

## Entscheidungen

### OLG Koblenz, Beschluss vom 19.02.2014, 1 Verg 8 / 13

#### Normen:

§ 3 LTTG RLP; Art. 56 AEUV; § 3 Abs. 1 RL 96/71/EG

#### Leitsatz (amtlich):

Der Senat neigt zu der Auffassung, dass Art. 56 AEUV i.V.m. Art. 3 Abs. der Richtlinie 96/71/EG dahingehend auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung wie § 3 LTTG Rheinland-Pfalz entgegensteht.

Die Sache wird deshalb gemäß Art. 267 AEUV dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Vorabentscheidung vorgelegt.

#### Entscheidungstext:

In dem Nachprüfungsverfahren

betreffend die Vergabe des Auftrags „Postdienstleistungen für die Stadt Landau in der Pfalz“

pp.

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Koblenz durch XXX in der mündlichen Verhandlung vom 19. Februar 2014 beschlossen:

I. Das Beschwerdeverfahren wird ausgesetzt.

II. Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden zur Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV folgende Fragen vorgelegt:

1. Ist Art. 56 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen dahingehend auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die einem öffentlichen Auftraggeber zwingend vorschreibt, nur Unternehmen zu beauftragen, die und deren Nachunternehmer sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren mit der Auftragsausführung befassten Mitarbeitern einen nur für öffentliche, nicht aber private Aufträge staatlich festgelegten Mindestlohn zu zahlen, wenn es weder einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn noch einen die potentiellen Auftragnehmer und eventuelle Nachunternehmer bindenden allgemeinverbindlichen Tarifvertrag gibt?

2. Für der Fall, dass die erste Frage mit Nein beantwortet wird:

Ist das Unionsrecht auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Aufträge, insbesondere Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge dahingehend auszulegen, dass es einer nationalen Regelung wie § 3 Abs. 1 Satz 3 LTTG entgegensteht, die den zwingenden Ausschluss eines Angebots für den Fall vorsieht, dass sich ein Wirtschaftsteilnehmer nicht bereits bei Angebotsabgabe in einer gesonderten Erklärung zu einem Tun verpflichtet, zu dem er im Falle der Beauftragung auch ohne Abgabe dieser Erklärung vertraglich verpflichtet wäre?

#### Gründe:

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch Marc von Wietersheim

Copyright 2014 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.

Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.

## Entscheidungen

### I.

1. Das Gesetz des Landes Rheinland-Pfalz zur Gewährleistung von Tariftreue und Mindestentgelt bei öffentlichen Auftragsvergaben (LTTG) vom 1. Dezember 2010 enthält Regelungen, die nach der Vorstellung des Gesetzgebers notwendig sind um sicherzustellen, dass Unternehmen, die öffentliche Aufträge erhalten, ihren bei der Auftragsausführung eingesetzten Mitarbeitern einen Mindestlohn zahlen, der staatlich festgesetzt wird und nur gilt, wenn der Auftrag im Bundesland Rheinland-Pfalz vergeben werden soll.

§ 3 Abs. 1 LTTG lautet:

„Soweit nicht nach § 4 Tariftreue gefordert werden kann, dürfen öffentliche Aufträge nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung der Leistung ein Entgelt von mindestens 8,50 Euro (brutto) pro Stunde zu zahlen (Mindestentgelt) und Änderungen des Mindestentgelts aufgrund Rechtsverordnung der Landesregierung nach Absatz 2 während der Ausführungslaufzeit gegenüber den Beschäftigten nachzuvollziehen.

Satz 1 gilt nicht für die Leistungserbringung durch Auszubildende.

Fehlt die Mindestentgelterklärung bei Angebotsabgabe und wird sie auch nach Aufforderung nicht vorgelegt, so ist das Angebot von der Wertung auszuschließen.

Hat die Servicestelle nach § 4 Abs. 5 Muster zur Abgabe von Mindestentgelterklärungen öffentlich bekannt gemacht, können diese verwendet werden.“

Aufgrund einer Änderungsverordnung der Landesregierung vom 11. Dezember 2012 beträgt das Mindestentgelt in Rheinland-Pfalz derzeit 8,70 €/h.

