

## **Gesetzentwurf**

**der Staatsregierung**

**über die Vergabe von Bauaufträgen im Freistaat Bayern  
(Bayerisches Bauaufträge-Vergabegesetz - BayBauVG -)**

### **A) Problem**

In den zurückliegenden Jahren entstand im Baugewerbe infolge des massiven Einsatzes von ausländischen Billiglohnarbeitern eine extreme Wettbewerbsverzerrung zu Lasten der einheimischen, insbesondere mittelständischen Unternehmen mit deutschen bzw. bayerischen Arbeitnehmern. Zur Erhaltung der gefährdeten Arbeitsplätze hat die Bayerische Staatsregierung eine vertragliche „Tariftreue- und Nachunternehmererklärung“ bei allen Bauvergaben des Freistaates Bayern mit Wirkung vom 3. Juli 1996 durch Verwaltungsvorschrift eingeführt und den Kommunen empfohlen ebenso zu verfahren. Mit der Tariftreuerklärung gehen die Auftragnehmer bei Angebotsabgabe die vertragliche Verpflichtung ein, ihre Arbeitnehmer bei der Ausführung der Leistungen nach den jeweils in Bayern für Tarifvertragsparteien geltenden Lohntarifen zu entlohnen und dies auch von ihren Nachunternehmern zu verlangen.

Das Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG) vom 26. August 1998 (BGBl I S. 2512) hat mit Wirkung vom 1. Januar 1999 einen neuen Vierten Teil (Vergabe öffentlicher Aufträge, §§ 97 bis 129) in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) eingefügt und darin Vergaben ab dem sog. EG-Schwellenwert (d.h. Gesamtauftragswert ab rund 10 Mio. DM) neu geregelt. Gemäß § 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. Bereits bestehende Regelungen, die andere oder weitergehende Anforderungen i.S.v. § 97 Abs. 4 GWB stellen, gelten nach Art. 3 Nr. 5 VgRÄG ohne gesetzliche Grundlage nur noch bis zum 30. Juni 2000. Zur Aufrechterhaltung der bayerischen „Tariftreuerklärung“ ist damit ab dem 1. Juli 2000 zumindest für Vergaben ab dem EG-Schwellenwert ein bayerisches Landesgesetz erforderlich.

### **B) Lösung**

Mit einem Bauaufträge-Vergabegesetz werden unter Ausschöpfung landesgesetzlicher Kompetenzen, die nach dem Vergaberechtsänderungsgesetz und der Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur Berliner Tariftreuerklärung und zum Berliner Vergabegesetz nach bayerischer Auffassung verbleiben, verbindliche Regelungen für die Bauaufträge des Freistaates Bayern getroffen. Die Regelungen gelten auch für Bauaufträge der Gemeinden, Gemeindeverbände und sonstigen der Aufsicht des Freistaates Bayern unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts sowie der Vereinigungen, Einrichtungen und Unternehmen, deren Anteile sich unmittelbar oder mittelbar ganz oder überwiegend in öffentlicher Hand befinden, soweit diese öffentliche Auftraggeber sind.

**C) Alternativen**

Keine

**D) Kosten**

Die Verpflichtung der Auftragnehmer, ihre Arbeitnehmer bei der Ausführung dieser Leistungen nach den jeweils in Bayern für Tarifvertragsparteien geltenden Lohnтарifen zu entlohnen, verteuert die öffentlichen Bauaufträge. Diesen Mehrkosten stehen nicht näher quantifizierbare Einsparungen aufgrund der verbesserten Situation auf dem Arbeitsmarkt gegenüber. Es ist nicht auszuschließen, dass infolge von Rechtsbehelfen von Unternehmen, die sich der Tariftreue nicht beugen wollen, Bauverzögerungen und weitere Kosten entstehen.

## Gesetzentwurf

### über die Vergabe von Bauaufträgen im Freistaat Bayern (Bayerisches Bauaufträge-Vergabegesetz – Bay-BauVG –)

#### Art. 1

##### Anwendungsbereich

<sup>1</sup>Dieses Gesetz gilt für öffentliche Bauaufträge im Sinn von § 99 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) des Freistaates Bayern. <sup>2</sup>Es gilt ferner für öffentliche Bauaufträge

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

#### Art. 2

##### Vergabegrundsätze

(1)<sup>1</sup> Öffentliche Bauaufträge dürfen nur an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben werden. <sup>2</sup>Andere oder weitergehende Anforderungen dürfen nur gestellt werden, soweit dies durch Bundesgesetz oder in diesem Gesetz vorgesehen ist.

