



Würzburger Online-Schriften zum Europarecht

Julius-Maximilians-

**UNIVERSITÄT
WÜRZBURG**



Ann-Kathrin Schneider

**Vergaberechtliche
Mindestlohnvorgaben
im Spiegel der EuGH-
Judikatur**

Nr. 7



Würzburger Online-Schriften zum Europarecht

Die Würzburger Online-Schriften zum Europarecht werden herausgegeben von Professor Dr. Markus Ludwigs, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht, Juristische Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Die Reihe bietet ein Forum für hervorragende Seminar- und Magisterarbeiten aus dem gesamten Bereich des Europarechts, einschließlich des Rechts der EMRK. Sie gibt den Studierenden der Universität Würzburg die Möglichkeit, ihre wissenschaftlichen Ideen und Konzepte der Fachöffentlichkeit zugänglich zu machen.

© Prof. Dr. Markus Ludwigs
Julius-Maximilians-Universität Würzburg
Juristische Fakultät
Domerschulstraße 16
97070 Würzburg
Tel.: +49 (0) 931 - 31-80023
Fax: +49 (0) 931 - 31-80651
l-oeur-ur@jura.uni-wuerzburg.de
<http://www.jura.uni-wuerzburg.de>
Alle Rechte vorbehalten.
Würzburg 2018.

Dieses Dokument wird bereitgestellt durch
den Publikationsservice der Universität
Würzburg.

Universitätsbibliothek Würzburg
Am Hubland
D-97074 Würzburg
Tel.: +49 (0) 931 - 31-85906
opus@bibliothek.uni-wuerzburg.de
<http://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de>
Titelblattgestaltung / Foto: Kristina Hanig

ISSN: 2199-790X



Zitiervorschlag:

Schneider, Ann-Kathrin: Vergaberechtliche Mindestlohnvorgaben im
Spiegel der EuGH-Judikatur, Würzburger Online-Schriften zum Europarecht,
Nr. 7 (2018). URN: urn:nbn:de:bvb:20-opus-156262

Ann-Kathrin Schneider^{*}

Vergaberechtliche Mindestlohnvorgaben im Spiegel der EuGH-Judikatur

^{*} Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft und des Europäischen Rechts an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Diese Arbeit entstand im Rahmen des Seminars „Aktuelle Rechtsfragen des deutschen und europäischen Wirtschaftsrechts (einschl. Regulierungsrecht)“ unter Leitung von Prof. Dr. *Markus Ludwigs* im Wintersemester 2016/17. Sie stellt eine geringfügig überarbeitete Fassung unter Berücksichtigung der Korrekturhinweise dar und ist auf dem Stand vom August 2017. Ein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. *Markus Ludwigs* für die Möglichkeit der Publikation und die konstruktive Zusammenarbeit sowohl im Rahmen des Seminars als auch bei der Nachbesprechung.

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung in die Problematik.....	1
B. Nationale Regelungen zum Mindestlohn	2
I. Das bundesgesetzliche Mindestlohngesetz	2
II. Landesgesetzliche Regelungen	3
III. Verhältnis des Mindestlohngesetzes zu den landesrechtlichen Regelungen	3
1. Wichtige Unterschiede.....	3
a) Unterschiedliche Reichweite der Bindung.....	3
b) Anderer Regelungsgegenstand.....	4
c) Unterschiedliche Höhe des Mindestentgelts	4
2. Verhältnis zu den Mindestlohnregelungen auf Landesebene	5
C. Spezielle Bestimmungen des Mindestlohngesetzes für Vergabeverfahren.....	6
I. Vergabesperre	6
II. (Erweiterte) Eignungsprüfung	8
III. Geltung auch für Nachunternehmen?	8
D. Unionsrechtliche Grenzen für Mindestlohnregelungen	8
I. Vereinbarkeit des Mindestlohngesetzes mit Unionsrecht.....	9
II. Problematik der Europarechtskonformität vergabespezifischer Mindestlöhne	10
III. Bisherige Rechtsprechung des EuGH.....	11
IV. Die <i>Rüffert</i> -Entscheidung des EuGH	11
1. Sachverhalt.....	11
2. Entscheidung des EuGH	12
a) Überprüfung am Maßstab der Richtlinien	12
aa) Art. 3 Abs. 1 Entsenderichtlinie.....	13
bb) Art. 3 Abs. 7 Entsenderichtlinie.....	13
b) Würdigung im Lichte der Dienstleistungsfreiheit.....	14
3. Bewertung	15
a) Was folgt aus der <i>Rüffert</i> -Entscheidung?	15
b) Die Reaktion der Länder.....	17
V. Die Entscheidung <i>Bundesdruckerei</i>	17
1. Sachverhalt.....	17
2. Kernargumente des EuGH	17
a) Unanwendbarkeit der Richtlinien	18
b) Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit	18
3. Bewertung und praktische Auswirkungen	19

Inhaltsverzeichnis

a)	Geltung auch für Auftragnehmer mit Sitz im EU-Ausland	20
b)	Auswirkungen auf bestehende Verträge	20
c)	Die Zukunft des vergaberechtlichen Mindestlohns	21
VI.	Die <i>RegioPost</i> -Entscheidung	22
1.	Sachverhalt und Leitsätze der Entscheidung	23
a)	Zulässigkeit.....	23
b)	Antwort des EuGH.....	23
2.	Bewertung.....	24
a)	Praktische Bedeutung.....	25
b)	Kohärenzgebot beachtet?.....	25
c)	Auswirkungen der Einführung des flächendeckenden Mindestlohns.....	26
d)	Inländerdiskriminierung.....	26
e)	Vergaberechtsreform.....	28
E.	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und Ausblick	28
	Literaturverzeichnis	IV
	Nach Bundesländern geordneter Überblick über die arbeitsrechtlichen Verpflichtungen durch die Vergabegesetze.....	VII

A. Einführung in die Problematik

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge werden allein in Deutschland jährlich von Bund, Ländern und Kommunen mehr als 400 Milliarden Euro bewegt, sodass die wirtschaftliche Bedeutung immens ist.¹ Der Binnenmarkt lebt unter anderem vom freien Austausch von Dienstleistungen zwischen den Mitgliedsstaaten, was grundsätzlich den Wettbewerb ankurbelt und aufgrund der wachsenden Anzahl an Mitbewerbern das Verhältnis zwischen Preis und Leistung verbessert. Demzufolge werden die öffentlichen Haushalte geschont. Im Zuge der Osterweiterung der EU hat sich allerdings das Lohngefälle zwischen den Staaten erheblich vergrößert, denn Subunternehmer im EU-Ausland können oftmals zu günstigeren Konditionen beschäftigt werden als ihre deutsche Konkurrenz.² Die meisten Bundesländer verlangen deshalb im Vorfeld der Vergabe eines öffentlichen Auftrags, dass sich der Auftragnehmer schriftlich verpflichtet einen bestimmten Mindestlohn zu zahlen.³ Diese Tariftreue- und Mindestlohnvorgaben sollen verhindern, dass das sog. „Lohndumping“ zum Abbau sozialer Standards führt.⁴ Tritt hierbei jedoch auch der Effekt ein, dass die heimische Wirtschaft durch diese Vorgaben spezifisch bevorzugt wird, weil die deutlich niedrigeren Lebenshaltungskosten in anderen Mitgliedsstaaten unberücksichtigt bleiben, ist die Vereinbarkeit mit Unionsrecht stark umstritten. Immer häufiger hat sich daher auch der EuGH in den letzten Jahren mit der Vereinbarkeit vergaberechtlicher Mindestlöhne in Deutschland mit dem Primär- und Sekundärrecht der EU auseinandergesetzt.

Im Folgenden soll zunächst auf die nationalen Regelungen zum Mindestlohn eingegangen werden. Hierbei werden insbesondere kurz die landesgesetzlichen Regelungen untersucht und in Beziehung zu dem seit 1. Januar 2015 bestehenden allgemeinen bundeseinheitlichen Mindestlohn gesetzt. Sodann kann die Frage nach der unionsrechtlichen Zulässigkeit der Mindestlohnvorgaben beantwortet werden. Den Ausgangspunkt der unionsrechtlichen Bewertung entsprechender Pflichten bildet die *Rüffert*-Judikatur⁵ aus dem Jahr 2008. Anschließend folgte 2014 das *Bundesdruckerei*-Urteil⁶ und im darauffolgenden Jahr die Rechtssache *RegioPost*⁷. Die nachfolgende Untersuchung analysiert die einzelnen Entscheidungen und arbeitet

¹ So *Öchsner*, Kommentar in der Süddeutschen Zeitung vom 12.07.2012, S. 4; vgl. dazu auch *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3, Beihilfe- und Vergaberecht, Rn. 1696.

² Laut Eurostat lag der durchschnittliche Bruttostundenverdienst im Jahr 2010 z.B. in Deutschland bei 15,40 Euro und im Gegensatz dazu in Polen bei 4,00 Euro.

³ *Forst*, NJW 2014, 3755.

⁴ *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3, Beihilfe- und Vergaberecht, Rn. 3009.

⁵ EuGH, Rs. C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189 – *Rüffert*; dazu u.a.: *Klumpp* NJW 2008, 3473, *Rödl*, EuZW 2011, 292, *Wiedmann* EuZW 2008, 306.

⁶ EuGH, Rs. C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235 – *Bundesdruckerei*; hierzu u.a. *Schrotz/Raddatz*, NVwZ 2014, 1505, *Knauff*, EuZW 2014, 942.

⁷ EuGH, Rs. C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760 – *RegioPost*; s. z.B. *Siegel*, EuZW 2016, 101.

Gemeinsamkeiten sowie Unterschiede heraus, insbesondere im Hinblick auf die Frage, ob und inwieweit der vergaberechtliche Mindestlohn neben dem flächendeckenden bundeseinheitlichen Mindestlohn noch eine Zukunft hat.

B. Nationale Regelungen zum Mindestlohn

Die nationalen Regelungen zum Mindestlohn enthalten nach Einführung eines allgemeinen Mindestlohns auf Bundesebene sowohl das Mindestlohngesetz (im Folgenden: MiLoG)⁸ als auch vergabespezifische landesgesetzliche Regelungen.

I. Das bundesgesetzliche Mindestlohngesetz

Das MiLoG, dem eine jahrelange politische Diskussion voraus ging⁹, ist Bestandteil des zwischen CDU/CSU und SPD bereits im Koalitionsvertrag¹⁰ vereinbarten Tarifautonomie-stärkungsgesetzes vom 11. August 2014. Im Rahmen dessen ist zum 1. Januar 2015 ein flächendeckender gesetzlicher Mindestlohn von 8,50 Euro brutto pro Stunde eingeführt worden, vgl. § 1 Abs. 1, Abs. 2 MiLoG. Inzwischen hat die Mindestlohnkommission beschlossen, den gesetzlichen Mindestlohn ab 1. Januar 2017 auf nun 8,84 Euro festzusetzen. Die Mindestlohnanpassungsverordnung¹¹ setzt diesen Beschluss um und macht ihn für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer verbindlich.

Davor galten nur bundesweite Tarifverträge, die nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz¹² (im Folgenden: AEntG) für allgemeinverbindlich erklärt bzw. die durch Rechtsverordnungen für bestimmte Branchen verbindlich festgesetzt wurden.¹³ Das AEntG setzt die Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit, die sog. Entsenderichtlinie¹⁴ in Deutschland um. Ziele sind die Schaffung und Durchsetzung angemessener Mindestarbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer sowie die Gewährleistung fairer und funktionierender Wettbewerbsbedingungen durch die Erstreckung der Rechtsnormen von Branchentarifverträgen, vgl. § 1 AEntG.

⁸ Mindestlohngesetz v. 11.08.2014 (BGBl. I 2014, 1348).

⁹ Greiner, in: BeckOK ArbR, MiLoG § 1 Rn. 4.

¹⁰ Koalitionsvertrag „Deutschlands Zukunft gestalten“, 18. Legislaturperiode, 2013, S. 67 ff.

¹¹ Mindestlohnanpassungsverordnung v. 15.11.2016 (BGBl. I S. 2530).

¹² Arbeitnehmer-Entsendegesetz v. 20.04.2009 (BGBl. I 2009, 799) das zuletzt durch Art. 6 des Gesetzes v. 11.8.2014 (BGBl. I 2014, 1348) geändert worden ist.

¹³ Tugendreich, NZBau 2015, 395 (395).

¹⁴ RL 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997 L 18/1.

II. Landesgesetzliche Regelungen

Neben dem neu eingeführten MiLoG und dem darin festgesetzten bundeseinheitlichen Mindestlohn gibt es mittlerweile in fast allen Bundesländern Landesvergabegesetze. Die einzige Ausnahme bildet Bayern, wo derzeit auch kein entsprechendes Gesetz geplant ist. Die Vorgaben sind in den Landesgesetzen in unterschiedlichster Art und Weise ausgestaltet. Zweck solcher Gesetze ist es beispielsweise den Verzerrungen im Wettbewerb um öffentliche Aufträge entgegenzuwirken, die durch den Einsatz von Niedriglohnkräften entstehen, sowie Belastungen für die sozialen Sicherungssysteme zu mildern.¹⁵ So setzte sich die Entscheidung *Rüffert* mit dem mittlerweile außer Kraft gesetzten Niedersächsischen Landesvergabegesetz (im Folgenden: LVergabeG)¹⁶ auseinander. In den Entscheidungen *Bundesdruckerei* und *RegioPost* wurden das Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen¹⁷ (fortan: TVgG NRW) sowie das Landestariftreuegesetz des Landes Rheinland-Pfalz¹⁸ (im Folgenden: LTTG) auf ihre Vereinbarkeit mit Unionsrecht überprüft. Eine im Anhang beigefügte, nach Ländern geordnete Übersicht soll insbesondere im Hinblick auf den vergabespezifischen Mindestlohn einen kurzen Überblick über die disparaten Landesgesetze geben.

III. Verhältnis des Mindestlohngesetzes zu den landesrechtlichen Regelungen

Die unterschiedlichen nationalen Regelungen zum Mindestlohn werfen nun die Frage auf, in welchem Verhältnis das MiLoG zu den landesrechtlichen Bestimmungen steht.

1. Wichtige Unterschiede

Im Ausgangspunkt ist festzuhalten, dass sich das MiLoG und die landesgesetzlichen Regelungen in einigen wesentlichen Punkten unterscheiden. Hervorzuheben sind beispielsweise eine unterschiedliche Reichweite der Bindung, ein anderer Regelungsgegenstand sowie die verschiedenen Höhen des Mindestentgelts.

a) Unterschiedliche Reichweite der Bindung

In den Landesvergabegesetzen geht es immer um die Verpflichtung zur Zahlung eines Mindestlohns „bei der Ausführung der Leistung“¹⁹. Es besteht also nur Partikularschutz, das heißt der

¹⁵ Vgl. § 1 Abs. 1 LTTG.

¹⁶ Niedersächsisches Landesvergabegesetz v. 15.12.2008, zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndG v. 19.01.2012); siehe jetzt das Niedersächsische Tariftreue- und Vergabegesetz v. 31.10.2013 (Nds. GVBl. S. 259).

¹⁷ Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen – TVgG NRW) v. 10.10.2012 (GV. NRW. S. 17).

¹⁸ Landesgesetz zur Gewährleistung von tariftreue und Mindestentgelt bei öffentlichen Auftragsvergaben (Landestariftreuegesetz – LTTG) vom 01.12.2010 (GVBl. S. 426), zuletzt geändert durch Art. 1 Zweites ÄndG vom 08.03.2016 (GVBl. S. 178).

