

# Einführung

## I. Motivation des Gesetzgebers

Vergaberecht ist mehr als nur ein Instrument zur möglichst wirtschaftlichen und damit haushaltsschonenden Beschaffung. Die öffentliche Hand erhält Marktübersicht, soweit für den Gegenstand der öffentlichen Auftragsvergabe keine objektiven Marktpreise existieren. Zugleich wird der Markt für Unternehmen – auch aus anderen Mitgliedsstaaten – geöffnet und eine vergabefremde Einflussnahme durch Dritte minimiert, sobald sich die ausschreibende Stelle in das Licht der Öffentlichkeit begibt. Transparente Ausschreibungsverfahren gelten als geeignetes Mittel, um die mit freihändigen Auftragsvergaben in Verbindung gebrachte Willkür, Korruption und Parteilichkeit zurückzudrängen. Gerade die dem Vergaberecht zugewiesene Funktion der Markttöffnung begründet die Einschätzung der Europäischen Kommission<sup>1</sup>, nach der das Vergabewesen als „Schlüsselbereich des Binnenmarkts“ anzusehen ist. Diese als Primärziele umschriebenen Funktionen des Vergaberechts treten zunehmend in den Hintergrund. Verantwortlich für diese Entwicklung ist neben dem Europarecht die steigende Dichte von Landesvergabegesetzen, die immer mehr Themenbereiche abseits der rein wirtschaftlichen Betrachtung enthalten. Köster<sup>2</sup> fragte zuletzt sogar provokativ: „Wird die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung nun zum ‚vergabefremden Kriterium‘?“

Hintergrund dieser Frage ist die Stärkung von Sekundärzwecken bzw. vergabefremder Zwecke. Die enorme wirtschaftliche Bedeutung der öffentlichen Auftragsvergabe – exakten Zahlen existieren nicht, die Schätzungen belaufen sich allein für Deutschland aber auf einen mittleren dreistelligen Milliardenbetrag pro Jahr bzw. auf europäischer Ebene auf einen Anteil von ca. 16 % des Bruttoinlandsprodukts der Europäischen Union – hat Begehrlichkeiten geweckt. Die Politik hat erkannt, dass sie durch die Betonung einzelner vergabefremder Zwecke über eine Möglichkeit verfügt, politische Ziele zu verfolgen und auf die Gesellschaft einzuwirken, ohne in besonderem Maße selbst Haushaltsmittel hierfür einstellen zu müssen. Eine Aussage einer NRW-Landtagsabgeordneten aus der ersten Lesung zum Tariftreue- und Vergabegesetz NRW<sup>3</sup> bringt es zutreffend auf den Punkt:

*„Man muss sich einmal klarmachen, worum es eigentlich geht: 50 Mrd. Euro werden in Nordrhein-Westfalen im Einkauf umgesetzt: vom Land, von den Kommunen, von den Landschaftsverbänden. Wir haben damit einen enormen Hebel in der Hand, mit dem wir etwas tun können, wenn wir ihn richtig einsetzen.“*

Vergaberecht kann als Mittel zur Wirtschaftspolitik eingesetzt werden. Abseits der unzulässigen Förderung nationaler Unternehmen („buy national“) wird die öffentliche Auftragsvergabe immer häufiger verknüpft mit vergabefremden

1 Mitteilung der Kommission zur Binnenmarktstrategie, KOM(2003), 238 endg., S. 18.

2 Köster, DÖV 2012, 474.

3 Daniela Schneckenberger, MdL, Plenarprotokoll Nr. 15/40 vom 22.7.2011, S. 4031.

Zwecken. Angetrieben von der Europäischen Union und dem Bund, die beide insbesondere Umweltaspekte („buy green“) und Sozialaspekte („buy social“) vorantrieben, nimmt das Vergaberecht als Mittel zur Wirtschaftspolitik durch die Landesvergabegesetze erst richtig an Fahrt auf. Nicht das erste entsprechende Vergabegesetz, wohl aber damals eines der weitgehendsten Landesvergabegesetze hat Nordrhein-Westfalen Anfang 2012 verkündet, das nicht nur in unterschiedlichen Phasen die Berücksichtigung der unterschiedlichen vergabefremden Aspekte ermöglicht, sondern diese zum Teil auch vorschreibt. Nicht grundlos wählte der Gesetzgeber von Nordrhein-Westfalen den etwas sperrigen Namen „Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge“, der klar vor Augen führt, dass es um mehr geht als nur das beste Preis-Leistungs-Verhältnis. Die insgesamt 22 Paragraphen drehen sich daher im Wesentlichen auch um diese Kriterien, ihre Berücksichtigung im Ausschreibungsverfahren und ihre Konsequenzen für die Vertragsgestaltung und die Auftragsausführung.

