

Gesetzentwurf

der Abgeordneten **Markus Rinderspacher, Dr. Paul Wengert, Angelika Weikert, Helga Schmitt-Bussinger, Franz Schindler, Christa Steiger, Kathrin Sonnenholzner, Horst Arnold, Inge Aures, Dr. Thomas Beyer, Sabine Dittmar, Prof. Dr. Peter Paul Gantzer, Harald Güller, Annette Karl, Natascha Kohnen, Franz Maget, Christa Naaß, Reinhold Perlak, Harald Schneider, Diana Stachowitz, Dr. Simone Strohmayer, Bernhard Roos, Johanna Werner-Muggendorfer, Ludwig Wörner und Fraktion (SPD)**

zur Sicherung von Tariftreue und Mindestlohn, ökologischen Kriterien und Frauenförderung bei Auftragsvergaben des Freistaats und der Kommunen (Bayerisches Vergabegesetz – BayVG)

A) Problem

Wesentlicher Inhalt des Gesetzes über die Vergabe von Bauaufträgen im Freistaat Bayern (Bayerisches Bauaufträge-Vergabegesetz – BayBauVG) vom 28. Juni 2000 (GVBl S. 364, BayRS 73-0-I), geändert durch Gesetz vom 27. November 2007 (GVBl S. 787), war es, dass öffentliche Bauaufträge des Freistaates Bayern nur an Unternehmen vergeben werden durften, die sich bei Angebotsabgabe verpflichteten, ihre Arbeitnehmer bei der Ausführung dieser Leistungen nach den jeweils in Bayern für Tarifvertragsparteien geltenden Lohnтарifen zu entlohnen und dies auch bei ihren Nachunternehmern sicherzustellen. Kommunale Auftraggeber wurden ermächtigt, vor der Vergabe ihrer Bauaufträge ebenfalls entsprechende Tariftreueerklärungen zu verlangen.

Mit Gesetz vom 22. Dezember 2009, das am 1. Januar 2010 in Kraft trat, wurde das BayBauVG aufgehoben. Die vergaberechtliche Regelung des Gesetzes widersprach der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (Dienstleistungsrichtlinie) und der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Entsenderichtlinie). Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hatte mit Urteil vom 3. April 2008 – C-346-06 („Rüffert-Urteil“, NZA 2008, 537 ff.) entschieden, dass die Regelung des Niedersächsischen Landesvergabegesetzes, die Vergabe eines öffentlichen Auftrags von der Verpflichtung abhängig zu machen, das am Ausführungsort tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zu zahlen (Tariftreueerklärung), unzulässig ist. Der EuGH sah darin einen Verstoß gegen die Entsenderichtlinie und einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union = AEUV; vormals Art. 49 Vertrag über die Europäische Union = EGV). Die vergaberechtliche Regelung im BayBauVG entsprach der beanstandeten Regelung im Niedersächsischen Landesvergabegesetz. Da es sich hierbei um die Kernaussage des BayBauVG handelte und sonst keine weiteren Regelungen getroffen wurden, hatte das BayBauVG keinen Regelungsgehalt mehr und wurde aufgehoben.

Einige Bundesländer (Berlin, Bremen, Hamburg und Niedersachsen) haben bereits eine europarechtskonforme Novellierung ihrer Vergabegesetze vorgenommen. In weiteren Bundesländern (Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, Saarland und Thüringen) liegen Gesetzentwürfe für Novellierungen vor oder wurden für den Herbst 2010 angekündigt. Auch die Koalitionspartner in Nordrhein-Westfalen haben in ihrem Koalitionsvertrag festgeschrieben, eine Neufassung des Tariftreuegesetzes Nordrhein-Westfalen vorzulegen.

Um ihre Tariftreuregelungen europarechtskonform zu gestalten, setzen die bereits in Kraft getretenen Gesetze bzw. die beabsichtigten Gesetzentwürfe an drei Regelungsinhalten an:

- Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz:

Die Bestimmungen zur Tariftreue sehen für Branchen, die unter das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) fallen, vor, dass öffentliche Aufträge nur an Unternehmen vergeben werden dürfen, die sich vorher verpflichten, ihren Beschäftigten mindestens die branchenspezifischen Mindestlöhne zu zahlen. Durch den Verweis auf das AEntG wird auf den gegenüber dem Niedersächsischen Landesvergabegesetz geltend gemachten Einwand des EuGH der bloß selektiven Geltung für öffentliche Auftragsvergaben reagiert. Danach hätte das Landesvergabegesetz Niedersachsen die Einhaltung des örtlichen Tarifs nur dann vorschreiben dürfen, wenn dieser durch eine Allgemeinverbindlicherklärung für alle gegolten hätte.

- Sonderregel Verkehrssektor:

In den meisten Bundesländern mit vergaberechtlicher Tariftreuregelung wird für den Verkehrssektor eine umfassende Tariftreueerklärung verlangt, die sich in der Regel auf den jeweils repräsentativen Tarifvertrag bezieht. Diese Möglichkeit ergibt sich aus der im EGV festgelegten europarechtlichen Sonderstellung des Verkehrssektors, für den das „Rüf-fert-Urteil“ des EuGH nicht gilt.

- Vergabespezifischer Mindestlohn:

Einige Bundesländer flankieren die Tariftreuregelung durch eine vergabespezifische Mindestentlohnungsregelung. So können in Berlin und Bremen Unternehmen einen öffentlichen Auftrag nur dann erhalten, wenn sie sich verpflichten, den bei ihnen beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mindestens 7,50 Euro pro Stunde brutto zu zahlen. Liegen die Tariflöhne der betreffenden Branche höher, müssen diese eingehalten werden.

B) Lösung

Der bayerische Gesetzgeber beschließt ein Bayerisches Vergabegesetz, in welchem Regelungen zur öffentlichen Auftragsvergabe des Freistaates und der Kommunen in Bayern und den bei Ausschreibungen zu beachtenden Grundsätzen getroffen werden. Diese Regelungen und Grundsätze sind

- die Bindung an die nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz fixierten Löhne,
- die Bindung an die in Bayern für Tarifvertragsparteien geltenden Lohnsätze in Ausschreibungen von Leistungen des ÖPNV,
- die Festschreibung einer Mindestentlohnung von 8,50 Euro, soweit es für bestimmte Branchen keine Tarifverträge gibt oder die dort vorgesehenen Tariflöhne den Lohn von 8,50 Euro unterschreiten,
- die Beachtung ökologischer Kriterien,
- die Frauenförderung.

C) Alternativen

Keine. Insbesondere sind entsprechende Regelungen auf Bundesebene, die den Vorzug genießen würden, nicht in Sicht.

D) Kosten**1. Staat und Kommunen:**

Auswirkungen auf die Angebotspreise sind nur dann zu erwarten, wenn die Bieter die Kostenvorteile auf Grund niedrigerer Löhne und bzw. oder sehr günstiger Beschaffungspreise bisher tatsächlich in ihren Angebotspreisen weitergaben und nicht zur Erhöhung ihrer Gewinnspanne oder zum Ausgleich bei anderen Kostenfaktoren nutzten. Insgesamt wird es zu einem fairen, leistungsorientierten Wettbewerb, der auch zu angemessenen Preisen führt, kommen.

