

# VERGABERECHT

## Newsletter

### Editorial

Sehr geehrte Auftraggeber,  
sehr geehrte Bieter,  
liebe Leserinnen, liebe Leser,

für unseren aktuellen Newsletter hat unser Vergaberechts-Team wieder aktuelle und praxisrelevante Rechtsentwicklungen und Entscheidungen für Sie zusammengefasst. Wir wünschen Ihnen eine gewinnbringende Lektüre. Für Fragen, Anregungen oder Vertiefungen steht Ihnen unser Team jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Berthold F. Mitrenga

Rechtsanwalt,  
Leiter der Praxisgruppe Öffentliches Recht/Vergaberecht

### Inhaltsverzeichnis

#### AKTUELL

**Beschleunigte Vergabeverfahren für die Unterbringung und Versorgung von Flüchtlingen** Seite 1

**Neues zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz** Seite 2

**Neue EVB-IT-Vertragsbedingungen veröffentlicht** Seite 2

#### SCHWERPUNKT

**Die Leistungsbeschreibung in der öffentlichen Auftragsvergabe – Dreh- und Angelpunkt einer erfolgreichen Beschaffung – Teil 1: Die „Verortung“ der Leistungsbeschreibung – eine Standortbestimmung** Seite 3

#### AUS DER RECHTSPRECHUNG

**Mindestlohn und Tariftreue bei öffentlichen Aufträgen im Fokus der Rechtsprechung** Seite 4

**VERANSTALTUNGSHINWEIS** Seite 6

### AKTUELL

#### **Beschleunigte Vergabeverfahren für die Unterbringung und Versorgung von Flüchtlingen**

Der Zustrom von Flüchtlingen und Asylsuchenden fordert von Staat und Kommunen kurzfristig Lösungen für Unterbringung und Versorgung. Soweit dafür Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsaufträge vergeben werden müssen, findet Vergaberecht Anwendung.

Unverzögliche Leistungsbeschaffung und rechtssichere Vergabe lassen sich dabei in Einklang bringen. Darauf haben hingewiesen

- das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) mit „Rundschreiben zur Anwendung des Vergaberechts im Zusammenhang mit der Unterbringung und Versorgung von Flüchtlingen“ vom 24. August 2015 - Az. IB6-270100/4 – und unter Bezugnahme darauf auch das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit mit Erlass vom 25. August 2015 – Az. BI7-81063.6/2;
- die EU-Kommission durch „Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat zu den Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe im Zusammenhang mit der aktuellen Flüchtlingsproblematik“ vom 9. September 2015 – COM(2015) 454 final.

Zusammengefasst lautet die Aussage dieser Mitteilungen, dass für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte, die den Regelfall bilden dürften, das Haushaltsrecht ein geeignetes Vorgehen ermöglicht. Verwiesen wird auf

- die Regeln zur Beschleunigung von Vergabeverfahren durch Festlegung entsprechend kurzer Angebotsfristen (s. § 10 VOB/A, § 10 VOL/A);
- die Wahl eines freihändigen Vergabeverfahrens in Fällen besonderer Dringlichkeit aus Gründen, die der Auftraggeber nicht voraussehen konnte (s. § 3 Abs. 5 Nr. 2 VOB/A, § 3 Abs. 5 Buchst. g VOL/A); in der gegenwärtigen Situation dürfte dies – so die genannten Mitteilungen – regelmäßig gegeben sein.

Für Vergaben ab den EU-Schwellenwerten von EUR 5.186.000 für Bauleistungen und EUR 134.000 bzw. EUR 207.000 für Liefer-



## VERGABERECHT

und Dienstleistungsvergaben verweisen BMWi und EU-Kommission auf:

- das beschleunigte nicht offene Verfahren (s. § 10 EG Abs. 2 Nr. 6 VOB/A, § 12 EG Abs. 4 VOL/A, § 7 Abs. 2 VOF), wobei die Voraussetzung besonderer Dringlichkeit wie vorstehend so auch hier in der Regel als gegeben angenommen werden kann;
- das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb (§ 3 Abs. 5 Nr. 4 i.V.m. § 10 EG Abs. 3 Nr. 2 VOB/A, § 3 EG Abs. 4 Buchst. d VOL/A, § 3 Abs. 4 Buchst. c VOF).

