



Ausschussdrucksache 21(11)31neu
vom 30. Oktober 2025

Schriftliche Stellungnahme
des Sachverständigen Prof. Dr. Rüdiger Krause

Öffentliche Anhörung
zu dem Gesetzentwurf

Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie durch die Sicherung von Tarif-
treue bei der Vergabe öffentlicher Aufträge des Bundes (Tariftreuegesetz)
BT-Drucksache 21/1941

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen vor dem Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages am 3. November 2025

Professor Dr. Rüdiger Krause (Georg-August-Universität Göttingen)

1. Ausgangslage

Nach Angaben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie wurden von der öffentlichen Hand in Deutschland im Jahr 2023 insgesamt knapp 200.000 Aufträge und Konzessionen mit einem Volumen von insgesamt über 123 Milliarden Euro vergeben. Hiervon entfielen auf die Bundesebene 22.155 Aufträge und Konzessionen (11,33 %) mit einem Volumen von fast 39 Milliarden Euro (31,58 %).¹ Die erhebliche Nachfragemacht der öffentlichen Hand bleibt nicht ohne Rückwirkung auf die tarifliche Lohnfindung im Hinblick auf diejenigen Unternehmen, die sich an Vergabeverfahren beteiligen. Betrachtet man zunächst die Rechtslage ohne eine Tariftreuerregelung, so stimuliert die grundsätzliche Vorgabe, den Zuschlag auf das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ (Art. 67 Abs. 1 RL 2014/24/EG) bzw. das „wirtschaftlichste Angebot“ (so § 127 Abs. 1 S. 1 GWB) zu erteilen, einen Lohnkostenwettbewerb zwischen den betroffenen Unternehmen. Hierdurch geraten tarifgebundene Unternehmen, die ihren Beschäftigten ein höheres tarifliches Entgelt gewähren, in einen Wettbewerbsnachteil gegenüber tarifungebundenen Unternehmen. Dies wiederum führt zu einem Druck auf die für die Lohnfindung in den tarifgebundenen Unternehmen zuständigen Tarifparteien, sich bei der Erhöhung von Arbeitsentgelten zurückzuhalten oder sie sogar zu senken, um die Erfolgchancen der betroffenen Unternehmen in späteren Vergabeverfahren zu erhöhen und die bei diesen Unternehmen bestehenden Arbeitsplätze zu sichern. Darüber hinaus wird für Unternehmen ein Anreiz geschaffen, von einer Tarifbindung abzusehen oder sich ihrer zu entledigen, um leichter zu niedrigeren Arbeitsentgelten gelangen und im Lohnkostenwettbewerb so eine bessere Startposition einnehmen zu können. Die traditionelle Ausgestaltung des Vergaberechts steht der Tarifautonomie als einem Freiraum, in dem Arbeitnehmer und Arbeitgeber ihre Interessengegensätze in eigener Verantwortung austragen können,² entgegen dem ersten Anschein also nicht neutral gegenüber. Vielmehr führt das Zuschlagskriterium der günstigsten Zweck-Mittel-Relation in den Bereichen, in denen Unternehmen in signifikantem Umfang an Vergabeverfahren teilnehmen, zu einem steten Druck auf die Tarifparteien in Richtung Lohnzurückhaltung.

Genau diesen aus der herkömmlichen Struktur des Vergaberechts resultierenden Mechanismen entgegenzuwirken ist das Ziel des geplanten Bundestariftreuegesetzes (BTTG-E), das dem Wettbewerb bei der Vergabe und Ausführung von öffentlichen

¹ Vergabestatistik – Bericht für das Gesamtjahr 2023, S. 6; abrufbar unter: https://www.bundeswirtschaftsministerium.de/Redaktion/DE/Downloads/Downloads-Publikationsliste/vergabestatistik-bericht-fuer-das-gesamtjahr-2023.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

² So BVerfG v. 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., BVerfGE 146, 71 (Rn. 146).

Aufträgen und Konzessionen des Bundes um diese Aufträge und Konzessionen einen veränderten rechtlichen Rahmen geben will. So soll zum einen der durch die Nachfragemacht der öffentlichen Hand hervorgerufene Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten unterbunden werden. Zum anderen soll der Anreiz für Unternehmen, die eigene Tarifbindung zu vermeiden bzw. abzustreifen, beseitigt werden, während sich der Gesetzgeber umgekehrt einen Anreiz erhofft, dass sich bislang außenstehende Unternehmen für eine Tarifbindung entscheiden. Hierdurch soll das mitgliedschaftliche Fundament des Tarifvertragssystems als Funktionsbedingung der Tarifautonomie gestärkt werden. Schließlich geht es darum, die sozialen Sicherungssysteme vor einer verstärkten Inanspruchnahme als Folge niedriger Arbeitsentgelte zu schützen und somit für deren finanzielle Stabilität zu sorgen.

