

# **Die Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe von Briefdienstleistungen**

Empirische Befunde, politische Erfordernisse und rechtliche  
Möglichkeiten

**Input Consulting GmbH  
Theodor-Heuss-Straße 2  
70174 Stuttgart  
[www.input-consulting.com](http://www.input-consulting.com)**

Stuttgart, August 2009

**...input  
consulting**

Beratungsgesellschaft  
für Innovationstransfer  
Post & Telekommunikation



## Einleitung

Mit der Liberalisierung des deutschen Briefmarktes war die Sorge verbunden, der Wettbewerb gehe mit der Ausbreitung ungeschützter und schlechter Arbeits- und Einkommensbedingungen bei den Lizenznehmern einher. Diese Befürchtung war nicht unbegründet, wie mehrere im Jahr 2007 publizierte Untersuchungen über die Beschäftigungsbedingungen bei den neuen Briefdienstleistern bestätigten. Nachdem die 1997 im Postgesetz verankerte Sozialklausel, welche die Lizenzerteilung von der Beachtung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen abhängig machte, von der Bundesnetzagentur in unzureichender Weise umgesetzt wurde, hat sich die Regierungskoalition entschieden, zeitgleich mit der vollständigen Marktöffnung zum 1.1.2008 einen von ver.di und dem Arbeitgeberverband Postdienste vereinbarten Post-Mindestlohnvertrag für alle Briefdienstleistungsunternehmen für allgemeinverbindlich zu erklären. Damit sollten nicht nur die Beschäftigten vor Lohndumping geschützt, sondern zugleich unfaire, auf den Kostenvorteilen prekärer Beschäftigungsbedingungen fußende Wettbewerbspraktiken im deutschen Briefmarkt beseitigt werden.

Aufgrund solcher unlauterer Wettbewerbsvorteile sind Presseberichten zufolge in den zurückliegenden Jahren bei öffentlichen Ausschreibungen von Postdienstleistungen zunehmend neue Briefdienstleister zum Zug gekommen, welche die Deutsche Post AG in erster Linie aufgrund der genannten Lohnkostenvorteile preislich zu unterbieten in der Lage waren. Mit der Vergabe von Briefdienstleistungen an den preisgünstigsten Anbieter konnten die ausschreibenden Behörden zwar einerseits deutliche Einsparungen bei den Portokosten realisieren, andererseits wurde aber bekannt, dass die Zustellkräfte der beauftragten Lizenznehmer vielfach auf die Unterstützung von Arbeitslosengeld II angewiesen waren, weil die gezahlten Gehälter der Lizenznehmer unterhalb des Existenzminimums lagen. Damit wird der günstige Preis der neuen Anbieter in öffentlichen Vergabeverfahren vielfach indirekt durch Sozialleistungen aus öffentlichen Mitteln subventioniert. Ein solches auf Lohndumping basierendes Geschäftsmodell hat nicht nur eine Reihe negativer sozialpolitischer Implikationen, sondern führt auch zu einem unfairen Wettbewerb, welcher durch die Ausschreibungs- und Vergabepaxis öffentlicher Verwaltungen möglicherweise noch forciert wird.

Die vorliegende Studie befasst sich mit der Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe von Briefdienstleistungen sowie den politischen Erfordernissen und rechtlichen Möglichkeiten einer sozial nachhaltigen Vergabepolitik der öffentlichen Hand. Die Bearbeitung des Themas erfolgt in zwei Teilen:

Um eine genauere Kenntnis über die öffentliche Ausschreibungs- und Vergabepraxis im Bereich von Briefdienstleistungen zu erlangen, wird diese im Zeitraum 2005 bis 2008 einer empirischen Untersuchung unterzogen. Dabei wird insbesondere der Frage nachgegangen, ob der öffentliche Vergabewettbewerb bei Briefdienstleistungen Anbieter begünstigt, die sich durch den Rückgriff auf prekäre Arbeitsbedingungen und die Bezahlung von Niedriglöhnen Kosten- und Wettbewerbsvorteile verschaffen oder ob in öffentlichen Vergabeverfahren soziale Aspekte eine gewichtige Rolle spielen, die Wettbewerbsvorteile durch Lohndumping verhindern. Zudem beschreibt der erste, von Claus Zanker, Input Consulting GmbH (Stuttgart), bearbeitete Teil dieser Studie die Notwendigkeit einer sozial-verantwortlichen Vergabepolitik der öffentlichen Hand und zeigt Maßnahmen auf, wie eine solche für den Bereich der Briefdienstleistungen gewährleistet werden kann.

Der zweite Teil dieser Arbeit behandelt die rechtlichen Rahmenbedingungen und die Berücksichtigungsfähigkeit sozialer Kriterien im Allgemeinen und des Post-Mindestlohns im Besonderen bei öffentlichen Vergabeverfahren von Briefdienstleistungen nach europäischem und deutschem Recht. Dabei sind die aktuellen rechtlichen Entwicklungen, v.a. das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz und das reformierte Arbeitnehmerentendegesetz vom 20.4.2009, sowie die einschlägige Rechtsprechung bis Juni 2009 berücksichtigt. Der rechtswissenschaftliche Teil der Studie wurde von Prof. Dr. Thomas Blanke, Universität Oldenburg, verfasst.

Für einen schnellen Überblick haben wir unseren Ausführungen eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse vorangestellt.

**Übersicht**

	<b>Seiten</b>
<b>I. Zusammenfassung</b>	<b>1 - 12</b>
<b>II. Die öffentliche Ausschreibungs- und Vergabepraxis bei Briefdienstleistungen und die Notwendigkeit einer sozial nachhaltigen Vergabepolitik der öffentlichen Hand</b> <i>Claus Zanker, Input Consulting GmbH, Stuttgart</i>	<b>13 - 68</b>
<b>III. Die Berücksichtigungsfähigkeit sozialer Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe von Briefdienstleistungen nach europäischem und deutschem Recht</b> <i>Prof. Dr. Thomas Blanke, Universität Oldenburg</i>	<b>69 - 134</b>



## I. Zusammenfassung

### Die öffentliche Ausschreibungs- und Vergabepraxis bei Briefdienstleistungen und die Notwendigkeit einer sozial nachhaltigen Vergabepolitik der öffentlichen Hand

*Claus Zanker, Input Consulting GmbH, Stuttgart*

1.

Mit einem Auftragsvolumen zwischen 1,1 und 1,6 Mrd. Euro pro Jahr gehört der **öffentliche Sektor zu den wichtigsten Auftraggebern für Postdienstleistungen** in Deutschland. 10 bis 15% des Briefmarktumsatzes wird somit von der öffentlichen Hand generiert. Mit der vollständigen **Liberalisierung des Briefmarktes** zum 1.1.2008 erweitern sich für öffentliche Auftraggeber die Möglichkeiten einer **wettbewerblichen Auftragsvergabe von Briefdienstleistungen**. Bei Überschreiten eines Auftragswertes von 206.000 Euro ist eine EU-weite öffentliche Ausschreibung für staatliche Institutionen verpflichtend.

2.

Betrachtet man die **Entwicklung der öffentlichen Ausschreibungen von Briefdienstleistungen in den Jahren 2005 bis 2008**, so ist seit der Marktöffnung in 2008 eine deutliche Zunahme wettbewerblicher Vergabeverfahren feststellbar. Gegenüber dem Vorjahr hat sich in 2008 nicht nur die Anzahl der Ausschreibungen von 82 auf 167 verdoppelt, auch das in diesem Jahr ausgeschriebenen Auftragsvolumen des öffentlichen Sektors überschreitet mit mehr als 400 Mio. Euro die in den Jahren 2005 bis 2007 insgesamt vergebene Auftragssumme. Knapp die Hälfte der Vergabeverfahren sind von Kommunen veranlasst worden, bezogen auf das Finanzvolumen stammen jedoch die größten Auftragssummen von den Behörden der Bundesländer - und hier insbesondere von den Finanz- und Justizverwaltungen. Von der Möglichkeit zur Ausschreibung von Briefdienstleistungen wurde in den einzelnen Bundesländern bislang sehr unterschiedlich Gebrauch gemacht und hängt nach unserer Erkenntnis v.a. vom Vorhandensein ausreichend leistungsfähiger neuer Briefdienstleistungsunternehmen in der jeweiligen Region ab.

Im Zeitraum von 2005 bis 2008 haben insbesondere die Landes- und Kommunalbehörden in den Neuen Bundesländern sowie in Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen Briefdienstleistungen per öffentlichem Ausschreibungsverfahren vergeben; in Hessen, Rheinland-Pfalz,

Berlin, Bremen, Hamburg und im Saarland war dies nur vereinzelt oder gar nicht der Fall. Nach unseren Berechnungen wurden in 2008 bei Briefdienstleistungen nur 12- 17% des gesamten jährlichen Auftragsvolumens öffentlich ausgeschrieben.

Beim überwiegenden Teil (72%) der öffentlichen Ausschreibungsverfahren werden klassische Briefdienstleistungen vergeben, weiteren 14% beziehen sich auf die förmliche Zustellung („Postzustellungsaufträge“). Hinsichtlich der Ausschreibungsart und Auftragsgröße lässt sich für den Zeitraum 2005 bis 2008 feststellen, dass 61% der Aufträge durch ein offenes Verfahren vergeben werden, bei 41% der Ausschreibungen übersteigt das Auftragsvolumen den Schwellenwert von 206.000 Euro, ab dem eine europaweite Ausschreibung erforderlich ist.

3.

Mit der **wettbewerblichen Vergabe von Briefdienstleistungen wird von den ausschreibenden Behörden meist das Ziel von Kosteneinsparungen verfolgt**. Darauf deutet vor allem die Tatsache hin, dass qualitative Kriterien bei der Zuschlagserteilung nur bei 14% der analysierten Ausschreibungsverfahren eine relevante Rolle spielen. Bei 17% der Vergabeverfahren wurde explizit der niedrigste Angebotspreis als alleiniges Zuschlagskriterium genannt, und auch bei den knapp zwei Dritteln aller Ausschreibungen, die keinerlei Spezifizierung der Wertungsmaßstäbe enthalten, darf nach gängiger Rechtsauffassung ausschließlich der Preis für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit eines Angebots herangezogen werden. Die Fokussierung auf den Preis als alleiniges Zuschlagskriterium bei der Ausschreibung von Briefdienstleistungen genügt jedoch nach gängiger Rechtsauffassung weder den vergaberechtlichen Anforderungen noch der Gewährleistungsverantwortung des Staates bei der Erledigung öffentlicher Aufgaben durch private Unternehmen.

4.

**Soziale Kriterien spielen bei den untersuchten Ausschreibungen für Briefdienstleistungen praktisch keine Rolle**. Mit Ausnahme einer in mehrere regionale Teillose aufteilten Ausschreibung der Bundesagentur für Arbeit, wurden im Jahr 2008 nur bei 2,5% aller Vergabeverfahren für Briefdienstleistungen von den Bietern die Vergütung ihrer Beschäftigten nach den Bedingungen des für allgemeinverbindlich erklärten Post-Mindestlohtarifvertrags explizit eingefordert. Briefdienstleistungsunternehmen, welche die „Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen“ nicht beachten, müssen aufgrund der andauernden Gerichtsverfahren zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Mindestlohnverordnung derzeit nicht nur keinerlei Sanktionierung ihres Rechtsverstoßes durch die Zollver-



waltung befürchten, sondern können mit dem dadurch erlangten Kostenvorteil ihre Leistungen günstiger anbieten und damit sogar ihre Wettbewerbschancen bei öffentlichen Vergabeverfahren verbessern.

5.

Trotz des zunehmenden Wettbewerbs im deutschen Briefmarktes konnte die Deutsche Post AG einen hohen Marktanteil verteidigen. Dennoch gelingt es ihr nach den Ergebnissen unserer Analyse bei öffentlichen Vergabeverfahren nur in eingeschränktem Maße Aufträge zu gewinnen. **Im Zeitraum zwischen 2005 und 2008 entfielen 88% aller im Rahmen öffentlicher Ausschreibungen erteilten Zuschläge für Briefdienstleistungsaufträge auf neue Anbieter.** Bei Ausschreibungen regional begrenzter Briefdienstleistungsaufträge der Kommunalverwaltungen konnten die Wettbewerber der Deutschen Post AG sogar 91% aller Aufträge auf sich vereinen. Im genannten Zeitraum akquirierten die Lizenznehmer bei öffentlichen Vergabeverfahren Aufträge im Umfang von mehr als 400 Mio. Euro. Die hohe Erfolgsquote neuer Anbieter bei öffentlichen Ausschreibungen überrascht umso mehr, als die Deutsche Post AG aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung über relevante Größen- und Verbundvorteile verfügt, die es ihr erlauben sollte, die Beförderung von Briefen produktiver und auf einem deutlich günstigeren Kostenniveau durchführen zu können, als dies den Lizenznehmer mit deren ungleich geringeren Sendungsvolumen möglich sein dürfte. Dennoch erfolgt die Zuschlagserteilung bei öffentlichen Vergabeverfahren zu einem überwiegenden Anteil auf die Angebote neuer Anbieter.

Dies resultiert im Wesentlichen auf folgenden **strukturell bedingten Vorteilen der Lizenznehmer** bei der Preisgestaltung, was diese regelmäßig in die Lage versetzt, die Deutsche Post AG bei öffentlichen Aufträgen preislich zu unterbieten:

- Erstens unterhalten die Lizenznehmer im Gegensatz zum Universaldienstanbieter Deutsche Post kein flächendeckendes Zustellnetzwerk, sondern fokussieren sich primär auf **regional begrenzte Aufträge**, was eine vergleichsweise **kostengünstige Briefbeförderung und -zustellung erlaubt** und sich entsprechend günstig in der Preiskalkulation niederschlägt. Dabei dürften die neuen Briefdienstleister künftig von der im Vergaberechtsmodernisierungsgesetz verstärkten Verpflichtung der Vergabestellen zur Aufteilung von Aufträgen in möglichst kleine Einheiten profitieren, mit der insbesondere die Chancen kleiner und mittlerer Unternehmen im Vergabeverfahren verbessert werden sollen. Landes- oder bundesweiten Briefdienstleistungen sind daher künftig in Form mehrerer regional begrenzter Teilaufträgen auszuschreiben, was nicht

nur bei den Vergabestellen mit einem erheblichem Mehraufwand verbunden ist, sondern zudem die „Rosinenpickerei“ der Post-Wettbewerber befördert und letztlich zu einer zunehmenden Regionalisierung postalischer Netzwerke führt.

- Zweitens können aufgrund der Missachtung der Mindestlohnverordnung durch die meisten Lizenznehmer diese mit der **Bezahlung von Niedriglöhnen** und den Rückgriff auf hoch **flexible Beschäftigungsverhältnisse** deutliche **Kostenvorteile gegenüber der tarifgebundenen Deutschen Post AG** zum Tragen bringen, was sie in die Lage versetzt, als Billiganbieter am Markt aufzutreten.
- Drittens ist die **Deutsche Post AG** als marktbeherrschendes Unternehmen bei der **Preisgestaltung umfassenden gesetzlichen Restriktionen unterworfen**, die sie davon abhalten preislich flexibel zu reagieren und ihrerseits in einen Preisunterbietungswettbewerb einzutreten.

6.

Nimmt man den **Preis** einer Dienstleistung **als das übergeordnete Vergabekriterium**, ohne zusätzlich soziale oder qualitative Maßstäbe zu berücksichtigen, droht insbesondere bei Briefdienstleistungen, bei denen die Personalkosten von hoher Bedeutung sind, die Gefahr, dass sich Unternehmen durch die Bezahlung von **Dumpinglöhnen** Kosten- und Wettbewerbsvorteile verschaffen. Anbieter mit vergleichsweise guten Beschäftigungsbedingungen werden bei solchen öffentlichen Ausschreibungen regelmäßig preislich unterboten und bei der Vergabe von Aufträgen durch die öffentliche Hand zunehmend von „Billiganbietern“ verdrängt. Während die Realisierung von Kostenvorteilen aufgrund der Fokussierung auf bestimmte Marktsegmente, des Einsatzes innovativer Technologien, einer schlanken Unternehmensorganisation oder aufgrund eines gut durchdachten Geschäftsmodells aus sozial- und wettbewerbspolitischer Perspektive prinzipiell nicht zu beanstanden ist, sind Konkurrenzvorteile, die aus dem Rückgriff auf **prekäre Beschäftigungsbedingungen** entstehen, in dieser Hinsicht als **äußerst problematisch** zu qualifizieren. Insbesondere dann, wenn wie bei vielen Lizenznehmer der Fall, Niedrigstlöhne durch staatliche Unterstützungszahlungen aufgestockt werden müssen, weil diese nicht zur Deckung des Lebensunterhaltes ausreichen und somit eine Subventionierung der durch Lohndumping erlangten Kostenvorteile aus den öffentlichen Haushalten erfolgt.

7.

Die Analyse der Ausschreibungs- und Vergabepaxis von Briefdienstleistungen zeigt, dass eine allein auf den **günstigsten Preis abzielende Vergabepolitik der öffentlichen Hand eine Reihe negativer Folgen** impliziert. Vor allem aus sozial- und wettbewerbspolitischer Sicht ist es erforderlich, dass die öffentliche Auftragsvergabe keine Anreize für eine - teilweise ruinöse - Preisunterbietungskonkurrenz setzt. Der **Staat** sollte deshalb durch seine **Vorbildfunktion** und mit Hilfe seiner Marktmacht als Auftraggeber dafür sorgen, dass nur solche Anbieter Aufträge aus öffentlichen Mitteln erhalten, die von staatlicher Seite als vorbildlich erachtete bzw. zumindest gesetzlich geforderte Verhaltensweisen an den Tag legen und sich **keine unlauteren Wettbewerbsvorteile durch Lohn- und Sozialdumping** verschaffen.

8.

Wie eine Reihe vergleichender Studien belegen, zählt Deutschland bislang nicht zu den Vorreitern einer **sozial nachhaltigen Beschaffungspolitik**. Während Länder wie Großbritannien, Dänemark, die Niederlande oder auch die USA mit der öffentlichen Auftragsvergabe eine Reihe sekundärpolitischer Zielsetzungen verfolgen, sind hierzulande viele politischen Entscheidungsträger der Aufnahme sozialer Kriterien bei der öffentlichen Beschaffung gegenüber - meist aus ordnungspolitischen Erwägungen - eher kritisch eingestellt. Nach unserer aus Expertengesprächen gewonnenen Einschätzung ist bei den Vergabeverantwortlichen die Bereitschaft zur Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe durchaus gegeben, allerdings fehlt ihnen oftmals das erforderliche „Backing“ durch die übergeordneten Dienststellen bzw. die politisch Verantwortlichen. Auch konnten wir bei unseren Gesprächen - allerdings ohne Anspruch auf Repräsentativität - den Eindruck gewinnen, dass je nach politischer Couleur in den Bundesländern und Kommunalverwaltung die vorhandenen rechtlichen Spielräume für eine sozial-ökologisch verantwortliche Auftragsvergabe unterschiedlich weit genutzt werden.

9.

Eine sozial nachhaltige und verantwortungsvolle öffentlichen Auftragsvergabe ist nicht nur politisch geboten, sondern mit der im April 2009 verabschiedeten Vergaberechtsreform auch in umfassenderer Weise rechtlich zulässig, als dies bislang der Fall war. Damit im Briefdienstleistungssektor Lohndumping nicht durch die Gewährung öffentlicher Aufträge belohnt wird, sind nach unserer Einschätzung folgende **Maßnahmen** erforderlich und zielführend:

1. Schaffung von Rechtssicherheit bezüglich der Anwendung des allgemeinverbindlichen Post-Mindestlohns als Zuverlässigkeitskriterium im Bieterverfahren, v.a. durch eine Neuverordnung des Postmindestlohns auf Basis des neugefassten Arbeitnehmer-Entsendegesetzes vom 20.04.2009;
2. Ausnutzung aller rechtlicher Möglichkeiten im Vergabeprozess zur Verhinderung von Lohn- und Sozialdumping, insbesondere durch die Überprüfung ungewöhnlicher niedriger Preise und ggf. den Ausschluss unauskömmlicher Angebote;
3. Offensive Wahrnehmung der durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz erweiterten Möglichkeit zur Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe (§ 97 Abs. 4 GWB neu);
4. Entwicklung von Leitlinien der Bundes- und/oder Landesregierungen zur sozial-ökologischen Auftragsvergabe.

## Die Berücksichtigungsfähigkeit sozialer Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe von Briefdienstleistungen nach europäischem und deutschem Recht

*Prof. Dr. Thomas Blanke, Universität Oldenburg*

1.

Als **öffentliche Auftraggeber** sind **an das Vergaberecht gebunden** nach § 98 Nr. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) der Bund, die Länder, Landkreise, Gemeinden und Gemeindeverbände sowie deren Eigenbetriebe, nach § 98 Nr. 2 GWB auch alle sonstigen Verwaltungseinrichtungen gleich welcher Rechtsform, sofern sie dem bestimmenden Einfluss von Gebietskörperschaften der öffentlichen Hand, ihrer Sondervermögen oder Zweckverbände unterliegen. Demgegenüber kommt den in § 98 Nr. 3 GWB genannten Verbänden als öffentliche Auftraggeber lediglich eine Auffangfunktion zu. Die Nr. 4 bis 6 von § 98 GWB erfassen dagegen spezielle Gruppen von öffentlichen Auftraggebern wie Sektorenauftraggeber (Nr. 4), staatlich subventionierte Auftraggeber (Nr. 5) und Baukonzessionäre (Nr. 6).

2.

Aktuell müssen öffentliche Auftraggeber die Vergabe von Postdienstleistungen ab einem Wert von 206.000.-€(bzw. oberste oder obere Bundesbehörden sowie vergleichbare Bundeseinrichtungen 133.000.-€) öffentlich europaweit ausschreiben. Für Sektoren-Auftraggeber i.S. der Richtlinie 2004/17/EG beträgt der aktuelle Schwellenwert 412.000.-€

3.

**Soziale Aspekte** sind bei Entscheidungen über öffentliche Auftragsvergaben **berücksichtigungsfähig**. Dies gilt **sowohl bei Erreichen der Schwellenwerte**, die eine EU-weite Ausschreibung erforderlich machen, als auch **im unter-schweligen Bereich**.

Dies folgt zunächst aus der Tatsache, dass in beiden Bereichen Aufträge nur an zuverlässige Bewerber vergeben werden dürfen. Die **Zuverlässigkeit** umfasst die Einhaltung der für alle geltenden Gesetze. Dies gilt auch für die in Tarifverträgen festgesetzten Mindestlöhne, sofern diese gemäß § 5 Tarifvertragsgesetz (TVG) oder § 7 Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) für allgemein verbindlich erklärt sind. Dies ist in den Vergaberichtlinien der EU aus dem Jahre 2004 ausdrücklich vorgesehen und ergibt sich ferner auch aus den aktuellen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes in den Rechtssachen Laval, Rüffert und Luxemburg.

4.

Soziale Aspekte, speziell ein für allgemeinverbindlich erklärter Mindestlohntarifvertrag, sind aber nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB **nicht allein berücksichtigungsfähig**, sondern unter dem Aspekt der Gesetzestreue verlangenden Zuverlässigkeit eines Bewerbers im öffentlichen Ausschreibungsverfahren **zwingend zu beachten**. Auch wenn die Erstreckung eines tariflichen Mindestlohns durch Rechtsverordnung nach § 7 AEntG **kein förmliches Gesetz** darstellt, so besitzt die Verordnung, die gemäß § 8 Abs. 2 AEntG auch konkurrierende Tarifbindungen von in- und ausländischen Wettbewerbern verdrängt, den Charakter einer **Eingriffsnorm i.S. von § 34 EGBGB** (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch). Denn die Regelungen in §§ 7 und 8 des AEntG dienen nicht nur dem Schutz von Individualinteressen, sondern mit ihnen werden auch Gemeinwohlinteressen verfolgt. Eingriffsnormen verlangen aber - nicht anders als förmliche Gesetze - zwingende Beachtung von allen, die auf dem Gebiet der Bundesrepublik im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses tätig sind und setzen sich damit über das an sich anwendbare Recht hinweg.

5.

Für die Auftragsausführung können nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB i.d.F. des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes **zusätzliche** Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die **insbesondere soziale Aspekte** betreffen, wenn sie in sachlichem Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz geht davon aus, dass es sich bei diesen Leistungsanforderungen, die die Auftragsausführung betreffen, um **Zuschlagskriterien** handelt. Als ein solcher sozialer Aspekt kommt etwa, wie aus der Begründung zur Gesetzesnovelle hervorgeht, „**eine angemessene Bezahlung“ des eingesetzten Personals** in Betracht, sofern diese in sachlichem Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand (etwa: In Hinblick auf die Wahrung der Qualifikation der Beschäftigten oder die besonderen Anforderungen an die Erfüllung des Auftrags) steht.

6.

An den **Nachweis der fehlenden Zuverlässigkeit** sind wegen des im Ausschluss aus dem Bieterverfahren liegenden **Grundrechtseingriffs** sowohl in materieller wie prozeduraler Hinsicht hohe Anforderungen zu stellen. Deshalb war hilfsgutachtlich zu prüfen, ob soziale Kriterien wie die Einhaltung von für allgemeinverbindlich erklärten Vergütungen als „**andere oder weitergehende Anforderungen**“ i.S. von § 97 Abs. 4 S. 3 GWB anzusehen sind. Vor-

aussetzung dafür ist, dass die entsprechende Anforderung in einem **Bundes- oder Landesgesetz** vorgesehen ist. Diese Anforderungen können die **Qualität von Eignungs- oder Zuschlagskriterien** besitzen. In Betracht kommen insoweit insbesondere die Lizenzvorschrift nach § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG, die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG und die Rechtsnormerstreckung durch Rechtsverordnung nach § 7AEntG.

7.

Zu bejahen ist dies nur für die **Rechtsnormerstreckung durch Rechtsverordnung** nach § 7 AEntG. Nur die nach diesem Gesetz vorgesehenen Allgemeinverbindlicherklärungen tariflicher Mindestlohnsätze erfüllen die Anforderungen, die nach europäischem Recht (in der aktuellen Interpretation durch den Europäischen Gerichtshof) an ein derartiges Gesetz zu stellen sind.

Die Bestimmung über die Möglichkeit zur Aufnahme „anderer“ Kriterien bei der Beurteilung der Eignung von Bewerbern um öffentliche Aufträge bzw. bei der Erteilung des Zuschlags gemäß § 97 Abs. 4 S. 3 GWB gilt zwar nur im Bereich oberhalb der EU Schwellenwerte. Im unterschwelligen Bereich besteht keine ausdrückliche Regelung zur Berücksichtigung sozialer Kriterien.

8.

Die Möglichkeit zur Aufnahme „anderer“ Kriterien bei der Beurteilung der Eignung von Bewerbern um öffentliche Aufträge bzw. bei der Erteilung des Zuschlags gemäß § 97 Abs. 4 S. 3 GWB besteht nur im Bereich **oberhalb der EU Schwellenwerte**. Im Hinblick auf das **Sozialstaatsgebot** des Grundgesetzes aus Art. 20 Grundgesetz ist diese Regelungslücke dahingehend zu schließen, dass soziale Kriterien im unterschwelligen Bereich sogar noch weitergehend berücksichtigt werden können als nach dem maßgeblichen EU-Recht. Denn dieses ist, wie die Betonung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten nach dem EG-Vertrag zeigt, in besonderer Weise auf die Förderung des grenzübergreifenden Wettbewerbs zur Errichtung eines gemeinsamen Binnenmarktes ausgerichtet.

9.

Für die Frage, ob und ggf. **welche Regelungsbedarfe** sich daraus ergeben, ist folgendes zu beachten:

a) M. E. sollten die **Tariftreuegesetze der Länder einstweilen nicht geändert** werden. Denn es bleibt abzuwarten, ob die vom EuGH in den zuletzt gefällten einschlägigen Entscheidungen vertretene Rechtsposition auch weiterhin aufrecht erhalten wird. Da die Entscheidungen des EuGH nur für den jeweils anstehenden Rechtsfall Geltung besitzen, ist durchaus denkbar, dass das Gericht seine aktuell vertretene Auffassung in einem Parallelfall später korrigiert.

Will man aber insoweit sicher gehen und es nicht auf diese Möglichkeit ankommen lassen, dann bleibt nur die Alternative, die Tariftreueerklärungen in den Landesvergabegesetzen zu ändern. Sie sollten nicht die regional geltenden Tarifverträge in Bezug nehmen, sondern den jeweils nach dem TVG bzw. dem AEntG für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag.

Das bedeutet aber, dass

- aa) entweder durch bundesgesetzliche Initiative weitere Branchen in das AEntG aufgenommen werden sollten oder aber
- ab) wie in der Mehrzahl der übrigen EU-Länder ein allgemeinverbindlicher gesetzlicher Mindestlohn statuiert werden müsste.

Ersteres ist dann erforderlich, wenn das Landesvergabegesetz nicht allein die Baubranche, sondern auch andere Branchen erfasst. Dann ist nämlich die Korrespondenz zwischen den jeweiligen sachlichen Geltungsbereichen nach dem Landesvergabegesetz und dem AEntG herzustellen. Die aktuell geltende Fassung des AEntG vom 20.4.2009 listet insgesamt acht Branchen auf, für die die Bestimmungen des Arbeitnehmerentsendegesetzes gelten. Dies gilt auch für den vorliegend zu prüfenden Fall der Erbringung von Postdienstleistungen. Das AEntG a.F. ist in § 1 Abs. 1 S. 3 bereits durch Gesetz vom 28. Dezember 2007 um den Bereich der Briefdienstleistungen erweitert worden ist.

Die Bundesregierung hat im August 2008 eine Kombination aus beiden Wegen eingeschlagen und den Vorstoß unternommen, sowohl das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen zu ändern und das AEntG über-



sichtlicher zu gestalten. Beide Gesetze sind inzwischen verabschiedet. Mit ersterer Maßnahme sollen Mindestentgeltregelungen in den Branchen ermöglicht werden, in denen es entweder keine Tarifverträge gibt oder in denen eine Tarifbindung nur für eine Minderheit der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen oder der Arbeitgeber besteht. Hierzu ist das Verfahren der Festsetzung solcher Entgelte vereinfacht worden. Die Novellierung des AEntG öffnet das Gesetz für weitere Branchen. Für neu einzubeziehende Branchen, die erstmals eine Erstreckung ihres Tarifvertrages beantragen, ist künftig zunächst der Tarifausschuss mit dem Antrag zu befassen. Außerdem werden dem Verordnungsgeber im Falle konkurrierender Tarifverträge gemäß § 7 Abs. 2 des Entwurfs konkrete Kriterien - wie insbesondere die Repräsentativität - für eine Entscheidung vorgegeben.

b) Im Hinblick auf die von Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg behaupteten Verfahrensfehler bei **Erlass der Postmindestlohnverordnung** vom 28.12.2007 ist zu empfehlen, dieses Verfahren zum Erlass der Rechtsverordnung **erneut durchzuführen**.



## **II. Die öffentliche Ausschreibungs- und Vergabep Praxis bei Briefdienstleistungen und die Notwendigkeit einer sozial nachhaltigen Vergabepolitik der öffentlichen Hand**

*Claus Zanker, Input Consulting GmbH, Stuttgart*

	Seite
1. Fragestellung und Vorgehensweise	15
2. Die Bedeutung staatlicher Aufträge für Briefdienstleistungsunternehmen	19
3. Öffentliche Ausschreibungen von Briefdienstleistungen zwischen 2005 und 2008	22
3.1 Entwicklung und Struktur öffentlicher Ausschreibungen von Briefdienstleistungen	22
3.2 Berücksichtigung qualitativer und sozialer Kriterien bei öffentlichen Ausschreibungen von Briefdienstleistungen	30
3.2.1 Maßstäbe für die Vergabeentscheidung: Qualität und/oder Preis	30
3.2.2 Der Post-Mindestlohn bei öffentlichen Ausschreibungen von Briefdienstleistungen	33
4. Die Vergabep Praxis bei öffentlichen Ausschreibungsverfahren von Briefdienstleistungen zwischen 2005 und 2008	37
4.1 Vergabeentscheidungen bei der Beauftragung von Briefdienstleistungen durch die öffentliche Hand	38
4.2 Preiswettbewerb unter ungleichen Bedingungen und die Folgen für die Vergabe öffentlicher Briefdienstleistungsaufträge	44
5. Die Praxis öffentlicher Ausschreibung und Vergabe von Briefdienstleistungen - ein zusammenfassendes Resümee	50
6. Die soziale Verantwortung des Staates bei der Vergabe öffentlicher Aufträge	53
7. Handlungsansätze zur Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der Auftragsvergabe von Briefdienstleistungen	57
8. Literatur	65



## 1. Fragestellung und Vorgehensweise

Über die Praxis der öffentlichen Ausschreibung und Vergabe von Briefsendungen ist bislang nur wenig bekannt. Bis zur vollständigen Öffnung des deutschen Briefmarktes im Jahr 2008 spielte das Thema eine nur untergeordnete Rolle, war doch bis dahin die Hälfte des deutschen Briefmarktes noch im Bereich der Exklusivlizenz der Deutschen Post AG (DPAG). Nur Briefe mit einem Gewicht von mehr als 50 Gramm, qualitativ höherwertige Sendungsarten sowie die für die Behördenpost wichtige „förmliche Zustellung“ standen schon vor 2008 im Wettbewerb und konnten somit durch eine öffentliche Ausschreibung vergeben werden.

Die Ausschreibung öffentlicher Aufträge für den Briefversand erfolgte nach bisheriger Erfahrung primär mit der Motivation zur Kostensenkung.<sup>1</sup> So konnte beispielsweise die Berliner Senatsverwaltung mit der Vergabe ihres Briefversandes an die PIN AG laut Presseberichten Einsparungen in Millionenhöhe realisieren.<sup>2</sup> Für die Briefdienstleister sind ihre günstigen Portokosten das wichtigste Werbeargument: „Detlef Hengstebeck, Geschäftsführer der Dortmunder WPS Westdeutscher Post Service, beziffert die möglichen Einsparungen auf 20 bis 30 % gegenüber den Tarifen der Deutschen Post. Zwar zählt die WPS viele Finanzämter im Ruhrgebiet unter den 600 Kunden. Die großen Stadtverwaltungen in Dortmund oder Bochum zieren sich aber noch“.<sup>3</sup> Der Preis spielt den erwähnten Beispielen zufolge offenbar eine durchaus bedeutende, wenn nicht gar die ausschlaggebende Rolle bei der Entscheidung über die Vergabe von Briefdienstleistungen durch die öffentliche Hand. Nach bisheriger Wahrnehmung durch Fachleute unterbleibt gleichzeitig eine umfassende Beschreibung der zu erbringenden Leistung und deren Qualität durch die Vergabestellen, so dass in der Regel der Anbieter mit dem niedrigsten Preis den Zuschlag erhält.<sup>4</sup>

Nimmt man den Preis einer Dienstleistung als das übergeordnete Vergabekriterium, ohne zusätzlich soziale oder qualitative Maßstäbe zu berücksichtigen, droht insbesondere bei Aufträgen, bei denen die Personalkosten von hoher Bedeutung sind, die Gefahr, dass sich Unternehmen durch die Bezahlung von Dumpinglöhnen Kosten- und Wettbewerbsvorteile verschaffen. Anbieter mit vergleichsweise guten Beschäftigungsbedingungen werden bei solchen

---

<sup>1</sup> Auch bei Geschäftskunden der Privatwirtschaft spielt der Preis von Briefdienstleistungen eine gewichtige Rolle beim Wechsel des Briefdienstleisters. Einer von der Bundesnetzagentur publizierten Studie von WIK-Consult zufolge waren bei zwei Dritteln der Geschäftskunden, die ihren Briefdienstleister gewechselt haben, hierfür Kosteneinsparungsgründe ausschlaggebend. Nur 45% erhofften sich dadurch Verbesserungen beim Kundenservice (WIK 2009, S. 42).

<sup>2</sup> Der Tagesspiegel vom 22.05.2005

<sup>3</sup> „Mit Kampfpreisen auf Kundenfang. Private rollen den Briefmarkt auf“, Handelsblatt vom 12.09.2002

<sup>4</sup> vgl. dazu Burgi 2007c, S. 457

öffentlichen Ausschreibungen regelmäßig preislich unterboten und bei der Vergabe von Aufträgen durch die öffentliche Hand zunehmend von „Billiganbietern“ verdrängt. Vor dem Hintergrund der bekannten „Anfälligkeit“ der Briefdienstleistungsbranche für Lohnunterbietungskonkurrenz und der Einführung eines allgemeinverbindlichen Mindestlohns für diese Branche soll im folgenden untersucht werden, ob und inwieweit bei der öffentlichen Auftragsvergabe von Briefdienstleistungen soziale Aspekte Berücksichtigung finden, die verhindern, dass sich Anbieter durch die Bezahlung von Niedrigstlöhnen und prekäre Beschäftigungsbedingungen Kosten- und Wettbewerbsvorteile verschaffen können.

Bei der Untersuchung der Ausschreibungs- und Vergabep Praxis der öffentlichen Hand stehen folgende Fragestellungen im Vordergrund:

- Welche Bedeutung hat die Vergabe von Briefdienstleistungsaufträgen durch staatliche Institutionen in Form öffentlicher Ausschreibungsverfahren bislang?
- Nach welchen Kriterien erfolgt bei öffentlichen Ausschreibungen die Wertung der Angebote?
- Welche sozialen Anforderungen werden an die Anbieter von Postdienstleistungen im Rahmen öffentlicher Ausschreibungen gestellt?
- Welchen Einfluss haben Vergütungskriterien und insbesondere der Post-Mindestlohn auf die Vergabe von Postdienstleistungen seit 2008?
- Wie stellt sich die Vergabep Praxis hinsichtlich des Anteils der an die Deutsche Post AG bzw. ihre Wettbewerber vergebenen Briefdienstleistungsaufträge dar?
- Welche Determinanten sind für die Vergabeentscheidungen von Bedeutung, mit welchen Implikationen?
- Welche Anforderungen sind bei der Vergabepolitik an den Staat als sozial verantwortlicher Auftraggeber zu stellen?
- Welche politischen und praktischen Handlungsnotwendigkeiten ergeben sich aus der bisherigen Ausschreibungs- und Vergabep Praxis von Briefdienstleistungen durch die öffentliche Hand?

Die Untersuchung der Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe von Postdienstleistungen erfolgte anhand einer von der Deutschen Post AG zur Verfügung gestellten Datenbank, in der sämtliche seit 2005 durchgeführten öffentlichen Ausschreibungsverfahren für Briefdienstleistungen dokumentiert sind. Bei der vorliegenden Analyse sind nur Briefdienstleistungen im engeren Sinne, also Abholung, Beförderung und Zustellung von Briefen, Infopost und Postzustellungsaufträgen berücksichtigt worden. Ausschreibungen für Mehrwertdienstleistungen (Druck, Kuvertierung, Poststellenmanagement) oder die Beauftragung reiner Transportleistungen waren nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Keine Berücksichtigung fanden zudem Ausschreibungsverfahren, die im Untersuchungszeitraum aufgehoben<sup>5</sup> oder zurückgezogen wurden und somit zu keiner Auftragsvergabe geführt haben. Insgesamt haben 464 veröffentlichte Ausschreibungen für Briefdienstleistungen im Zeitraum von 2005 bis 2008 Eingang in vorliegende Auswertung gefunden.<sup>6</sup> Davon waren bis zum 31.12.2008 382 Vergabeverfahren abgeschlossen; 69 im Jahr 2008 veröffentlichte Ausschreibungen haben bis Jahresende 2008 noch zu keinen Zuschlägen geführt, 13 Datensätze enthielten keine Angaben zum Stand des Vergabeverfahrens.

In der von der Deutschen Post AG geführten Datenbank sind nicht nur die wichtigsten Ausschreibungsparameter wie die Bezeichnung der auslobenden Institution, Ausschreibungsform und -gegenstand, Auftragszeitraum sowie die der Ausschreibung zugrundeliegenden Eignungs- und Zuschlagskriterien erfasst, sondern auch das Ergebnis der Vergabeverfahren. Zusätzlich enthält die Datenbank eine Kalkulation des Auftragswerts (netto) pro Jahr. Anhand dieser detaillierten Datensammlung ist nicht nur eine Untersuchung der Ausschreibungspraxis (Anzahl und kalkuliertes Volumen des ausgeschriebenen Auftrags), sondern auch eine genaue Analyse der Vergabeentscheidungen zwischen 2005 und 2008 möglich. Eine von uns vorgenommene Aufbereitung der Datenbank ermöglichte zudem eine Untersuchung der Vergabeverfahren nach Bundesländern und deren Zuordnung zu verschiedenen öffentlichen Institutionen (Bund, Länder, Kommunen, Ver- und Entsorgungsbetrieben, Anstalten und Körperschaften öffentlichen Rechts, Sonstige). Die Datenbankeinträge wurden von uns mit Hilfe der vorliegenden Ausschreibungsunterlagen auf ihre Korrektheit hin stichprobenartig überprüft.

---

<sup>5</sup> Gemäß § 26 Abs. 1 VOL/A kann eine Ausschreibung aufgehoben werden, wenn a) kein Angebot eingegangen ist, das den Ausschreibungsbedingungen entspricht, b) sich die Grundlagen der Ausschreibung wesentlich geändert haben, c) sie kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt hat oder d) andere schwerwiegende Gründe bestehen.

<sup>6</sup> Hierbei ist zu erwähnen, dass sich die Deutsche Post AG an allen diesen Ausschreibungsverfahren beteiligt hat.

Um zusätzliche Informationen zur Ausschreibungs- und Vergabepaxis zu erhalten, haben wir telefonische Expertengespräche mit Vertretern von drei Landesministerien und Verantwortlichen der Vergabestellen zweier deutscher Großstädte geführt.



## 2. Die Bedeutung staatlicher Aufträge für Briefdienstleistungsunternehmen

Der öffentliche Sektor dürfte mit zu den wichtigsten Auftraggebern für Postdienstleistungen in Deutschland gehören. Dies lassen nicht nur die Größe und Bedeutung dieses Sektors und seine vielfältigen Beziehungen zu nahezu allen Bürgern vermuten, sondern auch die Anzahl von Verwaltungsvorgängen, die der Schriftefordernis unterliegen und den Bürgern in Form von Mitteilungen oder förmlichen Bescheiden auf dem Postweg rechtsverbindlich zugestellt werden müssen. Mit den Sozialversicherungsträgern, den Sparkassen und Genossenschaftsbanken sowie den Ver- und Entsorgungsunternehmen zählen zudem solche Institutionen zum öffentlichen Sektor, die mit vielen Personen in einer Versicherungs- oder Kundenbeziehung stehen und diesen regelmäßig Informationen, Beitrags- bzw. Leistungsbescheide oder Rechnungen per Post zukommen lassen.

Zum Postversandvolumen des öffentlichen Sektors existieren bislang keine genauen Zahlen. Hinweise zu den Ausgaben der öffentlichen Hand für Briefdienstleistungen sind teilweise in den Haushaltsplänen der Gebietskörperschaften enthalten und auch die bei dieser Arbeit ausgewertete Datenbank der Deutschen Post AG (DPAG) lässt einen Rückschluss auf das Briefvolumen einzelner Gebietskörperschaften zu.

Einen vergleichsweise genauen Einblick in die Ausgaben der **Landesverwaltungen** für Postdienstleistungen erlauben die Haushaltspläne der Bundesländer Bayern, Baden-Württemberg und Sachsen, in denen die sächlichen Verwaltungsaufwendungen detailliert ausgewiesen und die eine genaue Aufschlüsselung bis hin zu „Portokosten“ / „Ausgaben für Postdienstleistungen“ enthalten. Unserer Auswertung der Haushaltspläne der genannten Bundesländer zufolge geben diese zwischen 18,1 Mio. Euro (Sachsen) und 78,5 Mio. Euro (Bayern) pro Jahr für den Postversand aus, davon dürfte der überwiegende Anteil auf Briefdienstleistungen entfallen. Über 50% der Ausgaben für Postdienstleistungen der Bundesländer wird von den Justizbehörden und den Finanzverwaltungen verursacht. Bezogen auf die Einwohnerzahlen belaufen sich die Ausgaben der genannten Bundesländer für Postdienstleistungen zwischen 4,30 Euro und 6,30 Euro pro Jahr und Einwohner (siehe Tabelle 1). Rechnet man die hier ermittelten Portokosten pro Kopf auf alle Bundesländer hoch, so summieren sich die jährlichen Ausgaben der Landesverwaltungen für Postdienstleistungen auf insgesamt **350 - 518 Mio. Euro**.

<b>Tabelle 1: Ausgaben für Postdienstleistungen in ausgewählten Bundesländern</b>
---

<b>in 2008</b>			
in Mio. €	Bayern	Baden- Württemberg	Sachsen
Ausgaben für Postdienstleistungen	78,5	54,4	18,1
- davon Gerichte und Staatsanwaltschaften	29,5	25,5	7,7
- davon Finanzverwaltung	26,5	18,3	5,8
Anteil Postdienstleistungen an den sächlichen Verwaltungsausgaben	3,5%	3,4%	2,3%
Ausgaben Postdienstleistungen pro Einwohner	6,30 €	5,00 €	4,30 €
<i>Quelle: Haushaltspläne für das Jahr 2008 der jeweiligen Bundesländer, Statistisches Bundesamt (Einwohnerzahlen), eigene Zusammenstellung und Berechnungen Input Consulting GmbH</i>			

Neben den Bundesländern sind die rund 12.000 **Kommunen** in Deutschland ein wichtiger staatlicher Auftraggeber für Postdienstleistungsunternehmen. Nach einer im Rahmen dieser Studie durchgeführten Auswertung der öffentlichen Ausschreibungen für den Briefversand der Stadtverwaltungen liegen deren jährliche Portoausgaben zwischen 4 Euro und 5 Euro pro Einwohner; von den Landkreisen werden 60 - 90 Cent pro Einwohner dieser Auswertung zufolge für den Briefversand ausgegeben. Hochgerechnet auf das gesamte Bundesgebiet ergeben sich somit Kosten für den Postversand der Kommunalverwaltungen, die innerhalb einer Bandbreite von **378 - 485 Mio. Euro** pro Jahr taxiert werden können.

