

### Rechtsfragen des Vergaberechts: zu den Vorgaben für Auftragsvergaben der kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform unterhalb der Schwellenwerte und zur Rechtmäßigkeit der Mindestlohnregelung des Brandenburgischen Vergabegesetzes

Lechleitner, Marc

Veröffentlichungsversion / Published Version

Gutachten / expert report

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:

Landtag Brandenburg – Parlamentarischer Beratungsdienst

#### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Lechleitner, M. (2014). *Rechtsfragen des Vergaberechts: zu den Vorgaben für Auftragsvergaben der kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform unterhalb der Schwellenwerte und zur Rechtmäßigkeit der Mindestlohnregelung des Brandenburgischen Vergabegesetzes*. (Wahlperiode Brandenburg, 6/2). Potsdam: Landtag Brandenburg, Parlamentarischer Beratungsdienst. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-50822-9>

#### Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

#### Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

## Rechtsfragen des Vergaberechts

### **Zu den Vorgaben für Auftragsvergaben der kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform unterhalb der Schwellenwerte und zur Rechtmäßigkeit der Mindestlohnregelung des Brandenburgischen Vergabegesetzes**

Bearbeiter: Marc Lechleitner

Datum: 29. Dezember 2014

---

Die Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes des Landtages Brandenburg sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

---

## Inhaltsverzeichnis

I.	Auftrag .....	3
II.	Stellungnahme .....	4
1.	Vorgaben für Auftragsvergaben der kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform unterhalb der Schwellenwerte (Frage 3) .....	4
a)	Kommunalrechtliche und vergaberechtliche Grundlagen .....	4
aa)	Rechtsformen kommunaler Unternehmen in Brandenburg .....	4
bb)	Zweiteilung des Vergaberechts .....	5
b)	Landesrechtliche Vorgaben .....	7
aa)	Brandenburg .....	7
bb)	Andere Länder .....	8
(1)	Geltung von VOL/VOB .....	9
(2)	Geltung des Gleichbehandlungs- und Transparenzgebotes .....	12
(3)	Geltung qualifizierter Transparenzregelungen .....	13
c)	Unionsrechtliche Vorgaben .....	14
d)	Ergänzender Hinweis: Grundrechtliche Vorgaben .....	16
2.	Unionsrechtliche Zulässigkeit der Mindestlohnregelung des Brandenburgischen Vergabegesetzes (Frage 1) .....	16
a)	Die Mindestlohnregelung im Brandenburgischen Vergabegesetz .....	16
b)	Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Rüffert“ .....	18
c)	Bestätigung und Erweiterung der EuGH-Rechtsprechung in der Rechtssache „Bundesdruckerei“ .....	22
d)	Konsequenzen für die Mindestlohnregelung des Brandenburgischen Vergabegesetzes .....	24
aa)	Fallgestaltungen im Sinne der Bundesdruckerei-Entscheidung .....	24
bb)	Fallgestaltungen im Anwendungsbereich der Entsenderechtlinie .....	26
cc)	Sonstige Fallgestaltungen .....	29
e)	Auswirkungen des Mindestlohngesetzes des Bundes auf die unionsrechtliche Zulässigkeit landesvergaberechtlicher Mindestlohnregelungen .....	29
3.	Sperrwirkung des MiLoG für die Mindestlohnregelung im BbgVergG (Frage 2) .....	31
a)	Gesetzgebungskompetenz des Landes für die Mindestlohnregelung in § 3 Abs. 3 BbgVergG .....	31
b)	Verstoß des § 3 Abs. 3 BbgVergG gegen die Regelungen des MiLoG (Art. 31 GG) .....	34
c)	Kompetenzrechtliche Zulässigkeit der Regelung über die Auftragsperre in § 9 Abs. 3 BbgVergG .....	34
4.	Zusammenfassung .....	36

## I. Auftrag

Der parlamentarische Beratungsdienst ist gebeten worden, zu einzelnen Rechtsfragen des Vergaberechts gutachterlich Stellung zu nehmen. Zum einen geht es um die Frage, ob die Mindestlohnregelung des Brandenburgischen Vergabegesetzes mit dem Recht der Europäischen Union vereinbar ist und ob das Land hierfür die Gesetzgebungskompetenz besitzt. Zum anderen geht es um die rechtlichen Vorgaben für Auftragsvergaben der kommunalen Unternehmen in privater Rechtsform unterhalb der Schwellenwerte.

Im Einzelnen lauten die Fragen wie folgt:

1. Ist die Mindestlohnregelung im Brandenburgischen Vergabegesetz – auch unter Berücksichtigung der Verfahren der Vergabekammer Arnberg (Az. C-549/13) und des OLG Koblenz (Az. C-115/14) beim EuGH – europarechtswidrig?
2. Hat das Gesetz zur Einführung des bundeseinheitlichen Mindestlohns (MiLoG) in Bezug auf die konkurrierende Gesetzgebung eine Sperrwirkung nach Art. 72 Abs. 1 GG gegenüber dem Brandenburgischen Vergabegesetz?
3. Gemäß Rundschreiben zum Kommunalen Auftragswesen im Land Brandenburg (Gesch.Z.: III/1-313-35/2011) zur Anwendung des § 30 KomHKV vom 17. März 2011 ist dieser Paragraph auf Privatrechtsgesellschaften (zum Beispiel GmbH, AG), die vollständig oder teilweise von einer oder mehreren Kommunen gehalten werden, nicht anzuwenden. Unter welchen Voraussetzungen ergeben sich für diese kommunalen Unternehmen unterhalb der Schwellenwerte vergaberechtliche Anforderungen aus dem europäischen Gemeinschaftsrecht? Welche Anforderungen sind das? Wie sind vergleichbare Regelungen in anderen Bundesländern ausgestaltet?

## **II. Stellungnahme**

### **1. Vorgaben für Auftragsvergaben der kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform unterhalb der Schwellenwerte (Frage 3)**

Im Folgenden wird zunächst auf den Themenkomplex zu Frage 3 eingegangen, da bei der Darlegung des Vergaberechtsregimes für kommunale Unternehmen unterhalb der Schwellenwerte Rechtsfragen zu erörtern sind, die auch für das Verständnis der Problematik vergaberechtlicher Mindestlohnregelungen von Bedeutung sind. Nach einer kurzen Darstellung der kommunal- und vergaberechtlichen Grundlagen (a) werden die landesrechtlichen (b) und unionsrechtlichen (c) Vorgaben zu Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte für privatrechtsförmig organisierte Kommunalunternehmen behandelt. Ergänzend wird auf die grundrechtlichen Vorgaben hingewiesen (d).

#### **a) Kommunalrechtliche und vergaberechtliche Grundlagen**

##### **aa) Rechtsformen kommunaler Unternehmen in Brandenburg**

Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 97 LV umfasst unter anderem die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen.<sup>1</sup> Die Gemeinden und Landkreise dürfen also im Rahmen der Gesetze Güter, Dienstleistungen oder vergleichbare Leistungen anbieten, die ihrer Art nach auch mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden können (vgl. § 91 Kommunalverfassung des Landes Brandenburg, BbgKVerf). Hierfür stehen ihnen verschiedene Organisationsformen zur Verfügung. Möglich ist eine wirtschaftliche Betätigung durch die Kommune selbst, etwa durch ein Fachamt (sogenannter Regiebetrieb) oder durch einen Eigenbetrieb, also ein Unternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit, für das aufgrund gesetzlicher Vorschriften eine Sonderrechnung geführt wird (§ 86 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 92 Abs. 2 Nr. 1 BbgKVerf). Die Kommunen haben auch die Möglichkeit, Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit zu gründen. Solche Unternehmen sind selbst Träger von Rechten und Pflichten und handeln im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Die Kommunen können ein solches rechtlich selbständiges Unternehmen als juristische Person des öffentlichen

---

<sup>1</sup> Vertiefend Ehlers, Empfiehlt es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln?, Gutachten E zum 64. Deutschen Juristentag, 2002, S. 68 ff.

Rechts gründen, die sogenannte kommunale Anstalt des öffentlichen Rechts (§ 92 Abs. 2 Nr. 2 BbgKVerf).<sup>2</sup> Sie können aber auch Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit in einer Form des Privatrechts errichten. § 92 Abs. 2 BbgKVerf unterscheidet hier zwischen den Eigengesellschaften, also Unternehmen, die vollständig einer Gemeinde gehören, und Beteiligungen an privatrechtlichen Gesellschaften. Mitgeschafter können hier entweder natürliche oder juristische Personen des Privatrechts (sog. gemischt-wirtschaftliche Unternehmen) oder aber andere Kommunen, das Land oder sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts sein. Solche Unternehmen werden regelmäßig in der Rechtsform einer GmbH geführt. Denn wegen der eingeschränkten Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter ist die Rechtsform einer Aktiengesellschaft gemäß § 96 Abs. 4 BbgKVerf nur ausnahmsweise zulässig.<sup>3</sup> Für diese Privatrechtsgesellschaften gelten vorrangig die bundesrechtlichen Regelungen des GmbH-Gesetzes und des Handelsgesetzbuches. Die landesrechtlichen Vorgaben der Kommunalverfassung hingegen richten sich nicht an die Privatrechtsgesellschaften selbst, sondern an die kommunalen Gesellschafter, also an die Gemeinden, Ämter und Landkreise. So schreibt insbesondere § 96 BbgKVerf detailliert vor, wie die kommunalen Gesellschafter den Gesellschaftsvertrag auszugestalten haben. Über die Bindung der privatrechtlichen Gesellschaft an den Gesellschaftsvertrag entsteht so eine mittelbare Bindung an die öffentlich-rechtlichen Vorgaben des Kommunalrechts.<sup>4</sup>

#### bb) Zweiteilung des Vergaberechts

Das Vergaberecht war lange Zeit reines Haushaltsrecht. Ziel der rechtlichen Vorgaben war es, das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Haushaltsführung auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge umzusetzen. Dies änderte sich erst mit Entstehen eines europäischen Binnenmarktes. In einem Wirtschaftsraum, in dem ein unbeschränkter und diskriminierungsfreier Verkehr von Waren und Dienstleistungen möglich sein soll, muss auch sichergestellt sein, dass die öffentliche Hand als einer der größten Nachfrager auf dem Markt nicht protektionistisch vorgehen kann, etwa indem sie Aufträge bevorzugt an inlän-

---

<sup>2</sup> In Brandenburg ist eine solche Anstalt bislang noch nicht gegründet worden, vgl. Antwort der Landesregierung zu Frage 4 der Kleinen Anfrage Nr. 5/3735, LT-Drucks. 5/9522.

<sup>3</sup> Eine Aufstellung der in Brandenburg auf der Ebene der Landkreise und kreisfreien Städte existierenden kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform findet sich in der Antwort der Landesregierung auf die Kleine Anfrage Nr. 5/2897, Anlage 2, LT-Drucks. 5/7550.

<sup>4</sup> Zum Verhältnis von GmbH-Recht, gesellschaftsvertraglichen Regelungen und öffentlichem Recht vgl. BVerwG, Urt. vom 31. August 2011, Az. 8 C 16.10, juris (Weisungsrechte der Gemeindevertretung gegenüber den Mitgliedern des Aufsichtsrates einer kommunalen GmbH).

dische Unternehmen vergibt oder die Vergabeabsicht nur einem begrenzten Kreis von Unternehmen zur Kenntnis gibt. Daher hat die Europäische Gemeinschaft (heute: Europäische Union) Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge erlassen, die eine diskriminierungsfreie und transparente Auftragsvergabe öffentlicher Stellen sicherstellen sollen und von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzen waren.<sup>5</sup> Ziel dieser Richtlinien war und ist folglich nicht die Gewährleistung einer sparsamen Haushaltsführung der Mitgliedstaaten, sondern die Gewährleistung des Binnenmarktes und der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, also der im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) niedergelegten Garantien der Freiheit des Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs (Art. 34, Art. 56 und Art. 63 AEUV), der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) und der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV). Mit dieser neuen, individualrechtlichen Schutzrichtung des Vergaberechts ging die Möglichkeit für unterlegene Bieter einher, gerichtlichen Rechtsschutz zu suchen.<sup>6</sup>

Die gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien gelten jedoch nicht für jede öffentliche Auftragsvergabe, sondern nur für Aufträge, deren Wert eine bestimmte Schwelle überschreitet. Zur Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben der Vergaberichtlinien in nationales Recht hat der Bundesgesetzgeber diese Schwellenwerte übernommen. Die bundesgesetzlichen Vergaberegeln, die in den §§ 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) normiert sind, gelten demzufolge nur für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte.<sup>7</sup> Dadurch ist eine Zweiteilung des Vergaberechts entstanden. Unterhalb der Schwellenwerte gilt insbesondere das Haushaltsrecht des Bundes, der Länder und der Kommunen. Darüber hinaus haben die Länder in den letzten Jahren eigene Vergabegesetze geschaffen. Zudem gelten auch unterhalb der Schwellenwerte die oben erwähnten Grundfreiheiten der EU und die nationalen Grundrechte.