## II. Generelle Kritik an den Zielen des TVgG-NRW

- 4 Wie bereits im Vorwort erwähnt, soll die Entscheidung des demokratisch legitimierten Landesgesetzgebers zugunsten der mit dem TVgG-NRW verfolgten Ziele und die enthaltenen Kerninhalte nicht hinterfragt werden. Gleichwohl sollen zu Beginn auf einige Gedanken zur neuen Rolle des öffentlichen Vergabewesens hingewiesen werden. Näher betrachtet entfernt sich das Vergaberecht durch die Aufnahme weiterer (Sekundär-)Ziele vom ursprünglichen Zweck, also der möglichst wirtschaftlichen Beschaffung. Mögen Gedanken zu den Kosten im Lebenszyklus sich insoweit noch einfügen lassen, sollte unstrittig sein, dass durch die Pflichtvorgabe höherer Löhne die Beschaffung für den Auftraggeber teurer wird. Damit einher geht ein erhöhter Aufwand für die Angebotserstellung auf Seiten der Bieter, und für die Vergabevorbereitung sowie Angebotsprüfung auf Seiten der ausschreibenden Stellen. Erste Stimmen in der Literatur<sup>4</sup> kritisieren diese Abkehr von originären Zielen des Vergaberechts und die zugleich mit den Landesvergabegesetzen verknüpfte Rechtszersplitterung. Dem ist insoweit zuzustimmen, dass sich einzelne Landesvergabegesetze zwar ähneln, inhaltlich identisch sind sie jedoch nicht. Da zugleich minimale Unterschiede in der Wortwahl große Folgen haben können, müsste sich ein bundesweit agierendes Unternehmen in die Feinheiten aller Landesvergabegesetze einarbeiten, die zugleich alle der steten Überarbeitung unterliegen. Dabei wirkt sich eine Rechtszersplitterung nur selten positiv auf die Rechtssicherheit aus. Selbst angedachte Präqualifizierungsverfahren können bei bundesweit agierenden Unternehmen nur bedingt zur Entlastung beitragen.

---

4 Besonders deutliche Kritik findet sich im Festschriftbeitrag von *Summa*, in: Festschrift für Fridhelm Marx, 2013, S. 763 ff., der insbesondere die Anforderungen nach § 18 TVgG NRW kritisiert und von einer „Aufforderung zur vorsorglichen schriftlichen Lüge“ spricht.

### III. Geschichtliche Entwicklung

Das erste, auf Dezember 2002 datierende Gesetz zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen im Land Nordrhein-Westfalen (Tariftreuegesetz Nordrhein-Westfalen) hob der nordrhein-westfälische Landtag mit Wirkung zum 21.11.2006 wieder auf, da aus Sicht des Landtags die Ziele des Tariftreuegesetzes nicht erreicht worden seien. Unter Bezug auf ein im Auftrag des Landtags erstelltes Gutachten wurde auf erhebliche Umsetzungsschwierigkeiten in der Praxis bezüglich Kalkulationsüberprüfungen und Kontrollen verwiesen<sup>5</sup>. Der nordrhein-westfälische Landtag kam damit dem Europäischen Gerichtshof zuvor, der in der Rechtssache *Rüffert* am 3.4.2008 auf Vorlage des OLG Celle das niedersächsische Vergabegesetz und damit weite Teile des deutschen Tariftreue-systems als europarechtswidrig verwarf. Er eliminierte damit die noch junge Rechtssicherheit, die das Bundesverfassungsgericht<sup>6</sup> zwei Jahre zuvor noch mit der Aussage schuf, dass das Berliner Tariftreueverlangen aufgrund des Schutzes der Bauunternehmen vor Verdrängungswettbewerb über Lohnkosten, der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit im Bausektor, des Schutzes von Auftragnehmern tarifgebundener Unternehmen, der Entlastung der Systeme der sozialen Sicherheit sowie der Unterstützung des Vertragssystems als Mittel zur Sicherung sozialer Standards als gerechtfertigten Eingriff in die Berufsfreiheit der Auftragnehmer nach Artikel 12 Abs. 1 GG qualifizierte.

Nachdem es vorübergehend still wurde um die Bedeutung von Landesvergabegesetzen, setzte ungefähr im Jahr 2010 eine zweite Welle von Landesvergabegesetzen ein. So statuierte beispielsweise das Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz vom 8.7.2010<sup>7</sup> diverse Vorgaben hinsichtlich Tariftreue und Mindestentlohnung. Es setzte eine Mindestentlohnung von 7,50 Euro fest, sofern es für bestimmte Branchen keine Tarifverträge gibt oder die dort vorgesehenen Tariflöhne den Lohn von 7,50 Euro unterschreiten. Zwischenzeitlich hob der Berliner Senat den Mindestlohn auf 8,50 Euro an. Weitere Länder verabschiedeten ähnliche Gesetze, mögen im Detail auch Unterschiede bestehen<sup>8</sup>.

