



Mindestlohn und Tariftreue im Landesvergaberecht der Freien Hansestadt Bremen

Rechtsgutachten von Prof. Dr. Daniel Klocke im Auftrag
der Arbeitnehmerkammer Bremen

IMPRESSUM

Verfasser

Prof. Dr. Daniel Klocke
*Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht,
Arbeitsrecht und Rechtstheorie
EBS Universität für Wirtschaft und Recht*

Herausgeberin

Arbeitnehmerkammer Bremen
Bürgerstraße 1
28195 Bremen
Telefon 0421.3 63 01-0
Telefax 0421.3 63 01-89
info@arbeitnehmerkammer.de
www.arbeitnehmerkammer.de

Redaktion

Peer Rosenthal,
Arbeitnehmerkammer Bremen

Lektorat

Textgärtnerei

Umschlaggestaltung

GfG/Gruppe für Gestaltung, Bremen

Stand: Juli 2021

Prof. Dr. Daniel Klocke, LL.M.oec.

Mindestlohn und Tariftreue im Landes- vergaberecht der Freien Hansestadt Bremen

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	3
Teil A: Einleitung	5
Teil B: Fragestellungen und Gang der Darstellung	7
Teil C: Frage 1: Der Landesmindestlohn Bremen im Vergabeverfahren	8
1 Der Vergabemindestlohn nach §§ 2, 9 TTVG	8
1.1 Der Anwendungsbereich des TTVG.....	8
1.2 Der Vergabemindestlohn.....	8
2 Die rechtliche Zulässigkeit von Vergabemindestlöhnen auf Landesebene	9
2.1 Die Gesetzgebungskompetenz des Landes Bremen.....	9
2.1.1 Der Mindestlohn als Arbeitsrecht.....	9
2.1.2 Der Vergabemindestlohn als Recht der Wirtschaft.....	9
2.1.3 Die fehlende abschließende Wirkung des MiLoG.....	9
2.1.3.1 Keine abschließende Mindestlohnregelung.....	10
2.1.3.2 Keine abschließende Regelung gegenüber Vergabemindestlöhnen.....	10
2.2 Die materielle Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz.....	10
2.3 Die Vorgaben des GWB.....	11
2.4 Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit.....	11
2.4.1 Die Eröffnung des Schutzbereichs.....	12
2.4.2 Die Harmonisierung von Art. 56 AEUV durch Richtlinien.....	12
2.4.2.1 Die vergaberechtliche Befugnis.....	12
2.4.2.2 Die entsenderechtliche Beschränkung dieser Befugnis.....	14
2.4.2.3 Das Verhältnis von Vergabe- und Entsenderecht.....	17
3 Die Ausweitung des Vergabemindestlohns	18
3.1 Die Streichung der Binnenmarktklausel.....	18
3.2 Die Ausweitung des Anwendungsbereichs.....	19
3.2.1 Der branchenunabhängige Vergabemindestlohn.....	19
3.2.2 Insbesondere: Lieferungen.....	19
4 Zwischenergebnis	20
Teil D: Frage 2: Branchenübergreifende Tariftreue in Bremen	21
5 Die Tariftreue nach § 10 TTVG	21
5.1 Die Tariftreueerklärung.....	21
5.1.1 Der Anwendungsbereich der Treuepflicht.....	22
5.1.2 Die Ermittlung des Tarifvertrags.....	22
5.2 Die Konkurrenzen.....	23
6 Der rechtliche Gestaltungsspielraum für Tariftreuregelungen	24
6.1 Die Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG.....	24
6.2 Die materielle Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz.....	24
6.2.1 Art. 9 Abs. 3.....	25
6.2.1.1 Die negative Koalitionsfreiheit.....	25
6.2.1.2 Kollektive Koalitionsfreiheit.....	26
6.2.2 Art. 12 GG.....	26
6.2.3 Art. 3 Abs. 1 GG.....	26

6.3 Die Vorgaben des GWB.....	27
6.4 Die Dienstleistungsfreiheit	27
6.4.1 Die vergaberechtliche Befugnis aus der Richtlinie 2014/24/EU.....	27
6.4.2 Der entsenderechtliche Gestaltungsraum	28
6.4.2.1 Die Allgemeinverbindlichkeit	28
6.4.2.2 Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Spiegelstrich 1 der Richtlinie 96/71/EG	28
6.4.2.3 Die „Tätigkeit“ nach der Richtlinie 2018/957/EU.....	33
6.4.2.4 Die allgemeine Wirksamkeit.....	36
6.4.2.5 Anwendung auf § 10 TTVG.....	42
6.4.2.6 Der Beschluss.....	43
6.5 Annex: kein Verstoß gegen das AEntG	46
6.6 Zwischenergebnis	46
7 Umsetzungsoptionen des Gesetzgebers	46
7.1 Die Öffnung für alle Branchen	46
7.2 Verordnungsermächtigung mit Benennungsbefugnis	47
7.2.1 Die Regelung durch Verordnung.....	47
7.2.2 Die Problematik des Lohngitters	47
7.2.2.1 Lohngitter als Entlohnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie.....	47
7.2.2.2 Die Ausdifferenzierung der Lohngruppen.....	48
7.2.2.3 Die Anforderungen nach Art. 56 AEUV	48
7.2.2.4 Die fehlende Kompetenz für EU für die Entgeltgestaltung	48
7.2.3 Die Transparenz dynamischer Verweisungen.....	49
7.2.3.1 Allgemein: Das Transparenzprinzip des Unionsrechts.....	49
7.2.3.2 Die vertragliche Transparenz	50
7.2.3.3 Die vergaberechtliche Transparenzlinie.....	52
7.2.3.4 Die entsenderechtliche Transparenzlinie.....	53
7.2.4 Zwischenergebnis	55
7.3 Entgeltregelung unmittelbar durch Verordnung.....	55
Teil E: Frage 3: Rechtssichere Umsetzung.....	57
8 Änderung der Zweckbestimmung gemäß § 1 TTVG	57
9 Streichung der Binnenmarktklausel	57
10 Ausweitung des Anwendungsbereichs	58
11 Vergabemindestlohn.....	58
12 Tariftreue	58
12.1 Die vergabespezifische Auslegung.....	58
12.2 Die unternehmensspezifische Auslegung.....	59
12.3 Umsetzung	59
13 Benennungsbefugnis	61
14 Lohngitter-Verordnung.....	62
Teil F: Zusammenfassung der Ergebnisse	63
Teil G: Literatur.....	64

Teil A: Einleitung

Tarifverträge von tariffähigen Verbänden haben in Deutschland traditionell eine Vorbildwirkung für das Arbeitsrecht.¹ Zu denken ist aktuell etwa an das Recht auf Homeoffice, welches etwa durch die IG-Metall in den letzten Tarifabschlüssen forciert wurde und nunmehr omnipräsent ist und in Gesetzesform gegossen werden soll.² Noch deutlicher wird diese Vorbildwirkung in § 310 Abs. 4 S. 1 und S. 3 BGB: Tarifverträge stehen Gesetzen gleich und werden nicht auf ihre Angemessenheit hin kontrolliert. Ein Arbeitsvertrag kann sich daher an den Inhalten des Tarifvertrags orientieren, ohne einer gerichtlichen Kontrolle ausgesetzt zu sein.³ Tarifvertragliche Inhalte gelten als angemessen und fair.⁴

Es wirkt daher nicht Wunder, dass die Koppelung öffentlicher Aufträge an die Einhaltung bestimmter Tarifverträge in Deutschland eine lange Tradition hat. Aktuell rückt angesichts schwindender Tarifbindung die Stärkung der tariflichen Regelungen in den Vordergrund.⁵ Tariftreueregelungen nehmen nämlich im Anwendungsbereich des öffentlichen Vergaberechts Anreize, sich durch Arbeitsbedingungen einen Vorteil im Feld der Bieterinnen und Bieter zu verschaffen und können der Erosion des Entgeltniveaus sowie deren negativen Folgewirkungen für Wirtschaft und Gesellschaft entgegenwirken.⁶ Diese wichtige Funktion erkennt auch das europäische Vergaberecht an und lässt soziale Kriterien im Vergabeverfahren ausdrücklich zu (vgl. Art. 70 der Richtlinie 2014/24/EU⁷).

Das sogenannte Entsenderecht der Europäischen Union war hingegen lange Zeit von Zurückhaltung gegenüber den kollektiv-vertraglichen Regelungswerken geprägt. Deutlich wurde dies daran, dass die Entsenderichtlinie 96/71/EG⁸ im Wesentlichen nur für die Tarifverträge der Baubranche Bedeutung hatte. Seinen vorläufigen Höhepunkt erreichte diese Zurückhaltung in der Rechtssache *Riiffert*, in der der EuGH kurzerhand die Tariftreue im Vergabeverfahren der öffentlichen Hand als mit der Dienstleistungsfreiheit für unvereinbar erklärte.⁹ Die deutsche Position konnte das Gericht damals nicht davon überzeugen, dass zwischen öffentlicher und privater Auftragsvergabe ein Unterschied bestand, der das Erfordernis der Tariftreue allein im öffentlichen Sektor zuließ.

Die Länder griffen in der Folge stärker auf Mindestlöhne zurück, die in der Form eines formellen Gesetzes nicht den gleichen Anforderungen wie die Tarifverträge unterlagen, und wendeten Tariftreueklauseln nur noch in solchen Bereichen an, die für das Recht der EU keine Bedeutung hatten.

¹ Fischinger, in: MünchArbR § 5 Rn. 11; kritisch zu Bezugnahmeklauseln: Däubler/Heuschmid, RdA 2013, 1.

² <https://www.igmetall.de/thema/homeoffice-muss-fair> (Abruf: Dezember 2020).

³ Franzen: in: ErfK, § 1 TVG: Tarifverträge „bestimmen faktisch den Großteil der Bedingungen, unter denen die meisten AN ihre Arbeitsleistung erbringen.“; hierzu: Däubler/Heuschmid, RdA 2013, 1.

⁴ Zuletzt: BAG, NZA 2020, 1713 (1715) n.w.N.

⁵ Vgl. Krause, AuR 2020, 152 (152).

⁶ Krause, AuR 2020, 152 (152).

⁷ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 94 S. 65.

⁸ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. L 18 S. 1.

⁹ EuGH, NZA 2008, 537.

Seitdem hat in gewisser Weise Tauwetter eingesetzt. Die Europäische Union hat in den Vergaberichtlinien die Bedeutung der sozialen Belange noch weiter gestärkt und der EuGH hat bereits in der Rechtssache *RegioPost*¹⁰ einen Landesmindestlohn gehalten, obgleich dieser wiederum nur im öffentlichen Vergabeverfahren und nicht im privaten Sektor galt.

Diese Entwicklung bricht sich auch aktuell Bahn. Denn 2018 novellierte die EU die Entsenderichtlinie und erlaubte den Mitgliedstaaten, mit einem System der Allgemeinverbindlicherklärung zusätzlich auf sogenannte repräsentative Tarifverträge zurückzugreifen.¹¹ Dies eröffnet die Frage der Tariftreue aufs Neue.¹²

Doch selbst damit endet die Entwicklung nicht. Denn insbesondere der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine EU-Richtlinie über angemessene Mindestlöhne betont die Bedeutung der öffentlichen Auftragsvergabe für angemessene Löhne.¹³ Bemerkenswert ist dies, weil die Kommission sich bislang als zentraler Akteur hier stärker zurückgehalten hat.

Für Deutschland und seine Bundesländer haben diese tektonischen Veränderungen bedeutsame Auswirkungen. Denn das politisch-praktische Bedürfnis an Regelungen über Tariftreueerklärungen ist nach wie vor hoch.

¹⁰ EuGH, NZA 2016, 155.

¹¹ Richtlinie (EU) 2018/957 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. L 173 S. 16.

¹² Krause, AuR 2020, 152 (153); Riesenhuber, EuZA 2020, 423 (424).

¹³ COM (2020) 682 final.

Teil B: Fragestellungen und Gang der Darstellung

Hiervon ausgehend sollen mehrere Fragen zur Zulässigkeit eines verbindlichen Landesmindestlohns und einer Tariftreueerklärung im Vergaberecht für die Freie Hansestadt Bremen (im Folgenden Bremen) erörtert werden.

Den ersten Teil (hierzu: 3.) bildet die Begutachtung des Landesmindestlohns und dessen Transformation zu einer Vergabevoraussetzung nach § 9 des Tariftreue- und Vergabegesetzes¹⁴ (im Folgenden TTVG). Dieser Teil geht von der aktuellen Fassung aus und soll klären, ob eine allgemeine und branchenübergreifende Regelung hinsichtlich der Zahlung eines Landesmindestlohnes bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrags von der Gesetzgebungskompetenz des Landes Bremen umfasst und mit höherrangigem Recht, insbesondere der Richtlinie 96/71/EG, vereinbar ist.

Der zweite Teil (hierzu: 4.) hat dann das Erfordernis der Tariftreueerklärung zum Gegenstand. Das Gutachten soll klären, ob eine landesgesetzliche allgemeine und branchenübergreifende Tariftreuregelung, welche unabhängig von der Relevanz des öffentlichen Auftrages für den europäischen Binnenmarkt gilt, mit höherrangigem Recht, insbesondere mit der Richtlinie 96/71/EG, vereinbar ist.

In einem weiteren Schritt der Begutachtung sollen drei mögliche Varianten der Ausgestaltung der Tariftreueerklärung diskutiert werden. Zum einen steht die Beibehaltung des Status quo im Raum. Zweitens könnte der Bremer Senat durch Rechtsverordnung ermächtigt werden, Entgelttarifvertragswerke unmittelbar namentlich zu benennen und deren Anwendung in ihrer jeweils geltenden Fassung im Vergabeverfahren verbindlich anzuordnen. Der Verweis wäre dynamisch. Drittens und letztens ist zu erwägen, den Senat zu ermächtigen, per Rechtsverordnung Entgelttabellen mit einem Lohngitter nach ausgeführter Leistung und Qualifikation festlegen zu dürfen, welche im Vergabeverfahren zugrunde zu legen sind. Die Lohngitter werden einem Tarifvertrag entnommen. Maßgeblich für Änderungen bliebe die Rechtsverordnung. Zwischen den beiden letzten Varianten soll dann abschließend ein Vergleich in Bezug auf die Rechtssicherheit durchgeführt werden (4.3.2. und 4.3.3.).

Die Rechtssicherheit mit Blick auf das Unionsrecht hat für die Praxis eine herausragende Stellung. Neben den persönlichen Rechtsauffassungen des Verfassers soll die Rechtsprechung des EuGH in besonderem Maße gewürdigt werden.¹⁵ Am Ende des Gutachtens (dazu: 5.) soll daher eine forensische Prognose für die drei Varianten stehen, die unabhängig von der Meinung des Verfassers in erster Linie anhand der EuGH-Rechtsprechung erfolgen soll.

¹⁴ Bremisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe (Tariftreue- und Vergabegesetz) vom 1. Dezember 2009 (Brem.GBl. 2009, S. 476), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22. September 2020 (Brem.GBl. S. 960, 961).

¹⁵ Für gewöhnlich muss Rechtsprechung durch die Wissenschaft kritisch begleitet werden. Wegen der praktischen Bedeutung für die Rechtssetzung und mangels einer höheren Instanz, hat eine Entscheidung des EuGH für die Praxis herausragende Bedeutung erlangt.

Teil C:

Frage 1: Der Landesmindestlohn Bremen im Vergabeverfahren

Die erste Frage bezieht sich auf die Prüfung der Unionsrechts- und Verfassungskonformität des Mindestlohns des Landes Bremen nach dem Landesmindestlohngesetz Bremen¹⁶ (im Folgenden LMiLoG). Vorab ist darauf hinzuweisen, dass sich bereits im Rahmen von Frage 1 einige Probleme stellen, die für gewöhnlich im Zusammenhang mit der Tariftreueerklärung stehen.

1 Der Vergabemindestlohn nach §§ 2, 9 TTVG

1.1 Der Anwendungsbereich des TTVG

Das Tariftreue- und Vergabegesetz gilt nach § 2 Abs. 1 TTVG für die Vergabe öffentlicher Aufträge über Bau-, Liefer- und Dienstleistungen (sachlicher Anwendungsbereich) durch öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB und durch Sektorenauftraggeber im Sinne von § 100 GWB (personeller Anwendungsbereich). Der sachliche Anwendungsbereich erstreckt sich insbesondere auch auf Rahmenvereinbarungen im Sinne von § 103 Abs. 5 GWB. § 2 Abs. 2 TTVG erweitert den Anwendungsbereich über Dienstleistungen hinaus auf Linienverkehrsgenehmigung im ÖPNV.¹⁷

Das TTVG gilt immer dann nicht, wenn das GWB eine Ausnahme von seinem Anwendungsbereich macht (§ 2 Abs. 3 TTVG). Für die für das Gutachten maßgebenden §§ 9 ff. TTVG nimmt das Gesetz Lieferleistungen vom Anwendungsbereich aus (§ 2 Abs. 5 TTVG).

1.2 Der Vergabemindestlohn

Fällt ein öffentlicher Auftrag in den Anwendungsbereich des TTVG greift der sogenannte Vergabemindestlohn. § 9 Abs. 1 TTVG verlangt, dass öffentliche Aufträge nur an solche Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten, abgesehen von Auszubildenden, bei der Ausführung der Leistung ein Entgelt in Höhe des Mindestlohns nach § 9 des LMiLoG zu bezahlen.

Das LMiLoG vom 17.7.2012, zuletzt geändert durch Gesetz vom 3. März 2020,¹⁸ sieht gemäß § 9 einen Mindestlohn in Höhe von 11,13 Euro (brutto) vor.

Weiterhin enthält § 9 Abs. 2 TTVG eine sogenannte Binnenmarktklausel. Der Auftraggeber fordert die Erklärung nach § 9 Abs. 1 TTVG nicht, wenn der Auftrag für den Binnenmarkt der Europäischen Union von Bedeutung ist. Das gilt nicht für die Vergabe von Dienstleistungen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs auf Straße und Schiene.

¹⁶ Brem.GBl. 2012, S. 300.

¹⁷ BB Drs. 19/741 S. 1.

¹⁸ Brem.GBl. 2012, S. 41.

2 Die rechtliche Zulässigkeit von Vergabemindestlöhnen auf Landesebene

2.1 Die Gesetzgebungskompetenz des Landes Bremen

Nach Art. 30, 72 Abs. 1 GG liegt die Gesetzgebungskompetenz im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung grundsätzlich bei den Bundesländern, solange und soweit der Bund nicht von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat.

2.1.1 Der Mindestlohn als Arbeitsrecht

Gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung auch auf das Arbeitsrecht. Der Kompetenztitel „*Arbeitsrecht*“ begründet eine umfassende Kompetenz für privatrechtliche wie auch öffentlich-rechtliche Bestimmungen über die Rechtsbeziehungen im Arbeitsverhältnis.¹⁹ Insbesondere ist auch das Tarifrecht erfasst.²⁰

Dass eine Regelung zum Mindestlohn in den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG fällt, ist aktuell kaum noch wahrnehmbar umstritten. Das ist auch mit Blick auf eine Regelung des Landes, welche das Bundesniveau übersteigt, ebenfalls ohne Problem anzunehmen. Der Landesmindestlohn stellt begrifflich eine Regelung des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Land Bremen und seinen Beschäftigten dar.²¹

2.1.2 Der Vergabemindestlohn als Recht der Wirtschaft

Die Transformation des Landesmindestlohns nach §§ 2, 9 TTVG in das Vergabeverfahren kann sich seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Juli 2006 auf das „*Recht der Wirtschaft*“ im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG stützen.²² Faber hat sich gegen einen einfachen Rückgriff auf die Kompetenz gestellt,²³ weil das Vergaberecht mittlerweile auch Sachthemen aufgreifen würde, die schwerpunktmäßig in andere Kompetenztitel fielen. Für den Mindestlohn macht diese Argumentation hingegen keinen Unterschied, weil dieser sich von der Kompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG ableitet. Auf dem einen oder dem anderen Wege ist daher eine Gesetzgebungskompetenz dem Grundsatz nach eröffnet.

2.1.3 Die fehlende abschließende Wirkung des MiLoG

Hat der Bund von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht, erlischt die Landeskompentenz. Allerdings wird die Landeskompentenz in inhaltlicher Hinsicht nur verdrängt, wenn der Bund eine Materie abschließend geregelt hat. Das folgt aus der Formulierung „solange und soweit“. Ob eine Regelung abschließenden Charakter haben soll, ist durch Auslegung zu ermitteln.²⁴

¹⁹ BVerfG, NZA 2018, 774 (776).

²⁰ BAG, NZA 2017, 915 (916).

²¹ Barczak, RdA 2014, 290 (295), der auch auf eine Annexkompetenz hinweist.

²² BVerfG, NJW 2007, 51 (52); Barczak, RdA 2014, 290 (295).

²³ Faber, NVwZ 2015, 257 (258).

²⁴ Seiler, in: BeckOK Art. 72 GG Rn. 4.

2.1.3.1 Keine abschließende Mindestlohnregelung

Das MiLoG enthält mit § 2 Abs. 3 eine konkurrenzrechtliche Regelung. Danach gehen die Regelungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und der auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen den Regelungen des MiLoG vor, soweit die Höhe der auf ihrer Grundlage festgesetzten Branchenmindestlöhne die Höhe des Mindestlohns nicht unterschreitet.

Aus der Regelung lässt sich kein Umkehrschluss gegen eine Bestimmung auf Landesebene ziehen. Vielmehr hat der Bund nur das Konkurrenzverhältnis zu den Bestimmungen klargestellt, die er selbst auf der Grundlage von Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG erlassen hat. Auf Bundesebene sollte nur ein Mindestmaß festgelegt werden. Eine höhere Spanne verletzt damit nicht die Kompetenz des Bundes.²⁵

2.1.3.2 Keine abschließende Regelung gegenüber Vergabemindestlöhnen

Des Weiteren müsste das MiLoG auch eine Sperrwirkung für das Vergabeverfahren enthalten.²⁶ Das ist dem Gesetz indes nicht zu entnehmen. § 19 MiLoG kann jedenfalls nicht zur Begründung angeführt werden. Nach dieser Norm sollen Bewerberinnen oder Bewerber von der Teilnahme an einem Wettbewerb um einen Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsauftrag für eine angemessene Zeit bis zur nachgewiesenen Wiederherstellung ihrer Zuverlässigkeit ausgeschlossen werden, die wegen eines Verstoßes nach § 21 MiLoG mit einer Geldbuße von wenigstens 2.500 Euro belegt worden sind. Diese Regelung bezieht sich gerade auf die Einhaltung des MiLoG und nicht auf die vorgeschaltete Gestaltung des Vergabeverfahrens durch Ausführungsbedingungen. Eine Spezialregelung ist in § 19 MiLoG daher nicht zu sehen. Im Ergebnis besteht daher eine Gesetzgebungskompetenz des Landes Bremen.

2.2 Die materielle Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz

Weiterhin ist zu prüfen, ob die Vorgabe eines Mindestlohns im Vergabeverfahren gegen materielle Verfassungsinhalte verstößt.

Das Erfordernis, einen Mindestlohn zu zahlen, begründet keinen Anreiz, einer Koalition beizutreten, sodass die negative Koalitionsfreiheit nicht tangiert ist.²⁷ Das VG Düsseldorf hat hingegen in der Vorgabe, einen bestimmten Mindestlohn zahlen zu müssen, eine Verletzung der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Koalitionsfreiheit erblickt.²⁸ Durchdringen konnte diese Kritik nicht. Vielmehr geht die heute herrschende Meinung von der Vereinbarkeit des Vergabemindestlohns mit Art. 9 Abs. 3 GG aus.²⁹ Insbesondere *Fehling* führt gegen diese Rechtsprechung zwei zutreffende Aspekte an. Zum einen falle der Vergabemindestlohn in die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Zum anderen sei er durch das Sozialstaatsprinzip gerechtfertigt.³⁰

²⁵ So wohl auch Faber, NVwZ 2015, 257 (259).

²⁶ Siegel, EuZW 2016, 101 (102).

²⁷ So wohl auch: Fehling, in: Pünder/Schellenberg, 3 Aufl. 2019, § 97 RN. 112.

²⁸ VG Düsseldorf, NZBau 2015, 643.

²⁹ Nur kritisch, aber ohne Argumente: Faber, NVwZ 2015, 257 (260).

³⁰ Fehling, in: Pünder/Schellenberg, 3 Aufl. 2019, § 97 RN. 112; vgl. auch Ulber, NZA 2016, 619 (621) zum MiLoG.

Insgesamt gibt es aktuell keine wahrnehmbare Position, die einen Vergabemindestlohn für mit Art. 9 Abs. 3 GG unvereinbar erklärt (zur ausführlichen Diskussion hinsichtlich Tariftreueklauseln siehe Frage 2). Mit den gleichen Argumenten lässt sich auch ein Eingriff in Art. 12 GG rechtfertigen. Da der Vergabemindestlohn für alle Bieterinnen und Bieter gilt, liegt schließlich eine Ungleichbehandlung nach Art. 3 GG fern.