---

<sup>5</sup> Derzeit noch gültig sind die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG und die Sektorenrichtlinie 2004/17/EG. Mittlerweile sind neue Richtlinien erlassen worden, die aber erst bis zum 18. April 2016 in nationales Recht umzusetzen sind.

<sup>6</sup> Dies ist in der Richtlinie 2007/66/EG zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG geregelt; zur Entwicklung des Rechtsschutzes im öffentlichen Auftragswesen siehe auch BVerfG, Beschl. vom 13. Juni 2006, Az. 1 BvR 1160/03, juris.

<sup>7</sup> Die Schwellenwerte ergeben sich aus § 2 Abs. 1 Satz 1 der Vergabeverordnung (VgV) i.V.m. der Verordnung 1336/2013/EU. Unter anderem gilt derzeit (mit Abweichungen für besondere Fallgestaltungen) für Bauleistungen ein Schwellenwert von 5.186.000 Euro und für sonstige Lieferungen und Leistungen ein Schwellenwert von 207.000 Euro.

Für die kommunalen Unternehmen in privater Rechtsform bedeutet die Zweiteilung des Vergaberechts Folgendes: Oberhalb der Schwellenwerte sind sie an das Vergaberecht gebunden, wenn sie öffentliche Auftraggeber sind. Dies ist gemäß § 98 Nr. 2 GWB insbesondere der Fall, wenn die öffentliche Hand bestimmenden Einfluss in den Organen des Unternehmens hat. Unterhalb der Schwellenwerte bestehen keine einheitlichen bundesrechtlichen Vorgaben, da das GmbH-Recht und das Handelsrecht keine Regelungen über die Auftragsvergabe nach Art des Haushaltsrechts enthalten. Daher stellt sich hier die Frage, ob und in welchem Umfang sich Vorgaben für eine transparente und diskriminierungsfreie Auftragsvergabe aus dem Landesrecht, aus dem primären Unionsrecht<sup>8</sup> und aus den Grundrechten des Grundgesetzes ergeben.

## **b) Landesrechtliche Vorgaben**

### **aa) Brandenburg**

Kommunalrechtliche Vorgaben für die Auftragsvergabe von kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform bestehen in Brandenburg nicht. Wie bereits dargelegt, richten sich die Regelungen der Kommunalverfassung nicht an die kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform, sondern an die kommunalen Gesellschafter. Der Katalog des § 96 BbgKVerf enthält keine Verpflichtung, in den Gesellschaftsverträgen der Unternehmen bestimmte Verfahren für die Auftragsvergabe vorzusehen. Dementsprechend gilt auch die Ermächtigung in § 107 Abs. 1 Nr. 6 BbgKVerf, wonach durch Rechtsverordnung die transparente, diskriminierungsfreie und wirtschaftliche Vergabe von Aufträgen geregelt werden kann, nur für Vergaben der Kommunen selbst. Umgesetzt wird diese Ermächtigung durch § 30 der Kommunalen Haushalts- und Kassenverordnung (KomHKV). Diese Vorschrift normiert die grundsätzliche Verpflichtung zu einer öffentlichen Ausschreibung und zur Anwendung der Regelungen der VOB bzw. VOL<sup>9</sup>. Da die KomHKV nicht für die kommunalen Unternehmen

---

<sup>8</sup> Als primäres Unionsrecht werden der Vertrag über die Europäische Union und der AUEV, die Grundrechte-Charta (Art. 6 EUV) und die Protokolle und Anhänge der Verträge (Art. 51 EUV) sowie Änderungs- und Beitrittsverträge (Art. 48 und 49 EUV) bezeichnet. Sekundäres Unionsrecht sind die Rechtsvorschriften, die auf der Grundlage des primären Unionsrechts von den Organen der EU erlassen wurden, also insb. die Richtlinien und Verordnungen, vgl. Art. 288 AEUV. Das sekundäre Unionsrecht muss das höherrangige primäre Unionsrecht beachten. Das primäre und sekundäre Unionsrecht hat Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten (und ihrer Untergliederungen), vgl. EuGH Rspr. 1964, 1251 (Costa/ENEL); Rspr. 1978, 629 (Simmenthal II); zu den verfassungsgerichtlichen Grenzen zuletzt BVerfG, Beschl. vom 14. Januar 2014 - 2 BvE 13/13, juris.

<sup>9</sup> Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) bzw. für Leistungen (VOL) sind nichtstaatliche Regelwerke, die erst durch Einbeziehung in staatliche Normen oder vertragliche Vereinbarung Verbindlichkeit erlangen. Der jeweilige Teil A enthält allgemeine Vergabebestimmungen, der jeweilige Teil B

in privater Rechtsform gilt, lassen sich aus § 30 KomHKV keine Vorgaben für das Auftragswesen dieser Unternehmen ableiten.<sup>10</sup>

Auch das Brandenburgische Gesetz über Mindestanforderungen für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Brandenburgisches Vergabegesetz - BbgVergG) sieht entsprechende Verpflichtungen nicht vor. Zwar entspricht der Geltungsbereich des Vergabegesetzes gem. § 1 Abs. 2 BbgVergG im Wesentlichen dem Geltungsbereich des GWB. Daher können auch kommunale Unternehmen in privater Rechtsform als öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB grundsätzlich den Regelungen des Vergabegesetzes unterliegen. Jedoch enthält das Brandenburgische Vergabegesetz weder allgemeine grundlegende vergaberechtlichen Anforderungen wie das Gebot der Transparenz oder der Diskriminierungsfreiheit<sup>11</sup> noch wird eine entsprechende Geltung der VOL oder VOB angeordnet.

Damit kann festgehalten werden, dass landesrechtliche Vorgaben zur Gewährleistung einer transparenten und diskriminierungsfreien Auftragsvergabe der kommunalen Unternehmen in privater Rechtsform unterhalb der Schwellenwerte in Brandenburg nicht bestehen.

#### bb) Andere Länder

Gemeinsam ist allen Ländern, dass die dem § 30 KomHKV entsprechenden Regelungen der kommunalen Haushaltsverordnungen nicht direkt für kommunale Unternehmen in Privatrechtsform gelten.<sup>12</sup> Anders als in Brandenburg besteht in den meisten anderen (Flä-

---

allgemeine Vertragsbedingungen. Der Teil A enthält u.a. einen Abschnitt 1 mit Basisparagrafen und einen Abschnitt 2 mit Bestimmungen für EU-Ausschreibungen (sog. a-Paragrafen). Nach § 30 KomHKV gelten im Wesentlichen die Vorschriften des 1. Abschnitts von VOB/A und VOL/A. Dort wird u.a. im Einzelnen geregelt, unter welchen Voraussetzungen welche Vergabearten (z.B. öffentliche Ausschreibung, beschränkte Ausschreibung, freihändige Vergabe) zulässig sind.

<sup>10</sup> Siehe auch Rundschreiben des Ministeriums des Innern vom 17. März 2011, Ziff. 2.2, abrufbar unter folgendem Link: <http://www.mik.brandenburg.de/sixcms/detail.php/bb1.c.164440.de>.

<sup>11</sup> Eine allgemeine Vorgabe enthält lediglich § 2 Satz 1 BbgVergG, wonach Aufträge an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen zu vergeben sind.

<sup>12</sup> Siehe Otting/Ohler, in: Hoppe/Uechtritz, Handbuch Kommunale Unternehmen, 2. Aufl. 2007, S. 564 f.; für NRW Runderlass des Ministeriums für Inneres und Kommunales NRW vom 6. Dezember 2012, Ziff. 1.2, abrufbar unter folgendem Link: [http://www.mik.nrw.de/fileadmin/user\\_upload/Redakteure/Dokumente/Themen\\_und\\_Aufgaben/Kommunales/kommunale\\_finanzen/121206\\_kommunale\\_vergabegrundsaeetze\\_04-03-2014.pdf](http://www.mik.nrw.de/fileadmin/user_upload/Redakteure/Dokumente/Themen_und_Aufgaben/Kommunales/kommunale_finanzen/121206_kommunale_vergabegrundsaeetze_04-03-2014.pdf); für Bayern Rundschreiben des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 24. April 2008, Ziff. 1.2, abrufbar unter folgendem Link: [http://www.innenministerium.bayern.de/assets/stmi/buw/bauthemen/iiz5\\_vergabe\\_kommunal\\_rs\\_20080424.pdf](http://www.innenministerium.bayern.de/assets/stmi/buw/bauthemen/iiz5_vergabe_kommunal_rs_20080424.pdf).

chen-)Ländern jedoch ein vergaberechtliches Regelungsregime für kommunale Unternehmen in Privatrechtsform unterhalb der Schwellenwerte aufgrund anderer Rechtsvorschriften. Teils gelten diese Regelungen unmittelbar für die kommunalen Unternehmen, teils wenden sich die Vorgaben an die kommunalen Gesellschafter. Zudem unterscheiden sich die Bestimmungen in zahlreichen Details im Hinblick auf ihren persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich sowie auf den Umfang der rechtlichen Anforderungen. Die Regelungen sollen im Folgenden nach der Intensität der Vorgaben für die Auftragsvergabe systematisiert werden.

#### (1) Geltung von VOL/VOB

Einige Länder schreiben die Geltung der VOL/VOB auch für die Auftragsvergabe kommunaler Unternehmen vor.

Eine Besonderheit bildet hier **Mecklenburg-Vorpommern**. Zwar gilt auch in diesem Land die dem § 30 KomHKV entsprechende Regelung des § 21 Gemeindehaushaltsverordnung-Doppik (GemHV-Doppik M-V)<sup>13</sup> nicht für kommunale Unternehmen in privater Rechtsform. Jedoch schreibt § 75 der Kommunalverfassung für das Land Mecklenburg-Vorpommern<sup>14</sup> für die Wirtschaftsführung der kommunalen Unternehmen und Einrichtungen vor, dass § 21 GemHV-Doppik M-V anzuwenden ist. In Mecklenburg-Vorpommern gilt daher folgende Vorgabe:

*„Der Vergabe von Aufträgen muss eine Ausschreibung vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäftes oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. Die allgemeinen Vergaberichtlinien der VOB/VOL sowie die dazu ergangenen Landesrichtlinien sind anzuwenden.“*

In ähnlicher Weise ordnen mehrere weitere Länder die Anwendung der VOB bzw. VOL für kommunale Unternehmen in Privatrechtsform unmittelbar durch eine gesetzliche Regelung an.

In **Niedersachsen** finden sich die Bestimmungen im Niedersächsischen Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Niedersächsi-

---

<sup>13</sup> Verordnung vom 25. Februar 2008, GVOBl. M-V 2008, S. 34, zuletzt geändert durch Verordnung vom 13. Dezember 2011, GVOBl. M-V 2011, S. 1118.

<sup>14</sup> Gesetz vom 13. Juli 2011, GVOBl. M-V 2011, S. 777.

sches Tariftreue- und Vergabegesetz - NTVergG)<sup>15</sup>. Nach § 2 Abs. 4 dieses Gesetzes gelten die Vorgaben für alle niedersächsischen öffentlichen Aufgabenträger nach § 98 Nr. 1-5 GWB. Damit sind auch kommunale Unternehmen in privater Rechtsform umfasst, wenn die Voraussetzungen des § 98 GWB vorliegen. § 2 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 und 2 NTVergG schreiben für Liefer-, Bau- und Dienstleistungsverträge (mit Ausnahme von Auslobungen, Baukonzessionen und freiberuflichen Leistungen) ab einem Auftragswert von 10.000 Euro neben den Grundsätzen einer transparenten und diskriminierungsfreien Vergabe (§ 97 Abs. 1 und 2 GWB) die Geltung des Abschnitts 1 der VOL/A und des Abschnitts 1 der VOB/A vor.

