WSI
Wirtschafts- und
Sozialwissenschaftliches Institut
Institute of Economic and
Social Research

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Sind die Mindestlohnvorgaben des TVgG NRW für öffentliche Auftragnehmer und deren Nachunternehmer mit dem Unionsrecht vereinbar?

Rechtsgutachten

im Auftrag des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts (WSI)
in der Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf,

Düsseldorf, 20. Januar 2014

Hans Böckler Stiftung
Fakten für eine faire Arbeitswelt.

Inhaltsübersicht

A.) Sachverhalt

I. Das Tariftreue- und Vergabegesetz NRW (TVgG) 1

II. Die Vorlageentscheidung der Vergabekammer Arnsberg 3

III. Die sich stellenden Rechtsfragen 8

B.) Rechtliche Würdigung

I. Zulässigkeit der Vorlage 9

1. Die Formulierung der Frage **9**
2. Ist die Vergabekammer ein Gericht? **12**

II. Ist der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet? 15

III. Unternehmen in Staatshand als Träger der Dienstleistungsfreiheit? 17

IV. Maßstäbe für die Überprüfung des § 4 Abs. 3 TVgG 18

1. Sekundär- oder Primärrecht? **18**
2. Relevante Richtlinien **19**
3. Verhältnis der Richtlinien zueinander und abschließender Charakter **21**
   a) Dienstleistungsrichtlinie **21**
   b) Vergabekoordinationsrichtlinie (VKR) **21**
   c) Entsenderichtlinie **23**
4. Zwischenergebnis **25**

V. Vereinbarkeit des § 4 Abs. 3 TVgG mit der Vergabekoordinationsrichtlinie 25

VI. Vereinbarkeit mit der Entsenderichtlinie 26

1. Vergabespezifischer Mindestlohn bei Entsendung nach Deutschland **26**
2. Vergabespezifischer Mindestlohn ohne Entsendung nach Deutschland? **32**

VII. Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV 32

1. Das Prüfprogramm **32**
2. Vorliegen eines Eingriffs **33**
3. Rechtfertigung des Eingriffs **35**
   a) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses **35**
   b) Arbeitnehmerschutz als zwingender Grund **35**
   c) Das Problem des partiellen Arbeitnehmerschutzes **36**
   d) Verhältnismäßigkeit der Schutzmaßnahmen **39**

e) Eingriff in die unternehmerische Freiheit nach Art. 16 GR-Charta? **41**
4. Ergebnis **41**
VIII. Zusätzliche Rechtfertigung durch das ILO-Übereinkommen Nr. 94? 42
IX. Zusammenfassung 47

A.) Sachverhalt

I. Das Tariftreue- und Vergabegesetz NRW (TVgG)

Das „Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge“ vom 10. Januar 2012 (GV NRW 2012, S. 17) – abgekürzt Tariftreue- und Vergabegesetz – TVgG – legt fest, welche Kriterien und Gesichtspunkte bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen über Bau- und Dienstleistungen sowie im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs zu berücksichtigen sind.

Nach § 3 Abs. 3 TVgG muss das ganze Vergabeverfahren dem Grundsatz der Transparenz entsprechen. Für die Auftragsausführung können an Auftragnehmer „zusätzliche Anforderungen“ gestellt werden, die „soziale, umweltbezogene und innovative Aspekte“ betreffen, „wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.“ (§ 3 Abs. 4 TVgG). Nach § 3 Abs. 5 Satz 1 ist der Zuschlag auf das „unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot“ zu erteilen. Weiter heißt es in § 3 Abs. 5 Satz 2:

„Die Berücksichtigung von Aspekten des Umweltschutzes, der Energieeffizienz sowie von sozialen, innovativen und gleichstellungs-, integrationspolitischen sowie ausbildungsfördernden Aspekten bei der Wertung ist zulässig, wenn diese in sachlichem Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen, in der Bekanntmachung des Auftrags und in den Vergabeunterlagen hinreichend deutlich hinsichtlich des Umfangs der Vorgaben und der Gewichtung dokumentiert sind, dem Auftraggeber durch ihre Festlegung keine willkürliche Entscheidung ermöglicht wird und die Grundsätze des Unionsrechts, insbesondere das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot sowie das Diskriminierungsverbot beachtet werden.“

Die sozialen Aspekte werden u. a. durch § 4 TVgG konkretisiert, der unter der Überschrift „Tariftreuepflicht, Mindestlohn“ steht. Abs. 1 betrifft den Anwendungsbereich des Arbeitnehmerentsendegesetzes (AEntG) und sieht vor, dass sich die Auftragnehmer zu seiner Einhaltung ausdrücklich verpflichten. Abs. 2 betrifft den hier nicht näher interessierenden

öffentlichen Personennahverkehr. Abs. 3 enthält einen „vergabespezifischen Mindestlohn“ in Höhe von 8,62 Euro, der überall dort eingreifen soll, wo die Voraussetzungen für die Anwendung des AEntG nicht vorliegen. Abs. 3 bestimmt:

„Öffentliche Aufträge über Leistungen, die nicht den Vorgaben der Absätze 1 und 2 unterliegen, dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Angebotsabgabe durch Erklärung gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber schriftlich verpflichtet haben, ihren Beschäftigten (ohne Auszubildende) bei der Ausführung der Leistung wenigstens ein Mindeststundenentgelt von 8,62 Euro zu zahlen. Die Unternehmen müssen im Rahmen der Verpflichtungserklärung die Art der tariflichen Bindung ihres Unternehmens sowie die gezahlte Höhe der Mindeststundenentgelte für die im Rahmen der Leistungserbringung eingesetzten Beschäftigten angeben. Die Höhe des Mindeststundenentgelts kann nach Maßgabe des § 21 durch Rechtsverordnung des für Arbeit zuständigen Ministeriums angepasst werden.“

§ 4 Abs. 5 TVgG verlangt, dass sich die Unternehmen, die einen öffentlichen Auftrag erhalten, vorher verpflichtet haben, dass die bei der Ausführung der Leistung eingesetzten Leiharbeitnehmer für die gleiche Tätigkeit ebenso entlohnt werden wie ihre regulär Beschäftigten.

Die nach § 4 abzugebende Verpflichtungserklärung ist bei der Abgabe des Angebots einzureichen, kann jedoch nach § 8 Abs. 2 TVgG innerhalb einer angemessenen, vom öffentlichen Auftraggeber kalendermäßig zu bestimmenden Frist vom Bieter nachgereicht werden.

§ 9 Abs. 1 TVgG betrifft die Verpflichtungserklärung im Fall der Einschaltung von Verleihunternehmen und von Subunternehmen. Er bestimmt:

„Für den Fall der Ausführung übernommener Leistungen durch Nachunternehmer oder bei Beschäftigung von entliehenen Arbeitskräften hat sich der Bieter bei Angebotsabgabe in der Verpflichtungserklärung gemäß § 4 zu verpflichten, auch von seinen Nachunternehmern und den Verleihern von Arbeitskräften eine Verpflichtungserklärung im Sinne des § 4 abgeben zu lassen. Satz 1 gilt entsprechend für alle weiteren Nachunternehmen des Nachunternehmers.“

Auf diese Weise soll verhindert werden, dass durch Einsatz von Nachunternehmern die Vorgaben des Gesetzes umgangen werden.

II. Die Vorlageentscheidung der Vergabekammer Arnsberg

Die Stadt Dortmund hat einen Auftrag „Aktendigitalisierung und Konvertierung von Dateien für das Stadtplanungs- und Bauordnungsamt“ europaweit im Offenen Verfahren ausgeschrieben. Der Auftrag ist in zwei Lose unterteilt. Los 1 betrifft die Digitalisierung von ca. 37.300 Akten und ca. 8 Zeichnungen und Plänen, Los 2 betrifft die Konvertierung von insgesamt ca. 158.000 Dateien. Der Auftragswert beläuft sich auf ca. 300.000 Euro (netto).

Bestandteil der Vergabeunterlagen ist u. a. auch Ziff. 2 der „Zusätzlichen Vertragsbedingungen“, die einen Vordruck für eine Verpflichtungserklärung entsprechend § 4 TVgG enthält. Danach müssen die Bieter die folgende Erklärung abgeben:

„Ich erkläre/wir erklären,
….
dass meinen (unseren) Beschäftigten (ohne Auszubildende) bei der Ausführung einer Leistung, die nicht dem Geltungsbereich des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes…unterfällt und sich nicht auf den Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auf Straße und Schiene erstreckt…wenigstens ein Mindeststundenentgelt von € 8,62 gezahlt wird.
Auf Anforderung der Vergabestelle werde ich/wir die

- Art der tariflichen Bindung
- Die gezahlten Mindeststundenentgelte für die im Rahmen der Leistungserbringung eingesetzten Beschäftigten nachweisen.

Ich erkläre/wir erklären,
dass ich mir/wir uns von einer/einem von mir/von uns beauftragten Nachunternehmen bzw. Nachunternehmer oder beauftragten Verleiherin bzw. Verleiher von Arbeitskräften eine Verpflichtungserklärung im vorstehenden Sinne ebenso abgeben lasse/lassen wie für

alle weiteren Nachunternehmerinnen bzw. Nachunternehmer der Nachunternehmerin bzw. des Nachunternehmers…)."

Um diesen Auftrag hat sich auch die Bundesdruckerei GmbH beworben, die zu 100 % der Bundesrepublik Deutschland gehört. Sie besitzt verschiedene 100-prozentige Tochtergesellschaften, darunter als einzige Auslandsgesellschaft die iNCO spolka z.o.o. mit Sitz in Polen. Im Geschäftsjahr 2012 hatte diese einen Umsatz von ca. 1,9 Mio. Euro; sie unterhält ausschließlich Betriebsstätten in Polen.

> Die Angaben zur Bundesdruckerei entstammen dem Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen an den Präsidenten des Deutschen Bundestags vom 4. Dezember 2013, das die Beantwortung einer Kleinen Anfrage des Abg. Ernst und der Fraktion DIE LINKE (BT-Drucksache 18/75) zum Gegenstand hatte.

Daneben ist die Bundesdruckerei an vier weiteren Unternehmen mit Anteilen zwischen 25 % und 49 % beteiligt.

Mit Schreiben vom 24. Juni 2013 unterrichtete die Bundesdruckerei die Stadt Dortmund über ihre Absicht, im Falle der Auftragserteilung die Leistungen unter Einbeziehung eines im EU-Ausland ansässigen Nachunternehmers zu erbringen. Weiter teilte sie mit, dass der Nachunternehmer seine Leistungen vollständig an seinem Firmensitz im EU-Ausland erbringen werde. Dort gebe es keine mit den Vorgaben des TVgG-NRW vergleichbaren Mindestlohnregelungen; auch sei die Bezahlung der vorgesehenen Vergütung „nach den dortigen Verhältnissen nicht üblich". Die Bundesdruckerei erklärte, dass sich das Nachunternehmen unter diesen Umständen nicht in der Lage sähe, „die Tarif- bzw. Mindestlohnvorgaben des TVgG-NRW einzuhalten und eine diesbezügliche Erklärung abzugeben." Sie bat um Mitteilung, wonach die Nachunternehmerklausel in ihrem Fall nicht zur Geltung komme; vorsorglich rügte sie die Vergaberechtswidrigkeit einer solchen Verpflichtungserklärung. Mit Schreiben vom 5. August 2013 teilte die Stadt Dortmund mit, dass sie der Rüge nicht abhelfen könne, da sie an das TVgG gebunden sei. Eine Auslegung im Sinne des von der Bundesdruckerei Gewollten sei nicht möglich.

Mit Schreiben vom 22. August 2013 hat die Bundesdruckerei bei der Vergabekammer Arnsberg einen Nachprüfungsantrag gestellt. In der Begründung heißt es:

„Bei der Fortführung des Vergabeverfahrens auf Grundlage der derzeitigen Vergabe- und Vertragsbedingungen wäre die Antragstellerin gehindert, ihre polnische Tochtergesellschaft als Nachunternehmer einzusetzen. Hierdurch würde sie von der Beteiligung an dem Vergabeverfahren abgehalten bzw. könnte die Antragstellerin jedenfalls nur ein preislich weniger attraktives Angebot unterbreiten. Hierdurch würden ihre Chancen auf Erhalt des Zuschlags beeinträchtigt. Bei einer vergaberechtskonformen Ausgestaltung der Vergabe- und Vertragsbedingungen hätte die Antragstellerin beste Chancen, den Zuschlag auf ihr Angebot zu erhalten.“

Inhaltlich macht die Bundesdruckerei insbesondere geltend, dass zwingenden Anforderungen des Unionsrechts nicht Rechnung getragen sei. Eine Tarif- bzw. Mindestlohnvorgabe wie in § 4 TVgG beschränke Unternehmen, die in einem anderen EU-Mitgliedstaat niedergelassen sind, in dem keine oder niedrigere Tarif- bzw. Mindestlohnsätze gelten, in ihrer Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV. Sie enthalte eine zusätzliche wirtschaftliche Belastung, die geeignet sei, die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. Angesichts der in Polen bestehenden wirtschaftlichen Verhältnisse sei die Bundesdruckerei weder rechtlich noch faktisch in der Lage, die Vorgaben des § 4 TVgG ihrer polnischen Tochtergesellschaft aufzuerlegen.