2.3 Die Vorgaben des GWB

Auf der Ebene des einfachen Rechts ist das Vergabeverfahren in den §§ 97 ff. GWB geregelt. Dem System vorangestellt wird die Bedeutung sozialer Kriterien für das gesamte Verfahren in § 97 Abs. 3 GWB im Rahmen der Grundsätze der Vergabe hervorgehoben.

Gemäß § 127 Abs. 1 GWB darf der Auftrag nur dem wirtschaftlichsten Angebot erteilt werden. Für die Bewertung des wirtschaftlichsten Angebots sind allerdings nach § 127 Abs. 1 S. 4 GWB soziale Belange von Bedeutung. Ob und in welchem Umfang nach deutschem Recht umweltbezogene und soziale Kriterien zu berücksichtigen sind, entscheidet nach § 127 GWB grundsätzlich der öffentliche Auftraggeber bezogen auf das konkrete Vergabeverfahren.³¹

Die Regelung in § 9 TTVG stellt keine Regelung zur Preisgestaltung im Sinne von § 127 Abs. 2 GWB dar. Gemeint sind damit Gebühren – oder Honorarordnungen.³² Nach § 9 TTVG müssen sich Bieterinnen und Bieter lediglich verpflichten, den Landesmindestlohn zu zahlen. Folglich handelt es sich vielmehr um sogenannte Ausführungsbedingungen im Sinne von § 128 Abs. 2 GWB.

Für Ausführungsbedingungen gilt, dass diese mit dem Auftrag in einem Zusammenhang stehen müssen. Das ist für die Durchführungen von Aufträgen, die die Ableistung von Arbeit zum Gegenstand haben, ohne Zweifel gegeben. Es handelt sich bei der Einkommensabsicherung vielmehr um den Paradefall eines sozialen Kriteriums.³³

Nach § 129 GWB dürfen verbindliche Ausführungsbedingungen nur aufgrund eines Bundes- oder Landesgesetzes festgelegt werden. Da der Landesmindestlohn im Vergaberecht allein auf gesetzlicher Grundlage verbindlich gemacht wird, sind die Anforderungen des § 129 GWB erfüllt.³⁴

Insgesamt stellen sich die §§ 97 ff. GWB nicht gegen einen Vergabemindestlohn auf Landesebene.

2.4 Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit

Allerdings könnte ein gesetzlicher Vergabemindestlohn auf Landesebene die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV verletzen.

³¹ BT-Drs. 19/20209 S. 7.

³² Renner, in: Pünder/Schellenberg, 3. Aufl. 2019, § 127 GWB Rn. 14.

³³ Fehling, in: Pünder/Schellenberg, 3. Aufl. 2019, § 128 GWB Rn. 38.

³⁴ Fehling, in: Pünder/Schellenberg, 3. Aufl. 2019, § 129 GWB Rn. 23.

2.4.1 Die Eröffnung des Schutzbereichs

Der EuGH hat im September 2019 seine ständige Rechtsprechung wiederholt, nach der alle Maßnahmen, die die Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs untersagen, behindern oder weniger attraktiv machen, als Beschränkungen dieser Freiheit zu verstehen sind.³⁵

Das LMiLoG Bremen gilt grundsätzlich nur für Beschäftigte des öffentlichen Diensts und beeinträchtigt daher nicht die Dienstleistungsfreiheit. Erst im Zusammenspiel mit § 9 TTVG wird der Anwendungsbereich ausgeweitet. Zwar verpflichtet § 9 TTVG unmittelbar nur die staatliche Stelle, einen Auftrag dann nicht zu vergeben, wenn sich das bietende Unternehmen nicht zur Zahlung des Mindestlohns verpflichtet. Gemäß Art. 20 GG ist die Verwaltung an das geltende Recht gebunden. Von daher kann davon ausgegangen werden, dass § 9 TTVG unmittelbar dazu führen wird, dass sich ein Unternehmen zwingend dazu bereit erklären muss, den Landesmindestlohn zu zahlen, um überhaupt am Vergabeverfahren teilnehmen zu können. Dementsprechend liegt eine Maßnahme gleicher Wirkung vor. Der Schutzbereich ist eröffnet.

2.4.2 Die Harmonisierung von Art. 56 AEUV durch Richtlinien

Ebenso entspricht es der ständigen Rechtsprechung, dass Eingriffe in Art. 56 AEUV zulässig sind, wenn sie zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entsprechen, wenn sie geeignet sind, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, und wenn sie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.³⁶ Diese Frage wird maßgeblich durch die europäischen Vergaberichtlinien und das Entsenderecht aufgelöst.

2.4.2.1 Die vergaberechtliche Befugnis

Obleich das Erfordernis eines Vergabemindestlohns einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit darstellen kann, regeln unter anderem Erwägungsgrund 97 und Art. 70 der Richtlinie 2014/24/EU³⁷ explizit, dass der öffentliche Auftraggeber soziale Kriterien den Bieterinnen und Bieter auflegen darf. Dieser Ansatz setzt sich bei der Bewertung des Angebots fort, denn nach Art. 67 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU können soziale Aspekte bei der Bewertung des besten Angebots Berücksichtigung finden.

Weiterhin betont Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU, dass die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen müssen, dass bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen eingehalten werden, die unter anderem durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Tarifverträge festgelegt sind. Die Wichtigkeit dieser Aufgabe wird in Erwägungsgrund 105 noch einmal gesondert hervorgehoben.

³⁵ EuGH, Urteil vom 12. September 2019 – C-64/18, C-140/18, C-146/18 und C-148/18 –, juris Rn. 30 mwN.

³⁶ EuGH, Urteil vom 12. September 2019 – C-64/18, C-140/18, C-146/18 und C-148/18 –, juris Rn. 35 nwnN; Däubler, NZA 2014, 694.

³⁷ Das Vergaberecht auf der Ebene der EU wird nicht allein durch die Richtlinie 2014/24/EU bestimmt, vgl. Art. 82 der Richtlinie 2014/25/EU sowie den Überblick bei Wegener/Pünder, in: Pünder/Schellenberg, § 103 GWB Rn. 5. Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Folgenden nur auf die Richtlinie 2014/24/EU abgestellt, sofern sich nicht etwas anderes aus anderen Richtlinien ergibt.

Da der Mindestlohn ein Mindesteinkommen absichert, bestehen trotz der wirtschaftsrechtlichen Zweckbestimmung von § 1 TTVG, Verzerrungen im Wettbewerb durch den Einsatz von Niedriglohnkräften zu bekämpfen, keine Bedenken darin, § 9 TTVG als ein soziales Kriterium anzusehen. Denn auch diese Zweckbestimmung mündet in einem einheitlichen Lohnmindestniveau und sichert daher das regionale Lohnniveau aller Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Dementsprechend hat der EuGH in der Entscheidung *RegioPost* einen Landesvergabemindestlohn in Rheinland-Pfalz unter die Vorgängerrichtlinie gefasst:³⁸

„Insoweit ist eine nationale Bestimmung wie § 3 LTTG, soweit sie vorsieht, dass sich jeder Bieter und Nachunternehmer gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber verpflichten muss, den mit der Ausführung des betreffenden öffentlichen Auftrags befassten Beschäftigten einen gesetzlich festgelegten Mindestlohn zu zahlen, als eine ‚soziale Aspekte‘ betreffende ‚zusätzliche Bedingung für die Ausführung des Auftrags‘ im Sinne von Art. 26 der RL 2004/18/EG einzustufen.“

Vor diesem Hintergrund erhält der Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EG eine prinzipielle, legitimierende Wirkung für das Erfordernis eines Vergabemindestlohns.

In sachlicher Hinsicht unterfallen der Richtlinie nach Art. 1 Abs. 1 die Regeln für die die Verfahren öffentlicher Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und der Durchführung von Wettbewerben, deren geschätzter Wert nicht unter den in Art. 4 genannten Schwellenwerten liegt, wobei Abs. 2 weitere Spezifikationen enthält. Die Auftragsvergabe bezieht sich auf den Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen. Der Lieferauftrag ist denkbar weit gefasst. Der Dienstleistungsbegriff hat gegenüber dem Bauauftrag eine Auffangfunktion.

Die Schwellenwerte, die ebenfalls für Art. 70 legitimationsstiftend wirken, betragen im *Grundsatz* nach Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU 5.186.000 Euro für öffentliche Bauaufträge, 134.000 Euro bei öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen von zentralen Regierungsbehörden, 207.000 Euro bei öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen von subzentralen öffentlichen Auftraggebern sowie 750.000 Euro bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen betreffend soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne von Anhang XIV.

So weitreichend diese Befugnis erscheint, die Richtlinie 2014/24/EG stellt wie schon die Vorgängerrichtlinie keine abschließende Lösung des Problems für die Dienstleistungsfreiheit dar.³⁹ Bereits aus dem 1. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU lässt sich ableiten, dass das harmonisierte Vergaberecht gegenüber dem primären Unionsrecht und anderen Rechtsakten der EU nicht abschließend konzipiert ist.⁴⁰ Man kann aber von einer Indikation der Zulässigkeit sprechen. Denn nunmehr muss die Unzulässigkeit des sozialen Kriteriums positiv festgestellt werden.

³⁸ EuGH, NZA 2016, 155 (156).

³⁹ EuGH, NZA 2016, 155 (157).

⁴⁰ Latzel, NZBau 2014, 673 (674 f.).

2.4.2.2 Die entsenderechtliche Beschränkung dieser Befugnis

Aus der Entscheidung *RegioPost* lässt sich folgern, dass die Ausschöpfung der Befugnis aus Art. 70 der Richtlinie 2014/24/EU für Entgeltregelungen in entsenderechtlichen Fällen in der Prüfung der Anforderungen nach Art. 3 der Richtlinie 96/71/EG mündet. Mit anderen Worten muss der Mindestlohn, den der öffentliche Auftraggeber zur Grundlage der Vergabeentscheidung machen will, den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG genügen.

Da Art. 3 der Entsenderichtlinie Anforderungen an die Berücksichtigungsfähigkeit der Regelungen stellt, wirkt sich hier der Anwendungsbereich nach Art. 1 der Richtlinie 96/71/EG begrenzend aus. Der EuGH lässt bekanntlich auch hypothetische Entsendekonstellationen genügen,⁴¹ sodass die Einzelheiten der Entsendekonstellationen hier nicht weiter vertieft werden sollen.

Die Entsenderichtlinie sollte nach Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2018/957/EU auch für den Straßenverkehr zur Anwendung kommen. Der EuGH hat am 1. Dezember 2020 entschieden, dass die Entsenderichtlinie auf die länderübergreifende Erbringung von Dienstleistungen im Straßenverkehrssektor anwendbar ist.⁴²

a) Der Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 lit. c) der Entsenderichtlinie

Der Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 lit. c) der Richtlinie 96/71/EG verlangt von den Mitgliedstaaten insbesondere, dass diese den entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern auf der Grundlage der Gleichbehandlung die Rechtsvorschriften über Entlohnung garantieren. Ein im öffentlichen Vergabeverfahren von allen Bewerberinnen und Bewerbern auf der Grundlage formellen Gesetzesrechts verlangter Mindestlohn stellt eine solche Rechtsvorschrift dar.

b) Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *RegioPost*

Für die Maßgeblichkeit eines Mindestlohns durch Landesrecht in einem Vergabeverfahren ist die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *RegioPost* der sogenannte leading case. In der Sache ging es um § 3 LTTG des Landes Rheinland-Pfalz. Das Gericht urteilte (in Rn. 62):

*„Insoweit ist festzustellen, dass eine Vorschrift wie § 3 LTTG als ‚Rechtsvorschrift‘ im Sinne von Art. 3 I UAbs. 1 erster Gedankenstrich der RL 96/71/EG einzustufen ist, die einen **Mindestlohnsatz**‘ im Sinne von Art. 3 I UAbs. 1 Buchst. c dieser Richtlinie vorsieht. Denn zum einen wird, anders als beim Niedersächsischen Landesvergabegesetz, um das es in der Rechtssache ging, in der das Urteil Rüffert ergangen ist, dieser Mindestlohnsatz in § 3 LTTG **selbst festgelegt**. Zum anderen sahen in dem im Ausgangsverfahren maßgebenden Zeitraum weder das AEntG noch eine andere nationale Regelung einen **niedrigeren Lohn** für die Branche der Postdienstleistungen vor.“ (Hervorhebung durch Verfasser.)*

Damit lässt sich im Ausgangspunkt festhalten, dass auch § 9 TTVG in die Rechtsprechung eingeordnet werden kann. Die Norm nennt den Mindestlohn zwar nicht ausdrücklich, sie verweist aber auf das

⁴¹ Hierzu kritisch: Greiner/Hennecken, EuZA 2016, 317 (322).

⁴² EuGH, Urteil vom 1. Dezember 2020 – C-815/18 –, juris.

LMiLoG. Verweisungen begründen für das Unionsrecht kein Problem. Es kann keinen Unterschied machen, ob sich eine gesetzliche Regelung aus einem oder mehreren Paragraphen zusammensetzt; wichtig ist, dass die Verpflichtung insgesamt auf der Grundlage von Rechtsnormen erfolgt.

c) Die Geeignetheit des Vergabemindestlohns für den Arbeitnehmerschutz

Gerade mit Blick auf *Rüffert* darf der Aussagegehalt der Entscheidung *RegioPost* nicht unterschätzt werden. Bekanntlich hat der EuGH in der Rechtssache *Rüffert* die Verbindlichkeit eines Tarifvertrags im öffentlichen Vergabeverfahren maßgeblich mit dem Argument verneint, dass dieser nicht für den privaten Vergabesektor verbindlich gemacht worden sei. Pro forma trifft dieser Punkt auch auf einen Landesmindestlohn zu, wenn dieser nur für die öffentliche Vergabe maßgeblich ist.⁴³

Für Bremen ist diese Frage deshalb von Relevanz, weil der Landesmindestlohn im Ausgangspunkt nur für die Beschäftigten im öffentlichen Dienst gilt und dann über das TTVG für die öffentliche Auftragsvergabe aktiviert wird, nicht aber – die Gesetzgebungskompetenz einmal ausgespart – für das private Vergaberecht.

Gleichwohl lässt sich bereits aus der Entscheidung *RegioPost* ableiten, dass dieses Argument vorliegend nicht verfängt. Der EuGH nahm in *RegioPost* (Rn. 73) explizit auf die Randnummern 38–40 der *Rüffert*-Entscheidung⁴⁴ Bezug. Genau dort akzentuierte das Gericht den Unterschied zwischen der Geltung im öffentlichen und privaten Bereich. Warum Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nur im öffentlichen Bereich zu schützen seien, war für den EuGH damals nicht nachvollziehbar. Insofern besteht nach Ansicht des EuGH aber nunmehr ein Unterschied, weniger in der begrenzten Reichweite, der rheinland-pfälzische Mindestlohn galt beziehungsweise gilt auch nur für Vergabeverfahren, als vielmehr in der gesetzlichen Regelung selbst. Dass der EuGH diese Ausführungen in Bezug nimmt, soll vielmehr verdeutlichen, dass ein Mindestlohn auch nach dem Unionsrecht gerechtfertigt sein kann. Denn auf die unterschiedlichen Sektoren hatte der EuGH bereits zuvor hingewiesen (*Rüffert* Rn. 29).

In der Literatur wird die Rechtsprechung dahingehend verstanden, dass der EuGH im Lichte der vergaberechtlichen Befugnis das Argument sogar aufgegeben habe.⁴⁵ In der Tat lässt sich das Argument im Lichte der Konkretisierung der Dienstleistungsfreiheit durch die Entsenderichtlinie nur dann konsequent aufrechterhalten, wenn dieser Punkt generell keine Rolle mehr spielen soll (dazu noch Frage 2).

d) Das Mindestlohnargument

Die *ratio decidendi* der Entscheidung *RegioPost* bringt jedoch ein weiteres Problem mit sich. Denn der EuGH referierte dahingehend auf *Rüffert*, dass damals gerade kein Mindestlohn festgelegt worden sei, sondern vielmehr das „Preisniveau“ der Branche überschritten wurde (Rn. 75 f.).⁴⁶ In der Entscheidung *RegioPost* wurden alle Branchen von der Regelung erfasst. In der Literatur wurde aus der Entscheidung abgeleitet, dass nur eine Regelung eines Mindestlohns zulässig sei. Folgerichtig sei eine Regelung, die

⁴³ Hierzu: Däubler, NZA 2014, 694 (698).

⁴⁴ EuGH, NZA 2008, 537 (540).

⁴⁵ Löwisch, in: Löwisch/Rieble, TVG § 5 TVG Rn. 459.

⁴⁶ EuGH, NZA 2016, 155 (158).

über ein bestehendes Mindestmaß hinausginge, nicht mehr von der Entsenderichtlinie gedeckt (sogenannte Mindestlohnargument).⁴⁷ *Sittard* etwa betont, einen Mindestlohn könne es begrifflich nur einmal geben.⁴⁸

Dieses Argument hat mit der Einführung des bundesweiten Mindestlohns durch das MiLoG erheblich an Bedeutung gewonnen.⁴⁹ Ähnlich wird auch mit Blick auf die mögliche Rechtfertigung eines Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit argumentiert. So wird bezweifelt, dass die Entsendesituation über Minimal- eingriffe hinaus harmonisiert werden darf.⁵⁰ Diese Frage kulminiert in der Formulierung des EuGH in *RegioPost* (siehe oben):

„Zum anderen sahen in dem im Ausgangsverfahren maßgebenden Zeitraum weder das AEntG noch eine andere nationale Regelung einen niedrigeren Lohn für die Branche der Postdienstleistungen vor.“

Gleichwohl vermag diese Argumentation nicht durchzudringen. Sie hat ihre Grundlage in der kontroversen Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Laval*⁵¹ und würde die Fortentwicklung von Unionsrecht und EuGH-Rechtsprechung außer Betracht lassen.⁵²

Im Ausgangspunkt steht dabei ein kompetenzieller Konflikt. Zum einen würde ein solches Argument die föderale Gesetzgebungskompetenz außer Acht lassen. Es kann für das Europarecht keinen Unterschied machen, ob Landesrecht oder Bundesrecht einen Fall regelt.⁵³ Zum anderen kommt es der EU nicht zu, Vorgaben für die Ausgestaltung der Entgeltsysteme zu machen (Art. 153 Abs. 5 AEUV).

Weiterhin wurzelt diese Auffassung im überkommenen Wortlaut der Entsenderichtlinie. Spätestens mit der Neufassung der Entsenderichtlinie durch die Richtlinie 2018/957/EU ist dieser Argumentation jedoch der Boden entzogen worden. Denn nunmehr spricht Art. 3 der Richtlinie 96/71/EG nicht mehr von *Mindestlohn*, sondern von *Entlohnung*. Daraus wird zu Recht der Schluss gezogen, dass die Implikation des Begriffs Mindestlohn auf einen nach oben hin geschlossenen Mindestschutz hinfällig ist.⁵⁴ Entlohnung ist in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 3 als alle die Entlohnung ausmachenden Bestandteile legaldefiniert.

Diese Annahme gilt insbesondere mit Blick auf die korrigierende Wirkung der Entscheidung *RegioPost*. Im Kontext der Entscheidungen *Rüffert* und *Bundesdruckerei*⁵⁵ stellt die Entscheidung *RegioPost* eine deutliche Erweiterung des Spielraums der Mitgliedstaaten dar. Diesen Spielraum hat die Richtlinie

⁴⁷ Greiner/Hennecken, EuZA 2016, 317 (324), zugleich mit Argumenten dagegen; vgl. bereits kritisch: Rödl, EuZW 2011, 292 (294) zur alten Fassung der Entsenderichtlinie.

⁴⁸ Sittard in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 9. Aufl. 2020, Vorbemerkung vor § 1 Rn. 15.

⁴⁹ Gleichwohl zurückhaltend: Hartmann, EuZA 2017, 154 (166).

⁵⁰ Klumpp, in: MünchArbR, § 250 Rn. 7.

⁵¹ EuGH, NZA 2008, 159.

⁵² So bereits vor der Entscheidung: Däubler, NZA 2014, 694 (696).

⁵³ Fehling, in: Pünder/Schellenberg, 3. Aufl. 2019, § 129 Rn. 26.

⁵⁴ Rebhahn/Krebber, in: Franzen/Gallner/Oetker, RL 96/71/EG Rn. 15.

⁵⁵ EuGH, NZA 2014, 1129.

2018/957/EU allerdings abermals erweitert. Bereits in der Entscheidung *Bundesdruckerei* ist der EuGH auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit übergegangen.⁵⁶

Dieses Argument hat seinen Niederschlag sogar in den Materialien der Schaffung der Richtlinie 2018/957/EU gefunden. Die Kommission hat explizit auf die Rechtssache *Sähköalojen ammatilitto* (C-396/13) abgestellt.⁵⁷ In der Entscheidung *Sähköalojen ammatilitto*⁵⁸ vom 12. Februar 2015 hat der EuGH zur Richtlinie 96/71/EG entschieden, dass sie nur die zwingenden Regelungsbereiche harmonisiere, nicht aber die Inhalte der genannten Materien (Rn. 31):

„Diese Richtlinie hat jedoch nicht den materiell-rechtlichen Inhalt dieser zwingenden Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz harmonisiert, auch wenn sie einige Informationen hierzu liefert.“

e) Zwischenergebnis

Der Entsenderichtlinie kann folglich nicht entnommen werden, dass ein Vergabemindestlohn, insbesondere seit Geltung des MiLoG, unionsrechtswidrig ist. Dies entspricht aktuell auch der weit überwiegenen Ansicht der Literatur. Auf der Grundlage eines Gesetzes fällt er vielmehr unter Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG.

2.4.2.3 Das Verhältnis von Vergabe- und Entsenderecht

Der Entscheidung *RegioPost* ist ein wichtiger Grundgedanke im Zusammenspiel von Entsenderecht und Vergaberecht zu entnehmen:

Den Vergaberichtlinien ist die Wertung immanent, dass im Vergabeverfahren besondere Regelungen für soziale Aspekte gelten dürfen. In systematischer Hinsicht bleibt es dann immer noch bei der Anwendung der Entsenderichtlinie, nur muss diese auch im Lichte der Erlaubnis des Vergaberechts ausgelegt werden.

Man muss die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *RegioPost* so verstehen, dass die Entsenderichtlinie keinen Vorrang gegenüber der ehemaligen Richtlinie 2004/18/EG hat.⁵⁹ Diese Annahme liegt auch im Verhältnis zur aktuellen Richtlinie 2014/24/EU nahe. Vielmehr geht es darum, die Aussagen der Richtlinien in ein geordnetes, gleichrangiges System zu überführen, ohne die Aussage der jeweils anderen Richtlinie leerlaufen zu lassen.

⁵⁶ EuGH, NZA 2014, 1129 (1130); Bayreuther, EuZA 2015, 346.

⁵⁷ COM (2016) 128 final S. 8.

⁵⁸ EuGH, NZA 2015, 345; auf die Bedeutung dieser Rechtsprechung hat bereits Zimmer, AuR 2019, 152 (154) hingewiesen.

⁵⁹ Greiner/Hennecken, EuZA 2016, 317 (322).

3 Die Ausweitung des Vergabemindestlohns

Geht man von diesen Grundlagen aus, soll im Folgenden die Möglichkeit einer Erweiterung der §§ 2, 9 TTVG diskutiert werden.

3.1 Die Streichung der Binnenmarktklausel

Die Binnenmarktklausel nach § 9 Abs. 2 TTVG steht offensichtlich im Kontext der unionsrechtlichen Anforderungen an die Vergabe des öffentlichen Auftrags. Sie lautet:

„Der Auftraggeber fordert die Erklärung nach Absatz 1 nicht, wenn der Auftrag für den Binnenmarkt der Europäischen Union von Bedeutung ist. Satz 1 gilt nicht für die Vergabe von Dienstleistungen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs auf Straße und Schiene.“

Die Bedeutung des Binnenmarkts stellt einen Bezug zu den Grundfreiheiten her. Immer dann, wenn die Grundfreiheiten tangiert sind, wäre nach dieser Lesart § 9 Abs. 2 S. 1 TTVG erfüllt und ein Mindestlohn dürfte nicht verlangt werden. Diese Lesart erscheint angesichts der soeben erarbeiteten Ergebnisse zu den Entscheidungen *Rüffert* und *RegioPost* als unnötig, ja sogar als konträr zum aktuellen Vergaberecht, sowohl im über- als auch im unter-schweligen Bereich.⁶⁰

Probleme entstehen jedoch dann, wenn die Anwendung von § 9 TTVG dazu führt, dass der Mindestlohn auch außerhalb Bremens/Deutschlands gezahlt werden muss. Denn würden die Arbeiten in einem Mitgliedstaat der EU mit niedrigeren Lohnkosten erfüllt, würde der Gedanke des Arbeitnehmerschutzes im Vergleich zu den anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nicht mehr verfangen. Art. 56 AEUV könnte verletzt sein. Um diese Konstellation ging es in der EuGH-Entscheidung *Bundesdruckerei*. Dort heißt es im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung:

„Indem diese Regelung in einer solchen Situation ein festes Mindestentgelt vorgibt, das dem entspricht, das erforderlich ist, um eine angemessene Entlohnung der Arbeitnehmer des Mitgliedstaats des öffentlichen Auftraggebers im Hinblick auf die in diesem Mitgliedstaat bestehenden Lebenshaltungskosten zu gewährleisten, aber keinen Bezug zu den in dem Mitgliedstaat bestehenden Lebenshaltungskosten hat, in dem die Leistungen im Zusammenhang mit dem betreffenden öffentlichen Auftrag ausgeführt werden, und damit den in dem letztgenannten Mitgliedstaat ansässigen Nachunternehmern die Möglichkeit vorenthalten würde, aus den zwischen den jeweiligen Lohnniveaus bestehenden Unterschieden einen Wettbewerbsvorteil zu ziehen, geht sie nämlich über das hinaus, was erforderlich ist, um zu gewährleisten, dass das Ziel des Arbeitnehmerschutzes erreicht wird.“

Diese Konstellation konnte nach bisherigem Recht über die Binnenmarktklausel ohne Weiteres gelöst werden. Jedenfalls wurde in Ermangelung einer Regelung vorgeschlagen, die bestehenden Regelungen unionsrechtskonform auszulegen.⁶¹ Im Rahmen von Frage 3 soll ein Formulierungsvorschlag für eine

⁶⁰ Hierzu: Byok, NJW 2017, 1519 (1523).