Die Regelungen des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge in **Sachsen-Anhalt** (Landesvergabegesetz - LVG LSA)<sup>16</sup> gelten gem. § 2 Abs. 2 LVG LSA auch für juristische Personen des Privatrechts, die die Voraussetzungen des § 98 Nr. 2 GWB erfüllen. Für Auftragswerte ab 50.000 € bei Bauaufträgen und ab 25.000 € für Liefer- und Dienstleistungsaufträge gilt nach § 1 LVG LSA die VOB bzw. die VOL.

Für **Schleswig-Holstein** bestimmt das Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz Schleswig-Holstein - TTG)<sup>17</sup> für alle öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 1-5 GWB, unabhängig vom Auftragswert, die Geltung von VOL/A und VOL/B bzw. VOB/A und VOB/B. Darüber hinaus normiert § 3 Abs. 2 und 3 TTG den Grundsatz der Gleichbehandlung und der Transparenz.

In **Thüringen** gelten die gleichen Regelungen<sup>18</sup> wie in Sachsen-Anhalt, mit der Ausnahme, dass bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen der sachliche Anwendungsbereich erst ab einem Auftragswert von 20.000 € eröffnet ist.

In **Sachsen** sieht das Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Freistaat Sachsen (Sächsisches Vergabegesetz – SächsVergabeG)<sup>19</sup> eine andere Regelungstechnik vor, in

---

<sup>15</sup> Gesetz vom 31. Oktober 2013, Nds. GVBl. 2013, S. 259.

<sup>16</sup> Gesetz vom 19. November 2012, GVBl. LSA 2012, S. 536, geändert durch Gesetz vom 30. Juli 2013, GVBl. LSA 2103, S. 402.

<sup>17</sup> Gesetz vom 31. Mai 2013, GVOBl. S-H 2013, S. 239.

<sup>18</sup> Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 18. April 2011, GVBl. TH 2011, S. 69, geändert durch Gesetz vom 23. Juli 2013, GVBl. TH 2013, S. 194, 202.

der Sache wird jedoch ebenfalls die Anwendung der VOL und der VOB angeordnet. Hier gelten diese Vorgaben nicht unmittelbar für die kommunalen Unternehmen, vielmehr werden die kommunalen Gesellschafter durch § 2 Abs. 3 SächsVergabeG verpflichtet, in Ausübung ihrer Gesellschafterrechte in den Unternehmen, an denen sie beteiligt sind, darauf hinzuwirken, dass die Vorgaben beachtet werden. Zusätzlich wird geregelt, dass die Hinwirkungspflicht u.a. für solche Unternehmen entfällt, die mit Gewinnerzielungsabsicht tätig sind, im Wettbewerb mit anderen Unternehmen stehen und ihre Aufwendungen ohne Zuwendungen aus öffentlichen Haushalten decken.

Eine Besonderheit besteht in **Baden-Württemberg**. Hier wird die gleiche Regelungstechnik wie in Sachsen verwendet. Jedoch ist lediglich die VOB anzuwenden, während die Anwendung der VOL empfohlen wird. Zudem ist Baden-Württemberg das einzige Land, das die Vorgaben in der Gemeindeordnung regelt. § 106b der Gemeindeordnung für Baden-Württemberg<sup>20</sup> lautet:

*„Vergabe von Aufträgen*

*(1) Die Gemeinde ist verpflichtet, ihre Gesellschafterrechte in Unternehmen des privaten Rechts, auf die sie durch mehrheitliche Beteiligung oder in sonstiger Weise direkt oder indirekt bestimmenden Einfluss nehmen kann, so auszuüben, dass*

*1. diese die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) sowie § 22 Abs. 1 bis 4 des Mittelstandsförderungsgesetzes anwenden und*

*2. ihnen die Anwendung der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) empfohlen wird,*

*wenn diese Unternehmen öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sind. Satz 1 gilt für Einrichtungen im Sinne des § 102 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 in einer Rechtsform des privaten Rechts entsprechend.*

*(2) Die Verpflichtung nach Absatz 1 entfällt in der Regel*

*1. bei wirtschaftlichen Unternehmen, soweit sie*

*a) mit ihrer gesamten Tätigkeit an einem entwickelten Wettbewerb teilnehmen und ihre Aufwendungen ohne Zuschüsse aus öffentlichen Haushalten zu decken vermögen oder*

---

<sup>19</sup> Gesetz vom 14. Februar 2013, SächsGVBl. 2013, Bl.-Nr. 2, S. 109.

<sup>20</sup> Gesetz in der Fassung vom 24. Juli 2000, GBl. BW 2000, S. 581, ber. S. 698, zuletzt geändert durch Gesetz vom 16. April 2013, GBl. BW 2013, S. 55.

*b) mit der gesamten Tätigkeit einzelner Geschäftsbereiche an einem entwickelten Wettbewerb teilnehmen und dabei ihre Aufwendungen ohne Zuschüsse aus öffentlichen Haushalten zu decken vermögen,*

*2. bei Aufträgen der in § 100 Abs. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen genannten Art,*

*3. bei Aufträgen, deren Wert voraussichtlich weniger als 30000 Euro (ohne Umsatzsteuer) beträgt.*

*Auch bei Vorliegen der Ausnahmevoraussetzungen nach Satz 1 besteht die Verpflichtung nach Absatz 1, soweit die Unternehmen Aufträge für ein Vorhaben vergeben, für das sie öffentliche Mittel in Höhe von mindestens 30000 Euro in Anspruch nehmen.“*

## (2) Geltung des Gleichbehandlungs- und Transparenzgebotes

In **Bayern** und im **Saarland** werden für kommunale Unternehmen in Privatrechtsform lediglich die Gebote der Gleichbehandlung und der Transparenz festgeschrieben. Im Saarland gelten diese Vorgaben gemäß § 1 und 2 des Saarländischen Tariftreuegesetzes<sup>21</sup> unmittelbar für alle öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB. In Bayern hingegen findet die Technik der mittelbaren Rechtsbindung Anwendung. Gemäß Art. 18 Mittelstandsförderungsgesetz<sup>22</sup> sollen die Kommunen ihre Gesellschafterrechte in Unternehmen des privaten Rechts, auf die sie durch mehrheitliche Beteiligung oder in sonstiger Weise direkt oder indirekt bestimmenden Einfluss nehmen können, so ausüben, dass bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte die Grundsätze des fairen Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung beachtet werden.

---

<sup>21</sup> Gesetz Nr. 1798 über die Sicherung von Sozialstandards, Tariftreue und Mindestlöhnen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Saarland vom 6. Februar 2013, Amtsblatt 2013, S. 84.

<sup>22</sup> Gesetz über die Förderung der mittelständischen Unternehmen sowie der Freien Berufe vom 20. Dezember 2007, GVBl. 2007, S. 926, zuletzt geändert durch Verordnung vom 22. Juli 2014, GVBl. 2014, S. 286.

### (3) Geltung qualifizierter Transparenzregelungen

Einen Sonderweg schließlich geht **Nordrhein-Westfalen**. § 3 Abs. 3 des Tariftreue- und Vergabegesetzes NRW<sup>23</sup> sieht für alle öffentlichen Auftraggeber im Land Nordrhein-Westfalen im Sinne des § 98 des GWB - unabhängig von der Höhe des Auftragswertes - neben einer Gleichbehandlung aller Bieter auch qualifizierte Transparenzvorschriften vor:

*„Die öffentlichen Auftraggeber haben das gesamte Vergabeverfahren nach dem Grundsatz der Transparenz auszugestalten. Soweit nicht eine öffentliche Aufforderung zur Abgabe von Angeboten oder zur Teilnahme erfolgt, bedeutet dies, dass*

*1. eine Veröffentlichung der Beschaffungsabsicht in deutscher Sprache unter Angabe der wesentlichen Punkte des Auftrages und des Vergabeverfahrens in einem geeigneten Medium, insbesondere dem Vergabeportal des Landes (www.vergabe.nrw.de), mit einer angemessenen Frist vor Absendung der Vergabeunterlagen zu erfolgen hat. Diese soll auch einem Bewerber aus einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union ermöglichen, eine Entscheidung zu treffen, ob er Interesse an dem Auftrag bekunden möchte, und dieses dem öffentlichen Auftraggeber mitteilen möchte. Eine Veröffentlichung der Beschaffungsabsicht ist nicht erforderlich, wenn wegen besonderer Umstände wie einer sehr geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung, der Art des Auftragsgegenstands, der Besonderheiten des betreffenden Sektors oder der geographischen Lage des Orts der Leistungserbringung der Auftrag für Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union nicht von Interesse ist. Die Vorgaben der §§ 12a und 19 Absatz 5 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A, Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen (VOB/A), in der Fassung vom 31. Juli 2009 (BAnz. Nr. 155a vom 15. Oktober 2009, ber. BAnz. Nr. 36 vom 5. März 2010 S. 940) sowie des § 15 Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Teil A, Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen – EG (VOL/A-EG), in der Fassung vom 20. November 2009 (BAnz. Nr. 196a vom 29. Dezember 2009, ber. BAnz. Nr. 32 vom 26. Februar 2010, S. 755) bleiben hiervon unberührt.*

---

<sup>23</sup> 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.

*2. nach erteiltem Zuschlag eine Bekanntmachung über die wesentlichen Daten des Vergabeverfahrens und des erteilten Auftrages erfolgt, die zumindest den Namen des öffentlichen Auftraggebers und der Beschaffungsstelle mit Adressdaten, den Namen des beauftragten Unternehmens, sofern es sich nicht um eine natürliche Person handelt, die Verfahrensart, Art und Umfang der Leistung und den Zeitraum der Leistungserbringung erkennen lässt. Nr. 1 Satz 3 gilt entsprechend. Die Vorgaben der §§ 18a und 20 Absatz 3 VOB/A sowie des § 19 Absatz 2 VOL/A und des § 23 VOL/A-EG bleiben hiervon unberührt.“*

### **c) Unionsrechtliche Vorgaben**

Wie bereits dargelegt, finden die sekundärrechtlichen EU-Vergaberichtlinien ihre Rechtsgrundlage in den Vertragsbestimmungen des AEUV über die Grundfreiheiten. Der EuGH hat jedoch schon frühzeitig entschieden, dass die Vergaberichtlinien die öffentliche Auftragsvergabe nicht abschließend behandeln.<sup>24</sup> Vielmehr gelten unterhalb der Schwellenwerte die Grundfreiheiten unmittelbar. Die Grundfreiheiten binden nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts wie die Länder oder Kommunen. Auch die von den juristischen Personen des öffentlichen Rechts getragenen juristischen Personen in privater Rechtsform können an die Grundfreiheiten unmittelbar gebunden sein. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist hierfür Voraussetzung, dass diese Personen einen beherrschenden Einfluss ausüben.<sup>25</sup> Demzufolge sind jedenfalls diejenigen kommunalen Unternehmen, die mehrheitlich von der öffentlichen Hand getragen werden, an die Grundfreiheiten gebunden.

Voraussetzung für die Geltung der Grundfreiheiten ist zudem, dass ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt.<sup>26</sup> Die Auftragsvergabe muss also Binnenmarktrelevanz haben. Der EuGH hat dargelegt, dass sich diese Binnenmarktrelevanz nicht allein aus dem Auf-

---

<sup>24</sup> EuGH, Urt. vom 7. Dezember 2000, Az. C-324/98 (Telaustria), juris; Urt. vom 21. Juli 2005, Az. C-231/03 (Coname), juris; Urt. vom 13. Oktober 2005, Az. C-458/03 (Parking Brixen), juris – jeweils zu den nicht von den Vergaberichtlinien umfassten Dienstleistungskonzessionen; siehe auch EuG, Urt. vom 20. Mai 2010, Az. T-258/06, juris m.w.N.