Die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit werde auch nicht durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt. Der Schutz vor Konkurrenz aus anderen EU-Mitgliedstaaten sei kein legitimer Grund. Aber auch das Ziel des Arbeitnehmerschutzes könne die Regelung nicht rechtfertigen. Die Entsenderichtlinie sei nicht anwendbar, da der vorgesehene Nachunternehmer seine Leistungen vollständig an seinem polnischen Firmensitz erbringen würde. Selbst wenn dies anders wäre, sei in Übereinstimmung mit der Rüffert-Entscheidung des EuGH der Schutzgedanke nicht einschlägig, weil es keinerlei Anhaltspunkte dafür gebe, dass ein Schutzbedarf nur bei öffentlichen (nicht aber bei privaten) Auftraggebern vorhanden sei. Die Tatsache, dass im Fall „Rüffert“ eine tarifliche Regelung zugrunde gelegen hätte, während es hier um eine gesetzliche Regelung gehe, sei ohne Bedeutung, da es für den ausländischen Unternehmer keine Rolle spiele, woraus sich die Verpflichtung zur Zahlung eines „Mindestlohns“ im Auftraggeberstaat ergebe.

Die Bundesdruckerei vertritt den Standpunkt, die unionsrechtliche Situation sei so eindeutig, dass die Mindestlohnvorgabe für den Nachunternehmer wegen des Vorrangs des Unionsrechts nicht mehr praktiziert werden könne. Sollte die Vergabekammer nicht zu diesem Ergebnis gelangen, werde eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 AEUV beantragt. Dabei solle diesem die folgende Frage unterbreitet werden:

„Stehen Art. 56 AEUV und Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG einer nationalen Rechtsvorschrift und/oder einer Vergabebedingung eines öffentlichen Auftraggebers entgegen, der zufolge ein Bieter, der einen bzw. den ausgeschriebenen öffentlichen Auftrag erhalten will, (1.) sich verpflichten muss, dem zur Auftragsausführung eingesetzten Personal einen in der Rechtsvorschrift festgelegten Tarif- oder Mindestlohn zu zahlen, und (2.) einem eingesetzten oder in Aussicht genommenen Nachunternehmer eine ebensolche Verpflichtung auferlegen und dem Auftraggeber eine entsprechende Verpflichtungserklärung des Nachunternehmers vorlegen muss, wenn (a) die Rechtsvorschrift eine solche Verpflichtung nur für die Vergabe öffentlicher Aufträge, nicht aber auch die Erteilung privater Aufträge vorsieht, und (b) der Nachunternehmer in einem anderen EU-Mitgliedstaat ansässig ist und die Arbeitnehmer des Nachunternehmers bei der Ausführung der auftragsgegenständlichen Leistungen ausschließlich in dessen Heimatland tätig werden?“

Die Stadt Dortmund bestätigte zunächst, dass der Sachverhalt als solcher unstreitig sei. Der Hinweis der Bundesdruckerei auf die Rüffert-Entscheidung reiche nicht als Begründung für das von ihr befürwortete Ergebnis aus, da diese ausdrücklich betont habe, auf der Basis von Tarifverträgen, die für allgemeinverbindlich erklärt wurden, und auf der Grundlage eines Gesetzes könnten sehr wohl Mindestlöhne vorgegeben werden. Hier handle es sich um eine gesetzliche Regelung des Landes NRW, in deren Begründung ausdrücklich auf die Rüffert-Entscheidung Bezug genommen worden sei. Dort sei auch ausdrücklich betont worden, man wolle verhindern, dass sich Unternehmen durch unbegrenztes Unterbieten bei den Arbeitskosten Vorteile verschaffen könnten, die in der Zukunft dann durch Transferleistungen zugunsten der Arbeitnehmer wieder ausgeglichen werden müssten. Im Allgemeininteresse liegendes Ziel sei es daher auch, die sozialen Sicherungssysteme durch Zahlung auskömmlicher Löhne zu entlasten.

Die Vergabekammer Arnsberg kam zu dem Ergebnis, den Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 AEUV einzuschalten und den Rechtsstreit bis zu dessen Entscheidung auszuset-

zen. Ausweislich des Tenors des Beschlusses vom 26.September 2013 wurde unter Ziff. 1 entschieden:

„Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden von der Vergabekammer Arnsberg die Frage und Hilfsantrag der Antragstellerin aus dem Nachprüfungsantrag vom 22.August 2013 unter Ziff. III. 2. b (S. 14 des Antrags) zur Vorabentscheidung nach Art. 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vorgelegt."

Aus dem Beschluss selbst ist nicht erkennbar, ob mit „Frage" die von der Bundesdruckerei verneinte Notwendigkeit der Einschaltung des EuGH gemeint ist und ob mit „Hilfsantrag" die Einschaltung des EuGH mit genau der Fragestellung gemeint ist, die oben S. 6 wiedergegeben wurde.

Zur Begründung wird ausgeführt, die Kammer sehe sich an einer abschließenden Entscheidung gehindert, wenn nicht vorher die EU-Rechtskonformität des § 4 Abs. 3 TVgG geklärt sei. Die Bundesdruckerei habe „schlüssig vorgetragen", dass

- sie die Nachunternehmerin nicht verpflichten könne, einen Mindestlohn nach den Vorstellungen des nordrheinwestfälischen Gesetzgebers in Polen zu zahlen,

- sie und die Nachunternehmerin dadurch in ihrer EU-rechtlich gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit beschränkt würden, da dadurch die Dienstleistungserbringung durch die Nachunternehmerin und dadurch auch durch sie behindert werde und weniger attraktiv für den öffentlichen Arbeitgeber werde,

- eine solche Beschränkung auch nicht durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt sei, denn die vom Gesetzgeber in NRW herangezogenen Gründe der Entlastung der Sozialsysteme könnten für die Sozialsysteme in Polen nicht herangezogen werden,

- eine nur auf Arbeitnehmer im Rahmen eines öffentlichen Auftrags beschränkte Schutzwirkung zu einem unzureichenden Partikularschutz führe, so dass diese

Mindestlohnverpflichtung nicht einmal im Rahmen der Entsenderichtlinie hinreichend sei.

Abschließend weist die Kammer darauf hin, dass die Vorlage nach Art. 267 AEUV zulässig sei, weil es sich bei ihr um ein Gericht im Sinne des Art. 267 AEUV handle.

III. Die sich stellenden Rechtsfragen

Als erstes stellt sich das Problem der Zulässigkeit der Vorlage. Diese könnte deshalb problematisch sein, weil (1) die Frage nicht eindeutig formuliert ist und (2) es sich bei der Vergabekammer um kein Gericht im Sinne des Art. 267 AEUV handelt.

Inhaltlich erscheint es problematisch, ob überhaupt der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet ist. Geht man – auch im Hinblick auf mögliche künftige Vorlagen – hilfsweise von der Zulässigkeit der Vorlage aus, so stellt sich die Frage nach dem Prüfungsmaßstab. Welche Richtlinien sind einschlägig? Schließen sie eine Überprüfung am Maßstab der wirtschaftlichen Grundfreiheiten aus, weil sie innerhalb ihres Anwendungsbereichs eine abschließende Konkretisierung darstellen? Soweit diese Frage – etwa wegen fehlender abschließender Regelung – verneint werden muss, stellt sich das Problem der Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit. Liegt ein Eingriff vor? Bestehen „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“, die diesen rechtfertigen? Können sie auch darin liegen, dass lediglich die mit öffentlichen Aufträgen befassten Arbeitnehmer geschützt werden? Dieser „partielle Arbeitnehmerschutz“ ist explizit im ILO-Übereinkommen Nr. 94 vorgesehen, dessen Stellenwert für das Unionsrecht abschließend bestimmt werden soll.

B.) Rechtliche Würdigung

I. Zulässigkeit der Vorlage

1. Die Formulierung der Frage

Die Formulierung der Frage bzw. der Fragen, auf die das vorlegende Gericht eine Antwort vom EuGH erhalten möchte, ist der „Dreh- und Angelpunkt“ des Verfahrens nach Art. 267 AEUV.

So Pechstein, EU-Prozessrecht, 4. Aufl., Tübingen 2011, Rn. 843

Nach Art. 94 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs (ABl. v. 29.9.2012 – Nr. L 265/1 ff.) muss das Vorabentscheidungsersuchen „außer den dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen“ eine kurze Darstellung des Streitgegenstands und den Wortlaut der möglicherweise auf den Fall anwendbaren nationalen Vorschriften sowie eine Darstellung der Gründe enthalten, weshalb das vorlegende Gericht Zweifel bezüglich der Auslegung des Unionsrechts hat. Die Frage muss also in dem Beschluss selbst enthalten sein. Außerdem muss nach der Rechtsprechung des EuGH der tatsächliche und rechtliche Rahmen beschrieben werden, in dem die gestellte Frage steht. So würde es nicht genügen, wenn sich das Gericht darauf beschränkt, „die von den Beklagten des Ausgangsverfahrens vorgeschlagenen Fragen wiederzugeben.“

So EuGH Rs. C-66/97 , Slg. 1997, I–3757 Tz. 16 (Banco de Fomento e Exterior)

Fehlt es daran, wird das Vorabersuchen als unzulässig behandelt.

S. als Beispiel EuGH Rs. C-320/90, C-321/90 und C-322/90, Slg. 1993, I-423 (Telemarsicabruzzo). Ausreichend dagegen die Darstellung in EuGH Rs. C-379/98, Slg. 2002, I – 2159 (PreussenElektra)

Der Gerichtshof hat überdies „Empfehlungen“ an die nationalen Gerichte „bezüglich der Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen“ (2012/C 338/01) formuliert, die zwar keine

rechtliche Verbindlichkeit genießen, die aber ein Hilfsmittel für die Interpretation der Verfahrensordnung und der bisherigen Rechtsprechung sein können. Die neueste Fassung hat die Änderung der Verfahrensordnung im Jahre 2012 bereits berücksichtigt und ist in ABl. v. 6.11.2012 C 338/1 ff. abgedruckt. Dort wird unter Ziff. 20 hervorgehoben, dass das Vorlageersuchen aus sich selbst heraus verständlich sein muss, weil es Grundlage für die Stellungnahme der Prozessbeteiligten und für die Entscheidung des EuGH ist. Im Einzelnen heißt es:

„Die Form der Entscheidung, mit der das Gericht eines Mitgliedstaats dem Gerichtshof eine oder mehrere Fragen zur Vorabentscheidung vorlegt, richtet sich nach den Verfahrensregeln des nationalen Rechts. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass dieses Dokument die Grundlage des Verfahrens vor dem Gerichtshof bilden wird und dass der Gerichtshof über Informationen verfügen muss, die es ihm ermöglichen, dem vorlegenden Gericht eine sachdienliche Antwort zu geben. Außerdem wird nur das Vorabentscheidungsersuchen den Parteien des Ausgangsrechtsstreits und den anderen Beteiligten im Sinne des Art. 23 der Satzung, insbesondere den Mitgliedstaaten, übermittelt, um ihre etwaigen schriftlichen Erklärungen einzuholen.“

Auf die Notwendigkeit, den übrigen Verfahrensbeteiligten eine sinnvolle Möglichkeit zur Stellungnahme zu eröffnen, hatte der EuGH schon an früherer Stelle hingewiesen.

EuGH Rs. C-66/97. Slg. 1997, I – 3757 (Banco de Fomento e Exterior) Tz. 8

Unter Ziff. 24 der “Empfehlungen” wird zusammenfassend ausgeführt:

„Die Vorabentscheidungsfrage oder -fragen müssen in einem gesonderten und klar kenntlich gemachten Teil der Vorlageentscheidung, üblicherweise an deren Anfang oder Ende, aufgeführt sein. Sie müssen verständlich sein, ohne dass eine Bezugnahme auf die Begründung des Ersuchens, die den notwendigen Kontext für eine sachgerechte Beurteilung enthält, erforderlich wäre.“

Diesen Grundsätzen wird die Vorlageentscheidung der Vergabekammer Arnsberg nicht gerecht. Wenn es eingangs des Beschlusses heißt:

„Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden von der Vergabekammer Arnsberg die Frage und Hilfsantrag der Antragstellerin aus dem Nachprüfungsantrag vom 22. August 2013 unter Ziff. III. 2. b (S. 14 des Antrags) zur Vorabentscheidung nach Art. 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vorgelegt."

so ist dies nicht aus sich selbst heraus verständlich. Selbst wenn man entgegen den Empfehlungen des EuGH die Gründe als Interpretationsmittel zu Hilfe nimmt, verschwinden die Unklarheiten keineswegs. Mit „Frage" ist vermutlich das Problem gemeint, ob sich das Gericht auch ohne Einschaltung des EuGH wegen des Vorrangs des Unionsrechts über § 4 TVgG hinwegsetzen könnte, doch ist dies nicht völlig sicher. Außerdem kann eine solche „Frage" dem EuGH nicht ohne die nötige und übliche Ausformulierung vorgelegt werden, was hier aber nicht geschah. „Hilfsweise" scheint dann eine (oben unter A II referierte) in der Entscheidung der Vergabekammer wiedergegebene Auslegungsfrage gestellt worden zu sein, doch wird nicht deutlich, ob diese mit der Frage identisch ist, auf die sich die Beschlussformel bezieht, die ja lediglich auf die Antragsschrift vom 22. August 2013 verweist.

