

# Mitteilungen - Städtebau und Wohnungswesen

StGB NRW-Mitteilung 595/1996 vom 20.12.1996

### **Vergabefremde Kriterien bei öffentlicher Bauvergabe**

Die RdErl. d. Ministeriums für Wirtschaft und Mittelstand, Technologie und Verkehr, zugleich im Namen des Ministerpräsidenten und aller Landesministerien v. 27.9.1996 - 424-80-67 - MBl. NW. S. 1860 - bzw. - 424-80-57 - MBl. NW. S. 1659 -, durch die Städten und Gemeinden hinsichtlich der Vergabe (Einhaltung von Mindestlöhnen; Bevorzugung auszubildender Betriebe) Empfehlungen ausgesprochen worden sind, geben Veranlassung, nochmals auf die rechtliche Zulässigkeit vergabefremder Kriterien einzugehen:

1. Vergaberechtlich müssen grundsätzlich private Eigenschaften des Bieters als vergaberelevante Kriterien außer Betracht bleiben (Ingenstau/Korbion "VOB" A § 25 Rn 58). Dies folgt aus § 8 Nr. 5 VOB/A, wonach bestimmte Unternehmer ausgeschlossen werden können. Private Eigenschaften des Unternehmers werden dort als Ausschlußgründe nicht genannt. Dies wird auch durch § 25 Nr. 3. III VOB/A bestätigt, welcher Kriterien für die Auswahl des günstigsten Angebots auflistet. Diese Vorschrift nennt nur angebotsbezogene Kriterien für die Auswahl, so etwa technische und wirtschaftliche Gesichtspunkte etc., die bei der Vergabe berücksichtigt werden dürfen. Demgemäß haben alle damit nicht zusammenhängenden Überlegungen wie steuerliche Gesichtspunkte, Beschäftigung von heimischen Arbeitskräfte, Konjunkturbelebung usw. außer Betracht zu bleiben (Ingenstau/Korbion A § 8 Rn 11).

Aus diesen Gründen spricht bereits aus vergaberechtlichen Gründen alles dafür, daß die hier in Rede stehenden Kriterien nicht zulässigerweise angewendet werden dürfen.

Zu den Kriterien im einzelnen:

#### 2. Bevorzugung ausbildender Betriebe (insbesondere bez. weiblicher Auszubildender)

Zunächst ist festzustellen, daß die Bevorzugung von Betrieben, die Auszubildende beschäftigen, einen vergabefremden Aspekt darstellt und damit gegen § 25 Nr. 3 III VOB/A verstößt (Heiermann/Riedl/Rusam "VOB" A § 25 Rn 63; Ingenstau/Korbion A § 8 Rn 16).

Des weiteren wirft die Bevorzugung gerade weiblicher Auszubildender zusätzliche Probleme auf. Insoweit könnte nicht nur ein Verstoß gegen Art. 3 II 1 GG vorliegen - der allerdings u.U. gem. Art. 3 II 2 GG gerechtfertigt sein könnte -, sondern auch gegen Art. 2 I der Richtlinie 76/207/EWG. Aus dieser Vorschrift folgt nämlich nach Auffassung des EuGH, NJW 1995, 3109 (3110), daß wegen des dort normierten Grundsatzes der Gleichbehandlung keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts erfolgen darf. Die staatlicherseits erfolgte Bevorzugung derjenigen Betriebe, die weibliche Auszubildende beschäftigen, würde zumindest eine solche mittelbare Diskriminierung der sonstigen Betriebe bewirken. Allerdings kann ein solches Vorgehen aufgrund Art. 2 IV der Richtlinie gerechtfertigt sein, wonach Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit zulässig sind. Der EuGH aaO. geht aber davon aus, daß Chancengleichheit insoweit nicht zu einer Bevorzugung im gewollten Ergebnis führen dürfe, diese dürfe das Ergebnis nicht unmittelbar selbst herbeiführen, sondern könne nur Rahmenbedingungen setzen. Die unmittelbare Bevorzugung der o.g. Betriebe bei der Vergabe geht aber über das Setzen von Rahmenbedingungen hinaus, da die o.g. Betriebe bereits - soweit sie ein mit anderen Betrieben vergleichbares Angebot abgegeben haben - aufgrund der Beschäftigung weiblicher Auszubildender den Zuschlag bekommen können. Dies wäre eine ergebnisorientierte Bevorzugung, die nicht den Zulässigkeitskriterien des

EuGH entsprechen dürfte. Daher verstößt das o.g. Kriterium gegen Vergaberecht und auch gegen Gemeinschaftsrecht.

### 3. Bevorzugung ortsansässiger Unternehmer

Die Bevorzugung ortsansässiger Unternehmer ist kein angebotsbezogenes bzw. leistungsbezogenes Kriterium, vielmehr liegt insoweit ein Verstoß gegen § 8 Nr. 1 Satz 2 VOB/A vor. Damit ist dieses Kriterium als vergabefremder Aspekt vergaberechtlich unzulässig (Heiermann/Riedl/Rusam A § 25 Rn 64 und A § 8 Rn 9, 10; Ingenstau/Korbion A § 8 Rn 11).

Des weiteren könnte ein Verstoß gegen Art. 59 I; 62 EGV vorliegen, wonach Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, aufgehoben werden müssen bzw. nicht neu eingeführt werden dürfen. Dienstleistungen i.d.S. sind selbständige Tätigkeiten, die vorübergehend ausgeübt werden (Arndt "Europarecht" 2. A., S. 102); insbesondere fallen darunter gem. Art. 60 II c) EGV handwerkliche Tätigkeiten, so daß auch baugewerbliche Tätigkeiten erfaßt werden. Die Bevorzugung Ortsansässiger als solcher bei der Vergabe würde zu einer Benachteiligung derjenigen Unternehmer führen, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat haben, so daß sie in ihrer Dienstleistungsfreiheit beschränkt würden. Das dürfte mit Art. 59 I, 62 EGV nicht vereinbar sein.