Die Absätze 1 und 2 des in § 3 Satz 1 LTTG angesprochenen § 4 LTTG haben folgenden Wortlaut:

„(1) Öffentliche Aufträge, die vom Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 799) in der jeweils geltenden Fassung erfasst werden, dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung der Leistung ein Entgelt zu zahlen, das in Höhe und Modalitäten mindestens den Vorgaben desjenigen Tarifvertrages entspricht, an den das Unternehmen aufgrund des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes gebunden ist.

(2) Öffentliche Aufträge, die vom Mindestarbeitsbedingungengesetz (MiArbG) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 802-2, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 22. April 2009 (BGBl. I S. 818), in der jeweils geltenden Fassung erfasst werden, dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung der Leistung ein Entgelt zu zahlen, das in Höhe und Modalitäten mindestens den Vorgaben der aufgrund von § 4 Abs. 3 MiArbG erlassenen Rechtsverordnung entspricht, an die das Unternehmen aufgrund des Mindestarbeitsbedingungengesetzes gebunden ist.“

Nach § 5 Abs. 2 LTTG muss ein Bieter, der Nachunternehmer einsetzen will, sicherstellen, dass auch diese den Mindestlohn nach § 3 Abs. 1 LTTG zahlen und dem Auftraggeber dahingehende Erklärungen eines jeden Nachunternehmers vorlegen. Entsprechendes gilt, wenn ein Bieter oder ein Nachunternehmer zur Ausführung des Auftrags sog. Leiharbeiter beschäftigt.

Nach § 7 LTTG muss der Vertrag zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Auftragnehmer die Vereinbarung enthalten, dass jeder schuldhafte Verstoß gegen eine Verpflichtung nach § 3 Abs. 1 LTTG eine Vertragsstrafe in Höhe von 1 v. H. des Auftragswertes mit dem beauftragten Unternehmen nach sich zieht; bei mehreren Verstößen darf die Summe der Vertragsstrafen 10 v. H.

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch Marc von Wietersheim

Copyright 2014 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.

Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.

## Entscheidungen

des Auftragswertes nicht überschreiten. Das beauftragte Unternehmen ist zur Zahlung einer Vertragsstrafe auch für den Fall zu verpflichten, dass der Verstoß durch ein Nachunternehmen begangen wird und das beauftragte Unternehmen den Verstoß kannte oder kennen musste.

§ 3 LTTG und die an diese Norm anknüpfenden weiteren Regelungen finden allerdings keine Anwendung auf potentielle Auftragnehmer, die in einer Branche tätig sind, die in § 4 des – der Umsetzung der Richtlinie 96/71 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen dienenden – Bundesgesetzes über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (AEntG) aufgeführt ist und die gemäß § 5 des Tarifvertragsgesetzes (TVG) bzw. § 7 AEntG verpflichtet sind, ihre Beschäftigten nach einem für allgemeinverbindlich erklärten Branchentarifvertrag zu entlohnen. In diesen Fällen ist § 4 Abs. 1 LTTG anwendbar.

Die Branche der Briefdienstleister ist in § 4 Nr. 3 AEntG aufgeführt. Ein zwischen dem Arbeitgeberverband Postdienste e. V. und der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) am 29. November 2007 geschlossener Tarifvertrag über Mindestlöhne für die Branche Briefdienstleistungen wurde zwar durch die PostmindestlohnVO vom 29. Dezember 2007 gemäß § 7 AEntG in Verbindung mit § 5 TVG für alle nicht an ihn gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer für verbindlich erklärt mit der Folge, dass er gemäß § 3 AEntG auch Arbeitsverhältnisse zwischen einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und seinen in Deutschland eingesetzten Arbeitnehmern erfassen sollte. Das Bundesverwaltungsgericht hat die PostmindestlohnVO allerdings mit Urteil vom 28. Januar 2010 (8 C 19/09) für unwirksam erklärt. Mangels einer Nachfolgeregelung gibt es derzeit für Postdienstleistungen keinen allgemein verbindlichen Tarifvertrag.

Einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn auf der Grundlage des Mindestarbeitsbedingungengesetzes, den Unternehmen unabhängig davon zahlen müssen, ob der Auftraggeber ein öffentlicher oder ein privater ist und der ebenfalls zur Unanwendbarkeit des § 3 Abs. 1 LTTG führen könnte, gibt es in Deutschland (noch) nicht.

2. Am 23. April 2013 schrieb die Auftraggeberin einen Rahmenvertrag über die Abholung, Beförderung und Zustellung von Briefen, Päckchen und Paketen im offenen Verfahren aus. Die Gesamtleistung ist in zwei Lose (Los 1: nichtförmliche Zustellung, Los 2: förmliche Zustellung) aufgeteilt. Als Vertragslaufzeit sind zwei Jahre vorgesehen; die Auftraggeberin soll das Recht haben, die Laufzeit durch einseitige Erklärung zweimal um jeweils ein Jahr zu verlängern.

Bereits in der unionsweiten Bekanntmachung wurden Interessenten darauf hingewiesen, dass sich der Auftragnehmer „den Bestimmungen des Landesgesetzes zur Schaffung tariftreuerer Regelungen des Landes Rheinland-Pfalz (Landestariftreuegesetz LTTG vom 1.12.2010)“ unterwerfen muss.

Die Vergabeunterlagen enthalten als Anlage E 6 eine „Mustererklärung nach § 3 Abs. 1 LTTG“, in dem es u.a. heißt:

„Ich/Wir verpflichte/n mich/uns hiermit:

1. den Beschäftigten bei der Ausführung der Leistung mindestens das nach der jeweils gültigen Landesverordnung zur Festsetzung des Mindestentgelts nach § 3 Abs. 2 Satz 3 des Landestariftreuegesetzes zu zahlende Entgelt (brutto) pro Stunde zu zahlen. Das gilt nicht für eine Leistungserbringung durch Auszubildende.
2. Nachunternehmen sorgfältig auszuwählen und insbesondere deren Angebote daraufhin zu überprüfen, ob sie auf der Basis des zu zahlenden Mindestentgelts kalkuliert sein könnten;
3. im Falle der Auftragsausführung durch Nachunternehmer oder Beschäftigte eines Verleihers sowie

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch Marc von Wietersheim

Copyright 2014 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.

Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.

## Entscheidungen

Beschäftigte des Verleihers des beauftragten Nachunternehmens die Verpflichtungen nach § 4 Abs. 1 LTTG bzw. § 3 Abs. 1 LTTG sicherzustellen und dem öffentlichen Auftraggeber Mindestentgelt- und Tariftreueerklärung der Nachunternehmer der Verleiher vorzulegen.

4. Vollständige und prüffähige Unterlagen über die eingesetzten Beschäftigten bereitzuhalten, diese dem Auftraggeber auf dessen Verlangen hin vorzulegen und die Beschäftigten auf die Möglichkeit von Kontrollen durch den Auftraggeber hinzuweisen.“

Die sog. Mindestlohnklärung sollte mit dem Angebot vorgelegt werden. In einem in die Vergabeunterlagen eingearbeiteten „Merkblatt für die Abgabe einer Tariftreueerklärung ...“ heißt es unter 2.:

„Sofern keine Tariftreue gefordert werden kann, müssen sich die Unternehmen nach § 3 LTTG verpflichten, ihren Beschäftigten ...

Hiervon betroffene Unternehmen können zur Abgabe der Mindestentgelterklärung die Mustererklärung 3 verwenden.“

An anderer Stelle werden die Bieter aufgefordert, die Anlage E 6 mit dem Angebot einzureichen. In einer Fußnote heißt es ergänzend:

„Vorzulegen sind die Eigenerklärungen des Bieters und der von ihm in der Erklärung zum Unterauftragnehmereinsatz (Anlage E1) genannten Nachunternehmer. Zur Information der Bieter wird auf die Ausführungen des Landesamtes für Soziales, Jugend und Versorgung des Landes Rheinland-Pfalz zum LTTG, abrufbar unter: <http://www.lsjv.rlp.de/arbeit-und-qualifizierung/landestariftreuegesetz-lttg/> verwiesen.“

In dem den Vergabeunterlagen beigefügten Vertragsentwurf heißt es u.a., dass die „besonderen Bedingungen“ des LTTG zur Mindestentlohnung Vertragsbestandteil werden.

