

EUROFORUM-Newsletter

Vergaberecht 2014

Ihr begleitender Newsletter
zu den renommierten vergaberechtlichen
Jahrestagungen und Seminaren



Inhaltsverzeichnis

- S. 3 **Entscheidungen des EuGH und nationales Recht**
Hermann Summa, Oberlandesgericht Koblenz,
1. Strafsenat – Vergabesenat, Koblenz
- S. 4 **Warum landespezifische Mindestlohnvorgaben im Vergabegesetz trotz allgemeinem Mindestlohn eine Zukunft haben könnten**
Dr. Thorsten Schulten, Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI) in der Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf, Mitglied der Mindestentgeltkommissionen von Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz
- S. 6 **Vergaberechtsfreiheit von Open-House-Modellen? – Zum Vorlagebeschluss des OLG Düsseldorf vom 13.08.2014 (VII-Verg 13/14)**
Dr. Matthias Ulshöfer, Rechtsanwalt und Partner, OPPENLÄNDER Rechtsanwälte, Stuttgart
- S. 8 **Vertragsänderungen im Fokus aktueller Rechtsprechung**
Henrik Baumann, Rechtsanwalt und Partner, HFK Rechtsanwälte LLP, Berlin
- S. 10 **Kommt das schnelle Internet oder gerät der Ausbau mit Umsetzung der Richtlinie über die Konzessionsvergabe ins Stocken: eine Bestandsaufnahme mit Ausblick**
Martin Schumm, LL.M., Rechtsanwalt, Kunz Rechtsanwälte, Bonn
- S. 12 **Ausgewählte Probleme bei der Vergabe von Betreuungsleistungen für Asylsuchende**
Dr. Hendrik Röwekamp, Rechtsanwalt, und
Dr. Alexander Fandrey, Rechtsanwalt, Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB, Düsseldorf
- S. 14 **Grundsätzliche Anforderungen an die Vergabe von Rahmenvereinbarungen**
Andreas Haak, Rechtsanwalt und Partner, und
Dr. Frauke Koch, Rechtsanwältin, Taylor Wessing, Düsseldorf
- S. 16 **Nachforderung bei unvollständigen Referenznachweisen?**
Malte Müller-Wrede, Rechtsanwalt und Partner, Müller-Wrede & Partner Rechtsanwälte, Berlin
- S. 18 **Vergaberechtliche Fallstricke des sog. "No Spy"-Erlasses des Bundesinnenministeriums**
Dr. Marc Gabriel, LL.M., Partner, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, und
Dr. Susanne Mertens, LL.M., Partner, Rechtsanwältin und Fachwältin für Bau- und Architektenrecht und für Informationstechnologierecht, Baker & McKenzie, Berlin
- S. 20 **Green Building – Praxisbeispiel für die Berücksichtigung der Lebenszykluskosten öffentlicher Gebäude**
Dr. Peter Braun, LL.M., Rechtsanwalt und Partner, Orrick Herrington & Sutcliffe LLP, Frankfurt am Main
- S. 26 **Vorgaben in der Vergaberichtlinie 2014: Kann der Preis auch weiterhin als alleiniges Zuschlagskriterium angewendet werden?**
Dr. Alexander Csaki, Rechtsanwalt und Partner, und
Martin Conrads, Rechtsanwalt, Bird & Bird LLP, Düsseldorf

Vergaberecht 2014

Liebe Leserin, lieber Leser,

gerne schicken wir Ihnen heute die aktuelle Ausgabe unseres digitalen Newsletters Vergaberecht.

In dieser 2. Ausgabe 2014 finden Sie wieder viele interessante Artikel zu aktuellen Themen, die die **Vergaberechtswelt im Moment beschäftigen wie Vergaberechtsfreiheit von Open-House-Modellen oder landespezifische Mindestlohnvorgaben im Vergabegesetz.**

Wir danken den Autoren ganz herzlich für ihre Unterstützung bei der Gestaltung des Newsletters. Wenn auch Sie einen Beitrag für die nächste Ausgabe leisten möchten oder Anregungen für Themen haben, erreichen Sie uns unter 02 11/96 86 – 31 65.

Wir wünschen Ihnen viele erhellende Momente beim Lesen!

Herzliche Grüße

Ihr EUROFORUM-Team



N. Büren-Lorenz

Rechtsanwältin Nicole Büren-Lorenz
Senior-Konferenz Managerin



Iris Cassens-Wolf

Iris Cassens-Wolf
Senior-Sales-Managerin

Weitere aktuelle Aufsätze finden Sie unter:
www.euroforum.de/vergaberecht



Warum landesspezifische Mindestlohnvorgaben im Vergabegesetz trotz allgemeinem Mindestlohn eine Zukunft haben könnten

Vorgaben zur Entlohnung von Beschäftigten, die öffentliche Aufträge durchführen, sind fast so alt wie das Vergaberecht selbst. Bereits Ende des 19. Jahrhunderts gab es in Deutschland zahlreiche regionale und lokale Vergabeordnungen, die die Unternehmen zur Zahlung ortsüblicher (Mindest-)Löhne oder gar zur Einhaltung von Tarifverträgen verpflichteten. Die historische Forschung geht sogar soweit, den Vergabeordnungen eine wichtige Rolle bei der Durchsetzung eines modernen Tarifvertragswesens zuzusprechen. Die öffentliche Hand übernahm so eine soziale Vorreiterrolle und setzte bestimmte soziale Standards, die dann später auf die gesamte Wirtschaft übertragen wurden.