⁶¹ Fehling, in: Pünder/Schellenberg, § 129 Rn. 26.

Regelung gemacht werden, der die Streichung der Binnenmarktklausel mit der Beachtung der Entscheidung *Bundesdruckerei* kombiniert.

3.2 Die Ausweitung des Anwendungsbereichs

Über die Streichung der Binnenmarktklausel hinaus lässt die Neufassung auch eine sachliche Erweiterung des Vergabemindestlohns zu.

3.2.1 Der branchenunabhängige Vergabemindestlohn

Der Anwendungsbereich des Vergabemindestlohns folgt unmittelbar aus § 2 TTVG. Bereits vor der Neufassung der Richtlinie 96/71/EU war im Licht der Entscheidung *RegioPost* keine Beschränkung auf die Baubranche geboten. Art. 3 Abs. 1 a.F. verwies nur für allgemeinverbindliche Tarifverträge auf den Anhang der Entsenderichtlinie.

Angesichts der weiten Begriffsfassung nach Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU besteht nach Art. 70 die Möglichkeit, Aufträge an die Zahlung eines Mindestlohns zu koppeln. Voraussetzung dafür ist, dass das soziale Kriterium mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung steht.⁶² Die Anforderungen sind für einen Mindestlohn als Entlohnung für Arbeitszeit während der Leistungserbringung erfüllt. Die Vorgabe erscheint auch nicht unverhältnismäßig. Wenn alle Bieterinnen und Bieter den Mindestlohn zahlen müssen, wird er in aller Regel eingepreist, sodass der Preis diese wirtschaftliche Belastung kompensiert.

3.2.2 Insbesondere: Lieferungen

Weiterhin könnten nach der aktuellen Rechtslage auch die Ausnahme nach § 2 Abs. 5 TTVG für Lieferungen gestrichen beziehungsweise aufgelockert werden.

Aus Art. 67 Abs. 3 im Sinne von Art. 70 der Richtlinie 2014/24/EU folgt, dass ein Zusammenhang gegeben ist, wenn sich der Mindestlohn in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Lebenszyklus-Stadium auf die Lieferung bezieht und mit der Herstellung und Bereitstellung zusammenhängt. Das wird für die Arbeitszeit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Herstellungsarbeiten und Lieferarbeiten anzunehmen sein. Aus dem Zusammenhang der Erwägungsgründe 97 und 98 der Richtlinie 2014/27/EU lässt sich folgern, dass Mindestlohnvorgaben auch bei Lieferaufträgen nicht per se ausscheiden. Vielmehr kann auch hier die Richtlinie 96/71/EG eingreifen und die zwingenden Regelungen zur Anwendung kommen lassen.

Für Lieferungen besteht angesichts der EuGH-Rechtsprechung *Bundespost* allerdings nur ein begrenzter Raum für die Erstreckung des Vergabemindestlohns, wenn die Arbeiten im Ausland erbracht werden.

Die Problematik erinnert im Übrigen an die Frage, ob Transitfahrten den Mindestlohn nach dem MiLoG (§ 20 MiLoG) auslösen und ob dies mit der Warenverkehrsfreiheit vereinbar ist. Aus der Warte der Öffnung des Vergabemindestlohns für Lieferaufträge hat indes lediglich die zweite Problemstellung Bedeutung, weil eine entsprechende Regelung klar gefasst werden kann.⁶³ Nach der sogenannte Keck-Formel

⁶² Zimmer, AuR 2019, 152 (153).

⁶³ Hierzu ausführlich: Mankowski, RdA 2017, 263.

des EuGH sind nationale Bestimmungen zulässig, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmerinnen und -teilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Erlassstaat ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren.⁶⁴ Würde ein inländisches Unternehmen liefern, wäre es ebenfalls an den Vergabemindestlohn gebunden. Solange also nur solche Arbeiten erfasst werden, die im Inland geschehen, kann der Mindestlohn auch auf Lieferaufträge ausgedehnt werden.

4 Zwischenergebnis

Ein Mindestlohn im Vergabeverfahren auf Landesebene ist mit den geltenden Anforderungen konform.⁶⁵ Was die Ausweitung der §§ 2, 9 TTVG angeht, ist zwischen sachlichem und territorialem Anwendungsbereich zu trennen. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Bundesdruckerei* stellt eine weitreichende Schranke der Verbindlichkeit des Mindestlohns für Leistungen dar, die außerhalb von Bremen/Deutschland erbracht werden. Eine hieran orientierte Mindestlohnregelung kann indes über die bislang erfassten Branchen weitere Branchen erfassen.

⁶⁴ EuGH, NJW 1994, 121.

⁶⁵ Vgl. auch Tillmanns in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 9. Aufl. 2020, Vorbemerkung vor § 1, die ansonsten skeptisch ist.

Teil D:

Frage 2: Branchenübergreifende Tariftreue in Bremen

Im zweiten Teil soll nunmehr auf das Erfordernis der Tariftreueerklärung nach § 10 TTVG eingegangen werden.

5 Die Tariftreue nach § 10 TTVG

Die Entwicklung der Regelung zur Tariftreue in Bremen ist eng mit der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Rüffert*⁶⁶ verwoben. Denn die Entscheidung des EuGH erfolgte mitten während des Gesetzgebungsprozesses der Novelle des „Bremischen Gesetzes zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlichen Aufträgen“.⁶⁷ Der Senat hielt dabei grundsätzlich an dem Ziel fest, eine entsprechende Regelung⁶⁸ auf Landesebene zu treffen.⁶⁹

5.1 Die Tariftreueerklärung

Für den öffentlichen Personennahverkehr auf Straße und Schiene sowie Bauaufträge verlangt § 10 Abs. 1 S. 1 TTVG, dass diese nur an Unternehmen vergeben oder erteilt werden, die sich bei der Angebotsabgabe oder im Antrag auf Erteilung der Genehmigung schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung der Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung für die jeweilige Leistung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt (Tariflohn), einschließlich der Überstundenzuschläge, zum tarifvertraglich vorgesehenen Zeitpunkt zu bezahlen. Die gesamte Vorschrift lautet:

§ 10 Tariftreueerklärung

(1) Öffentliche Aufträge für Dienstleistungen oder Genehmigungen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs auf Straße und Schiene gemäß § 2 Absatz 2 sowie Bauaufträge im Sinne des § 103 Absatz 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen werden nur an Unternehmen vergeben oder erteilt, die sich bei der Angebotsabgabe oder im Antrag auf Erteilung der Genehmigung schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung der Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung für die jeweilige Leistung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt (Tariflohn), einschließlich der Überstundenzuschläge, zum tarifvertraglich vorgesehenen Zeitpunkt zu bezahlen. In den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, welcher Tariflohn für die Leistung jeweils als maßgeblich im Sinne des Satzes 1 anzusehen ist; im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs erfolgt dies in der Vorabbekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union.

⁶⁶ EuGH, NZA 2008, 537.

⁶⁷ Vgl. BB Drs. 17/424.

⁶⁸ Brem.GBl. 2009, S. 476.

⁶⁹ BB Drs. 17/983.

(2) Der Auftraggeber fordert die Erklärung nach Absatz 1 nur bei Bauaufträgen, die für den Binnenmarkt der Europäischen Union nicht von Bedeutung sind.

(3) Gelten am Ort der Leistung mehrere Tarifverträge für dieselbe Leistung, so hat der Auftraggeber den Tariflohn eines repräsentativen Tarifvertrags zugrunde zu legen, der mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbart wurde. Haustarifverträge sind hiervon ausgenommen. Der Senat bestimmt durch Rechtsverordnung, in welchem Verfahren festgestellt wird, welche Tarifverträge als repräsentativ im Sinne der Sätze 1 und 2 anzusehen sind. Die Rechtsverordnung kann auch die Vorbereitung der Entscheidung durch einen Beirat vorsehen; sie regelt in diesem Fall auch die Zusammensetzung des Beirats.

(4) Gelten für eine Leistung mehrere Tarifverträge (gemischte Leistungen), ist der Tariflohn desjenigen Tarifvertrags maßgeblich, in dem der überwiegende Teil der Leistung liegt.

5.1.1 Der Anwendungsbereich der Treuepflicht

Während § 2 Abs. 1 TTVG das TTVG für die Vergabe öffentlicher Aufträge über Bau, Liefer- und Dienstleistungen für anwendbar erklärt und nur Lieferaufträge für die §§ 9 ff. TTVG wieder ausnimmt, schränkt § 10 TTVG den Anwendungsbereich für die Tariftreue noch weiter ein. Betroffen sind nur zwei „Branchen“, der ÖPNV und Bauaufträge im Sinne von § 103 Abs. 3 GWB.

Daneben verlangt der öffentliche Auftraggeber gemäß § 10 Abs. 2 TTVG eine Tariftreueerklärung für Bauaufträge nur dann, wenn diese keine Bedeutung für den Binnenmarkt der EU haben.

In sachlicher Hinsicht wird nicht etwa ein Tarifwerk zugrunde gelegt, sondern nur der Tariflohn. Dieser Begriff bezieht sich inhaltlich auf Entgelte für eine Leistung. Der Begriff der Leistung soll nach Ansicht des Gesetzgebers den Bezugspunkt klarstellen.⁷⁰

5.1.2 Die Ermittlung des Tarifvertrags

Nach § 10 Abs. 1 S. 1 soll der Tariflohn gelten, der am Ort der Ausführung für die jeweilige Leistung tarifvertraglich vorgesehen ist. Welcher Tarifvertrag angewandt werden soll, ist nach § 10 Abs. 1 S. 2 HS 1 TTVG in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben. Für den ÖPNV gilt die Besonderheit, dass eine Bekanntmachung im Amtsblatt der EU erfolgen soll (§ 10 Abs. 1 S. 2 HS 2).

Damit ist aber noch nicht gesagt, welcher Tarifvertrag anzuwenden ist. Selbst wenn nur ein Tarifvertrag in der Region für die Leistung besteht, muss der öffentliche Auftraggeber entscheiden, ob er diesen zur Grundlage der Tariftreueerklärung macht. § 10 Abs. 1 TTVG geht gemäß seines Wortlauts davon aus, dass so nur ein Tarifvertrag besteht und dieser Tarifvertrag in jedem Fall zur Grundlage gemacht wird. Stützen lässt sich diese Ansicht auch mit Blick auf § 12 TTVG. Wenn dieser geringer ist als der Landesmindestlohn, geht die günstigere Regelung vor.

Bestehen mehrere Tarifverträge, muss zunächst verglichen werden, ob sie überhaupt die gleiche Leistung zum Gegenstand haben. Ist dies nicht der Fall, besteht für die Leistung nur ein Tarifvertrag und die

⁷⁰ BB Drs. 19/1226 S. 13 f.

soeben skizzierten Regeln greifen ein. Ist dieselbe Leistung betroffen, bestimmt § 10 Abs. 3 TTVG, dass der repräsentative Tarifvertrag zugrunde zu legen ist.

Die Feststellung des repräsentativen Tariflohns erfolgt durch ein Verfahren, das in der Verordnung zur Durchführung des Bremischen Tariftreue- und Vergabegesetzes (BremVergV) geregelt ist.⁷¹

Nach § 1 Abs. 1 BremVergV ist die Senatorin für Wirtschaft, Arbeit und Europa für die Entscheidung zuständig. Die Entscheidung wird durch den jeweils zuständigen Beirat vorbereitet.

Als am Ort der Leistung repräsentativ gilt derjenige Tarifvertrag, der für mehr als 25 Prozent der am Ort der Leistung tätigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund seines räumlichen, sachlichen und persönlichen Geltungsbereichs Anwendung findet. Repräsentativ ist in der Regel derjenige Tarifvertrag, der die meisten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erfasst. Sofern mehrere Tarifverträge nach der Zahl der erfassten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unwesentlich voneinander abweichen, sind alle diese Tarifverträge repräsentativ.

Nach § 1 Abs. 3 BremVergV führt die Senatorin für Wirtschaft, Arbeit und Europa je Branche eine Liste der repräsentativen Tarifverträge. Diese Listen sind die ausschließliche Grundlage für die Auswahl eines repräsentativen Tarifvertrages durch den Auftraggeber nach § 10 Abs. 3 S. 1 TTVG. Diese Listen gelten so lange fort, bis für den jeweiligen Bereich eine aktualisierte Liste im Internet veröffentlicht worden ist.

Aus der Formulierung lassen sich zwei wichtige rechtliche Implikationen ableiten. Die Liste hat erstens eine Schlüsselrolle bei der Identifikation des Tariflohns. Zweitens hängt die Wirksamkeit von der Veröffentlichung im Internet ab. Die Regelung verzichtet bewusst auf ein förmliches Register und belässt es bei der Veröffentlichung online (Umkehrschluss aus § 2 BremVergV).

5.2 Die Konkurrenzen

Die vorstehenden Erläuterungen können dazu führen, dass mehrere tarifliche Entgelte und der Vergabemindestlohn (sowie der bundeseinheitliche Mindestlohn gemäß § 11 TTVG) miteinander konkurrieren können. Hierbei handelt es sich um unterschiedliche Konstellationen, die § 12 TTVG einheitlich auflöst.

Erfüllt die Vergabe eines öffentlichen Auftrages oder Erteilung einer Genehmigung im öffentlichen Personennahverkehr gemäß § 2 Abs. 2 die Voraussetzungen von mehr als nur einer der in §§ 9 bis 11 getroffenen Regelungen, so ist gemäß § 12 TTVG die für die Beschäftigten jeweils günstigste Regelung maßgeblich.

⁷¹ Verordnung zur Durchführung des Bremischen Tariftreue- und Vergabegesetzes (Bremische Vergabeverordnung – BremVergV) vom 21. September 2010 (Brem.GBl. 2010, S. 523), zuletzt geändert durch Geschäftsverteilung des Senats vom 20. Oktober 2020 (Brem.GBl. S. 1172).

6 Der rechtliche Gestaltungsspielraum für Tariftreuregelungen

Dieses Regelungskonstrukt ist Gegenstand der aktuellen politischen Diskussion. Im Folgenden soll daher die Zulässigkeit von Tariftreuregelungen geklärt und der Gestaltungsspielraum des Landesgesetzgebers ausgelotet werden.

6.1 Die Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG

In seiner Tariftreue-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht das damalige Berliner Vergabegesetz und die dort in § 1 Abs. 1 S. 2 des damaligen Berliner Vergabegesetzes enthaltene Regelung

„Die Vergabe von Bauleistungen sowie von Dienstleistungen bei Gebäuden und Immobilien soll mit der Auflage erfolgen, dass die Unternehmen ihre Arbeitnehmer bei der Ausführung dieser Leistungen nach den jeweils in Berlin geltenden Entgelttarifen entlohnen und dies auch von ihren Nachunternehmern verlangen.“

als Regelung des Wirtschaftslebens im Sinne des Art. 74 Abs. 2 Nr. 11 GG eingeordnet. Dem Vergaberecht seien auch gesetzliche Regelungen darüber zuzuordnen, in welchem Umfang der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabeentscheidung andere oder weitergehende Anforderungen an den Auftragnehmer stellen darf.⁷²

Faber hält eine Regelung, nach der Tarifverträge für repräsentativ erklärt werden, nicht für zulässig, weil der Bund für Tarifverträge die Kompetenz an sich gezogen hätte und die Repräsentativität zur Derogation der Vorgaben des TVG führen könnte.⁷³ Dem liegt ein unrichtiges Verständnis der zentralen Prinzipien des Tarifvertragsrechts und der Wirkung der Tariftreueerklärung zugrunde. Die vergaberechtliche Repräsentativität ist allein auf das Vergabeverfahren bezogen. Neben diesem Mechanismus steht die Norm des § 4a TVG, welche Tarifkollisionen auflöst. Die beiden Regelungen konkurrieren nicht.

Teilweise wird in der Literatur ein Rückgriff auf den Kompetenztitel „Arbeitsrecht“ nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG für die Tariftreueerklärung verneint, weil die Tariftreueerklärung nicht selbst auf das Arbeitsverhältnis bezogen sei.⁷⁴ Würde man diesem formellen Argument Folge leisten, würde der Schutzzweck der Bestimmungen außer Acht gelassen. Entscheidend ist, dass eine Regelung für das Arbeitsverhältnis Bedeutung erlangt und der Zweck (auch) der Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ist. Angesichts der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat diese Frage jedoch nur untergeordnete Bedeutung. Nach dem soeben zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG Ausgeführten erscheint es konsequent, auf diesen Tatbestand abzustellen.

6.2 Die materielle Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz

Weiterhin müsste die Tariftreuregelung den materiellen Anforderungen des Grundgesetzes genügen.

⁷² BVerfG, NJW 2007, 51 (52).

⁷³ Faber, NVwZ 2015, 257 (259 f.).

⁷⁴ Gemelmann, GewArch 2016, 60.

6.2.1 Art. 9 Abs. 3

Zuvorderst steht wiederum Art. 9 Abs. 3 GG im Mittelpunkt. Aktualität hat die Frage durch mehrere Entscheidungen aus NRW erlangt, an deren Ende jedoch das Bundesverwaltungsgericht den personellen Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG verneint hat.⁷⁵ Das OVG Münster hatte zuvor eine Verletzung von Art. 9 Abs. 3 GG angenommen, denn durch die Repräsentativität eines Tarifvertrags würden die eigenen Tarifabschlüsse des Unternehmens ihre Bedeutung verlieren.⁷⁶

Diese Rechtsprechung nimmt Kritik aus der Literatur auf, dass das Erfordernis der Tariftreueerklärung angesichts der Marktmacht der öffentlichen Hand in einigen Sektoren die Möglichkeit ausschließe, eigene Tarifverträge abzuschließen.⁷⁷

6.2.1.1 Die negative Koalitionsfreiheit

Dieser Ansatz sprengt das mittlerweile zementierte Gerüst von Art. 9 Abs. 3 GG. Es gibt nach heute ganz herrschender Meinung keinen Schutz vor tariflichen Regelungen durch die negative Facette des Art. 9 Abs. 3 GG.⁷⁸ Das Grundrecht schützt sachlich vor unangemessenem Zwang oder Druck auf Nicht-Organisierte, einer Organisation beizutreten. Ein von einer Regelung oder Maßnahme ausgehender bloßer Anreiz zum Beitritt erfüllt diese Voraussetzung nicht. Das Bundesverfassungsgericht hat dies wie folgt formuliert:⁷⁹

„Dass sich ein nicht tarifgebundener Unternehmer wegen des Tariftreuezwangs veranlasst sehen könnte, der tarifvertragsschließenden Koalition beizutreten, um als Mitglied auf den Abschluss künftiger Tarifverträge Einfluss nehmen zu können, auf die er durch die Tariftreueerklärung verpflichtet wird, liegt fern und ist für Unternehmen mit Sitz außerhalb des Landes Berlin ohnehin ausgeschlossen. Ein Verbandsbeitritt bislang nicht tarifgebundener Berliner Bauunternehmer würde im Übrigen dazu führen, dass sie nicht nur bei der Ausführung des einzelnen ausgeschriebenen öffentlichen Auftrags, sondern umfassend, das heißt auch bei der Ausführung von privaten Bauaufträgen, an die örtlichen Entgelttarifverträge gebunden wären.

Das Grundrecht der negativen Koalitionsfreiheit schützt nicht dagegen, dass der Gesetzgeber die Ergebnisse von Koalitionsvereinbarungen zum Anknüpfungspunkt gesetzlicher Regelungen nimmt, wie es besonders weitgehend bei der vom BVerfG für verfassungsrechtlich zulässig angesehenen Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen geschieht. Allein dadurch, dass jemand den Vereinbarungen fremder Tarifvertragsparteien unterworfen wird, ist ein spezifisch koalitionsrechtlicher Aspekt nicht betroffen. Gegen eine gleichheitswidrige oder unverhältnismäßige Auferlegung der Ergebnisse fremder Koalitionsvereinbarungen ist der Unternehmer gegebenenfalls durch Art 3 und Art. 12 geschützt.“

⁷⁵ BVerwG, AP GG Art. 9 Nr. 154.

⁷⁶ OVG Münster, 17. September 2018 – 13 A 1328/15.

⁷⁷ Faber, NVwZ 2015, 257 (260).

⁷⁸ Krause, AuR 2020, 152 (153).

⁷⁹ BVerfG, NJW 2007, 51 (53).

6.2.1.2 Kollektive Koalitionsfreiheit

Ein weiterer Kritikpunkt an Tariftreueklauseln ist, dass diese ein bestimmtes Tarifergebnis vorgeben und damit durch eine inhaltliche Prägung eine andere tarifvertragliche Regelung entbehrlich oder gar obsolet machen. Damit wäre die positive Facette des Art. 9 Abs. 3 GG tangiert.⁸⁰ Deutlich wird dies bei niedrigeren Tarifabschlüssen. Die Tariftreuepflicht würde den Erfolg eines niedrigeren Tarifabschlusses unterlaufen.

Auch dieses Argument dringt nicht durch. *Krause* betont, dass die kollektive Koalitionsfreiheit nicht so weit reiche, dass einzelne Bieterinnen und Bieter deshalb verlangen dürften, von der Tariftreue ausgenommen zu werden.⁸¹ Das Bundesverfassungsgericht hat dieses Problem ebenfalls gesehen und das Konkurrenzsystem dogmatisch korrekt eingeordnet: Es geht bei der Abgabe der Tariftreueerklärung um eine individualvertragliche Verpflichtung.⁸² Tarifverträge stehen ihrerseits unter dem Vorbehalt des Günstigkeitsprinzips: Eine individualvertragliche Vorgabe verdrängt nicht den Tarifvertrag, sondern führt zur Anwendung von § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG. Es wäre außerdem mit dem Schutzzweck der Tarifautonomie gemäß Art. 9 Abs. 3 GG nicht vereinbar, günstigere Vorgaben auszuschließen.

6.2.2 Art. 12 GG

Als weiteres Grundrecht könnte Art. 12 GG betroffen sein. Auch wenn der Schutzbereich des Grundrechts durch die Verpflichtung zu bestimmten Arbeitsbedingungen eröffnet ist, erscheint dieser Eingriff gerechtfertigt.⁸³ Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zum Berliner Vergaberecht das Erfordernis der Tariftreue mit dem Schutz vor Arbeitslosigkeit und der Stabilisierung der Sozialversicherungssysteme gerechtfertigt. Angesichts der seitdem weiter verringerten Tarifbindung bleibt diese Argumentation weiterhin tragfähig.

Mit Erlass des bundesweiten Mindestlohns wurde gleichwohl immer stärker infrage gezogen, ob diese Argumentation auch heute noch die Tariftreue stützen kann.⁸⁴ *Krause* weist in diesem Zusammenhang treffend darauf hin, dass die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu einer Konstellation erging, in der zusätzlich zu der Tariftreueerklärung ein niedrigerer für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag anzuwenden war.⁸⁵ *Mutatis mutandis* verfährt die Rechtsprechung also auch im Verhältnis von Tariftreue und Mindestlohn.

6.2.3 Art. 3 Abs. 1 GG

Eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG lehnte das Bundesverfassungsgericht aus den gleichen Gründen ab.⁸⁶

⁸⁰ Vgl. Tietje, NZBau 2007, 23 (25 f.).

⁸¹ *Krause*, AuR 2020, 152 (154).

⁸² BVerfG, NJW 2007, 51 (53).

⁸³ BVerfG, NJW 2007, 51 (54).

⁸⁴ Klumpp, in: MünchArbR, Band 3 § 250 Rn. 6.

⁸⁵ *Krause*, AuR, 152 (154).

⁸⁶ BVerfG, NJW 2007, 51 (56).

6.3 Die Vorgaben des GWB

§ 129 GWB statuiert, dass Ausführungsbedingungen, die der öffentliche Auftraggeber dem beauftragten Unternehmen verbindlich vorzugeben hat, nur aufgrund eines Bundes- oder Landesgesetzes festgelegt werden dürfen. Diese Formulierung deckt auch das BremVergV, da diese Bestimmung als materielles Recht von der Norm erfasst wird.⁸⁷

Schwierig erscheint nur, dass der Tarifvertrag selbst nicht in der Rechtsverordnung angegeben wird, sondern durch die Verwaltung bestimmt wird. Die Formulierung „aufgrund“ legt indes nahe, dass die Bedingung selbst nicht in einem Gesetz festgelegt werden muss. Insofern genügt die Bremer Rechtslage § 129 GWB.

