

und für die betroffenen Arbeitnehmer erreichen. Gleichzeitig kann es vorteilhaft sein, auch bereits das weitere Verfahren vorzuverhandeln und den Betriebsrat in einem prozessorientierten Interessenausgleich auf ein bestimmtes Vorgehen zu

verpflichten. Gerade bei einer umfangreichen und über einen längeren Zeitraum umzusetzenden Umstrukturierung kann auf diese Weise Planbarkeit erzeugt werden, ohne auf Flexibilität verzichten zu müssen. ■

Professor Dr. Wolfgang Däubler*

Der vergaberechtliche Mindestlohn im Fadenkreuz des EuGH – Auf dem Weg zu Rüffert II?

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge können auch sozialpolitische Ziele verfolgt werden. Das Arbeitsrecht erhält so Flankenschutz. Lässt sich dies mit den wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EU-Rechts vereinbaren? Der EuGH hat im Fall Rüffert die so genannte Tariftreueklausel beanstandet. Nunmehr richten sich Angriffe dagegen, dass bei der Ausführung von Aufträgen ein vergaberechtlicher Mindestlohn zu bezahlen ist. Sollte wirklich auch dieses Vorhaben zum Scheitern verurteilt sein?

I. Die neuen Vorlageentscheidungen

In seiner Rüffert-Entscheidung vom 3.4.2008 hatte der EuGH¹ entschieden, die „Tariftreueklauseln“ des niedersächsischen Vergaberechts seien weder mit der Entsenderrichtlinie noch mit der Dienstleistungsfreiheit des Unionsrechts vereinbar. Die Landesgesetzgeber haben dem Rechnung getragen und die Vorschrift beseitigt, Aufträge nur an solche Interessenten zu vergeben, die die ortsüblichen Tariflöhne bezahlen. Als weniger weitgehende Regelung wurde durch Gesetz ein „vergabespezifischer Mindestlohn“ eingeführt, der derzeit in Rheinland-Pfalz bei 8,70 Euro² und in NRW bei 8,62 Euro pro Stunde³ liegt.

Auch diese Bestimmungen stehen nunmehr auf dem unionsrechtlichen Prüfstand. Das OLG Koblenz⁴ hat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob es mit der Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV und mit Art. 3 I der Entsenderrichtlinie⁵ vereinbar ist, wenn der öffentliche Auftraggeber nur solche Unternehmen beauftragen darf, die bei der Abgabe des Angebots sich und ihre Nachunternehmer schriftlich verpflichten, ihren Mitarbeitern einen Mindestlohn zu bezahlen, der nur für öffentliche, nicht aber für private Aufträge gilt. Im konkreten Fall ging es um einen Rahmenvertrag über die Abholung, Beförderung und Zustellung von Briefen, Päckchen und Paketen, um den sich ausschließlich deutsche Interessenten beworben hatten.

In einem anderen Fall hatte die VergKammer Arnsberg durch Beschluss vom 26.9.2013⁶ den EuGH wegen der parallelen Regelung im Tariftreue- und Vergabegesetz NRW eingeschaltet. Auch sie vertritt den Standpunkt, der vergaberechtliche Mindestlohn sei mit der Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV und Art. 3 I der Entsenderrichtlinie nicht vereinbar. Im konkreten Fall hatte die Stadt Dortmund einen Auftrag „Aktendigitalisierung und Konvertierung von Dateien für das Stadtplanungs- und Bauordnungsamt“ ausgeschrieben, um den sich die Bundesdruckerei-GmbH beworben hatte. Ihre Anteile liegen vollständig beim Bund. Sie verfügt über eine 100 %-ige Tochtergesellschaft in Polen, die den Auftrag abarbeiten sollte. Die Bundesdruckerei verweigerte die Verpflichtungserklärung, wonach auch die polnische Tochter als Subunternehmerin den vergaberechtlichen Mindestlohn bezahlen würde. Alle übrigen Bewerber hatten ihren Sitz in Deutschland.

II. Die Zulässigkeit der Vorlagen

Gerichte können sich ihre Fälle nicht aussuchen. Das OLG Koblenz hatte insoweit „Pech“, als es über einen Fall zu entscheiden hatte, in dem sich ausschließlich deutsche Unternehmen um den Auftrag beworben hatten. Aus seiner Sicht war dies zwar unerheblich; die Frage, ob eine Bestimmung des nationalen Rechts mit dem Unionsrecht zu vereinbaren sei, sei eine Rechtsfrage, die sich unabhängig von der Nationalität der am Verfahren Beteiligten stelle.⁷ Damit hat es sich jedoch in Widerspruch zu der in der Literatur allgemein geteilten Auffassung gesetzt, wonach ein grenzüberschreitender Bezug im Vergaberecht notwendige Voraussetzung für das Eingreifen des Unionsrechts ist.⁸ Nur unter dieser Voraussetzung kommt ihm ein „Anwendungsvorrang“ zu. Das Verhältnis von Unionsrecht und nationalem Recht unterscheidet sich insoweit von dem zwischen Bundes- und Landesrecht, wo Art. 31 GG das widersprechende Landesrecht hinfällig macht.

Der „grenzüberschreitende Bezug“ wird allerdings großzügig gehandhabt und bereits dann bejaht, wenn in das „Angebot“ ein Subunternehmer eingeschaltet ist, der seinen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EU hat. Schon dies genügt, um eine Überprüfung der Maßnahmen anhand des Unionsrechts zulässig zu machen.⁹ Dies lässt sich in der Weise begründen, dass die wirtschaftliche Grundfreiheit des Art. 56 AEUV auch die so genannte passive Dienstleistungsfreiheit, das heißt das Recht umfasst, Dienstleistungen aus einem anderen Mitgliedstaat empfangen zu können.¹⁰ Diese Freiheit könnte beeinträchtigt sein, wenn es um eine Ausschreibung geht, die beispielsweise Bewerber mit ausländischen Subunternehmen von vorne herein ausschließen würde. Im vorliegenden Zusammenhang könnte dies bei der Vorlageentscheidung der VergKammer Arnsberg von Bedeutung sein. Bei dem ausländischen „Subunternehmen“ handelt es sich jedoch eine

* Der Autor ist emeritierter Professor für deutsches und europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen.

1 NZA 2008, 537.

2 Rechtsgrundlage ist § 3 I des Gesetzes zur Gewährleistung von Tariftreue und Mindestentgelt bei öffentlichen Auftragsvergaben vom 1.12.2010 (LTTG); das aktuelle Mindestentgelt beruht auf der Änderungsverordnung der Landesregierung vom 11.12.2012.

3 Rechtsgrundlage ist § 4 III des Gesetzes über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairem Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 10.1.2012 (TVGG).

4 Beschl. v. 19.2.2014 – 1 Verg 8/13, BeckRS 2014, 04986.

5 RL 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996, ABl 1997 Nr. 18/1 ff.

6 NZBau 2013, 799.

7 OLG Koblenz, Beschl. v. 19.2.2014 – 1 Verg 8/13, BeckRS 2014, 04986 unter II 3 a.

8 S. statt aller Greiner, ZIP 2011, 2129 (2130); Krebber, EuZA 2013, 435 (442); Thüsing/Granetzny, NZA 2009, 183 (185).

9 Greiner, ZIP 2011, 2129 (2130); A. Hofmann, RdA 2010, 351; Krebber, EuZA 2013, 443; Thüsing/Granetzny, NZA 2009, 183 (185).

10 S. statt aller Müller-Graff in Streinz, EUV/AEUV-Komm., 2. Aufl. 2012, Art. 56 AEUV Rn. 53 ff. mwN.

100 %ige Tochter der deutschen Bewerberin, die von dieser in vollem Umfang gesteuert wurde.

