

Ist der Entwurf eines Brandenburger Mindestlohn- und Vergabegesetzes mit Bundes- und EU-Recht vereinbar?

Schmidt, Ulrike

Veröffentlichungsversion / Published Version

Gutachten / expert report

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

Landtag Brandenburg – Parlamentarischer Beratungsdienst

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Schmidt, U. (2009). *Ist der Entwurf eines Brandenburger Mindestlohn- und Vergabegesetzes mit Bundes- und EU-Recht vereinbar?* (Wahlperiode Brandenburg, 5/1). Potsdam: Landtag Brandenburg, Parlamentarischer Beratungsdienst. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-52585-8>

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/1.0/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/1.0>

Parlamentarischer Beratungsdienst

Ist der Entwurf eines Brandenburger Mindestlohn- und Vergabegesetzes mit Bundes- und EU-Recht vereinbar?

Bearbeiterin: Ulrike Schmidt

Datum: 25. November 2009

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.....	2
II.	Der Gesetzentwurf.....	3
III.	Stellungnahme.....	4
	1. (Mindest-)Entlohnung der Arbeitnehmer des öffentlichen Sektors.....	4
	a) Die maßgebliche Kompetenzregelung.....	4
	b) Ausschöpfung der Gesetzgebungsbefugnis durch den Bund.....	6
	2. Vergabe öffentlicher Aufträge.....	10
	a) Mindestlohn und Tariftreue (§ 3 MiLoVergG-E).....	11
	aa) Bundesrecht.....	12
	bb) Europarecht.....	13
	(1) Zusätzliche Eignungskriterien.....	13
	(2) Bedingungen für die Auftragsausführung.....	15
	(a) Zahlung eines Mindestlohns.....	16
	(b) Zahlung des tarifvertraglich vereinbarten Entgelts.....	19
	(c) Beschäftigung von Auszubildenden.....	19
	b) Sanktionen (§ 9).....	20
	aa) Ausschluss von der öffentlichen Auftragsvergabe bei Verstößen (§ 9 Abs. 3).....	20
	bb) Bußgeld bei Verstößen gegen § 2 (§ 9 Abs. 5).....	21
IV.	Ergebnis.....	22

I. Auftrag

Die SPD-Fraktion hat noch in der 4. Wahlperiode einen Gesetzentwurf für ein „Gesetz zur Sicherstellung eines angemessenen Entgeltes von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im öffentlichen Sektor und bei öffentlicher Auftragsvergabe (Brandenburger Mindestlohn- und Vergabegesetz)“¹ beschlossen und öffentlich vorgestellt. Der Parlamentarische Beratungsdienst ist gebeten worden zu prüfen, ob dieser Gesetzentwurf mit geltendem Bundes- und Europarecht vereinbar ist.

1 Veröffentlicht auf der Website der Landtagsfraktion unter <http://www.spd-fraktion.brandenburg.de/pdf/137.pdf> [Stand: 5. November 2009].

II. Der Gesetzentwurf

Der Entwurf eines Brandenburger Mindestlohn- und Vergabegesetzes (im Folgenden: MiLoVergG-E) teilt sich auf in zwei unterschiedliche Regelungsmaterien, für die sich die Frage nach der Vereinbarkeit mit Bundes- und EU-Recht in unterschiedlicher Weise stellt:

Zum einen werden durch § 2 Abs. 1 MiLoVergG-E die Arbeitgeber des sog. öffentlichen Sektors² verpflichtet, ihren (eigenen) Arbeitnehmern entweder die tarifvertraglich vorgesehenen Entgelte oder – sofern die Arbeitnehmer von keinem Tarifvertrag erfasst werden – mindestens das Entgelt zu zahlen, dass sich aus einem für den öffentlichen Dienst geltenden Tarifvertrag ergibt. Für alle öffentlichen Arbeitgeber gilt zudem, dass das den Arbeitnehmern gezahlte Entgelt nicht den Mindestlohn unterschreiten darf, der nach einem in § 4 MiLoVergG-E vorgesehenen Verfahren festgesetzt wird.

Zum anderen werden dieselben Behörden, Einrichtungen und Unternehmen des öffentlichen Sektors (die öffentlichen Auftraggeber) gemäß § 2 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 MiLoVergG-E verpflichtet, Aufträge an Dritte nur zu vergeben, wenn diese

- ihren Arbeitnehmern mindestens den tarifvertraglich vorgesehenen Lohn zahlen oder aber – sofern kein Tarifvertrag Anwendung findet oder der Tariflohn niedriger ist – den Mindestlohn nach § 4 MiLoVergG-E jedenfalls denjenigen Arbeitnehmern gewähren, die den Auftrag ausführen,
- die Gewähr dafür bieten, bestimmte gesetzliche Regelungen³ einzuhalten und
- Auszubildende beschäftigen.

Der Gesetzentwurf enthält außerdem nähere Bestimmungen über das Verfahren zur Festsetzung des Mindestlohns, über den Einsatz von Subunternehmen durch den jeweiligen Auftragnehmer (§ 5 MiLoVergG-E), über seine Nachweispflichten bei Abgabe eines Angebots (§ 7 MiLoVergG-E) sowie über die Kontrolle der Auftragnehmer und die Sanktionsmöglichkeiten ihnen und den Einrichtungen des öffentlichen Sektors gegenüber (§ 8 und 9 MiLoVergG-E). Auf diese Regelungen wird – soweit für die Fragestellung erforderlich – später im Rahmen der rechtlichen Prüfung im Einzelnen eingegangen.

2 Konkret werden aufgezählt: das Land, die Gemeinden und Gemeindeverbände, die sonstigen der Aufsicht des Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie diejenigen Vereinigungen, Einrichtungen und Unternehmen, an denen das Land oder eine der zuvor genannten juristischen Personen des öffentlichen Rechts ganz oder überwiegend beteiligt ist. Die Aufzählung geht über den klassischen Begriff des öffentlichen Dienstes hinaus (vgl. weiter unten, S. 5).

3 § 3 Abs. 1 Nr. 2 MiLoVergG-E nennt „die Bestimmungen gegen Schwarzarbeit, illegale Arbeitnehmerüberlassung, Leistungsmissbrauch und illegale Ausländerbeschäftigung, die Sicherheitsvorschriften und die strafbewehrten Umweltschutzvorschriften“.

III. Stellungnahme

1. (Mindest-)Entlohnung der Arbeitnehmer des öffentlichen Sektors

Soweit im MiLoVergG-E die öffentlichen Arbeitgeber verpflichtet werden, die für sie geltenden Tarifverträge einzuhalten, spricht das Gesetz eine Selbstverständlichkeit aus, die einer besonderen Regelung an sich nicht bedarf. Fraglich bleibt jedoch, ob durch Gesetz die tarifgebundenen öffentlichen Arbeitgeber verpflichtet werden können, den Mindestlohn zu zahlen, sofern dieser das tarifliche Entgelt übersteigt, und ferner, ob die tariflich nicht gebundenen Arbeitgeber verpflichtet werden können, einen für den öffentlichen Dienst geltenden Tarifvertrag anzuwenden bzw. den Mindestlohn zu zahlen. Derartige Regelungen würden insbesondere dann gegen Bundesrecht verstoßen, wenn das Land für derartige Regelungen keine Gesetzgebungskompetenz hätte.