6.4 Die Dienstleistungsfreiheit

Ausgehend von der Rechtssache *Rüffert* soll der Schwerpunkt auf die Vereinbarkeit von Tariftreueklauseln mit der Dienstleistungsfreiheit diskutiert werden. Die Grundlage soll dabei das vom EuGH in Frage 1 zu der Rechtssache *RegioPost* herausgearbeitete Schema von vergaberechtlicher Befugnis und entsende-rechtlicher Begrenzung sein.

6.4.1 Die vergaberechtliche Befugnis aus der Richtlinie 2014/24/EU

Die Richtlinie 2014/24/EU erlaubt ausdrücklich, wie schon die Richtlinie 2004/18/EU, den Rückgriff auf Tarifverträge. Sie nennt Tarifverträge als geltende Anforderungen des Arbeitsrechts (Erwägungsgrund 37 und 98).

Eine wichtige Neuerung stellt aber der neue Erwägungsgrund 39 dar, gerade im Lichte der vorangegan-genen Aussage:

„Die diesbezüglichen Verpflichtungen könnten sich in Auftrags Erfüllungsklauseln widerspiegeln. Ferner sollte es möglich sein, Klauseln zur Sicherstellung der Einhaltung von Tarifverträgen im Einklang mit dem Unionsrecht in öffentliche Aufträge aufzunehmen. Die Nichteinhaltung der einschlägigen Verpflichtungen könnte als schwere Verfehlung des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers betrachtet werden, die dessen Ausschluss vom Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zur Folge haben kann.“

Der Erwägungsgrund nimmt die Einhaltung von Tarifverträgen kraft Auftragserteilung ausdrücklich auf. Besteht schon eine Tarifbindung, gibt eine solche Möglichkeit wenig her und bedürfte keiner weiteren Erwähnung. Insofern kann der Erwägungsgrund nur konstitutiv verstanden werden.

Wie bereits die Vorgängerrichtlinie ist die Richtlinie 2014/24/EU nicht abschließend konzipiert. Viel-mehr folgt insbesondere aus Erwägungsgrund 37, dass ein Tariftreuesystem zwar für die Richtlinie selbst im Grundsatz unbedenklich ist, aber im Übrigen mit dem Unionsrecht vereinbar sein muss. Das betont auch Erwägungsgrund 39.

⁸⁷ Opitz, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, § 129 Rn. 9.

6.4.2 Der entsenderechtliche Gestaltungsraum

Zwar stellt § 10 TTVG eine gesetzliche Regelung dar und fällt per se unter Art. 3 Abs. 1 Spiegelstrich 1. Die Arbeitsbedingungen, auf die die Regelung Bezug nimmt, sind jedoch Tarifverträge, für die unabhängig von ihrer dogmatischen Einordnung nach dem Recht der Mitgliedstaaten, Art. 3 Spiegelstrich 2 gilt.⁸⁸ Damit verweist die Regelung wiederum auf das ausdifferenzierte Regelungsnetzwerk des Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie 96/71/EG.

6.4.2.1 Die Allgemeinverbindlichkeit

Unter „für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen oder Schiedssprüchen“ sind Tarifverträge zu verstehen, die von *allen* in den jeweiligen geografischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden Unternehmen einzuhalten sind. Der Begriff ist historisch auf ein System wie § 5 TVG bezogen und gilt daher nicht für einfache Tarifverträge.⁸⁹ Einen zwingend logischen Schluss für repräsentative Tarifverträge nach § 10 Abs. 3 TTVG gibt es ebenfalls nicht. Die Norm gilt nur für alle Bieterinnen und Bieter im Vergabeverfahren.

6.4.2.2 Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Spiegelstrich 1 der Richtlinie 96/71/EG

Für die hier interessierende Frage sind mehrere Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Spiegelstrich 1 von Bedeutung:

- ▶ die Tätigkeiten,
- ▶ die allgemeine Wirksamkeit der Tarifverträge und
- ▶ der Beschluss der Mitgliedstaaten.

a) Zur Struktur

Art. 3 Abs. 1 und Abs. 8 der Richtlinie 96/71/EG gehen von folgender Struktur aus. Ein Staat verfügt über ein bestimmtes System für Arbeitsbedingungen, seien es Tarifverträge oder Gesetze. Ob und wie ein Mitgliedstaat Regelungen für Entgelte trifft und wie das Recht der Koalitionen strukturiert ist, fällt in seine Zuständigkeit (Art. 15 Abs. 5 AEUV).

Art. 3 der Entsenderichtlinie gibt vielmehr nur Vorgaben, unter welchen Bedingungen diese Regierungssysteme (etwa Arbeitsgesetze oder Tarifverträge) auch für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten im Lichte der Dienstleistungsfreiheit Wirkung entfalten dürfen. In diesem Kontext ist auch Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie 96/71/EG einzuordnen.

⁸⁸ So jedenfalls zum deutschen Recht: EuGH, NZA 2008, 537 (539).

⁸⁹ Vgl. KOM (91) 230 endg. S. 15; KOM (93) 225, S. 2.

b) Die Entscheidung *Rüffert*⁹⁰

Der Normalfall der Entsenderichtlinie ist die Konstellation, in der ein Unternehmen ein anderes Unternehmen beauftragt und dieses seine Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer entsendet. Der Staat wird in dieser Konstellation nur dadurch tätig, dass er Regeln für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer setzt (sogenannte Unternehmerkonstellation). Davon zu trennen ist die Konstellation, dass der Staat selbst das Unternehmen beauftragt, hier kommt dem Staat eine Doppelrolle zu, wobei es sein kann, dass unterschiedliche Rechtsträger auf der Seite des Staates aktiv werden (sogenannte Vergabekonstellation).

Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung *Rüffert* zu sehen. Im Jahr 2008 hat der EuGH in den Randnummern 28 und 29 zu der Interpretation von Art. 3 Abs. 8 wie folgt Stellung genommen:

„Jedenfalls kann ein Tarifvertrag wie der im Ausgangsverfahren fragliche nicht als Tarifvertrag im Sinne der genannten Bestimmung angesehen werden, insbesondere nicht als ein solcher nach dem ersten Gedankenstrich dieser Bestimmung, der ‚für alle in den jeweiligen geografischen Bereich fallenden oder die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden gleichartigen Unternehmen allgemein wirksam [ist]‘.

In einem Kontext wie dem des Ausgangsverfahrens erstreckt sich nämlich die Bindungswirkung eines Tarifvertrags wie des im Ausgangsverfahren 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 anderen dieser Tarifvertrag nicht für allgemein verbindlich erklärt worden ist.“

In dem Ausgangsverfahren hatte das Land Niedersachsen einen regionalen Tarifvertrag zur Grundlage der Vergabeentscheidung gemacht.

Die Ausführungen des EuGH legen zwei Ansätze für das Normverständnis nahe. Einmal geht das Gericht hier davon aus, dass die *Tätigkeit* „Bautätigkeit“ abstrakt zu fassen ist. Damit versteht das Gericht den Begriff (wohl) aufgabenbezogen. Weiterhin verlangt das Gericht hier für die *allgemeine Wirksamkeit*, dass der Tarifvertrag sich nicht nur auf einen Teil der Unternehmen bezieht, die diese Tätigkeit ausführen.

c) Die Entscheidung *RegioPost*

In der Folge-Entscheidung *RegioPost* ging es zwar um eine Mindestlohnregelung auf Landesebene (siehe oben), jedoch ist die Entscheidung auch hier von Interesse, weil der EuGH in *RegioPost* seine strenge Geeignetheitsprüfung zurücknahm und ausdrücklich einen Vergabemindestlohn der öffentlichen Hand für mit der Richtlinie 96/71/EG vereinbar erachtete.⁹¹

In Randnummer 63 deutet das Gericht zwar einen kategorischen Unterschied zwischen Rechtsverordnungen und Tarifverträgen an. Wichtig sind jedoch die folgenden Randnummern (Rn. 64–77). Das Gericht macht nämlich durch die Formulierung „*über dies*“ deutlich, dass es auf diese Unterscheidung ange-

⁹⁰ EuGH, NZA 2008, 537.

⁹¹ EuGH, NZA 2016, 155.

sichts von Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG, der Vorgängerrichtlinie der Richtlinie 2014/24/EG, nicht ankommt. Durch das Vergaberecht gilt nunmehr ein einheitlicher Maßstab. Das deckt sich auch mit der Indikation durch Erwägungsgrund 39 der Richtlinie 2014/24/EG.

Das Gericht betonte dann konsequenterweise, dass die Separierung des Geltungsbereichs gerade auf Unionsrecht in Form der Richtlinie 2004/18/EG zurückgehe (Rn. 65) und verband die Aussagen der Entsenderrichtlinie mit der Richtlinie 2004/18/EG (Rn. 66):

„Art. 26 der RL 2004/18/EG i.V.m. der RL 96/71/EG“.

Der Passus wird dadurch verständlich, dass der öffentliche Auftraggeber mit dem Mindestlohn eine Rechtsnorm im Sinne von Art. 3 der Entsenderrichtlinie als soziales Kriterium im Sinne von Art 26 Richtlinie 2004/18/EG einstuft (siehe schon Frage 1). Erwägungsgrund 34 der Richtlinie 2004/18/EG verwies denn auch explizit auf die Entsenderrichtlinie. Nunmehr verweist Erwägungsgrund 37 der Richtlinie 2014/24/EU auf die Entsenderrichtlinie. Die Verbindung bleibt daher offensichtlich bestehen, nur dass der Tarifvertrag als solcher aufgewertet wird.

Der EuGH hat diese Ausführungen im Lichte des Art. 56 AEUV getroffen und über den Erwägungsgrund 2 der Richtlinie 2004/18/EG begründet. Allerdings grenzte das Gericht auf der Ebene der Rechtfertigung den Fall des Vergabemindestlohns von dem Erfordernis der Tariftreueerklärung über zwei Punkte ab: *Rüffert* habe einen für die Baubranche geltenden Tarifvertrag betroffen, der sich nicht auf private Aufträge erstreckte und nicht für allgemein verbindlich erklärt worden war (Rn. 71 ff.):

„So hat der EuGH im Urteil Rüffert darauf abgestellt, dass die Rechtssache, in der dieses Urteil ergangen ist, einen nur für die Baubranche geltenden Tarifvertrag betraf, der sich nicht auf private Aufträge erstreckte und nicht für allgemein verbindlich erklärt worden war. Überdies hat der EuGH darauf hingewiesen, dass der in diesem Tarifvertrag festgelegte Lohnsatz den für die betreffende Branche nach dem AEntG geltenden Mindestlohnsatz überschritt.

Der durch die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Maßnahme vorgeschriebene Mindestlohnsatz wird in einer Rechtsvorschrift festgelegt, die als zwingende Bestimmung über ein Mindestmaß an Schutz grundsätzlich allgemein und branchenunabhängig für die Vergabe aller öffentlichen Aufträge im Land Rheinland-Pfalz gilt.“

In der Literatur wurde aus dieser Differenzierung in *RegioPost* abgeleitet, dass das Abstellen auf Tarifverträge weiterhin unzulässig sei, so diese nicht allgemeinverbindlich sind (sogenannte kalte Allgemeinverfügung).⁹²

Es macht für den EuGH einen Unterschied, ob die Rechtsnorm selbst die Arbeitsbedingung enthält. Das zeichnete sich im System des Art. 3 der Entsenderrichtlinie offensichtlich ab. An die Rechtsnormen werden nicht die gleichen Anforderungen gestellt wie an Tarifverträge. Eine Rechtsvorschrift gilt allgemein

⁹² Löwisch, in: Löwisch/Rieble, § 5 Rn. 461; unklar: Gussen, in: BeckOK Arbeitsrecht, § 21 AentG (58. Edition) Rn. 4; zweifelnd hingegen: Bayreuther, EuZA 2015, 346 (352 f.).

und branchenunabhängig. Die damalige Fassung der Entsenderichtlinie bezog sich hingegen auf Tarifverträge für Tätigkeiten der Baubranche. Nunmehr wurde diese Binnendifferenzierung durch die Richtlinie 2018/957/EU aufgehoben.

Die (zweite) Differenzierung zwischen Rechtsnorm und Tarifvertrag ist in der Sache anhand von Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie nachvollziehbar, es stellt sich jedoch die Frage, ob aus ihr die Unzulässigkeit des Erfordernisses der Tariftreue abgeleitet werden kann.

Das ist zu verneinen und legt die Annahme nahe, dass der EuGH seine Entscheidung *RegioPost* begründet hat, ohne die Entscheidung *Rüffert* zu halten. Vielmehr hat sich der EuGH von ihr distanziert/emanzipiert.

Im ersten Absatz referiert der EuGH die damalige *ratio decidendi*. Im zweiten Absatz macht der EuGH lediglich die Unterschiede deutlich. Ein Mindestlohn dient nach Ansicht des EuGH dem Sozialschutz und kann daher einen Eingriff in Art. 56 AEUV rechtfertigen. Damit hat das Gericht *Rüffert* nicht bestätigt, sondern seinen Fall emanzipiert.

Trotzdem finden sich in der Literatur Stimmen, die die Ungleichbehandlung der Rechtsquellen auch jetzt noch rechtfertigen wollen. Die Unterscheidung hinsichtlich der Rechtsquellen wird in der Literatur auf zwei Punkte gestützt:⁹³ Zum einen seien Rechtsvorschriften leichter auszumachen beziehungsweise zugänglicher als Tarifverträge. Zum anderen fänden Rechtsvorschriften grundsätzlich auf alle Unternehmen Anwendung, nicht nur die durch den Tarifvertrag gebundenen. Damit seien Rechtsvorschriften für Arbeitnehmerschutz und Wettbewerbsbedingungen *einheitlich*.

Der Transparenzgedanke ist mittlerweile in der Transparenzforderung des Art. 5 der Richtlinie 2014/67/EU aufgegangen. Somit dürfte für diese Lösung aktuell nur die einheitliche Regelung durch eine Rechtsnorm als tragender Grund im Vordergrund stehen.

Was die Einheitlichkeit angeht, ist die Entscheidung *RegioPost* nach dieser Lösung ein deutlicher Hinweis darauf, dass die einheitliche Wirkung einer Rechtsnorm auch nur für einen Teil der Unternehmen gelten kann. Weiter noch: Gerade dieser Gedanke wird durch die neue Formulierung des Art. 3 Abs. 1 und Abs. 8 der Richtlinie 96/71/EU bedient. Der Tarifvertrag muss allgemein wirksam sein und darf nicht zu Ungleichbehandlungen (Art. 3 Abs. 8 UAbs. 3 der Richtlinie 96/71/EG) führen. Insofern lässt sich kein tragfähiger Differenzierungsgrund ausmachen.

Es ging dem EuGH daher in dem entscheidenden Satz weniger um die Breitenwirkung als um die Schutzwirkung. Das ist auch konsequent, weil der Arbeitnehmerschutz der Rechtfertigungsgrund für einen Eingriff in Art. 56 AEUV ist und die Reichweite des Schutzes eine Frage der Geeignetheit ist. In diesem Licht müsste aber auch die Rechtsvorschrift als ungeeignet erscheinen, vor Art. 56 AEUV einen Eingriff zu rechtfertigen. Das hat der EuGH aber gerade nicht gesagt. Daher kommt etwa auch *Löwisch* zu dem Schluss, dass der EuGH dieses Argument explizit aufgegeben habe.⁹⁴

⁹³ Hierzu: Riesenhuber, EuzA 2020, 423 (427).

⁹⁴ Löwisch, in: Löwisch/Rieble, § 5 Rn. 459.

d) Die konsolidierte Fassung des Art. 3 Abs. 8

Die bis zur Entscheidung *RegioPost* herausgearbeiteten Lehren stehen spätestens seit der Entscheidung auf dem Prüfstand. Grundlage für eine neue, unabhängige Interpretation ist die eigenständige Umsetzungspflicht der Richtlinie 2018/957/EU.

Die Richtlinie 2018/957/EU hat in erster Linie die Redaktion der Entsenderichtlinie zum Gegenstand. Bemerkenswert ist aber, dass sie in Art. 3 Abs. 1 eine eigenständige Umsetzungspflicht enthält. Aus Art. 3 Abs. 2 geht zudem hervor, dass die Richtlinie selbst zur Änderung beziehungsweise Schaffung von Rechtsvorschriften verpflichtet.

Die Umsetzungspflicht aus der Richtlinie führt zu einer systematischen Aufwertung und Vorrangstellung der Inhalte der Richtlinie 2018/957/EU, die ihre Entsprechung in der traditionellen Konkurrenzregel „*lex posterior derogat legi priori*“ findet. In den Mittelpunkt rückt damit Art. 3 Abs. 8 Unterabsätze 2 und 3. Dieser lautet nunmehr:⁹⁵

„Mangels eines Systems zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen oder Schiedssprüchen im Sinne des Unterabsatzes 1 oder zusätzlich zu einem solchen System können die Mitgliedstaaten auch beschließen, Folgendes zugrunde zu legen:

- die Tarifverträge oder Schiedssprüche, die für alle in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden gleichartigen Unternehmen allgemein wirksam sind, und/oder
- die Tarifverträge, die von den auf nationaler Ebene repräsentativsten Organisationen der Tarifvertragsparteien geschlossen werden und innerhalb des gesamten nationalen Hoheitsgebiets zur Anwendung kommen

sofern deren Anwendung auf in Artikel 1 Absatz 1 genannte Unternehmen eine Gleichbehandlung dieser Unternehmen in Bezug auf die in Absatz 1 Unterabsatz 1 des vorliegenden Artikels genannten Aspekte und gegebenenfalls bezüglich der den entsandten Arbeitnehmern nach Absatz 1a des vorliegenden Artikels zu garantierenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen mit den im vorliegenden Unterabsatz genannten anderen Unternehmen, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden, gewährleistet.

Gleichbehandlung im Sinne dieses Artikels liegt vor, wenn nationale Unternehmen in einer vergleichbaren Lage:

- am betreffenden Ort oder in der betreffenden Sparte hinsichtlich der Aspekte des Absatzes 1 Unterabsatz 1 des vorliegenden Artikels denselben Anforderungen unterworfen sind, wie die Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 Absatz 1 und gegebenenfalls den entsandten Arbeitnehmern zu garantierenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nach Absatz 1a des vorliegenden Artikels, und
- wenn sie dieselben Anforderungen mit derselben Wirkung erfüllen müssen.“

⁹⁵ Konsolidierte Fassung abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A01996L0071-20200730> (Abruf: 29. Dezember 2020).

6.4.2.3 Die „Tätigkeit“ nach der Richtlinie 2018/957/EU

Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 hat erst durch die Formulierung „oder zusätzlich“ für Mitgliedstaaten wie Deutschland, die über ein System der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen verfügen, Relevanz erlangt.

(a) Der Ausgangspunkt

Über die Fassung des Begriffs der Tätigkeit herrscht Streit. In der Literatur wird vertreten, dass der Begriff der Tätigkeit sich allein auf die Ausführung einer öffentlichen Auftragsvergabe beziehen dürfe. Es ginge nicht um den Kontext der Erfüllung, sondern um die thematische Bezeichnung der Leistung.⁹⁶ Diese Ansicht spiegelt indes nicht die mittlerweile weit verbreitete vergabespezifische Interpretation der Vorschrift wider.⁹⁷ Dieser Streit soll im folgenden Abschnitt entschieden werden. Unter 5. ist ein Vorschlag zu finden, wie diese Problematik rechtssicher umgesetzt werden könnte.

(b) Der Begriff der Tätigkeit in der deutschen Fassung

Der Begriff der Tätigkeit wird in der Richtlinie 96/71/EG mehrfach verwendet. Art. 3 Abs. 1 lit. c) der konsolidierten Fassung der Richtlinie spricht davon, dass ein Unternehmer „*dort seine Tätigkeit ausübt*“. Art. 3 Abs. 1a der konsolidierten Fassung definiert den zentralen Ansatz „*gleiche Tätigkeit am gleichen Ort*“, stellt dabei aber auf die Arbeitnehmerin beziehungsweise den Arbeitnehmer ab. Insgesamt legt der Begriff einen Inhalt nahe, der sich am tatsächlichen Leisten der Handlungen orientiert. Ein zwingender Schluss gegen eine weite Interpretation des Begriffs lässt sich aus der systematischen Interpretation nicht gewinnen. Vielmehr könnte ebenso gut aus der Streichung des Anhangs durch die Richtlinie 2018/957/EU eine Entkoppelung des Tätigkeitsbegriffs vom Ableisten der Aufträge gefolgert werden.

(c) Der Begriff der Tätigkeit in anderen Sprachfassungen

In anderen Sprachfassungen wird der Begriff der Tätigkeit auch auf die Ausübung der unternehmerischen Tätigkeit hin verstanden, wobei die Reihung gelegentlich variiert. Dem Begriffspaar „*betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe*“ entspricht im Englischen „*in the profession or industry*“, im Französischen „*au secteur ou à la profession*“ oder im Niederländischen „*in de betrokken beroepsgroep* (Beruf, Berufsgruppe, Berufsstand) *of bedrijfstak* (Branche)“.

Verweist das EU-Recht nicht auf das nationale Recht, begründet der EuGH die Notwendigkeit einer einheitlichen Auslegung. Danach dürfen die Sprachfassungen nicht isoliert betrachtet werden, sondern müssen nach dem wirklichen Willen ihres Urhebers und dem von diesem verfolgten Zweck namentlich im Licht ihrer Fassung in allen Sprachen ausgelegt werden.⁹⁸ Damit rückt der Wortlaut vom Ausgangspunkt der Auslegung an deren Ende. Eine einheitliche Begriffsfassung ist das Produkt der Auslegung. Ins Zentrum rücken historische, systematische und teleologische Gesichtspunkte. Es verbietet sich daher, vor-

⁹⁶ Krebber, in: Franzen/Gallner/Oetker, Art. 3 RL 96/71/EG Rn. 36; Riesenhuber, EuZA 2020, 423 (437 f.), der sich aber insbesondere auf den Geltungsbereich der Tarifverträge bezieht.

⁹⁷ Klein/Schneider SR 2019, 72 (79); in diese Richtung: Krause, AuR 2020, 152 (156); wohl auch: Zimmer, AuR 2019, 152 (154).

⁹⁸ EuGH, NJW 2005, 1099 (1100); EuGH, EuZW 2014, 386.

schnell vom deutschen Begriff „Beruf“ auf einen entsprechenden zu schließen oder gar eine etwaige Festlegung zu erwarten, ohne weitere Auslegungsschritte durchzuführen.

(d) Die Bedeutung des Geltungsbereichs der Tarifverträge

Gleichwohl könnte man erwägen, den Begriff der Tätigkeit gar nicht auf das Unternehmen, sondern auf die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu beziehen. Nach dieser Logik wäre eine „betrokken beroeps-groep“ eine Berufsgruppe im Sinne des sachlichen beziehungsweise fachlichen Geltungsbereichs von Tarifverträgen.⁹⁹

Es kann bei dem Begriff der Tätigkeit indes nicht darum gehen, einen künstlichen Numerus clausus für Dienstleistungen über Berufsgruppen zu begründen. Angesichts der Offenheit des Arbeitsmarkts für neue Arbeitsformen wäre hiermit wenig gewonnen.

Art. 3 der Richtlinie 96/71/EG geht von einer umfassenden staatlichen Regelungsbefugnis in Art. 3 Abs. 1 aus und stellt hieran Anforderungen. Aus historisch-systematischer Perspektive ergibt es vor diesem Hintergrund wenig Sinn, die Regelung des Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie 96/71/EG an den sachlichen Geltungsbereich von Tarifverträgen zu knüpfen. Das wäre mittelbar ein Rückfall in den Branchenbezug (in Gestalt der Baubranche gemäß Anhang 1), den die Richtlinie 2018/957/EU gerade beseitigt hat, und selbst dieser Branchenbezug war auf Tätigkeiten beziehungsweise Handlungen bezogen, nicht auf einen Beruf oder eine Berufsgruppe (Beispiel: Anhang Nr. 1: Aushub).

Vielmehr erlaubt Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 der Richtlinie 96/71/EG auf bestehende Tarifwerke zurückzugreifen. Es liegt daher in der Tat nahe, dass sich der sachliche Anwendungsbereich von Tarifverträgen mit dem Tätigkeitsbereich von Unternehmen überschneiden wird. Das ist aber in der Natur der Sache begründet. Denn es sind die Tätigkeiten der entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die die Tätigkeit der Unternehmen erfüllen. Ausgangspunkt muss daher die Tätigkeit des Unternehmens bleiben.

(e) Die systematisch-teleologische Bedeutung der vergaberechtlichen Befugnis für den Tätigkeitsbegriff

Im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinie lässt sich dieser entnehmen, dass es Mitgliedstaaten möglich sein soll, prinzipiell auf Tarifverträge zurückzugreifen. Die Vergaberichtlinie betont zwar ihrerseits die Entsenderichtlinie. Dass die Entsenderichtlinie der Öffnung des Rückgriffs auf Tarifverträge *grundlegend* entgegensteht, kann offensichtlich nicht gewollt sein.

