

II. Verhältnismäßigkeit der Tariftreueverpflichtung

1. Mittelbare Diskriminierungs- bzw. Beeinträchtigungswirkung

In den Augen ihrer Kritiker ist die Tariftreueverpflichtung ein wettbewerbsverzerrendes¹⁹⁷⁶ „Konjunktursteuerungsinstrument“¹⁹⁷⁷, das den Erhalt von Arbeitsplätzen erzwingen will, die unter Berücksichtigung von marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht zu retten seien¹⁹⁷⁸. Ein Teil der Literatur wie auch die Kommission¹⁹⁷⁹ nimmt an, daß die Tariftreueverpflichtung für EG-ausländische Bieterunternehmen mittelbare Diskriminierungswirkung entfaltet¹⁹⁸⁰. Zwar gelte die Tariftreueverpflichtung formal unterschiedslos für inländische wie EG-ausländische Bieterunternehmen gleichermaßen. Sie könne jedoch von letzteren mehrheitlich nicht oder jedenfalls nur mit größeren Schwierigkeiten erfüllt werden¹⁹⁸¹. Eine Norm entfaltet nämlich auch dann diskriminierende Wirkung, wenn zur Gruppe der benachteiligten Wirtschaftsteilnehmer auch inländische Unternehmen gehören. Es reicht, daß die begünstigte Gruppe im wesentlichen aus Inländern¹⁹⁸², bzw. die benachteiligte Gruppe im wesentlichen aus EG-ausländischen Unternehmen besteht¹⁹⁸³. Dagegen sieht eine Strömung in der Literatur lediglich das Beschränkungsverbot als berührt an¹⁹⁸⁴. Tariftreueverpflichtungen könnten diskriminierungsfrei ausgestaltet werden, nämlich dann, wenn der öffentliche Auftraggeber zwar Mindestlöhne für die Dienstleistungserbringung festlegt, die den nationalen Tariflöhnen entsprechen, ohne aber unmittelbar auf die nationalen Tarifverträge Bezug zu nehmen¹⁹⁸⁵.

Jedenfalls ist man sich darüber einig, daß EG-ausländische Bieterunternehmen im Vergleich zu ihren inländischen Konkurrenten benachteiligt sind, da sie sich, um sich über die jeweils zu zahlenden Löhne und Gehälter zu informieren, im Detail mit der dortigen Tariflandschaft, i.e. die nationalen, regionalen oder sogar örtlichen Tarife, vertraut machen müß-

1976 *Kämmerer/Thüsing*, ZIP 2002, 596 (599); *Scholz*, RdA 2001, 193 (198); *Seifert*, ZfA 2001, 1 (23); VÜA Bund, WuW 1999, 324 (328).

1977 *Kempen*, in: *Recht und soziale Arbeitswelt*, FS-Däubler, 503 (504).

1978 *Koenig/Kühling*, NVwZ 2003, 779 (782).

1979 *Kommission*, Mitteilung vom 15. Oktober 2001 über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM (2001), 566 endg., ABl 2001, C 333, S. 27 ff., Rdnr. 3.2.1.1.

1980 *Bartl*, RiA 1999, 3 (8); *Böhm/Danker*, NVwZ 2000, 767 (768); *Kämmerer/Thüsing*, ZIP 2002, 596 (598); *Karenfort/v. Koppenfels/Siebert*, BB 1999, 1825 (1831); *Knipper*, WuW 1999, 677 (683); *Koenig/Kühling*, NVwZ 2003, 779 (283); *Marx*, in: *Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts*, 77 (86); *Otting*, StG 1996, 461 (462); *Pietzcker*, ZHR 1998, 427 (468); *Riese*, *Vergaberecht*, 238, 241; *Schubert*, RdA 2001, 199 (207); *Seifert*, ZfA 2001, 1 (22); *Waldner*, *Bieterschutz im Vergaberecht unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben*, 103; *Ziekow*, NZBau 2001, 72 (78).

1981 *Karenfort/v. Koppenfels/Siebert*, BB 1999, 1825 (1831).

1982 *EuGH*, C-18/93 (Corsica Ferries), Slg. 1994, I-1783, Rdnr. 34; vgl. *Müller-Graff*, in: *Streinz* (Hrsg.), *EUV/EGV-Kommentar*, Art. 49, Rdnr. 77.

1983 *Karenfort/v. Koppenfels/Siebert*, BB 1999, 1825 (1832); *Knipper*, WuW 1999, 677 (683).

1984 *Arrowsmith*, LQR 1995, 235 (269); *Berrisch/Nehl*, ZIP 2000, 434 (435); *Burgi*, in: *Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht*, 97 (115); *Fante*, *Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele*, 123; *Gleichner*, in: *Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts*, Bd. IV, 193 (244); *Kling*, *Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen*, 335; *Lehne/Haak*, 656 (657); *Meyer*, *Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung*, 219; *Ziekow*, NZBau 2001, 72 (78).

1985 Vgl. *Ziekow*, NZBau 2001, 72 (78).

ten¹⁹⁸⁶. Dies gelte insbesondere bei größeren öffentlichen Aufträgen, bei denen unter Umständen verschiedene Tarifverträge einschlägig sein können¹⁹⁸⁷. Zudem sei ihnen nicht zumutbar, die Gewähr dafür zu übernehmen, daß ihre inländischen Subunternehmen die Tariftreueverpflichtung einhalten¹⁹⁸⁸.

Bieterunternehmen, die sich um einen öffentlichen Auftrag im EG-Ausland bemühen, müssen sich zwangsläufig mit dem Rechtssystem im Aufnahmemitgliedstaat vertraut machen. Diese Informationspflicht ist auch für nationale Dienstleistende mit Aufwand verbunden¹⁹⁸⁹. Wenn aber die öffentlichen Auftraggeber ohne weitere Angaben auf die Einhaltung „der am Ort der Auftragsausführung geltenden Tarifverträge“ pochen und sich die EG-ausländischen Bieterunternehmen dementsprechend eigenständig mit Einzelheiten des nationalen Tarifvertragssystems vertraut machen müssen, dürften sie der Tariftreueverpflichtung wegen der sprachlichen Barrieren und mangelnder Kenntnis des nationalen Tarifsystems nur mit größeren Schwierigkeiten nachkommen können¹⁹⁹⁰.

Auf den Einwand des Tarifdschungels ist jedoch zu erwidern, daß die öffentlichen Auftraggeber alle notwendigen Informationen in der Ausschreibung und den Verdingungsunterlagen angeben müssen, damit die EG-ausländischen Bieterunternehmen ohne weiteres von den an sie gestellten Anforderungen Kenntnis nehmen können¹⁹⁹¹. Gemäß Art. 27 Abs. 1 RL 2004/18/EG und Art. 39 Abs. 1 RL 2004/17/EG kann der öffentliche Auftraggeber in den Auftragsunterlagen die Stellen angeben, bei denen die Bieterunternehmen die erforderlichen Auskünfte über die am jeweils geltenden Verpflichtungen einholen können. Wie § 5 Abs. 1 des gescheiterten deutschen TTG beweist, kann auch auf nationaler Ebene geregelt werden, daß die öffentlichen Auftraggeber bereits in den Ausschreibungsunterlagen die jeweils einschlägigen Lohn- und Gehaltstarife sowie die für Informationen zuständigen Stellen mitzuteilen haben. Bei dieser Vorgehensweise kommt es zu keinem Informationsvorsprung der inländischen Bieterunternehmen. Inländische wie EG-ausländische Dienstleister haben den gleichen Informationsaufwand zu bewältigen. Die Tariftreueverpflichtung bereitet für die EG-ausländischen Bieterunternehmen daher höchstens aus wirtschaftlichen, nicht aber administrativen Gründen größere Schwierigkeiten als den inländischen Bieterunternehmen¹⁹⁹².

