

Professor Dr. Meinrad Dreher, LL.M.

Lehrstuhl für Europarecht, Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung,
Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften

An den
Präsidenten des Landtags
von Nordrhein-Westfalen
Postfach 10 11 43

40002 Düsseldorf



Telefon: +49 (0) 6131 39- 25672
Telefax: +49 (0) 6131 39- 25675
E-Mail: m.dreher@uni-mainz.de
Homepage: www.jura.uni-mainz.de/~dreher

Postanschrift: Haus Recht und Wirtschaft
D-55099 Mainz

Liefer- und
Besucher-
anschrift: Haus Recht und Wirtschaft
Jakob-Welder-Weg 9
2. Stock, Zi. 02-240
D-55128 Mainz

22.10.2002

Sehr geehrter Herr Präsident,

indem ich auf Ihr Schreiben vom 4. Oktober 2002 Bezug nehme, übermittle ich zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen betreffend das Gesetz zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen im Land Nordrhein-Westfalen (Tariftreuegesetz Nordrhein-Westfalen – TariftG NRW), Gesetzentwurf der Landesregierung, Drucksache 13/2965, anliegende Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Meinrad Dreher

Telefon: +49 (0) 6131 39- 25672
Telefax: +49 (0) 6131 39- 25675
E-Mail: m.dreher@uni-mainz.de
Homepage: www.jura.uni-mainz.de/~dreher

Postanschrift: Haus Recht und Wirtschaft
D-55099 Mainz

Liefer- und Besucher-
anschrift: Haus Recht und Wirtschaft
Jakob-Welder-Weg 9
2. Stock, Zi. 02-240
D-55128 Mainz

22.10.2002

**Öffentliche Anhörung des Landtags Nordrhein-Westfalen
zu dem Gesetzentwurf der Landesregierung
(Drucksache 13/2965)
„Gesetz zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen
Aufträgen im Land Nordrhein-Westfalen
(Tariftreuegesetz Nordrhein-Westfalen – TariftG NRW)**

Stellungnahme

**I. Die landesrechtliche Neuauflage des gescheiterten Tariftreuegesetzes
des Bundes**

Der Gesetzentwurf deckt sich im wesentlichen mit demjenigen, den das Land Nordrhein-Westfalen im Jahre 2001 im Bundesrat eingebracht und der zur Vorlage eines entsprechenden, inzwischen gescheiterten Tariftreuegesetzes der Bundesregierung geführt hatte. Der neue nordrhein-westfälische Gesetzentwurf ist daher in gleicher Weise den bereits zu diesem Gesetzentwurf der Bundesregierung geäußerten Bedenken ausgesetzt (vgl. öffentliche Anhörung des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Technologie betr. Tariftreue im Vergaberecht vom 25. Februar 2002). Im einzelnen handelt es sich dabei unter anderem um folgende Bedenken:

II. Die rechtspolitische und rechtstatsächliche Bewertung der Bindung von Auftragnehmern an ortsübliche Tarife

1. Die sachfremde Politisierung der Vergabetätigkeit der öffentlichen Hand führt zu einem „Vergabeerschwerungsgesetz“

Die gesetzliche Bindung von – potentiellen – Auftragnehmern im Bereich der Bau- und Nahverkehrswirtschaft an Tarife, die am Ort der Leistungsausführung einschlägig sind, instrumentalisiert das Vergaberecht zu sachfremden Zwecken. Ziel des Vergaberechts ist es, öffentliche Gelder zur wirtschaftlichsten Beschaffung von Leistungen im Wettbewerb einzusetzen. Mit diesem Ziel hat der Schutz von tarifgebundenen Arbeitsplätzen im Inland vor ausländischer Konkurrenz mit „Niedriglohnkräften“ nichts zu tun. Derartige vergabefremde Ziele sollten schon aus ordnungspolitischer Sicht nicht verdeckt über das Vergaberecht, sondern – soweit politisch gewünscht und rechtlich möglich – direkt verfolgt werden. Die praktische Anwendung eines Tariftreuegesetzes kompliziert und erschwert die Vergabetätigkeit der öffentlichen Hand enorm. Bei den geplanten Neuregelungen handelt es sich der Sache nach daher um ein Vergabeerschwerungsgesetz.