<sup>25</sup> Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2005, S. 198 f.

<sup>26</sup> EuGH, Urt. vom 28. Januar 1992, Az. C-332/90 (Steen), juris.

tragswert ableiten lässt.<sup>27</sup> Vielmehr sind alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen. Der Auftragswert bildet allerdings ein wesentliches Kriterium. Je näher der Auftragswert dem Schwellenwert kommt, umso eher ist eine Binnenmarktrelevanz anzunehmen. Weitere Gesichtspunkte können die Art des Auftragsgegenstandes, die Besonderheiten des betroffenen Marktes oder der Ort der Leistungserbringung sein.<sup>28</sup>

Ist die Binnenmarktrelevanz zu bejahen, so gebieten die Grundfreiheiten eine diskriminierungsfreie und transparente Auftragsvergabe. Hierzu hat die EU-Kommission Hinweise veröffentlicht, die die Rechtslage zutreffend wiedergeben.<sup>29</sup> Die wesentlichen Punkte seien hier genannt:

Aus dem Diskriminierungsgebot ergibt sich insbesondere, dass eine Bevorzugung ortsansässiger Unternehmen grundsätzlich unzulässig ist. Darüber hinaus muss der Auftragsgegenstand diskriminierungsfrei beschrieben werden, Befähigungsnachweise aus anderen Mitgliedstaaten sind grundsätzlich anzuerkennen und Fristen dürfen nicht unangemessen kurz sein.

Aus dem Transparenzgebot folgt die Verpflichtung, den Auftrag hinreichend bekannt zu machen. Je interessanter ein Auftrag für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten sein kann, umso breiter muss die Reichweite der Bekanntmachung sein. In jedem Fall genügt die Bekanntmachung auf den Internetseiten des Auftraggebers. Nicht erforderlich ist, dass der Auftrag öffentlich ausgeschrieben wird. Ausreichend ist vielmehr, dass aus der Bekanntmachung die wesentlichen Bestandteile des Auftrages hervorgehen und sich potentielle Bieter bei Interesse bei dem Auftraggeber über weitere Einzelheiten erkundigen können.

---

<sup>27</sup> EuGH, Urt. vom 15. Mai 2008, Az. C-147/06 und C-148/06, juris.

<sup>28</sup> Siehe hierzu auch das Rundschreiben des Ministeriums des Innern (Fn.10), Ziff. 5.2, sowie die Mitteilung der Kommission zu „Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen“ vom 1. August 2006, ABI. EU C Nr. 179, S. 2.

<sup>29</sup> Diese Mitteilung (Fn. 28) wurde von Deutschland beim EuG wegen angeblicher Kompetenzüberschreitung angefochten. Das EuG hat die Klage wegen Unzulässigkeit abgewiesen, EuG, Urt. vom 20. Mai 2010, Az. T-258/06, juris.

## **d) Ergänzender Hinweis: Grundrechtliche Vorgaben**

Es ist darauf hinzuweisen, dass neben den EU-Grundfreiheiten auch die Grundrechte Vorgaben für die Auftragsvergabe von kommunalen Unternehmen in privater Rechtsform unterhalb der Schwellenwerte machen. Die Grundrechte binden nicht nur Verwaltungsträger in öffentlicher Rechtsform. Seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Grundrechtsbindung der Fraport AG ist geklärt, dass die Grundrechte auch die gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen binden, die von der öffentlichen Hand beherrscht werden.<sup>30</sup> In einer Entscheidung aus dem Jahr 2006<sup>31</sup> hat das Bundesverfassungsgericht darüber hinaus festgestellt, dass die öffentliche Auftragsvergabe an einen Mitbewerber zwar grundsätzlich nicht den Schutzbereich der Berufsfreiheit des erfolglosen Bewerbers berührt. Jedoch ergibt sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG der Anspruch, dass jeder Mitbewerber eine faire Chance erhält, nach Maßgabe der für den spezifischen Auftrag wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden.

## **2. Unionsrechtliche Zulässigkeit der Mindestlohnregelung des Brandenburgischen Vergabegesetzes (Frage 1)**

### **a) Die Mindestlohnregelung im Brandenburgischen Vergabegesetz**

Am 1. Januar 2012 ist das Brandenburgische Gesetz über Mindestanforderungen für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Brandenburgisches Vergabegesetz - BbgVergG)<sup>32</sup> in Kraft getreten. Kernbestandteil dieses Gesetzes ist die Mindestlohnregelung in § 3 Abs. 3. Danach wird ein Auftrag nur an einen Bieter vergeben, der sich gegenüber dem Auftraggeber verpflichtet, seinen bei der Erfüllung des Auftrags eingesetzten Beschäftigten ein Entgelt von mindestens 8,50 Euro je Arbeitsstunde zu bezahlen. Der Stundensatz ist gemäß § 4 BbgVergG regelmäßig zu überprüfen. Eine erste Erhöhung von acht Euro auf 8,50 Euro ist im Februar 2014<sup>33</sup> erfolgt. Die Regelungen dieses Gesetzes erfassen grundsätzlich alle Aufträge von öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 98 GWB ab einem

---

<sup>30</sup> BVerfG, Urt. vom 22. Februar 2011, Az. 1 BvR 699/06, juris.

<sup>31</sup> BVerfG, Beschl. vom 13. Juni 2006, Az. 1 BvR 1160/03, juris.

<sup>32</sup> GVBl. I/11 Nr. 19.

<sup>33</sup> Erstes Gesetz zur Änderung des Brandenburgischen Vergabegesetzes vom 11. Februar 2014, GVBl. I/14 Nr. 6.

geschätzten Auftragswert von mehr als 3000 Euro ohne Umsatzsteuer. Darüber hinaus wird der Anwendungsbereich auf Zuwendungsempfänger (§ 1 Abs. 3 BbgVergG) sowie auf Nachunternehmer und Verleiher von Arbeitskräften (§ 5 BbgVergG) erstreckt. Hält sich der Auftragnehmer nicht an die Verpflichtung zur Zahlung des Mindestlohnes, so sind gemäß § 9 BbgVergG als Sanktionen die Zahlung einer Vertragsstrafe, die Kündigung des Vertrages oder Auftragssperren für künftige Vergaben möglich.

Ähnliche vergaberechtliche Mindestlohnregelungen haben auch zahlreiche andere Länder eingeführt.<sup>34</sup> Dies war eine Reaktion auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Rüffert“.<sup>35</sup> Mit dieser Entscheidung hat der EuGH die Regelung nach Art<sup>36</sup> des niedersächsischen Landesvergabegesetzes für unionsrechtswidrig erklärt, das, wie viele andere Vergabegesetze der ersten Generation auch, keine Mindestlohnregelung vorsah, sondern die Verpflichtung, Entgelte in der Höhe des am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehenen Entgeltes zu zahlen. Der EuGH sah hierin einen Verstoß gegen die Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (im Folgenden Entsenderichtlinie)<sup>37</sup> in Verbindung mit der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV. Ob die an die Stelle der Tariftreuepflichten getretenen vergaberechtlichen Mindestlohnregelungen unionskonform<sup>38</sup> sind, ist durch die Rechtsprechung des EuGH bislang noch nicht abschließend geklärt.<sup>38</sup> Neue Nahrung bekam die Diskussion durch die Vorlage der Vergabekammer Arnberg an den EuGH, die zu der aktuellen Entscheidung von September 2014<sup>39</sup> in der Rechtssache „Bundesdruckerei“ führte, mit der Mindestlohnregelungen nach Art des Tariftreue- und Vergabegesetzes NRW in bestimmten Fallkonstellationen für unionsrechtswidrig erklärt wurden, sowie durch eine Entscheidung des OLG Koblenz<sup>40</sup>, das von einer Unvereinbarkeit der Mindestlohnregelungen des Vergabegesetzes Rheinland-Pfalz mit dem EU-Recht ausgeht. Im Folgenden wird daher

---

<sup>34</sup> Siehe die unter II. 1. b) bb) genannten Gesetze.

<sup>35</sup> EuGH, Urt. vom 3. April 2008, Az. C-346/06, juris.

<sup>36</sup> Da sich die Auslegungskompetenz des EuGH auf das Unionsrecht beschränkt, kann er eine nationale Bestimmung nicht selbst für unvereinbar erklären.

<sup>37</sup> ABl. EG L Nr. 18 vom 21. Januar 1997, S. 1.

<sup>38</sup> Zur Rezeption der Rüffert-Entscheidung im internationalen Schrifttum vgl. die ausführliche Dokumentation bei [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), abrufbar unter folgendem Link: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62006CJ0346&lang1=de&type=TEXT&ancre=>.

<sup>39</sup> EuGH, Urt. vom 18. September 2014, Az. C-549/13, juris.

<sup>40</sup> OLG Koblenz, EuGH-Vorlage vom 19. Februar 2014, Az. 1 Verg 8/13, juris.

zunächst die Ausgangsentscheidung des EuGH in der Rechtssache „Rüffert“ dargelegt (b). Sodann wird auf die neue Entscheidung in der Rechtssache „Bundesdruckerei“ eingegangen (c). Im Anschluss werden die Konsequenzen dieser Entscheidungen für die vergaberechtliche Mindestlohnklausel im Brandenburgischen Vergabegesetz erörtert (d). Da zum 1. Januar 2015 ein bundeseinheitlicher Mindestlohn durch das Mindestlohngesetz (MiLoG)<sup>41</sup> eingeführt wird, ist es zudem erforderlich, die Auswirkungen dieses Gesetzes auf die unionsrechtliche Zulässigkeit vergaberechtlicher Mindestlöhne im Landesrecht zu untersuchen (dazu unter e).

## **b) Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Rüffert“**

In der Rechtssache „Rüffert“ ging es um die Ausschreibung des Landes Niedersachsen für den Bau einer Justizvollzugsanstalt. Der erfolgreiche Bewerber verpflichtete sich im Vertrag zur Einhaltung des am Ort der Ausführung geltenden Baugewerbe-Tarifvertrages. Der Auftragnehmer setzte ein in Polen ansässiges Unternehmen als Nachunternehmer ein. Als sich herausstellte, dass dieser Nachunternehmer die auf der Baustelle beschäftigten Arbeiter nicht zu dem vorgesehenen Lohn bezahlte, kündigte das Land Niedersachsen den Vertrag mit dem Auftragnehmer und forderte eine Vertragsstrafe. Dazu berief sich das Land auf die Regelung des § 8 des Landesvergabegesetzes Niedersachsen, der öffentliche Auftraggeber verpflichtete, vertraglich eine Vertragsstrafe für schuldhafte Verstöße gegen die Tariftreue zu vereinbaren sowie Kündigungsmöglichkeiten für den Fall eines Verstoßes gegen die Tariftreue vorzusehen, was im Vertrag entsprechend umgesetzt worden war. Die Verpflichtung zur Abgabe einer Tariftreueerklärung ergab sich aus § 3 Abs. 1 Landesvergabegesetz. Die Vorschrift lautete:

*„Aufträge für Bauleistungen dürfen nur an solche Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zum tarifvertraglich vorgesehenen Zeitpunkt zu bezahlen. Bauleistungen im Sinne des Satzes 1 sind Leistungen des Bauhauptgewerbes und des Baunebengewerbes. Satz 1 gilt auch für die Vergabe von Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr.“*

---

<sup>41</sup> Art. 1 des Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie vom 11. August 2014, BGBl. I 2014, S. 1348.

Nach § 4 Landesvergabegesetz hat sich der Auftraggeber auch dazu zu verpflichten, den Nachunternehmer die Pflicht des § 3 Landesvergabegesetz aufzuerlegen und die Beachtung dieser Pflichten durch die Nachunternehmer zu überwachen.

Das OLG Celle<sup>42</sup>, das mit dem Anspruch des Landes auf Zahlung der Vertragsstrafe befasst war, legte dem EuGH die Frage vor, ob die Verpflichtung zur Zahlung der tarifvertraglich vorgesehenen Entgelte in § 3 Abs. 1 Landesvergabegesetz mit dem EU-Recht vereinbar ist.