Art. 70 Abs. 1 GG regelt die grundsätzliche Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Ländern. Das darin festgelegte Regel-Ausnahme-Verhältnis besagt, dass der Bund nur die ihm ausdrücklich zugewiesenen Gesetzgebungskompetenzen besitzt, während der gesamte unbenannte „Rest“ bei den Ländern liegt (sog. Residual-Kompetenz). In Art. 73 GG werden die Gegenstände der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes aufgelistet; in den dort genannten Bereichen haben die Länder keine eigenständige Gesetzgebungsbefugnis. Art. 74 GG enthält daneben einen Katalog von Gegenständen der konkurrierenden Gesetzgebung. In diesen Bereichen können die Länder Gesetze erlassen, solange und soweit nicht der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG). Wegen des Umfangs der dem Bund zugewiesenen Kompetenzen liegt das faktische Schwergewicht der Gesetzgebung – anders als es das Regel-Ausnahme-Verhältnis vermuten ließe – allerdings eher beim Bund.

a) Die maßgebliche Kompetenzregelung

Welcher Kompetenzbestimmung eine gesetzliche Regelung zuzuordnen ist, richtet sich nach dem Gegenstand der jeweiligen Regelung. Dieser ist etwa anhand des (Haupt-) Zwecks der Regelung, ihrer unmittelbaren Wirkung oder auch ihres Kerns zu bestimmen.⁴ Gesetzliche Vorgaben für den Arbeitslohn, wie sie in § 2 Abs. 1 MiLoVergG-E für die öffentlichen Arbeitgeber vorgeschrieben werden sollen, sind grundsätzlich dem Arbeitsrecht im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG zuzuordnen und damit einem Bereich der konkurrie-

⁴ Vgl. zu den Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 70 Rn. 7.

renden Gesetzgebung.⁵ Von dem allgemeinen Arbeitsrecht ist allerdings das Recht zu unterscheiden, das auf die besonderen Belange des öffentlichen Dienstes zugeschnitten ist und deshalb in die ausschließliche Gesetzgebung der Länder fällt.⁶ Eine solche Kompetenz besteht jedoch nur, wenn bei der gesetzlichen Ausgestaltung der Dienstverhältnisse speziell die öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkte überwiegen, wie z. B. bei Regelungen zur Amtsverschwiegenheit, zum Bekenntnis zur freiheitlich demokratischen Grundordnung, zur Nebentätigkeit oder zur Personalvertretung.⁷

Betrachtet man die Begründung zum MiLoVergG-E, so ist nicht ersichtlich, welchen spezifischen Belangen des öffentlichen Dienstes die Regelung über die (Mindest-)Entlohnung der Beschäftigten im öffentlichen Dienst dienen soll. Im Gegenteil wird in der Begründung ausgeführt, dass sich der Gesetzgeber bei seinen Anforderungen an die Mindestentlohnung von Arbeitnehmern mangels weitergehender Gesetzgebungsbefugnisse auf den öffentlichen Dienst beschränken müsse, obwohl eine Geltung der Regelungen für alle Arbeitnehmer im Land Brandenburg angestrebt werde.⁸ Dass die Regelung nicht durch besondere Bedürfnisse oder Anforderungen des öffentlichen Dienstes gerechtfertigt ist, zeigt auch die Tatsache, dass sich § 2 Abs. 1 MiLoVergG-E – entgegen der erwähnten Begründung – gerade nicht auf die Regelung der Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Dienst beschränkt. Zu den Arbeitgebern des öffentlichen Dienstes gehören nach herrschender Ansicht das jeweilige Land, die Gemeinden und Gemeindeverbände sowie die landesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen.⁹ Demgegenüber unterwirft § 2 Abs. 1 Satz 3 MiLoVergG-E zusätzlich auch Vereinigungen, Einrichtungen und Unternehmen, an denen die öffentlichen Stellen ganz oder überwiegend beteiligt sind, den Anforderungen an die Entlohnung von Arbeitnehmern. Hierbei dürfte es sich überwiegend nicht um Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes handeln; für die Unternehmen, die juristischen Personen des privaten Rechts sind, ist dies jedenfalls auszuschließen.

5 Sachs, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2007, Art. 74 Rn. 53 m. w. Nachw.; siehe auch BayVerfGH, Entscheidung zum Volksbegehren „Mindestlohn“ vom 3. Februar 2009 – Vf. 111-IX-08 – S. 15, veröffentlicht auf der Homepage des Gerichts unter <http://www.bayern.verfassungsgerichtshof.de/> [Stand: 5. November 2009].

6 Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. V, Art. 75 Rn. 62; Degenhart, in: Sachs (Fn. 5), Art. 74 Rn. 53; Axer, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 10, Art. 74 Nr. 12 (Stand 12/2006), Rn. 19; Pieroth (Fn. 4), Art. 74 Rn. 28.

7 Maunz (Fn. 6), Art. 75 Rn. 62; vgl. auch die übrigen Literaturnachweise in Fn. 6.

8 S. 6 der Allgemeinen Begründung zum MiLoVergG-E.

9 Kunig, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 5. Aufl. 2003, Art. 75 Rn. 15; Höfling, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 9, Art. 73 Nr. 8 (Stand: 5/2001) Rn. 38 ff.; Degenhart (Fn. 6), Art. 73 Rn. 42; diese Auslegung folgt im Wesentlichen dem durch die Föderalismusreform aufgehobenen Art. 75 GG und spiegelt die entsprechende noch geltende Regelung des Art. 73 Abs. 1 Nr. 8 GG, der die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes für seinen eigenen öffentlichen Dienst regelt.

Sowohl das Ziel des hier maßgeblichen Teils des Gesetzes als auch die Reichweite der Regelung sprechen also im Ergebnis dafür, dass § 2 Abs. 1 MiLoVergG-E einen Regelungsgegenstand betrifft, der dem allgemeinen Arbeitsrecht im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG und nicht dem Recht des öffentlichen Dienstes zuzuordnen ist.

Zu einem anderen Ergebnis käme man allerdings, wenn die (Mindest-)Entgeltregelung ausschließlich auf die Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes beschränkt würde. Dass eine solche Regelung durch spezielle Belange des öffentlichen Dienstes gerechtfertigt ist, ließe sich etwa mit dem Hinweis auf die notwendige Qualifikation der Beschäftigten im öffentlichen Dienst begründen, mit dem besonderen Engagement und Einsatz, der von Mitarbeitern im öffentlichen Dienst gefordert wird, und damit, dass eine zu starke Lohnspreizung innerhalb des öffentlichen Dienstes aus Gründen des Betriebsfriedens nicht hingenommen werden könne. Gleichwohl erscheint eine solche Regelung etwas widersinnig, da es die öffentlichen Arbeitgeber und vor allem das Land selbst in der Hand haben, ob und welche Tarifverträge sie vereinbaren und wie sie ihre Bediensteten (mindest-)vergüten.

Rein faktisch dürften von § 2 Abs. 1 MiLoVergG-E ohnehin nur Unternehmen und Einrichtungen in der Rechtsform des privaten Rechts mit überwiegender öffentlicher Beteiligung betroffen sein. Da diese Arbeitgeber nicht Teil des öffentlichen Dienstes sind, handelt es sich bei § 2 Abs. 1 MiLoVergG-E also jedenfalls insoweit um eine Regelung des allgemeinen Arbeitsrechts.

b) Ausschöpfung der Gesetzgebungsbefugnis durch den Bund

Die Frage, ob das Land die Gesetzgebungsbefugnis für die in § 2 Abs. 1 MiLoVergG-E vorgesehene Regelung hat, richtet sich also – jedenfalls, soweit sie für Arbeitgeber in der Rechtsform des privaten Rechts gilt – nach § 74 Abs. 1 Nr. 12 GG. Das bedeutet, dass das Land eine Gesetzgebungsbefugnis zur Regelung der (Mindest-)Entlohnung der Arbeitnehmer in privaten Unternehmen nur hat, soweit nicht der Bundesgesetzgeber bereits von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat.

Bundesgesetzliche Regelungen zum Mindestlohn finden sich sowohl im Gesetz über die Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen (Mindestarbeitsbedingungengesetz – MiArbG)¹⁰ als auch im Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschrei-

¹⁰ Vom 11. Januar 1952 (BGBl. I S. 17), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. April 2009 (BGBl. I S. 818); das seit 1952 bestehende, aber nie angewandte Gesetz hat erst durch seine jüngste, am 28. April 2009

tend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG)¹¹. Vorschriften über die Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen und ihre Anwendung auf tarifvertraglich nicht gebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer enthält zudem das Tarifvertragsgesetz (TVG)¹².