Unter diesen Umständen wird das Vorabentscheidungsersuchen der Vergabekammer Arnsberg den formalen Anforderungen nicht gerecht, die an eine solche Entscheidung gestellt werden. Sie ist daher in der vorliegenden Form unzulässig.

Ein unzulässiges Ersuchen kann allerdings später in der gehörigen Form wiederholt werden.

> S. als Beispiel den Fall EuGH Rs. C-66/97, Slg. 1997, I–3757 (Banco de Fomento e Exterior), wo sich allerdings auch die zweite Vorlageentscheidung als nicht formgerecht erwies.

Dies folgt nicht zuletzt daraus, dass es allein im Ermessen des nationalen Gerichts liegt, in welchem Stadium des Verfahrens es den EuGH einschalten will.

> S. Schwarze, in: Ders. (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2012,
> Art. 267 AEUV Rn. 35 mit eingehenden Nachweisen aus der Rspr. des EuGH.

Insoweit empfiehlt es sich, die Prüfung nicht etwa an dieser Stelle abzubrechen.

2. Ist die Vergabekammer ein Gericht?

Nach Art. 267 AEUV kann ein Vorabentscheidungsverfahren nur von einem „Gericht“ eingeleitet werden. Verwaltungsbehörden sind dazu nicht befugt.

Der Begriff des „Gerichts“ wird vom EuGH in ständiger Rechtsprechung autonom unionsrechtlich interpretiert; ob ein Gremium oder eine Instanz als Gericht im Sinne des Art. 267 AEUV anzusehen ist, entscheidet sich ausschließlich nach dem Sinn unionsrechtlicher Bestimmungen. Dies hat der EuGH in ständiger Rechtsprechung bekräftigt;

> EuGH Rs. C-54/96, Slg. 1997, I–4983 Tz. 23 (Dorsch); EuGH Rs. C-103/97 Slg. 1999, I-551 Tz 17 (Köllensperger); EuGH v. 22.12.2010 – Rs. C-517/09; EuGH v. 13.12.2012 – Rs. C-465/11 (Krajowa Izba Odwalawcza)

die deutsche Literatur hat sich dem im Wesentlichen angeschlossen.

> S. etwa Brinker, Entscheidungsanmerkung, JZ 1998, 39; Kamann/Sennekamp, Der Vergabeüberwachungsausschuss als Gericht im Sinne von Art. 177 EGV - EuGH, Slg. 1987, I-4961, JuS 1999, 438; aktuell Schwarze, in: Ders., a. a. O. , Art. 267 Rn. 26.

Dahinter steht der Gedanke, die Tragweite des unionsrechtlichen Rechtsschutzes nicht in die Hände der Mitgliedstaaten zu geben, die durch eine enge Bestimmung des Begriffs „Gericht“ den Zugang zum EuGH mit erheblichen Hindernissen versehen könnten.
Es ist also durchaus denkbar, dass eine Institution im nationalen Rahmen nicht als Gericht betrachtet wird, wohl aber im unionsrechtlichen, und dass sie deshalb zu einem Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV berechtigt ist. Dies ist für die Vergabekammer insofern von erheblicher Bedeutung, als sie in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zwar als gerichtsähnliche Einrichtung, nicht aber als Gericht eingestuft wird.

> OLG Brandenburg 7. 8. 2008 – Verg W 11/08; OLG Celle 4.5.2001 – 13 Verg 5/00; OLG München 18.10.2012 – Verg 13/12

Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung eine Reihe von Kriterien genannt, nach denen sich die Qualifizierung einer Einrichtung als „Gericht“ bestimmt, diesen aber keinen abschließenden Charakter beigemessen. Erwähnt werden insbesondere

- das Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage,
- der ständige Charakter der Einrichtung
- die obligatorische Einschaltung,
- Entscheidung auf der Grundlage eines streitigen Verfahrens,
- Anwendung von Rechtsnormen (und nicht etwa Entscheidung nach „Billigkeit“ oder Versuch einer Vermittlung),
- Unabhängigkeit der Einrichtung.

Grundlegend EuGH 30.6.1966 – Rs. 61/65, Slg. 1966, 584 (Vaassen-Göbbels); EuGH 17.9.1997 – Rs. C-54/96, Slg. 1997, I-4983 (Dorsch) Tz. 33; EuGH 13.12.2012 – Rs. C-465/11 (Krajowa Izba Odwolawcza)

Bei den Vergabekammern scheinen diese Voraussetzungen auf den ersten Blick alle erfüllt zu sein. Angesichts der §§ 104 ff. GWB bestehen keine Zweifel an einer gesetzlichen Grundlage. Die Vergabekammer ist auch eine ständige Einrichtung und ein Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen kann nach § 104 Abs. 2 GWB nur durch Anrufung der zuständigen Vergabekammer geltend gemacht werden, gegen deren Entscheidungen das Oberlandesgericht angerufen werden kann. Das Verfahren ist ein streitiges, obwohl dies kein „absolutes Kriterium“ (mehr) für das Vorliegen eines Gerichts im Sinne des Art. 267 AEUV ist.

EuGH 17.9.1997 – Rs. C-54/96 – Slg. 1997, I-4983 (Dorsch) Tz. 31

Weiter müssen die Vergabekammern ihre Entscheidungen unter Anwendung des geltenden Rechts treffen, so dass auch dieses Kriterium erfüllt ist. Schließlich üben sie nach § 105 Abs. 1 GWB ihre Tätigkeit im Rahmen der Gesetze „unabhängig und in eigener Verantwortung“ aus. Genau hier könnten sich jedoch Bedenken ergeben.

Der EuGH hatte bei früherer Gelegenheit über die Frage zu befinden, ob der Vergabeüberwachungsausschuss nach § 57c Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG) a. F. ein Gericht im Sinne des Art. 267 AEUV (damals noch Art. 177 EG-Vertrag) darstellte. Der EuGH

gab eine positive Antwort. Dabei stützte er sich nicht allein darauf, dass der Ausschuss nach § 57c Abs. 1 HGrG seine Tätigkeit unabhängig und in eigener Verantwortung ausüben sollte. Vielmehr stellte der EuGH außerdem darauf ab, dass die Vorschriften des Deutschen Richtergesetzes über die persönliche Unabhängigkeit der Mitglieder des Ausschusses ausdrücklich für entsprechend anwendbar erklärt worden waren. Dazu gehörten für die beamteten Mitglieder die Vorschriften über die Nichtigkeit und Rücknahme der Berufung sowie über die Unabhängigkeit und (Nicht-)Absetzbarkeit von Richtern. Bei den ehrenamtlichen Mitgliedern galten jedenfalls die Vorschriften des Deutschen Richtergesetzes über die Nichtigkeit und Rücknahme der Berufung entsprechend.

S. EuGH 17.9.1997 – Rs. C-54/96 – Slg. 1997, I-4983 (Dorsch) Tz. 36

Eine solche entsprechende Anwendung von Vorschriften des Deutschen Richtergesetzes findet sich in den §§ 102 ff. GWB nicht. Dazu kommt, dass nach § 105 Abs. 4 GWB die Mitglieder der Kammer für eine Amtszeit von fünf Jahren bestellt werden. Der Vorsitzende und der nicht-ehrenamtliche Beisitzer müssen zwar Beamte auf Lebenszeit sein, doch kann es auch für sie völlig unklar bleiben, ob es zu einer Wiederbestellung kommt oder nicht. Zwar ist es hinnehmbar, wenn sich einzelne Mitglieder eines Kollegialgerichts (z. B. als Richter auf Probe) in einer solchen Situation befinden, doch ist die persönliche Unabhängigkeit der Spruchkörper nicht mehr gesichert, wenn sich alle seine Mitglieder in einer solchen Situation befinden. Insoweit ist die Situation bei Vergabekammern eine grundlegend andere als bei den früheren Vergabeüberwachungsausschüssen. Dazu kommt, dass Vorschriften fehlen, die eine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit regeln, oder die wenigstens – wie etwa in kommunalen Vertretungskörperschaften – einen Ausschluss von der Abstimmung wegen besonderer persönlicher Nähe zu einem bestimmten Gegenstand oder einer bestimmten Person vorsehen. Da es sich nach deutschem Verständnis nicht um Gerichte (sondern nur um gerichtsähnliche Einrichtungen) handelt, lässt sich auch nicht kraft ungeschriebener Verweisung auf die Regeln des DRiG oder der ZPO zurückgreifen – dies auch deshalb nicht, weil die Vorgängerbestimmung des § 57c HGrG ausdrücklich einzelne Vorschriften des Deutschen Richtergesetzes für entsprechend anwendbar erklärt hatte. Dies legt einen Gegenschluss nahe.

Wegen mangelnder persönlicher Unabhängigkeit der Mitglieder handelt es sich daher bei der Vergabekammer nicht um ein Gericht im Sinne des Art. 267 AEUV. Das Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH ist deshalb von vorne herein unzulässig.

II. Ist der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet?

Unterstellt man einmal, dass die in der Vorlageentscheidung referierte Frage (oben S. 6) von einem Gericht dem EuGH vorgelegt wird (was bei späterer Gelegenheit durchaus der Fall sein könnte), so stellt sich als erstes das Problem, ob der Anwendungsbereich des Unionsrechts überhaupt eröffnet ist, da es ausschließlich um die Bewerbung eines deutschen Unternehmens im Zusammenhang mit der Ausschreibung eines Auftrags durch eine deutsche Behörde geht.

Nach allgemeiner Auffassung ist das Unionsrecht grundsätzlich nur dann anwendbar, wenn ein grenzüberschreitender Bezug vorhanden ist. Rein innerstaatliche Vorgänge sind ausschließlich nach nationalem Recht zu beurteilen, es sei denn, das Unionsrecht habe – wie beispielsweise im Diskriminierungsschutz - auch diesen Bereich geregelt. An einer solchen Ausnahmebestimmung fehlt es im Vergaberecht. Selbst im Falle einer europaweiten Ausschreibung findet daher das Unionsrecht keine Anwendung, wenn sich ausschließlich deutsche Unternehmen um den Auftrag bewerben.

> S. statt aller Greiner, Von der Tariftreue zum Landesvergabemindestlohn – Bestandsaufnahme und europarechtliche Bewertung, ZIP 2011, 2129, 2130; Krebber, Vergabegesetze der Länder und Dienstleistungsfreiheit, EuZA 2013, 435, 442: Thüsing/Granetzny, Noch einmal: Was folgt aus Rüffert? NZA 2009, 183, 185

Ist der Fall so gelegen, ist auch der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit nicht eröffnet. Eine auf sie bezogene Frage könnte vom EuGH nicht beantwortet werden.

Der „grenzüberschreitende Bezug“ wird in der Literatur bereits dann bejaht, wenn in das „Angebot“ ein Subunternehmer eingeschaltet ist, der seinen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EU hat. Schon dies genügt, um eine Überprüfung der Maßnahmen anhand des Unionsrechts zulässig zu machen.

Greiner, a. a. O. ZIP 2011, 2129, 2130; Alexander Hofmann, Noch einmal: Die Auswirkungen von Rüffert, RdA 2010, 351; Krebber, a. a. O., EuZA 2013, 443; Thüsing/Granetzny, a. a. O., NZA 2009, 183, 185.

Dies lässt sich in der Weise begründen, dass die wirtschaftliche Grundfreiheit des Art. 56 AEUV auch die sog. passive Dienstleistungsfreiheit, d. h. das Recht umfasst, Dienstleistungen aus einem anderen Mitgliedstaat zu empfangen.

S. statt aller Müller-Graff, in: Streinz, EUV/AEUV, Kommentar, 2. Aufl.,München 2012, Art. 56 AEUV Rn. 53 ff. m. w. N.

Diese Freiheit könnte beeinträchtigt sein, wenn es um eine Ausschreibung geht, die beispielsweise Bewerber mit ausländischen Subunternehmern von vorne herein ausschließen würde. Insoweit ist der herrschenden Auffassung zuzustimmen.

Der vorliegende Fall ist jedoch anders gelagert. Das ausländische „Subunternehmen“ ist eine 100 %ige Tochter des deutschen Bewerbers, kann also von diesem in vollem Umfang gesteuert werden. Nur rechtlich, nicht aber faktisch unterscheidet sich die Situation von dem Fall, dass das deutsche Unternehmen eine ausländische Zweigniederlassung hat. In einem solchen Fall würde man von einem rein „inländischen“ Bewerber ausgehen, da die in einem anderen Mitgliedstaat gelegene Betriebsstätte kein selbständiger Wirtschaftsteilnehmer wäre, der eigene Rechte besitzt und sich beispielsweise auf die Dienstleistungsfreiheit berufen könnte. Auch die passive Dienstleistungsfreiheit des deutschen Bewerbers käme nicht zum Tragen, da es sich um rein unternehmensinterne wirtschaftliche Vorgänge handeln würde. Das Unionsrecht, speziell die Grundfreiheiten beziehen sich ausschließlich auf marktförmiges Verhalten. Dasselbe muss dann gelten, wenn im Ausland keine Zweigstelle, sondern eine 100 %ige Tochtergesellschaft existiert, die im konkreten Fall nur als fremdgesteuerte Einheit in Erscheinung tritt, weil sie auf Anweisung der inländischen Mutter handelt.. Auch sie treibt insoweit keinen „Handel“, sie bietet keine Waren und Dienstleistungen an, sondern liefert aufgrund von Entscheidungen der Muttergesellschaft. Dem entspricht es, dass nach der Rechtsprechung des EuGH das Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts nach Art. 101 ff. AEUV eine selbständige „Einheit“ gleich welcher Rechtsform ist, die eine wirtschaftliche

Tätigkeit erbringt. Beziehungen zu Tochtergesellschaften werden vom Kartellrecht nicht erfasst.