Nach dem Regierungswechsel in Nordrhein-Westfalen im Jahr 2010 vereinbarten die Regierungsparteien, erneut ein Landesvergabegesetz zu erlassen. Nach der Begutachtung einiger Fragestellungen und der internen Ressortabstimmung stellte die Landesregierung am 14.7.2011 einen Entwurf vor<sup>9</sup>. Auf 53 Seiten legte die Landesregierung einen Gesetzesentwurf samt Begründungen vor, mit dem nicht nur unfaire Löhne bekämpft werden sollten, sondern auch ein fairer Wettbewerb gewährleistet. Anschließend durchlief das TVgG-NRW den üblichen Gesetzgebungsgang, ohne dass es zu nennenswerten inhaltlichen Änderungen kam. Auf die erste Lesung am 22.7.2011 folgte die Überweisung an die Ausschüsse. Bei der öffentlichen Anhörung am 18.10.2011 nahmen zahlreiche Be-

5 Vgl. die Begründung zum Gesetz zur Aufhebung des Tariftreuegesetzes Nordrhein-Westfalen, LT-Drs. 14/1859.

6 BVerfG, Beschl. v. 11.7.2006 – 1 BvK 4/00, Rn. 56, BVerfGE 116, 202 - *Tariftreueerklärung II*.

7 Verkündet am 22.7.2010, GVBl. S. 399.

8 Vgl. die Übersicht bei *Meißner*, VergabeR 2012, 301.

9 LT-Drs. 15/2379.

troffene ausführlich Stellung zum geplanten TVgG-NRW, insbesondere der Städtetag NRW, Landkreistag NRW, der Städte- und Gemeindebund NRW sowie der Verband kommunaler Unternehmen in einer gemeinsamen Stellungnahme<sup>10</sup>. Alleine in der öffentlichen Anhörung gingen 14 Stellungnahmen ein<sup>11</sup>.

- 8 Nach entsprechender Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft, Mittelstand und Energie verabschiedete der Landtag am 21.12.2011 das TVgG-NRW in zweiter Lesung. Das Gesetz wurde am 10.1.2012 mit nur geringen Änderungen gegenüber dem Ausgangsentwurf verkündet<sup>12</sup> und trat entsprechend der Vorgabe in § 22 Abs. 1 TVgG-NRW zum 1.5.2012 in Kraft.
- 9 Nachdem sich der Landtag am 14.3.2012 aufgelöst hatte, konnte die in Teilen notwendige, konkretisierende Rechtsverordnung zur Umsetzung des TVgG-NRW nicht mehr bis zum Inkrafttreten verabschiedet werden, zumal auch ein Landtagsausschuss gemäß § 21 TVgG-NRW mitwirken musste. Um der aufgetretenen Rechtsunsicherheit zu begegnen, wurde daher am 17.4.2012 ein **gemeinsamer Runderlass** als Übergangslösung veröffentlicht<sup>13</sup>. Auf fünf Seiten beantwortete der Erlass grundlegende Fragen. Einige Anlagen sollten den öffentlichen Auftraggebern als Muster dienen. Gleichwohl ließ selbst der Übergangserlass zahlreiche Fragen offen.
- 10 Anschließend wurden häufig gestellte Fragen in einem **Fragen-und-Antworten-Katalog**<sup>14</sup> seitens der Landesregierung beantwortet. Diese erstmals im Juli 2012 erschienene FAQ-Liste wurde wiederholt überarbeitet – einige Antworten wurden gestrichen, neue Antworten hinzugefügt. Aktueller Stand ist 11.11.2013.
- 11 Nachdem am 18.12.2012 der **Verordnungsentwurf** vom Landeskabinett verabschiedet und dem Landtag zugeleitet wurde<sup>15</sup>, verweigerte der zuständige Ausschuss für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk am 16.1.2013 zunächst sein Einvernehmen und rief für den 25.2.2013 eine öffentliche Anhörung ein. Hintergrund für den entsprechenden Antrag waren kritische Stimmen, die besonders von kommunaler Seite gegen die im Landeskabinett beschlossene Fassung laut wurden. Zusätzlich zu den angeforderten Stellungnahmen erreichten den Ausschuss zur **Anhörung** noch neun weitere Stellungnahmen<sup>16</sup>.

10 Stellungnahme Nr. 15/977 v. 12.10.2011.

11 Eine Übersicht findet sich zu Beginn des Protokolls zur öffentlichen Anhörung, Ausschussprotokoll 15/314 v. 18.10.2011.

12 GV. NRW. 2012 Nr. 2, S. 17-25.

13 Übergangsregeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge nach Inkrafttreten des Tarifreue- und Vergabegesetzes Nordrhein-Westfalen (TVgG-NRW). Gem. RdErl. des Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Bauen, Wohnen und Verkehr (AZ: II B 2 – 81 – 00/2-2), des Finanzministeriums, des Ministeriums für Arbeit, Integration und Soziales, des Ministeriums für Inneres und Kommunales, des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz sowie des Ministeriums für Gesundheit, Emanzipation, Pflege und Alter v. 17.4.2012. Hier abgedruckt, S. 267 ff.

