

| | | |
|--|----------|--|
| Landeshauptstadt Magdeburg - Der Oberbürgermeister - | | Datum 26.04.2007 |
| Dezernat I | Amt I | Öffentlichkeitsstatus öffentlich |

I N F O R M A T I O N

I0124/07

| Beratung | Tag | Behandlung |
|--|------------|------------------|
| Der Oberbürgermeister | 02.05.2007 | nicht öffentlich |
| Ausschuss für kommunale Rechts- und Bürgerangelegenheiten | 16.05.2007 | öffentlich |
| Vergabeausschuss | 05.06.2007 | öffentlich |
| Ausschuss für Umwelt und Energie | 05.06.2007 | öffentlich |
| Stadtrat | 05.07.2007 | öffentlich |

Thema: Tariftreue

Im politischen Raum wird seit Jahren die Einhaltung von Mindestlöhnen oder die Forderung der tarifgerechten Bezahlung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge diskutiert. Regelungen zur Tariftreue oder zu Mindestlöhnen waren und sind nicht nur aus rechtlichen Gründen umstritten (s. auch die aktuelle Diskussion im Bund zur Einführung von Mindestlöhnen).

Auf Nachfrage bei der IHK und der Auftragsberatungsstelle in Magdeburg wird die Forderung an die Unternehmen zur Einhaltung von Tarifen oder Zahlung von Mindestlöhnen als Eingriff in die Unternehmensführung gewertet. Kleinere Unternehmen und Handwerksbetriebe behaupten, dass sie solchen Forderungen nicht nachkommen können, wenn sie selbst nicht tariflich gebunden sind. Es wird auch die zusätzliche Nachweispflicht, die entstehen würde, als weiterer bürokratischer Aufwand kritisiert.

Für die Einführung solcher Kriterien spräche im Rahmen der Fürsorgepflicht des öffentlichen Auftraggebers jedoch u.a. der Schutz der Arbeitnehmer vor Ausbeutung und die Sicherung sozialer Standards. Die Einführung von Entlohnungskriterien könnte auch die Eindämmung des Verdrängungswettbewerbs durch Lohndumping (s. Beispiel Ausschreibungsverfahren Reinigungsleistungen „Fa. CleanUp“) bewirken.

1. Verfassungsmäßigkeit der Forderung nach Tarifgerechter Bezahlung bei öffentlichen Aufträgen

Das Vergabegesetz LSA mit der darin enthaltenen Regelung zur Abforderung von Tariftreueerklärungen wurde aufgehoben, nachdem der BGH im Jahr 2000 einen

Vorlagebeschluss an das Bundesverfassungsgericht gefasst hatte, in dem er davon ausging, dass das Berliner Vergabegesetz mit einer entsprechenden Tariftreueklausel verfassungswidrig sei.

Das nunmehr im November 2006 veröffentlichte Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BverfG Beschluss vom 11.07.06, 1 BvL 4/00) zum Berliner Vergabegesetz stellt dagegen fest, dass ein Verstoß gegen Verfassungsrecht nicht vorliegt. Die Forderung des Auftraggebers nach Tariftreue stelle nur eine schuldrechtliche Verpflichtung des Auftragnehmers dar, der den Zuschlag für einen bestimmten Auftrag erhalten solle und verstoße auch nicht gegen anderes geltendes Bundesrecht. Ebenfalls wurde festgestellt, dass es sich nicht um einen Eingriff in die Tarifautonomie der Tarifpartner handle und auch keinen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des § 20 GWB darstelle.

Es wäre demnach möglich, dass das Land Sachsen Anhalt wieder ein Vergabegesetz mit einer entsprechenden Klausel erlässt. (Dies ist zz. allerdings nicht geplant).

In Sachsen-Anhalt gibt es demzufolge derzeit keine gesetzliche Grundlage zur Forderung nach tarifgerechter Bezahlung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.

2. Forderung der Tariftreue durch den öffentlichen Auftraggeber ohne gesetzliche Grundlage

Weder in der Verdingungsordnung für Lieferungen und Leistungen (VOL), in der Vertrags- und Vergabeordnung für Bauleistungen (VOB) noch in der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) sind Regelungen enthalten, die es ermöglichen würden, die Zuschlagserteilung von der Forderungen nach Tariftreue abhängig zu machen. Bisher wurde davon ausgegangen, dass solche und ähnliche Anforderungen an die Auftragnehmer als so genannte vergabefremde Kriterien unzulässig sind.

Die Verdingungs- bzw. Vertragsordnungen sind im Jahr 2006 geändert worden. Die Änderungen dienen der Umsetzung der EU Vergabekoordinierungsrichtlinie vom 31.03.2004 in nationales Recht. Ursprünglich war eine vollkommene Novellierung des deutschen Vergaberechts geplant. Letztendlich beschränkte sich der Gesetzgeber jedoch auf die Umsetzung der zwingend vorgeschriebenen Änderungen und behielt ansonsten sowohl die Systematik als auch die bisher geltenden grundsätzlichen Regelungen des bestehenden Vergaberechts bei. Weitergehende Möglichkeiten, die die EU-Richtlinie eröffnet hat, wurden nicht ausgeschöpft.

So beinhaltet Artikel 26 der EU- Richtlinie ausdrücklich die Möglichkeit für den Auftraggeber für die Ausführung des Auftrags, zusätzliche Bedingungen, die insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte haben können, aufzunehmen. Jedoch fanden nur die Umweltbelange Eingang in das neue Vergaberecht und dies auch nur bei den für europaweite Ausschreibungen geltenden a-§§ (§§ 8 a VOL/A und VOB/A). Die Möglichkeit der Aufnahme von sozialen Aspekten wurde nicht genutzt.

Es stellt sich daher nunmehr die Frage, ob der öffentliche Auftraggeber ohne ein Landesgesetz zur Tariftreue und ohne die Umsetzung der Möglichkeit aus der EU-Richtlinie in nationales Recht von sich aus entscheiden kann, bei seinen Ausschreibungen soziale Kriterien anzuwenden.

Einen Hinderungsgrund hierfür stellt § 97 GWB dar. Hier heißt es: „Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben; andere Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist. (Der erste Teil des Satzes findet sich in den Verdingungs- bzw. Vertragsordnungen wieder, z. B. § 3 Nr.3 VOL/A).

Des Weiteren ist zu bedenken, dass zwar durch das BverfG festgestellt wurde, dass eine Regelung zur Tariftreue in einem Vergabegesetz nicht gegen die Verfassung verstößt, jedoch ist nicht festgestellt worden, ob ein solches Gesetz vergaberechtskonform im Sinne des EU-Rechts ist. Eine Regelung zur Tariftreue muss u.a. dem Grundsatz der Transparenz und dem Diskriminierungsverbot der EU entsprechen. Eine gesetzliche Regelung, die diesen Grundsätzen widerspricht wäre unzulässig/nichtig.

Eine Verpflichtung zur Zahlung von Tariflöhnen könnte auch als Behinderung der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 Abs. 1 EG) angesehen werden. Die Behinderung der Dienstleistungsfreiheit wäre z.B. dann anzunehmen, wenn mit der Tariftreueerklärung ohne weitere Differenzierung die Einhaltung der Vorort geltenden Tarifverträge gefordert würde, da es für ausländische Mitbewerber die Teilnahme am Wettbewerb unzumutbar erschwert, denn dann müssten sie eruieren, welches Tarifrecht jeweils anzuwenden ist. Daher wäre es notwendig, dass auftragsbezogen immer der konkrete zu zahlende Tariflohn bei der Ausschreibung ausgewiesen wird.

Abgesehen davon, dass dies auch für den Auftraggeber bei der Vielzahl der geltenden Tarifverträge kaum leistbar ist (z. B. im Baubereich), wurde die Frage, ob in einer gesetzlichen Regelung, die dem öffentlichen Auftraggeber die Forderung von Tariftreue vorschreibt, eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit zu sehen ist, durch das OLG Celle in einem Vorabentscheidungsverfahren dem EuGH vorgelegt. Dieser hat bislang noch nicht entschieden.

3. Entlohnungskriterien als Vertragsbedingung

Üblicher Weise werden den Vergabeunterlagen die Vertragsbedingungen der Landeshauptstadt Magdeburg beigelegt. Diese Vertragsbedingungen sind von den Auftragnehmern anzuerkennen. Legen die Auftragnehmer eigene Bedingungen bei, ändern sie die städtischen Bedingungen oder akzeptieren sie diese nicht, so führt das zwingend zum Ausschluss des Bieters (beispielhaft für vergleichbare Regelung in der VOB: § 25 Nr. 1 Abs. 1 d VOL/A „Änderung der Verdingungsunterlagen“).

