten Bereich der Bauarbeiten vorgesehenen Regelungsweg für Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen befolgt.⁶³⁷
- 280 Für die **europarechtliche Bewertung** von Tariftreueregelungen ergeben sich vor dem Hintergrund folgende **Differenzierungen**:
- Tariftreueregelungen in Gesetzen, die auf das Arbeitnehmerentsendegesetz (**AEntG**) verweisen, sind rechtlich **zulässig**. § 3 AEntG setzt nämlich voraus, dass ein Tarifvertrag in den von § 4 AEntG genannten Branchen nach § 5 TVG oder nach § 7 AEntG für allgemein verbindlich erklärt worden ist. Die Einhaltung der Vorgaben des AEntG ist daher ein Teil der Zuverlässigkeit – in Form der Gesetzestreue – im Sinne von § 97 Abs. 4 Satz 1. Für den **Ausschluss** von der Vergabe öffentlicher Aufträge wegen Unzuverlässigkeit infolge eines Verstoßes gegen das AEntG ist § 21 AEntG zu beachten. Dazu bedarf es entweder eines bereits mit Geldbuße sanktionierten Verstoßes oder „schon vor Durchführung eines Bußgeldverfahrens“ einer Situation, in der „im Einzelfall angesichts der Beweislage kein vernünftiger Zweifel an einer schwerwiegenden Verfehlung besteht“.

⁶³⁰ BGH v. 18.1.2000 – KVR 23/98 NZBau 2000, 189 zur Tariftreue nach Berliner Landesrecht; ebenso OLG Hamburg v. 4.11.2002 – 1 Verg 3/02 VergabeR 2003, 40 = NZBau 2003, 172 (LS).

⁶³¹ BVerfG v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 NZBau 2007, 53 = BVerfGE 116, 202; vgl. dazu z. B. *Preis/Ulber* NJW 2007, 465; *Tietje* NZBau 2007, 23; *Pietzcker* ZfBR 2007, 131, 135 ff.; *Rieble* NZA 2007, 1.

⁶³² OLG Celle v. 3.8.2006 – 13 U 72/06 NZBau 2006, 660.

⁶³³ EuGH v. 3.4.2008 – Rs. C-346/06 NZBau 2008, 332 = JZ 2008, 889 m. Anm. Becker „*Rüffert*“. Dem folgend z. B. VK Niedersachsen v. 15.5.2008 – VgK-12/08; vgl. aber auch BayVerfGH v. 20.6.2008 – Vf. 14-VII-00 NZBau 2008, 659, für den der Widerspruch einer bayrischen Tariftreueregelung zum Unionsrecht keine verfassungsrechtliche Relevanz erlangt, da es sich nicht um „einen schwerwiegenden, besonders krassen Verstoß“ handle; krit. *Rixen* BayVBl. 2010, 325.

⁶³⁴ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen ABl. EG Nr. L 18 v. 21.1.1997 S. 1.

⁶³⁵ EuGH v. 3.4.2008 – Rs. C-346/06 Rdnr. 29, 39 NZBau 2008, 332 „*Rüffert*“.

⁶³⁶ EuGH v. 3.4.2008 – Rs. C-346/06 Rdnr. 36 NZBau 2008, 332 „*Rüffert*“.

⁶³⁷ So *Greiner* ZIP 2011, 2129, 2134.