14 Abrufbar unter <http://www.vergabe.nrw.de> → Bereich Wirtschaft → FAQ-Liste zum Tarifreue- und Vergabegesetz NRW.

15 LT-Vorlage 16/484 v. 18.12.2012.

16 APr. 16/180.

Im April 2013 verabschiedete das Landeskabinett den leicht geänderten zweiten Entwurf zur RVO<sup>17</sup> und leitete diesen mit Schreiben vom 16.4.2013 an den zuständigen Ausschuss weiter. Der bereits für den 10.4.2013 angesetzte Ausschuss vertagte die Beschlussfassung. In der nachfolgenden Ausschusssitzung am 8.5.2013 erteilte der Ausschuss – nach vorgelagerter Diskussion über eine erneute Anhörung – sein Einvernehmen<sup>18</sup>.

Mit über einem Jahr Verspätung trat zum 1.6.2013 die **Verordnung zur Regelung von Verfahrensanforderungen in den Bereichen umweltfreundliche und energieeffiziente Beschaffung, Berücksichtigung sozialer Kriterien und Frauenförderung sowie Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie bei der Anwendung des Tariftreue- und Vergabegesetzes Nordrhein-Westfalen (Verordnung Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen – RVO TVgG-NRW)** in Kraft<sup>19</sup>, die vorrangig die Vorgaben der §§ 17 bis 19 TVgG-NRW konkretisiert<sup>20</sup>.

Begleitet wurde die Durchführungsverordnung von einem zu diesem Zweck herausgegebenen und bereits im ursprünglichen Gesetzgebungsverfahren für 2012 angekündigten **Praxisleitfaden**<sup>21</sup>. In diesem Leitfaden nahm es sich die Landesregierung zur Aufgabe, „zur Erreichung der höchstmöglichen Anwenderfreundlichkeit [...] Antworten [zu] geben und Praxisbeispiele aufzuzeigen, wie die Umsetzung der Nachhaltigkeitsaspekte des TVgG-NRW ‚vor Ort‘ gelingen kann<sup>22</sup>.“ Der Leitfaden befasst sich nur mit den Fragen der RVO, was bereits vom Grundgedanken her die Gefahr birgt, die Beteiligten bei Fragen zum TVgG-NRW im Unklaren zu lassen. Die im Gesetzgebungsverfahren erteilte Zusage, mit einem Leitfaden die Einführung des TVgG-NRW zu unterstützen<sup>23</sup>, bleibt damit weiterhin (partiell) unerfüllt.

Zumindest Verwunderung kann entstehen, wenn man den Praxisleitfaden parallel zur RVO liest und dabei bedenkt, dass beide Werke zeitgleich und von demselben Urheber, der Landesregierung, stammen. In der Ausschusssitzung vom 8.5.2013, in der das Einvernehmen zur RVO erteilt wurde, wies Wirtschaftsminister *Duin* auf den Praxisleitfaden hin, der wenig später erschien. Beide Werke lagen also in ihrer finalen Fassung Anfang Mai 2013 vor. Gleichwohl wird im Leitfaden auf (potentielle) Schwachstellen in der RVO hingewiesen, die zu diesem Zeitpunkt in der RVO wohl noch beseitigt hätten werden können: So wird im Praxisleitfaden erklärt, dass die Ausnahme in § 1 Abs. 3 RVO (keine Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten, wenn die Waren unwesentlich für den öffentlichen Auftrag sind) nicht für Lieferaufträge gilt<sup>24</sup>.

17 LT-Vorlage 16/806 v. 16.4.2013.

18 APr 16/245.

19 GV. NRW. Nr. 16 v. 31.5.2013.

20 Zu den weiteren Rechtsverordnungen siehe sogleich Rn. 19.

21 Leitfaden zur Rechtsverordnung zum Tariftreue- und Vergabegesetz NRW (Praxisleitfaden). Abzurufen unter <http://www.vergabe.nrw.de> → Bereich Wirtschaft → Tariftreue- und Vergabegesetz NRW → Praxisleitfaden zur RVO TVgG-NRW.

22 Praxisleitfaden, S. 3.

23 So die Ankündigung des damaligen Wirtschaftsministers *Voigtsberger* in der ersten Lesung, Plenarprotokoll Nr. 15/40 v. 22.7.2011, S. 4026.