Bewirkt werden soll dies alles dadurch, dass den Bundesauftraggebern vorgegeben wird, den Auftragnehmern als sog. Ausführungsbedingung verbindlich vorzuschreiben, den zur Leistungserbringung eingesetzten Beschäftigten mindestens bestimmte tarifgestützte Arbeitsbedingungen zu gewähren. Auf diese Weise wird insbesondere das tarifvertragliche Entgeltniveau als Wettbewerbsparameter neutralisiert. Hierbei ist ein zweistufiges Verfahren vorgesehen, wie dies auch schon aus dem Saarländischen Tariftreue- und Fairer-Lohn-Gesetz von 2021 bekannt ist. So nimmt die Tariftreueregelung des § 3 BTTG-E den relevanten Tarifvertrag nicht unmittelbar in Bezug. Stattdessen werden die in einem Branchentarifvertrag geregelten Arbeitsbedingungen zunächst in eine Rechtsverordnung überführt (§ 5 Abs. 1 S. 1 BTTG-E), um diese sodann zur Grundlage einer vergaberechtlichen Ausführungsbedingung zu machen („Verordnungsmodell“). Der jeweilige Branchentarifvertrag muss nicht von vornherein einen „marktprägenden“ Charakter haben. Vielmehr kommt es nur dann auf eine (relative) Repräsentativität an, wenn mehrere konkurrierende Branchentarifverträge existieren (vgl. § 5 Abs. 3 BTTG-E). Referenzgröße ist schließlich nicht der gesamte Inhalt des relevanten Tarifvertrags, sondern sind lediglich die Kernarbeitsbedingungen im Sinne des Arbeitnehmerentsendegesetzes (AEntG), nämlich Entlohnung, bezahlter Mindestjahresurlaub sowie Höchstarbeitszeit, Mindestruhezeiten und Ruhepausen (§ 5 Abs. 1 S. 2 BTTG-E). Gelten soll dies alles für Aufträge ab einem geschätzten Wert von 50.000 Euro (§ 1 Abs. 1 S. 1 BTTG-E), der damit deutlich unter den aktuellen Schwellenwerten des EU-Vergaberechts liegt.³ Zudem bestehen Einschränkungen für eine Auftragsdauer von nicht mehr als zwei Monaten (§ 5 Abs. 1 S. 3 BTTG-E).

2. Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes folgt grundsätzlich aus Art. 74 Nr. 11 GG („Recht der Wirtschaft“) i.V.m. Art. 72 Abs. 2 GG und wird zusätzlich durch § 129 GWB bestätigt (Festlegung von Ausführungsbedingungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge u.a. aufgrund von Bundesgesetzen). Dies steht im Einklang mit der

³ Vgl. Delegierte Verordnung (EU) 2025/2152.

Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 2006 zum früheren Berliner Vergabegesetz.⁴ Für den in § 4 BTTG-E geregelten zusätzlichen Anspruch von Arbeitnehmern gegen ihren Arbeitgeber auf die in einer Rechtsverordnung nach § 5 BTTG-E geregelten Arbeitsbedingungen ergibt sich die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Nr. 12 GG („Arbeitsrecht“).