- Tariftreuerregelungen in Gesetzen, die auf das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen (**MiArbG**) verweisen, sind ebenfalls rechtlich **zulässig**. Die Festsetzung von Mindestarbeitsentgelten nach §§ 1, 4 MiArbG erfasst nach § 8 Abs. 1 MiArbG zwingend alle „Arbeitgeber mit Sitz im In- und Ausland“ bei der Beschäftigung von Arbeitnehmern im Inland. Auch die Einhaltung des MiArbG bildet daher einen Eignungsanforderung im Sinn der Zuverlässigkeit nach § 97 Abs. 4 Satz 1.
- Tariftreuerregelungen **in sonstigen Gesetzen** können dagegen **nicht** – wie in manchen Landesgesetzen versucht – eine **bezzifferte Mindestentgeltanforderung**, z. B. ein Mindestentgelt von 8,50 Euro (brutto) pro Stunde, festlegen. Dies ist mit den Erwägungen der Rüffert-Entscheidung des EuGH als **Verstoß gegen** die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV zu werten.⁶³⁸ Mindestentgeltvorgaben in sonstigen Gesetzen sind daher europarechtswidrig. Gleichwohl enthalten immer mehr **Landestariftreue- oder -vergabegesetze** derartige Mindestentgeltregelungen, verstoßen damit gegen die Dienstleistungsfreiheit sowie das Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 EUV und nehmen das **Risiko einer erneuten Niederlage vor dem EuGH** in Kauf. Hinzu kommen noch anzusprechende **verfassungsrechtliche Bedenken** bei der Vorgabe sog. „repräsentativer Tarifverträge“ und **Kompetenzüberschreitungen** der Bundesländer in verfahrensrechtlicher⁶³⁹ sowie materiellrechtlicher Hinsicht. Letztere ergeben sich u. a. aus der Erfassung von privaten Sektorenauftraggebern, von Unternehmen des Bundes und von Unternehmen mit Sitz in mehreren Bundesländern durch Landesgesetze, die allein auf Landeshaushaltsrecht gründen. Der Bundesgesetzgeber hat aber für seine an Bundeshaushaltsrecht gebundenen Einrichtungen eigene, abschließende haushaltsrechtliche Regelungen und für alle übrigen Normadressaten auf der Grundlage der Ermächtigung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zur Gesetzgebung im Bereich Recht der Wirtschaft ebenso abschließende Regelungen im Übrigen getroffen.
- Soweit **öffentliche Auftraggeber** in den Vergabeunterlagen aus eigenem Antrieb die Bieter zur Abgabe von Tariftreuerklärungen verpflichten, die die Zahlung eines **bezzifferten Mindestentgelts** zum Gegenstand haben, gilt das zuvor für entsprechende sonstige gesetzliche Vorgaben Ausgeführte. Denn die öffentlichen Auftraggeber sind wie der Gesetzgeber an die europäischen Grundfreiheiten und damit an die Rüffert-Rechtsprechung des EuGH gebunden.⁶⁴⁰
- Fordern **öffentliche Auftraggeber mittelbar** – z. B. über den Verweis auf DIN-Normen und Zertifizierungen als Eignungsvoraussetzungen in der Leistungsbeschreibung – die Zahlung **bestimmter Tariflöhne** vor Ort, ist dies mit § 97 Abs. 4 Satz 1 und 2 nicht vereinbar.⁶⁴¹
- Sonderfragen stellen sich schließlich im Zusammenhang mit **Tariftreuerregelungen für ÖPNV-Ausschreibungen**. Etliche Landesvergabegesetze fordern hier von den Auftragnehmern, mindestens den am Ort der Leistungserbringung für das Gewerbe – z. B. Busverkehr oder Eisenbahnpersonenverkehr – geltenden Lohn- und Gehaltstarif zu zah-

⁶³⁸ Tendenziell wie hier z. B. OLG Koblenz v. 19.2.2014 – 1 Verg 8/13, *Summa* in: jurisPK-Verg § 97 Rdnr. 204 ff., *Pünder NJW* 2014, 429 ff. und VK Düsseldorf v. 9.1.2013 – VK-29/2012 sowie VK Arnsberg v. 26.9.2013 – VK 18/13 NZBau 2013, 799 mit einer Vorlage zum EuGH; a. A. Rödl EuZW 2011, 292, der die Grundfreiheitenprüfung des EuGH relativiert, den Binnenmarkt durch eine Mindestentgeltregelung nicht als betroffen ansieht, aus der Entsenderichtlinie lediglich eine Verpflichtung zur Erstreckung des Mindestentgelts auf ausländische Arbeitnehmer statt eine Kontrolle von marktzugangsbeschränkenden Tarifregelungen ableiten will und den zuvor angeführten beschränkten Anwendungsbereich dieser Richtlinie übersieht und – nach Abschluss des vorliegenden Manuskripts – Glaser/Kahl ZHR 177 (2013), 643.

⁶³⁹ Siehe oben Rdnr. 273 f.

⁶⁴⁰ Tendenziell wie hier *Opitz* in: Eschenbruch/Opitz (Hrsg.) *SektVO 2012* § 20 Rdnr. 21; für eine Zulässigkeit als arbeitgeber- und auftragnehmerseitige Mindestentgeltvorgabe nach § 97 Abs. 4 Satz 2 i. S. einer Ausführungsbedingung für konkrete Aufträge *BT-Ausschuss für Wirtschaft und Technologie* BT-Drucks. 16/11428 S. 49. Das OLG Düsseldorf v. 30.12.2010 – VII-Verg 24/10 Rdnr. 54 ff. ZfBR 2011, 294 sieht dagegen auch in § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB keine Grundlage für ein europarechtskonformes Tariftreueverlangen; ebenso z. B. Kirch/Leinemann *VergabeR* 2009, 414 ff.

