

Unionsrechtliche und verfassungsrechtliche Grenzen für ein Bundestariftreuegesetz

Rechtsgutachten

für die

Bundesvereinigung Deutscher Arbeitgeberverbände e.V.

von

Prof. Dr. Felix Hartmann, LL.M. (Harvard), Berlin

Stand: 26. März 2023

Inhaltsverzeichnis

I. Anlass und Gegenstand des Rechtsgutachtens	1
II. Erscheinungsformen der Tariftreue	3
1. Deklaratorische und konstitutive Tariftreue	4
2. Vergabespezifische und sonstige Tariftreue	5
3. Ausgestaltung der Tariftreueanforderung	5
a) Ausdrückliches oder stillschweigendes Erfordernis einer Tariftreueerklärung	6
b) Tarifverträge oder Verordnungen als Bezugspunkte der Tariftreueerklärung	6
c) Auswahl der Bezugstarife	6
III. Unionsrechtliche Grenzen für ein Bundestariftreuegesetz	7
1. Rechtslage nach der Ruffert-Rechtsprechung des EuGH	8
a) Ausgangsfall und Vorabentscheidungsersuchen	8
b) Entsenderichtlinie und Dienstleistungsfreiheit in der Argumentation des EuGH	9
c) Bewertung der Kritik an der Ruffert-Entscheidung	10
2. Auswirkungen der RegioPost-Entscheidung des EuGH	12
a) Ausgangsfall und Vorabentscheidungsersuchen	12
b) Abweichung in der Argumentation gegenüber der Ruffert-Entscheidung	13
c) Konsequenzen für Tariftreueregelungen	13
3. Auswirkungen der reformierten Entsenderichtlinie	15
4. Auswirkungen der Mindestlohnrichtlinie	17
5. Zwischenergebnis	18
IV. Verfassungsrechtliche Grenzen für ein Bundestariftreuegesetz	18
1. Arbeitsvertragsfreiheit	19
a) Verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt	19
b) Schutzbereich	20
c) Eingriff	22
d) Rechtfertigung	23
aa) Gesetzesvorbehalt und Wesentlichkeitstheorie	24
bb) Rechtfertigungsmaßstab	25
cc) Verhältnismäßigkeit	26
e) Zwischenergebnis	37
2. Negative Koalitionsfreiheit	37
3. Positive Koalitionsfreiheit	40
a) Schutzbereich	40
b) Eingriff	40
aa) Eingriff wegen der faktischen Verdrängung nicht repräsentativer Tarifverträge	41
bb) Eingriff wegen faktischer Entwertung der Bezugstarife	42
cc) Zwischenergebnis	44

c) Rechtfertigung	44
aa) Legitime Zwecksetzung und Geeignetheit	44
bb) Erforderlichkeit	45
cc) Proportionalität	46
d) Zwischenergebnis	48
4. Demokratieprinzip	48
a) Bisherige Diskussion	48
b) Demokratische Legitimation der Tariftreueanforderungen	49
c) Verordnungsmodell nach saarländischem Vorbild als untauglicher Ausweg	50
d) Zwischenergebnis	51
V. Ergebnisse	51

I. Anlass und Gegenstand des Rechtsgutachtens

Die seit Ende 2021 amtierende Ampel-Bundesregierung bekennt sich in ihrem Koalitionsvertrag „Mehr Fortschritt wagen“ zu dem Ziel, „die Tarifautonomie, die Tarifpartner und die Tarifbindung [zu] stärken, damit faire Löhne in Deutschland bezahlt werden“. Zur Erhöhung der Tarifbindung soll „die öffentliche Auftragsvergabe des Bundes an die Einhaltung eines repräsentativen Tarifvertrages der jeweiligen Branche gebunden“ werden.¹ Im Dezember 2022 haben das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz und das Bundesministerium für Arbeit und Soziales ein öffentliches Konsultationsverfahren durchgeführt. Derzeit erarbeiten die beiden Bundesministerien einen gemeinsamen Entwurf für ein Bundestariftreuegesetz.²