Voraussetzungen sind dafür nach der EuGH-Rechtsprechung: ein unvorhergesehenes Ereignis, dringliche und zwingende Gründe sowie ein Kausalzusammenhang zwischen dem Ereignis und der Unmöglichkeit, die Fristen einzuhalten (Einzelheiten dazu s. auch BMWi-Rundschreiben vom 09.01.2015 – IB6-270100/14). BMWi und EU-Kommission sehen diese Voraussetzungen in der gegenwärtigen Situation als regelmäßig gegeben an.

Vorsorglich ist anzumerken, dass das BMWi stets vom Regelfall in der gegenwärtigen Situation ausgeht und die EU-Kommission in den Schlussfolgerungen ihrer Mitteilung ausdrücklich auf das Erfordernis einer Fall-zu-Fall-Entscheidung hinweist. Es ist also insbesondere im Auge zu behalten, inwieweit im Verlauf der weiteren Entwicklung die Gründe für die Nutzung beschleunigter Vergaben unverändert weiterbestehen oder nur noch fallweise gegeben sind. Entsprechend sollten die Auftraggeber die Anregung im BMWi-Rundschreiben beachten, „stets zu prüfen, ob im Zusammenhang mit der Versorgung einer noch nicht genau abzuschätzenden Zahl von Flüchtlingen mit Liefer- und Dienstleistungen auf das Instrument einer Rahmenvereinbarung zurückgegriffen werden kann“.

Bei Interesse stellen wir Ihnen alle genannten Dokumente auf Anfrage gerne zur Verfügung.



**Timm R. Meyer,**  
Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
Düsseldorf

### Neues zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz

Die Reform des deutschen Vergaberechts schreitet weiter voran. Der Bundesrat hat in seiner 936. Plenarsitzung am 25. September 2015 seine Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts beschlossen (BR-Drs. 367/15). Zuvor waren die umfangreichen Änderungen und Ergänzungen

der Bundesregierung zum GWB-Vergaberecht (vom 8. Juli 2015) in nicht weniger als acht Ausschüssen behandelt worden.

Grundsätzliche Kritik an den Schwerpunkten des Gesetzentwurfes, beispielsweise der Gleichstellung von offenen und nicht offenen Verfahren, äußert der Bundesrat nicht. Seine insgesamt elf Änderungsvorschläge, die in der Beschluss-Drucksache 367/15 (B) zusammengefasst sind, betreffen insofern eher kleinere Details wie die Ausdehnung des sog. Spruchrichterprivilegs (§ 839 Abs. 2 BGB) auf die Mitglieder der Vergabekammern, die genauere Definition des Konzessionsbegriffs für Verträge über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege, die Überprüfung der vorgesehenen umfassenden Statistikpflichten oder kleinere Änderungen im Bereich der Prüfung der Zuverlässigkeit und im Bereich der Vergaben im ÖPNV-Bereich.

Von gewisser Tragweite dürfte allenfalls die Bitte der Länder sein, den Gesetzesvorbehalt zugunsten der Landesgesetzgebung dahingehend zu ergänzen, dass dort nicht nur Ausführungsbedingungen, sondern auch Zuschlagskriterien festgelegt werden dürfen.

In ihrer Gegenäußerung vom 7. Oktober 2015 hat die Bundesregierung die Änderungsvorschläge des Bundesrates mehrheitlich abgelehnt. Einige Punkte will sie im weiteren Verfahren noch prüfen. Das Gesetzesvorhaben ist zwischenzeitlich an den Bundestag weitergeleitet worden (BT-Drs. 18/6281), wo am 16. Oktober die erste Lesung stattgefunden und das Vorhaben in die Ausschüsse überwiesen worden ist. Nach den nach wie vor geltenden Eckpunkten der Bundesregierung zur Vergaberechtsreform vom 7. Januar 2015 soll die GWB-Novelle noch dieses Jahr verabschiedet werden. Für den Herbst angekündigt sind die neue Vergabeverordnung, der Entwurf einer Konzessionsverordnung und die Überarbeitung der Sektorenverordnung. Die Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien von April 2014 muss bis zum 18. April 2016 abgeschlossen sein.



**Stephan Rechten,**  
Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
Berlin

### Neue EVB-IT-Vertragsbedingungen veröffentlicht

Der IT-Beauftragte der Bundesregierung hat am 16. Juli 2015 zwei wichtige Vertragstypen der Ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen (EVB-IT) in aktualisierter Form veröffentlicht:

- zum einen die Vertragsbedingungen für den Kauf von Standardsoftware („EVB-IT Überlassung Typ A“) und



- zum anderen die Vertragsbedingungen für Dienstleistungen der diesbezüglichen Pflege („EVB-IT Pflege S“).