⁶⁴¹ OLG Düsseldorf v. 30.12.2010 – VII-Verg 24/10 Rdnr. 45 ff. ZfBR 2011, 294.

len. Manche Gesetze ermächtigen ein Ministerium, den repräsentativen Tarif festzulegen,⁶⁴² andere Gesetze verweisen im Sinne einer deklaratorischen Tariftreueregelung lediglich auf eine durch ein Ministerium veröffentlichte Liste mit unterschiedlichen Tarifverträgen z. B. mit Bindung für kommunale oder gewerbliche Busunternehmen, aus der der Bieter den für ihn passenden Tarif wählt. In dem Bereich des ÖPNV gilt aufgrund von Artt. 57 Abs. 3, 58 Abs. 1, 99 f. AEUV i. V. m. den Niederlassungserfordernissen des § 13 Abs. 1 Nr. 4 PersBefG für Verkehrsunternehmen und des § 14 Abs. 2, 3 AEG für Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht die Dienstleistungs-, sondern die **Niederlassungsfreiheit** des Art. 49 AEUV.

281 Apologeten einer Tariftreueregelung im ÖPNV verweisen für deren Zulässigkeit darauf, dass es sich dabei lediglich um eine **Modalität der Tätigkeitsausübung**, d. h. bei der Erbringung der ÖPNV-Leistung handele. Denn die Rechtsprechung des EuGH zu den tatbestandsbegrenzenden Verkaufsmodalitäten bei der Warenverkehrsfreiheit des Art. 34 AEUV⁶⁴³ gelte auch für die Niederlassungsfreiheit.⁶⁴⁴ Diese Ansicht kann allerdings nicht überzeugen. Zunächst erkennt sie, dass es sich bei den Tariftreueregelungen nicht um eine Modalität der Tätigkeitsausübung, sondern um eine **Marktzugangsbeschränkung** handelt. EU-/EWR-ausländische Verkehrsunternehmen werden in den fraglichen Fällen durch die Tariftreuepflicht ihres wesentlichsten komparativen Vorteils, eines niedrigeren Tariflohns, beraubt. Die Niederlassung selbst und nicht erst die Tätigkeitsausübung vor Ort wird dadurch behindert und unattraktiv i. S. d. EuGH-Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten.⁶⁴⁵ Auch ohne Andeutung im Wortlaut enthält die **Niederlassungsfreiheit** daher in der Rechtsprechung des EuGH den **Charakter** eines Beschränkungsverbots in Form **eines Behinderungsverbots**. Während der EuGH eine Übertragung seiner Rechtsprechung zu den Verkaufsmodalitäten i. S. d. Warenverkehrsfreiheit auf die Dienstleistungsfreiheit bereits vorgenommen und dabei gerade auf den Marktzugang abgestellt hat,⁶⁴⁶ steht eine solche Übertragung auf die anderen Grundfreiheiten und damit auch die Niederlassungsfreiheit noch aus. Der – zudem in sich falschen – Zuordnung von Tariftreueregelungen zu einer Tätigkeitsausübung fehlt damit auch die sachliche Grundlage. **Tariftreueregelungen in Gesetzen für den ÖPNV**, die über die Einhaltung allgemein verbindlicher Tarife hinausgehen, sind damit **europarechtswidrig**.

282 **f) Die Privilegierung von Behinderten- und Blindenwerkstätten.** Derzeit besteht eine „andere Regelung“ im Sinne des § 97 Abs. 4 Satz 3 in §§ 141, 143 **SGB IX**, wonach anerkannten **Werkstätten für behinderte und blinde Menschen** „Aufträge der öffentlichen Hand bevorzugt angeboten (werden)“.⁶⁴⁷ Sie gilt allerdings nur für die dort näher beschriebenen „öffentlichen Arbeitgeber“ i. S. v. § 71 Abs. 3 SGB und damit z. B. nicht für privatrechtlich organisierte Sektorenauftraggeber. Die europarechtliche Grundlage bilden Art. 19 VKR und Art. 28 SKR.

283 **g) Der Verweis auf ILO-Kernarbeitsnormen.** Landesvergabegesetze verweisen immer wieder auch auf ILO-Kernarbeitsnormen. Dabei handelt es sich um Standards, die die **Internationale Arbeitsorganisation** (ILO), eine Sonderorganisation der Vereinten Nationen mit Sitz in Genf, im Sinne von **Mindeststandards** festgelegt hat. Ihre Rechtsform sind Übereinkommen der Mitglieder der ILO, d. h. von Staaten, denen dann der jeweilige nationale Gesetzgeber zustimmt und die durch die Ratifikation einer bestimmten Zahl von

⁶⁴² So die VO NRW zur Feststellung der Repräsentativität von Tarifverträgen im Bereich des ÖPNV GV. NRW. 2012 S. 552. Dagegen aus verfassungsrechtlicher Sicht *Greiner ZIP* 2011, 2129, 2130 und *Antweiler NZBau* 2013, VII f. (Heft 2).