Nach dem System der Entsenderichtlinie kann ein Staat nach Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Spiegelstrich 1 Tätigkeiten beziehungsweise Unternehmen bestimmen, für die Tarifverträge mit allgemeiner Wirkung auch *international* zwingende Wirkung haben dürfen. Der Staat darf damit an Tätigkeiten von Unternehmen anknüpfen. Damit verträgt sich auf den ersten Blick, dass der Staat innerhalb dieses Tätigkeitsbereichs segmentieren darf, wenn es hierfür einen sachlichen Grund gibt. Auch eine unionsrechtliche Norm kann einschränkend interpretiert werden.

⁹⁹ So etwa: Riesenhuber, EuZA 2020, 423 (430); zur Heterogenität: Franzen, in: ErfK, § 5 TVG Rn. 12.

Umgekehrt wäre es überschießend, über die kombinierten Rechtswirkungen aus Entsenderichtlinie und Vergaberichtlinie zu einer Harmonisierung sozialer Belange im privaten Unternehmensrecht zu gelangen. Das wäre aber die Konsequenz und würde die Vorgaben der Vergaberichtlinie deutlich sprengen. Der Anwendungsbereich der Vergaberichtlinie wäre eingeebnet und die Umsetzungspflicht aus der Vergaberichtlinie konterkariert.

Nichts anderes lässt sich auch aus der aktuellen EuGH-Rechtsprechung ableiten. Wenn der EuGH Art. 3 der Entsenderichtlinie mit Art. 28 der Richtlinie 2004/18/EG *verbunden* hat:

„Art. 26 der RL 2004/18/EG i.V.m. der RL 96/71/EG“ (siehe oben),

lässt sich dieser Gedanke auch für die Richtlinie 2014/24/EU fruchtbar machen. Insofern liegt es nahe, den Begriff der *Tätigkeit* im Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU in systematischer Hinsicht zu verbinden.

Dabei handelt es sich nicht um eine gespaltene Auslegung des Tätigkeitsbegriffs, sondern um eine systematisch-teleologische Interpretation der Befugnis aus Art. 3 Abs. 8 UAbs. 8 Spiegelstrich 1. Die staatliche Befugnis wird durch die Entsenderichtlinie nicht begrenzt. Der Staat darf fragmentieren, ohne hierbei zu diskriminieren (Art. 3 Abs. 8 UAbs. 3 der Richtlinie 96/71/EG).

Selbst unter Zugrundelegung eines weiten Tätigkeitsbegriffs im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinie müsste eine systematisch-teleologische Reduktion der normsetzungsbeschränkenden Wirkung der Entsenderichtlinie unter diesen Gesichtspunkten erwogen werden.

Methodisch ist dieser Weg gangbar. Im Ausgangspunkt steht der Sinn und Zweck der Richtlinie 2019/957/EU, die Handlungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten mit einem System der Allgemeinverbindlicherklärung zu erweitern. Es muss daher Deutschland möglich sein, eine Tätigkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 zu eruieren und hieran anknüpfend zu beschließen, dass die allgemein wirksamen Tarifverträge auch in Entsendesituationen verbindlich sind. Das schließt es per se nicht aus, sich auf Tätigkeiten zu konzentrieren, die im Rahmen der staatlichen Auftragsvergabe erbracht werden. Genau an dieser Stelle kommt vielmehr die Aussage des EuGH in *RegioPost* zum Tragen (Rn. 65)¹⁰⁰:

„Die Beschränkung des Geltungsbereichs der nationalen Maßnahme auf öffentliche Aufträge ist nämlich die bloße Folge des Umstands, dass es für diesen Bereich spezielle Regeln des Unionsrechts gibt, im konkreten Fall die der RL 2004/18/EG.“

(f) Zwischenergebnis

Im Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU dürfen die Mitgliedstaaten die Tätigkeiten daher vergabespezifisch segmentieren.

¹⁰⁰ EuGH, NZA 2016, 155 (157).

6.4.2.4 Die allgemeine Wirksamkeit

Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse stellt sich die Frage, wann ein Tarifvertrag allgemein wirksam ist. Auch hier steht im Ausgangspunkt die eingangs eingeführte Argumentation aus der Entscheidung *Rüffert*.

(a) Zum Wortlautproblem

Als ein zentrales Problem für die Begriffsfassung des Art. 3 Abs. 8 UAbs. 8 Spiegelstrich 1 werden die unterschiedlichen Sprachfassungen der „*allgemeinen Wirksamkeit*“ genannt.¹⁰¹

Vorzustellen ist, dass sich ein Wortlautproblem eigentlich schon vorher stellt. Denn bevor die allgemeine Wirksamkeit eines Tarifvertrags geklärt werden kann, muss eigentlich der Begriff des Tarifvertrags geklärt werden.¹⁰² Der Entsenderichtlinie liegt nur ein minimal harmonisierendes Verständnis zugrunde. Denn sie geht davon aus, dass für einen Tarifvertrag charakteristisch ist, dass die Sozialpartner ihn abschließen (Erwägungsgrund 12). Aus der Systematik des Art. 3 folgt weiterhin, dass ein Tarifvertrag Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen enthält. Wie beziehungsweise wie weit Tarifverträge *gelten*, dazu sagt der Begriff des Tarifvertrags nichts aus.

Was die Begriffsfassung der allgemeinen Wirksamkeit angeht, lassen sich zwei unterschiedliche Aussagen ablesen. Die eine stellt auf die Wirksamkeit des Tarifvertrags im Sinne einer Anwendung oder Übung ab. In diese Richtung weist etwa die tschechische Fassung: *všeobecný účinek*. Das Spanische *aplicación universal* geht ebenfalls in die Richtung der universellen, allgemeinen Anwendung. Die französische Sprachfassung spricht beispielsweise von *effet général*, geht daher über die Anwendbarkeit hinaus und verlangt eine allgemeine Wirkung.

Auf der anderen Seite lässt sich auch ein Verständnis ableiten, das einen Tarifvertrag als ein anwendbares Regelungswerk versteht. In dieser Variante würde insbesondere der Beschluss vor dem 1. Spiegelstrich eine andere Bedeutung erlangen. Die Mitgliedstaaten würden dann auf eine anwendbare, aber private Rechtsquelle zurückgreifen. In diese Richtung weist die englische Sprachfassung mit der Formulierung *generally applicable*. Das Dänische *alment gældende* scheint ebenso auf dieses Verständnis hinzuweisen.

Das aus den Sprachfassungen resultierende Problem ist indes überwindbar. Denn grundsätzlich führt kein Weg daran vorbei, auch bei unterschiedlichen Fassungen einen einheitlichen Begriff der allgemeinen Wirkung herauszuarbeiten. Bereits im Rahmen des Begriffs der Tätigkeit wurde darauf hingewiesen, dass grundsätzlich eine einheitliche Auslegung angezeigt ist.¹⁰³ Im Folgenden wird jedoch weitergehend zu erörtern sein, inwieweit der Begriff auch in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zurückverweist. Nach beiden Ansätzen hat der Sprachvergleich für die Inhaltsbestimmung eine deutlich untergeordnete Bedeutung.

¹⁰¹ Riesenhuber, EuZA 2020, 423 (430).

¹⁰² Vgl. auch: Riesenhuber, EuZA 2020, 423 (428).

¹⁰³ EuGH, NJW 2005, 1099 (1100); EuGH, EuZW 2014, 386.

(b) Die Systematik der Richtlinie: die unterschiedliche Wirkung

Aus dem System des Art. 3 Abs. 8 der Entsenderichtlinie lässt sich ableiten, dass die Richtlinie grundsätzlich von drei unterschiedlichen Erscheinungsformen von Tarifverträgen ausgeht, die für die entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verbindlich gemacht werden können:

- ▶ allgemeinverbindlich im Sinne von Art. 3 Abs. 8 UAbs. 1 oder
- ▶ allgemein wirksam oder
- ▶ zur Anwendung kommen.

Daneben muss es (mindestens) noch den Normalfall eines Tarifvertrags in einem europäischen Sinne geben. Dieser soll aber gerade nicht ausreichen, sonst bedürfte es der Aufzählung der Wirkungsformen nicht.

Die allgemeine Wirksamkeit muss sich von den beiden anderen Formen abgrenzen. In systematischer Hinsicht muss sie etwas anderes sein als die Allgemeinverbindlichkeit.¹⁰⁴ Es kann daher nicht erforderlich sein, dass *alle* Unternehmen in dem geografischen Bereich *verpflichtet* werden. Anderenfalls wäre die Regelung im Lichte der Allgemeinverbindlichkeit überflüssig. Diese unstrittige These darf in ihrer Bedeutung für den Inhalt der Regelung nicht unterschätzt werden, immerhin spricht die Regelung von einer *allgemeinen Wirksamkeit für alle Unternehmen*.

Mit Blick auf die Tarifabschlüsse der Spitzenverbände genügt es offensichtlich nicht, dass der Tarifvertrag per se angewandt wird. Es liegt nahe, die Regelung des 2. Spiegelstrichs damit zu begründen, dass die Tarifabschlüsse der Spitzenverbände ohnehin Modellcharakter und in aller Regel für das Arbeitsleben eine dominierende Wirkung haben. Auf eine real wahrnehmbare Geltung kann es daher nicht ankommen. Man könnte sogar annehmen, dass der 2. Spiegelstrich die allgemeine Wirkung vermutet.

(c) Die Historie der Regelung

Seine historische Grundlage hat Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 der Entsenderichtlinie im skandinavischen Rechtsraum.¹⁰⁵ Nimmt man Schweden heraus, fällt auf, dass dort in erster Linie auf den Arbeitgeber beziehungsweise die Tarifbindung des Unternehmens abgestellt wird. Das deutsche System der doppelten Tarifbindung stellt eine Ausnahme in Europa dar.¹⁰⁶ Bemerkenswert ist allerdings, dass selbst die skandinavischen Länder etwa im Bereich der Außenseitergeltung differieren. In Finnland gilt eine volle Außenseiterwirkung, in Schweden und Dänemark werden Außenseiter durch Verpflichtung gegenüber den Gewerkschaften weitergegeben.¹⁰⁷

Die Bedeutung der skandinavischen Rechtstradition scheint für den EuGH indes weniger von Bedeutung zu sein. In *Laval* stellte das Gericht kurzerhand fest, dass Schweden von der Möglichkeit nach Art. 3 Abs.

¹⁰⁴ Klein/Schneider, SR 2020, 21 (28).

¹⁰⁵ Vgl. Rebhahn, RdA 2002, 214 (215).

¹⁰⁶ Rebhahn, RdA 2002, 214 (215).

¹⁰⁷ Zum Überblick: Rebhahn, RdA 2002, 214 (214 f.).

8 UAbs. 1 keinen Gebrauch gemacht habe.¹⁰⁸ Das Land habe die Festlegung der Arbeitsbedingungen allein den Verbänden überlassen.

Die Richtlinie 96/71/EG

Der ursprüngliche Entwurf der Kommission vom 1. August 1991¹⁰⁹ sah im Richtlinienentwurf vor, dass tarifvertragliche Vereinbarungen durch die Mitgliedstaaten berücksichtigt werden durften,

„die für die betreffende Tätigkeit und das betreffende Gewerbe insgesamt gelten und eine Erga-Omnes-Wirkung haben und/oder rechtsverbindlich für die betreffende Tätigkeit und das betreffende Gewerbe sind.“

Hiervon kam die Kommission in der Folge ab,¹¹⁰ da für einige Mitgliedstaaten der Begriff „erga omnes“ nicht verständlich war. Zugleich sollte die Anwendung der tarifvertraglichen Vereinbarungen auf nationaler oder regionaler Ebene sichergestellt werden, denen alle die betreffende Tätigkeit beziehungsweise das betreffende Gewerbe ausübenden nationalen Unternehmen nachkommen müssen. Zudem sollte damals für Mitgliedstaaten ohne eine solche Tarifwirkung die Möglichkeit für eine Regelung geschaffen werden,

„die von der überwiegenden Mehrheit der die betreffende Tätigkeit bzw. das betreffende Gewerbe ausübenden nationalen Unternehmen eingehalten werden. Die Tatsache, dass eine wirtschaftlich unbedeutende Zahl nationaler Unternehmen nicht nach diesen tarifvertraglichen Vereinbarungen richtet, steht ihrer Anwendung nicht entgegen.“

Hier zeigt sich, dass die allgemeine Wirksamkeit ursprünglich auf die Reichweite der Verpflichtung der Unternehmer ausgerichtet war.

Die Neuausrichtung durch die Richtlinie 2018/957/EU

Diese Ausrichtung wurde indes durch die Richtlinie 2018/957/EU verändert. Denn ihr lag gerade die Überwindung der Annahme zugrunde, die Regelung habe nur für solche Mitgliedstaaten Bedeutung, die das Institut der Allgemeinverbindlicherklärung nicht kannten. Die Kommission legte somit eine strenge Alternativität fest. Nunmehr erlaubt die Richtlinie eine kumulative Verwendung der Institute.

Die Richtlinie 2018/957/EU geht auf den Vorschlag der Europäischen Kommission vom 8. März 2017 zurück, enthielt die Alternativität aber anfangs noch nicht.¹¹¹ Die Richtlinie fällt insgesamt in einen Zeitraum, der durch die weitgehende Öffnung der Entsenderichtlinie zugunsten der positiven Gestaltung entsenderechtlicher Vorgaben ist; mit anderen Worten: Dieser Vorschlag steht im unmittelbaren Zusammenhang zur Entscheidung des EuGH in den Rechtssachen *RegioPost* und *Sähköalojen ammattiliitto*. Dieser Zusammenhang ist nicht rein zeitlich, sondern auch sachlicher Natur. Die Kommission nimmt auf S. 8

¹⁰⁸ EuGH, NZA 2008, 159 (163), dort Rn. 67.

¹⁰⁹ COM (91) 230 endg. S. 15.

¹¹⁰ COM (93) 225 endg. S. 2.

¹¹¹ COM (2016) 128 final.

insbesondere die Rechtssache *Sähköalojen ammattiliitto* in Bezug. Insofern ist der Wechsel vom Mindestlohnsystem zum Entgeltssystem Ausdruck der Abkehr von einem Mindestschutzgedanken. Trotzdem enthielt der ursprüngliche Vorschlag noch nicht die kumulative Anwendung von Allverbindlichkeit und repräsentativen Tarifverträgen.

Während der Ausschuss der Regionen ebenfalls die Bedeutung der Rechtssache *Sähköalojen ammattiliitto* unterstrich,¹¹² wurde der Wirtschafts- und Sozialausschuss deutlicher. In seinem letzten Punkt verlangte der Ausschuss eine Klarstellung hinsichtlich der Abkehr von den Entscheidungen *Laval* und *Rüffert* (unter anderem). Die Richtlinie dürfe keine Maximalstandards setzen.¹¹³

In der Folge wurde der Vorschlag dem Europäischen Parlament übermittelt. Der Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten stellte einen Bericht mit 38 Änderungen vor. Während des Verfahrens wurde wiederholt auf den Arbeitnehmerschutz als Schranke der Dienstleistungsfreiheit Bezug genommen. Änderungsantrag 33 schlug dann Art 3 Abs. 8 in seiner aktuellen Fassung vor.¹¹⁴ Ziel war es, auf dem Kommissionsvorschlag aufbauend gleiche Wettbewerbsbedingungen bei der grenzübergreifenden Dienstleistungserbringung zusammen mit einem soliden Sozialschutz für entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu gewährleisten.

Mit dieser Richtliniengeschichte verträgt sich ein fragmentarischer Ansatz bei der Tariftreue. Die Vorgaben aus *Rüffert* wurden neutralisiert. Tariftreueregelungen beziehen sich auch auf grenzüberschreitende Dienstleistungen. Im Wettbewerb um den staatlichen Auftrag müssen die für die Wettbewerberinnen und -bewerber geltenden Tarifverträge von allen Bieterinnen und Bieterern eingehalten werden. Auf diese Weise kommen auch die entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu einem vergleichbaren Sozialschutz wie die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Ort. Ein entsprechender Ansatz ist somit von der Regelungsbefugnis nach Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 gedeckt.

(d) Von der Auslagerung zur Inkorporierung der Gleichbehandlung

Die Absage an die Lösung in *Rüffert* wird noch deutlicher, führt man sich das (neue) Konzept der Entsenderichtlinie für den Schutz vor Diskriminierung in Art. 3 Abs. 1 und Abs. 8 vor Augen.

In der Entscheidung *Rüffert* spielte für die Einordnung des Tarifvertrags noch eine entscheidende Rolle, dass der Tarifvertrag nicht für alle Unternehmen der Branche galt, sondern nur für die öffentliche Auftragsvergabe. Die neue Fassung des Art. 3 Abs. 8 der Entsenderichtlinie lagert diese Frage aus. UAbs. 2 am Ende verlangt eine Gleichbehandlung der entsendenden Auftragnehmer bei Anwendung der Arbeitsbedingungen mit gleichartigen Unternehmen, die sich *in einer vergleichbaren Lage* befinden. Nach UAbs. 3 liegt eine Gleichbehandlung im Sinne dieses Artikels vor, wenn nationale Unternehmen in einer vergleichbaren Lage am betreffenden Ort oder in der betreffenden Sparte denselben Anforderungen unterworfen sind wie die entsendenden Unternehmen und wenn sie dieselben Anforderungen mit derselben

¹¹² ABl. C 185 S. 80.

¹¹³ ABl. C 75 S. 88.

¹¹⁴ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0319_DE.html#title1 (Abruf: 20. Dezember 2020).

Wirkung erfüllen müssen. Diese Prüfung bezeichnet genau den Kontext, den die unternehmensspezifische Auslegung ausblenden will.

Im Lichte der historischen Auslegung nimmt die Regelung auch die Forderung nach unterschiedsloser Geltung auf. Hier wird die Einheitlichkeit der Regelung deutlich, die unter anderem von *Riesenhuber* noch als Argument gegen die Übertragung von *RegioPost* angeführt wurde (siehe oben). Mit der Öffnung des UAbs. 2 für Staaten mit einem System der Allgemeinverbindlicherklärung kann UAbs. 2 am Ende nunmehr auch Schutz in dieser Konstellation herstellen. Das ist im Vergleich zur *Rüffert*-Entscheidung neu.

Verlangt der Staat die Abgabe einer Tariftreueerklärung, steht hinter dieser der soziale Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Dies gilt unterschiedslos – unterstellt man einmal, die EuGH-Entscheidung *Bundesdruckerei* wird durch die Praxis eingehalten. Die Ausklammerung des privaten Sektors per se ist nunmehr zulässig. Durch die Regelung der Gleichbehandlung gibt die Richtlinie eindeutig zu erkennen, dass der Diskriminierungsschutz über das jeweilige staatliche Verhalten zu realisieren ist.

(e) Die praktische Wirksamkeit von Art. 3 Abs. 8 Richtlinie 96/71/EG

Die vorangestellten Erwägungen erhellen sich weiter, führt man sich vor Augen, dass die drei Tatbestände des Art. 3 Abs. 8 der Entsenderichtlinie den Mitgliedstaaten erlauben sollen, zwingende Vorgaben nicht in Gesetzesform, sondern über die Einbeziehung von Tarifverträgen zu machen.

Durch die Neufassung wurde Staaten die Möglichkeit gegeben, *zusätzlich* auf allgemein wirksame Tarifverträge abzustellen. Soll die praktische Wirksamkeit dieser Richtlinienbestimmung nicht leerlaufen, muss auch für diese Staaten ein Begriffsverständnis geschaffen werden, dass eine Anwendung erlaubt.

Das deckt sich mit der Grundintention der Richtlinie 2018/957/EU. Erwägungsgrund 1 stellt die mit der Richtlinie bezweckte Weiterentwicklung des Entsenderechts dem Text der Richtlinie voran. Nach Erwägungsgrund 24 soll die Richtlinie 2018/957/EU einen ausgeglichenen Rahmen für die Dienstleistungsfreiheit und den Schutz der entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einrichten, der diskriminierungsfrei, transparent und verhältnismäßig ist und dabei die Vielfältigkeit der nationalen Arbeitsbeziehungen achtet.

Diese Ausführungen stellen eine erhebliche Fortentwicklung des Entsenderechts in tektonischer Hinsicht dar. Denn ursprünglich stand die Harmonisierung beziehungsweise die Koordinierung des anzuwendenden Rechts im Mittelpunkt.¹¹⁵

Der letzte Punkt des Erwägungsgrunds 24 trifft einen weiteren Problembereich, leitet aber auch zu seiner Lösung über. Als ein weiteres Problem wird nämlich ausgemacht, dass die Mitgliedstaaten teilweise ganz unterschiedliche Verständnisse von Tarifvertragssystemen haben.¹¹⁶ Ausgehend von der hervorgehobenen Bedeutung von System, Historie sowie Sinn und Zweck, verlagert sich dieses Problem von einem Auslegungsproblem hin zu einem Umsetzungsproblem. In den Bereichen der Arbeits- und Sozialpolitik gesteht

¹¹⁵ Hierzu: Klein/Schneider, SR 2019, 21 (23).

¹¹⁶ Hierzu instruktiv: Rebhahn, NZA 2001, 763.

der EuGH den Mitgliedstaaten ein weites Ermessen bei der Umsetzung von Richtlinien zu.¹¹⁷ Im Bereich außerhalb der Kompetenzen nach Art. 153 AEUV sind die Mitgliedstaaten grundsätzlich frei.¹¹⁸

Diese Feststellung mündet in der aktuellen Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Federatie Nederlandse Vakbeweging*.¹¹⁹ Nicht nur bestätigte das Gericht die Auffassung, dass sich die Allgemeinverbindlichkeit nach dem nationalen Recht bemessen muss. Maßgeblich stützt sich der EuGH auf Art. 3 Abs. 8:

„Diese Feststellung wird durch den Wortlaut von Art. 3 Abs. 8 Unterabs. 2 der Richtlinie bestätigt. Indem der Unionsgesetzgeber vorgesehen hat, dass die Mitgliedstaaten, wenn es kein System zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen gibt, Tarifverträge zugrunde legen können, die für alle in den jeweiligen geografischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden gleichartigen Unternehmen allgemein wirksam sind und/oder die von den auf nationaler Ebene repräsentativsten Organisationen der Tarifvertragsparteien geschlossen werden und innerhalb des gesamten nationalen Hoheitsgebiets zur Anwendung kommen, hat er nämlich notwendigerweise auf ein nationales System Bezug genommen.“

Damit wird die Frage, ob ein Tarifvertrag allgemein wirksam ist, zu einer Frage des nationalen Rechts. Zwar darf die Ausfüllung des Begriffs nicht dazu führen, dass die praktische Wirksamkeit des UAbs. 2 verletzt wird. Die Mitgliedstaaten haben aber den oben eingeführten weiten Umsetzungsspielraum.

(f) Keine Prozentlösung

Grundprämisse muss sein, dass die Länder, die bislang durch die Regelung erfasst wurden, auch weiterhin erfasst werden. Das bedeutet insbesondere mit Blick auf die skandinavischen Länder, dass hohe Tarifbindung und Tarifgeltung weiterhin unter die Norm fallen müssen. Geht man indes hiervon aus, liegt es nahe, dass auch eine geringere Tarifbindung und -geltung erfasst sein muss.

In der Literatur ist ein Ansatz populär, der über einen Prozentsatz von 66 Prozent die allgemeine Wirksamkeit bejahen will. Der Tarifvertrag muss somit für zwei Drittel der Unternehmen gelten. Unsicherheit herrscht noch, ob sich dieser Prozentsatz auf das Tarifgebiet¹²⁰ oder das Bundesland beziehen soll.¹²¹

Da selbst die skandinavischen Länder, die sonst immer in einem Atemzug genannt werden, nicht über identische beziehungsweise vergleichbare Prozentsätze verfügen, kann ein statischer Prozentsatz nicht dem Sinn der Regelung entsprechen.

Es wäre auch mit dem Sinn und Zweck nicht vereinbar, eine statische Zahl zu verlangen. Soll die Regelung ein Teil der Stärkung des Tarifvertragssystems sein, liefe diese Lösung Gefahr beim weiteren Absinken der Tarifbindung leerzulaufen. Soll die Norm aber gerade die staatlichen Handlungsmöglichkeiten erweitern, kann dies im Kontext der aktuellen Arbeitswelt nicht gewollt sein. Entscheidend ist vielmehr,

¹¹⁷ EuGH, EuZW 2010, 869 (871).

¹¹⁸ EuGH, NZA 2008, 124 (127).

¹¹⁹ EuGH, Urteil vom 1. Dezember 2020 – C-815/18 –, juris.

¹²⁰ Vgl. Kling, in: Immenga/Mestmäcker, § 128 GWB Rn. 33.

¹²¹ Zimmer, AuR 2019, 152 (155).

dass eine entsprechende Regelung der allgemeinen Wirksamkeit von Tarifverträgen auf nationaler Ebene Art. 3 Abs. 8 nicht die praktische Wirksamkeit nimmt.

