

Das neue Bremische Vergabegesetz

- Erste Erläuterungen -

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Inhaltsverzeichnis

I. Überblick	1
1. Erlass und In-Kraft-Treten	1
2. Wesentlicher Inhalt	1
3. Zielsetzung	3
4. Parallelen in anderen Bundesländern	4
5. Erläuterungsbedürftige Fragen	6
II. Anwendungsbereich des Vergaberechts	8
1. Auftraggeber	8
2. Öffentlicher Auftrag	12
a. Eigenerledigung und In-House-Geschäfte	12
b. Dienstleistungskonzessionen	14
c. Kooperationsvereinbarung zweier Verkehrsunternehmen	15
d. Behandlung bestehender Verträge	16
3. Ausnahmereiche nach § 100 Abs.2 GWB	17
4. Berechnung der Schwellenwerte	17
5. Vertrag ohne Vergabeverfahren?	18
III. Kriterien für die Erteilung des Zuschlags, insbes. Tariftreueerklärung	19
1. Der allgemeine Ausgangspunkt	19
a. Eignungskriterien	19
b. Das wirtschaftlichste Angebot	20
2. Tariftreueerklärung	22
a. Inhalt der Tariftreueerklärung	23
b. Tarifpluralität	25
(1) Gesetzliche Regeln zur „Repräsentativität“ von Tarifverträgen	25
(2) Kriterien der Repräsentativität	26

(3) Zahl der erfassten Arbeitnehmer	27
(4) Auswahl zwischen repräsentativen Tarifverträgen	28
(5) Die Problematik des Haustarifs	29
(6) Die Behandlung nachwirkender Tarifverträge	30
c. Mischstätigkeiten	31
IV. Die Einschaltung von Nachunternehmern	32
1. Gesetzliche Beschränkungen	32
2. Unbedenklichkeit	33
3. Wechsel des repräsentativen Tarifvertrags?	33
4. Wirkung der Tariftreueerklärung	34
V. Weitere Bestimmungen	35
1. Unangemessen niedrige Angebote	35
2. Nachweise	35
3. Kontrollen	36
4. Sanktionen	36

I. Überblick

1. Erlass und In-Kraft-Treten

Die Bremische Bürgerschaft hat am 17. Dezember 2002 ein „Vergabegesetz für das Land Bremen“ beschlossen, das am 19. Dezember 2002 im Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen veröffentlicht wurde.

GBI 2002, 594

Nach seinem § 10 Abs. 1 Satz 3 tritt das Gesetz grundsätzlich am 1. März 2003 in Kraft. Davon gibt es zwei Ausnahmen. Bereits seit 20. Dezember 2002 gelten § 4 Abs. 2 Sätze 3 und 4 und § 9 Abs. 4, die den Senat ermächtigen, bestimmte Ausführungsverordnungen zu erlassen. Der erste Fall betrifft das Verfahren, wie die Repräsentativität von Tarifverträgen festgestellt werden kann, der zweite Fall bezieht sich auf die Einrichtung des Registers für solche Firmen, die wegen rechtswidrigen Verhaltens von der Vergabe öffentlicher Aufträge vorübergehend ausgeschlossen sind. Sofort wirksam ist auch § 6 Abs. 2, der die Bieter verpflichtet, ihre ordnungsgemäße Kalkulation zu belegen.

Am 1. Januar 2005 tritt nach § 10 Abs. 1 Satz 2 die Vorschrift des § 4 Abs. 2 Satz 2 in Kraft, wonach Haustarifverträge bei der inhaltlichen Bestimmung der Tariftreueklausel nicht zu berücksichtigen sind.

2. Wesentlicher Inhalt

Das Bremer Vergabegesetz ergänzt die bundesrechtlichen Regelungen der §§ 97 ff. GWB. Diese sind weiterhin in vollem Um-

fang maßgebend. Darüber hinaus ergeben sich jedoch zusätzliche Bestimmungen:

- Das Vergaberecht gilt unabhängig von den Schwellenwerten nach § 100 GWB bei allen Aufträgen, die einen Wert von mindestens 10.000,00 € haben.
- Aufträge für Bauleistungen dürfen nur vergeben werden, wenn mindestens das am Ort der Ausführung vorgesehene tarifliche Entgelt bezahlt wird (§ 4 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes). Entsprechendes gilt nach § 4 Abs. 1 Satz 2 für die Vergabe von Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr. Ab 01.03.2003 ist daher von den Auftragnehmern auf Grund des Gesetzes eine Tariftreueerklärung zu verlangen.
- Der Einsatz von Nachunternehmern wird in § 5 Abs. 1 beschränkt. Soweit sie stattfindet, ist für tarifliche Bezahlung auch beim Nachunternehmer zu sorgen.
- Die §§ 6 - 9 des Gesetzes betreffen im Wesentlichen Verfahrensgrundsätze, die Kontrolle der Einhaltung des Vereinbarten und die Sanktionierung im Falle von Verstößen.

3. Zielsetzung

§ 1 des Gesetzes umschreibt das wichtigste Ziel: Es geht darum, Wettbewerbsverzerrungen entgegenzuwirken, die auf dem Gebiet des Bauwesens und des öffentlichen Personennahverkehrs durch den Einsatz von Niedriglohnkräften entstehen. Die Bezahlung nach den Sätzen, die am Ort der Leistungserbringung gelten, soll auch die Belastungen für die sozialen Sicherungssysteme reduzieren (die in Bezug auf solche Leis-

tungsverpflichtungen wie z. B. Krankenversorgung entstehen, die nicht von der Höhe des Beitrags abhängig sind).

Während die Regeln über die Tariftreueerklärung nach § 4 genau wie die Zielsetzung nach § 1 auf den Bausektor und den öffentlichen Personennahverkehr beschränkt sind, enthalten die anderen Vorschriften des Gesetzes keine entsprechende Begrenzung. Sie sind deshalb auch in anderen Branchen anzuwenden, was insbesondere im Hinblick auf den relativ niedrigen Auftragswert von 10.000,00 € von Bedeutung ist. Für eine einengende Interpretation bestehen angesichts der klaren Formulierungen in den §§ 2 und 3 des Gesetzes keine ausreichenden Anhaltspunkte. Bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte des § 100 GWB sind nach § 3 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes allerdings nur bestimmte Vorschriften des Bundes-Vergaberechts anzuwenden.

4. Parallelen in anderen Bundesländern

Der niedersächsische Landtag hat am 2. September 2002 ein Landesvergabegesetz beschlossen, das inhaltlich weitgehend mit dem bremischen Gesetz übereinstimmt.

NdsGVBl 2002 S. 370

In Nordrhein-Westfalen wurde am 17. Dezember 2002 das „Gesetz zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen im Land Nordrhein-Westfalen (Tariftreuegesetz NRW)“ beschlossen, das am 15. Januar 2003 im Gesetz- und Verordnungsblatt veröffentlicht wurde.

GVBl 2003, 8

Auch hier ergeben sich weitestgehende inhaltliche Übereinstimmungen.

In einer Reihe anderer Bundesländer finden sich entsprechende Regelungen, die zum Teil bereits vor einigen Jahren erlassen wurden.