⁶⁴³ Beginnend mit EuGH v. 24.11.1993 – Rs. C-267/91 und 268/91 Rdnr. 16 *EuZW* 1993, 770 „*Keck*“.

⁶⁴⁴ Vgl. z. B. *Bayreuther EuZW* 2009, 102, 106; *Dobmann VergabeR* 2008, 484, 486.

⁶⁴⁵ Vgl. z. B. EuGH v. 19.5.2009 – Rs. C-171/07 und 172/07 Rdnr. 22 *EuZW* 2009, 409 „*Doc Morris*“.

⁶⁴⁶ Vgl. nur EuGH v. 10.5.1995 – Rs. C-384/93 Rdnr. 33 ff. *EuZW* 1995, 404 „*Alpine Investments*“.

⁶⁴⁷ Zu den Ausführungsrichtlinien v. 10.5.2001 vgl. *BAnz.* v. 16.6.2001. Die Bevorzugungsregelungen für „geschützte Werkstätten“ sind europarechtlich durch Art. 19 VKR bzw. Art. 28 SKR gedeckt. Vgl. dazu *Roth/Lamm/Weyand DÖV* 2011, 545 ff.

Mitgliedern verbindlich werden. Dies gilt z. B. für das im Vergaberecht bedeutendste „Übereinkommen über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der **Kinderarbeit**“ vom 17. Juni 1999.⁶⁴⁸ Es hat zu dem „Gesetz zu dem Übereinkommen Nr. 182 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 17. Juni 1999 über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit“ geführt.⁶⁴⁹ Andere Übereinkommen betreffen z. B. die **Entgeltgleichheit von Mann und Frau**,⁶⁵⁰ die **Diskriminierung bei der Arbeit**⁶⁵¹ oder das **Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung**.⁶⁵²

Diese Mindeststandards inkorporieren manche Landesvergabe- oder Tariftreuegesetze, 284 indem sie im Rahmen der **Leistungsbeschreibung bei Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen** als Leistungsgegenstände nur Waren zulassen, die nicht unter Missachtung der ILO-Mindeststandards gewonnen oder hergestellt worden sind. Zugleich fordern sie **von den Bietern eine schriftliche Erklärung**, dass der Auftrag nur mit Waren ausgeführt wird, die nachweislich oder gemäß einer entsprechenden Zusicherung unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gewonnen oder hergestellt worden sind. Derartige Regelungen zielen insbesondere auf Produkte aus „Afrika, Asien oder Lateinamerika“ und betreffen vor allem „Sportbekleidung, Sportartikel, insbesondere Bälle, Spielwaren, Teppiche, Textilien, Lederprodukte, Billigprodukte aus Holz, Natursteine, Agrarprodukte wie beispielsweise Kaffee, Kakao, Orangen- oder Tomatensaft“.⁶⁵³

Ausgangspunkt der rechtlichen Beurteilung einer Bezugnahme auf ILO-Kernarbeitsnormen durch Gesetze oder autonom durch Auftraggeber ist das Eignungskriterium der Zuverlässigkeit, das die Gesetzestreue mitumfasst. Soweit **ILO-Kernarbeitsnormen** daher **in deutschen Gesetzen** ihren Niederschlag gefunden haben, bildet die Einhaltung dieser Gesetze durch Bieter bzw. Auftragnehmer einen **Teil der Zuverlässigkeitsanforderungen**.⁶⁵⁴ 285 Dies gilt etwa für das Verbot der Beschäftigung von Kindern nach § 5 Abs. 1 JArbSchG.

Eine **direkte Verpflichtung von Bewerbern oder Bietern auf ILO-Kernarbeitsnormen durch Gesetz** ist dagegen **nicht möglich**. Bei diesen Normen handelt es sich nämlich um Völkerrecht. Es bindet nur die zustimmenden Mitgliedstaaten nach der Ratifikation.⁶⁵⁵ Eine Bindung Einzelner erfolgt erst durch die mitgliedstaatliche Transferierung der Normen in nationales Recht. Dabei haben die Mitgliedstaaten auch Umsetzungsspielräume. Weder die ILO-Kernarbeitsnormen noch nationales Umsetzungsrecht in Deutschland verpflichten die Normadressaten dazu, die Einhaltung der ILO-Mindestnormen durch Unternehmen in anderen Vertragsstaaten zu überwachen. Im Ergebnis sind Unternehmen, vorliegend Bewerber oder Bieter in Vergabeverfahren, daher ausschließlich insoweit an ILO-Kernarbeitsnormen gebunden, als sie das diesen entsprechende nationale Umsetzungsrecht bei ihrer eigenen Tätigkeit selbst befolgen müssen. 286