Faktisch unterscheidet sich die Situation nicht von dem Fall, dass ein deutsches Unternehmen eine ausländische Zweigniederlassung besitzt. Dabei würde man von einem rein „inländischen“ Sachverhalt und damit Bewerber ausgehen, da die in einem anderen Mitgliedstaat gelegene Betriebsstätte kein selbstständiger Wirtschaftsteilnehmer mit eigenen Rechten wäre, der sich beispielsweise auf die Dienstleistungsfreiheit berufen könnte. Auch die passive Dienstleistungsfreiheit des deutschen Bewerbers käme nicht zum Tragen, da es sich um rein unternehmensinterne wirtschaftliche Vorgänge handeln würde. Das Unionsrecht, speziell die wirtschaftlichen Grundfreiheiten beziehen sich ausschließlich auf marktförmiges Verhalten, nicht auf solche Interna eines Unternehmens.

Dasselbe muss dann gelten, wenn im Ausland keine Zweigstelle, sondern eine 100 %-ige Tochtergesellschaft existiert, die im konkreten Fall nur als fremd gesteuerte Einheit in Erscheinung tritt, weil sie auf Anweisung der inländischen Mutter handelt. Auch sie treibt keinen „Handel“, sie bietet keine Waren und Dienstleistungen an, sondern liefert auf Grund von Entscheidungen der Muttergesellschaft. Dem entspricht es, dass nach der Rechtsprechung des EuGH „Unternehmen“ im Sinne des Wettbewerbsrechts gem. Art. 101 ff. AEUV eine „selbstständige“ Einheit gleich welcher Rechtsform ist, die eine wirtschaftliche Tätigkeit erbringt. Beziehungen zu Tochtergesellschaften werden dagegen vom Kartellrecht nicht erfasst.¹¹ Selbstständiges wirtschaftliches Handeln einer 100 %igen Tochtergesellschaft ist zwar theoretisch denkbar, doch bestehen hierfür auf der Grundlage des Vorlagebeschlusses der *VergKammer Arnsberg* keinerlei Anhaltspunkte.

In beiden Fällen fehlt es daher an einem grenzüberschreitenden Bezug. Der Anwendungsbereich des Unionsrechts ist nicht eröffnet, die an den EuGH gestellten Fragen können nicht beantwortet werden.

Im Fall der *VergKammer Arnsberg* kommen formale Bedenken hinzu. Nach Art. 94 der Verfahrensordnung des *Gerichtshofs*¹² muss der Beschluss des nationalen Gerichts „außer den dem *Gerichtshof* zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen“ eine kurze Darstellung des Streitgegenstands und den Wortlaut der möglicherweise auf den Fall anwendbaren nationalen Vorschriften sowie eine Darstellung der Gründe enthalten, weshalb das vorlegende Gericht Zweifel bezüglich der Auslegung des Unionsrechts hat. Die Frage muss also in dem Beschluss selbst enthalten sein. Außerdem muss nach der Rechtsprechung des EuGH der tatsächliche und rechtliche Rahmen beschrieben werden, in dem die gestellte Frage steht. So würde es nicht genügen, wollte sich das Gericht darauf beschränken, „die von dem Beklagten des Ausgangsverfahrens vorgeschlagenen Fragen wiederzugeben“¹³. Fehlt es daran, wird das Vorabersuchen als unzulässig behandelt.¹⁴

Diesen Grundsätzen wird die Vorlageentscheidung der *VergKammer Arnsberg* nicht gerecht. Wenn es eingangs ihres Beschlusses heißt:

„Dem EuGH werden von der *VergKammer Arnsberg* die Frage und Hilfsantrag der Antragstellerin aus dem Nachprüfungsantrag vom 22.8.2013 unter Nr. III 2 b (S. 14 des Antrags) zur Vorabentscheidung nach Art. 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vorgelegt.“

so ist dies eine schlichte Übernahme des Vorbringens einer Partei und überdies nicht aus sich selbst heraus verständlich. Selbst wenn man die Gründe als Interpretationsmittel zu Hilfe nimmt, verschwinden die Unklarheiten nicht. Mit „Fra-

ge“ ist vermutlich das Problem gemeint, ob sich das Gericht auch ohne Einschaltung des EuGH wegen des Vorrangs des Unionsrechts über § 4 TVgG hinwegsetzen könnte, doch erscheint dies nicht völlig sicher. Außerdem kann eine solche „Frage“ dem EuGH nicht ohne die nötige und übliche Ausformulierung vorgelegt werden, was hier aber nicht geschah. „Hilfsweise“ scheint dann eine in der Entscheidung der *VergKammer* wiedergegebene Auslegungsfrage gestellt worden zu sein, doch wird nicht deutlich, ob diese mit der Frage identisch ist, auf die sich die Beschlussformel bezieht, die ja lediglich auf die Antragschrift vom 22.8.2013 verweist. Unter diesen Umständen wird das Vorabentscheidungsersuchen der *VergKammer Arnsberg* den formalen Anforderungen nicht gerecht, die an eine solche Entscheidung gestellt werden. Sie ist in der vorliegenden Form unzulässig.¹⁵

III. Überprüfung am Maßstab von Richtlinien

Ein wegen seiner Formulierung unzulässiges Ersuchen kann später in der gehörigen Form wiederholt werden.¹⁶ Dies folgt nicht zuletzt daraus, dass es allein im Ermessen des nationalen Gerichts liegt, in welchem Stadium des Verfahrens es den EuGH einschalten will.¹⁷ Auch ist eine entsprechende Vorlage jederzeit in einem anderen Vergabeverfahren möglich, an dem auch ausländische Bieter beteiligt sind. Insoweit kann man sich nicht mit der Feststellung begnügen, in den beiden konkreten Fällen sei der EuGH gar nicht zu einer Sachentscheidung befugt.

1. Dienstleistungsrichtlinie

Die „Dienstleistungsrichtlinie“¹⁸ kann von vorne herein aus der weiteren Betrachtung ausscheiden. Nach ihrem Art. 1 VI schließt sie das Arbeitsrecht aus ihrem Anwendungsbereich aus. Dazu werden auch „Mindestlohnsätze“ gerechnet. Konsequenterweise nimmt Art. 17 Nr. 2 RL 2006/123/EG alle Angelegenheiten aus, die unter die Entsenderichtlinie fallen. Unter diesen Umständen können die zur Überprüfung stehenden landesgesetzlichen Vorschriften nicht gegen die Dienstleistungsrichtlinie verstoßen.

2. Vergabekoordinierungsrichtlinie

Die „Vergabekoordinierungsrichtlinie“ (VKR)¹⁹ bestimmt in ihrem Art. 26:

„Die öffentlichen Auftraggeber können zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen ange-

11 *EuGH*, Slg. 1991, I-1979 = NZA 1991, 447 Rn. 21 – Höfner und Elser; s. auch *EuGH*, Slg. 2002, I-9297 = WuW 2002, 1253 = BeckRS 2002, 70476 Rn. 79 – Aéroports de Paris. Weitere Nachw. bei *Eilmannsbarger in Streinz*, (o. Fußn. 10), Vor Art. 101 AEUV Rn. 24.

12 ABl. 2012 L 265/1 ff.

13 So *EuGH*, Slg. 1997, I-3757 = BeckRS 1997, 55343 Rn. 16 – Banco de Fomento e Exterior.

14 S. als Beispiel *EuGH*, Slg. 1993, I-423 = BeckRS 2004, 76341 – Telemarcabruzzo. Ausreichend dagegen die *Darstellung* in *EuGH*, Slg. 2002, I-2159 = NVwZ 2001, 665 – PreussenElektra.

15 Dabei bleibt die weitere Frage dahingestellt, ob es sich bei der *VergKammer* überhaupt um ein Gericht im Sinne des Unionsrechts handelt.

16 S. als Beispiel den Fall *EuGH*, Slg. 1997, I-3757 = BeckRS 1997, 55343 Rn. 16 – Banco de Fomento e Exterior, wo sich allerdings auch die zweite Vorlageentscheidung als nicht formgerecht erwies.