2. Wirtschaft und Bürger:

Kostenauswirkungen auf Privathaushalte und Wirtschaftsunternehmen in begrenztem Umfang sind zu erwarten, wenn einerseits von der öffentlichen Hand erbrachte Dienstleistungen teurer einzukaufen sind und diese Mehrkosten weitergegeben werden. Andererseits werden die Regelungen zu einer Erhöhung der Einkommen bei Privathaushalten führen. Die Wirtschaftsunternehmen, die aufgrund des BayVG höhere Arbeitsentgelte für die Dauer des öffentlichen Auftrages zahlen müssen, können dies in ihren Kalkulationen berücksichtigen.

3. Gleichstellung:

Die Regelungen des BayVG wirken sich für Frauen besonders positiv aus, weil die sich um öffentliche Aufträge bewerbenden Unternehmen eine Erklärung zur Frauenförderung bei öffentlichen Aufträgen abgeben müssen.

4. Umwelt:

Die Verstärkung des ökologischen Beschaffungswesens hat tendenziell positive Auswirkungen.

Gesetzentwurf

zur Sicherung von Tariftreue und Mindestlohn, ökologischen Kriterien und Frauenförderung bei Auftragsvergaben des Freistaates und der Kommunen (Bayerisches Vergabegesetz – BayVG)

Art. 1 Anwendungsbereich

Dieses Gesetz gilt für öffentliche Aufträge im Sinn von § 99 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) des Freistaates Bayern und der

1. Gemeinden, Gemeindeverbände und sonstigen der Aufsicht des Freistaates Bayern unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts,
2. Vereinigungen, Einrichtungen und Unternehmen, deren Anteile sich unmittelbar oder mittelbar ganz oder überwiegend in der Hand des Freistaates Bayern oder juristischer Personen nach Nr. 1 befinden, soweit diese öffentliche Auftraggeber im Sinn von § 98 GWB sind.

Art. 2 Vergabegrundsätze

Öffentliche Aufträge dürfen nur an fachkundige, leistungsfähige, zuverlässige und gesetzestreue Unternehmen vergeben werden.

Art. 3 Tariftreue- und Mindestlohnregelung

(1) Öffentliche Aufträge für Leistungen, deren Erbringung dem Geltungsbereich des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes unterfallen, dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens diejenigen Arbeitsbedingungen einschließlich des Entgelts zu gewähren, die der nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz einzuhaltende Tarifvertrag vorgibt. ²Satz 1 gilt entsprechend für andere gesetzliche Bestimmungen über Mindestentgelte.

(2) ¹Bei der Vergabe von Leistungen über öffentliche Personennahverkehrsdienste müssen die bietenden Unternehmen erklären, dass sie ihre Arbeitskräfte bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens nach den hierfür jeweils geltenden Entgelttarifen entlohnen. ²Der Auftraggeber bestimmt in der Bekanntmachung der Ausschreibung und in den Vergabeunterlagen den oder die einschlägigen Tarifverträge nach Satz 1 nach billigem Ermessen. ³Außerdem sind insbesondere die Regelungen der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Ver-

ordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (ABl L 315 vom 3. Dezember 2007, S. 1) zu beachten.

(3) ¹Unbeschadet etwaiger weitergehender Anforderungen nach den Abs. 1 und 2 werden Aufträge an Unternehmen mit Sitz im Inland nur vergeben, wenn diese sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmern (ohne Auszubildende) bei der Ausführung der Leistung mindestens ein Stundenentgelt von 8,50 Euro zu bezahlen. ²Satz 1 gilt auch für die Vergabe von Aufträgen an Unternehmen mit Sitz im Ausland.

(4) ¹Bei der Vergabe länderübergreifender Leistungen ist vom Auftraggeber vor Beginn des Vergabeverfahrens eine Einigung mit den beteiligten weiteren Vergabestellen anderer Länder über die Anforderungen nach den Abs. 2 und 3 anzustreben. ²Kommt eine solche Einigung nicht zustande, so kann von den Abs. 2 und 3 abgewichen werden.

(5) ¹Wird bei einer Auftragsvergabe eine Erklärung nach den Abs. 1 bis 3 gefordert, so muss der Anbieter sich jeweils auch dazu verpflichten, dass er von einem von ihm beauftragten Nachunternehmer oder von einem von ihm oder einem Nachunternehmer beauftragten Verleiher verlangt, seinen Arbeitnehmern mindestens die Arbeitsbedingungen zu gewähren, die der Bieter selbst einzuhalten verspricht. ²Diese Verpflichtung erstreckt sich auf alle an der Auftrags Erfüllung beteiligten Unternehmen. ³Der jeweils einen Auftrag weiter Vergebende hat die jeweilige schriftliche Übertragung der Verpflichtung und ihre Einhaltung durch die jeweils beteiligten Nachunternehmer oder Verleiher sicherzustellen und dem öffentlichen Auftraggeber auf Verlangen nachzuweisen. ⁴Bei Beschaffungen bis zu einem Auftragswert von 500 Euro kann auf die Erklärungen nach den Abs. 1 und 3 verzichtet werden.

(6) ¹Für die Auftragsausführung können bei allen Aufträgen zusätzliche Anforderungen an Unternehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem konkreten Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. ²Insbesondere kann bei personalintensiven Aufträgen, bei denen die Qualität der Leistungserbringung und die Qualifikation des Personals entscheidend sind, eine angemessene Bezahlung des einzusetzenden Personals, die sich an den örtlichen Tarifen orientieren soll, verlangt werden.

Art. 4 Ermächtigung

Die Staatsregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung Anpassungen der Höhe des nach Art. 3 Abs. 3 zu zahlenden Entgelts vorzunehmen, soweit es wegen veränderter wirtschaftlicher und sozialer Verhältnisse notwendig ist.

Art. 5**Wertung unangemessen niedriger Angebote**

¹Bei begründeten Zweifeln an der Angemessenheit des Angebots kann der Auftraggeber sich dazu von dem Unternehmen die Kalkulationsunterlagen vorlegen lassen. ²Begründete Zweifel im Sinn von Satz 1 können insbesondere dann vorliegen, wenn der angebotene Preis mindestens 10 v.H. unter dem nächsthöheren Angebot oder dem Schätzpries der Vergabestelle liegt. ³Kommt der Unternehmer innerhalb der von der Vergabestelle festgelegten Frist dieser Vorlagepflicht nicht nach, so ist er von dem weiteren Verfahren ausgeschlossen.

Art. 6**Nachweise**

(1) ¹Der Auftraggeber kann von dem Unternehmer, der den Zuschlag erhalten soll, für den Fall, dass dieser keine gültige Bescheinigung aus dem Unternehmer- und Lieferantenverzeichnis oder dem Präqualifikationsverzeichnis vorlegt, durch Unterlagen, die nicht älter als sechs Monate sein dürfen, den Nachweis der vollständigen Entrichtung von Beiträgen fordern. ²Die Unterlagen müssen ausgestellt sein von dem zuständigen in- oder ausländischen Sozialversicherungsträger, der zuständigen in- oder ausländischen Sozialkasse, soweit der Betrieb des Unternehmers Bauaufträge im Sinn des § 99 Abs. 3 GWB ausführt und von dem Geltungsbereich eines Tarifvertrages über eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien erfasst wird. ³Die Angaben zu Satz 1 können durch eine Bescheinigung des ausländischen Staates nachgewiesen werden. ⁴Bei fremdsprachigen Bescheinigungen ist eine Übersetzung in die deutsche Sprache beizufügen.

(2) Soll die Ausführung eines Teils des Auftrages einem Nachunternehmer übertragen werden, so kann der Auftraggeber bei der Auftragserteilung auch die auf den Nachunternehmer lautenden Nachweise gemäß Abs. 1 fordern.