(g) Zusammenfassung

Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 der Richtlinie 96/71/EG in Verbindung mit Art. 70 der Richtlinie 2014/24/EU erlaubt es den Mitgliedstaaten, für alle Tätigkeiten Tarifverträge mit allgemeiner Wirksamkeit als zwingende Bestimmung des Arbeitsrechts festzulegen. Aus der Neufassung der Entsenderichtlinie folgt, dass der Mitgliedstaat den Begriff der Tätigkeit fragmentieren darf, solange er hierbei nicht ungleich behandelt. Das erlaubt eine vergabespezifische Umsetzung der Vorschrift in nationales Recht.

Der Begriff der allgemeinen Wirksamkeit setzt im Ausgangspunkt im Unionsrecht an, macht den nationalen Gesetzgebern aber keine Vorgaben für das Tarifvertragssystem. Vielmehr muss ein nationales Tarifvertragssystem daraufhin überprüft werden, ob es einen Tarifvertrag bereithält, der allgemein wirksam ist. Angesichts des weiten Umsetzungsspielraums im kollektiven Arbeitsrecht darf die nationale Regelung nur nicht dazu führen, dass die praktische Wirksamkeit der Entsenderichtlinie unterlaufen wird.

6.4.2.5 Anwendung auf § 10 TTVG

Das führt zu der Frage, inwieweit ein Tarifvertrag nach deutschem Recht allgemein wirksam sein kann. Legt man die Tätigkeit vergabespezifisch aus, besteht kein Problem. Der Tariflohn gilt dann allgemein im Vergabeverfahren nach § 10 TTVG. Legt man ein weiteres Verständnis an den Tag, muss das Merkmal der allgemeinen Wirksamkeit auch weiter gefasst werden. Dieser Frage soll – trotz der Vorzugswürdigkeit der vergabespezifischen Lösung – im Folgenden nachgegangen werden.

Angesichts der Bedeutung des nationalen Systems kommt der sogenannten Bezugnahme Klausel große Bedeutung zu. In der Literatur wird bereits vertreten, dass der vertragliche Rückgriff auf ein Tarifwerk die Annahme der allgemeinen Wirksamkeit eines Tarifvertrags rechtfertigen kann.¹²²

Umgekehrt kann die Üblichkeit bestimmter Arbeitsbedingungen bei bloßer Koinzidenz nicht ausreichend sein,¹²³ weil dann das Regelungskonzept der Aufzählung der Rechtsquellen in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG umgangen werden würde.

Klein/Schneider weisen auch auf die Verbandsstruktur beziehungsweise die Verbandszugehörigkeit hin.¹²⁴ Dieser Gedanke wird in Spiegelstrich 2 deutlicher. Niederschwellige(-re) Verbandsorganisationen, mit Blick auf bestimmte Tarifwerke, können aber dazu führen, dass ein Tarifvertrag im geografischen Bereich eine allgemeine Bedeutung für die Arbeitsbedingungen erlangt. Schließen also eine der acht DGB-Gewerkschaften¹²⁵ und ein regionaler, aber repräsentativer Arbeitgeberverband einen Tarifvertrag, dürfte dieser eine eindeutige Prägungswirkung haben. Das gilt nicht zuletzt wiederum mit Blick auf die Bezugnahme Klausel.

¹²² Klein/Schneider, SR 2020, 21 (28); Riesenhuber, EuZA 2020, 423 (431).

¹²³ So auch Riesenhuber, EuZA 2020, 423 (431).

¹²⁴ Klein/Schneider, SR 2020, 21 (28).

¹²⁵ Durch das Merkmal der sozialen Mächtigkeit der tariffähigen Gewerkschaften kommt den von ihnen getroffenen Tarifabschlüssen ebenfalls eine gewisse Indizwirkung für eine prägende Wirkung zu.

Dieser Befund wird durch das deutsche Tarifrecht normativ aufgewertet. Denn § 4a Abs. 1 TVG erkennt den Tarifabschlüssen mit Gesetzeskraft insbesondere eine Ordnungsfunktion zu. In Verbindung mit der Vorgabe, weitere Tarifverträge zu vermeiden, wenn sich die Geltungsbereiche überschneiden, wird daraus eine deutliche Wertung für die Leitbildfunktion eines Tarifvertrags. Denn nach § 4a Abs. 2 TVG hat ein sogenannter Mehrheitstarifvertrag nach § 4a Abs. 2 TVG verdrängende Wirkung gegen kollidierende Tarifwerke und prägende Wirkung für folgende Tarifwerke.

In der Literatur wird die allgemeine Wirksamkeit von Tarifverträgen per se nach dem deutschen Recht daher zu Unrecht verneint.¹²⁶ Der Vermutung von *Riesenhuber*, Tariftreueerklärungen würden es nahelegen, dass ein Tarifvertrag nicht allgemein wirksam sei, ansonsten müsste man nicht auf sie zurückgreifen,¹²⁷ verkennt die Norm an sich. Art. 3 Abs. 8 geht gerade davon aus, dass ein allgemein wirksamer Tarifvertrag (in seiner Wirksamkeit weiter) ausgedehnt werden kann.

Es spricht vielmehr vieles dafür, dass Mehrheitstarifverträge, die von regional repräsentativen Sozialpartnern abgeschlossen wurden, das Merkmal der allgemeinen Wirksamkeit erfüllen werden.

§ 10 TTVG gibt dieses Verständnis aktuell wieder. § 10 Abs. 1 TTVG stellt lediglich auf einen Tarifvertrag ab. Dieser ist dann der Mehrheitstarifvertrag, der nach § 4a Abs. 1 TVG die prägende Wirkung haben soll. Da die Norm sich an dem Begriff des Tarifvertrags nach dem TVG orientiert und somit insbesondere die Tariffähigkeit der Vertragspartner verlangt, sind Übernahmen von nicht repräsentativen Vertragspartnern eher nicht zu befürchten.

Bestehen mehrere Tarifverträge in demselben Betrieb, greift § 4a Abs. 2 TVG unmittelbar ein. Der Mehrheitstarifvertrag wird zum Vorbild. Schwieriger ist die Frage bei unterschiedlichen Tarifverträgen in unterschiedlichen Betrieben. Hier greift das Verfahren nach § 10 Abs. 3 TTVG ein. Gleichwohl sind die Tarifverträge dann in ihrem jeweiligen Betrieb wiederum Mehrheitstarifverträge, sodass das System trägt. Treten Bezugnahmeklauseln und Repräsentativität der Verbände hinzu, spricht vieles für eine allgemeine Wirksamkeit.

6.4.2.6 Der Beschluss

Infolge der Rechtssache *Laval*¹²⁸ ist unklar, wie der Beschluss im Sinne von Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 der Richtlinie 96/71/EG aussehen muss. Insbesondere stellt sich die Frage, ob der Beschluss im Sinne von Art. 3 Abs. 8 zwangsläufig ein separates Gesetz beziehungsweise eine separate Regelung sein muss.¹²⁹ *Riesenhuber* etwa verlangt in qualitativer Hinsicht für den Beschluss der Mitgliedstaaten, dass diese festlegen, wer wie nach welchen Kriterien die allgemeine Wirksamkeit feststellt.¹³⁰ Zuweilen wird indes nur eine ausdrückliche hoheitliche Verbindlicherklärung verlangt.¹³¹

¹²⁶ Riesenhuber, EuZA 2020, 423 (432); Franzen, EuZA 2018, 3 (15).

¹²⁷ Riesenhuber, EuZA 2020, 423 (438).

¹²⁸ EuGH, NZA 2008, 159 (163), dort Rn. 67.

¹²⁹ So aber: Riesenhuber, EuZA 2020, 312 (432).

¹³⁰ Riesenhuber, EuZA 2020, 423 (431).

¹³¹ Klein/Schneider, SR 2019, 21 (29).

Ein (formales) Umsetzungsgesetz erscheint nicht angezeigt. Es darf für einen Staat, der bereits über ein System der allgemeinen Wirksamkeit verfügt, keine Gesetzgebungspflicht geben, die doch nur auf eine Wiederholung hinausläufe. Vielmehr ist in diesem Fall der rechtliche Status quo anhand der Vorgaben des Art. 3 UAbs. 1 der Richtlinie 96/71/EG zu messen.

Nach dem Sinn und Zweck der Entsenderichtlinie geht es bei dem Beschluss vielmehr um die Entscheidung des Mitgliedstaates, ein bestimmtes nationales Regelungsregime mit international zwingender Wirkung zu versehen.¹³² Enthält eine Regelung diese Aussage bereits, bedarf keines weitergehenden Beschlusses.

Insofern ist es unerheblich, ob die allgemeine Wirksamkeit der tarifvertraglichen Bestimmung selbst durch die Tarifverträge oder durch Gesetz hergestellt wird. Der Beschluss im Sinne von Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Spiegelstrich 1 der Richtlinie 97/61/EG ist von der zweiten Alternative zu trennen und bezieht sich auf die zwingende Wirkung im internationalen Bereich.

Für die vergabespezifische Auslegung von Art. 3 Abs. 8 führt dies dazu, dass die Regelung in § 10 TTVG der Beschluss im Sinne der Bestimmung ist.

a) Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Spiegelstrich 2 der Richtlinie 96/71/EG

Während die beiden ersten Möglichkeiten des Rückgriffs auf Tarifverträge an der Verbindlichkeit für die Unternehmen anknüpften, knüpft der 2. Spiegelstrich daran an, dass der Tarifvertrag von den repräsentativen Organisationen geschlossen wurde. Die Norm setzt damit dogmatisch an beiden Tarifvertragsparteien an.

Wurde bereits durch den EuGH herausgearbeitet, dass Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten verweist, ist für die Frage der Repräsentativität im Sinne von Spiegelstrich 2 entscheidend, wer nach den nationalen Rechten die repräsentativen Akteure sind. Auch wenn § 2 Abs. 3 TVG den Spitzenorganisationen eine Möglichkeit einräumt, Tarifverträge zu schließen, so fällt die Regelung in einen Kontext, der wesentlich ausdifferenzierter ist und die Spitzenorganisationen nicht als zentrale Tarifvertragsparteien wahrnimmt.¹³³

Es wäre daher zu formell betrachtet, würde man Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Spiegelstrich 2 nur auf Tarifverträge beziehen, die der Deutsche Gewerkschaftsbund und die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände geschlossen haben.

Die Tariflandschaft ist heterogen. Auf der Gewerkschaftsseite lassen sich zwar die acht Mitgliedsgewerkschaften als Tarifakteure erkennen. Auf Arbeitgeberseite stehen jedoch oftmals regionale Verbände. Das deutsche Recht hat in diesem Zusammenhang keine allgemeine Regelung über die Repräsentativität. Lediglich § 3a Abs. 3 AÜG gibt eine gewisse Vorstellung davon, wann auf beiden Seiten Repräsentativität im Leiharbeiterrecht besteht.¹³⁴

¹³² Vgl. KOM (93) 225 endg. S. 2; Zu diesem Punkt: Franzen, EuZA 2019, 3 (6 f.).

¹³³ Zur Tariffähigkeit von Spitzenverbänden: Wiedemann/Thüsing, RdA 1995, 280.

¹³⁴ Vgl. Zimmer, AuR 2019, 152 (156).

Für Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Spiegelstrich 2 bietet sich an, bei der Verbandsstruktur anzusetzen. Auf Gewerkschaftsseite sticht der DGB als Dachverband hervor. Innerhalb des DGB organisieren sich acht große Gewerkschaften. Die acht Mitgliedsgewerkschaften verhandeln in ihren Zuständigkeiten über Tarifverträge und vertreten ihre Mitglieder in den Betrieben. Organisiert sind diese nach dem Industrieverbandssystem. Diese Gewerkschaften sind für die von ihnen vertretenen Industrien ohne Weiteres repräsentativ. Schwieriger ist die Lage auf Arbeitgeberseite. Das TVG lässt insbesondere Tarifverträge zwischen Arbeitgebern zu (§ 2 Abs. 1 TVG). Die Arbeitgebervereinigungen organisieren sich über überfachliche Länder- und Regionalvereinigungen sowie über Bundesfachspitzenverbände mit Landes- und regionalen Fachverbänden. Es bietet sich an, die Repräsentativität vom BdA abzuleiten und nach unten zu delegieren.

Insgesamt lässt Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 durchaus Potenzial für das deutsche Recht erkennen. Entscheidend für den 2. Spiegelstrich und mitunter schwieriger für Deutschland ist, dass der Tarifvertrag innerhalb des gesamten Landes zur Anwendung kommt. Eine weiterreichende Öffnung für regionale Ebenen konnte sich im Rahmen der Schaffung der Richtlinie 2018/957/EU nicht durchsetzen.¹³⁵

b) Keine Sperrwirkung von Mindestlohn und allgemeinverbindlichen Tarifverträgen

Durch die Öffnung der Richtlinie 96/71/EG für Tarifverträge schließt sich die Frage an, ob Staaten auf der Grundlage der Entsenderichtlinie im Geltungsbereich eines Mindestlohns oder eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags auf die Möglichkeit nach Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 zurückgreifen dürfen.

Es ließe sich erwägen, den Passus „*zusätzlich zu einem solchen System*“ so zu verstehen, dass hiermit eine Alternativität begründet wird: Das System nach Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 würde dann nur dort zulässig sein, wo kein System eines gesetzlichen Mindestlohns und der Allgemeinverbindlichkeit eingreift.

Weitergehend ließe sich erwägen, dass die Wendung „*zusätzlich*“ nur auf systematischer Ebene gelten soll und auf der Ebene der Anwendung der Tarifverträge der allgemeinverbindliche Tarifvertrag gelten soll, eben weil er in den Worten der Richtlinie *allgemein*-verbindlich sein muss. Nach Art. 3 Abs. 8 UAbs. 1 ist Voraussetzung der Allgemeinverbindlichkeit, dass der Vertrag von *allen* Unternehmen angewandt wird.

Diese Ansätze dringen aber nicht durch. Gegen diese Auslegung spricht der Grundsatz der praktischen Wirksamkeit. Es würde den Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Spiegelstrich 1 erheblich verringern. Nach der Neuregelung der Entsenderichtlinie durch die Richtlinie 2018/957/EU sollte es Staaten mit einem System der Allgemeinverbindlicherklärung möglich sein, auf weitere Tarifverträge zurückzugreifen. Diese Öffnung würde aber de facto rückgängig gemacht, würde man auf der praktischen Ebene eine Sperrwirkung der allgemeinverbindlichen Tarifverträge annehmen.

In systematischer Hinsicht erlaubt diese kumulative Anwendung aller Instrumente, auch Art. 3 Abs. 7 Rechnung zu tragen, nach der die Anwendung von Art. 3 Abs. 1 der Anwendung günstigerer Rechtsvor-

¹³⁵ Hierzu: Klein/Schneider, SR 2019, 21 (28).

schriften entgegensteht. Im Lichte der EuGH-Entscheidung *Sähköalojen ammattiliitto* dürfte daher eine Sperrwirkung zulasten einer Befugnis aus dem Unionsrecht ausscheiden.¹³⁶

6.5 Annex: kein Verstoß gegen das AEntG

Die Umsetzung der Richtlinie 2018/957/EU in nationales Recht wurde 2020 abgeschlossen. Im Lichte der Formulierung des AEntG wird aktuell vertreten, dass ein Abstellen auf einzelne, nicht allgemeinverbindliche Tarifverträge gegen das AEntG verstößt.¹³⁷ Bei näherer Betrachtung handelte es sich bei diesem Argument eher um eine Frage der abschließenden Gesetzeskompetenz (siehe oben).

Diese Annahme geht indes an der Ausrichtung des AEntG vorbei. Während das Gesetz auf die Festlegung des zwingenden Rechts ausgerichtet ist, ist es nicht auf eine umfassende beziehungsweise abschließende Umsetzung der Entsenderrichtlinie gerichtet. Das bedeutet insbesondere für solche Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, die nicht auf Rechts- oder Verwaltungsvorschriften beruhen oder nach § 3 AEntG für zwingend erklärt wurden, dass sie nicht erfasst sind. Mit anderen Worten handelt es sich bei regionalen Tarifverträgen systematisch zutreffend nicht um zu harmonisierendes Recht. Vielmehr erlaubt die aktuelle gesetzliche Regel nach dem Entsenderecht eine flexible Handhabe durch die staatlichen Stellen und insbesondere auf Landesebene.

6.6 Zwischenergebnis

Nach dem Unionsrecht¹³⁸ ist es seit der Neuregelung der Entsenderrichtlinie für Staaten mit einem System der Allgemeinverbindlicherklärung nicht mehr per se ausgeschlossen, sich bei der Vergabe öffentlicher Aufträge tarifvertraglicher Bestimmungen zu bedienen beziehungsweise diese von den Auftragnehmern zu fordern („ob“). Vielmehr stellen die Normen des Unionsrechts nur noch Anforderungen für das Anknüpfen an Tarifverträge („wie“).

7 Umsetzungsoptionen des Gesetzgebers

Im Folgenden sollen die mögliche Erweiterung des § 10 TTVG sowie die beiden unter B) eingeführten Alternativen durch Verordnungssetzung diskutiert werden.

7.1 Die Öffnung für alle Branchen

Ursprünglich sah Art. 3 der Entsenderrichtlinie vor, dass eine tarifvertragliche Erstreckung nur für im Anhang aufgeführte Tätigkeiten möglich war. Dieser erfasste von 1. Aushub bis 13. Sanierung im Wesentlichen Bauarbeiten. Nach der Logik dieser Regelung mussten die Mitgliedstaaten die Tarifverträge in anderen Branchen daher nicht auf entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erstrecken, konnten

¹³⁶ Gerner, NZS 2018, 302 (304) zu § 185 SGB III.

¹³⁷ Zieglmeier, DStR 2020, 1923 (1924).

¹³⁸ Unter der portugiesischen Ratspräsidentschaft soll der Vorschlag für die Richtlinie über angemessene Mindestlöhne weiter forciert werden: <https://www.2021portugal.eu/media/e0rjnvjdj/programme-for-the-portuguese-presidency-of-the-council-of-the-european-union-en.pdf>.

es aber unter der Bedingung, dass das Primärrecht gewahrt wurde.¹³⁹ Nunmehr geht die Richtlinie noch weiter und verzichtet in Art. 3 Abs. 1 auf einen Verweis auf den Anhang.

Dies hat der EuGH in der Rechtssache *Federatie Nederlandse Vakbeweging* nunmehr ausdrücklich bestätigt und in seine Rechtsprechung aufgenommen.¹⁴⁰ Durch die Streichung des Branchenbezugs sind nunmehr alle allgemeinverbindlichen Tarifverträge und/oder repräsentativen Tarifverträge auf entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer anzuwenden.¹⁴¹

Zuallererst transportiert die Neuregelung die Pflicht der Mitgliedstaaten, die Vorgaben der Entsenderichtlinie branchenunabhängig weiterzugeben.¹⁴² Der Gesetzgeber ist dem nachgekommen und hat § 3 AEntG entsprechend geändert.¹⁴³ Im Falle von Art. 3 Abs. 8 UAbs. 8 erscheint diese Pflicht nicht zwingend zu bestehen. Die Verwendung von „oder“ legt nahe, dass sich die Mitgliedstaaten dafür entscheiden können, zusätzlich auf allgemein wirksame oder repräsentative Tarifverträge zurückzugreifen.

Aus dem System lässt sich aber folgern, dass sich der Gedanke der Branchenunabhängigkeit in UAbs. 2 fortsetzt.

7.2 Verordnungsermächtigung mit Benennungsbefugnis

Die Bezugnahme auf Tarifverträge wird in aller Regel dazu führen, dass ausdifferenzierte Lohngitter beziehungsweise Entgeltstrukturen gegenüber dem Unternehmer zur Geltung kommen. Durch die dynamische Inbezugnahme der Tarifwerke stellt diese Form für Unternehmer die anspruchsvollste Form der Tariftreue dar.

7.2.1 Die Regelung durch Verordnung

Nach Art. 124 der Bremer Verfassung ist die Rechtssetzung durch Verordnung grundsätzlich zulässig, wenn sie zur Ausführung eines Gesetzes erforderlich ist und im Gesetz nichts anderes bestimmt ist.

7.2.2 Die Problematik des Lohngitters

7.2.2.1 Lohngitter als Entlohnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie

Soweit ersichtlich entspricht es nunmehr ganz herrschender Meinung, dass ausdifferenzierte Lohngitter mit Entgeltgruppen unter die Neufassung des Art. 3 Abs. 1 Spiegelstrich 1 lit. c) der Richtlinie 96/71/EG gefasst werden können.¹⁴⁴ Insbesondere *Krebber* weist auf die Neufassung der Richtlinie hin und zieht daraus den weitreichenden Schluss, dass Lohngitter unter die Regelung fallen.¹⁴⁵

¹³⁹ Klein/Schneider, SR 2019, 21 (27).

¹⁴⁰ EuGH, Urteil vom 1. Dezember 2020 – C-815/18 –, juris; vgl. auch: Greiner, in: BeckOK Arbeitsrecht, § 1 MiLoG Rn. 83.

¹⁴¹ Klein/Schneider, SR 2019, 21 (27).

¹⁴² Klein/Schneider, SR 2020, 21 (27).

¹⁴³ Regierungs- und Referentenentwurf sind abrufbar unter: <https://www.bmas.de/DE/Service/Gesetze/umsetzung-richtlinie-2018-957-zur-aenderung-der-richtlinie-96-71-eg-entsendung-von-arbeitnehmern.html> (Abruf: 23. Dezember 2020).

¹⁴⁴ Zimmer, AuR 2019, 152 (154); *Krebber*, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Auflage 2020; Kling, in: Immenga/Mestmäcker, § 128 GWB Rn. 33.

¹⁴⁵ *Krebber*, in: Franzen/Gallner/Oetker, Art. 3 RL 96/71/EG Rn. 15.

Die Neufassung der Richtlinie und der Abschied vom Minimalschutzargument führen dazu, dass solche Lösungen überkommen sind, die betonen, dass Lohngitter nicht auf einen sozialen Mindestschutz ausgerichtet, sondern vielmehr auf eine Regelung des Äquivalenzinteresses gerichtet seien.¹⁴⁶

7.2.2.2 Die Ausdifferenzierung der Lohngruppen

Für die Frage der Ausdifferenzierung der Tätigkeiten kommt der Legaldefinition in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 3 zentrale Bedeutung zu. Danach bestimmt sich der Begriff „Entlohnung“

„nach den nationalen Rechtsvorschriften und/oder nationalen Gepflogenheiten des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt ist, und umfasst alle die Entlohnung ausmachenden Bestandteile, die gemäß nationalen Rechts- oder Verwaltungsvorschriften oder durch in diesem Mitgliedstaat für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche oder durch Tarifverträge oder Schiedssprüche, die nach Absatz 8 anderweitig Anwendung finden, zwingend verbindlich gemacht worden sind.“

Das AEntG lässt Ausdifferenzierungen nach der Branche, der Art der Tätigkeit, der Qualifikation der Arbeitnehmerin beziehungsweise des Arbeitnehmers und Regionen zu.¹⁴⁷ Aus der Verwendung von „alle“ kann gefolgert werden, dass den Mitgliedstaaten eine Prärogative zukommt, welche Bestandteile zum Entgelt dazugehören und welche Elemente auf die Höhe des Entgelts einwirken. Dementsprechend sind insbesondere Lohngitter, die sich an der Tätigkeit und der Qualifikation orientieren, von der Richtlinie gedeckt.

7.2.2.3 Die Anforderungen nach Art. 56 AEUV

Franzen hat gegen die Implementierung eines Lohngitters angeführt, dass ein solches grenzüberschreitende Dienstleistungen erheblich erschweren. Die Dienstleistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten müssten ihre Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer für die Zeit der Arbeitsleistung im Zielstaat praktisch vollständig in die Entgeltstruktur des zwingenden Tarifvertrags einordnen. Das könnte von einem ausländischen Unternehmen kaum geleistet werden.¹⁴⁸

Aus dem System des Art. 3 der Richtlinie 96/71/EG folgt, dass das Unionsrecht die Befolgung des zwingenden Arbeitsrechts zu einer Voraussetzung des Marktauftritts macht. Wenn die Tariftreueregelung also die Voraussetzungen der Entsenderichtlinie erfüllt, müssten darüber hinaus bestehende Umstände hinzutreten, damit die Verhältnismäßigkeit infrage gezogen werden könnte. Insgesamt erscheint gerade die Ausweitung des Wortlauts eine deutliche Wertung für eine Konkretisierung der Dienstleistungsfreiheit an diesem Punkt.

7.2.2.4 Die fehlende Kompetenz für EU für die Entgeltgestaltung

Inhaltlich bestehen *im Ausgangspunkt* keine Vorgaben von Seiten der EU. Der EU kommt nach Art. 153 Abs. 5 AEUV schlicht keine Kompetenz für rechtliche Vorgaben hinsichtlich des Entgelts zu.

¹⁴⁶ Kainer, NZA 2016, 394 (400).

¹⁴⁷ Bayreuther, EuZA 2015, 346 (357).

¹⁴⁸ Franzen, NZA 2015, 338 (339).