Der EuGH setzte sich zunächst mit der Entsenderichtlinie auseinander. Diese Richtlinie gilt für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die zur Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer in einen anderen Mitgliedstaat entsenden. Ziel der Richtlinie ist einerseits, diesen entsandten Arbeitnehmern bestimmte Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu garantieren. Andererseits soll die Richtlinie die Dienstleistungsfreiheit der entsendenden Unternehmen gewährleisten und sie vor protektionistischen Maßnahmen schützen. Zu diesem Zweck verpflichtet Art. 3 Entsenderichtlinie die Mitgliedstaaten, im Einzelnen aufgeführte Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu garantieren. Die hier interessierenden Bestimmungen dieses Artikels lauten wie folgt:

*„(1) 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: ...*

...

---

<sup>42</sup> OLG Celle, EuGH-Vorlage vom 3. August 2006, Az. 13 U 72/06, juris.

*c) Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze; dies gilt nicht für die zusätzlichen betrieblichen Altersversorgungssysteme;*

...

*Zum Zweck dieser Richtlinie wird der in Unterabsatz 1 Buchstabe c) genannte Begriff der Mindestlohnsätze durch die Rechtsvorschriften und/oder Praktiken des Mitgliedstaats bestimmt, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird.*

...

*(7) Die Absätze 1 bis 6 stehen der Anwendung von für die Arbeitnehmer günstigeren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht entgegen.“*

Der EuGH hat hierzu zunächst festgestellt, dass eine Gesetzesnorm wie das Landesvergabegesetz, die selbst keinen Mindestlohnsatz festlegt, nicht als Rechtsvorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Unterabsatz 1, 1. Gedankenstrich der Entsenderichtlinie angesehen werden kann, mit der ein Mindestlohnsatz festgelegt wird. Dies ist zunächst nicht weiter bemerkenswert, denn einen eigenen Mindestlohnsatz hatte das Landesvergabegesetz in seiner damaligen Fassung gerade nicht vorgesehen. Diese Passage der Entscheidung war aber unter anderem Auslöser für die Überlegung, Mindestlohnhöhen in die Vergabegesetze aufzunehmen.<sup>43</sup>

Auch Art. 3 Abs. 1 Unterabsatz 1, 2. Gedankenstrich der Entsenderichtlinie war nicht einschlägig, da es sich bei dem Tarifvertrag im Streitfall nicht um einen für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag handelte. Somit war der in dem Tarifvertrag vorgesehene Lohnsatz nicht als Mindestlohnsatz im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Unterabsatz 1 Buchstabe c) Entsenderichtlinie anzusehen, den die Mitgliedstaaten nach dieser Richtlinie den in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen bei einer staatenübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen vorschreiben *müssen*.

---

<sup>43</sup> Csaki/Freund, Europarechtskonformität von vergabegesetzlichen Mindestlöhnen?, KommJur 2012, 246, 249.

Damit stellte sich die Frage, ob die Mitgliedstaaten gleichwohl weitergehende Regelungen vorschreiben *dürfen*. Maßgeblich zur Beantwortung dieser Frage ist die Regelung des Art. 3 Abs. 7 Entsenderichtlinie, wonach die Anwendung von Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, die für die Arbeitnehmer günstiger sind, zulässig ist. Der EuGH hat diese Vorschrift jedoch eng ausgelegt. Diese Bestimmung erlaube nicht, die Erbringung einer Dienstleistung davon abhängig zu machen, dass Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen eingehalten werden, die über die zwingenden Bestimmungen hinausgehen. Das Schutzniveau, das den entsandten Arbeitnehmern im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats garantiert wird, ist danach grundsätzlich auf das beschränkt, was Art. 3 Abs. 1 Unterabsatz 1 Buchstabe a) bis g) Entsenderichtlinie vorsieht. Der Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 7 Entsenderichtlinie beschränkt sich daher auf den Fall, dass bereits nach den Gesetzen oder Tarifverträgen im Herkunftsmitgliedstaat günstigere Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen vorliegen oder der Arbeitgeber freiwillig günstigere Bedingungen gewährt. Der EuGH begründet seine Rechtsauffassung zum einen damit, dass andernfalls die Richtlinie ihre praktische Wirksamkeit verlöre. Zum anderen ist nach Ansicht des Gerichtshofs die enge Auslegung aufgrund der Dienstleistungsfreiheit geboten. Die Verpflichtung aus dem Landesvergabegesetz beschränke die Dienstleistungsfreiheit, weil die zusätzliche wirtschaftliche Belastung für Unternehmen, die in einem Mitgliedstaat mit niedrigeren Mindestlohnsätzen niedergelassen sind, die Erbringung ihrer Dienstleistungen im Aufnahmemitgliedstaat unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen könne. Diese Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs ist nach Ansicht des EuGH auch nicht durch überwiegende Ziele des Gemeinwohls gerechtfertigt. Wesentlich ist für das Gericht hierbei, dass die festgelegten Entgelthöhen aufgrund des Landesvergabegesetzes nur für einen Teil der Bautätigkeit gelten, da diese Rechtsvorschriften nur für die Vergabe öffentlicher, nicht aber für die Vergabe privater Aufträge gelten und weil der Tarifvertrag nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden ist.

Die enge Auslegung des Art. 3 Abs. 7 Entsenderichtlinie sowie die sehr oberflächliche Prüfung der Rechtfertigung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit durch Ziele des Arbeitnehmerschutzes kann mit guten Gründen kritisiert werden,<sup>44</sup> zumal das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung über das Berliner Vergabegesetz die Beschränkung

---

<sup>44</sup> Glaser/Kahl, Zur Europarechtskonformität kombinierter Tariftreue- und Mindestlohnklauseln in Landesvergabegesetzen, ZHR 2013, S. 643, 668, sprechen von einer „mehr Rätsel aufgebenden als Klarheit schaffenden“ Urteilsbegründung.

der Berufsfreiheit des Art. 12 GG für gerechtfertigt angesehen hat.<sup>45</sup> Bemerkenswert ist auch, dass der EuGH sich in dieser Entscheidung über den abweichenden Schlussantrag des Generalanwalts<sup>46</sup> hinweggesetzt hat, was nur in seltenen Fällen geschieht. Für die Frage des praktischen Umgangs mit vergaberechtlichen Mindestlohnklauseln jedoch ist die Rechtsprechung des EuGH maßgeblich. Hierfür lassen sich aus der Rüffert-Entscheidung folgende Schlussfolgerungen ziehen:

- Vergaberechtliche Mindestlohnregelungen sind nicht bereits deshalb mit der Entsenderichtlinie vereinbar, weil sie für die Arbeitnehmer günstigere Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen vorsehen.
- Außerhalb von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen sind vergaberechtliche Mindestlohnregelungen im Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie grundsätzlich unzulässig, wenn die Regelung den Mindestlohn nicht selbst vorschreibt.
- Die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit durch Regelungen über einen Mindestlohn ist in der Regel nicht durch überwiegende Belange des Allgemeinwohls wie zum Beispiel des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt, wenn die Rechtsvorschriften nur für öffentliche Aufträge gelten.

### **c) Bestätigung und Erweiterung der EuGH-Rechtsprechung in der Rechtssache „Bundesdruckerei“**

In der Rechtssache „Bundesdruckerei“ hat der EuGH seine Rechtsprechung zur Vereinbarkeit vergaberechtlicher Mindestlohnregelungen mit der Dienstleistungsfreiheit bestätigt und auf Fallgestaltungen außerhalb des Anwendungsbereichs der Entsenderichtlinie ausgedehnt.

In dem zu entscheidenden Fall ging es um eine Ausschreibung der Stadt Dortmund für einen Auftrag zur Aktendigitalisierung und Konvertierung von Daten. Die Bundesdruckerei GmbH wollte sich um den Auftrag bewerben. Die Vergabeunterlagen der Stadt Dortmund enthielten entsprechend der Vorgaben des nordrhein-westfälischen Gesetzes über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue und Vergabegesetz NRW – TVgG NRW)<sup>47</sup> eine Mustererklä-

---

<sup>45</sup> BVerfG, Beschl. vom 11. Juli 2006, Az. 1 BvL 4/00, juris.

<sup>46</sup> EuGH, Schlussanträge vom 20. September 2007, Az. C-346/06, juris.

<sup>47</sup> Siehe Fn. 23.

rung, mit der der Bieter erklären musste, dass er seinen Beschäftigten ein Mindestentgelt von 8,62 Euro pro Stunde zahlen und seine Nachunternehmer zur Zahlung des gleichen Entgeltes verpflichten wird. Da die Bundesdruckerei die Leistung ausschließlich durch in Polen ansässige Nachunternehmer durchführen lassen wollte und die Zahlung eines Mindestentgelts in dieser Höhe angesichts der in Polen bestehenden Lebensverhältnisse nicht üblich war, bat die Bundesdruckerei die Stadt Dortmund um Bestätigung, dass die Verpflichtung zur Einhaltung der Vorschriften des TVgG NRW für den Nachunternehmer nicht gelten. Dies lehnte die Stadt ab. Daraufhin rief der Bieter die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg an, die die Frage zur Auslegung des EU-Rechts für die vorliegende Fallgestaltung dem EuGH vorlegte. Die maßgeblichen Bestimmungen des § 4 TVgG NRW lautet wie folgt:

*„(1) Öffentliche Aufträge für Leistungen, deren Erbringung dem Geltungsbereich des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes ... unterfällt ...*

*(2) Öffentliche Aufträge ... im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auf Straße und Schiene ...*

*(3) 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 Mindeststundenentgeltes kann nach Maßgabe des § 21 durch Rechtsverordnung des für Arbeit zuständigen Ministeriums angepasst werden.“*

In seiner Entscheidung weist der EuGH zunächst darauf hin, dass in dieser Fallgestaltung die Entsenderichtlinie nicht anwendbar ist, da der Auftrag nicht durch Entsendung von Arbeitnehmern des Nachunternehmers in Deutschland ausgeführt werden sollte. Auch die

Vereinbarkeit mit der Vergaberichtlinie 2004/18 vertiefte der EuGH nicht.<sup>48</sup> Zwar sei es denkbar, dass die Regelungen des § 4 Abs. 3 TVgG NRW zum Mindestentgelt zulässige „zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags“ im Sinne des Art. 26 der Vergaberichtlinie sind. Jedoch dürften solche Anforderungen nach der letztgenannten Vorschrift nur gestellt werden, sofern sie mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind.

Damit bleibt die Frage der Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV. Der EuGH sieht einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit. Nach Ansicht des EuGH rechtfertigt das Ziel des Arbeitnehmerschutzes die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit aus zwei Gründen nicht: Zum einen bezieht sich der EuGH auf seine Entscheidung in der Rechtssache „Rüffert“ und weist darauf hin, dass nationale Maßnahmen, die nur für öffentliche Aufträge gelten, nicht geeignet seien, dieses Ziel zu erreichen, wenn keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die auf dem privaten Markt tätigen Arbeitnehmer nicht denselben Lohnschutz benötigen wie die im Rahmen öffentlicher Aufträge tätigen Arbeitnehmer. Zum anderen ergänzt der Gerichtshof seine Argumentation und führt aus, dass solche vergaberechtlichen Mindestlohnklauseln jedenfalls unverhältnismäßig seien, wenn sie auch für den Fall gelten, dass Arbeitnehmer einen öffentlichen Auftrag in einem anderen Mitgliedstaat ausführen, in dem die Mindestlohnsätze niedriger sind. Denn nach Auffassung des EuGH besteht in diesen Fällen kein Bezug zu den Lebenskosten der Arbeitnehmer, die den Auftrag durchführen. Auf diese Weise werde den im anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen die Möglichkeit genommen, aus den Unterschieden des Lohnniveaus einen Wettbewerbsvorteil zu ziehen.