Art. 7**Kontrolle**

(1) ¹Die Auftraggeber führen stichprobenartig Kontrollen durch, um die Einhaltung der in Art. 3 Abs. 1 bis 3 und 5, Art. 6, 9 und 10 vorgesehenen Auflagen und Pflichten zu überprüfen. ²Die Auftraggeber richten dazu Kontrollgruppen ein. ³Die kontrollierenden Personen dürfen zu Kontrollzwecken Einblick in die Entgeltabrechnungen der ausführenden Unternehmen, in die Unterlagen über die Abführung von Steuern und Beiträgen an in- und ausländische Sozialversicherungsträger, in die Unterlagen über die Abführung von Beiträgen an in- und ausländische Sozialkassen des Baugewerbes und in die zwischen den ausführenden Unternehmen abgeschlossenen Verträge nehmen. ⁴Die ausführenden Unternehmen haben ihre Beschäftigten auf die Möglichkeit solcher Kontrollen hinzuweisen und ihre schriftliche Zustimmung einzuholen.

(2) Die ausführenden Unternehmen haben vollständige und prüffähige Unterlagen zur Prüfung nach Abs. 1 bereitzuhalten und auf Verlangen dem Auftraggeber vorzulegen.

Art. 8**Sanktionen**

(1) ¹Um die Einhaltung der aus Art. 3 Abs. 1 bis 3 und 5, Art. 6, 9 und 10 resultierenden Verpflichtungen des Unternehmers zu sichern, ist zwischen dem Auftraggeber und dem Unternehmer für jeden schuldhaften Verstoß regelmäßig eine Vertragsstrafe in Höhe von 1 v.H., bei mehreren Verstößen zusammen bis zu 5 v.H. der Auftragssumme zu vereinbaren. ²Der Unternehmer 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.

(2) Die Auftraggeber haben mit dem Unternehmer zu vereinbaren, dass die schuldhafte Nichterfüllung der aus Art. 3 Abs. 1 bis 3 und 5, Art. 6, 9 und 10 resultierenden Anforderungen durch das Unternehmen oder seine Nachunternehmer den Auftraggeber zur fristlosen Kündigung berechtigen.

(3) Von der Teilnahme an einem Wettbewerb um einen öffentlichen Auftrag sowie als Nachunternehmer sollen alle Unternehmen bis zu einer Dauer von drei Jahren ausgeschlossen werden, die gegen die in Art. 3 Abs. 1 bis 3 und 5, Art. 6, 9 und 10 geregelten Pflichten und Auflagen verstoßen.

Art. 9**Umweltverträgliche Beschaffung**

(1) ¹Auftraggeber sind verpflichtet, bei der Vergabe von Aufträgen ökologische Kriterien zu berücksichtigen. ²Bei der Festlegung der Leistungsanforderungen soll umweltfreundlichen und energieeffizienten Produkten, Materialien und Verfahren der Vorzug gegeben werden. ³Auftraggeber haben im Rahmen von Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträgen dafür Sorge zu tragen, dass bei der Herstellung, Verwendung und Entsorgung von Gütern sowie durch die Ausführung der Leistung bewirkte negative Umweltauswirkungen möglichst vermieden werden. ⁴Dies umfasst das Recht und die Pflicht, bei der Bedarfsermittlung, der Leistungsbeschreibung und der Zuschlagserteilung Anforderungen im Sinn der Sätze 1 bis 3 aufzustellen und angemessen zu berücksichtigen sowie für die Auftragsausführung ergänzende Verpflichtungen auszusprechen.

(2) Bei der Wertung der Wirtschaftlichkeit der Angebote im Sinn von § 97 Abs. 5 GWB sind auch die vollständigen Lebenszykluskosten des Produkts oder der Dienstleistung zu berücksichtigen.

(3) ¹Die Staatsregierung wird nach Vorlage durch das Staatsministerium für Umwelt und Gesundheit ermächtigt, die Anforderungen nach den Abs. 1 und 2 durch Verwaltungsvorschriften für Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge zu konkretisieren und verbindliche Regeln aufzustellen, auf welche Weise die Anforderungen im Rahmen der Leistungsbeschreibung, der Zuschlagserteilung und der ergänzenden Verpflichtungen zur Ausführung zu berücksichtigen sind. ²Durch Verwaltungsvorschrift soll auch bestimmt werden, in welcher Weise die vollständigen Le-

benszykluskosten eines Produkts oder einer Dienstleistung im Sinne von Abs. 2 zu ermitteln sind.³Die Verwaltungsvorschriften sollen spätestens nach fünf Jahren fortgeschrieben werden.

Art. 10 Frauenförderung

(1)¹Beim Abschluss von Verträgen über Leistungen, die einen Aufwand von mehr als 50.000 Euro erfordern, ist in den jeweiligen Vertrag die Verpflichtung des Unternehmers aufzunehmen, Maßnahmen zur Frauenförderung und zur Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie in seinem Unternehmen durchzuführen sowie das geltende Gleichbehandlungsrecht zu beachten.²Diese Regelung gilt nicht für Betriebe, in denen in der Regel zehn oder weniger Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten, beschäftigt werden.

(2) Die Staatsregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung insbesondere den Inhalt der Maßnahmen zur Frauenförderung und zur Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie, die Kontrolle der Durchführung, die Folgen der Nichterfüllung von Verpflichtungen sowie den Kreis der betroffenen Unternehmen zu regeln.

Art. 11 Bevorzugte Vergabe

¹Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen erhalten im Rahmen der geltenden vergaberechtlichen Bestimmungen bei den Regelungen der Art. 3, 9, 10 entsprechenden und sonst gleichwertigen Angeboten die Unternehmen bevorzugt den Zuschlag, die Ausbildungsplätze bereitstellen, sich an tariflichen Umlageverfahren zur Sicherung der beruflichen Erstausbildung oder an Ausbildungsverbänden beteiligen.²Als Nachweis ist von den Unternehmen eine Bescheinigung der für die Berufsausbildung zuständigen Stellen vorzulegen.³Die Regelung ist den Unternehmen in den Vergabeunterlagen bekannt zu machen. Dabei ist auf die Nachweispflicht hinzuweisen.

Art. 12 Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am in Kraft.

Begründung:

Allgemeines:

1. Gesetzgebungskompetenz des bayerischen Gesetzgebers

a) Tariftreueverpflichtung

aa) In seiner Entscheidung vom 11. Juli 2006 zu der Frage, ob die Regelung des Berliner Vergabegesetzes vom 9. Juli 1999 (GVBl S. 369), nach der die Vergabe öffentlicher Aufträge unter anderem im Baubereich von Tariftreueerklärungen der Auftragnehmer abhängig gemacht werden dürfe, verfassungsgemäß sei, stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass die Gesetzgebungskompetenz des Landes nach Art. 70 i.V.m. Art. 72 Abs. 1 GG gegeben sei, da die Regelungsmaterie in die konkurrierende Zuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG falle und der Bund nicht abschließend von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht habe (BVerfG, 1 BvL 4/100 vom 11. Juli 2006, Absatz-Nr. 56 bis 62).

Der Begriff „Recht der Wirtschaft“ im Sinn des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG sei weit zu verstehen. Zu ihm gehörten nicht nur diejenigen Vorschriften, die sich auf die Erzeugung, Herstellung und Verteilung von Gütern des wirtschaftlichen Bedarfs beziehen, sondern auch alle anderen das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung als solche regelnden Normen. Hierzu zählten auch Gesetze mit wirtschaftsregulierendem oder wirtschaftslenkendem Charakter.