24 Praxisleitfaden, S. 6.

Wäre dieser sinnvolle Hinweis in der RVO umgesetzt worden, so wäre sie von sich heraus verständlicher. Stattdessen wird der möglichen Kritik an dieser Ausnahmenvorschrift, namentlich dass diese nicht vom TVgG-NRW gedeckt ist<sup>25</sup>, dadurch Rechnung getragen, dass nach Prüfung der „Wesentlichkeit“ des Wareneinsatzes für den Fall der „Unwesentlichkeit“ geprüft werden soll, ob nicht „hinsichtlich der zu beschaffenden Gegenstände gleichwohl ein Funktionszusammenhang zu Nachhaltigkeitsaspekten“<sup>26</sup> gegeben sei. Diese ergänzende Prüfung findet weder in der RVO noch in deren Begründung Erwähnung; dort wird ausschließlich nach dem Wertanteil unterschieden.

- 16** Die Reichweite dieses Problems soll anhand eines einfachen Beispiels demonstriert werden: Ein öffentlicher Auftraggeber will Rechtsberatungsleistungen beschaffen und überlegt, ob er eine Verpflichtungserklärung zu den Mindestlohnstandards der ILO-Kernarbeitsnormen einholen soll. Sein erster Blick gilt dem Gesetz, also § 18 TVgG-NRW i.V.m. § 2 Abs. 5 TVgG-NRW. Hiernach ist mit Angebotsabgabe eine schriftliche Verpflichtungserklärung einzufordern, wenn gleich sich der Bieter die Frage stellen mag, welche Waren betroffen sind. Um derartigen Bedenken zu begegnen, hat die Landesregierung in ihrem Fragenkatalog<sup>27</sup> erklärt, dass es keiner Verpflichtungserklärung bedarf, wenn praktisch keine Waren eingesetzt werden. Diese Linie findet Bestätigung in § 1 Abs. 3 Satz 1 RVO, wonach Nachhaltigkeitsaspekte – einschließlich der Verpflichtungserklärung bezüglich § 18 TVgG-NRW – bei nur unwesentlichem Wareneinsatz nicht zwingend zu beachten sind. Hierzu wird (nur) im Praxisleitfaden wiederum eine Rückausnahme gemacht: der Funktionszusammenhang zu Nachhaltigkeitsaspekten ist zu prüfen.<sup>28</sup> Dieser darf daher nicht mit dem Hinweis abgelehnt werden, dass keine sensiblen Waren eingesetzt werden. Denn nach dem zweiten Praxisbeispiel des Leitfadens soll sich ein besonderer Nachhaltigkeitsbezug auch aus Themenstellungen (dort: Motto des Stadtfests) ergeben. D.h. es wäre – wenig sinnvoll –, nach dem Inhalt der rechtlichen Beratungsleistungen zu unterscheiden.

## IV. Gesetzgebungskompetenz

- 17** Obwohl der Bundesgesetzgeber mit dem Kartellvergaberecht (§§ 97 ff. GWB) eine umfangreiche Kodifikation des öffentlichen Beschaffungswesens vorgelegt hat, verfügen die Landesgesetzgeber über die nötige Gesetzgebungskompetenz, eigene Landesvergabegesetze aufzustellen<sup>29</sup>. Das Bundesverfassungsgericht<sup>30</sup> hat hierzu bereits 2006 geurteilt, dass der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz nach Art. 70 GG in Verbindung mit Art. 72 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG („Recht der Wirtschaft“) nicht abschließend Gebrauch

25 Siehe Rn. 33 f.

26 Praxisleitfaden, S. 6.

27 Vgl. Frage 5 zu Ziffer 11 („Soziale Kriterien“) des Fragen-und-Antworten-Katalogs der Landesregierung (Stand: 11.11.2013).

28 Praxisleitfaden, S. 6 f.

29 Vgl. mit Blick auf das TVgG-NRW *Liebschwager*, NWVBl. 2012, 249 (254).

30 BVerfG, Beschl. v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, Rn. 56, BVerfGE 116, 202 – *Tariftreuerklärung II*.

gemacht hat. Die Bundesländer sind daher dazu berechtigt, Spielräume eigenständig zu füllen. Dies gilt erst recht dort, wo das GWB explizit diese Möglichkeit vorsieht. So ermöglicht etwa § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB den Landesgesetzgebern im Rahmen der Eignung, andere oder weitergehende Anforderungen an Auftragnehmer zu stellen. Schließlich hat der Bundesgesetzgeber mit dem GWB auch nur die sog. Oberschwellenvergabe geregelt, sodass bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte des § 2 VgV die Gesetzgebungskompetenz weiterhin den Ländern nach Art. 72 GG zusteht.