Die Bindung öffentlicher Aufträge an die Einhaltung von Tarifverträgen steht im Kontext der allgemeinen Tendenz, Vergabeentscheidungen als effektives Mittel zur Wirtschaftssteuerung zu nutzen. Lange Zeit war das Vergaberecht vor allem an dem einzelwirtschaftlichen Zweck orientiert, den staatlichen Bedarf zu möglichst günstigen Konditionen zu decken. Neben diese traditionelle Zielsetzung ist inzwischen gleichberechtigt die Möglichkeit getreten, im Rahmen des Beschaffungsprozesses neben Aspekten wie der Qualität und der Innovation auch umweltbezogenen und sozialen Zwecken Rechnung zu tragen (vgl. etwa §§ 97 Abs. 3, 124 Abs. 1 Nr. 1, 127 Abs. 1 S. 3, 128 Abs. 1 GWB sowie Art. 18 Abs. 2, 67 Abs. 2, 70 S. 2 RL 2014/24/EU).³ Die Bundesregierung schätzt das jährliche Beschaffungsvolumen öffentlicher Institutionen auf mehr als 10 % des deutschen Bruttoinlandsprodukts oder mindestens 300 Milliarden Euro.⁴ Die Bindung öffentlicher Aufträge an die Einhaltung von Tarifverträgen fungiert vor diesem Hintergrund als Instrument zur Beeinflussung des Arbeitsmarkts mittels staatlicher Nachfrage gemacht.

Bei vergabespezifischen Tariftreuregelungen handelt es sich keineswegs um eine neuartige Erscheinung. In den Ländern sind erste Tariftreuegesetze bereits vor der Jahrtausendwende entstanden. Vorreiter war Berlin mit seinem Vergabegesetz aus dem Jahr 1999.⁵ Auch auf Bundesebene hat es bereits Bestrebungen zur Schaffung von Tariftreueanforderungen gegeben: Zuletzt ist das mit rot-grüner Mehrheit im Bundestag im April 2002 beschlossene „Gesetz

¹ Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90/Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP) vom 7.12.2021, S. 71; vgl. außerdem S. 51 zur Tariftreue als Instrument zur Förderung fairer Arbeitsbedingungen im ÖPNV.

² Mitteilung auf der Website des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz vom 12.1.2023 („Öffentliche Konsultation zur Bindung der Auftragsvergabe des Bundes an die Einhaltung von Tarifverträgen („Bundestariftreue“), <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/offentliche-konsultation-zur-bundes-tariftreue.html> (zuletzt abgerufen am 5.3.2023).

³ Krause, Weiterentwicklung des Tariftreurechts, 2019, S. 11 f.

⁴ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Monitoring-Bericht der Bundesregierung zur Anwendung des Vergaberechts 2021, S. 23.

⁵ Vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 VgG Bln, GVBl. Nr. 28 vom 16.7.1999, S. 369.

zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen und zur Einrichtung eines Registers über unzuverlässige Unternehmen“⁶ im Bundesrat gescheitert. Die dortige Unionsmehrheit machte neben wirtschaftspolitischen Einwänden auch verfassungs- und europarechtliche Bedenken geltend.⁷