Als weiteres Argument gegen die Tariftreueverpflichtung wird vorgebracht, diese zerstöre unzulässigerweise den oft einzigen und entscheidenden Wettbewerbsvorteil EG-ausländischer Bieterunternehmen, nämlich den Lohnkostenvorteil¹⁹⁹³. Als Parallele wird die Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 28 EG herangezogen¹⁹⁹⁴. So habe der EuGH entschieden, daß die Festsetzung eines Mindestpreises eine verbotene Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne von Art. 28 EG darstellt, da sie importierte Erzeugnisse

1986 Böhm/Danker, NVwZ 2000, 767 (768); Kämmerer/Thüsing, ZIP 2002, 596 (598); Karenfort/v. Koppenfels/Siebert, BB 1999, 1825 (1832); Losch, NdsVBl. 2003, 73 (77); Wuermeling, BS Oktober 2001, 22 (22); Ziekow, NZBau 2001, 72 (78).

1987 Wuermeling, BS Oktober 2001, 22 (22); Ziekow, NZBau 2001, 72 (78).

1988 Böhm/Danker, NVwZ 2000, 767 (768).

1989 Kämmerer/Thüsing, ZIP 2002, 596 (598).

1990 Mühlbach, RdA 2003, 339 (346).

1991 Vgl. Losch, NdsVBl. 2003, 73 (77).

1992 Vgl. Burgi, in: Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht, 97 (115); v. Danwitz, EuZW 2002, 237 (242).

1993 Fante, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 123; Karenfort/von Koppenfels/Siebert, BB 1999, 1825 (1831); Knipper, WuW 1999, 677 (683); Konzen, NZA 2002, 781 (782); Marx, in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 77 (86); Seifert, ZfA 2001, 1 (22).

1994 Karenfort/v. Koppenfels/Siebert, BB 1999, 1825 (1831).

des Wettbewerbsvorteils niedrigerer Gestehungspreise beraubt¹⁹⁹⁵. Die Behauptung, daß sich die Tariftreueverpflichtung für einheimische Bieterunternehmen stets begünstigend auswirkt¹⁹⁹⁶, entspricht jedoch nicht der Realität. Es kann sehr wohl sein, daß ein inländisches Bieterunternehmen niedrigere Löhne zahlt als von der Tariftreueverpflichtung vorgegeben. Als Beispiel seien nur Bieterunternehmen mit Sitz in Ostdeutschland genannt. Außerdem kann die Tariftreueverpflichtung auch EG-ausländische Bieterunternehmen begünstigen, nämlich dann, wenn sie in ihrem Herkunftsstaat höhere Löhne zahlen müssen als in der Tariftreueverpflichtung vorgeschrieben. Die Aussage, daß EG-ausländische Bieterunternehmen stets negativ betroffen sind, ist daher ebenfalls so nicht richtig¹⁹⁹⁷. Letztendlich ist die Entscheidung, ob eine mittelbare Diskriminierung oder lediglich eine Beschränkung vorliegt, eine Frage der Empirie. Es kommt innerhalb der begünstigten bzw. benachteiligten Adressatenkreises auf das Verhältnis von inländischen und EG-ausländischen Bieterunternehmen an. *Summa summarum* kommen beide Ansichten zu dem Ergebnis, daß der Tatbestand des Art. 49 EG tangiert ist. Eine Abgrenzung zwischen mittelbaren Diskriminierung und Beschränkung erscheint im Hinblick auf die Rechtfertigungsmöglichkeit aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls daher verzichtbar¹⁹⁹⁸.

2. Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls

a. Schutz der entsandten EG-ausländischen Arbeitnehmer

Hierbei wird teilweise argumentiert, daß die Tariftreueverpflichtung nicht zu rechtfertigen sei, weil sie weniger von der Sorge um den Schutz der EG-ausländischen Arbeitnehmer als vom Ziel getragen sei, die Konkurrenzfähigkeit der heimischen Dienstleister und damit den Bestand heimischer Arbeitsplätze zu erhalten¹⁹⁹⁹. Dieses wirtschaftspolitische Ziel sei indes kein zwingender Grund des Allgemeininteresses im Sinne von Art. 49 EG²⁰⁰⁰.

In der Tat haben sich der EuGH und GAe²⁰⁰¹ bei der skizzierten Mindestlohnrechtsprechung sehr großzügig gezeigt, Schutzgüter als zwingende Gründe des Allgemeinwohls zu akzeptieren. Der EuGH benutzte hierbei den neutral gefaßten Begriff „Schutz der Arbeitnehmer“, bzw. Schutz der betroffenen Arbeitnehmer²⁰⁰², ohne zwischen entsandten und inländischen Arbeitnehmern zu differenzieren. Wie den diesen Passagen vorangehenden Erwägungen zu entnehmen ist, hatte der EuGH den Schutz der entsandten Arbeitnehmer im Visier²⁰⁰³. Es ist aber fraglich, ob diese Argumentation für die Problematik von Mindestlohn und Tariftreueverpflichtung tragfähig ist.

1995 EuGH, Rs. 82/77 (Van Tiggele), Slg. 1978, 25, Rdnr. 16/20.

1996 Karenfort/v. Koppenfels/Siebert, BB 1999, 1825 (1832).

1997 Karenfort/v. Koppenfels/Siebert, BB 1999, 1825 (1832)

1998 Vgl. Müller-Graff, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 49, Rdnr. 84.

1999 Vgl. Böhm/Danker, NVwZ 2000, 767 (768); Fante, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 124; Gurlit, in: Recht und Geschlecht, 153 (169); Kämmerer/Thüsing, ZIP 2002, 596 (598); Kling, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 337; Lehne/Haak, ZfBR 2002, 656 (657), vgl. BT-Drucks. 14/7796, 1.

2000 Berrisch/Nehl, ZIP 2000, 434 (436), Karenfort/v. Koppenfels/Siebert, BB 1999, 1825 (1832); Kling, EuZW 2002, 229 (233); Neßler, DÖV 2000, 145 (152); Kämmerer/Thüsing, ZIP 2002, 596 (598 f.).

2001 Vgl. GA Mischo, Schlußanträge, Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002, I-787, Rdnrn. 61, 78.

2002 EuGH, Rs. C-165/98 (Mazzoleni und ISA), Slg. 2001, I-2189, Rdnr. 30; Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002, I-787, Rdnr. 29.

2003 EuGH, Rs. C-49/98 (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnrn. 41, 45; Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002, I-787, 1. Leitsatz, Rdnr. 28, 30.