An vereinzelt Stellen ist in Zukunft aber durchaus damit zu rechnen, dass die Gesetzgebungskompetenz des Landes infrage gestellt wird: So sind Bedenken etwa in Bezug auf § 4 Abs. 5 TVgG-NRW (gleiche Entlohnung von entliehenen Arbeitskräften mit regulär Beschäftigten) nicht von der Hand zu weisen, seitdem der Bundesgesetzgeber den Grundsatz der Gleichbehandlung im ArbeitnehmerüberlassungsG geregelt hat<sup>31</sup>. Auch die Kompetenz des Landesgesetzgebers in Bezug auf (zwingende) Vorgaben zu Zuschlagskriterien wirft zumindest Fragen auf, da der Bundesgesetzgeber hier – anders als hinsichtlich Eignungskriterien in § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB – keine Öffnungsklausel vorgesehen hat. Des Weiteren wird auf die einzelnen Erläuterungen verwiesen. **18**

## V. Weitere Normsetzung in Rechtsverordnung und Verwaltungsvorschriften

Zugleich vermittelt das TVgG-NRW in § 21 anderen Stellen (Landesregierung, Landtagsausschüsse, Ministerien, noch einzurichtende Ausschüsse) die Kompetenz, weitere Festlegungen zu treffen. Wie schon auf Bundesebene mit dem sog. Kaskadensystem (GWB, VgV, SektVO, VSVgV, Vergabe- und Vertragsordnungen) wird das Landesvergaberecht damit auch wieder aufgeteilt auf unterschiedliche Rechtsquellen. Im Einzelnen zu nennen sind hier: **19**

- **Rechtsverordnung nach § 21 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 TVgG-NRW**, in der festgestellt wird, welche Tarifverträge im Bereich des ÖPNV repräsentativ sind<sup>32</sup>,
- **Rechtsverordnung nach § 21 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 TVgG-NRW**, in der die Höhe des in § 4 Abs. 3 Satz 1 TVgG-NRW festgelegten Mindestentgelts (vergabespezifischer Mindestlohn) angepasst werden kann<sup>33</sup>,
- **Rechtsverordnung nach § 21 Abs. 4 Nr. 1 bis Nr. 3 TVgG-NRW**, die insbesondere die Verfahrensanforderung in Zusammenhang mit den vergabefremden Aspekten nach § 17 (Umwelt und Energieeffizienz), § 18 (ILO-Kernarbeitsnormen) und § 19 (Frauenförderung, Vereinbarkeit von Familie und Beruf) konkretisieren soll<sup>34</sup>,
- **Rechtsverordnung nach § 21 Abs. 4 Nr. 4 TVgG-NRW**, in der eine andere Behörde zur Prüfbehörde bestimmt werden kann,

31 Dazu Rn. 285 ff.

32 Dazu unten Rn. 257 ff.

33 Zum Anpassungsverfahren unten Rn. 280 ff.

34 Die Verordnung Tarifreue- und Vergabegesetz NRW vom 14.5.2013 ist zum 1.6.2013 in Kraft getreten (Gesetz- und Verordnungsblatt Nr. 16/2013 vom 31.5.2013, S. 254).

- **Rechtsverordnung nach § 21 Abs. 4 Nr. 5 TVgG-NRW**, in der eine Kosten- ausgleichsregelung nach dem Konnexitätsausführungsgesetz getroffen werden kann sowie
- **Allgemeine Verwaltungsvorschriften nach § 20 TVgG-NRW**, in der die §§ 17 bis 19 TVgG-NRW konkretisiert werden.

## VI. Das Verhältnis zwischen Rechtsverordnung und Gesetz

### 1. Allgemeines

- 20** Mit einer Verzögerung von gut einem Jahr hat die Landesregierung im Einvernehmen mit dem zuständigen Ausschuss des Landtags die zentrale Rechtsverordnung zum TVgG-NRW verabschiedet. Wie sich bereits aus dem Namen der Rechtsverordnung ergibt – sie schmückt als voller Titel „Verordnung zur Regelung von Verfahrensanforderungen in den Bereichen umweltfreundliche und energieeffiziente Beschaffung, Berücksichtigung sozialer Kriterien und Frauenförderung sowie Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie bei der Anwendung des Tariftreue- und Vergabegesetzes Nordrhein-Westfalen“ –, dient sie im Weitesten der Konkretisierung der §§ 17 bis 19 TVgG-NRW. Notwendige Ermächtigungsgrundlagen für die Rechtsverordnung sind § 21 Abs. 4 Nr. 1 bis 3 TVgG-NRW allgemein und – rein deklaratorisch, weil ohne Mehrwert – § 19 Abs. 3 TVgG-NRW im Hinblick auf Aspekte der Frauenförderung sowie der Vereinbarkeit von Familie und Beruf.
- 21** Die Notwendigkeit einer Ermächtigungsgrundlage folgt aus der nordrhein-westfälischen Landesverfassung, genauer Art. 70 LVerf NRW. Dem Gesetzgeber obliegt aus rechtsstaatlichen Gründen, selbst zu bestimmen, wie weit er Entscheidungsgewalt in das Ermessen der Exekutive überträgt. Dabei darf die Exekutive im Wege einer Rechtsverordnung nur eingreifen, wenn es eine gesetzliche Ermächtigung gibt und diese Ermächtigung nach Inhalt, Zweck und Ausmaß so hinreichend bestimmt ist, dass mögliche Eingriffe bereits beim Blick in das Gesetz voraussehbar und berechenbar sind<sup>35</sup>.
- 22** Der Zweck der Rechtsverordnung und damit aus staatsorganisatorischen Gründen zugleich ihre Grenze folgt aus dem TVgG-NRW, welches in § 21 Abs. 4 Nr. 1 bis 3 TVgG-NRW die Vorgabe aufstellt, dass die RVO das TVgG-NRW im Hinblick auf das bei § 17 bis 19 TVgG-NRW zu beachtende Verfahren konkretisiert. Das TVgG-NRW spricht insoweit von „Verfahrensanforderungen“. Bei der Entscheidung des Landesgesetzgebers fallen zwei Punkte auf, die zwar legitim geregelt wurden, aber in Zukunft noch für Fragezeichen sorgen könnten: Erstens werden lediglich die „Verfahrensanforderungen“ konkretisiert bzw. im Falle des § 19 TVgG-NRW „geregelt“. Zweitens soll die RVO das TVgG-NRW nur partiell **konkretisieren**, namentlich Umweltschutz und Energieeffizienz (§ 17), ILO-Kernarbeitsnorm und fairen Handel (§ 18) sowie Frauenförderung und Vereinbarkeit von Familie und Beruf (§ 19).