Während das am 01.01.2003 in Kraft getretene Sächsische Vergabegesetz keine Tariftreuebestimmung enthält,

Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Freistaat Sachsen, SächsGVBl 2002, 218; dazu Dammert-Köhler, Das sächsische Vergabegesetz - Ziele, Inhalte, Folgen, SächsVBl 2002, 257 ff.

verhält sich dies in Berlin, Sachsen-Anhalt und Bayern anders. Das Berliner Vergabegesetz vom 9. Juli 1999 (GVBl S. 369) bestimmt in seinem § 1 Abs. 1 Satz 2:

„Die Vergabe von Bauleistungen sowie von Dienstleistungen bei Gebäuden und Immobilien soll mit der Auflage erfolgen, dass die Unternehmen ihre Arbeitnehmer bei der Ausführung dieser Leistungen nach den jeweils in Berlin geltenden Entgelttarifen entlohnen und dies auch von ihren Nachunternehmern verlangen.“

§ 2 desselben Gesetzes sieht vor, dass bei gleichwertigen Angeboten die Unternehmen bevorzugt werden, die Ausbildungsplätze bereitstellen oder sich an tariflichen Umlageverfahren zur Sicherung der beruflichen Erstausbildung oder an Ausbildungsverbänden beteiligen. Die Neufassung des Berliner Landesgleichstellungsgesetzes vom 16. Juni 1999 (GVBl 1999, 341) bestimmt, dass bei allen Aufträgen mit einem Volumen von mehr als 50.000,00 € in den jeweiligen Vertrag die Verpflichtung aufzunehmen ist, Maßnahmen zur Frauenförderung und zur Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie durchzuführen, wobei Kleinbetriebe bis zu 10 Beschäftigten ausgenommen sind. Eine ähnliche Regelung existiert in Form der FrauenförderVO im Lande Brandenburg.

Das „Gesetz über die Vergabe öffentlicher Bauaufträge im Land Sachsen-Anhalt“ vom 29. Juni 2001 (GVBl. LSA Nr. 28/2001, vom 04.07.2001, S. 234) verlangt für den Bausektor gleichfalls, dass die einen öffentlichen Auftrag erhaltenden Unternehmen ihre Beschäftigten bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens „nach den am Ort der Ausführung für Tarifvertragsparteien geltenden Entgelttarifen“ bezahlen und dies auch von ihren Nachunternehmern verlangen. Der öffentliche Personennahverkehr ist im Gesetz nicht angesprochen.

Zu erwähnen ist schließlich das „Gesetz über die Vergabe von Bauaufträgen im Freistaat Bayern“ vom 28. Juni 2000 (BayGVBl Nr. 15/2000, S. 364). Es enthält für öffentliche Bauaufträge gleichfalls die Vorgabe, dass nur solche Unternehmen berücksichtigt werden, die bei der Ausführung der Leistungen ihre Arbeitnehmer „nach den jeweils in Bayern für Tarifvertragsparteien geltenden Lohnstarifen“ entlohnen und dies auch bei ihren Nachunternehmern sicherstellen (Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes). Ein Mindestwert ist nicht festgelegt, doch gelten die Schwellenwerte des Bundesrechts in all jenen Fällen, in denen Auftraggeber vom Land kontrollierte juristische Personen des Privatrechts sind.

5. Erläuterungsbedürftige Fragen

Für die Praxis stellt sich zunächst das Problem in welchen Fällen ein „öffentlicher Auftrag“ vorliegt, der dem Vergabeverfahren unterliegt. Angesichts einer reichhaltigen Rechtsprechung der deutschen Gerichte wie des EuGH ergeben sich hier zahlreiche Begrenzungen, die das bremische Gesetz als selbstverständlich voraussetzt. Außerdem ist in diesem Zusammenhang auf die Frage einzugehen, wie der Grenzwert von

10.000,00 € im Einzelnen zu bestimmen ist. Näher dazu unten II.

Besonderes Interesse verdient die Tariftreueerklärung nach § 4 des Gesetzes, die Ergebnis eines politischen Kompromisses ist. Dabei ergeben sich u. a. Auslegungsprobleme in Bezug auf die Frage, welche tariflichen Bestimmungen „Entgeltcharakter“ haben. Einer näheren Betrachtung bedarf auch das Problem, wann Tarifverträge repräsentativen Charakter besitzen. Dazu unten III.

Auch die Bindung der Nachunternehmer an tarifliche Bedingungen sowie die Konsequenzen, die sich bei Verstößen ergeben, bedürfen der kurzen Darstellung und Erörterung (unten IV und V).

II. Anwendungsbereich des Vergaberechts

Das Bremische Vergabegesetz erweitert den Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB auf öffentliche Aufträge, deren Wert zwischen den Grenzwerten nach den §§ 100, 127 GWB in Verbindung mit der Vergabeverordnung und 10.000,00 € liegen. Für diesen Zwischenbereich gelten nach Maßgabe des § 3 Abs. 1 Satz 2 die wesentlichen Bestimmungen des Bundesrechts entsprechend. Aus den Verdingungsordnungen für Leistungen (VOL) und aus der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) gilt jedoch jeweils nur der erste Abschnitt.

1. Auftraggeber

§ 98 GWB umschreibt abschließend diejenigen Einheiten, die als öffentliche Auftraggeber unter das Vergaberecht fallen. Dabei geht es um die Bestimmung des persönlichen Anwendungsbereichs der gesetzlichen Vorschriften; ob im Einzelfall eine vergabepflichtige Maßnahme, insbesondere ein „öffentlicher Auftrag“ vorliegt, ist eine davon zu unterscheidende Frage.

Dazu im Einzelnen Boesen, Vergaberecht, Kommentar zum vierten Teil des GWB, Köln 2000, § 98 Rn. 1 ff.

§ 98 Nr. 1 erfasst alle Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen, also insbesondere Länder, Landkreise und Gemeinden. Insoweit ist der traditionelle „institutionelle“ Auftraggeberbegriff festgeschrieben worden.

Nach § 98 Nr. 2 werden jedoch auch „andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts“ erfasst, sofern bestimmte Voraussetzungen gegeben sind. Zu diesen gehören insbesondere:

- Die juristische Person muss eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe erfüllen.
- Sie muss weiter zu diesem besonderen Zweck gegründet worden sein. Gleichgestellt ist der Fall, dass nachträglich durch Satzungsänderung ein entsprechender Zweck geschaffen wurde.

Byok-Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, Heidelberg 2000, § 98 Rn. 243

- Die Aufgaben müssen auf nicht-gewerbliche Art erfüllt werden. Orientiert sich stattdessen die Tätigkeit völlig am Markt, wie dies z. B. bei Sparkassen und Landesbanken der Fall ist, findet das Vergaberecht keine Anwendung.
- Die juristische Person muss von einer Gebietskörperschaft, einem dieser zustehenden Sondervermögen oder einem Verband von Gebietskörperschaften (z. B. Zweckverband) abhängig sein, was sich aus der überwiegenden Finanzierung oder daraus ergeben kann, dass eine Aufsicht über die Leitung des Unternehmens erfolgt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder des Leitungsgremiums durch Gebietskörperschaften bestimmt werden.

Sind alle diese Voraussetzungen erfüllt, spielt es keine Rolle mehr, wenn daneben auch gewerbliche Tätigkeiten ausgeübt werden.

Byok-Jaeger § 98 Rn. 246

Der Gesetzgeber hat im Anschluss an das EG-Recht hier einen sog. funktionalen Auftraggeberbegriff zugrunde gelegt; nicht die formale Organisationsform, sondern der Inhalt der zu erfüllenden Aufgabe ist maßgebend für das Eingreifen des Vergaberechts. Dahinter steht die nachvollziehbare Erwägung, dass

Einheiten, die nicht von vorneherein dem Zwang des Marktes ausgesetzt sind, durch das Vergaberecht veranlasst werden sollen, sich für das wirtschaftlichste Angebot zu entscheiden (vgl. § 97 Abs. 5 GWB).