3. Materielle Verfassungskonformität der Tariftreueregulation

Soweit es um die in Art. 9 Abs. 3 GG zu verortende negative individuelle Koalitionsfreiheit derjenigen Unternehmen geht, die sich über den Weg vergaberechtlicher Ausführungsbedingungen gegebenenfalls an tarifgestützte Rechtsverordnungen halten müssen, ist ein faktischer Zwang bzw. erheblicher Druck zum Beitritt zu dem den Tarifvertrag schließenden Arbeitgeberverband nicht ersichtlich. Insoweit lässt sich wiederum auf die entsprechenden Darlegungen in der Entscheidung des BVerfG zum früheren Berliner Vergabegesetz verweisen.⁵ An eine Heranziehung des Aspekts der negativen Koalitionsfreiheit wäre nur dann zu denken, wenn man der von Teilen des Schrifttums vertretenen Auffassung folgen würde, dass Art. 9 Abs. 3 GG nicht nur ein Fernbleiberecht enthält, sondern die Arbeitsvertragsparteien auch vor jeder Art von tarifbasierten Arbeitsbedingungen schützen will, die nicht mitgliedschaftlich legitimiert sind. Diese Konzeption entspricht allerdings nicht der ständigen Rechtsprechung des BVerfG und kann für eine Gesetzgebung deshalb nicht handlungsleitend sein. Entsprechendes gilt für die etwaige Überlegung, an die negative Koalitionsfreiheit der Beschäftigten anzuknüpfen, die davor „geschützt“ werden sollen, über den Weg des Vergaberechts von tarifgestützten Arbeitsbedingungen zu profitieren.

Weiter ist ein Eingriff in die positive Koalitionsfreiheit der Tarifvertragsparteien gemäß Art. 9 Abs. 3 GG unter dem Aspekt in Betracht zu ziehen, dass gegebenenfalls ein Tarifvertrag, an den der Auftragnehmer mitgliedschaftlich oder infolge eigenen Abschlusses gebunden ist, vergaberechtlich durch mittelbar aus anderen Tarifverträgen stammenden Arbeitsbedingungen überlagert wird, sofern der normativ anwendbare Tarifvertrag schlechtere Arbeitskonditionen vorsieht. Allerdings wird der Abschluss abweichender tarifvertraglicher Regelungen, bei denen es sich ausweislich des in § 4 Abs. 3 TVG verankerten Günstigkeitsprinzips nach der Konzeption des Tarifvertragsgesetzes ohnehin stets nur um Mindestarbeitsbedingungen handelt, durch die geplante Tariftreueregulation weder rechtlich noch faktisch verhindert. Vielmehr geht es lediglich darum, dass ein Arbeitgeber seinen Beschäftigten gegebenenfalls bessere (und damit insoweit übertarifliche) Konditionen gewähren muss, wenn er einen öffentlichen Auftrag ausführt. Insoweit unterscheidet sich die durch § 3 BTTG-E bezweckte Wirkung von der regelrechten Verdrängung anderer Tarifverträge, wie sie durch § 4a Abs. 2 S. 2 TVG oder durch § 8 Abs. 2 AEntG angeordnet wird und die durchaus als Beeinträchtigung mit der Wirkung eines Eingriffs

⁴ BVerfG v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202 (215 f.).

⁵ BVerfG v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202 (218 f.).

in die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Koalitionsfreiheit zu qualifizieren ist.⁶ So zeigt sich der Unterschied darin, dass der andere Tarifvertrag des Auftragnehmers im Hinblick auf diejenigen Arbeitnehmer, die nicht zur Auftragsausführung eingesetzt werden, weiterhin allein maßgeblich ist.