17 S. *Schwarze in ders.* (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 267 AEUV Rn. 35 mit eingehenden Nachw. aus der Rspr. des *EuGH*.

18 RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl v. 27.12.2006 – Nr. L 376/36 ff.).

19 RL 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferverträge und Dienstleistungsaufträge (ABl 30.4.2004 – L 134/114 ff.) – Vergabekoordinierungsrichtlinie – VKR.

geben werden. Die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags können insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen.“

Zu den „sozialen Aspekten“ gehören auch die Vergütung und die Arbeitsbedingungen der bei der Ausführung des Auftrags beschäftigten Personen.²⁰ Weitere konkrete Vorgaben werden nicht gemacht, so dass man von vorne herein ausschließen kann, dass die Landesgesetze gegen die VKR verstoßen. Gleichzeitig macht jedoch Art. 26 VKR deutlich, dass die zusätzlichen Bedingungen mit dem sonstigen Unionsrecht vereinbar sein müssen.

Die von Rat und Parlament beschlossene künftige VKR ändert an diesem Zustand nur insoweit etwas, als die Berücksichtigung sozial- und arbeitsrechtlicher Bestimmungen in Zukunft obligatorisch ist.²¹ Dass diese am Maßstab des sonstigen Unionsrechts überprüft werden können, ist damit nicht ausgeschlossen.

3. Entsenderichtlinie

§ 3 I LTTG und § 4 III TVgG wollen insbesondere Fälle erfassen, in denen ausländische Unternehmen als Bewerber auftreten, die ihre Arbeitnehmer nach Deutschland entsenden. Zu denken ist weiter an den durchaus häufigen Fall, dass diese die Rolle eines selbstständigen Subunternehmens eines deutschen Bewerbers einnehmen und zu diesem Zweck „ihre Leute“ zum Beispiel auf eine deutsche Baustelle entsenden. Ob der vergabespezifische Mindestlohn in solchen Fällen obligatorisch gemacht werden kann, bestimmt sich nach Art. 3 I der Entsenderichtlinie. Nach dieser Vorschrift müssen die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass „Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze“ auch für entsandte Arbeitskräfte verbindlich sind, soweit die Mindestlohnsätze „durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften und/oder durch für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche...festgelegt sind.“ Die so genannten Tariftreueklauseln, die auf die für die jeweilige Branche geltenden (repräsentativen) Tarifverträge verwiesen haben, lassen sich nach Auffassung des *EuGH* nicht auf diese Bestimmung stützen.²² Ausdrücklich betonte der *EuGH*, eine Gesetzesnorm wie die des niedersächsischen Vergabegesetzes, die lediglich auf einen Tarifvertrag verweise, lege selbst keinen Mindestlohnsatz fest.²³ Damit könnte zumindest angedeutet sein, dass die Rechtslage eine andere ist, wenn ein solcher Mindestlohn fixiert wird. Die gesetzliche Festlegung eines Mindestniveaus von 8,70 bzw. 8,62 Euro wahrt ersichtlich die formalen Voraussetzungen, die Art. 3 I der Richtlinie für die Festlegung von Lohnsätzen vorsieht, da es sich um eine Rechtsvorschrift handelt.²⁴

In der Literatur ist dem entgegen gehalten worden, die Vorschrift des Art. 3 I Entsenderichtlinie meine nur „arbeitsrechtliche Mindestlohnsätze“, die hier nicht vorliegen würden.²⁵ Dem europäischen Gesetzgeber liegt jedoch eine solche Anknüpfung an nationale Systembegriffe denkbar fern. An welcher Stelle der Rechtsordnung eine Schutzvorschrift verankert ist, kann auch vom Sinn der Entsenderichtlinie her schwerlich eine Rolle spielen: Es geht um Arbeitnehmerschutz und um Arbeitsmarktpolitik, die beide auch mit Hilfe verwaltungsrechtlicher Normen verwirklicht werden können.

Gravierender ist der Einwand, es handle sich bei dem vergabespezifischen Mindestlohn um einen „Partikularschutz“ für die im Rahmen von öffentlichen Aufträgen Arbeitenden, während ein für allgemein verbindlich erklärter Tarifvertrag für alle gelte. In der Ruffert-Entscheidung wird dazu ausgeführt:²⁶

„In einem Kontext wie dem des Ausgangsverfahrens erstreckt sich nämlich die Bindungswirkung eines Tarifvertrags wie des im Ausgangsver-

fahren fraglichen nur auf einen Teil der in den geografischen Bereich des Tarifvertrags fallenden Bautätigkeit, da zum einen die Rechtsvorschriften, die diese Bindungswirkung herbeiführen, nur auf die Vergabe öffentlicher Aufträge anwendbar sind und nicht für die Vergabe privater Aufträge gelten und zum andern dieser Tarifvertrag nicht für allgemein verbindlich erklärt worden ist.“

Damit wird unterstrichen, dass der konkrete, in Bezug genommene Tarifvertrag nur einen beschränkten Anwendungsbereich hatte, obwohl die Richtlinie für Tarifverträge ausdrücklich eine Erga-omnes-Wirkung voraussetzt.

Bei den gesetzlichen und den durch Verwaltungsvorschrift festgelegten „Mindestlohnsätzen“ ist ein solcher erweiterter Geltungsbereich nicht Bedingung. Anders als bei Tarifverträgen findet sich hierzu im Wortlaut nicht einmal eine Andeutung. Auch ist allgemein bekannt, dass gesetzliche Mindestlöhne regional verschieden sein können, wofür die USA als Beispiel stehen können. Trotz des unterschiedlichen Schutzniveaus hätte niemand Zweifel, dass eine entsprechende Regelung in einem Mitgliedstaat von Art. 3 I der Richtlinie erfasst wäre. Denkbar ist weiter, dass eine Verwaltungsvorschrift nicht alle Beschäftigten des öffentlichen Dienstes oder einer bestimmten Branche erfasst, weil dafür beispielsweise von vorne herein die notwendige Kompetenz der die Norm erlassenden Stelle fehlt. Hätte der Richtlinienggeber „universelle“, flächendeckende Mindestlöhne gemeint, so hätte er dies zumindest im Kontext der „Verwaltungsvorschriften“ deutlich machen müssen. Da das nicht geschehen ist, muss man davon ausgehen, dass mit den „durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften“ festgelegten Mindestlöhnen auch solche gemeint sind, die nicht für ganze Branchen Geltung beanspruchen. Auch wenn nur diejenigen Arbeitnehmer erfasst werden, die mit der Durchführung öffentlicher Aufträge befasst sind, liegt eine gesetzliche Regelung iSv Art. 3 I der Richtlinie vor. Ein solcher „Partikularschutz“ fügt sich zudem unschwer auch in die Systematik der Richtlinie ein: Diese erfasst ohne erweiternde nationale Gesetzgebung allein die Tarife im Bausektor (der im Anhang im Einzelnen definiert ist); auch damit ist in der Sache ein „Partikularschutz“ angeordnet, obwohl es in anderen Branchen einen vergleichbaren Bedarf nach staatlicher Intervention geben kann.

Das Argument mit dem (angeblich) unzulässigen Partialschutz übersieht zudem die Rechtsprechung des *EuGH* zu umweltschützenden Vergabebedingungen. Ihre Beschränkung auf öffentliche Auftragnehmer bleibt völlig unbeanstandet, ja sie wird nicht einmal als Problem wahrgenommen. So hat es etwa der *EuGH* zugelassen, bei der Vergabe von Verkehrsdienstleistungen „Umweltschutzkriterien wie die Höhe der Stickoxidemissionen oder den Lärmpegel der Busse“ zu berücksichtigen²⁷ oder Strom „aus erneuerbaren Ener-

20 Vgl. *Glaser/Kabl*, ZHR 177 (2013), 643 (657); *Greiner*, ZIP 2011, 2131; *Koberski/Schierle*, RdA 2008, 233 (235).

21 Wörtlich heißt es in Art. 15 II der vorläufigen deutschen Übersetzung (Rat der EU, Vermerk v. 5.8.2013 – SB 3113/13 abrufbar unter blog.cosinex.de): „2. Die Mitgliedstaaten treffen geeignete Maßnahmen, um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die in Anhang XI aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind.“

22 *EuGH*, Slg. 2008, I-2024 = NZA 2008, 537 – Ruffert.