(2) Für öffentliche Bauaufträge nach Art. 1 Satz 2 Nr. 2 gilt Absatz 1 nur insoweit, als es sich um Aufträge handelt, welche die Auftragswerte erreichen oder überschreiten, die durch Rechtsverordnung nach § 127 GWB festgelegt sind (Schwellenwerte).

#### Art. 3

##### Weitergehende Anforderungen

(1) Öffentliche Bauaufträge des Freistaates Bayern nach Art. 1 Satz 1 dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei Angebotsabgabe verpflichten, ihre Arbeitnehmer bei der Ausführung dieser Leistungen nach den jeweils in Bayern für Tarifvertragsparteien geltenden Lohnstarifen zu entlohnen und dies auch bei ihren Nachunternehmern sicherzustellen.

(2) Die Auftraggeber für sonstige öffentliche Bauaufträge nach Art. 1 Satz 2 werden ermächtigt, Aufträge über Bau-

leistungen für Hochbauten nur an Unternehmen zu vergeben, die sich bei Angebotsabgabe verpflichten, ihre Arbeitnehmer bei der Ausführung dieser Leistungen nach den jeweils in Bayern für Tarifvertragsparteien geltenden Lohnstarifen zu entlohnen und dies auch bei ihren Nachunternehmern sicherzustellen.

#### Art. 4

##### Nachweise

(1) Hat die Staatsregierung ein Muster zur Verpflichtung nach Art. 3 öffentlich bekannt gemacht, kann der Auftraggeber verlangen, dass der Unternehmer die Übernahme der Verpflichtung nach diesem Muster erklärt.

(2)<sup>1</sup>Der Unternehmer ist verpflichtet, dem Auftraggeber die Einhaltung der Verpflichtung nach Art. 3 auf dessen Verlangen jederzeit nachzuweisen. <sup>2</sup>Der Unternehmer ist ferner verpflichtet, dem Auftraggeber zur Prüfung, ob die Verpflichtung nach Art. 3 eingehalten wird, im erforderlichen Umfang Einsicht in seine Unterlagen zu gewähren.

(3) Unternehmer, die den nach Art. 3 übernommenen Verpflichtungen oder ihren Pflichten nach Absatz 2 nicht nachkommen, kann der Auftraggeber bis zu 3 Jahren von weiteren Aufträgen ausschließen.

#### Art. 5

Dieses Gesetz tritt am 1. Juli 2000 in Kraft.

#### Begründung

##### I. Allgemeines

1. Der zunehmende Einsatz von Billiglohnarbeitskräften im Baubereich führte in den vergangenen Jahren zu Wettbewerbsverzerrungen. Dadurch werden einheimische Arbeitsplätze, vor allem bei mittelständischen Unternehmen in hohem Maß gefährdet. Die aus verloren gegangenen Arbeitsplätzen resultierende Arbeitslosigkeit am Bau bewirkt erhebliche zusätzliche Kosten für die Allgemeinheit. Die Bayer. Staatsregierung hat sich daher am 11.06.1996 zur Sicherung bestehender und zur Förderung neuer Arbeitsplätze im Beschäftigungspakt Bayern u.a. verpflichtet, bei der Vergabe von Bauaufträgen vom Auftragnehmer eine Tariftreueerklärung zu verlangen und dazu mit Bekanntmachung vom 02.06.1996 (Nr. BIII2-515-152) eine „Tariftreueerklärung“ eingeführt. Mit der Tariftreueerklärung verpflichtet sich der Unternehmer vertraglich, die am Ort der Leistung eingesetzten Arbeitnehmer nicht unter den in Bayern für Tarifvertragsparteien geltenden Lohnstarifen zu entlohnen und dies bei Nachunternehmern entsprechend sicherzustellen.