Während § 98 Nr. 3 die Verbände von Gebietskörperschaften oder von diesen beherrschten juristischen Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts erfasst, betrifft § 98 Nr. 4 die sog. Sektorenauftraggeber. Zu ihnen zählen ausschließlich natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung, des Verkehrs oder der Telekommunikation tätig sind. Sie unterliegen dann dem Vergaberecht, wenn sie ihre Tätigkeit auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausüben, die ihnen von einer zuständigen Behörde gewährt wurden. Dies ist etwa bei einer Genehmigung nach dem Personenbeförderungsgesetz der Fall. Alternativ dazu reicht es auch aus, wenn diese (natürlichen oder juristischen) Personen dem beherrschenden Einfluss von Auftraggebern im Sinne des § 98 Nr. 1 - 3 unterliegen.

Was im Einzelnen zu den **fraglichen Sektoren** gehört, wird durch § 8 der **Vergabeverordnung** (VgV) vom 9. Januar 2001 (BGBl I S. 110) festgelegt. In Bezug auf den ÖPNV findet sich dort folgende Definition:

4. Verkehrsbereich:

(Luftverkehr)

(See- oder Binnenverkehr)

„Das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Eisenbahn-, Straßenbahn- oder sonstigen Schienenverkehr, im öffentlichen Personenverkehr auch mit Kraftomnibussen und Oberleitungsbussen, mit Seilbahnen sowie mit automatischen Systemen. Im Verkehrsbereich ist ein Netz auch vorhanden, wenn die

Verkehrsleistungen aufgrund einer behördlichen Auflage erbracht werden; dazu gehören die Festlegung der Strecken, Transportkapazitäten oder Fahrpläne."

Auch diese eingehende Umschreibung schließt Unsicherheiten bei der Handhabung nicht aus; so hatte etwa das OLG Hamburg zu entscheiden, ob die Verschrottung alter U-Bahn-Waggons auszuschreiben ist und dabei mit überzeugender Begründung die Anwendung des Vergaberechts abgelehnt.

Wiedergegeben bei Byok-Jaeger § 98 Rn. 325

Soweit ein Unternehmen ausschließlich unter § 98 Nr. 4 fällt, hat es nach § 101 Abs. 5 Satz 2 die Wahl zwischen verschiedenen Vergabeverfahren, kann sich daher beispielsweise auch mit dem sog. Verhandlungsverfahren begnügen. Soweit gleichzeitig die Voraussetzungen des § 98 Nr. 2 erfüllt sind, ist dies allerdings nicht möglich.

§ 98 Nr. 5 und 6 GWB betreffen Bauunternehmen. Nr. 5 erfasst den Fall, dass Bauvorhaben in bestimmten Sektoren zu mehr als 50 % öffentlich finanziert werden. Nr. 6 betrifft die sog. Baukonzession, die darin besteht, dass anders als bei einem Bauauftrag seitens der öffentlichen Hand keine Geldzahlung erbracht, sondern dem Unternehmer lediglich die Möglichkeit eingeräumt wird, die bauliche Anlage in vertraglich näher umschriebenem Umfang zu nutzen. Auch den Nummern 5 und 6 liegt der funktionale Auftraggeberbegriff zugrunde, der von der konkreten rechtlichen Form, wie öffentliche Mittel verausgabt werden, weitgehend abstrahiert.

2. Öffentlicher Auftrag

Nach § 99 Abs. 1 GWB fallen nur entgeltliche Verträge unter das Vergaberecht. Eine Beleihung mit öffentlichen Aufgaben wird deshalb z.B. nicht erfasst.

Röhl JuS 2002, 1058

Das Entgelt muss nicht notwendigerweise in einer Zahlung bestehen, jedoch einen Geldwert besitzen.

Boesen, § 99 Rn. 57

a. Eigenerledigung und In-House-Geschäfte

Nach geltendem Recht sind weder die öffentliche Hand noch die übrigen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB verpflichtet, sich irgendwelche Leistungen am Markt einzukaufen. Wie in der Vergangenheit steht es ihnen weiterhin frei, ihre Aufgaben mit eigenen Mitteln zu erledigen.

S. statt aller Boesen § 100 Rn. 86

Eine Eigenerledigung liegt auch dann vor, wenn sich innerhalb der Verwaltung oder eines anderen öffentlichen Auftraggebers die Zuständigkeit für eine bestimmte Aufgabe ändert oder wenn ein Organisationsakt bestimmt, wer im Einzelnen mit einer bestimmten (neuen) Funktion betraut wird. Ein an einen Eigenbetrieb erteilter „Auftrag“ fällt deshalb nicht unter die §§ 97 ff. GWB.

Boesen § 99 Rn. 18, § 100 Rn. 89; Eschenbruch, in: Niebuhr-Kulartz-Kus-Portz, Kommentar zum Vergaberecht, Neuwied und Kriftel 2000, § 99 Rn. 54; Röhl JuS 2002, 1055

Wird ein entgeltlicher Vertrag mit einer Gesellschaft geschlossen, an der die öffentliche Hand beteiligt ist, so wird üblicherweise differenziert.

Ist der öffentliche Auftraggeber alleiniger Gesellschafter des Auftragnehmers, kontrolliert er diesen wie eine eigene Dienststelle und wird dieser im Wesentlichen nur für den öffentlichen Auftraggeber tätig, so liegt ein sog. In-House-Geschäft vor, das nach der Rechtsprechung des EuGH wie nach der des BGH nicht dem Vergaberecht unterliegt.

EuGH NZBau 2000, 90, 91 - Teckal; BGH NZBau 2001, 518
Leitsatz 2

Eine Mehrheitsbeteiligung reicht dann aus, wenn sie nicht durch Einstimmigkeitserfordernisse bei wichtigen Fragen „aufgeweicht“ ist; auch dann besteht ja die Möglichkeit zu vollständiger Kontrolle.

Boesen § 100 Rn. 102

Wie intensiv die Kontrolle sein muss, ist im Einzelnen nicht herausgearbeitet worden.

Dies kritisiert zu Recht Röhl JuS 2002, 1055, 1057

Maßgebend ist letztlich, ob sich die fragliche Gesellschaft am Markt orientiert oder ob dies nicht der Fall ist. Ist sichergestellt, dass sie ausschließlich im Interesse der öffentlichen Hand tätig wird, liegt ein In-House-Geschäft vor; wird sie auch noch in relevantem Umfang auf dem Markt tätig, würde die Freistellung vom Vergaberecht auf ein ungerechtfertigtes Privileg hinauslaufen.

Soweit ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 oder Nr. 4 GWB Verträge mit von ihm abhängigen Gesellschaften schließt, gelten dieselben Grundsätze; rein konzerninterne Vorgänge haben keine wettbewerbliche Relevanz und sind von daher auch im Rahmen des Vergaberechts nicht zu berücksichtigen.