23 *EuGH*, Slg. 2008, I-2024 = NZA 2008, 537 Rn. 24.

24 Ebenso *Rödl*, EuZW 2011, 292; *Lakies in Däubler* (Hrsg.), TVG mit AEntG, 3. Aufl. 2012, Anh. 1 zu § 5 TVG Rn. 34.

25 Vgl. *Klumpp*, NJW 2008, 3473.

26 *EuGH*, Slg. 2008, I-2024 = NZA 2008, 537 Rn. 29 – Ruffert.

27 *EuGH*, Slg. 2002, I-7213 = NJW 2002, 3458 Ls. – *Concordia Bus Finland*.

gien“ zu verlangen.²⁸ Beides wurde für zulässig erachtet, obwohl für private Auftraggeber keine vergleichbaren Vorschriften bestehen.²⁹ Die öffentliche Hand kann also im Umweltschutz durchaus Vorreiter sein. Warum nicht auch im Sozialschutz?

IV. Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV

1. Richtlinie als abschließender Maßstab?

Ob die landesrechtlichen Vorschriften über den vergabespezifischen Mindestlohn auch am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV gemessen werden müssen, kann durchaus zweifelhaft sein. Keine Hindernisse ergeben sich allerdings dann, wenn wie im Fall der *VergKammer Arnsberg* die Entsenderrichtlinie von ihrem Tatbestand her gar nicht eingreift: Soll die Digitalisierung der Akten in Polen erfolgen und nur das Ergebnis nach Deutschland gebracht werden, wird kein Arbeitnehmer ins Inland „entsandt“. Der Normalfall ist jedoch anders gelagert; die Arbeit wird direkt „vor Ort“, auf der deutschen Baustelle oder im deutschen Fleischbetrieb erbracht. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob Art. 3 I der Entsenderrichtlinie nicht eine abschließende Regelung darstellt, die einen Rückgriff auf primäres Unionsrecht ausschließt. Dass es eine solche „Verdrängungswirkung“ gibt, hat der *EuGH* im Zusammenhang mit der Zulassung von Arzneimitteln hervorgehoben: Ist ein Medikament auf Grund einer Richtlinie und einer diese ausführenden nationalen Rechtsnorm zulassungspflichtig, aber nicht zugelassen, so ist nicht mehr zu prüfen, ob die nationale Regelung gegen die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 28 ff. AEUV verstößt³⁰ und auf diesem Wege eine Zulassung doch noch erreichbar wäre. Auch in der Literatur ist diese Auffassung allgemein anerkannt.³¹ Dies gilt allerdings nur dann, wenn die Richtlinie ihrerseits mit dem primären Unionsrecht in Einklang steht, doch bestehen insoweit bei Art. 3 I der Entsenderrichtlinie nach der Rechtsprechung des *EuGH* keine Zweifel.³²

Ob auch Art. 3 I Entsenderrichtlinie eine abschließende Regelung in diesem Sinn darstellt, ist aus der Rechtsprechung des *EuGH* nicht mit absoluter Sicherheit abzuleiten. Auf der einen Seite weist sie dieser Vorschrift abschließenden Charakter insoweit zu, als die Mitgliedstaaten trotz der Günstigkeitsregel des Art. 3 VII Entsenderrichtlinie keine weitergehenden Anforderungen stellen dürfen.³³ Auf der anderen Seite hat der *EuGH* in der Ruffert-Entscheidung³⁴ zunächst die Unvereinbarkeit mit der Richtlinie festgestellt, im Anschluss jedoch die Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit geprüft. Ob dies eine bloße Hilfserrückgriff war³⁵ oder ein Entgegenkommen gegenüber dem vorlegenden Gericht, das nur nach der Vereinbarkeit mit Art. 56 AEUV gefragt hatte, soll hier dahinstehen. Jedenfalls erscheint es unter den gegebenen Umständen geboten, auch eine Überprüfung am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit vorzunehmen. Dabei stellt sich als erstes die Frage, ob überhaupt ein „Eingriff“ in diese vorliegt. Ist dies der Fall, ergibt sich das weitere Problem, ob er nach Art. 62 iVm Art. 52 I AEUV gerechtfertigt sein kann.

2. Vorliegen eines Eingriffs

Die wirtschaftlichen Grundfreiheiten werden in der Rechtsprechung des *EuGH* nicht nur als Verbote angesehen, ausländische Unternehmen schlechter als inländische zu behandeln. Vielmehr werden sie als Beschränkungsverbote interpretiert; ausgeschlossen sollen alle Maßnahmen sein, die die Ausübung zum Beispiel der Warenverkehrs- oder der Dienst-

leistungsfreiheit „weniger attraktiv“ machen.³⁶ Zusammenfassend führte der *EuGH*³⁷ aus:

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

Damit wird im Ergebnis ein Diskriminierungsverbot in eine umfassende Betätigungsfreiheit verwandelt – dies kritisch zu hinterfragen, ist hier nicht der Ort, zumal keinerlei Anzeichen bestehen, dass der *EuGH* zum ursprünglichen Inhalt der Vorschrift zurückkehren möchte.

Im vorliegenden Fall liegt ein Eingriff vor. Angesichts des unterschiedlichen Lohnniveaus in den Mitgliedstaaten wirkt sich ein gesetzlich angeordneter Mindestlohn unmittelbar auf das Verhalten der Unternehmen aus. Wer aus einem Land mit sehr niedrigen Vergütungen kommt, wird größere Schwierigkeiten als andere haben, der gesetzlichen Vorgabe zu entsprechen.³⁸

3. Rechtfertigung des Eingriffs

a) *Zwingende Gründe des Allgemeininteresses.* Der Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit lässt sich den Umständen nach nur mit „zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“ legitimieren. Dieser Rechtfertigungsgrund ergibt sich nicht direkt aus dem Wortlaut des Art. 62 iVm Art. 52 I AEUV, da dort nur von „Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit“ die Rede ist, doch ist er seit Jahrzehnten in der Rechtsprechung des *EuGH* anerkannt.³⁹

b) *Arbeitnehmerschutz als zwingender Grund.* Zu den „zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“ gehört nach der

28 *EuGH*, Slg. 2003, I-14527 = NVwZ 2004, 201 = EuZW 2004, 81 Rn. 34 – EVN/Wienstrom.

29 Darauf verweist auch *Nassibi*, Schutz vor Lohndumping in Deutschland 2012, S. 225.

30 *EuGH*, Slg. 2003, I-14951 = NJW 2004, 131 Rn. 52–54, 64 – Deutscher Apothekerverband mit Nachw. aus der früheren Rechtspr. des *Gerichtshofs*.

31 S. *Classen* in *Oppermann/Classen/Nettesheim*, EuropaR, 5. Aufl. 2011, § 22 Rn. 6; *Ehlers* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 7 Rn. 8; *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union. EuropaR und Politik, 10. Aufl. 2013, § 10 Rn. 12; im hier interessierenden Zusammenhang *Glaser/Kahl*, ZHR 177 (2013), 643 (648).

32 *EuGH*, NZA 2008, 159 (164) Rn. 80 ff – Laval; *EuGH*, NZA 2008, 537 Rn. 32 ff. – Ruffert; *EuGH*, Slg. 2008, I-4364 = NZA 2008, 865 Rn. 31 – Kommission/Luxemburg.