In jüngster Zeit scheint sich diese Vorreiterrolle auch beim Thema Mindestlohn wiederholt zu haben. Noch bevor der Bundestag im Juli 2014 die Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns beschlossen hatte, verfügten bereits 11 von 16 Bundesländern im Rahmen ihrer Vergabegesetze über Mindestlohnvorgaben. In vier Bundesländern (Berlin, Bremen, Hamburg und Schleswig-Holstein) wurden darüber hinaus sogar eigene Landesmindestlohngesetze verabschiedet, in denen die Mindestlohnvorgaben über die öffentlichen Aufträge hinaus auch auf den gesamten Bereich der öffentlichen Zuwendungen ausgedehnt wurden.

Angesichts der Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns mehren sich nun die Stimmen, die die Fortführung landesspezifischer Mindestlohnregelungen im Vergaberecht für überflüssig halten. Hinzu kommt eine durch Urteile des Europäischen Gerichtshofes angestoßene juristische Debatte, in der über die Konformität von vergabespezifischen Mindestlöhnen mit dem Europarecht gestritten wird.

VERGABESPEZIFISCHE MINDESTLÖHNE UND EUROPARECHT

Die juristische Kritik vergabespezifischer Mindestlöhne verweist in der Regel auf das „Rüffert-Urteil“ des EuGH (C346/06) aus dem Jahr 2008, in dem umfassende Tarifreuevorgaben, die sich auf nicht allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge beziehen, als illegitime Einschränkung der europäischen Dienstleistungsfreiheit gewertet wurden, da diese nicht durch die Europäische Entsenderichtlinie (96/71/EG) gedeckt seien. Hinzu kommt das aktuelle „Bundesdruckerei-Urteil“ (C-549/13) zum Vergabegesetz von Nordrhein-Westfalen, in dem untersagt wird, die dortige Mindestlohnvorgabe auch auf Nachunternehmer zu erstrecken, die die Durchführung des öffentlichen Auftrages komplett im EU-Ausland mit ausländischen Beschäftigten verrichten. Schließlich ist aktuell mit dem „RegioPost-Fall“ noch ein weiteres Verfahren (C-115/14)

beim EuGH anhängig, in dem das OLG Koblenz grundsätzlich nach der Europarechtskonformität von vergabespezifischen Mindestlöhnen fragt.

Im Kern gründet sich die europarechtliche Kritik an den vergabespezifischen Mindestlöhnen an der vom EuGH im Rüffert-Urteil geäußerten und im Bundesdruckerei-Urteil wiederholten Formulierung, wonach ein so genannter „partieller Arbeitnehmerschutz“, der nur bei öffentlichen, nicht jedoch bei privaten Aufträgen zum Tragen kommt, keine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigt. Dagegen steht die Position, dass legitime Einschränkungen der europäischen Dienstleistungsfreiheit durch die Europäische Entsenderichtlinie ermöglicht werden, die explizit gesetzliche Mindestlohnvorgaben erlaubt und hierbei nicht zwischen allgemeinen und vergabespezifischen Mindestlöhnen unterscheidet. Zu der Frage, ob vergabespezifische Mindestlöhne durch die Entsenderichtlinie gedeckt werden, hat sich der EuGH bislang noch nicht geäußert. Bis zur Urteilsverkündung im RegioPost-Fall muss die Frage der Europarechtskonformität von vergaberechtlichen Mindestlohnvorgaben deshalb als offen angesehen werden.