#### **d) Konsequenzen für die Mindestlohnregelung des Brandenburgischen Vergabegesetzes**

##### **aa) Fallgestaltungen im Sinne der Bundesdruckerei-Entscheidung**

Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Bundesdruckerei“, die auf Grundlage des nordrhein-westfälischen Rechts erging, ist auf die Rechtslage in Brandenburg übertragbar. Für entsprechende Fallgestaltungen gilt daher, dass die Mindestlohnregelung des

---

<sup>48</sup> Zur Vereinbarkeit mit dem EU-Vergaberecht vgl. Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes vom 12. August 2010, Rechtliche Aspekte eines zukünftigen Landesvergabegesetzes, S. 23 f.; Simon, Verstößt das Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen gegen EU-Recht?, RdA 2014, S. 165, 166 ff.; Däubler, Der vergaberechtliche Mindestlohn im Fadenkreuz des EuGH, NZA 2014, S. 694, 695.

Brandenburgischen Vergabegesetzes unvereinbar mit dem Unionsrecht ist und daher in diesen Fällen für Auftragsvergaben nicht angewendet werden darf.

Das in Brandenburg für das Vergaberecht zuständige Ministerium für Wirtschaft und Europaangelegenheiten (nunmehr Wirtschaft und Energie) hat hierauf mit einem Informationsschreiben vom 23. September 2014 reagiert.<sup>49</sup> Danach ergeben sich Konsequenzen für die Einbindung von Nachunternehmern gem. § 5 BbgVergG. Hierzu heißt es in dem Schreiben:

*„Diese Vorschrift ist angesichts des Urteils des EuGH vom 18. September 2014 dahingehend europarechtskonform auszulegen, dass eine entsprechende Vereinbarung dann nicht abzuschließen ist, wenn der Auftragnehmer erklärt, dass der Nachunternehmer seinen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat als dem, dem der öffentliche Auftraggeber angehört, und die Leistung ausschließlich in diesem anderen Mitgliedstaat ausgeführt wird.“*

Durch die Begrenzung der Schlussfolgerungen auf den Tenor des EuGH-Urteils wird jedoch die Reichweite der EuGH-Entscheidung nach hier vertretener Auffassung nicht vollständig erfasst. Zum einen ist nicht erkennbar, warum die Argumentation des EuGH in der Rechtssache „Bundesdruckerei“ lediglich greifen sollte, wenn Nachunternehmer eingesetzt werden. Für die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit macht es keinen Unterschied, ob Nachunternehmer oder eigene Arbeitskräfte eingesetzt werden. Dementsprechend hat der EuGH an keiner Stelle seiner rechtlichen Begründung auf die spezifische Situation von Nachunternehmern abgestellt. Zum anderen ist davon auszugehen, dass eine Unvereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit auch vorliegt, soweit die Leistung (nur) teilweise von Arbeitnehmern ausgeführt wird, die bei einem Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat beschäftigt sind.

Das Wirtschaftsministerium von Nordrhein-Westfalen, also des Landes, das von der EuGH Entscheidung unmittelbar betroffen ist, hat ebenfalls mit einem Hinweisschreiben<sup>50</sup> rea-

---

<sup>49</sup> Informationsschreiben 2/2014 des Ministeriums für Wirtschaft und Europaangelegenheiten zum öffentlichen Auftragswesen, abrufbar unter folgendem Link:  
<http://vergabe.brandenburg.de/media/bb1.a.443.de/Informationsschreiben-2-2014.pdf>.

<sup>50</sup> RdErl. des Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk, zugleich im Namen der Ministerpräsidentin und aller Landesministerien - I A 1-81-00/3-13 - vom 13.10.2014, abrufbar

giert, das die vorgenannten Fallkonstellationen einschließt. Die maßgebliche Passage lautet:

*„Der vergaberechtliche Mindestlohn gem. § 4 Absatz 3 Satz 1 TVgG - NRW ist nicht als ergänzende Auftragsausführungsbedingung im Vergabeverfahren aufzuerlegen, soweit ein Bieter oder ein Subunternehmer dafür Dienstleistungen ganz oder teilweise im EU-Ausland erbringt. Dies gilt bei der Beauftragung von Dienstleistungen, unabhängig davon, ob deren Auftragswerte gemäß § 3 Vergabeverordnung oberhalb oder unterhalb der EU-Schwellenwerte liegen.“*

#### bb) Fallgestaltungen im Anwendungsbereich der Entsenderechtlinie

Noch nicht abschließend durch die EuGH-Rechtsprechung geklärt ist die Frage, ob die vergaberechtlichen Mindestlohnregelungen auch im Anwendungsbereich der Entsenderechtlinie mit dem Unionsrecht unvereinbar sind, also in den Fällen, in denen Unternehmer mit Sitz in einem Mitgliedstaat Arbeitnehmer in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates zur Erbringung von Dienstleistungen entsenden. Die Entscheidung in der Rechtssache „Rüffert“ greift hier nicht unmittelbar, da in dem zugrunde liegenden Fall keine im Vergabegesetz geregelte Mindestlohnhöhe vorlag, sondern ein nicht für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag. Die Entscheidung in der Rechtssache „Bundesdruckerei“ ist ebenfalls nicht einschlägig, da hier gerade kein Fall einer Entsendung vorlag. Eine Klärung der Rechtslage könnte sich aus der noch ausstehenden Entscheidung des EuGH zum Vorabentscheidungsersuchen des OLG Koblenz<sup>51</sup> ergeben. Das Gericht hat in einem Fall zum Gesetz des Landes Rheinland-Pfalz zur Gewährung von Tariftreue und Mindestentgelt bei öffentlichen Auftragsvergaben (LTTG)<sup>52</sup> dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie einer nationalen Regelung entgegensteht, die einem öffentlichen Auftraggeber zwingend vorschreibt, nur Unternehmen zu beauftragen, die sich bei der Angebotsabgabe verpflichten, ihren mit der Auftragsausführung befassten Mitarbeitern einen im LTTG festgelegten Mindestlohn zu zahlen.

---

unter folgendem Link:

[http://www.mweimh.nrw.de/wirtschaft/\\_pdf\\_container/Erlass\\_Anwendungsbereich\\_\\_\\_\\_4\\_TVgG.pdf](http://www.mweimh.nrw.de/wirtschaft/_pdf_container/Erlass_Anwendungsbereich____4_TVgG.pdf).

<sup>51</sup> Fn. 40.

<sup>52</sup> Gesetz vom 1. Dezember 2010, GVBl. RP 2010, S. 426, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. November 2013, GVBl. RP 2013, S. 469.

Ausweislich der Gesetzesbegründung zum Brandenburgischen Vergabegesetz<sup>53</sup> hält die Landesregierung die Regelungen für europarechtskonform. Ein Verstoß gegen die Entsenderichtlinie liege nicht vor, da es sich bei § 3 Abs. 3 BbgVergG um eine gesetzliche Mindestlohnregelung im Sinne der Entsenderichtlinie handele. Als solche sei jede gesetzliche Regelung anzusehen, die im Ergebnis den Arbeitnehmern die Gewährung eines Lohns durch den Unternehmer mindestens in der Höhe garantiert, deren Satz vom Gesetz selbst festgelegt wird. Diese Auslegung verstoße auch nicht gegen die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV. Die Rechtfertigungsanforderungen, die sich aus der Entscheidung in der Rechtssache „Rüffert“ ergeben, seien erfüllt. Zwar seien nicht lediglich Arbeitnehmer schutzbedürftig, die bei der Erfüllung öffentlicher Aufträge tätig werden. Die Begrenzung auf diese Arbeitnehmer ergebe sich aber nicht aus einer willkürlich unterschiedlichen Bewertung der Schutzbedürftigkeit, sondern aus der Natur des Vergaberechts und der Begrenzung der Gesetzgebungskompetenz des Landes Brandenburg. Die öffentliche Hand sei in vielen Bereichen der größte Auftraggeber am Markt. Aufgrund der damit verbundenen ökonomischen Katalysatorwirkung der öffentlichen Aufträge für den gesamten Markt sei das Brandenburgische Vergabegesetz geeignet, auch über den Anwendungsbereich des Gesetzes hinaus das Lohnniveau zugunsten der Arbeitnehmer zu verändern.

Diese Rechtsauffassung wird in der Literatur teilweise unterstützt.<sup>54</sup> Andere Stimmen halten vergleichbare landesvergaberechtliche Mindestlohnklauseln im Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie für unionsrechtswidrig.<sup>55</sup> Diese Rechtsansicht fügt sich nach hier vertretener Auffassung besser in die bisherige Linie der Rechtsprechung des EuGH, wie sie insbesondere durch die Entscheidung in der Rechtssache „Bundesdruckerei“ bestätigt wurde, die bei Entwurf und Erlass des Vergabegesetzes noch nicht vorlag.

Zunächst ist festzuhalten, dass § 3 Abs. 3 BbgVergG nicht allein schon deshalb mit der Entsenderichtlinie vereinbar ist, weil es sich um eine für den Arbeitnehmer günstigere Beschäftigungs- und Arbeitsbedingung im Sinne des Art. 3 Abs. 7 Entsenderichtlinie handelt. Denn mit der Entscheidung „Rüffert“ ist geklärt, dass diese Vorschrift die Mitgliedstaaten

---

<sup>53</sup> LT-Drucks. 5/3030.

<sup>54</sup> Däubler (Fn. 48), S. 696 ff.; Glaser/Kahl (Fn. 44), S. 643 ff.

<sup>55</sup> Siehe das Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes vom 25. November 2009, Ist der Entwurf eines Brandenburger Mindestlohn- und Vergabegesetzes mit Bundes- und EU-Recht vereinbar?, S. 16 ff. und das Gutachten vom 12. August 2010 (Fn. 48), S. 22 ff.; Simon (Fn. 48), S. 168 ff.; Csaki/Freund (Fn. 43); Rechten/Röbke, Sozialstandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Berlin und Brandenburg, LKV 2011, S. 337, 338 f.

nicht dazu berechtigt, das Schutzniveau, das den entsandten Arbeitnehmern im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats garantiert wird, über die in Art. 3 Abs. 1 Unterabsatz 1 Buchst. a) bis g) Entsenderichtlinie vorgesehenen Aspekte hinaus zu erweitern.

Demzufolge ist maßgeblich, ob es sich bei den vergaberechtlichen Mindestlohnklauseln um „durch Rechtsvorschrift festgelegte“ Mindestlohnsätze handelt, wie es die Entsenderichtlinie fordert. Dafür spricht, dass es sich bei § 3 Abs. 3 BbgVergG anders als in der Rechtssache „Rüffert“ nicht lediglich um die Verpflichtung zur Einhaltung eines nicht für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages handelt, sondern dass die Vorschrift einen einzuhaltenden Mindestlohn vorgibt. Dagegen spricht, dass die Norm nicht die Arbeitgeber verpflichtet, sondern lediglich die öffentlichen Auftraggeber. Arbeitgeber, die den vorgesehenen Mindestlohn nicht zahlen wollen, zwingt auch das BbgVergG hierzu nicht. Vielmehr müssen sie (lediglich) in Kauf nehmen, sich nicht erfolgreich um den Auftrag der öffentlichen Hand bewerben zu können. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Rüffert“ ist zu dieser Frage nicht ergiebig. Denn dort heißt es lediglich, dass eine Gesetzesnorm wie das Landesvergabegesetz, die „selbst keinen Mindestlohn festlegt“, nicht als Rechtsvorschrift im Sinne der Entsenderichtlinie angesehen werden kann. Diese Aussage kann in beide Richtungen interpretiert werden.

Allerdings ergänzt der EuGH die Entscheidung in der Rechtssache „Rüffert“ um die Überlegung, dass die Entsenderichtlinie im Licht der durch den AEUV garantierten Freiheit des Dienstleistungsverkehrs auszulegen sei. Eine solche Auslegung ist nicht nur sachgerecht, sondern auch rechtlich geboten, da die Richtlinie als Sekundärrecht mit den primärrechtlichen Vorgaben des AEUV vereinbar sein muss. Bei Auslegungszweifeln ist daher eine vertragskonforme Auslegung erforderlich. Nach der Rechtsprechung des EuGH verbietet die Dienstleistungsfreiheit Vorschriften, die einen Lohnsatz festlegen, der nur für die Vergabe öffentlicher Aufträge und nicht für die Vergabe privater Aufträge gilt. Diese Rechtsprechung mag rechtlich oder rechtspolitisch angreifbar sein, sie ist jedoch in Kenntnis der abweichenden Auffassung des Generalsanwalts ergangen und später nochmals bestätigt worden. Daher spricht vieles dafür, dass der EuGH bei einer primärrechtskonformen Auslegung der Entsenderichtlinie zu dem Ergebnis kommt, dass eine Rechtsvorschrift, die einen Mindestlohn festlegt, nur eine solche Vorschrift sein kann, die den Mindestlohn nicht lediglich für öffentliche Aufträge vorschreibt. Es liegt daher in der Konsequenz der bisherigen Rechtsprechung des EuGH, dass § 3 Abs. 3 BbgVergG mit der Entsenderichtlinie in Verbindung mit der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV unvereinbar ist.