Im Gegensatz zu Haushaltsplänen einzelner Bundesländer sind im Bundeshaushalt die Ausgaben der Bundesbehörden für Postdienstleistungen nicht explizit ausgewiesen. Nimmt man den Anteil der Portokosten an den sächlichen Verwaltungsausgaben in den analysierten Bundesländern zwischen 2,3% und 3,5% zum Maßstab (siehe Tabelle 1), so dürften sich unter der Annahme eines vergleichbaren Anteils der Briefversandkosten an den sächlichen Verwaltungsausgaben der **Bundesbehörden** deren Ausgaben für den Postversand auf eine Summe zwischen **118 - 179 Mio. Euro** pro Jahr belaufen.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Die sächlichen Verwaltungsausgaben des Bundes sind im Haushaltsplan 2008 mit 8.632 Mio. Euro ausgewiesen, davon allerdings allein 3.519 Mio. Euro „Sonstiges“. Diese Ausgaben, die nicht näher spezifiziert sind und überwiegend im Verteidigungshaushalt anfallen, wurden für unsere Kalkulation herausgerechnet. Grundlage unserer Berechnung ist somit ein Betrag für sächliche Verwaltungsausgaben des Bundeshaushaltes in Höhe von 5.113 Mio. Euro (Quelle: Übersichten zum Bundeshaushaltsplan 2008, Gliederung der Einnahmen und Ausgaben nach Einnahme- und Ausgabegruppen, [http://www.bundesfinanzministerium.de/bundeshaushalt2008/pdf/vorsp/vsp\\_j.pdf](http://www.bundesfinanzministerium.de/bundeshaushalt2008/pdf/vorsp/vsp_j.pdf))

Für die **sonstigen Institutionen des öffentlichen Sektors**, wie die Rentenversicherungsträger und Krankenkassen mit ihren 52 Millionen bzw. 70 Millionen Versicherten, die rund 1.400 staatlichen und kommunalen Betriebe (Energie- und Wasserversorgung, Verkehrs- und Abfallwirtschaftsbetriebe)<sup>8</sup>, 450 Sparkassen und 1.200 Genossenschaftsbanken<sup>9</sup> und weitere Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts, liegen keine Angaben über deren Ausgaben für Briefdienstleistungen vor. Sie dürften sich nach unseren Schätzungen in einer Größenordnung zwischen **300 - 400 Mio. Euro** pro Jahr bewegen.<sup>10</sup>

<b>Tabelle 2: Ausgaben des öffentlichen Sektors für Postdienstleistungen</b>	
	Bandbreite in Mio. €
Bundesbehörden	118 - 179
Landesbehörden	350 - 518
Kommunen	378 - 485
Sonstige Institutionen des öffentlichen Sektors	300 - 400
<b>Summe</b>	<b>1.146 - 1.582</b>
<i>Quelle: eigene Schätzungen und Kalkulationen auf Basis ausgewerteter Haushaltspläne und Ausschreibungsunterlagen Input Consulting GmbH</i>	

Zusammengerechnet ergibt sich daraus ein **Auftragsvolumen des öffentlichen Sektors** für Postdienstleistungen in einer Bandbreite von **1,1 - 1,6 Mrd. Euro** (siehe Tabelle 2). Wir gehen davon aus, dass der öffentliche Sektor Postdienstleistungen fast ausschließlich für den Versand schriftlicher Informationen und kaum für den Versand von Waren nutzt, so dass der überwiegende Teil dieser Ausgaben auf Briefdienstleistungen entfallen dürfte. Somit würden die Aufträge aus dem öffentlichen Sektor rund 10 - 15% des 10 Mrd. Euro großen Briefmarktes ausmachen.

<sup>8</sup> Zahlen nach Angaben des Verbands kommunaler Unternehmen e. V. ([www.vku.de](http://www.vku.de))

<sup>9</sup> Zahlen nach Angaben des Deutschen Sparkassen- und Giroverbands ([www.dgsv.de](http://www.dgsv.de)) und des Bundesverbands der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken e.V. ([www.bvr.de](http://www.bvr.de))

<sup>10</sup> Diese Schätzung beruht auf der Annahme, dass alle 40 Millionen Haushalte Kunde eines Energieversorgers sind und die Sparkassen und Genossenschaftsbanken rund 40 Millionen Kunden zählen. Nimmt man noch die erwähnten Kranken- und Rentenversicherten hinzu, so addieren sich diese Empfänger von Briefsendungen der sonstigen Institutionen des öffentlichen Sektors auf rund 200 Millionen Personen. Unter Zugrundelegung von 3 bis 4 an diesen Kreis versandten Briefen pro Jahr à 50 Cent summieren sich die Portoausgaben aus diesem Bereich auf 300 bis 400 Mio. Euro.

### **3. Öffentliche Ausschreibungen von Briefdienstleistungen zwischen 2005 und 2008**

#### **3.1 Entwicklung und Struktur öffentlicher Ausschreibungen von Briefdienstleistungen**

Seit der schrittweisen Liberalisierung des Briefmarktes stehen insbesondere die Sendungen privater und öffentlicher Geschäftskunden im Zentrum des Wettbewerbs. Die neuen Briefdienstleister konnten seitdem ihren Marktanteil kontinuierlich ausbauen und hatten im Jahr 2007 nach Angaben der Bundesnetzagentur bereits einen Umsatz von 1,1 Mrd. Euro erwirtschaftet - das entspricht einem Marktanteil von 11,3% des Briefmarktes insgesamt.<sup>11</sup> Der Großteil davon dürfte dabei aus dem Geschäftskundenbereich stammen, auf den sich die Wettbewerber bislang schwerpunktmäßig konzentrierten. Mit der vollständigen Liberalisierung der Briefmarktes zum 01.01.2008 hat sich das Volumen des wettbewerblichen Marktsegments von 5 Mrd. Euro auf 10 Mrd. Euro verdoppelt, so dass sich die Geschäftsmöglichkeiten für Lizenznehmer umfassend verbessern und diese in neue Marktsegmente ohne weitere Restriktionen vorstoßen konnten. Allerdings ist hinsichtlich der weiteren Wettbewerbsentwicklung zu erwähnen, dass bereits vor der vollständigen Liberalisierung neue Anbieter auch innerhalb der Gewichtsgrenzen der Exklusivlizenz mit qualitativ höherwertigen Briefsendungen und bei der „förmlichen Zustellung“ von Behördenpost („Postzustellungsaufträge“) in Konkurrenz zur Post treten konnten. Auf diese Sendungsarten entfielen schon vor dem 01.01.2008 knapp 60% der Umsätze der neuen Anbieter (Bundesnetzagentur 2008a, S. 18).

In gleichem Maße, wie sich mit der vollständigen Liberalisierung des Sektors die Marktchancen für neue Anbieter erhöhten, erweiterte sich für die Kunden die Auswahl der für die Durchführung der Briefbeförderung in Frage kommenden Postunternehmen. Derzeit bieten rund 750 Briefdienstleister regional oder auch bundesweit das gesamte Spektrum an Briefdienstleistungen in Konkurrenz zur Deutschen Post AG an. Deshalb muss unterstellt werden, dass mit der Liberalisierung des Marktes die Vergabe von Aufträgen der Geschäftskunden an alternative Zustellfirmen zunehmen und auch der öffentliche Sektor künftig die erweiterten Möglichkeiten einer wettbewerblichen Auftragsvergabe von Postdienstleistungen durch öffentliche Ausschreibungsverfahren stärker nutzen wird.

---

<sup>11</sup> Für 2008 liegen der Bundesnetzagentur nur „Erwartungswerte“ der Lizenznehmer zu ihren Umsätzen vor. Demnach wird in Folge einer ersten Marktkonsolidierung in 2008 mit leicht rückläufigen Umsätzen und einem auf 10,7% reduzierten Marktanteil der Lizenznehmer gerechnet (Bundesnetzagentur 2009, S. 126).

Betrachtet man die Entwicklung der öffentlichen Ausschreibungen von 2005 bis 2008, so ist mit der Marktliberalisierung im Jahr 2008 eine deutliche Zunahme öffentlicher Vergabeverfahren von Briefdienstleistungen feststellbar. Gegenüber dem Vorjahr hat sich in 2008 nicht nur die Anzahl der Ausschreibungen verdoppelt, auch das in diesem Jahr ausgeschriebene Auftragsvolumen von mehr als 400 Mio. Euro<sup>12</sup> überschreitet die in den Jahren 2005 bis 2007 insgesamt in einem Ausschreibungsverfahren vergebene Auftragssumme (siehe Tabelle 3). Rechnet man die teilweise auf eine mehrjährige Laufzeit bezogenen Auftragsvolumen auf eine Auftragssumme pro Jahr um, so wurden für das Jahr 2008 Briefdienstleistungsaufträge im Wert von ca. 192 Mio. Euro durch eine öffentliche Auftragsvergabe vergeben. Das entspricht einem Ausschreibungsanteil am Marktvolumen aus dem öffentlichen Sektor (1,1 und 1,6 Mrd. Euro) zwischen 12 und 17%. D.h. nur ein geringer Anteil der Briefdienstleistungen des öffentlichen Sektors sind in 2008 per öffentlicher Ausschreibung vergeben worden.

<b>Tabelle 3: Entwicklung der öffentlichen Ausschreibungen von Briefdienstleistungen im Zeitraum 2005 - 2008</b>					
	<b>2005</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>	<b>Summe</b>
Anzahl	102	113	82	167	464
Ausgeschriebenes Auftragsvolumen insgesamt (in Mio. €)	66,04	224,80	80,84	407,84	779,57
<i>Input Consulting GmbH</i>					

In den kommenden Monaten und Jahren dürften die Anzahl und das Volumen öffentlich vergebener Postdienstleistungen und somit auch die „Ausschreibungsquote“ nach unserer Einschätzung deutlich ansteigen. Diese Annahme wird u.a. dadurch gestützt, dass einige Bundesländer aktuell Vorbereitungen treffen, die bis dato auf Dienststellenebene (ohne Ausschreibungsverfahren) beauftragten Postdienstleistungen zu bündeln und diese künftig für die komplette Landesverwaltung (oder zumindest für relevante Teile davon) im Wettbewerb durch eine öffentliche Ausschreibung zu vergeben. Allerdings ist hier zu erwähnen, dass die Anzahl öffentlicher Ausschreibungsverfahren mit einem Auftragswert von bis zu 100.000 Euro aufgrund der im Rahmen des Konjunkturpakets II beschlossenen „Vereinfachung des Vergaberechts“ voraussichtlich temporär zurückgehen wird. Während der Laufzeit dieses

<sup>12</sup> Diese und alle folgenden Zahlen zum Ausschreibungs- und Vergabevolumen sind Netto-Preise und basieren auf Kalkulationen der Deutschen Post AG. Die in der ausgewerteten Ausschreibungsdatenbank enthaltenen Zahlen berücksichtigen - soweit nicht anders angegeben - das gesamte Volumen einer Ausschreibung. Dieses kann sich je nach vorgesehener Vertragslaufzeit auch auf mehrere Jahre verteilen.

Maßnahmepakets der Bundesregierung in den Jahren 2009 und 2010 können Dienstleistungsaufträge bis 100.000 Euro ohne Nachweis eines Ausnahmetatbestandes durch eine beschränkte Ausschreibung oder freihändig vergeben werden.<sup>13</sup>

<b><u>Tabelle 4: Ausschreibende Gebietskörperschaft / öffentliche Einrichtung</u></b>				
	Anzahl	Anteile	Auftragsvolumen insgesamt (in Mio. €)	Anteile
Kommunalverwaltungen	212	46%	80,79	10%
Landesbehörden	102	22%	391,82	50%
Bundesbehörden	113	24%	287,75	37%
Körperschaften	18	4%	11,92	2%
Versorgungsbetriebe	14	3%	6,00	1%
Sonstige	4	1%	0,93	0%
Keine Angabe	1	0%	0,35	0%
Summe	464	100%	779,56	100%
<i>Input Consulting GmbH</i>				

Gemessen an der **Anzahl der Ausschreibungsverfahren**, gehören bislang die *Kommunen* zu den „Vorreitern“ einer öffentlichen Ausschreibung von Postdienstleistungen. 46% aller öffentlichen Vergabebekanntmachungen für Briefdienstleistungen im Zeitraum 2005 - 2008 wurden von Stadtverwaltungen und Landratsämtern veranlasst. Da es sich hier allerdings um vergleichsweise kleine Verwaltungseinheiten und somit meist um geringe Auftragssummen handelt, beträgt der Anteil der Kommunen am jährlichen Ausschreibungsvolumen nur 10%. Der größte Teil des ausgeschriebenen Auftragsvolumens für Postdienstleistungen stammt von den *Landesbehörden*. Auf sie entfallen mit 392 Mio. Euro 50% der insgesamt ausgeschriebenen Auftragssumme, obwohl nur 22% aller Ausschreibungsverfahren von den Landesverwaltungen veranlasst worden sind. Das große Auftragsvolumen der Landesbehörden im Vergleich zur Anzahl der Ausschreibungen dürfte sowohl aus dem hohen Anteil hochpreisiger Postzustellungsaufträge der Gerichte und Staatsanwaltschaften, als auch aus dem großen Versandvolumen der Finanzverwaltungen resultieren. Auch bei den *Bundesbehörden* ist das Auftragsvolumen gemessen an der Anzahl der Ausschreibungen überproportional hoch: Ein gutes Drittel des Auftragsvolumens öffentlicher Vergabebekanntmachungen zwischen 2005 und 2008 entfällt auf die Agenturen und Behörden des Bundes, deren Anteil an der Anzahl aller Ausschreibungen für Briefdienstleistungen aber nur 24% beträgt. Bislang machen von den Bundesbehörden jedoch überwiegend die Arbeitsagenturen von der Möglichkeit einer

<sup>13</sup> Beschluss des Bundeskabinetts vom 27.01.2009 „Beschleunigung von Investitionen durch Vereinfachung von Vergabeverfahren“, <http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/wirtschaft,did=288178.html>

wettbewerblichen Vergabe von Briefdienstleistungen Gebrauch. Das öffentlich vergebene Auftragsvolumen der Bundesbehörden dürfte allerdings in nächster Zeit ansteigen, wenn das Bundesverwaltungsamt in 2009 den Briefversand für einen bestimmten Teil der Bundesbehörden durch ein öffentliches Ausschreibungsverfahren vergibt.<sup>14</sup>

<b>Tabelle 5: Ausschreibungsverfahren von Kommunen und Landesbehörden nach Bundesländern (2005 - 2008)</b>						
	<b>Kommunen</b>		<b>Landesbehörden</b>		<b>Gesamt</b>	
	Anzahl	Ausschreibungsvolumen gesamt in Mio. €	Anzahl	Ausschreibungsvolumen gesamt in Mio. €	Anzahl	Ausschreibungsvolumen gesamt in Mio. €
Bayern	9	23,48	13	9,28	22	32,76
Baden-Württemberg	13	5,40	3	10,10	16	15,50
Berlin	1	0,13	5	34,22	6	34,35
Brandenburg	25	2,60	5	3,62	30	6,22
Bremen	0	0,00	0	0,00	0	0,00
Hamburg			2	30,58	2	30,58
Hessen	5	3,15	2	11,10	7	14,25
Mecklenburg-Vorpommern	15	1,79	5	7,36	20	9,15
Niedersachsen	21	2,47	5	109,53	26	112,00
Nordrhein-Westfalen	45	29,26	10	81,14	55	110,40
Rheinland-Pfalz	1	0,26	6	21,08	7	21,34
Saarland	0	0,00	0	0,00	0	0,00
Sachsen	22	2,99	26	19,49	48	22,48
Sachsen-Anhalt	31	5,89	7	38,99	38	44,88
Schleswig-Holstein	0	0,00	2	7,00	2	7,00
Thüringen	23	3,31	12	8,40	35	11,71
<b>Gesamt</b>	<b>211</b>	<b>80,73</b>	<b>103</b>	<b>391,89</b>	<b>314</b>	<b>472,62</b>
<i>Input Consulting GmbH</i>						

Unterteilt nach Bundesländer ergeben die Anzahl und das Volumen ausgeschriebener Briefdienstleistungen von Kommunen und Landesverwaltungen ein sehr heterogenes Bild (siehe Tabelle 5). Während in den kleineren Bundesländern wie *Bremen*, *Saarland*, *Schleswig-Holstein*, aber auch in *Hessen* und *Rheinland-Pfalz* bislang nur wenige Ausschreibungen für die Briefbeförderung von Kommunen und Landesbehörden stattgefunden haben, ist dies in *Nordrhein-Westfalen* und in den neuen Bundesländern bereits schon in einer beachtlichen Zahl von Fällen erfolgt. Bezogen auf die Größe des Bundeslandes sticht die hohe Ausschreibungszahl in *Sachsen* heraus, wenngleich das Auftragsvolumen dort vergleichsweise gering ist. Die

<sup>14</sup> [http://www.bva.bund.de/cIn\\_115/nn\\_372964/DE/Aufgaben/Abt\\_VII/BriefversandderBundesbehoerden/BriefversandderBundesbehoerden-inhalt.html?\\_\\_nnn=true](http://www.bva.bund.de/cIn_115/nn_372964/DE/Aufgaben/Abt_VII/BriefversandderBundesbehoerden/BriefversandderBundesbehoerden-inhalt.html?__nnn=true)

größten Auftragsvolumina stammen bis dato aus *Niedersachsen* und *Nordrhein-Westfalen*, wo die Kommunal- und Landesverwaltungen zwischen 2005 und 2008 Briefdienstleistungsaufträge in Höhe von jeweils über 100 Mio. Euro öffentlich ausgeschrieben haben - das sind zusammen fast die Hälfte der gesamten ausgeschriebenen Auftragssummen der Bundesländer. Auch *Berlin* und *Hamburg* gehören mit zu den Bundesländern (bzw. Stadtstaaten), die bezogen auf ihre Größe eine vergleichsweise hohe Auftragssumme für Briefdienstleistungen in einem öffentlichen Verfahren vergeben. *Bayern* und *Baden-Württemberg* rangieren in dieser Hinsicht eher im Mittelfeld.

Sucht man nach den Gründen für diese unterschiedliche Ausschreibungspraxis, so kann man hier einen Zusammenhang zwischen der geschäftlichen Aktivität der neuen Anbieter in den jeweiligen Bundesländern und des dort ausgeschriebenen Auftragsvolumens erkennen. In allen Bundesländern mit einer vergleichsweise hohen „Ausschreibungsintensität“, dazu zählen neben den neuen Bundesländern auch *Berlin*, *Hamburg*, *Niedersachsen* und *Nordrhein-Westfalen*, sind die Geschäftsaktivitäten neuer Briefdienstleister besonders ausgeprägt. Darauf lässt deren überdurchschnittlicher Umsatzanteil am Bruttoinlandsprodukt (BIP) des jeweiligen Bundeslandes schließen.<sup>15</sup> D.h. öffentliche Ausschreibungen für die Beförderung von Briefsendungen finden vor allem in solchen Regionen statt, in denen neue Anbieter bereits in überdurchschnittlichem Maße aktiv sind und somit eine mögliche Alternative zur Deutschen Post AG darstellen können.

Untersucht man die Vergabeverfahren nach der **Ausschreibungsart**, so zeigt sich folgende Struktur: 61% der Ausschreibungen für Briefdienstleistungen zwischen 2005 und 2008 erfolgten in Form eines offenen Verfahrens. Mit Überschreiten der EU-Schwellenwerte von 206.000 Euro<sup>16</sup> ist diese öffentliche Ausschreibungsform generell vorgeschrieben, bei der alle europaweit Interessierten ein Angebot abgeben können. 28% der untersuchten Ausschreibungen wurden als beschränkte Ausschreibungen bzw. nicht-offene Verfahren durchgeführt, bei denen ein vorab ausgewählter Kreis von Briefdienstleistern zur Abgabe eines Angebots auf-

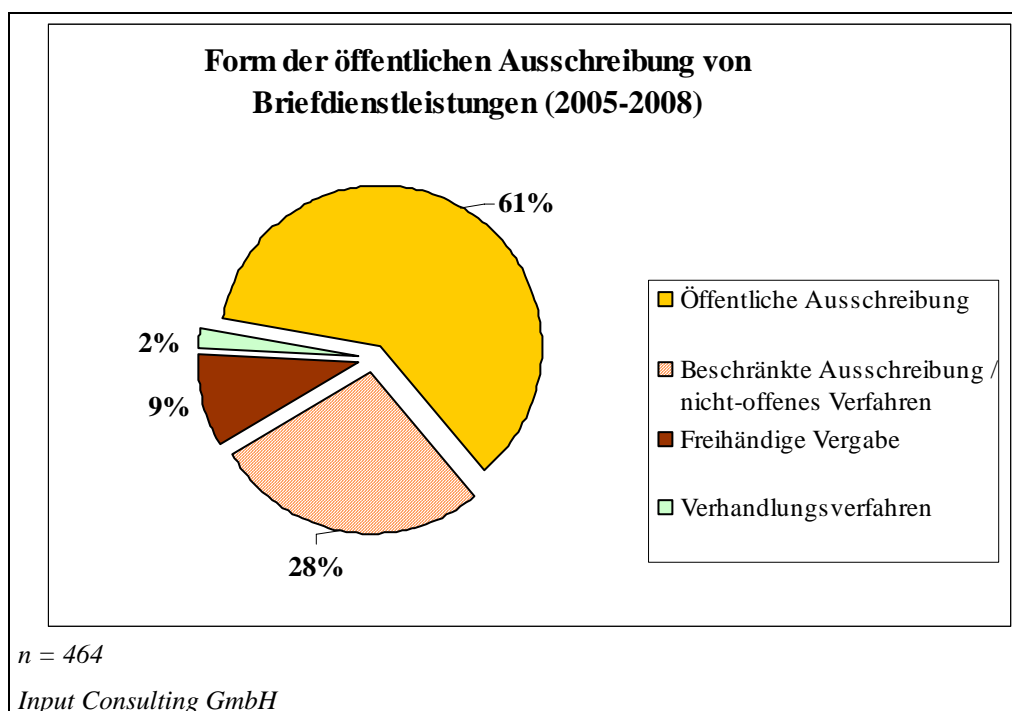
---

<sup>15</sup> In den erwähnten Bundesländern mit einer hohen Anzahl von Ausschreibungen tragen die neuen Briefdienstleister mehr als 0,04% zum BIP bei, während in den Bundesländern mit einer geringen Anzahl von Ausschreibungen deren Anteil am BIP deutlich darunter liegt. Vgl. dazu Bundesnetzagentur 2008a, S. 76.

<sup>16</sup> Generell müssen Dienstleistungen bei überschreiten dieser Auftragssumme per öffentlicher Ausschreibung vergeben werden, siehe dazu auch die Ausführungen auf Seite 16



gefordert wird.<sup>17</sup> Nur bei einer geringen Anzahl von Ausschreibungen war eine freihändige Vergabe oder ein Verhandlungsverfahren vorgesehen.



Unterteilt man die Ausschreibungen nach der **Art der zu vergebenden Dienstleistung**, so dominiert hier der Versand „gewöhnlicher“ Briefsendungen (siehe Tabelle 6). Auf diese Standarddienstleistung entfallen 72% aller Vergabeverfahren, aber „nur“ 55% der zwischen 2005 und 2008 vergebenen Auftragssumme bei öffentlichen Ausschreibungen. 30% des Auftragsvolumens und 14% aller Ausschreibungsverfahren entfallen auf den Versand von Postzustellungsaufträgen - also hochwertige Briefdienstleistungen, die eine besondere beurkundete Zustellungsdocumentation nach den Vorgaben der Zivilprozessordnung erfordern und insbesondere beim Versand gerichtlicher Schriftstücke sowie bei der Zustellung von Mahn- und Bußgeldbescheiden in Anspruch genommen wird.<sup>18</sup> Der Versand von inhaltsgleichen Briefsendungen („Infopost“) spielt mit einem Anteil von nur 3% bei öffentlichen Ausschreibungen eine untergeordnete Rolle.

<sup>17</sup> Nach § 3 VOL/A kann die Auftragsvergabe in einem beschränkten Verfahren in folgenden Fällen stattfinden: „a) wenn die Leistung nach ihrer Eigenart nur von einem beschränkten Kreis von Unternehmen in geeigneter Weise ausgeführt werden kann, besonders wenn außergewöhnliche Fachkunde oder Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit erforderlich ist, b) wenn die Öffentliche Ausschreibung für den Auftraggeber oder die Bewerber einen Aufwand verursachen würde, der zu dem erreichbaren Vorteil oder dem Wert der Leistung im Missverhältnis stehen würde, c) wenn eine Öffentliche Ausschreibung kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt hat, d) wenn eine Öffentliche Ausschreibung aus anderen Gründen (z. B. Dringlichkeit, Geheimhaltung) unzumutbar ist“

<sup>18</sup> Bei der stark im Wettbewerb stehenden förmlichen Zustellung erzielen die Postunternehmen durchschnittliche Preise von 3,21 Euro je zugestellter Sendung (Bundesnetzagentur 2008a, S. 42).

<b>Tabelle 6: Art der ausgeschriebenen Dienstleistungen 2005 - 2008</b>				
	Anzahl		Auftragsvolumen gesamt (in Mio. €)	
Briefe	336	72%	432,06	55%
Infopost	31	7%	25,57	3%
Briefe / Postzustellungsaufträge	32	7%	93,50	12%
Postzustellungsaufträge	65	14%	228,42	30%
Summe	464	100%	779,55	100%
<i>Input Consulting GmbH</i>				

Die Auftragsvergabe für Briefdienstleistungen erfolgt meist nur bei größeren Auftragssummen per wettbewerblichem Vergabeverfahren. Rechtlich verpflichtend ist ein solches erst bei Überschreiten bestimmter Schwellenwerte der zu vergebenden Dienstleistung. In der Regel müssen gemäß § 2 der Vergabeordnung Aufträge über 206.000 Euro in einem solchen wettbewerblichen Verfahren europaweit öffentlich ausgeschrieben und vergeben werden. Bei oberen Bundesbehörden und Bundesministerien ist diese Schwelle bereits ab einem Auftragswert von 133.000 Euro erreicht. Sogenannte Sektoren-Auftraggeber (Wasser- und Energieversorger, Verkehrsunternehmen) müssen ihre Dienstleistungsaufträge erst ab einem Wert von 412.000 Euro im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung vergeben. Unterhalb dieser Schwellenwerte erfolgt die öffentliche Ausschreibung nach den Vorschriften der jeweiligen Haushaltsgesetze nebst diverser Ausführungsbestimmungen und Vergabeordnungen und -gesetze der Bundesländer.<sup>19</sup> Die Anwendung der für obligatorische öffentliche Ausschreibungen einschlägigen Verdingungsordnung für Leistungen Teil A (VOL/A) ist unterhalb der Schwellenwerte in vielen Bundesländern nicht verpflichtend vorgeschrieben, sondern nur empfohlen (z.B. Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg). In einigen Bundesländern können die Landesverwaltungen und Kommunen bis zu einem Auftragswert von 30.000 Euro freihändige Vergaben,<sup>20</sup> denen meist eine sog. Markterkundung durch Einholung verschiedener Vergleichsangebote vorhergehen muss, ohne öffentliche Ausschreibungen durchführen (DStGB o.J., S. 1f.).<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Vgl. dazu detailliert die Ausführungen von Thomas Blanke (Kap. 4) im rechtswissenschaftlichen Teil dieser Arbeit.

<sup>20</sup> Bayern, Nordrhein-Westfalen, Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg: 20 000 Euro

<sup>21</sup> Für den Zeitraum 2009/2010 wurden im Rahmen des Konjunkturpakets II die Schwellenwerte, unterhalb derer freihändige Vergaben und beschränkte Ausschreibungen zulässig sind, bei Dienstleistungsaufträgen auf 100.000 Euro angehoben. Vgl. dazu den Beschluss des Bundeskabinetts vom 27.01.2009 „Beschleunigung von Investitionen durch Vereinfachung von Vergabeverfahren“, <http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/wirtschaft,did=288178.html>

Analysiert man die zwischen 2005 und 2008 ausgeschriebenen Briefdienstleistungen nach ihrem **Auftragswert**, so zeigt sich, dass 41% der Ausschreibungen für Postdienstleistungen den EU-Schwellenwert von 206.000 Euro überschreiten, bei 16% der Ausschreibungen wird sogar ein Auftragsvolumen von über 1 Million Euro pro Jahr erreicht. Mehr als die Hälfte aller Ausschreibungen finden im Unterschwellenwertbereich statt, in dem eine öffentliche Ausschreibung nicht immer rechtlich verpflichtend ist. 15% aller Ausschreibungsverfahren können mit einem Auftragsvolumen zwischen 100.001 Euro bis 206.000 Euro durchaus als mittelgroße Aufträge klassifiziert werden, 13% der ausgeschriebenen Postdienstleistungen haben einen eher kleineren Auftragswert zwischen 50.000 und 100.000 Euro pro Jahr. Als Kleinaufträge können 25% der öffentlich ausgeschriebenen Briefdienstleistungen titulierte werden: ihr jährliches Auftragsvolumen liegt jeweils unterhalb von 50.000 Euro.

<b>Tabelle 7: Auftragssummen öffentlicher Ausschreibungen von Briefdienstleistungen 2005 - 2008</b> (Auftragssumme pro Jahr)		
> 1.000.000	75	16%
206.001 - 1.000.000	115	25%
100.001 - 206.000	71	15%
50.001 - 100.000	58	13%
< 50.000	117	25%
keine Angaben	28	6%
<b>Summe</b>	<b>464</b>	<b>100%</b>
<i>Input Consulting GmbH</i>		

Bezüglich der öffentlichen Ausschreibungen von Briefdienstleistungen lässt sich zusammenfassend feststellen, dass

- diese, was Anzahl und Auftragsvolumen anbelangt, im Jahr 2008 im Vergleich zu den Vorjahren deutlich angestiegen sind;
- knapp die Hälfte der Verfahren von Kommunen veranlasst wurden, während der größte Teil der Auftragssummen von Behörden der Bundesländer - und hier insbesondere der Finanz- und Justizverwaltung - stammt;
- insbesondere die Kommunal- und Landesverwaltungen in den neuen Bundesländern, sowie in Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen bis dato von der Möglichkeit einer öffentlichen Ausschreibung von Briefdienstleistungen Gebrauch gemacht haben;
- 41% der zwischen 2005 und 2008 ausgeschriebenen Auftragsvolumina oberhalb des EU-Schwellenwertes von 206.000 Euro liegen;
- der größte Teil, nämlich 61%, in Form eines offenen Verfahrens vergeben wird und

- mit 72% sich der überwiegende Teil auf klassische Briefdienstleistungen bezieht, weitere 14% machen Postzustellungsaufträge aus.

### **3.2 Die Berücksichtigung qualitativer und sozialer Kriterien bei öffentlichen Ausschreibungen von Briefdienstleistungen**

Ein wichtiges Augenmerk unserer Analyse liegt auf der Frage, inwieweit qualitative und soziale Kriterien bei öffentlichen Ausschreibungen von Postdienstleistungen Berücksichtigung finden, oder ob bei deren wettbewerblicher „Beschaffung“ durch die öffentliche Hand überwiegend die Kostenreduzierung im Vordergrund steht und somit der Preis der wesentliche, wenn nicht gar der einzige Maßstab für die Auswahl eines Angebotes ist. Die EU-Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG bestimmt in Art. 53 Abs. 1, dass der Zuschlag entweder auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis oder auf das aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers wirtschaftlichste Angebot unter Berücksichtigung verschiedener Qualitätsparameter erfolgt. Gemäß dem nationalen Vergaberecht ist der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen (§ 97 Abs. 5 GWB - Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen), wobei in der Verdingungsordnung hervorgehoben wird, dass der niedrigste Angebotspreis allein für die Zuschlagserteilung nicht entscheidend ist (§ 25 Nr. 3 VOL/A - Verdingungsordnung für Leistungen - Teil A). Aus der europarechtskonformen Auslegung der nationalen Rechtsnormen ergibt sich, dass sowohl der Preis wie auch das wirtschaftlich günstigste Angebot zulässige Zuschlagskriterien sind, ihre jeweilige Anwendung jedoch vom konkreten Auftragsgegenstand abhängig gemacht werden muss.<sup>22</sup>

#### 3.2.1 Maßstäbe für die Vergabeentscheidung: Qualität und/oder Preis?

Bei der Beschaffung standardisierter, qualitativ kaum unterschiedlich beschaffener Gegenstände und Dienstleistungen wird die Wirtschaftlichkeit eines Angebots primär durch den Preis bestimmt. Sobald der Beschaffungsgegenstand jedoch zu deutlich unterschiedlichen Qualitätsstandards angeboten wird oder die zu vergebende Dienstleistung ein gewisses Maß an Komplexität erreicht hat, müssen weitere Kriterien für die Bewertung der Wirtschaftlichkeit eines Angebotes hinzukommen. Dies ist schon allein deshalb geboten, weil eine mit schlech-

---

<sup>22</sup> Siehe dazu ausführlich Thomas Blanke im rechtswissenschaftlichen Teil (Kap. 5.2) dieser Arbeit.

ter Qualität erbrachte Leistung beim Auftraggeber Folgekosten nach sich ziehen kann, welche die Vorteile eines vermeintlich günstigen Angebots schnell zunichte machen. Postdienstleistungen gehören aufgrund ihrer logistischen Komplexität und des erforderlichen Know-hows bei der Sendungszustellung zu dieser Art komplexer „Beschaffungsgegenstände“. Hinzu kommt, dass Briefdienstleistungen bei der rechtsverbindlichen und fristgerechten Kommunikation zwischen staatlichen Institutionen und Bürgern eine besondere Rolle einnehmen und bereits deshalb besondere Qualitätsanforderungen an ihre Erbringung zu stellen sind. „Einer staatlichen Stelle, die Postdienstleistungen vergibt, kann und darf es mithin nicht gleichgültig sein, ob die Postdienstleistungen erfolgreich erbracht werden. Vielmehr muss sie dafür Sorge tragen, dass die intendierte Kommunikation mit dem Bürger auch tatsächlich zustande kommt, rechtlich ordnungsgemäß vonstatten geht, und dass die Erbringer der Postdienstleistungen überdies die postrechtlichen Anforderungen erfüllen“ (Burgi 2007a, S. 7).

Bei der öffentlichen Auftragsvergabe von Postdienstleistungen kann aufgrund der erwähnten Bedeutung einer hohen Dienstleistungsqualität der Preis als alleiniges Zuschlagskriterium nicht in Betracht kommen.<sup>23</sup> Zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit eines Angebots sind deshalb weitere, die Qualität der Dienstleistung bestimmende Kriterien in die Wertung mit einzubeziehen und gemeinsam mit deren Gewichtung bei der Vergabeentscheidung in den Vergabeunterlagen zu benennen. In § 25a Nr. 1 VOL/A sind neben dem Preis beispielhaft die Qualität, die Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, die Betriebskosten, die Rentabilität sowie der Kundenservice als „gerechtfertigte“ Kriterien erwähnt, die bei der Wertung eines Angebots zur Berücksichtigung kommen können.

Nur in 14% der analysierten Unterlagen für die Vergabe von Postdienstleistungen waren konkrete qualitative Zuschlagskriterien enthalten (siehe Tabelle 8). Als besondere Wertungsmaßstäbe bei der Vergabeentscheidung wurden zusätzlich zum Preis die Dienstleistungsqualität, die Erfahrung des Bieters sowie dessen Kundenorientierung herangezogen. Bei 17% der analysierten Ausschreibungsverfahren für Briefdienstleistungen zwischen 2005 und 2008 ist der Preis das ausschließliche in den Vergabeunterlagen bestimmte Entscheidungskriterium für die Auftragsvergabe, in weiteren 5% wird die Wirtschaftlichkeit des Angebots als Wertungsmaßstab genannt, ohne diesen Rechtsbegriff jedoch genauer zu spezifizieren. Obwohl das Vergaberecht von den öffentlichen Auftraggebern verlangt, in den Vergabeunterlagen die Kriterien klar zu benennen, nach deren Grundlage die Wertung des Angebots und letztlich der Zuschlag

---

<sup>23</sup> Vgl. dazu Burgi 2007c, S. 476 sowie DStGB o. J., S. 5f.

erfolgt, unterbleibt dies bei 64% der von uns untersuchten Ausschreibungsverfahren. Eine bloße Wiederholung des Gesetzestextes, wonach der Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt, hebt dieses Manko nicht auf, sondern führt nach herrschender Rechtsauffassung dazu, dass in einem solchen Fall ausschließlich der Preis als das einzig bestimmte Wertungskriterium für die Vergabeentscheidung herangezogen werden darf.<sup>24</sup>

<b>Tabelle 8: Zuschlagskriterien bei der Vergabe von Postdienstleistungen</b>		
Preis + qualitative Kriterien	64	14%
Niedrigster Preis	80	17%
Wirtschaftlichkeit	25	5%
Keine Angaben	295	64%
Gesamt	464	100%
<i>Input Consulting GmbH</i>		

Die Erteilung des Zuschlags an das billigste, anstatt an das durch qualitative Kriterien spezifizierte wirtschaftlichste Angebot ist allerdings nicht nur bei der Vergabe von Postdienstleistungen, sondern generell bei Vergabeentscheidungen ein häufig gemachter Wertungsfehler. Die Ursache einer solchen auf den niedrigsten Preis abstellenden Vergabepraxis liegt offensichtlich darin, „dass die Vergabestellen sich zum einen nicht vorwerfen lassen wollen, großzügig mit öffentlichen Mitteln umzugehen. Zum anderen darin, dass die Erteilung des Zuschlags nach dem Preis einfacher und (für) jedermann verständlich ist“ (Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft, Verkehr und Technologie 2002, S. 2). Hinzu kommt, dass eine Zuschlagserteilung anhand anderer Kriterien als die des niedrigsten Preises einerseits gegenüber Bietern und öffentlichen Auftraggebern schwerer vermittelbar ist und andererseits mit einem hohen Aufwand für die Erarbeitung eines transparenten und qualitativ anspruchsvollen Kriterienregimes einhergeht. Zudem ist die Entwicklung eines Wertungsmaßstabes für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit eines Angebots von Postdienstleistungen mit einigen Schwierigkeiten behaftet, wie uns ein Vertreter der Vergabestelle einer deutschen Großstadt in einem Expertengespräch erläutert hat: „Bei uns ist nicht nur der Preis entscheidend, wir haben verschiedene Zuschlagskriterien definiert, wobei das gar nicht so einfach ist, neben dem Preis noch klare Kriterien zu finden. Da rutscht man oft hin zu den Eignungskriterien, v.a. wenn man Anforderungen an Personal und Qualität stellt. Dies ist auch der Grund, warum wir bei einer Ausschreibung von Postdienstleistungen bei der Nachprüfung vor der Vergabekammer sind, weil derjenige, der dagegen klagt, der Meinung ist, dass die von uns genannten

<sup>24</sup> vgl. dazu Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft, Verkehr und Technologie 2002, S. 4 mit Hinweis auf einen Beschluss des Bayerischen Oberlandesgerichts vom 12.9.2000.

Zuschlagskriterien eigentlich Eignungskriterien sind.“ Dennoch hat der Auftraggeber, trotz des damit verbundenen Aufwandes, „die Aufgabe, qualitative Unterschiede der Angebote herauszuarbeiten und bei der Wertung der Angebote zu berücksichtigen, was sich aus den Verdingungsordnungen ergibt“ (Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft, Verkehr und Technologie 2002, S. 2).

Ungeachtet der Frage, wie die Vergabeentscheidungen der öffentlichen Verwaltungen im einzelnen Fall letztlich ausfallen, kann bereits bei der Analyse der Ausschreibungsverfahren konstatiert werden, dass nur bei einer Minderheit - nämlich bei 14% - der untersuchten Ausschreibungen qualitative Kriterien überhaupt eine Rolle spielen. Die überwiegende Mehrheit der öffentlichen Ausschreibungen von Briefdienstleistungen stützt ihre Vergabeentscheidung demnach auf den Preis als alleiniges Zuschlagskriterium. Dies genügt nach gängiger Rechtsauffassung weder den vergaberechtlichen Anforderungen noch der Gewährleistungsverantwortung des Staates bei der Erledigung öffentlicher Aufgaben durch private Unternehmen (vgl. Burgi 2007a, S. 6ff).

### 3.2.2 Der Post-Mindestlohn bei öffentlichen Ausschreibungen von Briefdienstleistungen

Mit der Einführung des allgemeinverbindlichen Post-Mindestlohns zu Beginn des Jahres 2008 wurde die Bezahlung einer Mindestvergütung für die Beschäftigten bei Briefdienstleistern rechtlich verpflichtend. Verstößen Teilnehmer an öffentlichen Ausschreibungsverfahren gegen Recht und Gesetz, so sind diese wegen mangelnder Zuverlässigkeit vom Vergabeverfahren auszuschließen (§ 97 Abs. 4 GWB / § 2 Nr. 4 VOL/A).<sup>25</sup> Ein Ausschlussgrund wegen Unzuverlässigkeit liegt generell vor, wenn im Rahmen der beruflichen Tätigkeit nachweislich eine schwere Verfehlung begangen worden ist (§ 7 Nr. 5 VOL/A / Art. 45 Abs. 2 c Vergabekoordinierungsrichtlinie 2006/18/EG). Darunter fallen auch Verstöße gegen die Lizenzvorschriften des Postgesetzes oder gegen die auf Basis des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes verordneten Mindestlöhne. Es ist davon auszugehen, dass die Nichtbeachtung des für allgemeinverbindlich erklärten Post-Mindestlohns ein Verstoß gegen das Arbeitnehmer-Entsendegesetz darstellt und damit die Zuverlässigkeit eines Unternehmers beeinträchtigt. Die Frage, ob damit bereits ein rechtlich ausreichender Grund zum Ausschluss des Bieters wegen Unzuverläs-

---

<sup>25</sup> Siehe hierzu v.a. Kap. 5 im rechtswissenschaftlichen Teil von Thomas Blanke

sigkeit aus dem Vergabeverfahren vorliegt, ist generell zu bejahen.<sup>26</sup> Allerdings sind daran hohe Nachweispflichten geknüpft, wie ein von den Zollbehörden festgestellter und mit einem Bußgeld geahndeter Verstoß gegen die Normen des Arbeitnehmer-Entsendegesetz.<sup>27</sup>

Mit der Einführung des Post-Mindestlohns zum 01.01.2008 dürfte bei öffentlichen Ausschreibungen von Briefdienstleistungen zu erwarten sein, dass dort als Zuverlässigkeitskriterium oder ggf. als „weitergehende Anforderung“ an die Bieter die Vergütung ihrer Beschäftigten nach den Vorgaben der Mindestlohn-Verordnung verlangt wird. Unsere Untersuchung der im Jahr 2008 veröffentlichten Ausschreibungen zeigt, dass in 51 von 167 veröffentlichten Ausschreibungen für Briefdienstleistungen die Einhaltung des Post-Mindestlohns von den Bietern ausdrücklich gefordert wird. Allerdings muss hier bemerkt werden, dass fast alle Anforderungen zur Vergütung der Beschäftigten nach Post-Mindestlohn von einer bundesweiten Ausschreibung der Arbeitsagenturen gestellt werden. Lässt man diese in 48 regionale Vergabeverfahren („Teillose“) aufgeteilte Ausschreibung der Bundesagentur für Arbeit<sup>28</sup> außer Acht, so wird nur in 3 der verbleibenden 119 öffentlichen Ausschreibungsverfahren in 2008, das entspricht einem Anteil von 2,5%, die Bezahlung des Post-Mindestlohns als Voraussetzung für die Teilnahme am Vergabewettbewerb gefordert (siehe Tabelle 9).<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> Bieter, die aufgrund eines Verstoßes gegen das Arbeitnehmer-Entsendegesetzes mit einer Geldbuße von mindestens 2.500 Euro belegt wurden, sind für eine angemessene Zeit bis zur nachgewiesenen Wiederherstellung ihrer Zuverlässigkeit von öffentlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen (§ 6 AEntG).

<sup>27</sup> In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass mit dem Inkrafttreten der Reform des deutschen Vergaberechts zum 23. April 2009 § 97 Abs. 4 GWB dahingehend ergänzt wurde, dass öffentlichen Auftraggebern nun die Möglichkeit eröffnet wird, zusätzlich soziale, umweltbezogene und innovative Aspekte bei der Ausführung des Auftrags zu verlangen, sofern diese mit dem Auftrag in einem sachlichen Zusammenhang stehen und in der Leistungsbeschreibung genannt werden. Nach der Gesetzesbegründung der Bundesregierung (Bundestags-Drucksache 16/10117) soll bezogen auf den jeweiligen Auftrag beispielsweise eine angemessene Bezahlung zur Sicherstellung der Qualifikation des eingesetzten Personals oder die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen oder Auszubildenden gefordert werden können. Ein solcher sachlicher Zusammenhang zwischen der Notwendigkeit, Postdienstleistungen für die öffentliche Hand in einer hohen Dienstqualität mit dem dafür qualifizierten Personal zu erbringen, und der Tatsache, dass solches kaum mit Löhnen unterhalb des Post-Mindestlohns seriös zu rekrutieren ist, dürfte hier zweifelsfrei gegeben sein.

<sup>28</sup> Vgl. dazu den Artikel „Post-Konkurrenz kämpft um BA-Großauftrag“ in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 22.11.2008

<sup>29</sup> Zwischen 2005 bis 2007 wurde bei 297 veröffentlichten Vergabeverfahren für Postdienstleistungen nur in einem Fall eine Erklärung der Bieter zur Einhaltung tarifvertraglicher Regelungen verlangt. Allerdings ist hier zu erwähnen, dass in dieser Zeit kein Tarifvertrag bestand, der bei den neuen Lizenznehmern zur Anwendung kam, und nur die Deutsche Post AG an einen Haustarifvertrag gebunden war.



**Tabelle 9: Einhaltung des per Rechtsverordnung allgemeinverbindlich erklärten Post-Mindestlohns**

- Textauszüge aus Vergabeunterlagen -

- „Sofern ein gesetzlicher Mindestlohn eingeführt werden sollte, erklärt der Auftragnehmer hiermit seine Tariftreue für alle festangestellten Mitarbeiter.“
- „Der Auftragnehmer versichert ebenfalls mit Unterzeichnung des Angebotes, die Bestimmungen der Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen vom 28. Dezember 2007 (BAnz. 2007 Nr. 242 S. 8410) einzuhalten. Bei der Bildung von Bietergemeinschaften ist diese Versicherung für jedes Mitglied der Bietergemeinschaft vorzulegen.“
- „Vom Bieter sind folgende Nachweise einzureichen nach § 7 Nr. 4 VOL/A: ...Der Nachweis, dass der gesetzlich beschlossene Mindestlohn für Briefdienstleister, gemäß dem Entsendegesetz in der neusten Fassung eingehalten wird.“
- „Der Bieter / Auftragnehmer erklärt, dass er die vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales für allgemeinverbindlich erklärten Mindestlöhne für Briefdienstleistungen zahlt; dies gilt auch für seine Subunternehmer, die für ihn entsprechende Leistungen erbringen.“

*Input Consulting GmbH*

Analysiert man die Verdingungsunterlagen für die Ausschreibung von Postdienstleistungen, so wird in den meisten Fällen bezüglich des bieterbezogenen Eignungskriteriums der „Zuverlässigkeit“ eine standardisierte Erklärung des Unternehmens gefordert, in der die ordnungsgemäße Bezahlung von Steuern und Abgaben sowie die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen bestätigt wird. In manchen Fällen ist auf Verlangen der Vergabestelle ein Auszug aus dem Gewerbezentralregister vorzulegen, in dem verhängte Bußgeldentscheidungen und strafgerichtliche Verurteilungen von Gewerbetreibenden vermerkt sind. Allerdings haben Briefdienstleistungsunternehmen, die entgegen den Vorgaben des Arbeitnehmer-Entsendegesetz den Post-Mindestlohn nicht bezahlen, derzeit keine Sanktionen zu befürchten, die einen Eintrag in das Gewerbezentralregister und einen Ausschluss aus einem Vergabeverfahren rechtfertigen würden. Presseberichten zufolge werden aufgrund der gerichtlichen Auseinandersetzungen um die Rechtmäßigkeit der Post-Mindestlohnverordnung von der Zollverwaltung derzeit keine Bußgelder bei einem festgestellten Verstoß gegen den Post-Mindestlohn verhängt.<sup>30</sup> Die Einführung des Post-Mindestlohns hatte offensichtlich keinen bedeutenden Einfluss auf die Berücksichtigung rechtlich verbindlicher Vergütungskriterien bei der Ausschreibung von Briefdienstleistungen im Jahr 2008.