Es ist nämlich zweifelhaft, ob die Tariftreueverpflichtung den EG-ausländischen Arbeitnehmern einen tatsächlichen Vorteil im Sinne des *Finalarte*-Urteils verschafft. Dies wäre nur dann der Fall, wenn den entsandten Arbeitnehmern die örtlichen Tariflöhne auch ausgezahlt würden²⁰⁰⁴. Tatsächlich kommen die entsandten Arbeitnehmer nur dann in den Genuß des Vorteils, wenn ihre Arbeitgeber im Ausschreibungsverfahren erfolgreich sind. Es kann aber sein, daß die EG-ausländischen Bieterunternehmen aufgrund der Tariftreueverpflichtung ihren Lohnkostenvorteil verlieren und daher im Ausschreibungsverfahren um den öffentlichen Auftrag unterliegen. Unter Umständen kann ein solcher Verlust des öffentlichen Auftrags die Existenz des Bieterunternehmens gefährden und in letzter Konsequenz sogar zu Entlassungen führen²⁰⁰⁵. Es ist daher in der Tat fraglich, wie sich die Tariftreueverpflichtung zu Gunsten der entsandten Arbeitnehmer auswirken soll, wenn diese erst gar nicht auf den Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats gelangen²⁰⁰⁶. Manche Autoren sehen sich zu dem Schluß genötigt, daß die EG-ausländischen Arbeitnehmer höchst selten von den örtlichen Tariflöhnen profitieren würden²⁰⁰⁷. Mit dieser Argumentation kann man jedoch die *ratio* letztlich jeder Art von sozial- und arbeitsrechtlicher Regulierung in Frage stellen. Denn für jeden noch so niedrigen sozialen Standard könnte argumentiert werden, er verschlechtere die Marktposition derjenigen, die bereit sind, auf ihren Schutz zu verzichten²⁰⁰⁸. Man muß sich bewußt sein, daß nationale Sozialstandards stets Elemente der Marktabschottung in sich tragen²⁰⁰⁹. Gleichzeitig ist zuzugeben, daß der Schutz des nationalen Tarifvertragssystems an sich kein zwingender Grund des Allgemeinwohls ist²⁰¹⁰. Der Einwand weist daher insofern in die richtige Richtung, als der begünstigte Adressatenkreis weiter gefaßt werden muß.

b. Schutz der inländischen Arbeitnehmer

Die Tariftreueverpflichtung entpuppt sich für entsandte Arbeitnehmer als zweischneidiges Schwert. Der Schutz der inländischen Arbeitnehmer als zwingendem Grund des Allgemeinwohls, der sich aus der besonderen Verantwortung des Mitgliedstaats für das Wohlergehen der ihm Rechtsunterworfenen speist, wird in der Güterabwägung mit der Dienstleistungsfreiheit als einer tragenden Säule des Gemeinschaftsrechtsordnung nur ein relatives Gewicht beigemessen werden können. Die Tariftreueverpflichtung soll verhindern, daß diejenigen Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz verlieren, deren Arbeitgeber im Ausschreibungswettbewerb leer ausgehen, weil sie von der nicht tarifgebundenen Bieterkonkurrenz wegen niedrigerer Lohnkosten unterboten werden²⁰¹¹. Das mit der Tariftreueverpflichtung verfolgte Ziel der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit ist durchaus als zwingender Grund des Allgemeinwohls zu qualifizieren²⁰¹². Es bleibt jedoch das Dilemma, daß angesichts der Knappheit der Ressourcen, i.e. der zu vergebenden öffentlichen Aufträge, die Privilegierung der einen Arbeitnehmerschaft Nachteile für die andere Arbeitnehmerschaft mit sich bringen kann.

2004 Kling, EuZW 2002, 229 (234).

2005 Vgl. Kämmerer/Thüsing, ZIP 2002, 596 (599).

2006 Kling, EuZW 2002, 229 (234).

2007 Kling, EuZW 2002, 229 (234).

2008 Mühlbach, RdA 2003, 339 (346).

2009 Bieback, RdA 2000, 207 (213).

2010 Krebber, in: Callies/Ruffert (Hrsg.) (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 136, Rdnr. 16; Neßler, DÖV 2000, 145 (152).

2011 Vgl. Losch, NdsVBl. 2003, 73 (77); Meyer, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 214.

2012 Kling, EuZW 2002, 229 (233, 235); Seifert, ZfA 2001, 1 (22).

c. Schutz aller Arbeitnehmer in der Gemeinschaft

Nach dem Art. 10 EG entlehnten Postulat der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung ist nationales Recht so auszulegen, daß es mit unmittelbar anwendbarem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist²⁰¹³. Auf der Suche nach den wirklich hinter der Tariftreueverpflichtung stehenden Belangen darf man den zu schützenden Personenkreis nicht auf die Adjektive inländisch und EG-ausländisch reduzieren. Die Prognose, durch die wirtschaftliche Integration der Gemeinschaft würden sich auch automatisch die Sozialstandards der Arbeitnehmer in den Mitgliedstaaten angleichen, hat sich nicht bewahrheitet. Denn wie eingangs erwähnt, zieht der Wettbewerb der Standortbedingungen auch einen Wettbewerb der nationalen Sozialstandards nach sich²⁰¹⁴, mit der Folge, daß die sozial kältere, aber kostengünstigere Norm die sozial freundlichere, aber kostenträchtigere Norm verdrängt²⁰¹⁵. Unterschiedliche Lohnkosten reflektierten immer auch das an sich unerwünschte Sozialgefälle innerhalb der Gemeinschaft²⁰¹⁶.

Im Zusammenhang mit dem Wettbewerb der Standortbedingungen gilt es daher folgende Folgenbetrachtung zu beachten: Das im Aufnahmemitgliedstaat bestehende soziale Schutzniveau würde zweifellos in absehbarer Zeit in Frage gestellt, wenn sich die EG-ausländischen Dienstleister darüber hinwegsetzen könnten. Die inländischen Arbeitgeber würden auf eine Senkung dieses Schutzniveaus drängen, um mit gleichen Waffen gegen die EG-ausländische Konkurrenz kämpfen zu können²⁰¹⁷. Langfristig würden daher die Sozialstandards für Arbeitnehmer in der Gemeinschaft insgesamt sinken. Daran hat jedoch die Gemeinschaft kein Interesse, die sich mit Art. 2 EG die Förderung eines hohen Beschäftigungsniveaus sowie eines hohen Maßes an sozialem Schutz auf die Fahnen geschrieben hat. Auch die Vorschrift des Art. 50 Abs. 3 EG („... unter den Voraussetzungen, welche der Aufnahmestaat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt“) hat die Funktion, der Forcierung des Sozialkostenwettbewerbs entgegenzuwirken²⁰¹⁸. Die Tariftreueverpflichtung soll damit letztendlich den gemeinschaftsweiten Dammbruch von Sozialstandards verhindern. Was sich also kurzfristig als mitgliedstaatlicher Egoismus darstellt, erweist sich langfristig auf Gemeinschaftsebene als erstrebenswerter zwingender Grund des Allgemeininteresses. Schutzgut der Tariftreueverpflichtung ist bei dieser Sichtweise der *soziale Schutz der Gesamtheit der Arbeitnehmer in der Gemeinschaft*²⁰¹⁹.

Der EuGH hat daher richtig gehandelt, das nationale Schutzniveau der Arbeitnehmer nicht nach der konkreten gesetzgeberischen Motivation zu beurteilen. Dies dürfte auch die Erklärung dafür sein, daß der EuGH in seinen Erwägungsgründen den unbestimmten Begriff „Schutz der Arbeitnehmer“ benutzte. Der EuGH hätte allerdings gut daran getan, die Karten auf den Tisch zu legen und das tatsächliche Schutzgut zu benennen. Man kann nur spekulieren, warum sich der EuGH scheute, das Thema des gemeinschaftsweiten Sozialkostenwettbewerbs anzusprechen. Es erscheint aber wahrscheinlich, daß der Grund in der Tatsache zu suchen ist, daß die Gemeinschaft angesichts des *numerus clausus*-Katalogs in Art. 137 EG keine umfassende Rechtsetzungskompetenz für die Annäherung und Vereinheitlichung der

2013 Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. II, Rdnr. 271.1; 282.1.

2014 Supra: S. 241.

2015 Vgl. Callies, in: Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 173 (187).

2016 v. Danwitz, EuZW 2002, 237 (238).