Zur Regelung des Wirtschaftslebens im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gehörten auch die Vorschriften über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen. Diesem Rechtsgebiet seien auch gesetzliche Regelungen darüber zuzuordnen, in welchem Umfang der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabeentscheidung über die in § 97 Abs. 4 GWB ausdrücklich vorgesehenen Kriterien hinaus andere oder weitergehende Anforderungen an den Auftragnehmer stellen dürfe. Denn nach den Maßstäben, die das BVerfG für die Zuordnung zu den Kompetenztiteln der Art. 74 und 75 GG entwickelt habe, komme es in erster Linie auf den Regelungsgegenstand und den Gesamtzusammenhang der Regelung im jeweiligen Gesetz an. Deshalb sei nicht für jede andere oder weitergehende Anforderung, die ein Gesetz als Kriterium für die Auftragsvergabe vorsehe, der auf das konkrete Kriterium bezogene Kompetenztitel – etwa der für das Arbeitsrecht gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG – einschlägig.

Mit dem Erfordernis einer Tariftreueerklärung werde ein Kriterium für die vergaberechtliche Auswahlentscheidung geregelt. Unmittelbar betroffen sei die Rechtsbeziehung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Bieter, dessen Angebotsverhalten bei der Bewerbung um einen Auftrag aus wirtschafts- und sozialpolitischen Gründen dahingehend gesteuert werden solle, dass er sich gegenüber anderen Bewerbern keinen Vorteil durch eine untertarifliche Vergütung seiner Arbeitnehmer verschaffe. Mit der Einbeziehung eines solchen Kriteriums in die Auswahlentscheidung werde das Ziel verfolgt, die Vergabe von Aufträgen aus bestimmten

wirtschafts- und sozialpolitischen Gründen unmittelbar zu beeinflussen. Diese Zielsetzung werde in das Vergabeverfahren integriert. Es handele sich um eine Sonderregelung für den Bereich der öffentlichen Beschaffung, mit der ein Kriterium für die Vergabeentscheidung festgelegt werde, das mittelbar auf die arbeitsrechtlichen Beziehungen im Unternehmen der Bieter Einfluss nehmen solle.

Für eine Charakterisierung der Bestimmung des Berliner Vergabegesetzes (VgG Bln) als vergaberechtliche Vorschrift spreche auch der Regelungszusammenhang mit der Sanktionsnorm im VgG Bln. Der Verstoß eines Unternehmers gegen die Verpflichtung zur Tariftreue solle danach die spezifisch vergaberechtliche Konsequenz haben, dass er von der Teilnahme an einem Wettbewerb um einen Bauauftrag oder Dienstleistungsauftrag bis zu einer Dauer von zwei Jahren ausgeschlossen werde. Aus dieser Verknüpfung werde deutlich, dass es bei der Regelung der Verpflichtung zur Tariftreue zweckgerichtet um eine Ausgestaltung der Bedingungen für die Teilnahme am Wettbewerb um eine öffentliche Auftragsvergabe und damit um einen vergaberechtlichen Regelungsgegenstand gehe.

Von dem für Vergaberegeln einschlägigen Gesetzgebungstitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG habe der Bundesgesetzgeber nicht abschließend Gebrauch gemacht.

Der Vorschrift des § 97 Abs. 4 2. Halbsatz GWB, nach der andere oder weitergehende Anforderungen an Auftragnehmer nur gestellt werden dürften, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen sei, sei vielmehr zu entnehmen, dass auch aus Sicht des Bundesgesetzgebers die Regelung solcher Kriterien durch den Landesgesetzgeber grundsätzlich möglich sein solle. Mit der in § 97 Abs. 4 2. Halbsatz GWB bestimmten Zulässigkeit einer landesgesetzlichen Regelung sei ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien gerade auch dem Wunsch der Länder nach einer kompetenzrechtlichen Legitimation eigener Tariftreuevorschriften für den Bereich ihrer Auftragsvergabe Rechnung getragen worden.

- bb) Auch der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung zu Art. 3 Abs. 1 BayBauVG vom 20. Juni 2008 keinen Widerspruch zur Kompetenzordnung des GG angenommen. Vielmehr hat der BayVerfGH die in Art. 3 Abs. 1 BayBauVG geregelte Tariftreue „ungeachtet ihrer möglichen mittelbaren tarifpolitischen oder arbeitsrechtlichen Auswirkungen“ als „eine Norm des Vergaberechts und nicht des Arbeitsrechts“ qualifiziert. Als einschlägigen Gesetzgebungstitel hat das Gericht Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) und nicht Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Arbeitsrecht) zu Grunde gelegt. Auch habe der Bundesgesetzgeber – unter Hinweis auf § 97 Abs. 4 Halbsatz 2 GWB a. F. – von der ihm für das Vergaberecht zustehenden Gesetzgebungskompetenz nicht abschließend Gebrauch gemacht (BayVerfGH, Entscheidung vom 20. Juni 2008 – Vf.14-VII-00, NJW 2008, 3494 ff).

b) Mindestlohnverpflichtung

Die verfassungsrechtliche Frage, ob der Freistaat auch die Gesetzgebungskompetenz zum Erlass einer Mindestentlohnungsverpflichtung hat, wie sie in Art. 3 Abs. 3 BayVG-E normiert werden soll, ist im Lichte der Entscheidungen des BVerfG vom 11. Juli 2006 und des BayVerfGH vom 20. Juni 2008 ebenfalls positiv zu beurteilen. Gegen diese Beurteilung steht auch nicht die Entscheidung des BayVerfG vom 3. Februar 2009, Az.: VF.-11-IX-0, nach welcher die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung eines Volksbegehrens über den „Entwurf eines Bayerischen Gesetzes über die Festsetzung des Mindestlohnes (Bayerisches Mindestlohngesetz – BayMiLoG)“ zur Einführung von Mindestlöhnen auf Landesebene nicht gegeben waren, weil der Bund von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG im Hinblick auf die Festlegung von Mindestlöhnen erschöpfend Gebrauch gemacht habe.

Bereits vorhandene bundesgesetzliche Normierungen würden eine Sperrwirkung gegenüber landesrechtlichen Mindestlöhnen entfalten. Das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen (MiArbG) ermögliche zum einen die Regelung von untersten Grenzen der Entgelte und sonstigen Arbeitsbedingungen für Wirtschaftszweige oder Beschäftigungsarten, für die Gewerkschaften oder Vereinigungen von Arbeitgebern nicht bestünden oder nur eine Minderheit der Arbeitnehmer oder der Arbeitgeber umfassten; zum anderen enthalte auch das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) bundesgesetzliche Regelungen über die staatliche Festsetzung von Mindestlöhnen. Sei ein Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags gestellt, könne das Bundesministerium für Arbeit und Soziales durch Rechtsverordnung bestimmen, dass die Regelungen dieses Tarifvertrags auf alle unter den Geltungsbereich fallenden, auch die nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, anwendbar sei.

Der Bund habe im Hinblick auf die Festsetzung von Mindestlöhnen von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG also abschließend Gebrauch gemacht. Eine Gesamtwürdigung der im MiArbG und im AEntG enthaltenen Bestimmungen ergebe, dass Art. 72 Abs. 1 GG keinen Raum für die beabsichtigte landesrechtliche Regelung lasse. Ernsthafte Zweifel, die gegen diese Auslegung sprächen, seien nicht ersichtlich.