<sup>30</sup> „Mindestlohn-Verstoß bleibt ungeahndet“ in DVZ vom 15.11.2008

Als Hemmnis für die Aufnahme von Vergütungsanforderungen in die öffentlichen Ausschreibungen für Briefdienstleistungen wirkt mit großer Wahrscheinlichkeit die hohe Rechtsunsicherheit in Folge der Ruffert-Entscheidung des Europäischen Gerichtshof sowie die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg, welche die formale Rechtmäßigkeit der Mindestlohn-Verordnung in Zweifel gezogen hat. Obwohl die Verordnung bis zu einer letztinstanzlichen Klärung weiterhin Bestand hat, kommt diese dennoch in der Praxis nicht zur Anwendung.<sup>31</sup> Als weitere Barriere bei der Berücksichtigung von Vergütungs- oder sonstigen sozialen Kriterien in öffentlichen Ausschreibungsverfahren kommt noch hinzu, dass bei den Ausschreibungsbehörden einer formal korrekten öffentlichen Ausschreibung oberste Priorität eingeräumt wird. Deshalb finden nach Auskunft unserer Gesprächspartner meist keine strittigen Themen Eingang in die Verdingungsunterlagen, welche die Gefahr einer rechtlichen Angreifbarkeit des gesamten Vergabeverfahrens bergen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass

- nur bei einem geringen Anteil (14%) der untersuchten Ausschreibungsunterlagen für Briefdienstleistungen im Zeitraum zwischen 2005 und 2008 qualitative Zuschlagskriterien enthalten sind;
- bei weiteren 17% explizit der niedrigste Preis als Zuschlagskriterium genannt ist;
- die überwiegende Anzahl der analysierten Ausschreibungen keine Aussagen über die Zuschlagskriterien enthält, so dass hier nach gängiger Rechtsauffassung ausschließlich der Preis bei der Wertung der Angebote berücksichtigt werden darf;
- der Post-Mindestlohn bei den Ausschreibungsverfahren für Briefdienstleistungen in 2008 praktisch keine Rolle spielt. Mit Ausnahme eines in mehrere Teillose aufgeteilten Ausschreibungsverfahrens der Bundesagentur für Arbeit wurden in 2008 nur in 2,5% aller anderen öffentlichen Ausschreibungen für Postdienstleistungen die Einhaltung des Post-Mindestlohns als Eignungskriterium von den Bietern ausdrücklich verlangt;
- bei den Vergabestellen eine große Rechtsunklarheit vorherrscht, was die Anwendung sozialer Eignungs- oder Zuschlagskriterien anbelangt.

---

<sup>31</sup> Nach Informationen von ver.di sind mit Ausnahme der im Arbeitgeberverband Postdienste e.V. organisierten Unternehmen nur wenige Briefdienstleister bekannt, die ihren Beschäftigten den verordneten Mindestlohn zwischen 8 und 9,80 Euro bezahlen. Diese Einschätzung wird auch durch einen TV-Bericht des ARD-Magazins „Report Mainz“ vom 6.4.2009 gestützt.

#### **4. Die Vergabepraxis bei öffentlichen Ausschreibungsverfahren von Briefdienstleistungen**

Mit der öffentlichen Vergabebekanntmachung und den Inhalten der Verdingungsunterlagen ist der Rahmen, innerhalb dessen die öffentliche Auftragsvergabe erfolgt, festgeschrieben. Außer den dort genannten Eignungs- und Zuschlagskriterien dürfen keine weiteren Aspekte in die Wertung der Angebote Eingang finden. Insbesondere bei der Beurteilung, welches der Angebote letztlich unter Würdigung aller Aspekte das für den Auftraggeber wirtschaftlichste darstellt, verbleibt der Vergabestelle ein gewisser Entscheidungsspielraum. Zu welchen Vergabeentscheidungen die oben dargestellten Ausschreibungsverfahren geführt haben, ist Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen. Analysiert wurden alle bis zum 31.12.2008 mit einer Zuschlagserteilung abgeschlossenen Vergabeverfahren zwischen 2005 und 2008. Dies war bei 382 von 464 Ausschreibungen im genannten Zeitraum der Fall (82%), 69 Ausschreibungen des Jahres 2008 waren zum Jahresende noch nicht entschieden,<sup>32</sup> bei 13 Vergabeverfahren wurde die Zuschlagserteilung nicht dokumentiert.

Wie bereits dargestellt, erfolgt die öffentliche Auftragsvergabe im Rahmen eines nach strengen formalen Grundsätzen organisierten transparenten und diskriminierungsfreien Wettbewerbs der beteiligten Bieterunternehmen. Dabei erhält derjenige Anbieter den Zuschlag, der das unter Würdigung aller Umstände für den Auftraggeber wirtschaftlichste Angebot vorgelegt hat. Bei der Auswahl der Angebote, die für den Zuschlag in Betracht kommen, sind jedoch nur Bieter zu berücksichtigen, die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erforderliche Eignung, also Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit, verfügen (§ 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A).

---

<sup>32</sup> Dazu zählen fast alle oben erwähnten Ausschreibungen der Bundesagentur für Arbeit, so dass im Weiteren keine Aussagen über die Auswirkungen des Post-Mindestlohns auf die dort getroffenen Vergabeentscheidungen gemacht werden können.

#### 4.1 Vergabeentscheidungen im Zeitraum von 2005 bis 2008 bei der Beauftragung von Briefdienstleistungen durch die öffentliche Hand

Unternehmen, die durch günstigste Preis-Leistungs-Strukturen und durch eine gute Dienstleistungsqualität am Markt erfolgreich tätig sind, werden auch in öffentlichen Auftragsvergabeverfahren ihre Konkurrenzfähigkeit zum Tragen bringen können. Als Unternehmen mit einem Marktanteil von 89,3% (Bundesnetzagentur 2009, S. 122) sollte die Deutsche Post AG - so unsere hypothetische Annahme - auch bei der öffentlichen Auftragsvergabe über eine dominante Wettbewerbsposition verfügen, die es ihr erlaubt, in der Konkurrenz um öffentliche Aufträge mit privaten Anbietern erfolgreich bestehen zu können.

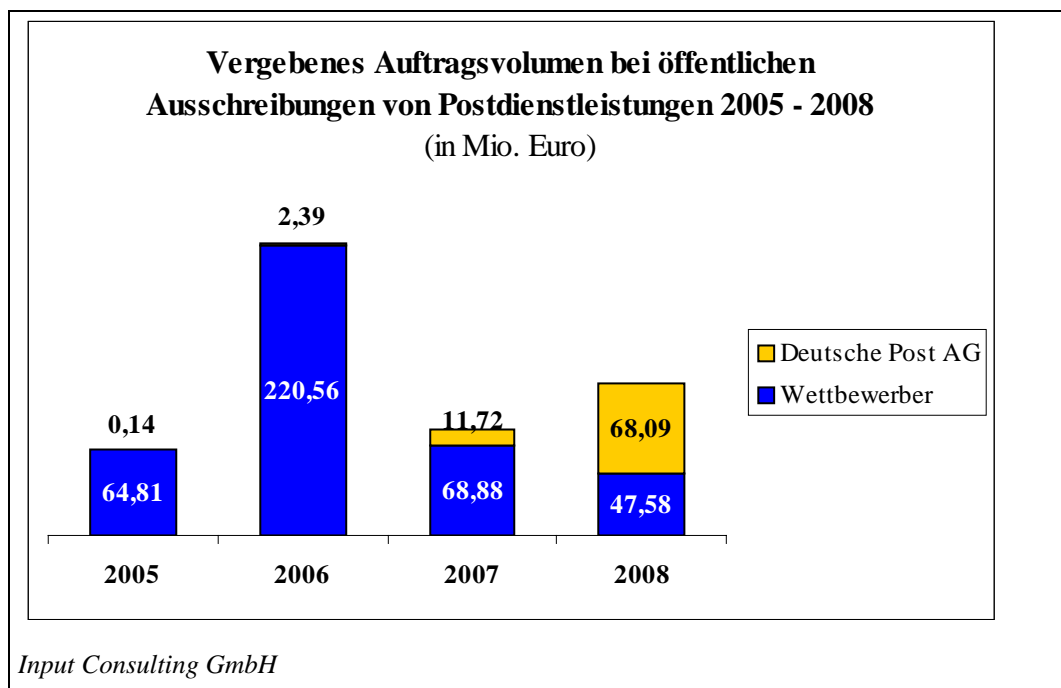
Betrachtet man die **Vergabeentscheidungen** bei öffentlichen Ausschreibungen, so kann die Hypothese einer dominanten Wettbewerbsposition der Deutschen Post AG - zumindest was die Konkurrenzsituation bei öffentlichen Ausschreibungsverfahren anbelangt - nicht bestätigt werden. Nimmt man den gesamten Untersuchungszeitraum in den Blick, so zeigt sich, dass der überwiegende Anteil der per öffentlicher Ausschreibung vergebenen Aufträge für Briefdienstleistungen der öffentlichen Hand überraschenderweise nicht an die Deutsche Post AG, sondern an deren Wettbewerber ging. Von 382 im Zeitraum von 2005 bis 2008 insgesamt per Ausschreibung vergebenen Briefdienstleistungsaufträgen der öffentlichen Hand entfielen nur 46 auf die Deutsche Post AG, was einem Anteil von lediglich 12% entspricht. Bezogen auf das insgesamt in diesem Zeitraum vergebene Auftragsvolumen von 484 Mio. Euro konnte die Deutsche Post AG 82 Mio. Euro für sich akquirieren, während die Lizenznehmer insgesamt Aufträge im Wert von ca. 402 Mio. Euro gewinnen konnten (siehe Tabelle 10).

<b>Tabelle 10: Im Zeitraum von 2005 - 2008 erteilte Zuschläge bei öffentlichen Ausschreibungen von Briefdienstleistungen</b>					
	Anzahl	Anteil	Insgesamt vergebenes Auftragsvolumen (in Mio. €)	Anteil	Durchschnittliches Auftragsvolumen
Deutsche Post AG	46	12%	82,34	17%	1,79
Wettbewerber	336	88%	401,83	83%	1,19
Summe	382	100%	484,17	100%	1,27

*Input Consulting GmbH*

Betrachtet man die Vergabeentscheidungen im Zeitverlauf, so zeigt sich, dass in den Jahren 2005 bis 2007 der Anteil der auf die Angebote der Deutschen Post AG erteilten Zuschläge mit

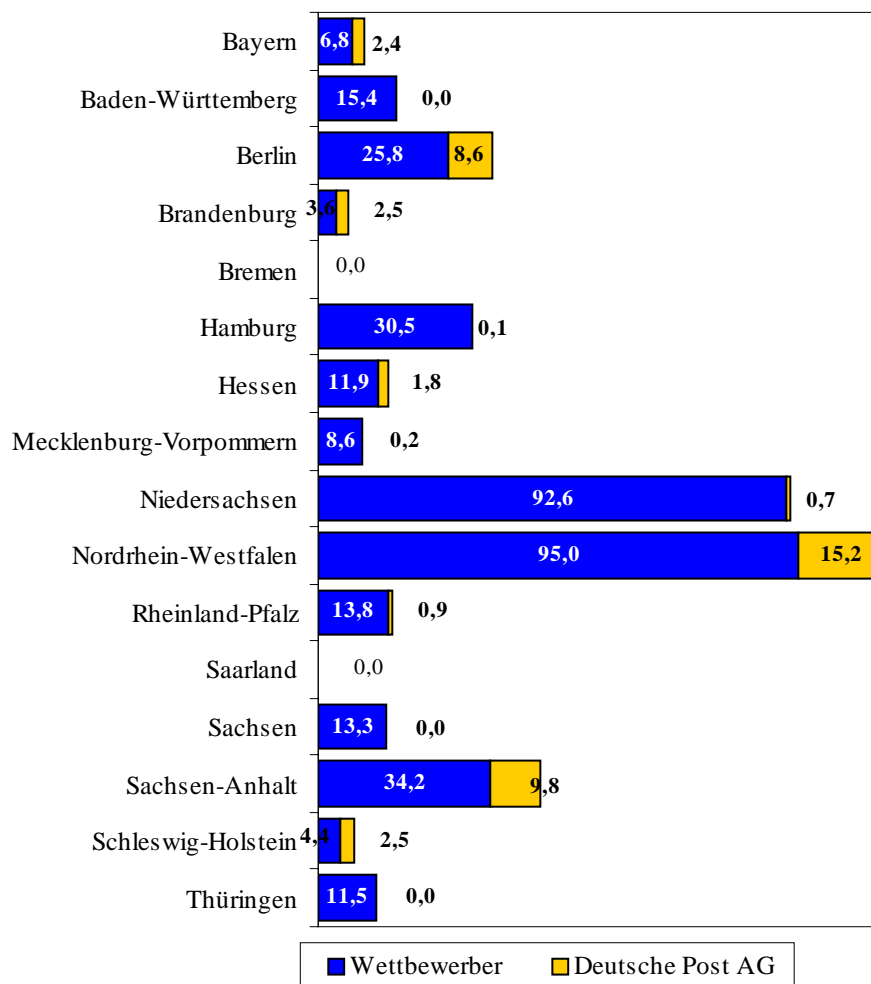
7% noch weitaus geringer war. Erst im Jahre 2008 konnte die Post deutlich mehr Vergabeverfahren gewinnen, was primär mit der Struktur der Ausschreibungen in diesem Jahr zusammenhängen dürfte: Der Großteil der im Jahr 2008 an den ehemaligen Monopolisten vergebenen Aufträge stammt aus einem einmaligen, in mehrere Teillose aufgeteilten Infopost-Auftrag einer Bundesbehörde mit einem entsprechend hohen Auftragsvolumen. Somit dürfte der höhere Zuschlagsanteil für die Deutsche Post AG in 2008 nur aus dem erwähnten Einmaleffekt resultieren und nicht das Ergebnis einer substanziellen Veränderung der Vergabeentscheidungen bei öffentlichen Auftragsvergaben zu Gunsten der DPAG sein.



Richtet man den Blick auf die **vergebenen Briefdienstleistungsaufträge nach Bundesländern** so fällt auf, dass nicht nur die per öffentlicher Ausschreibung vergebenen Auftragsvolumina in den einzelnen Ländern höchst unterschiedlich ausfallen, sondern auch die an die Deutsche Post AG bzw. die Lizenznehmer erteilten Zuschläge - wobei in allen Bundesländern die neuen Anbieter in Summe durchgängig deutlich mehr Aufträge erhielten als die Deutsche Post AG.

### Insgesamt vergebenes Auftragsvolumen bei öffentlichen Vergabeverfahren für Briefdienstleistungen nach Bundesländern 2005-2008

(Vergabevolumen von Landesbehörden und Kommunen,  
in Mio. Euro)



Input Consulting GmbH

Bezogen auf die Ausschreibungen der **Kommunalverwaltungen** gingen von 191 erteilten Zuschlägen lediglich 7% an die Deutsche Post AG. In *Baden-Württemberg*, *Thüringen* und *Sachsen* wurden bei sämtlichen im Zeitraum 2005 bis 2008 durchgeführten kommunalen Ausschreibungsverfahren für Briefdienstleistungen ausschließlich die Wettbewerber der Deutschen Post AG bedacht. Bei den **Landesbehörden** ist der Anteil der Deutschen Post AG an den erteilten Zuschlägen etwas höher, liegt aber mit 15% auch hier weit hinter den von neuen Briefdienstleistern insgesamt akquirierten Aufträgen zurück. *Thüringen* und *Sachsen* gehören zu denjenigen Bundesländern, in denen die Zuschlagerteilung bei der Ausschreibung von Briefdienstleistungen sogar ausschließlich an neue Anbieter erfolgte.

<b>Tabelle 11: Vergebene Aufträge für Briefdienstleistungen durch Kommunen und Landesbehörden nach Bundesländern (2005 - 2008)</b>				
Bundesländer	Kommunen		Landesbehörden	
	Vergebene Aufträge	Anteil Zuschläge an Lizenznehmer	Vergebene Aufträge	Anteil Zuschläge an Lizenznehmer
<b>Bayern</b>	<b>7</b>	<b>86%</b>	<b>12</b>	<b>75%</b>
<b>Baden-Württemberg</b>	<b>11</b>	<b>100%</b>	3	100%
Berlin	1	100%	5	80%
Brandenburg	25	92%	2	50%
Bremen	0		0	
Hamburg	1	0%	1	100%
Hessen	3	33%	2	100%
<b>Mecklenburg-Vorpommern</b>	<b>13</b>	<b>92%</b>	5	60%
<b>Niedersachsen</b>	<b>21</b>	<b>90%</b>	4	75%
<b>Nordrhein-Westfalen</b>	<b>41</b>	<b>93%</b>	9	78%
Rheinland-Pfalz	1	100%	5	80%
Saarland	0		0	
<b>Sachsen</b>	<b>21</b>	<b>100%</b>	<b>21</b>	<b>100%</b>
Sachsen-Anhalt	28	93%	6	83%
Schleswig-Holstein	0		2	50%
Thüringen	18	100%	12	100%
<b>Gesamt</b>	<b>191</b>	<b>93%</b>	<b>89</b>	<b>85%</b>

*Input Consulting GmbH*

Sucht man nach weiteren Faktoren, welche die Vergabeentscheidungen der öffentlichen Auftraggeber mit bestimmen, so haben die Größe des Auftrags, aber auch die an den jeweiligen Auftrag gestellten Qualitätsanforderungen einen gewissen (wenn auch nicht übermäßigen) Einfluss auf die Wahrscheinlichkeit, dass der Auftrag an die Deutsche Post AG oder an die neuen Briefdienstleister vergeben wird:

Wie folgende Übersicht (Tabelle 12) zeigt, steigt der Anteil der an die DPAG vergebenen Aufträge mit der **Größe der Gebietskörperschaft** und somit mit der Größe des Zustellgebietes an. Während bei den Kommunalverwaltungen nur 7% aller ausgeschriebenen Briefdienstleistungsaufträge an die Post gingen, waren es bei den Ausschreibungen der Landesverwaltungen bereits 15%, bei den Bundesbehörden erhielt die Deutsche Post AG zwischen 2005 und 2008 immerhin 20% aller per öffentlicher Ausschreibung vergebenen Aufträge für Briefdienstleistungen. Bei Aufträgen öffentlich-rechtlicher Körperschaften wurde sogar ein Drittel aller Zuschläge auf die Angebote der DPAG erteilt.

**Tabelle 12: Zuschlagserteilung an Deutsche Post AG und Lizenznehmer nach Art der ausschreibenden öffentlichen Institution (2005 - 2008)**

	Deutsche Post		Wettbewerber		Summe	
Bundesbehörden	14	20%	57	80%	71	100%
Landesbehörden	13	15%	76	85%	89	100%
Kommunalverwaltungen	14	7%	177	93%	191	100%
Körperschaften	5	33%	10	67%	15	100%
Versorgungsbetriebe	0	0%	13	100%	13	100%
Sonstige	0	0%	2	100%	2	100%
Keine Angabe					1	
<b>Gesamt</b>	<b>46</b>	<b>12%</b>	<b>335</b>	<b>88%</b>	<b>382</b>	<b>100%</b>
<i>Input Consulting GmbH</i>						

Diese unterschiedlichen „Zuschlagsquoten“ bei den jeweiligen Gebietskörperschaften dürften vor allem mit der unterschiedlichen Komplexität und dem Volumen der von diesen Institutionen beauftragten Briefdienstleistungen zusammenhängen. Dabei dürfte bei großen Aufträgen, vor allem solchen, die eine bundesweite Zustellung erfordern, die Deutsche Post AG eher im Vorteil gegenüber kleineren Anbietern sein. Allerdings zeigt sich auch bei der Analyse der Vergabeentscheidungen in Abhängigkeit vom **Ausschreibungsvolumen** (Tabelle 13), dass zwar die Zuschlagsquoten für die Deutsche Post AG mit der Größe des Auftrags zunehmen, aber selbst bei hohen Auftragssummen oberhalb von 1 Mio. Euro der Großteil der Zuschläge (70%) an die Post-Wettbewerber erteilt wurde. Bei kleineren Aufträgen unterhalb des EU-Schwellenwertes von 206.000 Euro gingen in den Jahren 2005 bis 2008 213 von 230 vergebenen Aufträge an die Lizenznehmer, das entspricht einem Anteil von 93%.

Künftig könnte sich der Vorteil der Deutschen Post bei größeren, überregionalen Aufträgen jedoch deutlich reduzieren. Die im April 2009 in Kraft getretene Vergaberechtsreform hat die „Mittelstandsklausel“ des § 97 Abs. 3 GWB dahingehend verstärkt, dass Auftraggeber künftig *verpflichtend* gehalten sind, zur Verbesserung der Chancen kleiner und mittlerer Unternehmen im Vergabeprozess, die ausgeschriebenen Aufträge in möglichst kleine Einheiten zu teilen. Nur in begründeten Ausnahmefällen kann von dieser Verpflichtung abgewichen werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Landes- oder bundesweite Briefdienstleistungen sind daher künftig grundsätzlich in Form mehrerer regional begrenzter Teilaufträgen („Teillose“) auszuschreiben, was nicht nur zu erheblichem Mehraufwand bei den Vergabestellen führen, sondern zudem die Regionalisierung postalischer Netzwerke befördern dürfte. Für neue Anbieter verstärken sich bei öffentlichen Vergabeverfahren damit die Anreize zur „Rosinenpickerei“, in dem sie bei lukrativen Teillosten in städtischen Regionen ihre Kostenvorteile gegenüber der Deutschen Post zur Geltung bringen können, während



die kostenintensive Briefbeförderung in ländlichen Regionen bei öffentlichen Ausschreibungen kaum auf das Interesse der Lizenznehmer stoßen dürfte und somit von der Deutschen Post (weiterhin) im Rahmen ihres Universaldienstes erbracht werden muss.

<b><u>Tabelle 13:</u> Zuschlagserteilung an Deutsche Post AG und Lizenznehmer nach Höhe des Auftragsvolumens (2005 - 2008)</b>						
Ausschreibungsvolumen pro Jahr	DPAG		Wettbewerber		Gesamt	
> 1.000.000	17	30%	39	70%	56	100%
206.001 - 1.000.000	11	13%	72	87%	83	100%
< 206.000	17	7%	213	93%	230	100%
keine Angaben	1		12		13	0%
Gesamt	46		336		382	0%
<i>Input Consulting GmbH</i>						

Auch die der Vergabeentscheidung zugrunde gelegten **Zuschlagskriterien** (Tabelle 14) haben nach unserer Analyse einen Einfluss auf die Entscheidung für oder gegen das Angebot der Deutschen Post AG bzw. ihrer Wettbewerber. Bei Ausschreibungen, in denen ausschließlich der Preis als entscheidendes Zuschlagskriterium definiert ist, werden nur 9% aller Vergabeentscheidungen für das Angebot der Deutschen Post AG getroffen, während bei Ausschreibungen, die neben dem Preis noch weitere qualitative oder soziale Kriterien bei der Vergabeentscheidung berücksichtigen, immerhin 17% aller Auftragsvergaben für Briefdienstleistungen auf die Deutsche Post AG entfallen. Aber auch hier bleibt festzuhalten: Auch solche Aufträge, bei denen neben dem Preis noch weitere Kriterien bei der Angebotswertung zum Zuge kommen, gehen mehrheitlich an die neuen Briefdienstleister.

<b><u>Tabelle 14:</u> Zuschlagserteilung an Deutsche Post AG und Lizenznehmer nach Zuschlagskriterien (2005 - 2008)</b>						
	DPAG		Vergabe Wettbewerber		Gesamt	
Preis + weitere Kriterien	12	17%	59	83%	71	100%
ausschließlich Preis / Wirtschaftlichkeit	8	9%	82	91%	90	100%
Gesamt	20	12%	141	88%	161	
<i>Input Consulting GmbH</i>						

Zusammenfassend lässt sich bezüglich der zwischen 2005 und 2008 erfolgten Auftragsvergaben von Briefdienstleistungen feststellen, dass

- mit 88% aller erteilten Zuschläge ein überraschend hoher Anteil der Aufträge an die Lizenznehmer geht;
- die Deutsche Post AG bei größeren Auftragsvolumina, v.a. von Bundes- und Landesbehörden, zwar einen überdurchschnittlichen Anteil von Zuschlägen auf sich vereinen kann, aber auch hier der Anteil der auf ihre Wettbewerber erteilten Zuschläge bei über 70% liegt;
- bei öffentlichen Ausschreibungen von Kommunen die Deutsche Post AG 7% aller Ausschreibungsverfahren im betrachteten Zeitraum gewinnen konnte;
- bei Ausschreibungsverfahren, bei denen neben dem Preis noch weitere qualitative oder soziale Kriterien für die Vergabeentscheidung zum Tragen kamen, 17% aller Zuschläge auf das Angebot der Deutschen Post AG erteilt wurden, während bei Ausschreibungsvergaben, bei denen der niedrigste Preis das alleinige Vergabekriterium bildet, 9% der erteilten Zuschläge auf die Deutsche Post entfielen.

#### **4.2 Preiswettbewerb unter ungleichen Bedingungen und die Folgen für die Vergabe öffentlicher Briefdienstleistungsaufträge**

Nimmt man die Gründe für die Ablehnung der Angebote bei der Vergabe von Briefdienstleistungen durch die öffentliche Hand in den Blick, so zeigt sich, dass die Lizenznehmer großteils in der Lage waren, ein niedrigeres Angebot als die Deutsche Post AG abzugeben und diese somit preislich unterbieten konnten. In 90% der Fälle, in denen der Ablehnungsgrund von den Vergabestellen gegenüber der Deutschen Post AG genannt wurde, waren der Preis oder sonstige wirtschaftliche Gründe ausschlaggebend für die Zuschlagserteilung an die neuen Briefdienstleister. Bei den verbleibenden 10% konnten die Angebote der Deutschen Post AG aus formalen Gründen nicht berücksichtigt werden, v.a. weil die in der Ausschreibung formulierten Anforderungen an die Produkt- oder Preisgestaltung (z.B. von der Norm abweichende Gewichtsklassen, längerfristige Preisgarantien, Rückvergütungen bei überschreiten bestimmter Einlieferungsmengen) von der Deutschen Post als reguliertes Unternehmen nicht erfüllt werden konnten.

An diese Feststellungen schließt sich die Frage, warum die neuen Lizenznehmer in der Lage sind, die Deutsche Post AG, obwohl diese insgesamt eine dominante Stellung im Briefmarkt

inne hat und mit ihren großen Sendungsmengen weitaus produktiver arbeiten kann, bei öffentlichen Auftragsvergabeverfahren dennoch preislich zu unterbieten?

Mit einer um den Faktor 12 höheren Sendungsmenge als alle Lizenznehmer zusammen<sup>33</sup> hat der Ex-Monopolist Deutsche Post AG erhebliche Größenvorteile („economies of scale“) und kann, kombiniert mit einer hohen Automatisierungsquote, deutlich produktiver arbeiten als dies dem überwiegenden Teil ihrer Wettbewerber derzeit möglich ist. Zusätzlich verfügt die Post über Verbundvorteile („economies of scope“), die aufgrund der Beförderung verschiedener Sendungsarten entlang der postalischen Wertschöpfungskette entstehen und mit dazu beitragen, dass mit steigendem Sendungsvolumen die Durchschnittspreise pro Einheit sinken, weshalb sie als marktbeherrschendes Unternehmen mit hohen Sendungsmengen deutlich günstiger „produzieren“ kann als ihre Konkurrenten. Hinzu kommt, dass die Deutsche Post AG in ihrer Eigenschaft als Universaldienstanbieter auf ihre Leistungen keine Mehrwertsteuer erheben muss - im Gegensatz zu ihren Wettbewerbern, die ihre Preise zuzüglich 19% Mehrwertsteuer kalkulieren müssen. Dennoch gelingt es den Lizenznehmern, wie das Beispiel der öffentlichen Auftragsvergabe von Briefdienstleistungen zeigt, die Deutsche Post AG regelmäßig preislich zu unterbieten.

Dafür sind nach unserer Einschätzung zwei Effekte ausschlaggebend:

Erstens sind die neuen Anbieter von Briefdienstleistungen nicht mit den **hohen Fixkosten** eines flächendeckenden Netzbetreibers belastet, welcher - schon allein aus Gründen der Universaldienstleistung - mit hohem Aufwand an sechs Tagen pro Woche bundesweit das Einsammeln, Befördern, Sortieren und Zustellen von Briefsendungen gewährleisten muss. Während in anderen Netzwerksektoren, wie der Telekommunikation oder der Energieversorgung, der Netzaufbau hohe Investitionen in die technische Infrastruktur erfordert, besteht das Postnetzwerk größtenteils aus Personen, die beim Betreiber vergleichsweise hohe Personalkosten verursachen. Diese machen rund 60% des Gesamtaufwandes aus und fallen in der Regel als Fixkosten, also unabhängig von den Sendungsmengen und der Auslastung des Netzwerkes, an. Die neuen Anbieter dagegen versuchen, die Größenvorteile der Deutschen Post AG bei den „Produktionskosten“ durch einen geringen Fixkostenanteil ihres Briefnetzwerkes zu kompensieren, indem sie einerseits ihr Postnetzwerk nur in solchen Regionen etablieren, in

---

<sup>33</sup> Nach den Zahlen der Bundesnetzagentur beförderten die Lizenznehmer in 2008 1,47 Mrd. von insgesamt 17,45 Mrd. lizenzpflichtigen Briefsendungen. Das entspricht einem Anteil von 8,4 % (Bundesnetzagentur 2009, S. 126)

denen dieses mit entsprechend hohen Sendungsmengen profitabel betrieben werden kann. Andererseits wird der Personaleinsatz so ausgestaltet, dass dieser möglichst geringe Fixkosten verursacht und dadurch die Produktivitätsvorteile der Deutschen Post AG ausgeglichen werden können. Dies impliziert eine generelle „Low-Road-Strategie“ beim Personaleinsatz mit einem insgesamt niedrigen Lohnniveau, einer knappen Personaldecke sowie einer an die Absatzentwicklung angepassten Flexibilisierung von Arbeit durch geringfügige und befristete Arbeitsverhältnisse und stark variable Arbeitszeiten. Wie von uns in einer Studie über die Arbeitsbedingungen bei den Lizenznehmern dargestellt (Input 2006), ist der Rückgriff auf prekäre Beschäftigung die Grundlage des Geschäftsmodells der neuen Briefdienstleister, welches sie in die Lage versetzt, erfolgreich in Preisunterbietungskonkurrenz zur Deutschen Post AG zu treten. Eine im Jahr 2007 von der Bundesnetzagentur im Rahmen einer „Auskunftsanordnung“ bei den Lizenznehmern durchgeführte Erhebung zu den „Arbeitsbedingungen im lizenzierten Bereich“ bestätigt gleichfalls ein solches auf flexiblen Personaleinsatz und der Bezahlung von Niedrigstlöhnen aufgebautes Geschäfts- und Wettbewerbsmodell der neuen Anbieter. So sind dieser Untersuchung zufolge von den 48.411 erfassten Beschäftigten der Lizenznehmer nur 18% Vollzeitkräfte, weitere 24% sind als Teilzeitbeschäftigte dort tätig. Das Gros der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei den Lizenznehmern stellen jedoch geringfügig Beschäftigte oder kurzfristige Minijobber, die einen Anteil von 58% der dort Beschäftigten ausmachen und so einen hochflexiblen Arbeitskräfteeinsatz ermöglichen. Im Gegensatz hierzu sind im Briefbereich der Deutschen Post AG 61% aller 166.545 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter Vollzeitbeschäftigte, weitere 33% haben einen Teilzeitvertrag und lediglich knapp 4% oder 6.000 Beschäftigte sind geringfügig Beschäftigte oder als Minijobber angestellt (Bundesnetzagentur 2008b, S. 3).<sup>34</sup>

Zweitens zeigen sich neben der Flexibilität des Personaleinsatzes **erhebliche Personalkostenunterschiede** zwischen den Lizenznehmern und der Deutschen Post AG. Während die DPAG ihren Zustellern der Erhebung der Bundesnetzagentur zufolge einen durchschnittlichen Tariflohn von 12,13 Euro pro Stunde bezahlt, beträgt die Stundenvergütung für Zustellkräfte der Lizenznehmer durchschnittlich 7,28 Euro und variiert je nach Bundesland zwischen 5,68 Euro in Brandenburg und 7,92 Euro in Bayern (Bundesnetzagentur 2008b, S. 10). Somit sind die Durchschnittslöhne für Briefzusteller bei den Lizenznehmern rund 40% unterhalb des Niveaus der Deutschen Post AG angesiedelt. Der Abstand vergrößert sich sogar auf bis zu 60%, bezieht man die bei der DPAG erfolgte Tarifierhöhung im November 2008, die üblichen

---

<sup>34</sup> Der überwiegende Teil der Minijobber ist bei der Deutschen Post AG in den Service-Filialen beschäftigt.

Sonderzahlungen, betrieblichen Rentenansprüche sowie die für einen relevanten Beschäftigtenanteil geltenden besitzstandsichernden Vergütungsbestandteile mit ein. Zudem muss in diesem Zusammenhang erwähnt werden, dass vor allem bei den vornehmlich in der Zustellung eingesetzten Minijobbern der Lizenznehmer lediglich 47% eine Fixvergütung auf Stunden- oder Monatslohnbasis erhalten, der überwiegende Anteil der Minijobber wird der Erhebung der Bundesnetzagentur zufolge in Form eines an der Sendungsmenge orientierten Stücklohns variabel vergütet (Bundesnetzagentur 2008b, S. 2). Dies erhöht einerseits das Flexibilisierungspotenzial der Lizenznehmer bei den Personalkosten beträchtlich, trägt aber gleichzeitig zu einer deutlichen Prekarisierung der Beschäftigungsverhältnisse und Einkommensbedingungen bei den Lizenznehmern bei. Neben den massiven negativen Auswirkungen prekärer Beschäftigungsbedingungen für die betroffenen Beschäftigten und die Systeme der sozialen Sicherung, haben diese tiefgreifende wettbewerbspolitische Implikationen - dann nämlich, wenn die gezahlten Niedriglöhne durch staatliche Unterstützungszahlungen aufgestockt werden, weil diese nicht zur Deckung des Lebensunterhaltes ausreichen und somit eine Subventionierung der durch Niedriglöhne erlangten Kostenvorteile aus öffentlichen Mitteln erfolgt. Nach einer Berechnung der Arbeitnehmerkammer Bremen (vgl. Steffen 2006) muss eine alleinstehende Person in Westdeutschland bei einer 38,5-Stundenwoche mindestens 7,87 Euro brutto verdienen, um den nach SGB II definierten existenzsichernden Mindestbedarf zu erreichen. In Ostdeutschland beträgt diese Grenze 7,08 Euro, ab der bei einem alleinstehenden Arbeitnehmer kein Anspruch auf zusätzliches Arbeitslosengeld II mehr entsteht. Nimmt man die Untersuchung der Bundesnetzagentur zum Maßstab, dann dürfte der Großteil der Durchschnittsvergütungen unterhalb dieses existenzsichernden Mindestbedarfs liegen. Somit werden die durch geringe Personalkosten verursachten Wettbewerbsvorteile der neuen Briefdienstleister in vielen Fällen durch staatliche Sozialtransfers subventioniert. Besonders in Regionen mit hoher Arbeitslosigkeit profitieren Arbeitgeber zudem von der nach § 2 SGB II auferlegten Verpflichtung Arbeitsloser, alle Möglichkeiten zur Beendigung oder Verringerung ihrer Hilfebedürftigkeit auszuschöpfen und eine Beschäftigung selbst dann anzunehmen, wenn ihnen diese kein höheres Netto-Einkommen als das Arbeitslosengeld II ermöglicht oder dieses sogar niedriger ausfällt. Dieser Mechanismus erweitert nach unseren Erkenntnissen das Potenzial an Beschäftigten, die bereit - bzw. in diesem Fall präziser: „gehalten“ - sind, eine Arbeit zu den bei den Lizenznehmern gängigen Bedingungen aufzunehmen. Umgekehrt vermindert er auf Seiten der Arbeitgeber die Anreize, die Beschäftigungsbedingungen in ihren Unternehmen attraktiver zu gestalten (vgl. Input Consulting 2006).

Drittens kommt den **neuen Anbietern** im Wettbewerb um öffentliche Aufträge ihre **hohe Preisflexibilität** zugute. Briefdienstleistungen, die aufgrund eines regional begrenzten Zustellgebietes geringere Kosten verursachen, können von den Lizenznehmern zu entsprechend günstigeren Konditionen angeboten werden. Zudem besteht für neue Anbieter mit einem meist nur auf städtische Gebiete beschränkten Zustellnetzwerk die Option, kostenträchtige Sendungen, wie beispielsweise Briefe in ländliche Regionen, ins Netzwerk der Deutschen Post AG zu einem Einheitstarif einspeisen zu können. Des Weiteren können neue Anbieter auch aus strategischen Erwägungen, wie der Gewinnung von Referenzkunden oder zur Verbesserung der Kapazitätsauslastung ihres eigenen Postnetzwerkes, „Kampfpreise“ anbieten, die nicht kostendeckend sind bzw. im besten Fall nur die variablen Zusatzkosten („Grenzkosten“) des jeweiligen Auftrags abdecken, aber geeignet sind, einen Verdrängungswettbewerb mit anderen Anbietern erfolgreich zu führen (vgl. Knieps 2008, S. 176).

Solche preispolitischen Optionen stehen der **Deutschen Post AG** nicht offen. Als marktbeherrschendes Unternehmen **unterliegt** sie der **Preisregulierung** gemäß § 19 PostG. Demnach bedürfen Entgelte marktbeherrschender Unternehmen der Genehmigung durch die Regulierungsbehörde, mit Ausnahme der Entgelte, die für Briefsendungen ab einer Mindesteinlieferungsmenge von 50 Stück angewendet werden. Letzteres dürfte generell bei Postsendungen für Geschäftskunden der Fall sein, bei denen entsprechende Rabatte in Abhängigkeit von der jeweiligen Einlieferungsmenge angeboten werden. Dennoch ist die Deutsche Post AG auch bei der Preisgestaltung von Großkundertarifen nicht frei. Als marktbeherrschendes Unternehmen muss sie sich auch bei nicht-genehmigungspflichtigen Entgelten an den Preissetzungsmaßstäben des § 20 PostG<sup>35</sup> orientieren und untersteht hier einer nachträglichen Preismissbrauchsaufsicht der Bundesnetzagentur. Diese muss insbesondere dann aktiv werden, sollten die den Geschäftskunden angebotenen Preise der Deutschen Post AG Abschläge enthalten, welche die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen. Dies wäre v.a. dann der Fall, „wenn ein Anbieter seine Marktmacht systematisch zu Angeboten unter Einstandspreis einsetzt; das bedeutet, dass diese Art des Preisverhaltens durch eine besondere Häufigkeit oder Intensität gekennzeichnet sein muss, aufgrund derer erst eine Gefahr für den Wettbewerb zu besorgen ist“ (Sedemund / von Dan-

---

<sup>35</sup> Nach § 20 PostG dürfen die Entgelte des marktbeherrschenden Unternehmens 1. keine Aufschläge enthalten, die der Anbieter nur auf Grund seiner marktbeherrschenden Stellung durchsetzen kann, 2. keine Abschläge enthalten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt für Postdienstleistungen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen, 3. einzelnen Nachfragern keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger Postdienstleistungen einräumen. Dies gilt generell sowohl für genehmigungspflichtige Preise wie auch für die der Preismissbrauchskontrolle unterliegenden Entgelte.

witz 2000, S. 553). Somit ist die Deutsche Post AG in ihrer Preisflexibilität „nach unten“ beschränkt. Zudem wird ihre Möglichkeit zur Preisdifferenzierung durch das gesetzliche Diskriminierungsverbot nach § 20 Abs. 2 Satz 1 PostG eingeschränkt, wonach einzelnen Nachfragern keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger Postdienstleistungen eingeräumt werden dürfen.<sup>36</sup> Aus dieser Norm ergibt sich zwar keine Pflicht zu einer rechnerischen Gleichbehandlung aller Kunden im Sinne einer einheitlichen Tarifordnung, allerdings sind mit der Verpflichtung zu einer diskriminierungsfreien Preisgestaltung unterschiedliche Preise für vergleichbare Kunden, Sendungsmengen und Briefdienstleistungen nicht vereinbar. Um dem gesetzlichen Preisbehinderungsmissbrauchs- und Diskriminierungsverbot zu genügen, erfolgt deshalb die Tarifierung von Standardbriefdienstleistungen der Deutschen Post AG für Geschäftskunden nach einer einheitlichen Preisliste, für die in Abhängigkeit von Sendungsmengen, Regionen und Vorleistungen Geschäftskundenrabatte bis zu 26% zum Normaltarif gewährt werden. Auch bei Angeboten für öffentliche Ausschreibungen ist die Deutsche Post an diese für alle Geschäftskunden geltende Preise gebunden und kann hier einen maximalen Rabatt von 26% zum Normaltarif einräumen und wird damit für Konkurrenten im Wettbewerb um Großkundenaufträge vergleichsweise leicht berechenbar. Bietet ein Lizenznehmer etwas unterhalb der bekannten Großkundenrabatte der DPAG bei öffentlichen Ausschreibungen an, so kann dieser, sofern er nicht von anderen Lizenznehmern preislich unterboten wird, mit einer Zuschlagserteilung rechnen.

---

<sup>36</sup> Das preisliche Diskriminierungsverbot gilt auch im Kartellrecht generell für marktbeherrschende Unternehmen (§ 20 GWB)

## **5. Die Praxis öffentlicher Ausschreibung und Vergabe von Briefdienstleistungen - ein zusammenfassendes Resümee**

Das öffentliche Beschaffungswesen verfolgt primär das Ziel, durch einen streng formalisierten Bieterwettbewerb einen möglichst „wirtschaftlichen Einkauf“ sicherzustellen. Damit trägt die öffentliche Auftragsvergabe zur sparsamen Verwendung von Steuergeldern bei. Für viele Unternehmen sind öffentliche Aufträge von nicht unerheblicher Bedeutung. Immerhin werden vom öffentlichen Sektor Aufträge im Umfang von 360 Mrd. Euro pro Jahr an die Privatwirtschaft vergeben, das entspricht 16% des Bruttoinlandprodukts (Schulden / Pawicki 2008, S. 184). Im Briefsektor macht der Postversand der öffentlichen Hand 10 bis 15% des gesamten Marktvolumens aus, entsprechend intensiv ist der Wettbewerb der Briefdienstleistungsunternehmen um solche Aufträge. Bei Geschäftskunden, und hier insbesondere bei solchen mit hohem Sendungsaufkommen, ist ein günstigerer Preis das entscheidende Motiv für einen Wechsel des Briefdienstleisters (WIK 2009, S. 42). Auch bei Geschäftskunden des öffentlichen Sektors stehen bei der Ausschreibung von Briefdienstleistungen Kostenaspekte an erster Stelle. Deshalb kommt bei der Bewertung der Wirtschaftlichkeit eines Angebots bei den meisten öffentlichen Auftragsvergabeverfahren ausschließlich der Preis der Briefdienstleistung als Kriterium zum Tragen. In nur 14% der von uns untersuchten Fälle werden bei der Vergabeentscheidung auch weitere, qualitative Faktoren berücksichtigt. Bei einer solchen, auf den günstigsten Preis fokussierten Beschaffungspolitik der öffentlichen Hand sind Briefdienstleister faktisch gezwungen, sich auf eine Preisunterbietungskonkurrenz einzulassen, wollen sie im Bieterwettbewerb um staatliche Aufträge erfolgreich bestehen. Obwohl die Deutsche Post AG insgesamt eine dominante Marktstellung einnimmt und somit als wettbewerbsfähiges Postunternehmen zu gelten hat, kommt sie in öffentlichen Auftragsvergabeverfahren gegen die Preiskonkurrenz neuer Anbieter offensichtlich nicht an. Im Zeitraum von 2005 bis 2008 sind nur 12% aller Zuschläge bei öffentlichen Ausschreibungen von Briefdienstleistungen auf die Angebote der Deutschen Post AG entfallen, der überwiegende Teil der Ausschreibungsverfahren mit einem Gesamtvolumen von über 400 Mio. Euro wurde im besagten Zeitraum zu Gunsten der Lizenznehmer entschieden. Dies überrascht umso mehr, als die Deutsche Post über erhebliche Größenvorteile verfügt und somit weitaus produktiver ihre Dienstleistungen erbringen kann und durch die Umsatzsteuerbefreiung darüber hinaus einen deutlichen Kostenvorteil gegenüber den Wettbewerbern, die ihre Leistungen zuzüglich 19% Mehrwertsteuer berechnen müssen, besitzt.



Dennoch erfolgt - wie die hier durchgeführte Untersuchung der Auftragsvergabe für Briefdienstleistungen zwischen 2005 und 2008 zeigt - die Zuschlagserteilung bei öffentlichen Vergabeverfahren zu einem überwiegenden Anteil auf die Angebote neuer Anbieter. Dies resultiert im Wesentlichen auf folgenden strukturell bedingten Vorteilen der Lizenznehmer bei der Preisgestaltung, was diese regelmäßig in die Lage versetzt, die Deutsche Post AG bei öffentlichen Aufträgen preislich zu unterbieten:

- Erstens unterhalten die Lizenznehmer im Gegensatz zum Universaldienstanbieter Deutsche Post kein flächendeckendes Zustellnetzwerk, sondern fokussieren sich primär auf regional begrenzte Aufträge, was eine vergleichsweise kostengünstige Briefbeförderung und -zustellung erlaubt und sich entsprechend günstig in der Preiskalkulation niederschlägt. Dabei dürften die neuen Briefdienstleister künftig von der im Vergaberechtsreformgesetz verstärkten Verpflichtung der Vergabestellen zur Aufteilung von Aufträgen in möglichst kleine Einheiten profitieren, mit der insbesondere die Chancen kleiner und mittlerer Unternehmen im Vergabeverfahren verbessert werden sollen.
- Zweiten können aufgrund der Missachtung der Mindestlohnverordnung durch die meisten Lizenznehmer diese mit der Bezahlung von Niedrigstlöhnen und den Rückgriff auf hoch flexible Beschäftigungsverhältnisse deutliche Kostenvorteile gegenüber der tarifgebundenen Deutschen Post AG zum Tragen bringen, was sie in die Lage versetzt, als Billiganbieter am Markt aufzutreten.
- Drittens ist die Deutsche Post AG als marktbeherrschendes Unternehmen bei der Preisgestaltung umfassenden gesetzlichen Restriktionen unterworfen, die sie davon abhalten, preislich flexibel reagieren zu können und ihrerseits in einen Preisunterbietungswettbewerb einzutreten.

Während die Realisierung von Kostenvorteilen aufgrund der Fokussierung auf bestimmte Marktsegmente, des Einsatzes innovativer Technologien, einer schlanken Unternehmensorganisation oder aufgrund eines gut durchdachten Geschäftsmodells aus sozial- und wettbewerbspolitischer Perspektive prinzipiell nicht zu beanstanden ist, sind Konkurrenzvorteile, die aus der Bezahlung von Niedrigstlöhnen entstehen, in dieser Hinsicht als äußerst problematisch zu qualifizieren.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Auch innerhalb der Gruppe der Lizenznehmer verschaffen sich bei öffentlichen Ausschreibungen Briefdienstleistungsunternehmen, welche den Post-Mindestlohn missachten, Wettbewerbsvorteile: WAZ Post Service GmbH, ein Unternehmen, das seinen Zustellkräften den Post-Mindestlohn von 9,80 Euro pro Stunde bezahlt, hat in einem öffentlichen Vergabeverfahren den Auftrag der Stadt Dortmund an TNT Post verloren, die sich bekanntermaßen mit Verweis auf einen mit der christlichen Postgewerkschaft CGPT abgeschlossenen

Eine wirkungsvolle Regelung zur Verhinderung unfairer Lohndumping-Konkurrenz stellt die seit 2008 geltende Post-Mindestlohn-Verordnung dar. Allerdings wird diese nach unserer Kenntnis in den allermeisten Briefunternehmen nicht angewandt. Auch in den Ausschreibungsverfahren spielt die Bezahlung des Mindestlohns faktisch keine Rolle; auf prekäre Beschäftigung basierende Wettbewerbsvorteile von Anbietern von Briefdienstleistungen werden dadurch nicht verhindert. Somit können öffentliche Auftraggeber durch die Vergabe ihrer Postdienstleistungen an den billigsten Anbieter zwar einerseits ihre Portokosten senken, andererseits verursachen sie mit der damit einhergehenden Forcierung des Preisunterbietungswettbewerbs im Briefmarkt eine Reihe externer Kosten, die wiederum bei anderen staatlichen Institutionen wie den Arbeitsagenturen zu Mehrausgaben oder bei den Sozialversicherungsträgern und dem Fiskus zu Mindereinnahmen führen.