2017 GA Mischo, Schlußanträge, Rs. C-49/98 (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 41 f.

2018 Kayser, Nationale Regelungsspielräume im öffentlichen Auftragswesen und gemeinschaftsrechtliche Grenzen, 130.

2019 Vgl. Schäfer, Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 376.

nationalen Sozialstandards besitzt. Insbesondere die Regelung der Lohnhöhe ist gemäß Art. 137 Abs. 5 EG der Gemeinschaft entzogen.

3. Geeignetheit

a. Vorwurf der Überforderung der öffentlichen Auftraggeber sowie mangelnder Durchsetzbarkeit der Tariftreueverpflichtung

Im Hinblick auf die Geeignetheit der Tariftreueverpflichtung wurde die Befürchtung geäußert, daß die öffentlichen Auftraggeber *in praxi* gar nicht in der Lage seien, die richtigen Lohn- und Gehaltstarife zu identifizieren und zu kommunizieren²⁰²⁰. Zumindest in der Anfangsphase würden die öffentlichen Auftraggeber nicht über das nötige Spezialwissen verfügen, angesichts der Tarifvielfalt sehen daher einige Kritiker Fehler in den Ausschreibungsunterlagen als vorprogrammiert an²⁰²¹. Des weiteren werden Zweifel an der praktischen Durchsetzbarkeit der Tariftreueverpflichtung geäußert²⁰²². Die beste Sanktion nütze wenig, wenn sie schon deswegen nicht ergriffen wird, weil der Rechtsverstoß dem öffentlichen Auftraggeber nicht bekannt wird²⁰²³.

b. Analyse und Bewertung

Das Argument, daß die Festlegung des Vergabekriteriums der Tariftreueverpflichtung die öffentlichen Auftraggeber in der Praxis vor unüberwindliche Schwierigkeiten stellt, vermag nicht zu überzeugen. Zwar sind die Zahlen des hiesigen Tarifvertragssystems einschüchternd. Allein in Deutschland wurden im Jahr 2003 für mehr als 300 Wirtschaftszweige – zumeist nach Bundesländern getrennt – Verbandstarifverträge geschlossen. Daraus ergeben sich mehr als 1.1000 sektorale und regionale Tarifbereiche, wobei unter letzterem der fachliche und räumliche Geltungsbereich eines die allgemeinen Arbeitsbedingungen regelnden Manteltarifvertrags angesehen wird²⁰²⁴. Der viel beschworene „Tarifdschungel“ lichtet sich jedoch und präsentiert sich für die im Fall der Tariftreueverpflichtung einschlägige Baubranche relativ übersichtlich. In Deutschland beispielsweise definiert der Katalog der Abschnitte II – V des § 2 BRTV sämtliche Betriebe des Baugewerbes. Angesichts der umfassenden Aufzählung ist es eher unwahrscheinlich, daß auch bei Großprojekten über die für das Baugewerbe geltenden Tarifbestimmungen hinaus noch viele externe Tarifverträge herangezogen werden müssen.

Einer etwaigen Überforderung der öffentlichen Auftraggeber läßt sich in jedem Fall mit einer Regelung abhelfen, wonach diese sich bei einer zentralen, fachlich kompetenten Stelle über die in ihrem Verantwortungsbereich geltenden Lohn- und Gehaltstarife informieren können, anstatt selbst Feldstudien betreiben zu müssen (vgl. § 5 Abs. 2 des gescheiterten deutschen TTG²⁰²⁵). Außerdem gestaltet sich die Informationsbeschaffung dank der Möglichkeiten, die das Internet bietet, mittlerweile denkbar einfach. Bei dem Gros der Fälle wird meist

2020 Wuermeling, BS Oktober 2001, 22 (22).

2021 Lehne/Haak, ZfBR 2002, 656 (657).

2022 Marx, BS Dezember 2001, 26 (26).

2023 Marx, BS Dezember 2001, 26 (26).

2024 Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Tarifvertragliche Arbeitsbedingungen im Jahr 2003, Stand: 1. Dezember 2003, abrufbar unter: <http://www.bmwa.bund.de/Redaktion/Inhalte/Downloads/tarifbericht-2003.property=pdf.pdf>.

2025 Vgl. Supra: S. 243.

ein Blick auf die Homepage des jeweils zuständigen nationalen Sozial- bzw. Arbeitsministeriums ausreichen, um die passenden Lohn- und Gehaltstarife zu ermitteln²⁰²⁶. Der Informationsaufwand für die öffentlichen Auftraggeber hält sich daher ebenfalls in Grenzen, von einer Überforderung kann keine Rede sein.

Zuallerletzt ist der Einwand mangelnder Durchsetzbarkeit kein spezifisches Problem der Tariftreueverpflichtung, sondern gilt gleichermaßen für betriebswirtschaftlicher Vergabekriterien. Etwaige Kontrolldefizite können dadurch gelöst werden, daß die öffentlichen Auftraggeber sich an spezialisierte Behörden wenden. Wie das Beispiel des § 6 Abs. 2 TTG zeigt, ist es durchaus möglich, in der Ausschreibung festzulegen, daß die öffentlichen Auftraggeber zur Kontrolle der Einhaltung der Tariftreuepflicht die Hilfe externer Behörden in Anspruch nehmen können.

4. Erforderlichkeitsprüfung

a. Vorwurf fehlender Erforderlichkeit

Gegen die Tariftreueverpflichtung wird des weiteren eingewandt, daß der Erforderlichkeitsmaßstab für den Rechtfertigungsgrund des sozialen Arbeitnehmerschutzes durch die nationalen Mindestlohnvorschriften markiert werde²⁰²⁷. Die Einhaltung der darüber hinaus gehenden Tariftreueverpflichtung dürfe den EG-ausländischen Dienstleistern nicht abverlangt werden, da es sich nicht um eine Mindestsicherung, sondern um eine Optimierung der Lohnbedingungen handele²⁰²⁸. Oberhalb dieser Mindestgrenzen müsse der soziale Arbeitnehmerschutz daher gegenüber der Dienstleistungsfreiheit zurücktreten²⁰²⁹. Außerdem sei die Tariftreueverpflichtung auch deshalb nicht erforderlich, da sie ausschließlich für Arbeitnehmer gelte, deren Arbeitgeber sich um öffentliche Aufträge bemühen, während sie Arbeitnehmern im privaten Bausektor keinen entsprechenden Schutz zuerkenne. Eine solche Privilegierung einzelner Wirtschaftszweige wie beispielsweise des Baugewerbes könne nicht gerechtfertigt werden²⁰³⁰. Eine „Bereichsausnahme-Bau“²⁰³¹ wäre das falsche Signal und würde nur weitere Lobbybegehrlichkeiten wecken. Als Alternative zur Tariftreueverpflichtung wurde daher vor allem die Zerlegung der zu erbringenden Gesamtleistung in mehrere Teillose ins Spiel gebracht²⁰³². Eine Aufteilung des öffentlichen Auftrags über die Losvergabe würde den grenzüberschreitenden Wettbewerb reduzieren, so daß sich das Problem unterschiedlicher Lohn- und Gehaltsniveaus gar nicht erst stellt²⁰³³.

2026 Vgl. Deutschland: Homepage des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, abrufbar unter: <http://www.bmwa.bund.de>; Frankreich: Journal Officiel der französischen Regierung (convention collective), abrufbar unter: <http://www.journal-officiel.gouv.fr/accueil.php>; Vereinigte Königreich: Her Majesty's Stationary Office, abrufbar unter: <http://www.hmso.gov.uk/> (collective labour agreement) und <http://www.official-documents.co.uk>.

2027 *Kämmerer/Thüsing*, ZIP 2002, 596 (599); *Koppenfels/Siebert*, BB 1999, 1825 (1832); *Kling*, EuZW 2002, 229 (233, 235); *Knipper*, WuW 1999, 677 (683); *Konzen*, NZA 2002, 781 (783); *Rieble*, NZA 2000, 225 (231); *Seifert*, ZfA 2001, 1 (23).