Die bisherigen Fassungen dieser Vertragstypen stammten aus den Jahren 2002 bzw. 2003. Verfügbar sind die überarbeiteten Vertragstypen nunmehr jeweils als Vertragsentwürfe in Land- und Kurzfassungen und als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB). Daneben existieren verschiedene typenspezifische Formularvordrucke. Aktualisierte Hinweise für die Nutzung, die bisher zu den verschiedenen EVB-IT-Vertragstypen als Hilfen für die Praxis erarbeitet wurden, sind angekündigt und werden demnächst veröffentlicht.

Maßgebliche Änderungen in den beiden Vertragstypen betreffen den besseren Schutz der Datensicherheit und Datenintegrität. So wurden unter anderem „No-Spy-Klauseln“ aufgenommen, mit denen das hohe Anforderungsniveau der öffentlichen Hand an die Integrität der eingesetzten Software vor dem Hintergrund der in jüngerer Zeit bekannt gewordenen Datenspionagefälle unterstrichen wird.

Darüber hinaus treffen den Auftragnehmer erhöhte Pflichten. So sind Standardsoftware sowie neue Programmstände frei von Schaden stiftender Software zu überlassen und es ist zu gewährleisten, dass die zu liefernde Standardsoftware frei von Funktionen ist, die die Integrität, Vertraulichkeit und Verfügbarkeit der Standardsoftware, anderer Soft- und/oder Hardware oder von Daten gefährden und den Vertraulichkeits- oder Sicherheitsinteressen des Auftraggebers zuwiderlaufen. Nach den Bestimmungen der EVB-IT Pflege S ist der Auftragnehmer zur Erbringung der Pflegeleistungen mit Hilfe von automatisierten Verfahren nur dann berechtigt, wenn er gewährleistet, dass das eingesetzte Produkt keine Kommunikationsfunktionen zu Dritten und keine andere den Interessen des Auftraggebers zuwiderlaufende Funktionalität aufweist. Die Auswechslung bzw. der Einsatz eines neuen Releases des Produkts ist der ausdrücklichen Einwilligung des Auftraggebers im Einzelfall vorbehalten.

Die EVB-IT werden auf Vorschlag des BMI vom IT-Planungsrat beschlossen. Sie sind nach den Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung (VV-BHO) von allen Bundesbehörden verpflichtend anzuwenden. Ähnliche Regelungen existieren in Verwaltungsvorschriften zu den Landeshaushaltsordnungen der Bundesländer.

Gerne stellen wir die neuen Bedingungen und Muster auf Anfrage zur Verfügung.



**Stephan Rechten,**  
Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Berlin

## SCHWERPUNKT

### Die Leistungsbeschreibung in der öffentlichen Auftragsvergabe – Dreh- und Angelpunkt einer erfolgreichen Beschaffung – Teil 1: Die „Verortung“ der Leistungsbeschreibung – eine Standortbestimmung

#### Einführung

Der Erfolg einer Leistungsbeschaffung steht und fällt mit der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung im Sinne des § 7 Abs. 1 VOL/A bzw. § 8 EG Abs. 1 VOL/A.

Dabei ist das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung längst nicht die einzige Herausforderung, der sich die Leistungsbeschreibung in der öffentlichen Auftragsvergabe zu stellen hat. Gerade die spezifischen Anforderungen, die das Vergaberecht an eine Leistungsbeschreibung stellt, bereiten in der Praxis immer wieder Schwierigkeiten.

Die Leistungsbeschreibung gehört zu den zentralen Aufgaben des Auftraggebers – ihn trifft das Risiko einer unklaren oder unvollständigen Beschreibung und seine Pflicht ist es, Rechtsverstöße bei der Ausschreibung eines Auftrages und der Beschreibung der zu erbringenden Leistung zu vermeiden. Aber auch die Bieter sollten die gesetzlichen Anforderungen an eine Leistungsbeschreibung kennen. Vielfach beruhen diese Anforderungen auf bieterschützenden Vorschriften, so dass sich die Bieter gegen etwaige Vergaberechtsverstöße im Zusammenhang mit der Leistungsbeschreibung (gerichtlich) zur Wehr setzen können.