Ein noch weitergehendes Verständnis der positiven Koalitionsfreiheit, nach der es für einen Eingriff genügt, dass sich der Auftragnehmer nicht mit seinem eigenen Tarifvertrag erfolgreich am Vergabeverfahren beteiligen kann, wobei hierin eine faktische Verdrängung dieses Tarifvertrags zu sehen sei, findet jedenfalls in der Judikatur des BVerfG keine Stütze. Zudem würde ein solches Konzept die Frage aufwerfen, ob es nicht auch gerade umgekehrt auf eine faktische Verdrängung des der Tariftreueregelung zugrunde liegenden Branchentarifvertrags hinauslaufen würde, wenn das Vergaberecht nur auf das günstigste Angebot abstellen würde und Unternehmen, die an den Tarifvertrag mit den besseren Arbeitskonditionen gebunden sind, deshalb nicht zum Zuge kommen. Wenn aber jede Ausgestaltung des Vergaberechts, also einmal mit und einmal ohne Tariftreueregelung, zur Folge hat, dass einmal der Tarifvertrag mit den schlechteren Konditionen und einmal der Tarifvertrag mit den besseren Konditionen faktisch verdrängt wird, kann man schwerlich nur die erstgenannte Konstellation als einen Eingriff in die Koalitionsfreiheit begreifen, während die zweite Konstellation aus dem Schutzbereich der Koalitionsfreiheit stillschweigend ausgeklammert wird, man also mit anderen Worten nur den Unterbietungswettbewerb, nicht aber den Überbietungswettbewerb als von Art. 9 Abs. 3 GG geschützt ansieht. Diese Kontrollüberlegung zeigt, dass der Schutzbereich der positiven Koalitionsfreiheit nicht überdehnt und auf die Abwehr aller noch so entfernten negativen Einflüsse auf die tarifvertraglichen Inhalte erweitert werden sollte. Zu einer solchen Überdehnung käme es indes, wenn man der Koalitionsfreiheit das grundsätzliche Verbot entnehmen würde, das Vergaberecht so auszugestalten, dass an andere Tarifverträge gebundenen Arbeitgeber vorgegeben wird, den bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrags eingesetzten Beschäftigten – gemessen am für private Aufträge geltenden Niveau – übertarifliche Zulagen bzw. sonstige übertarifliche Arbeitsbedingungen zu gewähren, zumal die hierdurch entstehenden Zusatzkosten der Angebotskalkulation zugrunde gelegt werden können. Das BVerfG hat sich einem entsprechend weiten Verständnis der positiven Koalitionsfreiheit ersichtlich ebenfalls nicht geöffnet, wobei die insoweit einschlägige Passage in den Entscheidungsgründen allerdings nur kurz ausgefallen ist.⁷ Selbst wenn man dies anders sehen und ein umfassenderes Konzept der Koalitionsfreiheit annehmen würde, ließe sich der dann anzunehmende Eingriff in die Tarifautonomie mit den Überlegungen rechtfertigen, die das BAG im Hinblick auf den Ausschluss der Möglichkeit, die nach dem AEntG erstreckten Tarifnormen durch einen Tarifvertrag zu unterbieten,⁸ angeführt hat. Danach ist der Eingriff durch den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers gedeckt, der

⁶ Vgl. BVerfG v. 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., BVerfGE 146, 71 (Rn. 135).

⁷ Vgl. BVerfG v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202 (220).

⁸ Nunmehr geregelt in § 8 Abs. 2 AEntG.

mit dieser Regelung die positive Koalitionsfreiheit derjenigen Tarifvertragsparteien, welche die erstreckten Tarifnormen abgeschlossen haben, schützen will.⁹

Soweit es um die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG im Sinne der Arbeitsvertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien – und damit in erster Linie der Arbeitgeberseite – geht, lässt sich ein Eingriff in dieses Freiheitsrecht zwar bejahen, wie dies seinerzeit auch das BVerfG angenommen hatte,¹⁰ weil die Freiheit, die Arbeitsbeziehungen nach den eigenen Vorschlägen zu gestalten, zumindest beeinträchtigt wird und auch die Vereinbarung von Höchstbedingungen im Ausgangspunkt uneingeschränkter verfassungsrechtlicher Schutz genießt. Allerdings kann ein Gesetzgeber für Tariftreueregelungen verschiedene Gründe ins Feld führen, die einen solchen Eingriff verfassungsrechtlich im Ausgangspunkt rechtfertigen. Insoweit sind zu nennen: (1) Verhinderung von Unterbietungs- und Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten; (2) Schutz der betroffenen Arbeitnehmer; (3) Schutz der finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherung; (4) Bekämpfung von Arbeitslosigkeit; (5) Stabilisierung des Tarifvertragssystems insgesamt. Die Begründung des BTTG-E beruft sich auf die Ziele (1) sowie (3) bis (5), während das BVerfG seinerzeit (auch) auf das Ziel (2) abgestellt hatte.¹¹

Weiter ist das Ordnungsmodell geeignet, zumindest einen Teil der avisierten Ziele zu erreichen. Dies gilt insbesondere für die Vermeidung eines Lohnkostenwettbewerbs sowie für die Stabilisierung des Tarifvertragssystems. Stellt man diese Ziele in den Vordergrund, so lassen sich auch keine anderen Mittel identifizieren, mit denen dieselben Zwecke auf eine weniger eingriffsintensive Weise erreicht werden könnten. Denn es kann auch oberhalb des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns oder anderer Mindestentgelte nach dem AEntG noch zu einem durch das Vergaberecht geförderten Lohnkostenwettbewerb mit Verdrängungswirkung zu Lasten höherer tariflicher Standards kommen, dessen Unterbindung legitim ist. Insbesondere hat der Umstand, dass sich alle Tarifverträge bei isolierter Betrachtung auf eine Richtigkeitsvermutung berufen dürfen,¹² nicht zur Folge, dass sich niedrigere tarifliche Arbeitsbedingungen in jedem Fall durchsetzen müssten. Insoweit gilt nichts anderes als im Bereich des AEntG. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass das BVerfG dem Gesetzgeber auf dem Gebiet der Wirtschafts- und Sozialpolitik im Allgemeinen einen erheblichen Beurteilungs-, Prognose- und Gestaltungsspielraum im Hinblick auf die Tatsachengrundlage für eine gesetzgeberische Entscheidung sowie beim Ausgleich der sich gegenüberstehenden Rechte und Interessen zubilligt.