¹⁹ Siehe dazu exemplarisch § 4 Abs. 3 S. 1 TVgG NRW.

Auftragnehmer ist nicht generell verpflichtet seinen Arbeitnehmern einen bestimmten Mindestlohn zu zahlen, sondern nur an die Zahlung eines bestimmten Entgelts an die Arbeitnehmer gebunden, die bei Ausführung des Auftrags mitwirken. Eine landesgesetzliche, umfassende Regelung wäre im Übrigen auch gar nicht möglich, da keine Gesetzgebungskompetenz der Länder zum Erlass einer solchen Regelung besteht. Ein allgemeiner Mindestlohn fällt unter die Kategorie des Arbeitsrechts i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG, wo der Bund von seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit abschließend Gebrauch gemacht hat.²⁰ Eine Auswirkung auf die Zuständigkeit der Landesgesetzgeber für vergabespezifische Mindestlöhne hat dies jedoch nicht, da diese dem Recht der Wirtschaft gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zuzuordnen sind.²¹

b) Anderer Regelungsgegenstand

Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass im Hinblick auf den Kreis der Berechtigten und Verpflichteten ein anderer Regelungsgegenstand vorliegt. § 1 Abs. 1 MiLoG räumt jedem Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber einen Anspruch auf Zahlung eines Mindestlohns i.H.v. 8,84 Euro brutto pro Zeitzunde²² ein. Die landesspezifischen Vorgaben stellen im Gegensatz dazu keine Anspruchsgrundlage zur Zahlung eines bestimmten Mindestentgelts dar. Sie regeln nur das Rechtsverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, denn der Auftragnehmer verpflichtet sich vertraglich gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber einen, den Regelungen der Landesvergabegesetze entsprechenden, Mindestlohn zu zahlen.²³ Wird diese Vereinbarung nicht eingehalten, so droht eine Vertragsstrafe oder Kündigung.²⁴

c) Unterschiedliche Höhe des Mindestentgelts

Als weiterer Unterschied ist zu beachten, dass der vergabespezifische Mindestlohn in den verschiedenen Bundesländern teilweise der Höhe nach von den 8,84 Euro Bruttostundenlohn des MiLoG abweicht. So gilt beispielsweise in Schleswig-Holstein aktuell ein Mindestlohn von 9,99 Euro²⁵ pro Stunde und in Rheinland-Pfalz von 8,90 Euro²⁶.

²⁰ Tugendreich, NZBau 2015, 395 (396).

²¹ Riechert/Nimmerjahn, Mindestlohngesetz, § 19 Rn. 62.

²² § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG.

²³ Tugendreich, NZBau 2015, 395 (396).

²⁴ Vgl. § 12 TVgG NRW.

²⁵ Vgl. dazu § 4 Abs. 3 Gesetz über die Sicherung von Tarifreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tarifreue- und Vergabegesetz Schleswig-Holstein – TGG) v. 31.05.2013 (GVObI. Schl.-H. S. 239) i.V.m. Landesverordnung über die Anpassung des Mindeststundenentgelts nach dem Tarifreue- und Vergabegesetz Schleswig-Holstein (TTG-Mindestentgelt-Anpassungsverordnung – TTG MinAVO) v. 17.01.2017 GVObI. Schl.-H. S. 25.

²⁶ Vgl. § 3 S. 1 LTTG.

2. Verhältnis zu den Mindestlohnregelungen auf Landesebene

Fraglich ist nun – mit Blick auf die aufgeführten Unterschiede – in welchem Verhältnis der bundeseinheitliche Mindestlohn zu den landesrechtlichen Regelungen steht. Jedenfalls findet das MiLoG auch Anwendung auf die Vergabe öffentlicher Aufträge auf Landesebene, da es eine horizontale Regulierung ist.²⁷ Relevant wird dies allerdings nur für Fälle, in denen der vergabespezifische Mindestlohn unter dem bundeseinheitlichen Mindestlohn liegt, was aktuell beispielsweise in Baden-Württemberg der Fall ist, denn hier beträgt der vergabespezifische Mindestlohn noch immer 8,50 Euro²⁸.

Ist der vergabespezifische Mindestlohn höher, so werden zwei verschiedene Ansichten vertreten. Zum einen wird eine Anwendung von landesgesetzlichen Vorschriften, die über dem bundeseinheitlichen Mindestlohn liegen abgelehnt.²⁹ Argumentiert wird hier mit einem bereits durch das MiLoG gewährleisteten Mindeststandard an Arbeitnehmerschutz, der höhere landesrechtliche Mindestlohnvorgaben gegenstandslos macht. Zum anderen wird vertreten, dass der vergabespezifische Mindestlohn regelmäßig subsidiär greift, das heißt genau dann, wenn die einschlägige Regelung einen höheren als den allgemeinen bundeseinheitlichen Mindestlohn vorsieht.³⁰ Diese Subsidiarität resultiert aus den Vorschriften des § 1 Abs. 3 und § 3 MiLoG, die deutlich machen, dass sonstige höhere Mindestlohnvorgaben nach dem sog. Gültigkeitsprinzip dem MiLoG vorgehen.³¹ Für beide Seiten lassen sich Argumentationsmuster finden, vorzugswürdig erscheint jedoch letztere Ansicht, wonach ein Nebeneinander der Regelungen gewollt ist.³² Die Bundesländer haben, wie bereits aufgeführt, gerade auch die Kompetenz zum Erlass solcher spezieller landesrechtlicher Vorgaben. Eine Übereinstimmung der Höhe der Mindestlöhne, wie beispielsweise aktuell in Nordrhein-Westfalen,³³ ist bloßer Zufall, denn sie resultiert aus der Erhöhung des bundeseinheitlichen Mindestlohns zum 1. Januar 2017. Zudem lässt sich weder durch Auslegung des Wortlauts noch anhand einer teleologischen Reduktion ein Anhaltspunkt dafür finden, dass der Bund mit der Einführung des bundeseinheitlichen Mindestlohns die landesspezifischen Regelungen ausschließen wollte. Vielmehr soll der bundeseinheitliche Mindestlohn als arbeitsrechtliche Bestimmung besondere

²⁷ *Tugendreich*, NZBau 2015, 395 (396).

²⁸ Vgl. § 4 Abs. 1 S. 1 Tarifreue- und Mindestlohngesetz für öffentliche Aufträge in Baden-Württemberg (Landstariftreue- und Mindestlohngesetz – LTMG) v. 16.04.2013 (GBl. S. 50), zuletzt geändert durch Art. 29 9. AnpassungsVO vom 23.02.2017.

²⁹ So *Meißner*, ZfBR 2014, 453 (458).

³⁰ *Bayreuther*, NZA 2014, 865 (867).

³¹ *Schubert/Jerchel/Düwell*, Das neue Mindestlohngesetz, Rn. 150.

³² So auch *Tugendreich*, NZBau 2015, 395 (396 f.).

³³ Sowohl der bundeseinheitliche Mindestlohn als auch der vergabespezifische Mindestlohn in Nordrhein-Westfalen betragen jeweils 8,84 Euro, vgl. dazu § 4 Abs. 3 TVgG NRW.

Regelungen für Vergabeverfahren unberührt lassen. Die landesgesetzlichen Mindestlohnvorgaben beinhalten nämlich eine vertragliche Vereinbarung, die – bei deren Nichteinhaltung – zur Kündigung oder zu einer Vertragsstrafe führen kann. Eine solche Sanktionsmöglichkeit ist im MiLoG nicht vorhanden. Vor diesem Hintergrund bleibt auch in einem solchen Fall das bereits angesprochene Bestehen des bundeseinheitlichen Mindestlohns neben dem vergabespezifischen Mindestlohn durchaus sinnvoll.³⁴

C. Spezielle Bestimmungen des Mindestlohngesetzes für Vergabeverfahren

Mit Einführung des MiLoG kommen auf die öffentlichen Auftraggeber nun neue Pflichten zu. So ist gerade auch im Hinblick auf das Nebeneinander von vergabespezifischem und bundeseinheitlichem Mindestlohn § 19 MiLoG zu beachten, welcher die gesetzliche Grundlage einer sog. Vergabesperre darstellt. Daneben haben öffentliche Auftraggeber Auskünfte über rechtskräftige Bußgeldentscheidungen auf Grund von Verstößen gegen das MiLoG einzuholen. Hier stellt sich insbesondere die Frage, inwieweit dies auch für Nachunternehmen gilt.

I. Vergabesperre

Die Vorschrift des § 19 MiLoG beinhaltet im Wesentlichen eine Ermächtigungsgrundlage öffentlicher Auftraggeber, ein Unternehmen sowohl von einem konkreten, als auch künftigen Vergabeverfahren auszuschließen, wenn ein Verstoß des Unternehmens gegen Pflichten aus dem MiLoG vorliegt.³⁵ Die Norm entspricht inhaltlich und nahezu wortgleich § 21 AEntG, wobei allerdings § 21 Abs. 1 S. 2 AEntG nicht in das MiLoG übernommen wurde. Nach § 19 Abs. 1 S. 1 MiLoG sollen Bewerber um einen öffentlichen Auftrag der in § 98 GWB³⁶ genannten Auftraggeber für eine angemessene Zeit bis zur nachgewiesenen Wiederherstellung ihrer Zuverlässigkeit von der Vergabe ausgeschlossen werden, wenn diese wegen eines Verstoßes gegen eine in § 21 MiLoG normierte Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße von wenigstens 2.500 Euro belegt worden sind. Diese sog. Vergabesperre³⁷ wirkt folglich wie eine antizipierte negative Zuverlässigkeitsprüfung.³⁸ Der Bewerber ist gem. § 19 Abs. 5 MiLoG vor der Entscheidung über den Ausschluss anzuhören. Die für die Verfolgung oder Ahndung der Ordnungswidrigkeiten nach § 21 MiLoG zuständigen Behörden dürfen nach § 19 Abs. 2 MiLoG öffentlichen Auftraggebern und Stellen, die von öffentlichen Auftraggebern

³⁴ *Tugendreich*, NZBau 2015, 395 (398).

³⁵ *Riechert/Nimmerjahn*, Mindestlohngesetz, § 19 Rn. 1.

³⁶ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz], Teil 4 (§§ 97–184) neu gefasst mit Wirkung v. 18.04.2016 durch Gesetz v. 17.02.2016 (BGBl. I S. 203).

³⁷ Eine Vergabesperre liegt vor, wenn ein Unternehmen aufgrund eines vorangegangenen Fehlverhaltens für einen bestimmten Zeitraum von Vergabeverfahren ausgeschlossen wird; vgl. dazu *Dobmann*, in: Düwell/Schubert, Handkommentar MiLoG, § 19 Rn. 1.

³⁸ *Tugendreich*, NZBau 2015, 395 (397).

zugelassene Präqualifikationsverzeichnisse oder Unternehmer- und Lieferantenverzeichnisse führen, auf Verlangen die erforderlichen Auskünfte geben.

Der Gesetzgeber gestaltet die Vergabesperre als sog. „Soll-Vorschrift“, daher kann argumentiert werden, dass er diese, angelehnt an das arbeitsrechtliche Schrifttum, als Sanktionsvorschrift verstanden hat.³⁹ Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen vor, so muss die vorgesehene Rechtsfolge grundsätzlich gezogen werden, wobei dies nur in atypischen Fällen ausnahmsweise verweigert werden darf.⁴⁰ Somit wirke die Vergabesperre als Ergänzung der Bußgeldtatbestände.⁴¹ Vorzugswürdig erscheint jedoch die Ansicht, wonach gleichwohl der vergabespezifische Aspekt im Vordergrund steht. Unternehmen, die ihren Pflichten nicht nachkommen, sind für die Ausführung eines öffentlichen Auftrags ungeeignete, weil nicht gesetzes-treue und somit unzuverlässige Unternehmen. Dies steht auch im Einklang mit den Grundsätzen der Vergabe nach § 97 GWB. Ist die Zuverlässigkeit wiederhergestellt, so ist auch die Vergabesperre nach § 19 Abs. 1 MiLoG wieder aufzuheben. Würde eine Sanktion im Vordergrund stehen, müsste der Gesetzgeber eine von der Wiederherstellung der Zuverlässigkeit unabhängige Mindestsperrzeit vorgeben.⁴² Die Vergabesperre soll für „eine angemessene Zeit bis zur nachgewiesenen Wiederherstellung [der] Zuverlässigkeit“ gelten.⁴³ Eine Mindestsperrzeit ist nicht vorgegeben, denn die Vergabesperre ist für einen befristeten Zeitraum zu erklären. Was unter einer angemessenen Zeit zu verstehen ist, ist durchaus umstritten. Vorgeschlagen wird im Hinblick auf den Rechtsgedanken des § 21 SchwarzArbG⁴⁴ eine Höchstdauer von bis zu drei Jahren anzunehmen⁴⁵, wobei gegebenenfalls auch eine Verlängerung oder Verkürzung erfolgen kann⁴⁶. In der Praxis hat sich gezeigt, dass eine Einzelfallprüfung durchzuführen ist. Innerhalb dieses Rahmens müssen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit die Schwere des Verstoßes und der wertend festzustellende Unrechtsgehalt der Handlung in die Erwägungen einbezogen werden.

³⁹ *Riechert/Nimmerjahn*, Mindestlohngesetz, § 19 Rn. 12.

⁴⁰ Vgl. BVerwG U. v. 16.05.1983 – 1 C 23079; BeckRS 1983, 31248694.

⁴¹ Exemplarisch hierzu *Lakies*, in: TVG § 21 AEntG Rn. 2.

⁴² *Riechert/Nimmerjahn*, Mindestlohngesetz, § 19 Rn. 13.

⁴³ Vgl. § 19 Abs. 1 MiLoG.

⁴⁴ Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (SchwarzArbG) v. 23.07.2004 (BGBl. I S. 1842), zuletzt geändert durch Artikel 2 G. v. 18.07.2017 (BGBl. I S. 2739).

⁴⁵ *Schubert/Jerchel/Düwell*, Das neue Mindestlohngesetz, Rn. 243; *Lakies*, Mindestlohngesetz, Rn. 8.

⁴⁶ *Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler*, Arbeitnehmer-Entsendegesetz, § 21 AEntG Rn. 20.

II. (Erweiterte) Eignungsprüfung

Im Rahmen der Eignungsprüfung haben öffentliche Auftraggeber beim Gewerbezentralregister nach § 150a GewO⁴⁷ Auskünfte über rechtskräftige Bußgeldentscheidungen über Verstöße gegen das MiLoG einzuholen, vgl. dazu § 19 Abs. 3 S. 1 MiLoG. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, dass die öffentlichen Auftraggeber von den Bewerbern eine Erklärung fordern, wonach die Voraussetzungen für einen Ausschluss, das heißt ein mit einem Bußgeld belasteter Verstoß gegen das MiLoG, nicht vorliegen. Dies erweist sich als deutlich praktikabler für den öffentlichen Auftraggeber. Jedoch besteht nach § 19 Abs. 4 MiLoG ab einem geschätzten Auftragswert von 30.000 Euro ohnehin eine Pflicht zur Einholung einer Auskunft aus dem Gewerbezentralregister vor Zuschlagserteilung. Damit ist eine unrichtige Eigenerklärung in den meisten Fällen sowieso ohne Aussicht auf Erfolg.⁴⁸

III. Geltung auch für Nachunternehmer?

Fraglich ist in diesem Zusammenhang auch, ob sich diese Vorgaben ebenfalls auf eingesetzte Nachunternehmer beziehen. Eine ausdrückliche Regelung sieht das MiLoG hierfür nicht vor. Die Vorgaben des MiLoG könnten also insofern umgangen werden, als ein Unternehmen, das einer Vertragssperre unterliegt, ein neugegründetes Unternehmen in das Vergabeverfahren schickt und selbst nur noch als Nachunternehmer auftritt. Allerdings sieht § 13 MiLoG eine Haftung des Auftraggebers vor und verweist dabei auf § 14 AEntG.⁴⁹ In den vergabespezifischen Landesgesetzen ist hingegen eine Verpflichtung der Auftraggeber zur Einhaltung eines bestimmten Mindestentgelts auch für Nachunternehmer ausdrücklich geregelt.⁵⁰ Dies könnte darauf hindeuten, dass sich die Verpflichtungen des § 19 MiLoG zur Vergabesperre und zu den Vorgaben im Rahmen der Eignungsprüfung auch auf Nachunternehmen beziehen.