3. Mit anwaltlichem Schreiben vom 16. Mai 2013 rügte die Antragstellerin die geforderten Mindestentgelterklärungen nach § 3 LTTG als vergaberechtswidrig. Nachdem die Auftraggeberin der Rüge nicht entsprechend abgeholfen hat, legte die Antragstellerin fristgerecht ein Angebot vor. Sie fügte für jeden benannten Nachunternehmer selbst verfasste Erklärungen bei, von denen streitig ist, ob sie inhaltlich den Anforderungen des § 3 LTTG genügen. Eine wie auch immer geartete Tariftreue- oder Mindestentgelterklärungen für sich selbst reichte sie nicht ein.

Mit E-Mail vom 25. Juni 2013 gab die Auftraggeberin der Antragstellerin Gelegenheit, die Mustererklärungen zu § 3 LTTG binnen einer Frist von 14 Tagen nachzureichen. Zugleich kündigte sie an, sie werde das Angebot der Antragstellerin ausschließen, sollte diese der Aufforderung nicht Folge leisten.

Daraufhin wiederholte die Antragstellerin mit Anwaltsschreiben vom 27. Juni 2013 ihren Rügevortrag und kündigte für den Fall eines Angebotsausschlusses die Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens an. Weitere Erklärungen reichte sie nicht nach.

Mit Vorabinformationsschreiben vom 11. Juli 2013 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin mit, ihr Angebot könne wegen des Fehlens der Mindestentgelterklärungen nach § 3 LTTG nicht gewertet werden. Gleichzeitig kündigte sie an, den Zuschlag für Los 1 auf das Angebot der Beigeladenen zu 1) und den Zuschlag für Los 2 auf das Angebot der Beigeladenen zu 2) zu erteilen.

Die Antragstellerin beantragte daraufhin am 15. Juli 2013 die Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens. Neben ihrem bisherigen Vorbringen zur Unanwendbarkeit des § 3 LTTG machte sie geltend, erfahrungsgemäß biete die Beigeladene zu 2) förmliche Zustellungen in wettbewerbswidriger Weise zu Nettopreisen ohne Mehrwertsteuer an, obwohl die Steuerbefreiung nach § 4 Nr. 11 b UStG insoweit nicht greife.

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch Marc von Wietersheim

Copyright 2014 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.

Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.

## Entscheidungen

2. Mit Beschluss von 23. Oktober 2013 hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen: Er sei unzulässig, soweit ein wettbewerbswidriges Verhalten der Beigeladenen zu 2) beanstandet werde, weil die Antragstellerin die von ihr angenommene Vergaberechtswidrigkeit der vorgesehenen Zuschlagserteilung hinsichtlich Los 2 auf das Angebot der Beigeladenen zu 2) vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens hätte rügen müssen. Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag unbegründet, weil das Angebot der Antragstellerin gemäß § 19 Abs. 2, Abs. 3 lit. a) EG VOL/A zu Recht wegen des Fehlens der von der Auftragnehmerin zulässigerweise geforderten Mindestentgelterklärungen ausgeschlossen worden sei. Zudem habe die Antragstellerin mit dem Einreichen selbst hergestellter Tariftreueerklärungen die Vergabeunterlagen verändert und damit einen weiteren Ausschlussgrund geschaffen (§ 19 Abs. 3 lit. d) EG VOL/A).

Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde.

### II.

Der Erfolg des zulässigen Rechtsmittels hängt davon ab, ob sich die Auftraggeberin bei ihrer Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin nicht zu berücksichtigen, auf § 3 LTTG berufen kann oder ob diese Vorschrift wegen Unvereinbarkeit mit dem Unionsrecht unanwendbar ist.