Das Mindestarbeitsbedingungengesetz hebt einleitend ausdrücklich hervor, dass Entgelte und sonstige Arbeitsbedingungen grundsätzlich in freier Vereinbarung zwischen den Tarifvertragsparteien durch Tarifverträge geregelt werden (§ 1 Abs. 1 MiArbG). Im Weiteren wird gleichwohl die staatliche Festsetzung von Mindestlöhnen in Wirtschaftszweigen ermöglicht, wenn in ihnen weniger als 50 % der Arbeitsverhältnisse tarifvertraglichen Regelungen unterliegen. Das Gesetz regelt sodann die Voraussetzungen für die Festsetzung von Mindestlöhnen und das Verfahren, das durchlaufen werden muss, bevor die Bundesregierung für einen Wirtschaftszweig eine bestimmte Mindestentgelthöhe durch Rechtsverordnung festsetzen kann.¹³

Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz sieht demgegenüber die Möglichkeit vor, in ausgewählten neun Wirtschaftszweigen¹⁴ von den Sozialpartnern ausgehandelte Mindestlohtarifverträge durch Verordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) auf alle in der jeweiligen Branche beschäftigten Arbeitnehmer zu erstrecken (§ 7 Abs. 1 AEntG); diese Erstreckung gilt nur für Mindestentgeltsätze sowie für Regelungen zum Urlaub (§ 7 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit § 5 Nr. 1 bis 3 AEntG). Anders als bei der Allgemeinverbindlicherklärung durch das BMAS nach dem Tarifvertragsgesetz führt die Erstreckung eines Tarifvertrags nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz dazu, dass sämtliche Arbeitnehmer und Arbeitgeber der Branche, also nicht nur diejenigen, die nicht an einen Tarifvertrag gebundenen sind, sondern auch diejenigen, die an konkurrierende Tarifverträge ge-

in Kraft getretene Novellierung neue Bedeutung erlangt. Zur Entwicklung des Gesetzes und zu den Einzelheiten seiner Regelungen wird auf das frühere Gutachten des PBD vom 1. Mai 2009 („Mindestlöhne“) verwiesen, http://10.142.223.6/store/uploads/media/01-05-09_Mindestloehne.pdf [Stand: 25. November 2009].

- 11 Vom 20. April 2009 (BGB. I S. 799); das Nähere zu diesem Gesetz, seiner Entwicklung und seinen Vorgängerregelungen ist ebenfalls ausführlich dargestellt im Gutachten des PBD vom 1. Mai 2009 (Fn. 10).
- 12 In der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969 (BGBl. I S. 1323), zuletzt geändert durch Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407).
- 13 Vgl zu den Einzelheiten PBD-Gutachten vom 1. Mai 2009, S. 18 ff.
- 14 Gemäß § 4 AEntG gehören dazu derzeit das Baugewerbe, die Gebäudereinigung, Briefdienstleistungen, Sicherheitsdienstleistungen, Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwerken, Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft, Abfallwirtschaft einschließlich Straßenreinigung und Winterdienst, Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen nach dem Zweiten oder Dritten Buch Sozialgesetzbuch sowie gemäß § 10 AEntG die Pflegebranche, für die besondere Vorschriften gelten.

bunden sind, den genannten Mindestvertragsbedingungen unterworfen sind.¹⁵ Die Erstreckung eines Tarifvertrags durch Rechtsverordnung setzt einen gemeinsamen Antrag der Tarifparteien voraus.

Das Tarifvertragsgesetz schließlich gestaltet die Tarifautonomie der Tarifpartner rechtlich aus und ist Grundlage für deren Zusammenwirken. Unter bestimmten Voraussetzungen eröffnet es dem BMAS die Möglichkeit, auf Antrag einer Tarifpartei einen Tarifvertrag für allgemeinverbindlich zu erklären mit der Folge, dass die Rechtsnormen des Tarifvertrags in seinem Geltungsbereich auch die nicht gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erfassen (§ 5 Abs. 4 TVG). Eine Beschränkung auf bestimmte Branchen existiert nicht. Voraussetzung für eine Allgemeinverbindlicherklärung ist u. a., dass mindestens 50 % der Arbeitsverhältnisse einer Branche unter den Tarifvertrag fallen.¹⁶

Allein die Tatsache, dass der Bund Regelungen zu einem Gesetzgebungsgegenstand erlassen hat, muss noch nicht bedeuten, dass er die Materie tatsächlich abschließend geregelt hat. Denkbar ist vielmehr, dass dem Landesgesetzgeber im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung noch Regelungsspielraum verbleibt. Notwendig ist daher eine Gesamtwürdigung der bestehenden Gesetze sowie die Analyse, ob ein bestimmter Sachbereich umfassend und lückenlos geregelt ist oder jedenfalls nach dem objektivierten Willen des Gesetzgebers abschließend geregelt werden sollte.¹⁷ Zu bedenken ist auch, dass der Bundesgesetzgeber von der Regelung bestimmter Sachbereiche absichtlich abgesehen haben kann. Das Schweigen eines Gesetzes lässt in einem solchen Fall nicht auf eine Lücke schließen, sondern bedeutet, dass der Bundesgesetzgeber keinerlei – also auch keine landesrechtliche – Regelung zulassen wollte (sog. „beredtes Schweigen“ oder „bewusste Lücke mit Sperrwirkung“).¹⁸

Betrachtet man die bestehenden bundesgesetzlichen Regelungen zum Mindestlohn und zur Erstreckung von Tarifverträgen auf Dritte, so sprechen die überwiegenden Gründe dafür, dass es sich beim Mindestarbeitsbedingungengesetz und dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (in Verbindung mit dem Tarifvertragsgesetz) um ein Gesamtkonzept handelt, mit dem der Bundesgesetzgeber diese Materien abschließend regeln wollte und auch geregelt hat. Einzuräumen ist allerdings, dass die genannten Gesetze keinen generellen branchen-

15 Vgl zum Verfahren und zu den Voraussetzungen PBD-Gutachten vom 1. Mai 2009, S. 22 ff.

16 Vgl zu den Voraussetzungen PBD-Gutachten vom 1. Mai 2009, S. 9 f.

17 BVerfGE 98, 265 <300>; 109, 190 <230>.

18 BVerwGE 109, 272 <283>.

übergreifenden Mindestlohn erlauben, sondern nur eine branchenbezogene Festsetzung von Mindestlöhnen vorsehen, die zudem im Falle des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes auf lediglich neun Branchen beschränkt ist. Dies könnte in dem Sinne ausgelegt werden, dass das Bundesrecht Lücken aufweist, die der Landesgesetzgeber im Rahmen der ihm verbleibenden Gesetzgebungskompetenz schließen kann.

Dagegen spricht jedoch der grundsätzliche Vorrang der von den Tarifparteien frei ausgehandelten Vereinbarungen über Entgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, wie er in § 1 Abs. 1 MiArbG deutlich zum Ausdruck gebracht wird. Gegenüber dieser Regel soll die staatliche Festsetzung von Mindestentgelten eine Ausnahme bilden. Das Mindestarbeitsbedingungengesetz wird ergänzt durch das Arbeitnehmer-Entsendegesetz, das die Erstreckung von tariflichen Mindestentgeltregelungen auf Dritte regelt, sich dabei aber auf wenige Branchen beschränkt und im Übrigen die Festsetzung von Entgeltregelungen den Tarifpartnern im Rahmen der Tarifautonomie überlässt. Sowohl die Festsetzung von Mindestentgelten als auch die Erstreckung von Tarifverträgen durch Rechtsverordnung sind an besondere Voraussetzungen geknüpft und ohne Mitwirkung bzw. Antragstellung der Tarifparteien nicht möglich. Auch hierin kommt die Wertung des Gesetzgebers zum Ausdruck, ein staatliches Eingreifen in das Tarifgefüge nur unter engen Voraussetzungen zulassen zu wollen und im Übrigen die Tarifpartner frei von staatlicher Einflussnahme agieren zu lassen. Diese „Zurückhaltung“ des Bundesgesetzgebers dürfte ihre Ursache nicht zuletzt in der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Koalitionsfreiheit haben, die gebietet, staatliche Eingriffe so gering wie möglich zu halten.¹⁹

Die Gesetze sind im Übrigen auch hinsichtlich ihrer Anwendungsbereiche aufeinander abgestimmt. Während das Mindestarbeitsbedingungengesetz bei niedriger Tarifbindung (unter 50 %) zur Anwendung kommt, gelten das Arbeitnehmer-Entsendegesetz ebenso wie die Regelung über die Allgemeinverbindlicherklärung in § 5 TVG für Branchen mit hoher Tarifbindung (über 50 %).²⁰ Auch dies zeigt, dass die Gesetze in ihren Regelungszielen aufeinander abgestimmt sind und letztlich ein – abschließendes – Gesamtkonzept bilden.²¹

19 Die Koalitionsfreiheit wird im Übrigen auch durch Art. 51 LV garantiert.

20 Anträge auf Aufnahme einer Branche in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz konnten nur für Branchen mit einer Tarifbindung von über 50 % gestellt werden (Entwurf eines Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, Drs. 16/10486, S. 1 [A. Problem und Ziel]); die Allgemeinverbindlicherklärung nach dem Tarifvertragsgesetz setzt eine Tarifbindung von mindestens 50 % voraus (§ 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG).