Aus Art. 169 Abs. 1 BV ergebe sich keine andere Beurteilung. Danach können für jeden Berufszweig Mindestlöhne festgesetzt werden, die dem Arbeitnehmer eine den jeweiligen kulturellen Verhältnissen entsprechende Mindestlebenshaltung für sich und seine Familie ermöglichen. Landesverfassungsrechtliche Normen könnten jedoch keine Kompetenzen außerhalb der vom Grundgesetz vorgegebenen Zuständigkeiten begründen.

Die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs vom 3. Februar 2009 steht der Einführung einer Mindestentlohnungsverpflichtung in einem Bayerischen Vergabegesetz nicht entgegen. Zwar ist eine Mindestentlohnungsregelung keine klassische vergabespezifische Regelung, sondern eine in das tarifliche System der angemessenen Lohnfindung eingreifende Regelung im Bereich der Arbeitsbedingungen von abhängig Beschäftigten, jedoch

handelt es sich bei der hier beabsichtigten Regelung nicht um eine klassische Mindestlohnregelung, die gesamthaft das tarifliche System der Lohnfindung überformen soll, sondern um eine Vergaberegulation, die prospektive Auftragnehmer verpflichten soll, bei der Leistungserbringung ihren insoweit eingesetzten Arbeitnehmern einen Mindestlohn von 8,50 Euro zu zahlen. Die Konstellation ähnelt insofern der ebenfalls in dem Gesetzentwurf beabsichtigten Tariftreueklausel (vgl. Art. 3 Abs. 1 BayVG-E), für die das BVerfG in seiner Entscheidung vom 11. Juli 2006 zum VgG Bln und der BayVerfGH in seiner Entscheidung vom 20. Juni 2008 zum BayBauVG keinen Widerspruch zur Kompetenzordnung des Grundgesetzes gesehen haben.

2. Keine Verletzung von Grundrechten

a) Art. 9 Abs. 3 GG

Durch eine gesetzliche Tariftreueverpflichtung wird der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG insbesondere nicht unter dem Gesichtspunkt der sog. negativen Koalitionsfreiheit berührt (vgl. hierzu ausführlich BVerfG, 1 BvL 4/00 vom 11. Juli 2006, Absatz-Nr. 63 – 75).

Diese Grundsätze gelten auch für die gesetzliche Pflicht zur Zahlung eines Mindeststundenlohns. Die Verpflichtung, den bei öffentlichen Aufträgen eingesetzten Arbeitskräften mindestens einen Stundenlohn von 8,50 Euro zu zahlen, hat wie die Tariftreueverpflichtung keinen Einfluss auf das individuelle Freiheitsrecht, Koalitionen beizutreten oder fernzubleiben.

b) Art. 12 Abs. 1 GG

Die im Gesetz beabsichtigte Tariftreueregulation und die beabsichtigte Mindestentlohnungsregelung verstoßen auch nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG.

aa) Art. 12 Abs. 1 GG schützt vor staatlichen Beeinträchtigungen, die gerade auf die berufliche Betätigung bezogen sind. Das Grundrecht sichert die Teilnahme am Wettbewerb im Rahmen der hierfür aufgestellten rechtlichen Regeln (vgl. BVerfGE 105, 252, 265). Es gewährleistet den Arbeitgebern das Recht, die Arbeitsbedingungen mit ihren Arbeitnehmern im Rahmen der Gesetze frei auszuhandeln (vgl. BVerfGE 77, 84, 114; 77, 308, 332).

bb) Tariftreueregulation und Mindestentlohnungsregelung berühren die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Vertragsfreiheit im unternehmerischen Bereich.

Dadurch, dass das Gesetz als Voraussetzung für die erfolgreiche Teilnahme am Vergabeverfahren die Tariftreue oder die Zahlung eines bestimmten Mindeststundenlohns fordert, reguliert es nicht allgemein das Wettbewerbsverhalten der Unternehmen, sondern bewirkt eine bestimmte Ausgestaltung der Verträge, die der Auftragnehmer mit seinen Arbeitnehmern zur Durchführung des Auftrags abschließt. Die Unternehmen sollen hinsichtlich dieser Vertragsbedingungen nicht frei darüber entscheiden dürfen, wie sie sich am Wettbewerb um den öffentlichen Auftrag beteiligen. Sie werden bei Ablehnung der von ihnen geforderten Tariftreue oder Mindestentlohnung von der Möglichkeit, ihre Erwerbschancen zu verwirklichen ausgeschlossen, auch wenn sie sich im Übrigen an die Vergabebe-

dingungen halten. Auf der Grundlage der Bestimmungen des Art. 3 Abs. 1 und 3 BayVG-E werden sie zu einer bestimmten Gestaltung ihrer Verträge mit Dritten angehalten und damit in ihrer unternehmerischen Vertragsfreiheit berührt.

cc) Die beabsichtigten Regelungen greifen in das Grundrecht der Berufsfreiheit ein.

aaa) Der Grundrechtsschutz ist nicht auf Eingriffe im herkömmlichen Sinne beschränkt (zu diesem Eingriffsbegriff vgl. BVerfGE 105, 279, 300). Vielmehr kann der Abwehrgehalt der Grundrechte auch bei faktischen oder mittelbaren Beeinträchtigungen betroffen sein, wenn diese Beeinträchtigungen in der Zielsetzung und in ihren Wirkungen Eingriffen gleichkommen (vgl. BVerfGE 105, 279, 303; 110, 177, 191; 113, 63, 76). An der für die Grundrechtsbindung maßgebenden eingriffsgleichen Wirkung einer staatlichen Maßnahme fehlt es jedoch, wenn mittelbare Folgen ein bloßer Reflex einer nicht entsprechend ausgerichteten gesetzlichen Regelung sind (vgl. BVerfGE 106, 275, 299).

bbb) Nach diesen Maßstäben ist in einer gesetzlichen Tariftreue- und Mindestentlohnungsregelung eine eingriffsgleiche Beeinträchtigung der Berufsfreiheit zu sehen. Regelungsinhalt und Zielrichtung der beabsichtigten Normen gehen über einen bloßen Reflex auf Seiten der Unternehmen hinaus, auch wenn sich das Gesetz regelungstechnisch nicht an sie, sondern an die Auftraggeber richtet, und die Unternehmer, die keine Verträge mit öffentlichen Stellen abschließen wollen, nicht vom Regelungsbereich des Gesetzes erfasst werden.

dd) Der Eingriff in die Berufsfreiheit ist jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

aaa) Der Gesetzgeber verfolgt mit der beabsichtigten gesetzlichen Tariftreueregulation und der beabsichtigten gesetzlichen Mindestentlohnungsregelung verfassungsrechtlich legitime Ziele.

Nach den Regelungen zugrunde liegenden Zweckbestimmungen sollen Unternehmen im Wettbewerb mit Konkurrenten nicht deshalb benachteiligt sein, weil sie zur Vergütung ihrer Arbeitnehmer nach Tarif verpflichtet sind oder existenzsichernde Löhne an ihre Arbeitskräfte zahlen; die Erstreckung der Tariflöhne auf Außenseiter und die Verpflichtung zur Zahlung eines Mindestentgelts soll einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenwirken. Die Maßnahmen sollen zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit beitragen. Sie dienen dem Schutz der Beschäftigung solcher Arbeitnehmer, die bei tarifgebundenen Unternehmen arbeiten oder bei Unternehmen, die existenzsichernde Löhne zahlen, und tragen damit auch zur Erhaltung als wünschenswert angesehener sozialer Standards und zur Entlastung der bei hoher Arbeitslosigkeit oder bei niedrigen Löhnen verstärkt in Anspruch genommenen sozialen Sicherungssystemen bei.