### cc) Sonstige Fallgestaltungen

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass neben den genannten Fallkonstellationen auch noch andere Fallgestaltungen denkbar sind, die einen grenzüberschreitenden Bezug haben und daher in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten des Unionsrechts fallen. So ist die Dienstleistungsfreiheit auch berührt, wenn ein Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat den Auftrag in Deutschland mit in Deutschland ansässigen Arbeitnehmern durchführt. Und die Niederlassungsfreiheit ist betroffen, wenn sich beispielsweise ein aus einem anderen Mitgliedstaat stammender Unternehmer in Deutschland niederlässt und den Auftrag in Deutschland ausführen möchte. In solchen oder ähnlichen Fallkonstellationen dürfte allerdings eine Beeinträchtigung der Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit nicht gegeben sein, da Wettbewerbsbehinderungen im Vergleich zu inländischen Unternehmen nicht vorliegen.

In Fallgestaltungen, bei denen kein grenzüberschreitender Bezug vorliegt, kann sich kein Verstoß aus den unionsrechtlichen Grundfreiheiten ergeben. Sofern jedoch zusätzlich Unternehmen um den Auftrag konkurrieren, für die aus oben genannten Gründen die vergaberechtliche Mindestlohnklausel nicht anwendbar ist, stellt sich die Frage der Zulässigkeit einer Inländerdiskriminierung.<sup>56</sup>

### e) **Auswirkungen des Mindestlohngesetzes des Bundes auf die unionsrechtliche Zulässigkeit landesvergaberechtlicher Mindestlohnregelungen**

Aufgrund des MiLoG gilt zum 1. Januar 2015 bundesweit ein (weitgehend) allgemeiner Mindestlohn in Höhe von 8,50 Euro. Zutreffend geht die Gesetzesbegründung der Bundesregierung<sup>57</sup> davon aus, dass diese Bestimmungen unionskonform sind. Die Bedenken, die gegen den landesvergaberechtlichen Mindestlohn sprechen, greifen hier nicht, da die Regelungen nicht nur für öffentliche Aufträge gelten. Damit stellt sich die Frage, was die Einführung dieser Vorschriften für die Vereinbarkeit der Mindestlohnregelung im BbgVergG mit dem EU-Recht bedeutet.

---

<sup>56</sup> Vgl. Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes vom 23. August 2011, Entwurf eines Brandenburgischen Vergabegesetzes und Inländerdiskriminierung.

<sup>57</sup> BT-Drucks. 18/1558.

Diese Frage ist, soweit ersichtlich, bislang noch nicht vertieft erörtert worden.<sup>58</sup> Da die Höhe des Mindestlohns im BbgVergG und in MiLoG identisch sind, führt die Einführung eines allgemeinen Mindestlohnes auf Bundesebene dazu, dass § 3 Abs. 3 BbgVergG den öffentlichen Auftraggebern lediglich die Verpflichtung auferlegt, im Rahmen ihrer Auftragsvergabe die Einhaltung des bundesrechtlichen Mindestlohns durch ihre Auftragnehmer zu beachten. Die Auftragnehmer werden zu nichts verpflichtet, was nicht aufgrund des Bundesrechts ohnehin schon gelten würde. Die allein noch bestehende Verpflichtung zur Abgabe der Mindestlohnklärung stellt nach hier vertretener Auffassung keine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit dar.<sup>59</sup> Das maßgebliche Rechtsargument gegen einen vergaberechtlichen Mindestlohn entfällt, da die Regelungen des MiLoG nicht lediglich für öffentliche Aufträge gelten. Daher spricht vieles dafür, dass im Anwendungsbereich des MiLoG ein Verstoß des § 3 Abs. 3 BbgVergG gegen die Entsenderichtlinie und die Dienstleistungsfreiheit entfällt.

Dies führt allerdings nicht dazu, dass diese Vorschrift insgesamt als EU-konform einzustufen ist. Denn die Anwendungsbereiche des MiLoG einerseits und des BbgVergG andererseits sind nicht deckungsgleich. Dort also, wo das MiLoG keine Anwendung findet, greifen die oben genannten rechtlichen Bedenken gegen die Vorschrift nach wie vor.

Dies gilt zum einen für Auftragsvergaben, die vor dem 1. Januar 2015 erfolgt sind. Diese Fallkonstellationen haben sich nicht mit Jahresbeginn 2015 umfassend erledigt, denn es können noch Streitigkeiten bei Nachprüfungsverfahren oder im Zusammenhang mit Sanktionen (wie Vertragsstrafen, Kündigungen oder Auftragsperren) anhängig sein oder anhängig gemacht werden.

Zum anderen gelten nach § 24 Abs. 1 MiLoG zeitliche Übergangsregelungen für Tarifverträge repräsentativer Tarifvertragsparteien, wenn die Regelungen für alle unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Arbeitgeber mit Sitz im In- oder Ausland sowie deren Arbeitnehmer verbindlich gemacht worden sind, sowie für Rechtsverordnungen, die

---

<sup>58</sup> Meißner, Landesvergabegesetze und (k)ein Ende?, ZfBR 2014, S. 453, 458, hält die Diskussion um die Folgen der Einführung eines bundeseinheitlichen Mindestlohnes für die landesvergaberechtlichen Mindestlohnregelungen für „letztendlich politischer Natur“; vgl. auch Simon (Fn. 48), S. 173 f. zur ähnlichen Problematik der landesvergaberechtlichen Übernahme bundesrechtlich bereits im AEntG geregelter Tariftreuepflichten.

<sup>59</sup> Vgl. Simon (Fn. 48), S. 173 f., sowie Glaser/Kahl (Fn. 44), S. 654 ff., zur gleichen Problematik bei Tariftreuepflichten und ergänzend zur Vereinbarkeit mit dem EU-Vergaberecht.

auf der Grundlage von § 11 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes oder § 3a des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes erlassen worden sind. Darüber hinaus macht § 22 MiLoG Einschränkungen beim persönlichen Anwendungsbereich des Gesetzes für Praktikanten, Personen im Sinne von § 2 Abs. 1 und 2 des Jugendarbeitsschutzgesetzes ohne abgeschlossene Berufsausbildung, Auszubildende sowie für Arbeitnehmer, die unmittelbar vor Beginn der Beschäftigung langzeitarbeitslos waren, in den ersten sechs Monaten ihrer Beschäftigung.

Darüber hinaus gilt das Mindestlohngesetz nur für solche Arbeitsverhältnisse, für die das deutsche Privatrecht Anwendung findet. Die Verpflichtung zur Zahlung des Mindestlohns gilt daher gem. § 20 MiLoG nur für im Inland beschäftigte Arbeitnehmer.<sup>60</sup> Insbesondere solche Fallkonstellationen, wie sie der Entscheidung „Bundesdruckerei“ zu Grunde lagen, bei denen also ein Auftragnehmer den Auftrag im Ausland mit im Ausland beschäftigten Arbeitskräften ausführt, sind daher vom MiLoG nicht umfasst.

Schließlich und insbesondere ist es aufgrund des § 4 BbgVergG denkbar, dass der vergaberechtliche Mindestlohnsatz hochgesetzt wird und damit den bundesrechtlich geregelten Mindestlohnsatz übersteigt. Auch in diesem Fall sind die vorgenannten unionsrechtlichen Bedenken wieder zu berücksichtigen.

### **3. Sperrwirkung des MiLoG für die Mindestlohnregelung im BbgVergG (Frage 2)**

Aufgrund der Einführung eines bundeseinheitlichen Mindestlohnes durch das MiLoG kann die Frage gestellt werden, welche Auswirkungen dies auf die Gesetzgebungskompetenz des Landes für eine vergaberechtliche Mindestlohnregelung hat.

#### **a) Gesetzgebungskompetenz des Landes für die Mindestlohnregelung in § 3 Abs. 3 BbgVergG**

Nach Art. 70 Abs. 1 GG liegt die Gesetzgebungskompetenz grundsätzlich bei den Ländern. Etwas anderes gilt nur, soweit das Grundgesetz dem Bund die Gesetzgebungskompetenz zuweist. Bei der Regelung des bundeseinheitlichen Mindestlohnes im MiLoG handelt es sich um eine Regelung des Arbeitsrechts im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> Im Einzelnen zum Anwendungsbereich Hantel, Der allgemeine Mindestlohn und seine Auswirkung auf die Arbeitnehmerentsendung, NJ 2014, S. 445 ff.

<sup>61</sup> Gesetzesbegründung der Bundesregierung (Fn. 57).

Für diese Bestimmungen kann sich der Bund also auf einen Kompetenztitel der konkurrierenden Gesetzgebung berufen. Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder gemäß Art. 72 Abs. 1 GG die Befugnis zur Gesetzgebung nur, soweit und solange der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit keinen Gebrauch gemacht hat. Bereits vor Inkrafttreten des MiLoG wurde die Auffassung vertreten, dass die Länder aufgrund der bundesrechtlichen Regelungen im Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen und im Arbeitnehmer-Entsendegesetz keine Gesetzgebungskompetenz zur Festsetzung eines allgemein geltenden Mindestlohnes haben.<sup>62</sup> Aufgrund der Regelungen des MiLoG kann diese Auffassung nicht mehr ernsthaft in Frage gestellt werden. Daher würde dem Land die Gesetzgebungskompetenz fehlen, wenn es sich bei der Bestimmung des § 3 Abs. 3 BbgVergG um eine Regelung im Bereich des Arbeitsrechtes handelt.

Eine vergleichbare Rechtsfrage hatte das Bundesverfassungsgericht bereits im Jahr 2006 in Bezug auf das Berliner Vergabegesetz zu klären.<sup>63</sup> Dieses Gesetz sah unter anderem vor, dass Aufträge von Berliner Vergabestellen über Bauleistungen mit der Auflage erfolgen sollten, dass die Unternehmen ihre Arbeitnehmer bei der Ausführung dieser Leistungen nach den jeweils in Berlin geltenden Tarifen entlohnen. Das Bundesverfassungsgericht ist, anders als noch der BGH<sup>64</sup>, zu dem Ergebnis gelangt, dass es sich bei einer solchen vergaberechtlich geregelten Tariftreuepflicht um eine Regelung des Wirtschaftslebens im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG handelt. Zum Recht der Wirtschaft im Sinne dieses Kompetenztitels gehören nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts auch die Vorschriften über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, wie sie bundesrechtlich in §§ 91 ff. GWB für Auftragswerte oberhalb der Schwellenwerte normiert sind. In seiner Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht darauf hingewiesen, dass zum Vergaberecht auch Regelungen über die Anforderungen gehören, die öffentliche Auftraggeber bei der Vergabeentscheidung an den Auftragnehmer stellen dürfen. Denn es komme in erster Linie auf den Regelungsgegenstand und den Gesamtzusammenhang der Regelung im jeweiligen Gesetz an. Deshalb sei nicht für jede vergaberechtliche Anforderung, die über § 97 Abs. 4 GWB hinausgeht, der auf das konkrete Kriterium bezogene Kompetenztitel, wie etwa derjenige für das Arbeitsrecht gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG, einschlägig. Mit

---

<sup>62</sup> BayVerfGH, Entsch. vom 3. Februar 2009, Az. Vf. 111-IX-08, juris; Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes vom 1. Mai 2009, Mindestlöhne, S. 31.

<sup>63</sup> Fn. 45.