D. Unionsrechtliche Grenzen für Mindestlohnregelungen

Nachdem die nationalen Regelungen vorgestellt wurden, soll im Folgenden ein Blick auf die unionsrechtlichen Grenzen geworfen werden. Zunächst geht es um die Europarechtskonformität des MiLoG. Inwieweit vergaberechtliche Mindestlohnvorgaben mit dem Unionsrecht vereinbar sind, stand in den letzten Jahren mehrfach auf dem Prüfstand des EuGH. Auf der einen Seite steht der Schutz der Arbeitnehmer, auf der anderen die wirtschaftlichen Grundfreiheiten des Unionsrechts. Hierbei erweist sich insbesondere als problematisch, ob die

⁴⁷ Gewerbeordnung (GewO), in der Fassung v. 22.02.1999, zuletzt geändert durch Art. 9 G zur Neuregelung des Kulturschutzrechts v. 31.07.16 (BGBl. I S. 1914).

⁴⁸ *Riechert/Nimmerjahn*, Mindestlohngesetz, § 19 Rn. 42.

⁴⁹ *Spielberger/Schilling*, NJW 2014, 2897 (2901).

⁵⁰ *Tugendreich*, NZBau 2015, 395 (397).

Zahlung eines vergabespezifischen Mindestlohns mit der Dienstleistungsfreiheit im Binnenmarkt kollidiert.

I. Vereinbarkeit des Mindestlohngesetzes mit Unionsrecht

Bevor auf die vergabespezifischen Regelungen einzugehen ist, gilt es jedoch zunächst, einen Blick auf die Vereinbarkeit des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns mit dem EU-Recht zu werfen. Eine spezielle unionsrechtliche Regelung liegt nicht vor, da Art. 153 Abs. 5 AEUV ausdrücklich das Arbeitsentgelt von der Kompetenz der Union ausschließt. Somit fällt eine Regelung wie der bundeseinheitliche Mindestlohn in den Kompetenzbereich der einzelnen Mitgliedsstaaten.⁵¹ Aus der Rechtsprechung des EuGH zu den vergaberechtlichen Mindestlohnvorgaben lässt sich jedoch entnehmen, dass ein flächendeckender gesetzlicher Mindestlohn, der uneingeschränkt für alle öffentlich und privaten, inländischen und ausländischen Arbeitgeber zur Anwendung kommt, als Mindestlohn im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Entsenderichtlinie 96/71/EG anzusehen ist.⁵² Diese Bestimmung ist gerade keine Harmonisierung des materiellen Rechts.⁵³ Die Entsenderichtlinie koordiniert lediglich die wirtschaftspolitische Abstimmung einzelner Maßnahmen der Mitgliedsstaaten, sodass die Ausgestaltung des Schutzes unter Beachtung der Verträge und der allgemeinen Grundsätze des Unionsrecht frei bestimmt werden kann.

Im Hinblick auf mögliche Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV und deren Ausgestaltung in der Entsenderichtlinie hat die EuGH-Entscheidung im Fall *Rüffert*, sowie deren Konkretisierung in der Rechtssache *Bundesdruckerei* gezeigt, dass ein unterschiedslos flächendeckender Mindestlohn für In- und Ausländer zulässig ist.⁵⁴ Hierfür komme eine Rechtfertigung aus zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohles in Betracht, die Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit ermöglichen, wenn – wie es bei dem gesetzlichen Mindestlohn der Fall ist – das Ziel kohärent verfolgt wird, das heißt die Mindestlohnregelungen unterschiedslos gelten.⁵⁵ Im Ergebnis lässt sich somit festhalten, dass der gesetzliche Mindestlohn nicht gegen Unionsrecht verstößt.⁵⁶ Umstritten ist jedoch, die nachfolgend zu erörternde Vereinbarkeit des vergaberechtlichen Mindestlohns mit dem Unionsrecht.

⁵¹ *Rebhahn*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 153 AEUV, Rn. 64.

⁵² EuGH, Rs. C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189 – *Rüffert*; sowie EuGH, Rs. C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235 – *Bundesdruckerei*.

⁵³ Siehe EuGH, Rs. C-490/04, ECLI:EU:C:2007:430, Rn. 19 – *Kommission/Deutschland*.

⁵⁴ Vgl. dazu: *Däubler*, NZA 2014, 694 (696).

⁵⁵ *Latzel*, NZBau 2014, 673 ff. (674).

⁵⁶ In diese Richtung auch *Siegel*, EuZW 2016, 101 (103).

II. Problematik der Europarechtskonformität vergabespezifischer Mindestlöhne

Nachdem eine kohärente Verfolgung des Ziels des Arbeitnehmerschutzes – wie oben bereits dargestellt – als Rechtfertigungsgrund durchaus in Betracht kommen kann, ist nun fraglich, inwiefern vergaberechtliche Mindestlöhne, die zwar vordergründig Gemeinwohlinteressen dienen sollen, allerdings zumindest den Effekt einer Marktabschottung haben können, mit dem Unionsrecht vereinbar sind. Der Effekt der Marktabschottung kann zustande kommen, wenn inländische Unternehmen die Lohnvorgaben besser erfüllen können, als beispielsweise Bieter aus einem anderen Mitgliedsstaat im Niedriglohnssektor.

Als weiteres Grundproblem hat sich herausgestellt, dass der vergabespezifische Mindestlohn im Gegensatz zum Mindestlohngesetz nur für öffentliche, nicht aber für private Aufträge gilt und somit dem gesetzgeberischen Gebot der Kohärenz⁵⁷ nicht gerecht werden könnte. Einschlägiges Unionsrecht sind die bereits erwähnte Entsenderichtlinie, die frühere Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge⁵⁸ bzw. inzwischen die Richtlinie 2014/24/EG über die öffentliche Auftragsvergabe⁵⁹, sowie die primärrechtliche Garantie der Dienstleistungsfreiheit in Art. 56 AEUV. Es lässt sich im Allgemeinen sagen, dass einschlägige und abschließende Regelungen des primärrechtskonformen Sekundärrechts (Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse⁶⁰) als spezielle Rechtssätze vorrangig gegenüber den Grundfreiheiten angewendet werden.⁶¹ In der Literatur anerkannt ist beispielsweise, dass bei einem Verbot eines bestimmten Produktes aufgrund einer Richtlinie, eine zusätzliche Prüfung der Warenverkehrsfreiheit entfallen kann.⁶² Allerdings sind die harmonisierenden Richtlinien stets unter Berücksichtigung des Primärrechts und damit auch der Grundfreiheiten auszulegen. Trifft das Sekundärrecht keine abschließenden Regelungen, entfalten die Grundfreiheiten ihre Wirkungen. Wurde hingegen den Mitgliedsstaaten unter Vorbehalt der Beachtung der Verträge eingeräumt, ihre Befugnisse aufgrund einer Richtlinie auszuüben, so muss erörtert werden, ob und inwiefern die betroffenen Richtlinien in Bezug auf die Anwendung kombinierter Tariftreue- und Mindestlohnklauseln bei der Vergabe öffentlicher Aufträge abschließende

⁵⁷ Eine prägnante Ausformung findet das Kohärenzgebot insbesondere im Glücksspielrecht; siehe dazu *Lippert*, EuR 2012, S. 90.

⁵⁸ RL 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. 2004 L 134/114 (Vergabekoordinierungsrichtlinie).

⁵⁹ RL 2014/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. 2014 L 94/65.

⁶⁰ Art. 288 Abs. 2 – Abs. 4 AEUV.

⁶¹ *Nettesheim*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 10 Rn. 37 ff.; *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 8.

⁶² *Glaser/Kahl*, ZHR 177 (2013), 643 (648).

Regelungen enthalten. Im Folgenden soll ein Überblick über die EuGH-Judikatur der letzten Jahre – insbesondere von *Rüffert* über *Bundesdruckerei* bis *RegioPost* – gegeben und dabei erläutert werden, welche Folgen diese Urteile haben, und ob insoweit noch eine Zukunft für den vergaberechtlichen Mindestlohn besteht.

III. Bisherige Rechtsprechung des EuGH

Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH verbietet die Dienstleistungsfreiheit nicht nur jegliche Diskriminierung von Unternehmen, die Arbeitnehmer in andere Mitgliedsstaaten entsenden, sondern gebietet auch die Aufhebung aller Beschränkungen, die diese Tätigkeit unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen.⁶³ Es kann jedoch eine Rechtfertigung aufgrund zwingender Gründe des Allgemeinwohls erfolgen, worunter beispielsweise der Arbeitnehmerschutz fällt.⁶⁴ Allerdings hat der EuGH in der Vergangenheit auch deutlich gemacht, dass bei einer Rechtfertigung einer solchen Beschränkung auf der Gegenseite ein wesentlich zum sozialen Schutz der Arbeitnehmer beitragender Vorteil entstehen muss.⁶⁵ In der älteren Literatur wurde die These vertreten, dass vergaberechtliche Mindestlohnvorgaben problemlos mit Unionsrecht vereinbar seien, indem man die frühere Rechtsprechung des EuGH übertrug.⁶⁶ Das *Rüffert*-Urteil mag demzufolge manche überrascht haben.

IV. Die *Rüffert*-Entscheidung des EuGH

Seitdem der EuGH in seiner *Rüffert*-Entscheidung aus dem Jahr 2008 erstmals zum Thema der vergaberechtlichen Mindestlohnvorgaben in Deutschland Stellung genommen hat, stellt dies ein Dauerthema des Vergaberechts dar.⁶⁷ Nachfolgend soll die Entscheidung zunächst kurz vorgestellt und analysiert werden. Im Anschluss folgen einige Überlegungen zu den Konsequenzen des Urteils und eine abschließende Bewertung.

1. Sachverhalt

In dem der *Rüffert*-Entscheidung zugrundeliegenden Fall, bestimmte das Niedersächsische LVergabeG⁶⁸, dass Aufträge für Bauleistungen nur an solche Unternehmen vergeben werden dürfen, die sich im Vorfeld der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmern

⁶³ Siehe dazu u.a.: EuGH, Rs. C-164/99, ECLI:EU:C:2002:40, Rn. 16 - *Portugaia Construções*; EuGH, Rs. C-272/94, ECLI:EU:C:1996:147, Rn. 10 - *Guiot*; EuGH, Rs. C-165/98, ECLI:EU:C:2001:162, Rn. 25 - *Mazzoleni und ISA*.

⁶⁴ Vgl. hierzu statt vieler: EuGH, Rs. C-165/98, ECLI:EU:C:2001:162 Rn. 27, 28 - *Mazzoleni und ISA*; EuGH, Rs. C-49/98, ECLI:EU:C:2001:564, Rn. 30, 32 f. - *Finalarte*.

⁶⁵ EuGH, Rs. C-164/99, ECLI:EU:C:2002:40, Rn. 29 - *Portugaia Construções*.

⁶⁶ *Wiedmann*, Die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien im Lichte des Gemeinschaftsrechts, 2007, S. 253.

⁶⁷ *Ludwigs*, Die Verwaltung 49 (2016), 261 (271).

⁶⁸ Hier relevant: § 3 Abs. 1 LVergabeG („Tarifreueerklärung“) und § 4 Abs. 1 LVergabeG („Nachunternehmereinsatz“).

mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zu bezahlen.⁶⁹ Dies galt auch für Nachunternehmer. Die Nichteinhaltung löste die Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe aus. Infolgedessen verpflichtete sich das Unternehmen *Objekt und Bauenergie*, den beim Bau der JVA Göttingen-Rosdorf eingesetzten Arbeitnehmern, die vorgesehenen Entgelte zu zahlen.⁷⁰ Es stellte sich allerdings heraus, dass ein von dem Unternehmen eingesetztes polnisches Nachunternehmen 53 seiner Arbeitnehmer nur 46,57% des vereinbarten Mindestlohns gezahlt hatte.⁷¹ Nachdem der Werkvertrag gekündigt wurde, stritten nun das Land Niedersachsen und der Insolvenzverwalter des Bauunternehmens über die Zahlung der Vertragsstrafe.⁷² Das OLG Celle legte in diesem Zusammenhang dem EuGH die Frage vor, ob eine Vorschrift wie die des LVergabeG mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar ist.

2. Entscheidung des EuGH

Die Antwort des EuGH lautet: „Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass die Richtlinie 96/71/EG, ausgelegt im Licht der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV, ex-Art. 49 EGV), in einer Situation, wie sie dem Ausgangsverfahren zugrunde liegt, einer gesetzlichen Maßnahme eines Hoheitsträgers eines Mitgliedsstaats entgegensteht [...]“.⁷³

a) Überprüfung am Maßstab der Richtlinien

Nachdem oben bereits festgestellt wurde, dass speziellere Normen des Sekundärrechts Vorrang vor dem Primärrecht haben, beginnt der EuGH mit der Feststellung, dass im vorliegenden Fall die Entsenderichtlinie heranzuziehen ist und nicht ausschließlich die Dienstleistungsfreiheit, nach der das vorliegende Gericht gefragt hatte.⁷⁴ Was das Verhältnis der Richtlinien untereinander betrifft, waren die – inzwischen außer Kraft getretene – Vergabekoordinierungsrichtlinie und die Entsenderichtlinie kumulativ anzuwenden, was sich aus Erwägungsgrund 34 der Vergabekoordinierungsrichtlinie ergibt.⁷⁵ Besonders relevant ist eine Prüfung der Entsenderichtlinie bei Sachverhalten, in denen Mitgliedsstaaten im Rahmen einer staatenübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen die Gewähr von Arbeitsbedingungen vorschreiben. Im Fall *Rüffert* geht es genau um eine solche Kündigung eines Vertrages aufgrund von Nichteinhaltung von Lohnvorschriften, was folglich in den Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie fällt.

⁶⁹ EuGH, Rs. C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189, Rn. 10 – Rüffert.

⁷⁰ EuGH, Rs. C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189, Rn. 11 – Rüffert.

⁷¹ EuGH, Rs. C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189, Rn. 11 – Rüffert.

⁷² EuGH, Rs. C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189, Rn. 11 – Rüffert.

⁷³ EuGH, Rs. C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189, Rn. 43 – Rüffert.

⁷⁴ EuGH, Rs. C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189, Rn. 18 – Rüffert.