1. Das Angebot der Antragstellerin ist nicht schon deshalb gemäß § 3 Abs. 1 Satz 3 LTTG und/oder § 19 Abs. 3 lit. a) EG VOL/A auszuschließen, weil sie selbst erstellte Erklärungen eingereicht hat. Nach dem Gesetz sind Bieter und Nachunternehmer „nur“ verpflichtet, die Mindestlohnerklärungen als solche abzugeben. Weder § 3 Abs. 1 Satz 3 LTTG noch die Vergabeunterlagen schreiben widerspruchsfrei und unmissverständlich die Verwendung der Mustererklärung zwingend vor.

2. Ob die von der Antragstellerin vorgelegten Erklärungen der Nachunternehmer inhaltlich den Anforderungen des § 3 LTTG genügen, bedarf keiner Entscheidung. Selbst wenn dem so wäre, hätte allein das Fehlen jedweder eigener Erklärung der Antragstellerin nach § 3 Abs. 1 Satz 3 LTTG zwingend den Ausschluss ihres Angebots zur Folge. Sollten die Erklärungen der Nachunternehmer unzureichend sein, wäre das Angebot der Antragstellerin wegen des Fehlens aller nach dem Gesetz vorzulegenden Mindestentgelterklärungen nach § 3 Abs. 1 Satz 3 LTTG (in Verbindung mit § 5 Abs. 2 LTTG) auszuschließen.

3. § 3 Abs. 1 LTTG beinhaltet eine zusätzliche (soziale) Ausführungsbedingung, die gemäß Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (im Folgenden kurz: Richtlinie 2004/18/EG) nur zulässig ist, wenn sie nicht im Widerspruch zum sonstigen Unionsrecht steht. Der Vergabesenat hat erhebliche Bedenken gegen die Vereinbarkeit des § 3 Abs. 1 LTTG mit dem Unionsrecht, sieht sich aber angesichts des Urteils des Gerichtshofes vom 3. April 2008 (C- 346/06 „Rüffert“) nicht in der Lage, dies selbst festzustellen. Vielmehr hängt der Ausgang des Verfahrens davon ab, wie Unionsrecht auszulegen ist, und zu dessen Auslegung ist allein der Gerichtshof berufen (Art. 267 AEUV).

a) Der Vorlage steht nicht entgegen, dass es sich bei der Antragstellerin um ein inländisches Unternehmen handelt und auch die übrigen Bieter ihren Sitz im Inland haben. Die Frage, ob eine Bestimmung des nationalen Rechts mit dem Unionsrecht vereinbar ist oder wegen Unvereinbarkeit unangewendet bleiben muss, ist eine Rechtsfrage, die sich unabhängig von der Nationalität der am Vergabe- oder Nachprüfungsverfahren Beteiligten stellt.

b) Eine nationale Regelung über ein Mindestentgelt, zu dessen Zahlung auch ein in Deutschland tätiger Wirtschaftsteilnehmer mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat der Union verpflichtet werden soll, ist geeignet – und wohl auch dazu gedacht –, Unternehmen aus Mitgliedsstaaten mit einem niedrigeren Preis- und Lohnniveau legale Vorteile im Wettbewerb um öffentliche Aufträge zu nehmen. Die Nutzung solcher Wettbewerbsvorteile ist oft unerlässlich, um strukturelle (Standort-) Vorteile inländischer Unternehmen auszugleichen und so überhaupt einen Marktzugang zu finden.

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch Marc von Wietersheim

Copyright 2014 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.

Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.

## Entscheidungen

Dies gilt auch für Wirtschaftsteilnehmer aus den meisten Mitgliedsstaaten, in denen es einen allgemeinen Mindestlohn gibt, weil sich dieser an den dortigen Gegebenheiten orientiert und in den östlichen Nachbarstaaten Deutschlands, aber auch in Südeuropa weit unter 8,70 €/h liegt. Eine nationale Regelung über ein Mindestentgelt stellt deshalb insbesondere, aber nicht nur bei personalintensiven Tätigkeiten wie der Briefzustellung eine Behinderung des Marktzugangs für Wirtschaftsteilnehmer aus anderen EU-Staaten dar. Potentiellen Leistungserbringern, die in einem Mitgliedstaat niedergelassen sind, in dem das allgemeine Lohnniveau oder die Mindestlohnsätze niedriger sind als im Inland, wird eine zusätzliche wirtschaftliche Belastung auferlegt, die geeignet ist, die Erbringung ihrer Dienstleistungen in Deutschland zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. Dies ist grundsätzlich nicht mit Art. 56 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) zu vereinbaren.