35 Vgl. BVerfG, Entsch. v. 15.11.1967 – 2 BvL 7/64, 2 BvL 20/64, 2 BvL 22/64, BVerfGE 22, 330, Leitsatz 1.



Abgesehen von vereinzelten Punkten, die durch separate Rechtsverordnungen konkretisiert werden<sup>36</sup>, heißt dies aber zugleich: Die RVO ist nach dem qualifizierten Willen des Landesgesetzgebers nicht dazu gedacht, die allgemeinen Regeln (§ 3 TVgG-NRW), die Pflichten im Zusammenhang mit Tariftreue und sonstiger Vergütung (§ 4 TVgG-NRW) oder etwa den Anwendungsbereich (§ 2 TVgG-NRW) auszugestalten. 23

## 2. Vorgaben außerhalb von §§ 17 bis 19 TVgG-NRW

Schwerpunkt der RVO sind die sog. Nachhaltigkeitsaspekte der §§ 17 bis 19 TVgG-NRW, die ab dem zweiten Teil (§§ 6 ff. RVO) ausgestaltet werden. Bewusst hat die Landesregierung weitere Regelungen und allgemeine Erläuterungen insbesondere in den allgemeinen Teil der RVO (§§ 1 bis 5) aufgenommen. Hierzu heißt es in der Begründung zur RVO<sup>37</sup>: *„In Teilen finden sich in der Rechtsverordnung darüber hinaus auch allgemeine Erläuterungen. Sie sind klarstellender Natur und behandeln themenübergreifende Fragestellungen, die notwendigerweise einer Klärung zugeführt werden müssen, um das Grundkonzept des Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen praxisgerecht umsetzen zu können. Im Übrigen zielt diese Rechtsverordnung darauf ab, durch Klarstellung der Intentionen des Gesetzes und Erläuterungen der rechtlichen Vorgaben die rechtssichere Anwendung der gesetzlichen Vorgaben in der Praxis zu vereinfachen.“* Die Motivation der Landesregierung erscheint legitim, gerade mit Blick auf die verbreitete Kritik das TVgG-NRW sei wenig praxisgerecht. Dass für Klarstellungen und Erläuterungen auch Raum in den umfangreichen Fragen- und Antworten-Katalogen der Landesregierung oder im Praxisleitfaden ist, steht dem nicht entgegen<sup>38</sup>. 24

Rechtliche Bedenken gegen die Ausführungen im allgemeinen Teil treten aber dort auf, wo sich die RVO eben nicht mehr auf die Klarstellungen und allgemeinen Erläuterungen beschränkt, sondern neue Anforderungen stellt. Dies betrifft inhaltliche Standards ebenso wie solche an das zu beachtende Verfahren. Wichtiges Beispiel hierfür ist § 4 Abs. 1 Satz 2 RVO. Hiernach müssen die Verpflichtungserklärungen *„inhaltlich mindestens den dieser Rechtsverordnung als Anlage beigefügten Musterformularvordrucken entsprechen“*. Soweit also nach dem Willen der Landesregierung das als Anlage 1 zur RVO beigefügte Muster *„Verpflichtungserklärung zu Tariftreue und Mindestentlohnung für Dienst- und Bauleistungen unter Berücksichtigung der Vorgaben des Tariftreue- und Vergabegesetzes Nordrhein-Westfalen“* Verwendung finden soll, erwächst hieraus keine Pflicht der Auftraggeber. Denn in der RVO können mangels gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage keine Vorgaben im Hinblick auf § 4 TVgG-NRW statuiert werden. Dies kann in Bezug auf zwei Punkte relevant werden: (1) Sollte ein Auftraggeber eine eigene Erklärung verwenden, die mit dem TVgG-NRW in Einklang steht, so kann ihm hieraus kein Nachteil entstehen, wenn die Erklärung nicht den Inhalten der Anlage 1 zur RVO entspricht. (2) Der Mustererklärung in Anlage 1 zur RVO kommt weder Gesetzes- noch Verordnungsrang zu. Es ist 25