2028 *Kling*, EuZW 2002, 229 (235)

2029 *Kling*, EuZW 2002, 229 (235).

2030 *Gerken, Löwisch/Rieble*, BB 1995, 2370 (2370); *Thüsing*, NJW 2002, 2071 (2072).

2031 *Kling*, EuZW 2002, 229 (235).

2032 Vgl. *CDU/CSU-Fraktion* vom 13. November 2001, BT-Dr 14/7506, S. 3.

2033 *Kling*, EuZW 2002, 229 (234).

b. Analyse und Bewertung

aa. Besondere Bedeutung des Baugewerbes

Die Einwände gegen die Erforderlichkeit der Tariftreueverpflichtung sind nicht stichhaltig²⁰³⁴. Der EuGH hat zu Recht auf die besondere Bedeutung des Baugewerbes für die europäische Wirtschaft, dem Hauptanwendungsgebiet für die Tariftreueverpflichtung, hingewiesen²⁰³⁵. Hinter dieser Privilegierung steht die Überlegung, daß das Baugewerbe eine der wenigen verbliebenen Möglichkeiten für minder und schlecht qualifizierte Arbeitnehmer ist, heutzutage eine Beschäftigung zu finden. Angesichts eines Millionenheers von minder und schlecht qualifizierten Arbeitskräften in den Mitgliedstaaten besteht in der Gemeinschaft ein erhöhtes Interesse daran, daß diese Menschen ihre Beschäftigung nicht aufgrund Lohnkostenwettbewerbs verlieren.

bb. Flexibilität der Tariftreueverpflichtung

Ein weiteres Argument für die Erforderlichkeit der Tariftreueverpflichtung ist der Umstand, daß die Vergabeentscheidung ein konkret-individueller Rechtsakt ist. Konkret-individuelle Rechtsakte sind das ideale Instrument, um Einzelfallgerechtigkeit zu erwirken. Die Tariftreueverpflichtung stellt in Bezug auf die Lohn- und Gehaltsvorgaben jene Einzelfallgerechtigkeit her, die mithilfe einer abstrakt-generellen Norm, wie beispielsweise dem AEntG nicht erreicht werden kann. Nationale Mindestlohnvorschriften sind ein zu grobes Raster, um den Unterschieden in den Lebenshaltungskosten gerecht zu werden. Als Beispiel seien nur das lokale Stadt-Land-Gefälle und das regionale Nord-Süd respektive Ost-West-Gefälle genannt. Ein gemeinschaftliches Verbot der Tariftreueverpflichtung würde daher insbesondere die größeren Flächenmitgliedstaaten benachteiligen. Denn während ein nationaler Mindestlohn in kleinen Mitgliedstaaten wie beispielsweise dem Stadtstaat Luxemburg die Bedürfnisse aller Arbeitnehmer und Arbeitgeber abzubilden vermag, ist ein nationaler Mindestlohn in einem großen Flächenstaat mit seinen unterschiedlichen Wohlstandsgürteln und Entwicklungszonen zu unflexibel, um den regionalen und lokalen Lebensverhältnissen gerecht zu werden.

cc. Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten bei der Festsetzung des nationalen Mindestlohns

Im Gegensatz zur „subsidiären Normsetzung“²⁰³⁶ durch das deutsche AEntG mit seiner Verweisttechnik, welches die von den Tarifparteien ausgehandelten Mindestlohn-Tarifverträge lediglich in ihrer personellen Geltung über §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG hinaus erweitert, wird in einer Reihe von Mitgliedstaaten der nationale Mindestlohn staatlicherseits normiert. In Frankreich beispielsweise setzt der Gesetzgeber gemäß Art. 32 Abs. 1 *de la Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*²⁰³⁷ den Mindestlohn (*salaire minimum de croissance*)

2034 Vgl. v. Danwitz, EuZW 2002, 237 (242).

2035 *EuGH*, Rs. C-272/94 (Guiot), Slg. 1996, I-1905, Rdnr. 16.

2036 *Büdenbender*, RdA 2000, 193 (194).

2037 «Les salariés ne peuvent percevoir un salaire mensuel inférieur au produit du salaire minimum de croissance en vigueur à la date de la réduction par le nombre d'heures correspondant à la durée collective qui leur était applicable, dans la limite de cent soixante-neuf heures.

Le minimum applicable à chaque salarié concerné par le premier alinéa du présent article est revalorisé au 1er juillet en fonction de l'évolution de l'indice des prix à la consommation mentionné à l'article L. 141-3

fest, der an die Entwicklung des Bruttosozialprodukts gekoppelt ist und jährlich daran angepaßt wird. Der nationale Mindestlohn liegt aktuell bei 7,19 EUR²⁰³⁸. Im Vereinigten Königreich wurde der Mindestlohn (*national minimum wage*) durch den *National minimum wage Act 1998*²⁰³⁹ eingeführt. Er wird auf Empfehlung der sogenannten *Low Pay Commission*²⁰⁴⁰ festgesetzt²⁰⁴¹, welche die ökonomischen und sozialen Eckdaten evaluiert und auf dieser Basis Vorschläge unterbreitet²⁰⁴². Er beläuft sich momentan auf 4,50 Britische Pfund und soll Vorschlag der *Low Pay Commission* demnächst auf 4,85 Britische Pfund erhöht werden²⁰⁴³. Die meisten Mitgliedstaaten sichern sich bei der Festlegung der Mindestlohnvorgaben einen weiten Handlungsspielraum. Obwohl der EuGH bei der *Portugaia*-Entscheidung die Gelegenheit hatte, äußerte er sich nicht kritisch dazu, auf welche Art und Weise die Mindestlohnvorgaben des deutschen AEntG zustande gekommen waren. Der EuGH scheint daher auf dem Standpunkt zu stehen, daß die Ausgestaltung der Höhe des nationalen Mindestlohns ureigene Kompetenz der Mitgliedstaaten ist. Es gibt keine Mindestabstandspflicht zwischen dem jeweiligen nationalen Mindestlohn und Tarifvertragslöhnen. Es ist daher durchaus vorstellbar, daß sich nationaler Mindestlohn und Tariflohn einmal sehr nahe kommen oder sogar decken, beispielsweise wenn die Gewerkschaften Lohnverzicht üben. Wer wollte entscheiden, ob der nationale Mindestlohn von 7,19 € gegenüber einem Tariflohn von 7,50 €, oder noch zugespitzt, gegenüber einem Tariflohn von 7,20 € EG für EG-ausländische Wirtschaftsteilnehmern unverhältnismäßig ist. EuGH und nationale Gerichte würde hier an die Grenzen ihrer richterlichen Kontrollmöglichkeiten stoßen. Abgesehen von dieser intramitgliedstaatlichen Seite des Problems gilt es auch, die intermitgliedstaatliche Perspektive zu berücksichtigen. So ist die Konstellation zu bedenken, daß sich der in dem einen Mitgliedstaat per Tariftreueverpflichtung geforderte „Lohn der Baustelle“ der Höhe nach mit dem nationalen Mindestlohn eines anderen Mitgliedstaates deckt. Während also in dem einen Mitgliedstaat die Forderung nach einem Lohn in Höhe von beispielsweise 7,19 € mit Art. 49 EG vereinbar wäre, wäre sie im Nachbarmitgliedstaat gemeinschaftsrechtlich unzulässig. Dieses Ergebnis erscheint jedoch nicht sachgerecht.

du code du travail et de la moitié de l'augmentation du pouvoir d'achat du salaire mensuel de base ouvrier enregistré par l'enquête trimestrielle du ministère du travail ».