Die Analyse der Ausschreibungs- und Vergabepaxis von Briefdienstleistungen zeigt, dass eine allein auf den günstigsten Preis abzielende Vergabepolitik der öffentlichen Instanzen eine Reihe negativer Folgen impliziert. Deshalb muss das öffentliche Beschaffungswesen bereits aus ökonomischen Erwägungen einem „ganzheitlichen“ Politikansatz folgen: „Wenn Folgekosten, die durch unverantwortliche öffentliche Beschaffung entstehen, durch den Beschaffer selbst getragen werden müssen, sind diese Kosten als interne Kosten zu betrachten. Sie treffen den Beschaffer als Teil des Gesamthaushaltes ‚Staat‘ direkt und indirekt bei verschiedenen staatlichen Kostenträgern. Diese Kosten werden in der Bilanz des Staatshaushaltes insgesamt wirksam. Der Einspareffekt, der durch die Beauftragung von billigsten Angeboten entsteht, wird dadurch null oder negativ“ (Rat für Nachhaltige Entwicklung 2008, S. 18).<sup>38</sup> Aber auch aus sozial- und wettbewerbspolitischer Sicht ist es erforderlich, dass öffentliche Auftragsvergabe keine Anreize für eine - teilweise ruinöse<sup>39</sup> - Preisunterbietungskonkurrenz setzt. Der Staat sollte deshalb durch seine Vorbildfunktion und mit Hilfe seiner Marktmacht als Auftraggeber dafür sorgen, dass nur solche Anbieter Aufträge aus öffentlichen Mitteln erhalten, die von staatlicher Seite als vorbildlich erachtete bzw. zumindest gesetzlich geforderte Verhaltensweisen an den Tag legen und sich keine unlauteren Wettbewerbsvorteile durch Lohn- und Sozialdumping verschaffen.

---

Haustarifvertrag der Bezahlung des Post-Mindestlohns verweigert und ihr Zustellpersonal mit 7,50 Euro (West) bzw. 6,50 (Ost) pro Stunde entlohnt und somit einen Preis- und Wettbewerbsvorteil von knapp 25% realisieren kann (Westdeutsche Zeitung 24.12.2008).

<sup>38</sup> vgl. dazu auch Schulden / Pawicki 2008, S. 184

<sup>39</sup> Nach Angaben der Bundesnetzagentur arbeiten derzeit nur 39% der Lizenznehmer profitabel (Bundesnetzagentur 2009a, S. 127), selbst der größte Post-Wettbewerber, TNT, schreibt in 2008 rote Zahlen (vgl. Presseartikel „TNT will mit Holtzbrinck kooperieren“ in Handelsblatt vom 20.05.2009).

## **6. Die soziale Verantwortung des Staates bei der Vergabe öffentlicher Aufträge**

Die Frage nach der besonderen sozialen oder ökologischen Verantwortung des Staates bei der Beschaffung von Gütern, Dienstleistungen und der Beauftragung von Bauleistungen findet eine steigende Aufmerksamkeit. In einem Gutachten zum Beschaffungswesen stellte der wissenschaftliche Beirat des Bundeswirtschaftsministerium einen politischen Trend hin zur „Nutzung der Nachfrage als Lenkungsinstrument durch den Staat fest. Vergabefremde Ziele wie die Innovations- und Nachhaltigkeitsförderung sowie soziale Bestrebungen ... sollen über den Einkauf erreicht werden. ... Auf EU-Ebene sind für diese Politik vor kurzem die Vorgaben gelockert worden.“ (BMWi 2007, S. 9).

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird das Thema seit geraumer Zeit mit hoher Intensität bearbeitet. Dabei wird primär die vergaberechtliche Zulässigkeit sozialer und ökologischer Aspekte bei der öffentlichen Beschaffung in den unterschiedlichen Nuancen beleuchtet oder die Berücksichtigung von „Sekundärzwecken“ im Vergaberecht verschiedener Länder rechtsvergleichend erörtert.<sup>40</sup> Die Frage, ob es „ökonomisch oder politisch oder nach nationalem Recht sinnvoll, erlaubt vielleicht sogar geboten oder aber im Gegenteil unnötig, schädlich oder verboten ist, derartige (Sekundär)Zwecke zu verfolgen“ (Benedict 2000, S. 14), bleibt in der juristischen Literatur jedoch meist unbeantwortet.<sup>41</sup> Außerhalb Deutschlands - und hier vor allem in Großbritannien - befasst sich die wissenschaftliche Community nicht nur mit der Frage der Konformität sozialer Vergabekriterien mit nationalem oder europäischem Recht, sondern verfolgt einen eher normativen Ansatz, welche die politische Notwendigkeit einer sozial-ökologischen Beschaffungspolitik der öffentlichen Hand zur Unterstützung der in anderen Politikfeldern verfolgten Zielsetzungen in den Vordergrund stellt (vgl. Arrowsmith / Kunzlik 2009, McCrudden 2007a sowie Höpfl 2004). Als Marktteilnehmer - so eines der Argumente - nimmt der Staat nicht nur die Rolle eines Nachfragers nach Waren und Dienstleistungen wahr. Gleichzeitig tritt er in dieser Funktion auch als Regulator am Markt auf, der nicht nur selbst in seinem wirtschaftlichen Handeln in besonderem Maße an gesetzliche und ethische Normen gebunden ist, sondern seine Marktmacht auch dazu nutzen sollte, dies von seinen Vertragspartnern bei der Ausführung der beauftragten Dienstleistungen oder bei der

<sup>40</sup> vgl. dazu beispielhaft Beuttenmüller 2007 sowie Summann 2007

<sup>41</sup> Eine normativ-politisch „erweiterte“ Sichtweise des Problems lässt ein im Rahmen des Forschungsclusters „Public Governance und Schwache Interessen“ an der Universität Kassel geplantes Vorhaben mit dem Titel „Integration sozialer Vergabekriterien in die öffentliche Beschaffung“ erwarten.

Lieferung von Gütern zu verlangen: „Öffentliche Beschaffungsaktivitäten können nur im beschränkten Maße als getrennter Bereich betrachtet werden, in dem soziale Kriterien, die in anderen Bereichen staatlicher Aktivität als selbstverständlich gelten, dort missachtet werden. Es ist inakzeptabel, dass es den im Regierungsauftrag Tätigen gestattet wird, in einer Art und Weise zu handeln, wie es der Staat selbst nicht als wünschenswert oder als zulässig erachtet. Und in diesem Zusammenhang ist es nicht nur erlaubt, sondern ein Akt von ‚Good Government‘, dass soziale und politische Erwägungen Eingang in die Vergabe öffentlicher Aufträge finden“<sup>42</sup> (McCrudden 2007a, S. 124).

Von privatwirtschaftlichen Unternehmen wird über die Einhaltung bestehender Gesetze hinaus in zunehmenden Maße unter dem Stichwort der „Corporate Social Responsibility“ (CSR) ein sozial-verantwortliches Handeln erwartet, was selbstredend auch von staatlichen Institutionen einzufordern ist.<sup>43</sup> In diesem Sinne ist die öffentliche Auftragsvergabe nicht nur ein „Mechanismus, mit dem sichergestellt werden kann, dass andere ihre ‚Corporate Social Responsibility‘ einhalten, sondern sie ist ein wichtiges Element, mit dem der öffentliche Sektor seiner eigenen gesellschaftlichen Verantwortung gerecht werden kann“ (McCrudden 2007b, S. 97).<sup>44</sup> Als Instrument zur Förderung von sozial-verantwortlichem Unternehmenshandeln sollte es bei der öffentlichen Beschaffung möglich sein, „dass das CSR-Engagement der Unternehmen, die sich um öffentliche Ausschreibungen bewerben, in der Angebotsbeurteilung zu ihren Gunsten eingeht.“ (BMAS 2008, S. 59). In einigen Ländern ist das öffentliche Beschaffungswesen bereits Teil einer solchen staatlichen „Public Social Responsibility“. Als Vorbild in dieser Hinsicht werden v.a. die Niederlande und Großbritannien genannt (vgl. BMAS 2008, S. 47). Aber auch in Dänemark besteht von politischer Seite her ein starkes Bewusstsein für die Notwendigkeit einer sozial verantwortlichen Auftragsvergabe, den Vergabestellen stehen hierfür entsprechende Handlungsleitlinien der Regierung zur Verfügung (vgl. Trybus 2008a). In allen EU-Mitgliedstaaten wird jedoch das Ausmaß der Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der öffentlichen Beschaffung durch die Vorgaben der EU-Richtlinien bestimmt. Außerhalb der EU gehören die USA zu den Ländern, in denen das öffentliche Beschaffungswesen traditionell zur Verfolgung allgemeiner politischer Ziele eingesetzt wird. „Die Erfüllung von so genannten ‚public policy objectives‘ gehört daher zu den

---

<sup>42</sup> im Original in englischer Sprache, eigene Übersetzung

<sup>43</sup> Die Internationale Organisation für Standardisierung arbeitet derzeit an CSR-Maßstäben, die Grundlage für eine Zertifizierung nach einem neuen ISO-Standard 26000 werden sollen (<http://www.iso.org/iso/socialresponsibility.pdf>) und dann auch Grundlage für eine Berücksichtigung solcher Maßstäbe bei öffentlichen Vergabeentscheidungen sein können.

<sup>44</sup> im Original in englischer Sprache, eigene Übersetzung

Grundpfeilern des U.S.-amerikanischen Vergaberechts“ (Summann 2007, S. 47). Obwohl die Verfolgung wirtschafts-, arbeitsmarkt-, umwelt- und sozialpolitischer Zielsetzungen in den USA teilweise mit dem Wirtschaftlichkeitsprinzip öffentlicher Beschaffung kollidiert und ggf. zu höheren Kosten führt, gilt es „weiterhin als *communis opinio*, dass die Vorteile der Berücksichtigung allgemeinpolitischer Ziele für die Allgemeinheit diese Nachteile überwiegen.... Deshalb wird die Durchsetzung der allgemeinpolitischen Ziele in den U.S.A auch zu Lasten der übrigen Grundsätze des U.S-amerikanischen Vergaberechts verfolgt“ (ebd., S. 49).

Deutschland zählt bislang nicht zu den Vorreitern einer sozial nachhaltigen Beschaffungspolitik,<sup>45</sup> wie einige wissenschaftlicher Studien und Gutachten belegen. So kommt eine international vergleichende Untersuchung der Universität Bath zum Ergebnis, dass sich neben Malta, Griechenland und der Slowakischen Republik auch in Deutschland nationale Initiativen für eine nachhaltige Beschaffung erst in einem Anfangsstadium befinden, während in Dänemark, in den Niederlanden und Großbritannien entsprechende staatliche Aktionspläne - allerdings mit einem stärker auf ökologische Aspekte gelegten Fokus bereits weiter verbreitet sind (Brammer/Walker 2007, S. 12). Nach einem Bericht des „Rates für Nachhaltige Entwicklung“ ist die Auftragsvergabe durch die öffentliche Hand in Deutschland insgesamt betrachtet „immer noch von unzeitgemäßen Verfahren und Vorstellungen geprägt und hält mit den Anforderungen an eine moderne Beschaffung, die sich dem Prinzip der Nachhaltigkeit verpflichtet, nicht mit“ (Rat für Nachhaltige Entwicklung 2008, S. 4). Auch eine von der Europäischen Kommission publizierte Studie stellt fest, dass insbesondere in Deutschland die politischen Entscheidungsträger und Vergabestellen der Aufnahme sozialer Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe und Beschaffung gegenüber eher kritisch eingestellt sind. Vor allem werden bei einer sozial verantwortlichen öffentlichen Auftragsvergabe die Prinzipien von Transparenz und Wirtschaftlichkeit bei der öffentlichen Beschaffung in Gefahr gesehen. Nach Einschätzung dieser Studie, welche auch die aktuelle Debatte um die Reform des Vergabegesetzes in Deutschland treffend wiedergibt, soll - schon aus rechtssystematischen Erwägungen - das Vergaberechte frei von vergabefremden, sekundärpolitischen Erwägungen gehalten werden (Trybus 2008b, S. 1f.). Soziale und umweltbezogene Standards sollten dieser Argumentation zufolge durch entsprechende gesetzliche Regelungen außerhalb des Vergaberechts gewährleistet werden. Dabei ist die politische Meinung über das Für und Wider einer

---

<sup>45</sup> Diese Feststellung gilt v.a. für die Bundesebene. In einigen Bundesländern wurde mit für verschiedene Branchen geltenden Tariftreuegesetzen einer sozial-verantwortlichen Auftragsvergabe Rechnung getragen (vgl. Schulten/Pawicki 2008). Auch auf kommunaler Ebene gibt es Städte, die als Vorbildhaft im Sinne einer nachhaltigen Beschaffungspolitik zu gelten haben (vgl. dazu die Beispiele in Bundestagsfraktion Bündnis 90/Grüne 2008).

Berücksichtigung von sozialen oder ökologischen Kriterien in Deutschland entlang der Parteigrenzen gespalten. Während CDU/CSU und FDP aus ordnungspolitischen Gründen die Verfolgung sekundärpolitischer Ziele mit der Vergabe von öffentlichen Aufträgen überwiegend ablehnen, votieren die Parteien des linken Spektrums eher dafür. Auch bei den von uns geführten Expertengesprächen konnten wir - allerdings ohne Anspruch auf Repräsentativität - den Eindruck gewinnen, dass je nach politischer Couleur in den Bundesländern und Kommunalverwaltung eine sozial-ökologisch verantwortliche Auftragsvergabe im Rahmen des rechtlich zulässigen mehr oder weniger offensiv verfolgt wird.

## **7. Handlungsansätze zur Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der Auftragsvergabe von Briefdienstleistungen**

Die unzureichende Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der Auftragsvergabe von Briefdienstleistungen führen, wie gezeigt, zu offensichtlichen Wettbewerbsverzerrungen und einer Preisunterbietungskonkurrenz, die insbesondere von solchen Unternehmen betrieben wird, die sich der Bezahlung des allgemeinverbindlich erklärten Post-Mindestlohns verweigern und sich auf Grundlage von Niedriglöhnen und prekären Arbeitsbedingungen Kostenvorteile verschaffen. Die überwiegend auf den niedrigsten Preis abzielende Vergabeentscheidung öffentlicher Einrichtungen und Behörden tut das Ihre zur Forcierung solcher Kampfpreise. Der Deutschen Post AG dagegen ist es aufgrund von gesetzlichen Vorgaben nur im beschränkten Maße möglich in einen Preiswettbewerb mit neuen Anbietern einzutreten und verliert als Universaldiensteanbieter mit tarifvertraglich abgesicherten Arbeitsplätzen und einem existenzsichernden Lohnniveau immer mehr öffentliche Aufträge an ihre Konkurrenten. Mit dem explizit verfolgten Ziel einer kostengünstigen öffentlichen Beschaffung, aber auch durch eine implizite Hinnahme negativer Effekte einer solchen Vergabep Praxis, wird die öffentliche Hand weder ihrer Vorbildfunktion im wirtschaftlichen Prozess noch ihrer Verantwortung gerecht, ihre große Nachfragemacht als Steuerungsinstrument zur Verwirklichung sekundärpolitischer Zielsetzungen einzusetzen.

Zur Sicherstellung einer sozial nachhaltigen und verantwortungsvollen öffentlichen Auftragsvergabe von Briefdienstleistungen erachten wir die im folgenden skizzierten Handlungsmöglichkeiten als geeignet und zielführend:

1. Schaffung von Rechtssicherheit bezüglich der Anwendung des allgemeinverbindlichen Post-Mindestlohns als Zuverlässigkeitskriterium im Bieterverfahren;
2. Ausnutzung aller rechtlicher Möglichkeiten im Vergabeprozess zur Verhinderung von Lohn- und Sozialdumping;
3. Offensive Wahrnehmung der Möglichkeit zur Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe (§ 97 Abs. 4 GWB neu);
4. Entwicklung von Leitlinien der Bundes- und/oder Landesregierungen zur sozial-ökologischen Auftragsvergabe.

## 1. Schaffung von Rechtssicherheit bezüglich der Anwendung des allgemeinverbindlichen Post-Mindestlohns als Zuverlässigkeitskriterium im Bieterverfahren

Die Analyse der Ausschreibungs- und Vergabep Praxis von Briefdienstleistungen zeigt deutlich, dass zur Gewährleistung fairer und sozialverträglicher Wettbewerbsverhältnisse im Postmarkt die Anwendung des Post-Mindestlohns von grundlegender Bedeutung ist. Allerdings besteht aufgrund zweier noch nicht rechtskräftiger Urteile von Verwaltungsgerichten, die die Frage der Rechtmäßigkeit der vom Bundesarbeitsministerium zum 1.1.2008 erlassenen Post-Mindestlohnverordnung verneint haben, derzeit eine große Rechtsunsicherheit was die Anwendung des Post-Mindestlohns anbelangt. Das vom Obergerverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg in seiner Entscheidung vom 18.12.2008 (AZ OVG 1 B 13.08) festgestellte Manko einer fehlenden gesetzlichen Grundlage für eine Erstreckung der Post-Mindestlohnverordnung auch auf tarifgebundene Unternehmen der Branche wurde durch eine vom Bundestag verabschiedete und am 20.04.2009 in Kraft getretene Neufassung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes behoben. Das Bundesarbeitsministerium sollte deshalb den Post-Mindestlohn mit Bezug auf das reformierte Arbeitnehmer-Entsendegesetz neu verordnen. Damit wäre eine verpflichtende Anwendung des allgemeinverbindlichen Post-Mindestlohns in den Briefdienstleistungsunternehmen rechtlich eindeutig geregelt und auch nicht mehr durch gerichtliche Auseinandersetzungen in Frage zu stellen. Die Nichtbezahlung des Post-Mindestlohns könnte damit zweifelsfrei als Verstoß gegen das Arbeitnehmer-Entsendegesetz qualifiziert und sanktioniert werden. Bei öffentlichen Ausschreibungsverfahren von Postdienstleistungen wären Anbieter, die ihren Beschäftigten keine Vergütung nach Post-Mindestlohn gewähren, vom weiteren Vergabeverfahren mangels Zuverlässigkeit und fehlender Gesetzestreue auszuschließen. Auslegungsprobleme der Vergabestellen hinsichtlich der Geltung und des Anwendungsbereichs der Post-Mindestlohnverordnung wären somit ausgeräumt.<sup>46</sup>

Neben dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz sind auch weitere arbeitnehmerbezogene Rechtsnormen in die Zuverlässigkeitsprüfung mit einzubeziehen. Dazu gehörte nach einer Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes u.a. „die Entgeltgleichheit von Männern und Frauen. Auch die international vereinbarten Grundprinzipien und Rechte, wie die Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation zum Verbot der Kinder- und Zwangsarbeit sind zwingender Bestandteil unserer Rechtsordnung und damit der Vergaberegeln. In Deutschland agierende Unternehmen, die diese Grundprinzi-

---

<sup>46</sup> Siehe dazu die detaillierten Ausführungen von Thomas Blanke im rechtswissenschaftlichen Teil III (Kap. 5.4) dieser Publikation.



prien und Rechte nicht beachten, müssen prinzipiell aufgrund fehlender Zuverlässigkeit vom Wettbewerb um öffentliche Aufträge ausgeschlossen werden“ (Bundesrat 2008, S. 26).

An den Ausschluss eines Bieters mangels Zuverlässigkeit sind jedoch hohe Nachweiserfordernisse geknüpft. In der Regel wird ein durch die Vollzugsbehörden festgestellter und ggf. sanktionierter Rechtsverstoß hier vorausgesetzt. Aufgrund des bekannten Kontroll- und Vollzugsdefizits der zuständigen Zollverwaltung bei der Anwendung anderer Mindestlohnverordnungen wird auch im Briefbereich davon auszugehen sein, dass die „Gefahr“ einer Kontrolle und im Falle eines Verstoßes die Sanktionierung als Ordnungswidrigkeit nebst fälligem Eintrag ins Gewerbezentralregister vergleichsweise gering sein dürfte. Der Gewerbezentralregisterauszug bietet für die Vergabestellen somit keine hinreichende Gewähr, dass sich der Bieter tatsächlich rechtskonform im Sinne der Post-Mindestlohnverordnung verhält. Neben der Forderung nach einer verstärkten Kontrolle durch die Zollverwaltung und einer strikten Sanktionierung von Verstößen gegen die Mindestlohnverordnung kann die Beachtung der Mindestlohnverordnung im Vergabeverfahren sichergestellt werden, indem bei der Ausschreibung von Briefdienstleistungen von den Bietern eine Eigenerklärung verlangt wird, in der diese die Einhaltung der Vorgaben des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und die damit einhergehende Vergütung ihrer Beschäftigten nach den Vorgaben der Post-Mindestlohnverordnung bestätigen. Eine solche Erklärung würde es den Vergabestellen erlauben, die erforderlichen Nachweise zur Bezahlung des Post-Mindestlohns während des Vergabeprozesses einzufordern und bei der Auftragsausführung entsprechende Kontrollen durchzuführen. Dabei festgestellte Falschangaben können durch Konventionalstrafen und Vertragskündigung wirkungsvoll geahndet werden.

## 2. Ausnutzung aller rechtlicher Möglichkeiten im Vergabeprozess zur Verhinderung von Lohn- und Sozialdumping

Das Vergaberecht bietet bei seiner konsequenten Anwendung im Rahmen der Angebotsprüfung entsprechende Möglichkeiten, „unauskömmliche“ Dumpingangebote vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen. In den Kreis für die Zuschlagserteilung in Frage kommender Angebote sind u.a. nur solche einzubeziehen, deren Preis in einem angemessenen Verhältnis zur angebotenen Leistung steht (§ 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A). Ist der Preis bezogen auf die zu erbringende Leistung ungewöhnlich niedrig und ist somit zu befürchten, dass der Auf-

trag nicht ordnungsgemäß in der erforderlichen Qualität erbracht werden kann, muss die Vergabestelle den Bieter zur Offenlegung seiner Kalkulation auffordern. Sollten die kalkulierten Lohnkosten deutlich unterhalb des für die geforderte Qualifikation üblichen Vergütungsniveaus liegen, so kann der Bieter wegen plausibler Zweifel an der „Auskömmlichkeit“ des Angebots vom weiteren Bieterverfahren ausgeschlossen werden, weil davon auszugehen ist, dass die tatsächlichen Kosten für qualifiziertes Personal höher sind als vom Bieter veranschlagt und somit der Auftrag nicht kostendeckend erbracht werden kann (von Bechtolsheim / Betz 2006, S. 79).<sup>47</sup> Zur Prüfung der Plausibilität der kalkulierten Personalkosten eines Angebots wird der Rückgriff auf Informationen der Gewerkschaften zum jeweils üblichen Lohnniveau empfohlen (o.V. 2008, S. 61). Gegenstand einer solchen Überprüfung sollte auch die Kalkulation der Leistungen von Sub-Unternehmern sein, die in den letzten Jahren verstärkt von Briefdienstleistungsunternehmen in Anspruch genommen wurden. Anhaltspunkte für die „Unauskömmlichkeit“ eines Angebots sind nach gängiger Rechtsauffassung immer dann gegeben, wenn der Preis mehr als 10% unterhalb des nächsthöheren Angebots liegt.<sup>48</sup> „Die Vorschrift über die Wertung unangemessen niedriger Angebote dient vor allem dem Schutz des Auftraggebers vor unwirtschaftlichen Angeboten. Wird ein Auftrag an einen Bieter zu einem nicht mehr kostendeckenden Preis vergeben, so erhöht sich in der Regel die Gefahr, dass das Unternehmen in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät und somit den Auftrag nicht oder zumindest nicht ordnungsgemäß zu Ende führen kann. Gleichzeitig soll hierüber ein fairer Wettbewerb und die Einhaltung der Tariftreuerregelung sichergestellt werden“ (Bürgerschaft Hamburg 2007, S. 21).

Wenngleich die Auskömmlichkeitsprüfung bei einer konsequenten Anwendung ein wirksames Instrument zur Verhinderung von Lohndumping darstellen kann, ist in diesem Kontext zu erwähnen, dass damit nicht die Möglichkeit gegeben ist, den Bieter zur Einhaltung eines tariflichen Entlohnungsniveaus anzuhalten (von Bechtolsheim / Betz 2006, S. 87).

---

<sup>47</sup> Das gleich gilt auch für Niedrigstlöhne, die als „sittenwidrig“ und somit rechtsunwirksam anzusehen sind und deshalb nicht in eine seriöse Kalkulation Eingang finden können.

<sup>48</sup> „Ein fester Prozentsatz, ab dem die Rechtsprechung zu § 25 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A von der Unangemessenheit des Preises ausgeht, existiert zwar nicht. Die Entscheidungspraxis der Vergabekammern geht jedoch in gefestigter Ansicht davon aus, dass bei einer Differenz im Angebotspreis von mehr als 10 % zum zweitplatzierten Anbieter eine Vermutung für das Vorliegen eines unangemessen niedrigen Angebots spricht, so dass ab einer solchen Abweichung eine Pflicht zur Aufklärung bestehe“ (Bürgerschaft Hamburg 2007, S. 22)

### 3. Wahrnehmung der Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe (§ 97 Abs. 4 GWB neu)

Von den Vergabestellen ist vielfach darauf hingewiesen worden, dass das deutsche Vergaberecht die Berücksichtigung sozialer oder umweltbezogener Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge bislang nicht zugelassen hat.<sup>49</sup> Mit der zum 23. April 2009 in Kraft getretenen Vergaberechtsreform wurde die in der EU-Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG vorgesehene Berücksichtigung sozialer und ökologischer Aspekte bei der Auftragsvergabe in den deutschen Vergabennormen verankert und § 97 Abs. 4 GWB wie folgt ergänzt: „Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.“<sup>50</sup> Wenngleich dies als wichtiger (Fort-)Schritt in die richtige Richtung gelten kann, muss die Ergänzung dieser Gesetzesnorm im Sinne einer umfassenden Verankerung sozialer Prinzipien im Vergaberecht allerdings als zu unspezifisch kritisiert werden. V.a. deshalb, weil eine klare Begriffsdefinition von „sozialen Aspekten“ nicht erfolgte.<sup>51</sup> Bei einer Anwendung der neuen Gesetzesnorm können sich die Vergabestellen jedoch an den Ausführungen der Begleitmaterialien zum „Gesetz zur die Modernisierung des Vergaberechts“ orientieren. So zählt der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zu den „sozialen Aspekten“ die Gleichstellung der Geschlechter, die Beschäftigung von Auszubildenden und Langzeitarbeitslosen, die angemessene Bezahlung zur Gewährleistung einer ausreichenden Qualifikation des mit dem Auftrag betrauten Personals, Maßnahmen

---

<sup>49</sup> In einem Expertengespräch mit Vertretern eines Landesministeriums wurde uns diese verbreitete Rechtsauffassung der Vergabestellen bestätigt: „Über die vergaberechtlichen Kriterien hinausgehende Anforderungen an die Bieter, wie z.B. soziale oder ökologische Anforderungen, sind aus unserer Sicht derzeit rechtlich nicht zulässig. Es gibt demzufolge auch keine allgemeingültigen Vergabegrundsätze oder -richtlinien, in denen die Berücksichtigung sozialer, ökologischer Kriterien oder sonstige Sekundärzwecke bei der öffentlichen Auftragsvergabe verpflichtend festgelegt sind.“ Demgegenüber konstatiert der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Modernisierung des Vergaberechts, dass bereits mit der derzeit geltenden Rechtslage „öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht nur die Wirtschaftlichkeit eines Angebotes im engeren Sinne, sondern auch im weiteren Sinne soziale, umweltbezogene, innovative oder sonstige politische Aspekte berücksichtigen (können)“ (Bundesrat 2008, S. 25).

<sup>50</sup> Vgl. ausführlich dazu Thomas Blanke im Teil III Kap. 5.4 vorliegender Arbeit.

<sup>51</sup> Vgl. dazu die Stellungnahme der Industriegewerkschaft Bau-Argrar-Umwelt (IG BAU) für die öffentliche Anhörung des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Technologie zur Reform des Vergaberechts am 13.10.2008 (Ausschussdrucksache 16(9)1180).

Eine klare gesetzliche Normierung zur Berücksichtigung sozialer Belange enthält das österreichische Vergaberecht in § 19 Abs. 6 Bundesvergabegesetz: „Im Vergabeverfahren kann auf die Beschäftigung von Frauen, von Personen im Ausbildungsverhältnis, von Langzeitarbeitslosen, von Menschen mit Behinderung und älteren Arbeitnehmern sowie auf Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange Bedacht genommen werden. Dies kann insbesondere durch die Berücksichtigung derartiger Aspekte bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien oder durch die Festlegung von Bedingungen im Leistungsvertrag erfolgen.“

zur gleichberechtigten Teilhabe von Frauen und Männern im Erwerbsleben, die Sicherstellung der Entgeltgleichheit von Frauen und Männern sowie die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen (Bundesrat 2008, S. 26ff).<sup>52</sup> Solche Anforderungen können und sollten in Zukunft an die Ausführung aller öffentlichen Aufträge gestellt werden.

Bei der Umsetzung dieser Neuregelung in der Praxis ist jedoch darauf hinzuweisen, dass eine „auftragsbezogene“ Berücksichtigung „sozialer Aspekte“ bei der öffentlichen Auftragsvergabe bei Postdienstleistungen nur im eingeschränkten Maße möglich sein dürfte. Da die Beförderung von Briefsendungen nicht getrennt nach Auftraggebern erfolgt, sondern diese in das Verteilnetzwerk des Anbieters eingespeist werden und die Zustellung gleichfalls gemeinsam mit allen anderen Briefsendungen des Dienstleisters erfolgt, können in der Leistungsbeschreibung enthaltene soziale Anforderungen von Briefdienstleistungsunternehmen in der Regel nicht isoliert für den jeweiligen Auftrag beachtet werden. Solche Anforderungen müssen deshalb im Unternehmen generell erfüllt werden und wirken insofern „bieterbezogen“.

---

<sup>52</sup> „Mit der Neufassung des § 97 Abs. 4 GWB wird ...zusätzlich eine weitere Kategorie von Anforderungen aufgenommen, die an die Ausführung des Auftrages geknüpft sind und zugleich konkrete Verhaltensanweisungen an das ausführende Unternehmen für die Ausführung des Auftrages darstellen. Damit wird an die Formulierung der Artikel 26 der Richtlinie 2004/18/EG und Artikel 38 der Richtlinie 2004/17/EG angeknüpft und klargestellt, dass die öffentlichen Auftraggeber vom Unternehmen **ein bestimmtes Verhalten während der Ausführung des Auftrages verlangen können**, auch wenn das Unternehmen sich ansonsten am Markt anders verhält. Diese zusätzlichen Anforderungen an Auftragnehmer für die Ausführung des Auftrags stellen somit Leistungsanforderungen dar und sind daher Gegenstand der Leistungsbeschreibung. Sie müssen allen Wettbewerbern zu Beginn des Vergabeverfahrens bekannt gemacht werden. In der Leistungsbeschreibung kann der öffentliche Auftraggeber durch Spezifizierung des Auftragsgegenstandes beispielsweise Innovations- oder Umweltschutzaspekte berücksichtigen. ... Die Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers können zum Beispiel die **Beschäftigung von Auszubildenden oder Langzeitarbeitslosen** bezogen auf den konkreten Auftrag betreffen. Sie können eine **angemessene Bezahlung zur Sicherstellung der Qualifikation** von Wachpersonal fordern. Ebenso steht es einem öffentlichen Auftraggeber frei, die Pflasterung öffentlicher Plätze aus Steinen zu verlangen, die im Ausland unter **Einhaltung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation** hergestellt wurden. Damit kann der öffentliche Auftraggeber die Vorgabe der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen bei Importen für die gesamte Lieferkette bis ins Ursprungsland erstrecken. Zu den Anforderungen, die insbesondere soziale Aspekte betreffen können, sind auch **Maßnahmen zur gleichberechtigten Teilhabe von Frauen und Männern im Erwerbsleben** zu rechnen. Das betrifft insbesondere die **Sicherstellung der Entgeltgleichheit von Frauen und Männern** bei der konkreten Ausführung eines Auftrages. Entsprechende Anforderungen können in der Leistungsbeschreibung und bei der Auftragsvergabe gestellt werden. Im übrigen gehört die Entgeltgleichheit von Frauen und Männern zu den international über das EG-Recht vereinbarten Grundprinzipien, deren Beachtung zu der erforderlichen Zuverlässigkeit gehört“ (Bundesrat 2008, S. 26ff., Hervorhebungen des Verfassers).

#### 4. Entwicklung von Leitlinien der Bundes- und/oder Landesregierungen zur sozial-ökologischen Auftragsvergabe

Um das Ziel einer nachhaltigen Vergabepolitik in den Bundes-, Landes- und Kommunalbehörden zu verankern, sollte die Bundesregierung dem Beispiel anderer EU-Mitgliedstaaten folgen und einen nationalen Aktionsplan für eine nachhaltige Beschaffungspolitik erarbeiten.<sup>53</sup> Damit eingeschlossen ist die Entwicklung von verbindlich anzuwendenden Arbeitshilfen für die Vergabestellen, um eine rechtssichere, sozial-ökologische Vergabepolitik sicherzustellen. Mit solchen Handlungshilfen kann eine Sensibilisierung für von Lohn- und Sozialdumping in besonderem Maße „anfällige“ Branchen, Güter und Dienstleistungen erreicht und somit verhindert werden, dass durch eine „unbedachte“ Ausschreibungspolitik sozial kontraproduktive Preisunterbietungskonkurrenz forciert wird. Nach unserer Einschätzung ist die Bereitschaft bei den Vergabeverantwortlichen für die Umsetzung einer nachhaltigen, soziale Kriterien berücksichtigenden Auftragsvergabe durchaus gegeben, allerdings fehlt ihnen oftmals das erforderliche „Backing“ durch die übergeordneten Dienststellen bzw. die politisch Verantwortlichen.

Von der Europäischen Kommission wird eine solche Handlungshilfe für eine soziale Auftragsvergabe derzeit erarbeitet.<sup>54</sup> In einigen EU-Mitgliedstaaten kommen politische Leitlinien für eine sozial-ökologisch nachhaltige Beschaffung der öffentlichen Hand bereits zur Anwendung oder werden aktuell vorbereitet.<sup>55</sup> Ob die Bundesregierung mit Nachdruck das Ziel einer

---

<sup>53</sup> Das Netzwerk für Unternehmensverantwortung „CorA“ hat in diesem Zusammenhang konkrete Forderungen an die Bundesregierung gestellt. Dazu gehören v.a. die Umsetzung verantwortlicher Beschaffung auf Bundesebene, der Aufbau von Beratungskapazitäten, Musterausschreibungen etc. für öffentliche Beschaffer sowie die partizipative Erarbeitung von Standards für inhaltliche Kriterien und Kontrollmechanismen für eine sozial-ökologische Auftragsvergabe, beispielsweise durch die Einführung entsprechender Labels (vgl. Krämer 2008).

<sup>54</sup> Die Europäische Kommission hat hierzu vom International Training Center der ILO eine umfangreiche Erhebung über die Berücksichtigung sozialer Überlegungen bei der öffentlichen Auftragsvergabe erarbeiten lassen. vgl. <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=de&catId=331&newsId=417&furtherNews=yes> sowie ILO-ITC 2008a, ILO-ITC 2008b, ILO-ITC 2008c sowie o.V. 2008

<sup>55</sup> vgl. dazu ILO-ITC 2008b mit einer Übersicht über diverse Strategien und Maßnahmen in den EU-Mitgliedstaaten für eine sozialverantwortliche Auftragsvergabe. Als Beispiele für Handlungsleitfäden von Regierungen und NGOs seien hier erwähnt:

Großbritannien:

- Department for Communities and Local Government: Best Value and Procurement. Workforce Matters in Best Value Authority Contracting. Statutory Guidance: Draft for Consultation, Oktober 2008
- Handlungsleitfaden der Gewerkschaft für den öffentlichen Dienst UNISON: From Commissioning to Contract Evaluation. UNISON's guide to campaigning and negotiating around procurement, o.J

Dänemark: The Danish Government: Action plan for corporate social responsibility, Mai 2008 (mit Hinweisen für die Berücksichtigung sozialer Aspekte im öffentlichen Beschaffungswesen).

Österreich: Kommunale öffentliche Auftragsvergabe an der Schnittstelle zwischen sozialpolitischer Verantwortung und Wettbewerbsdruck - Leitlinien für eine sozialinnovative Auftragsvergabe (Institut für Sozial- und Wirtschaftswissenschaften im Auftrag der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Oberösterreich)

sozial und ökologisch nachhaltigen Beschaffungspolitik verfolgt, dürfte derzeit allerdings eher skeptisch beurteilt werden. Noch im Dezember 2008 hatte die Regierung auf eine parlamentarische Anfragen der Bundestagsfraktion B90/Grüne, ob die „Bundesregierung, die Anwendung sozialer Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe durch Verfassungsorgane und Bundesbehörden durch entsprechende Richtlinien oder Arbeitshilfen zu erleichtern“ plane, erwidert, dass Arbeitshilfen zur Anwendung sozialer Kriterien bei der Auftragsvergabe derzeit nicht in der Planung seien.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Kerstin Andreae, Volker Beck (Köln), Irmgard Schewe-Gerigk, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (Drucksache 16/10965): Möglichkeiten der Anwendung sozialer Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe auf Bundesebene, Bundestagsdrucksache 16/11181 vom 3.12.2008

## **8. Literatur**

Arrowsmith, Sue / Kunzlik, Peter (Hrsg) (2009): Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives und New Directions, Cambridge

Benedict, Christoph (2000): Sekundärzwecke im Vergabeverfahren: Öffentliches Auftragswesen, seine teilweise Harmonisierung im EG/EU-Binnenmarkt und die Instrumentalisierung von Vergaberecht durch Vergabefremde Aspekte, Berlin / Heidelberg / New York

Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft, Verkehr und Technologie (2002): Das wirtschaftlichste Angebot. Hinweise zu richtiger Wertung im Vergabeverfahren, München

Beuttenmüller, Ingo (2007): Vergabefremde Kriterien im öffentlichen Auftragswesen. Vereinbarkeit mit dem europäischen Sekundärrecht und den Grundfreiheiten, Baden-Baden

BMAS - Bundesministerium für Arbeit und Soziales (2008): Die gesellschaftliche Verantwortung von Unternehmen (CSR) zwischen Markt und Politik, Studie erstellt von Pleon GmbH und IFOK GmbH, Berlin

BMWi - Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (2007): Öffentliches Beschaffungswesen. Gutachten Nr. 2/07 des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Berlin

Brammer, Stephen / Walker, Helen (2007): Sustainable Procurement practice in the public sector: An international comparative study, University of Bath School of Management, Working Paper Series 2007.16, Bath (Großbritannien)

Bundesnetzagentur (2008a): Elfte Markuntersuchung - lizenzpflichtige Postdienstleistungen, Bonn

Bundesnetzagentur (2008b): Arbeitsbedingungen im lizenzierten Bereich. Endergebnis der Auskunftsanordnung gemäß § 45 PostG vom 22. Juni 2007, Bonn

Bundesnetzagentur (2009): Jahresbericht 2008, Bonn

Bundesrat (2008): Stellungnahme des Bundesrats zum Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BR-Drucksache 249/08 vom 23.05.2008

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Grüne (2008): Vergaberecht reformieren - Rechtssicherheit schaffen. Dokumentation der Fachtagung vom 18.02.2008, Berlin

Burgi, Martin (2007a): Kriterien für die Vergabe von Postdienstleistungen im Gewährleistungsstaat. Teil 1: Leitfaden für die Formulierung von Leistungsbeschreibung, Eignungs- und Zuschlagskriterien, Herausgegeben vom Bundesverband Deutscher Postdienstleister e.V., Bonn

Burgi, Martin (2007b): Kriterien für die Vergabe von Postdienstleistungen im Gewährleistungsstaat. Teil 2: Rechtsgutachten, Herausgegeben vom Bundesverband Deutscher Postdienstleister e.V., Bonn

Burgi, Martin (2007c): Kriterien für die Vergabe von Postdienstleistungen im Gewährleistungsstaat, in: Vergaberecht 4/2007, S. 457 - 476

Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg (2007): Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft: Evaluierungsbericht zum Hamburgischen Vergabegesetz (HmbVgG), Drucksache 18/7388 vom 20.11.2007

DStGB - Deutscher Städte- und Gemeindebund (o. J.): Leitlinien für die Vergabe von Postdienstleistungen durch Kommunen

Höpfl, Thomas (2004): Soziale Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe, Institut für Sozial- und Wirtschaftswissenschaften, Forschungsbericht Nr. 43, Linz

ILO-ITC (2008a): Social Considerations in Public Procurement, Annex I: Legal and Policy Review of SRPP frameworks in selected EU Member States, Europäische Kommission, Generaldirektion Beschäftigung, Soziale Angelegenheiten und Chancengleichheit, o.O.

ILO-ITC (2008b): Social Considerations in Public Procurement, Annex II: Overview of typical applications of SRPP Practices in the EU Member States als collected through the survey questionnaire, Europäische Kommission, Generaldirektion Beschäftigung, Soziale Angelegenheiten und Chancengleichheit, o.O.

ILO-ITC (2008c): Social Considerations in Public Procurement, Annex III: Six case studies on SRPP Practice in the EU Member States, Europäische Kommission, Generaldirektion Beschäftigung, Soziale Angelegenheiten und Chancengleichheit, o.O.



Input Consulting (2006): Liberalisierung und Prekarisierung - Beschäftigungsbedingungen bei den neuen Briefdienstleistern in Deutschland, Stuttgart

Knieps, Günter (2008): Wettbewerbsökonomie. Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, Berlin/Heidelberg

Krämer, Thomas (2008): Sozialstandards in der öffentlichen Beschaffung, Präsentation bei der CorA-Arbeitstagung am 16./17.04.2008 „FAIRgabe in Deutschland? Sozial-ökologische Verantwortung in öffentlicher und institutioneller Auftragsvergabe“, Berlin

McCrudden, Christopher (2007a): Buying Social Justice. Equality, Government Procurement and Legal Change, Oxford

McCrudden, Christopher (2007b): Corporate Social Responsibility and Public Procurement, in: Doreen McBarnet u.a. (Hrsg.): The New Corporate Accountability. Corporate Social Responsibility and the Law, Cambridge, S. 93 - 118

o.V. (2008): Study on the incorporation of Social Considerations in Public Procurement in the EU. Proposed Elements for taking account of the Social Considerations in Public Procurement, Europäischen Kommission, Generaldirektion Beschäftigung, Soziale Angelegenheiten und Chancengleichheit, Juli 2008, o.O.

Rat für Nachhaltige Entwicklung (2008): Glaubwürdig - wirtschaftlich - zukunftsfähig: Eine moderne Beschaffungspolitik muss nachhaltig sein. Empfehlungen des Rates für Nachhaltige Entwicklung an die Bundesregierung, Text Nr. 23, Berlin

Schulten, Thorsten / Pawicki, Michael (2008): Tariftreueregelungen in Deutschland - Ein aktueller Überblick, in: WSI-Mitteilungen 4/2008, S. 184 - 190

Sedemund / von Danwitz (2000): Entgeltregulierung; in: Beck'scher PostG-Kommentar, München, S. 441 - 695

Steffen, Johannes (2006): Bedarfsdeckende Bruttoarbeitsentgelte - Arbeitspapier zur erforderlichen Höhe der den SGB II-Bedarf deckenden Bruttoarbeitsentgelte, Arbeitnehmerkammer Bremen

Summann, Katharina (2007): Vergabegrundsätze und Vergabeverfahren im Rechtsvergleich Deutschland - U.S.A., Baden-Baden

Trybus, Martin (2008a): Country Legal and Policy Review for SRPP in Denmark, in: ILO-ITC (2008a)

Trybus, Martin (2008b): Country Legal and Policy Review for SRPP in Germany, in: ILO-ITC (2008a)

von Bechtolsheim, Caroline / Betz, Kora (2006): Berücksichtigung von Entlohnungskriterien bei Vergabeentscheidungen. Stellungnahme im Auftrag der Dienstleistungsgewerkschaft ver.di, Berlin

WIK-Consult (2009): Nachfrage nach Postdienstleistungen von Geschäftskunden, Studie im Auftrag der Bundesnetzagentur, Bad Honnef

### **III. Berücksichtigungsfähigkeit sozialer Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe von Briefdienstleistungen nach europäischem und deutschem Recht**

*Prof. Dr. Thomas Blanke, Universität Oldenburg*

	Seite
1. Sachverhalt und Fragestellung: Analyse der für die Auftragsvergabe von Postdienstleistungen einschlägigen Rechtsnormen und der aktuellen Rechtsprechung (EU und national)	71
2. Problemstellung	72
3. Welche Institutionen unterliegen dem Vergaberecht?	78
4. Welche Postdienstleistungen sind bei Überschreiten welcher Schwellenwerte von einer öffentlichen Auftragsvergabe betroffen?	83
4.1 Die aktuellen EU-Schwellenwerte	83
4.2 Zur rechtlichen Relevanz der Schwellenwerte	84
4.3 Folgen für die öffentliche Auftragsvergabe	85
5. Berücksichtigung sozialer Aspekte bei öffentlichen Vergabeentscheidungen nach europäischem und deutschem Recht	86
5.1 Zum Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht	86
5.2 Berücksichtigung der Grundsätze des Vergaberechts	86
5.3 Die Berücksichtigung sozialer Aspekte nach dem Gemeinschaftsrecht (oberhalb der Schwellenwerte)	87
5.3.1 In welchem Stadium des Vergabeverfahrens sind „soziale Aspekte“ berücksichtigungsfähig?	88
5.3.2 Der Ablauf des Vergabeverfahrens	88
5.3.3 Die Zulassung der Berücksichtigung sozialer Aspekte in den Vergaberichtlinien der EU von 2004	91
5.3.4 Modifizierung durch die neuere Rechtsprechung des EuGH (Laval, Rüffert, Luxemburg)?	95

5.4	Die Berücksichtigung sozialer Aspekte nach nationalem Vergaberecht - oberhalb der EU-Schwellenwerte	99
5.4.1	Einhaltung der Rechtsnormen des für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrages für Briefdienstleistungen nach § 1 AEntG: Frage der Zuverlässigkeit nach § 97 IV 1. Hlbs. GWB	100
5.4.2	Zusätzliche auftragsbezogene Anforderungen gemäß § 97 Abs. 4 S. 2 GWB	106
5.4.3	„Andere oder weitergehende Anforderungen“ i. S. vom § 97 Abs. 4 S. 3 GWB	108
5.4.4	Strenge Anforderungen an die Annahme der Unzuverlässigkeit eines Bieters: Die Notwendigkeit einer hilfsgutachtlichen Prüfung	109
6.	Berücksichtigungsfähigkeit sozialer Aspekte im Bereich unterhalb der Schwellenwerte?	111
6.1	Geltung des Eignungskriteriums der „Zuverlässigkeit“ auch im Unterschwellenbereich	112
6.2	Pflicht zur Beachtung „sozialer Kriterien“ auch im Unterschwellenbereich?	113
7.	Hilfsgutachtliche Prüfung: Die Verpflichtung zur Zahlung von allgemeinverbindlichen Mindestlöhnen als „anderes“ soziales Kriterium i.S. von § 97 Abs. 4 GWB?	116
7.1	Die Anforderung einer bundes- oder landesgesetzlichen Regelung	117
7.1.1	Soziale Anforderungen an die Lizenzerteilung nach § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 i. Vb. mit § 2 Abs. 1 Nr. 5 PostG als bundesgesetzliche Regelung i.S. von § 97 Abs. 4 S. 3 GWB?	117
7.1.2	Die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Abs. 1 TVG als bundesgesetzliche Regelung i.S. von § 97 Abs. 4 S. 3 GWB?	121
7.1.3	Die tarifliche Rechtsnormerstreckung durch Rechtsverordnung nach § 7 AEntG als bundesgesetzliche Regelung i.S. von § 97 Abs. 4 S. 3 GWB?	123
8.	Ergebnisse: Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der Auftragsvergabe	125
9.	Regelungsbedarfe	128
10.	Literatur	129

**1. Sachverhalt und Fragestellung: Analyse der für die Auftragsvergabe von Postdienstleistungen einschlägigen Rechtsnormen und der aktuellen Rechtsprechung (EU und national)**

Das vorliegende Rechtsgutachten zielt auf die Darstellung und Erläuterung der einschlägigen Rechtsnormen und der Rechtsprechung zur öffentlichen Auftragsvergabe von Postdienstleistungen (EU, Deutschland, internationale Normen) namentlich unter den folgenden Aspekten:

- Welche Institutionen unterliegen dem Vergaberecht?
- Welche Postdienstleistungen sind bei Überschreiten welcher Schwellenwerte von einer öffentlichen Auftragsvergabe betroffen?
- Welche rechtlichen Möglichkeiten zur Berücksichtigung qualitativer und sozialer Zuschlagskriterien bestehen bei der öffentlichen Auftragsvergabe von Postdienstleistungen (Rechtsnormen und Rechtsprechung EU und Deutschland)
- Unter welchen rechtlichen Voraussetzungen kann die Vergabe von Postdienstleistungen durch die öffentliche Hand mit der Einhaltung sozialer Standards durch die Auftragnehmer verknüpft werden?
- Sind solche Voraussetzungen in Deutschland erfüllt? Wenn nein: Welche rechtlichen Änderungen wären notwendig, um soziale Kriterien bei Vergabeentscheidungen berücksichtigen zu können?