Wenn im vorliegenden Kontext teilweise das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) herangezogen wird, lässt sich auch dieser Verfassungsgrundsatz nicht erfolgreich gegen Tariftreueregelungen in Stellung bringen. Insoweit ist entscheidend, dass es an

⁹ BAG v. 25.6.2002 – 9 AZR 405/00, NZA 2003, 275 (281).

¹⁰ BVerfG v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202 (221 ff.).

¹¹ BVerfG v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202 (223 f.).

¹² Vgl. BVerfG v. 11.12.2024 – 1 BvR 1109/21, 1 BvR 1422/23, NZA 2025, 492 (Rn. 144).

einer normativen Ausdehnung der einschlägigen tariflichen Regelungen auf Nichtmitglieder fehlt. Vielmehr werden die jeweiligen Branchentarifverträge über den Weg von Rechtsverordnungen zu Ausführungsbedingungen erklärt, deren Einhaltung die Bieter vertraglich zusagen müssen, um im Rahmen eines öffentlichen Vergabeverfahren nicht von vornherein ausgeschlossen zu werden. Mit einer Delegation von Normsetzungsmacht auf außerstaatliche Akteure hat eine solche Ausgestaltung des Vergaberechts nichts zu tun. Insbesondere liegt rechtstechnisch keine dynamische Verweisung auf die Normen autonomer und nicht mitgliedschaftlich legitimierter Akteure vor. Da das BVerfG zwar die Grundrechte gegenüber faktischen Beeinträchtigungen mobilisiert, aber nicht das Demokratieprinzip auf Formen nichtstaatlicher faktischer Machtausübung anwendet, führt dieser Ansatz nicht weiter. Das BVerfG ist auf die vom BGH in seinem Vorlagebeschluss insoweit zum Berliner Vergabegesetz erhobenen Bedenken¹³ deshalb auch nicht eingegangen. Von daher erscheint es wenig wahrscheinlich, dass sich das BVerfG unter Berufung auf das Demokratieprinzip solchen Tariftreueregelungen entgegenstemmen wird, die als vergaberechtliche Ausführungsbedingungen konzipiert sind und die es den Bietern überlassen, ob sie sich vertraglich entsprechend binden wollen.

Unter dem Blickwinkel des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) sollten die Handlungsspielräume der Exekutive für die Festlegung von Normen möglichst eingeschränkt bzw. an klare Voraussetzungen gebunden werden. Diese Voraussetzung sind im Hinblick auf die Bestimmung des maßgeblichen Tarifvertrags beim Vorliegen konkurrierender Branchentarifverträge nach § 5 Abs. 3 BTTG-E mit dem Rekurs auf § 7 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 AEntG noch erfüllt.

4. Europarechtskonformität der Tariftreueregelung

Im Hinblick auf das Unionsrecht stehen vor dem Hintergrund der Rüffert-Entscheidung des EuGH zum früheren niedersächsischen Landesvergabegesetz die Arbeitnehmerentsende-Richtlinie 96/71/EG i.d.F. der Änderungsrichtlinie (EU) 2018/957 sowie die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 AEUV im Zentrum des Interesses.

Im Rüffert-Urteil hatte der EuGH bekanntlich ausgeführt, dass die Entsenderichtlinie den „Grad an Schutz“ festlegt, den der Aufnahmemitgliedstaat in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen zugunsten der von diesen in sein Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern abzuverlangen berechtigt ist,¹⁴ wobei er dieses Verständnis auf das Vergaberecht hatte durchschlagen lassen. Auf der Grundlage dieser Judikatur konnten daher in einem Mitgliedstaat wie Deutschland entsprechend Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 Spiegelstrich 2 RL 96/71/EG nur für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge, nicht aber sonstige Tarifverträge, vergaberechtlich vorgeschrieben werden.

¹³ Vgl. BGH v. 18.1.2000 – KVR 23/98 – NZA 2000, 327 (333).