2. Das Vergaberechtsänderungsgesetzes (VgRÄG) vom 26.08.1998 (BGBl I S. 2512) fügte in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB in der Fassung der Bekanntmachung, BGBl I S. 2546) einen neuen 4. Teil (§§ 97 – 129) ein, der die Vergabe von Aufträgen regelt, welche die durch eine Rechtsverordnung nach § 127 GWB festgelegten Auftragswerte erreichen oder überschreiten (Schwellenwerte). Nach der neuen gesetzlichen Regelung in § 97 Abs. 4 GWB sind Aufträge „an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu vergeben; andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.“ Bestehende Regelungen, die andere oder weitergehende Anforderungen im Sinne des § 97 Abs. 4 GWB enthalten, gelten nach der Übergangsbestimmung des Art. 3 Nr. 5 Vergaberechts-Änderungsgesetz bis zum 30.06.2000 weiter. Deshalb ist für die bisher in Bayern aufgrund der Bekanntmachung der Staatsregierung vom 02.06.1996 praktizierte „Tarifreueerklärung“ für Vergaben, die dem GWB unterliegen – das sind Baumaßnahmen, die den Schwellenwert übersteigen, also ab einer Gesamtauftragssumme von etwa 10 Mio. DM – spätestens zum 01.07.2000 eine gesetzliche Grundlage erforderlich.
3. Das Bundeskartellamt hat bereits im Jahr 1998 dem Land Berlin untersagt, eine mit der bayerischen Tarifreueerklärung übereinstimmende Tarifreueerklärung im Straßenbau zu verlangen. Der Bundesgerichtshof kam in einem Beschluss zum Ergebnis, dass das Berliner Vergabegesetz mit der auf dieser Grundlage zu fordernden Tarifreueerklärung verfassungswidrig ist und hat es deshalb dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorgelegt. Der Bundesgerichtshof hat die Verfassungswidrigkeit wesentlich mit der marktbeherrschenden Stellung Berlins im Straßenbau begründet.
4. Es wird deshalb davon ausgegangen, dass außerhalb einer marktbeherrschenden Stellung ein Verstoß des Landesgesetzes gegen höherrangiges Recht nicht anzunehmen ist. Raum für eine bayerische Landesregelung besteht unter Berücksichtigung der Argumentation des Bundesgerichtshof soweit sichergestellt wird, dass die die Tarifreueerklärung fordernden öffentlichen Auftraggeber im jeweils relevanten Markt keine marktbeherrschende Stellung – die nach § 19 Abs. 3 GWB bei einem Marktanteil von einem Drittel vermutet wird – innehaben. Nach den Regelungen des GWB kommt es für die Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung nicht auf die rechtliche Unabhängigkeit einzelner Auftraggeber, sondern auf deren tatsächliches, gleichartiges Verhalten an. Dieses gleichartige Verhalten liegt vor, wenn unterschiedliche Gebietskörperschaften dieselbe Tarifreueerklärung verlangen.
- Eine marktbeherrschende Stellung ist in Bayern im Straßen- und Tiefbau anzunehmen, wenn die kommunalen Auftraggeber die Möglichkeit haben, die Tarifreueerklärung anzuwenden und sie dies tatsächlich auch zu einem erheblichen Teil tun.
- Dagegen ist im Hochbau selbst bei Einbeziehung der kommunalen Auftraggeber und Beteiligungsgesellschaften eine Marktbeherrschung im Sinne des § 19 GWB nicht anzunehmen.
- Der vorliegende Gesetzentwurf verpflichtet deshalb den Freistaat Bayern, für alle Bauleistungen von Unternehmern Tarifreue zu verlangen, und ermächtigt die Gebietskörperschaften und Beteiligungsgesellschaften, bei Hochbaumaßnahmen von Unternehmern Tarifreue zu fordern.

## II. Zu den einzelnen Vorschriften

### Zu Art. 1 (Anwendungsbereich)

Art. 1 definiert den Anwendungsbereich des Bayerischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Bauaufträge. Bauaufträge sind Verträge entweder über die Ausführung oder die Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll (§ 99 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen). Öffentliche Bauaufträge sind entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmern, die Bauleistungen zum Gegenstand haben (Art. 99 Abs. 1 GWB).