33 *EuGH*, Slg. 2007, I-11845 = NZA 2008, 159 – Laval; *EuGH*, Slg. 2008, I-1989 = NZA 2008, 537 – Ruffert; *EuGH*, NZA 2008, 865 – Kommission/Luxemburg.

34 *EuGH*, NZA 2008, 537 Rn. 36 ff.

35 *Dafür Rödl*, EuZW 2011, 292 (293 f.).

36 *EuGH*, Slg. 1974, 837 = BeckRS 2004, 73731 Rn. 5 – Dassonville; *EuGH*, Slg. 1995, I-4165 = NJW 1996, 579 Rn. 37 f. – Gebhard; speziell zur Dienstleistungsfreiheit *EuGH*, Slg. 1991, I-4221 = NJW 1991, 2693 Rn. 12 – Säger; *EuGH*, Slg. 1994, I-1039 = NJW 1994, 2013 Rn. 43 – Schindler.

37 NZA 2001, 554 Rn. 22 – Mazzoleni.

38 Ebenso iErg *Krebber*, EuZA 2013, 435 (443); vgl. weiter *Glaser/Kahl* ZHR 177 (2013), 643 (660 f.).

39 *EuGH*, NJW 1982, 1203 (1204) – Webb; *EuGH*, NZA 2001, 554 (555) Rn. 25 – Mazzoleni; *EuGH*, NZA 2002, 207 Rn. 19 – Portugaia; *EuGH*, NZA 2008, 537 Rn. 42 – Ruffert; *EuGH*, NZA 2010, 1404 – dos Santos Palhota.

Rechtsprechung des *EuGH* auch der Arbeitnehmerschutz. In der ersten grundlegenden Entscheidung zu dieser Frage⁴⁰ heißt es im Zusammenhang mit der Genehmigungsbedürftigkeit der Leiharbeit:

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

Ersichtlich ging es dabei nicht allein um die Interessen von konkret betroffenen Arbeitnehmern, sondern auch um arbeitsmarktpolitische Ziele („gedeihliche Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt“). Spätere Entscheidungen weisen in dieselbe Richtung. So heißt es etwa in der Entscheidung *Rush Portuguesa*⁴¹ im Hinblick auf die Besorgnisse der französischen Regierung, die Arbeit von Portugiesen in Frankreich könne zu „sozialem Dumping“ führen, in Rn. 18:

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

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

c) *Das Problem des partiellen Arbeitnehmerschutzes.* Die den Vorlageentscheidungen zu Grunde liegenden Fälle weisen die Besonderheit auf, dass durch § 3 I LTTG bzw. § 4 III TVgG nur solche Arbeitnehmer geschützt werden, die mit der Ausführung öffentlicher Aufträge befasst sind. Andere Arbeitnehmer, die mit privaten Aufträgen befasst sind, werden nicht erfasst. Dass dies nicht in Widerspruch zur Entsenderichtlinie steht, ist oben⁴² im Einzelnen ausgeführt. Das Argument kehrt jedoch im vorliegenden Zusammenhang wieder, zumal es der *EuGH* in der *Ruffert*-Entscheidung⁴³ gerade im Zusammenhang mit Art. 56 AEUV in den Vordergrund gestellt hat. Eine Lösung ist hier nicht allein mit Hilfe einer Exegese der Entsenderichtlinie möglich.

Der ein Allgemeininteresse begründende „Arbeitnehmerschutz“ ist nicht notwendig universell und muss deshalb nicht jeden denkbaren Schutzbedarf abdecken. So kann etwa erneut auf die Entscheidung in Sachen „*Rush Portuguesa*“⁴⁴ verwiesen werden, die den französischen Instanzen ausdrücklich das Recht einräumte, Tarifverträge auf alle, auch die von ausländischen Unternehmen entsandten Arbeitnehmer zu erstrecken. Dies ist der Sache nach gleichfalls ein partieller Schutz, der nur diejenigen erfasst, die kraft autonomer Entscheidung der Sozialpartner in den Anwendungsbereich des jeweiligen Tarifvertrags fallen. Ob damit alle schutzbedürftigen Personen erreicht sind, erscheint höchst zweifelhaft. Die Regelung ist daher nicht weniger „partiell“ als ein vergabespezifischer Mindestlohn.

Auch aus anderen Gründen können Bestimmungen, die nur die mit öffentlichen Aufträgen Befassten betreffen, eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen. Dafür sprechen neben dem Beispiel des Umweltschutzes, auf das schon hingewiesen wurde,⁴⁵ insbesondere die folgenden Gesichtspunkte.

Bei Mitgliedstaaten mit föderaler Struktur sind universelle Schutznormen in vielen Fällen politisch nicht durchsetzbar, zum Teil sogar wegen geteilter Zuständigkeiten rechtlich nicht möglich. Sie gleichwohl zu verlangen, würde bedeuten, dass die Betroffenen faktisch ohne Schutz blieben. Im Bundesstaat hat die Aufteilung der Kompetenzen zudem in bestimmten Fällen auch den Sinn, Erfahrungen mit einzelnen Regelungen zu sammeln, die dann gegebenenfalls zu einer einheitlichen Gesetzgebung für das ganze Land führen sollen. In Deutschland wäre dies im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung möglich, wo es beispielsweise im Fall des Bildungsurlaubs entsprechende Überlegungen gab. Die Achtung vor der Eigenständigkeit der Mitgliedstaaten nach Art. 4 II 1 EUV gebietet es, diese internen Regelungsmechanismen nicht in Frage zu stellen. Dies muss berücksichtigt werden, wenn es um die Anforderungen an den Begriff „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ und „Schutz von Arbeitnehmerinteressen“ geht.⁴⁶

Arbeitnehmerschutz kann weiter auch bei einheitlicher Zuständigkeit stufenweise erfolgen, indem zunächst nur ein bestimmter Bereich erfasst wird. Dieser wird dann als „Vorbild“ gesehen, das andere zum „Nachziehen“ veranlassen, zumindest ihnen Anlass für weitere Überlegungen bieten soll. Dabei kann bei der Frage, ob es zu einer Erweiterung und Verallgemeinerung kommt, die öffentliche Meinung eine große Rolle spielen. Denkbar ist auch, dass qualifizierte Arbeitskräfte in den Sektor abwandern, der bessere Bedingungen bietet; insoweit geht es um mehr als einen Appell oder eine „best practice“. Partielle Schutznormen auszuschließen, würde einen solchen Prozess entscheidend behindern und damit ein Stück demokratischer Gesetzgebung unmöglich machen.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass das soziale Element durch den Vertrag von Lissabon eine stärkere Stellung erfahren hat. In Art. 3 UAbs. 1 S. 2 EUV bekennt sich die Union ausdrücklich zur sozialen Marktwirtschaft und benennt als deren Ziele „Vollbeschäftigung“ und „sozialen Fortschritt“. Nach Art. 3 UAbs. 2 EUV sollen soziale Gerechtigkeit und sozialer Schutz gefördert werden. Die so genannte Querschnittsklausel des Art. 9 AEUV verlangt, dass die Union bei der Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen unter anderem einen hohen Beschäftigungsstand erstrebt und einen angemessenen sozialen Schutz gewährleistet. Dies wird durch die Kapitel über Beschäftigung (Art. 145 ff. AEUV) und über Sozialpolitik (Art. 151 ff. AEUV) konkretisiert. Die Grundrechtcharta (GRCh), die als Teil des Primärrechts denselben Rang wie EUV und AEUV genießt, enthält in ihren Art. 27–38 unter der Überschrift „Solidarität“ zahlreiche soziale Grundrechte.⁴⁷ Wollte man im durchaus bedeutsamen Teilgebiet der Vergabe öffentlicher Aufträge eine Sozialpolitik ausschließen, die Schritt für Schritt vorgeht, wären sozialer

40 *EuGH*, NJW 1982, 1203 (1204) – Webb.