¹⁴ EuGH v. 3.4.2008 – C-346/06 – Rn. 33, NZA 2008, 537.

Ob diese strenge Sichtweise auch innerhalb der vom EuGH entwickelten Konzeption vor dem Hintergrund der RegioPost-Entscheidung des EuGH zum seinerzeitigen rheinland-pfälzischen vergabespezifischen Mindestentgelt einerseits und der Novellierung der Entsenderichtlinie im Jahr 2018 andererseits aufrechtzuerhalten oder ob eine Weiterentwicklung jener Rechtsprechungsgrundsätze möglich ist, kann hier offenbleiben. § 3 BTTG-E knüpft für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen nämlich nicht unmittelbar an sonstige (nicht für allgemeinverbindlich erklärte) Tarifverträge an. Vielmehr werden die Kernarbeitsbedingungen wie erwähnt nach Maßgabe von § 5 BTTG-E zunächst in eine Rechtsverordnung überführt und anschließend die Einhaltung der auf diesem Wege festgelegten Vorgaben als eine vergaberechtliche Ausführungsbedingung vorgeschrieben. In formaler Hinsicht fällt diese Art von Arbeitsbedingungen daher unter Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 Spiegelstrich 1 RL 96/71/EG („Rechts- oder Verwaltungsvorschriften“) und nicht unter Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 Spiegelstrich 2 RL 96/71/EG („allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge ... oder durch Tarifverträge, die anderweitig nach Absatz 8 Anwendung finden“), sodass die fehlende Allgemeinverbindlichkeit der fraglichen Tarifverträge unerheblich ist. Dabei spielt der Umstand, dass es sich um staatliche Rechtsnormen handelt, die ausschließlich in einem vergaberechtlichen Kontext zur Anwendung kommen, keine Rolle, wie der EuGH im RegioPost-Urteil ausgeführt hat.¹⁵ Der EuGH hat bei seiner Würdigung eines landesrechtlichen Vergabemindestentgelts nämlich eine Verschränkung mit dem europäischen Vergaberecht vorgenommen und aus Art. 26 der allgemeinen Vergaberichtlinie 2004/18/EG (mittlerweile Art. 70 RL 2014/24/EU) abgeleitet, dass der Aufnahmemitgliedstaat nicht gehindert ist, für den spezifischen Fall der Vergabe eines öffentlichen Auftrags das nach Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. c RL 96/71/EG garantierte Schutzniveau im Hinblick auf Mindestlöhne (nunmehr weiter gefasst durch den Begriff Entlohnung) festzulegen.¹⁶ Folglich steht der Kohärenzgedanke, der für die Missbilligung des seinerzeitigen niedersächsischen Vergabegesetzes im Rüffert-Urteil noch leitend gewesen war,¹⁷ vergabespezifischen und damit partikularen Regelungen nicht mehr im Wege.

Immerhin kann man die Frage aufwerfen, ob es eine Art „Rechtsformmissbrauch“ darstellt, wenn ein Mitgliedstaat Rechts- oder Verwaltungsvorschriften einführt, mit denen er Arbeitsbedingungen nicht eigenständig schafft, sondern lediglich tarifliche Standards übernimmt. Nun ist der Gedanke der missbräuchlichen Nutzung einer eingeräumten Befugnis dem EuGH nicht fremd, wird aber doch ausgesprochen restriktiv gehandhabt, wie die Entscheidung im Vertragsverletzungsverfahren über die Novellierung der Entsenderichtlinie zeigt, mag es dort auch um die Überprüfung einer Maßnahme des Unionsgesetzgebers und nicht der Maßnahme eines Mitgliedstaats gegangen sein.¹⁸ Wenn sich ein Mitgliedstaat bewusst dafür entscheidet, die in einem

¹⁵ EuGH v. 17.11.2015 – C-115/14 – Rn. 63 ff., NZA 2016, 155.

¹⁶ EuGH v. 17.11.2015 – C-115/14 – Rn. 66, NZA 2016, 155.

¹⁷ Vgl. EuGH v. 3.4.2008 – C-346/06 – Rn. 38 ff., NZA 2008, 537.

¹⁸ EuGH v. 8.12.2020 – C-620/18 – Rn. 82, NZA 2021, 113.

einschlägigen Branchentarifvertrag ausgehandelten Arbeitsbedingungen in eine Rechtsverordnung zu übernehmen, die wiederum die Grundlage für eine vergaberechtliche Ausführungsbedingung bildet, kann darin schwerlich ein Rechtsmissbrauch gesehen werden, weil der Tarifvertrag in einer solchen Konstellation nur als Referenzgröße dient.