Modifiziert durch Art. 1 (Dispositions relatives au salaire minimum de croissanc) de la Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi ; abrufbar unter: http://lexinter.net/Legislation3/loi_relative_a_la_reduction_negociee_du_temps_de_travail.htm

2038 *Barème social périodique (BSP)*, n° 63 vom 31. Oktober 2003, 155, abrufbar unter: <http://www.liaisons-sociales.com/BSP>.

2039 National minimum wage Act 1998 vom 31. Juli 1998, in Kraft seit dem 1. April 1999, Chapter 39, section 1 (entitlement to the national minimum wage).

2040 Chapter 39, section 5, subsection 1 : “Before making the first regulations under section 1(3) or (4) or 2 above, the Secretary of State shall refer the matters specified in subsection (2) below to the Low Pay Commission for their consideration.

Chapter 39, section 5, subsection 2 lit. (b) :

Those matters are: what single hourly rate should be prescribed under section 1(3) above as the national minimum wage”.

2041 Chapter 39, section 1, subsection 3: The national minimum wage shall be such single hourly rate as the Secretary of State may from time to time prescribe.

2042 Chapter 39, section 7, subsection 5 lit. (a).

2043 *LowPay Commission*, The National Minimum Wage, Fourth Report, Building on Success, abrufbar unter: <http://www.lowpay.gov.uk/lowpay/report/pdf/lowpay-nmw.pdf>.

dd. Gemeinschaftsrechtliches Prinzip der Optimierung der Sozialstandards

Der nationale Mindestlohn gewährleistet, daß der Arbeitnehmer sich das notwendige Einkommen gemessen am durchschnittlichen Lebenshaltungsniveau in der Gesellschaft verdienen kann²⁰⁴⁴. Die Funktion des Mindestlohns besteht darin, eine objektive untere Grenze zu setzen sowie Lücken des Tarifvertragssystems zu schließen²⁰⁴⁵. Dagegen entspricht es der *ratio* des nationalen Mindestlohns nicht, eine absolute Obergrenze festzulegen. Zu Recht urteilte der EuGH daher beispielsweise in der *Kommission/Frankreich*-Entscheidung, daß Art. 39 EG Inländer vor den Nachteilen bewahren soll, die sich daraus ergeben, daß Angehörige anderer Mitgliedstaaten ungünstigere Arbeitsbedingungen oder Entlohnungen anbieten oder annehmen, als das geltende nationale Recht²⁰⁴⁶. Auf die in *Finalarte* aufgeworfene Frage, ob das mit der staatlichen Maßnahme verfolgte Ziel bereits durch RL 93/104/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung²⁰⁴⁷ erreicht wird²⁰⁴⁸, antwortete der EuGH, daß RL 93/104 lediglich einen Mindestschutz festlege²⁰⁴⁹.

Gegen eine Verallgemeinerung dieser Entscheidung kann auch nicht eingewandt werden, daß RL 93/104/EG mit Art. 15 eine explizite Öffnungsklausel aufwies, welche großzügigere Schutzvorschriften erlaubte. Art. 15 der vorgenannten Richtlinie sowie Art. 3 Abs. 7 RL 96/71/EG sind Ausdruck des in Art. 137 Abs. 1 2. Gedankenstrich, Abs. 2 und Abs. 5 EG (hohes Maß an sozialem Schutz und Hebung der Lebenshaltung) i.V.m Art. 136 EG inkorporierten *allgemeinen* Grundsatzes, wonach die Mitgliedstaaten nicht daran gehindert sind, auf dem Gebiet der Arbeitsbedingungen günstigere Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu treffen. Es ist gemeinschaftlicher Grundkonsens, daß die Angleichung von Sozialstandards also nach oben und nicht nach unten stattfindet²⁰⁵⁰. Auch der Erforderlichkeitsmaßstab des Arbeitnehmerschutzes orientiert sich nicht am kleinsten gemeinsamen Nenner, sondern bemüht sich um eine Optimierung der Sozialstandards. Wenn daher die Mitgliedstaaten gemeinschaftliche Mindestvorschriften zum Schutz der Arbeitnehmer toppen können, dann – *argumentum a fortiori* – sind sie auch nicht daran gehindert, das nationale Schutzniveau je nach den regionalen und lokalen Gegebenheiten aufzuspreizen.

ee. Mangelnde Effizienz und unzureichender Schutz der Alternativmaßnahmen

Die Losvergabe stellt kein milderes, aber gleich wirksamen Mitteln dar, um dem Schutz der Arbeitnehmer gerecht zu werden. Zum einen verspricht sie nicht dieselbe Durchsetzungskraft wie das Vergabekriterium der Tariftreueverpflichtung, da sie nicht universal eingesetzt werden kann. So ist die Losvergabe für öffentliche Auftraggeber und Bieterunternehmen erst ab einem gewissen Auftragsvolumen wirtschaftlich sinnvoll, das mit den Schwellenwerten der Vergaberichtlinien nicht notwendigerweise erreicht sein muß. Zum anderen kann sich eine Aufteilung der Gesamtleistung in verschiedene Teillose aus praktischen bzw. technischen Gründen verbieten. Zum anderen ist die Losvergabe wegen ihres Diskriminierungs-

2044 Vgl. Bieback, RdA 2000, 207 (208).

2045 Bieback, RdA 2000, 207 (208).

2046 EuGH, Rs. 167/73 (Kommission/Frankreich), Slg. 1974, 359, Rdnr. 45/47.

2047 RL 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. 1993, L 307, S. 18 ff.

2048 EuGH, Rs. C-49/98 (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 55.

2049 EuGH, Rs. C-49/98 (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 57.

2050 Vgl. Eichenhofer, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 136, Rdnr. 18; Rebhahn, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 137, Rdnr. 44.

potentials²⁰⁵¹ keineswegs ohne weiteres ein milderer Mittel als die Tariftreueverpflichtung. Schließlich ist der Anteil von KMU an sogenannten *cross-border*-Vergaben nach wie vor verschwindend gering²⁰⁵².

5. Angemessenheitsprüfung

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung stehen sich mit der Dienstleistungsfreiheit, die zusammen mit der Warenverkehrsfreiheit das Rückgrat des Binnenmarktes bilden²⁰⁵³, und dem Schutz der Arbeitnehmer zwei grundsätzlich ebenbürtige Schutzgüter gegenüber.

a. Vorwurf der Kostensteigerung, Marktabschottung und Bürokratisierung

Die Gegner der Tariftreueverpflichtung halten dieses Vergabekriterium für eine unverhältnismäßige Verabsolutierung des Arbeitnehmerschutzes²⁰⁵⁴. Hauptargument gegen die Tariftreueverpflichtung ist die Verteuerung der Angebote, die mit der Kopplung an die am Ort der Leistungserbringung geltenden Tariflöhne einhergeht²⁰⁵⁵. Die öffentliche Hand sei infolge einseitiger Nachfragemacht keinerlei Wettbewerbsdruck ausgesetzt und neige daher zu besonders hemmungslosen Abschlüssen²⁰⁵⁶. So wird kolportiert, daß sich beispielsweise in den Vereinigten Staaten die Ausgaben bei den öffentlichen Arbeitgebern um 26 bis 38 % erhöhen²⁰⁵⁷. Nur der reine Wettbewerb könne Unternehmen wettbewerbsfähig machen und auf Dauer Arbeitsplätze sichern²⁰⁵⁸. Außerdem würde die Einführung der Tariftreueverpflichtung mit ihren „Partikularlöhnen“²⁰⁵⁹ faktisch undurchlässige Marktzutrittsbarrieren errichten, die einen nahezu vollständigen Ausschluß des grenzüberschreitenden Wettbewerbs zur Folge hätten²⁰⁶⁰. Des weiteren wurde im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum TTG auf den Bürokratisierungseffekt der Tariftreueverpflichtung aufmerksam gemacht, der angesichts der absurden Summe von 100.000 Einzelschriften nicht wünschenswert sei.

b. Analyse und Bewertung

Der mittels der Tariftreueverpflichtung geförderte Arbeitnehmerschutz ist in der Abwägung der betroffenen Rechtsgüter höher zu gewichten als die Restriktionen, welche die EG-ausländischen Dienstleister unter Umständen hinzunehmen haben.

aa. Moderate Mehrbelastung für die öffentlichen Auftraggeber

Die von den Gegnern der Tariftreueverpflichtung genannten Kostensteigerungen in den Vereinigten Staaten sind darauf zurückzuführen, daß dort die Differenz zwischen nationalem

2051 Supra: S. 71.

2052 *Kommission*, A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future, 1 (20), Doc. 03/02/2004; abrufbar unter: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report_en.pdf.