Es wäre daher denkbar, die Verpflichtung zur Zahlung von Tariflöhnen als Vertragsbedingung aufzunehmen. Es ist grundsätzlich zulässig, zusätzliche Regelungen zu treffen.

Hierzu bestand ursprünglich die Auffassung, dass vertragliche Bedingungen zwischen dem Auftragnehmer und Auftraggeber –anders als die Zuschlagskriterien- außerhalb des eigentlichen Vergabeverfahrens verhandelt würden und deshalb für das Verfahren nicht relevant seien. Hierzu vertritt der EuGH jedoch zwischenzeitlich eine andere Auffassung.

Zwar hält er daran fest, dass die Ausführungsphase nicht Inhalt der Regelungen des Vergabeverfahrens sei, jedoch können die Vertragsbedingungen kalkulationsrelevante Inhalte haben und müssen daher bereits mit den Verdingungsunterlagen bekannt gegeben werden, da das Nichtakzeptieren der Bedingungen zum Ausschluss des Bieters führe.

In der Praxis ergeben sich für die Vergabestellen der Stadt Probleme dadurch, dass nach dem Transparenzgebot der geforderte Tarif- oder Mindestlohn vorab bekannt gegeben werden müsste, damit jeder potentielle Bieter von der gleichen Kalkulationsgrundlage ausgehen kann. Dies ist nicht in allen Fällen ohne Weiteres möglich - insbesondere dann nicht, wenn keine Tarifverträge bestehen.

Zu dem muss die Stadt als Auftraggeberin einheitlich verfahren, so dass der Gleichbehandlungsgrundsatz gewahrt bleibt. Es müsste daher eine für alle Vergaben verbindliche Regelung geschaffen werden.

Dies erscheint bei der Vielzahl der Tarife und unterschiedlichster Art der Aufträge zz. nicht lösbar.

Eine Aufnahme der Verpflichtung von Tariftreueerklärungen in die Vertragsbedingungen der Landeshauptstadt Magdeburg würde daher ebenfalls ein nicht kalkulierbares Prozessrisiko für die Vergabeverfahren bedeuten.

4. Fazit

Ohne Rechtsgrundlage und unter dem Gesichtspunkt einer noch ausstehenden relevanten Entscheidung des EuGH sowie unter Berücksichtigung der praktischen Schwierigkeiten bei der Herstellung der notwendigen Transparenz beim einzelnen Ausschreibungsverfahren, ist von der Einführung einer Tariftreueerklärung auf kommunaler Ebene als Zuschlagskriterium oder Vertragsbedingung abzuraten, da das Prozessrisiko erheblich ist.

Kinderarbeit

Die **DS 0073/07** schlägt vor, bei künftigen Ausschreibungen der Landeshauptstadt Magdeburg das soziale Kriterium des Verzichts auf Produkte, die in ausbeuterischer Kinderarbeit hergestellt wurden, als Vertragsbedingung aufzunehmen.

Im Gegensatz zu dem sozialen Kriterium „Tariftreue“, für dessen Einführung zz. keine gesetzliche Grundlage existiert, gibt es zur Ächtung der Kinderarbeit die Ratifizierung der ILO-Konvention 182 durch die Bundesrepublik Deutschland, mit der sie sich verpflichtet hat, Maßnahmen gegen die schlimmsten Formen der Kinderarbeit zu ergreifen.

Zwar gibt es auch für dieses Vergabekriterium keine konkrete Rechtsgrundlage, durch die Selbstverpflichtung der Bundesrepublik Deutschland jedoch ein eindeutiges Bekenntnis.

Zudem ist diese Verpflichtung bereits Praxis in vielen anderen deutschen Städten (als erste Stadt München bereits seit 2002, weitere siehe Anlage). Beschwerden zu Vergabeverfahren sind hierzu nicht bekannt. Durch einen Stadtratsbeschluss kann eine Regelung geschaffen werden, die ein einheitliches und für alle Vergaben verbindliches Vorgehen vorschreibt, so dass auch der Grundsatz der Transparenz und das Gleichbehandlungsgebot gewahrt bleiben.

Das Risiko einer Vergabebeschwerde bleibt auch hierbei bestehen, da, wie bereits ausgeführt, die sozialen Kriterien keinen Eingang in das neue Vergaberecht gefunden haben, ist aber insoweit als vertretbar einzuschätzen.

Holger Platz