c) Allerdings ist es den Mitgliedsstaaten nicht generell untersagt, eine nationale arbeitsrechtliche Regelung auch auf Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedsstaaten zu erstrecken, soweit diese im räumlichen Geltungsbereich der nationalen Regelung tätig sind. Den unionsrechtlichen Rahmen dafür bildet die Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (im Folgenden kurz: Richtlinie 96/71/EG). Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG lässt es zu, dass Mitgliedsstaaten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die in ihren Rechtsvorschriften oder allgemeinverbindlichen Tarifverträgen geregelt sind, auch auf Arbeitnehmer ausdehnen, die – sei es auch nur vorübergehend – in ihrem Hoheitsgebiet tätig sind, selbst wenn ihr Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist.

d) Damit stellt sich die Frage, ob § 3 Abs. 1 LTTG eine Rechts- oder Verwaltungsvorschrift im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG ist. Der Senat neigt zu der Ansicht, dass dies nicht der Fall ist.

Zum einen handelt es sich bei § 3 Abs. 1 LTTG nicht um eine Rechtsvorschrift, die Arbeitnehmern verbindlich ein Mindestmaß an Schutz durch die Festlegung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gewährt. Insbesondere gibt sie keinem einzigen in- oder ausländischen Arbeitnehmer einen unmittelbaren Anspruch auf Zahlung eines Mindestentgelts durch seinen Arbeitgeber. Einziger Normadressat ist der öffentliche Auftraggeber; ihm ist es „nur“ untersagt, ein Unternehmen, das sich nicht zur Zahlung eines Mindestentgelts an die mit der Auftragsausführung befassten Mitarbeiter verpflichtet, mit der Durchführung eines öffentlichen Auftrags zu betrauen. Erst mit dem Zuschlag kommt ein Vertrag zustande, der auch Dritten, nämlich den Arbeitnehmern des Auftragnehmers, Ansprüche gewährt. Missachtet ein öffentlicher Auftraggeber § 3 Abs. 1 LTTG oder versäumt er es, die Forderung nach Zahlung eines Mindestlohns in einer Ausschreibung vergaberechtskonform umzusetzen, hat ein beim Auftragnehmer Beschäftigter noch nicht einmal einen Anspruch auf Zahlung des Mindestentgelts aus einem Vertrag zugunsten Dritter.

Zum anderen betrifft § 3 Abs. 1 LTTG den Wettbewerbsfaktor Lohnkosten nur beim Wettbewerb um öffentliche Aufträge, ohne aber einen im Inland allgemein geltenden arbeitsrechtlichen Mindeststandard zu setzen. Der gesamte Sektor der Auftragserteilung durch natürliche oder juristische Personen, die keine öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/18/EG sind, wird von der Regelung überhaupt nicht erfasst. Eine soziale Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung gibt es nicht, weil ein im Rahmen eines privaten Auftrags tätiger Arbeitnehmer nicht weniger schutzwürdig ist als jemand, der zur Ausführung eines öffentlichen Auftrags eingesetzt wird. Zudem wird der Auftragnehmer eines öffentlichen Auftrags auch nicht verpflichtet, allen seinen Beschäftigten mindestens 8,70 €/h zu zahlen. Eine dahingehende vertragliche Verpflichtung besteht lediglich zugunsten derjenigen, die auch tatsächlich bei der Ausführung der vertraglich geschuldeten Leistung eingesetzt werden – was im Übrigen auch deshalb abschreckende Wirkung auf Interessenten aus Mitgliedsstaaten mit niedrigerem Preis- und Lohnniveau haben kann, weil eine staatlich verordnete Ungleichbehandlung den Betriebsfrieden stört.

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch Marc von Wietersheim

Copyright 2014 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.

Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.