EuGH Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979 (Höfner und Elser) Tz.21; s. auch
EuGH Rs. C-82/01 P, Slg. 2002, I-9297 (Aéroports de Paris) Tz. 79.
Weitere Nachweise bei Eilmannsberger in: Streinz, a. a. O., vor Art. 101 AEUV Rn. 24.

Selbständiges wirtschaftliches Handeln einer 100 %igen Tochtergesellschaft ist zwar theoretisch denkbar, doch bestehen hierfür auf der Grundlage des Vorlagebeschlusses der Vergabekammer Arnsberg keinerlei Anhaltspunkte.

Im vorliegenden Fall fehlt es daher an einem grenzüberschreitenden Bezug. Der Anwendungsbereich des Unionsrechts ist nicht eröffnet, die an den EuGH gestellte Frage kann nicht beantwortet werden.

Nur dann, wenn man unterstellt, dass es im konkreten Fall neben der Bundesdruckerei ausländische Bewerber oder andere inländische Bewerber mit selbständigen ausländischen Subunternehmen gibt, so stellen sich weitergehende Fragen.

III. Unternehmen in Staatshand als Träger der Dienstleistungsfreiheit?

Der eben referierte Unternehmensbegriff

EuGH a. a. O. (Höfner und Elser)

ist „eigentumsneutral“ in dem Sinne, dass auch staatliche Institutionen wie die Bundesagentur für Arbeit (so im Fall Höfner und Elser) Träger der wirtschaftlichen Grundfreiheiten sind.

Nachweise bei Eilmannsberger in: Streinz, a. a. O., vor Art. 101 AEUV Rn. 29 ff.

Entsprechend wird auch im Vergaberecht verfahren: Erteilt eine Behörde an eine andere Behörde einen entgeltlichen Auftrag, dessen Erfüllung sie kontrollieren kann, so besteht

eine Verpflichtung zur Ausschreibung, da der Auftragnehmer als „Unternehmen“ keine Bevorzugung erfahren darf.

Näher EuGH 13.6.2013 – Rs. C-386/11, NVwZ 2013, 931 (Piepenbrock Dienstleistungen)

Die Tatsache, dass die Bundesdruckerei zu 100 % der öffentlichen Hand gehört, ist daher im Weiteren ohne Bedeutung.

IV. Maßstäbe für die Überprüfung des § 4 Abs. 3 TVgG

1. Sekundär- oder Primärrecht?

Nationales Vergaberecht ist am Maßstab des Unionsrechts zu überprüfen, dem im Kollisionsfalle ein Anwendungsvorrang zukommt. Was dabei „Unionsrecht“ konkret bedeutet, ist nicht abschließend geklärt. Soweit der Unionsgesetzgeber sekundäre Rechtsakte, insbesondere Richtlinien und Verordnungen erlassen hat, stellt sich die Frage, ob daneben auch eine Überprüfung des nationalen Rechts am Maßstab der wirtschaftlichen Grundfreiheiten erfolgen muss.

Soweit das Sekundärrecht der Union eine abschließende Konkretisierung in einem bestimmten Bereich vornimmt, hat es als speziellere Norm den Vorrang. Dabei wird vorausgesetzt, dass es nicht im Widerspruch zu den wirtschaftlichen Grundfreiheiten (bzw. insgesamt zum europäischen Primärrecht) steht. Dies ist vom EuGH im Zusammenhang mit der Zulassung von Arzneimitteln in aller Deutlichkeit so entschieden worden: Sind diese aufgrund einer Richtlinie und einer diese ausführenden nationalen Rechtsnorm zulassungspflichtig, aber nicht zugelassen, so ist nicht mehr zu prüfen, ob die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 28 ff. AEUV der mitgliedstaatlichen Regelung entgegen steht.

EuGH v. 11.12.2003 – Rs. C-322/01, Slg. 2003, I-14951 (Deutscher Apothekerverband) Tz. 52 – 54, 64 (mit Nachweisen aus der früheren Rechtsprechung des EuGH)

Auch in der Literatur ist diese Auffassung allgemein anerkannt.

S. Classen in: Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 5. Aufl.,München 2011, § 22 Rn. 6; Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl., Berlin 2009, § 7 Rn. 8; Bieber/Epiney/Haag, Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 10. Aufl., Baden-Baden 2013, § 10 Rn. 12; im hier interessierenden Zusammenhang Glaser/Kahl, Zur Europarechtskonformität kombinierter Tariftreue- und Mindestlohnklauseln in Landesvergabegesetzen, ZHR 177 (2013), 643, 648

Insoweit erübrigen sich weitere Ausführungen.

2. Relevante Richtlinien

Im vorliegenden Zusammenhang kommen drei Richtlinien in Betracht, die von Bedeutung sein könnten.

- Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl v. 27. 12. 2006 – L 376/36 ff.) – „Dienstleistungsrichtlinie".

- Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferverträge und Dienstleistungsaufträge (ABl 30. 4. 2004 – Nr. L 134/114 ff.) – Vergabekoordinierungsrichtlinie – VKR

- 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 (ABl 1997 Nr. L 18/1 ff.). Diese sog. Entsenderichtlinie steht seit den Entscheidungen des EuGH in den Fällen Laval und Rüffert

EuGH v. 18.12.2007 – Rs. C-341/05, Slg. 2007, I-11845 (Laval);
EuGH v. 3.4.2008 – Rs. C-346/06, Slg. 2008, I-1989 (Rüffert)

im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit.

3. Verhältnis der Richtlinien zueinander und abschließender Charakter

a) Dienstleistungsrichtlinie

Die Dienstleistungsrichtlinie kann von vorne herein aus der weiteren Betrachtung ausscheiden. Nach ihrem Art. 1 Abs. 6 „berührt sie nicht das Arbeitsrecht, d. h. gesetzliche oder vertragliche Bestimmungen über Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, einschließlich des Gesundheitsschutzes und der Sicherheit am Arbeitsplatz und über die Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die von den Mitgliedstaaten gemäß nationalem Recht unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts angewandt werden.“ Dasselbe gilt für die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die soziale Sicherheit. Erwägungsgrund 14 der Dienstleistungsrichtlinie spezifiziert dies weiter, in dem sie betont, weder Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen („wie Höchstarbeits- und Mindestruhezeiten, bezahlter Mindestjahresurlaub, Mindestlohnsätze, Gesundheitsschutz, Sicherheit und Hygiene am Arbeitsplatz“) seien berührt noch greife die Richtlinie „in die gemäß nationalem Recht und nationalen Praktiken unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts geregelten Beziehungen zwischen den Sozialpartnern ein, z. B. in das Recht, Tarifverträge auszuhandeln und abzuschließen, das Streikrecht und das Recht auf Arbeitskampfmaßnahmen.“ Konsequenterweise nimmt Art. 17 Nr. 2 auch die Angelegenheiten aus der Grundsatzvorschrift des Art. 16 aus, die unter die Entsenderichtlinie fallen. Unter diesen Umständen können der Dienstleistungsrichtlinie ersichtlich keine Aussagen zu sozialpolitischen Kriterien im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge entnommen werden.

b) Vergabekoordinationsrichtlinie (VKR)

Die Vergabekoordinierungsrichtlinie enthält u. a. in Art. 23 sog. technische Spezifikationen, d. h. definiert Anforderungen an die Erzeugnisse, die erworben werden sollen. Mindestarbeitsbedingungen für die Personen, die mit der Herstellung der fraglichen Produkte befasst sind, gehören nicht dazu.

Ebenso Glaser/Kahl, a. a. O. ZHR 177 (2013) S. 643, 657

Art. 26 VKR lässt jedoch zusätzliche Bedingungen für die „Auftragsausführung“ zu, indem er bestimmt:

„Die öffentlichen Auftraggeber können zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden. Die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags können insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen.“

Zu den „sozialen Aspekten“ gehören auch die Vergütung und die Arbeitsbedingungen der bei der Ausführung des Auftrags beschäftigten Personen.

> Vgl. Glaser/Kahl, a. a. O. ZHR 177 (2013) S. 643, 657; Greiner, a. a. O., ZIP 2011, 2131; Koberski/Schierle, Balance zwischen Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz gewahrt? RdA 2008, 233, 235

Bei der Entscheidung über den Zuschlag ist nicht nur zu berücksichtigen, ob diese Bedingungen erfüllt sind. Vielmehr lässt es Art. 53 Abs. 1 lit. a VKR darüber hinaus zu, bei der Bestimmung des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ zusätzliche soziale Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Im Wortlaut der Bestimmung sind zwar neben Qualität, Preis, technischem Wert, Ästhetik u. ä. nur „Umwelteigenschaften“ ausdrücklich erwähnt, doch wird in der Literatur zu Recht betont, dass es sich dabei nur um eine beispielhafte Aufzählung handelt, so dass auch soziale Anforderungen eine Rolle spielen können.

> Glaser/Kahl a. a. O. ZHR 177 (2013) S. 643, 658

Erwägungsgrund 46 Abs. 4 bestätigt dies, indem er bestimmt:

„Damit die Gleichbehandlung gewährleistet ist, sollten die Zuschlagskriterien einen Vergleich und eine objektive Bewertung der Angebote ermöglichen. Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, versetzen die wirtschaftlichen und qualitativen Zuschlagskriterien wie auch die Kriterien über die Erfüllung der Umwelterfordernisse den öffentlichen Auftraggeber in die Lage, auf Bedürfnisse der betroffenen Allgemeinheit, so wie es in den Leistungsbeschreibungen festgelegt ist, einzugehen. Unter denselben Voraussetzungen kann

ein öffentlicher Auftraggeber auch Kriterien zur Erfüllung sozialer Anforderungen anwenden, die insbesondere den – in den vertraglichen Spezifikationen festgelegten – Bedürfnissen besonders benachteiligter Bevölkerungsgruppen entsprechen, denen die Nutznießer/Nutzer der Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen angehören."

Die VKR stellt jedoch in dem hier interessierenden Bereich keine abschließende Konkretisierung von primärem Unionsrecht dar, da Art. 26 zusätzliche Bedingungen nur insoweit zulässt als sie mit dem Unionsrecht vereinbar sind. Auch bei den Zuschlagskriterien kommen nur solche in Betracht, die nicht im Widerspruch zum Unionsrecht stehen; dies ist zwar nicht ausdrücklich hervorgehoben, doch kann man es als selbstverständlich unterstellen.

c) Entsenderichtlinie

Die Entsenderichtlinie bezieht sich nach ihrem Art. 1 auf Unternehmen, die Arbeitnehmer zum Zwecke der Erbringung von Dienstleistungen in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats entsenden. Für diesen Fall sieht Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie zugunsten der entsandten Arbeitnehmer bestimmte soziale Mindeststandards vor, die von den Mitgliedstaaten garantiert werden müssen. Dazu zählen neben Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten u. a. der bezahlte Mindestjahresurlaub sowie „Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze".

Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie ermächtigt die Mitgliedstaaten, weitere Aspekte der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen einzubeziehen, sofern sie in den Bereich der öffentlichen Ordnung fallen. Weiter können auch solche für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge einbezogen werden, die nicht zum Bausektor im Sinne des Anhangs zur Richtlinie zählen. Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie lässt darüber hinaus die Anwendung „von für die Arbeitnehmer günstigeren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen" zu, eine Bestimmung, deren Tragweite umstritten ist. Während von den einen darin eine Ermächtigung an den Aufnahmestaat gesehen wird, über die Mindeststandards des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie hinauszugehen, vertritt auf der anderen Seite der EuGH den Standpunkt, damit sei lediglich die Möglichkeit genannt, dass der entsendende Arbeitgeber bessere als die durch die Richtlinie eingeräumten Rechte gewähren kann.

EuGH v. 18.12.2007, Rs. C-341/05, Slg. 2007, I-11845 (Laval); EuGH v. 3.4.2008, Rs. C-346/06, Slg. 2008, I-1989 (Rüffert); EuGH v. 19.6.2008, Rs. C-319/06 (Kommission ./. Luxemburg)

Folgt man dem EuGH, stellt die Entsenderichtlinie insoweit eine abschließende Regelung dar, die zwingend bestimmte Arbeitsbedingungen vorschreibt. Soweit sich der nationale Gesetzgeber in diesem Rahmen bewegt, ist keine Überprüfung am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV mehr möglich. Dies bedarf jedoch näherer Untersuchung (s. unten VI). Geht es um die gegenständliche Erweiterung des Schutzes nach Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie, liegt demgegenüber eine Ermächtigung der Mitgliedstaaten vor, von der nur im Rahmen des Unionsrechts Gebrauch gemacht werden kann.