7.2.3 Die Transparenz dynamischer Verweisungen

Während das bestehende System des § 10 TTVG als transparent eingeordnet wird,¹⁴⁹ stellt sich die Frage, ob die dynamische Benennung eines Tarifvertrags transparent ist. Problematisch an der bloßen Nennung von Tarifverträgen ist, dass der Inhalt der dann geltenden Regelungen nicht ohne Weiteres für die Normunterworfenen erkennbar ist. *Zimmer* etwa verlangt darüber hinaus auch die Veröffentlichung der Tarifverträge.¹⁵⁰

Im Vorfeld des Vergabeverfahrens stellt sich die Frage, wie Unternehmen von den Tarifbestimmungen Kenntnis nehmen können. Wenn die Verweisung dynamisch ist, muss darüber hinaus dafür Sorge getragen werden, dass der Unternehmer von den Änderungen Kenntnis erlangt.

Einen allgemeinen Anspruch auf Kenntnisnahme von Arbeitsbedingungen in Tarifverträgen kennt weder das Unionsrecht noch das nationale Recht. In der rechtspolitischen Diskussion konnte sich ein allgemeines Tarifregister nicht durchsetzen. § 6 TVG sieht zwar vor, dass beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales ein Tarifregister geführt wird, dies bezieht sich jedoch nur auf allgemeinverbindliche Tarifverträge.¹⁵¹ Das TVG enthält dementsprechend keine allgemeine Vorgabe, dass Tarifverträge öffentlich bekannt gemacht werden müssen.¹⁵²

Die Verpflichtung zur Zahlung des Landesmindestlohns und zur Abgabe der Tariftreueerklärung fällt in den Schnittbereich von drei unterschiedlichen Transparenzvorgaben (hier sogenannte Transparenzlinien):

- ▶ **1. Die vertragsrechtliche Transparenzlinie**
(§§ 307 Abs. 3 S. 2, 307 Abs. 1 S. 2 BGB, NachwG)
- ▶ **2. Die vergaberechtliche Transparenzlinie**
(§ 97 Abs. 1 S. 1 GWB, Art. 48 ff. RL 2004/18/EG)
- ▶ **3. Die entsenderechtliche Transparenzlinie**
(Rechtssache Sähköalojen ammattiliitto; Art. 5 RL 2014/67/EU)

7.2.3.1 Allgemein: Das Transparenzprinzip des Unionsrechts

Diese drei Linien lassen sich auf einen allgemeinen Grundsatz der Union zurückverfolgen. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der unionsrechtliche Grundsatz der Rechtssicherheit von jeder innerstaatlichen Stelle zu beachten, wenn diese mit der Anwendung des Unionsrechts betraut ist.¹⁵³ Der Grundsatz hat insbesondere für die Umsetzung einer Richtlinie Bedeutung. Die nationale Regelung genügt dem

¹⁴⁹ Zimmer, AuR 2019, 152 (155) unter Hinweis auf die Praxis in Bremen in Fn. 47.

¹⁵⁰ Zimmer, AuR 2019, 152 (156).

¹⁵¹ Franzen, in: ErfK, § 6 TVG, Rn. 1.

¹⁵² Franzen, in: ErfK, § 6 TVG, Rn. 1.

¹⁵³ EuGH, BeckRS 2019, 3848 Rn. 34.

Grundsatz, wenn die vollständige Anwendung der Richtlinie in hinreichend klarer und bestimmter Weise garantiert ist.¹⁵⁴

Das Transparenzgebot hat darüber hinaus auch eine die Grundfreiheiten verwirklichende Funktion. Der EuGH leitet aus Art. 56 AEUV grundlegend eine Transparenzpflicht ab und verknüpft diese mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Diskriminierungsverbot.¹⁵⁵ Fehlende Transparenz kann dann relevant sein, wenn sie hindernd wirkt, auf dem Markt eines anderen Mitgliedstaats Dienstleistungen zu erbringen. Der EuGH verlangt dabei ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse.¹⁵⁶

Die allgemeine Kenntnis von nicht veröffentlichten Tarifverträgen stellt aber kein Problem für diese Dimension dar, weil der Tarifvertrag per se keine Bedingung für die Dienstleistung des Unternehmens in dem Mitgliedstaat ist und die Kenntnis auch innerstaatlichen Unternehmen nicht gewährt wird.

Von dieser Dimension ist die Freiheit, an dem Sozialsystem teilzunehmen, zu trennen. Es kann für Marktteilnehmerinnen und -teilnehmer ohne Kenntnis von Tarifverträgen weniger attraktiv sein, an dem Tarifvertragssystem teilzunehmen. Hier verwirklicht sich indes nicht die Dienstleistungsfreiheit, sondern die kollektive Koalitionsfreiheit.

7.2.3.2 Die vertragliche Transparenz

Eine erste Näherung bieten die vertraglichen Transparenzvorgaben. Hierbei ist zwischen der vertraglichen Tariftreueerklärung und der arbeitsvertraglichen Verpflichtung des Arbeitgebers zu unterscheiden. Einmal muss dieser einen Tarifvertrag inhaltlich übernehmen, im zweiten Fall muss er Informationen gewähren, die er möglicherweise gar nicht hat.

Zunächst stellt sich die Frage, ob und wie Tarifverträge, zu deren Geltung man sich via AGB verpflichtet, zu Vertragsbestandteilen werden können. Die Richtlinie 93/13/EWG gilt grundsätzlich nicht, weil kein Verbraucher an dem Rechtsgeschäft beteiligt ist (vgl. Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 93/13/EWG). Das erscheint auch konsequent, weil die öffentliche Nachfrage – einmal abgesehen von Grauzonen – eine typische Materie des europäischen Vergaberechts ist. Die vertragsrechtliche Frage ist vielmehr allein auf der Grundlage des deutschen Rechts nach den §§ 305 ff. BGB zu beantworten.

Unschädlich ist aus der Warte des deutschen Rechts, dass der Vertrag mit einem Unternehmer geschlossen wird. Aus § 310 Abs. 1 BGB lässt sich folgern, dass zwar § 305 Abs. 2 BGB nicht zur Anwendung kommt, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB aber weiterhin Anwendung findet. Daher muss die Bestimmung dem Bestimmtheitsgebot entsprechen. Da die Tariftreueerklärung als AGB eingeordnet werden, liegt es nahe, auf die Grundlagen der Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB abzustellen. Das Transparenzgebot verpflichtet den Verwender allgemeiner Geschäftsbedingungen, Rechte und Pflichten seiner Vertrags-

¹⁵⁴ EuGH, EuZW 2007, 641 (643).

¹⁵⁵ EuGH, NZA 2016, 113 (115).

¹⁵⁶ EuGH, NZA 2016, 113 (114), dort Rn. 27.

partner möglichst klar und durchschaubar darzustellen.¹⁵⁷ Über § 307 Abs. 1 S. 2 BGB muss ein gewisser Grad an Vorhersehbarkeit erzeugt werden.¹⁵⁸

Dass es sich um einen Verweis auf einen Tarifvertrag durch Rechtsverordnung handelt, ist zunächst unschädlich. Auch wenn § 310 Abs. 4 S. 3 BGB Bezugnahmen auf Tarifverträge von der Inhaltskontrolle ausnimmt, bleibt es nach §§ 310 Abs. 4 S. 3, 307 Abs. 3 S. 2 BGB bei der Bestimmtheitskontrolle.

Für Arbeitsverträge bestimmt § 310 Abs. 4 S. 2 HS 2 BGB, dass keine Einbeziehungskontrolle stattfinden soll. Hintergrund ist der Schutz durch Information in Form des Nachweisgesetzes.

Dort ist in § 2 Abs. 1 Nr. 10 NachwG geregelt, dass ein in allgemeiner Form gehaltener Hinweis auf die Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen, die auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden sind, zu geben ist. Die herrschende Meinung versteht die Regelung so, dass nur auf den Tarifvertrag, nicht auf eine bestimmte Regelung hingewiesen werden müsse.¹⁵⁹

Diese Regelung stellt aber nach ihrer historischen Zwecksetzung keine alleinige Transparenzwertung im Arbeitsrecht dar. Vielmehr hat der Gesetzgeber die Regelung im Kontext des § 8 TVG getroffen. Nach dieser Norm sind die Tarifverträge im Betrieb an geeigneter Stelle auszulegen. Grund für diese Regelung war nach Ansicht des Gesetzgebers das „historisch gewachsene System“.¹⁶⁰

Vor diesem Hintergrund wird argumentiert, dass es nicht ausreicht, pauschal auf *alle einschlägigen Tarifverträge* zu verweisen, sondern die Tarifverträge auch benannt werden müssen.¹⁶¹ Spätestens mit der Neufassung des Unionsrechts in Form von Art. 4 Abs. 2 lit. n) der Richtlinie 2019/1152/EU dürfte diese Annahme zwingend sein. Die Regelung lautet:

„gegebenenfalls die Angabe der Kollektiv- bzw. Tarifverträge, in denen die Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers geregelt sind, oder bei außerhalb des Unternehmens durch einzelne paritätische Stellen oder Institutionen abgeschlossenen Kollektiv- bzw. Tarifverträgen: Angabe solcher Stellen oder paritätischen Institutionen, in deren Rahmen sie abgeschlossen wurden.“

Vordergründig scheint ein großer Unterschied zwischen der Transparenz gegenüber einem Unternehmer und der Transparenz gegenüber einer Arbeitnehmerin beziehungsweise einem Arbeitnehmer zu bestehen. Zusammen fallen diese Punkte jedoch spätestens bei der Frage, wie eine Bieterin oder ein Bieter die Nachweispflicht erfüllen soll, ohne Kenntnis von den Inhalten zu haben. Man kann schon aus dieser Perspektive die Nennung des einschlägigen Tarifvertrags als Mindestvoraussetzung ansehen.

Um seine vertraglichen Pflichten zu erfüllen, muss das Unternehmen daher nur in der Lage sein, den Tarifvertrag zu benennen. Diesen Anforderungen wird die Aufzählung in einer Rechtsverordnung gerecht.

¹⁵⁷ BGH, NJW 2016, 1575 (1576).

¹⁵⁸ Die Einbeziehungskontrolle wandert in die Inhaltskontrolle, vgl. Basedow, in: MünchKommBGB, § 305 Rn. 102.

¹⁵⁹ BAG, NZA 2020, 379 (384).

¹⁶⁰ BT-Drs. 13/668 S. 11.

¹⁶¹ Preis, in: ErfK, § 2 NachwG Rn. 23.

7.2.3.3 Die vergaberechtliche Transparenzlinie

Bedeutsamer für die Kenntnis von Tarifwerken ist, dass diese in Vergabekriterien Relevanz entfalten. Eine Transparenzpflicht besteht, wenn ein Unternehmen, das in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem der betreffende Dienstleistungsauftrag erteilt wird, ansässig ist, an diesem interessiert sein *kann*.¹⁶²

Weitergehend leitet der EuGH – in Übereinstimmung mit dem Sekundärrecht (vgl. Erwägungsgrund 90 der Richtlinie 2014/24/EU) – ab, dass die Bieterinnen und Bieter vorab über die Zuschlagskriterien zu informieren sind.¹⁶³ Dass auch die Gewichtung des Kriteriums von Interesse sein kann, ist vorliegend weniger von Bedeutung, weil der Zuschlag *nur* bei Abgabe der Tariftreueerklärung erfolgt.

Schwierig wird es erst, wenn Kenntnis über den Inhalt des Kriteriums selbst nicht frei verfügbar oder nur unter erheblichen Anstrengungen erlangt werden kann. Dann könnte das Nicht-Zurverfügungstellen der Information ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit darstellen.

a) Grundlagen des Vergabe-Transparenzgebots

Nach der Rechtsprechung des EuGH muss die Anwendung der das Vergabeverfahren betreffenden Vorschriften transparent sein. Der Grad der Öffentlichkeit muss angemessen sein. Erforderlich ist, dass der Grad der Öffentlichkeit zum einen eine Öffnung für den Wettbewerb und zum anderen die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind.¹⁶⁴ Der EuGH formuliert dies wie folgt:

„Das Transparenzgebot, das mit dem Gleichheitssatz einhergeht, soll nämlich im Wesentlichen gewährleisten, dass alle interessierten Wirtschaftsteilnehmer die Entscheidung über die Teilnahme an Ausschreibungen auf der Grundlage sämtlicher einschlägiger Informationen treffen können und die Gefahr von Günstlingswirtschaft und Willkür seitens des öffentlichen Auftraggebers ausgeschlossen ist. Es verlangt, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens klar, genau und eindeutig formuliert sind, sodass zum einen alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt die genaue Bedeutung dieser Informationen verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können und zum anderen dem Ermessen des öffentlichen Auftraggebers Grenzen gesetzt werden und dieser tatsächlich überprüfen kann, ob die Gebote der Bieter die für das betreffende Verfahren geltenden Kriterien erfüllen.“¹⁶⁵

b) Die primärrechtliche Transparenzforderung hinsichtlich Tarifverträgen

Gemessen an der Formel des EuGH zum Transparenzgebot zeichnet sich ein gemischtes Bild ab. Die Gefahr der Günstlingswirtschaft ist offensichtlich verringert, weil das Kriterium für alle Bieterinnen und Bieter gilt. Gleiches gilt für die Frage der Willkür. Das Gesetz gilt für alle Bewerberinnen und Bewerber gleichermaßen.

¹⁶² EuGH, NZBau 2011, 50 (52).

¹⁶³ EuGH, NZBau 2011, 50 (52).

¹⁶⁴ EuGH, NZA 2019, 521 Rn. 61.

¹⁶⁵ EuGH, NZA 2019, 521.

Allerdings hat die Frage, welche Arbeitsbedingungen das Unternehmen einhalten muss, offensichtlich Bedeutung für die Öffnung des Wettbewerbs. Eine Bewerberin oder ein Bewerber, der diese Kriterien nicht kennt, wird von der Abgabe eines Angebots möglicherweise abgehalten. Dass die tariflichen Arbeitsbedingungen keine relevanten Informationen darstellen, lässt sich nicht vertreten. Das hat gerade die Diskussion seit *Riiffert* gezeigt.

Dagegen ließe sich einwenden, dass diese Kriterien mitunter auch inländischen Unternehmen, mangels bundesweitem Tarifregister, nicht bekannt sind. Im Lichte des Systems des Art. 3 Abs. 8 in der dienstleistungsspezifischen Auslegung muss aber davon ausgegangen werden, dass der Tarifvertrag für einen repräsentativen Teil der Unternehmen gilt und diese über diese Informationen verfügen.

Auch wenn somit nicht alle tragenden Argumente auf das System der Tariftreueerklärung Anwendung finden, kann die Anwendung der Forderung nach vergaberechtlicher Transparenz nicht von der Tariftreueerklärung entfernt werden.

c) Die Konkretisierung durch die Richtlinie 2014/24/EU

Vor diesem Hintergrund kommt den Anforderungen der Richtlinie 2014/14/EU entscheidende Bedeutung zu. Die Richtlinie konkretisiert die primärrechtliche Forderung nach Transparenz und erhebt gemäß Art. 18 der Richtlinie 2014/24/EU die Transparenz zu einem zentralen Prinzip der Vergabe. In Abschnitt 2 werden dann die Anforderungen hinsichtlich Veröffentlichung und Transparenz näher beschrieben.

Art. 48 f. der Richtlinie 2014/24/EU verlangt in Verbindung mit Anhang V Teil C Nr. 17 und 18 die Nennung der Bedingungen für die Ausführung des Auftrags und der Kriterien, die über den Preis hinaus für die Bewertung des Zuschlags erforderlich sind. Erwägungsgrund 90 der Richtlinie 2014/24/EU nimmt diese Forderung auf. Danach soll durch den öffentlichen Auftraggeber die nötige Transparenz hergestellt werden, damit sich jede Bieterin und jeder Bieter angemessen über die Kriterien unterrichten kann. Der Erwägungsgrund lautet:

„Damit die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der Vergabe von Aufträgen sichergestellt wird, sollten öffentliche Auftraggeber verpflichtet werden, für die nötige Transparenz zu sorgen, sodass sich jeder Bieter angemessen über die Kriterien und Regelungen, die der Zuschlagsentscheidung zugrunde gelegt werden, unterrichten kann. Öffentliche Auftraggeber sollten daher verpflichtet werden, die Zuschlagskriterien und deren jeweilige relative Gewichtung anzugeben.“

Zwar ist die Einhaltung eines spezifischen Tarifvertrags das Kriterium. Für die Erfüllung dieser Anforderung kommt es jedoch darauf an, den jeweiligen Tariflohn zu zahlen. Die Forderung nach angemessener Kenntnisnahme von dem Kriterium in Form des Tarifvertrags setzt sich daher in der Kenntnisnahme von dem jeweiligen Tariflohn fort.

7.2.3.4 Die entsenderechtliche Transparenzlinie

Diese Position wird durch die vergaberechtliche Transparenzlinie weiter verstärkt.

a) Die Rechtssache *Sähköalojen ammattiliitto*

In der Rechtssache *Sähköalojen ammattiliitto* hat der EuGH – fast schon beiläufig – zu Art. 3 der Richtlinie 96/17/EG entschieden¹⁶⁶:

„Um jedoch dem Arbeitgeber, der seine Arbeitnehmer in diesen Mitgliedstaat entsendet, entgegengehalten werden zu können, müssen diese Vorschriften zwingend sein und den Anforderungen an die Transparenz entsprechen, was insbesondere bedeutet, dass sie zugänglich und klar sein müssen.“

Welche Bedeutung diese Transparenzvorgabe hat, hat der EuGH nicht beschrieben. Aus der Fallgestaltung lässt sich jedoch grundsätzlich folgern, dass das Transparenzerfordernis kein vergaberechtliches Transparenzgebot war. Der Fall war allein auf Grundlage der Richtlinie 96/71/EG zu lösen.

b) Das Transparenzerfordernis der Durchsetzungsrichtlinie

Die Durchsetzungsrichtlinie lässt den Geltungsbereich der Entsenderichtlinie unberührt und setzt Regeln für deren Anwendung und Durchsetzung (Art. 1), wobei der Fokus auf den Schutz der entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gelegt wird und die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit erleichtert werden soll (Art. 1 Abs. 2). Art. 5 der Richtlinie 2014/67/EU regelt, in einem eigenen Kapitel, in diesem Zusammenhang den besseren Zugang zu Informationen. Die Kernaussage enthält Art. 5 Abs. 1:

„Die Mitgliedstaaten ergreifen geeignete Maßnahmen, um zu gewährleisten, dass die Informationen über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gemäß Artikel 3 der Richtlinie 96/71/EG, die von Dienstleistungserbringern angewandt und eingehalten werden müssen, allgemein und kostenlos zur Verfügung gestellt werden, sowie in klarer, transparenter, umfassender und leicht zugänglicher Art und Weise durch Fernkommunikationsmittel und auf elektronischem Wege, und zwar in Formaten und nach Webzugangsstandards, die den Zugang für Personen mit Behinderungen sicherstellen, und um zu gewährleisten, dass die in Artikel 4 der Richtlinie 96/71/EG genannten Verbindungsstellen oder andere zuständige nationale Stellen in der Lage sind, ihre Aufgaben wirksam zu erfüllen.“

Die Regelung knüpft an den Bestimmungen an, die nach Art. 3 Richtlinie 96/71/EG allgemein gelten sollen und stellt weitreichende Transparenzanforderungen. In Erwägungsgrund 18 wird insbesondere auf für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge abgestellt und von den Mitgliedstaaten verlangt, dass diese – unter Wahrung der Tarifautonomie – zugänglich und transparent zur Verfügung gestellt werden. Diese Vorgabe kann nur so verstanden werden, dass es um den kompletten Vertragsinhalt hinsichtlich der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen geht. Allgemeiner formuliert Art. 5 Abs. 4 der Richtlinie 2014/67/EU wie folgt:

¹⁶⁶ EuGH, NZA 2015, 345 (347 ff.).

„Soweit ... die in Artikel 3 der Richtlinie 96/71/EG genannten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen ... in Tarifverträgen festgelegt sind, gewährleisten die Mitgliedstaaten, dass diese ... den Dienstleistungserbringern aus anderen Mitgliedstaaten und den entsandten Arbeitnehmern in einer zugänglichen und transparenten Art und Weise zur Verfügung gestellt werden, wobei sie sich um die diesbezügliche Einbeziehung der Sozialpartner bemühen. Die einschlägigen Informationen sollen insbesondere die unterschiedlichen Mindestlohnsätze und deren wesentliche Bestandteile, die Methode zur Berechnung des Entgelts und gegebenenfalls die maßgeblichen Kriterien für die Einstufung in die verschiedenen Lohngruppen umfassen.“

Diese Regelung bezieht sich auch auf Tarifverträge im Sinne von Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie 96/71/EG. Wichtig ist zunächst, dass die Bestimmung weniger auf die Tarifverträge in ihrer Vertragsform als auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen bezogen ist. Gefordert wird daher nicht die Überlassung einer Kopie des Tarifvertrags, sondern eine exakte Wiedergabe des Inhaltes, so er die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen enthält.

7.2.4 Zwischenergebnis

Das Bremer System gemäß BremVergV und TTVG wird auf der praktischen Seite durch das Bremer Tarifregister flankiert. Dieses führt eine Liste der maßgeblichen und repräsentativen Tarifverträge.¹⁶⁷ Den strengen Transparenzanforderungen wird daher durch eine aktualisierte Website und die Möglichkeit, via Telefon und E-Mail in Kontakt zu treten, genüge getan.

Im Lichte der Novelle der Entsenderichtlinie stellt sich die Frage, ob die Angabe von Lohngittern nunmehr zwingend erforderlich ist. Die Formulierung des Art. 5 Abs. 4 mit „gegebenenfalls“ deutet darauf hin, dass ein Lohngitter nicht zwangsläufig erforderlich ist. Enthält ein Tarifvertrag allerdings ein solches, müssen diese Informationen für Dienstleisterinnen und Dienstleister sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt werden.

Dass die Verordnung dynamisch ist, begründet nur auf den ersten Blick ein Problem. Denn dieses Problem wird primär durch Art. 3 der Entsenderichtlinie gelöst. Die Norm fordert Gleichbehandlung. Es ist Tarifverträgen aber immanent, dass sie einem steten Wechsel unterliegen. Ohne dynamische Verweise würden die Arbeitsbedingungen gleichbleiben, sich aber die Tarifverträge verändern. In diesem Fall kommt es zu einer Ungleichbehandlung mit den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern vor Ort. Eine starre Tariftreue und das dynamische Tarifvertragssystem werden ungleiche Arbeitsbedingungen zwangsläufig begründen.

7.3 Entgeltregelung unmittelbar durch Verordnung

Vergleicht man mit diesem Regelungsmodell eine Entgeltregelung allein über Verordnungen, so verläuft die inhaltliche Bewertung grundsätzlich parallel. In beiden Fällen kommt es zu einer Belastung des Unternehmers mit einem komplexen Lohngitter, welches im Falle einer Entsendung dem ausländischen

¹⁶⁷ https://www.wirtschaft.bremen.de/arbeit/arbeiten_in_bremen_bremerhaven/arbeitsrecht/publikationen-12160 (Abruf: 30. Dezember 2020).

Unternehmer Schwierigkeiten bereiten kann. Diese Schwierigkeiten führen jedoch nicht zur Verletzung von Art. 56 AEUV (siehe oben).

Die Entgeltsteuerung über Verordnungen löst sich dabei stark von dem eigentlichen Ansatz der Tariftreueerklärungen. Zu erwägen ist daher, ob die Richtlinie 96/71/EG (novelliert durch die Richtlinie 2018/957/EU) von dem Grundsatz des Vorrangs der Festlegung von Arbeitsbedingungen über Tarifverträge durchzogen ist. Die Richtlinie 2018/957/EU bestimmt jedoch in Erwägungsgrund 17, dass die Festlegung der Löhne und Gehälter in die alleinige Zuständigkeit der Mitgliedstaaten *und* der Sozialpartner fällt. Diese Bestimmung weist eindeutig in die Richtung, dass staatliche Regulierung und kollektive Verhandlung gleichberechtigt nebeneinanderstehen. Dieser Erwägungsgrund wurde in Kenntnis des Vorrangs von *BusinessEurope* zum Vorrang der Verhandlungen der Sozialpartner in die finale Fassung aufgenommen.¹⁶⁸

Freilich darf die Regelung nicht so weit gehen, dass sie nach Art. 1 Abs. 1a der konsolidierten Fassung der Richtlinie 96/71/EG das Recht verletzt, Tarifverträge auszuhandeln, abzuschließen und durchzusetzen oder kollektive Maßnahmen zu ergreifen.

Mit Blick auf Art. 3 der Entsenderichtlinie fällt die ausdrückliche Benennung von Entgelten unmittelbar unter Art. 3 Abs. 1, während die Benennung durch Verordnung unter Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 fällt. Es ist gewiss so, dass die Verordnung daher einfacher über Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie zu rechtfertigen ist, während die Benennung der Tarifverträge auf ein Feld trifft, das der EuGH noch nicht geklärt hat. Orientiert sich eine Regelung am Wortlaut des Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2, bestehen aber keine Zweifel an der rechtssicheren Umsetzung. Insofern wären diese Lösungen mit Blick auf die Rechtssicherheit gleichwertig.

¹⁶⁸ COM (2016) 128 final S. 6.

Teil E:

Frage 3: Rechtssichere Umsetzung

Im letzten Abschnitt soll es um die Frage gehen, wie die Gestaltungsmöglichkeiten möglichst rechtssicher umgesetzt werden können.