41 *EuGH*, Slg. 1990, I-1417 = BeckRS 2004, 74152.

42 S. oben unter III 3.

43 *EuGH*, NZA 2008, 537 Rn. 39, 40.

44 *EuGH*, Slg. 1990, I-1417 = BeckRS 2004, 74152; die Entscheidung erging vor Erlass der Entsenderichtlinie.

45 S. oben unter III 3 aE.

46 IErg übereinst. *Glaser/Kahl*, ZHR 177 (2013), 643 (664, 670 f.); *Greiner*, ZIP 2011, 2132.

47 Dazu auch *Koberski/Schierle*, RdA 2008, 233 (235).

Schutz und sozialer Fortschritt nicht erleichtert sondern erschwert. Auch deshalb kann sich Arbeitnehmerschutz (zunächst) auf diejenigen beschränken, die mit der Ausführung öffentlicher Aufträge befasst sind. Dass auch das ILO-Übereinkommen Nr. 94 zum selben Ergebnis führt, soll unter V behandelt werden.

d) *Verhältnismäßigkeit der Schutzmaßnahmen.* Die im Interesse des Arbeitnehmerschutzes ergriffenen Maßnahmen müssen zur Erreichung ihres Ziels geeignet, erforderlich und angemessen sein.⁴⁸

Die Geeignetheit einer Mindestlohnbestimmung nach Art des § 3 I LTTG bzw. des § 4 III TVgG zur Sicherung und Verbesserung der Situation der erfassten Arbeitnehmer steht außer Zweifel. Die Frage der Inkohärenz, das heißt der inneren Unschlüssigkeit wegen der Beschränkung auf die mit öffentlichen Aufträgen befassten Personen⁴⁹ stellt sich nicht mehr, nachdem feststeht, dass auch das Konzept eines partiellen Arbeitnehmerschutzes eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen kann. In Bezug auf dieses (beschränkte) Ziel ist die Maßnahme „Mindestlohn“ geeignet.

Zum Mindestlohn gibt es auch keine Alternative, die weniger in die Dienstleistungsfreiheit eingreifen würde. Andere Instrumente, die in gleicher Weise einen Verdrängungswettbewerb und eine „Spirale“ nach unten verhindern würden, sind nicht ersichtlich. Soweit eine Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen möglich ist, kann davon Gebrauch gemacht werden; der Mindestlohn würde in einem solchen Fall nach § 4 IV TVgG nur eingreifen, wenn der Tarifvertrag unter einer Stundenvergütung von 8,62 Euro bleiben würde.⁵⁰

Die Schwere und Tragweite der Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit müssen schließlich in einem angemessenen Verhältnis zu den mit der Regelung verfolgten Schutzziele stehen. Bei der Abwägung ist insbesondere auf die gestiegene Bedeutung der sozialpolitischen Ziele im Primärrecht abzustellen (dazu oben unter c am Ende). Auf der anderen Seite ist die Dienstleistungsfreiheit eine der „Säulen“, auf denen der Binnenmarkt und die Union ruhen. Einen Betrag vorzuschreiben, der der untersten besetzten Lohngr. nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst entspricht (wie dies durch die Vergabegesetze in Rheinland-Pfalz und Nordrhein-Westfalen geschah), erscheint nicht als übermäßige wirtschaftliche Belastung von Bewerbern aus Niedriglohn-Ländern. Ihr „Wettbewerbsvorteil“ billigerer Löhne wird keineswegs völlig beseitigt, sondern lediglich verringert: Inländische Unternehmen werden jedenfalls ihren qualifizierten Mitarbeitern immer deutlich mehr als den Mindestlohn von 8,70 bzw. 8,62 Euro bezahlen und bezahlen müssen. Außerdem richten sich in den Fällen der relativ kurzfristigen Entsendung Steuern und Sozialabgaben nach dem „Heimatrecht“, was auf eine erheblich geringere Belastung als in Deutschland hinausläuft. Schließlich sollte man berücksichtigen, dass eine „Freigabe“ von Billiglöhnen nicht nur den deutschen Arbeitsmarkt erheblich stören würde. Vielmehr hätten die Unternehmen aus den Entsendeländern kaum mehr einen Anreiz, ihre Leistungen und ihre Organisation zu verbessern, da ein Lohnniveau, das 50 % oder 80 % unter dem des Aufnahmestaates liegt, einen so großen Wettbewerbsvorteil bringt, dass das Bemühen um ein qualitativ besseres Angebot überflüssig erscheinen würde. Eine verabsolutierte und grenzenlose Dienstleistungsfreiheit wäre deshalb kein Beitrag zur Realisierung der Union, insbesondere nicht zu einer in Art. 3 III UAbs. 1 S. 2 EUV als Ziel formulierten „wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft“⁵¹.

e) *Eingriff in die unternehmerische Freiheit nach Art. 16 GRCh?* Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit sind dann

illegal, wenn sie in nicht gerechtfertigter Weise zugleich in Grundrechte eingreifen. In der Literatur ist erörtert worden, ob die in Art. 16 GRCh garantierte unternehmerische Freiheit unzulässig beeinträchtigt sein könnte.⁵² Dort sind „die Freiheit, eine Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit auszuüben, die Vertragsfreiheit und der freie Wettbewerb“ garantiert.⁵³

An anderer Stelle ist davon die Rede, Art. 16 GRCh umfasse „insbesondere“ die Vertragsfreiheit.⁵⁴ In diese wird mittelbar eingegriffen, wenn Arbeitsverträge nur unter Wahrung des vergaberechtlichen Mindestlohns abgeschlossen oder fortgeführt werden können. Allerdings ist der Eingriff nicht stärker als bei anderen Mindeststandards, die das Unionsrecht selbst in einigen Fällen vorgibt. Als Beispiel sei der durch Art. 7 der RL 2003/88/EG (Arbeitszeitrichtlinie) gewährleistete Erholungsurlaub von vier Wochen pro Jahr genannt. Eine solche Regelung ist jedenfalls dann zulässig, wenn zwingende Gründe des Allgemeininteresses für sie sprechen. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall erfüllt.⁵⁵

4. Ergebnis

Die §§ 3 I LTTG und 4 III TVgG verstoßen nicht gegen die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV. Ergänzend sei noch darauf verwiesen, dass die in Art. 15 II GRCh garantierte „Freiheit, in jedem Mitgliedstaat Dienstleistungen zu erbringen“, keinen weitergehenden Schutz als Art. 56 AEUV gewährt.⁵⁶

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

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

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

- eines Gesamtarbeitsvertrags... von Verbänden der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer, denen ein wesentlicher Teil der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer des betreffenden Berufes oder der betreffenden Industrie angehört, oder
- eines Schiedsspruchs
- der innerstaatlichen Gesetzgebung.“

Art. 2 II ILO-Übereinkommen Nr. 94 betrifft Fälle, in denen keine einschlägigen Gesamtarbeitsverträge (= Tarifverträge) vorhanden sind; insoweit wird auf die Bedingungen in verwandten Branchen und die üblichen Bedingungen abgestellt.

Das ILO-Übereinkommen Nr. 94 ist am 20.9.1952 in Kraft getreten⁵⁷ und ist von 62 Staaten ratifiziert worden.⁵⁸ Von

48 Dazu Glaser/Kahl, ZHR 177 (2013), 643 (667).

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

50 Ebenso iErg Glaser/Kahl, ZHR 177 (2013), 643 (671 f.).

51 Vgl. auch Glaser/Kahl, ZHR 177 (2013), 643 (672 f.).

52 Glaser/Kahl, ZHR 177 (2013), 643 (673 ff.).

53 So EuGH, EuZW 2013, 347 mit Anm. Ziegenhorn Rn. 42 – Sky Österreich.

54 EuGH, NZA 2013, 835 Rn. 32 – Alemo-Herron.

55 Ebenso Glaser/Kahl, ZHR 177 (2013), 643 (675 f.).

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

57 https://s3.amazonaws.com/normlex/normlexexotic/DE/DE_C094.htm (zuletzt abgerufen am 20.12.2013).