Ferner ergeben sich auch unter dem allgemeineren Blickwinkel der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) letztlich keine durchgreifenden Bedenken. Dabei kann es dahinstehen, ob neben der Vergaberichtlinie und der Entsenderichtlinie noch eine eigenständige Prüfung der Dienstleistungsfreiheit zulässig ist oder ob diese Regelungen nur im Lichte der Dienstleistungsfreiheit zu interpretieren sind. Jedenfalls lässt sich nicht bestreiten, dass die Regelungen im BTTG-E über die Tariftreue in grenzüberschreitenden Konstellationen eine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit darstellen, weil sie ausländische Auftragnehmer daran hindern, ihre Lohnkostenvorteile im Rahmen eines Vergabeverfahrens auszuspielen. Diese Einschränkung kann jedoch durch den Arbeitnehmerschutz als einem zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden.

In diesem Zusammenhang könnte man zwar zunächst daran denken, eine zur Unzulässigkeit führende Inkohärenz des Schutzes daraus herzuleiten, dass die aktuell in Rede stehende Tariftreueregelung – anders als in der RegioPost Entscheidung – auf verschiedene branchenspezifische Mindestentgelte hinausläuft, die betroffenen Arbeitnehmer also kein einheitliches vergabespezifisches Mindestentgelt erhalten sollen. Wenn das Entsenderecht als Konkretisierung des Ausgleichs von Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz aber ausweislich von Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 Spiegelstrich 2 RL 96/71/EG keine Probleme damit hat, dass es verschiedene für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge geben kann, in denen unterschiedliche Lohnsätze vorgesehen sind, wäre es inkonsequent, für die alternativ vorgesehene Regelungsform der Rechtsvorschrift einen einheitlichen Mindestlohn zu fordern und nicht auch branchenspezifisch unterschiedliche Mindestentgelte zuzulassen.

Weiter ist nicht zu übersehen, dass es in Deutschland im Gegensatz zur Situation im Zeitpunkt der RegioPost-Entscheidung mittlerweile einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn gibt. Dass die Existenz eines gesetzlichen Mindestlohns aber nicht automatisch zur Unverhältnismäßigkeit der Vorgabe von tarifgestützten Standards im Rahmen von Vergabeverfahren führt, lässt sich wiederum aus der Systematik der Entsenderichtlinie ableiten, die in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 Spiegelstrich 1 und 2 RL 96/71/EG ersichtlich davon ausgeht, dass auf entsandte Arbeitnehmer trotz des Vorhandenseins eines gesetzlichen Mindestlohns für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge über Kernarbeitsbedingungen zur Anwendung gebracht werden können, ohne dass darin eine für den Arbeitnehmerschutz nicht erforderliche und daher unverhältnismäßige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gesehen werden könnte. Insoweit kann nichts anderes gelten als beim ebenfalls zum harten Kern der Arbeitsbedingungen gehörenden bezahlten Mindestjahresurlaub, für den der EuGH

bereits entschieden hat, dass die Existenz eines gesetzlichen Mindestschutzes der entsendungsrechtlichen Anwendbarkeit besserer tariflicher Arbeitsbedingungen nicht entgegensteht, der dadurch bewirkte zusätzliche Arbeitnehmerschutz also nicht etwa eine unverhältnismäßige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt.¹⁹

Schwieriger ist die Situation lediglich in den Fällen, in denen es einen (niedrigeren) Lohnsatz nach dem AEntG gibt, weil der EuGH sowohl in der Rüffert-Entscheidung²⁰ als auch in der RegioPost-Entscheidung²¹ u.a. auf das seinerzeitige Fehlen eines entsprechenden niedrigeren Mindestlohns abgestellt hat. Wenn man die Ausführungen des EuGH über die spezifisch vergaberechtliche Einbettung von – landesrechtlichen – Mindestentgelten als Ausführungsbedingungen und ihre Emanzipation von dem durch das Arbeitnehmerentsenderecht generell gewährleisteten Mindestschutz²² konsequent zu Ende denkt, dann können diejenigen Mindestentgeltbestimmungen in Deutschland, die allgemein für das Arbeitnehmerentsenderecht gelten, aber nicht zur Folge haben, dass keine höheren vergabespezifischen Arbeitsbedingungen als Voraussetzung für die Ausführung öffentlicher Aufträge verlangt werden dürfen. Zudem wird dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz durch die verminderte Bindungsintensität bei einer Auftragsdauer von lediglich bis zu zwei Monaten (vgl. § 5 Abs. 1 S. 3 BTTG-E) noch weiter Rechnung getragen. Allerdings besteht in diesen Gestaltungen durchaus ein gewisses Restrisiko eines Verstoßes gegen die Dienstleistungsfreiheit.