Das Ziel, die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen, hat aufgrund des Sozialstaatsprinzips des Art. 20 Abs. 1 GG Verfassungsrang. Die Verringerung von Arbeitslosigkeit ermöglicht den zuvor Arbeitslosen, das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG zu verwirklichen (vgl. BVerfGK 4, 356, 361), sich durch Arbeit in ihrer Persönlichkeit zu entfalten und darüber Achtung und Selbstachtung zu erfahren. Insofern wird das gesetzliche Ziel auch von Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG getragen (vgl. BVerfGE 100, 271, 284; 103, 293, 307).

Darüber hinaus ist der mit der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit einhergehende Beitrag zur finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherung ein Gemeinwohlbelang von hoher Bedeutung (vgl. BVerfGE 70, 1, 25 f., 30; 77, 84, 107; 82, 209, 230; 103, 293, 307).

Die rechtfertigenden Gründe, die den Gesetzgeber zu den beabsichtigten Regelungen veranlassen, haben gegenüber Art. 12 Abs. 1 GG erhebliches Gewicht.

bbb) Die Verpflichtung der Bewerber um einen öffentlichen Auftrag zur Tariftreue und zur Zahlung eines Mindeststundenlohns sind auch geeignete Mittel zur Erreichung der mit dem Bayerischen Vergabegesetz-Entwurf verfolgten Ziele.

Ein Mittel ist bereits dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt (vgl. BVerfGE 63, 88, 115; 67, 157, 175; 96, 10, 23; 103, 293, 307). Dem Gesetzgeber kommt dabei ein Einschätzungs- und Prognosevorrang zu. Es ist vornehmlich seine Sache, auf der Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele unter Beachtung der Gesetzmäßigkeiten des betreffenden Sachgebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will (vgl. BVerfGE 103, 293, 307 m.w.N.).

Hieran gemessen sind die beabsichtigten Regelungen grundsätzlich geeignet, die gesetzgeberischen Ziele zu erreichen. Der Landesgesetzgeber darf im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative annehmen, dass er den Unterbietungswettbewerb über die Lohnkosten begrenzen und auf diese Weise Arbeitslosigkeit bekämpfen kann, indem er den Bewerbern um einen öffentlichen Auftrag die Verpflichtung zur Zahlung der Tarifentgelte oder die Verpflichtung zur Zahlung eines Mindeststundenlohns auferlegt.

ccc) Die beabsichtigten Regelungen sind zur Zielerreichung auch erforderlich.

Der Gesetzgeber verfügt bei der Einschätzung der Erforderlichkeit ebenfalls über einen Beurteilungs- und Prognosespielraum (vgl. BVerfGE 102, 197, 218). Daher können Maßnahmen, die der Gesetzgeber zum Schutz eines wichti-

gen Gemeinschaftsguts für erforderlich hält, verfassungsrechtlich nur beanstandet werden, wenn nach den ihm bekannten Tatsachen und im Hinblick auf die bisher gemachten Erfahrungen feststellbar ist, dass Regelungen, die als Alternativen in Betracht kommen, die gleiche Wirksamkeit versprechen, die Betroffenen indessen weniger belasten (vgl. BVerfGE 25, 1, 19 f.; 40, 196, 223; 77, 84, 106).

Nach diesen Maßstäben bestehen gegen die Erforderlichkeit der beabsichtigten Regelungen keine durchgreifenden Bedenken. Es sind keine ebenso geeigneten, aber weniger belastenden Mittel erkennbar, die der Gesetzgeber anstelle einer Tariftreue- und der Verpflichtung zur Zahlung eines Mindeststundenlohns ergreifen könnte.

Die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit in Verbindung mit der Gewährleistung der finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherung ist ein besonders wichtiges Ziel, bei dessen Verwirklichung dem Gesetzgeber gerade unter den gegebenen schwierigen arbeitsmarktpolitischen Bedingungen ein relativ großer Entscheidungsspielraum zugestanden werden muss (vgl. BVerfGE 103, 293, 309). Dieser Gemeinwohlbelang, dem die beabsichtigten Regelungen Rechnung zu tragen versuchen, besitzt eine überragende Bedeutung (vgl. BVerfGE 100, 271, 288).

ddd) Schließlich ist die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit durch die beabsichtigten Bestimmungen auch angemessen.

Allerdings betrifft die den Unternehmen auferlegten Pflichten durch die Einflussnahme auf die Verträge mit Arbeitnehmern und Geschäftspartnern einen wichtigen Gewährleistungsgehalt der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit. Die Freiheit, den Inhalt der Vergütungsvereinbarungen mit Arbeitnehmern und Subunternehmern frei aushandeln zu können, ist ein wesentlicher Bestandteil der Berufsausübung, weil diese Vertragsbedingungen in besonderem Maße den wirtschaftlichen Erfolg der Unternehmen bestimmen und damit für die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte, der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dienende Tätigkeit kennzeichnend sind.

Das Gewicht des Eingriffs wird jedoch dadurch gemindert, dass die Verpflichtung zur Zahlung von Tariflöhnen oder eines Mindeststundenlohns nicht unmittelbar aus einer gesetzlichen Anordnung folgt, sondern erst infolge der eigenen Entscheidung, im Interesse der Erlangung eines öffentlichen Auftrags, sich diesen Pflichten zu unterwerfen. Die Auswirkungen der Unterwerfung sind zudem auf den einzelnen Auftrag beschränkt. Nur der Inhalt der Arbeitsverträge der bei der Ausführung dieses Auftrags eingesetzten Arbeitnehmer wird vorgegeben, und dies auch nur für die Arbeitsstunden, in denen sie mit der Ausführung des Auftrags beschäftigt sind.

Die vom Gesetzgeber beabsichtigte Gewichtung zugunsten der Gemeinwohlbelange ist nicht zu beanstanden. Die Grenze der Zumutbarkeit ist für die Bewerber um einen öffentlichen Auftrag, die sich nur in Teilbereichen ihrer unternehmerischen Betätigung zur Anwendung tarifvertraglicher Entgeltsätze oder zur Zahlung eines Mindestentgelts von 8,50 Euro die Stunde verpflichten sollen, angesichts der überragend wichtigen Ziele nicht überschritten. Die auf Art. 3 Abs. 1 und 3 BayVG-E beruhende Ungleichbehandlung der Anbieter, die keine Tariftreuerklärung abgeben oder sich nicht verpflichten, einen Mindeststundenlohn zu zahlen und deshalb keinen Zuschlag erhalten, im Vergleich mit den Anbietern, die die Auflagen nach den gestellten Vorschriften erfüllen, verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Die Ungleichbehandlung ist durch die dargestellten besonders wichtigen Gemeinwohlbelange, die den Gesetzgeber zu der gesetzlichen Regelung veranlassen, gerechtfertigt.

Zudem spiegelt die Bindung an die für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträge mittels Gesetz letztlich eine ohnehin bereits zu beachtende Regelung wieder und ein Mindestlohn in Höhe von 8,50 Euro dürfte die auftragnehmenden Arbeitgeber nicht übermäßig belasten, da dieser an der unteren Schwelle des allgemeinen Lohnniveaus anzusetzen ist.

3. Keine Verletzung europäischen Rechts

Die beabsichtigte Tariftreue- und Mindestlohnregelung in einem Bayerischen Vergabegesetz darf nicht gegen Primärrecht, insbesondere den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), verstoßen. Denn dem europäischen Primärrecht kommt ein Geltungsvorrang gegenüber nationalem Recht zu.