## Entscheidungen

e) In Deutschland ist umstritten, welche Auswirkungen das Ruffert-Urteil des Gerichtshofs auf § 3 Abs. 1 LTTG und vergleichbare Regelungen in anderen Bundesländern hat. Während die einen eine Missachtung des Gerichtshofs durch den Landesgesetzgeber beklagen, vertreten andere die Auffassung, der Gerichtshof habe möglicherweise keine Einwände gegen eine landesrechtliche Regelung wie § 3 Abs. 1 LTTG, weil zumindest im Ergebnis ein Mindestlohn durch eine Rechtsvorschrift festgelegt und damit eine „Kernforderung“ des Gerichtshofes erfüllt werde. Zudem werden die Ausführungen des Gerichtshofes zu dieser Frage als „ausgesprochen kryptisch“ und mehreren Interpretationen zugänglich bezeichnet (siehe z.B. Bayreuther: Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von partiellen Tariftreueklauseln, S. 7 - 9). In einem Gutachten zu der Frage, ob die Mindestlohnvorgaben des Tariftreue- und Vergabegesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen (TVgG-NRW) mit dem Unionsrecht zu vereinbaren sind vertritt Prof. Dr. Däubler die Auffassung, auch ein auf öffentliche Aufträge beschränkter partieller Arbeitnehmerschutz auf gesetzlicher Grundlage sei mit Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG zu vereinbaren, weil dort eine Allgemeinverbindlichkeit ausdrücklich nur für Tarifverträge, nicht aber für Rechtsvorschriften gefordert werde.

Der Vergabesenat hat erhebliche Zweifel, ob diese Auffassung richtig ist. Der freie Dienstleistungsverkehr ist ein fundamentaler Grundsatz des Unionsrechts. Er darf nur durch Regelungen beschränkt werden, die durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und für alle im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats tätigen Personen oder Unternehmen gelten (Gerichtshof, Urteil vom 25.10.2001 - C 49/98 u.a., Rn. 31). Das gesamte Regelungswerk der Richtlinie 96/71/EG ergibt nur einen Sinn, wenn die (persönlichen und räumlichen) Anwendungsbereiche von Rechtsvorschriften und tarifvertraglichen Regelungen deckungsgleich sind, also auch Rechtsvorschriften gewissermaßen allgemeinverbindlich sind und eben nicht danach unterscheiden, ob ein Arbeitnehmer im Rahmen eines öffentlichen oder eines privaten Auftrags eingesetzt wird. Es wäre inkonsequent, einerseits für Tarifverträge zu verlangen, dass sie flächendeckend Mindeststandards für die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen aller (in einer Branche tätigen) Arbeitnehmer schaffen, andererseits aber bei einer gesetzlichen Regelung die Privilegierung von Arbeitnehmern ausreichen zu lassen, welche das Glück haben, bei einem Arbeitgeber beschäftigt zu sein, der einen öffentlichen Auftrag erhalten hat, und auch zu dessen Ausführung eingesetzt zu werden. Vielmehr lässt sich auch aus Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 96/71/EG ableiten, dass dem Unionsrecht eine Differenzierung zwischen privaten und öffentlichen Aufträgen fremd ist.

Allerdings ist der Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG insoweit nicht eindeutig, sondern auslegungsbedürftig. Da aber ein nationales Gericht nicht zur Auslegung von Unionsrecht berufen ist, wird dem Gerichtshof die im Tenor unter 1. niedergelegte Frage vorgelegt.

5. Die Antwort auf die zweite Frage wäre von Bedeutung, falls der Gerichtshof die erste Frage verneinen sollte.

a) Art. 26 Satz 1 der Richtlinie 2004/18/EG wendet sich nur an den Auftraggeber. Er berechtigt ihn, zusätzliche Ausführungsbedingungen aufzustellen und verpflichtet ihn, diese den am Auftrag interessierten Wirtschaftsteilnehmern spätestens mit den Verdingungsunterlagen (Vergabeunterlagen) mitzuteilen. Weitergehende Regelungen fehlen, insbesondere ist in der Richtlinie 2004/18/EG in diesem Zusammenhang keine Rede von einem Ausschlussgrund. Das ist konsequent, weil es keinen weitergehenden vergaberechtlichen Regelungsbedarf gibt. Bei den zusätzlichen Ausführungsbedingungen handelt es sich weder um Eignungs- noch um Zuschlagskriterien. Vielmehr wird von dem Ausschreibungsgewinner ein Tun oder Unterlassen verlangt, das zur Befriedigung des Beschaffungsbedarfs des Auftraggebers nicht erforderlich ist, aber mit der Auftragsausführung einhergehen soll. Es geht somit um Vertragselemente (Vertragsbedingungen), deren Erfüllung der Auftraggeber erst nach Zuschlagserteilung – also erst nach Beendigung des Vergabeverfahrens – verlangen kann. Da zu einem früheren Zeitpunkt völlig offen ist, ob und wie der Auftragnehmer seinen vertraglichen Pflichten nachkommt, besteht auch