S. statt aller Eschenbruch, in: Niebuhr u. a., aaO, § 99 Rn. 57

b. Dienstleistungskonzessionen

Eine besondere Situation besteht dann, wenn der öffentliche Auftrag nur zu dem Zweck erteilt wird, dass der Auftragnehmer seine eigene Leistung (möglichst gewinnbringend) verwerten kann. Übernimmt er dabei auch das überwiegende Risiko, liegt eine Dienstleistungskonzession vor, die nicht dem Vergaberecht unterliegt. Dies hat der EuGH verschiedentlich in diesem Sinne entschieden;

EuGH NZBau 2001, 148 - Telaustria; EuGH NZBau 2003, 50

auch die deutsche Rechtsprechung hat sich dem angeschlossen. Dies gilt etwa für die Genehmigung zur Erstellung und zum Vertrieb eines Fahrgastinformationssystems für die Münchener U-Bahn,

BayObLG NZBau 2002, 233, 234

aber auch z. B. für die Durchführung eines Wochenmarkts.

OLG Naumburg NZBau 2002, 235

Übernimmt der öffentliche Auftraggeber im Wesentlichen das wirtschaftliche Risiko, findet demgegenüber Vergaberecht Anwendung.

OLG Düsseldorf NZBau 2002, 634

Dies ist dann noch nicht der Fall, wenn sich zwar das Entgelt nach dem Erfolg des Auftragnehmers richtet, wenn jedoch eine „Mindestmiete“ auf alle Fälle garantiert ist, die auch bei sehr schlechtem Geschäftsgang geschuldet wird.

So OLG Naumburg NZBau 2002, 235

Dies gilt jedenfalls dann, wenn auf solche Weise eine öffentliche Aufgabe erfüllt wird. Demgegenüber wurde bei rein fiskalischen Geschäften wiederum Vergaberecht angewandt.

VG Neustadt NZBau 2002, 237

c. Kooperationsvereinbarung zweier Verkehrsunternehmen

Schließen zwei kommunale Verkehrsunternehmen eine Kooperationsvereinbarung nach § 2 Abs. 1 Satz 2 PBefG, so unterliegt diese grundsätzlich nicht dem Vergaberecht. Der Sache nach handelt es sich ausschließlich um die vertragliche Verteilung von Kompetenzen innerhalb der öffentlichen Hand bzw. der öffentlichen Auftraggeber, so dass keine marktbezogene Aktivität vorliegt.

So OLG Koblenz NZBau 2002, 348

d. Behandlung bestehender Verträge

Altverträge aus der Zeit vor dem 01.01.1999 werden vom Vergaberecht auch dann nicht erfasst, wenn sie langfristigen Charakter haben.

Boesen § 99 Rn. 16

Wird ein vor oder nach dem 01.01.1999 abgeschlossener Vertrag nicht gekündigt, obwohl eine entsprechende Möglichkeit bestehen würde, so ist dies kein Vorgang, der vergaberechtliche Konsequenzen auslösen würde.

Eschenbruch, in: Niebuhr u. a., § 99 Rn. 28; dahingestellt in OLG Düsseldorf NZBau 2002, 54

Anders verhält es sich jedoch dann, wenn ein befristeter Vertrag verlängert wird; dies läuft ersichtlich auf eine Neuvergabe hinaus.

Eschenbruch, in: Niebuhr u. a., § 99 Rn. 34; OLG Celle NZBau 2002, 53

Schwierig ist allein die Frage zu entscheiden, wie einvernehmliche Vertragsänderungen zu behandeln sind. Das OLG Düsseldorf

NZBau 2002, 54

fasst diese Fälle generell unter das Vergaberecht und will dies sogar dann annehmen, wenn es lediglich um eine Reduzierung der bisher vorhandenen Leistungen (und des entsprechenden Entgelts) geht. Dies ist nicht unbedingt einsichtig; insofern würde es nahe liegen, lediglich eine relevante Erweiterung des Leistungsumfangs als vergaberechtsrelevant anzusehen.

3. Ausnahmebereiche nach § 100 Abs. 2 GWB

§ 100 Abs. 2 Buchstabe a - Buchstabe n sehen eine Reihe von Ausnahmebereichen vor. § 100 Abs. 2 Buchstabe f verweist u. a. für den Bereich des Verkehrs auf die Rechtsverordnung nach § 127 GWB, die jedoch insoweit keine ins Gewicht fallenden Veränderungen bringt.

Vergabeverordnung v. 9. Januar 2001, BGBl I S. 110

4. Berechnung der Schwellenwerte

Nach § 100 Abs. 1 GWB finden die §§ 97 ff. GWB nur dann Anwendung, wenn die durch Rechtsverordnung fixierten Schwellenwerte überschritten sind. Sie sind durch § 2 der Vergabeverordnung festgelegt worden. Soweit sie nicht erreicht sind, ihr Volumen aber mindestens 10.000,00 € beträgt, finden nach dem bremischen Vergabegesetz gleichwohl Vergabegrundsätze Anwendung.

Die Bestimmung des Auftragswerts richtet sich nach § 3 VgV, der im Wesentlichen EG-Vorgaben nachvollzieht.

Dazu Höfler-Bert, Die neue Vergabeverordnung, NJW 2000, 3311

Mangels anderer Anhaltspunkte gelten die dort niedergelegten Grundsätze auch in dem Zwischenbereich zwischen 10.000,00 € und den Grenzwerten nach § 2 VgV. Auf eine ausdrückliche Klarstellung, die zum Teil in anderen Landesvergabegesetzen erfolgte, wurde verzichtet, da insoweit keine wirkliche Unsicherheit besteht.

§ 3 VgV ist aus sich selbst heraus verständlich. Bei Unsicherheiten in Bezug auf die weitere Entwicklung ist eine Schätzung

vorzunehmen. Maßgebender Zeitpunkt ist generell der Moment der Ausschreibung, d. h. der Zeitpunkt vor Einleitung des Vergabeverfahrens. Hier muss die zuständige Behörde eine ermessensfehlerfreie Schätzung abgeben.

Höfler-Bert NJW 2000, 3311

5. Vertrag ohne Vergabeverfahren?

Wird entgegen dem Gesetz ein Vergabeverfahren nicht durchgeführt und der Auftrag im Wege eines Vertrages erteilt, so ist Letzterer unwirksam.

S. statt aller Röhl JuS 2002, 1053

Andernfalls wäre es auf einfachste Weise möglich, das Vergaberecht aus den Angeln zu heben, da nach Abschluss eines gültigen Vertrages über die fragliche Leistung u. ä. nur noch ein Schadensersatzanspruch möglich wäre.

III. Kriterien für die Erteilung des Zuschlags, insbesondere Tariftreueerklärung

1. Der allgemeine Ausgangspunkt

a) Eignungskriterien

Nach § 97 Abs. 4 GWB werden Aufträge an „fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen“ vergeben. Andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist. Nach § 97 Abs. 5 wird der Zuschlag auf das „wirtschaftlichste Angebot“ erteilt.

Die Rechtsprechung trennt zwischen den **Anforderungen**, die an das bietende **Unternehmen** gestellt werden (§ 97 Abs. 4) und den **Kriterien**, die **beim Zuschlag** zu berücksichtigen sind. Auch ein besonders gut geeignetes Unternehmen kann daher im Einzelfall ausscheiden, weil es nicht das wirtschaftlichste Angebot gemacht hat.

EuGH Slg. 1988, 4635 = NVwZ 1990, 353; BGH NJW 1998, 1644 ff.; Boesen § 97 Rn. 146

Die in § 97 Abs. 4 verlangte **Fachkunde** ist dann gegeben, wenn der Bieter die notwendigen Kenntnisse besitzt, was für ihn am einfachsten dadurch zu belegen ist, dass er bereits andere vergleichbare Projekte durchgeführt hat.