Folge hiervon ist, dass die **Bewerber oder Bieter** in einem Vergabeverfahren **keine Verantwortung für die Beachtung von ILO-Kernarbeitsnormen durch ihre Waren-** 287

⁶⁴⁸ BGBl. 2001 II S. 1291.

⁶⁴⁹ BGBl. 2001 II S. 1290.

⁶⁵⁰ Übereinkommen Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit vom 29. Juni 1951 BGBl. 1956 II S. 24.

⁶⁵¹ Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf vom 25. Juni 1958 BGBl. 1961 II S. 98.

⁶⁵² Übereinkommen Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung vom 26. Juni 1973 BGBl. 1976 II S. 202.

⁶⁵³ So z. B. die Begr. zu § 8 Gesetzesentwurf der SPD-Fraktion Hessischer Landtag für ein Hessisches Tariftreue- und Vergabegesetz vom 25.10.2012 LT-Drucks. 18/6291 S. 19.

⁶⁵⁴ Nur so ist auch die Passage zu der Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen in der Begr. RegE VgModG BT-Drucks. 16/10117 S. 16 zu verstehen. Wie hier daher auch *BReg* Antwort auf eine Kleine Anfrage „Ausbeuterische Kinderarbeit auf nationaler und internationaler Ebene wirksam bekämpfen“ BT-Drucks. 17/6662 S. 3.

⁶⁵⁵ Ausf. *Mösters* Ethische Beschaffung 2010 S. 111 ff. Zwar kann Völkerrecht über Art. 25 GG „Bestandteil des Bundesrechts“ sein, dafür fehlt es bei den ILO-Kernarbeitsnormen aber an den erforderlichen Voraussetzungen, vgl. dazu – ohne Bezug zum Vergaberecht – *Talmon* JZ 2013, 12 ff.

lieferanten haben.⁶⁵⁶ Soweit Vergabegesetze von Bietern oder Bewerbern darüber hinaus fordern, **Erklärungen und Nachweise** zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen durch dritte Unternehmen – sei es im Inland oder im Ausland – **vorzulegen**, ist auch diese Forderung rechtswidrig.⁶⁵⁷ Sie **widerspricht sowohl dem Völkerrecht als auch dem Europarecht**. Dieses lässt – abgesehen von einem sogleich anzuführenden grundsätzlichen Einwand gegen entsprechende Ausschlussregelungen – weder Raum für entsprechende Eignungskriterien noch – so Art. 45 Abs. 3 VKR und Art. 54 Abs. 4 SKR – für die Möglichkeit eines Ausschlusses wegen fehlenden Nachweises einer schweren Verfehlung ohne Einzelfallprüfung, sofern man die Geltung der ILO-Kernarbeitsnormen für Bewerber und Bieter sowie das Unterlassen eines Nachweises bzw. einer Erklärung zu deren Einhaltung hier nur zu Prüfungszwecken unterstellt.