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch Marc von Wietersheim

Copyright 2014 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.

Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.

## Entscheidungen

keine Möglichkeit, deren Erfüllung bei der Entscheidung über die Auftragsvergabe zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund hat der Vergabesenat erhebliche Zweifel, ob es das Unionsrecht überhaupt zulässt, dass ein nationaler Gesetzgeber Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG, wie in § 3 Abs. 1 LTTG geschehen, um eine mit einer Ausschlussandrohung verbundene Verpflichtung der Bieter zur Abgabe einer bestimmten Erklärung erweitert.

b) Die Bedenken des Vergabesenats werden noch durch den Umstand verstärkt, dass die nach § 3 Abs. 1 LTTG geforderte Mindestlohnklärungen nur deklaratorische Bedeutung hat. Trotzdem soll die Nichtvorlage mit einem Angebotsausschluss sanktioniert werden. Jeder Angebotsausschluss ist aber auch eine wettbewerbsbeschränkende Maßnahme, die nur dann mit den Grundprinzipien des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe zu vereinbaren ist, wenn es einen triftigen Grund dafür gibt. Einen solchen vermag der Senat nicht zu erkennen.

Die Umsetzung des Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG in nationales Recht erfolgte in § 97 Abs. 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB); danach sind die zusätzlichen Ausführungsbedingungen in die Leistungsbeschreibung (als wesentlicher Bestandteil der Vergabeunterlagen) aufzunehmen. Hat der Auftraggeber derartige besondere Vertragsbedingungen ordnungsgemäß in die Vergabeunterlagen aufgenommen, werden sie von jedem Wirtschaftsteilnehmer, der ein unbedingtes Angebot abgibt, als verbindlich anerkannt. Mit dem Zuschlag werden sie verbindliche Bestandteile des abgeschlossenen Vertrages, auf deren Erfüllung der Auftraggeber einen Anspruch hat. Die Absicherung kann mit dem dafür vorgesehenen Instrumentarium des Zivilrechts erfolgen, z.B. mit der in § 7 LTTG vorgegebenen Vertragsstrafe. Erklärt ein Wirtschaftsteilnehmer hingegen, er lehne es ab, sich auf bestimmte Vertragsbedingungen einzulassen, fehlt es an einem ausschreibungskonformen zuschlagsfähigen Angebot.

Daraus folgt, dass die gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 LTTG zu fordernde Mindestentgelterklärung zum einen unter der aufschiebenden Bedingung des Zuschlags steht, zum anderen im Grunde genommen überflüssig ist. Es versteht sich von selbst, dass sie für alle erfolglosen Bieter ins Leere geht. Der Ausschreibungsgewinner wird mit dem Zuschlag Vertragspartner und muss allein deshalb künftig alle ihn treffenden vertraglichen Verpflichtungen einschließlich der zusätzlichen Ausführungsbedingungen erfüllen. Dass gleichzeitig auch die ihm abverlangte Mindestentgelterklärung durch Bedingungseintritt zum Tragen kommt, ist rechtlich irrelevant, denn der Vertrag käme auch ohne diese Erklärung mit einem ihr entsprechenden Inhalt zustande.

Bundesanzeiger Verlag - Alle Rechte vorbehalten

Ausdruck für die vertragsgemäße Nutzung durch Marc von Wietersheim

Copyright 2014 Bundesanzeiger Verlag GmbH und forum vergabe e.V.

Die Vervielfältigung und Verbreitung ist ohne die Zustimmung des Verlags untersagt und wird entsprechend verfolgt.