<sup>64</sup> BGH, Vorlagebeschl. vom 18. Januar 2000, Az. KVR 23/98, juris.

dem Erfordernis einer Tariftreueerklärung, wie sie im Berliner Vergabegesetz geregelt war, werde ein Kriterium für die vergaberechtliche Auswahlentscheidung geregelt. Im Einzelnen führt das Bundesverfassungsgericht hierzu aus:

*„Mit dem Erfordernis einer Tariftreueerklärung wird ein Kriterium für die vergaberechtliche Auswahlentscheidung geregelt. Unmittelbar betroffen ist die Rechtsbeziehung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Bieter, dessen Angebotsverhalten bei der Bewerbung um einen Auftrag aus wirtschafts- und sozialpolitischen Gründen dahingehend gesteuert werden soll, dass er sich gegenüber anderen Bewerbern keinen Vorteil durch eine untertarifliche Vergütung seiner Arbeitnehmer verschafft. Mit der Einbeziehung eines solchen Kriteriums in die Auswahlentscheidung wird das Ziel verfolgt, die Vergabe von Aufträgen aus bestimmten wirtschafts- und sozialpolitischen Gründen unmittelbar zu beeinflussen. Diese Zielsetzung wird in das Vergabeverfahren integriert. Es handelt sich um eine Sonderregelung für den Bereich der öffentlichen Beschaffung, mit der ein Kriterium für die Vergabeentscheidung festgelegt wird, das mittelbar auf die arbeitsrechtlichen Beziehungen im Unternehmen der Bieter Einfluss nehmen soll.“*

Da es sich mithin nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts um eine Gesetzesregelung aus dem Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG handelte, war des Weiteren zu fragen, ob der Bundesgesetzgeber von diesem Gesetzgebungstitel abschließend Gebrauch gemacht hat. Dies hat das Bundesverfassungsgericht verneint. Hierzu hat es auf die Regelung des § 97 Abs. 4, 2. Halbsatz (heute Satz 3) GWB hingewiesen, wonach andere oder weitergehende Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden dürfen, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.

Die Überlegungen des Bundesverfassungsgerichts zu den vergaberechtlichen Tariftreueeregeln sind auf die vergaberechtlichen Mindestlohnregelungen des BbgVergG übertragbar. Denn auch diese betreffen die Rechtsbeziehungen zwischen öffentlichem Auftraggeber und Bieter und regeln nicht unmittelbar das Rechtsverhältnis zwischen dem Bieter und seinen Arbeitnehmern. Es handelt sich folglich um vergaberechtliche Regelungen, die dem Recht der Wirtschaft gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zuzuordnen sind. Das Vergaberecht des Bundes in §§ 91 ff. GWB enthält lediglich Regelungen für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte. Jedenfalls für Vergaben unterhalb dieser Auftragswerte kann das Vergaberecht des Bundes daher keine Sperrwirkung entfalten. Aber auch oberhalb der Schwellen-

lenwerte enthält das GWB keine abschließenden Regelungen. Dies ergibt sich, wie das Bundesverfassungsgericht entschieden hat, aus § 97 Abs. 4, Satz 3 GWB.

Damit kann festgehalten werden, dass dem Land eine Gesetzgebungskompetenz zur Regelung eines vergaberechtlichen Mindestlohnes auch nach Einführung des bundeseinheitlichen Mindestlohns durch das MiLoG zukommt.<sup>65</sup>

#### **b) Verstoß des § 3 Abs. 3 BbgVergG gegen die Regelungen des MiLoG (Art. 31 GG)**

Von der Frage der Gesetzgebungskompetenz zu unterscheiden ist die Frage, ob § 3 Abs. 3 BbgVergG gegen die Regelungen des MiLoG verstößt und daher gemäß Art. 31 GG unwirksam ist.<sup>66</sup> Jedenfalls wenn der vergaberechtliche Mindestlohn und der bundeseinheitlich festgesetzte Mindestlohn identisch sind, wie dies derzeit für Brandenburg der Fall ist, dürfte dies wenig problematisch sein, weil das Landesvergaberecht in diesem Fall nicht von bundesrechtlichen Regelungen abweicht, sondern diese sogar ergänzt. Aber auch, wenn der Landesgesetzgeber einen höheren Mindestlohn verlangt, besteht kein Widerspruch zum Bundesrecht. Denn zum einen betreffen die Regelungen, wie dargelegt, unterschiedliche Rechtsverhältnisse. Zum anderen widerspricht eine vergaberechtliche Regelung auch nicht dem Sinn und Zweck des Bundesrechts.<sup>67</sup> Wie sich bereits aus der Bezeichnung ergibt, steht das Mindestlohngesetz der Zahlung höherer Löhne nicht entgegen. Da das Vergabegesetz auch keine Verpflichtung zur Zahlung höherer Löhne enthält, sondern die Möglichkeit der Bewerbung um öffentliche Aufträge von einer schuldrechtlichen Verpflichtung zur Zahlung eines bestimmten Lohnniveaus abhängig macht, werden durch die landesrechtlichen Vergaberegungen die Zielsetzungen des MiLoG nicht unterlaufen.

#### **c) Kompetenzrechtliche Zulässigkeit der Regelung über die Auftragsperre in § 9 Abs. 3 BbgVergG**

Abweichend von der eigentlichen vergaberechtlichen Mindestlohnklausel des § 3 Abs. 3 BbgVergG erscheint die kompetenzrechtliche Zulässigkeit der Regelung über die Auftragsperre als Sanktion bei Verstößen gegen das Vergabegesetz problematischer. Nach

---

<sup>65</sup> Ebenso Simon (Fn. 48), S. 166.

<sup>66</sup> Zu dieser Differenzierung vgl. auch BVerfG (Fn. 45), Rdn. 106.

<sup>67</sup> Zu einer ähnlichen Problematik im Verhältnis von Sachgesetzgebungskompetenz und Steuergesetzgebungskompetenz BVerfG, Urt. vom 7. Mai 1998, Az. 2 BvR 1991/95, 2 BvR 2004/95 (kommunale Verpackungssteuer), juris.

dieser Vorschrift soll ein Auftragnehmer, der schuldhaft seine vertraglich vereinbarten Pflichten nach dem BbgVergG (u.a. die Zahlung des Mindestlohnes gem. § 3 Abs. 3 BbgVergG) verletzt hat, für bis zu drei Jahre von öffentlichen Aufträgen ausgeschlossen werden. § 10 Abs. 1 Nr. 3 sowie § 11 und § 12 BbgVergG enthalten nähere Bestimmungen. Auch das MiLoG sieht in § 19 eine ähnliche Sanktionsregelung vor.

Damit stellt sich die Frage, ob es sich bei der Vorschrift des § 19 MiLoG wie bei den übrigen Vorschriften des Gesetzes um eine Regelung des Arbeitsrechts handelt oder um eine vergaberechtliche Regelung, die dem Recht der Wirtschaft gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zuzuordnen ist.<sup>68</sup> Für eine Zuordnung als vergaberechtliche Regelung spricht, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung über das Berliner Vergabegesetz<sup>69</sup> eine entsprechende Regelung über Auftragsperren bei Verstößen gegen das Vergabegesetz als Indiz dafür angesehen hat, dass es sich bei der Regelung der Verpflichtung zur Tariftreue um eine vergaberechtliche Regelung handelte. Für eine Zuordnung als arbeitsrechtliche Regelung spricht, dass Sanktionsregelungen als Annex zur Sachregelung dem Kompetenztitel der Sachmaterie zugeordnet werden können.<sup>70</sup> Geht man davon aus, dass es sich bei der Vorschrift des § 19 MiLoG um eine Regelung im Rahmen des Kompetenztitels des Arbeitsrechts handelt, so greifen die vorgenannten Überlegungen zur Mindestlohnklauseln. Geht man hingegen davon aus, dass es sich um eine vergaberechtliche Regelung, also um eine Regelung im Bereich des Rechts der Wirtschaft gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, handelt, so ist zunächst die Gesetzgebungskompetenz des Bundes fraglich. Denn gemäß Art. 72 Abs. 2 GG hat der Bund auf diesem Gebiet das Gesetzgebungsrecht nur, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht. Ob diese Voraussetzung<sup>71</sup> vorliegt, ist zweifelhaft, da sich die Regelung nicht nur auf Auftragsvergaben der dem Bund zuzuordnenden öffentlichen Aufgabenträger bezieht und auch auf Vergaben unterhalb der Schwel-

---

<sup>68</sup> Die Gesetzesbegründung der Bundesregierung (Fn. 57) ordnet das gesamte MiLoG ohne Differenzierung dem Rechtsgebiets des Arbeitsrechts gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG zu.

<sup>69</sup> Fn. 45.

<sup>70</sup> Denn um eine Regelung des Strafrechts im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG handelt es sich nicht, vgl. zur Gesetzgebungskompetenz für nicht strafrechtliche Sanktionen BVerfG, Beschl. vom 8. Dezember 2004, Az. 2 BvL 1/04, juris.

<sup>71</sup> Hierzu im Einzelnen Lechleitner, Die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG, JURA 2004, S. 746 ff.

lenwerte Anwendung findet. Unterstellt man eine Regelungskompetenz des Bundes, so dürfte sich aus der Regelung gleichwohl keine Sperrwirkung für ähnliche Sanktionsregelungen in den Vergabegesetzen der Länder ergeben. Denn die Sanktionen knüpfen an Verstöße gegen Verpflichtungen aus unterschiedlichen Rechtsverhältnissen an: auf der einen Seite gegen die arbeitsrechtlichen Verpflichtungen gegenüber den Arbeitnehmern aus dem MiLoG, auf der anderen Seite gegen die vertraglichen Verpflichtungen aus dem Auftrag gegenüber dem Auftraggeber. Daher dürften die Regelungen des § 9 Abs. 3 BbgVergG auch in den Fällen, in denen das MiLoG anwendbar ist, noch kompetenzrechtlich zulässig sein.

#### **4. Zusammenfassung**

##### **Zu 1.**

Landesrechtliche Vorgaben zur Gewährleistung einer transparenten und diskriminierungsfreien Auftragsvergabe der kommunalen Unternehmen in privater Rechtsform unterhalb der Schwellenwerte bestehen in Brandenburg nicht. Die meisten anderen Länder sehen entsprechende Regelungen vor, wobei sich der persönliche und sachliche Anwendungsbereich im Detail unterscheidet. Teilweise wird die Geltung der VOB/VOL angeordnet, teilweise wird allein die Beachtung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebotes vorgeschrieben.

Für Aufträge mit Binnenmarktrelevanz folgt für kommunale Unternehmen in privater Rechtsform, auf die die öffentliche Hand bestimmenden Einfluss hat, aus den EU-Grundfreiheiten die Pflicht zu einer transparenten und diskriminierungsfreien Vergabe. Daraus ergibt sich u.a. das Verbot der ungerechtfertigten Bevorzugung ortsansässiger Bieter und das Gebot einer hinreichenden Bekanntmachung der Vergabeabsicht.

##### **Zu 2.**

In Fällen, in denen ein Auftrag ganz oder teilweise durch Arbeitnehmer oder Nachunternehmer im EU-Ausland ausgeführt werden soll, verstößt die Mindestlohnregelung in § 3 Abs. 3 BbgVergG gegen die Dienstleistungsfreiheit und ist insoweit nicht anzuwenden.

In Fällen, in denen ein im EU-Ausland ansässiger Unternehmer Arbeitnehmer nach Deutschland entsendet, dürfte in Konsequenz der bisherigen Rechtsprechung des EuGH § 3 Abs. 3 BbgVergG gegen die Entsenderichtlinie i.V.m. der Dienstleistungsfreiheit verstoßen und auch insoweit unanwendbar sein. Mit Geltung des einheitlichen Mindestlohns aufgrund des MiLoG gilt dies im zeitlichen und sachlichen Anwendungsbereich dieses Gesetzes nicht, solange der vergaberechtliche Mindestlohn des BbgVergG dem Mindestlohn nach dem MiLoG entspricht.

**Zu 3.**

Das MiLoG dürfte keine kompetenzrechtliche Sperrwirkung für landesvergaberechtliche Mindestlohnregelungen entfalten.

gez. Marc Lechleitner