Um die vom OLG Koblenz geprägte Faustformel „je detaillierter desto besser“ (Beschluss vom 05.09.2002 – Az. 1 Verg. 2/02), aber auch andere wesentliche vergaberechtliche Anforderungen an die Leistungsbeschreibung inhaltlich zu konturieren und damit Unsicherheiten auf Auftraggeber- wie Bieterseite auszuräumen, werden in diesem und in nachfolgenden Beiträgen in unserem *Newsletter Vergaberecht* wesentliche Anforderungen an eine Leistungsbeschreibung erläutert.

#### Die „Verortung“ der Leistungsbeschreibung – eine Standortbestimmung

Der Begriff „Leistungsbeschreibung“ ist mehrdeutig und wird nicht nur in der Vergabepaxis unterschiedlich verwandt.

Teilweise versteht die Praxis unter der Leistungsbeschreibung lediglich den „technischen Teil“ des Vertrages, also den mit „Leistungsverzeichnis“ oder „Leistungsbeschreibung“ überschriebenen Vertragsteil, teilweise aber auch die Gesamtheit der vereinbarten Leistungspflichten des Auftragnehmers – also die Leistungsbeschreibung unter Einbeziehung der Vertragsbedingungen und der einschlägigen technischen Regelwerke.



## VERGABERECHT

Nach den Vergabe- und Vertragsordnungen (vgl. z. B. § 9 EG Abs. 1 lit. c VOL/A) bildet die Leistungsbeschreibung zusammen mit den Vertragsbedingungen die Vertragsunterlagen. Die Vergabe- und Vertragsordnungen gehen somit von dem engen Begriffsverständnis aus, wonach die Leistungsbeschreibung die Vertragsbedingungen, also insbesondere die Regelungen zu Haftung, Gewährleistung, Vertragsstrafen u. Ä., ausklammert und sich auf den „technischen Teil“ des Vertrages beschränkt. Schon aus Gründen der erforderlichen Transparenz ist es ratsam, bei der Erstellung der Vergabeunterlagen die Vertragsunterlagen „räumlich“ in die Leistungsbeschreibung und die Vertragsbedingungen aufzuteilen.

(Materiell-)rechtlich betrachtet gehört die Leistungsbeschreibung zum wesentlichen Inhalt eines Vertrages (sog. „essentialia negotii“). Solange über die zu erbringende Leistung keine Einigkeit besteht, liegt noch kein Vertragsschluss vor. Auch dies wird in der Praxis häufig übersehen.

Um im Hinblick auf die unterschiedlichen Begrifflichkeiten Missverständnisse, überflüssige Streitigkeiten und Fehlbeurteilungen zu vermeiden, sollte daher im konkreten Einzelfall ein gemeinsames Begriffsverständnis geschaffen werden.

Die vorliegende Beitragsreihe „Die Leistungsbeschreibung in der öffentlichen Auftragsvergabe – Dreh- und Angelpunkt einer erfolgreichen Beschaffung“ geht von einem weiten Begriffsverständnis aus, also von der Leistungsbeschreibung als Gesamtheit der vereinbarten Leistungspflichten des Auftragnehmers unter Einbeziehung der Vertragsbedingungen und der einschlägigen technischen Regelwerke. Dem entsprechend wird diese Beitragsreihe auch die vergabespezifischen Anforderungen an die Vertragsbedingungen, insbesondere das Verbot des ungewöhnlichen Wagnisses und die Vorgaben des AGB-Rechts, beleuchten.

### **Bedeutung der Leistungsbeschreibung – Dreh- und Angelpunkt**

Unabhängig von der (materiell-)rechtlichen und der formalen Einordnung der Leistungsbeschreibung als Teil der Vertrags- und Vergabeunterlagen kann jedoch nicht deutlich genug auf die Bedeutung der Leistungsbeschreibung als Dreh- und Angelpunkt einer erfolgreichen Beschaffung oder – wie es die VK Lüneburg (Beschluss vom 07.09.2005 – Az. VgK-38/2005) formuliert – als „Kernstück der Vergabeunterlagen“ hingewiesen werden.

Die Leistungsbeschreibung ist nicht zuletzt Voraussetzung für:

- eine zuverlässige Ausarbeitung der Angebote und ihre Vergleichbarkeit;
- eine zutreffende Wertung der Angebote;
- eine richtige Vergabeentscheidung;
- eine reibungslose und technisch einwandfreie Ausführung der Leistung und
- eine vertragsgemäße und regelgerechte Abrechnung.