2. Das Tariftreuegesetz als „Haushaltsdefizitvergrößerungsprogramm Nordrhein-Westfalen“

Die vorgeschlagene Tariftreuregelung führt unbestritten und unbestreitbar zu einer Verteuerung des Leistungseinkaufs der öffentlichen Hand. Der Gesetzentwurf selbst nennt eine Verteuerung von 5 %. Dies schlägt insbesondere im Bereich der Bauaufträge auf die ohnehin hoch defizitären öffentlichen Haushalte durch. Eine Weitergabe an Dritte wie die Nutzer öffentlicher Nahverkehrsdienste ist hier nämlich nicht möglich.

Teurere Leistungsbeschaffung im Bereich des ÖPNV wird dagegen entweder über höhere Fahrpreise zur Abkehr vom Nutzungsgrad und damit vom Umweltziel oder zu höheren Subventionen und damit zu höheren Belastungen des Landes und der Kommunen führen.

Im Bereich der Bauaufträge bringt ein Tariftreuegesetz ohnehin neue finanzielle Belastungen von Bund, Ländern und vor allem Gemeinden, die den größten Teil der Bauinvestitionen tätigen, mit sich. Dies bedeutet entweder ein geringeres Investitionsvolumen oder größere Haushaltsdefizite. Diese Nachteile könnten sich infolge zusätzlicher Kosten für Durchführung und Überwachung der Regelungen auf bis zu ca. 10 % des Bauvergabevolumens belaufen.

3. Das Tariftreuegesetz als „Arbeitsplatzvernichtungsprogramm Ostdeutschland“

Im Hinblick auf das besonders hohe Lohnniveau in Westdeutschland im Verhältnis zu dem Lohnniveau der neuen Bundesländer schädigen Tariftreuregelungen

Bieter aus den ostdeutschen Bundesländern bei Vergaben in Nordrhein-Westfalen. Ostdeutsche Unternehmen – im Baubereich betrifft dies zumindest das Ausbaugewerbe und das tarifvertraglich nicht gebundene Bauhauptgewerbe – verlieren gegenüber ihren westdeutschen Konkurrenten den regelmäßig einzigen Wettbewerbsvorteil eines niedrigeren Lohnniveaus. Im Ergebnis stellen Tariftreueverlangen der geplanten Art daher zugleich ein Arbeitsplatzvernichtungsprogramm Ostdeutschland dar.

4. Das Tariftreuegesetz als „EU-Ausländer-Abschreckungsprogramm“

Eine Bindung von Auftragnehmern an ortsübliche Tarife würde angesichts des hohen Lohnniveaus der Bau- und Nahverkehrswirtschaft in Nordrhein-Westfalen zu ganz erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen für EG-ausländische Bieter in entsprechenden Vergabeverfahren führen. Diese Unternehmen, deren entscheidender Wettbewerbsvorteil ebenfalls in niedrigeren Löhnen liegt, hätten in Nordrhein-Westfalen kaum mehr Wettbewerbschancen. Trotz ständiger Bekenntnisse der Politik zum gemeinsamen europäischen Markt ist dies die gewollte Folge der derzeitigen Gesetzgebungspläne. Das protektionistische, wettbewerbsverhindernde Tariftreueverlangen wirkt sich im Verhältnis von Deutschland als Hochlohnland zu anderen Mitgliedstaaten der EU als Niedriglohnländern notwendig in gleicher Weise aus wie es sich im Verhältnis von westdeutschen Hochlohn- zu ostdeutschen Niedriglohnländern auswirken wird. Gerade dies verbietet jedoch das auf Marktöffnung ausgerichtete Europarecht des EG-Vertrags mit der Gewährleistung der Grundfreiheiten.

III. Die europarechtliche Bewertung der Bindung von Auftragnehmern an ortsübliche Tarife

1. Der Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EG-Vertrag

a) Das Europarecht verbietet einerseits den protektionistisch motivierten Schutz heimischer Unternehmen vor ausländischer Konkurrenz. Es läßt andererseits grundsätzlich Maßnahmen zu, die zum Schutz von Arbeitnehmern Lohnunterschieden zwischen den Mitgliedstaaten begegnen. Dieser Schutz ist über Mindestlohnregelungen zu erzielen. Für in Deutschland tätige ausländische Arbeitnehmer verfolgt dieses Ziel das Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG).

b) Die vorgeschlagenen Regelungen zur Einhaltung ortsüblicher Tarife sind mit derartigen Mindestlohnregelungen nicht vergleichbar. Sie sind an der Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EG-Vertrag zu messen. Bieter aus dem Gebiet der EU und des Europäischen Wirtschaftsraums können sich bei Auftragsvergaben in Deutschland auf die Dienstleistungsfreiheit berufen. Danach sind „Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs“ verboten. Deshalb „lassen sich Maßnahmen, die eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellen, nicht durch Ziele wirtschaftlicher Art wie den Schutz der inländischen Unternehmen rechtfertigen“ (EuGH vom 24.01.2002 Rs. C-164/99 „Portugaia“ Tz. 26 zum deutschen AEntG).

c) Die geplanten Tariftreueregelungen verstoßen in zweifacher Weise gegen die Dienstleistungsfreiheit:

- Zunächst, weil sie eine Abschottung des großen nordrhein-westfälischen Teilmarkts innerhalb des deutschen Markts gegenüber ausländischen Wettbewerbern bewirken (**Diskriminierungsfunktion**).

Die ausländischen Wettbewerber werden ihres wichtigsten Wettbewerbsvorteils, niedrigerer Lohnkosten oberhalb allein europarechtskonformer Mindestlohnregelungen beraubt. Das erklärte Ziel des Tariftreuegesetzes, nämlich der Schutz von Arbeitsplätzen im Inland, stellt per se keine Rechtfertigung einer solchen Diskriminierung dar. Die geplanten Regelungen dienen nicht dem „Schutz der Rechte der Arbeitnehmer“ insgesamt, sondern ausschließlich dazu, ausländische Arbeitnehmer, die bei entsprechenden Bietern beschäftigt sind, völlig oder zumindest weitmöglichst vom nordrhein-westfälischen Arbeitsmarkt fernzuhalten. Es geht nicht mehr um eine Gleichstellung von Arbeitnehmern im Wettbewerb, wenn eine Maßnahme – wie hier – darauf abzielt, den Wettbewerb selbst auszuschalten, indem sie ausländische Bieter diskriminiert. Darüber hinaus ist eine Berufung auf den Schutz der Arbeitnehmer als zwingender Grund des Allgemeininteresses im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes bei der Orientierung eines Tariftreueverlangens speziell an ortsüblichen Tariflöhnen ohnehin unmöglich.

- Sodann, weil sie – im Sinne der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Mindestlöhnen für ausländische Auftragnehmer am Bau (EuGH vom 15.03.2001 Rs. C-165/98 „Mazzoleni“ Tz. 24) – geeignet sind, „Dienstleistungen zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, soweit daraus zusätzliche administrative und wirtschaftliche Kosten und Belastungen folgen“ (**Behinderungsfunktion**).

Dies gilt sowohl für die vom Europäischen Gerichtshof abgelehnte Erstreckung einer nationalen Lohnregelung auf Arbeitnehmer eines ausländischen Unternehmens in grenznahen Regionen als auch für die praktischen Erschwerungen, die für ausländische Bieter mit der Beachtung und Überwachung von Tariftreueregelungen verbunden sind.

d) Frühere und derzeitige Bundesregierungen haben zu Tariftreueregelungen daher bezeichnenderweise folgendes ausgeführt:

- Eine frühere Bundesregierung hat die Forderung nach der Bindung ausländischer Unternehmen an deutsche Tariflöhne jenseits des Arbeitnehmerentendegesetzes in der Antwort auf eine parlamentarische Anfrage bereits im Jahre 1995 als „EU-rechtswidrig“ bezeichnet (BTDrucks. 13/3415, S. 48) und
- die in den Entwürfen zum Arbeitnehmerentendegesetz enthaltene Anknüpfung an „ortsübliche Arbeitsbedingungen“ wegen greifbarer Europarechtswidrigkeit fallengelassen.

- Die noch amtierende Bundesregierung hat in der Antwort auf eine Große Anfrage (BTDrucks. 14/7730 vom 05.12.2001 S. 13) selbst ausgeführt, gegen Wettbewerbsverzerrungen durch die EU-Osterweiterung in Verbindung mit der Dienstleistungsfreiheit für osteuropäische Bauunternehmen sei das Arbeitnehmerentsendegesetz ein „effektives Mittel zur Sicherung von Sozialstandards“. Dieses Gesetz – so die Bundesregierung weiter – „bietet damit einen dauerhaften Schutz gegen Sozialdumping, insbesondere in der Baubranche.“ Die geplanten Tariftreueregelungen scheitern infolgedessen gerade bei Zugrundelegung der Rechtsansicht der derzeitigen Bundesregierung auch an den europarechtlichen Kriterien der Verhältnismäßigkeit und insbesondere der Erforderlichkeit, die für jede Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit zwingend gelten.

2. Der Verstoß gegen das europäische Vergaberecht

a) Der europäische Gerichtshof hat in einer höchst umstrittenen Entscheidung aus dem Jahr 2000 die Erfüllung von Beschäftigungsanforderungen zur Bekämpfung lokaler Arbeitslosigkeit als Zuschlagskriterium im Hinblick auf das europäische Vergaberecht für rechtmäßig gehalten. Die geplanten Tariftreueregelungen stellen Zulassungs- oder Eignungskriterien dar, die das Urteil des Europäischen Gerichtshofs nicht betrifft. Damit ist zugleich auch die noch nicht gerichtlich behandelte, aber zu bejahende Frage der Europarechtswidrigkeit der entsprechenden deutschen Öffnungsklausel für vergabefremde Regelungen auf der Eignungsebene (§ 97 Absatz 4 Halbsatz 2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) weiter offen.

b) In einem soeben erlassenen Urteil (Rs. C-513/99 vom 17. September 2002) hat der EuGH zur Zulässigkeit von Kriterien des Umweltschutzes bei der Zuschlagsentscheidung ausdrücklich betont, es „kommen nur Kriterien in Betracht, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen“. Daher dürften derartige Kriterien nur berücksichtigt werden, „sofern diese Kriterien mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen“.

c) Das derzeit geltende europäische Vergaberecht sieht eine Zulassungs- oder Eignungsprüfung nach Tariftreuekriterien nicht vor. Es verweist ausschließlich auf andere Kriterien. Daher ist eine Tariftreueregelung der geplanten Art mit dem europäischen Vergaberecht unvereinbar.

d) Die künftigen Regelungen des europäischen Vergaberechts nach dem sogenannten Legislativpaket der EG-Kommission sehen in Form des erst am 17. Januar 2002 im Europäischen Parlament gefundenen Kompromisses Tariftreuekriterien ebenfalls nicht vor. Ein nordrhein-westfälisches Tariftreuegesetz würde daher auch nach der europäischen Neuregelung des Vergaberechts gegen dieses verstoßen.

e) Gleiches gilt im übrigen für das Verhältnis zum WTO-Vergaberecht. Auch dieses kennt keine Rechtsgrundlage für Tariftreueregelungen.

3. Der Verstoß gegen das europäische Kartellrecht

Soweit Auftraggeber eine marktbeherrschende Stellung haben, handeln sie bei Anwendung der geplanten Tariftreuerregelung wegen deren greifbarer Europarechtswidrigkeit mißbräuchlich. Ein derartiges Handeln ist nach Artikel 82 EG-Vertrag verboten. Es kann vom Bundeskartellamt auf dieser Grundlage uneingeschränkt untersagt werden. Der nordrhein-westfälische Gesetzgeber kann kein im Verhältnis zum Europarecht spezielleres nationales Gesetz erlassen.