## **2. Problemstellung**

Das Vergaberecht ist eine überaus komplexe und tief gestaffelte Rechtsmaterie. Klassischer Weise handelt es sich in Deutschland um eine Domäne des nationalen Rechts und zwar des öffentlichen Haushaltsrechts.<sup>57</sup> Es sollte gemäß dem Grundsatz, dass die staatlichen Mittel sich aus Steuereinnahmen speisen und der Staat bei der öffentlichen Haushaltsführung den Geboten der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit<sup>58</sup> unterliegt, der möglichst sparsamen Verwendung der eingenommenen Gelder bei der öffentlichen Auftragsvergabe Rechnung tragen. Die öffentliche Auftragsvergabe besitzt mit ca. 16,5% des Bruttoinlandsprodukts (BIP) im Durchschnitt der EU-15-Länder und mit ca. 16,2% in Deutschland<sup>59</sup> einen beträchtlichen wirtschaftlichen Stellenwert.

Im Zuge der Schaffung der Europäischen Union und der Forcierung des Binnenmarktprojekts kam es zu einer gravierenden Veränderung des Stellenwerts des Vergaberechts:<sup>60</sup> Zum einen wurde es ausgerichtet an Maßstäben des Wettbewerbs, in dem der übliche ökonomische Mechanismus zur Erzielung von Kosteneffizienz und Sparsamkeit gesehen wurde, zum anderen erfolgte allmählich seine Transformation zu einem Instrument zur Öffnung der nationalen Vergabemärkte für den Binnenmarkt. Dabei geht es um die tatsächliche Verwirklichung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages (EGV) - wie der Warenverkehrsfreiheit, der Freiheit des Personenverkehrs und der Dienstleistungsfreiheit - sowie die Beachtung des allgemeinen Diskriminierungsverbots gemäß Art. 12 EGV. Im Zuge dieser Entwicklung sind die europarechtlichen Vorgaben des Vergaberechts in Gestalt von Schwellenwerten für die europaweite Ausschreibung, der zunehmend genauen Festlegung der Kriterien, an die eine öffentliche Auftragsvergabe geknüpft werden darf und der Stärkung von Rechtsbehelfen zugunsten der Wettbewerber immer präziser gefasst und enger geknüpft worden.

---

<sup>57</sup> „Die anwendbaren Normen waren Verwaltungsvorschriften, die allein dem Zweck dienten, die korrekte und wirtschaftliche Verwendung der öffentlichen Gelder zu sichern“, Otting in: Bechthold, GWB Kommentar, 5. Aufl. 2008, Vor § 97 Rn. 2.

<sup>58</sup> So die Anforderungen gem. §§ 6 HHGrG, 7 BHO.

<sup>59</sup> Schulten/Pawicki, Tariftreuregelungen in Deutschland – Ein aktueller Überblick, in: WSI-Mitteilungen 4/2008, S.184ff.

<sup>60</sup> Zur Historischen Entwicklung des EG-Vergaberechts vgl. Egger, Europäisches Vergaberecht, Baden-Baden 2008, S.33ff.

Aufgrund des für das Binnenmarkt- und Wettbewerbsrecht geltenden Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht<sup>61</sup> ist dieses - jedenfalls im Bereich verpflichtender europaweiter Ausschreibungen bei Erreichen der Schwellenwerte für die Auftragsvergabe - mehr und mehr auf den Rang einer nachgeordneten, sich im Vollzug europarechtlicher Vorgaben erschöpfenden Rechtsmaterie reduziert worden. Gleichzeitig hat die Komplexität des Vergaberechts, das typischer Weise aus einer Mischung von fachlich-technischen Regeln und einer Fülle von prozeduralen Regelungen der einzelnen Etappen des öffentlichen Auftragsverfahrens im Interesse der Transparenz des Vergabeverfahrens sowie von materiell-rechtlichen Normen der Gewährleistung der Chancengleichheit von Konkurrenten auf den jeweiligen Bietermärkten besteht, enorm zugenommen. Dies gilt umso mehr, als das deutsche Vergaberecht zweigeteilt ist. Oberhalb der Schwellenwerte, bei deren Erreichung eine europaweite Ausschreibung zu erfolgen hat, ist neben dem europäischen Primärrecht der Verträge und dem nationalen Vergaberecht auch das europäische Vergabesekundärrecht der durch das sog. „Legislativpaket“ neu gefassten und am 31.3.2004 in Kraft getretenen EG-Richtlinien (RL), der Vergabekoordinierungs-RL 2004/18/EG (VKR) und der Sektoren-RL 2004/17/EG (SKR) anwendbar. Unterhalb der Schwellenwerte besteht dagegen die Rechtslage fort, die schon vor Erlass und Umsetzung dieser EG-Richtlinien bestand: Hier gelten neben den nationalen Bestimmungen - mit Ausnahme der §§ 97-129 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) - nur die Normen des EG-Primärrechts; dies hat insbesondere Konsequenzen für den Rechtsschutz.<sup>62</sup> Demgegenüber besitzen Normen des Internationalen Rechts im Vergaberecht keine besondere Relevanz. Die EG ist zwar dem General Procurement Agreement (GPA) beigetreten, wodurch im Laufe der 90er Jahre des vergangenen Jahrtausends eine Anpassung bestehender EG-Richtlinien zum Vergaberecht erforderlich wurde. Diese Änderung betraf aber vor allem die einzuhaltenden Schwellenwerte und hatte darüber hinaus keine substantiellen Auswirkungen.<sup>63</sup>

Infolge dieser Rahmenbedingungen ist das Vergaberecht ein hochgradig dynamisches und unabgeschlossenes Rechtsgebiet. Es ist beständig in Fluss. Die vorletzte große Anpassung des deutschen Vergaberechts an die Vorgaben des europäischen Rechts, sowohl an die Richtlinien der EG als auch die Rechtsprechung des EuGH (Europäischer Gerichtshof), erfolgte um die

---

<sup>61</sup> Die Wirkung des Gemeinschaftsrechts im Verhältnis zum nationalen Recht ist im EG-Vertrag nicht festgeschrieben; sie wurde durch Entscheidungen des EuGH näher definiert, vgl. Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., 2007, S.86ff.

<sup>62</sup> Bungenberg in: Löwenheim/Meessen/Riesenkampf, Kartellrecht, Bd.2 GWB, München 2006, Vor § 97ff. Rn. 14ff.; Otting, in: Bechthold, GWB Kommentar, 5. Aufl. 2008, § 100, Rn.8.

<sup>63</sup> Otting, in: Bechthold, GWB Kommentar, 5. Aufl. 2008, Vor § 97 Rn.4.

Jahrtausendwende:<sup>64</sup> Mit dem Vergaberechtsänderungsgesetz vom 26.8.1998<sup>65</sup> wurde in das GWB ein „Vierter Teil: Vergabe öffentlicher Aufträge“ eingefügt und auf Grund der darin enthaltenen Ermächtigungen die Vergabeverordnung<sup>66</sup> (VgV) erlassen. Die jüngste Anpassung des Vergaberechts an die Vorgaben des EG-Rechts durch Änderung der Vorschriften des GWB und der VgV erfolgte mit der Verabschiedung des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes.<sup>67</sup>

Im Zuge der europarechtlich angetriebenen Transformation des Vergaberechts vom Haushaltsrecht zum grenzüberschreitenden Wettbewerbsrecht ist es in den §§ 97 ff. GWB näher gesetzlich ausgestaltet worden. Gegenstand der öffentlichen Auftragsvergabe nach diesen Vorschriften sind die Beschaffung von „Waren, Bau- und Dienstleistungen“ (§ 97 Abs. 1 GWB). Nach § 99 Abs. 1 GWB sind „öffentliche Aufträge ...entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die ...Dienstleistungen zum Gegenstand haben“. Hierunter fallen auch Postdienstleistungen. Das deutsche Vergaberecht ist dreistufig aufgebaut: Der 4. Teil des GWB enthält lediglich die Kernregelungen, die Details des Vergabeverfahrens sind in der Vergabeverordnung und den Vergabe-, Vertrags- und Verdingungsordnungen (VOB, VOL und VOF) geregelt.

Das Vergaberecht ist in hohem Maße politisiert: Unabhängig von der jeweils zu entscheidenden Rechtsfrage ist es in starkem Maße durch grundlegende ordnungspolitische Auffassungen und formale Anforderungen geprägt. Dabei standen und stehen sich eine deutlich wettbewerbsorientierte Position, die auf die Markt- und Preisfunktionen der öffentlichen Ausschreibung abstellt und aus dieser Perspektive die Zulassung „vergabefremder“ Zwecke beschränken will, und eine steuerungstheoretische Position, die das Erfordernis der Marktregulierung im Interesse von Gemeinwohlbelangen betont und der demokratisch motivierten Betonung von „Sekundärzwecken“ bei Vergabeentscheidungen einen erheblich größeren Spielraum einräumt, gegenüber.<sup>68</sup>

<sup>64</sup> Details bei Otting, in: Bechthold, GWB Kommentar, 5. Aufl. 2008, Vor § 97 Rn.9ff.

<sup>65</sup> Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge, BGBl. I S.2512.

<sup>66</sup> Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) v. 9.1.2001, BGBl. I S.110.

<sup>67</sup> Gesetz v. 20.4.2009, BGBl. I S.790, Art. 1 und Art.2 (Änderung der VgV).

<sup>68</sup> Deutlich wird diese Differenz an den Stellungnahmen der politischen Parteien im Deutschen Bundestag anlässlich der Beratung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung v. 13.8.2008 zur Modernisierung des Vergaberechts am 13. 10. 2008 (BT-Drs. 16/10117), vgl. den Antrag der Abgeordneten Rainer Brüderle u.a. und der Fraktion der FDP v. 7.5.2008 ( BT-Drs. 16/9092) einerseits und der Abgeordneten Ulla Löter u.a. und der Fraktion DIE LINKE v. 7.11.2007 (BT-Drs. 16/6930) und v. 18.6.2008 (BT-Drs.16/9636) sowie der Abgeordneten Kerstin Andreae u.a. und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN v. 24.10.2007 (BT-Drs. 16/6791) und v. 10.4.2008 (BT-Drs.16/8810) andererseits. Vgl. ferner die im Bericht vom 13.10.2008 in hib – heute im Bundestag Nr. 278 unter Ziff.1 wieder gegebenen Stellungnahmen von Seiten der Gewerkschaften und der Wirtschaft.



Nachdem das Vorhaben, ein Tariftreuegesetz des Bundes zu erlassen, am Widerstand des Bundesrates gescheitert war,<sup>69</sup> hat die Mehrzahl der Bundesländer derartige Regelungen im Rahmen eigener Landesvergabegesetze getroffen.<sup>70</sup> Solche Gesetze sind in Bayern,<sup>71</sup> Berlin,<sup>72</sup> Brandenburg,<sup>73</sup> Bremen,<sup>74</sup> Hamburg,<sup>75</sup> Hessen,<sup>76</sup> Niedersachsen,<sup>77</sup> Nordrhein-Westfalen,<sup>78</sup> dem Saarland,<sup>79</sup> Sachsen,<sup>80</sup> Sachsen-Anhalt<sup>81</sup> und Schleswig-Holstein<sup>82</sup> verabschiedet worden. Bei diesen seit dem Jahr 1999 erlassenen Landesvergabegesetzen stand zunächst überwiegend die Verpflichtung von Auftragnehmern öffentlicher Bauaufträge zur Tariftreue im Vordergrund. Teilweise erfolgte sodann eine Ausdehnung auf weitere Branchen, namentlich im Bereich von ÖPNV- (Bremen, Hamburg, Niedersachsen bis zur Revision 2005, NRW, Schleswig-Holstein) und Abfallentsorgungsaufträgen (Schleswig-Holstein), teilweise werden generell öffentliche Lieferaufträge (Bremen) oberhalb eines bestimmten Auftragswertes (zumeist 10.000,00 €), der deutlich niedriger liegt als die EU-Schwellenwerte, erfasst.

Die Herstellung von Strukturen transnationalen Wettbewerbs ist aber nur eine der Aufgaben der Europäischen Union. Schon seit geraumer Zeit wird sie ergänzt durch die hierbei zu beachtenden Gebote der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung (Art. 12 EGV).<sup>83</sup> Zunehmende Relevanz haben in jüngerer Zeit ferner die Anforderungen des Umweltschutzes und des sozialen Ausgleichs erhalten: Die Politik der EU, in deren Zentrum zunächst wirtschaftli-

---

<sup>69</sup> Eingehende Darstellung bei: Dobmann, Die Tariftreueerklärung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Baden-Baden, 2007, S.18ff.; Bungenberg in: Löwenheim/Meessen/Riesenkampf, Kartellrecht, Bd.2 GWB, München 2006, § 97ff. Rn. 51.

<sup>70</sup> Vgl. die Angaben bei Bungenberg in: Löwenheim/Meessen/Riesenkampf, Kartellrecht, Bd.2 GWB, München 2006, Vor § 97ff. Rn. 35ff. sowie bei Schulten/Pawicki, Tariftreueeregungen in Deutschland – Ein aktueller Überblick, in: WSI-Mitteilungen 4/2008, S.184ff., 186, Übersicht 1; ferner: Dobmann, Die Tariftreueerklärung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Baden-Baden, 2007, S. 18ff. (dort auch in Fn. 18 zu den zwischenzeitlichen Änderungen bestehender gesetzlicher Regelungen) und Anhang I, S. 259ff. (Stand 2006).

<sup>71</sup> Gesetz v. 28.6.2000, GVBl. 2001, S.369; vgl. hierzu auch die Bekanntmachung der Bayrischen Staatsregierung v., 6.11.2001 Nr. B III 2-515-162 betr. Tariftreue- und Nachunternehmererklärung.

<sup>72</sup> Gesetz v. 9.7.1999, GVBl. S. 369; Neufassung durch G. v. 19. 3.2008, GVBl. S.80.

<sup>73</sup> FrauenförderungsVOG v. 25.4.1996, GVBl. S. 354.

<sup>74</sup> Gesetz v. 17.12.2002, GVBl. S.594.; vgl. auch die VO zur Durchführung des Vergabegesetzes v. 21.9.2004, Brem.GBl. S.475.

<sup>75</sup> Gesetz v. 18.2.2004, GVBl. S.98, revidiert am 13.2.2006, GVBl. 2006, 57.

<sup>76</sup> Gesetz v. 17.12.2007, GVBl. I S.922.

<sup>77</sup> Gesetz v. 2.9.2002, Nds. GVBl. S.370., revidiert am 15.7.2005 (BGBl.I S.2113) und am 1.9.2005 BGBl.I. S.2676).

<sup>78</sup> Gesetz v.17.12.2002, GVBl. 2003 S.8; aufgehoben durch G v. 21.11.2006.

<sup>79</sup> Gesetz v. 23.8.2000, ABl. S.1846.

<sup>80</sup> Gesetz v. 8.7.2002, GVBl. S. 218; dieses Gesetz enthält allerdings keine Tariftreueerregung.

<sup>81</sup> Gesetz v. 29.6.2001, GVBl. S.234, aufgehoben durch das erste Investitionshilfeleichterungsgesetz v. 13.8.2002.

<sup>82</sup> Gesetz v. 7.3.2003, GVOBl, S.136; vgl. auch das G v. 30.9.2002, GVOBl. S. 432.

<sup>83</sup> Egger, Europäisches Vergaberecht, 2008, S.56.

che und wettbewerbliche Aspekte standen, weitet sich allmählich aus auch auf die anderen Felder der klassischen Staatsaufgaben.<sup>84</sup>

Dadurch ist das Vergaberecht erneut in Bewegung gekommen. Forciert durch entsprechende Entscheidungen des EuGH wird seit dem Ende der 90er Jahre verstärkt auf der Ebene des Europäischen Rechts die Frage verhandelt, ob und ggf. in welchem Umfang auch andere als rein wettbewerbliche Kriterien, die das günstigste Angebot bevorzugen, bei der öffentlichen Auftragsvergabe Berücksichtigung finden können. Dies gilt namentlich für umweltbezogene und sog. „soziale“ sowie sonstige „innovative“ Aspekte.<sup>85</sup> Dass diese bei der öffentlichen Auftragsvergabe berücksichtigt werden können, ist inzwischen in der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG ausdrücklich festgeschrieben und in § 25a VOL/A teilweise umgesetzt worden (dazu näher unten unter 5.). Der in weiterer Umsetzung u.a. dieser Richtlinie vorgelegte Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 3.3.2008<sup>86</sup> sah hierzu folgende Novellierung des § 97 Abs. 4 GWB vor (Änderungsvorschläge kursiv):<sup>87</sup>

*„Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben. Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie in sachlichem Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.“*

Damit wurde die - vom Bundesrat unterstützte<sup>88</sup> - Absicht der Bundesregierung deutlich, soziale Aspekte bei Vergabeentscheidungen ausdrücklich für berücksichtigungsfähig zu erklären und dies in einer entsprechenden Novellierung von § 97 Abs. 4 GWB zu bekräftigen. Erneuten Zündstoff hat diese Diskussion, namentlich in Hinblick auf Tariftreuerklärungen in Lan-

---

<sup>84</sup> Dies reflektiert sich nicht zufällig auch in einer internen Ausdifferenzierung der Staatsstrukturmerkmale innerhalb der EU: Neben die Aspekte der Rechtsstaatlichkeit, der Geltung des Demokratie- und Subsidiaritätsprinzips tritt seit dem Vertrag von Lissabon v. 13.12.2007 (ABl. Nr. C 306/01) gem. Art. 2 Abs.3 S.2 EU-Vertrag auch die Sozialstaatlichkeit als bestimmendes Element der EU. Dieser Prozess ist nicht zufällig erheblich beschleunigt worden durch die Verabschiedung der Grundrechte-Charta der EU am 7.12.2000 (ABl. Nr. C 364/1), mit der erstmals – entsprechend dem Konzept klassischer Kodifikationen – das Verhältnis von Staat und EU-Bürger als umfassendes Rechtsverhältnis konzipiert und ausgestaltet worden ist.

<sup>85</sup> Dieser Begriff wird im Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Modernisierung des Vergaberechts vom März 2008 in § 97 Abs.4 S.2 GWB verwendet, vgl. E v. 13.8.2008, BT-Drs. 16/10117, Ziff.2 (S.2) und hat mit der Verabschiedung des Entwurfs in § 97 Abs.4 S.2 GWB Eingang in das Gesetz gefunden, vgl. BGBl. I. S.790..

<sup>86</sup> Siehe dazu auch die Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 349/08 v. 23.5.2008.

<sup>87</sup> Die verabschiedete Gesetzesfassung, BGBl. I.S.790, weicht hiervon geringfügig ab; dazu siehe unten unter IV.

<sup>88</sup> Nachweise in Fn. 29.

desvergabegesetzen, durch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Rüffert<sup>89</sup> auf Vorlage des OLG Celle<sup>90</sup> erhalten. Bei dieser Entscheidung handelt es sich um kein vereinzeltes Judikat; sie bildet vielmehr mit den Urteilen des EuGH in den Rechtssachen Laval<sup>91</sup> und Luxemburg<sup>92</sup> eine Entscheidungskette, die auf eine nicht unerhebliche Wandlung der Rechtsprechung des EuGH verweist. Ob und ggf. welche Relevanz diese Entscheidungen für die hier thematische Untersuchungsfrage haben, ist ein zentrales Element der nachstehenden Ausführungen.

Diese gliedern sich wie folgt: In den Kapiteln 3 und 4 werden zunächst die eher technischen Aspekte der juristischen Prüfung behandelt. Sodann wird in den Kapiteln 5 und 6 auf die Frage nach der Berücksichtigungsfähigkeit „sozialer Aspekte“ bei der öffentlichen Auftragsvergabe von Postdienstleistungen eingegangen.

---

<sup>89</sup> Urteil v. 3. 4.2008 – Rs. C-346/06.

<sup>90</sup> Beschluss v. 3.8.2006 - 13 U 72/06 – in: VergR 2006, 756 = NZBau 2006, 660.

<sup>91</sup> Urteil v. 18.12.2007 – Rs. C-341/05.

<sup>92</sup> Urteil v. 19.6.2008, Rs. C-319/06.

### 3. Welche Institutionen unterliegen dem Vergaberecht?

An das Vergaberecht gebunden sind neben den in § 98 Nr. 1 bis 6 GWB benannten öffentlichen Auftraggebern die Bewerber um öffentliche Aufträge, die sog. Bieter.

Die konkrete Bestimmung des Begriffs „öffentlicher Auftraggeber“ i.S. des Vergaberechts hängt nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>93</sup> sowie der nationalen Gerichte<sup>94</sup> und Behörden<sup>95</sup> von der Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalls ab. Hier bestehen deshalb erhebliche Interpretationsspielräume. Entsprechend umstritten sind die von der Rechtsprechung entfaltenen Abgrenzungskriterien im Detail. Nach Ansicht des EuGH scheidet eine Anwendung der Vorschriften über das Vergabeverfahren dann aus, wenn der öffentliche Auftraggeber seine im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben durch eigene Dienststellen erledigen lässt. Eine Ausschreibung ist auch dann nicht obligatorisch, wenn der öffentliche Auftraggeber über den - rechtlich von ihm unterschiedenen - Vertragspartner eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen.<sup>96</sup> Die Verfahren zur öffentlichen Auftragsvergabe sind jedoch stets einzuhalten, wenn es sich bei dem Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers um ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen handelt, an dessen Kapital auch private Unternehmen beteiligt sind.<sup>97</sup> Dabei ist davon auszugehen, dass jede Ausnahme von der Verpflichtung zur Einhaltung der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen eng auszulegen ist.

Für die Erbringung von Postdienstleistungen einschlägig sind primär die Nr. 1 bis 3 von § 98 GWB. Die Nr. 4 bis 6 von § 98 GWB erfassen dagegen spezielle Gruppen von öffentlichen Auftraggebern wie Sektorenauftraggeber (Nr. 4), staatlich subventionierte Auftraggeber (Nr. 5) und Baukonzessionäre (Nr. 6).

---

<sup>93</sup> EuGH v. 18.11.1999, Rs. C-107/98, Teckal, Slg. 1999, I-8121; EuGH v. 11.1.2005, Rs. C-26/03, Stadt Halle und RPL Recyclingpark Lochau GmbH, VergabeR 2005,44; vgl. auch das „Österreichische Staatsdruckerei-Urteil, EuGHE 1998, I/73: Eigenschaft als „öffentlicher Auftraggeber“ bejaht, auch wenn die im Allgemeininteresse liegende Aufgabe (wie z.B. der Druck von Ausweispapieren u.a.) weniger als 50% der Tätigkeiten ausmacht; bestätigt im „Arnhem“-Urteil, EuGHE 1998, I, 6821; vgl. hierzu Seidel, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, H.IV. Öffentliches Auftragswesen, 21. Ergänzungslieferung 2008, Rn.204ff.

<sup>94</sup> KG Berlin v. 27.7.2006 – 2 Verg 5/06 – Quelle: juris.

<sup>95</sup> BKartA v. 8.6.2006 VK 2 – 114/05: Entsprechende Anwendung der Vergabevorschriften des 4. Teils des GWB bei Auftragsvergabe in mittelbarer Stellvertretung für einen öffentlichen Auftraggeber – Quelle: juris.

<sup>96</sup> EuGH v. 18.11.1999, Rs. C-107/98, Teckal, Slg. 1999, I-8121, Rn. 50 und EuGH v. 11.1.2005, Rs. C-26/03, Stadt Halle und RPL Recyclingpark Lochau GmbH, VergabeR 2005,44, Rn. 49.

<sup>97</sup> EuGH v. 11.1.2005, Rs. C-26/03, Stadt Halle und RPL Recyclingpark Lochau GmbH, VergabeR 2005,44, Rn. 52.

a. Öffentliche Auftraggeber sind nach Nr. 1: „Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen“. Gebietskörperschaften sind der Bund, die Länder, die Landkreise, Gemeinden und Gemeindeverbände. Unter „Sondervermögen“ ist eine Organisationsform für wirtschaftliche, aber auch nichtwirtschaftliche Unternehmen, Einrichtungen und Hilfsbetriebe der öffentlichen Hand zu verstehen, die gesondert vom übrigen Vermögen der öffentlichen Hand verwaltet und ausgewiesen ist, mit eigener Kassen- und Kreditwirtschaft, eigener Buch- und Finanzführung sowie eigener Wirtschafts-, Erfolgs-, Vermögens- und Finanzplanung nach den Grundsätzen der kaufmännischen Rechnungsführung geführt wird, jedoch keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen.<sup>98</sup> Auf Grund der fehlenden eigenen Rechtsfähigkeit ist die jeweils hinter einem Eigenbetrieb der kommunalen Ebene stehende Gebietskörperschaft, weil sie Trägerin des Sondervermögens ist, der eigentlich verpflichtete öffentliche Auftraggeber. In der in Anhang IV der RL 2004/18/EG enthaltenen Liste der öffentlichen Auftraggeber werden als zentrale Bundesbehörden, die dieser RL unterfallen, in nicht abschließender Aufzählung einige Bundesministerien aufgeführt.<sup>99</sup>

b. Gemäß § 98 Nr. 2 GWB werden in den Kreis der öffentlichen Auftraggeber sonstige juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts, also solche Rechtsträger, die Rechtspersönlichkeit besitzen, und „die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen“, sowie überwiegend vom Staat, den Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert oder beherrscht werden, einbezogen. Dies entspricht auch den Vorgaben des Europäischen Rechts,<sup>100</sup> dem ein funktioneller Auftraggeberbegriff zugrunde liegt.<sup>101</sup> Dieser stellt nicht auf die öffentlich-rechtliche Organisationsform, sondern die wahrgenommene Aufgabe ab.

Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind in Deutschland die Anstalten, Stiftungen und Körperschaften des öffentlichen Rechts. Gemäß Art. 1 Abs. 9 und Abs. 3 der RL 2004/18/EG sind Auftraggeberverzeichnisse einzurichten. Eine entsprechende, nicht abschließende Auflistung öffentlicher Auftraggeber für Deutschland enthält Anhang III der RL 14/2004/EG. Danach zählen zu diesen

---

<sup>98</sup> Fabry/Augsten (Hrsg.), Handbuch Unternehmen der öffentlichen Hand, 2002, S.8.

<sup>99</sup> Eine weit vollständigere Auflistung der oberen und obersten Bundesbehörden i.S. dieser Vorschriften findet sich bei Bischoff in: Willenbruch/Bischoff, Vergaberecht, Kompaktkommentar, Köln 2008, S.114.

<sup>100</sup> Vgl. Schwarze, Europäisches Wirtschaftsrecht, 2007, S.175f.

<sup>101</sup> Bungenberg in: Löwenheim/Meessen/Riesenkamp, Kartellrecht, Bd.2 GWB, München 2006, § 98 Rn.10.

*„die bundes-, landes- und gemeindeunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, insbesondere in den folgenden Bereichen:*

*1.1. Körperschaften:*

- *wissenschaftliche Hochschulen und verfasste Studentenschaften*
- *berufsständische Vereinigungen (Rechtsanwalts-, Notar-, Steuerberater-, Wirtschaftsprüfer-, Architekten-, Ärzte- und Apothekerkammern)*
- *Wirtschaftsvereinigungen (Landwirtschafts-, Handwerks-, Industrie- und Handelskammern, Handwerksinnungen, Handwerkerschaften),*
- *Sozialversicherungen (Kranken-, Unfall- und Rentenversicherungsträger),*
- *Kassenärztliche Vereinigungen,*
- *Genossenschaften und Verbände.*

*1.2. Anstalten und Stiftungen*

*Die der staatlichen Kontrolle unterliegenden und im Allgemeininteresse tätig werdenden Einrichtungen nichtgewerblicher Art, insbesondere in den folgenden Bereichen:*

- *rechtsfähige Bundesanstalten,*
- *Versorgungsanstalten und Studentenwerke,*
- *Kultur-, Wohlfahrts- und Hilfsstiftungen“.*

Zu den juristischen Personen des Privatrechts i.S. von § 98 Nr. 2 GWB zählen lt. Anhang III RL 2004/18/EG

*„die der staatlichen Kontrolle unterliegenden und im Allgemeininteresse tätig werdenden Einrichtungen nichtgewerblicher Art, einschließlich der kommunalen Versorgungsunternehmen:*

- *Gesundheitswesen (Krankenhäuser, Kurmittelbetriebe, medizinische Forschungseinrichtungen, Untersuchungs- und Tierkörperbeseitigungsanstalten) ,*
- *Kultur (öffentliche Bühnen, Orchester, Museen, Bibliotheken, Archive, zoologische und botanische Gärten),*
- *Soziales (Kindergärten, Kindertagesheime, Erholungseinrichtungen, Kinder- und Jugendheime, Freizeiteinrichtungen, Gemeinschafts- und Bürgerhäuser, Frauenhäuser, Altersheime, Obdachlosenunterkünfte),*
- *Sport (Schwimmbäder, Sportanlagen und -einrichtungen),*
- *Sicherheit (Feuerwehren, Rettungsdienste),*
- *Bildung (Umschulungs-, Aus-, Fort- und Weiterbildungseinrichtungen, Volksschulen)*

- *Wissenschaft, Forschung und Entwicklung (Großforschungseinrichtungen, wissenschaftliche Gesellschaften und Vereine, Wissenschaftsförderung),*
- *Entsorgung (Straßenreinigung, Abfall- und Abwasserbeseitigung),*
- *Bauwesen und Wohnungswirtschaft (Stadtplanung, Stadtentwicklung, Wohnungsunternehmen, soweit im Allgemeininteresse tätig, Wohnraumvermittlung),*
- *Wirtschaft (Wirtschaftsförderungsgesellschaften),*
- *Friedhofs- und Bestattungswesen,*
- *Zusammenarbeit mit den Entwicklungsländern (Finanzierung, technische Zusammenarbeit, Entwicklungshilfe, Ausbildung)“.*

Entgegen dem Wortlaut von § 98 Nr. 2 GWB werden auch solche Unternehmen einbezogen, die erst nach ihrer Gründung die Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben übernommen haben.<sup>102</sup>

c. Gegenüber den in § 98 Nr. 1 und Nr. 2 GWB angeführten öffentlichen Auftraggebern besitzt die Nr. 3, wonach auch „Verbände, deren Mitglieder unter Nummer 1 oder 2 fallen“ als öffentliche Auftraggeber i.S. des Vergaberechts anzusehen sind, lediglich eine Auffangfunktion. Zu diesen Verbänden zählen z.B. kommunale Zweckverbände wie Abwasser-, Abfall-, Wasserversorgungs- und Planungsverbände, Landschaftsverbände, Schul-, Caritas- und Verkehrszweckverbände sowie privatrechtliche Spitzenverbände (Gemeine-, Städte- und Landkreistage) und ggf. auch Arbeitsgemeinschaften von Bund und Ländern. Dabei kommt es auf die Rechtsform des jeweiligen Verbandes nicht an.<sup>103</sup>

d. Als öffentliche Auftraggeber i.S. von § 98 GWB kommen ferner die in den Nr. 4 bis 6 aufgeführten Auftraggeber in Betracht.

**Ergebnis:** Damit sind als öffentliche Auftraggeber an das Vergaberecht gebunden nach § 98 Nr. 1 GWB der Bund, die Länder, Landkreise, Gemeinden und Gemeindeverbände sowie deren Eigenbetriebe und nach § 98 Nr. 2 GWB auch alle sonstigen Verwaltungseinrichtungen gleich welcher Rechtsform, sofern sie dem bestimmenden Einfluss von Gebietskörperschaften der öffentlichen Hand, ihrer Sondervermögen oder Zweckverbände unterliegen. Damit sind

---

<sup>102</sup> Bungenberg in: Löwenheim/Meessen/Riesenkampf, Kartellrecht, Bd.2 GWB, München 2006, § 98 Rn.17 m. Nachw.

<sup>103</sup> Bungenberg in: Löwenheim/Meessen/Riesenkampf, Kartellrecht, Bd.2 GWB, München 2006, § 98 Rn.35 m. Nachw.

auch Energieversorger und evtl. auch Sparkassen<sup>104</sup> (gleich welcher Rechtsform), aber ggf. auch Messegesellschaften,<sup>105</sup> an denen Körperschaften der öffentlichen Hand maßgeblich finanziell beteiligt sind oder auf die sie einen dominierenden Einfluss haben, als öffentliche Auftraggeber i.S. des Vergaberechts anzusehen. Demgegenüber kommt den in § 98 Nr. 3 GWB genannten Verbänden als öffentliche Auftraggeber lediglich eine Auffangfunktion zu. Die Nr. 4 bis 6 von § 98 GWB erfassen dagegen spezielle Gruppen von öffentlichen Auftraggebern wie Sektorenauftraggeber (Nr. 4), staatlich subventionierte Auftraggeber sowie nicht bereits durch Nr. 2 erfasste juristische Personen des öffentlichen Rechts (Nr. 5) und Baukonzessionäre (Nr. 6).

---

<sup>104</sup> Deren Zuordnung zu den öffentlichen Auftraggebern ist durch den Wegfall von Anstaltslast und der Gewährträgerhaftung zum 18.7.2005 u.U. zu revidieren, vgl. Otting, in: Bechthold, GWB Kommentar, 5. Aufl. 2008, § 98 Rn.23f.

<sup>105</sup> KG Berlin v. 27.7.2006 – 2 Verg 5/06 – Quelle: juris.



#### **4. Welche Postdienstleistungen sind bei Überschreiten welcher Schwellenwerte von einer öffentlichen Auftragsvergabe betroffen?**

Zum 01. Januar 2008 ist die Exklusivlizenz der Deutschen Post AG nach § 51 PostG über die bisher schon bestehende Wettbewerbssituation auf dem Postdienstleistungsmarkt hinaus ganz entfallen. Dieser Wegfall der Exklusivlizenz betrifft (gewöhnliche) Briefsendungen und adressierte Kataloge, deren Einzelgewicht bis 50 g und deren Einzelpreis weniger als das Zweieinhalbfache des Preises für entsprechende Postsendungen der untersten Gewichtsklasse beträgt. Damit hat sich das im Wettbewerb stehende Marktvolumen für Briefsendungen bis 1000 Gramm auf rund 10 Mrd. Euro verdoppelt.<sup>106</sup>

##### **4.1. Die aktuellen EU-Schwellenwerte**

Die EU-Schwellenwerte in den Vergaberichtlinien 2004/17/EG (Sektorenauftraggeber) - hierzu zählen nach europäischem Recht auch die Postdienste<sup>107</sup> - und 2004/18/EG<sup>108</sup> (öffentliche Auftraggeber für allgemeine Dienstleistungsaufträge) sind durch die Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 der Kommission vom 4. Dezember 2007 im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren,<sup>109</sup> erneut abgesenkt worden. Der Grund für die Senkung ist die Anpassung an die in internationalen Abkommen der EU vereinbarte Orientierung der wechselseitigen Marktöffnung an Eckwerten. Die Euro-Stärke gegenüber anderen Währungen führt zu einer Senkung der EU-Schwellenwerte in Euro.

Die neuen Schwellenwerte sind ggf. ungeachtet der noch erforderlichen Änderung des § 2

<sup>106</sup> Bundesnetzagentur, Lage und Entwicklung auf dem Gebiet des Postwesens, Tätigkeitsbericht gem. § 47 Abs.1 PostG, Dezember 2007; Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln, Sondergutachten gemäß § 44 Postgesetz in Verbindung mit § 81 Abs.3 Telekommunikationsgesetz 1996, Dezember 2007, S. 8;

<sup>107</sup> Diese werden bereits in der Überschrift dieser Sektoren-RL genannt; spezifiziert werden sie in Anhang I A der Verdingungsordnung für Leistungen – Teil A (VOL/A), wonach hierzu auch die Postbeförderung im Landverkehr und die Luftpostbeförderung rechnet. Dort wird auf die entsprechenden CPC-Referenznummern der RL 92/50/EWG v. 18.6.1992 verwiesen, die dort in Anhang I A für die Postbeförderung im Landverkehr sowie die Luftpostbeförderung aufgelistet sind. Allerdings wird in der Auflistung der öffentlichen Auftraggeber im Bereich Postdienste in der RL 2004/17/EG für die Bundesrepublik Deutschland keine öffentliche Stelle benannt, vgl. Anhang VI RL 2004/17/EG: Daraus wird zu Recht gefolgert, dass die Sektoren-RL in Deutschland den Bereich der Postdienstleistungen nicht umfasst, vgl. die Nachweise bei Egger, Europäisches Vergaberecht, 2008, Rn.545.

<sup>108</sup> Beide RL wurden zuletzt geändert anlässlich des Beitritts Bulgariens und Rumäniens durch die RL 2006/97/EG, ABl. Nr.: 363 v. 20.12.2006, S.107.

<sup>109</sup> EU-Amtsblatt L 317/34 vom 5. Dezember 2007.

Vergabeverordnung (VgV vom 11.2.2003 i.d.F. vom 23.10.2006) schon jetzt zu beachten.<sup>110</sup>

Die neuen Werte betragen:

- Für Liefer- und Dienstleistungsaufträge der obersten oder oberen Bundesbehörden sowie vergleichbarer Bundeseinrichtungen 133.000 Euro.
- Für alle anderen Liefer- und Dienstleistungsaufträge 206.000 Euro gegenüber zuvor 211.000 Euro.
- Für Liefer- und Dienstleistungsvergaben durch Sektoren-Auftraggeber (Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung) 412.000 Euro (statt bisher 422.000 Euro).

#### 4.2. Zur rechtlichen Relevanz der Schwellenwerte

Die besondere Bedeutung, die den der bei der Auftragsvergabe zu beachtenden, durch EG-Recht festgesetzten Schwellenwerten zukommt, beruht darauf, dass bei Aufträgen von geringerem Wert keine ernst zunehmende Aussicht auf einen grenzüberschreitenden Handel gesehen wird. Deshalb differenziert das Vergaberecht hinsichtlich der Rechtsfolgen danach, ob das Auftragsvolumen eine bestimmte - geschätzte (§ 3 VgV) - Größenordnung erreicht oder nicht: Nur für Auftragsvergaben, die den jeweiligen Schwellenwert erreichen oder überschreiten, gilt der 4. Teil des GWB. Maßgebend für geringfügigere Auftragsvergaben sind dagegen das Haushaltsrecht des Bundes und der Länder sowie sonstige Verwaltungsvorschriften.

Dies hat vor allem Konsequenzen hinsichtlich des Rechtsschutzes: Die Rechte aus § 97 Abs. 7 GWB stehen Bietern, die sich um Aufträge unterhalb der Schwellenwerte bewerben, nicht zu.<sup>111</sup> Unterhalb der Schwellenwerte gelten jedoch für staatliche Auftraggeber die Normen des primären EG-Rechts, namentlich die Kriterien für eine diskriminierungsfreie Auftragsvergabe, unmittelbar.

---

<sup>110</sup> Vgl.

[http://service.brandenburg.de/lis/detail.php?id=110464&\\_\\_ariadne=110062;;110062;110069;110069;110464;](http://service.brandenburg.de/lis/detail.php?id=110464&__ariadne=110062;;110062;110069;110069;110464;)  
sowie die Angaben auf der Homepage des Deutschen Städte- und Gemeindebundes  
[http://www.dstgb.de/homepage/positionsapiere/dstgb\\_leitlinien\\_fuer\\_die\\_vergabe\\_von\\_postdienstleistungen\\_durch\\_kommunen/leitlinien\\_post\\_vergabe.pdf](http://www.dstgb.de/homepage/positionsapiere/dstgb_leitlinien_fuer_die_vergabe_von_postdienstleistungen_durch_kommunen/leitlinien_post_vergabe.pdf)

<sup>111</sup> Saarländisches OLG, NZBau 2003, 462; die dagegen eingelegte Verfassungsbeschwerde blieb ohne Erfolg, vgl. BVerfG v.13.6.2006 – 1 BvR 1160/03 = VergabeR 2006, 87; an dieser Rechtslage hält auch die aktuelle Novelle des Vergaberechts fest, vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 349/08 v.23.5.08, S. 22.

### 4.3 Folgen für die öffentliche Auftragsvergabe

Folge für die öffentlichen Auftraggeber nach § 98 GWB ist, dass sie die Vergabe von Postdienstleistungen, die diesen Schwellenwert erreichen oder überschreiten, grundsätzlich nach der Verdingungsordnung für Leistungen - Teil A (VOL/A)<sup>112</sup> - ausschreiben müssen. Dabei ist der Zweite Abschnitt der VOL/A zwingend anzuwenden<sup>113</sup>.

Die Anwendung der VOL/A ist bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte zwar in einigen Bundesländern nicht verpflichtend durch die jeweiligen Landesregierungen vorgegeben, sondern nur empfohlen (Bsp.: Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg). Dennoch wenden viele Städte und Gemeinden auch in diesen Bundesländern aufgrund eigener kommunaler Dienstanweisungen bzw. interner Vorgaben die VOL/A (Erster Abschnitt) ebenfalls unterhalb der EU-Schwellenwerte an.

Auch in den Bundesländern, in denen den Gemeinden durch jeweilige Erlasse der Landesregierungen die Möglichkeit eingeräumt worden ist, im VOL/A-Bereich Freihändige Vergaben z. B. bis zu einem Auftragswert von 30.000 Euro durchzuführen (Bsp.: Bayern, Nordrhein-Westfalen, Mecklenburg-Vorpommern; Brandenburg: 20.000 Euro) gilt grundsätzlich, dass die Städte und Gemeinden, die von dieser Möglichkeit der Freihändigen Vergabe Gebrauch machen, vorher eine Markterkundung und damit einen Wettbewerb durchführen müssen.<sup>114</sup> Auch im Rahmen einer zulässigen Freihändigen Vergabe sollten daher nach Ansicht des Deutschen Städte- und Gemeindebundes bei der Auswahl der Postdienstleister neben dem Preis auch Qualitätskriterien zur Anwendung kommen.<sup>115</sup>

---

<sup>112</sup> In der Fassung der Bekanntmachung vom 06. April 2006, BAnz. Nr. 100a vom 30. Mai 2006, BAnz. S. 4368.

<sup>113</sup> § 4 Abs. 1 VgV i. V. m. §§ 1, 2 und 3 VgV sowie mit dem Zweiten Abschnitt der VOL/A in der Fassung der Bekanntmachung vom 06. April 2006, BAnz. Nr. 100a vom 30. Mai 2006, BAnz. S. 4368

<sup>114</sup> Als Maßnahme zur Vereinfachung der Vergabeverfahren wurden während der Laufzeit des Konjunkturpakets II der Bundesregierung (2009/2010) die Schwellenwerte, bis zu deren ohne weitere Begründung Dienstleistungsaufträge in Form beschränkter Ausschreibungen oder freihändiger Vergabe vergeben werden dürfen auf 100.000 Euro angehoben. Vgl. dazu Beschluss des Bundeskabinetts vom 27.01.2009 „Beschleunigung von Investitionen durch Vereinfachung von Vergabeverfahren“, <http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/wirtschaft,did=288178.html>

<sup>115</sup> Vgl. DSTGB-Leitlinien für die Vergabe von Postdienstleistungen durch Kommunen, im Internet unter: [http://www.dstgb.de/homepage/positionspapiere/dstgb\\_leitlinien\\_fuer\\_die\\_vergabe\\_von\\_postdienstleistungen\\_durch\\_kommunen/leitlinien\\_post\\_vergabe.pdf](http://www.dstgb.de/homepage/positionspapiere/dstgb_leitlinien_fuer_die_vergabe_von_postdienstleistungen_durch_kommunen/leitlinien_post_vergabe.pdf) S.2.

## **5. Berücksichtigung sozialer Aspekte bei öffentlichen Vergabeentscheidungen nach europäischem und deutschem Recht**

### **5.1 Zum Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht**

Grundsätzlich geht das Gemeinschaftsrecht dem nationalen Recht vor, sofern sich die Gemeinschaft im Rahmen der ihr durch die Verträge zugewiesenen Kompetenzen hält.<sup>116</sup> Da der Gemeinschaft die Aufgabe der Schaffung und Gewährleistung eines Gemeinsamen Marktes zwischen den Mitgliedstaaten übertragen ist, finden auf das öffentliche Auftragswesen die Kernmaterien des EG-Vertrages Anwendung. Dies gilt namentlich für

- den freien Warenverkehr und das Verbot von Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen bei der Ein- und Ausfuhr (Art. 28ff. EGV),
- die Niederlassungsfreiheit (Art.43ff. EGV),
- der freie Dienstleistungsverkehr (Art. 49ff. EGV),
- das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 12 EGV),
- die Rechtsangleichung (Art. 94, 95 EGV).