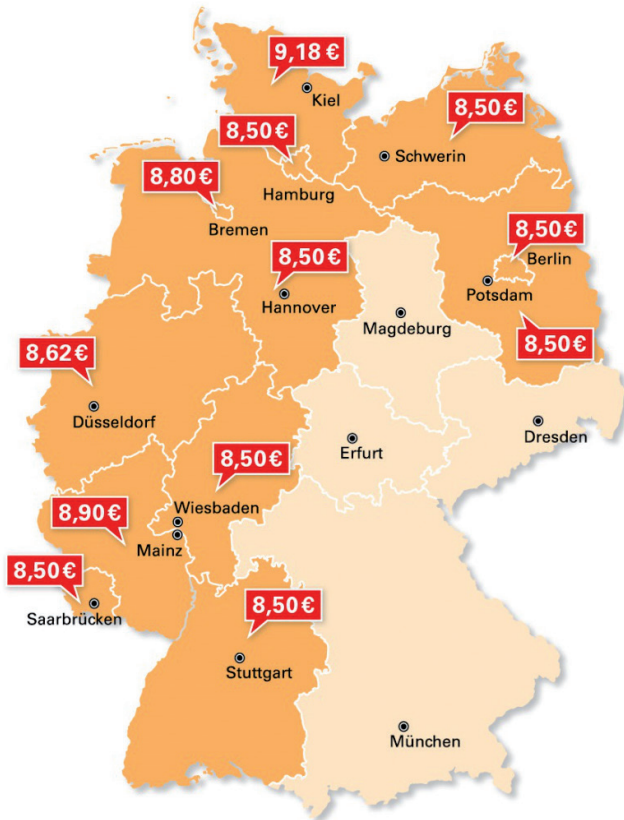
Selbst wenn der EuGH schließlich europarechtliche Bedenken anmeldet, muss dies jedoch keineswegs automatisch das Ende vergabespezifischer Mindestlöhne bedeuten. So bleibt den Bundesländern in diesem Fall nach wie vor die „Bremer Lösung“, derzufolge Mindestlohnvorgaben dann nicht gelten, „wenn der Auftrag für Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten der EU von Bedeutung ist“ (Bremer Vergabe- und Tarifreuegesetz, § 9, Abs. 2). Angesicht einer immer noch verschwindend geringen Anzahl von Vergabeverfahren mit ausländischer Beteiligung (zwischen 2% und 3%), wäre diese Form der „Inländerdiskriminierung“ durchaus legitimierbar.

ZIELE LANDESSPEZIFISCHER MINDESTLOHNVORGABEN

Inhaltlich lässt sich die Fortführung landesspezifischer Mindestlohnregelungen damit begründen, dass ihre Ziele deutlich über die Zielsetzung des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns hinausgehen. Dies ergibt sich bereits aus ihrem historischen Entstehungskontext. So wurden vergabespezifische Mindestlöhne zu einem Zeitpunkt eingeführt, nachdem der EuGH mit dem Rüffert-Urteil die Möglichkeiten umfassender Tarifreuevorgaben stark eingeschränkt hatte. Ihr Ziel besteht demnach nicht allein in der Förderung existenzsichernder Löhne (wie beim allgemeinen Mindestlohn), sondern vor allem in der Herstellung einer fairen Wettbewerbsordnung, die die Lohnkostenkonkurrenz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge begrenzt.



Mindestlohnvorgaben in Landesvergabegesetzen



Stand: Oktober 2014; Quelle: WSI Tarifarchiv 2014 | © Hans-Böckler-Stiftung 2014

Die Vergabegesetze von Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein zielen des Weiteren darauf ab, nicht nur die Lohnkostenkonkurrenz zwischen potentiellen privaten Auftragnehmern, sondern auch zwischen privaten und öffentlichen Anbietern zu begrenzen. Der vergabespezifische Mindestlohn soll hier ausdrücklich dazu beitragen, „dass sich die öffentliche Hand nicht durch Auslagerung von Aufgaben auf private Auftragnehmer ihrer Verantwortung für eine angemessene Vergütung der Beschäftigten entziehen kann, derer sie sich, wenn sie die beauftragte Leistung selbst erbringen würde, bedienen müsste“ (Landtag NRW, DS 15/2379, S. 44; wortgleich Landtag S-H, DS 18/187, S. 24). Vor diesem Hintergrund wurde in beiden Ländern die unterste Tarifgruppe des Tarifvertrages der Länder (TV-L) als Orientierungsgröße für die Höhe des vergabespezifischen Mindestlohns festgeschrieben. Dementsprechend liegt der Mindestlohn derzeit in NRW bei 8,62 Euro und in Schleswig-Holstein bei 9,18 Euro.

ZUKUNFT VERGABESPEZIFISCHER MINDESTLÖHNE

Auch Bremen und Rheinland-Pfalz verfügen mit 8,80 Euro bzw. 8,90 Euro über einen vergabespezifischen Mindestlohn, der bereits heute oberhalb des zum 1. Januar 2015 geltenden allgemeinen Mindestlohns von 8,50 Euro liegt. Diese sind das Ergebnis eigener Anpassungsverfahren, die zudem von landesspezifischen Mindestlohnkommissionen unter Beteiligung von Arbeitgebern und Gewerkschaften unterstützt wurden. Bremen hat zudem seinen Mindestlohn gerade erst zum 1. Oktober 2014 auf 8,80 Euro erhöht und damit als erstes Bundesland ein deutliches Signal für die Fortführung landesspezifischer Mindestlohnregelungen gesetzt. Andere Bundesländer diskutieren derzeit ebenfalls über weitere Anpassungen.

Insgesamt bieten die vergabespezifischen Mindestlöhne den Landesregierungen gute Gestaltungsmöglichkeiten, um angemessene Mindestlöhne zu fördern und faire Wettbewerbsbedingungen herzustellen. Diese werden sie nicht leichtfertig aus der Hand geben.



Dr. Thorsten Schulten,

Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI) in der Hans-Böckler-Stiftung, Mitglied der Mindestentgeltkommissionen von Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz