

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 501

Weiterentwicklung des Tariftreuerechts

Von

Rüdiger Krause



Duncker & Humblot · Berlin

RÜDIGER KRAUSE

Weiterentwicklung des Tariftreurechts

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 501

Weiterentwicklung des Tariftreuerechts

Von

Rüdiger Krause



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p gmbh, Rimpf
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 978-3-428-15872-0 (Print)
ISBN 978-3-428-55872-8 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85872-9 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die auf einer Veränderung der europarechtlichen Grundlagen beruhende Vergaberechtsreform von 2016 hat das allgemeine Gewicht sozialer Aspekte im öffentlichen Beschaffungswesen deutlich verstärkt. Weitere Impulse für die Debatte über die Zulässigkeit einer Ausdehnung der Vorgabe gerade von Mindestentgelten im Vergaberecht haben das RegioPost-Urteil des EuGH von 2015 sowie die Neufassung der Entsenderrichtlinie im Jahr 2018 ausgelöst. Vor diesem Hintergrund ist es im politischen Raum vielerorts zu Überlegungen gekommen, ob hierdurch neue Spielräume für eine Weiterentwicklung des Tariftreuerrechts entstanden sind.

Diese Überlegungen haben das Saarländische Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Energie und Verkehr veranlasst, ein Rechtsgutachten zu der Frage in Auftrag zu geben, ob die Einhaltung eines repräsentativen Tarifvertrags als zwingende Voraussetzung für die Vergabe öffentlicher Aufträge landesgesetzlich vorgeschrieben werden kann. Im Folgenden wird dieses im Februar 2019 abgeschlossene Gutachten in einer überarbeiteten und aktualisierten Fassung mit Stand vom Juli 2019 vorgelegt, um zu der seit einiger Zeit wieder intensiver geführten Diskussion über die Grundlagen und Grenzen von Mindestentgeltvorgaben im Vergaberecht einen allgemein zugänglichen Beitrag zu leisten.

Göttingen, August 2019

Rüdiger Krause

Inhaltsverzeichnis

A. Themenstellung	11
B. Einordnung des Vorhabens in die Struktur des Vergabeverfahrens	15
I. Leistungsbeschreibung	17
II. Eignungs- und Ausschlussprüfung	18
III. Zuschlagskriterien	21
IV. Ausführungsbedingungen	22
C. Kompetenz des Landesgesetzgebers	25
I. Tariftreue-Entscheidung des BVerfG als Ausgangspunkt	25
II. Neuere Strömungen im Schrifttum	26
III. Würdigung	26
1. Vergaberechtliche Bindung an repräsentative Tarifverträge als Wirtschaftsre-	
gulierung	26
2. Abschließende Regelung tarifvertragsbezogener Aspekte durch § 128 Abs. 1	
GWB?	29
3. Sonderfall öffentlicher Personennahverkehr	31
4. Sonderfall Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen	32
D. Vereinbarkeit mit der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG)	33
I. Vorbemerkungen	33
II. Gegenstand und Kernaussagen der Tariftreue-Entscheidung des BVerfG	33
III. Individuelle negative Koalitionsfreiheit	34
IV. Kollektive Koalitionsfreiheit	36
1. Konkreter Aussagegehalt der Tariftreue-Entscheidung	37
2. Eingriff in den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit?	39
a) Befürwortende Stimmen	40
b) Würdigung	41

3. Hilfsweise: Rechtfertigung des Eingriffs in die Koalitionsfreiheit	46
a) Legitimes Ziel	46
b) Geeignetheit	47
c) Erforderlichkeit	48
d) Angemessenheit	49
4. Parallelwertung im ILO-Übereinkommen Nr. 94	53
E. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)	56
I. Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit	56
II. Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit	57
F. Weitere verfassungsrechtliche Wertungen	59
I. Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)	59
II. Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG)	59
III. Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG)	60
G. (Keine) Verdrängung durch Bundestarifrecht	62
H. Vergaberechtliche Zulässigkeit	63
I. Anwendbare Maßstäbe	63
II. Hinreichende Verbindung zum Auftragsgegenstand	66
III. Einhaltung von Gleichbehandlungsgebot und Diskriminierungsverbot	68
IV. Einhaltung des Transparenzgebots	70
V. Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	72
1. Normativer Rahmen	72
2. Legitime Zwecke	73
3. Geeignetheit	76
a) Allgemeines	76
b) Einhaltung des Kohärenzgebots	76
4. Erforderlichkeit	81
5. Angemessenheit	84
6. Vereinbarkeit mit der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRCh)	85
I. Vereinbarkeit mit dem Arbeitnehmerentsenderecht	86
I. Sachverhalt und Kernaussagen des Ruffert-Urteils des EuGH	86

II. Folgeentscheidungen des EuGH und Konsequenzen	89
1. Das RegioPost-Urteil als Wendepunkt	90
2. Konsequenzen für die Bindung an repräsentative Tarifverträge im Vergabekontext	91
III. Änderung der Vergaberichtlinie	94
IV. Änderung der Entsenderichtlinie	95
1. Allgemeine Stoßrichtung	95
2. Erweiterung der Erstreckbarkeit von Tarifverträgen	97
3. Neuere Strömungen im Schrifttum	101
J. Wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit	104
K. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	105
Literaturverzeichnis	108
Sachwortverzeichnis	115

A. Themenstellung

Mit der am 18. April 2016 in Kraft getretenen Vergaberechtsreform¹ zur Umsetzung des Richtlinienpakets der Europäischen Union zum Vergaberecht vom Frühjahr 2014² ist die Verfolgung ökologischer, sozialer und innovativer Ziele im öffentlichen Beschaffungswesen („strategische Vergabe“),³ dessen Volumen sich in Deutschland auf schätzungsweise 400 Milliarden Euro pro Jahr beläuft und das damit rund 17 % des Bruttoinlandsprodukts umfasst,⁴ endgültig gleichberechtigt neben die traditionellen Vergabezwecke der erfolgreichen Erledigung von Verwaltungsaufgaben, der Wirtschaftlichkeit und der Sicherung eines fairen Wettbewerbs zwischen den Bietern⁵ getreten⁶. Dieser Paradigmenwechsel hin zur Zulässigkeit bzw. sogar zur Gebotenheit der gleichwertigen Berücksichtigung sozialer Anliegen bei öffentlichen Aufträgen kommt im europäischen Recht insbesondere in den Art. 18 Abs. 2, 67 Abs. 2 und Art. 70 S. 2 sowie in den Erwägungsgründen 37, 40, 92, 93, 95, 97, 98, 99 und 105 RL 2014/24/EU und im deutschen Recht in den §§ 97 Abs. 3, 124 Abs. 1 Nr. 1, 127 Abs. 1, 128 Abs. 1 GWB, §§ 31 Abs. 3, 58 Abs. 2, 60 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 VgV sowie in den §§ 2 Abs. 3, 23 Abs. 2, 43 Abs. 2, 44 Abs. 2 S. 2 Nr. 4, 45 Abs. 2 UVgO zum Ausdruck, mit denen die insoweit deutlich zurückhaltenden Vorgängerregelungen des Art. 26 RL 2004/18/EG bzw. des § 97 Abs. 4 S. 2

¹ Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 17.2.2016, BGBl. I, 203; Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts vom 12.4.2016, BGBl. I, 624; Vergabe- und Vertragsordnung Bauleistungen vom 7.1.2016, BAnz AT 19.01.2016 B3; hinzu kommt die Unterschwellenvergabeordnung vom 2.2.2017, BAnz AT 07.02.2017 B1, die für den Bund durch die Neufassung der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zu § 55 BHO m. W.v. 1.9.2017 (GMBL 2017, 814) bzw. für die Länder durch die entsprechenden landesrechtlichen Regelungen in Kraft gesetzt worden ist bzw. wird

² Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe vom 26.2.2014, ABIEU 2014, L 94/65; Richtlinie 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen in bestimmten Sektoren vom 26.2.2014, ABIEU 2014, L 94/243; Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe vom 26.2.2014, ABIEU 2014, L 94/1.

³ So die EU-Kommission soweit ersichtlich erstmals in KOM(2011) 896 endg., S. 11.

⁴ Das BMWi spricht in einer Pressemitteilung vom 7.1.2015 von mindestens 10 % des deutschen Bruttoinlandsprodukts. Nach *Burgi*, NZBau 2011, 577, geht es um ca. 20 % des Bruttoinlandsprodukts.

⁵ Hierzu *Burgi*, NZBau 2009, 609 (611 f.).