21 So auch BayVerfGH, Entscheidung vom 3. Februar 2009 (Fn. 5), juris, Rn. 73 ff. mit ausführlicher Begründung.

Eine Regelungslücke ist nach alledem nicht zu erkennen. Für weitergehende landesrechtliche Bestimmungen bleibt kein Raum. Soweit daher mit § 2 Abs. 1 MiLoVergG-E auch juristische Personen des privaten Rechts verpflichtet werden sollen, ihren Arbeitnehmern Entgelt in Höhe eines für den öffentlichen Dienst geltenden Tarifvertrags oder jedenfalls einen gesetzlichen Mindestlohn zu zahlen, fehlt es an der Gesetzgebungskompetenz des Landes. Eine solche Regelung wäre daher nichtig.²²

2. Vergabe öffentlicher Aufträge

Neben der Verpflichtung des öffentlichen Sektors, die eigenen Beschäftigten nach Tarif, mindestens jedoch in Höhe eines festzusetzenden Mindestlohns zu vergüten, regelt das MiLoVergG-E die Vergabe öffentlicher Aufträge. Gemäß § 2 Abs. 2 MiLoVergG-E sollen die öffentlichen Auftraggeber²³ verpflichtet werden, ihren Vergabeentscheidungen Kriterien zugrunde zu legen, die über die Vergabekriterien nach dem Vierten Teil (§§ 97 ff.) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)²⁴, der Vergabeverordnung (VgV)²⁵ und den Verdingungsordnungen²⁶ hinausgehen, und die Einhaltung dieser zusätzlichen Kriterien zu kontrollieren. Diese Anforderungen sollen unabhängig vom Auftragsvolumen für alle Vergabeentscheidungen gelten, d. h. auch für Aufträge, die den jeweiligen Schwellenwert nach § 100 GWB nicht erreichen.²⁷

Die Frage der Vereinbarkeit mit Bundes- und Europarecht stellt sich in erster Linie bezogen auf die Vergabekriterien gemäß § 3 MiLoVergG-E (Mindestlohn und Tariftreue); auf die übrigen Vorschriften wird nur eingegangen, soweit sie problematisch erscheinen.

22 Vgl. Stettner, in: Dreier, GG, Kommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 72 Rn. 31.

23 Lt. Begründung zum MiLoVergG-E stimmen die hier verpflichteten öffentlichen Auftraggeber mit den in § 2 Abs. 1 MiLoVergG-E aufgeführten überein (A. Allgemeines, S. 7). Dies wäre eine Einschränkung im Vergleich zu den in § 98 GWB genannten öffentlichen Auftraggebern, die so vermutlich nicht gewollt ist und im Übrigen auch nicht dem Wortlaut des § 2 Abs. 2 MiLoVergG-E entnommen werden kann.

24 In der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114), zuletzt geändert durch Gesetz vom 25. Mai 2009 (BGBl. I S. 1102).

25 In der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003 (BGBl. I S. 169), zuletzt geändert durch Verordnung vom 23. September 2009 (BGBl. I S. 3110).

26 Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) in der Fassung der Bekanntmachung vom 6. April 2006 (BAnz. Nr. 100a vom 30. Mai 2006, BAnz. S. 4368),

Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. März 2006 (BAnz. Nr. 91a vom 13. Mai 2006),

Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. März 2006 (BAnz. Nr. 94a vom 18. Mai 2006).

27 Der Verweis auf die Schwellenwerte sollte genauer gefasst werden: „§ 100 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 2 der Vergabeverordnung“.

a) Mindestlohn und Tariftreue (§ 3 MiLoVergG-E)

§ 3 MiLoVergG-E nennt die zusätzlichen Kriterien, die ein Unternehmen erfüllen muss, um einen öffentlichen Auftrag zu erhalten. Die Einhaltung dieser Bedingungen muss ein Bieter zudem bei Abgabe des Angebots schriftlich versichern und auch entsprechende Versicherungen eventueller Nachunternehmer vorlegen (§ 3 Abs. 3, § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Abs. 2 MiLoVergG-E); bei extrem preiswerten Angeboten genügt diese Versicherung nicht, sondern die Vergabestelle hat vor Zuschlagserteilung das Konzept und die Kalkulation des Bieters zu überprüfen (§ 6 MiLoVergG-E). Eine begleitende Kontrolle durch die Vergabestelle ist in § 8 MiLoVergG-E vorgesehen. Gemäß § 9 Abs. 1, 2 und 3 MiLoVergG-E ist für den Fall der Verletzung der Pflichten eine Vertragsstrafe zu vereinbaren ebenso wie das Recht zur fristlosen Kündigung bei schweren Verstößen. Zusätzlich wird das Unternehmen für die Dauer von fünf Jahren von der Auftragsvergabe ausgeschlossen.

Durch § 3 MiLoVergG-E sollen offenbar zwei unterschiedliche Formen von Vergabekriterien geregelt werden. Zum einen sind in Absatz 1 die Anforderungen (tarifgerechte Bezahlung, Einhaltung bestimmter Gesetze und Beschäftigung von Auszubildenden) aufgeführt, die ein Unternehmen erfüllen muss, um überhaupt als Auftragnehmer in Frage zu kommen („Aufträge dürfen nur an solche Unternehmen vergeben werden, die ...“). Es handelt sich um sog. Eignungskriterien, die nur retrospektiv, d. h. anhand des bisherigen Verhaltens des jeweiligen Bieters geprüft werden können. Absatz 2 verlangt demgegenüber, dass ein nicht tarifgebundenes Unternehmen „bei der Ausführung des Auftrags“ seinen Arbeitnehmern den Mindestlohn nach § 4 zahlt. Es handelt sich also um eine Bedingung für die Auftragsausführung. Hier fragt sich bereits, warum einerseits von tarifgebundenen Unternehmen weitergehende Eignungskriterien verlangt werden, als von nicht tarifgebundenen Unternehmen, während andererseits bei nicht tarifgebundenen Unternehmen besondere Bedingungen an die Auftragsausführung gestellt werden. Ein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot des § 97 Abs. 2 GWB kann zumindest nicht ausgeschlossen werden.

Schließlich sieht Absatz 3 vor, dass ein Unternehmen „dies“ bei Angebotsabgabe schriftlich zu versichern hat. Würde man diese Verpflichtung nur auf Absatz 2 beziehen, hätte man wiederum ein Problem mit der Gleichbehandlung von tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Unternehmen; bezöge sich die Pflicht, eine Zusicherung abzugeben, auch auf Absatz 1, wäre eine Gleichbehandlung zumindest hinsichtlich der Bedingungen für die Auftragsausführung erreicht, nicht allerdings bezogen auf die Eignungskriterien. § 3 ist daher in sich nicht stimmig und müsste überarbeitet werden, zumal später in § 7 Abs, 1 Nr. 3 MiLoVergG-E bei den Nachweispflichten vom Bieter eine „Tariftreue- und Mindestlohner-

klärung“ verlangt wird, während die übrigen Anforderungen des § 3 hier nicht mehr von Bedeutung zu sein scheinen.

Die Frage der Vereinbarkeit mit Bundes- und Europarecht lässt sich angesichts dieser Unklarheiten nur begrenzt überprüfen. Die folgenden Ausführungen können daher nur Hinweise geben, nicht aber auf alle denkbaren Auslegungsvarianten eingehen.

aa) Bundesrecht

Die Frage nach der Vereinbarkeit mit Bundesrecht stellt sich wiederum unter dem Gesichtspunkt der Gesetzgebungskompetenzen. Das Vergaberecht ist dem „Recht der Wirtschaft“ im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG und damit der konkurrierenden Gesetzgebung zuzuordnen.²⁸ Die allgemeinen Grundsätze der öffentlichen Auftragsvergabe, wie der Wettbewerbsgrundsatz, das Transparenzgebot, das Gleichheitsgebot und das Gebot der Vergabe an das wirtschaftlichste Angebot, sind in § 97 GWB geregelt. § 97 Abs. 4 GWB nennt die generell geltenden Eignungskriterien (Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Gesetzestreue und Zuverlässigkeit) und erlaubt den Auftraggebern zusätzlich, bezogen auf die konkrete Auftragsausführung und – sofern dies in einem Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist – darüber hinausgehende Anforderungen an den Auftragnehmer zu stellen. Damit bleibt dem Landesgesetzgeber Spielraum für weitere Vergabekriterien.²⁹ Das GWB ist im Übrigen auch deshalb nicht abschließend, weil es sich nur auf Vergaben von Aufträgen mit einem Volumen über den Schwellenwerten bezieht.³⁰ Für die Vergabe „kleinerer“ öffentlicher Aufträge steht es dem Landesgesetzgeber also ebenfalls frei, besondere Anforderungen an die Eignung von Auftragnehmern zu stellen.

28 BVerfG, Beschluss vom 11. Juli 2006 zur Tariftreuregelung im Berliner Vergabegesetz – 1 BvL 4/00 –, BVerfGE 116, 202 <215 ff.>, mit ausführlicher Begründung.

29 Vgl. auch BVerfGE 116, 202 <217>.

30 Diese betragen zurzeit für Liefer- und Dienstleistungsaufträge 206.000 Euro und für Bauaufträge 5.150.000 Euro (Art. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 vom 4. Dezember 2007 [ABl. Nr. L 317 vom 5. 12. 2007, S. 34]); die Angaben in § 2 VgV entsprechen nicht mehr den europarechtlichen Vorgaben.

bb) Europarecht

Die Vergabe öffentlicher Aufträge ist sowohl in der sog. Vergabekoordinierungsrichtlinie³¹ (im Folgenden: VKR) als auch in der sog. Sektorenkoordinierungsrichtlinie³² (SKR) geregelt. Die folgende Prüfung beschränkt sich auf die VKR, die für die „klassischen“ öffentlichen Vergabeverfahren gilt.

Art. 44 Abs. 1 VKR geht von einem dreistufigen Prüfungsverfahren aus: Zunächst ist zu prüfen, ob Erkenntnisse darüber vorliegen, dass ein Unternehmen bzw. Bewerber wegen seiner persönlichen Lage ausgeschlossen ist (Art. 45 VKR),³³ und ob er die Befähigung zur Berufsausübung besitzt (Art. 46 VKR)³⁴. Liegt kein Grund vor, den Bieter auszuschließen, findet eine bieterbezogene Eignungsprüfung statt. Sie ist anhand der in den Art. 47 bis 52 genannten Kriterien der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit sowie der beruflichen und technischen Fachkunde durchzuführen.³⁵ Nach Feststellung der Eignung erfolgt die Auswahl nach den auftragsbezogenen Zuschlagskriterien, die in Art. 53 VKR geregelt sind.

(1) *Zusätzliche Eignungskriterien*

Nicht geklärt ist bislang, ob die in der VKR aufgeführten Eignungskriterien³⁶ abschließend sind oder ob die Mitgliedstaaten in ihren nationalen Gesetzen darüber hinausgehende Anforderungen an die Eignung der Bieter vorsehen können, solange sie nicht diskriminierend oder sonst EU-rechtswidrig sind. Der reine Wortlaut der Richtlinie lässt nur in einzelnen Fällen Spielräume zu.³⁷ Ansonsten spricht vor allem der Wortlaut des § 44 Abs. 2 VKR dafür, dass andere als die in der Richtlinie genannten Eignungskriterien nicht zulässig sind:

- 31 Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. Nr. L 134 vom 30. 4. 2004, S. 114), zuletzt geändert durch Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 (ABl. Nr. L 216 vom 20. 8. 2009, S. 76).
- 32 Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. Nr. L 134 vom 30. 4. 2004, S. 1), zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 596/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2009 (ABl. Nr. L 188 vom 18. 7. 2009, S. 14).
- 33 Hierunter fallen u. a. die rechtskräftige Verurteilung wegen bestimmter Straftaten, ein laufendes Insolvenzverfahren und nicht abgeführte Sozialbeiträge, Steuern oder Abgaben (nach deutschem Recht wären dies Kriterien zur Beurteilung der Zuverlässigkeit und Gesetzestreue eines Bieters).
- 34 Die berufliche Qualifikation ist durch Registerauszüge oder ähnliche Bescheinigungen nachzuweisen (fachliche Eignung).
- 35 Vgl. zum Prüfungsverfahren auch Wiedmann, Die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien im Lichte des Gemeinschaftsrechts, 2007, S. 35 f.
- 36 Von den in § 3 MiLoVergG-E enthaltenen Eignungskriterien finden sich keine in den Art. 47 und 48 VKR wieder.

(2) Die öffentlichen Auftraggeber können Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit gemäß den Artikeln 47 und 48 stellen, denen die Bewerber und Bieter genügen müssen.

Der Umfang der Informationen gemäß den Artikeln 47 und 48 sowie die für einen bestimmten Auftrag gestellten Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit müssen mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und ihm angemessen sein.

Die Mindestanforderungen werden in der Bekanntmachung angegeben.

Art. 44 Abs. 2 VKR nimmt also auf die Anforderungen nach den Art. 47 und 48 Bezug, so dass zu vermuten ist, dass andere Eignungskriterien nicht zulässig sind, erst recht nicht solche, die keinen Bezug zum Auftrag haben. Vergabefremde Eignungskriterien wären danach ausgeschlossen.³⁸

Allerdings deutet der 1. Erwägungsgrund der VKR in eine andere Richtung.³⁹ Darin wird u. a. auf die bisherige Rechtsprechung des EuGH zum Vergaberecht Bezug genommen, der die Richtlinie Rechnung tragen soll. Es solle klargestellt werden, „*welche Möglichkeiten die öffentlichen Auftraggeber haben, auf Bedürfnisse der betroffenen Allgemeinheit, einschließlich im ökologischen und/oder sozialen Bereich, einzugehen*“.⁴⁰ Der EuGH hatte in seiner Rechtsprechung zu den früheren Koordinierungsrichtlinien, die in der jetzigen VKR zusammengefasst und vereinheitlicht worden sind, mehrfach betont, dass die Richtlinien keineswegs abschließend seien und insbesondere nicht die Eignungs- und Zuschlagskriterien erschöpfend regelten.⁴¹ Wie sich der EuGH zukünftig in dieser Frage positionieren wird, ist offen. Dementsprechend lässt sich keine abschließende Aussage dazu treffen, ob andere als die in der VKR selbst aufgeführten Eignungskriterien und also auch die in § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 MiLoVergG-E genannten mit EU-Recht im Einklang stünden.

37 Z. B. ist es den Mitgliedstaaten gemäß Art. 47 VKR erlaubt, zur Prüfung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der Bieter andere als die in Art. 46 Abs. 1 VKR aufgelisteten Nachweise zu verlangen.

38 So Ziekow, Die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2007, S. 41 f.

39 Erwägungsgründe zu Richtlinien sind zwar nicht bindendes Recht, sie sind aber – ähnlich einer amtlichen Begründung – bei der Auslegung einer Richtlinie heranzuziehen; vgl. zuletzt z. B. EuGH, Urteil vom 3. September – C-489/07 –, juris, Rn. 19 ff.

40 Erwägungsgrund 1 Satz 2 VKR.

41 Vgl. zur früheren EuGH-Rechtsprechung z. B. die Darstellungen bei Ziekow (Fn. 38), S. 36 ff.; Reichert, Vergaberechtlicher Zwang zur Zahlung von Tarifverträgen, 2007, S. 66 ff.; Wiedmann (Fn. 35), S. 39 ff.

(2) *Bedingungen für die Auftragsausführung*

Zulässig wären dagegen sog. „Bedingungen für die Auftragsausführung“, wie sie Art. 26 VKR regelt:

*Art. 26
Bedingungen für die Auftragsausführung*

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.

Ergänzend erläutert der 33. Erwägungsgrund der VKR, dass Bedingungen zulässig wären, wenn sie zum Beispiel dazu dienen,

„die berufliche Ausbildung auf den Baustellen sowie die Beschäftigung von Personen zu fördern, deren Eingliederung besondere Schwierigkeiten bereitet, die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen oder die Umwelt zu schützen.“

Dies sei unter anderem zu bejahen bei – für die Ausführung des Auftrags geltenden – Verpflichtungen,

„Langzeitarbeitslose einzustellen oder Ausbildungsmaßnahmen für Arbeitnehmer oder Jugendliche durchzuführen, oder die Bestimmungen der grundlegenden Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO), für den Fall, dass diese nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt worden sind, im Wesentlichen einzuhalten, oder ein Kontingent von behinderten Personen einzustellen, das über dem nach nationalem Recht vorgeschriebenen Kontingent liegt.“

Es handelt sich also jeweils um Anforderungen, die ein Unternehmen bei der Ausführung des übernommenen Auftrags einzuhalten hat, auch wenn es sich ansonsten am Markt anders verhält. Ein Bezug zum Auftrag ist ebenso erforderlich wie die vorherige Bekanntmachung im Ausschreibungstext bzw. in den Verdingungsunterlagen. Die Auflagen greifen erst nach der Entscheidung über den Zuschlag, indem sie Bestandteil des Vertrags werden,

den der Bieter einzuhalten hat.⁴² Im Übrigen müssen die geforderten Bedingungen mit EU-Recht im Einklang stehen, d. h. sie dürfen nicht diskriminierend sein und müssen insbesondere mit den im Vertrag niedergelegten Grundsätzen im Einklang stehen (der 33. Erwägungsgrund nennt insoweit die Grundsätze des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit sowie die daraus abgeleiteten Prinzipien der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der gegenseitigen Anerkennung, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz).

(a) Zahlung eines Mindestlohns

Die Vertragsbedingung, wonach den mit der Ausführung des Auftrags befassten Arbeitnehmern ein Mindestlohn zu zahlen ist, der gemäß § 4 MiLoVergG-E alle zwei Jahre einheitlich für das Land und alle Wirtschaftsbereiche auf Vorschlag einer Kommission festgesetzt wird, könnte gegen den Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EGV^{43,44} verstoßen.

Gemäß Art. 49 EGV sind Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union grundsätzlich verboten. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH verlangt Art. 49 EGV nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen – selbst wenn sie unterschiedslos für inländische und aus anderen Mitgliedstaaten stammende Dienstleistende gelten –, sofern sie geeignet sind, die Tätigkeiten eines Dienstleistenden aus einem anderen Mitgliedstaat, der dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. Auch die Anwendung nationaler Regelungen des Aufnahmemitgliedstaats auf Dienstleistende ist geeignet, die Dienstleistungsfreiheit zu beschränken, sofern sie zusätzliche administrative und wirtschaftliche Kosten und Belastungen verursachen.⁴⁵ Allerdings können derartige Regelungen aus zwingenden Gründen des Allgemein-

42 Egidy, Das GWB-Vergaberecht nach der Novelle 2009: Flexibel, europarechtskonform und endlich von Dauer? DÖV 2009, 835 <837 f.>.

43 Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften in der Fassung des Vertrags von Amsterdam vom 2. Oktober 1997 (ABl. Nr. C 340 S. 1), zuletzt geändert durch EU-Beitrittsakte 2005 vom 25. April 2005 (ABl. Nr. L 157 S. 203).

44 Art. 49 EGV entspricht Art. 56 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) in der Fassung des am 1. Dezember 2009 in Kraft tretenden Lissabonvertrags.

45 EuGH, Urteil vom 12. Oktober 2004 – C-60/03 – (Wolff & Müller) Rn. 31, 32 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003J0060:DE:HTML#Footnote1> [Stand: 9. November 2009];
Urteil vom 24. Januar 2002 – C-164/99 – (Portugaia Construções) Rn. 16, 18 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61999J0164:DE:HTML>

interesses gerechtfertigt sein; sie müssen jedoch geeignet und erforderlich sein, das Ziel zu verwirklichen. Das Allgemeininteresse darf zudem nicht bereits durch Vorschriften des Entsendestaats geschützt sein.⁴⁶ Zu den vom Gerichtshof anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehört u. a. der Schutz der Arbeitnehmer.⁴⁷

Wann zwingende Gründe des Allgemeininteresses vorliegen, lässt sich nicht generell beantworten. Allerdings setzt die Entsende-Richtlinie⁴⁸ Regelungen zum Schutz der Arbeitnehmer Grenzen, indem sie eine Anwendung von Arbeitnehmerschutzregelungen auf grenzüberschreitende Dienstleistungen nur für bestimmte Mindestanforderungen erlaubt.⁴⁹ Bislang hat sich der EuGH noch nicht explizit zum Verhältnis zwischen Dienstleistungsfreiheit und Entsende-Richtlinie geäußert, dennoch hat er die Vereinbarkeit der Richtlinie mit EU-Primärrecht in seinen Urteilen bislang unterstellt.⁵⁰ Daraus folgt, dass die Erstreckung von Mindestlohnregelungen auf die Arbeitnehmer von Entsendeunternehmen jedenfalls dann mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar ist, wenn das Erstreckungsverfahren den Anforderungen der Entsende-Richtlinie genügt.

Gemäß Art. 3 der Entsende-Richtlinie haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass bestimmte im jeweiligen Gastland festgesetzte Mindestarbeits- und -beschäftigungsbedingungen⁵¹, auch den entsandten Arbeitnehmern garantiert sind und von diesen durchgesetzt werden können. Voraussetzung ist, dass die Mindestbedingungen durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder durch für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge festgelegt sind. Nach dem MiLoVergG-E soll der Mindestlohn durch den für Arbeit zuständigen Minister festgesetzt werden, während das Gesetz selbst nur das Verfahren zur Festsetzung des Mindestentgelts regelt, nicht aber inhaltliche Vorgaben zur Ermittlung des Mindestlohnsatzes enthält. Ob die Festsetzung durch einen Minister eine Verwaltungsvorschrift im Sinne der Entsende-Richtlinie ist, muss offen bleiben.

[Stand: 9. November 2009].

46 EuGH, C-60/03 (Fn. 45), Rn. 34; EuGH, C-164/99 (Fn. 45), Rn. 19.

47 EuGH, C-164/99 (Fn. 45), Rn. 20.

48 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. Nr. L 018 vom 21. 1. 1997, S. 1 ff.).

49 Vgl. Art. 3 Abs. 1 Buchst. a bis g Entsende-Richtlinie.

50 Vgl. zuletzt EuGH, Urteil vom 3. April 2008 – C-346/06 – (Rüffert, Niedersächsisches Landesvergabegesetz), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006J0346:DE:HTML> [Stand: 9. November 2009].

51 Dazu zählen gemäß Art. 3 Abs. 1 Buchst. c Entsende-Richtlinie auch die Mindestlohnsätze.

Hält man jedoch das hier gewählte Festsetzungsverfahren für formal ausreichend, so fragt es sich, ob eine Mindestlohnvorschrift, die, wie in § 3 in Verbindung mit § 4 MiLoVergG-E vorgesehen, nur für Unternehmen gilt, soweit sie im Land Brandenburg öffentliche Aufträge ausführen, eine nach ihrem materiellen Gehalt bzw. ihrer Reichweite hinreichende Vorschrift im Sinne der Richtlinie ist. Dagegen könnte sprechen, dass Art. 3 Abs. 1 Entsende-Richtlinie von den „in dem Mitgliedstaat“ durch Rechtsvorschrift festgelegten Mindestanforderungen spricht. Nicht auszuschließen ist, dass hierin die ausdrückliche Anforderung zum Ausdruck kommen, dass durch Rechtsvorschriften festgelegte Mindestarbeitsbedingungen für das gesamte Gebiet eines Mitgliedstaats gelten müssen.⁵² Für diese Auslegung spricht jedenfalls, dass später in Art. 3 Abs. 8 Entsende-Richtlinie (nur) für die tariflichen Mindestarbeitsbedingungen eine auf einzelne geografische Bereiche beschränkte Geltung zugelassen wird. Andererseits könnte man argumentieren, dass der EuGH bislang auch branchenbezogene Mindestlöhne für zulässig erachtet hat, weil die zur Sicherung des Existenzminimums erforderlichen Löhne je nach Marktstruktur differieren können. Für regionale Unterschiede lassen sich derartige Differenzierungen mindestens ebenso gut rechtfertigen.⁵³

Von wesentlicher Bedeutung ist aber, dass der EuGH in seiner Entscheidung zum Niedersächsischen Landesvergabegesetz auch moniert hatte, dass die damalige Tariftreuregelung im Baubereich nicht generell, sondern nur für einen Teil der Baudienstleistungen galt, nämlich nur, soweit sie mit der Vergabe öffentlicher Bauaufträge in Verbindung standen. Die Kritik des EuGH knüpfte unmittelbar an den Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit in Art. 49 EGV an, der eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit eben nur erlaubt, soweit dies aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses geboten ist. Ein Allgemeininteresse bestehe aber offensichtlich nicht, wenn die im Niedersächsischen Landesvergabegesetz verlangte Tariftreue nur auf Auftragnehmer öffentlicher Aufträge Anwendung finde, nicht aber auf Auftragnehmer, die für private Auftraggeber tätig würden.⁵⁴ Diese Argumentation lässt sich auf die im MiLoVergG-E vorgesehene Mindestlohnanforderung letztlich übertragen, da auch der dort vorgesehene Mindestlohn nur für die Dienstleistungen gilt, die bei der Ausführung öffentlicher Aufträge getätigt werden, nicht aber für Dienstleistungen im privaten Sektor. Dem Gesetzgeber wäre also vorzuwerfen, dass er entweder das von ihm selbst behauptete Ziel des notwendigen Arbeitnehmerschutzes nicht ernst nimmt oder aber eine ungeeignete Maßnahme zur Erreichung des Ziels gewählt hat.

52 So offenbar Klumpp, Dienstleistungsfreiheit versus Tariftreue, NJW 2009, 3473 <3474 f.>.

53 S. a. Kocher, Mindestlöhne und Tarifautonomie, NZA 2007, 600 <604>; a. A. Klumpp (Fn. 52), NJW 2009, 3473 <3476>.

54 EuGH, C-346/06 (Fn. 50), Rn. 39 f.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass wesentliche Argumente dafür sprechen, dass die im MiLoVergG-E vorgesehene Mindestlohnbedingung bei öffentlichen Auftragsvergaben gegen die im Lichte der Dienstleistungsfreiheit auszulegende Entsende-Richtlinie verstoßen würde und mithin nicht im Einklang mit EU-Recht stünde.

(b) Zahlung des tarifvertraglich vereinbarten Entgelts

Die Anforderung, dass die tarifgebundenen Unternehmen ihren mit der Ausführung eines öffentlichen Auftrags befassten Arbeitnehmern das tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zahlen, stellt für entsendende Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten keine die Dienstleistungsfreiheit beschränkende oder sonst diskriminierende Klausel dar, da inländische und ausländische Unternehmen gleichermaßen ohnehin vertraglich bzw. gesetzlich verpflichtet sind, die für sie jeweils geltenden Tarifverträge einzuhalten. Hinzuweisen ist aber auf das damit verbundene Vollzugsdefizit. Denn den öffentlichen Auftraggebern dürfte es nicht immer leicht fallen, den konkret für einen Bieter geltenden Tarifvertrag und dessen Inhalt festzustellen. Dies gilt insbesondere bei Auftragnehmern, die durch ausländische Tarifverträge gebunden sind.

Ein anderes Problem könnte sich aus der Ungleichbehandlung von tariflich gebundenen Unternehmen einerseits und Unternehmen, die an keinen Tarifvertrag gebunden sind, andererseits ergeben. Dies dürfte aber weniger ein EU-rechtliches, als vielmehr ein Problem der Inländerdiskriminierung sein. In Betracht käme daher insoweit ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

(c) Beschäftigung von Auszubildenden

Angesichts des Art. 26 VKR in Verbindung mit dem 33. Erwägungsgrund der VKR kann man davon ausgehen, dass die Bedingung, bei der Auftragsausführung Auszubildende zu beschäftigen, grundsätzlich zulässig ist. Wie dieser Anforderung im Einzelnen nachzukommen ist, ist aber zumindest noch nicht abschließend geklärt. Bei enger Auslegung müsste die Ausbildung von Jugendlichen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem übernommenen Auftrag erfolgen, indem die Auszubildenden etwa auf der(n) Baustelle(n) einzusetzen sind. Genauso wäre die Bedingung aber wohl auch erfüllt, wenn das Unternehmen in der Zeit der Auftragsausführung überhaupt Auszubildende beschäftigt. Der 33. Erwägungs-

grund lässt m. E. beide Varianten zu. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte allerdings im Gesetz die Anforderung genauer formuliert werden.

Schließlich ist zu bedenken, dass die Bedingung, Auszubildende nach dem Berufsbildungsgesetz oder der Handwerkordnung zu beschäftigen, Ausländer diskriminieren könnte, weil diese dadurch unverhältnismäßig benachteiligt werden. Denn auch eine Ausbildung nach ausländischem Recht erfüllt letztlich das Ziel dieser Regelung, ein möglichst großes Angebot an Ausbildungsplätzen zu erreichen.

b) Sanktionen (§ 9)

Zunächst ist klarzustellen, dass die im Gesetz vorgesehenen Sanktionen sich nur auf Pflichten beziehen können, die mit Bundes- und EU-Recht vereinbar sind. Zu den verschiedenen Sanktionsmöglichkeiten ergeben sich im Übrigen noch die folgenden Anmerkungen:

aa) Ausschluss von der öffentlichen Auftragsvergabe bei Verstößen (§ 9 Abs. 3)

§ 9 Abs. 3 MiLoVergG-E sieht vor, dass ein Unternehmen, das gegen Verpflichtungen nach diesem Gesetz verstößt, für die Dauer von fünf Jahren von der öffentlichen Auftragsvergabe ausgeschlossen ist. Hier stellt sich wiederum die Frage, ob das Land insoweit die Gesetzgebungsbefugnis hat, da auch das MiArbG und das AEntG unter bestimmten Voraussetzungen den Ausschluss von Arbeitgebern/Unternehmen von der Vergabe öffentlicher Aufträge vorsehen.

Sowohl nach dem MiArbG (§16) als auch nach dem AEntG (§ 21) sollen Bewerber von der Teilnahme an öffentlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn sie wegen eines Verstoßes gegen bestimmte Pflichten aufgrund des MiArbG bzw. des AEntG mit einer Geldbuße von mindestens 2.500 Euro belegt worden sind. Grob zusammengefasst geht es um Bußgelder wegen der Nichtgewährung festgesetzter Mindestarbeitsentgelte (§ 18 MiArbG) bzw. der Nichteinhaltung eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags (§ 23 AEntG) sowie um Bußgelder wegen der Verletzung bestimmter Melde- und Duldungspflichten. Der Ausschluss soll für eine „angemessene Zeit“ bis zur nachgewiesenen Wiederherstellung der Zuverlässigkeit gelten. Würde es sich hierbei um abschließende Regelungen handeln, käme eine landesgesetzliche Ausschlussregelung, wie sie im MiLoVErgG vorgesehen ist, nicht in Betracht.

Die bundesgesetzlichen Regelungen beziehen sich auf jeglichen Gesetzesverstoß, unabhängig davon, ob er aus Anlass eines öffentlichen Auftrags oder bei der Ausführung eines privaten Auftrags begangen worden ist. Denn es geht um die Durchsetzung der Regelungen im MiArbG und im AEntG, d. h. um die Durchsetzung allgemeingültiger arbeitsrechtlicher Verpflichtungen. Speziell die Sanktionierung von Verstößen gegen Vertragsbedingungen, die für die Ausführung eines öffentlichen Auftrags vereinbart worden sind, dürfte dagegen nicht bezweckt gewesen sein. Aus dem Gesamtzusammenhang ist auch nicht ersichtlich, dass der Bundesgesetzgeber sich mit der Schaffung der Möglichkeit, einen Bieter von öffentlichen Vergabeverfahren auszuschließen, bewusst dafür entschieden hätte, einen solchen Ausschluss speziell und ausschließlich auf Verstöße gegen das MiArbG und das AEntG zu begrenzen. Hinzu kommt, dass die Verstöße, die nach dem MiLoVergG-E sanktioniert werden sollen, auch materiell nicht zwangsläufig mit denen nach dem MiArbG oder dem AEntG übereinstimmen (vgl. z. B. die Beschäftigung von Auszubildenden).

Wegen der unterschiedlichen Zielsetzungen der bundesgesetzlichen Ausschlussregelungen einerseits und der landesgesetzlichen Bestimmung andererseits kann daher davon ausgegangen werden, dass der Landesgesetzgeber die Gesetzgebungskompetenz hat, um im MiLoVergG-E den Ausschluss von Bietern vom Vergabeverfahren bei Verletzung von (EU-rechtskonformen) Ausführungsbedingungen zu regeln.

bb) Bußgeld bei Verstößen gegen § 2 (§ 9 Abs. 5)

Nicht ganz unproblematisch erscheint schließlich die Bußgeldvorschrift in § 9 Abs. 5 MiLoVergG-E. Danach begeht eine Ordnungswidrigkeit, wer gegen die Pflichten aus § 2 verstößt. Die Regelung dürfte in dieser Allgemeinheit nicht bestimmt genug sein, um den rechtsstaatlichen Anforderungen an Bußgeldvorschriften zu genügen. Es fehlt insbesondere an der konkreten Bezeichnung der Pflichten, deren Verletzung ein Bußgeld auslösen soll.⁵⁵

Soweit sich die Bußgeldvorschrift auf § 2 Abs. 1 MiLoVergG-E bezieht, kommen als potenzielle Täter nur die juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Land Brandenburg und ihre Bediensteten in Betracht. In diesem auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandeln besonders verpflichteten Bereich sind in erster Linie die Rechts- und Fachaufsicht die maßgeblichen Instrumente, um rechtmäßiges Handeln zu gewährleisten. Parallele buß-

⁵⁵ Vgl. dazu § 3 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG); das Gesetz gilt nach seinem § 2 auch für Ordnungswidrigkeiten nach Landesrecht.

geldbewehrte Sanktionen erscheinen zumindest ungewöhnlich. Für die unter § 2 Abs. 2 MiLoVergG-E fallenden Ordnungswidrigkeiten gilt dies nicht in gleichem Maße, da zu den durch diese Vorschrift verpflichteten öffentlichen Auftraggebern auch juristische Personen des privaten Rechts zählen.⁵⁶

Zweckmäßig dürfte es schließlich sein, die für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten zuständige(n) Verwaltungsbehörde(n) durch Gesetz festzulegen. Anderenfalls wäre dies gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a OWiG die fachlich zuständige oberste Landesbehörde, also das zuständige Ministerium.

IV. Ergebnis

Bei der Frage der Vereinbarkeit des als Entwurf vorliegenden Brandenburger Mindestlohn- und Vergabegesetzes (MiLoVergG-E) mit Bundes- und Europarecht ist zwischen den zwei darin enthaltenen Regelungskomplexen zu unterscheiden: der Verpflichtung der öffentlichen Arbeitgeber, ihren eigenen Beschäftigten den jeweiligen Tariflohn, mindestens aber den vom Minister für Arbeit festzusetzenden Mindestlohn zu zahlen (1.), und der Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge an die Bieter besondere Anforderungen zu stellen, darunter insbesondere die Zahlung von Tarif-, mindestens jedoch Mindestlohn bei der Ausführung des jeweiligen Auftrags (2.).

1. Dem Land Brandenburg steht für die in § 2 Abs. 1 MiLoVergG-E vorgesehene Tarif- bzw. Mindestlohnbestimmung im öffentlichen Sektor nur eine eingeschränkte Gesetzgebungskompetenz zu. Grundsätzlich können die Belange des öffentlichen Dienstes zwar durch den Landesgesetzgeber geregelt werden, sofern dafür ein spezifisches Bedürfnis besteht. Ausweislich der Gesetzesbegründung ist die vorliegende Bestimmung jedoch nicht auf die spezifischen Belange des öffentlichen Dienstes zugeschnitten. Dies ließe sich allenfalls durch eine andere gesetzgeberische Zielrichtung erreichen, nicht aber durch diejenige, mit der Einführung eines Mindestlohnes *„die Arbeitsbedingungen auch außerhalb des unmittelbaren Geltungsbereich [des Gesetzes] prägen“* zu wollen.

Neben dem öffentlichen Dienst, zu dem die Gebietskörperschaften (Land, Gemeinden und Gemeindeverbände) sowie die der Aufsicht des Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts zählen, soll die Mindestlohnbestimmung auch für Vereinigungen, Einrichtungen und Unternehmen, an denen das Land mehrheitlich

⁵⁶ Vgl. zur Legaldefinition des Begriffs „öffentlicher Auftraggeber“ § 98 GWB.

beteiligt ist, gelten. Soweit Vereinigungen und Einrichtungen nicht ohnehin dem öffentlichen Dienst zuzurechnen sind, fehlt es dem Land an der Gesetzgebungskompetenz. Denn der Bund hat mit dem Mindestarbeitbedingungengesetz, dem Arbeitnehmerentsendegesetz und dem Tarifvertragsgesetz die tarifliche ebenso wie die Mindestentlohnung abschließend geregelt und somit von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz erschöpfend Gebrauch gemacht. Ein eigener Gesetzgebungsspielraum verbleibt dem Land folglich – abgesehen vom öffentlichen Dienst – nicht. Allenfalls könnten die Vertreter des Landes Brandenburg in den Aufsichtsgremien der Unternehmen durch Gesetz verpflichtet werden, im Rahmen ihre Möglichkeiten darauf hinzuwirken, dass das jeweilige Unternehmen seinen Arbeitnehmern Tarif- bzw. Mindestlohn zahlt.

2. Die nach § 3 MiLoVergG-E an die Bieter im Vergabeverfahren zu stellenden Anforderungen sind unsystematisch und letztlich auch unverständlich. Einerseits sind sie als Anforderungen an die Bieter formuliert, die diese bereits bei der Abgabe von Angeboten erfüllen müssen (z. B. tarifgerechte Bezahlung), andererseits aber als Anforderungen, die der Auftragsnehmer, der den Zuschlag erhalten hat, während der Ausführung des Auftrags einzuhalten hat (Zahlung von Mindestlohn). Die Abgrenzung der Eignungskriterien von den Bedingungen für die Auftragsausführung ist nicht eindeutig geregelt und zudem unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung problematisch.

Ansonsten ist die landesgesetzliche Festlegung besonderer Eignungskriterien sowie besonderer Bedingungen für die Ausführung öffentlicher Aufträge grundsätzlich mit Bundesrecht vereinbar, sofern sie nicht gegen die allgemeinen, bei der öffentlichen Auftragsvergabe einzuhaltenden Grundsätze (Wettbewerbsgrundsatz, Transparenzgebot, Gleichheitsgebot und Gebot der Vergabe an das wirtschaftlichste Angebot) verstoßen. § 97 Abs. 4 GWB belässt dem Landesgesetzgeber insoweit einen eigenen Regelungsspielraum.

Nicht so eindeutig lässt sich dagegen die Frage nach der Vereinbarkeit des MiLoVergG-E mit EU-Recht und hier insbesondere mit der (EU-)Vergabekoordinierungsrichtlinie beantworten:

Noch nicht endgültig geklärt ist, ob die Vergabekoordinierungsrichtlinie hinsichtlich der an die Bieter zu stellenden Eignungskriterien abschließend ist oder ob die Mitgliedstaaten zusätzliche Ausschlusskriterien für Bieter festlegen können. Demgegenüber lässt die Richtlinie es zu, weitere, insbesondere soziale und umweltbezogene Bedingungen an die Ausführung des jeweiligen Auftrags zu stellen. Voraussetzung ist jedoch, dass diese nicht dis-

kriminierend oder sonst EU-rechtswidrig sind. Angesichts der bisherigen Rechtsprechung des EuGH muss allerdings davon ausgegangen werden, dass die in § 2 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 Abs. 2 MiLoVergG-E vorgesehene Mindestlohnbedingung bei öffentlichen Auftragsvergaben gegen die allgemeine Dienstleistungsfreiheit und gegen die Entsende-Richtlinie verstoßen würde. Damit wäre sie EU-rechtswidrig und mit der Vergabekoordinierungsrichtlinie unvereinbar. Anders dürften die übrigen Anforderungen an die Bieter (insbes. die Zahlung des tarifvertraglich vereinbarten Entgelts und die Beschäftigung von Auszubildenden) zu beurteilen sein; gleichwohl sind auch diese Regelungen zum Teil überarbeitungsbedürftig.

gez. Ulrike Schmidt