Die Beseitigung der Rechtsunterschiede zwischen den Vergaberechtsbestimmungen der Mitgliedstaaten und die Rechtsangleichung geschieht im Wege von Richtlinien. Nach überwiegender Ansicht überschreiten die bislang erlassenen Richtlinien der EU zur öffentlichen Auftragsvergabe die der EU zugewiesenen Kompetenzen nicht.<sup>117</sup> Das nationale Vergaberecht, das durch einen dreistufigen, kaskadenförmigen Aufbau gekennzeichnet ist (GWB - Vergabeverordnung- Verdingungsordnungen), setzt die EU-Richtlinien um und ist in deren Sinne europarechtsfreundlich auszulegen.<sup>118</sup>

### **5.2 Berücksichtigung der Grundsätze des Vergaberechts**

Nach § 97 Abs. 1 und 2 GWB sind während des gesamten Vergabeverfahrens die Grundsätze der Wettbewerbslichkeit, Transparenz und Gleichbehandlung zu beachten. Dies gilt nach der

---

<sup>116</sup> Ausführlich Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht, Wien/Graz 2005, Kap. 1 + 2.

<sup>117</sup> Seidel, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 21. Ergänzungslieferung, 2008 Rn.14.

<sup>118</sup> Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des EuGH, vgl. die Nachweise bei Otting in: Bechthold, GWB Kommentar, 5. Aufl. 2008, Vor § 97 Rn. 17.

Rechtsprechung des EuGH gleichermaßen für Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte wie für Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte.<sup>119</sup>

Kernpunkt für ein wettbewerbliches und transparentes Vergabeverfahren ist, dass das gesamte Verfahren auf der Basis fairer Angebotsbedingungen erfolgt und kein Bieter einseitig benachteiligt bzw. bevorzugt wird. Dies bedingt, dass alle Bieter in einem transparenten Verfahren gleich zu behandeln sind und der Zuschlag auf das *wirtschaftlichste* Angebot erteilt wird (§ 97 Abs. 5 GWB, § 25 Nr. 3 VOL/A. Dort heißt es ausdrücklich: „Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend“).

In der Vergabekoordinierungs-RL 2004/18/EG wird mehrfach betont, dass sich die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht befinden muss. Dies bezieht sich bei allen Vergabeverfahren unabhängig von den Schwellenwerten, bei deren Erreichen oder Überschreiten eine europaweite Ausschreibung erforderlich ist, auf das Primärrecht der EU und hier namentlich auf die Einhaltung der Diskriminierungsverbote und die Gewährleistung der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EGV. Oberhalb der Schwellenwerte ist zusätzlich die Übereinstimmung des Vergabeverfahrens mit dem Sekundärrecht der EU zu gewährleisten.

### **5.3 Die Berücksichtigung sozialer Aspekte nach dem Gemeinschaftsrecht (oberhalb der Schwellenwerte)**

Die Möglichkeit der Berücksichtigung sozialer Aspekte bei Vergabeentscheidungen nach dem Gemeinschaftsrecht unterlag einer wechselvollen Geschichte. Zunächst war in der zweiten Hälfte der 90er Jahre durch einige EuGH-Entscheidungen eine vorsichtige Öffnung zugunsten der Berücksichtigungsfähigkeit auch anderer als rein ökonomischer Gesichtspunkte, insbesondere von sozialen und umweltbezogenen Aspekten erfolgt. Vorreiter waren die Urteile des EuGH in den Rechtssachen *Beentjes*<sup>120</sup> sowie *Calais*.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> So ausdrücklich Erwägungsgrund Nr.9 der RL 2004/17/EG, UAbs.2.

<sup>120</sup> EuGH v. 20.9.1988, Rs.31/87, Slg. 1988, 4635 = NVwZ 1990, 353.

<sup>121</sup> EuGH v. 26.9.2000, Rs. C-225/98, Slg. 2000, I-7445 = NZBau 2000, 584.

### 5.3.1 In welchem Stadium des Vergabeverfahrens sind „soziale Aspekte“ berücksichtigungsfähig?

Die rechtliche Beurteilung der Frage, an welcher Stelle des Vergabeverfahrens und unter welchem Aspekt der Entscheidung über die öffentliche Auftragsvergabe soziale Aspekte Berücksichtigung finden können, wurde und wird kontrovers beurteilt.

### 5.3.2 Der Ablauf des Vergabeverfahrens

Vergabeverfahren erfolgen in der Regel in vier Etappen:<sup>122</sup> Die Pflicht zur Durchführung eines strukturierten Vergabeverfahrens - vorrangig in Gestalt des sog. „offenen Verfahrens“ nach § 101 Abs. 6 GWB<sup>123</sup> - ergibt sich primär aus den §§ 97ff. GWB. Diese Anforderungen werden in §§ 2, 3a VOL/A konkretisiert. § 101 Abs. 6 GWB bestimmt:

*„Öffentliche Auftraggeber haben das offene Verfahren anzuwenden, es sei denn, auf Grund dieses Gesetzes ist etwas anderes gestattet.“*

Beim offenen Verfahren wird eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert (§ 101 Abs. 2 GWB). Durch den Vorrang des offenen Verfahrens<sup>124</sup> soll größtmögliche Transparenz des Beschaffungsmarktes erreicht werden und das Gebot der Wirtschaftlichkeit am besten verwirklicht werden.<sup>125</sup>

1. Zu Beginn des Verfahrens erfolgt - bei Überschreiten des vorgeschriebenen Schwellenwerts zwingend - eine in der Regel.<sup>126</sup> öffentliche, europaweite Ausschreibung bzw. eine öffentliche Vergabebekanntmachung.

<sup>122</sup> Details bei Mühlbach, Tariftreue und europäisches Vergaberecht, RdA 2003, 339ff. (340); Pape, Vergaberechtliche Anforderungen an Privatisierungen und praktische Verfahrensgestaltung, in: Blanke/Vedder (Hrsg.), Handbuch Privatisierung, 2. Aufl., Teil III, S. 26 (im Erscheinen).

<sup>123</sup> Otting, in: Bechtold, GWB. Kommentar, 5. Aufl., § 101 Rn.15; Bungenberg, in: Löwenheim/Meessen/Riesenkampf, Kartellrecht, Bd.2 GWB, München 2006, § 101 Rn. 33.

<sup>124</sup> Die Tatsache, dass nach den europäischen Richtlinien das offene und das nicht offene Verfahren gleichrangig vorgesehen sind, steht der Orientierung an der deutschen Rechtslage nicht entgegen, vgl. Otting, in: Bechtold, GWB. Kommentar, 5. Aufl., § 101 Rn.15.

<sup>125</sup> Bungenberg, in: Löwenheim/Meessen/Riesenkampf, Kartellrecht, Bd.2 GWB, München 2006, § 101 Rn. 33.

<sup>126</sup> Ausnahme beim Vorliegen besonderer Umstände, vgl. § 3a VOL/A.

2. Den sich daraufhin meldenden potentiellen Bieter sind die Vergabeunterlagen (Aufforderung zur Angebotsabgabe, Verdingungsunterlagen, das ist insbesondere die Leistungsbeschreibung) zur Verfügung zu stellen.
3. Sodann erfolgt auf der Grundlage der eingegangenen Angebote die Entscheidung über die Auftragsvergabe. Aufträge sind gemäß § 94 Abs. 4 S. 1 GWB nur an „fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen“ zu vergeben, wobei nach § 97 Abs. 5 der Zuschlag „auf das wirtschaftlichste Angebot“ zu erteilen ist. Nach § 101a GWB (zuvor: § 13 VgV) trifft den Auftraggeber gegenüber den betroffenen Bieter und Bewerbern eine Vorinformationspflicht über den in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger. In diesem Zusammenhang hat der Auftraggeber den Bieter, die nicht zum Zuge kommen sollen, die Gründe hierfür anzugeben. Außerdem muss er ihnen den Namen des erfolgreichen Bieters mitteilen. In dem hierzu entworfenen Formblatt wird unter den Gründen für das Vorliegen eines „wirtschaftlicheren“ Angebots gemäß § 25 Nr. 3 Abs. 3 S. 2 VOB/A unter anderem das „in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen genannte“ Kriterium der „Vergütungsbedingungen“ aufgeführt.
4. Erst nach Ablauf von 15 Kalendertagen (bei elektronischer Vorinformation oder per Telefax: 10 Kalendertage) seit Absendung dieser Information darf der Auftraggeber dem ausgewählten Bieter den Zuschlag erteilen. Zweck dieser Regelung ist es, die behördeninterne Entscheidung über die beabsichtigte Zuschlagserteilung überprüfen lassen zu können. Im Anschluss an den Fristablauf kann schließlich der Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Bieter über die zu erbringende Leistung geschlossen werden.

Die rechtliche Zuordnung sozialer Gesichtspunkte (sog. „vergabefremder Kriterien“ oder „Sekundärzwecke“) ist äußerst umstritten. Unklar ist, ob sie als Eignungs- oder Zuschlagskriterium oder als Auftragsbedingung zu qualifizieren sind. Dies gilt bereits für die Rechtsprechung des EuGH, die ihr erstmals Raum öffnete: In der Rechtssache *Beentjes* wertete der EuGH die Verpflichtung des Auftragnehmers, Langzeitarbeitslose zu beschäftigen, als zulässiges *Eignungskriterium*.<sup>127</sup> Dagegen qualifizierte er in der Entscheidung *Nord-Pas-de Calais* soziale Anforderungen - entgegen der Auffassung der Kommission, die darin eine allenfalls als nach Erteilung des Zuschlags zulässige, nachgeschobene Auftragsbedingung sah, - als

---

<sup>127</sup> EuGH v. 20.9.1988, Rs. 31/87 Leitsatz 2.

*Zuschlagskriterium.*<sup>128</sup> Ebenso wie der EuGH hat auch die EU-Kommission - jedenfalls zu dieser Zeit - „soziale Aspekte“ als *zusätzliches Kriterium der Auftragserteilung* in ihren Stellungnahmen und Mitteilungen völlig unterschiedlich eingeordnet.<sup>129</sup> Dies gilt auch für die einschlägige Literatur.<sup>130</sup>

Rechtlich ist diese Differenz in folgender Hinsicht bedeutsam: Handelt es sich um ein Eignungskriterium, so ist dieses bieterbezogen: Geprüft wird die Qualität, d.h. die Eignung des Bieters, als solcher im Rahmen des Vergabeverfahrens aufzutreten. Erfüllt der Bieter dieses Kriterium nicht, so ist er aus der Gruppe der Bieter zu streichen mit der Folge, dass er am weiteren Vergabeverfahren nicht teilnimmt.

Handelt es sich dagegen um ein Zuschlagskriterium, so führt die Berücksichtigung dieses Faktors im Rahmen der Gewichtung und Bewertung der unterschiedlichen, bei der Vergabeentscheidung relevanten Aspekte, zwar ebenfalls u.U. zur Ablehnung des unterbreiteten Gebots und damit zum Ausschluss des Bieters. Aber diese Entscheidung ist und bleibt konkret angebotsbezogen.<sup>131</sup> Sie ist nur von Bedeutung für die Entscheidung über den konkret ausgeschriebenen öffentlichen Auftrag. Da das EU-Recht regelmäßig die inhaltlichen Kriterien für Zuschläge nicht vorschreibt, ist deren Festlegung Sache der öffentlichen Auftraggeber. Sie besitzen hierbei einen weiten Gestaltungsspielraum.<sup>132</sup> Demgegenüber besitzt der öffentliche Auftraggeber im Rahmen der Eignungsprüfung und der Bewertung von Zuschlagskriterien

<sup>128</sup> Dazu Frenz, Soziale Vergabekriterien, NZBau 2007, 17ff. (18f.).

<sup>129</sup> Vgl. Mitteilung der Kommission v. 15.10.2001 „über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge“, KOM 2001, 566 endg. Diese Mitteilung war – ganz im Gegensatz zur derzeitigen Situation - von einer starken sozialen Motivation getragen. So heißt es: „Alle einzelstaatlichen Vorschriften, die derzeit im sozialen Bereich gelten, einschließlich der einschlägigen Vorschriften zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts, sind für die Auftraggeber bindend, sofern sie mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind. Dies betrifft insbesondere die Vorschriften über die Rechte der Arbeitnehmer und die Arbeitsbedingungen.“ Demgegenüber spielte offenbar die rechtliche Qualifizierung dieser sozialen Aspekte keine dominante Rolle: Sie werden teils als Eignungskriterien, teils als Zuschlagskriterien, aber auch als Auftrags- und sogar noch danach als Vertragsbedingungen eingeordnet; ebenso: Dreher, in: Dreher/Stockmann, Kartellvergaberecht, Auszug aus: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. München 2008, § 97 GWB Rn. 182.

<sup>130</sup> So sind etwa nach Frenz, in: Willenbruch/Bischoff, Vergaberecht, Kompaktkommentar, Köln 2009, § 97 GWB Rn.58 soziale Gesichtspunkte i.S. dieser Vorschrift nicht als Eignungs-, sondern als Zuschlagkriterien einzuordnen; ebenso dgl., NZBau 2007/17 (20); ebenso Krohn, Umweltschutz als Zuschlagskriterium: Grünes Licht für ‚Ökostrom‘, NZBau 2004.92ff.; die (wohl) überwiegende Ansicht geht indes davon aus, dass es sich um Eignungskriterien handelt, vgl. Hailbronner, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl. Ffm 2005 § 97 Rn. 198; Dreher, in: Dreher/Stockmann, Kartellvergaberecht, Auszug aus: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. München 2008, § 97 GWB Rn. 173, 244; Hausmann in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß (Hrsg.), Kommentar zur VOL/A, Köln 2007, § 28 Rn.199; ebenso BGH v. 17.2.1999, WuW/E, Verg. 217; Rust, GWB-Vergaberecht und soziale Standards, EuZw 1999, 453ff.

<sup>131</sup> Eignungskriterien zeichnen sich dadurch aus, dass bei ihnen ein konkreter Bezug zu dem Auftrag nicht zwingend erforderlich ist, vgl. Hausmann in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß (Hrsg.), Kommentar zur VOL/A, Köln 2007 § 28 Rn.199.

<sup>132</sup> Hailbronner, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl. Ffm 2005 § 97 Rn. 254; Burgi, in: Grabitz/Hilf, EU, Bd.2, Öffentliches Auftragswesen (Hrsg.Hailbronner) , Bd.13 – Vergabefremde Kriterien, Rn.53 f..



lediglich einen - in bestimmten, wengleich eng umrissenen Grenzen nachprüfbar - Beurteilungsspielraum.<sup>133</sup>

Liegt in den zu beachtenden sozialen Kriterien jedoch eine Auftragsbedingung, so wird diese erst bei Abschluss des Vertrages zwischen öffentlichem Auftraggeber und (erfolgreichem) Bieter konkretisiert. Derartige Vertragsbedingungen sind zu Recht als ein aliud gegenüber den Eignungs- und Zuschlagsbedingungen angesehen worden.<sup>134</sup> Sie können - wenn überhaupt - nur in sehr engen Grenzen zusätzliche Kriterien an die Auftragsausführung knüpfen.<sup>135</sup> Denn auf Grund des für das gesamte Vergabeverfahren bestimmenden Grundsatzes der Transparenz ist davon auszugehen, dass die konkreten Bedingungen der Auftragsvergabe und -durchführung, jedenfalls soweit sie preisrelevant sind, bereits zu Beginn des Verfahrens feststehen und allen (potentiellen) Bietern bekannt gegeben werden müssen. Ein nachträgliches, einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers ist abzulehnen.<sup>136</sup>

### 5.3.3 Die Zulassung der Berücksichtigung sozialer Aspekte in den Vergabe-RL der EU von 2004

Infolge der einschlägigen EuGH-Urteile zur Berücksichtigungsfähigkeit sozialer und umweltbezogener Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe hat die EU-Kommission ihre diesbezüglich zunächst ablehnende Haltung revidiert und anerkannt, dass diese Gesichtspunkte in Vergabeentscheidungen einbezogen werden können.<sup>137</sup> Diese geänderte Auffassung hat, nicht zuletzt infolge der Unterstützung auch durch das Europäische Parlament, ihren Niederschlag in der Neufassung der EG-Vergabe-RL gefunden.<sup>138</sup> Einschlägig für die hier untersuchte Frage nach der Zulässigkeit, die öffentliche Auftragsvergabe von Postdienstleistungen an die Erfüllung sozialer Standards zu binden, ist, wie bereits oben

<sup>133</sup> Dobmann, Die Tarifreueerklärung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Baden-Baden 2007, S. 107; Otting, in: Bechthold, GWB Kommentar, 5. Aufl. 2008, § 97 Rn. 20.

<sup>134</sup> Hailbronner, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl. Ffm 2005 § 97 Rn. 182.

<sup>135</sup> Mühlbach, RdA 2003, 339ff. (341);

<sup>136</sup> Bechtholsheim/Betz, Berücksichtigung von Entlohnungskriterien bei Vergabeentscheidungen, Stellungnahme im Auftrag der Gewerkschaft ver.di, Berlin, November 2006, S.9.

<sup>137</sup> Vgl. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Mitteilung „über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge“ v. 15.10.2001, KOM (2001) 566 endg.

<sup>138</sup> Zur Entstehungsgeschichte dieser Novellierung ausführlich: Rechten, Die Novelle des EU Vergaberechts, NZBau 2004, 366ff.

dargelegt, die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG.<sup>139</sup> Diese sieht - ebenso wie die Sektoren-RL<sup>140</sup> - an mehreren Stellen die Aufnahme „sozialer Aspekte“ vor:

**Nr. 1 der Erwägungsgründe** der Vergabekoordinierungsrichtlinie RL 2004/18/EG stellt den Bezug zur Rechtsprechung des EuGH her. Dort heißt es:

*„Die vorliegende Richtlinie gründet sich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs, insbesondere auf die Urteile zu den Zuschlagskriterien, wodurch klargestellt wird, welche Möglichkeiten die öffentlichen Auftraggeber haben, auf Bedürfnisse der betroffenen Allgemeinheit, einschließlich im ökologischen und/oder sozialen Bereich, einzugehen, sofern derartige Kriterien in Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen, dem öffentlichen Auftraggeber keine unbeschränkte Wahlfreiheit einräumen, ausdrücklich erwähnt sind und den in Erwägungsgrund 2 genannten grundlegenden Prinzipien entsprechen“.*

Entgegen der an dieser Stelle vorgenommenen Zuordnung der sozialen Aspekte zu den Zuschlagskriterien findet sich in dem hierzu verabschiedeten Kap. VII, Abschnitt 3, der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG (in Art. 53ff. ) kein ausdrücklicher Hinweis auf die Berücksichtigung sozialer Zuschlagskriterien, vgl. Art. **53 Ia**. Dort werden für Zuschläge auf das „*wirtschaftlich günstigste Angebot*“ eine Reihe von Kriterien beispielhaft genannt wie z.B. „*Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist*“. Stattdessen wurde unter die Besonderen Vorschriften über die Verdingungsunterlagen und die Auftragsunterlagen in Kap. IV, **Art. 26**, eine Bestimmung aufgenommen,<sup>141</sup> die es dem öffentlichen Auftraggeber gestattet, die Ausführung des Auftrags an die Einhaltung zusätzlicher, insbesondere sozialer Aspekte, zu knüpfen:

*„Die öffentlichen Auftraggeber können zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Be-*

<sup>139</sup> Details bei Rechten, Die Novelle des EU Vergaberechts, NZBau 2004, 366ff. (373).

<sup>140</sup> Genaue Angaben der §§ bei Rechten, Die Novelle des EU Vergaberechts, NZBau 2004, 366ff. , Fn.77.

<sup>141</sup> Zum Zusammenspiel bei der Entstehung dieser Regelungen vgl. Rechten, Die Novelle des EU Vergaberechts, NZBau 2004, 366ff. (369). Der Autor sieht in dieser Verlagerung aus dem Kontext von Zuschlagskriterien einen „Pyrrhussieg“, der insgesamt zu einer deutlichen Stärkung der Relevanz der sozialen Gesichtspunkte bei der öffentlichen Auftragsvergabe führe. Denn damit könne “im Gegensatz zu Art. 53 auch über den Bezug zum Auftragsgegenstand hinaus gegangen und in ...die Personalpolitik des Unternehmens eingegriffen werden. Eine weitere Verschärfung besteht darin, dass in Art. 26 die Nichtberücksichtigung der zusätzlichen Bedingungen zwangsläufig zum Ausschluss des Angebots führt, während in Art. 53 die vom Auftraggeber geforderten Sozial- und Umweltkriterien nur einen Faktor unter mehreren darstellen und deren Nichtbeachtung daher bei der Angebotsbewertung ausgeglichen werden kann.“

*kannmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden. Die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags können insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen.“*

Gemäß **Art. 27 Abs. 2** dieser VKR-RL verlangt ein öffentlicher Auftraggeber, sofern er die in Abs. 1 dieser Bestimmung beschriebenen Informationen in den Verdingungsunterlagen über etwaige Auskunftsstellen erteilt,

*„von den Bietern oder Bewerbern eines Vergabeverfahrens die Angabe, dass sie bei der Ausarbeitung ihres Angebots den Verpflichtungen aus den am Ort der Leistungserbringung geltenden Vorschriften über den Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen Rechnung getragen haben“.*

Im Fall „*ungewöhnlich niedriger Angebote*“ muss der öffentliche Auftraggeber gemäß § 54 VKR Aufklärung über Einzelposten des Angebots verlangen. Dabei können sich die verlangten Erläuterungen auch auf

*„die Einhaltung der Vorschriften über Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen, die am Ort der Leistungserbringung gelten“*,

beziehen.

In **Nr. 33 der Erwägungsgründe** dieser Koordinierungsrichtlinie (gleichlautend in Nr.44 der SKR) wird exemplarisch erläutert, worauf sich diese bei der Vergabeentscheidung berücksichtigungsfähigen „sozialen Aspekte“ beziehen können:

*„Sie können insbesondere dem Ziel dienen, die berufliche Ausbildung auf den Baustellen zu fördern sowie die Beschäftigung von Personen zu fördern, deren Eingliederung besondere Schwierigkeiten bereitet, um die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen oder die Umwelt zu schützen. In diesem Zusammenhang sind z.B. unter anderem die - für die Ausführung des Auftrags geltenden - Verpflichtungen zu nennen, Langzeitarbeitslose einzustellen oder Ausbildungsmaßnahmen für Arbeitnehmer oder Jugendliche durchzuführen oder die Bestimmungen der grundlegenden Übereinkommen der internationalen Arbeitsorganisation (IAO), für den Fall, dass diese nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt worden sind, im wesentlichen einzuhalten, oder ein Kontingent von behinderten Personen einzustellen, das über dem nach nationalem Recht vorgeschriebenen Kontingent liegt.“*

Auch wenn in diesem Zusammenhang Fragen der Höhe der Vergütung nicht ausdrücklich angesprochen werden, besteht jedoch weithin<sup>142</sup> Übereinstimmung dahingehend, dass auch dieser Aspekt in die Vergabeentscheidung über öffentliche Aufträge einbezogen werden kann. Sofern diese auf tariflichen Regelungen beruhen und mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind, kann ihre Nichteinhaltung - wie aus **Nr. 34 der Erwägungsgründe** der RL 2004/18/EG hervorgeht - unter dem Eignungskriterium der beruflichen Zuverlässigkeit relevant sein. Erwägungsgrund Nr. 34 lautet:

*„Die im Bereich der Arbeitsbedingungen und der Sicherheit am Arbeitsplatz geltenden nationalen und gemeinschaftlichen Gesetze, Regelungen und Tarifverträge sind während der Ausführung eines öffentlichen Auftrags anwendbar, sofern derartige Vorschriften sowie ihre Anwendung mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind. Für grenzüberschreitende Situationen, in denen Arbeitnehmer eines Mitgliedstaates Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat zur Ausführung eines öffentlichen Auftrags erbringen, enthält die 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 die Mindestbedingungen, die im Aufnahmeland in Bezug auf die entsandten Arbeitnehmer einzuhalten sind. Enthält das nationale Recht entsprechende Bestimmungen, so kann die Nichteinhaltung dieser Verpflichtungen als eine schwere Verfehlung oder als ein Delikt betrachtet werden, das die berufliche Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers in Frage stellt und dessen Ausschluss vom Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zur Folge haben kann.“*

Damit besteht kein Zweifel, dass nach dem Recht der europäischen Vergaberichtlinien soziale Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe berücksichtigt werden dürfen. Die bereits angesprochene Unsicherheit in der rechtlichen Qualifizierung der sozialen Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe findet ihren Ausdruck auch in den zitierten Bestimmungen: Soziale Kriterien werden in ihnen sowohl unter dem Aspekt der Zuverlässigkeit eines Bewerbers als Eignungskriterium, aber auch als Zuschlagskriterium und schließlich als Bedingung der Auftragsvergabe angesprochen. Nach zutreffender Beurteilung kommen soziale Kriterien als Eignungs- oder als Zuschlagskriterien in Betracht. Dass sie Eignungskriterium sein können, er-

---

<sup>142</sup> Bechtholsheim/Betz, Berücksichtigung von Entlohnungskriterien bei Vergabeentscheidungen, Stellungnahme im Auftrag der Gewerkschaft ver.di, Berlin, November 2006, S. 25ff. m. Nachw.; a. A. Dreher, in: Dreher/Stockmann, Kartellvergaberecht, Auszug aus: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. München 2008, § 97 GWB Rn.198 unter Bezug auf die nationale Umsetzungsregelung in § 97 Abs.4, 2. Hlfs.

schließt sich bereits aus dem Wortlaut von § 97 Abs. 4 S. 1 GWB.<sup>143</sup> Als Zuschlagskriterien können sie die in § 53 Abs. 1 a) VKR genannten Elemente, die bei der Prüfung der Wirtschaftlichkeit eines Angebots von Bedeutung sein können, ergänzen. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass sie mit dem Gegenstand des Auftrags verbunden sind, dem Auftraggeber keine willkürliche Entscheidung über die Zuschlagserteilung ermöglichen, ausdrücklich bei der Bekanntmachung des Auftrags genannt sind und im übrigen im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht stehen.<sup>144</sup> Vergütungsfragen wie etwa die Zahlung von Tariflöhnen sind bei dieser Bewertung als Zuschlagskriterium daher nur in einem strikt auftragsbezogenen Sinne zu verstehen: Es geht nur um die Entgeltregelung für diejenigen Arbeitnehmer, die mit der konkreten Auftragsdurchführung betraut sind.

Heftig umstritten blieb darüber hinaus die Zulässigkeit von Tariftreueerklärungen, die ein erheblicher Teil der Bundesländer in ihren Vergabegesetzen zur Voraussetzung der Erteilung öffentlicher Aufträge zumeist im Bausektor gemacht haben. Da die in den Vergabegesetzen enthaltenen Auftragswerte zumeist deutlich geringer sind als die EU-Schwellenwerte, beurteilt sich ihre Zulässigkeit nach den rechtlichen Gesichtspunkten, die im überschwelligen wie im unterschwelligen Bereich maßgeblich sind. Angesichts der unterschiedlichen Rechtsnormen, die im Bereich der EU-Schwellenwerte sowie unterhalb derselben zur Anwendung kommen, ist es angezeigt, für jeden Bereich gesondert die Zulässigkeit entsprechender Vergabekriterien zu prüfen.

#### 5.3.4 Modifizierung durch die neuere Rechtsprechung des EuGH

##### (Laval, Rüffert, Luxemburg)?

Aktuell hat die Kontroverse um die Berücksichtigungsfähigkeit sozialer Kriterien bei öffentlicher Auftragsvergabe durch die Entscheidung des EuGH insbesondere im Fall Rüffert<sup>145</sup> eine besondere politische Brisanz erhalten.<sup>146</sup>

<sup>143</sup> Löwenich, Überlegungen zur Vereinbarkeit der Landesvergabegesetze von Niedersachsen und Bremen mit dem Grundgesetz, ZfBR 2004, 23ff., 26ff.

<sup>144</sup> Bechtholsheim/Betz, Berücksichtigung von Entlohnungskriterien bei Vergabeentscheidungen, Stellungnahme im Auftrag der Gewerkschaft ver.di, Berlin, November 2006, S. 28; diese Möglichkeit zur Berücksichtigung sozialer Aspekte ist inzwischen Gesetz geworden, vgl. § 97 Abs.4 S.2 GWB i.d.F. des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes v. 20.4.2009, BGBl. I S.790.

<sup>145</sup> Urt. v. 3.4.08, Rs. C-346/06.

<sup>146</sup> Die Entscheidung hat zu erheblicher politischer Verunsicherung geführt. So ist die Tariftreuregelung des Berliner Vergabegesetzes, dessen Neufassung erst am 30.3.2008 in Kraft getreten war, für sämtliche öffentliche Aufträge durch Rundschreiben der Senatsverwaltung vom 24.4.2008 unter Verweis auf das Rüffert-Urteil für unanwendbar erklärt worden, vgl. Denzin/Siederer/Bechtholsheim. Vorgabe von Sozialstandards in Ausschrei-

Mit dieser Entscheidung vom 3.4.2008 hat der EuGH die Tariftreueerklärung des Niedersächsischen Vergabegesetzes für europarechtswidrig erklärt. In der Präambel des Niedersächsischen Vergabegesetzes ist bestimmt:

*„Das Gesetz wirkt Wettbewerbsverzerrungen entgegen, die auf dem Gebiet des Bauwesens und des öffentlichen Personennahverkehrs durch den Einsatz von Niedriglohnkräften entstehen, und mindert Belastungen für die sozialen Sicherungssysteme. Es bestimmt zu diesem Zweck, dass öffentliche Auftraggeber Aufträge über Baumaßnahmen und im öffentlichen Personennahverkehr nur an Unternehmen vergeben dürfen, die das in Tarifverträgen vereinbarte Entgelt am Ort der Leistungserbringung zahlen“.*

Gemäß § 3 Abs. 1 Niedersächsisches Vergabegesetz dürfen *„Aufträge für Bauleistungen nur an solche Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zum tarifvertraglich vorgesehenen Zeitpunkt zu bezahlen.“* § 4 des Gesetzes erstreckt dieses Gebot der Tariftreue auf Nachunternehmer.

Nach Auffassung des EuGH verstößt diese Tariftreuregelung gegen die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EGV und die Bestimmung in Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie 96/71/EG<sup>147</sup>, wonach die Mitgliedstaaten für Arbeitnehmer, die aus einem anderen Mitgliedstaat ins Inland entsandt werden, *„durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge ... Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze“* festlegen. Das mit der Bauausführung beauftragte Bauunternehmen hatte zwar eine Tariftreueerklärung und eine entsprechende Erklärung zum Nachunternehmereinsatz unterzeichnet. Jedoch zahlte der beauftragte Subunternehmer mit Sitz in Polen seinen Arbeitnehmern während der Auftragsausführung lediglich 46,57% des vorgesehenen Tariflohnes. Das Land Niedersachsen kündigte daraufhin unter Berufung auf die Tariftreueerklärung den Werkvertrag und behielt von der Auftragssumme eine Vertragsstrafe ein. Das Landgericht Hannover sah in Höhe von 1% der Auftragssumme die Vertragsstrafe als gerechtfertigt an. In der Berufungsinstanz legte das OLG Celle<sup>148</sup> dem EuGH die Frage vor, ob die zugrunde liegende Gesetzesbestimmung europarechtskonform sei. Dies sei deswegen fraglich,

---

bungen von ÖPNV-Leistungen, Gutachten im Auftrag der Gewerkschaften ver.di und TRANSNET, August 2008, S. 6f.

<sup>147</sup> ABl. L 18 v. 21.1.1997, S.1ff.

<sup>148</sup> Beschluss v. 3.8.2006, - 13 U 72/06 – in: VergR 2006, 756 = NZBau 2006, 660.

weil ausländische Unternehmen mit geringeren Lohnkosten den daraus sich ergebenden Wettbewerbsvorteil verlieren würden.

Auch wenn sich die Entscheidung des EuGH nur auf den konkret entschiedenen Fall bezieht und keine darüber hinausgehende Rechtskraftwirkung besitzt, so ist ihr doch die Feststellung des Gerichts zu entnehmen, dass die Tariftreuregelung des Niedersächsischen Vergabegesetzes europarechtswidrig sei. Denn die Regelung in Art. 3 Abs. 1 Entsende-RL sei dahingehend zu verstehen, dass ein - im Bausektor zwingend festzusetzender - Mindestlohn nur entweder gesetzlich oder im Wege einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines TV bestimmt werden könne. Insbesondere aber ermächtige Art. 3 Abs. 7 der Entsende-RL, wonach „die Absätze 1 bis 6 der Anwendung von für die Arbeitnehmer günstigeren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht entgegen (stehen)“ die Mitgliedstaaten nicht, Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen durchzusetzen, die nicht in Abs. 1 aufgelistet sind. Nur dieses Verständnis der RL verhindere, dass sie nicht leer laufe.<sup>149</sup> Nach Auffassung des EuGH ist demnach ein über Art. 3 Abs. 1 der Entsende-RL hinausgehender Schutz nur ausnahmsweise nach Art. 3 Abs. 10 Entsende-RL zulässig, wenn es sich dabei um Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung handelt.<sup>150</sup> Im Ergebnis bedeutet dies, dass das Gericht die in der Entsende-RL enthaltenen Regelungsmöglichkeiten als abschließend ansieht und darüber hinausgehende Maßnahmen immer dann als unzulässig erachtet, wenn sie „über die zwingenden Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz hinausgehen“<sup>151</sup>. Dies wird in der Entscheidung Kommission./Luxemburg vom 19.6.2008 bestätigt.<sup>152</sup>

Zudem verstößt nach Ansicht des EuGH die niedersächsische Tariftreueklausel gegen die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EGV. Eine Rechtfertigung der Beschränkung durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls scheitert daran, dass die Tariftreueklausel nur für öffentliche Auftraggeber, nicht aber für private Auftraggeber gelte.

Die Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen Laval, Ruffert und Luxemburg sind weithin auf Kritik gestoßen.<sup>153</sup> Wesentliche Kritikpunkte sind neben der unterbliebenen

<sup>149</sup> Vgl. EuGH v. 18.12.2007 – C-341/05 („Laval“), Rn. 80; vgl. dazu Kokott, Die Auslegung der Entsende-Richtlinie durch den EuGH in den Entscheidungen Laval und Ruffert, Vortrag im Rahmen des vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales organisierten Symposiums „Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes auf das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten“, Berlin, 26.6.2008, S.7.

<sup>150</sup> EuGH, Urt. Laval, Rs. C-341/05 Rn. 82, Urt. Ruffert, Rs. C-346/06 Rn.33.

<sup>151</sup> Ebd. Rn.33.

<sup>152</sup> Urt. Komm./Luxemburg, Rs. C 319/06 Rn.27, 47.

<sup>153</sup> vgl. Ahlberg/Bruun/Malmberg, The Vaxholm case from a Swedish and European perspective, in: TRANSFER, European Review of Labour and Research 2/06, S.155ff.; Blanke, Viking und Laval vor dem Europäischen Gerichtshof, AuR 2007, 249ff.; engl. Fassung: Observations on the Opinions of Advocates

Auseinandersetzung mit der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), wonach die im Landesvergabegesetz Berlin vorgesehene Verpflichtung des Auftragnehmers zur Abgabe einer Tariftreueerklärung mit dem Grundgesetz vereinbar ist,<sup>154</sup> insbesondere: Die Vorordnung der Marktfreiheiten vor der Einschränkung des Sozialkostenwettbewerbs durch tarifautonome Sozialgestaltung. Dadurch werde gegen das Verbot der Inländerdiskriminierung verstoßen. Während nämlich inländische Unternehmen ggf. an die einschlägigen Tarifverträge gebundenen seien, werde ausländischen Unternehmen, die ihre Arbeitnehmer ins Inland entsenden, ohne eine Tariferstreckung nach der Entsende-RL der Kostenvorteil der für sie geltenden „Billiglöhne“ gesichert. Ferner die Interpretation der Mindestlöhne, die gemäß Art. 3 Abs. 1 der Entsende-RL 96/71 zwingend vorzusehen sind, nicht nur als Minimal-, sondern gleichzeitig als Maximalregelung.<sup>155</sup> Weiterhin das Erfordernis, im Interesse des Arbeitnehmerschutzes die Allgemeinverbindlichkeit tariflicher Mindestlohnregelungen gleichermaßen auf Vergabeentscheidungen im Rahmen öffentlicher wie privater Bauaufträge zu erstrecken.<sup>156</sup> Und schließlich die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Tariftreueerklärungen im

---

General Maduro and Mengozzi delivered on 23. May 2007 in the Viking and Laval cases, in: TRANSFER 3/07 S. 497ff.; Bercusson, The Trade Union Movement and the European Union: Judgement Day, European Law Journal, 2007, S.279ff.; Bruun/Jacobs, ILO Convention 94 in the Aftermath of the Rüffert case, im Erscheinen; Däubler, Tariftreueklausel nach der Rüffert-Entscheidung des EuGH, Gutachterliche Stellungnahme, 2008; Dorsemont, The right to take collective action versus fundamental economic freedoms in the aftermath of Laval and Viking, (unveröff.); Höpner, Das soziale Europa findet nicht statt, Mitbestimmung 2008, 46ff.; T. Jaspers, The Right to Collective Action in European Law, in: Dorsemont/Jaspers/v.Hoeck (Hrsg.), Cross-Border Collective Actions in Europa: A Legal Challenge, Antwerpen- Oxford, 2007, 23ff., 65; Joerges/Rödl, Über das soziale Defizit des Europäischen Integrationsprojekts und seine Verstetigung durch eine entformalisierte Politik und eine formalistische Rechtsprechung, KJ 2008, 133ff.; Kocher, Kollektivverhandlungen und Tarifautonomie – welche Rolle spielt das europäische Recht?, AuR 2008, 13ff.; dgl., Die Tariftreueerklärung vor dem EuGH, DB 2008, 1042ff.; Kokott, Die Auslegung der Entsende-Richtlinie durch den EuGH in den Entscheidungen Laval und Rüffert, Vortrag im Rahmen des vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales organisierten Symposiums „Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes auf das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten, Berlin, 26.6.2008; Reich, Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union – the *Laval* and *Viking* Cases before the ECJ, German Law Journal, Nr.2/2008, S. 125ff.; dgl., Gemeinschaftliche Verkehrsfreiheiten versus Nationales Arbeitskämpfrecht, EuZW 2007, 391ff.; Sunnus, Arbeitskämpfrecht in Bewegung? Alte Begriffe und neue Rechtsprechung, AuR 2008, 1ff., 11.

<sup>154</sup> BVerfG v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 -, NJW 2007, 51ff.

<sup>155</sup> Die Entsende-RL sieht die Möglichkeit zur Verbesserung des zwingenden Arbeitnehmerschutzes nach Art. 3 Abs.1 in Art. 3 Abs.7 ausdrücklich vor; dies betont auch Erwägungsgrund Nr. 12; vgl. dazu insbesondere Däubler, Tariftreueklausel nach der Rüffert-Entscheidung des EuGH, Gutachterliche Stellungnahme, 2008.

<sup>156</sup> Dadurch wird der ILO-Konvention Nr. 94, die ein tradiertes und bewährtes Instrument des Arbeitnehmerschutzes bei öffentlicher Auftragsvergabe darstellt, kurzerhand jegliche Legitimität abgesprochen vgl. näher Bruun/Jacobs, Das ILO-Übereinkommen 94 am Morgen nach Rüffert, AuR 2008, S.417ff.; die ILO hat soeben im Jahr 2008 die Konvention Nr.94 einer grundlegenden Analyse und Bewertung unterzogen und ist dabei zum Ergebnis gekommen, dass diese Konvention nach wie vor große Bedeutung besitze und aufrecht zu erhalten sei. Deshalb werde sie weiterhin dafür eintreten, dass sie von zusätzlichen Staaten (darunter aktuell 10 Mitgliedstaaten der EU, aber ohne Deutschland) ratifiziert werde, vgl. den Bericht: ILO Labour clauses in public contracts. Integrating the social dimension into procurement policies and practices, Genf 2008, S. 110.

---



Rahmen von Vergabegesetzen an Hand von Bestimmungen der Entsende-RL.<sup>157</sup> Eine nähere Auseinandersetzung mit diesen Einwänden kann hier jedoch unterbleiben.

Denn auch unter Zugrundelegung der Auffassung des EuGH ergibt sich, dass eine Bindung an für allgemein verbindlich erklärte Mindestlöhne, wie sie das AEntG gemäß § 4 Nr. 3 für den Bereich der Briefdienstleistungen vorsieht und in Nr. 34 der Erwägungsgründe der RL 2004/18/EG ausdrücklich angesprochen wird, sowohl mit den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 der Entsende-RL als auch mit der Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EGV übereinstimmt. Damit bedarf die Frage nach der Zulässigkeit von Tariftreueerklärungen, die zu Recht als „eine der umstrittensten Fragestellungen des deutschen Vergaberechts“<sup>158</sup> bezeichnet wird, hier jedenfalls insoweit keiner abschließenden Erörterung, als sie sich nicht auf für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge beziehen, die einen Mindestlohn vorschreiben,<sup>159</sup> sondern - wie in den Landesvergabegesetzen vorgesehen - auf regional geltende, nicht für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge. Die Kontroverse um die Tariftreueeregungen in den Landesvergabegesetzen bedarf hier demnach keiner weiteren Vertiefung.

#### **5.4 Die Berücksichtigung sozialer Aspekte nach nationalem Vergaberecht - oberhalb der EU-Schwellenwerte**

Maßgebend für das nationale Vergaberecht - oberhalb der EU-Schwellenwerte - ist das Kartellvergaberecht der §§ 97ff. GWB. Durch das am 23.4.2009 verkündete Vergaberechtsmodernisierungsgesetz<sup>160</sup> ist in Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben die Berücksichtigungsfähigkeit sozialer Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe erheblich erweitert worden. Nach § 97 Abs. 4 S. 1 - 3 GWB werden Aufträge „an fachkundige, leis-

<sup>157</sup> Dies sei angesichts der ganz unterschiedlichen Zwecke, die mit den jeweiligen Regelungen verfolgt würden, unangebracht, dazu Kocher, Die Tariftreueerklärung vor dem EuGH, DB 2008, 1042ff.

<sup>158</sup> Hausmann in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß (Hrsg.), Kommentar zur VOL/A, Köln 2007, § 7 Rn.43.

<sup>159</sup> In diesem Sinne ist die Entscheidung des EuGH v. 8.3.2008 in Deutschland allgemein interpretiert worden, vgl. den Antrag der Abgeordneten Kerstin Andreae, Dr. Thea Dückert, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn u.a. und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN v. 10.4.2008 („Vergaberecht reformieren – Rechtssicherheit schaffen – Eckpunkte für die Reform des Vergaberechts“), BR-Drs. 16/8810 S.8: „Tariftreueeregungen in Vergaberecht mit Bezugnahme auf allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge und Mindestlöhne sind nach dem Urteil des EuGH dagegen nicht zu beanstanden“; vgl. ferner EU-Info. Deutschland, „Tariftreue im Vergabegesetz verstößt gegen Recht in der EU. Tariftreue kann nur bei allgemeinverbindlichen Tarifverträgen eingefordert werden“. Presseinformation Nr. 20/08 v. April 2008, im Internet unter [www.eu-info.de/eugh/mindestlohn-tariftreue/](http://www.eu-info.de/eugh/mindestlohn-tariftreue/); vgl. ferner die Stellungnahmen von Summa und Schulten zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Modernisierung des Vergaberechts v. 13.8.08 (BT-Drs. 16/10117) laut hib – heute im Bundestag Nr. 278 v. 13.10.2008 unter Ziff.1 sowie den Bericht in: DER TAGESSPIEGEL v. 16.4.2008 – „Berlin braucht ein neues Vergabegesetz“.

<sup>160</sup> BGBl I S. 790.

tungsfähige sowie **gesetzestreue und zuverlässige** Unternehmen vergeben. Für die Auftragsausführung können **zusätzliche** Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie in sachlichem Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. **Andere oder weitergehende** Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.“ Die Einfügung von S. 2 in § 97 Abs. 4 GWB sowie der Worte „gesetzestreue und“ in S. 1 erfolgte durch Beschluss des Bundesrates am 23.1.2009.<sup>161</sup>

Zu unterscheiden sind danach **drei Kategorien** von Kriterien, die für die Berücksichtigung sozialer Aspekte in Vergabeverfahren von Beachtung sein können: Das Kriterium der Zuverlässigkeit (dazu 5.4.1.), welches um konkret auftragsbezogene „zusätzliche Anforderungen“ ergänzt werden kann (dazu 5.4.2.) und drittens das Kriterium „anderer oder weitergehender Anforderungen“ (dazu 5.4.3.).

#### 5.4.1 Einhaltung der Rechtsnormen des für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrages für Briefdienstleistungen nach § 1 AEntG: Frage der Zuverlässigkeit nach § 97 IV 1. Hlbs. GWB

Die ganz überwiegende Ansicht ging bereits nach der früheren Rechtslage davon aus, dass die Befolgung von Anforderungen, die allgemein verbindlich sind und für alle potentiellen Marktteilnehmer gelten, als *Element der Zuverlässigkeit* eines Auftragnehmers anzusehen ist. Dem auf Anregung des BT-Ausschusses für Wirtschaft und Technologie<sup>162</sup> in der im Bundesrat verabschiedeten Fassung von § 97 Abs. 4 S. 1 GWB neu aufgenommenen Formulierung „**gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen**“ kommt deshalb nur deklaratorische Bedeutung zu.<sup>163</sup> In diesem Sinne heißt es in der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Modernisierung des Vergaberechts:

<sup>161</sup> BR-Drs. 35/09 (Hervorhebung von mir, T.B.).

<sup>162</sup> BT-Drs. 16/11428 S. 7 sowie die Begründung hierfür, S.50.