⁷⁵ *Csaki/Freundt*, KommJur 2012, 246 (249).

aa) Art. 3 Abs. 1 Entsenderichtlinie

Der EuGH startet richtigerweise mit der Prüfung von Art. 3 Abs. 1 Entsenderichtlinie, welche unter anderem die Erstreckung von Mindestlohnsätzen auf Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat gebieten kann. Dies ist der Fall, wenn eine Rechts- oder Verwaltungsvorschrift einen solchen Mindestlohn festsetzt (Art. 3 Abs. 1 1. Gedankenstrich) oder ein entsprechender Tarifvertrag für allgemein verbindlich erklärt wurde (Art. 3 Abs. 1 2. Gedankenstrich). Dazu führt der EuGH zutreffend aus, dass die Tarif-treueerklärung des LVergabeG, die selbst keinen Mindestlohnsatz festsetzt, nicht unter die Entsenderichtlinie fallen kann. Zwar gibt es in Deutschland ein System zur Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen⁷⁶, jedoch sei der besagte Baugewerbe-Tarifvertrag nicht für allgemein verbindlich erklärt worden. Zudem erstrecke sich die Bindungswirkung dieses Tarifvertrags nur auf einen Teil der Bautätigkeit, denn der EuGH stellt in diesem Zusammenhang erstmals fest, dass die Rechtsvorschriften des Vergaberechts nur öffentliche Aufträge erfassen und nicht für private Aufträge gelten.⁷⁷

Nachdem die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 Entsenderichtlinie nicht vorliegen, ist festzuhalten, dass eine Ausdehnung von Mindestlohnsätzen auf Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat nicht in Betracht kommen kann.

bb) Art. 3 Abs. 7 Entsenderichtlinie

Infolgedessen prüft der EuGH, ob die Normen des LVergabeG, trotz Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie, möglicherweise von Art. 3 Abs. 7 der Entsenderichtlinie gedeckt sind. Dieser normiert, dass unter anderem Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie der Anwendung von günstigeren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht entgegensteht. Problematisch ist hier, dass Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie auf zwei verschiedene Weisen gelesen werden kann. Der EuGH weicht von der Ansicht des Generalanwalts *Bot* ab, welcher in Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie den Charakter einer verpflichtenden Vorgabe in Art. 3 Abs. 1 Entsenderichtlinie sieht. *Bot* führt an, dass die Bestimmung grundsätzlich einen mit den Grundfreiheiten im Einklang stehenden verstärkten nationalen Schutz erlaube, welcher in Deutschland seine Ausgestaltung in besonderen Tarifverträgen – wie die im Sinne des LVergabeG – findet.⁷⁸ Somit seien die Regelungen des LVergabeG nur eine Wahrnehmung der Möglichkeiten, die den Mitgliedsstaaten nach Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie 96/71/EG eingeräumt

⁷⁶ Vgl. dazu § 5 TVG a.F.

⁷⁷ EuGH, Rs. C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189, Rn. 29 – Rüffert.

⁷⁸ GA *Bot*, Schlussanträge v. 20.09.2007, Rs. C-346/06, Rn. 94 – Rüffert.

werden.⁷⁹ Auch stehe mit der Entsenderichtlinie im Einklang, dass ein für allgemein verbindlich erklärter Tarifvertrag selbst allgemein auf andere Tarifverträge oder einzelvertragliche Vereinbarungen verweist, die höhere Lohnansprüche vorsehen.⁸⁰ Damit sei auch das unionsrechtliche Kohärenzgebot gewahrt.⁸¹

Der EuGH ist hingegen, unter Verweis auf die *Laval*-Entscheidung⁸² der Ansicht, dass Art. 3 Abs. 7 der Entsenderichtlinie ein Gebot für die Mitgliedsstaaten darstelle, ihre nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie erlassenen Vorschriften nicht so zu gestalten, dass sie günstigere Bedingungen ausschließen, die sich aus den Normen des Gaststaates ergeben. Er begründet dies damit, dass eine Auslegung, wie die des Generalanwalts darauf hinausliefe, dass der Richtlinie ihre praktische Wirksamkeit entzogen würde.⁸³ Somit betont der EuGH den Zweck der Entsenderichtlinie, also letztlich die Vollharmonisierung der Rechtsnormen im Binnenmarkt in Übereinstimmung mit den Grundfreiheiten.⁸⁴ Grundsätzlich liegt demnach eine Beschränkung auf das in Art. 3 Abs. 1 Buchst. a-g der Entsenderichtlinie etablierte Schutzniveau vor, eine Ausnahme hiervon kommt im vorliegenden Fall nicht in Betracht.⁸⁵ Daher kommt der EuGH zum Ergebnis, dass die landesrechtlichen Vorschriften nicht den unionsrechtlichen Bestimmungen der Entsenderichtlinie entsprechen.

b) Würdigung im Lichte der Dienstleistungsfreiheit

Im Anschluss an die Prüfung der Entsenderichtlinie schließt der EuGH eine Grundfreiheitenprüfung der Dienstleistungsfreiheit an, obwohl bereits die Unvereinbarkeit mit der Entsenderichtlinie festgestellt wurde. Läge eine abschließende Regelung des Sekundärrechts vor, so wäre ein Rückgriff auf primäres Unionsrecht ausgeschlossen. Im vorliegenden Fall geht aus der Rechtsprechung des EuGH nicht genau hervor, ob die betroffenen Regelungen der Entsenderichtlinie abschließend sind, so dass eine Überprüfung am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit durchaus geboten ist.⁸⁶ Ob es sich hierbei um eine Hilfsprüfung⁸⁷ oder eine Kontrollprüfung handelt, kann an dieser Stelle dahinstehen. In der Sache muss zunächst geklärt werden, ob ein Eingriff vorliegt. Wenn dies zu bejahen ist, schließt sich die Prüfung von Rechtfertigungsgründen an. Im vorliegenden Fall liegt ein Eingriff in Form einer

⁷⁹ GA Bot, Schlussanträge v. 20.09.2007, Rs. C-346/06, Rn. 95 – Rüffert.

⁸⁰ GA Bot, Schlussanträge v. 20.09.2007, Rs. C-346/06, Rn. 96 – Rüffert.

⁸¹ GA Bot, Schlussanträge v. 20.09.2007, Rs. C-346/06, Rn. 97 – Rüffert.

⁸² EuGH, Rs. C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809, Rn. 80 – Laval.

⁸³ EuGH, Rs. C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189, Rn. 33 – Rüffert.

⁸⁴ Ebenso *Glaser/Kahl*, ZHR 177 (2013), 643 (651), sowie *Frenz*, NZS 2011, 321 (324) und *Klumpp*, NJW 2008, 3473 (3476).

⁸⁵ EuGH, Rs. C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189, Rn. 34 – Rüffert.

⁸⁶ *Däubler*, NZA 2014, 694 ff. (697).

⁸⁷ In diese Richtung *Rödl*, EuZW 2011, 292 (293).

Beschränkung vor. Aufgrund des zwischen den Mitgliedsstaaten bestehenden unterschiedlichen Lohnniveaus, wirkt sich eine vergabespezifische Mindestlohnvorgabe unmittelbar auf die Unternehmen aus und ist daher geeignet, die Erbringung einer Dienstleistung im Aufnahmemitgliedsstaat zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.⁸⁸ Es ist anerkannte Rechtsprechung des EuGH, dass sich ein solcher Eingriff durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls rechtfertigen lässt, wozu auch der Arbeitnehmerschutz gehört.⁸⁹ Allerdings ist, wie der Gerichtshof feststellt, eine Rechtfertigung im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit nur dann möglich, wenn die Beeinträchtigung durch allgemeingültige Rechtsvorschriften erfolgt und nicht – wie oben bereits erwähnt – nur für öffentliche Aufträge gilt. So gelangt auch die Grundfreiheitenprüfung zu dem Ergebnis, dass im vorliegenden Verfahren ein Verstoß gegen Unionsrecht vorliegt.

3. Bewertung

a) Was folgt aus der *Rüffert*-Entscheidung?

Die *Rüffert*-Entscheidung des EuGH hat zur Folge, dass die betreffenden Regelungen des LVergabeG, sowie vergleichbare Regelungen in den Vergabegesetzen anderer Bundesländer, aufgrund des Anwendungsvorranges des Unionsrecht gegenüber dem nationalen Recht⁹⁰ bei der Ausschreibung öffentlicher Aufträge nicht mehr angewendet werden können. Das Urteil ist zum Teil auf heftige Kritik gestoßen.⁹¹ So argumentiert etwa *Bayreuther*, dass es aufgrund der Gleichbehandlung von In- und Ausländern doch eine Möglichkeit gibt – entgegen der Meinung des EuGH – die Tariftreuerregelungen unter die Entsenderichtlinie zu subsumieren.⁹² Weiter geht noch *Kocher*, die anführt, dass eine solch strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung des EuGH die Tarifautonomie in ihren teilhaberechtlichen und prozeduralen Aspekten komplett einschränke.⁹³

Jedoch scheint diese Kritik überzogen, denn bei genauer Betrachtung lässt sich festhalten, dass die Entscheidung des EuGH noch kein generelles Verbot von Tariftreuerregelungen begründet.⁹⁴ Die Entscheidung bietet den Ländern vielmehr einen Spielraum und die Möglichkeit

⁸⁸ EuGH, Rs. C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189, Rn. 37 – *Rüffert*.

⁸⁹ Siehe dazu z.B.: EuGH, Rs. C-165/98, ECLI:EU:C:2001:162, Rn. 27, 28 – *Mazzoleni und ISA*; EuGH, Rs. C-49/98, ECLI:EU:C:2001:564, Rn. 30, 33 f. – *Finalarte*.

⁹⁰ EuGH, Rs. C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66, S. 1251 (1269 f.) – *Costa/E.N.E.L.*; EuGH, Rs. C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 3 ff. – *Internationale Handelsgesellschaft*; EuGH, Rs. C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49, Rn. 17 ff. – *Simmenthal*; vgl. zum uneingeschränkten Anwendungsvorrang auch *Nettesheim*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 10 Rn. 32 ff.

⁹¹ *Koberski/Schierle*, RdA 2008, 233; *Kocher*, DB 2008, 1043; *Bayreuther*, NZA 2008, 626.

⁹² *Bayreuther*, NZA 2008, 626 (627); *Thüsing/Kämmerer*, ZIP 2002, 596 (598).

⁹³ *Kocher*, DB 2008, 1043 (1045).

⁹⁴ So auch *Hofmann*, RdA 2010, 351 und *Thüsing/Granetzny*, NZA 2009, 183; aA: *Bayreuther*, NZA 2008, 626.

zum Erlass neuer landesvergabegesetzlicher Mindestlohnklauseln, um das Ziel des Arbeitnehmerschutzes wirksam umzusetzen und Lohndumping zu verhindern. Solche Tariftreuregelungen sind in erster Linie für nationale Unternehmen erlassen worden, um die Sicherstellung eines angemessenen Lohnes der Arbeitnehmer zu gewährleisten. Sie koppeln die öffentliche Auftragsvergabe an die Anwendung des örtlichen Tarifvertrags, unabhängig davon, ob es sich bei den bewerbenden Unternehmen um inländische oder ausländische, tarifgebundene oder tarifungebundene Unternehmen handelt. Resultat der sog. Tariftreue ist die Erreichung eines ortsüblichen tariflichen Lohnniveaus und die (weitgehende) Ausschaltung des Faktors Personalkosten als Wettbewerbsparameter.⁹⁵ Wer einen öffentlichen Auftrag erlangen will, muss dies folglich in Kauf nehmen. Eine Umgehung durch die Verpflichtung von Nachunternehmern ist ebenfalls nicht möglich, denn auch diese sind an die Tariftreue gebunden. Da es gerade Bietern aus Niedriglohnländern – aufgrund der enormen Lohndifferenzen in West- und Osteuropa – nicht möglich ist, diese Vorgaben zu erfüllen, wirken die Tariftreueklauseln sogar als Marktzugangsbarriere mit dem Effekt, die heimische Wirtschaft zu bevorzugen. Die Entscheidung des EuGH vermag daher trotz der hieran geübten Kritik zu überzeugen, denn hinter einer solchen Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit muss ein plausibles Arbeitnehmerschutzkonzept stehen. Die Tariftreue nutzt hingegen nur die Abhängigkeit bestimmter Unternehmen vom staatlichen Auftraggeber aus.⁹⁶

Die zukünftige Herausforderung besteht folglich darin, einen Mittelweg zwischen der Gewährleistung sozialer Mindeststandards und der Verwirklichung des Binnenmarkts mit seinen wirtschaftlichen Freiheiten zu finden. Daher wendet der EuGH richtigerweise eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung an.⁹⁷ Das Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon, mit dem die soziale Dimension Europas gestärkt werden soll, könnte eine Richtung vorgeben. Vor allem der Aussage, dass eine Rechtfertigung von Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs nur dann möglich ist, wenn die Rechtsvorschrift auch die Beschäftigung im Rahmen eines privaten Auftrags und nicht nur eines öffentlichen Auftrages erfasst, kommt hierbei eine wegweisende Bedeutung zu.⁹⁸ Insoweit besteht auch eine Verbindungslinie zum bereits angesprochenen Kohärenzgebot, mit dem eine Verpflichtung zur Vermeidung widersprüchlicher Maßnahmen einhergeht.

⁹⁵ Klumpp NJW 2008, 3473 (3474).

⁹⁶ Löwisch, in: Löwisch/Rieble TVG, § 5 Rn. 270.

⁹⁷ EuGH, Rs. C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189, Rn. 31-34 – Rüffert.

⁹⁸ So auch Ludwigs, Die Verwaltung 49 (2016), 261 (271).

b) Die Reaktion der Länder

In Reaktion auf die *Rüffert*-Entscheidung verzichteten einige Länder ganz auf Tariftreueklauseln. Da allerdings gesetzliche Tariftreue Regelungen, sofern sie sich auf allgemeinverbindliche Mindestlohntarifverträge beziehen, auch weiterhin möglich sind,⁹⁹ folgte auf die anfängliche Schockstarre der Länder zum Großteil neue legislative Dynamik¹⁰⁰. Bei den Tariftreueklauseln der „zweiten Generation“¹⁰¹, ist jedoch zu beachten, dass ein solcher Lohnsatz nicht über den des AEntG hinausgehen sollte.¹⁰² Auch eine Vorlageentscheidung, welche die neuerlassenen Regelungen auf den Prüfstand des EuGH stellte, ließ nicht lange auf sich warten.

V. Die Entscheidung *Bundesdruckerei*

Die Entscheidung *Bundesdruckerei* erweist sich als Fortführung und Konkretisierung der *Rüffert*-Judikatur. Der Gerichtshof stellt hier klar, dass auch die Bindung eines Nachunternehmers mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat unzulässig ist.¹⁰³

1. Sachverhalt

In dem Ausgangsverfahren geht es um einen Rechtsstreit der Stadt Dortmund, die als öffentlicher Auftraggeber von einem in Polen ansässigen Nachunternehmen der *Bundesdruckerei GmbH*, gefordert hatte, sich zu verpflichten, den bei der Ausführung des Auftrags eingesetzten Arbeitnehmern, das damals laut § 4 Abs. 3 TVgG NRW vorgesehene Mindeststundenentgelt von 8,62 Euro (aktuell: 8,84 Euro) zu zahlen.¹⁰⁴ Die für den Nachprüfungsantrag zuständige Vergabekammer Arnsberg legte im Rahmen dieses Verfahrens dem EuGH die Frage vor, ob eine Verpflichtung eines Nachunternehmers bei ausschließlicher Leistungserbringung im Ausland mit Unionsrecht, insbesondere mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar ist.¹⁰⁵

2. Kernargumente des EuGH

Zunächst bestätigte der EuGH im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung der Vorlage die überwiegende Meinung in der Literatur, dass es sich bei Vergabekammern um Gerichte i.S.v. Art. 267 AEUV handelt.¹⁰⁶ Sodann antwortete er auf die Vorlagefrage, dass ein bei der Vergabe

⁹⁹ *Simon*, RdA 2014, 165 (175).