⁶ Siehe etwa *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl., 2018, § 6 Rn. 12, § 7 Rn. 11; *Krönke*, VergabeR 2017, 101 (102); *MüKo VergabeR I/Kühnast*, 2. Aufl., 2018, § 97 GWB Rn. 86; *Wiedemann*, in: *Kulartz/Kus/Portz/Prieß*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., 2016, § 97 Rn. 79; anders noch *Burgi*, NZBau 2001, 69; *Ziekow*, NZBau 2001, 72: „vergabefremd“; so zugespitzt nach wie vor *Germelmann*, GewArch 2016, 60: „Fremdkörper“. Die Finalität der „Sektordärzwecke“ betonend dagegen *Latzel*, NZBau 2014, 673.

GWB a.F. abgelöst worden sind. Daneben ist unionsrechtlich auch das Arbeitnehmerentsenderecht, das seit dem Rüffert-Urteil des EuGH⁷ im Vergaberecht von zentraler Bedeutung ist, durch die Richtlinie (EU) 2018/957 vom 25. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG, die bis zum 30. Juli 2020 in nationales Recht umzusetzen ist, in Bewegung geraten,⁸ indem die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, auf die Arbeitsverhältnisse der in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmer nationale Tarifverträge zur Anwendung zu bringen, nach Maßgabe von Art. 3 Abs. 1, 1a und 8 RL 96/71/EG i. d. F. der RL (EU) 2018/957 erweitert worden ist.⁹

Vor dem Hintergrund dieser Veränderungen zweier zentraler unionsrechtlicher Stellschrauben stellt sich die Frage nach den Perspektiven einer Weiterentwicklung des Saarländischen Tariftreuegesetzes (STTG) vom 6. Februar 2013.¹⁰ Dieses Gesetz enthält bislang zum einen eine Regelung, nach der Aufträge für Leistungen, deren Erbringung dem Geltungsbereich des Arbeitnehmerentsendegesetzes (AEntG) unterfallen, nur an Auftragnehmer vergeben werden dürfen, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich dazu verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung des Auftrags mindestens diejenigen Arbeitsbedingungen zu gewähren, die der nach dem AEntG einzuhaltende Tarifvertrag vorgibt (§ 3 Abs. 1 STTG). Zum anderen dürfen öffentliche Aufträge über Leistungen nur an Unternehmen vergeben werden, die sich dazu verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung der Leistung einen Mindestlohn zu zahlen, der im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes 8,50 EUR brutto pro Stunde betrug (§ 3 Abs. 4 STTG) und der (bislang) jährlich durch eine Mindestlohnkommission überprüft und gegebenenfalls vom für Arbeit zuständigen Ministerium durch Rechtsverordnung¹¹ angepasst wird (§ 3 Abs. 5 STTG).¹² Darüber hinaus wird für den Sonderbereich der Vergabe von Aufträgen auf dem Gebiet des ÖPNV verlangt, dass sich Auftragnehmer dazu verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung der Leistungen mindestens das Entgelt nach den tarifvertraglich festgelegten Modalitäten zu zahlen, das in einem im Saarland für diesen Sektor geltenden Tarifvertrag vorgesehen ist (§ 3 Abs. 2 STTG).¹³

⁷ EuGH v. 3. 4. 2008 – C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189 = NZA 2008, 537 – Rüffert.

⁸ Siehe insoweit jetzt das Eckpunktepapier des BMAS zur Umsetzung der Entsende-richtlinie vom Mai 2019.

⁹ Gegen die Richtlinie (EU) 2018/957 haben die Regierungen von Ungarn (C-620/18) und Polen (C-626/18) allerdings im Oktober 2018 Nichtigkeitsklagen vor dem EuGH eingereicht; vgl. ABIEU 2018, C 427/31 und ABIEU 2019, C 4/12. Dazu aktuell *Klein*, EuZW 2019, 673 ff.

¹⁰ SaarABl. Teil I 2013, 84.

¹¹ Dazu die Verordnung zur Einrichtung einer Kommission zur Anpassung des Mindestlohns gemäß § 3 Absatz 5 Satz 1 des Saarländischen Tariftreuegesetzes vom 11.3.2014, SaarABl. Teil I 2014, 114.