<sup>163</sup> So heißt es in der Begründung des BT-Ausschusses für Wirtschaft und Technologie: „Die Aufnahme des Begriffs „gesetzestreu“ macht klarer, was im Gesetz gemeint ist. Nur das Unternehmen, das die deutschen Gesetze einhält, wird zum Wettbewerb um öffentliche Aufträge zugelassen...Zu den von allen Unternehmen einzuhaltenden Regeln gehören auch für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge...“, BT-Drs.16/11428, S.50; ebenso OsborneClarke, Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, im Netz unter: <http://www.osborneclarke.de/publikationen/newsletter%20vergaberecht%201-2009.pdf>

*„Bereits nach der seit 1998 geltenden Rechtslage konnten öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht nur die Wirtschaftlichkeit eines Angebots im engeren Sinne, sondern auch im weiteren Sinne soziale, umweltbezogene innovative oder sonstige politische Aspekte berücksichtigen.*

*Gemäß § 97 Abs. 4 GWB sind zum Wettbewerb um öffentliche Aufträge alle Unternehmen zugelassen, welche das nötige Fachwissen sowie die erforderliche wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit mitbringen, um den vorgesehenen Auftrag zu erfüllen, und insofern „geeignet“ sind. Hierzu zählt insbesondere die Zuverlässigkeit, die davon ausgeht, dass alle Unternehmen die deutschen Gesetze einhalten. Dazu zählen auch die für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträge wie auch die Entgeltgleichheit von Männern und Frauen. ....In Deutschland agierende Unternehmen, die diese ... Rechte nicht beachten, müssen prinzipiell aufgrund fehlender Zuverlässigkeit vom Wettbewerb um öffentliche Aufträge ausgeschlossen werden... Mit der Neufassung des § 97 Abs. 4 GWB wird an dieser Rechtslage festgehalten, aber zusätzlich eine weitere Kategorie von Anforderungen aufgenommen, die an die Ausführung des Auftrages geknüpft sind und zugleich konkrete Verhaltensweisen an das ausführende Unternehmen darstellen. ... Diese zusätzlichen Anforderungen an Auftragnehmer für die Ausführung des Auftrags stellen somit Leistungsanforderungen dar und sind daher Gegenstand der Leistungsbeschreibung.“<sup>164</sup>*

Bei der - Gesetzestreue verlangenden - Zuverlässigkeit handelt es sich um ein Kriterium, welches auf die *Eigenschaft eines Auftragnehmers* bezogen ist.<sup>165</sup> Erfüllt er diese Anforderung nicht, so ist er *mangels Zuverlässigkeit* aus dem Kreis der Bieter auszunehmen. Ein für allgemein verbindlich erklärter Mindestlohn ist von jedem Bieter schon unter dem Gesichtspunkt

<sup>164</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 13.8.2008 zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drs. 16/10117, unter B. Begründung im Einzelnen, zu Nr.2 (§ 97) Buchstabe b), S.8f. (wortidentisch in: BR-Drs.349/08 v.23.5.08, S.25f.); dies entspricht der ganz herrschenden Ansicht in Literatur und Rechtsprechung sowohl nationaler Gerichte als auch des EuGH, vgl. Frenz in: Willenbruch/Bischoff, Vergaberecht, Kompaktkommentar, Köln 2009, § 97 GWB Rn.58; Müller-Wrede (Hrsg.), Verdingungsordnung für Leistungen. Kommentar zur VOL/A, 2. Aufl., Köln 2007, § 25 Rn.417; Hailbronner, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl., Ffm 2005 § 97 Rn. 259: „Die Einhaltung allgemeiner, für alle geltender Vorschriften im Vergaberecht ...bedarf keiner besonderen gesetzlichen Bestimmung. Das Merkmal der Zuverlässigkeit reicht in diesem Zusammenhang als Anknüpfungspunkt aus“; OLG Hbg, Urt. v. 22.5.03, BauRB 2004, 143; VK Sachsen, Beschluss V. 16.7.02 – 1 VK 61/02 – VergabeE-13-61/02; a.A. OLG Düsseldorf v. 29.4.2009, VII-Verg 76/08. Danach müssen die Bieter z.B. im Baugewerbe Erklärungen über die Zahlung von Mindesttariflöhnen abgeben, sonst erfolgt kein Zuschlag. Ferner ist der öffentliche Auftraggeber zur Prüfung verpflichtet, ob der Bieter in seiner Kalkulation die gesetzlichen Mindestlöhne zugrunde gelegt hat; EuHG, Rs.C-113/83, Slg. 1990, I-1417, Rn.18, - Rush Portuguesa; Rs C-369 und 376/96, Slg. 1999 I-8453 Rn.41ff. – Arblade; ferner EuGH, - Portugaia Construcões.

<sup>165</sup> Pape, Vergaberechtliche Anforderungen an Privatisierungen und praktische Verfahrensgestaltung, in: Blanke/Vedder (Hrsg.), Handbuch Privatisierung, 2. Aufl., Teil III, S. 26 (im Erscheinen).

seiner „Zuverlässigkeit“ einzuhalten. Die Erfüllung dieser Erwartung stellt folglich keine „zusätzliche“ oder „andere“ Anforderung i.S. von § 97 Abs. 4 S.2 und 3 GWB dar.

Im **Bereich der Briefdienstleistungen** besteht ein für allgemein verbindlich erklärter Tarifvertrag. Durch Gesetz vom 21.12.2007<sup>166</sup> war § 1 Abs. 1 S. 3 AEntG dahingehend ergänzt worden, dass die in S. 1 normierte Erstreckung der Rechtsnormen eines gemäß § 1 Abs. 3a AEntG für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrages auch für „*Tarifverträge für Briefdienstleistungen*“ gilt, „*wenn der Betrieb oder die selbständige Betriebsabteilung überwiegend gewerbs- oder geschäftsmäßig Briefsendungen für Dritte befördert.*“

Durch diese nach Art. 3 Abs. 10 Entsende-RL zulässige<sup>167</sup> Ergänzung des AEntG wurde die Grundlage für die **Allgemeinverbindlicherklärung** des zwischen dem Arbeitgeberverband Postdienste und der Gewerkschaft ver.di abgeschlossenen Tarifvertrages vom 29.11.2007 über **Mindestlöhne für die Branche Briefdienst** durch Verordnung des Bundesarbeitsministers vom 28.12.2007. Nach § 3 dieses Tarifvertrages beträgt der Brutto-Mindestlohn mit Wirkung vom 1.12.2007 je nach Bundesland 8,00 Euro bzw. 8,40 Euro und für Briefzusteller unabhängig vom zeitlichen und/oder mengenmäßigen Anteil an der Gesamttätigkeit je nach Bundesland zwischen 9,00 und 9,80 Euro.

Die Rechtmäßigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung dieses Tarifvertrages ist allerdings durch zwei Gerichtsurteile in Zweifel gezogen worden. Auf die Klage von Unternehmen der PIN Group bzw. TNT sowie des Bundesverbandes der Kurier-Express-Post-Dienste (BdKEP) hatte zunächst das **Verwaltungsgericht (VG) Berlin** mit Urteil vom 7.3.2008<sup>168</sup> entschieden, dass die Erstreckung des Mindestlohnes nach dem Posttarifvertrag vom 29.11.2007 durch Rechtsverordnung nach dem AEntG auf die gesamte Branche Briefdienstleistungen rechtswidrig und die Verordnung insgesamt nichtig - wengleich nach wie vor geltend<sup>169</sup> - sei.

<sup>166</sup> BGBl.I S.3140 ; seit der Novelle des AEntG v. 20.4.2009 (BGBl I S. 799) findet sich diese Regelung in § 4 Nr.3.

<sup>167</sup> Vgl. Maier, Unterbietung des Mindestlohns durch Tarifverträge, NZA 2009, 351ff, 352f.; Schlachter, in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie. Handkommentar, Baden-Baden 2008, S. 318; Sittard, Neue Mindestlohngesetze in Deutschland, NZA 2009, 346ff, 349.

<sup>168</sup> Az: VG 4 A 439.07 = NZA 2008,482ff.; kritisch hierzu Bieback, Die Wirkung von Mindestentgelttarifverträgen gegenüber konkurrierenden Tarifverträgen, AuR 2008, 234ff.; Greiner, Das VG Berlin und der Post-Mindestlohn, BB 2008, 846; Schröder, Zur Post-Mindestlohnverordnung, EWiR 2008, 289; Maier, Postmindestlohn: Wer verdrängt hier wen?, AuR 2008, 387ff. dgl., Unterbietung des Mindestlohns durch Tarifverträge, NZA 2009, 351ff.; Sittard, Neue Mindestlohngesetze in Deutschland, NZA 2009, 346ff; ferner: Hohenstatt/Schramm, Tarifliche Mindestlöhne: Ihre Wirkungsweise und ihr Vermeidung am Beispiel des Tarifvertrages zum Post-Mindestlohn, NZA 2008, 433ff.; Klebeck, Grenzen staatlicher Mindestlohntariferstreckung, NZA 2008, 446ff.

<sup>169</sup> Rechtlich folgt dies aus der mangelnden Aufhebungsbefugnis einer Verordnung im verwaltungsgerichtlichen Feststellungsverfahren, vgl. Klebeck, Grenzen staatlicher Mindestlohntariferstreckung, NZA 2008, 446,447; VG Berlin v. 7.3.2008 – VG 4 A 439.07 -, Umdruck S. 26; deshalb hat das ArbG Bremen v. 28.8.2008 – 9 Ca

Kernargument der Entscheidung ist, dass die Verordnung die gesetzliche Ermächtigung inso- weit überschritten habe, als sie auch für tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer Gel- tung beanspruche. Dadurch würden der tarifgebundene Arbeitgeberverband, der BdKEP- Bundesverband der Kurier-Express-Post-Dienste e.V. in seinem Recht aus Art. 9 Abs. 3 GG und die tarifgebundenen Konkurrenzunternehmen der Deutschen Post AG in ihren Grund- rechten aus Art. 9 Abs. 3, 12 Abs. 1 GG verletzt, Dabei ließ das Gericht allerdings ungeprüft, ob die auf Arbeitnehmerseite tarifschließende Koalition (die „Gewerkschaft“ Neue Brief- und Zustelldienste“, GNBZ) überhaupt tariffähig war - eine Frage, die inzwischen durch die **Ur- teile des Arbeitsgerichts und Landesarbeitsgerichts Köln**<sup>170</sup> verneint worden ist. Nach Auffassung des **VG Berlin** ist gemäß dem Wortlaut des § 1 Abs. 3a S. 1 AEntG in der zum Zeitpunkt des Urteils geltenden Fassung eine Erstreckung der Rechtsnormen eines Tarifver- trages nur für nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer zulässig. Diese Entschei- dung ist durch Urteil des **Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg** vom 18.12.2008<sup>171</sup> insoweit bestätigt worden, als das VG Berlin eine Verletzung der Rechte des tarifgebundenen Arbeitgeberverbandes (BdKEP) bejaht hatte. Danach verstößt die Postmindestlohnverordnung des Bundesministers für Arbeit und Soziales vom 28.12.2007 gegen den Gesetzesvorbehalt aus Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG, weil die gesetzliche Ermächtigung in § 1 Abs. 3a AEntG die Erstreckung eines Mindestlohtarifvertrages nur auf sog. „echte Außenseiter“<sup>172</sup> zulasse. Zu- dem enthalte die Verordnung eine Regelung für die Konkurrenz mehrerer (Mindestlohn-)Ta- rifverträge, die im Gesetz bislang nicht enthalten sei und für die es deshalb ebenfalls an einer gesetzlichen Ermächtigung fehle. Einer solchen Regelung bedürfe es jedoch, falls mehrere, im konkreten Fall miteinander konkurrierende Mindestlohnvereinbarungen bestünden und ge- klärt werden müsse, ob die Bindung an eine von ihnen vorrangig sei.

Dieser von Oberverwaltungsgericht (OVG) Berlin-Brandenburg vertretenen Rechtsauffassung trägt die zwischenzeitlich erfolgte Änderung des AEntG vom 20.4.2009<sup>173</sup> Rechnung. Da- durch wurde in § 8 Abs. 2 die bisher in § 1 Abs. 3 a AEntG enthaltene Beschränkung auf ta- rifliche Außenseiter fallen gelassen und der Vorrang eines durch Rechtsverordnung nach § 7

---

9149/08 – einer Klage auf Zahlung des Mindestlohns gegen die Nordwest-Mail GmbH stattgegeben; die gleiche Auffassung vertritt auch das BMAS, vgl. die Pressemitteilung v. 7.3.2008, im Netz unter [http://www.bmas.de/coremedia/generator/24852/2008\\_03\\_07\\_mindestl...](http://www.bmas.de/coremedia/generator/24852/2008_03_07_mindestl...)

<sup>170</sup> ArbG Köln v. 30.10.08 – Az: 14 BV 324/98 = AuR 2009,100 = BeckRS 2009,50233 und Urteil des LAG Köln v. 20.5.1009 - Az: 9 TaBV 105/08. = AuR 2009, 269.

<sup>171</sup> Az: OVG 1 B 13/08 = AuR 2009,46.

<sup>172</sup> Die also keinerlei konkurrierenden Tarifbindung unterliegen, vgl. Urteil v. 18.12.08, OVG 1 B 13.08 = AuR 2009,46, Umdruck S. 36.

<sup>173</sup> BGBl. I S.799; vgl. Urteil des OVG Berlin-Brandenburg v.18.12.2008, Az.: OVG 1 B 13.08 = AuR 2009,46, Umdruck S. 38.

erstreckten Tarifvertrages vor anderweitigen tariflichen Bindungen geregelt sowie eine - ergänzend auf die Repräsentativität der jeweiligen Tarifverträge abstellende - Regelung für den Fall getroffen, dass in einer Branche mehrere Tarifverträge mit zumindest teilweise demselben fachlichen Geltungsbereich zur Anwendung kommen.<sup>174</sup> Das BMAS geht ungeachtet der in den Entscheidungen des VG Berlin und des OVG Berlin-Brandenburg erklärten Nichtigkeit der Verordnung davon aus, dass die Postmindestlohnverordnung auch weiterhin gültig sei.<sup>175</sup> Mit der Schaffung einer den gerichtlichen Bedenken Rechnung tragenden Rechtsgrundlage im AEntG sind die Aussichten der beklagten Bundesrepublik, in der Revisionsinstanz zu obsiegen, deutlich gestiegen. Denn im Rahmen einer verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage kommt es für die Entscheidung auf die zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung gegebenen Rechtslage an.

Bedenken verbleiben insoweit allerdings deshalb, weil nach Ansicht des OVG Berlin-Brandenburg beim Erlass der Mindestlohnverordnung vom 28.12.2007 das - nach der seinerzeitigen Rechtslage - in § 1 Abs. 3a S. 2 AEntG vorgeschriebene Verfahren (jetzt: § 7 Abs. 4 S. 1 AEntG vom 20.4.2009) dadurch verletzt worden ist, dass das BMAS den in den Geltungsbereich der Verordnung fallenden Arbeitgebern und Arbeitnehmern sowie den Parteien des Tarifvertrages nicht die gebotene Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gegeben hatte. Denn die zunächst erfolgte Aufforderung zur Stellungnahme habe sich auf den Tarifvertrag vom 11.9.2007 bezogen, der durch den Tarifvertrag vom 29.11.2007 ersetzt worden sei. Da es sich somit rechtlich um ein neues Verfahren gehandelt habe, habe es auch einer erneuten Anhörung bedurft. Deren Unterlassung begründe einen weiteren Eingriff der Verordnung vom 28.12.2007 in die verfassungsmäßigen Rechte des tarifgebundenen Arbeitgeberverbandes (BdKEP).

Unter Berufung auf die hier genannten Urteile des VG Berlin und des OVG Berlin-Brandenburg hat das **OLG Düsseldorf** (Vergabesenat) mit Beschluss vom 29.4.2009<sup>176</sup> entschieden, dass die Eignung eines Bieters nicht mit der Begründung verneint werden dürfe, er besitze die geforderte Zuverlässigkeit nicht, weil er die in der Ausschreibung (Vergabebekanntmachung und Leistungsbeschreibung) geforderte Erklärung zur Einhaltung der Bestimmungen der Postmindestlohnverordnung vom 28.12.2007 nicht abgegeben habe. Da der Bieter allein des-

---

<sup>174</sup> Vgl. hierzu Sittard, Neue Mindestlohngesetze in Deutschland, NZA 2009, 346ff.

<sup>175</sup> Vgl. die Pressemitteilung v. 7.3.2008, im Netz unter [http://www.bmas.de/coremedia/generator/24852/2008\\_03\\_07\\_mindestl...](http://www.bmas.de/coremedia/generator/24852/2008_03_07_mindestl...)

<sup>176</sup> VII-Verg 76/08.

wegen vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sei, müsse das Vergabeverfahren vom Stande der Angebotsbewertung wiederholt werden.

Diese Entscheidung bezieht sich auf die Rechtslage vor Erlass des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes und der Novellierung des AEntG, wie sie auch zum Zeitpunkt der angezogenen Urteile des VG Berlin und des OVG Berlin-Brandenburg bestand.<sup>177</sup> Sie bestätigt zwar im Ausgangspunkt, dass zur Eignungsprüfung auch die Prüfung auf Zuverlässigkeit gehört, verlangt jedoch für die zu treffende Prognoseentscheidung eine umfassende Eignungsprüfung. Die Nichtabgabe der verlangten Tariftreueerklärung allein hätte daher nicht zum Ausschluss des Bieters vom weiteren Verfahren führen dürfen.<sup>178</sup>

Durch die Änderung des § 97 Abs. 4 S. 1 GWB im Zuge des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes ist die Rechtsgrundlage für diese Auffassung des OLG Düsseldorf entfallen. Nunmehr ist eindeutig geklärt, dass sich das Eignungsmerkmal der Zuverlässigkeit auf die Gesetzestreue bezieht, welche die Einhaltung der für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträge, und damit auch die Tariftreue umfasst.<sup>179</sup> Ferner steht fest, dass die fehlende Eignung dazu führt, dass die entsprechenden Unternehmen vom Wettbewerb um öffentliche Aufträge auszuschließen sind.<sup>180</sup>

Soziale Aspekte, speziell ein für allgemeinverbindlich erklärter Mindestlohntarifvertrag, sind aber nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB **nicht allein berücksichtigungsfähig**, sondern unter dem Aspekt der Gesetzestreue verlangenden Zuverlässigkeit eines Bewerbers im öffentlichen Ausschreibungsverfahren **zwingend zu beachten**. Auch wenn die Erstreckung eines tariflichen Mindestlohns durch Rechtsverordnung nach § 7 AEntG **kein förmliches Gesetz** darstellt, so besitzt die Verordnung, die gemäß § 8 Abs. 2 AEntG auch konkurrierende Tarifbindungen von in- und ausländischen Wettbewerbern verdrängt, den Charakter einer **Eingriffsnorm i.S. von § 34 EGBGB**.<sup>181</sup> Denn die Regelungen in §§ 7 und 8 des AEntG dienen nicht nur dem Schutz von Individualinteressen, sondern mit ihnen werden auch Gemeinwohlinteressen verfolgt. Eingriffsnormen verlangen aber - nicht anders als förmliche Gesetze - zwingende Be-

<sup>177</sup> VII-Verg76/08, Rz.17.

<sup>178</sup> Ebd., Rz.18f.

<sup>179</sup> Dies geht eindeutig aus der Begründung zum Gesetzesentwurf zur Änderung des GWB hervor, vgl. BR-Drs. 349/08, S. 26. Vgl. ferner die Rede des BT-Abgeordneten Riester bei der zweiten und dritten Lesung des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Plenarprotokoll 16/197 v. 19.12.2008, S. 21391C.

<sup>180</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung v. 13.8.2008 zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drs. 16/10117, unter B. Begründung im Einzelnen, zu Nr.2 (§ 97) Buchstabe b), S.8f. (wortidentisch in: BR-Drs.349/08 v.23.5.08, S.25f.).

<sup>181</sup> Tillmanns, Art. 27, 30,34 EGBGB, Rz.33 und dgl., AEntG, Vorb. Rz.3, §§ 1, 7 II AEntG in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht. Kommentar, 3. Aufl. 2008.

achtung von allen, die auf dem Gebiet der Bundesrepublik im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses tätig sind und setzen sich damit über das an sich anwendbare Recht hinweg.<sup>182</sup>

#### 5.4.2 Zusätzliche auftragsbezogene Anforderungen gemäß § 97 Abs. 4 S. 2 GWB

Für die Auftragsausführung können nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB i.d.F.

des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes „**zusätzliche** Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale... Aspekte betreffen, wenn sie in sachlichem Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.“ Damit ist klargestellt, dass es sich bei diesen zusätzlichen Anforderungen um solche handeln muss, die aus dem Bezug zum Auftragsgegenstand begründet sind. Diese sozialen Anforderungen müssen sich zudem aus der Leistungsbeschreibung ergeben.

Um welche sozialen Anforderungen es sich handelt (bzw. handeln kann), ist dem Gesetzestext selbst nicht zu entnehmen. In der Begründung hierzu heißt es:

*„Damit wird an die Formulierung in Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG und Art. 38 der RL 2004/17/EG angeknüpft und klargestellt, dass die öffentlichen Auftraggeber vom Unternehmen ein bestimmtes Verhalten während der Ausführung des Auftrages verlangen können, auch wenn das Unternehmen sich ansonsten am Markt anders verhält. Diese zusätzlichen Anforderungen an Auftragnehmer für die Ausführung des Auftrags stellen somit Leistungsanforderungen dar und sind daher Gegenstand der Leistungsbeschreibung. Sie müssen allen Wettbewerbern zu Beginn des Vergabeverfahrens bekannt gemacht werden.... Die Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers können zum Beispiel die Beschäftigung von Auszubildenden oder Langzeitarbeitslosen bezogen auf den konkreten Auftrag betreffen. Sie können eine angemessene Bezahlung zur Sicherstellung der Qualifikation von Wachpersonal fordern. Ebenso steht es einem öffentlichen Auftraggeber frei, die Pflasterung öffentlicher Plätze aus Steinen zu verlangen, die im Ausland unter Einhaltung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation hergestellt wurden. Damit kann der öffentliche Auftraggeber die Vorgabe der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen bei Importen für die gesamte Lieferkette bis ins Ursprungsland erstrecken.*

---

<sup>182</sup> Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts – Drs. 16/10117 – BT Drs. 16/11428 v. 17.12.2008, S.50;.



*Zu den Anforderungen, die insbesondere soziale Aspekte betreffen können, sind auch Maßnahmen zur gleichberechtigten Teilhabe von Frauen und Männern im Erwerbsleben zu rechnen. Das betrifft insbesondere die Sicherstellung der Entgeltgleichheit von Frauen und Männern bei der konkreten Ausführung eines Auftrages. Entsprechende Anforderungen können in der Leistungsbeschreibung und bei der Auftragsvergabe gestellt werden. Im übrigen gehört die Entgeltgleichheit von Frauen und Männern zu den international über das EG-Recht vereinbarten Grundprinzipien, deren Beachtung zu der erforderlichen Zuverlässigkeit gehört.*

*Die neue Fassung des § 97 Abs. 4 Satz 1 Hs. 2 GWB<sup>183</sup> setzt wie die Regelungen der betreffenden EG-Richtlinien voraus, dass die zusätzlichen Anforderungen für die Auftragsausführung im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen. Mit diesem Erfordernis wird sichergestellt, dass allgemeine Anforderungen an die Unternehmens- oder Geschäftspolitik ohne konkreten Bezug zum Auftrag (z.B. allgemeine Ausbildungsquoten, Quotierungen von Führungspositionen zugunsten der Frauenförderung, generelle Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen) nach wie vor dem Landes- oder Bundesgesetzgeber vorbehalten bleiben.“*

Durch die Einfügung von S. 2 in § 97 Abs. 4 GWB eröffnet die Gesetzesnovelle ein breites Anwendungsfeld zur Berücksichtigung sozialer Anforderungen bei der öffentlichen Auftragsvergabe. Voraussetzung ist lediglich, dass diese in sachlichem Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen. Aus der Erläuterung wird zudem deutlich, dass der Gesetzesentwurf davon ausgeht, dass es sich bei diesen Leistungsanforderungen, die die Auftragsausführung betreffen, um *Zuschlagskriterien* handelt.

Für den hier interessierenden Zusammenhang von besonderer Bedeutung ist der Hinweis aus der Begründung, wonach im Kontext dieser Leistungsanforderungen auch „eine angemessene Bezahlung zur Sicherstellung der Qualifikation von Wachpersonal“ gefordert werden kann. Übertragen auf den Bereich von Briefdienstleistungen könnte dies bedeuten, dass der öffentliche Auftraggeber für deren Erledigung ebenfalls eine angemessene Bezahlung zur Bedingung der Auftragsvergabe machen könnte, wenn die *angemessene Bezahlung zur ordnungsgemäßen Erfüllung dieser Aufgabe und/oder zur Sicherstellung der Qualifikation des eingesetzten Personals sich als nützlich erweist*. Unter dieser Voraussetzung nämlich wird man davon ausgehen können, dass zwischen der Leistungsanforderung und dem betreffenden sozialen As-

---

<sup>183</sup> Inzwischen durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz v. 20.4.2009 (BGBl I. S.790) neu gefasst als § 97 Abs.4 S.2 GWB.

pekt der angemessenen Bezahlung der gesetzlich geforderte „sachliche Zusammenhang“ besteht. In diesem Sinne hat sich der Berichterstatter im Ausschuss für Wirtschaft und Technologie bei der Plenardebatte im Deutschen Bundestag anlässlich der zweiten und dritten Lesung des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes, der BT-Abgeordnete Schulz, geäußert:

*„Wir haben herausgefunden, dass eine Vergabestelle durchaus sachlich begründete Vorgaben machen kann, wie die Aufträge abzuwickeln sind. So kann geregelt werden, dass das eingesetzte Personal eine angemessene Bezahlung erhält. Es kann auch eine Summe, zum Beispiel eine Untergrenze, für diesen Auftrag festgelegt werden. Weiterhin kann eine Mindestqualifikation oder eine Mindeststammebelegschaft, mit der der Auftrag auszuführen ist, gefordert werden. Natürlich gelten diese Auflagen nur für den speziellen Auftrag...“<sup>184</sup>*

#### 5.4.3 „Andere oder weitergehende Anforderungen“ i.S. vom § 97 Abs. 4 S. 3 GWB

„Andere oder weitergehende Anforderungen“ i.S. vom § 97 Abs. 4 S. 3 GWB, die sich ebenfalls auf soziale Aspekte erstrecken können, dürfen, wie angesichts der bestehenden Hürden an den Nachweis der fehlenden Zuverlässigkeit später hilfsgutachtlich erörtert wird (vgl. Kap. 7), nur insoweit an Auftragnehmer gestellt werden, als eine **bundes- oder landesgesetzliche Regelung** hierzu vorliegt. Dementsprechend heißt es in der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Modernisierung des Vergaberechts vom 13.8.2008:

*„Über Fachkunde, Leistungsfähigkeit und generelle Zuverlässigkeit inhaltlich hinausgehende Anforderungen können nach geltendem § 97 Abs. 4 GWB an Unternehmen nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz ausdrücklich so geregelt ist...Ob Tarifbindung kraft Gesetzes im Bereich des öffentlichen Auftragswesens mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, hat der Europäische Gerichtshof für den Bereich der Bauwirtschaft in einer Entscheidung vom 3. April 2008 (Rs. C-346/06, Dirk Ruffert / Land Niedersachsen) davon abhängig gemacht, dass die Voraussetzungen der Gemeinschaftsrichtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern (96/71/EG) erfüllt sind.“<sup>185</sup>*

Wie eine über die Eignungskriterien nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit und über die Zuschlagskriterien nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB hinausgehende Verpflichtung der Bindung von Auftragnehmern an „andere oder weiterge-

<sup>184</sup> BT-Plenarprotokoll 16/197 v. 19.12.2008, S. 21387A.

<sup>185</sup> BT-Drs 16/10117, S.9.

hende“ Kriterien, insbesondere solche sozialer Art, zu qualifizieren ist, wird - wie bereits oben (Kap. 5.3) dargestellt - äußerst unterschiedlich interpretiert. Ist die Bindung eines Auftragnehmers an für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge über Mindestlohnsätze bereits als Element der Zuverlässigkeit - und damit als **Eignungskriterium** - anzusehen, dann kommt es auf das Vorliegen zusätzlicher, anderer oder weitergehender sozialer Kriterien im Bereich der Entgeltfestsetzung nach § 97 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB im Grundsatz nicht mehr an.

#### 5.4.4 Strenge Anforderungen an die Annahme der Unzuverlässigkeit eines Bieters:

##### Die Notwendigkeit einer hilfsgutachtlichen Prüfung

Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Ablehnung der Zuverlässigkeit eines Bieters mit der Folge, dass er mangels Eignung aus dem Kreis der Bewerber ausscheidet, im Hinblick auf den darin liegenden Grundrechtseingriff an strenge Voraussetzungen gebunden ist.<sup>186</sup> Regelmäßig wird verlangt, dass der Verstoß gegen allgemeine auftragsbezogene gesetzliche Verpflichtungen schwerwiegend und nachweislich erfolgt ist,<sup>187</sup> etwa in dem Sinne, dass der Betreffende bereits einschlägig gerichtlich verurteilt worden ist.<sup>188</sup> Dabei ist eine umfassende Abwägung aller in Betracht kommenden Gesichtspunkte unter angemessener Berücksichtigung des Umfangs, der Intensität, des Ausmaßes und des Grades der Vorwerfbarkeit einer Vertragsverletzung vorzunehmen.<sup>189</sup>

Eine zulässige spezialgesetzliche Regelung enthält § 21 AEntG.<sup>190</sup> Darin wird deutlich, dass der nachweisliche Verstoß eines in- oder ausländischen Arbeitgebers gegen die Verpflichtung

<sup>186</sup> Otting in: Bechthold, GWB Kommentar, 5. Aufl. 2008, § 97 Rn. 23; Bungenberg, in: Löwenheim/Meessen/Riesenkampf, Kartellrecht, Bd.2 GWB, München 2006, § 97 Rn. 45ff.

<sup>187</sup> Vgl. § 7 Abs.5 S.1 c) VOL/A: „Von der Teilnahme am Wettbewerb können Bewerber ausgeschlossen werden, die nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt“.

<sup>188</sup> Nach Bungenberg, in: Löwenheim/Meessen/Riesenkampf, Kartellrecht, Bd.2 GWB, München 2006, § 97 Rn. 46 sind unter Hinweis auf einschlägige Rechtsprechung als typische Fälle von Unzuverlässigkeit z.B. anzusehen: „mangelnde Sorgfalt bei der Ausführung früherer Arbeiten, die zu Nachforderungen des Auftraggebers oder zu Gewährleistungsansprüchen geführt haben, schwere Verfehlungen, wie Bestechungsversuche, Urkunden- oder Vermögensdelikte, Verstöße gegen Bestimmungen des GWB oder des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Nichtabführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen, Nichtbeachtung der Arbeitnehmerschutz oder Unfallverhütungsbestimmungen oder anerkannten Berufspflichten...“

<sup>189</sup> OLG Düsseldorf v. 29.4.2009, VII-Verg 76/08, Rz.18f.

<sup>190</sup> Zuvor – mit Ausnahme der weiblichen Sprachform – und der Verweise auf andere Vorschriften des Gesetzes – inhaltsgleich geregelt in § 6 AEntG.

zur Zahlung des Mindestlohns die Zuverlässigkeit eines Bewerbers ausschließt. Dort ist bestimmt:

*„Von der Teilnahme an einem Wettbewerb um einen Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsauftrag der in § 98 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen genannten Auftraggeber sollen Bewerber oder Bewerberinnen für eine angemessene Zeit bis zur nachgewiesenen Wiederherstellung ihrer Zuverlässigkeit ausgeschlossen werden, die wegen eines Verstoßes gegen § 23 mit einer Geldbuße von wenigstens zweitausendfünfhundert Euro belegt worden sind. Das gleiche gilt auch schon vor Durchführung eines Bußgeldverfahrens, wenn im Einzelfall angesichts der Beweislage kein vernünftiger Zweifel an einer schwerwiegenden Verfehlung nach Satz 1 besteht.“*

Angesichts dieser hohen Anforderungen ist - schon mangels einschlägiger flächendeckender Kontrollen<sup>191</sup> - nicht davon auszugehen, dass die bloße Tatsache der Zahlung von Löhnen in der Vergangenheit, die unterhalb der allgemeinverbindlich festgelegten tariflichen Mindestmarge liegen, bereits zur Verneinung der **Eigenschaft der Zuverlässigkeit** eines Bieters führen wird. Deshalb wird unten (in Kap. 7) - im Rahmen einer **hilfsgutachtlichen Prüfung** - der Frage nachgegangen, ob die Verpflichtung zur Zahlung von Mindestlöhnen, die auf einer Allgemeinverbindlicherklärung beruhen, auch auf § 97 Abs. 4 S. 3 GWB gestützt werden kann.

---

<sup>191</sup> Lakies, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, Anhang 2 zu § 5, § 1 AEntG Rn. 63; Details bei Bosch/Worthmann/Zühlke-Robinet, Die Entstehung von „Freihandelszonen“ im Arbeitsmarkt, WSI-Mitteilungen 2000, S.671ff., 674.

## **6. Berücksichtigungsfähigkeit sozialer Aspekte im Bereich unterhalb der Schwellenwerte?**

Die bereits angesprochene Zweiteilung des deutschen Vergaberechts ist Ergebnis der in den europäischen Richtlinien enthaltenen Auftragschwellenwerte, bei deren Erreichen eine europaweite Ausschreibung notwendig ist. Da bei Aufträgen geringeren Werts ein grenzüberschreitender Handel nicht erwartet wird, greifen die in den Vergaberichtlinien nieder gelegten europäischen Vorschriften - und die sie umsetzenden Bestimmungen der §§ 97ff. GWB, vgl. § 100 Abs. 1 GWB - erst ein, wenn die Schwellenwerte erreicht sind. Der unterschwellige Bereich öffentlicher Auftragsvergabe ist jedoch insgesamt von größerer wirtschaftlicher Bedeutung als der Bereich oberhalb der Schwellenwerte. Er macht nach Schätzungen zwischen 80% und 90% der wirtschaftlichen Werts aller Vergaberechtsfälle aus. Auch bei den Vergabeverfahren für Postdienstleistungen liegt der Großteil der Ausschreibungen unterhalb des EU-Schwellenwerts<sup>192</sup>

Für staatliche Auftraggeber gelten auch im sog. unterschweligen Vergaberecht die Normen des primären EG-Rechts unmittelbar.<sup>193</sup> So ist nach der Rechtsprechung des EuGH auch unterhalb der Schwellenwerte eine diskriminierungsfreie Auftragsvergabe zu gewährleisten.<sup>194</sup> Die Mitgliedstaaten müssen außerdem einen effektiven Rechtsschutz gegen potentielle Vergabeverstöße bereitstellen.<sup>195</sup> Der spezielle Rechtsschutz des GWB vor Vergabekammern und den Oberlandesgerichten sowie die Pflicht der Auftraggeber zur vorherigen Information der Bieter darüber, wer den Auftrag erhalten soll (§ 13 Vergabeverordnung), gilt jedoch im unterschweligen Bereich nicht. Diese Minderung des Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich ist nach Ansicht des BVerfG<sup>196</sup> verfassungskonform. Dem ist in einer neueren Entschei-

<sup>192</sup> Vgl. Wissenschaftlicher Beirat beim BMWT, Gutachten „Öffentliches Beschaffungswesen“, Mai 2007, S. 6., zu letzterem vgl. den Beitrag von Claus Zanker im Rahmen dieser Studie, Kap. 3.1

<sup>193</sup> Otting, in: Bechthold, GWB Kommentar, 5. Aufl. 2008, § 100 Rn. 5ff.; zum europäischen Primärrecht zählen vor allem die Bestimmungen der europäischen Verträge, des EU- und EG-Vertrages sowie der anderen Verträge über die Europäischen Gemeinschaften, vgl. Krimphove, Europäisches Arbeitsrecht, 1996 S.41.

<sup>194</sup> v. 20.10.2005, Rs. C-264/03; zuletzt EuGH v. 13.11.2007 – Rs. C-507/03 (Irische Post); danach sind an die Transparenz der öffentlichen Auftragsvergabe umso höhere Anforderungen zu stellen, wie an der Auftragsvergabe ein – von der EU-Kommission nachzuweisendes – „eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse“ besteht; werden diese Anforderungen nicht eingehalten, liegt in dieser Ungleichbehandlung, „sofern sie nicht durch objektive Umstände gerechtfertigt ist, eine nach den Art. 43 EG und 49 EG verbotene mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit“ (Rn.31,32).

<sup>195</sup> EuGH Slg. 1991, I-5941; v. 3.2.2000, Rs. C-228/98.

<sup>196</sup> Beschluss v. 13.6. 2006, 1 BvR 1160/03 = E 116, 135 = VergabeR 2008, 871.

derung das BVerwG<sup>197</sup> beigetreten. Ansonsten gilt in diesem Bereich nationales Recht mit Ausnahme der Vorschriften des GWB, wobei die juristischen Personen des öffentlichen Rechts namentlich die Grundsätze des Haushaltsrechts zu beachten haben (insbesondere die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nach § 6 HGrG und des Vorrangs der öffentlichen Ausschreibung, § 30 HGrG). Auch die Verdingungsordnungen, hier speziell die Bestimmungen der VOL/A, sind im unterschwelligen Vergabebereich anwendbar, soweit deren Geltung - was regelmäßig der Fall ist - durch Erlass der vorgesetzten Dienstbehörde für die Vergabestelle festgesetzt wurde.<sup>198</sup>

### **6.1 Geltung des Eignungskriteriums der „Zuverlässigkeit“ auch im Unterschwellenbereich**

Das Eignungskriterium der Zuverlässigkeit gilt in gleicher Weise oberhalb wie unterhalb der EU-Schwellenwerte. So enthält die VOL/A sowohl in dem Abschnitt 1, der die Basisregelungen für eine nur nach nationalem Recht erfolgende Auftragsvergabe enthält, als auch in dem Abschnitt 2 (Basisparagrafen und EG-Regeln für staatliche Auftraggeber, sog. „a-Paragrafen“), der die Vergabe nach den um die EG-rechtlichen Neuerungen ergänzten Vorschriften regelt, identische Vorschriften zur Bestimmung der Zuverlässigkeit von Bietern. Auch im Unterschwellenbereich besteht das Erfordernis, dass Leistungen nur an „fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Bewerber ... zu vergeben (sind)“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 VOL/A, Abschnitt 1 und Abschnitt 2). Dies Erfordernis wird in § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A (Abschnitte 1 und 2) unter der Überschrift „Wertung der Angebote“ nochmals wiederholt. Danach sind „nur Bieter zu berücksichtigen, die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen“. Unzuverlässige Bewerber können gemäß § 7 Nr. 5 c) VOL/A (Abschnitte 1 und 2) von der Teilnahme am Wett-

<sup>197</sup> V. 13.6.2006, NZBau 2006, 791ff.; die Versagung des Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich ist hochgradig umstritten, vgl. Amtweiler, Chancen des Primärrechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte?, VergR 2008, 352ff.; Braun, Sekundärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte?, VergR 2008, 361ff.

<sup>198</sup> In rechtlicher Hinsicht werden die Verdingungsordnungen dadurch zu Verwaltungsvorschriften, denen in Verbindung mit Art. 3 Abs.1 GG Außenwirkung zukommen kann, vgl. OVG Koblenz, NZBau 2005, 411; Otting, in: Bechthold, GWB Kommentar, 5. Aufl. 2008, § 100 Rn. 5ff.; insgesamt ergibt sich aus dieser dezentralen Zuständigkeit zur Ausgestaltung des Vergaberechts „eine verwirrende Vielfalt von Vorschriften“, so Frank/Meyerholt, Gutachten zum Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte in Niedersachsen. Unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Aspekte einer Tariftreueverordnung, Oktober 2007, S.15; diese wird zusätzlich gesteigert durch die einschlägige Rechtsprechung, insbesondere die Entscheidungen des EuGH zur Beachtung der Normen des primären Gemeinschaftsrechts, dazu Otting, in: Bechthold, GWB Kommentar, 5. Aufl. 2008, § 100 Rn.6 mit Nachweisen.

bewerb ausgeschlossen werden, sofern sie „nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit ... in Frage stellt“.

Hinsichtlich der Anforderungen an die Zuverlässigkeit gelten die gleichen Maßstäbe, wie sie oben (unter B. 3.1.) für den Bereich oberhalb der Schwellenwerte dargestellt wurden.

## **6.2 Pflicht zur Beachtung „sozialer Kriterien“ auch im Unterschwellenbereich?**

Was nun die Frage angeht, ob und in welchem Umfang „andere“ soziale Ziele bei öffentlicher Auftragsvergabe im Unterschwellenbereich zu beachten sind, so ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich Grundlage und Grenzen einer solchen Beachtung weder aus dem europäischen Sekundärrecht der Vergaberichtlinien noch aus § 97 Abs. 4 GWB ergeben können.

Im deutschen Vergaberecht sind die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts zu den „sozialen Aspekten“ erst durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 20.4.2009<sup>199</sup> umgesetzt worden. Weder in der VgV noch in der VOL/A werden - jenseits der Anforderung an die Zuverlässigkeit der Bewerber - „soziale Kriterien“ als Elemente, die bei der öffentlichen Auftragsvergabe zu berücksichtigen sind, angeführt. Daraus kann indes nicht geschlossen werden, dass diese generell unzulässig sind. Vielmehr ist das Gegenteil der Fall: Die Bundesrepublik Deutschland beansprucht als Sozialstaat gemäß Art. 20 GG in hohem Ausmaß sozialpolitische Regelungskompetenz. Diese legitimiert, wie das BVerfG inzwischen mehrfach<sup>200</sup> - zuletzt bei seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Tariftreueerklärung nach dem Berliner Vergabegesetz<sup>201</sup> - bestätigt hat, auch grundlegende Eingriffe in den Wirtschaftsprozess. Das Primärrecht der EU, insbesondere die Vorschriften und allgemeinen Grundsätze des EG-Vertrages, kommt somit - neben den allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens (Wettbewerbsfähigkeit Diskriminierungsverbot, § 2 VOL/A) - nur als Schranke der staatlichen Gestaltungsfreiheit sozialer Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe in Betracht.<sup>202</sup>

<sup>199</sup> BGBl. IS.790.

<sup>200</sup> Vgl. etwa BVerfGE 7, 377 (Apothekenurteil); BVerfG v.18.7.2000 (AEntG), NJW 2000, S.3704; v. 29.12.2004 (Leiharbeit), NZA 2005, 153.dazu eingehend: Frank/Meyerholt, Gutachten zum Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte in Niedersachsen. Unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Aspekte einer Tariftreueerklärung, Oktober 2007, S.24ff.

<sup>201</sup> BVerfG, Beschluss v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – E 116, 202.

<sup>202</sup> Mitteilung der Kommission v. 15.10. 2001 (KOM 2001) 566 endg., S. 3: „Bei Aufträgen, die nicht unter die Richtlinien fallen, steht es den Auftraggebern frei, im Rahmen der von ihnen vergebenen Aufträge soziale Ziele zu verfolgen, sofern sie dabei die Vorschriften und allgemeinen Grundsätze des EG-Vertrages einhalten. Es

Die Zulässigkeit der Verpflichtung zur Abgabe von Tariftreueerklärungen nach dem niedersächsischen Vergabegesetz im Bereich unterhalb der Schwellengrenzen ist im Jahr 2007 Gegenstand einer gutachterlichen Prüfung im Auftrag der Gewerkschaft ver.di gewesen.<sup>203</sup> Darin kommen die Gutachter zum Ergebnis, dass das Verlangen von Tariftreueerklärungen auch im unterschwelligen Bereich zulässig ist. Gestützt wird diese Rechtsauffassung im Wesentlichen mit der Entscheidung des BVerfG<sup>204</sup> zur Verfassungsmäßigkeit der Tariftreuregelung nach dem Landesvergabegesetz Berlin sowie mit Überlegungen, die sich auf die - ebenfalls verfassungsgerichtlich bestätigten - Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz in diesem „unterschweligen“ Bereich ergeben. Allerdings ist dieses Gutachten vor Erlass der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Rüffert“ vom 3.4.2008<sup>205</sup> angefertigt worden und konnte deshalb die dort gemachten Ausführungen, die die Europarechtswidrigkeit der Tariftreueerklärung nach dem Niedersächsischen Vergabegesetz festgestellt haben, nicht berücksichtigen.

In dieser Entscheidung beurteilt der EuGH die Europakonformität des Niedersächsischen Vergabegesetzes in erster Linie am Primärrecht der EU, speziell der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EGV. Zur konkretisierenden Auslegung bezieht er sich aber eingehend auf die Entsende-RL 96/71/EG; gleiches gilt für die am 19.6.2008 ergangene Parallelentscheidung Kommission ./ Luxemburg<sup>206</sup>. Da im Unterschwellenbereich allein das Primärrecht der EU als Prüfungsmaßstab herangezogen werden kann, sind die Ausführungen des EuGH zur Auslegung der Entsenderichtlinie für die hier anstehende Rechtsfrage unbeachtlich.

Worauf es stattdessen allein ankommt, ist die Frage, ob die Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EG der Berücksichtigung sozialer Aspekte bei öffentlichen Auftragsvergaben im Unterschwellenbereich entgegensteht. Dies ist indes, wie die einschlägigen europäischen Vergaberichtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG zeigen, nicht der Fall: Andernfalls wären sie selbst wegen Verstoßes gegen Art. 49 EGV gemeinschaftswidrig - eine These, die bislang, soweit ersichtlich, nirgendwo vertreten wird. Bestätigt wird dieser Befund durch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Rüffert<sup>207</sup>: Dort hatte der Gerichtshof einen Verstoß der Tariftreueerklärung nach dem Niedersächsischen Vergabegesetz gegen die Dienstleistungs-

---

obliegt den Mitgliedstaaten zu bestimmen, ob die Auftraggeber solche Ziele bei der Vergabe öffentlicher Aufträge verfolgen dürfen bzw. müssen.“

<sup>203</sup> Frank/Meyerholt, Gutachten zum Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte in Niedersachsen. Unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Aspekte einer Tariftreuregelung, Oktober 2007.

<sup>204</sup> Beschluss v. 11.7. 2006, 1 BvR 4/00 - E 116, 202; dazu sehr kritisch Rieble, Tariftreue vor dem BVerfG, NZA 2007, 1ff.

<sup>205</sup> v. 3. 4.2008 – Rs. C-346/06.

<sup>206</sup> Rs. C 319/06.

<sup>207</sup> V. 3.4.2008, Rs. C-346/06.



freiheit aus Art. 49 EGV deshalb bejaht, weil der mit dem anwendbaren Tarifvertrag bezweckte Arbeitnehmerschutz allein für den Bereich der öffentlichen Aufträge (und nicht auch bei privaten Aufträgen) gelte. Da nicht ersichtlich sei, dass Arbeitnehmer nur im Rahmen öffentlicher, nicht aber privater Aufträge des Schutzes bedürften, sei die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch die Tariftreueerklärung nicht durch das zwingende Allgemeinwohlerfordernis des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt.

Werden - wie dies im Bereich der Briefdienstleistungen gemäß § 1 Abs. 1 S. 3 AEntG a.F. (nunmehr: § 7 AEntG vom 20.4.2009<sup>208</sup>) der Fall war - Mindestlohntarifverträge für allgemein verbindlich erklärt, dann entfällt dieser Vorbehalt, auf den der EuGH die Gemeinschaftswidrigkeit der Tariftreueerklärung nach dem Niedersächsischen Vergabegesetz gestützt hatte. Denn die in den für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen enthaltenen Mindestlohnsätze sind i.S. von § 3 Abs. 8 der Entsende-RL 96/71/EG vom 21.1.1997, „von allen in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit ausübenden Unternehmen einzuhalten“. Diese Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, die nunmehr inhaltsgleich auch in Art. 8 Abs. 2 AEntG aufgenommen ist, ist gemäß Art. 50 Abs. 2 EGV gerechtfertigt. Dort ist bestimmt:

*„Unbeschadet des Kapitels über die Niederlassungsfreiheit kann der Leistende zwecks Erbringung seiner Leistungen seine Tätigkeit vorübergehend in dem Staat ausüben, in dem die Leistung erbracht wird, und zwar unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt.“*

---

<sup>208</sup> BGBl. I. S. 799

**7. Hilfgutachtliche Prüfung: Die Verpflichtung zur Zahlung von allgemeinverbindlichen Mindestlöhnen als „anderes“ soziales Kriterium i.S. von § 97 Abs. 4 2. Hlbs. GWB?**

Die Zulassung „anderer“ Kriterien gemäß § 97 Abs. 4 2. Halbsatz (Hlbs.) GWB ist an die Voraussetzung einer gesetzlichen Regelung gebunden. In der Literatur findet sich verbreitet die Auffassung, dass durch die Zulassung sonstiger sozialer Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe der Gefahr einer politischen Instrumentalisierung von Vergaberechtsentscheidungen nach Maßgabe von Opportunitätsgesichtspunkten Vorschub geleistet werde.<sup>209</sup> Dies bewirke eine Verwässerung der ökonomischen Rationalität der öffentlichen Auftragsvergabe, die auf eine möglichst sparsame, effiziente und gerechte Verwendung der verausgabten Mittel angelegt sei.<sup>210</sup> Aus diesem Grunde sei das Erfordernis einer parlamentarischen Entscheidung hierüber zu begrüßen.

Welche Anforderungen an eine einschlägige gesetzliche Regelung zu stellen sind, wird jedoch zumeist nicht näher bestimmt.