2053 *Kling*, EuZW 2002, 229 (232).

2054 *Kämmerer/Thüsing*, ZIP 2002, 596 (599); *Kling*, EuZW 2002, 229 (235).

2055 *Gerken/Löwisch/Rieble*, BB 1995, 2370 (2372); *Thüsing*, NJW 2002, 2071 (2072).

2056 *Thüsing*, NJW 2002, 2071 (2072).

2057 *Thüsing*, NJW 2002, 2071 (2072).

2058 *Gerken/Löwisch/Rieble*, BB 1995, 2370 (2372).

2059 *Kling*, EuZW 2002, 229 (235); *Seifert*, ZfA 2001, 1 (23).

2060 *Kling*, EuZW 2002, 229 (235).

Mindestlohn und örtlichem Tariflohn sehr hoch ist. Dagegen sind die Unterschiede zwischen nationalem Mindestlohn und örtlichem Tariflohn in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft nicht so groß, als daß man mit derartigen finanziellen Mehrbelastungen bei den öffentlichen Auftraggebern rechnen muß. Es ist daher nicht seriös, die Tariftreueverpflichtung mit solchen Zahlen in Verbindung zu bringen. Als realistischer Maßstab ist daher die von der Bundesregierung im Zuge der geplanten Einführung des TTG prognostizierte Verteuerungsrate von schätzungsweise 5 % heranzuziehen. Schließlich bedeutet die Tariftreueverpflichtung unter oben genannten Voraussetzungen, also in Form eines Zuschlagskriteriums, nur einen moderaten „regional bzw. lokal dosierbaren“²⁰⁶¹ Wettbewerbseingriff. Es findet immer noch ein Wettbewerb um die ausgeschriebene Leistung statt. Infolge der strengen Transparenz- und Publizitätsvorgaben für die Ausschreibungsunterlagen haben grundsätzlich alle Bieterunternehmen die gleichen Chance, den Zuschlag für den öffentlichen Auftrag zu erhalten. Der Zuschlag hängt weiterhin hauptsächlich von der betriebswirtschaftlichen Attraktivität der Angebote ab, da die Tariftreueverpflichtung nur einer unter vielen die Vergabeentscheidung determinierenden Faktoren ist²⁰⁶². Angesichts des Kumulationsverbots für soziale Vergabekriterien²⁰⁶³ sowie einer möglichen Begrenzung der Mehrkosten durch Maximalabstandsgebote²⁰⁶⁴ steht daher nicht zu erwarten, daß die Tariftreueverpflichtung zu einer exorbitanten Kostensteigerung der öffentlichen Beschaffung führt.

Auch der Einwand übermäßiger Bürokratisierung überzeugt nicht. Die Tariftreueverpflichtung bringt das Faß des Normenbestandes nicht zum Überlaufen. Die Tariftreueverpflichtung muß nicht zwangsläufig in einem eigens zu diesem Zweck erlassenen Gesetz verankert werden. Es ist durchaus möglich, sie platzsparend in die bestehenden Regelungskomplexe zu integrieren, in Deutschland also in § 97 GWB. Ebenso wie die Chancengleichheitskriterien ist die Tariftreueverpflichtung kein obligatorisches, sondern ein fakultatives Vergabekriterium. Da die öffentlichen Auftraggeber jeweils nur ein soziales Vergabekriterium berücksichtigen dürfen, steht auch nicht zu erwarten, daß der Kriterienkatalog übermäßig anschwillt.

bb. Kein Firmentarif-Dispens für nationale Dienstleister

Meßlatte für die Verhältnismäßigkeit einer die Dienstleistungsfreiheit einschränkenden mitgliedstaatlichen Maßnahme ist Art. 50 Abs. 3 EG, wonach EG-ausländische Dienstleister ihre Leistungen unter den Voraussetzungen zu erbringen haben, welche der Aufnahmemitgliedstaat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt²⁰⁶⁵. Nach Ansicht des EuGH²⁰⁶⁶ und GA Mischo²⁰⁶⁷ in der Rechtssache *Portugaia Construções* ist die Grenze dann überschritten, wenn sich der EG-ausländische Dienstleister im Gegensatz zu inländischen Anbietern bestimmten Lasten und Pflichten nicht entziehen können. Solange daher die Tariftreueverpflichtung keine Rückausnahmen für inländische Dienstleister zuläßt, indem beispielsweise Bieterunternehmen mit inländische Firmentarifverträge von der Tariftreueverpflichtung

2061 *Kempen*, in: *Recht und soziale Arbeitswelt*, FS-Däubler, 503 (511).

2062 *Supra*: S. 216.

2063 *Supra*: S. 216.

2064 *Supra*: S. 215.

2065 *Däubler*, *ZIP* 2000, 681 (687).

2066 EuGH, Rs. C-164/99 (*Portugaia Construções*), Slg. 2002, I-787, Rdnr. 34.

2067 *GA Mischo*, *Schlußanträge*, Rs. C-164/99 (*Portugaia Construções*), Slg. 2002, I-787, Rdnr. 77.

dispensiert werden, besteht die Vermutung, daß sie keine unverhältnismäßige Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt²⁰⁶⁸.

cc. Individuelle Zumutbarkeit

Es bleibt den EG-ausländischen Bieterunternehmen weiterhin unbenommen, sich um öffentliche Aufträge in den Hochlohnmitgliedstaaten zu bewerben²⁰⁶⁹. Eine drohende Marktabstottung ist angesichts der umfassenden Transparenz- und Publikationspflichten der öffentlichen Auftraggeber kein Argument gegen die Tariftreueverpflichtung. Die Frage der Angemessenheit der Tariftreueverpflichtung hängt davon ab, ob der Verlust der Lohnkostenvorteile zu einer unzumutbaren Belastung für die EG-ausländischen Dienstleister führt. Ein hoher Verwaltungsaufwand im Sinne der *Mazzoleni und ISA*-Rechtsprechung des EuGH²⁰⁷⁰ ist bei der Tariftreueverpflichtung nicht zu befürchten, da die öffentlichen Auftraggeber, wie bereits geschildert²⁰⁷¹, alle notwendigen Informationen über die in ihrem Verantwortungsbereich geltenden Tariflöhne beschaffen und in der Ausschreibung angeben müssen. In diesem Zusammenhang ist argumentiert worden, daß die Bieterunternehmen aus Niedriglohnmitgliedstaaten wegen der höheren Transportkosten in besonderem Maße darauf angewiesen seien, ihre Lohnkostenvorteile vollumfänglich zu nutzen²⁰⁷². Darüber hinaus hätten die Bieterunternehmen, die sich der Tariftreueverpflichtung nicht beugen wollten, angesichts der überragenden Nachfragemacht der öffentlichen Hand auf dem Bausektor keine wirkliche Handlungsalternative²⁰⁷³.