Ebenso Glaser/Kahl, a. a. O. ZHR 177 (2013) S. 643, 651 f.

VKR und Entsenderichtlinie regeln unterschiedliche Fragen und ergänzen sich gegenseitig. Soweit es um die Vergabe öffentlicher Aufträge geht, lässt die VKR die Berücksichtigung sozialer Aspekte in dem beschriebenen Rahmen zu. Diese können sich auf die eigenen Beschäftigten des Auftragnehmers, auf inländische Leiharbeitnehmer, aber auch auf Arbeitskräfte beziehen, die aus einem anderen Mitgliedstaat der EU nach Deutschland entsandt wurden. Soweit dieser spezielle Tatbestand vorliegt, greifen die Entsenderichtlinien und die auf sie gestützten nationalen Bestimmungen ein; von diesen kann auch im Rahmen eines Vergabeverfahrens nicht abgewichen werden. Die „sozialen Aspekte“, deren Berücksichtigung die VKR zulässt, sind für diesen speziellen Fall durch die Entsenderichtlinie bindend definiert. Dies läuft auf eine kumulative Anwendung beider Richtlinien hinaus. Von einer prinzipiellen „Spezialität“ der Entsenderichtlinie kann nicht die Rede sein.

Wie hier Becker, Entscheidungsanmerkung, JZ 2008, 891, 893; missverständlich Koberski/Schierle (a. a. O. RdA 2008, 233, 235), wonach Erwägungsgrund 34 zur VKR dafür spreche, dass die Entsenderichtlinie lex specialis sei.

4. Zwischenergebnis

Die Regelung des § 4 Abs. 3 TVgG ist an der VKR zu messen. Auch muss sie den Maßstäben der Entsenderichtlinie genügen. Dabei stellt sich das spezielle Problem, wie zu verfahren ist, wenn wie im vorliegenden Fall gar keine Arbeitnehmer entsandt werden, aber ein vergleichbarer wirtschaftlicher Effekt erzielt wird. Da beide Richtlinien keinen abschließenden Charakter tragen, ist außerdem die Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit zu untersuchen.

V. Vereinbarkeit des § 4 Abs. 3 TVgG mit der Vergabekoordinationsrichtlinie

Kaum Probleme wirft das Verhältnis des vergabespezifischen Mindestlohns zur Vergabekoordinationsrichtlinie auf. Diese lässt in ihrem Art. 26 zusätzliche Bedingungen zu, die sich auf die Ausführung des Auftrags beziehen und die auch „soziale Aspekte“ betreffen können. Weitere konkrete Vorgaben werden nicht gemacht; ob es um Löhne, Arbeitsbedingungen oder die Existenz einer betrieblichen Interessenvertretung geht, spielt keine Rolle.

Die Mindestlohnbestimmung des § 4 Abs. 3 TVgG betrifft unzweifelhaft einen „sozialen Aspekt“. Sie will verhindern, dass Arbeitnehmer aus dem In- wie aus dem Ausland zu minimalen Löhnen arbeiten, die keinen existenzsichernden Charakter haben. Aus der Sicht des Vergaberechts stehen dem keine Hindernisse entgegen. Die kommende neue Vergaberichtlinie sieht in ihrem Art. 15 Abs. 2 sogar die obligatorische Berücksichtigung der in Rechtsvorschriften festgelegten arbeits- und sozialrechtlichen Verpflichtungen vor. Wörtlich heißt es in der vorläufigen deutschen Übersetzung (Rat der EU, Vermerk v. 5. August 2013 – SB 3113/13 –abrufbar unter blog.cosinex.de):

> „2. Die Mitgliedstaaten treffen geeignete Maßnahmen, um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die in Anhang XI aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind.“

VI. Vereinbarkeit mit der Entsenderichtlinie

§ 4 Abs. 3 TVgG erfasst in der Regel Fälle, in denen ausländische Unternehmen als Bewerber auftreten, die ihre Arbeitnehmer nach Deutschland entsenden. Zu denken ist weiter an den Fall, dass sie die Rolle eines selbstständigen Subunternehmens einnehmen und zu diesem Zweck „ihre Leute“ z. B. auf eine deutsche Baustelle entsenden. Ob in diesen Fällen ein vergabespezifischer Mindestlohn mit der Entsenderichtlinie vereinbar ist, soll zunächst geprüft werden. Davon ist dann der weitere Fall zu unterscheiden, dass gar keine Entsendung nach Deutschland erfolgt, sondern die Dienste im Wesentlichen im Ausland geleistet und ihr Ergebnis dann nach Deutschland gebracht wird. Der vorliegende Fall, in dem es um die Digitalisierung von Akten geht, ist ein Beispiel für diese zweite Gruppe, die bislang völlig im Hintergrund stand, in der Zukunft aber möglicherweise erheblich an Bedeutung gewinnen wird. Hier ist eine entsprechende Anwendung der Entsenderichtlinie zu erwägen; andernfalls muss eine Überprüfung am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit erfolgen.

1. Vergabespezifischer Mindestlohn bei Entsendung nach Deutschland

Die Frage, ob § 4 Abs. 3 TVgG im Widerspruch zur Entsenderichtlinie steht, bestimmt sich danach, was genau der Inhalt des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie ist. Aus diesem Grund sei ihr Wortlaut kurz in Erinnerung gerufen. Im Einzelnen heißt es:

„Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht die in Artikel 1 Absatz 1 genannten Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern bezüglich der nachstehenden Aspekte die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird,
- durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder
- durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche im Sinne des Absatzes 8, sofern sie die im Anhang genannten Tätigkeiten betreffen,
festgelegt sind:
a) Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten;

b) Bezahlter Mindestjahresurlaub;
c) Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze; dies gilt nicht für die zusätzlichen betrieblichen Altersversorgungssysteme;
d) …..
g) Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie andere Nichtdiskriminierungsbestimmungen.“

Die sog. Tariftreueklauseln, die auf die für die jeweilige Branche geltenden (repräsentativen) Tarifverträge verwiesen haben, lassen sich nach Auffassung des EuGH nicht auf diese Bestimmung stützen, sondern gehen über den dort vorgesehenen Schutz hinaus.

EuGH v. 3.4.2008 – Rs. C-346/06, NZA 2008, 537 (Rüffert)

Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie deckt vielmehr nur gesetzliche (oder durch Verwaltungsvorschriften garantierte) Mindestlohnsätze sowie solche ab, die auf einem für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag beruhen. Ausdrücklich betonte der EuGH, eine Gesetzesnorm wie die des niedersächsischen Vergabegesetzes, die lediglich auf einen Tarifvertrag verweise, lege selbst keinen Mindestlohnsatz fest.

EuGH, a. a. O., Tz. 24

Auch war ersichtlich keine Allgemeinverbindlichkeit ausgesprochen worden.

Bei dem hier vorliegenden vergaberechtlichen Mindestlohn nach § 4 Abs. 3 TVgG ist die Situation eine andere: Hier handelt es sich um eine gesetzliche Regelung, die selbst einen Mindestlohn von 8,62 Euro festlegt. Damit ist ein anderer Weg beschritten, der die Modalitäten wahrt, die die Entsenderichtlinie für die Festlegung von Mindestlohnsätzen vorschreibt.

Ebenso Rödl, Bezifferte Mindestentgeltvorgaben im Vergaberecht, EuZW 2011, 292; Lakies, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmerentsendegesetz, 3. Aufl., Baden-Baden 2012, Anh. 1 zu § 5 TVG Rn. 34

In der Literatur ist dem entgegen gehalten worden, die Vorschrift des Art. 3 Abs. 1 Entsenderichtlinie meine nur „arbeitsrechtliche Mindestlohnsätze“, die hier nicht vorliegen würden,

Vgl. Klumpp, Dienstleistungsfreiheit versus Tariftreue, NJW 2008, 3473

doch liegt dem europäischen Gesetzgeber eine solche Anknüpfung an nationalen Systembegriffen denkbar fern. An welcher Stelle der Rechtsordnung eine Schutzvorschrift verankert ist, spielt vom Sinn der Entsenderichtlinie her keine Rolle.

Gravierender ist der Einwand, es handle sich bei dem vergabespezifischen Mindestlohn nur um einen Partikularschutz der im Rahmen von öffentlichen Aufträgen Arbeitenden, während ein für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag für alle gelte. In der Rüffert-Entscheidung wird dazu ausgeführt (EuGH a. a. O. Tz. 29):
„In einem Kontext wie dem des Ausgangsverfahrens erstreckt sich nämlich die Bindungswirkung eines Tarifvertrags wie des im Ausgangsverfahren fraglichen nur auf einen Teil der in den geografischen Bereich des Tarifvertrags fallenden Bautätigkeit, da zum einen die Rechtsvorschriften, die diese Bindungswirkung herbeiführen, nur auf die Vergabe öffentlicher Aufträge anwendbar sind und nicht für die Vergabe privater Aufträge gelten und zum andern dieser Tarifvertrag nicht für allgemein verbindlich erklärt worden ist.“

Damit wird der Sache nach lediglich verdeutlicht, dass der fragliche Tarifvertrag nur einen beschränkten Anwendungsbereich hat, während die Richtlinie für Tarifverträge eine Erga-omnes-Wirkung voraussetzt. Bei den gesetzlichen und durch Verwaltungsvorschrift festgelegten „Mindestlohnsätzen“ ist ein solcher Geltungsbereich nirgends vorausgesetzt. Anders als bei Tarifverträgen ist er im Wortlaut nicht einmal angedeutet. Gesetzliche Mindestlöhne können – wie z. B. in den USA – regional verschieden sein; dennoch hätte niemand Zweifel, dass eine entsprechende Regelung in einem Mitgliedstaat erfasst wäre. Denkbar ist auch, dass eine Verwaltungsvorschrift nicht alle Beschäftigten des öffentlichen Dienstes oder einer bestimmten Branche erfasst, weil dafür beispielsweise von vorne herein die notwendige Kompetenz der die Vorschrift erlassenden Stelle fehlt. Hätte man „universelle“, flächendeckende Mindestlöhne gemeint, so hätte man dies zumindest im Kontext der „Verwaltungsvorschriften“ deutlich machen müssen. Da dies nicht geschehen ist, muss man davon ausgehen, dass mit den „durch Rechts- oder Verwaltungsvorschrif-

ten“ festgelegten Mindestlöhnen auch solche gemeint sind, die nicht für ganze Branchen Geltung beanspruchen. Auch wenn nur diejenigen Arbeitnehmer erfasst werden, die mit der Durchführung öffentlicher Aufträge befasst sind, liegt eine gesetzliche Regelung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie vor. Ein solcher „Partikularschutz“ fügt sich unschwer auch in die Systematik der Richtlinie ein: Diese erfasst nur die Tarife im Bausektor (der im Anhang im Einzelnen definiert ist); Tarifverträge anderer Branchen können nur aufgrund einer Entscheidung des nationalen Gesetzgebers einbezogen werden. Auch damit ist der Sache nach ein „Partikularschutz“ angeordnet.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass sich der durch § 4 Abs. 3 TVgG angeordnete Mindestlohn in den Rahmen des Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie einordnet, also zu den dort vorgesehenen Mindestnormen gehört. Dass sich die Vorschrift unmittelbar nur zugunsten derjenigen Personen auswirkt, die mit öffentlichen Aufträgen befasst sind, ist eine notwendige Folge der Tatsache, dass es spezifische Regeln für diesen Bereich gibt. Im Übrigen besteht nach der Rechtsprechung des EuGH kein Bedenken dagegen, dass umweltschützende Vergabebedingungen auf öffentliche Auftragnehmer beschränkt sind. So hat es etwa der EuGH zugelassen, bei der Vergabe von Verkehrsdienstleistungen „Umweltschutzkriterien wie die Höhe der Stickoxidemissionen oder den Lärmpegel der Busse“ zu berücksichtigen,

> EuGH v. 17. 9. 2002 – C-513/99 – Slg. 2002, I-7213 – Concordia Bus Finland, Tz. 69

oder Strom “aus erneuerbaren Energien” zu verlangen.

> EuGH v. 4. 12. 2003 – C-448/01 – Slg. 2003, I-14527 – EVN/Wienstrom Tz. 34

Beides wurde für zulässig erachtet, obwohl für private Auftraggeber keine vergleichbaren Vorschriften bestehen.

> Darauf verweist auch Nassibi, Schutz vor Lohndumping in Deutschland, Baden-Baden 2012, S. 225.

Eine Prüfung am Maßstab des Art. 56 AEUV kann unter diesen Umständen entfallen. Nach der Rechtsprechung des EuGH handelt es sich bei der Festlegung der Sozialstandards in Art. 3 der Richtlinie um eine abschließende Regelung, die es dem nationalen Gesetzgeber nicht mehr erlaubt, unter Berufung auf das Günstigkeitsprinzip des Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie höhere Löhne und bessere Arbeitsbedingungen für die entsandten Arbeitskräfte festzulegen.