¹⁰⁰ *Thüsing/Granetzny*, NZA 2009, 183.

¹⁰¹ Bezeichnung nach *Glaser/Kahl*, ZHR 177 (2013), 643 (645).

¹⁰² EuGH, Rs. C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189, Rn. 40 – *Rüffert*.

¹⁰³ EuGH, Rs. C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235, Rn. 37 – *Bundesdruckerei*.

¹⁰⁴ EuGH, Rs. C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235, Rn. 9 – *Bundesdruckerei*.

¹⁰⁵ EuGH, Rs. C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235, Rn. 19 – *Bundesdruckerei*.

¹⁰⁶ EuGH, Rs. C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235, Rn. 20-23 – *Bundesdruckerei*; siehe dazu auch *Schwarze*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 267 AEUV Rn. 27; *Stickler*, in: *Reidt/Stickler/Glahs*, *VergabeR*, § 124 Rn. 19.

öffentlicher Aufträge vorgeschriebenes Mindestentgelt nicht auf die Arbeitnehmer eines Nachunternehmers mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat erstreckt werden kann, wenn die Arbeitnehmer den betreffenden Auftrag ausschließlich in dem anderen Staat ausführen.¹⁰⁷

a) Unanwendbarkeit der Richtlinien

Im Ausgangspunkt wurde festgestellt, dass es sich bei dem vorliegenden Fall – im Gegensatz zur *Rüffert*-Entscheidung – gerade nicht um eine Arbeitnehmerentsendung handelt, da das Nachunternehmen mit Sitz in Polen die auftragsgegenständlichen Leistungen dort ausführen wollte. Der Fall sei daher nicht anhand der Entsenderichtlinie zu entscheiden.¹⁰⁸ Die Begründung mit dem Wortlaut der Bestimmung ist sowohl im Hinblick auf das Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes und der Grundfreiheiten, wie auch durch den Vergleich zur *Rüffert*-Entscheidung schlüssig.¹⁰⁹ Auch wenn eine Anwendung der außer Kraft getretenen Vergabekoordinierungsrichtlinie in Betracht gekommen wäre, so scheidet eine Zulässigkeit des vergaberechtlichen Mindestlohns als „zusätzliche Bedingung für die Ausführung des Auftrags“, insbesondere als „sozialer Aspekt“ gem. Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG aus¹¹⁰, denn solche Anforderungen dürfen nur gestellt werden, sofern diese „mit dem Gemeinschaftsrecht“ vereinbar sind.¹¹¹

b) Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit

Mangels Einschlägigkeit vorrangiger sekundärrechtlicher Regelungen ist der vergaberechtliche Mindestlohn anhand von Art. 56 AEUV zu überprüfen. Der EuGH sieht in der Mindestentgeltvorgabe für das Nachunternehmen eine zusätzliche wirtschaftliche Belastung, die geeignet ist, die Erbringung ihrer Dienstleistungen im Aufnahmemitgliedsstaat zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen und ist demzufolge zumindest ein Eingriff in Form einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit.¹¹² Eine Rechtfertigung dessen sei nicht möglich. Der EuGH nennt hierfür zwei wesentliche Gründe. Zum einen sei die Regelung – wie auch schon in der *Rüffert*-Entscheidung zum Ausdruck gebracht – nach Ansicht des Gerichtshofs nicht geeignet, das Ziel des Arbeitnehmerschutzes, zu erreichen, wenn es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass die auf dem privaten Markt tätigen Arbeitnehmer nicht

¹⁰⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235, Rn. 37 – Bundesdruckerei.

¹⁰⁸ EuGH, Rs. C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235, Rn. 24 – Bundesdruckerei.

¹⁰⁹ Ebenso *Knauff*, EuZW 2014, 942 (945).

¹¹⁰ *Tugendreich*, NZBau 2015, 395 (399).

¹¹¹ EuGH, Rs. C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235, Rn. 28 – Bundesdruckerei.

¹¹² EuGH, Rs. C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235, Rn. 30 – Bundesdruckerei.

denselben Lohnschutz brauchen, wie die im Rahmen öffentlicher Aufträge tätigen Arbeitnehmer.¹¹³ Zum anderen sei die Regelung unverhältnismäßig, da sie nicht die unterschiedlichen Lebenshaltungskosten in den Mitgliedsstaaten berücksichtige. Der EuGH nimmt hier wieder eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung vor. Auch eine Rechtfertigung zum Schutz der Stabilität der Systeme der sozialen Sicherheit wird abgelehnt, da eine Belastung durch die in Polen arbeitenden polnischen Arbeitnehmer nicht zu erwarten sei. Im Folgenden werden nun die Kernargumente der Entscheidung bewertet und auf ihre praktischen Auswirkungen hin untersucht.

3. Bewertung und praktische Auswirkungen

Die Entscheidung *Bundesdruckerei* stellt eine Fortsetzung der *Rüffert*-Judikatur dar. Der EuGH gibt somit eine klare Rechtsprechungslinie vor, was im Grundsatz zu begrüßen ist. Ein ausschließlich bei öffentlichen Aufträgen geltender Mindestlohn kollidiert mit Europarecht. Zwar erkennt der EuGH eine Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls in Form des Arbeitnehmerschutzes grundsätzlich an, jedoch nicht partiellen Arbeitnehmerschutz. Im Hinblick auf das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon bekennt sich die Europäische Union allerdings nun ausdrücklich zur sozialen Marktwirtschaft und nennt die Ziele „Vollbeschäftigung“ und „sozialen Fortschritt“, vgl. Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 S. 2 EUV. Man könnte also argumentieren, dass eine Schritt für Schritt erfolgende Verwirklichung des Zieles Arbeitnehmerschutz nur möglich ist, wenn zunächst auch partieller Arbeitnehmerschutz in Form von Beschränkungen auf öffentliche Auftragsvergabe zulässig ist.¹¹⁴ Zudem muss bzw. kann der Rechtfertigungsgrund des Arbeitnehmerschutzes nicht notwendigerweise jeden denkbaren Schutzbedarf abdecken. Auch spielt die föderale Struktur der Bundesrepublik Deutschland eine entscheidende Rolle. Hierbei ist insbesondere zu beachten, dass den Ländern gerade eine solche Gesetzgebungskompetenz zum Erlass vergaberechtlicher Mindestlöhne zukommt. Der EuGH ist im konkreten Fall jedoch anderer Meinung.¹¹⁵

Als Konsequenz müssen die Länder daher Rechtssicherheit schaffen. Vorerst haben sie Merkblätter erlassen, in denen überwiegend zur europarechtskonformen Auslegung von vergabespezifischen Mindestlohnvorgaben geraten wird.¹¹⁶ Auch eine vollständige Unanwendbarkeit der entgegenstehenden Regelung wird vertreten. Als Argument wird hierfür

¹¹³ EuGH, Rs. C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235, Rn. 32 – *Bundesdruckerei*.

¹¹⁴ *Däubler*, NZA 2014, 694 (696).

¹¹⁵ Siehe dazu D. V. 2.

¹¹⁶ *Tugendreich*, NZBau 2015, 395 (400 f.).

angeführt, dass eine nicht eindeutige Auslegung des mitgliedsstaatlichen Rechts nach überwiegender Auffassung abzulehnen sei.¹¹⁷ Für eine primärrechtskonforme Auslegung spricht allerdings, dass auch so der Primärrechtsverstoß wirksam beseitigt werden könnte. § 4 Abs. 3 TVgG NRW und vergleichbare Mindestlohtreueregelungen müssen deshalb nicht aufgrund des Urteils aufgehoben oder geändert werden.¹¹⁸ Erst wenn eine primärrechtskonforme Auslegung nicht möglich ist, tritt die Rechtsfolge der Unanwendbarkeit ein. In Bezug auf die praktischen Auswirkungen der EuGH-Entscheidung gilt es im Näheren, zwischen der Geltung auch für Auftragnehmer mit Sitz im EU-Ausland, den Auswirkungen auf bestehende Verträge sowie der Zukunft des vergaberechtlichen Mindestlohns zu differenzieren.

a) Geltung auch für Auftragnehmer mit Sitz im EU-Ausland

Die Entscheidung bezieht sich zwar konkret nur auf Nachunternehmer, allerdings erscheint eine Übertragung auf Auftragnehmer mit Sitz im EU-Ausland möglich, sofern zumindest ein Teil der Leistung in einem anderen Mitgliedsstaat erbracht wird, denn der EuGH sieht die Verpflichtung zur Zahlung eines Mindestentgelts als Beschränkung an, egal ob diese für Bieter oder Nachunternehmer besteht.¹¹⁹

b) Auswirkungen auf bestehende Verträge

Des Weiteren ist fraglich, ob neben den zukünftigen, auch bereits bestehende und abgeschlossene Verträge von der EuGH-Entscheidung betroffen sind. Die Grundfreiheiten sind primär an die Mitgliedsstaaten gerichtet, daher ist dies von der Frage abhängig, ob sie unmittelbare oder mittelbare Drittwirkung zwischen Privaten entfalten.¹²⁰ Würden die Grundfreiheiten sich unmittelbar auf den Privatrechtsverkehr auswirken, so wären auch in der Vergangenheit durchgeführte (und abgeschlossene) Ausschreibungen, bei denen Verpflichtungserklärungen zur Zahlung eines bestimmten Mindestentgelts eingeholt wurden unter Verstoß gegen Unionsrecht durchgeführt und somit nichtig.¹²¹ Im Hinblick auf individuelle Vereinbarungen i.V.m. Art. 56 AEUV ist dies jedoch noch nicht abschließend geklärt. Der EuGH hat eine unmittelbare Bindung Privater an die Dienstleistungsfreiheit immer dann anerkannt, wenn es um kollektive Regelungen ging, die auf eine grenzüberschreitende

¹¹⁷ *Simon*, RdA 2014, 165 (173).

¹¹⁸ So auch *Forst*, NJW 2014, 3755 (3758).

¹¹⁹ *Mager/Ganschow*, NZBau 2015, 79 (81); vgl. dazu auch EuGH, Rs. C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235, Rn. 30 – Bundesdruckerei.

¹²⁰ Der EuGH bejaht die Drittwirkung bei Handeln sog. intermediärer Gewalten: siehe dazu EuGH, Rs. C-51/96 und Rs. C-191/97, ECLI:EU:C:2000:199, Rn. 47 – *Deliège*; vgl. dazu allgemein auch *Armbrüster*, in: MüKoBGB, § 134 BGB Rn.38.

¹²¹ *Mager/Ganschow*, NZBau 2015, 79 (82).

gewerbliche Betätigung Einfluss nehmen.¹²² Im Schrifttum ist dies zum Teil auf Kritik gestoßen.¹²³ Soweit jedoch im Bereich der Dienstleistungsfreiheit tarifvertragliche oder vergleichbare kollektivrechtliche Regelungen der Ausübung bestimmter Dienstleistungen durch Private gegeben sind, können diese weitgehend unabhängig von staatlicher Kontrolle autonome Regelungen treffen.¹²⁴ Befinden sich Private also in Positionen, die mit staatlichen Einheiten vergleichbar sind, nimmt der EuGH zu Recht die Verpflichtung zur Einhaltung der Grundfreiheiten durch Private an.¹²⁵ Die Privaten sind dann den Mitgliedsstaaten gleichgestellt und deshalb auch den Grundfreiheiten verpflichtet. Bei der Verpflichtung zur Zahlung eines bestimmten Mindestentgelts handelt es sich jedoch um eine individuelle Vereinbarung zwischen öffentlichem Auftraggeber und privatem Auftragnehmer. Das private Unternehmen nimmt keine Position ein, die mit einer staatlichen Stelle vergleichbar ist. Im Bereich des Vergaberechts ist jedenfalls dann unproblematisch eine unmittelbare Wirkung des Primärrechts zu bejahen, sobald die Vergabestelle dem Staat zuzurechnen ist. Somit dürfte es weder zu einer Vertragsstrafe i.S.d. § 12 Abs. 1 TVgG NRW oder zu einer außerordentlichen Kündigung gem. § 12 Abs. 2 TVgG NRW aufgrund einer unionsrechtswidrigen vergabespezifischen Mindestlohnverpflichtung kommen.¹²⁶ Es ist ferner nicht auszuschließen, dass bei einem Verstoß Staatshaftungsansprüche geltend gemacht werden können, zumal wie in der *Rüffert*-Entscheidung bereits deutlich gemacht wurde, eine kohärente Verfolgung des Ziels des Arbeitnehmerschutzes erforderlich ist, was nicht der Fall ist, wenn die entgegenstehenden Regelungen nur für öffentliche und nicht gleichermaßen für private Aufträge gelten.

c) Die Zukunft des vergaberechtlichen Mindestlohns

Als weitere Reaktion auf die Entscheidung *Bundesdruckerei* wurde in der Literatur teilweise vertreten, dass der vergaberechtliche Mindestlohn bereits vor dem Aus steht.¹²⁷ Als Gründe werden angeführt, dass die Vergabegesetze in vielen Ländern ihre Ziele verfehlen und dazu führen, dass weniger Wettbewerb stattfindet. Insbesondere sinkt das Angebot, da vor allem Bieter aus Niedriglohnländern den Anreiz verlieren, an einem europäischen Wettbewerb teilzunehmen, wenn sie infolge der Lohnkostendifferenzen keine günstigeren Angebote abgeben können als bisher. Oftmals fehlen auch finanzielle Mittel und personelle Ressourcen

¹²² Siehe dazu EuGH, Rs. C-36/74, ECLI:EU:C:1974:140, Rn. 16/19 – Walrave; EuGH, Rs. C-51/96 und Rs. C-191/97, ECLI:EU:C:2000:199, Rn. 47 – Deliège.

¹²³ Vgl. hierzu u.a. Kluth, in: EUV/AEUV, Art. 56, 57 AEUV Rn. 49 f.

¹²⁴ So auch Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 2979.

¹²⁵ Siehe dazu EuGH, Rs. C-36/74, ECLI:EU:C:1974:140, Rn. 16/19 – Walrave; EuGH, Rs. C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463, Rn. 117, 119 – Bosman; EuGH, Rs. C-171/11, ECLI:EU:C:2012:453, Rn. 31 f. – Fra.bo.

¹²⁶ Ebenso Tugendreich, NZBau 2015, 395 (399); Mager/Ganschow, NZBau 2015, 79 (82).