Zu dem Argument der Transport- und Unterkunftskosten ist jedoch zu bemerken, daß es aus gemeinschaftlicher Perspektive nicht erstrebenswert ist, daß die Bieterunternehmen aus Niedriglohnmitgliedstaaten diese Ausgaben auf Kosten des Arbeitnehmerschutzes wieder „reinholen“. Aus ökologischen wie sozialen Gründen ist es vorzugswürdig, diese Kosten in der Abwägung zwischen Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz nicht zu prämiieren. Der Einwand eines mangelnden Ersatzmarktes gilt nicht für das Baugewerbe insgesamt, sondern ist höchstens auf den Markt der Straßenbauleistungen anwendbar²⁰⁷⁴. Im übrigen sind starke Abhängigkeiten zwischen Anbietern und Nachfragern, wie bereits gezeigt wurde²⁰⁷⁵, auch in der Privatwirtschaft üblich, mit allen Konsequenzen, die eine solche Kundenbeziehungen für das Anbieterverhalten mit sich bringen. Die EG-ausländischen Bieterunternehmen können bei dem konkreten öffentlichen Auftrag nicht von ihrem heimischen niedrigen Lohnniveau profitieren. Sie haben gegenüber ihren Konkurrenten aus Hochlohnmitgliedstaaten aber weiterhin den Vorteil, aufgrund der niedrigen Lohnkosten mit niedrigen Fixkosten operieren zu können.

dd. Soziale Integration der Gemeinschaft

Die Gegner der Tariftreueverpflichtung verwehren sich gegen die Verwendung des Begriffs Lohn-*dumping*²⁰⁷⁶. *Dumping* sei nämlich dann zu bejahen, wenn ein Unternehmen sei-

2068 Schwab, NZA 2001, 701 (706); *idem*, AuR 2000, 272 (275).

2069 Landesregierung NRW, NRW Drucks. 13/1728 vom 31. Oktober 2001, BS Dezember 2001, 26.

2070 EuGH, Rs.165/98 (Mazzoleni und ISA), Slg. 2001, I-2189, Rdnr. 36.

2071 Supra: S. 259 ff.

2072 Lehne/Haak, ZfBR 2002, 656 (657).

2073 Kempen, in: Recht und soziale Arbeitswelt, FS-Däubler, 503 (515).

2074 Bultmann, BuW 2001, 244 (252).

2075 Supra: S. 222.

2076 Gerken/Löwisch/Rieble, BB 1995, 2370 (2370); Rieble, NZA 2000, 225 (231).

ne Leistung unter Einstandspreis anbietet, um die Konkurrenten aus dem Markt zu verdrängen²⁰⁷⁷. Aus Sicht der Arbeitgeber ist der untertarifliche Lohn lediglich eine Gestaltung der Einkaufsbedingungen.²⁰⁷⁸ Daher gebe es auch kein mißbilligenswertes Wettbewerbsverhalten. Ansonsten könnten beispielsweise die technisch weniger entwickelten Niedriglohnländer Dienstleistern aus Hochlohnmitgliedstaaten Produktivitäts- und *know-how-dumping* vorwerfen, wenn diese bessere Angebote unterbreiten²⁰⁷⁹.

Der Vergleich mit dem Begriff des *dumping* im Sinne des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts ist für die Frage der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit der Tariftreueverpflichtung nicht aussagekräftig. In Art. 2 1. Spiegelstrich EU („sozialer Fortschritt und hohes Beschäftigungsniveau“) sowie den Sozialvorschriften Art. 136 EG und Art. 137 Abs. 5 EG bekundet die Gemeinschaft den Willen zu sozialpolitischer Verantwortung für die Situation der Arbeitnehmer. Im Gegensatz zu niedrigen Einkaufspreisen sind Niedriglöhne aus Gemeinschaftsperspektive nicht erstrebenswert. Die Gemeinschaft hat kein Interesse an Niedriglöhnen, weil diese die geringe Produktivität minder qualifizierter Arbeitskräfte widerspiegeln und ein Zeichen für ein niedriges Lebenshaltungsniveau sind. Zudem sind Niedriglöhne auch häufig Folge eines segregierten Arbeitsmarkt²⁰⁸⁰. Der Sozialkostenwettbewerb wird daher generell als inakzeptabel betrachtet²⁰⁸¹. Dagegen hat sich die Gemeinschaft ausdrücklich das strategische Ziel gesetzt, Europa zum dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt zu machen.

6. Ergebnis zur Verhältnismäßigkeit der Tariftreueverpflichtung

Wenn die Mitgliedstaaten die Grundfreiheiten aus sozialpolitischen Motiven beschränken, dann muß das Gemeinschaftsrecht nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz ausgelegt werden²⁰⁸², wobei zu berücksichtigen ist, daß die Gemeinschaft inzwischen selbst sozialpolitische Verantwortung übernommen hat. Das im Aufnahmemitgliedstaat geltende Schutzniveau für Arbeitnehmer hat gewissermaßen den Status eines „natürlichen Standortfaktors“²⁰⁸³. Der EG-ausländische Dienstleister muß sich daran – wie an die dortige Infrastruktur auch – anpassen. Der EuGH hat in *Albany* Tarifverträge als sozialpolitisches Gestaltungsinstrument für gemeinschaftsrechtlich sakrosankt erklärt²⁰⁸⁴. Bedienen sich die Mitgliedstaaten per Verweisteknik dieses Instruments, um ihre sozialpolitischen Ziele umsetzen, dann kann dies nicht gemeinschaftsrechtlich unzulässig sein. Dies gilt umso mehr, als sich die Mitgliedstaaten, wie gezeigt²⁰⁸⁵, im Zuge der Privatisierung öffentlicher Aufgaben ihrer angestammten Einflußmöglichkeiten begeben haben. Hat sich die öffentliche Hand einmal auf das *outsourcing* an private Wirtschaftsteilnehmer verlegt, bleibt ihr oft nur der Köder des öffentlichen Auftrags, um ihrer sozialpolitischen Verantwortung gerecht zu werden²⁰⁸⁶. Das den Sozialkostenwettbewerb zu Gunsten des Arbeitnehmerschutzes begrenzende Vergabe-

2077 Rieble, NZA 2000, 225 (231).

2078 Rieble, NZA 2000, 225 (231).

2079 Gerken/Löwisch/Rieble, BB 1995, 2370 (2371).

2080 Bieback, RdA 2000, 207 (208).

2081 Sigeman, RdA 2003, 18 (20).

2082 Bieback, RdA 2000, 207 (213).

2083 Däubler, ZIP 2000, 681 (687); Schäfer, Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 378.

2084 EuGH, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, I-5751, Rdnr. 60.

2085 Supra: S. 178.

2086 Burgi, in: Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht, 97 (109).

kriterium der Tariftreueverpflichtung ist daher als vereinbar mit der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EG und damit gemeinschaftsrechtlich zulässig anzusehen²⁰⁸⁷.

2087 Vgl. *Burgi*, Gewerbearchiv 2001, 217 (223); *Götz*, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 178; *Kempen*, in: Recht und soziale Arbeitswelt, FS-Däubler, 503 (511); *Losch*, NdsVBl. 2003, 73 (77); *Martín-Ehlers*, WuW 1999, 685 (694); *Meyer*, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 219, 553; *Mühlbach*, RdA 2003, 339 (345, 346); *Weinacht*, WuW 2000, 382 (387); *Link*, AuA 2000, 468 (470).