EuGH v. 18.12.2007 – Rs. C-341/05, NZA 2008, 159, 164 (Laval) Tz. 80 ff.;
EuGH v. 3.4.2008 – Rs. C-346/06, NZA 2008, 537 (Rüffert) Tz. 32 ff.

Diese Sicht wird damit begründet, dass die Entsenderichtlinie (auch) die Erbringung von Dienstleistungen erleichtern will, ein Zweck, der unterlaufen würde, wollte man bloße Mindeststandards mit einer nicht näher eingegrenzten „Öffnung nach oben“ annehmen.

Für die Annahme eines abschließenden Charakters ausdrücklich auch EuGH 19.6.2008 – Rs. C-319/06, NZA 2008, 865 = Slg. 2008, I-4323 (Kommission./. Luxemburg) Tz. 31

Dies hier kritisch zu hinterfragen, besteht kein Anlass, zumal sich auch in der Literatur einige Stimmen in diesem Sinne ausgesprochen haben.

s. etwa Klumpp, a. a. O., NJW 2008, 3473, 3476; Rechten/Röbke, Sozialstandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Berlin und Brandenburg, LKV 2011, 337, 338; in gleichem Sinne (aber eher berichtend) Glaser/Kahl, a. a. O. ZHR 177 (2013), S. 643, 651

Eine solche abschließende Regelung schließt eine Prüfung am Maßstab der fraglichen Grundfreiheit grundsätzlich aus.

Näher oben IV 1

Dies gilt allerdings nur dann, wenn die Richtlinie (oder ein anderer Akt des sekundären Unionsrechts) seinerseits mit dem primären Unionsrecht in Einklang steht. Dem Gemeinschaftsgesetzgeber kommt insoweit ein erheblicher Spielraum für die Ausgestaltung des

fraglichen Bereichs zu. Dass dieser durch Art. 3 der Entsenderichtlinie überschritten sein könnte, ist nirgends ersichtlich; gerade die neueste Rechtsprechung des EuGH geht als selbstverständlich davon aus, dass sich die Entsenderichtlinie im Rahmen des primären Unionsrechts bewegt.

EuGH v. 18.12.2007 – Rs. C-341/05, NZA 2008, 159, 164 (Laval) Tz. 80 ff.;
EuGH v. 3.4.2008 – Rs. C-346/06, NZA 2008, 537 (Rüffert) Tz. 32 ff.;
EuGH 19.6.2008 – Rs. C-319/06, NZA 2008, 865 = Slg. 2008, I-4323 (Kommission ./. Luxemburg) Tz. 31

Wenn in der Rüffert-Entscheidung im Anschluss an die Erwägungen zur Unvereinbarkeit der Tariftreueklausel mit der Richtlinie Überlegungen zur Vereinbarkeit der Regelung mit der Dienstleistungsfreiheit angestellt werden,

EuGH v. 3.4.2008 – Rs. C-346/06, NZA 2008, 537 (Rüffert) Tz. 36 ff.

so wird damit nicht etwa der Grundsatz aufgegeben, dass eine abschließende Regelung des Sekundärrechts ausschließlicher Maßstab für die Überprüfung einer nationalen Maßnahme ist. Vielmehr geht es darum, im Sinne einer Zusatzerwägung herauszuarbeiten, dass eine gegen sekundäres Unionsrecht verstoßende Regelung auch mit dem Primärrecht nicht vereinbar ist. Dies mag man als Hilfserwägung qualifizieren,

So Rödl a. a. O. EuZW 2011, 292, 293 f.

die die Überzeugungskraft der Erwägungen verstärken soll. Näher könnte die Vorstellung liegen, dass ja das vorlegende OLG Celle ausschließlich nach der Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit gefragt hatte, so dass es nahe lag, ihm eine direkte Antwort zu geben.

Als **Teilergebnis** ist daher festzuhalten: Soweit – wie häufig – über Bewerbungen entschieden wird, bei denen der Bewerber oder ein selbständiger Subunternehmer Arbeitskräfte nach Deutschland entsendet, bestehen keine unionsrechtlichen Bedenken gegen § 4 Abs. 3 TVgG.

2. Vergabespezifischer Mindestlohn ohne Entsendung nach Deutschland?

Im vorliegenden Fall war und ist keine Entsendung nach Deutschland geplant. Die Digitalisierung der Akten der Stadt Dortmund soll in Polen, in einer Betriebsstätte der polnischen Tochtergesellschaft der Bundesdruckerei, erfolgen. Der Tatbestand, an den die Entsenderichtlinie anknüpft, liegt daher nicht vor.

Man mag sich deshalb die Frage stellen, ob dies hinnehmbar ist oder ob insoweit die Entsenderichtlinie entsprechende Anwendung finden muss. Dafür könnte die Gefahr sprechen, dass die Ausklammerung von Fällen wie dem vorliegenden zu Umgehungsstrategien führen könnte: Alle Dienstleistungen, die nicht unmittelbar ortsgebunden sind, würden in einem Niedriglohn-Land durchgeführt, um so den Anforderungen der Entsenderichtlinie und (in Deutschland) des AEntG zu entgehen. Über die mögliche Tragweite einer solchen Umgehungsstrategie lassen sich derzeit keine exakten Aussagen machen. Auf der anderen Seite hat der deutsche wie der europäische Gesetzgeber durch vergaberechtliche Bestimmungen einer solchen möglichen Entwicklung bereits Rechnung getragen und wären bei Bedarf durchaus in der Lage, weitergehende Anforderungen aufzustellen. Schon mit Rücksicht darauf fehlt es an einer Lücke, die durch eine entsprechende Anwendung der Entsenderichtlinie geschlossen werden könnte.

Die Unanwendbarkeit der Entsenderichtlinie führt allerdings dazu, dass ihre (eben erörterte) „Verdrängungswirkung“ gegenüber der Dienstleistungsfreiheit als Teil des primären Unionsrechts nicht zum Tragen kommt. § 4 Abs. 3 TVgG ist deshalb *in Bezug auf diese Fälle* unmittelbar am Maßstab des Art. 56 AEUV zu messen.

VII. Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV

1. Das Prüfprogramm

Ist eine Bestimmung des nationalen Rechts (wie § 4 Abs. 3 TVgG) am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV zu überprüfen, so stellt sich als erstes die Frage, ob überhaupt ein „Eingriff“ in die diese Grundfreiheit vorliegt. Ist dies der Fall, so stellt sich das weitere Problem, ob er nach Art. 62 in Verbindung mit Art. 52 Abs. 1 AEUV gerechtfertigt werden kann.

2. Vorliegen eines Eingriffs

Die wirtschaftlichen Grundfreiheiten werden in der Rechtsprechung des EuGH nicht nur als Verbote angesehen, ausländische Unternehmen schlechter als inländische zu behandeln. Vielmehr geht es um Beschränkungsverbote; ausgeschlossen sollen alle Maßnahmen sein, die die Ausübung z. B. der Warenverkehrs- oder der Dienstleistungsfreiheit „weniger attraktiv" machen.

EuGH v. 1.7.1974 – Rs. 8/74, Slg. 1974, 837 (Dassonville) Tz. 5; EuGH v. 30.11.1995 – Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165 (Gebhard) Tz. 37 f.; speziell zur Dienstleistungsfreiheit EuGH v. 25.7.1991 – Rs. C-76/90, Slg. 1991, I-4221 (Säger) Tz. 12; EuGH v. 24.3.1994 – Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-1039 (Schindler) Tz. 43

Zusammenfassend führte der EuGH (15.3.2001 – Rs. C-165/98 – NZA 2001, 554 – Mazzoleni, Tz. 22) aus:

„Nach ständiger Rechtsprechung verlangt Art. 59 EGV (= Art. 56 AEUV) nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden auf Grund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen – selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten – , sofern sie geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen."

Nach der Rechtsprechung des EuGH im Fall Keck sind im Bereich der Warenverkehrsfreiheit die Voraussetzungen eines Eingriffs nicht erfüllt, wenn es sich nur um „Verkaufsmodalitäten" handelt, die für alle gelten und die „rechtlich wie tatsächlich" inländische Erzeugnisse und Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten in gleicher Weise berühren.

EuGH v. 24.11.1993 – Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097 (Keck)

Das damalige französische Verbot des Verkaufs unter dem eigenen Einkaufspreis wurde dieser Kategorie zugeordnet und deshalb ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit verneint. Im Grundsatz findet diese Rechtsprechung auch auf die Dienstleistungsfreiheit Anwendung, wie der EuGH schon im Jahr 1995 deutlich machte.

EuGH v. 10.5.1995 – Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1167 (Alpine Investments BV)

Allerdings wurde das damalige Verbot des "cold calling", d. h. des unaufgeforderten Telefonanrufens sehr wohl als Einschränkung qualifiziert, weil es effektiv zu einer Benachteiligung gegenüber Wettbewerbern aus einem anderen Mitgliedstaat führte, wo das Unternehmen gleichfalls seine Dienste anbieten wollte.

Auch im vorliegenden Zusammenhang wird man nicht davon ausgehen können, dass der durch § 4 Abs. 3 TVgG vorgesehene Mindestlohn „rechtlich wie tatsächlich" dieselben Auswirkungen auf deutsche wie auf alle ausländischen Anbieter hat. Angesichts der unterschiedlichen Lohnniveaus in den Mitgliedstaaten ist die faktische Wirkung in aller Regel nicht dieselbe; wer aus einem Land mit sehr niedrigem Lohnniveau kommt, wird mehr Schwierigkeiten als andere bei der Bezahlung des Mindestlohns haben. Insoweit ist der Marktzugang betroffen.

Ebenso im Ergebnis Krebber, a. a. O., EuZA 2013, 435, 443

Es liegt ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit vor. Dieser besteht in einer wirtschaftlichen Belastung und damit einer Beschränkung, die für alle gleichermaßen gilt und die keinen diskriminierenden Charakter hat.

Glaser/Kahl a. a. O. ZHR 177 (2013) S. 643, 660 f.

3. Rechtfertigung des Eingriffs

a) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses

Ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit kommt den Umständen nach nur aus „zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“ in Betracht. Dieser Rechtfertigungsgrund lässt sich nicht direkt aus dem Wortlaut des Art. 62 in Verbindung mit Art. 52 Abs. 1 AEUV entnehmen, wo nur von „Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit“ die Rede ist, doch ist er seit Jahrzehnten in der Rechtsprechung des EuGH anerkannt.

EuGH v. 17.12.1981 – Rs. 279/80 – NJW 1982, 1203, 1204 (Webb); EuGH 15.3.2001 – Rs. C 165/98 – NZA 2001, 554, 555 (Mazzoleni) Tz. 25; EuGH 24.1.2002 – Rs. C-164/99 – NZA 2002, 207 (Portugaia) Tz. 19; EuGH 3.4.2008 – Rs. C-346/06 – NZA 2008, 537 (Rüffert) Tz. 42; EuGH v. 7.10.2010 – Rs. C-515/08 – NZA 2010, 1404 (dos Santos Palhota)

b) Arbeitnehmerschutz als zwingender Grund

Zu den „zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“ gehört nach der Rechtsprechung des EuGH auch der Arbeitnehmerschutz. In der ersten grundlegenden Entscheidung zu dieser Frage (EuGH v. 17.12.1981 – Rs. 279/80 – NJW 1982, 1203, 1204 – Webb) heißt es im Zusammenhang mit der Genehmigungsbedürftigkeit der Leiharbeit:

Es steht den Mitgliedstaaten frei und ist für sie „eine legitime im Allgemeininteresse getroffene politische Entscheidung, für die Überlassung von Arbeitnehmern in ihrem Hoheitsgebiet eine Genehmigungsregelung einzuführen, um die Genehmigung versagen zu können, wenn die begründete Befürchtung besteht, dass diese Tätigkeit gedeihliche Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt beeinträchtigen würde oder dass dabei die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer unzulänglich gewahrt würden.“

Hervorzuheben ist, dass es nicht allein um die Interessen von konkret betroffenen Arbeitnehmern geht, sondern dass auch arbeitsmarktpolitische Ziele („gedeihliche Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt“) zu den zwingenden Allgemeininteressen gehören.

Spätere Entscheidungen weisen gleichfalls in diese Richtung. So heißt es etwa in dem Urteil in Sachen Arblade und Leloup (EuGH v. 23.11.1999 – verb. Rs. C-369/96 und C-376/96 – NZA 2000,85 Tz 36):

„Zu den bereits vom Gerichtshof anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehört der Schutz der Arbeitnehmer (Nachweise), insbesondere auch der soziale Schutz der Arbeitnehmer des Baugewerbes."

Weiter wird in der Entscheidung Rush Portuguesa (EuGH v. 27.3.1990 – Rs. C-113/89, Slg. 1990, I-1417) im Hinblick auf die Besorgnisse der französischen Regierung, die Arbeit von Portugiesen in Frankreich könne zu „sozialem Dumping" führen, in Tz 18 betont:

„Schließlich ist im Hinblick auf die von der französischen Regierung insofern geäußerten Besorgnisse darauf hinzuweisen, dass es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, ihre Rechtsvorschriften oder die von den Sozialpartnern geschlossenen Tarifverträge unabhängig davon, in welchem Land der Arbeitgeber ansässig ist, auf alle Personen auszudehnen, die in ihrem Hoheitsgebiet, und sei es auch nur vorübergehend, eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben; ebenso wenig verbietet es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten, die Beachtung dieser Regeln mit den geeigneten Mitteln durchzusetzen."