Kulartz, in: Niebuhr u. a. § 97 Rn. 168; Byok-Jaeger, § 97 Rn. 169

Die **Leistungsfähigkeit** setzt voraus, dass der Betrieb jedenfalls im vorgesehenen Zeitpunkt für den Beginn des Projekts über die nötigen Kapazitäten verfügt.

Kulartz, in: Niebuhr u. a. § 97 Rn. 169

Die **Zuverlässigkeit** fehlt insbesondere dann, wenn das Unternehmen Gesetzeswidrigkeiten begangen hat, beispielsweise Steuern und Sozialabgaben nicht abgeführt oder den im Arbeitnehmer-Entsendegesetz vorgesehenen Mindestlohn nicht bezahlt hat.

Byok-Jaeger § 97 Rn. 172 ff. m. w. N.

Zu diesen Eignungskriterien hat entsprechend der Ermächtigung in § 97 Abs. 4 GWB der bremische Gesetzgeber das der **Tariftreue** hinzugefügt.

b) Das wirtschaftlichste Angebot

Der Begriff des „wirtschaftlichsten Angebots“ nach § 97 Abs. 5 ist **nicht mit dem „billigsten Angebot“ identisch**. Vielmehr enthalten die EG-Richtlinien Beispiele für Kriterien, die in der Praxis im Mittelpunkt stehen werden. Im Einzelnen werden die folgenden genannt (wiedergegeben nach Boesen § 97 Rn. 147):

- Preis
- Qualität
- Ausführungsfrist
- Betriebskosten
- Ästhetik
- Zweckmäßigkeit
- Kundendienst
- Rentabilität

- technische Hilfe
- technischer Wert

Diese Kriterien sind weder zwingend noch haben sie abschließenden Charakter.

Boesen § 97 Rn. 149

Nach der Rechtsprechung des EuGH müssen sie auf den Inhalt des Auftrags bezogen sein, dürfen der Vergabestelle keinen uneingeschränkten Spielraum lassen, müssen rechtzeitig publiziert werden und dürfen nicht gegen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere gegen Diskriminierungsverbote verstoßen.

EuGH NZBau 2002, 618, 622

Die auf den jeweiligen Auftrag bezogenen und für seinen Inhalt adäquaten Kriterien können in einer Punktetabelle zum Ausdruck gebracht werden.

Beispiel bei Boesen § 97 Rn. 154

Zulässig ist aber auch, insoweit auf den „Gesamteindruck“ abzustellen; die in § 25 Nr. 3 VOL/A vorgesehene „Berücksichtigung aller Umstände“ ist in diesem Sinne zu verstehen.

OLG Hamburg NZBau 2002, 519; Boesen § 97 Rn. 151

Der Vergabestelle kommt insoweit ein Beurteilungsspielraum zu, der nicht in vollem Umfang gerichtlich überprüfbar ist.

Boesen § 97 Rn. 151; Kulartz, in: Niebuhr u. a. § 97 Rn. 219 ff.

Unter Zugrundelegung dieser Regeln hat es der EuGH zugelassen, bei der **Vergabe von Aufträgen an ein Omnibusunternehmen** auch die Höhe der **Stickoxidemissionen** und den **Lärmpegel** zu berücksichtigen.

EuGH NZBau 2002, 618, 622

Dies sei auch dann zulässig, wenn nur wenige Unternehmen, die als Bieter in Betracht kämen, den entsprechenden Anforderungen gerecht werden könnten.

Dazu auch Egger NZBau 2002, 601

Eine unzulässige unbeschränkte Entscheidungsfreiheit der Vergabestelle war im konkreten Fall dadurch verhindert worden, dass die Erfüllung bestimmter Umweltstandards lediglich zu Zusatzpunkten in einer Tabelle geführt hatte. Angesichts der Rechtsprechung zum „Gesamteindruck“ wäre jedoch sicherlich auch eine stärkere Berücksichtigung zulässig.

2. Tariftreueerklärung

Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 des Bremischen Vergabegesetzes dürfen Aufträge für Bauleistungen nur an solche Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zum tarifvertraglich vorgesehenen Zeitpunkt zu bezahlen. Satz 3 von § 4 Abs. 1 erstreckt denselben Grundsatz auf die Vergabe von Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr.

Die Absätze 2 und 3 sind tarifrechtlichen Sondersituationen gewidmet: In Abs. 2 geht es um den Fall der Existenz mehrerer

Tarifverträge, Abs. 3 betrifft gemischte Leistungen, die unter mehr als einen Tarifvertrag fallen.

a. Inhalt der Tariftreueerklärung

§ 4 Abs. 1 des Gesetzes verlangt nicht, dass der Auftragnehmer generell die in der Branche geltenden Tarifverträge anwendet. Vielmehr finden sich zwei Einschränkungen:

Zum einen muss das tarifliche Niveau **nur „bei der Ausführung der Leistungen“** eingehalten werden. Bei anderen, von privater Seite kommenden Aufträgen besteht volle Freiheit, bei fehlender Tarifbindung im Rahmen des Gesetzes auch niedrigere Bedingungen zu vereinbaren. Praktische Bedeutung könnte dies allerdings nur bei eher langfristigen Vorhaben besitzen, durch die bestimmte Beschäftigte gebunden sind, während andere sonstige Aufgaben erfüllen. Im Einzelfall werden sich dabei allerdings Abgrenzungsprobleme im Verwaltungsbereich ergeben. Sind beispielsweise Mitarbeiter der Personalabteilung oder der Buchhaltung sowohl mit dem öffentlichen Auftrag als auch mit anderen Aufträgen befasst, wird man das tarifliche Niveau nur dann als geboten ansehen können, wenn vorwiegend für den öffentlichen Auftrag gearbeitet wird.

Die Frage ist - soweit ersichtlich - bislang nicht erörtert. Auf die überwiegende Tätigkeit wird mangels anderer Anhaltspunkte auch abgestellt, wenn es um die Frage geht, ob das Arbeitsverhältnis eines in zentralen Abteilungen beschäftigten Arbeitnehmers bei der Übertragung eines Betriebsteils mit auf den Erwerber übergeht (BAG DB 1983, 50).

- Die zweite Einschränkung besteht darin, dass **das** am Ort der Ausführung **tarifvertraglich vorgesehene „Entgelt“** zu bezahlen ist. Anders als beispielsweise bei der ab 01.01.2004

geltenden Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern und Stamm-
beschäftigten nach den §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG

Dazu Däubler AiB 2002, 752 ff.

werden **nicht alle „wesentlichen Arbeitsbedingungen“** einbezogen.

Angesichts des in § 1 niedergelegten Zieles des Gesetzes, wonach Wettbewerbsverzerrungen durch den Einsatz von Niedriglohnkräften verhindert werden sollen, ist der Begriff des „Entgelts“ weit auszulegen. Erfasst ist nicht nur das Grundgehalt und die Überstundenvergütung, sondern die Gesamtheit der vom Arbeitgeber erbrachten Gegenleistungen. Dazu gehört die Zahlung von Sozialleistungen, aber auch die Länge des Jahresurlaubs: Beträgt dieser sechs Wochen, ist die Gegenleistung des Arbeitgebers für die einzelne Arbeitsstunde effektiv höher als wenn nur vier Wochen bezahlter Erholungsurlaub gewährt werden. Auch eine längere als die tarifliche Arbeitszeit würde bei gleicher Vergütung eine derartige Verschiebung von Leistung und Gegenleistung zur Folge haben.

Im Übrigen ist der Auftragnehmer frei. Die gesamten sog. **formellen Arbeitsbedingungen** wie Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit, aber auch Kontrollen technischer und nicht technischer Art werden von § 4 Abs. 1 des Gesetzes nicht erfasst. Auch kann im Rahmen des gesetzlich Zulässigen eine andere Dauer der Wochenarbeitszeit praktiziert werden, soweit die hierfür bezahlte Vergütung nicht unter der tariflichen liegt. Würde beispielsweise der Tarifvertrag von der 38-Stunden-Woche ausgehen und höchstens sechs Überstunden pro Woche gestatten, wäre es dem Auftragnehmer möglich, gleichwohl 46 oder 48 Stunden zu arbeiten: Voraussetzung wäre lediglich, dass die Stun-

denvergütung dem tariflich festgelegten (einschl. der Überstundenzuschläge) entsprechen würde.

b. Tarifpluralität

Insbesondere im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs kann der Fall eintreten, dass am Ort der Leistung mehrere Tarifverträge für dieselbe Leistung existieren.

Beispiel: Die Omnibuslinie A zählt zum städtischen Verkehrsbetrieb und unterliegt den Tarifverträgen für den öffentlichen Dienst, während die Omnibuslinie B von einem Privatunternehmer betrieben wird, der dem Tarifvertrag für das private Omnibusgewerbe unterliegt.

§ 4 Abs. 2 Satz 1 verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber, einen „repräsentativen“ Tarifvertrag zugrunde zu legen, der mit einer „tariffähigen Gewerkschaft“ vereinbart wurde. Dies bedeutet zunächst, dass nicht etwa den Bietern ein Wahlrecht eingeräumt werden darf; vielmehr ist mit der Ausschreibung bekannt zu geben, was der im Einzelfall maßgebende Tarifvertrag ist, damit sich alle Interessenten darauf einstellen können.

(1) Gesetzliche Regeln zur „Repräsentativität“ von Tarifverträgen

Der Begriff des „repräsentativen“ Tarifvertrags hat in Deutschland praktisch keine Tradition. In Frankreich, Spanien und Italien wird bestimmten Gewerkschaften der Status einer „Repräsentativität“ zuerkannt, der Voraussetzung für die Inanspruchnahme spezifischer Rechte ist. Einziger Anhaltspunkt im deutschen Recht ist die Bestimmung des § 12 TVG, wonach es auf die „wesentliche Bedeutung“ einer Spitzenorganisation bzw. einer Mitgliederorganisation ankommt.

Der bremische Gesetzgeber hat diese Schwierigkeit zumindest erahnt und deshalb in § 4 Abs. 2 Satz 3 den Senat ermächtigt, durch Rechtsverordnung zu bestimmen, in welchem Verfahren die Repräsentativität von Tarifverträgen vorgesehen wird. In diesem Rahmen kann - so § 4 Abs. 2 Satz 4 des Gesetzes - auch ein Beirat eingesetzt werden, dessen Zusammensetzung die Verordnung regelt und der die Entscheidung im Einzelfall vorbereitet.

Die (ein wenig aufwendig anmutende) Verfahrensregelung enthält nicht etwa eine Ermächtigung an den Senat oder den diesen ggf. begleitenden Beirat, den im Gesetz verwandten Begriff der Repräsentativität festzulegen. Vielmehr beschränkt sich die Ermächtigung darauf, ein Verfahren zu bestimmen, in dem die repräsentativen Tarifverträge ermittelt werden; der Begriff wird also auch hier vorausgesetzt.

Der Übergangsvorschrift des § 10 Abs. 1 Satz 2 entsprechend können bis zum 1. Januar 2005 auch Haustarife „repräsentativ“ sein.

(2) Kriterien der Repräsentativität

Von seinem Wortlaut her gibt § 4 Abs. 2 im Grunde keine Anhaltspunkte dafür, nach welchen Kriterien die Repräsentativität zu bestimmen ist. Fest steht lediglich - und dies ist eher ein aus der Systematik folgendes Argument - dass es um die Repräsentativität innerhalb des Geltungsbereiches des Gesetzes, d. h. innerhalb des Landes Bremen geht. Ein niedersächsischer Tarifvertrag, der auch 12 in Bremen tätige Arbeitnehmer erfasst (weil sie beispielsweise in einer Bremer Niederlassung eines niedersächsischen Unternehmens tätig sind), wäre jeden-

falls nicht repräsentativ. Sind die Verhältnisse weniger un-
ausgewogen, kommen im Prinzip zwei Lösungen in Betracht..

(3) Zahl der erfassten Arbeitnehmer

Zum einen kann man eine „Anleihe“ bei den Regeln über die Ta-
rifkonkurrenz machen. Dort kann ein vergleichbares Problem
dann auftreten, wenn zwei Tarifverträge jeweils betriebliche
und betriebsverfassungsrechtliche Fragen regeln, die nach § 3
Abs. 2 TVG ohne Rücksicht auf die Organisationszugehörigkeit
des einzelnen Arbeitnehmers gelten. Bestehen sie auf gleicher
Ebene - es handelt sich etwa um zwei Firmentarife oder um zwei
Verbandstarife - so stellt die herrschende Meinung auf das
Mehrheitsprinzip ab: Es soll derjenige Tarifvertrag gelten,
der von der Gesellschaft mit der größeren Mitgliederzahl im
Betrieb bzw. im Geltungsbereich des Tarifs abgeschlossen wur-
de.

Ebenso Kempen-Zachert, TVG, Kommentar für die Praxis,
3. Aufl., Köln 1997, § 4 Rn. 136; Löwisch-Rieble,
Kommentar zum TVG, München 1992, § 4 Rn. 303; Trüm-
ner, in: Däubler/Kittner/Klebe (Hrsg.), Kommentar zum
BetrVG, 8. Aufl., Frankfurt/Main 2002, § 3 Rn. 157 m.
w. N.; Wank, in: Wiedemann (Hrsg.), Kommentar zum
TVG, 6. Aufl., München 1999, § 1 Rn. 295

Der Minderheitsgewerkschaft bleibt die Möglichkeit, durch Hin-
zugewinnung von Mitgliedern ihrerseits eine Mehrheitsposition
zu erlangen.

Eine Mehrzahl von repräsentativen Tarifverträgen kann in einem
solchen Fall dann zustande kommen, wenn den Umständen nach
nicht klar feststellbar ist, welcher Tarifvertrag die größere
Zahl von Arbeitnehmern erfasst. Dies ist auch dann denkbar,
wenn man nicht allein auf die Tarifbindung abstellt, sondern
auch solche Arbeitsverhältnisse einbezieht, in denen auf einen

Tarifvertrag verwiesen wird: In der Praxis ist auf Arbeitgeberseite häufig nicht bekannt, wer im Einzelnen der Gewerkschaft angehört, so dass Bezugnahmeklauseln allgemein üblich sind.

(4) Auswahl zwischen repräsentativen Tarifverträgen

Stellt man nicht auf das Mehrheitsprinzip ab, so ist es durchaus möglich, dass - vom Fall des geringfügigen „Hineinragens“ einmal abgesehen - außerhalb des Bausektors oft zumindest zwei Tarifverträge in Betracht kommen. Lässt man es für die Repräsentativität etwa genügen, dass 20 % der in den fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitsverhältnisse erfasst sind, werden nicht selten zwei Tarifverträge zur Auswahl stehen. Sind sie in etwa gleichwertig, kann der öffentliche Auftraggeber entscheiden, welchen Tarifvertrag er zugrunde legen will.

Probleme ergeben sich, wenn die beiden repräsentativen Tarifverträge ein sehr unterschiedliches Vergütungsniveau festschreiben, wenn der eine beispielsweise ca. 30 % unter dem anderen liegt. In einem solchen Fall kommt die Zielsetzung des Gesetzes nach seinem § 1 ins Spiel. Danach geht es darum, Wettbewerbsverzerrungen durch den Einsatz von Niedriglohnkräften zu vermeiden. Im Normalfall geht es dabei um nicht tarifgebundene Anbieter, die das am Ort der Leistungserbringung übliche Tarifniveau um ca. 30 - 40 % unterbieten.

Eine noch stärkere Unterbietung würde Bedenken im Hinblick auf das Verbot des Lohnwuchers nach § 138 BGB hervorrufen. Nach Auffassung des BGH ist ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bereits dann anzunehmen (und die „Wuchergrenze“ bereits dann überschritten), wenn weniger als zwei Drittel des Tariflohns bezahlt werden und dabei die Zwangslage oder die Unerfahrenheit der

Arbeitskräfte ausgenutzt wird (BGH DB 1997, 1670 = NZA 1997, 1167).

Ergibt sich nun durch Abschluss neuer Tarifverträge ein wirtschaftlich praktisch identischer Effekt, so **darf der öffentliche Auftraggeber nicht den Billigtarif zugrunde legen**, will er nicht dem Ziel des § 1 zuwiderhandeln. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn sich in dem fraglichen Bereich, der zur Vergabe ansteht, bereits ein derartiger Tarifvertrag existiert. Sinn des Vergabegesetzes ist es lediglich, eine Benutzung des Ausschreibungsverfahrens als Mittel für Lohnkostenunterbietung und soziales Dumping zu verhindern. Soweit sich unabhängig von einem Vergabeverfahren bereits differenzierte Lohnstrukturen herausgebildet haben, sollte dieses nicht als Korrektiv benutzt werden.

(5) Die Problematik des Haustarifs

Offen ist nach der Gesetzesformulierung, wie bis zum 1. Januar 2005 mit Haustarifen nach § 4 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes zu verfahren ist. Ein Haustarif im Rechtssinne liegt dann vor, wenn das einzelne Unternehmen selbst Tarifpartner ist (§ 2 Abs. 1 TVG). Würde ein Verband einen Tarifvertrag für ein verbandsangehöriges Unternehmen abschließen, läge dagegen ein Verbandstarif im Rechtssinne vor.

Innerhalb seines Geltungsbereichs hat der Haustarif im Normalfall eine dominierende Funktion. In der Praxis existiert er typischerweise nur dann, wenn Verbandstarife nicht zur Anwendung kommen oder an den betrieblichen Notwendigkeiten deutlich vorbeigehen. Würde ein durch Haustarif gebundenes Unternehmen bestimmte Leistungen ausschreiben, wäre der Haustarif als repräsentativ anzusehen. Allerdings bleibt die Frage offen, ob man auf den Geltungsbereich innerhalb des Gebiets der Freien Hansestadt Bremen oder auf den tariflichen Geltungsbereich ab-

stellt. Würde man Ersteres tun, wäre die Entscheidung eine andere, wenn nur wenige Teile des Unternehmens in Bremen liegen.

(6) Die Behandlung nachwirkender Tarifverträge

Besteht in dem fraglichen Bereich nur ein nachwirkender Tarifvertrag, so läuft die Tariftreueerklärung notwendigerweise zunächst leer. Wollte man einen Auftragnehmer an einen nachwirkenden Tarifvertrag binden, hätte dies zwei mögliche Konsequenzen, die beide gleichermaßen sachwidrig sind. Zum einen könnte die Bindung besagen, dass der Tarifvertrag lediglich wie ein nachwirkender zu behandeln ist: Nach § 4 Abs. 5 TVG stünde es dann dem Auftragnehmer frei, in abzuschließenden Arbeitsverträgen schlechtere als die tariflichen Bedingungen zu vereinbaren. Wollte man stattdessen die Bindung als eine zwingende ausgestalten, wäre der Auftragnehmer seinen Wettbewerbern gegenüber benachteiligt, da diese - soweit tarifgebunden - jederzeit in der Lage wären, durch Änderungsverträge mit ihren Beschäftigten, insbesondere aber bei Neueinstellungen das bisherige Tarifniveau zu unterschreiten. Von daher kommt in einer solchen Situation nur eine Tariftreueerklärung des Inhalts in Betracht, dass der Auftragnehmer in der Zukunft den wieder in Kraft gesetzten oder den neu abgeschlossenen verbindlichen Tarifvertrag zu beachten hat.

Existieren mehrere Tarifverträge und kommen sie - da „repräsentativ“ - gleichermaßen als Bezugsgröße für die Tariftreueerklärung in Betracht, so kann der Fall eintreten, dass ein zwingender und ein nachwirkender Tarifvertrag zur Auswahl stehen. In diesem Fall wird sich der öffentliche Auftraggeber für den zwingenden Tarif entscheiden; nur mit seiner Hilfe kann die gesetzliche Regelung sofort Wirksamkeit erlangen. Dem entspricht es, dass nach den Regeln der Tarifkonkurrenz der nach-

wirkende gegenüber einem voll weitergeltenden Tarifvertrag zurücktritt.

BAG AP Nr. 2 zu § 3 TVG; Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 1993, Rn. 1496

Dies gilt allerdings dann nicht, wenn es sich um einen „Billigtarif“ handelt, der im Verhältnis zum bisher praktizierten Tarifniveau eine Reduzierung um rund ein Drittel bewirken würde. In solchen Extremfällen ist auf die Neufassung des nur noch nachwirkenden Tarifvertrags abzustellen.

c. Misch Tätigkeiten

Die Regelung des § 4 Abs. 3 des Gesetzes entspricht allgemeinen tarifrechtlichen Grundsätzen: Bei Mischbetrieben und Mischunternehmen werden üblicherweise diejenigen Tarifverträge angewandt, die von ihrem fachlichen Geltungsbereich her die überwiegende, dem Betrieb bzw. Unternehmen das Gepräge gebende Tätigkeit erfassen.

Kempen-Zachert § 4 Rn. 137 m. w. N.

Genauso wird entschieden, wenn ein einzelner Arbeitnehmer eine Misch Tätigkeit ausübt, die unter verschiedene Tarifgruppen fällt; auch hier kommt es auf das Überwiegen bestimmter Teile an.

BAG AP Nr. 32 zu § 1 TVG Tarifverträge: Einzelhandel; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 631; Kempen-Zachert § 1 Rn. 75

IV. Die Einschaltung von Nachunternehmern

Werden bestimmte Teile eines öffentlichen Auftrags auf Subunternehmer oder Sub-Subunternehmer verlagert, stellt sich das Problem, der Tariftreueerklärung, ggf. aber auch anderen Eignungs- und Zuschlagskriterien zur Durchsetzung zu verhelfen. Theoretisch wäre der Fall denkbar, dass nicht einmal die Identität aller „Zwischenunternehmen“ ohne unzumutbaren Aufwand geklärt werden kann.