IV. Die verfassungsrechtliche Bewertung der Bindung von Auftragnehmern an ortsübliche Tarife

1. Der Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz

a) Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz verbietet nicht nur die Zwangsmitgliedschaft in Koalitionen, sondern auch Regelungen, die sich faktisch wie eine solche Zwangsmitgliedschaft auswirken. Die Tatsache, daß die zu zahlenden Löhne den wesentlichen Wettbewerbsparameter in den fraglichen Fällen darstellen und die nicht tarifgebundenen Bieter auf Zustandekommen und Inhalt der Tarifverträge keinen Einfluß haben, begründet vorliegend die verbotene faktische Zwangswirkung.

b) Soweit ein Landesgesetzgeber – anders als die Verwaltung in ihren Tariftreuerlassen – auch das Vergaberecht mit dem Ziel des „Sozialschutzes“ deutscher Arbeitnehmer überhaupt ausgestalten darf, muß den Koalitionen aber mindestens ein Kernbereich für ihre Tätigkeit verbleiben. Gerade dieser Kernbereich fehlt, wenn der Gesetzgeber das Lohnniveau am Ort der Bauausführung für alle Bieter bei öffentlichen Aufträgen verbindlich festlegt. Voraussetzung für eine zulässige Ausgestaltung des Grundrechts der Koalitionsfreiheit wäre weiter eine Rechtfertigung im Hinblick auf Erforderlichkeit, Geeignetheit und Angemessenheit. In diesem Zusammenhang ist auf die obigen Ausführungen zur fehlenden Erforderlichkeit einer Tariftreuerregelung (III. 1. d)) sowie auf den Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 18. Januar 2000 zur Verfassungswidrigkeit des Berliner Tariftreuegesetzes zu verweisen.

c) Ergänzend ist auch darauf zu verweisen, daß weitere offene Flanken der Tariftreuerregelungen im Hinblick auf die Koalitionsfreiheit darin liegen, daß die Tarifbindung auch ausländische Unternehmen erfaßt. Dies führt zu den Fragen nach der Auslegung der Koalitionsfreiheit im Sinne von Art. 11 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), im Sinne von Art. 12 Europäische Grundrechtecharta und im Sinne des entsprechenden ungeschriebenen Gemeinschaftsgrundrechts sowie nach der Befassung der zuständigen Instanzen zur Auslegung dieser Regelungen. Die Entscheidung über die Reichweite der negativen Koalitionsfreiheit fällt daher bei der Tariftreuerregelung nicht allein in die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts.

2. Der Verstoß gegen die Berufsfreiheit des Art. 12 Absatz 1 Grundgesetz

a) Die Berufsfreiheit schützt auch die Unternehmen, die sich um öffentliche Aufträge bewerben. Tariftreueregelungen der geplanten Art greifen in die Berufsfreiheit ein, weil sie die Unternehmen im Wettbewerb behindern. Vorhersehbare und erhebliche Nebenfolge einer solchen Tariftreueregelung ist es nämlich, daß Unternehmen, die sich der Tariftreue nicht unterwerfen, vom Markt der öffentlichen Aufträge oberhalb des Schwellenwerts völlig verdrängt werden. Dies gilt nach einschlägigen statistischen Untersuchungen für etwa jedes zehnte Unternehmen. Denn bei etwa 10 % der Unternehmen, die sich um öffentliche Aufträge bemühen, bilden derartige Aufträge mehr als die Hälfte des Gesamtauftragsvolumens. Gerade im Tiefbausektor finden sich darüber hinaus Unternehmen, die sogar ganz überwiegend für öffentliche Auftraggeber tätig sind.

b) Die protektionistische Zielsetzung einer Tariftreueregelung bedeutet, daß der Wettbewerb am Ort der Leistungserbringung ausgeschaltet wird. Infolge dieser illegitimen Zweckverfolgung und damit der Ungeeignetheit der Maßnahme ist der Eingriff in die Berufsfreiheit nicht zu rechtfertigen. Ferner fehlt wegen der Bindung an ortsübliche Löhne statt an Mindestlöhne die Erforderlichkeit der Maßnahme. Schließlich ist sie im Hinblick auf ihren ruinösen Charakter für ostdeutsche Unternehmen auch unangemessen.

c) Im Hinblick auf die zuvor genannten tatsächlichen Folgen für deutsche und ausländische Unternehmen, die keine Tariftreueerklärungen abgeben, kann sich der Eingriff in die Berufsfreiheit im Einzelfall nicht nur als objektive Berufsausübungsregelung, sondern weitergehend als subjektive Berufswahlregelung darstellen. In diesen Fällen fehlt es an den notwendigen Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer solchen Regelung, nämlich einer ansonsten unmöglichen oder unsachgemäßen Berufsausübung.