Nachstehend werden nicht alle in Frage kommenden sozialen Aspekte daraufhin untersucht, ob sie gemäß § 97 Abs. 4 S. 3 GWB durch Gesetz zu einem Kriterium gemacht werden können, welches bei öffentlichen Auftragsvergaben zu berücksichtigen ist. Vielmehr beschränkt sich die Untersuchung auf Vergütungsfragen, also darauf, ob die Einhaltung einer - etwa: tariflich definierten - Entgelthöhe verlangt werden kann. Konkret geht es um die Frage, ob die Einhaltung der Mindestlöhne für die Branche Briefdienste, die in dem zwischen dem Arbeitgeberverband Postdienste und der Gewerkschaft ver.di abgeschlossenen Tarifvertrag vom 29.11.2007 vereinbart und durch Verordnung des Bundesarbeitsministers vom 28.12.2007 zum 1.1.2008 für allgemein verbindlich erklärt wurden, auf diese Weise effektiver als über das Kriterium der Zuverlässigkeit gesichert werden kann. Zu denken wäre hierbei etwa an eine Tariftreueerklärung, durch die die Bindung an diese Mindestlöhne vertraglich zugesichert wird.

<sup>209</sup> Dreher/Stockmann, Kartellvergaberecht, Auszug aus: Immenga /Mestmäcker (Hrsg.), Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 3. Aufl. 2001, § 98 Rn.182.

<sup>210</sup> Vgl. etwa die Argumentation bei Wein, Auf der Speisekarte der DPAG: Rechtliche oder ökonomische Markttrittschancen?, University of Lüneburg, Working Paper Series in Economics, Nr.121, März 2009.

## 7.1 Die Anforderung einer bundes- oder landesgesetzlichen Regelung

### 7.1.1 Soziale Anforderungen an die Lizenzerteilung nach § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 i.V. mit § 2 Abs. 1 Nr. 5 PostG als bundesgesetzliche Regelung i.S. von § 97 Abs. 4 S. 3 GWB?

Nach § 5 Abs. 1 PostG bedarf einer Lizenz, wer Briefsendungen, deren Einzelgewicht nicht mehr als 1.000 Gramm beträgt, gewerbsmäßig für andere befördert. Die Lizenzpflicht besteht auch nach der vollständigen Öffnung des Postdienstleistungsmarktes für den Wettbewerb zum 1.1.2008 fort. Zuständig für die Erteilung der Lizenz ist nach § 6 Abs. 1 PostG die Bundesnetzagentur. Nach § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG ist die Lizenz „zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet.“ Falls dieser Bestimmung die Festlegung einer gesetzlich bestimmten Mindestlohnhöhe zu entnehmen ist, könnte darin eine bundesgesetzliche Regelung eines „anderen“ Eignungskriteriums im Sinne (i.S.) von § 97 Abs. 4 S. 3 GWB gesehen werden, die durch die Erteilung der Lizenz geprüft und bestätigt ist.

Wie diese gesetzliche Verpflichtung zur „Berücksichtigung sozialer Belange“ bei der Lizenzerteilung zu interpretieren ist, wird allerdings sehr unterschiedlich ausgelegt.

Nach der von der Regulierungsbehörde zu § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG (Postgesetz) vertretenen Interpretation sind dieser Bestimmung keinerlei definitive Festlegungen von konkreten Arbeitsbedingungen zu entnehmen. Im Ergebnis führt dies zu einem kompletten Leerlauf dieser Regelung: In keinem einzigen Fall wurde eine Lizenz wegen Verstoßes gegen diese Bestimmung versagt, mit Auflagen versehen oder nachträglich entzogen.

Bis zum Januar 2007 hat die Bundesnetzagentur (BNetzA) dies auf ihr Verständnis der „nicht unerhebliche(n)“ Unterbietung der „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ i.S. dieser Bestimmung in gestützt; seitdem macht sie dies an ihrer eigenwilligen Auslegung der „Üblichkeit“ dieser Arbeitsbedingungen fest<sup>211</sup>.

---

<sup>211</sup> Details bei Blanke, Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz. Die sozialen Lizenzanforderungen nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG, in: Friedrich Ebert Stiftung (Hrsg.). WISO-Diskurs 2007, Anhang II, S. 78ff.; Blanke, Sozialdumping im Postbereich, KJ H.3/2007, S.208ff.

Die Nichtanwendbarkeit des § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG durch die Bundesnetzagentur ergab sich zunächst schon daraus, dass sie ohne jeden Anhaltspunkt im Wortlaut der Bestimmung ihren Geltungsbereich eigenmächtig derart eingeschränkt hat, dass für „newcomer“ im Wettbewerb großzügige Ausnahmen bewilligt wurden.<sup>212</sup> So hat die BNetzA unterstellt, dass die Regelung auf *Kleinbetriebe bis zu 10 Arbeitnehmern* und während ein- bis zweijähriger „*Anlaufzeiten*“ nach Lizenzerteilung keine Anwendung finde. Ferner vermochte sie darin, dass nach dem Gesetz die „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ einzuhalten sind, keine Bezugnahme auf einzelne, konkrete Regelungsinhalte (wie z.B. die Lohnhöhe, die Arbeitszeit und die Dauer des Jahresurlaubs) zu erblicken. Denn sie vertrat die Rechtsauffassung, dass die Berücksichtigung einzelner Arbeitsbedingungen wie etwa Arbeitslohn, Arbeitszeit, Urlaub und Kündigungsfristen weder mit dem Grundsatz der Tarifautonomie noch mit dem der Gewerbe- und Vertragsfreiheit vereinbar sei.<sup>213</sup>

Außerdem wurde die Nichtbeachtung der Vorschrift noch dadurch gesichert, dass die Erheblichkeitsschwelle für das Unterbieten diese Arbeitsbedingungen, die ggf. eine Nichterteilung der beantragten Lizenz zur Folge haben könnte, sehr hoch angesetzt wurde. Die von künftigen Lizenzunternehmen zu unterlassende „nicht unerhebliche“ Unterschreitung dieser Arbeitsbedingungen wurde erst bei einer Unterbietung um mindestens 20% bejaht.<sup>214</sup>

Die BNetzA hat zwar unter dem Druck der insbesondere von der Input Consulting vorgelegten empirischen Untersuchungen<sup>215</sup> zu den Auswirkungen des Dumpingwettbewerbs im Briefbereich und zum Stand der Liberalisierung und Regulierung des Postsektors in ausgewählten EU-Mitgliedstaaten ihre Interpretation des § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG revidiert und vertritt nunmehr partiell eine realistischere Auslegung, wonach zu den „wesentlichen Arbeits-

<sup>212</sup> Vgl. hierzu das Merkblatt der BNetzA für die Lizenzerteilung, aktuelle Fassung: Amtsblatt der BNetzA Nr.1/2006, Mittlg Nr.17/2006.

<sup>213</sup> So machte bereits die *Antwort der Bundesregierung v. 22.3.1999* auf die Kleine Anfrage der Fraktion der PDS vom 22.3.1999 (BT Drs. 14-646, zu Nr.11) den bis zum Frühjahr 2007 von ihr und der Bundesnetzagentur vertretenen Standpunkt deutlich, dass „die Berücksichtigung von Arbeitsbedingungen im einzelnen (Arbeitslohn, Arbeitszeit, Urlaub, Kündigungsfristen) weder mit dem Grundsatz der Tarifautonomie noch mit dem der Gewerbe- und Vertragsfreiheit vereinbar (ist)“. Diese Ansicht wurde bis zur Publikation des Rechtsgutachtens Säcker, Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht, Rechtsgutachten im Auftrag der BNetzA., Berlin, Januar 2007, hartnäckig verteidigt.

<sup>214</sup> Ein Teil der Literatur und die Praxis der BNetzA gehen von dieser Marge von 20% aus, vgl. Badura in: Beckcher PostG Kommentar, 2. Aufl. München, § 6 Rn.28 unter Hinweis auf die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage, BT-Drs. 14/646 S.5f.; diesen bis zur Vorlage des Gutachtens Säcker, Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht, Rechtsgutachten im Auftrag der BNetzA., Berlin, Januar 2007, der insoweit eine Marge von 10% für angemessen erachtet, stets beibehaltenen Maßstab legte die Bundesregierung bereits in ihrer Antwort auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Jüttemann, Marquardt, Kutzmutz, und der Fraktion der PDS, BT-Drs. 14/2741, BT-Drs. 14-2962 v. 15.3.2000 zu Nr.11 zu Grunde.

<sup>215</sup> Input Consulting GmbH, Liberalisierung und Prekarisierung – Beschäftigungsbedingungen bei den neuen Briefdienstleistern in Deutschland, Stuttgart, Dezember 2006; dgl. Im Gleichklang? Befunde zur Liberalisierung und Regulierung des Postsektors in ausgewählten EU-Mitgliedstaaten, Stuttgart, Juni 2006.

bedingungen“ jedenfalls das Arbeitsentgelt, die Arbeitszeit sowie die Dauer des jährlichen Urlaubs zu rechnen sei. Dies ist, wie der Gebrauch dieses Terminus in anderen Gesetzen<sup>216</sup> und Rechtsvorschriften<sup>217</sup> zeigt, zutreffend, wird der historischen Auslegung der Entstehungsgeschichte der Bestimmung gerecht und entspricht ihrem Sinn und Zweck.<sup>218</sup> Ein „nicht unerhebliches“ Unterbieten dieser Bezugsgrößen ist - entgegen der Interpretation durch die BNetzA - bereits dann anzunehmen, wenn diese Arbeitsbedingungen um mindestens 10% unterschritten würden.<sup>219</sup>

Kernpunkt der aktuellen Rechtsauffassung der BNetzA ist aber die *Abkehr vom bisherigen Verständnis von Üblichkeit* i.S. dieser Vorschrift. Entgegen der bislang vertretenen Auffassung, wonach als Maßstab der „Üblichkeit“ der vom Lizenznehmer einzuhaltenden Arbeitsbedingungen diejenigen der DPAG (des nach Umsatz und Beschäftigtenzahl im Lizenzbereich weitaus größten Arbeitgebers) anzusehen seien, geht sie nunmehr davon aus, dass üblich „die Arbeitsbedingungen (sind), die ein Arbeitgeber anbieten muss, um Arbeitskräfte für die Ausübung der Tätigkeit des Einsammelns, Sortierens, Verpackens, Weiterleitens und Ausliefern von Briefen ... zu gewinnen.“<sup>220</sup> Das ist evident unrichtig, weil dadurch die *faktisch unüblichen und normativ ungewollten* (künftigen und lokalen, prekären) *Arbeitsbedingungen in den Rang einer vom Gesetzgeber gewollten Normalität gehoben werden*. Vollends offenbar wird die Unhaltbarkeit dieser Interpretation, wenn man sich vor Augen führt, dass *diese prekären Arbeitsbedingungen* gemäß § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG den Maßstab bilden sollen, der auch dann noch die BNetzA zur Lizenzerteilung verpflichten sollte, wenn er seinerseits um weitere bis zu 10% unterschritten werde. Das unüblich Prekäre und Ungewollte wird in dieser Auslegung zu einer verpflichtenden Norm, von der um des hehren Wettbewerbs willen weitere Abstriche zu Lasten der Beschäftigten zulässig sein sollen.

<sup>216</sup> Vgl. insbesondere die Regelungen in § 2 Abs.1 S.2 NachwG sowie in §§ 3 Abs.1 Nr.3, 9 S.1 Nr.2, 10 Abs.4 AÜG sowie zu „Arbeitsbedingungen“ Art. 9 Abs.3 GG.

<sup>217</sup> Dies gilt namentlich für die Satzung der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) v.1.1.2001 - BAnz. Nr.1 v.3.1.2003 - i. d. F. v. 18.11.2005 - BAnz.Nr.55 v.19.3.2005 - vgl. z.B. § 19 Abs.2 lit. d) - f) i. Vb. m. § 19 Abs. 3.; ähnlich die Regelungen zur Mitgliedschaft in den Zusatzversorgungskassen der Länder und Gemeinden, vgl. z.B. 11 Abs.2 der Satzung der ZVK der bayerischen Gemeinden v. 25.6.2005 i. d. F. v. 15.12.2006.

<sup>218</sup> Die *Entstehungsgeschichte* der Regelung ergibt, dass mit ihr *primär sozialpolitische Ziele* wie der soziale Schutz der in diesem Bereich tätigen Arbeitnehmer durch Verhinderung prekärer Beschäftigungsverhältnisse sowie die Sicherstellung der Finanzgrundlagen der sozialen Sicherungssysteme verfolgt wurden, vgl. im Einzelnen Blanke, Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz. Die sozialen Lizenzanforderungen nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG, in: Friedrich Ebert Stiftung (Hrsg.). WISO-Diskurs 2007, S.38ff., 53ff.

<sup>219</sup> Säcker, Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht, Rechtsgutachten im Auftrag der BNetzA., Berlin, Januar 2007, S. 58; Blanke, Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz. Die sozialen Lizenzanforderungen nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG, in: Friedrich Ebert Stiftung (Hrsg.). WISO-Diskurs 2007, S.37ff.

<sup>220</sup> Darin folgt sie den Ausführungen im Rechtsgutachten Säcker, Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht, Rechtsgutachten im Auftrag der BNetzA., Berlin, Januar 2007, S.54ff., 55.

Nach der von mir vertretenen Gegenansicht<sup>221</sup> ist § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG dagegen wie folgt zu verstehen: Die Lizenz ist zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die für die Mehrzahl der im lizenzierten Bereich geltenden wesentlichen tariflichen Arbeitsbedingungen (das sind: die Lohnhöhe, die Arbeitszeit und die Dauer des Jahresurlaubs) um mehr als 10% unterschreitet. Bezugspunkt sind dabei, solange die Mehrzahl der Arbeitnehmer im lizenzierten Bereich von der DP AG beschäftigt wird, die tariflichen Regelungen der Beschäftigten der DP AG. Der tarifliche Referenzbetrag beläuft sich danach auf 1.977,91 Euro (Stand Januar 2007).<sup>222</sup> Nach dieser Ansicht ist die BNetzA gesetzlich verpflichtet, die Vorschrift in diesem Sinne anzuwenden. Solange die Zahlung von Mindestlöhnen nicht auf andere Weise (etwa durch ihre gesetzliche oder tariflich-branchenbezogene Anordnung) gesichert wird, ist die BNetzA an ihre Verpflichtung zur Beachtung der sozialen Lizenzvoraussetzungen zu binden. Diese Verpflichtung besteht auch nach dem Auslaufen der Vorbehaltsrechte der DPAG gemäß § 51 PostG fort.

Ungeachtet der besseren Gründe, die für die hier vertretene Auslegung des § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG sprechen, hat die BNetzA ihre abweichende Ansicht bislang nicht korrigiert. Die Erteilung von Lizenzen erfolgt weiterhin nach den von ihr vertretenen, großzügigen Maßstäben praktisch ohne jegliche Einschränkung und Kontrolle.<sup>223</sup> Angesichts dieser Praxis ist der Lizenznachweis eines Bieters kein zuverlässiges Kriterium für die Erfüllung der Verpflichtung zur Zahlung des gemäß § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG üblichen Lohnes durch den Bewerber im Rahmen eines Vergabeverfahrens.<sup>224</sup> Denn derzeit ist es nach herrschender Meinung nicht möglich, in der Lizenzerteilungsvorschrift des § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 Post eine gesetzliche Regelung zu erblicken, durch die für den Markt der Briefdienstleistungen ein bestimmter Mindestlohn gesetzlich vorgeschrieben ist.

---

<sup>221</sup> Blanke, Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz. Die sozialen Lizenzanforderungen nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG, in: Friedrich Ebert Stiftung (Hrsg.). WISO-Diskurs 2007, Anhang II, S. 78ff.; Blanke, Sozialdumping im Postbereich, KJ H.3/2007, S.208ff.

<sup>222</sup> Ausführlich Blanke, Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz. Die sozialen Lizenzanforderungen nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG, in: Friedrich Ebert Stiftung (Hrsg.). WISO-Diskurs 2007, Anhang II, S. 78ff.

<sup>223</sup> „Liegen ... keine entgegen stehenden Tatsachen vor, gilt jedes Unternehmen zunächst als geeignet und erhält eine Lizenz“, so: Goodarzi, Die Vergabe von Postzustellungsdienstleistungen, NVwZ 2007, 396ff., 399.

<sup>224</sup> Goodarzi, Die Vergabe von Postzustellungsdienstleistungen, NVwZ 2007, 396ff., 399; das beim Vergaberecht namentlich im Bereich von Postzustellungsdienstleistungen, die wichtige Gerichtsfristen auslösen können, zu beachtende Sicherheitsinteresse der öffentlichen Hand, gebietet darüber hinaus, dass der Generalunternehmer auch die Lizenzen der Subunternehmer und der von diesen eingesetzten Nachunternehmer vorzulegen hat.. Aber auch dadurch wird angesichts der Praxis der Lizenzerteilung durch die BNetzA nicht sicher gestellt, dass das vergaberechtliche Eignungskriterium der Zuverlässigkeit des Bieters vorliegt.

**Ergebnis:** § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG stellt zwar nach zutreffendem Verständnis eine gesetzliche Regelung dar, der für den Markt der Briefdienstleistungen ein bestimmter Mindestlohn zu entnehmen ist, dessen Entrichtung an die Arbeitnehmer durch die Lizenzerteilung bestätigt wird. Angesichts der insoweit abweichenden Auslegung und Handhabung der Vorschrift in der Praxis der Bundesnetzagentur muss jedoch betont werden, dass es sich hierbei um eine minoritäre Rechtsauffassung handelt. Die Praxis folgt ihr nicht.<sup>225</sup> Deshalb wird man in dieser Bestimmung keine bundesgesetzliche Regelung eines „anderen“ sozialen Kriteriums etwa im Sinne der verbindlichen Festschreibung eines einheitlichen und verpflichtenden Mindestlohns als Voraussetzung der Lizenzerteilung i.S. von § 97 Abs. 4 2. HlBs. GWB sehen können. Auf die Frage, ob die Regelung nach § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG mit dem für das Vergabeverfahren bestimmenden Grundsatz des Transparenzgebots in Einklang steht, da ihr auch nach der hier vertretenen Auslegung nur unter Bezugnahme auf die Tarifverträge der DP AG ein bestimmter, für alle geltender Mindestlohn entnommen werden kann,<sup>226</sup> kommt es deshalb nicht mehr an.

#### 7.1.2 Die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Abs. 1 TVG als bundesgesetzliche Regelung i.S. von § 97 Abs. 4 S. 3 GWB?

Eine solche bundesgesetzliche Regelung könnte aber in der Vorschrift des § 5 Abs. 1 TVG (Tarifvertragsgesetz) gesehen werden. Nach dieser Bestimmung kann das Bundesministerium für Arbeit und Soziales einen Tarifvertrag auf Antrag einer Tarifvertragspartei unter den dort näher beschriebenen Voraussetzungen für allgemein verbindlich erklären. Es ist indes fraglich, ob eine solche Allgemeinverbindlicherklärung und eine auf sie Bezug nehmende Tariftreueerklärung mit den Anforderungen des Urteils des EuGH in der Rechtssache „Rüffert“<sup>227</sup> vereinbar wäre.

Diese Entscheidung lässt nur für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge als Mindestlohnbestimmung insbesondere von § 3 Abs. 1) Entsende-RL 96/71/EG zu, die gleichermaßen für in- wie für ausländische Arbeitgeber sowie bundeseinheitlich - und nicht lediglich regional

<sup>225</sup> Ein weiteres Kuriosum dieser Ansicht: Nach ihr besitzt das Kriterium der Zuverlässigkeit im Vergaberecht eine ganz andere Bedeutung als in der Regelung über die Lizenzerteilung gem. § 6 Abs.3 S. 2 Nr.2 PostG.

<sup>226</sup> Vgl. hierzu die Angaben bei Blanke, Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz. Die sozialen Lizenzanforderungen nach § 6 Abs.3 S.1 Nr.3 PostG, in: Friedrich Ebert Stiftung (Hrsg.). WISO-Diskurs 2007, Anhang II, S. 78ff.

<sup>227</sup> V. 3.4.2008, Rs. C-346/06.

sowie begrenzt auf Fälle der öffentlichen Auftragsvergabe - gelten. Dies ist aber nur unter den Voraussetzungen einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG bzw. einer Rechtsverordnung nach § 7 AEntG der Fall. Eine Tariftreueerklärung, die hiervon abweicht, ist nach Ansicht des EuGH europarechtswidrig und damit unzulässig.

Ein Entgelt-Tarifvertrag, der nach § 5 TVG für allgemein verbindlich erklärt worden ist, erfüllt diese Voraussetzungen in aller Regel jedoch nicht: Weder statuiert er einen - im Sinne des EuGH - einheitlichen und verbindlichen Mindestlohnsatz, sondern regelmäßig verteilt auf die tariflichen Entgeltgruppen eine Vielfalt von Mindestlohnsätzen, noch ist hinreichend gesichert, dass die Tarifnormen auch auf Arbeitsverhältnisse Anwendung finden, die nicht deutschem Recht unterliegen<sup>228</sup> und ob die Allgemeinverbindlicherklärung eines regional geltenden Tarifvertrages für alle inländischen Arbeitgeber, auch soweit sie ihren Sitz außerhalb des regionalen Geltungsbereichs des Tarifvertrages haben, bindend ist.<sup>229</sup>

Ein nach § 5 TVG für allgemein verbindlich erklärter Tarifvertrag wäre demnach im Sinne der EuGH-Auffassung wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot bei Vergabeentscheidungen ebenfalls europarechtswidrig und unwirksam. Damit kommt auch die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG nicht als zulässige bundesgesetzliche Regelung i. S. von § 97 Abs. 4 S. 3 GWB eines „anderen“ sozialen Kriteriums im Rahmen der Eignungsbeurteilung eines Bewerbers in einem öffentlichen Vergabeverfahren in Betracht. Eine auf eine derartige Allgemeinverbindlicherklärung Bezug nehmende Tariftreueerklärung wäre im Sinne der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache „Rüffert“<sup>230</sup> ebenfalls als europarechtswidrig anzusehen.

---

<sup>228</sup> Ablehnend BAG v. 9.7.2003 – 10 AZR 593/02 – AP TVG § 1 Tarifverträge: BauNr.261= RdA 2004, 175; a.A. Lakies, in Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. § 5 Rn. 166a; Kempen in: Kempen/Zachert (Hrsg.), TVG, 4. Aufl., § 5 Rn. 53.

<sup>229</sup> Zweifel bestehen deshalb, weil der räumliche Geltungsbereich eines Tarifvertrages durch die Allgemeinverbindlicherklärung nicht ausgeweitet werden kann, vgl. Lakies, in Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. § 5 Rn. 167.

<sup>230</sup> V. 3.4.2008, Rs. C-346/06.



7.1.3 Die tarifliche Rechtsnormerstreckung durch Rechtsverordnung nach § 7 AEntG als bundesgesetzliche Regelung i.S. von § 97 Abs. 4 S. 3 GWB?

Nun könnte allerdings, immer unter der Voraussetzung, dass die Einhaltung einer solchen Allgemeinverbindlicherklärung nicht bereits als Eignungskriterium nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB unter dem Aspekt der Zuverlässigkeit eines Bewerbers um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag zu qualifizieren ist, eine Allgemeinverbindlicherklärung nach § 7 Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) als bundesgesetzliche Regelung einer „anderen“ Anforderung i.S. von § 97 Abs. 4 S. 3 GWB angesehen werden.

Falls nach dieser Norm eine Erstreckung der Rechtsnormen eines Mindestlohntarifvertrages erfolgt ist, sind gemäß § 8 Abs. 2 AEntG - unabhängig von einer etwaigen konkurrierenden Tarifbindung - an ihn in gleicher Weise alle inländischen wie ausländischen Arbeitgeber gebunden. Eine „Tariftreueerklärung“ der so gebundenen Arbeitgeber würde also nur den bestehenden Rechtszustand bekräftigen - sie hätte keine konstitutive, sondern lediglich deklaratorische Wirkung. Als solche ist sie aber nicht etwa überflüssig und unnütz: Denn die in den einschlägigen Landesvergabegesetzen vorgesehenen Kontrollmöglichkeiten und Sanktionen<sup>231</sup> treten auch bei einer deklaratorischen Tariftreueerklärung zu den nach dem AEntG in § 17 vorgesehenen Instrumenten und Organen der Überwachung und Sanktionierung hinzu und ergänzen diese.

Eine Allgemeinverbindlicherklärung durch Rechtsverordnung nach § 7 AEntG kann danach als bundesgesetzliche Regelung einer „anderen“ Anforderung i.S. von § 97 Abs. 4 S. 3 GWB angesehen werden, durch die über die Zuverlässigkeit eines Bewerbers hinausgehende „soziale Aspekte“ bei der Bieterauswahl bzw. bei der Erteilung des Zuschlags berücksichtigt werden können.

Nun sehen allerdings das VG Berlin mit seinem Urteil vom 7.3.2008<sup>232</sup> und das OVG Berlin-Brandenburg mit Urteil vom 18.12.2008<sup>233</sup> in der Postmindestlohnverordnung des Bundesministers für Arbeit und Soziales (BMAS) vom 28.12.2007 einen Verstoß jedenfalls gegen die Tarifautonomie des tarifgebundenen Arbeitgeberverbandes BdKEP-Bundesverband der Ku-

---

<sup>231</sup> Diese Berechtigungen und Verpflichtungen treffen typischer Weise den öffentlichen Auftraggeber, vgl. Vergabegesetz Bremen v. 17.12.2002, GVBl. S.594, §§ 8 und 9; Vergabegesetz Bayern v. 28.6.2000, Bay GVBl. S.364, § 4.

<sup>232</sup> Az: VG 4 A 439.07.

<sup>233</sup> Az: OVG 1 B 13/08.

rier-Express-Post-Dienste e.V. aus Art. 9 Abs. 3 GG. Deshalb haben diese Gerichte dieser Rechtsverordnung die Wirksamkeit versagt und die Feststellung getroffen, dass die streitige Verordnung grundgesetzwidrig und damit nichtig sei. Ob dieser Entscheidung, die in deutlichem Kontrast zu vorangegangenen Entscheidungen des BVerfG <sup>234</sup> steht, zu folgen ist, bedarf hier indes keiner Prüfung. Denn sie beseitigt die Rechtswirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrages durch die Verordnung des BMAS nicht, so dass diese weiterhin als geltendes Recht anzuwenden ist. <sup>235</sup>

---

<sup>234</sup> Der aktuelle Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Novellierung des AEntG v. 13.8.2008, BT-Drs. 16/10117, verweist hierzu auf die Entscheidungen v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74; v. 3.4.2001 – 1 BvL 32/97 und v. 20.3.2007 - 1 BvR 1047/05; dies ferner auch für den Beschluss zur Verfassungsmäßigkeit des Berliner Landesvergabegesetzes v. 3.8.2006, - 13 U 72/06 – in: VergR 2006, 756 = NZBau 2006, 660.

<sup>235</sup> So ausdrücklich auch VG Berlin v. 7.3.2008 – VG 4 A 439.07 -, Umdruck S. 26; deshalb hat das ArbG Bremen v. 28.8.2008 – 9 Ca 9149/08 – einer Klage auf Zahlung des Mindestlohns gegen die Northwest-Mail GmbH stattgegeben; die gleiche Auffassung vertritt auch das BMAS, vgl. die Pressemitteilung v. 7.3.2008, im Netz unter [http://www.bmas.de/coremedia/generator/24852/2008\\_03\\_07\\_mindestl.....](http://www.bmas.de/coremedia/generator/24852/2008_03_07_mindestl.....)

## **8. Ergebnisse: Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der Auftragsvergabe**

**Soziale Aspekte sind bei Entscheidungen über öffentliche Auftragsvergaben berücksichtigungsfähig.** Dies gilt sowohl bei Erreichen der Schwellenwerte, die eine EU-weite Ausschreibung erforderlich machen, als auch im unterschwelligen Bereich.

Dies folgt zunächst aus der Tatsache, dass in beiden Bereichen Aufträge **nur an zuverlässige Bewerber** vergeben werden dürfen. Die Zuverlässigkeit umfasst die Einhaltung der für alle geltenden Gesetze. Dies gilt auch für die in Tarifverträgen festgesetzten Mindestlöhne, sofern diese gemäß § 7 AEntG für allgemein verbindlich erklärt sind. Dies ist in den Vergaberichtlinien der EU aus dem Jahre 2004 ausdrücklich vorgesehen und ergibt sich ferner auch aus den aktuellen Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen Laval, Rüffert und Luxemburg.

Ungeachtet der Urteile des VG Berlin und des OVG Berlin-Brandenburg aus dem Jahr 2008 ist von der Gültigkeit der Verordnung des Bundesministers für Arbeit und Soziales vom 28.12.2007, mit der der Mindestlohn für Briefdienstleistungen nach dem Tarifvertrag vom 29.11.2007 auf die gesamte Branche erstreckt worden ist, auszugehen. Die zwischenzeitlich erfolgten Gesetzesänderungen, insbesondere das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vom 20.4.2009 und die Neufassung des AEntG vom 20.4.2009, haben eine veränderte Rechtslage geschaffen. Dadurch ist diesen Entscheidungen - ebenso wie dem Beschluss der Vergabese-nats des OLG Düsseldorf vom 29.4.2009 zur Unzulässigkeit der Ablehnung der Zuverlässigkeit eines Bieters wegen fehlender Abgabe einer Tariftreueerklärung im Bieterverfahren - die Rechtsgrundlage entzogen worden. Allerdings dürfte es sich im Hinblick auf die von OVG Berlin-Brandenburg behaupteten Verfahrensfehler bei Erlass der Postmindestlohnverordnung vom 28.12.2007 empfehlen, dieses Verfahren zum Erlass der Rechtsverordnung erneut durchzuführen.

Soziale Aspekte, speziell ein für allgemeinverbindlich erklärter Mindestlohntarifvertrag, sind aber nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB **nicht allein berücksichtigungsfähig**, sondern unter dem Aspekt der Gesetzestreue verlangenden Zuverlässigkeit eines Bewerbers im öffentlichen Ausschreibungsverfahren **zwingend zu beachten**. Auch wenn die Erstreckung eines tariflichen Mindestlohns durch Rechtsverordnung nach § 7 AEntG **kein förmliches Gesetz** darstellt, so besitzt die Verordnung, die gemäß § 8 Abs. 2 AEntG auch konkurrierende Tarifbindungen von in- und ausländischen Wettbewerbern verdrängt, den Charakter einer **Eingriffsnorm i.S.**

**von § 34 EGBGB.**<sup>236</sup> Denn die Regelungen in §§ 7 und 8 des AEntG dienen nicht nur dem Schutz von Individualinteressen, sondern mit ihnen werden auch Gemeinwohlinteressen verfolgt. Eingriffsnormen verlangen aber - nicht anders als förmliche Gesetze - zwingende Beachtung von allen, die auf dem Gebiet der Bundesrepublik im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses tätig sind und setzen sich damit über das an sich anwendbare Recht hinweg.<sup>237</sup>

Für die Auftragsausführung können nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB i.d.F. des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes **zusätzliche** Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale Aspekte betreffen, wenn sie in sachlichem Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Der Gesetzesentwurf geht davon aus, dass es sich bei diesen Leistungsanforderungen, die die Auftragsausführung betreffen, um *Zuschlagskriterien* handelt. Als solche soziale Aspekte kommt etwa, wie aus der Begründung zur Gesetzesnovelle hervorgeht, „*eine angemessene Bezahlung*“ des eingesetzten Personals in Betracht, sofern diese in sachlichem Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand (etwa: In Hinblick auf die Wahrung der Qualifikation der Beschäftigten oder die besonderen Anforderungen an die Erfüllung des Auftrags) steht.

An den **Nachweis der fehlenden Zuverlässigkeit** sind wegen des im Ausschluss aus dem Bieterverfahren liegenden Grundrechtseingriffs sowohl in materieller wie prozeduraler Hinsicht hohe Anforderungen zu stellen. Deshalb war hilfsgutachtlich zu prüfen, ob soziale Kriterien wie die Einhaltung von für allgemeinverbindlich erklärten Vergütungen als „andere oder weitergehende Anforderungen“ i.S. von § 97 Abs. 4 S. 3 GWB anzusehen sind. Voraussetzung dafür ist, dass die entsprechende Anforderung in einem **Bundes- oder Landesgesetz** vorgesehen ist. Diese Anforderungen können die **Qualität von Eignungs- oder Zuschlagskriterien** besitzen. In Betracht kommen insoweit insbesondere die Lizenzvorschrift nach § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG, die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG (Tarifvertragsgesetz) und die Rechtsnormerstreckung durch Rechtsverordnung nach § 7AEntG.

Zu bejahen ist dies nur für die **Rechtsnormerstreckung durch Rechtsverordnung** nach § 7AEntG. Nur die nach diesem Gesetz vorgesehenen Allgemeinverbindlicherklärungen tarifli-

---

<sup>236</sup> Tillmanns, Art. 27, 30,34 EGBGB, Rz.33 und dgl., AEntG, Vorb. Rz.3, §§ 1, 7 II AEntG in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht. Kommentar, 3. Aufl. 2008.

<sup>237</sup> Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts – Drs. 16/10117 – BT Drs. 16/11428 v. 17.12.2008, S.50;.

cher Mindestlohnsätze erfüllen die Anforderungen, die nach europäischem Recht (in der aktuellen Interpretation durch den EuGH) an ein derartiges Gesetz zu stellen sind.

Die Bestimmung über die Möglichkeit zur Aufnahme „anderer“ Kriterien bei der Beurteilung der Eignung von Bewerbern um öffentliche Aufträge bzw. bei der Erteilung des Zuschlags gemäß § 97 Abs. 4 S. 3 GWB gilt zwar nur im Bereich oberhalb der EU Schwellenwerte. Im unterschwelligen Bereich besteht keine ausdrückliche Regelung zur Berücksichtigung sozialer Kriterien.

Die insoweit vorhandene Lücke ist im Hinblick auf das Sozialstaatsgebot des Grundgesetzes aus Art. 20 GG dahingehend zu schließen, dass soziale Kriterien im unterschwelligen Bereich sogar noch weitergehend berücksichtigt werden können als nach dem maßgeblichen EU-Recht. Denn dieses ist, wie die Betonung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten nach dem EG-Vertrag zeigt, in besonderer Weise auf die Förderung des grenzübergreifenden Wettbewerbs zur Errichtung eines gemeinsamen Binnenmarktes ausgerichtet.

## 9. Regelungsbedarfe

1.

M. E. sollten die Tariftreuegesetze der Länder einstweilen nicht geändert werden. Denn es bleibt abzuwarten, ob die vom EuGH in den zuletzt gefällten einschlägigen Entscheidungen vertretene Rechtsposition auch weiterhin aufrecht erhalten wird. Da die Entscheidungen des EuGH nur für den jeweils anstehenden Rechtsfall Geltung beanspruchen, ist durchaus denkbar, dass das Gericht seine aktuell vertretene Auffassung in einem Parallelfall später korrigiert.

Will man aber insoweit sicher gehen und es nicht auf diese Möglichkeit ankommen lassen, dann bleibt nur die Alternative, die Tariftreueerklärungen in den Landesvergabegesetzen zu ändern. Sie sollten nicht die regional geltenden Tarifverträge in Bezug nehmen, sondern den jeweils nach dem AEntG durch Rechtsverordnung erstreckten Tarifvertrag.

Das bedeutet aber, dass

- a) entweder durch bundesgesetzliche Initiative **weitere Branchen in das AEntG** aufgenommen werden sollten oder aber
- b) wie in der Mehrzahl der übrigen EU-Länder ein allgemeinverbindlicher **gesetzlicher Mindestlohn** statuiert werden müsste.

Ersteres ist dann erforderlich, wenn das Landesvergabegesetz nicht allein die Baubranche, sondern auch andere Branchen erfasst. Dann ist nämlich die Korrespondenz zwischen den jeweiligen sachlichen Geltungsbereichen nach dem Landesvergabegesetz und dem AEntG herzustellen. Die aktuell geltende Fassung des AEntG vom 20.4.2009 listet insgesamt acht Branchen auf, für die die Bestimmungen des Arbeitnehmerendegesetzes gelten. Dies gilt auch für den vorliegend zu prüfenden Fall der Erbringung von Postdienstleistungen. Das AEntG a.F. ist in § 1 Abs. 1 S. 3 bereits durch Gesetz vom 28. Dezember 2007 um den Bereich der Briefdienstleistungen erweitert worden ist.

2.

Im Hinblick auf die von OVG Berlin-Brandenburg behaupteten Verfahrensfehler bei Erlass der Postmindestlohnverordnung vom 28.12.2007 ist zu empfehlen, dieses Verfahren zum Erlass der Rechtsverordnung erneut durchzuführen.<sup>238</sup>

---

<sup>238</sup> Ebenso Claus Zanker im Teil III, Kap. 7 vorliegender Arbeit. Die Auftragsvergabe von Postdienstleistungen unter Berücksichtigung sozialer Kriterien, Teil 1: Analyse der Ausschreibungs- und Vergabepaxis bei Brief-

## **10. Literatur**

Ahlberg/Bruun/Malmberg, The Vaxholm case from a Swedish and European perspective, in: TRANSFER, European Review of Labour and Research 2/06, S. 155ff.

Amtweiler, Chancen des Primärrechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte?, VergR 2008, 352ff.

Badura in: Badura/v. Danwitz/Herdegen/Sedemund/Stern (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum PostG, 2. Aufl. München 2004.

Bechtholsheim/Betz, Berücksichtigung von Entlohnungskriterien bei Vergabeentscheidungen, Stellungnahme im Auftrag der Gewerkschaft ver.di, Berlin, November 2006.

Bercusson, The Trade Union Movement and the European Union: Judgement Day, European Law Journal, 2007, S. 279ff.

Bieback, Die Wirkung von Mindestentgelttarifverträgen gegenüber konkurrierenden Tarifverträgen, AuR 2008, 234ff.

Bischoff in: Willenbruch/Bischoff, Vergaberecht, Kompaktcommentar, Köln 2008.

Blanke, Viking und Laval vor dem Europäischen Gerichtshof, AuR 2007, 249ff.; engl. Fassung: Observations on the Opinions of Advocates General Maduro and Mengozzi delivered on 23. May 2007 in the Viking and Laval cases, in: TRANSFER 3/07 S. 497ff.

Blanke, Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz. Die sozialen Lizenzanforderungen nach § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 PostG, in: Friedrich Ebert Stiftung (Hrsg.). WISO-Diskurs 2007, Anhang II, S. 78ff.;

Blanke, Sozialdumping im Postbereich, KJ H.3/2007, S. 208ff.

Bosch/Worthmann/Zühlke-Robinet, Die Entstehung von „Freihandelszonen“ im Arbeitsmarkt, WSI-Mitteilungen 2000, S. 671ff.

Braun, Sekundärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte?, VergR 2008, 361ff.

Bruun/Jacobs, Das ILO-Übereinkommen 94 am Morgen nach Ruffert, AuR 2008, S. 417ff.

---

dienstleistungen, Stuttgart, Mai 2009, S.46: „Das Bundesarbeitsministerium sollte deshalb den Post-Mindestlohn mit Bezug auf das reformierte Arbeitnehmer-Entsendegesetz neu verordnen.“

Bultmann, Beschaffungsfremde Kriterien: Zur „neuen Formel“ des Europäischen Gerichtshofs, ZfBR 2004, 134ff.

Bundesnetzagentur, Lage und Entwicklung auf dem Gebiet des Postwesens, Tätigkeitsbericht gemäß § 47 Abs. 1 PostG, Dezember 2007.

Bungenberg, in: Löwenheim/Meessen/Riesenkampf, Kartellrecht, Bd.2 GWB, München 2006.

Burgi, „Vergabefremde“ Kriterien, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Bd.IV Sekundärrecht, B, Öffentliches Auftragswesen (Hrsg. Hailbronner), Losebl. Stand 22. Erg.Lfg.Aug. 2003).

Burgi, Vergabefremde Zwecke und Verfassungsrecht, NZBau, 2001, S. 64ff.

Däubler, Tariftreueklausel nach der Rueffert-Entscheidung des EuGH, Gutachterliche Stellungnahme, Bremen 2008.

Deutscher Städte- und Gemeindebund: STGB-Leitlinien für die Vergabe von Postdienstleistungen durch Kommunen, im Internet unter:

[http://www.dstgb.de/homepage/positionspapiere/dstgb\\_leitlinien\\_fuer\\_die\\_vergabe\\_von\\_postdienstleistungen\\_durch\\_kommunen/leitlinien\\_post\\_vergabe.pdf](http://www.dstgb.de/homepage/positionspapiere/dstgb_leitlinien_fuer_die_vergabe_von_postdienstleistungen_durch_kommunen/leitlinien_post_vergabe.pdf) S. 2.

Dobmann, Volker, Die Tariftreueerklärung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Baden-Baden 2007.

Dorssemont, The right to take collective action versus fundamental economic freedoms in the aftermath of Laval and Viking, (unveröff.).

Dreher/Stockmann, Kartellvergaberecht, Auszug aus: Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst Joachim (Hrsg.), Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 3. Aufl. 2001.

Egger, Europäisches Vergaberecht, Baden-Baden 2008.

EU-Kommission, Mitteilung der Kommission vom 15.10.2001 „über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge“, KOM 2001, 566 endg.



Frank/Meyerholt, Gutachten zum Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte in Niedersachsen. Unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Aspekte einer Tarifregelung, Oktober 2007.

Frenz, in: Willenbruch/Bischoff, Vergaberecht, Kompaktcommentar, Köln 2009, § 97 GWB Rn.58.

Frenz, Soziale Vergabekriterien, NZBau 2007, 17ff.

Hailbronner, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl., Frankfurt/Main 2005 § 97.

Hausmann in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß (Hrsg.), Kommentar zur VOL/A, Köln 2007, § 28.

Höpner, Das soziale Europa findet nicht statt, Mitbestimmung 2008, 46ff.

Huber/Wollenschläger, Post und Vergaberecht, VergabeR 2006,431ff.

Goodarzi, Die Vergabe von Postzustellungsdienstleistungen, NVwZ 2007, 396ff.

Greiner, Das VG Berlin und der Post-Mindestlohn, BB 2008, 846.

Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht, Wien/Graz 2005.

Hohenstatt/Schramm, Tarifliche Mindestlöhne: Ihre Wirkungsweise und ihr Vermeidung am Beispiel des Tarifvertrages zum Post-Mindestlohn, NZA 2008, 433ff.

Input Consulting GmbH, Liberalisierung und Prekarisierung - Beschäftigungsbedingungen bei den neuen Briefdienstleistern in Deutschland, Stuttgart, Dezember 2006.

Input Consulting GmbH, Im Gleichklang? Befunde zur Liberalisierung und Regulierung des Postsektors in ausgewählten EU-Mitgliedstaaten, Stuttgart, Juni 2006.

Jaestedt/Kemper/Marx/Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, 1999.

Jaspers, The Right to Collective Action in European Law, in: Dorssemont/Jaspers/Hoeck (Hrsg.), Cross-Border Collective Actions in Europa: A Legal Challenge, Antwerpen- Oxford, 2007.

Jochum, Georg, B 21, Geltung des Vergaberechts für Sektorenauftraggeber SKR, in: Grabitz/Eberhard/Hilf, Meinhard (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Bd.IV, Sekundärrecht B, Öffentliches Auftragswesen, Loseblatt, (25. Ergänzungslieferung).

Joerges/Rödl, Über das soziale Defizit des Europäischen Integrationsprojekts und seine Verstärkung durch eine entformalisierte Politik und eine formalistische Rechtsprechung, KJ 2008, 133ff.

Klebeck, Grenzen staatlicher Mindestlohntariferstreckung, NZA 2008, 446ff.

Kocher, Kollektivverhandlungen und Tarifautonomie - welche Rolle spielt das europäische Recht?, AuR 2008, 13ff.

Kocher, Die Tariftreueerklärung vor dem EuGH, DB 2008, 1042ff.

Kokott, Die Auslegung der Entsende-Richtlinie durch den EuGH in den Entscheidungen Laval und Rüffert, Vortrag im Rahmen des vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales organisierten Symposiums „Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes auf das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten, Berlin, 26.6.2008

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Mitteilung „über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge“ v. 15.10.2001, KOM (2001) 566 endg.

Krimphove, Europäisches Arbeitsrecht, Darmstadt, 1996.

Krohn, Umweltschutz als Zuschlagskriterium: Grünes Licht für ‚Ökostrom‘, NZBau 2004.92ff.

Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, Neuwied, 2006.

Lakies, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, Anhang 2 zu § 5, AEntG.

Löwenheim/Meessen Riesenkampff, (Hrsg.), Kartellrecht, Bd.2, München 2006.

Löwenich, Überlegungen zur Vereinbarkeit der Landesvergabegesetze von Niedersachsen und Bremen mit dem Grundgesetz, ZfBR 2004, 23ff.

Maier, Postmindestlohn: Wer verdrängt hier wen?, AuR 2008, 387ff.

Maier, Unterbietung des Mindestlohns durch Tarifverträge, NZA 2009, 351ff.

Marx /Prieß, in: Jaestedt/Kemper/Marx/Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe 1999

Marx, Kommentar zu §§ 97ff. GWB, in: Mozke u.a., Beck'scher VOB-Kommentar 2001.

Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln, Sondergutachten gemäß § 44 Postgesetz in Verbindung mit § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz 1996, Dezember 2007.

Mühlbach, Tariftreue und europäisches Vergaberecht, RdA 2003, 339ff.

Müller-Wrede (Hrsg.), Verdingungsordnung für Leistungen. Kommentar zur VOL/A, 2. Aufl., Köln 2007.

Otting in: Bechthold, GWB Kommentar, 5. Aufl., München 2008.

Pape, Vergaberechtliche Anforderungen an Privatisierungen und praktische Verfahrensgestaltung, in: Blanke/Vedder (Hrsg.), Handbuch Privatisierung, 2. Aufl., Teil III, S. 26 (Im Erscheinen)

Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 3. Aufl., 2005.

Rechten, Die Novelle des EU Vergaberechts, NZBau 2004, 366ff

Reich, Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union - the *Laval* and *Viking* Cases before the ECJ, German Law Journal, Nr. 2/2008, S. 125ff.

Reich, Gemeinschaftliche Verkehrsfreiheiten versus Nationales Arbeitskampfrecht, EuZW 2007, 391ff.

Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, Kommentar, § 97 GWB.

Rieble, Tariftreue vor dem BVerfG, NZA 2007, 1ff.

Rust, GWB-Vergaberecht und soziale Standards, EuZw 1999, 453ff.

Säcker, Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht, Rechtsgutachten im Auftrag der BNetzA., Berlin, Januar 2007.

Schick, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2007.

Schlachter, in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie. Handkommentar, Baden-Baden 2008.

Schröder, Zur Post-Mindestlohnverordnung, EWIR 2008, 289.

Schulten/Pawicki, Tariftreuerregelungen in Deutschland - Ein aktueller Überblick, in: WSI-Mitteilungen 4/2008, S. 184ff.

Seidel, in: Dausies, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 21. Ergänzungslieferung, 2008.

Sittard, Neue Mindestlohngesetze in Deutschland, NZA 2009, 346ff.

Sunnus, Arbeitskampfrecht in Bewegung? Alte Begriffe und neue Rechtsprechung, AuR 2008, 1ff.

Tillmanns, Art. 27, 30,34 EGBGB und dgl., AEntG, in: Henssler/ Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht. Kommentar, 3. Aufl. 2008.

Wein, Auf der Speisekarte der DPAG: Rechtliche oder ökonomische Marktzutrittschancen? University of Lüneburg, Working Paper Series in Economics, Nr. 121, März 2009.

Weyand, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, (Stand 29.7.2008).