Der EuGH hat im „Rüffert-Urteil“ festgestellt, dass das Niedersächsische Landesvergabegesetz nicht allein gegen die europäische Richtlinie 96/71/EG verstößt, sondern auch die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 AEUV (vormals Art. 49 Vertrag über die Europäische Union – EGV) verletzt. Eine landesgesetzliche Regelung zur Einführung einer Tariftreuerregelung und eines Mindestlohns im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge ist deshalb an diesen europäischen Richtlinien zu messen. Denn stammt ein Auftragnehmer aus einem anderen Mitgliedstaat als der Bundesrepublik Deutschland, erbringt er eine Leistung über die Grenze hinweg gegen Entgelt und auf Zeit, wie es Art. 56 AEUV voraussetzt; die in Art. 56 AEUV verbürgte Dienstleistungsfreiheit umfasst dabei auch die Entsendungsfreiheit als die Freiheit, zeitlich begrenzte selbständige Dienstleistungen in grenzüberschreitender Weise, d.h. durch Entsendung der im eigenen Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer in den Aufnahmestaat gegen Entgelt zu erbringen.

Unter den Dienstleistungsbegriff fallen alle entgeltlichen Tätigkeiten, welche nicht dem Warenverkehr, dem Personalverkehr oder dem Kapitalverkehr zugehören, also die selbständige Erbringung unkörperlicher Leistungen mit nur vorübergehendem Aufenthalt in dem anderen Mitgliedstaat, insbesondere alle gewerblichen, handwerklichen, kaufmännischen oder freiberuflichen Tätigkeiten.

Werden inländischen Unternehmen, die sich nicht auf die Dienstleistungsfreiheit des AEUV berufen können, einer Tariftreue oder einem Mindestlohn unterworfen, so kommt es zwar zu einer Inländerdiskriminierung, diese ist europarechtlich jedoch nicht untersagt. Denn der EuGH stellt in ständiger Rechtsprechung fest, dass die primären Grundfreiheiten, wie die Dienstleistungsfreiheit, nicht auf Sachverhalte anzuwenden sind, die mit keinem Element über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinausreichen. Auch die im Zusammenhang mit dem „Rüffert-Urteil“ in der Literatur diskutierte Problematik einer etwaigen Ungleichbehandlung der Bieter in Vergabeverfahren gemäß § 97 Abs. 2 GWB greift nicht, wenn eine landesgesetzliche Tariftreue- und Mindestlohnregelung nach dem AEntG bzw. der Entsenderichtlinie 96/71/EG rechtskonform gestaltet ist. In einem solchen Fall ist eine Ungleichbehandlung von in- und ausländischen Bietern nicht zu befürchten.

Der Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit wird durch eine landesgesetzliche Tariftreue- und Mindestlohnregelung gleichwohl beeinträchtigt. Denn eine solche Regelung legt den Leistungserbringern, die in einem Unionsstaat niedergelassen sind, in dem z. B. die Mindestlohnsätze niedriger sind, eine zusätzliche wirtschaftliche Belastung auf, die geeignet ist, die Erbringung ihrer Dienstleistungen im Aufnahmemitgliedstaat zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.

Die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit ist jedoch gerechtfertigt. Zwar kann der Schutz vor Konkurrenz aus dem europäischen Ausland jedenfalls keine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen. Eine Rechtfertigung erblickt der EuGH aber grundsätzlich in dem Schutz der (entsandten) Arbeitnehmer. Es könne sogar davon ausgegangen werden, dass der Aufnahmemitgliedstaat mit der Anwendung des AEntG auf Dienstleistende, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind, zum Schutze der Arbeitnehmer handelt. Dieser Rechtfertigungsgrund greift auch bei einer landesrechtlichen Regelung zur Einführung einer Tariftreue- bzw. Mindestlohnregelung im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe. Denn der Gesetzgeber verfolgt die Absicht, den Arbeitnehmern eine existenzsichernde Bezahlung zu gewährleisten, soziale Mindeststandards zu erhalten und auch zur Entlastung der bei hoher Arbeitslosigkeit oder niedrigen Löhne verstärkt in Anspruch genommenen sozialen Sicherungssysteme beizutragen.

Dieser Argumentation steht auch nicht das „Rüffert-Urteil“ des EuGH entgegen, weil das Urteil sich nicht näher mit der Zulässigkeit sozialer Aspekte nach Art. 26 Richtlinie 2004/18/EG bzw. Art. 38 Richtlinie 2004/17/EG befassen musste. Der dort gegenüber dem Niedersächsischen Landesvergabegesetz geltend gemachte Einwand der bloß selektiven Geltung für öffentliche Auftragsvergaben greift daher nicht. Denn Art. 26 Richtlinie 2004/18/EG bzw. Art. 38 Richtlinie 2004/17/EG ermöglichen die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen des europäischen Vergaberichts. Insoweit konkretisieren die vorgenannten europäischen Vergaberichtlinien und die danach zu berücksichtigende europäischen Entsenderichtlinie 96/71/EG die (primärrechtliche) Dienstleistungsfreiheit im Hinblick auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Rahmen von Entsendefällen.

Eine die Dienstleistungsfreiheit beschränkende Maßnahme muss daher ein legitimes Ziel verfolgen sowie zu dessen Erreichung geeignet, erforderlich und angemessen sein. Gemessen daran deckt sich die Einführung einer landesgesetzlichen Regelung zur Tariftreue und eines Mindestlohns mit dem Ziel

der europäischen Entsenderichtlinie 96/71/EG, die Arbeitnehmer im Rahmen der Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen zu schützen. Die Erhaltung sozialer Standards durch Förderung tarifgebundener Beschäftigung und die Entlastung der Systeme der sozialen Sicherheit sind nach der Rechtsprechung des BVerfG wichtige Gemeinwohlauflagen (vgl. oben unter 2. b) dd) aaa)).

Im Einzelnen:

Zu Art. 1:

Art. 1 definiert die diesem Gesetz unterworfenen Auftraggeber.

Zu Art. 2:

Diese Bestimmung entspricht Art. 2 Abs. 1 BayBauVG vom 28. Juni 2000 (GVBl S. 364).

Zu Art. 3:

Abs. 1:

Abs. 1 Satz 1 regelt die Pflicht der Unternehmen, eine ausdrückliche Erklärung zur Einhaltung des AEntG abzugeben.

Die Formulierung „und dies auch bei ihren Nachunternehmern sicherzustellen“ gewährleistet, dass die Tariftreuerklärung auch für alle Subunternehmer gilt (vergl. Abs. 5).

Abs. 2:

Die Vorgabe in Abs. 3, nämlich die Bezahlung der Arbeitnehmer bei der Ausführung der Leistungen nach den jeweils in Bayern für Tarifvertragsparteien geltenden Lohnstarifen in Ausschreibungen von Leistungen des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV), verstößt weder gegen die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56, 57 AEUV (ex-Art. 49 und 50 EGV) noch gegen die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 AEUV (ex-Art. 43 EGV). Tariftreuerklauseln für den ÖPNV stehen mit dem europäischen Recht in Einklang.

Die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (VO 1370/2007) enthält zwar keine konkrete Ermächtigung des Auftraggebers, den Bietern im Rahmen eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens die Einhaltung bestimmter Tarifverträge vorzuschreiben, dem Erwägungsgrund Nr. 17 ist jedoch zu entnehmen, dass der europäische Gesetzgeber von der Zulässigkeit auch solcher sozialen Kriterien ausgeht.