¹²⁷ So z.B. Tugendreich, NZBau 2015, 395; Mager/Ganschow, NZBau 2015, 79; sowie Forst, NJW 2014, 3755.

der öffentlichen Auftraggeber, um sinnvolle Kontrollen der Einhaltung der Vorgaben durchzuführen.¹²⁸ Jedoch sollte nicht aus den Augen verloren werden, dass die Ziele der Vergabegesetze durchaus sinnvoll sind. Sie wollen vor allem Lohndumping zulasten der Arbeitnehmer verhindern. Auch der Trend der Länder scheint dahin zu gehen, weiterhin von ihren Kompetenzen zum Erlass vergaberechtlicher Mindestlöhne Gebrauch machen zu wollen. Mit Blick auf die Entscheidung *Bundesdruckerei*, die einen Sonderfall darstellt, in dem die Erbringung der Leistung ausschließlich in einem anderen Mitgliedsstaat stattfindet, lässt sich vor allem festhalten, dass der Gerichtshof auch hier keine generelle Europarechtswidrigkeit von Landesvergabegesetzen festgestellt hat. Bislang blieb nämlich die Frage, ob ein vergabespezifischer Mindestlohn unionsrechtlich zulässig wäre, wenn sich ein inländischer Bieter an einer Vergabe im Inland beteiligt und den Auftrag einschließlich aller Vorleistungen nur im Inland erbringen möchte, offen.¹²⁹ Einen solchen Sachverhalt erfasst die *RegioPost*-Entscheidung des EuGH.

VI. Die *RegioPost*-Entscheidung

Das OLG Koblenz legte dem EuGH die Frage vor, ob eine Regelung wie die des § 3 LTTG zum vergabespezifischen Mindestlohn, insbesondere mit der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG vereinbar ist. Der Kerninhalt der Regelung des einschlägigen § 3 LTTG besteht darin, dass in Rheinland-Pfalz öffentliche Aufträge nur an Unternehmen vergeben werden dürfen, die sich bei Angebotsabgabe schriftlich dazu verpflichten, den bei der Ausführung eingesetzten Arbeitnehmern mindestens 8,70 Euro (aktuell: 8,90 Euro) Bruttostundenlohn zu zahlen. Nach der Vergabekoordinierungsrichtlinie haben die öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit, zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorzuschreiben – welche unter anderem soziale Aspekte betreffen können – sofern diese mit dem Unionsrecht vereinbar sind und in der Vergabebekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden.¹³⁰ Mit Blick auf den zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt noch nicht in Kraft getretenen bundeseinheitlichen Mindestlohn scheint in diesem Zusammenhang auch klärungsbedürftig, ob und in welchen Grenzen das Unionsrecht noch Raum für den vergabespezifischen Mindestlohn lasse.

¹²⁸ Vgl. dazu *Meißner*, ZfBR 2014, 453 (459).

¹²⁹ *Faber*, NVwZ 2015, 257 (261).

¹³⁰ Art. 26 („Bedingungen für die Auftragsausführung“) der RL 2004/18/EG; s. dazu auch EuGH, Rs. C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760, Rn.7 – *RegioPost*.

1. Sachverhalt und Leitsätze der Entscheidung

In dem zugrunde liegenden Sachverhalt, schloss die Stadt Landau das deutsche Unternehmen *RegioPost* von der Beteiligung an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags über die Postdienstleistungen der Stadt aus. Das Unternehmen wollte sich, entgegen den Bestimmungen der Vergabebekanntmachung, nicht verpflichten, den bei der Ausführung des Auftrags eingesetzten Arbeitnehmern einen Mindestlohn zu zahlen.¹³¹

a) Zulässigkeit

Zunächst musste sich der EuGH mit der Frage der Zulässigkeit der Vorlage befassen, denn es wird teilweise gerügt, dass es in dem vorliegenden Verfahren an einem grenzüberschreitenden Bezug fehle, da ausschließlich Unternehmen eines Mitgliedsstaates beteiligt gewesen seien.¹³² Der EuGH wies diesen Einwand zu Recht zurück. Da hier vorliegend die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG anwendbar sei, müsse ein grenzüberschreitender Sachverhalt nicht positiv festgestellt werden.¹³³ Zudem komme sogar ein gewisses grenzüberschreitendes Interesse hinzu, denn der Wert des im Auftragsverfahren in Rede stehenden Auftrags überschreite den Schwellenwert der Richtlinie klar und wurde deshalb unionsweit ausgeschrieben, was zumindest ein Interesse ausländischer Unternehmer an dem Auftrag nicht gänzlich ausschließe.¹³⁴ Die Vorlage des OLG Koblenz war demnach zulässig.

b) Antwort des EuGH

Der Gerichtshof stellt fest, dass die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG Rechtsvorschriften nicht entgegensteht, nach denen sich Bieter und deren Nachunternehmer schriftlich verpflichten müssen, den Beschäftigten, die zur Ausführung der Leistungen eingesetzt werden sollen, einen im Vorfeld festgelegten Mindestlohn zu zahlen. Der EuGH qualifiziert § 3 LTTG als zusätzliche Bedingung für die Ausführung des Auftrags in Bezug auf „soziale Aspekte“ i.S.v. Art. 26 der Vergabekoordinierungsrichtlinie.¹³⁵ Auch diese zusätzlichen Bedingungen müssen nach dem Wortlaut des Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG mit dem Unionsrecht vereinbar sein. Einschlägig sind hier wiederum die Entsenderichtlinie sowie die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV. Es müsse allerdings zwischen der Rechtssache *Rüffert*, in der vor allem problematisch war, dass ein Mindestentgelt nur für öffentliche und nicht für private Aufträge vorgeschrieben wurde, und dem vorliegenden Fall differenziert

¹³¹ Vgl. EuGH, Rs. C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760, Rn. 19-43 – *RegioPost*.

¹³² EuGH, Rs. C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760, Rn. 44 – *RegioPost*.

¹³³ So auch *Siegel*, *EuZW* 2016, 101 (102).

¹³⁴ EuGH, Rs. C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760, Rn. 51 – *RegioPost*.

¹³⁵ EuGH, Rs. C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760, Rn. 54 – *RegioPost*.

werden. Im Gegensatz zu der in dem Urteil *Rüffert* auf dem Prüfstand stehenden Norm, lege § 3 LTTG einen Mindestlohnsatz selbst fest. Es handle sich daher um einen vergabespezifischen Mindestlohn, nicht um eine Tariftreueklausel.¹³⁶ Überdies stellt der EuGH fest, dass die Beschränkung des Geltungsbereichs der nationalen Maßnahme auf öffentliche Aufträge eine bloße Folge des Umstands sei, dass es für diesen Bereich spezielle unionsrechtliche Regelungen gäbe, was im konkreten Fall die Vergabekoordinierungsrichtlinie betreffe.¹³⁷ Diese Sichtweise werde auch durch eine Auslegung der Richtlinie 2004/18/EG im Lichte von Art. 56 AEUV bestätigt. Der EuGH verweist auf die Entscheidung *Bundesdruckerei* und nimmt auch hier eine Beschränkung an. Allerdings dürfe eine solche Maßnahme grundsätzlich gerechtfertigt sein, da diese eine andere Reichweite habe. Die den vergabespezifischen Mindestlohn festlegende Regelung, sei eine zwingende Bestimmung, die ein Mindestmaß an sozialem Schutz gewähre und darüber hinaus allgemein und branchenunabhängig für die Vergabe aller öffentlichen Aufträge im Land Rheinland-Pfalz gelte.¹³⁸ Demzufolge gelangt der EuGH zu dem Ergebnis, dass es nicht gegen Unionsrecht verstößt, wenn ein Bieter, der es ablehnt, sich zur Zahlung des Mindestlohns an seine Beschäftigten zu verpflichten, vom Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags ausgeschlossen wird.

2. Bewertung

Nachdem die deutsche vergaberechtliche Tariftreue- und Mindestlohngesetzgebung in den vergangenen Entscheidungen *Rüffert* und *Bundesdruckerei* zweimal für unvereinbar mit Unionsrecht erklärt wurde und der vergaberechtliche Mindestlohn in der Literatur bereits vor dem Aus gesehen wurde¹³⁹, hat der EuGH indes nun doch seine prinzipielle unionsrechtliche Zulässigkeit bejaht. Allerdings war das Urteil keine große Überraschung, denn schon die Entscheidung *Rüffert* schloss den vergabespezifischen Mindestlohn nicht vollkommen aus. Der EuGH bestätigte und bekräftigte vielmehr, dass unter bestimmten Voraussetzungen die Vorgabe eines Mindestlohns bei öffentlichen Aufträgen gestattet ist. Die Entscheidung *Bundesdruckerei* behandelte hingegen einen Sonderfall der Mindestlohnbindung, welcher als unionsrechtswidrig anzusehen ist und mit der Rechtssache *RegioPost* auch nicht in Frage gestellt wird.¹⁴⁰

¹³⁶ Vgl. dazu auch *Schnieders*, NVwZ 2016, 212 (216).

¹³⁷ EuGH, Rs. C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760, Rn. 65 – *RegioPost*.

¹³⁸ EuGH, Rs. C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760, Rn. 75 f. – *RegioPost*.

¹³⁹ So z.B. *Tugendreich*, NZBau 2015, 395; *Mager/Ganschow*, NZBau 2015, 79; sowie *Forst*, NJW 2014, 3755.

¹⁴⁰ In diese Richtung: *Schnieders*, NVwZ 2016, 212 (216).

a) Praktische Bedeutung

Das Urteil des EuGH ist von großer praktischer Bedeutung.¹⁴¹ Nunmehr ist klargestellt, dass das Ziel des Arbeitnehmerschutzes durchaus auch wirksam in Form von vergabespezifischen Mindestlöhnen durchgesetzt werden kann. Jedoch müssen diese Vorgaben hinreichend genau und zugänglich sein.¹⁴² Eine einfache Tariftreueklausel, also eine Konstellation wie sie dem *Rüffert*-Urteil zugrunde lag, wird auch weiterhin nicht gebilligt. Die Entscheidung *RegioPost* bezieht sich vielmehr auf einen landesvergaberechtlichen Mindestlohn, der ausdrücklich betragsgemäß festgelegt ist. Im Widerspruch stehen die Entscheidungen keineswegs, eher stellt der Fall *RegioPost* eine indirekte Fortführung der bisherigen Judikatur des EuGH dar.

b) Kohärenzgebot beachtet?

Der EuGH hat in den Fällen *Rüffert* und *Bundesdruckerei* die Rechtfertigung einer Diskriminierung nicht zugelassen, da eine Begünstigung nur für Arbeitnehmer, welche öffentliche Aufträge wahrnehmen, vorlag. Nachdem die Regelung gerade nicht unterschiedslos für alle Arbeitnehmer des Staates galt, lag hierin ein Verstoß gegen das unionsrechtliche Kohärenzgebot. Zwar zeigt der EuGH im *Regio-Post*-Urteil diese Diskrepanz wiederum auf, führt aber an, es sei bloße Folge des Umstandes, dass es für den Bereich der öffentlichen Aufträge spezielle Regelungen des Unionsrechts gebe.¹⁴³ Die Argumentation erscheint auf den ersten Blick kritikwürdig, weil auch hier nur eine Geltung für öffentliche Aufträge vorliegt. Allerdings werden durch die Vergaberichtlinien de facto soziale Aspekte zugelassen und ermöglichen so auch zusätzliche Bedingungen über die üblichen Eignungs- und Leistungskriterien des Vergaberechts hinaus. Richtlinien müssen primärrechtskonform sein. Der Unterschied zur *Bundesdruckerei*-Entscheidung liegt folglich genau darin, dass hier gerade keine primärrechtswidrigen Anforderungen durch die Richtlinie 2004/18/EG gestellt werden. *Frenz* zieht eine Parallele zur *Wienstrom*-Entscheidung¹⁴⁴, die erstmals eine enge Verknüpfung der öffentlichen Auftragsvergabe mit der zunehmenden Akzeptanz von ökologischen Kriterien feststellte.¹⁴⁵ Zudem ist die Geltung nicht nur auf die Baubranche beschränkt, wie es in der Regelung des LVergabeG der Fall war, die der *Rüffert*-Entscheidung zu Grunde lag. Ein Verstoß gegen das Kohärenzgebot liegt daher, wie der EuGH richtigerweise erkennt, nicht vor.

¹⁴¹ So auch *Olbertz*, GWR 2016, 103.

¹⁴² *Frenz*, DVBl. 2016, 50 (52).

¹⁴³ EuGH, Rs. C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760, Rn.65 – *RegioPost*.

¹⁴⁴ EuGH, Rs. C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651 – *Wienstrom*.

¹⁴⁵ *Frenz*, DVBl. 2016, 50 (50).

c) Auswirkungen der Einführung des flächendeckenden Mindestlohns

Klärungsbedürftig bleibt, wie das Urteil ausgefallen wäre, wenn der bundeseinheitliche Mindestlohn zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt bereits in Kraft getreten wäre. Denn der EuGH begründet seine Entscheidung auch damit, dass ein vergabespezifischer Mindestlohn ein absolutes Mindestmaß an sozialem Schutz biete, da keine andere Regelung einen niedrigeren Schutz vorsehe. Der flächendeckende Mindestlohn, derzeit i.H.v. 8,84 Euro, liegt unter dem in § 3 S. 1 LTTG festgelegten Mindestlohn und bietet somit auch ein Mindestmaß an sozialem Schutz für Arbeitnehmer.¹⁴⁶ Nimmt man die Argumentation des EuGH wörtlich, so käme man zu dem Ergebnis, dass ein vergabespezifischer Mindestlohn unnötig wäre. Dessen ungeachtet gibt es aber weiter gute Gründe, den Fall auch heute genauso zu entscheiden.¹⁴⁷ Vergaberechtliche Mindestlöhne greifen – wie oben bereits erwähnt – dort, wo das MiLoG Lücken aufweist, was vom Gesetzgeber so gewollt ist und nun auch in § 128 Abs. 1 GWB explizit ausgedrückt wird.¹⁴⁸ Die Kompetenz zum Erlass vergaberechtlicher Mindestlöhne liegt bei den Ländern. Solange Landesrecht folglich nicht im Widerspruch zum Bundesrecht steht, müssen auch die unterschiedlichen Lebenshaltungskosten in den einzelnen Bundesländern berücksichtigt werden, denn das ergibt sich aus Art. 4 Abs. 2 EUV, wonach den Mitgliedsstaaten nicht verwehrt werden darf, ihre Zuständigkeiten effektiv auszuüben.¹⁴⁹ In Deutschland liegt genau diese Kompetenz aufgrund der föderalen Struktur bei den Ländern. Eine Überschreitung des Bundesmindestlohns in einem wirtschaftlich stärkeren Bundesland in einer Höhe, die genau die unterschiedlichen Lebenshaltungskosten ausgleichen will, sollte unionsrechtlich also auch nach Einführung des flächendeckenden Mindestlohns unbedenklich sein. Jedoch bleibt eine Einzelfallprüfung der Verhältnismäßigkeit der Höhe der Überschreitung bedeutsam.

d) Inländerdiskriminierung

Soweit es um die Vergabe von Dienstleistungen geht, die von Arbeitnehmern ausschließlich in einem anderen EU-Mitgliedstaat – einem Land im Niedriglohnsektor – erbracht werden, ist die Bindung an einen vergabespezifischen inländischen Mindestlohn unionsrechtswidrig. Die Beibehaltung der Mindestlohnvorgaben allein für Bieter aus dem Inland führt im Ergebnis zu einer Diskriminierung, welche unionsrechtlich jedoch nicht zu beanstanden ist.¹⁵⁰ Das

¹⁴⁶ Vgl. dazu *Olbertz*, GWR 2016, 103 (103).

¹⁴⁷ *Bonitz*, NZBau 2016, 418 (420).

¹⁴⁸ *Schnieders*, NVwZ 2016, 212 (216).

¹⁴⁹ *Bonitz*, NZBau 2016, 418 (420).