36 Dazu bereits oben Rn. 19.

37 LT-Vorlage MMV 16/806, S. 25.

38 Kritischer *Rhein* in der LT-Stellungnahme zur RVO 16/522, S. 4.

daher den Gerichten und Vergabeinstanzen unbenommen, die Mustererklärung inhaltlich voll zu überprüfen und etwa am TVgG-NRW zu messen.

- 26** Gerade der zweite Punkt kann durchaus relevant werden. Einmal unterstellt, dass sich ein bevorzugter Bieter im Sinne des SGB IX an einem Verfahren beteiligt und den Auftrag bekommen soll, so könnte sich ein Konkurrent jederzeit mit der Begründung dagegen wehren, dass der bevorzugte Bieter keine ordnungsgemäße Erklärung im Sinne des § 4 TVgG-NRW abgegeben hat. Denn von bevorzugten Bieterinnen sollen nach der Mustererklärung keine weiteren Angaben verlangt werden. Die Privilegierung beruht aber auf § 4 Abs. 6 TVgG-NRW, der ausdrücklich nur von der Anwendung des vergabespezifischen Mindestlohns (§ 4 Abs. 3 TVgG-NRW) befreit, nicht aber von den übrigen Pflichten (AEntG, Gleichstellung Leiharbeiter). Auch wenn etwa im Regelfall davon auszugehen ist, dass bevorzugte Bieter im Sinne des SGB IX keine Leiharbeiter beschäftigen, ändert dies nichts daran, dass eine Erklärung nach dem TVgG-NRW fehlt.
- 27** Eine weitere Vorgabe zu § 4 TVgG-NRW findet sich in § 4 Abs. 1 Satz 3 RVO. Hiernach muss die Erklärung nach § 4 Abs. 1 TVgG-NRW zur Einhaltung der Vorgaben des AEntG erst ab einem geschätzten Auftragswert von 20.000 Euro (netto) eingefordert werden. Da die Landesregierung mit der RVO diesbezüglich mangels Ermächtigungsgrundlage keine eigenständige Regelung wider den Gesetzgeber treffen darf, kann es sich hierbei nur um einen klarstellenden Hinweis auf die bereits nach dem TVgG-NRW geltende Rechtslage handeln – freilich auf keine eindeutige Rechtslage<sup>39</sup>.

### 3. Neue materielle Anforderungen an Auftraggeber und Bieter

- 28** Die Landesregierung hat sich bei der RVO nicht darauf beschränkt, die gesetzgeberischen Vorgaben des TVgG-NRW mit Leben zu füllen, sondern hat über die im TVgG-NRW definierten Standards auch neue materielle Anforderungen aufgestellt<sup>40</sup>. Eine Ermächtigung hierfür existiert nicht, da § 17 TVgG-NRW (Umweltschutz und Energieeffizienz), § 18 TVgG-NRW (soziale Aspekte) und § 19 TVgG-NRW (Frauenförderung) gemäß § 21 TVgG-NRW nur im Hinblick auf „Verfahrensanforderungen“ konkretisiert werden dürfen.
- 29** Als kritisches Beispiel sei auf § 13 Abs. 1 Satz 3 und Satz 4 RVO verwiesen. Hiernach sind bei jeglicher Auftragsvergabe, deren Gegenstand von Personen genutzt werden soll, die entsprechenden technischen Spezifikationen so zu erstellen, dass die Zugänglichkeitskriterien für Menschen mit Behinderungen oder die Konzeption für alle Verwendungsarten („Design for all“) hinreichend berücksichtigt werden. Diese Vorgabe ist zunächst als **Pflicht** („sind“) ausformuliert. Ausnahmen hiervon sind besonders zu begründen. Diese Pflicht umfasst dem Wortlaut nach einen sehr weiten Anwendungsbereich, der neben Bauvergaben auch nahezu jede Lieferleistung umfasst.

<sup>39</sup> Dazu unten Rn. 117 ff.

<sup>40</sup> Dies wurde bereits im Rahmen der öffentlichen Anhörung von Seiten des Landkreistages NRW und des Städte- und Gemeindebundes NRW gerügt, Stellungnahme 16/496, S. 2.