Gerechtfertigt werden kann eine solche Beschränkung nur gem. Art. 66 i.V.m. Art. 56 I EGV. Danach ist ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit zulässig, wenn er aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt ist. Die Bevorzugung Ortsansässiger kann sich nicht auf einen dieser Gesichtspunkte stützen. Sie soll insbesondere die örtliche Wirtschaft stärken bzw. bevorzugen und nicht der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung dienen. Daher ist der Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit nicht gerechtfertigt und damit unzulässig.

Die Bevorzugung Ortsansässiger ist daher vergaberechtlich und gemeinschaftsrechtlich unzulässig.

### 4. Bevorzugung tariftreuer Unternehmer

Das Kriterium der Tariftreue ist ebenfalls nicht leistungsbezogen und stellt damit einen vergabefremden Aspekt dar, so daß es vergaberechtlich unzulässig ist (Heiermann/Riedl/Rusam A § 25 Rn 32 c; ebenso Mitt. NWStGB Nr. 403, 1996, S. 289).

Darüber hinaus könnte ein Verstoß gegen Art. 9 III GG vorliegen. Danach ergibt sich für die am Wirtschaftsleben Beteiligten auch ein Recht, einer Koalition i.S.d. Art. 9 III GG fernzubleiben, sog. negative Koalitionsfreiheit. Dies bedingt ein grundsätzliches Verbot, Mitglieder einer Koalition, insbesondere einer Gewerkschaft, und Nichtmitglieder unterschiedlich zu behandeln, sofern dadurch ein mehr als geringfügiger Druck zum Beitritt bzw. zum Ausscheiden ausgeübt wird (Jarass/Pieroth "GG" Art. 9 Rn 39).

Wenn diejenigen Unternehmer bei der öffentlichen Vergabe bevorzugt würden, die sich tariftreu zeigen, so würden andere Unternehmer mittelbar ebenfalls zur Tariftreue angehalten werden, da sie bei der Vergabe andernfalls u.U. unberücksichtigt blieben, was für sie einen wirtschaftlichen Nachteil darstellten würde. Diese anderen Unternehmer würden daher durch ein staatliches Verhalten dazu gedrängt, diejenigen Tarifabschlüsse zu akzeptieren, die für sie normalerweise als Außenseiter unverbindlich wären. Dies stellt einen Eingriff in ihr Recht aus Art. 9 III GG dar, solchen Vereinigungen fernzubleiben, denn sachlich besteht kein Unterschied zwischen dem formellen Beitritt zu einer Koalition und dem Akzeptieren ihrer Verhandlungsergebnisse, ohne formell Mitglied zu sein. Insofern würde der Staat also in die Tarifautonomie eingreifen.

Ob ein solcher Eingriff gerechtfertigt, insbesondere verhältnismäßig wäre, dürfte äußerst zweifelhaft sein. Dies kann jedoch dahinstehen, da im Verhältnis von Staat und Bürger - worum es auch hier geht - ein Eingriff jeden-

falls einer gesetzlichen Grundlage bedarf (BVerfGE 88, 103 [116]); eine solche ist hier aber nicht vorhanden - der Runderlaß ist insoweit keine taugliche Eingriffsgrundlage.

Daher ist die Bevorzugung tariftreuer Unternehmer auch aus diesem Grund unzulässig.

#### 5. Scientologen

Zunächst einmal ist festzustellen, daß vergaberechtlich persönliche Aspekte des Unternehmers außer Betracht zu bleiben haben - vgl. oben 1 -, da gem. § 8 Nr. 1 Satz 1 VOB/A alle Bewerber gleich zu behandeln sind. Vergaberechtlich dürfte daher auch dieses Kriterium unzulässig sein.

Möglicherweise könnte auch insoweit ein Verstoß gegen Art. 4 I, II GG vorliegen, da eine Benachteiligung der Unternehmer wegen ihres Glaubens vorliegen könnte. Eine Benachteiligung kann nämlich auch in der Verweigerung einer Begünstigung - hier der Zuschlag in der Vergabe - liegen, selbst wenn auf die Begünstigung kein Anspruch besteht (Jarass/Pieroth Art. 4 Rn 13). Das setzt voraus, daß Scientologen sich als solche überhaupt auf Art. 4 I, II GG berufen können. Auf Art. 4 GG können sich nämlich solche Vereinigungen nicht berufen, die ihrer Struktur nach primär auf Gewinnerzielung angelegt sind (BVerwGE 90, 112 [118]). Auch die ledigliche Behauptung, eine Religionsgesellschaft zu sein, genügt nicht (BVerfGE 83, 341 [353]). Daher ist zumindest zweifelhaft, ob sich Scientologen auf Art. 4 GG berufen können. Diese Frage wird auch in der Rspr. nicht einheitlich beantwortet. So hat das OVG Hamburg, NJW 1995, 1850, diese Frage bejaht, das BAG, NJW 1996, 143, dagegen verneint. Daher ist den Gemeinden anzuraten, nicht auf dieses Kriterium abzustellen.

Jedenfalls vergaberechtlich stellt es kein zulässiges Kriterium dar.

6. Zusammenfassend ist daher festzustellen, daß alle hier genannten Kriterien - insbesondere vergaberechtlich - unzulässig sind.

Az.: II/3 608-01