- 288 Vereinzelt wird in der Literatur eine Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber auf Einhaltung von ILO-Kernarbeitsnormen aus dem **Gebot der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG** abgeleitet.⁶⁵⁸ Dies ist aber **weder mit dem Normgehalt und der Reichweite von Art. 1 Abs. 1 GG noch mit dem europäischen Vergaberecht vereinbar**.⁶⁵⁹ Art. 45 Abs. 2 lit. g) VKR, Art. 54 Abs. 4 UA 1 SKR und Art. 39 Abs. 2 Satz 1 lit. h) VSR lassen einen **Ausschluss** nur zu, wenn Erklärungen, „die gemäß diesem Abschnitt eingeholt werden können, in erheblichem Maße“ falsch oder nicht abgegeben werden können. Eine Erklärung zur Einhaltung von ILO-Kernarbeitsnormen durch den Bieter oder seine Nachunternehmer gehört jedoch nicht zu den in dem jeweiligen Abschnitt der EU-Vergaberichtlinien vorgesehenen Erklärungen.
- 289 **6. Die Rechtsbindungen jenseits des EU-Vergaberechts. a) Der Grundsatz.** Unabhängig von der Europarechtswidrigkeit des § 97 Abs. 4 Satz 3 für den Fall nicht umwelt-, aber politikbezogener Eignungskriterien bestehen **für jede vergabefremde Regelung weitere Rechtsbindungen**. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um Eignungskriterien, Zuschlagskriterien oder zusätzliche Ausführungsbedingungen handelt. Obwohl die EU-Vergaberichtlinien als abgeleitetes Recht die Anwendbarkeit des EU-Primärrechts nicht beeinflussen können, betonen auch sie in EG 2 VKR bzw. EG 58 SKR und in Art. 26 VKR bzw. Art. 38 SKR die Geltung des Unionsrechts im Übrigen allgemein, aber auch speziell für die zusätzlichen Bedingungen.
- 290 **b) Der AEUV.** Zunächst sind daher das **Diskriminierungsverbot und die Grundfreiheiten** des AEUV⁶⁶⁰ sowie das dortige **Beihilfeverbot**⁶⁶¹ zu beachten. Insbesondere an der Geltung des Diskriminierungsverbots und der Erfassung auch verdeckter Diskriminierungen durch die Grundfreiheiten, wie sie gerade für ausländische Bieter auftreten können, dürften manche vergabefremde Regelungen ihre Grenze finden.
- 291 **c) Das Verfassungsrecht.** In gleicher Weise gelten für jede Vergabe **verfassungsrechtliche Bindungen**, sofern man die Fiskalgeltung der Grundrechte bejaht.⁶⁶² Ist dies der Fall, bestehen z. B. gegenüber Forderungen nach Tariftreue- und Scientology-Erklärungen Bedenken im Hinblick auf die Berufsfreiheit und den Gleichheitsgrundsatz mit dem Benachteiligungsverbot für Weltanschauungsgemeinschaften nach Art. 3 Abs. 3 GG. Jedoch gilt – mit Bedeutung für Tariftreueregelungen – Art. 9 Abs. 3 GG unmittelbar, so dass es hier auf

⁶⁵⁶ So z. B. auch OLG Düsseldorf v. 29.1.2014 – VII-Verg 28/13, *Ziekow* in: Ziekow/Völlink (Hrsg.) Vergaberecht § 97 Rdnr. 133; *Summa* in: jurisPK-Verg § 97 Rdnr. 217, 225 ff.

⁶⁵⁷ So z. B. auch *Ziekow* in: Ziekow/Völlink (Hrsg.) Vergaberecht § 97 Rdnr. 134, 137; *Summa* in: jurisPK-Verg § 97 Rdnr. 221 ff. sowie außerhalb des Vergaberechts im Friedhofsrecht BVerwG v. 16.10.2013 – 8 CN 1.12.

⁶⁵⁸ So *Mosters* Ethische Beschaffung 2010 S. 120 ff. und *Beck/Wagner* VergabeR 2008, 601, 605 f.

⁶⁵⁹ Ausf. z. B. *Ziekow* in: Ziekow/Völlink (Hrsg.) Vergaberecht § 97 Rdnr. 134.

⁶⁶⁰ So schon EuGH „*Beentjes*“ Rdnr. 29; vgl. weiter Vor §§ 97 ff. Rdnr. 41 ff., oben Rdnr. 278 zu EuGH v. 3.4.2008 – Rs. C-346/06 NZBau 2008, 332 „*Rüffert*“ und *Opitz* VergabeR 2004, 417, 425 f.

⁶⁶¹ Vgl. Vor §§ 97 ff. Rdnr. 46.

⁶⁶² Siehe oben Vor §§ 97 ff. Rdnr. 150 ff.

die streitige Fiskalgeltung nicht ankommt. Im Übrigen folgt aus dem Verfassungsrecht mit dem darin enthaltenen Koppelungsverbot, dass vergabefremde Zwecke einen sachlichen Zusammenhang mit der zu vergebenden Leistung aufweisen müssen.⁶⁶³ Ebenso fördern die Eigentums- und Berufsfreiheit grundsätzlich, bei Marktgeschäften mit dem Staat als Auftraggeber nicht mit auftragsfremden Pflichten, die sich z. B. auf die Personal- und Organisationsstruktur des Unternehmens als Auftragnehmer beziehen, belastet zu werden.⁶⁶⁴ Im Ergebnis bestehen daher Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der meisten vergabefremden Regelungen.⁶⁶⁵

d) Das Haushaltsrecht. Weiter ist noch auf die Haushaltsrechte des Bundes und der Länder zu verweisen, die die **Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit** vorgeben.⁶⁶⁶ Denn „die Aussage, dass die Mitberücksichtigung anderer gesellschaftspolitischer Ziele den Einkauf prinzipiell verteuert, ist unmittelbar einsichtig.“⁶⁶⁷

e) Die allgemeinen Grundsätze des Kartellvergaberechts. Bei vergabefremden Regelungen sind ferner die materiellen kartellvergaberechtlichen Grundsätze des **Wettbewerbs**, der **Gleichbehandlung** und der **Transparenz** nach § 97 Abs. 1 und 2 zu beachten. Und schließlich enthalten auch die **Vergabe- und Vertragsordnungen** gegen Markterkundungsausschreibungen⁶⁶⁸, d. h. gegen auf vergabefremde Zwecke abzielende Ausschreibungen gerichtete Regelungen.⁶⁶⁹

f) Das allgemeine Kartellrecht. Fraglich ist, ob Verhaltensweisen von Auftraggebern, die Normadressaten der kartellrechtlichen Missbrauchsverbote sind und sich auf bundes- oder landesrechtliche vergabefremde Regelungen gemäß § 97 Abs. 4 Satz 3 berufen, durch das BKartA über die **Missbrauchsverbote** nach §§ 19 Abs. 1, 20, 32 GWB oder Art. 102 AEUV aufgegriffen werden können.⁶⁷⁰ Da beide Normkomplexe im GWB enthalten sind, erscheinen sie zunächst gleichrangig. Die Monopolkommission hat in einer ersten Stellungnahme zu dem Vorhaben, das Vergaberecht in das GWB aufzunehmen, nebenbei die Ansicht geäußert, aufgrund vergabefremder Regelungen im Sinne von § 97 Abs. 4 Satz 3 bleibe für „eine durch das Bundeskartellamt vorzunehmende Interessenabwägung zwischen den Vorschriften des Wettbewerbsrechts und politischen Anliegen der öffentlichen Hand dann kein Raum mehr“.⁶⁷¹ Bei näherer Betrachtung kann diese Ansicht jedoch nicht überzeugen.

Das **BKartA ist berechtigt**, in derartigen Fällen **einzuschreiten**.⁶⁷² Hierfür spricht schon die Anwendbarkeit des allgemeinen Kartellrechts einschließlich der Missbrauchsverbote auf das Beschaffungsverhalten öffentlicher Auftraggeber.⁶⁷³ Dies wird bestätigt dadurch, dass nach § 104 Abs. 3 die „Befugnisse der Kartellbehörden“ ausdrücklich „unberührt bleiben“. Ferner kann ein Konflikt nicht nur zwischen den Missbrauchsverboten und der Anwendung einer Vorschrift aufgrund § 97 Abs. 4 Satz 3 auftreten, sondern auch infolge eines Widerstreits von § 97 Abs. 3 und § 97 Abs. 4 Satz 3. In diesem Fall muss missbräuchliches Verhalten von Vergabestellen im Normadressatenbereich der Missbrauchsverbote erst recht im Sinne von § 104 Abs. 3 aufgegriffen werden können. Ein hypothetisches Beispiel bildet die dauerhafte Anwendung einer Frauenfördervorschrift im Sinne von § 97

⁶⁶³ Näher *Kling* S. 70 ff.; *Burgi* NZBau 2001, 64, 69 ff.

⁶⁶⁴ Vgl. *Di Fabio* in: FS K. Vogel 2000 S. 3, 17.

⁶⁶⁵ Vgl. z. B. *Puhl* VVDStRL 60 (2001), 456, 496 f.; *Kreßner* Die Auftragssperre im Vergaberecht S. 68; a. A. z. B. *Gurlit* *Verwaltungsvertrag und Gesetz* 2000 S. 386 f.

⁶⁶⁶ Vor §§ 97 ff. Rdnr. 171 f.

⁶⁶⁷ *BReg* Antwort auf eine parlamentarische Anfrage BT-Drucks. 13/10726 S. 23.

⁶⁶⁸ Vgl. dazu z. B. KG v. 15.4.2004 – 2 Verg 22/03 VergabeR 2004, 762.

⁶⁶⁹ Vgl. z. B. § 2 EG Abs. 4 VOB/A.

⁶⁷⁰ Vgl. schon Vor §§ 97 ff. Rdnr. 121 ff.

⁶⁷¹ *Monopolkommission* Hauptgutachten XII Tz. 106 und 330.

⁶⁷² So schon BKartA-Tätigkeitsbericht 1997/98 S. 8 und BGH v. 18.1.2000 JZ 2000, 518 m. Anm. *Dreher* „*Tarifireuerklärung II*“; a. A. *Otting* in: *Bechtold* GWB § 97 Rdnr. 49.

⁶⁷³ Vor §§ 97 ff. Rdnr. 121 ff.