Das Bayerische Bauaufträge-Vergabegesetz gilt für den Freistaat Bayern, die Gemeinden, Landkreise, Bezirke, Zweckverbände und juristischen Personen des öffentlichen Rechts sowie für diejenigen juristischen Personen, an denen der Freistaat Bayern oder die Gebietskörperschaften mehrheitlich beteiligt sind (Beteiligungsgesellschaften), soweit diese öffentliche Auftraggeber im Sinn von § 98 GWB sind.

Zuwendungsempfänger müssen vom Bayer. Bauaufträge-Vergabegesetz nicht erfasst werden, da sie im Regelfall keinen Beschränkungen bei der Auftragsvergabe unterliegen. Eine Auflage im Zuwendungsbescheid, bei Bauaufträgen von Unternehmern Tarifreue zu verlangen, setzt grundsätzlich keine gesetzliche Ermächtigung im Sinne von § 97 Abs. 4 GWB voraus.

### Zu Art. 2 (Vergabegrundsätze)

Grundsätzlich steht es in der Verantwortung jeder Vertragspartei, nach welchen Kriterien sie ihre Vertragspartner auswählt und welchen Vertrag sie mit wem schließt.

Öffentliche Auftraggeber können im Anwendungsbereich der §§ 97 ff GWB (§ 100 Abs. 1 GWB) – ab dem Erreichen der Schwellenwerte – Bauleistungen nur nach den dort getroffenen Regelungen beschaffen. Nach § 97 Abs. 4 GWB dürfen Aufträge nur an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben werden; andere Kriterien oder Anforderungen sind damit im Grundsatz ausgeschlossen. Der zweite Halbsatz des § 97 Abs. 4 regelt dementsprechend, dass andere oder weitergehende Anforderungen nur gestellt werden können, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.

Das Bayerische Bauaufträge-Vergabegesetz greift diese Grundzüge auf und regelt für den Freistaat Bayern, die Gemeinden, Landkreise, Bezirke, Zweckverbände und juristischen Personen des öffentlichen Rechts, dass Aufträge über öffentliche Bauleistungen nur an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben werden dürfen, soweit nicht andere oder weitergehende Anforderungen durch Gesetz vorgesehen sind. Das Bayer. Bauaufträge-Vergabegesetz stellt damit für öffentliche Bauleistungen dieser Auftraggeber oberhalb der Schwellenwerte deklaratorisch, unterhalb der Schwellenwerte konstitutiv fest, dass Bauleistungen nur anhand gesetzlichen Kriterien – dieses oder eines anderen Gesetzes – vergeben werden dürfen. Damit ist aber keine Aussage über die Anwendbarkeit der VOB, insbesondere unterhalb des Schwellenwerts, bei Bauaufträgen nach Art. 1 Satz 2 Nr. 1 getroffen.

Für die Beteiligungsgesellschaften (Art. 1 Satz 2 Nr. 2), gilt die Regelung aus kompetenzrechtlichen Gründen nur oberhalb Schwellenwerte (Art. 2 Abs. 2).

**Zu Art. 3** (Weitergehende Anforderungen)

Art. 3 bietet die Rechtsgrundlage um die mit Baumaßnahmen beauftragten Unternehmen zu verpflichten, ihre Arbeitnehmer bei der Ausführung der Bauleistungen nach dem jeweils in Bayern geltenden Entgelttarifen zu entlohnen und sicherzustellen, dass auch ihre Nachunternehmer dies tun.

Abs. 1 bietet die Rechtsgrundlage für den Freistaat Bayern, die Unternehmer bei seinen Baumaßnahmen zur Tariftreue zu verpflichten. Erfasst werden davon alle Baumaßnahmen des Freistaats Bayern, also sowohl Hochbau- als auch Tiefbaumaßnahmen.

Art. 2 erweitert diese Rechtsgrundlage auf die Gemeinden, Landkreise, Bezirke, Zweckverbände und juristischen Personen des öffentlichen Rechts sowie die Beteiligungsgesellschaften (Art. 1 Satz 2 Nr. 2), allerdings nur für Hochbaumaßnahmen. Eine Beschränkung auf Hochbaumaßnahmen ist erforderlich, da nur im Hochbau eine ausreichende Marktbreite, insbesondere privater Bauherren gegeben ist. Diese Marktbreite fehlt beim Tief- und Straßenbau, da die Nachfrage dort im Wesentlichen von öffentlichen Auftraggebern erfolgt.

Da nach Art. 3 die Tariftreueerklärung nur vom Freistaat Bayern im Hoch- und Tiefbau angewandt wird, und die Gemeinden, Landkreise, Bezirke, Zweckverbände und juristischen Personen des öffentlichen Rechts sowie deren Beteiligungen die Tariftreueerklärung ausschließlich im Hochbau anwenden können, kollidiert die gesetzliche Regelung nicht mit den vom Bundesgerichtshof in seinem Beschluss vom 18.01.2000 zum Berliner Vergabegesetz genannten Bedenken. In diesen Bereichen haben die öffentlichen Auftraggeber als Nachfrager gerade keine marktbeherrschende Stellung, sodass kein Anbieter gezwungen ist, sich an Ausschreibungen der öffentlichen Hand zu beteiligen. Die Begrenzung der gesetzlichen Ermächtigung auf Hochbaumaßnahmen trägt damit der Begründung des Bundesgerichtshof Rechnung, dass gerade bei einer marktbeherrschenden Stellung das Gesetz tarifungebundene Anbieter nötige, sich tarifvertraglichen Bestimmungen zu unterwerfen. Die im Bayer. Bauaufträge-Vergabegesetz vorgesehene Lösung, die Einhaltung von Tarifverträgen nur in bestimmten Bereichen zwingend vorzugeben und in

manchen Teilen zu ermöglichen, lässt eine Wirkung wie eine Allgemeinverbindlicherklärung gerade nicht entstehen. Eine dermaßen beschränkte Regelung steht nicht in Konkurrenz zum Tarifvertragsgesetz und der dort geregelten Allgemeinverbindlicherklärung, sondern erweitert in einem abgrenzbaren Rahmen die Geltung einzelner Lohntarifverträge.

**Zu Art. 4** (Nachweise)

Art. 4 Abs. 1 soll den Auftraggebern die Möglichkeit einräumen, ein einheitliches Muster als Grundlage der Übernahme der Tariftreueverpflichtung zu verlangen. Dies dient u.a. der Rechtssicherheit bei der Abwicklung von Verträgen.

Nach Art. 4 Abs. 2 ist der Unternehmer gegenüber dem Auftraggeber verpflichtet, die Einhaltung der Tariftreueerklärung nachzuweisen. Da die öffentliche Hand bei Verstößen gegen die Verpflichtung zur Tariftreue Konsequenzen ziehen und den Unternehmer von weiteren Aufträgen ausschließen will, ist der Auftraggeber grundsätzlich verpflichtet, den Verstoß gegen die Tariftreue im Ausschlussverfahren nachzuweisen. Aufgrund der bisherigen Erfahrungen mit der Tariftreueerklärung ergibt sich, dass dieser Nachweis dem Auftraggeber nur in wenigen Fällen gelingt. Aus diesem Grund sieht Art. 3 Abs. 2 vor, dem Auftragnehmer aufzugeben, die Einhaltung der Tariftreuepflicht nachzuweisen und dazu dem Auftraggeber Einblick in seine Unterlagen zu gewähren.

Soweit der Auftragnehmer oder seine Nachunternehmer der vertraglichen Pflicht zur Tariftreue nicht nachkommen oder der Auftragnehmer nicht nachweist, dass er oder seine Nachunternehmer ihren Pflichten nachgekommen sind oder die zum Nachweis erforderlichen Unterlagen nicht vorlegt oder der Behörde die Einsicht in diese Unterlagen nicht gestattet, kann er bis zu 3 Jahren von weiteren Aufträgen ausgeschlossen werden. Dem Auftraggeber steht insoweit ein Spielraum zu, der je nach Schwere des Verstoßes auszuschöpfen ist.

**Zu Art. 5**

Aufgrund der Regelung in § 3 Nr. 5 des Vergaberechtsänderungsgesetz ist ein In-Kraft-Treten dieses Gesetzes am 01.07.2000 erforderlich.