¹² Der vergabespezifische Mindestlohn beläuft sich im Saarland seit dem 1.1.2019 auf einen Betrag von 9,19 Euro brutto pro Stunde, vgl. SaarABl. Teil I 2018, 795.

¹³ Überblick über weitere landesrechtliche Regelungen bei *Wagner/Pfohl*, VergabeR 2015, 389 ff.

Angesichts der eingangs geschilderten Änderungen sowohl im Vergaberecht als auch im Arbeitnehmerenderecht fragt sich nunmehr, ob sich dieser für den ÖPNV beschrittene Sonderweg, mit dem der saarländische Gesetzgeber der besonderen Stellung von Verkehrsdienstleistungen im europäischen Primärrecht gemäß Art. 90 ff. AEUV bei gleichzeitiger Herausnahme aus dem Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 58 Abs. 1 AEUV Rechnung getragen hat, in dem Sinne verallgemeinern lässt, dass künftig die Einhaltung repräsentativer Tarifverträge als Voraussetzung für die Vergabe öffentlicher Aufträge landesgesetzlich generell festgeschrieben werden kann.

Unmittelbarer Anlass ist das im Saarländischen Koalitionsvertrag von Mai 2017 umschriebene politische Vorhaben, das existierende Tariftrüegegesetz weiterzuentwickeln und die Einhaltung eines repräsentativen Tarifvertrags generell zur zwingenden Voraussetzung für die Vergabe öffentlicher Aufträge zu erklären.¹⁴ Dabei sollen mit dem – durchaus mehrdeutigen – Begriff „repräsentativ“ in einer ersten Annäherung solche Tarifverträge bezeichnet werden, die zwar nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden sind, die innerhalb ihres Geltungsbereichs das Arbeitsleben aber tatsächlich bis zu einem gewissen Grade prägen, sich im relevanten Arbeitsmarktsegment also hinreichend durchgesetzt haben.¹⁵ Eine dahingehende Bindung wird, wie vorab klarstellend hervorgehoben sei, nicht schon durch § 11 STTG herbeigeführt, der bereits jetzt verlangt, dass bei der Vergabe von Aufträgen über Bau-, Liefer- und Dienstleistungen auf die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen hinzuwirken ist. Das ILO-Übereinkommen Nr. 94, nach dem denjenigen Arbeitnehmern, die bei der Ausführung eines von einer Behörde geschlossenen Vertrags eingesetzt werden, u. a. die Arbeitsbedingungen zu gewährleisten sind, die in einem Gesamtarbeitsvertrag enthalten sind, der von Verbänden abgeschlossen wurde, denen ein wesentlicher Teil der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer des betreffenden Berufs oder der betreffenden Industrie angehören (Art. 2 Abs. 1 Buchst. a ILO-Übereinkommen Nr. 94), die also „repräsentativ“ sind, gehört nämlich nicht zu den in dieser Vorschrift genannten acht ILO-Kernarbeitsnormen.¹⁶

Das ins Auge gefasste Gesetzesvorhaben ist an der Schnittstelle verschiedener Rechtsbereiche angesiedelt und nur dann realisierbar, wenn es sowohl mit deutschem Recht als auch mit europäischem Recht umfassend vereinbar ist. Dabei geht es

¹⁴ Vgl. Koalitionsvertrag für die 16. Legislaturperiode des Landtages des Saarlandes (2017–2022), S. 31. Die maßgebliche Passage lautet: „Die Koalitionspartner werden das erfolgreiche Gesetz über die Sicherung von Sozialstandards, Tariftrüege und Mindestlöhnen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Saarland (Saarländisches Tariftrüegegesetz – STTG) weiterentwickeln. Die Höhe des vergabespezifischen Mindestlohns wird an den Mindestlohn nach dem Mindestlohngesetz gekoppelt. Die jährliche Überprüfung der Höhe des vergabespezifischen Mindestlohns (§ 3 Absatz 5 Satz 2 STTG) wird daher ausgesetzt. Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge wird die Einhaltung eines repräsentativen Tarifvertrages zur Bedingung. Der geltende Schwellenwert für den Anwendungsbereich des Saarländischen Tariftrüegegesetzes bleibt bestehen.“

¹⁵ Näher dazu unten sub D. IV. 3. d).

¹⁶ Siehe nur *Germelmann*, GewArch 2016, 60 (61 Fn. 16); *Latzel*, NZBau 2014, 673 (677).