Abs. 4 Satz 3 durch eine Vergabestelle, die ein mittelständisches Unternehmen, das diese Anforderungen nur schwerer als Großunternehmen erfüllen kann, als Teilnehmer an einem Vergabeverfahren und zugleich in seiner von § 97 Abs. 3 geschützten Rechtsposition sowie in Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes des § 97 Abs. 2 erheblich nachteilig betrifft.

- 296 Für die entsprechende Kompetenz der Kartellbehörde spricht ganz allgemein auch, dass der Gesetzgeber mit der Einfügung des Vergaberechts in das GWB den **Wettbewerbsgrundsatz auf das Vergaberecht erweitern**, nicht aber den Anwendungsbereich des vorhandenen Kartellrechts beschränken wollte.⁶⁷⁴ Hinzu kommt weiter, dass die Kartellbehörde wie jeder Träger öffentlicher Gewalt – so die ständige Rechtsprechung des EuGH – an das Europarecht gebunden ist. Die Kartellbehörde kann daher auch bei Geltung des Opportunitätsprinzips nicht eindeutige Verstöße gegen das Europarecht, denen aufgrund gesetzlicher Regelungen noch eine besondere, auch kartellrechtlich erhebliche Breitenwirkung zukommt, dulden, wenn zugleich die Tatbestandsmerkmale eines Missbrauchsverbots durch ein Verhalten von unternehmerisch tätigen öffentlichen Auftraggebern erfüllt sind. Sie hat vielmehr darauf hinzuwirken, die Frage im europarechtlichen Sinn durch Herbeiführung einer Vorlageentscheidung eines Gerichts zu klären, indem sie einen entsprechenden Fall aufgreift und gegebenenfalls vor Gericht bringt. In Fällen wie dem hier fraglichen, in denen Regelungen der EU-Vergaberichtlinien „unbedingt und hinreichend genau“ mit der Folge der unmittelbaren Anwendbarkeit sind, ist die Kartellbehörde unabhängig davon selbst verpflichtet, das entgegenstehende nationale Recht außer Anwendung zu lassen.⁶⁷⁵
- 297 Die **praktische Bedeutung** der Frage wird jedoch dadurch etwas gemildert, dass die notwendige Klärung z. B. der Europarechtswidrigkeit von § 97 Abs. 4 Satz 3 bei Verwendung nicht umweltbezogener vergabefremder Eignungskriterien auch durch Private über § 33 oder über Vergaberechtsschutz herbeigeführt werden kann.

E. Präqualifikationssysteme nach § 97 Abs. 4a

I. Entstehungsgeschichte

- 298 In Umsetzung von Artt. 52 VKR, 53 SKR und 46 VSR ermöglicht der Gesetzgeber mit dem durch das VgModG⁶⁷⁶ **im Jahr 2009 neu eingefügten Absatz 4a** öffentlichen Auftraggebern erstmals, für alle Auftragsarten Präqualifikationssysteme einzurichten oder zuzulassen. Bis dahin war die Anwendung von Präqualifikationssystemen Sektorenauftraggebern im Baubereich und für Leistungen vorbehalten. Die Einführung von Präqualifikationssystemen war ursprünglich nicht im Gesetzentwurf⁶⁷⁷ der Bundesregierung vorgesehen und geht auf entsprechende Anträge der Fraktionen von Bündnis 90/Die Grünen⁶⁷⁸ und FDP⁶⁷⁹ zurück.

II. Normzweck

- 299 Präqualifikationssysteme zielen auf eine vorgelagerte, u. U. auftragsunabhängige Eignungsprüfung und dienen so deren **Beschleunigung und Vereinfachung**⁶⁸⁰ und damit auch der Kostenersparnis für die Beteiligten eines Vergabeverfahrens. Den öffentlichen Auftraggebern ist es mit Absatz 4a möglich, unabhängig von einer konkreten Auftragsver-

⁶⁷⁴ Vgl. RegE VgRÄG BT-Drucks. 13/9340 S. 17 u. 20; darauf hebt insbesondere auch der BGH v. 18.1.2000 JZ 2000, 518 m. Anm. Dreher „Tarifreueerklärung II“ ab.

⁶⁷⁵ Vgl. oben Rdnr. 270.

⁶⁷⁶ BGBl. I 2009 S. 790.

⁶⁷⁷ BT-Drucks. 16/10117.

⁶⁷⁸ BT-Drucks. 16/8810 S. 2 und 5.

⁶⁷⁹ BT-Drucks. 16/9092 S. 2.

⁶⁸⁰ BT-Drucks. 16/11428 S. 33.