58 Abrufbar unter <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEX-PUB>.

den EU- und EWR-Mitgliedstaaten haben Österreich (1951), Belgien (1952), Bulgarien (1955), Dänemark (1955), Finnland (1951), Frankreich (1951), Italien (1952), Niederlande (1952), Norwegen (1996) und Spanien (1971) das Abkommen ratifiziert. Zu diesen 10 Staaten kommt in gewisser Weise Großbritannien hinzu, das das Übereinkommen 1950 ratifiziert, es jedoch in den achtziger Jahren wieder gekündigt hat. Deutschland hat nicht ratifiziert, was damit zusammenhängen mag, dass die rechtliche Regulierung öffentlicher Aufträge später als in vielen anderen Ländern, insbesondere als in England und den USA, eingesetzt hat.⁵⁹

Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation können ein wichtiger Anhaltspunkt für das Vorliegen eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes des EU-Rechts sein. Ist ein solcher zu bejahen, müsste das sekundäre Unionsrecht dem Rechnung tragen und das geschriebene Primärrecht im Rahmen des Möglichen und methodisch Vertretbaren so interpretiert werden, dass kein Widerspruch zu dem fraglichen allgemeinen Rechtsgrundsatz entsteht.⁶⁰

Allgemeine Rechtsgrundsätze sind im Unionsrecht als Rechtsquelle anerkannt, weil die Gründungsverträge sowie das sekundäre Recht auf Grund der spezifischen Art ihrer Entstehung notwendigerweise Lücken aufweisen, die auf diese Weise geschlossen werden können⁶¹. Im geschriebenen Primärrecht wird in Art. 340 II AEUV im Zusammenhang mit der außervertraglichen Haftung der Unionsorgane ausdrücklich auf allgemeine Rechtsgrundsätze verwiesen.

Vor Inkrafttreten der Grundrechtecharta stellten die allgemeinen Rechtsgrundsätze die entscheidende Rechtsgrundlage für die Gewährleistung der Grundrechte dar, die im Anwendungsbereich des Unionsrechts zu beachten waren. Auch heute noch gelten sie nach Art. 53 GR-Charta weiter, was dort von praktischer Bedeutung ist, wo sie über das Schutzniveau der Charta hinausgehen.⁶² Die Herausbildung allgemeiner Rechtsgrundsätze war jedoch nicht auf diesen Bereich beschränkt, sondern erfasste (und erfasst) zahlreiche weitere, sehr viel konkretere Fragen, insbesondere solche, die man nach nationaler Systematik dem Verwaltungs- und dem Verwaltungsverfahrenrecht zuordnet. Das gilt etwa für die „allgemeinen Grundsätze ordentlicher Verwaltung“, für das Prinzip des „Vertrauensschutzes“ im Verwaltungsrecht, für das Verbot, zwei Mal wegen derselben Rechtsverletzung belangt zu werden („ne bis in idem“), für den Grundsatz des rechtlichen Gehörs und für die Notwendigkeit, Rechtsakte mit einer Begründung zu versehen. Auch die Berufung auf „höhere Gewalt“ sowie die Fürsorge einer Behörde gegenüber ihren Bediensteten wird hier eingeordnet.⁶³

Was sind die Quellen, aus denen sich diese allgemeinen Rechtsgrundsätze speisen? Dazu gehören nach Art. 53 GRCh auch völkerrechtliche Normen einschließlich „internationaler Übereinkünfte, bei denen die Union oder alle Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind.“ Dabei reicht es aus, dass das fragliche Abkommen unterzeichnet wurde; eine Ratifikation wird nicht verlangt.⁶⁴ Eine „Unterzeichnung“ liegt im Falle der ILO schon dann vor, wenn ein Übereinkommen von der Arbeitskonferenz beschlossen wurde. Wird es von einem Mitgliedstaat nicht ratifiziert, so ist dieser insoweit in der Pflicht, als er in angemessenen Zeiträumen dem Generaldirektor des Internationalen Arbeitsamtes über den Stand der nationalen Gesetzgebung und der Praxis zu berichten und darzulegen hat, welche Hindernisse einer Ratifikation entgegenstehen (Art. 19 V Buchst. e der ILO-Verfassung). Da alle Mitglied-

staaten zugleich Mitglieder der Internationalen Arbeitsorganisation sind, ist diese Voraussetzung erfüllt.

An sich wäre es möglich, schon aus dem ILO-Übereinkommen Nr. 94 als solchem einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Inhalts abzuleiten, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, bei öffentlichen Aufträgen Löhne und Arbeitsbedingungen vorzuschreiben, die nicht schlechter sind als die vergleichbarer Arbeitnehmer im Inland. Dafür könnte zusätzlich sprechen, dass Art. 151 AEUV auf die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989 verweist, die in ihrer Präambel wiederum auf die ILO-Übereinkommen Bezug nimmt.⁶⁵ Hinzu kommt, dass die Rechtsprechung des EuGH in zahlreichen Fällen ILO-Übereinkommen als „Rechtserkenntnisquelle“ verwandt hat, um auf diese Weise das Unionsrecht fortzubilden oder ihm eine bestimmte Auslegung zu geben. So wurde schon im Jahre 1978 der Grundsatz der Gleichberechtigung von Männern und Frauen außerhalb des Lohnleichheitsgrundsatzes des (damaligen) Art. 119 EWG-Vertrag unter anderem damit begründet, dass dieses Grundrecht „im Übrigen“ auch im ILO-Übereinkommen Nr. 111 enthalten sei.⁶⁶ In seiner jüngeren Rechtsprechung hat sich der EuGH zur Begründung eines Rechts auf kollektive Maßnahmen einschließlich des Streikrechts ebenfalls auf ILO-Übereinkommen berufen.⁶⁷ ILO-Übereinkommen wurden auch des Öfteren als Mittel zur Auslegung von unionsrechtlichen Normen herangezogen.⁶⁸ Bisher hat sich jedoch die Rechtsprechung gescheut, einen allgemeinen Rechtsgrundsatz allein durch Rückgriff auf ILO-Übereinkommen zu begründen.⁶⁹ Als zusätzlichen Gesichtspunkt könnte man im vorliegenden Zusammenhang jedoch heranziehen, dass es in vielen Mitgliedstaaten eine Praxis gibt, die dem ILO-Übereinkommen Nr. 94 entspricht. Eine umfassende Dokumentation darüber existiert – soweit ersichtlich – nicht, doch kann man davon ausgehen, dass diese Praxis jedenfalls in den zehn Mitgliedstaaten, die das Übereinkommen Nr. 94 ratifiziert haben, von einer mehr oder weniger großen praktischen Relevanz ist. Dazu kommt das nicht zu der Gruppe der Zehn gehörende Deutschland, wo der Einsatz von öffentlichen Aufträgen zur Förderung von sozialpolitischen Zwecken seit über zehn Jahren eine nicht unerhebliche Rolle spielt.⁷⁰

Das ILO-Übereinkommen Nr. 94 ist zusammen mit der nationalen Praxis Grundlage für den oben benannten allgemei-

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

60 Die Frage, ob das ILO-Übereinkommen einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Unionsrechts darstellt, werfen auch *Koberski/Schierle*, RdA 2008, 233 (236) auf.

61 S. statt aller *Bieber/Epiney/Haag*, § 6 Rn. 16 ff.; *Nicolaysen* in: *Heselaus/Nowak*, HdB d. Europäischen Grundrechte, 2006, § 1 Rn. 59 ff.; *Oppermann/Classen/Nettesheim* (o. Fn. 31), § 9 Rn. 31 ff.