¹⁵⁰ *Gundel*, EuZW 2008, 675 (679); *Hanau*, NZA 2008, 751; *Bayreuther*, EuZW 2009, 102; Anders aber VK Lüneburg, NJOZ 2008, 3922 (3932); *Otting*, AbfallR 2008, 142 (143); *Mohr*, VergabeR 2009, 543 (557).

Unionsrecht findet nämlich nur insoweit Anwendung, als ein grenzüberschreitender Bezug vorliegt. So kann ein Mitgliedsstaat von inländischen Bietern die schriftliche Verpflichtung zur Zahlung eines Mindestlohns an die bei der Ausführung des Auftrags beschäftigten Arbeitnehmer verlangen, auch wenn er eine solche Verpflichtung, aufgrund der Unionsrechtswidrigkeit, nicht von ausländischen Bietern fordert.¹⁵¹ Diese Problemstellungen sind nach Maßgabe des mitgliedsstaatlichen Rechts zu lösen. Zum einen können sich die inländischen Bieter auf Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG berufen, bei qualifizierten Verstößen zum anderen auf die Grundsätze der Vergabe, insbesondere das vergaberechtliche Gleichbehandlungsgebot aus § 97 Abs. 2 GWB. Nach herrschender Meinung ist Art. 3 Abs. 1 GG bei einer Inländerdiskriminierung nicht verletzt, denn eine solche Verletzung setzt eine Ungleichbehandlung voraus, die auf denselben Hoheitsträger zurückzuführen ist. Dies ist bei einem grenzüberschreitenden und einem nationalen Sachverhalt, genau wie bei Sachverhalten aus verschiedenen Bundesländern nicht der Fall.¹⁵² Im Rahmen der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG wird der Bieter in seiner Berufsausübungsfreiheit beschränkt. Nach der sog. Drei-Stufen-Theorie des BVerfG¹⁵³ sind Berufsausübungsregelungen verfassungsgemäß, wenn sie durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls legitimiert werden und verhältnismäßig sind. In diesem Sinne hat sich das BVerfG mit Blick auf die Präsenz von Handwerkern aus dem EU-Ausland auf dem deutschen Markt für eine weite Auslegung der Ausnahmen vom Meisterzwang für Inländer ausgesprochen.¹⁵⁴ Ungeachtet dessen können partielle Mindestlohnvorschriften umso weniger gerechtfertigt werden, desto mehr Bieter aus anderen Mitgliedsstaaten an einem Vergabeverfahren teilnehmen.¹⁵⁵ Neben den angesprochenen Grundrechten, kann sich ein inländischer Wirtschaftsteilnehmer auch auf die Grundsätze der Vergabe berufen. Nach § 97 Abs. 1 GWB werden öffentliche Aufträge im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben. Des Weiteren gilt der wettbewerbsrechtliche Gleichheitssatz des § 97 Abs. 2 GWB, nach dem der öffentliche Auftraggeber dazu verpflichtet ist, alle Teilnehmer des Vergabeverfahrens gleich zu behandeln.¹⁵⁶ Das Gleichbehandlungsgebot muss in allen Phasen des Vergabeverfahrens beachtet werden, denn die Unternehmen haben gem. § 97 Abs. 6 GWB einen Anspruch darauf,

¹⁵¹ *Pünder/Klafki*, NJW 2014, 429 (433).

¹⁵² *Tugendreich*, NZBau 2015, 395 (401).

¹⁵³ BVerfGE 7, 377 (404 ff.) – Apothekenurteil.

¹⁵⁴ BVerfGE 13, 97, (104 ff.).

¹⁵⁵ Vgl. *Bayreuther*, EuZW 2009, 102 (105).

¹⁵⁶ Siehe dazu u.a. EuGH, Rs. C-470/99, ECLI:EU:C:2002:746, Rn. 93 – *Universale-Bau*.

dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden. Diese Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz hat auch der EuGH in seiner Rechtsprechung anerkannt.¹⁵⁷

e) Vergaberechtsreform

Fraglich ist auch, inwiefern die Vergaberechtsreform aus dem Jahr 2015 Einfluss auf die Vereinbarkeit der Landesmindestlohnvorgaben mit dem Unionsrecht haben könnte. Ziel der Modernisierung des Vergaberechts ist es, zwischen den Bedürfnissen des fortschreitenden Binnenmarktes, dessen Vereinheitlichung und der gleichzeitigen Einbindung sozialer, ökologischer und innovativer Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe, einen Ausgleich zu schaffen.¹⁵⁸ Relevant ist in diesem Zusammenhang vor allem Richtlinie 2014/24/EU¹⁵⁹, die an Stelle der Vergabekoordinierungsrichtlinie tritt. Allerdings sieht sowohl der in der *RegioPost*-Entscheidung als Prüfungsmaßstab herangezogene Art. 26 der Vergabekoordinierungsrichtlinie als auch der neue Art. 70 der Richtlinie 2014/24 eine Möglichkeit zur Einbringung von Zusatzbedingungen vor, sodass eine Änderung der vorstehenden Grundsätze nicht erfolgt.¹⁶⁰ Eine Umsetzung erfolgt jetzt in § 128 Abs. 2 GWB, der durch die Formulierung „insbesondere“ allerdings den Eindruck erwecken mag, dass der Landesgesetzgeber einen größeren Spielraum hätte. Im Vergleich mit Art. 70 der Richtlinie 2014/24 wird jedoch deutlich, dass dieser so – wie oben bereits festgestellt – nicht existiert.

E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und Ausblick

Landesmindestlohnvorgaben sind im Grundsatz mit Unionsrecht vereinbar. Die aufgeworfene Frage, ob der vergaberechtliche Mindestlohn noch eine Zukunft hat, lässt sich nach der *RegioPost*-Entscheidung des EuGH folglich mit einem „Ja“ beantworten. Allerdings ist der Spielraum der Länder zur effektiven Verwirklichung des Ziels des Arbeitnehmerschutzes eng begrenzt, was die Entscheidungen *Rüffert* und *Bundesdruckerei* gezeigt haben. Der Fall *Rüffert* macht zudem deutlich, dass bloße Tariftreueklauseln dem Unionsrecht widersprechen. Europarechtskonform sind dagegen hinreichend genaue und transparente Mindestlohnbestimmungen. Daran ändert auch die Entscheidung *Bundesdruckerei* nichts, die einen Sonderfall zum Gegenstand hatte.

¹⁵⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736, Rn. 28 ff. – Belgacom NV.

¹⁵⁸ Vgl. dazu Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG) v. 17.02.2016, verkündet im BGBl. I Nr.8 v. 23.02.2016, S. 203.

¹⁵⁹ RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der RL 2004/18/EG, ABl. 2014 L 94/65; im Folgenden: Richtlinie 2014/24.

¹⁶⁰ *Bonitz*, NZBau 2016, 418 (421).

Deutlich wird durch die Rechtsprechungslinie des EuGH vor allem die enorme Bedeutung der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Unverhältnismäßig ist es beispielsweise, wenn der Schutz der heimischen Wirtschaft im Hinblick auf ausländische Konkurrenz aus Billiglohnländern mehr im Vordergrund steht als die Interessen der Arbeitnehmer. Hier würde bereits der legitime Zweck entfallen.¹⁶¹ Eine weitere Grenze besteht bei einer zu hohen Ansetzung des Mindestlohns, die eher als eine Marktzugangsbarriere wirkt. Es bleibt folglich abzuwarten, wie die Länder mit ihrer Gesetzgebungskompetenz umgehen, der Bund lässt ihnen jedenfalls im MiLoG einen Spielraum und weist nicht auf die strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung hin, was wünschenswert gewesen wäre.¹⁶²

Vergaberechtliche Landesmindestlohnvorgaben bieten ein wichtiges Instrument zur Verwirklichung des Ziels des Arbeitnehmerschutzes und bleiben dies auch nach Einführung des bundeseinheitlichen Mindestlohns. Es muss jedoch ein glaubhaftes Arbeitnehmerschutzkonzept hinter den Regelungen stehen, wobei auch das unionsrechtliche Kohärenzgebot eine wichtige Rolle spielt. Das Kohärenzgebot ist sowohl bei der Auslegung der Richtlinien als auch bei der Prüfung der Dienstleistungsfreiheit heranzuziehen. Eine Beschränkung der vergaberechtlichen Mindestlohnvorgaben auf öffentliche Aufträge ist inkohärent und demzufolge unionsrechtswidrig. Da der EuGH in seinen Entscheidungen nun umfassend zum vergaberechtlichen Mindestlohn Stellung bezogen hat, bedarf es keiner erneuten Vorlage nationaler Gerichte, denn sowohl die Einführung des bundeseinheitlichen Mindestlohns als auch die Vergaberechtsreform ändern an der Sichtweise des EuGH nichts mehr.

¹⁶¹ So auch bereits: *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3, Beihilfe- und Vergaberecht, Rn. 3014.

¹⁶² In diese Richtung auch *Bonitz*, NZBau 2016, 418 (421).

Literaturverzeichnis

Bayreuther, Frank, Der gesetzliche Mindestlohn, NZA 2014, S. 865.

Bayreuther, Frank, Inländerdiskriminierung bei Tariftreueerklärungen im Vergaberecht, EuZW 2009, S. 102.

Bayreuther, Frank, Tariftreue vor dem Aus – Konsequenzen der Rüffert-Entscheidung des EuGH für die Tariflandschaft, NZA 2008, S. 626.

Bonitz, Kai, Die vergaberechtliche Zulässigkeit von Landesmindestlohnvorgaben – Von Rüffert über Bundesdruckerei bis RegioPost, NZBau 2016, S. 418.

Calliess, Christian/ Ruffert, Matthias, EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischen Grundrechten, Kommentar, 5. Auflage, München 2016 (zitiert: *Autor*, in: EUV/AEUV).

Csaki, Alexander/ Freundt, Anja, Europarechtskonformität von vergabegesetzlichen Mindestlöhnen?, KommJur 2012, S. 246.

Däubler, Wolfgang, Der vergaberechtliche Mindestlohn im Fadenkreuz des EuGH – Auf dem Weg zu Rüffert II?, NZA 2014, S. 694.

Däubler, Wolfgang (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 3.Auflage, Baden-Baden 2012, (zitiert: *Autor*, in: TVG).

Düwell, Franz Josef/ Schubert, Jens, Mindestlohngesetz, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2016, (zitiert: *Autor*, in: Düwell/Schubert, Handkommentar MiLoG).

Ehlers, Dirk (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4.Auflage, Berlin 2015, (zitiert: *Autor*, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten).

Faber, Markus, Die verfassungs- und europarechtliche Bewertung von Tariftreue- und Mindestentgeltregelungen in Landesvergabegesetzen: Eine Untersuchung mit besonderer Berücksichtigung des ÖPNV-Sektors, NVwZ 2015, S. 257.

Forst, Gerrit, Steht der vergaberechtliche Mindestlohn vor dem Aus?, NJW 2014, S. 3755.

Frenz, Walter, Handbuch Europarecht, Band 1 Europäische Grundfreiheiten, 2. Auflage, Berlin – Heidelberg 2012.

Frenz, Walter, Handbuch Europarecht, Band 3 Beihilfe- und Vergaberecht, 1.Auflage, Berlin–Heidelberg 2007.

Frenz, Walter, Mindestlohnerfordernis zulässig, Tariftreueklausel nicht, DVBl. 2016, S. 47.

Frenz, Walter, Soziale Vergabekriterien im Spiegel aktueller Judikatur von EuGH und BVerfG, NZS 2011, S. 321.

Glaser, Wolfgang/ Kahl, Andreas, Zur Europarechtskonformität kombinierter Tariftreue- und Mindestlohnklauseln in Landesvergabegesetzen, ZHR 177 (2013), S. 643.

Literaturverzeichnis

- Gundel, Jörg*, Verfassungsmäßigkeit der bayrischen Tariftreueregelung, *EuZW* 2008, S. 675.
- Hanau, Peter*, Tariftreue nicht überall vor dem Aus, *NZA* 2008, S. 751.
- Hofmann, Alexander*, Noch einmal: Die Auswirkungen von Rüffert, *RdA* 2010, S. 351.
- Klumpp, Stefan*, Dienstleistungsfreiheit versus Tariftreue, *NJW* 2008, S. 3473.
- Knauff, Matthias*, Dienstleistungsfreiheit: Unzulässige vergaberechtliche Bindung an Mindestlohn, *EuZW* 2014, S. 942.
- Koberski, Wolfgang/ Asshoff, Gregor/ Eustrup, Gabriele/ Winkler, Holger*, Arbeitnehmer-Entsendegesetz: AEntG MiArbG, Kommentar, 3. Auflage, München 2011.
- Koberski, Wolfgang/ Schierle, Florian*, Balance zwischen Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz gewahrt? - Zugleich Besprechung zum Urteil des EuGH v. 3. 4. 2008 – Rs. C-346/06 – Ruffert, *RdA* 2008, S. 233.
- Lakies, Thomas*, Mindestlohngesetz, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2017.
- Latzel, Clemens*, Soziale Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Richtlinie 2014/24/EU, *NZBau* 2014, S. 673.
- Lippert, André*, Das Kohärenzerfordernis des EuGH, *EuR* 2012, S. 90.
- Löwisch, Manfred/ Rieble, Volker*, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, München 2012 (zitiert: *Autor*, in: Löwisch/Rieble TVG).
- Ludwigs, Markus*, Rechtsprechungsanalyse: Wirtschaftsverwaltungsrecht: Bericht über ausgewählte Entscheidungen aus den Jahren 2010 bis 2015, *Die Verwaltung* 49 (2016), S. 261.
- Mager, Stefan/ Ganschow, Silke*, Das Aus für den vergabespezifischen Mindestlohn?, *NZBau* 2015, S. 79.
- Meißner, Barbara*, Landesvergabegesetze und (k)ein Ende?, *ZfBR* 2014, S. 453.
- Mohr, Jochen*, Ein soziales Vergaberecht?, *VergabeR* 2009, S. 543.
- Olbertz, Klaus*, Vergabe öffentlicher Aufträge kann von der Zahlung eines Mindestlohns abhängig gemacht werden, *GWR* 2016, S. 103.
- Oppermann, Thomas/ Classen, Dieter/ Nettesheim, Martin* (Hrsg.), *Europarecht. Ein Studienbuch*, 7. Auflage, München 2016. (zitiert: *Autor*, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, *Europarecht*).
- Otting, Olaf*, Grenzen der Instrumentalisierung des öffentlichen Auftragswesens für vergabefremde Zwecke – die Tariftreueentscheidung des EuGH, *AbfallR* 2008, S. 142.
- Pünder, Hermann/ Klafki, Anika*, Rechtsprobleme des Arbeitnehmerschutzes in den neuen Landesvergabegesetzen, *NJW* 2014, S. 429.