Dieser Bedeutung der Leistungsbeschreibung wird in den folgenden Beiträgen der Beitragsreihe „Die Leistungsbeschreibung in der öffentlichen Auftragsvergabe – Dreh- und Angelpunkt einer erfolgreichen Beschaffung“ nachgegangen werden.



**Werner Stirnweiß,**  
Rechtsanwalt,  
**BEITEN BURKHARDT**  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Nürnberg



**Dr. Karsten Schmid,**  
Rechtsanwalt,  
**BEITEN BURKHARDT**  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Nürnberg

## AUS DER RECHTSPRECHUNG

### **Mindestlohn und Tariftreue bei öffentlichen Aufträgen im Fokus der Rechtsprechung**

In das Thema vergabegesetzliche Tariftreue und Mindestlohn ist in Deutschland durch eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts (VG) Düsseldorf und auf europäischer Ebene durch die Schlussanträge des Generalanwalts am EuGH Mengozzi zuletzt wieder Bewegung gekommen.

*VG Düsseldorf, Beschluss vom 27.08.2015 (6 K 2793/13)*

Das VG Düsseldorf hält die Verpflichtung des nordrhein-westfälischen Tariftreue- und Vergabegesetzes (TVgG-NRW) zur Zahlung eines „repräsentativen“ Tariflohns im öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) nicht mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar und hat mit seinem Aussetzungs- und Vorlagebeschluss vom 27. August 2015 (6 K 2793/13) dem Verfassungsgerichtshof NRW die Entscheidung der Frage vorgelegt, ob die Pflicht zur Tariftreue des TVgG gegen das Grundrecht auf Tarifautonomie verstößt.

Das Gericht hegt Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der einschlägigen Regelung des TVgG-NRW, die Anbieter von Verkehrsleistungen im ÖPNV dazu verpflichtet, ihren Arbeitnehmern mindestens den Lohn zu zahlen, der in einem von Seiten des Arbeitsministeriums für repräsentativ erklärten Tarifvertrag vereinbart ist. Die Bindung eines den Zuschlag erhaltenden Bieters erstreckt sich nicht nur auf die absolute Lohnuntergrenze, sondern auf das gesamte Entgeltsystem dieses repräsentativen Tarifver-



## VERGABERECHT

trages. Unterliegt der Anbieter von ÖPNV Leistungen einem anderen Tarifvertrag, ist ein ausgehandelter geringerer Lohn unangewendet zu lassen –, ebenso wie alle weiteren Regelungen im Hinblick auf die höchsten Lohn- und Gehaltsgruppen, Zulagen und Zuschläge sowie ein automatischer Lohnanstieg bei längerer Betriebszugehörigkeit.

Die Tariftreuregelung des TVgG-NRW greift nach Auffassung des VG Düsseldorf in das Grundrecht der Tarifautonomie ein, indem sie das Recht derjenigen Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften beeinträchtigt, deren Tarifverträge auf dem Gebiet des ÖPNV nicht für repräsentativ erklärt wurden, tatsächlich wirksame Tarifverträge abzuschließen. Durch die monopolartige Nachfragemacht der öffentlichen Hand im öffentlichen Nahverkehr werden faktisch alle bestehenden oder künftigen Tarifverträge im selben Geltungsbereich, bei denen die Tarifpartner niedriger abgeschlossen haben, verdrängt. Obschon deren Tarifverträge formal unangestastet blieben, werde die typischerweise wichtigste Tarifregelung – die Entgeltvereinbarung – in ihrer Gesamtheit durch das TVgG-NRW entwertet.