62 Dazu näher *Heuschmid*, SR 2014, 3.

63 Aufzählung m. Nachw. aus der Rspr. des EuGH bei *Oppermann/Classen/Nettesheim* (o. Fn. 31), § 9 Rn. 40. Zu einem frühen Versuch im Zusammenhang mit dem Widerruf von Verwaltungsakten s. *Däubler*, NJW 1965, 1646.

64 *Rengeling/Szczekalla* (Hrsg.), Grundrechte in der Europäischen Union, 2004, § 7 Rn. 497; v. *Danwitz* in *Tettinger/Stern* (Hrsg.), Kölner GK zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 53 Rn. 17.

65 Hierzu und zum Folgenden *Heuschmid/Klebe*, Die ILO-Normen in der Rechtsordnung der EU, in: *Däubler/Zimmer* (Hrsg.), Arbeitsvölkerrecht, FS K. Lörcher, 2013, S. 339 ff.; *Heuschmid*, SR 2014, 2.

66 *EuGH*, NJW 1978, 2445 – Defrenne III.

67 *EuGH*, Slg. 2007, I-10806 = NZA 2008, 124 = EuZW 2008, 246 – Viking Rn. 43; *EuGH*, Slg. 2007, I-11845 = NZA 2008, 159 = NZBau 2008, 407 Ls. = EuZW 2008, 775 Ls. – Laval Rn. 90

68 Nachweise bei *Heuschmid/Klebe* (o. Fn. 64), S. 343 ff.

69 *Heuschmid/Klebe* (o. Fn. 64), S. 342 Fn 42

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

nen Rechtsgrundsatz. Widersprüche zum sonstigen Unionsrecht ergeben sich nicht. Auch kennt das Unionsrecht Regeln, die dem öffentlichen Dienst und damit dem vom Staat beeinflussten Sektor eine Sonderstellung einräumen (s. etwa Art. 45 IV AEUV), die auch zu dem Zweck genutzt werden kann, Vorbild für andere Sektoren zu sein.⁷¹ Eine Vergütung in Höhe von 8,70 bzw. 8,62 Euro entspricht der niedrigsten, noch besetzten Entgeltgruppe nach dem TV-L und befindet sich damit am unteren Ende der vom ILO-Übereinkommen verlangten Gleichstellung.⁷²

VI. Zusammenfassung

Der vergabespezifische Mindestlohn nach § 3 I LTTG bzw. § 4 III TVgG verstößt weder gegen die Vergabekoordinationsrichtlinie noch gegen die Entsenderichtlinie. Nimmt man

eine Überprüfung am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV vor, so ergibt sich gleichfalls kein Verstoß gegen Unionsrecht. Ein partieller Arbeitnehmerschutz, der sich auf die mit der Bearbeitung öffentlicher Aufträge befassten Arbeitnehmer beschränkt, kann einen „zwingenden Grund des Allgemeininteresses“ darstellen, der eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigt. Außerdem spricht vieles für die Annahme eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes im Sinne des Art. 2 I des ILO-Übereinkommens Nr. 94, wonach das am Arbeitsort bestehende soziale Niveau bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nicht unterschritten werden darf. ■

71 Zu Letzterem ebenso *Glaser/Kahl*, ZHR 177 (2013), 643, 670

72 Für eine Auslegung des Unionsrechts, die einen Widerspruch zum ILO-Übereinkommen Nr. 94 vermeidet, *Heuschmid*, SR 2014, 12 f.

Kommentar

Dr. Claudia Schmidt*

Vererbbarkeit des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub

Eine Betrachtung der Rechtslage in Deutschland nach der jüngsten Rechtsprechung des EuGH

I. Einleitung

Das Recht auf Urlaub ist nach deutschem Rechtsverständnis ein höchstpersönliches Recht jedes Arbeitnehmers; es ist als solches weder übertrag- noch vererbbar. Jedoch: handelt es sich bei dieser Feststellung um eine Selbstverständlichkeit? Oder wird das in anderen Mitgliedstaaten der EU etwa anders gesehen?

II. Die Vorlage

Das *LAG Hamm* stellte die deutsche Sichtweise auf den Prüfstein. Anlässlich der Klage der Erbin eines Arbeitnehmers, der verstorben war ohne den ihm auf Grund seines Arbeitsverhältnisses zustehenden Urlaub (krankheitsbedingt) genommen oder auch nur beantragt zu haben, ging das Gericht der Frage nach, ob das deutsche Recht, und die einschlägige Rechtsprechung des BAG, im Hinblick auf das Recht der europäischen Union Bestand haben konnte. Letztes sieht vor, dass der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf finanzielle Vergütung des unverschuldet nicht genommenen Urlaubs hat. Mit Beschluss vom 14.2.2013 setzte das *LAG Hamm* den bei ihm anhängigen Rechtsstreit aus und wandte sich gem. Art. 267 AEUV an den *EuGH*. Das Urteil in diesem Vorabentscheidungsverfahren erging am 12.6.2014.¹ Die nunmehr auch für den deutschen Rechtsraum verbindlich geklärte Rechtslage ist im Folgenden betrachtet.

Die Vorlage des *LAG Hamm* an den *EuGH* ist zu begrüßen (III). Im deutschen Rechtsraum könnte das Urteil der *Ersten Kammer* allerdings sowohl hinsichtlich seines Tenors und seiner Begründung als auch in Bezug auf die gewählte Struktur hinterfragt werden. Die folgende Betrachtung geht diesen Fragen nach (IV). Abschließend ist die gegenwärtige, auch für Deutschland verbindliche Rechtslage zur Übertragung von Urlaubsansprüchen eines Arbeitnehmers bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zusammengefasst (V).

III. Vorbildhafte Struktur und Begründung der Vorlage

Das *LAG Hamm* hat seinen Vorlagebeschluss klar und deutlich begründet. Nach Darstellung des Sachverhalts und des einschlägigen unionsrechtlichen sowie nationalen Rechtsrahmens, arbeitet es prägnant seine Zweifel an der richtigen Auslegung des Art. 7 der RL 2003/88/EG² (im Folgenden: Arbeitszeitrichtlinie) heraus. Diese Zweifel sind berechtigt, und die dem *EuGH* vorgelegten Fragen für den anhängigen Rechtsstreit entscheidungserheblich.

1. Judikatur des BAG

Auf der einen Seite steht die höchstrichterliche Rechtsprechung des BAG.³ Hiernach erlischt mit dem Tod des Arbeitnehmers dessen höchstpersönliche Leistungspflicht (§ 613 BGB). Daraus folge als Kehrseite, dass alle Ansprüche auf Befreiung von dieser Arbeitspflicht ebenfalls untergehen. Hierzu zähle der Urlaubsanspruch, der sich somit nicht mehr in einen Abgeltungsanspruch umwandeln könne. Dieses Ergebnis widerspreche nicht dem von § 7 IV BUrtG und Art. 7 II der Arbeitszeitrichtlinie verfolgten Abgeltungszweck. Letzter läge nämlich darin, dem Arbeitnehmer einen finanziellen Ausgleich für die nur ihm persönlich zugute kommende Erholung durch den Urlaub zu gewähren, den er auf Grund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr nehmen konnte.

Nach dieser Sichtweise des BAG, entsteht kein Urlaubsabgeltungsanspruch. Stirbt der Arbeitnehmer, so führt nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses iSd § 7 IV BUrtG, son-

* Die *Autorin* ist Referentin am *EuGH*. – Die Besprechung gibt ausschließlich ihre persönliche Auffassung wieder.

1 *EuGH*, C-118/13, NZA 2014, 651 – Bollacke.

2 RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 4.11.2013 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung.

3 BAGE 139, 168 = NZA 2012, 326 = NJW 2012, 634 mwN; vgl. zuletzt BAG, NZA 2013, 678.