Literaturverzeichnis

- Reidt, Olaf/ Stickler, Thomas/ Glahs, Heike*, Vergaberecht, Kommentar, 3. Auflage, Köln 2011, (zitiert: *Autor*, in: Reidt/Stickler/Glahs VergabeR).
- Riechert, Christian/ Nimmerjahn, Lutz*, Mindestlohngesetz, Kommentar, München 2015.
- Rolfs, Christian /Giesen, Richard Leo Ernst / Kreikebohm, Ralf/ Udsching, Peter* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 40. Edition (zitiert: *Autor*, in: BeckOK ArbR).
- Rödl, Florian*, Bezifferte Mindestentgeltvorgaben im Vergaberecht, EuZW 2011, S. 292.
- Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina* (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6.Auflage, München 2012, (zitiert: *Autor*, in: MüKoBGB).
- Schnieders, Ralf*, Abhängigkeit der Vergabe öffentlicher Aufträge von der Zahlung eines Mindestlohns, NVwZ 2016, S. 212.
- Schrotz, Jan-Oliver/ Raddatz, Fabian*, Bindung des Nachunternehmers mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat an Mindestlohn nach TVgG NRW unzulässig, NVwZ 2014, S. 1505.
- Schubert, Jens/ Jerchel, Kerstin/ Düwell, Franz Josef*, Das neue Mindestlohngesetz, Baden-Baden 2015.
- Schwarze, Jürgen/ Becker, Ulrich/ Hatje, Armin/ Schoo, Johann* (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2012 (zitiert: *Autor*, in: Schwarze, EU-Kommentar).
- Siegel, Thorsten*, Mindestlöhne im Vergaberecht und der EuGH, EuZW 2016, S. 101.
- Simon, Stefan*, Verstößt das Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen gegen EU-Recht? – Zur Inkohärenz von Tariftreuepflichten und Mindestlohnklauseln im Vergaberecht, RdA 2014, S. 165.
- Spielberger, Marc/ Schilling, Angela*, Das Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns, NJW 2014, S. 2897.
- Thüsing, Gregor/ Granetzny, Thomas*, Noch einmal: Was folgt aus Ruffert?, NZA 2009, S. 183.
- Thüsing, Gregor/ Kämmerer, Jörn, Alexander*, Tariftreue im Vergaberecht, ZIP 2002, S. 596.
- Tugendreich, Bettina*, Mindestlohnvorgaben im Kontext des Vergaberechts, NZBau 2015, S. 395.
- Wiedmann, Ariane*, Die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien im Lichte des Gemeinschaftsrechts, Baden-Baden 2007.
- Wiedmann, Ariane*, Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen nur an tariflohnzahlende Unternehmen verstößt gegen Richtlinie 96/71/EG, EuZW 2008, S. 306.

Anhang (Stand: August 2017)

Nach Bundesländern geordneter Überblick über die arbeitsrechtlichen Verpflichtungen durch die Vergabegesetze

Für jedes Bundesland sind die Vergabegesetze auf folgende Verpflichtungen untersucht worden: Tariftreueerklärung für Branchen mit allgemeinverbindlichem Tarifvertrag nach dem AEntG sowie Verpflichtung des Einhaltens sonstiger Bestimmungen über Mindestentgelte; Tariftreue für den Verkehrssektor; vergabespezifischer Mindestlohn; Nachunternehmerklausel; Sonstiges.

Baden-Württemberg

- Tariftreue- und Mindestlohngesetz für öffentliche Aufträge in Baden-Württemberg (Landestariftreue- und Mindestlohngesetz – LTMG) vom 16.04.2013 (GBl. S. 50), zuletzt geändert durch Art. 29 9. AnpassungsVO vom 23.02.2017; ab 20.000 Euro geschätzter Auftragswert
- Geltung für alle Branchen im AEntG, § 3 Abs. 1, Abs. 2 LTMG
- Tariftreue im Verkehrssektor: (+), § 3 Abs. 3 LTMG
- Vergabespezifischer Mindestlohn: 8,50 Euro, § 4 Abs. 1 S. 1 LTMG
- Geltung auch für Nachunternehmen: (+), § 6 Abs. 2 LTMG
- Sonstiges: (-)

Berlin

- Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz (BerlAVG) vom 08.06.2010 (GVBl. S. 399), zuletzt geändert durch Art. I Erstes ÄndG vom 05.06.2012 (GVBl. S. 159)
- Geltung für alle Branchen im AEntG, § 1 Abs. 2 BerlAVG
- Tariftreue im Verkehrssektor: (+), Bestimmung des Tarifvertrags in der Bekanntmachung der Ausschreibung und in den Vergabeunterlagen durch öffentlichen Auftraggeber nach billigem Ermessen, § 1 Abs. 3 BerlAVG
- Vergabespezifischer Mindestlohn: 8,50 Euro, § 1 Abs. 4 BerlAVG
- Geltung auch für Nachunternehmen: § 1 Abs. 6 BerlAVG
- Berücksichtigung von Umwelt- und Sozialkriterien: (+), § 1 Abs. 7 BerlAVG; Gleichbehandlung, § 1 Abs. 8 BerlAVG; Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen, § 8 BerlAVG; Frauenförderung, § 9 BerlAVG; Bevorzugte Vergabe an Unternehmen die Ausbildungsplätze bereitstellen, § 10 BerlAVG

Brandenburg

- Brandenburgisches Gesetz über Mindestanforderungen für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Brandenburgisches Vergabegesetz – BbgVergG) vom 29.09.2016 (GVBl. I Nr. 21), ab 10.000 Euro geschätzter Auftragswert
- Geltung für alle Branchen im AEntG, § 2 BbgVergG
- Tariftreue im Verkehrssektor: (+), § 4 BbgVergG
- Vergabespezifischer Mindestlohn: 9 Euro, § 6 Abs. 2 S. 1 BbgVergG
- Geltung auch für Nachunternehmen: (+), § 8 BbgVergG
- Sonstiges: (-)

Anhang

Bremen

- Bremisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe (Tariftreue- und Vergabegesetz – TtVG) vom 24.11.2009 (Brem.GBl. S. 476), zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndG vom 27.09.2016 (Brem.GBl. S. 591), ab 50.000 Euro geschätzter Auftragswert (kein Schwellenwert für Mindestlohn)
- Geltung für alle Branchen im AEntG, § 11 TtVG
- Tariftreue im Verkehrssektor: (+), § 2 Abs. 1a TtVG
- Vergabespezifischer Mindestlohn: 8,50 Euro, § 9 Abs. 1 TtVG i.V.m. § 9 Landesmindestlohngesetz (MindLohnG)
- Geltung auch für Nachunternehmen: (+), § 13 TtVG
- Berücksichtigung sozialer und weiterer Kriterien (+), § 18 f. TtVG

Hamburg

- Hamburgisches Vergabegesetz (HmbVgG) vom 13.2.2006 (HmbGVBl. S. 57), zuletzt geändert durch Art. 2 Gesetz zu Änderungen zum Mindestlohn vom 15.12.2015 (HmbGVBl. S. 361)
- Geltung für alle Branchen im AEntG, § 3 Abs. 1 HmbVgG
- Tariftreue im Verkehrssektor: (-)
- Vergabespezifischer Mindestlohn: 8,50 Euro, § 3 Abs. 2 HmbVgG i.V.m. § 5 Abs. 1 Hamburgisches Mindestlohngesetz
- Geltung auch für Nachunternehmen (+), § 5 HmbVgG
- Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen, § 3a HmbVgG; Umweltkriterien:(+), § 3b HmbVgG

Hessen

- Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz (HVTG) vom 19.12.2014 (GVBl. S. 354), ab 10.000 Euro geschätzter Auftragswert
- Geltung für alle Branchen des AEntG und MiLoG, § 4 Abs. 2, Abs. 3 HVTG; im Hessischen Vergabegesetz (HVgG) vom 25.03.2013 bislang nur Verpflichtung zur Einhaltung gesetzlicher Regelungen ohne Festlegung einer allgemeinen Tariftreueklausel
- Tariftreue im Verkehrssektor: (+), § 4 Abs. 4 HVTG
- Vergabespezifischer Mindestlohn: (-), allerdings Verweis auf den bundesgesetzlichen Mindestlohn
- Geltung auch für Nachunternehmen: (+), § 8 HVTG
- Berücksichtigung sozialer, ökologischer und innovativer Anforderungen, Nachhaltigkeit: (+), § 2 HVTG

Mecklenburg-Vorpommern

- Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Mecklenburg-Vorpommern (Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern – VgG M-V) vom 07.07.2011 (GVOBl. M-V S. 411), zuletzt geändert durch Zweites ÄndG vom 21.12.2015 (GVOBl. M-V S. 587)
- Tariftreue für Branchen mit allgemeinverbindlichen TV nach dem AEntG: Verweis auf bundesgesetzliche Bestimmungen, § 9 Abs. 3 VgG M-V
- Tariftreue im Verkehrssektor: Bestimmung des Tarifvertrags in der Bekanntmachung der Ausschreibung und in den Vergabeunterlagen durch die Landesregierung nach billigem Ermessen, § 9 Abs. 1, Abs. 2 VgG M-V
- Vergabespezifischer Mindestlohn: 8,50 Euro, § 9 Abs. 4 VgG M-V (bis 31.12.2016), nach dem 31.12.2016 gilt gem. § 9 Abs. 5 VgG M-V für alle Arbeitsverhältnisse im Anwendungsbereich des Mindestlohngesetzes, soweit der Mindestlohn nach dem Mindestlohngesetz 8,50 Euro (brutto) je Zeitstunde unterschreitet, was jedoch nicht der Fall ist
- Geltung auch für Nachunternehmen: (+), § 9 Abs. 1 VgG M-V
- Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen: (+), § 11 VgG M-V

Niedersachsen

- Niedersächsisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz – NTVergG) vom 31.10.2013 (Nds. GVBl. S. 259), zuletzt geändert durch Art. 6 Haushaltsbegleitgesetz 2017 vom 20.12.2016; ab 10.000 Euro geschätzter Auftragswert
- Geltung für alle Branchen des AEntG und MiLoG, § 4 Abs. 1 NTVergG
- Tariftreue im Verkehrssektor: (+), § 5 NTVergG
- Vergabespezifischer Mindestlohn: (+), allerdings Verweis auf die Vorschriften des MiLoG, § 4 NTVergG
- Geltung auch für Nachunternehmen: (+), 13 NTVergG
- Berücksichtigung sozialer, ökonomischer und sonstiger Kriterien: (+)

Nordrhein-Westfalen

- Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen – TVgG NRW) vom 31.01.2017 (GV. NRW. S. 273)
- Geltung für alle Branchen im AEntG, § 4 Abs. 1 TVgG NRW
- Tariftreue im Verkehrssektor: (+), § 4 Abs. 2 TVgG NRW
- Vergabespezifischer Mindestlohn: 8,84 Euro, § 4 Abs. 3 TVgG NRW
- Geltung auch für Nachunternehmer: (+), § 5 TVgG NRW
- Umweltfreundliche und energieeffiziente Beschaffung, § 6 TVgG NRW; Berücksichtigung sozialer Kriterien, § 7 TVgG NRW; Frauenförderung und sonstige Maßnahmen zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie § 8 TVgG NRW

Rheinland-Pfalz

- Landesgesetz zur Gewährleistung von tariffreue und Mindestentgelt bei öffentlichen Auftragsvergaben (Landestarifreuegesetz – LTTG) vom 01.12.2010 (GVBl. S. 426), zuletzt geändert durch Art. 1 Zweites ÄndG vom 08.03.2016 (GVBl. S. 178), ab 20.000 Euro geschätzter Auftragswert
- Geltung für alle Branchen im AEntG und MiLoG, § 4 Abs. 1, Abs. 2 LTTG
- Tariffreue im Verkehrssektor: (+), § 4 Abs. 3 LTTG
- Vergabespezifischer Mindestlohn: 8,90 Euro, § 3 S.1 LTTG
- Geltung auch für Nachunternehmen: (+), § 5 LTTG
- Berücksichtigung von sozialen, umweltbezogenen und innovativen Aspekten, § 1 Abs. 3 LTTG; Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen, § 2a LTTG

Saarland

- Gesetz über die Sicherung von Sozialstandards, Tariffreue und Mindestlöhnen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Saarland (Saarländisches Tariffreuegesetz – STTG) vom 06.02.2013 (Amtsbl. I S. 84), ab 25.000 Euro geschätzter Auftragswert
- Geltung für alle Branchen im AEntG, § 3 Abs. 1 STTG
- Tariffreue im Verkehrssektor: (+), § 3 Abs. 2 STTG
- Vergabespezifischer Mindestlohn: 8,50 Euro, § 3 Abs. 4 STTG
- Geltung auch für Nachunternehmer: (+), § 4 STTG
- Berücksichtigung von Umwelt- und Sozialkriterien: (+), § 10, 11 STTG

Sachsen

- Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Freistaat Sachsen (Sächsisches Vergabegesetz – SächsVergabeG), vom 14.02.2013 (SächsGVBl. S. 109)
- Enthält keine Tariffreue- oder Mindestlohnbestimmungen sowie Umwelt- und Sozialkriterien

Sachsen-Anhalt

- Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt (Landesvergabegesetz – LVG LSA) vom 19.11.2012 (GVBl. LSA S. 536), zuletzt geändert durch § 1 Zweites ÄndG vom 27.10.2015 (GVBl. LSA S. 562), ab 50.000 Euro geschätzter Auftragswert bei Bauleistungen, ab 25.000 Euro geschätzter Auftragswert bei Hilfs- und Dienstleistungen
- Geltung für alle Branchen im AEntG, § 10 Abs. 1 LVG LSA
- Tariffreue im Verkehrssektor: (+), 10 Abs. 2 LVG LSA
- Vergabespezifischer Mindestlohn: (-)
- Nachunternehmereinsatz geregelt in § 13 LVG LSA
- Berücksichtigung sozialer, umweltbezogener und innovativer Kriterien im Vergabeverfahren, technische Spezifikation (+), § 4 LVG LSA;
- ILO-Kernarbeitsnormen, § 12 LVG LSA

Schleswig-Holstein

- Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz Schleswig-Holstein – TGG) vom 31.05.2013 (GVBl. Schl.-H. S. 239), zuletzt gem. der Landesverordnung über die Anpassung des Mindeststundenentgelts nach dem Tariftreue- und Vergabegesetz Schleswig-Holstein (TTG-Mindestentgelt-Anpassungsverordnung – TTG-MinAVO) vom 17.01.2017 (GVBl. Schl.-H. S. 25), ab 15.000 Euro geschätzter Auftragswert
- Geltung für alle Branchen im AEntG, § 4 Abs. 1 TGG
- Tariftreue im Verkehrssektor: (+), § 4 Abs. 2 TGG
- Vergabespezifischer Mindestlohn: 9,99 Euro, § 4 Abs. 3 TGG
- Geltung auch für Nachunternehmer: (+), § 9 TGG
- Gleicher Lohn für Leiharbeiter, § 4 Abs. 5 TGG; Berücksichtigung sozialer Kriterien und Gleichstellung im Beruf, § 18 TGG

Thüringen

- Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Thüringer Vergabegesetz – ThürVgG) vom 18.04.2011 (GVBl. S. 69), zuletzt geändert durch Art. 7 G zur Änderung der Kommunalordnung und anderer Gesetze vom 23.07.2013 (GVBl. S. 194), ab 20.000 Euro bei Liefer- und Dienstleistungen, ab 50.000 Euro bei Bauleistungen
- Geltung für alle Branchen im AEntG, § 10 Abs. 1 ThürVgG
- Tariftreue im Verkehrssektor: (+), § 10 Abs. 2 ThürVgG
- Vergabespezifischer Mindestlohn: (-)
- Nachunternehmereinsatz geregelt in § 12 ThürVgG
- Berücksichtigung ökologischer und sozialer Kriterien im Vergabeverfahren, § 4 ThürVgG; Gleicher Lohn bei gleicher Arbeit, § 10 Abs. 3 ThürVgG; Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen, § 11 ThürVgG; Berufliche Erstausbildung und Berücksichtigung von Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern, § 13 ThürVgG