Nicht unerwähnt bleiben sollte auch die in der Entscheidung zum Vertragsverletzungsverfahren über die Novellierung der Arbeitnehmerentsenderichtlinie zum Ausdruck kommende Tendenz des EuGH, jedenfalls dem europäischen Gesetzgeber beim Austarieren von Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz einen ausgesprochen großen Ermessensspielraum zuzubilligen.²³ Zwar legt der EuGH bei mitgliedstaatlichen Regelungen im Allgemeinen strengere Maßstäbe an, um dem Binnenmarktkonzept widersprechenden Tendenzen zur Marktabstottung entgegenzuwirken. Gerade die Entsenderichtlinie ist aber ein Sonderfall, indem sie nicht selbst unionsweite materielle Arbeitsbedingungen aufstellt, sondern lediglich als eine Art Kollisionsrecht die Anwendung des Herkunftslandrechts und des Ziellandrechts koordiniert. Damit wirkt sich der großzügige Kontrollmaßstab des EuGH gegenüber einem europäischen Regelungsakt, der die Abwägung zwischen Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz zugunsten des Arbeitsortprinzips verschiebt, im Ergebnis zugunsten einer weitergehenden Zulässigkeit mitgliedstaatlicher Maßnahmen zur Vermeidung gespaltener Arbeitsmärkte aus, auch wenn das Binnenmarktziel hierdurch reflexartig geschwächt wird.

¹⁹ EuGH v. 25.10.2001 – C-49/98 u.a. – Rn. 57 ff., NZA 2001, 1377.

²⁰ EuGH v. 3.4.2008 – C-346/06 – Rn. 40, NZA 2008, 537.

²¹ EuGH v. 17.11.2015 – C-115/14 – Rn. 62, 76, NZA 2016, 155.

²² Vgl. EuGH v. 17.11.2015 – C-115/14 – Rn. 66, NZA 2016, 155.

²³ EuGH v. 8.12.2020 – C-620/18 – Rn. 41 f., 61 ff., 122 ff., NZA 2021, 113.

Im Übrigen hat der EuGH in der HOAI-Entscheidung (im Rahmen der insoweit funktional vergleichbaren Einhaltung der Dienstleistungs-Richtlinie 2006/123/EG) hervorgehoben, dass die Beweislast für einen Mitgliedstaat, der sich auf einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses beruft, für die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht so weit geht, dass er positiv belegen müsse, dass sich dieses Ziel mit keiner anderen vorstellbaren Maßnahme unter den gleichen Bedingungen erreichen ließe, wobei der EuGH insoweit die verbleibende Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten betont.²⁴ Allerdings hat der EuGH zugleich zum Ausdruck gebracht, dass die Vorlage von Studien, mit denen die zur Legitimation einer Einschränkung von Freiheiten behaupteten empirischen Wirkungszusammenhänge bewiesen oder zumindest plausibilisiert werden sollen, die Feststellung einer Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erleichtert,²⁵ während der EuGH in anderen Fällen einer Einschränkung von Grundfreiheiten (konkret: Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 34 AEUV) sogar explizit (rechtstatsächliche) Untersuchungen der Mitgliedstaaten zum Beweis der vorgebrachten Rechtfertigungsgründe fordert.²⁶ Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, zur Absicherung der europarechtlichen Zulässigkeit für eine möglichst umfassende und nachvollziehbare Datengrundlage insbesondere im Hinblick auf das Phänomen eines ansonsten herrschenden Unterbietungs- und Verdrängungswettbewerbs über die Lohnkosten zu sorgen.

²⁴ EuGH v. 4.7.2019 – C-377/17 – Rn. 64, NJW 2019, 2529.

²⁵ EuGH v. 4.7.2019 – C-377/17 – Rn. 83, NJW 2019, 2529.

²⁶ EuGH v. 19.10.2016 – C-148/15 – Rn. 35 f., NJW 2016, 3771.