Zumindest seit Inkrafttreten des bundesrechtlichen Mindestlohngesetzes (MiLoG) am 1. Januar 2015 könne der Arbeitnehmerschutz den Grundrechtseingriff durch die Tariftreuregelung nicht mehr rechtfertigen. Diese bundesweit verbindliche Wertung, ab welchem Betrag das von der landesrechtlichen Tariftreuregelung vorgeblich bekämpfte „Lohn-Dumping“ beginnt, verwehre es dem Landesgesetzgeber, seine Wertung einer generellen Lohnuntergrenze (sektoral) an die Stelle der bundesgesetzlichen Vorgabe zu setzen und einen wesentlich höheren Mindestlohn als die vom MiLoG vorgesehenen EUR 8,50 brutto je Zeitstunde gesetzlich vorzugeben. Trotz mehrfacher Aufforderung sei es der Landesregierung NRW nach Auffassung des VG nicht gelungen, Nachweise dafür vorzulegen, dass für das Gebiet im ÖPNV in NRW „prekäre Löhne“ gezahlt werden. Vielmehr stellte das Gericht fest, dass die vereinbarten Tarifabschlüsse durchschnittlich bei EUR 13 pro Stunde liegen und den bundesgesetzlichen Mindestlohn damit um ca. 40 Prozent übersteigen. Die im Bereich des nordrhein-westfälischen ÖPNV vorzufindende Tariflandschaft lässt nach Auffassung der Kammer einen „ruinösen Verdrängungswettbewerb“ aufgrund von „Dumping-Tarifverträgen“, der eines korrigierenden Eingriffes des Landesgesetzgebers bedarf, nicht befürchten.

Verfassungsrechtlich unangemessen sei überdies, dass das TVgG-NRW sich nicht nur auf eine einzige betragsmäßige Lohnuntergrenze beschränkt, sondern die Geltung der gesamten Entgeltordnung des für repräsentativ erklärten Tarifvertrags einschließlich der obersten Lohngruppen und höchsten Erfahrungsstufen nebst Zuschlägen und Nebenleistungen erzwingt.

*EuGH, Schlussanträge des GA Mengozzi vom 09.09.2015, Rs. C-115/14 („Regio Post“)*

Auf europäischer Ebene hat Generalanwalt (GA) Mengozzi am

9. September 2015 seine Schlussanträge in der Sache „Regio Post“ (C-115/14) vorgelegt. In dem Vorlageverfahren des OLG Koblenz hält er den vergabespezifischen Mindestlohn nach dem Landes-tariftreuegesetz Rheinland-Pfalz (LTTG) für europarechtskonform.

Die Regelung eines vergabespezifischen Mindestlohnes ist nach seiner Ansicht ein sozialer Aspekt im Sinne von Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG (VKR), der gefordert werden kann, wenn er mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Unter Berufung auf das Urteil „Bundesdruckerei“ (EuGH, C-549/13) sei allein die Auslegung des Grundsatzes der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) relevant. Eine Heranziehung der Entsenderichtlinie (RL 96/71) zur Beantwortung der Vorlagefrage scheidet aus, da im Ausgangsfall keine grenzüberschreitende Entsendemaßnahme vorliege.

§ 3 LTTG, der bei öffentlichen Aufträgen einen Mindeststundenlohn von EUR 8,70 brutto vorschreibt, ist nach Ansicht des GA geeignet, Dienstleistungserbringern aus anderen Mitgliedsstaaten, in denen niedrigere Mindestlohnsätze gelten, eine zusätzliche wirtschaftliche Belastung aufzuerlegen und damit die Ausführung ihrer Dienstleistungen in Deutschland weniger attraktiv zu machen. Eine solche nationale Maßnahme könne eine Beschränkung im Sinne von Art. 56 AEUV darstellen. Fraglich sei insofern, ob diese durch das Ziel des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt sei.

In ausdrücklicher Abkehr von der früheren Rechtsprechung des Gerichtshofs (vgl. EuGH, C-346/06 „Rüffert“) will GA Mengozzi eine Rechtfertigung des vergabespezifischen Mindestlohnes durch das Ziel des Arbeitnehmerschutzes nicht mehr davon abhängig machen, dass sich der Anwendungsbereich der Vorschrift auch auf private Aufträge erstreckt. Er hält es für erforderlich, dass die Aussagen des EuGH in „Rüffert“ im Licht von Art. 26 der Vergaberichtlinie relativiert werden, weil diese neue Vorschrift zum Zeitpunkt des jenem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalts noch nicht anwendbar war.