Auch hier geht es ersichtlich nicht ausschließlich um den Schutz der nach Frankreich kommenden portugiesischen Arbeitnehmer, sondern darüber hinaus um die Abwehr einer Lohnunterbietungskonkurrenz.

c) Das Problem des partiellen Arbeitnehmerschutzes

Der konkrete Fall weist die Besonderheit auf, dass durch § 4 Abs. 3 TVgG nur solche Arbeitnehmer geschützt werden, die mit der Ausführung öffentlicher Aufträge befasst sind. Andere Arbeitnehmer, deren Arbeitgeber einen privaten Auftrag erfüllen, werden von dem Mindestlohn nicht erfasst. Nach der Rüffert-Entscheidung des EuGH gibt es jedoch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Schutzbedarf in diesem Sektor geringer wäre. Deshalb lasse sich eine solche partielle Regelung nicht mit dem Gedanken des Arbeitnehmerschutzes rechtfertigen.

EuGH v. 3.4.2008 Rs. - C-346/06, NZA 2008, 537 (Rüffert) Tz. 39, 40

Dem kann mit Rücksicht auf andere Urteile des EuGH nicht gefolgt werden.

„Arbeitnehmerschutz“ ist nicht notwendig universell und muss nicht jeden denkbaren Schutzbedarf abdecken. So enthält die Entsenderichtlinie spezifische Regeln für den Bausektor, weil im Zeitpunkt ihres Erlasses dort die Probleme am dringendsten schienen.
Auch der EuGH hat betont, dass dort ein besonderer Schutzbedarf bestehe.

EuGH v. 28.3.1996 – Rs. C-272/94 – Slg. 1996, I-1905 (Guiot) Tz. 16

In der Zwischenzeit hat sich herausgestellt, dass vergleichbare Schutzmechanismen auch in anderen Branchen notwendig sind, so dass etwa in Deutschland von der Ermächtigung des Art. 3 Abs. 10 der Entsenderichtlinie Gebrauch gemacht wurde und die Mindestschutznormen auf andere Branchen erstreckt wurden.

Weiter ist auf die Entscheidung „Rush Portuguesa“ (EuGH v. 27.3.1990 – Rs. C-113/89, Slg. 1990, I-1417) zu verweisen. Dort wurde den französischen Instanzen ausdrücklich das Recht eingeräumt, Tarifverträge auf alle, auch die von ausländischen Unternehmen entsandten Arbeitnehmer zu erstrecken – dies ist gleichfalls eine Maßnahme, die nur für diejenigen wirkt, die kraft der autonomen Entscheidung der Sozialpartner in den Anwendungsbereich des jeweiligen Tarifvertrags fallen. Dieser muss keineswegs alle Arbeitnehmer erfassen, die dasselbe Maß an Schutzbedürfnis besitzen; insoweit ist die Regelung im Prinzip nicht weniger „partiell“ als ein vergabespezifischer Mindestlohn.

In der Literatur wurden weitere Überlegungen angestellt, weshalb ein Schutz, der nur die mit öffentlichen Aufträgen Befassten betrifft, durchaus eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen kann.

Bei Mitgliedstaaten mit föderaler Struktur sind universelle Schutznormen in vielen Fällen politisch nicht durchsetzbar, zum Teil sogar rechtlich nicht möglich. Sie gleichwohl zu verlangen, würde bedeuten, dass die Betroffenen faktisch ohne Schutz blieben. Im Bundesstaat hat die Aufteilung der Kompetenzen zudem in bestimmten Bereichen auch den

Sinn, Erfahrungen mit einzelnen Regelungen zu sammeln, die dann ggf. zu einer einheitlichen Gesetzgebung für das ganze Land führen. In Deutschland wäre dies im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung möglich, wo es beispielsweise im Fall des Bildungsurlaubs auch entsprechende Überlegungen gab. Die Achtung vor der Eigenständigkeit der Mitgliedstaaten gebietet es, diese internen Regelungsmechanismen nicht anzutasten. Ausdrücklich sieht Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV vor:

„Die Union achtet die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt."

Dies muss berücksichtigt werden, wenn es um die Anforderungen an den Begriff „zwingende Gründe des Allgemeininteresses" und „Schutz von Arbeitnehmerinteressen" geht.

Im Ergebnis übereinstimmend Glaser/Kahl, a. a. O., ZHR 177 (2013) S. 643, 664, 670 f.; Greiner ZIP 2011, 2132 ff.

Arbeitnehmerschutz kann weiter auch stufenweise erfolgen, indem man zunächst nur einen bestimmten Bereich erfasst und diesen als „Vorbild" begreift, das andere zum „Nachziehen" veranlassen könnte. Bei einer späteren Erweiterung und Verallgemeinerung kann die öffentliche Meinung eine große Rolle spielen, daneben aber auch die Möglichkeit, dass qualifizierte Arbeitskräfte in den bessere Bedingungen bietenden Sektor abwandern. Insoweit geht es nicht nur um eine reine Hoffnung, sondern ggf. um eine reale Möglichkeit. Partielle Schutznormen auszuschließen, würde einen solchen Prozess entscheidend behindern und damit ein Stück demokratischer Gesetzgebung unmöglich machen.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass das soziale Element durch den Vertrag von Lissabon eine stärkere Stellung im Unionsrecht erfahren hat. In Art. 3 UAbs. 1 Satz 2 EUV bekennt sich die Union ausdrücklich zur sozialen Marktwirtschaft und benennt als deren Ziele „Vollbeschäftigung" und „sozialen Fortschritt". In Art. 3 UAbs. 2 EUV ist davon die Rede, dass soziale Gerechtigkeit und sozialer Schutz gefördert werden. Die sog. Querschnittsklausel des Art. 9 AEUV verlangt, dass die Union bei der Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen u. a. einen hohen Beschäftigungsstand fördert und einen an-

gemessenen sozialen Schutz gewährleistet. Dies wird durch die Kapitel über Beschäftigung (Art. 145 ff. AEUV) und über Sozialpolitik (Art. 151 ff.) konkretisiert. Die Grundrechtecharta, die als Teil des Primärrechts denselben Rang wie EUV und AEUV genießt, enthält in den Artikeln 27 bis 38 unter der Überschrift „Solidarität“ zahlreiche soziale Grundrechte.

Dazu auch Koberski/Schierle RdA 2008, 233, 235

Wollte man eine Schritt für Schritt vorgehende Sozialpolitik auch nur im bedeutsamen Teilgebiet der Vergabe öffentlicher Aufträge ausschließen, wären sozialer Schutz und sozialer Fortschritt nicht erleichtert sondern erschwert.

Arbeitnehmerschutz kann sich deshalb (zunächst) auf diejenigen beschränken, die mit der Ausführung öffentlicher Aufträge befasst sind.

d) Verhältnismäßigkeit der Schutzmaßnahmen

Die im Interesse des Arbeitnehmerschutzes ergriffenen Maßnahmen müssen zur Erreichung des Ziels geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Dazu Glaser/Kahl, a. a. O., ZHR 177 (2013) S. 643, 667

Die Geeignetheit einer Mindestlohnbestimmung nach Art des § 4 Abs. 3 TVgG zur Sicherung und Verbesserung der Situation der erfassten Arbeitnehmer steht außer Zweifel. Die Frage der Inkohärenz, d. h. der inneren Unschlüssigkeit wegen der Beschränkung auf die mit öffentlichen Aufträgen befassten Personen

Zu dieser Begrifflichkeit s. Rechten/Röbke, a. a. O., LKV 2011, 338

stellt sich nicht mehr, nachdem feststeht, dass auch das Konzept eines partiellen Arbeitnehmerschutzes eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen kann. In Bezug auf dieses (beschränkte) Ziel ist die Maßnahme „Mindestlohn“ geeignet.

Zum Mindestlohn gibt es auch keine Alternative, die weniger in die Dienstleistungsfreiheit eingreifen würde. Andere Instrumente, die in gleicher Weise einen Verdrängungswettbewerb und eine „Spirale“ nach unten verhindern würden, sind nicht ersichtlich. Soweit eine Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen möglich ist, kann davon Gebrauch gemacht werden; der Mindestlohn würde in einem solchen Fall nach § 4 Abs. 4 TVgG nur eingreifen, wenn der Tarifvertrag unter einer Stundenvergütung von 8,62 Euro bleiben würde.

Ebenso im Ergebnis Glaser/Kahl, a. a. O., ZHR 177 (2013) S. 643, 671 f.

Die Schwere und Tragweite der Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit müssen schließlich in einem angemessenen Verhältnis zu den mit der Regelung verfolgten Schutzzielen stehen. Bei der Abwägung ist dabei insbesondere auf die gestiegene Bedeutung der sozialpolitischen Ziele im Primärrecht abzustellen (dazu oben unter c am Ende). Auf der anderen Seite ist die Dienstleistungsfreiheit eine der „Säulen“, auf denen der Binnenmarkt und die Union ruhen. Einen Betrag vorzuschreiben, der der untersten besetzten Lohngruppe nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst entspricht, erscheint nicht als übermäßige wirtschaftliche Belastung von Bewerbern aus Niedriglohn-Ländern. Ihr „Wettbewerbsvorteil“ billigerer Löhne wird keineswegs völlig beseitigt, sondern wird lediglich verringert: Inländische Unternehmen werden jedenfalls ihren qualifizierten Mitarbeitern immer deutlich mehr als den Mindestlohn von 8,62 Euro bezahlen müssen. Außerdem richten sich in den Fällen der relativ kurzfristigen Entsendung und im vorliegenden Fall Steuern und Sozialabgaben nach dem „Heimatrecht“, was auf eine erheblich geringere Belastung hinausläuft. Schließlich sollte man berücksichtigen, dass eine „Freigabe“ von Billiglöhnen nicht nur den deutschen Arbeitsmarkt erheblich stören würde. Vielmehr gäbe es auch für die Entsendeländer praktisch keinen Anreiz mehr, ihre Leistungen und ihre Organisation zu verbessern, da ein Lohnniveau, das 50 % oder 80 % unter dem des Aufnahmestaates liegt, einen so großen Wettbewerbsvorteil bringt, dass ergänzende Maßnahmen im Sinne eines qualitativ besseren Angebots wegen der damit verbundenen Kosten nicht in Angriff genommen werden. Eine verabsolutierte und grenzenlose Dienstleistungsfreiheit wäre deshalb kein Beitrag zur Realisierung der Ziele der Union, insbesondere nicht zu einer in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 2 EUV als Ziel formulierten „wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft“.

Vgl. auch Glaser/Kahl, a. a. O., ZHR 177 (2013) S. 643, 672 f.

e) Eingriff in die unternehmerische Freiheit nach Art. 16 GR-Charta?

Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit sind dann illegal, wenn sie in nicht gerechtfertigter Weise zugleich in Grundrechte eingreifen. In der Literatur ist erörtert worden, ob die in Art. 16 Grundrechtecharta (GR-Charta) garantierte unternehmerische Freiheit unzulässig beeinträchtigt sein könnte.

Glaser/Kahl, a. a. O., ZHR 177 (2013) S. 643, 673 ff.

Art. 16 GR-Charta umfasst „die Freiheit, eine Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit auszuüben, die Vertragsfreiheit und den freien Wettbewerb."

So EuGH v. 22.1.2013 – Rs. C-283/11 – EuZW 2013, 347 (Sky Österreich) Tz. 42.

An anderer Stelle ist davon die Rede, Art. 16 umfasse „insbesondere" die Vertragsfreiheit.

EuGH v. 18.7.2013 – Rs. C-426/11 – NZA 2013, 835 (Alemo-Herron) Tz. 32

In diese wird mittelbar eingegriffen, wenn Arbeitsverträge nur unter Wahrung des vergaberechtlichen Mindestlohns abgeschlossen oder fortgeführt werden können. Allerdings ist der Eingriff nicht stärker als bei anderen Mindeststandards, die das Unionsrecht bisweilen vorgibt; als Beispiel sei der durch Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG (Arbeitszeitrichtlinie) gewährleistete Erholungsurlaub von vier Wochen pro Jahr genannt.
Eine solche Regelung ist jedenfalls dann zulässig, wenn zwingende Gründe des Allgemeininteresses für sie sprechen. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall erfüllt.

Ebenso Glaser/Kahl, a. a. O., ZHR 177 (2013) S. 643, 675 f.

4. Ergebnis

§ 4 Abs. 3 TVgG verstößt nicht gegen die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV. Ergänzend sei noch darauf verwiesen, dass die in Art. 15 Abs. 2 GR-Charta garantierte

„Freiheit, in jedem Mitgliedstaat Dienstleistungen zu erbringen“, keinen weitergehenden Schutz als Art. 56 AEUV gewährt.