1. Gesetzliche Beschränkungen

§ 5 Abs. 1 des Gesetzes macht die Übertragung von Leistungen, auf die der Betrieb des Bieters eingerichtet ist, von der schriftlichen Zustimmung des Auftraggebers abhängig: Es soll verhindert werden, dass an die Stelle des auf Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit hin überprüften Unternehmens ein anderes tritt, das diesen Anforderungen nicht genügt. Soweit - etwa bei betriebsfremden Leistungen - von vorneherein die Einschaltung von Nachunternehmern beabsichtigt ist, muss dies nach § 5 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes bereits bei Abgabe des Angebots mitgeteilt werden. In beiden Fällen muss der Auftragnehmer u. a. auch die Pflicht zur Abgabe einer Tariftreueerklärung seinem Nachunternehmer auferlegen und ihre Einhaltung überwachen. Ist dies nicht gewährleistet, würde eine gesetzliche Voraussetzung für den Zuschlag fehlen.

Wird der Nachunternehmer nachträglich eingeschaltet oder gewechselt, ist nach § 5 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes die Zustimmung des Auftraggebers erforderlich. Sie darf allerdings nur wegen mangelnder Fachkunde, Zuverlässigkeit oder Leistungsfähigkeit des Nachunternehmers sowie dann versagt werden, wenn dieser Nachweispflichten nach § 7 Abs. 2 des Gesetzes nicht erfüllt.

2. Unbedenklichkeit

Die vom bremischen Gesetzgeber getroffene Regelung erweckt keine Bedenken im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht. Die Erste Vergabekammer des Bundes beim Bundeskartellamt hat entschieden, dass sich Probleme allenfalls dann ergeben können, wenn der Auftragnehmer im Übermaß Nachunternehmer einschaltet.

BKartA NZBau 2002, 463

Im Ergebnis wurde der Vergabestelle allerdings ein großer Spielraum zugesprochen, der jedenfalls bei Bauaufträgen auch die Einschaltung eines Generalübernehmers erlaubt.

Die an den Nachunternehmer „weitergegebene“ Tariftreueerklärung ist durch Abmachungen zu flankieren, wonach der Auftragnehmer die Einhaltung der daraus folgenden Pflichten durch den Nachunternehmer überwachen kann.

3. Wechsel des repräsentativen Tarifvertrags?

Existiert mehr als ein repräsentativer Tarifvertrag, kann sich das Problem ergeben, ob der Auftragnehmer einen anderen als den für ihn geltenden Tarifvertrag „vorschreiben“ kann. Dies erscheint zweifelhaft. Die Formulierung von § 5 Abs. 1 Satz 3 des Gesetzes spricht eher dagegen. Dort ist die Rede davon, es seien die „für Auftragnehmer geltenden Pflichten der §§ 4, 5 und 8 Abs. 2 aufzuerlegen“, was eher für eine schlichte Weitergabe der konkret übernommenen Pflichten spricht. Anders zu entscheiden, würde überdies bedeuten, einen Anreiz zur Delegation auf Subunternehmer zu schaffen, die sich dann ggf. den „preiswerteren“ der repräsentativen Tarifverträge aussuchen könnten. Dies kann schwerlich gewollt sein.

4. Wirkung der Tariftreueerklärung

Die Tariftreueerklärung des Auftragnehmers wie des Nachunternehmers wird vom jeweiligen Auftraggeber angenommen und ist damit Vertragsbestandteil. Begünstigt durch einen solchen Vertrag sind dabei auch die bei dem die Erklärung Abgebenden beschäftigten Arbeitnehmer. Ihnen steht nach § 328 BGB das Recht zu, von ihrem Arbeitgeber tarifliche Bedingungen zu verlangen.

V. Weitere Bestimmungen

1. Unangemessen niedrige Angebote

§ 6 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes sieht vor, dass unangemessen niedrige Angebote „vertieft“ zu prüfen sind. Im Regelfall wird ein unangemessen niedriges Angebot vermutet, wenn die rechnerisch geprüfte Angebotssumme um mindestens 20 % unter der Kostenschätzung des Auftraggebers liegt oder das zu prüfende Angebot um mehr als 10 % vom nächsthöheren abweicht.

Nach § 6 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes muss der betroffene Bieter seine ordnungsgemäße Kalkulation belegen. Kommt er dem nicht nach, kann sein Angebot vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Mit dieser Regelung ist den Vorgaben des EuGH Rechnung getragen, wonach eine ungeprüfte Ablehnung ungewöhnlich niedriger Angebote im Bauvergabeverfahren nicht in Betracht kommt.

EuGH NZBau 2002, 101 - Lombardini

Ausgeschlossen ist danach lediglich eine definitive Ablehnung, nicht aber die hier vorgesehene Verschärfung der verfahrensmäßigen Anforderungen. Durch die Offenlegung der Kalkulation kann insbesondere sichergestellt werden, dass der günstige Preis nicht auf der Unterschreitung des tariflichen Entgelt-niveaus beruht.

2. Nachweise

§ 7 Abs. 1 verlangt von einem Bieter, bestimmte Unterlagen vorzulegen, wozu auch eine Tariftreueerklärung nach § 4 gehört. Sind diese Unterlagen zunächst nicht verfügbar, ist er

aufzufordern, sie nachzureichen: Kommt er dem nicht nach, ist das Angebot aus dem weiteren Verfahren auszuschließen. Soweit ein Teil der Bauleistung einem Nachunternehmer übertragen werden soll, ist der Bieter zu verpflichten, auch insoweit die notwendigen Erklärungen vorzulegen.

3. Kontrollen

Nach § 8 Abs. 1 des Gesetzes kann der öffentliche Auftraggeber die Einhaltung der geforderten Vergabevoraussetzungen kontrollieren und sich dabei der Organe der Verfolgungsbehörden bedienen. Er darf zu diesem Zweck Einblick in die Entgeltabrechnungen der Auftragnehmer und der Nachunternehmer und die Unterlagen über die Abführung von Steuern und Beiträgen sowie in die zwischen Auftragnehmer und Nachunternehmer abgeschlossenen Werkverträge nehmen. Der Auftragnehmer hat seine Beschäftigten auf die Möglichkeit solcher Kontrollen hinzuweisen.

Nach § 8 Abs. 2 sind entsprechende Unterlagen auch auf der einzelnen Baustelle vorzuhalten.

4. Sanktionen

§ 9 Abs. 1 des Gesetzes verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber, für schuldhafte Verstöße u. a. gegen die Tariftreueerklärung Vertragsstrafen zu vereinbaren, die bei mehreren Verstößen bis zu 10 % des Auftragswertes gehen können. Der Auftragnehmer hat diese auch dann zu bezahlen, wenn der Verstoß durch einen seiner Subunternehmer begangen wurde, es sei denn, dass er den Verstoß weder kannte noch kennen musste. Eine unangemessen hohe Vertragsstrafe kann auf einen angemessenen Betrag herabgesetzt werden.

Nach § 9 Abs. 2 ist weiter zu vereinbaren, dass die Nichterfüllung der Pflicht zur Abgabe einer Tariftreueerklärung durch den Auftragnehmer oder seine Nachunternehmer den öffentlichen Auftraggeber zur fristlosen Kündigung berechtigt.

§ 9 Abs. 3 sieht bei grob fahrlässigen oder mehrfach schuldhaft begangenen Pflichtverstößen einen Ausschluss von der öffentlichen Auftragsvergabe für die Dauer von bis zu einem Jahr vor. Die von einer solchen Maßnahme betroffenen Unternehmen werden nach § 9 Abs. 4 in ein Register aufgenommen, dessen Führung durch Rechtsverordnung zu regeln ist.