Die Ausübung der in Art. 26 VKR enthaltenen Ermächtigung an die Mitgliedsstaaten, Auftragnehmern öffentlicher Aufträge zusätzliche Bedingungen in Form von Arbeitsbedingungen vorzuschreiben, ist nach seiner Ansicht nicht davon abhängig, dass sich die betreffende Arbeitsbedingung, wie im Fall die Mindestlohnvorgabe, auch auf Arbeitnehmer privater Aufträge erstreckt. Denn dies würde dazu führen, dass die Mitgliedsstaaten gezwungen wären, in einem Teil ihres Gebiets oder in diesem insgesamt einen allgemein gültigen Mindestlohnsatz einzuführen. Seiner Ansicht nach umfasst die in Art. 26 VKR enthaltene Ermächtigung aber gerade auch die Festlegung eines Mindestlohnsatzes, in dem spezifischen Kontext öffentlicher Aufträge zugunsten der Arbeitnehmer festzulegen, die Dienstleistungen für die Umsetzung dieser Aufträge erbringen. Schließlich hält er den vergabespezifischen Mindestlohn des § 3 LTTG auch für verhältnismäßig, weil sich die Regelung auf eine Mindestlohnvorgabe nur auf diejenigen Arbeitnehmer beschränkt, die für die Ausführung von öffentlichen Aufträgen eingesetzt werden.



## VERGABERECHT

### Fazit

Grundsätzlich lassen sich die Aussagen des Generalanwalts auf vergleichbare Mindestlohnvorgaben in den Landesvergabegesetzen anderer Bundesländer übertragen. Maßgeblich wird allerdings sein, ob der EuGH den Schlussanträgen folgen wird. Dies hat er in der Vergangenheit zwar in einer Vielzahl von Fällen getan; gebunden ist er an den Entscheidungsvorschlag allerdings nicht. Insofern wird das Urteil des Gerichtshofs mit Spannung auf sich warten lassen.



**Dr. Hans von Gehlen,**  
Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Frankfurt am Main



**Anne Kathrin Henzel, LL.M.,**  
Rechtsanwältin,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Frankfurt am Main

### Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an [Stephan.Rechten@bblaw.com](mailto:Stephan.Rechten@bblaw.com)) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.  
Alle Rechte vorbehalten 2015.

### Impressum

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
(Herausgeber)  
Ganghoferstraße 33, D-80339 München  
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:  
[www.beitenburkhardt.com/impressum](http://www.beitenburkhardt.com/impressum)

### Redaktion (verantwortlich)

Stephan Rechten,  
Rechtsanwalt

## VERANSTALTUNGSHINWEIS

### BB-Veranstaltungsreihe zur Vergaberechtsreform

Die Reform des deutschen Vergaberechts nehmen wir zum Anlass, um Sie in einer Reihe von Veranstaltungen über die Neuerungen und Änderungen zu informieren, die ab April 2016 bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen gelten werden. Die Auftaktveranstaltung unter dem Titel „Vergaberecht im Umbruch? Neuregelungen der Vergaberechtsreform 2016“ findet am 2. Dezember 2015 in unserem Düsseldorfer Büro statt. Weitere Informationen entnehmen Sie der [Einladung](#) sowie unserer Homepage ([www.beitenburkhardt.com](http://www.beitenburkhardt.com)) unter der Rubrik „Veranstaltungen“.



Weitere interessante Themen und Informationen zum Vergaberecht finden Sie in unserem Onlinebereich.

### BEITEN BURKHARDT · RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT MBH

**NÜRNBERG** · OSTENDSTRASSE 100 · 90482 NÜRNBERG · TEL.: +49 911 27971-31 · BERTHOLD F. MITRENGA · BERTHOLD.MITRENGA@BBLAW.COM

**MÜNCHEN** · GANGHOFERSTRASSE 33 · 80339 MÜNCHEN · TEL.: +49 89 35065-1452 · MICHAEL BRÜCKNER · MICHAEL.BRUECKNER@BBLAW.COM · HANS GEORG NEUMEIER · HANSGEORG.NEUMEIER@BBLAW.COM

**BERLIN** · KURFÜRSTENSTRASSE 72-74 · 10787 BERLIN · TEL.: +49 30 26471-0 · FRANK OBERMANN · FRANK.OBERMANN@BBLAW.COM · STEPHAN RECHTEN · STEPHAN.RECHTEN@BBLAW.COM

**DÜSSELDORF** · CECILIENALLEE 7 · 40474 DÜSSELDORF · TEL.: +49 211 518989-0 · JULIAN POLSTER · JULIAN.POLSTER@BBLAW.COM · TIMM R. MEYER · TIMM.MEYER@BBLAW.COM

**FRANKFURT AM MAIN** · WESTHAFEN TOWER · WESTHAFENPLATZ 1 · 60327 FRANKFURT AM MAIN · TEL.: +49 756095-457 · DR. HANS VON GEHLEN · HANS.VONGEHELEN@BBLAW.COM