Vgl. Bernsdorff, in: Jürgen Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, Art. 15 Rn. 20a

VIII. Zusätzliche Rechtfertigung durch das ILO-Übereinkommen Nr. 94?

Löhne und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer, die mit der Abwicklung öffentlicher Aufträge befasst sind, sind Gegenstand des ILO-Übereinkommens Nr. 94. Es bestimmt in seinem Artikel 2 Abs. 1 in Bezug auf die Verträge zwischen einer öffentlichen Stelle und einem Bieter:

„Die Verträge … müssen Klauseln enthalten, die den beteiligten Arbeitnehmern Löhne (einschließlich Zulagen), eine Arbeitszeit und sonstige Arbeitsbedingungen gewährleisten, die nicht weniger günstig sind als die Bedingungen, die im gleichen Gebiet für gleichartige Arbeit in dem betreffenden Beruf oder in der betreffenden Industrie gelten auf Grund

a) eines Gesamtarbeitsvertrages oder der Ergebnisse eines anderen anerkannten Verhandlungsverfahrens von Verbänden der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer, denen ein wesentlicher Teil der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer des betreffende Berufes oder der betreffenden Industrie angehört, oder
b) eines Schiedsspruches oder
c) der innerstaatlichen Gesetzgebung.“

Abs. 2 betrifft Fälle, in denen keine einschlägigen Gesamtarbeitsverträge (= Tarifverträge) vorhanden sind; insoweit wird auf die Bedingungen in verwandten Branchen und die üblichen Bedingungen abgestellt. Abs. 3 betrifft die vorherige Anhörung der Verbände der Arbeitnehmer und Arbeitgeber, Abs. 4 betrifft die Publizität im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens.

Das ILO-Übereinkommen Nr. 94 ist am 20. September 1952 in Kraft getreten und kann unter https://s3.amazonaws.com/normlex/normlexexotic/DE/DE_C094.htm abgerufen werden (zuletzt abgerufen am 20.12.2013). Es ist von 62 Staaten ratifiziert worden.

Abrufbar unter http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB

Von den EU- und EWR-Mitgliedstaaten haben Österreich (1951), Belgien (1952), Bulgarien (1955), Dänemark (1955), Finnland (1951), Frankreich (1951), Italien (1952), Niederlande (1952), Norwegen (1996), Spanien (1971) das Abkommen ratifiziert; zu diesen 10 Staaten kommt in gewisser Weise Großbritannien hinzu, das das Übereinkommen 1950 ratifiziert, es jedoch in den achtziger Jahren wieder gekündigt hat. Deutschland hat nicht ratifiziert, was damit zusammenhängen mag, dass die rechtliche Regulierung öffentlicher Aufträge später als in vielen anderen Ländern, insbesondere als in England und den USA einsetzte.

Dazu Bruun/Jacobs/Schmidt, ILO Convention No. 94 in the aftermath of the *Rüffert* Case, Transfer 16 (Heft 4/2010) 473, 475.

Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation können ein wichtiger Anhaltspunkt für das Vorliegen eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes des EU-Rechts sein. Ist ein solcher zu bejahen, müsste das sekundäre Unionsrecht dem Rechnung tragen und das geschriebene Primärrecht im Rahmen des Möglichen und methodisch Vertretbaren so interpretiert werden, dass kein Widerspruch zu dem fraglichen allgemeinen Rechtsgrundsatz entsteht.

Die Frage, ob das ILO-Übereinkommen einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Unionsrechts darstellt, werfen auch Koberski/Schierle (RdA 2008, 233, 236) auf, verneinen sie aber ohne nähere Begründung.

Allgemeine Rechtsgrundsätze sind im Unionsrecht als Rechtsquelle anerkannt, weil die Gründungsverträge sowie das sekundäre Recht auf Grund der spezifischen Art ihrer Entstehung notwendigerweise Lücken aufweisen, die auf diese Weise geschlossen werden können.

S. statt aller Bieber/Epiney/Haag, a. a. O., § 6 Rn. 16 ff.; Nicolaysen in: Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, München 2006, § 1 Rn. 59 ff.; Oppermann/Classen/Nettesheim, a. a. O., § 9 Rn. 31 ff.

Im geschriebenen Primärrecht wird in Art. 340 Abs. 2 AEUV im Zusammenhang mit der außervertraglichen Haftung der Unionsorgane ausdrücklich auf allgemeine Rechtsgrundsätze verwiesen.

Vor Inkrafttreten der EU-Grundrechtecharta waren die allgemeinen Rechtsgrundsätze die entscheidende Rechtsgrundlage für die Grundrechte, die im Anwendungsbereich des Unionsrechts zu beachten waren. Auch heute noch gelten sie nach Art. 53 der Grundrechte-Charta weiter, was dort von praktischer Bedeutung ist, wo sie über das Schutzniveau der Charta hinausgehen. Die Herausbildung allgemeiner Rechtsgrundsätze war jedoch nicht auf diesen Bereich beschränkt, sondern erfasste (und erfasst) zahlreiche weitere, sehr viel konkretere Fragen, insbesondere solche, die man nach nationaler Systematik dem Verwaltungs- und dem Verwaltungsverfahrensrecht zuordnet. Das gilt etwa für die „allgemeinen Grundsätze ordentlicher Verwaltung", für das Prinzip des „Vertrauensschutzes" im Verwaltungsrecht, für das Verbot, zwei Mal wegen derselben Rechtsverletzung belangt zu werden („ne bis in idem"), für den Grundsatz des rechtlichen Gehörs und für die Notwendigkeit, Rechtsakte mit einer Begründung zu versehen. Auch die Berufung auf „höhere Gewalt" sowie die Fürsorge einer Behörde gegenüber ihren Bediensteten wird hier eingeordnet.

> Aufzählung mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des EuGH bei Oppermann/Classen/Nettesheim, a. a. O. § 9 Rn. 40

Was sind die Quellen, aus denen sich diese allgemeinen Rechtsgrundsätze speisen? Dazu gehören nach Art. 53 GR-Charta auch völkerrechtliche Normen einschließlich „internationaler Übereinkünfte, bei denen die Union oder alle Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind." Dabei reicht es aus, dass das fragliche Abkommen unterzeichnet wurde; eine Ratifikation wird nicht verlangt.

> Rengeling/Szczekalla (Hrsg.), Grundrechte in der Europäischen Union, Köln/Berlin/München 2004, § 7 Rn 497; v. Danwitz, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, München 2006, Art. 53 Rn. 17

Eine „Unterzeichnung" liegt im Falle der ILO schon dann vor, wenn ein Übereinkommen von der Arbeitskonferenz beschlossen wurde; wird es von einem Mitgliedstaat nicht ratifiziert, so

ist dieser insoweit in der Pflicht, als er in angemessenen Zeiträumen dem Generaldirektor des Internationalen Arbeitsamtes über den Stand der nationalen Gesetzgebung und der Praxis zu berichten und darzulegen hat, welche Hindernisse einer vollen Ratifikation entgegenstehen (Art. 19 Abs. 5 lit. e der ILO-Verfassung). Da alle Mitgliedstaaten zugleich Mitglieder der Internationalen Arbeitsorganisation sind, ist diese Voraussetzung erfüllt.

An sich wäre es möglich, schon aus dem ILO-Übereinkommen Nr. 94 als solchem einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Inhalts abzuleiten, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, bei öffentlichen Aufträgen Löhne und Arbeitsbedingungen vorzuschreiben, die nicht schlechter sind als die vergleichbarer Arbeitnehmer im Inland. Dafür könnte zusätzlich sprechen, dass Art. 151 AEUV auf die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989 verweist, die in ihrer Präambel wiederum auf die ILO-Übereinkommen Bezug nimmt.

> Hierzu und zum Folgenden Heuschmid/Klebe, Die ILO-Normen in der Rechtsordnung der EU, in: Däubler/Zimmer (Hrsg.), Arbeitsvölkerrecht, Festschrift für Klaus Lörcher, Baden-Baden 2013, S. 339 ff.

Außerdem wurden in der Rechtsprechung des EuGH in zahlreichen Fällen ILO-Übereinkommen als „Rechtserkenntnisquelle“ verwandt, um auf diese Weise das Unionsrecht fortzubilden oder ihm eine bestimmte Auslegung zu geben. So wurde schon im Jahre 1978 der Grundsatz der Gleichberechtigung von Männern und Frauen außerhalb des Lohngleichheitsgrundsatzes des (damaligen) Art. 119 EWG-Vertrag u. a. auch damit begründet, dass dieses Grundrecht „im Übrigen“ auch in dem ILO-Übereinkommen Nr. 111 enthalten sei.

> EuGH v. 15.6.1978 – Rs. 149/77 – NJW 1978, 2445 (Defrenne III)

In seiner jüngeren Rechtsprechung hat sich der EuGH zur Begründung eines Rechts auf kollektive Maßnahmen einschließlich des Streikrechts ebenfalls auf ILO-Übereinkommen berufen.

> EuGH v. 11.12.2007 – Rs. C-438/05 – NZA 2008, 124 (Viking) Tz. 43; EuGH v. 18.12.2007 – Rs. C-341/05 –NZA 2008, 159 (Laval) Tz. 90

ILO-Übereinkommen wurden auch des Öfteren als Mittel zur Auslegung von unionsrechtlichen Normen herangezogen.

Nachweise bei Heuschmid/Klebe a. a. O. S. 343 ff.

Bisher hat sich jedoch – soweit ersichtlich – die Rechtsprechung gescheut, einen allgemeinen Rechtsgrundsatz allein auf der Grundlage eines Rückgriffs auf ILO-Übereinkommen zu begründen.

Heuschmid/Klebe, FS Lörcher, a. a. O., S. 342 Rn 42

Als zusätzlichen Gesichtspunkt könnte man im vorliegenden Zusammenhang jedoch heranziehen, dass es in vielen Mitgliedstaaten eine Praxis gibt, die dem ILO-Übereinkommen Nr. 94 entspricht. Eine umfassende Dokumentation darüber existiert – soweit ersichtlich – nicht, doch kann man davon ausgehen, dass diese Praxis jedenfalls in den zehn Mitgliedstaaten, die das Übereinkomme Nr. 94 ratifiziert haben, von einer mehr oder weniger großen praktischen Relevanz ist. Dazu kommt das nicht zu der Gruppe der Zehn gehörende Deutschland, wo der Einsatz von öffentlichen Aufträgen zur Förderung von sozialpolitischen Zwecken seit über zehn Jahren eine nicht unerhebliche Rolle spielt.

Weitere Angaben zu Italien, Portugal, Dänemark und Finnland bei
Bruun/Jacobs/Schmidt, a. a. O. Transfer 16 (Heft 4/2010) S. 473, 475

Bemerkenswert ist die italienische Regelung des Art. 36 Arbeitnehmerstatut, die den Art. 2 des ILO-Übereinkommens Nr. 94 fast wörtlich übernimmt und die Gleichstellungsregel auf diejenigen Unternehmen erstreckt, die eine staatliche Subvention erhalten.

„Obblighi dei titolari di benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche
(1) Nei provvedimenti di concessione di benefici accordati ai sensi delle vigenti leggi dello Stato a favore di imprenditori che esercitano professionalmente un´attività economica organizzata e nei capitolati di appalto attinenti all´esecuzione di opere pubbliche, deve essere inserita la clausola esplicita determinante l´obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a

quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro e della zona." („…keine schlechteren Bedingungen als die der Tarifverträge oder des Gebiets").

Das ILO-Übereinkommen könnte zusammen mit der nationalen Praxis durchaus die Grundlage für den oben benannten allgemeinen Rechtsgrundsatz sein. Widersprüche zum sonstigen Unionsrecht ergeben sich nicht. Erinnert sei an die Einbeziehung sozialer Aspekte nach der Vergabekoordinationsrichtlinie (oben IV 3 b, V) sowie an die Entsenderichtlinie, die der Festsetzung eines vergabespezifischen Mindestlohns nicht entgegensteht (oben VI). Auch kennt das Unionsrecht durchaus Regeln, die dem öffentlichen Dienst und damit dem vom Staat beeinflussten Sektor eine Sonderstellung einräumen (s. etwa Art. 45 Abs. 4 AEUV), die durchaus auch darin bestehen kann, Vorbild für andere Sektoren zu sein.

Zu Letzterem ebenso Glaser/Kahl, a. a. O., ZHR 177 (2013), 643, 670

Eine Vergütung in Höhe von 8,62 Euro entspricht der niedrigsten, noch besetzten Entgeltgruppe nach dem TV-L und befindet sich am unteren Ende der vom ILO-Übereinkommen verlangten Gleichstellung.

IX. Zusammenfassung

Der vergabespezifische Mindestlohn nach § 4 Abs. 3 TVgG verstößt weder gegen die Vergabekoordinationsrichtlinie noch gegen die Entsenderichtlinie. Soweit kein Entsendungsfall vorliegt, ist eine Überprüfung am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV vorzunehmen. Auch dabei ergibt sich kein Verstoß gegen Unionsrecht, da ein partieller Arbeitnehmerschutz gleichfalls ein „zwingender Grund des Allgemeininteresses" sein kann. Außerdem spricht vieles für die Annahme eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes im Sinne der in Art. 2 Abs. 1 des ILO-Übereinkommens Nr. 94 niedergelegten Grundsatzes der Gleichbehandlung.