Aufgrund der Sonderregel des Art. 58 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 51 Abs. 1 EGV) und des sekundärrechtlich im Sektor ÖPNV zulässigen Erfordernisses der Niederlassung im Aufnahmemitgliedstaat sind die Rechtsausführungen des EuGH im „Rüffert-Urteil“ nicht auf den Sektor Verkehr übertragbar. Daher gilt in diesem Bereich weder die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56, 57 AEUV noch die Entsenderichtlinie 96/71/EG.

Die Niederlassungsfreiheit schützt die grenzüberschreitende Aufnahme und Ausübung einer selbständigen dauerhaften Erwerbstätigkeit auf Grundlage einer festen Einrichtung. Aufgrund des Niederlassungserfordernisses für die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen gem. § 13 Abs. 1 Nr. 4 PBefG, § 14 Abs. 2 und 3 AEG berührt die Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten auf Straße und Schiene den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit. Allerdings besteht der Anspruch auf Niederlassungsfreiheit nur insoweit, als keine Verpflichtungen auferlegt werden, die den Zuzug in einen Zielstaat beeinträchtigen.

Das Erfordernis der Einhaltung von in Bayern geltenden Tarifverträgen stellt keine Behinderung der Niederlassungsfreiheit dar, da solche Bedingungen in Vergabeverfahren nicht die nationale Organisations- oder Ordnungsvorschriften für die Niederlassung betreffen, sondern die Modalitäten der Leistungserbringung für öffentliche Auftraggeber. Die Niederlassungsfreiheit zielt nicht darauf ab, eine Freistellung von tätigkeitsbezogenen Regulierungen zu ermöglichen, die alle Marktanbieter gleich bzw. unterschiedslos treffen. Letzteres ist bei einer landesgesetzlichen Tariftreue- und Mindestlohnregelung der Fall, weil dadurch weder eine versteckte noch eine indirekte Diskriminierung von Bewerbern aus den Unionsstaaten mit Blick auf die Niederlassungsfreiheit verursacht wird.

Abs. 3 und 5:

Abs. 3 und 5 legen für alle Vergabefälle eine Mindestentlohnung fest und regeln die von den Bietern abzugebenden Verpflichtungserklärungen. Dabei erfüllt die Erstreckung auf Unternehmen mit Sitz im Ausland (Abs. 3 Satz 2) zugleich eine Vorgabe europäischen Sekundärrechts. Die Verpflichtung, den bei der Erfüllung öffentlicher Aufträge eingesetzten Arbeitnehmern mindestens einen Stundenlohn von 8,50 Euro zu zahlen, findet ihre Begründung darin, dass nur so eine existenzsichernde Bezahlung der Arbeitskräfte gewährleistet ist und der Staat nicht durch ansonsten erforderliche ergänzende Zahlungen an die Arbeitskräfte indirekt die Unternehmen, die Niedriglöhne zahlen, subventioniert.

Außerdem wird dadurch ein auf dem Rücken niedrig qualifizierter Arbeitnehmer ausgetragener Niedriglohnwettbewerb verhindert. Darüber hinaus stärkt eine Mindestentlohnungsvorgabe im Vergabebereich auch das Lohnniveau im Bereich niedrigqualifizierter Arbeit insgesamt, ohne dabei direkt in die Autonomie der Arbeitsvertrags- und Tarifparteien einzugreifen.

Schließlich trägt die Mindestentlohnung zur Erhaltung sozialer Mindeststandards bei und damit zur Entlastung der bei hoher Arbeitslosigkeit oder bei niedrigen Löhnen verstärkt in Anspruch genommenen Systeme der sozialen Sicherheit.

Abs. 4:

Abs. 4 entspricht § 1 Abs. 5 BerlAVG vom 8. Juli 2010.

Abs. 6:

Abs. 6 greift die Grundregel auf, dass alles, was im sachlichen Zusammenhang mit der konkret nachgefragten Leistung steht und in der Leistungsbeschreibung niedergelegt ist, auch verlangt werden darf. Die Bestimmung entspricht § 1 Abs. 7 BerlAVG vom 8. Juli 2010.

Zu Art. 4:

Diese Regelung ist erforderlich, um die Mindestentlohnung nach Art. 3 Abs. 3 den sich verändernden wirtschaftlichen Verhältnissen anpassen zu können.

Zu Art. 5:

Diese Regelung steht in engem Zusammenhang mit den Regelungen des Art. 2, weil ein Angebot, bei dem Zweifel an der Angemessenheit bestehen, den Verdacht in sich trägt, nicht kostendeckend bzw. in den Personalkosten unter Missachtung der tariflichen Verpflichtungen kalkuliert zu sein. Dem Bieter ist dann eine Frist zur Vorlage seiner Kalkulationsunterlagen zu setzen, damit sich der Auftraggeber von der Ordnungsgemäßheit der Preisberechnungen des Bieters überzeugen kann. Kommt der Bieter der Vorlagepflicht nicht nach, ist sein Angebot zwingend auszuschließen, da dieser Bieter als unzuverlässig einzustufen ist.

Zu Art. 6:

Die Regelung soll der Bekämpfung der Schwarzarbeit dienen.

Zu Art. 7:

Die Vorschrift führt das Recht auf Kontrollen durch die öffentlichen Auftraggeber ein und legt den Umfang des zu Kontrollierenden und von den Unternehmen Vorzulegenden fest. Die Regelung ist notwendig, um die sich bewerbenden Unternehmen von dem Durchsetzungswillen des Gesetzgebers zu überzeugen und bei Verdacht auf Verstöße, den öffentlichen Stellen wie den Unternehmen zu verdeutlichen, was in welchem Umfang kontrolliert werden darf.

Zu Art. 8:

Abs. 1 und 2 der Vorschrift stellen klar, dass der Verstoß gegen die im BayVG niedergelegten Pflichten für das jeweils betroffene Unternehmen massive Strafen nach sich zieht. So wird in Abs. 1 eine Vertragsstrafe festgelegt und in Abs. 2 das sofortige Kündigungsrecht normiert.

Abs. 3 regelt darüber hinaus die Dauer der Frist bis zu der Unternehmen von öffentlichen Aufträgen ausgeschlossen werden können, die gegen ihre aus dem Gesetz folgenden Verpflichtungen verstoßen haben. Dabei wird durch die Formulierung sichergestellt, dass alle, also auch alle Subunternehmen, denen ein Verstoß nachgewiesen wurde, von der Regelung betroffen sind.

Zu Art. 9:

Abs. 1 stellt klar, dass die öffentlichen Auftraggeber in Bayern nur umweltfreundlich beschaffen und dabei schon im Vorfeld, also bei der Planung von Beschaffungen, darauf geachtet wird, dass möglichst umweltfreundliche Produktionsverfahren zur Anwendung kommen und unnötige Lieferwege vermieden werden.

Abs. 3 gibt die Ermächtigung, Details durch Verwaltungsvorschriften zu regeln. Dies hat den Vorteil, dass bei dem zu erwartenden Fortschritt bei der Entwicklung neuer umweltfreundlicher Produkte und Verfahren nicht jedes Mal das Gesetz geändert werden muss.

Zu Art. 10:

Die Regelung entspricht § 9 BerlAVG vom 8. Juli 2010 i. V. m. § 13 LGG.

Zu Art. 11:

Die Bestimmung entspricht § 10 BerlAVG vom 8. Juli 2010.

Zu Art. 12:

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten des Bayerischen Vergabegesetzes.