8 Änderung der Zweckbestimmung gemäß § 1 TTVG

Es empfiehlt sich, die Zweckbestimmung nach § 1 TTVG der Zweckbestimmung der Richtlinie 2018/957/EU anzupassen und neben den fairen Wirtschaftsbedingungen den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu nennen. Auf diese Weise kann gewährleistet werden, dass ein rein formelles Argument, das Gesetz diene gar nicht den Arbeitnehmerinteressen und verfolge somit nicht die Zwecke der Richtlinie, nicht durch den EuGH aufgegriffen wird.

9 Streichung der Binnenmarktklausel¹⁶⁹

Im Ausgangspunkt muss es darum gehen, die Streichung der Binnenmarktklausel in § 9 Abs. 2 TTVG und § 10 TTVG zu ermöglichen. Auch wenn eine unionsrechtskonforme Auslegung der §§ 9, 10 TTVG in Betracht kommt, empfiehlt es sich, bei der Neuregelung einen Passus aufzunehmen, um die Vorgaben des EuGH aus der Rechtssache *Bundesdruckerei* rechtssicher umzusetzen. Da eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass Tariftreueklauseln ebenfalls für den EuGH unverhältnismäßig wirken könnten, wenn sie zur Tarifgeltung im Ausland führten, empfiehlt es sich diesen Ansatz auch für Tariftreueerklärungen zu übernehmen. Eine entsprechende Regelung könnte im Plural verfasst werden. So bestimmt etwa § 9 Abs. 1 S. 3 BerlAVG¹⁷⁰:

„Diese Verpflichtungen gelten nicht, soweit die Leistungen von Auftragnehmern, Unterauftragnehmern und Verleihern von Arbeitskräften im Ausland erbracht werden.“

In dieser Formulierung ist allerdings noch nicht die entscheidende Differenzierung für Lieferaufträge enthalten. Hier erfolgen die Leistungen in aller Regel vor Ort und die Herstellungsarbeiten könnten im EU-Ausland erfolgen. Es empfiehlt sich daher die Regelung, um Herstellungsarbeiten zu ergänzen. Eine entsprechende Klausel könnte im Ausgangspunkt wie folgt lauten:

¹⁶⁹ Zimmer hat in AuR 2019, 152 (156) als eine Alternative vorgeschlagen, dass Landesvergaberecht nur auf Inländer anzuwenden. Dieser Gedanke wird angesichts des Gutachtauftrags nicht weiterverfolgt, er führt auch zu dem Problem der sogenannten Inländerdiskriminierung.

¹⁷⁰ Vgl. das Gesetz zur Änderung des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes und weiterer Rechtsvorschriften vom 22. April 2020, GVBl B 76 Nr. 18, S. 277.

„Diese Verpflichtungen gelten nicht, soweit die Leistungen **oder Herstellungsarbeiten** von Auftragnehmern, Unterauftragnehmern und Verleihern von Arbeitskräften im Ausland erbracht werden.“

Zuweilen wird eingewandt, die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Bundesdruckerei* betreffe keine Entsendekonstellation, sondern eher einen Fall des Outsourcings, und lasse daher keine Rückschlüsse für das Entsenderecht zu.¹⁷¹ Geht es um eine rechtssichere Rechtssetzung empfiehlt es sich jedoch, jedenfalls im Lichte des Art. 56 AEUV die Auslandsbeschäftigung einer vergleichbaren Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen, die aller Voraussicht gleich ausfiele.

10 Ausweitung des Anwendungsbereichs

Für die Ausweitung des Anwendungsbereichs von § 9 TTVG muss allein § 2 TTVG redaktionell verändert werden. Was die Tariftreue angeht, so muss zusätzlich zu § 9 Abs. 2 TTVG der einschränkende Passus in § 10 Abs. 1 S. 1 TTVG gestrichen werden:

~~... für Dienstleistungen oder Genehmigungen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs auf Straße und Schiene gemäß § 2 Absatz 2 sowie Bauaufträge im Sinne des § 103 Absatz 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ...~~

11 Vergabemindestlohn

Unter Beachtung der vorgenannten Besonderheiten sollten einem allgemeinen und branchenunabhängigen Vergabemindestlohn keine Bedenken entgegenstehen.

12 Tariftreue

In Anbetracht der Ausweitung des Anwendungsbereichs muss die Tariftreueklausel den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1, Abs. 8 UAbs. 2 der Richtlinie 96/71/EG entsprechen. Angesichts der neuesten Rechtsentwicklung spricht vieles dafür, dass sich die Entscheidung *Rüffert* in der gegebenen Form nicht wiederholen wird und eine ausgewogenere Entscheidung zu erwarten ist.

12.1 Die vergabespezifische Auslegung

Nach der sogenannten vergabespezifischen Auslegung bestehen keine Probleme für eine allgemeine Tariftreuepflicht. Die Tätigkeit bezieht sich auf die Leistung im Rahmen der Erfüllung des öffentlichen Auftrags und für diese gelten kraft § 10 TTVG die Tarifverträge allgemein. § 10 Abs. 3 TTVG hat für diese Lesart nur eine ordnende Funktion. Das Gutachten folgt dieser Lösung.

¹⁷¹ So Mankowski, RdA 2017, 273 (279).

12.2 Die unternehmensspezifische Auslegung

Folgt man dieser Lösung nicht: Nach der unternehmensbezogenen Auslegung bezeichnet die Tätigkeit nur die Ausführung. Somit muss der Tarifvertrag für diese Ausführung allgemeine Wirkung haben, nicht nur für die Ausführungen im Rahmen des Vergabeverfahrens. Für eine allgemeine Wirkung kommt es im Ausgangspunkt auf das nationale Recht an.

Das deutsche Recht billigt selbst einfachen Tarifverträgen eine normative Wirkung zu, die sogar sachthemenbezogen auf Außenseiter ausgedehnt wird. Breitenwirkung entfalten die Regelungen des Tarifvertrags zum einen über Bezugnahmeklauseln und zum anderen über das Vorbildprinzip des Mehrheitstarifvertrags nach § 4a TVG. Auf diese Weise können auch einfache Tarifverträge die Arbeitsbeziehungen in Deutschland prägen.

Dieses System wird durch § 10 Abs. 3 TTVG weiter ausgebaut. Durch die gesetzliche Regelung wird das Tarifwerk bestimmt, das repräsentativ sein soll. Die Repräsentativität bezieht sich nicht auf die Tariftreue, sondern auf die durch den Tarifvertrag erfassten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (§ 1 Abs. 2 BremVergV).

Dieses Verständnis stützt sich auf den weiten Umsetzungsspielraum, der den Mitgliedstaaten für das kollektive Arbeitsrecht zukommt. Dieser Umsetzungsspielraum ist erst dann verletzt, wenn die Regelung einen angemessenen Ausgleich zwischen rechtssicherer Ausübung der Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz vermissen lässt. Es gibt daher gute Gründe anzunehmen, dass eine Tariftreueklausel von Art. 3 Abs. 8 UAbs. 8 Spiegelstrich 1 gedeckt ist.

12.3 Umsetzung

Eine rechtssichere Umsetzung einer einfachen Tariftreuerklärung sollte sich an Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie 96/71/EG in der konsolidierten Fassung orientieren.¹⁷² Mit Blick auf die Bedeutung der Sozialpartner bietet es sich an, die Reihung umzudrehen:

Für international zwingend erklärt werden können danach

- ▶ ein Tarifvertrag, der von den auf nationaler Ebene repräsentativsten Organisationen der Tarifvertragsparteien abgeschlossen wurde und innerhalb des gesamten nationalen Hoheitsgebiets zur Anwendung kommt, oder
- ▶ ein Tarifvertrag, der für alle in den jeweiligen geografischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden gleichartigen Unternehmen allgemein wirksam ist.

Was auf den ersten Blick als wenig kreativ erscheinen mag, dominiert die Rechtssetzung im Bürgerlichen Recht und im Verbraucherrecht. Dahinter steht der Gedanke, dass über die starke Orientierung am Richtlinien-text die Problematik von der Frage der *Unvereinbarkeit der Regelung* mit dem Unionsrecht zu einer Frage der *unionsrechtskonformen Anwendung der Regelung* wechselt. Auf diese Weise bietet die Regelung Gewähr, als Auslegungsgrundlage sowohl für eine vergabespezifische als auch für eine unternehmens-

¹⁷² So wohl auch: Zimmer, AuR 2019, 152 (155).

spezifische Auslegung ausreichend Raum zu schaffen und im Falle einer Vorlageentscheidung des EuGH als unionsrechtskonforme Norm der einen oder anderen Auslegungsvariante als Grundlage zu dienen.

Im Lichte der *Quelle*-Entscheidung¹⁷³ des Bundesgerichtshofs könnte beispielsweise die (vorzugswürdige) vergabespezifische Interpretation in die Gesetzesbegründung übernommen werden und über die historische Auslegung die Gerichte binden. Selbst wenn befürchtet wird, dass diese Interpretation nicht durchdringt, könnten die Gerichte nach einer entsprechenden Entscheidung des EuGH die Norm unternehmensspezifisch interpretieren.

Eine andere Frage ist freilich, wie diese Regelung in das bestehende System aus TTVG und BremVergV einzufügen ist. Mit Blick auf die unionsrechtlichen Anforderungen bietet sich eine „schlanke“ Regelung an. Die Unterscheidung von Maßgeblichkeit und Repräsentativität nach § 10 Abs. 1 und § 10 Abs. 3 TTVG könnte aufgegeben werden.

*Öffentliche Aufträge für Dienstleistungen oder Genehmigungen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs auf Straße und Schiene gemäß § 2 Absatz 2 sowie Bauaufträge im Sinne des § 103 Absatz 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen werden nur an Unternehmen vergeben oder erteilt, die sich bei der Angebotsabgabe oder im Antrag auf Erteilung der Genehmigung schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung der Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung für die jeweilige Leistung **in einem repräsentativen Tarifvertrag** vorgesehene Entgelt (Tariflohn), einschließlich der Überstundenzuschläge, zum tarifvertraglich vorgesehenen Zeitpunkt zu bezahlen. In den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, welcher Tariflohn für die Leistung jeweils als maßgeblich im Sinne des Satzes 1 anzusehen ist; im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs erfolgt dies in der Vorabbekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union.*¹⁷⁴

(3) Gelten am Ort der Leistung mehrere Tarifverträge für dieselbe Leistung, so hat der Auftraggeber den Tariflohn eines repräsentativen Tarifvertrags zugrunde zu legen, der mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbart wurde. Haustarifverträge sind hiervon ausgenommen (2) Der Senat bestimmt durch Rechtsverordnung, in welchem Verfahren festgestellt wird, welche Tarifverträge als repräsentativ anzusehen sind. Die Rechtsverordnung kann auch die Vorbereitung der Entscheidung durch einen Beirat vorsehen; sie regelt in diesem Fall auch die Zusammensetzung des Beirats.

§ 1 BremVergV[{ könnte wie folgt geändert werden:

(1) Die Feststellung, welche Tarifverträge als repräsentativ im Sinne des § 10 Absatz 2 Satz 1 des Tariftreue- und Vergabegesetzes anzusehen sind, trifft vorbehaltlich des Absatzes 9 [Benennung der zuständigen Stelle]. Die Entscheidung wird durch den jeweils zuständigen Beirat vorbereitet.

¹⁷³ BGH, NJW 2009, 427 (429), in der Entscheidung wird eine verdeckte Lücke angenommen, wenn sich die Auffassung des Gesetzgebers im Nachhinein als unionsrechtswidrig herausstellt.

¹⁷⁴ Vgl. Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABl. L 315.

(2) Repräsentativ sind

- ein Tarifvertrag, der von den auf nationaler Ebene repräsentativsten Organisationen der Tarifvertragsparteien abgeschlossen wurde und innerhalb des gesamten nationalen Hoheitsgebiets zur Anwendung kommt, oder
- ein Tarifvertrag, der für alle in den jeweiligen geografischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden gleichartigen Unternehmen allgemein wirksam ist.

Sollte bei der Umsetzung Zweifel bestehen, dass die Regelung die vergabespezifische Interpretation trägt, könnte eine Regelung nach der hier vertretenen Lösung auch deutlicher verfasst werden. Insbesondere könnte eine deutlichere Regelung erwogen werden, wenn überhaupt nur ein allgemein wirksamer Tarifvertrag in Betracht kommt.

Die Regelungen zur Veröffentlichung und zum Beirat sollten beibehalten werden, weil sie gut mit dem Grundgedanken des Unionsrechts im Hinblick auf die Transparenz und die Stellung der Sozialpartner harmonisieren.

13 Benennungsbefugnis

Da die Benennungsbefugnis durch Rechtsverordnung nur auf Tarifverträge verweist und damit nicht selbst die Arbeitsbedingungen enthält, fällt sie nicht unter Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG. Die Benennungsbefugnis sollte sich daher ebenfalls an Art. 3 Abs. 8 der Entsenderichtlinie orientieren. § 10 TTVG könnte wie folgt gefasst werden:

~~Öffentliche Aufträge für Dienstleistungen oder Genehmigungen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs auf Straße und Schiene gemäß § 2 Absatz 2 sowie Bauaufträge im Sinne des § 103 Absatz 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen werden nur an Unternehmen vergeben oder erteilt, die sich bei der Angebotsabgabe oder im Antrag auf Erteilung der Genehmigung schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung der Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung für die jeweilige Leistung **in einem durch Rechtsverordnung benannten Tarifvertrag in seiner jeweiligen Form** vorgesehene Entgelt (Tariflohn), einschließlich der Überstundenzuschläge, zum tarifvertraglich vorgesehenen Zeitpunkt zu bezahlen. In den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, welcher Tariflohn für die Leistung jeweils als maßgeblich im Sinne des Satzes 1 anzusehen ist; im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs erfolgt dies in der Vorabbekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union. **Der Senat bestimmt durch Rechtsverordnung, in welchem Verfahren festgestellt wird, welche Tarifverträge durch Rechtsverordnung für maßgeblich erklärt werden können. Die Rechtsverordnung kann auch die Vorbereitung der Entscheidung durch einen Beirat vorsehen; sie regelt in diesem Fall auch die Zusammensetzung des Beirats.**~~

14 Lohngitter-Verordnung

Die Regelung einer Verordnung, die selbst die Lohnbestandteile enthält, fällt unter Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie. Sie ist deshalb mit Blick auf das Unionsrecht rechtssicher. Eine solche Regelung könnte lauten:

~~Öffentliche Aufträge für Dienstleistungen oder Genehmigungen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs auf Straße und Schiene gemäß § 2 Absatz 2 sowie Bauaufträge im Sinne des § 103 Absatz 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen~~ werden nur an Unternehmen vergeben oder erteilt, die sich bei der Angebotsabgabe oder im Antrag auf Erteilung der Genehmigung schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung der Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung für die jeweilige Leistung **in einer Rechtsverordnung** vorgesehene Entgelt (Tariflohn**verordnung**), einschließlich der Überstundenzuschläge, zum tarifvertraglich vorgesehenen Zeitpunkt zu bezahlen. In den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, welcher Tariflohn für die Leistung jeweils als maßgeblich im Sinne des Satzes 1 anzusehen ist; im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs erfolgt dies in der Vorabbekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union. Gegenstand der Tariflohnverordnung dürfen nur tarifvertragliche Bestimmungen sein, die im Zeitpunkt des Erlasses der Verordnung in Kraft sind. **Der Senat wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung das Verfahren für die Festlegung des Inhalts der Tariflohnverordnung zu bestimmen. Die Rechtsverordnung kann auch die Vorbereitung der Entscheidung durch einen Beirat vorsehen; sie regelt in diesem Fall auch die Zusammensetzung des Beirats.**

Teil F: Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Mindestlohn und Tariftreueerklärungen haben eine systemstabilisierende Wirkung für das Tarifvertragsrecht. Das Erfordernis der Tariftreueerklärung nimmt Anreize, sich durch schwächere Arbeitsbedingungen einen Vorteil im Bieterverfahren zu verschaffen.
2. Als soziales Kriterium sind die Bindung an und die Einhaltung von Mindestlöhnen und Tarifverträgen durch das nationale und europäische Vergaberecht grundsätzlich gedeckt. Arbeitsbedingungen stehen in einem klaren Zusammenhang mit der Erbringung des öffentlichen Auftrags. Es sind die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die die Handlungen vornehmen, die den öffentlichen Auftrag erfüllen.
3. Das Bremer TTVG regelt in § 9 TTVG einen Vergabemindestlohn und in § 10 TTVG das Erfordernis der Tariftreue.
 - a) Beide Regelungen sind von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gedeckt. Der Bund hat zwar Regelungen für das Vergabeverfahren gesetzt. Weder MiLoG noch GWB (vgl. § 129 GWB) sind aber abschließend konzipiert.
 - b) Art. 3, 9 Abs. 3 GG und Art. 12 GG stehen einem Vergabemindestlohn und der Tariftreue nicht entgegen. Diese Regelungen gelten für alle Teilnehmerinnen und Teilnehmer im Bieterverfahren, begründen keinen unzulässigen Beitrittsdruck und beschränken in verhältnismäßiger Weise die Unternehmerfreiheit.
 - c) Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *RegioPost* hat Vergabemindestlöhne für unionsrechtlich zulässig erklärt. Daran hat die Einführung des Mindestlohns nichts geändert. Das Unionsrecht löst den Konflikt der betroffenen Interessen nicht über das Konzept des Minimalsschutzes zugunsten der Dienstleistungsfreiheit auf. Vielmehr dürfen die Mitgliedstaaten positiv Vorgaben für die Entgeltgestaltungen machen.
 - d) Tariftreueerklärungen sind unionsrechtlich zulässig. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Rüffert* ist spätestens durch die Neufassung der Entsenderichtlinie überholt. Im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinie bezieht sich die Entsenderichtlinie denklogisch nur noch auf Tätigkeiten der Unternehmen für das Vergabeverfahren. Nur auf diese Weise kann ein Mitgliedstaat seine Umsetzungspflicht aus dem Vergaberecht und aus dem Entsenderecht erfüllen, ohne zugleich über den Anwendungsbereich des Vergaberechts hinaus den gesamten privaten Wirtschaftsverkehr harmonisieren zu müssen. Die Entscheidung *Rüffert* dürfte sich daher auch gerade aus dem Fehlen eines bundeseinheitlichen Mindestlohns erklären.
4. Bis zu einer Entscheidung des EuGH zur neuen Rechtslage der Entsenderichtlinie besteht für die Rechtssetzung Rechtsunsicherheit. Im Lichte der *Quelle*-Entscheidung des EuGH liegt eine Lösung nahe, die ausreichend Interpretationsspielraum für eine richtlinienkonforme Auslegung gibt. Die Vorstellungen des Gesetzgebers sollten daher ausdrücklich in die Drucksachen aufgenommen und können über die historische Auslegung zur Geltung gebracht werden.

Teil G: Literatur

- Barczak, Tristan; Mindestlohngesetz und Verfassung, RdA 2014, 290.
- Bayreuther, Frank; Begriff und Bestimmung des Mindestlohns im Entsenderecht, EuZA 2015, 346.
- Burgi, Martin/Dreher, Meinrad; Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2019.
- Byok, Jan; Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2016, NJW 2017, 1519.
- Däubler, Wolfgang; Der vergaberechtliche Mindestlohn im Fadenkreuz des EuGH – Auf dem Weg zu Rüffert II?, NZA 2014, 694.
- Däubler, Wolfgang/Heutschmid, Johannes; Tarifverträge nur für Gewerkschaftsmitglieder?, RdA 2013, 1.
- Faber, Markus; Die verfassungs- und europarechtliche Bewertung von Tariftreue- und Mindestentgeltregelungen in Landesvergabegesetzen, NVwZ 2015, 257.
- Franzen, Martin (Hrsg.)/Gallner, Inken (Hrsg.)/Oetker, Hartmut (Hrsg.); Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Auflage 2020.
- Franzen, Martin; Mindestlohn und tarifvertragliche Vergütungsbestandteile, NZA 2015, 338.
- Gerner, Thomas; Einführung eines vergabespezifischen Mindestentgelts für Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen nach dem SGB II oder SGB III – eine kleine „Revolution“ im Verborgenen, NZS 2018, 302.
- Germelmann, Claas Friedrich; Mindestlöhne und ILO-Kernarbeitsnormen: Kernprobleme und Perspektiven sozialer Sekundärziele im Vergaberecht, GewArch 2016, 60.
- Greiner, Stefan/Hennecken, Maria; Mindestlohnvorgabe bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, EuZA 2017, 317.
- Hartmann, Felix; Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im zweiten Halbjahr 2015 und im Jahr 2016, EuZA 2017, 154.
- Hau, Wolfgang/Poseck, Roman; BGB – Onlinekommentar, 56. Edition, Stand: 1.11.2020.
- Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen; Arbeitsrecht Kommentar, 9. Auflage 2020.
- Immenga, Ulrich (Hrsg.)/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.); Wettbewerbsrecht, Band 4: Vergaberecht, 6. Auflage 2021.
- Kainer, Friedemann; Mindestlohnregelungen im Lichte der europäischen Grundfreiheiten, NZA 2016, 394.
- Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut; Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2018.
- Klein, Thomas/Schneider, Alexander; Die Umsetzung der Entsenderichtlinie, SR 2019, 72.
- Klein, Thomas/Schneider, Alexander; Die Änderung der Entsenderichtlinie, SR 2019, 21.

- Kohte, Wolfhard; Die Umsetzung nachhaltiger und sozialer Wirtschaftsförderung auf Landesebene am Beispiel von Niedersachsen und Sachsen-Anhalt, Hannover 2012.
- Krause, Rüdiger; Perspektiven für eine Weiterentwicklung des Tariftreurechts, AuR 2020, 152.
- Latzel, Clemens; Soziale Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Richtlinie 2014/24/EU; NZBau 2014, 673.
- Löwisch, Manfred/Rieble, Volker; Tarifvertragsgesetz Kommentar; 4. Aufl. 2017.
- Mankowski, Peter; Die Unionsrechtskonformität des Mindestlohngesetzes – unter besonderer Berücksichtigung des grenzüberschreitenden Straßenverkehrs, RdA 2017, 273.
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl. München 2021.
- Pünder, Hermann/Schellenberg, Martin; Vergaberecht, 3. Auflage 2019.
- Rebhahn, Robert; Das Kollektive Arbeitsrecht im Rechtsvergleich, NZA 2001, 763.
- Rebhahn, Robert; Rechtsvergleichendes zur Tarifbindung ohne Verbandsmitgliedschaft; RdA 2002, 214.
- Riesenhuber, Karl; Die qualifizierten Rechtsquellen nach der Entsenderichtlinie – Dogmatik und Bedeutung für das Tariftreurecht; EuZA 2020, 423.
- Rödl, Florian; Bezifferte Mindestentgeltvorgaben im Vergaberecht, EuZW 2011, 292.
- Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Meißling, Miriam/Udsching, Peter; BeckOK Arbeitsrecht, 58. Edition, Stand: 1.1.2021.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina; Münchener Kommentar zum BGB, 2. Band, 8. Aufl. 2019.
- Siegel, Thorsten; Mindestlöhne im Vergaberecht und der EuGH, EuZW 2016, 101.
- Tietje, Teemu; Die Verfassungsmäßigkeit eines Tariftreueverlangens bei Bauauftragsvergabe, NZBau 2007, 23
- Ulber, Daniel; Legislative Einschätzungsprärogative im Arbeitsrecht; NZA 2016, 619.
- Wiedemann, Herbert/Thüsing, Gregor; Die Tariffähigkeit von Spitzenorganisationen und der Verhandlungsanspruch der Tarifvertragsparteien, RdA 1995, 280.
- Zieglmeier, Christian; Das reformierte Arbeitnehmer-Entsendegesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957, DStR 2020, 1923.
- Zimmer, Reingard; Berücksichtigung sozialer Standards im Vergaberecht: Auswirkungen der Revision der Entsenderichtlinie, AuR 2019, 152.



Mindestlohn und Tariftreue im Landesvergaberecht der Freien Hansestadt Bremen

Die Tarifbindung ist auch im Land Bremen in den letzten Jahren gesunken. Nur noch 18 Prozent der Betriebe und 57 Prozent der Beschäftigten sind tarifgebunden. Die rückläufige Tarifbindung hat negative Auswirkungen für die Beschäftigten. So verdienen Vollzeitbeschäftigte im Land Bremen rund zehn Prozent weniger, wenn ihr Betrieb nicht tarifgebunden ist.

Um die Tarifbindung wieder zu stärken, sollte auch die Landespolitik ihre Möglichkeiten zur Stärkung der Tarifbindung ausschöpfen. Wichtigster Ansatzpunkt wäre eine umfassende Tariftreuepflicht für Betriebe bei öffentlichen Aufträgen. Inwieweit dies rechtlich möglich ist, ist ein bundesweit viel-diskutiertes Thema. Daher hat die Arbeitnehmerkammer ein Rechtsgutachten in Auftrag gegeben. Das Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass eine umfassende Tariftreuregelung bei Bau- und Dienstleistungen möglich und rechtlich zulässig ist.



Arbeitnehmerkammer
Bremen

Bürgerstraße 1
28195 Bremen
Telefon 0421.3 63 01-0
Telefax 0421.3 63 01-89
info@arbeitnehmerkammer.de
www.arbeitnehmerkammer.de