Diese Zweifel waren keineswegs aus der Luft gegriffen. Bereits das Berliner Vergabegesetz aus dem Jahr 1999 hatte für eine verfassungsrechtliche Kontroverse gesorgt. Während der Kartellsenat des BGH einen Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit der tariffreien Anbieter annahm,⁸ hielt das BVerfG das Gesetz in einer Entscheidung aus dem Jahr 2006 für verfassungsgemäß⁹. Später verlagerte sich die Diskussion zunehmend auf das Gebiet des Unionsrechts. Nachdem der EuGH in seiner Ruffert-Entscheidung aus dem Jahr 2008 die damalige Regelung des niedersächsischen Landesvergabegesetzes für unvereinbar mit dem seinerzeit geltenden Entsenderecht und der Dienstleistungsfreiheit erklärt hatte,¹⁰ mussten die bestehenden Regelungen auf Länderebene angepasst werden. Die geforderte Tariftreue bezieht sich in dieser zweiten Generation von Gesetzen zumindest jenseits der Vergabe von ÖPNV-Dienstleistungen nur noch auf die Einhaltung allgemeinverbindlicher Tarife sowie ggf. allgemeiner oder vergabespezifischer Mindestlöhne.¹¹ Spätere EuGH-Entscheidungen wie das Regio-Post-Urteil aus dem Jahr 2015¹² sowie die im Jahr 2018 überarbeitete Entsenderichtlinie¹³ haben nach Ansicht von Teilen der Literatur neue Spielräume für Tariftreueanforderungen eröffnet.¹⁴ In der dritten und jüngsten Generation von Landestariftreue Regelungen, wie sie in Berlin, im Saarland und in Thüringen erlassen wurden,¹⁵ hängt die Vergabeentscheidung nun wieder von der Einhaltung auch solcher Tarife ab, die nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden sind.

⁶ Bundestags-Drucksachen 14/7796, 14/8285, 14/8896, 14/9335. Zu weiteren Initiativen Hartmann, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 36 Rn. 145.

⁷ Pressemitteilung 176/2002 des Bundesrats vom 12.7.2002 mit Hinweis auf Tarifautonomie und Dienstleistungsfreiheit.

⁸ BGH 18.1.2000 – KVR 23/98, NZA 2000, 327, 333.

⁹ BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 215 ff.; zur Kontroverse zwischen BVerfG und BGH näher Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 367 ff.

¹⁰ EuGH 3.4.2008 – C-346/06, NZA 2008, 537 Rn. 29, 39 f. – Ruffert.

¹¹ Vgl. beispielhaft §§ 3 ff. Tariftreue- und Mindestlohngesetz für öffentliche Aufträge in Baden-Württemberg

¹² EuGH 17.11. 2015 – C-115/14, NZA 2016, 155 – RegioPost; dazu im Überblick zunächst nur Hartmann, EuZA 2017, 153, 164 ff.

¹³ Entsenderichtlinie 96/71/EG in ihrer Fassung durch die Änderungs-Richtlinie 2018/957/EU.

¹⁴ Vgl. zunächst nur Krause, Weiterentwicklung des Tariftreurechts, 2019, S. 89 ff.

¹⁵ § 9 Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz (BerlAVG) vom 22.4.2020; § 3 Saarländisches Tariftreue- und Fairer-Lohn-Gesetz (STFLG) vom 8.12.2021; § 10 Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge (ThürVgG) in der Fassung vom 23.1.2020.

Die soeben skizzierte Entwicklung könnte zu der Annahme verleiten, dass einer Tariftreuregelung auf Bundesebene keine unionsrechtlichen oder verfassungsrechtlichen Hürden entgegenstünden. Auch ein knappes Vierteljahrhundert nach Inkrafttreten der ersten landesrechtlichen Vorschriften ist die Rechtslage aber alles andere als geklärt. So sind in ersten Analysen der arbeitsrechtlichen Koalitionsvorhaben sogleich unions- und verfassungsrechtliche Bedenken gegen das geplante Bundestariftreugesetz erhoben worden.¹⁶ Auf unionsrechtlicher Ebene werden vor allem die Vorgaben der aktuellen Entsenderichtlinie für die Rechtsquellen zu nationalen Mindestarbeitsbedingungen unterschiedlich interpretiert.¹⁷ Was die verfassungsrechtliche Lage anbelangt, hat die BVerfG-Entscheidung von 2006 zum Berliner Vergabegesetz nicht für endgültige Klarheit sorgen können. Dies sieht auch der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestags so, wenn er auf die Frage nach der Vereinbarkeit von Tariftreuregelungen mit der Koalitionsfreiheit im Juni 2022 Folgendes feststellt: „Über die Verfassungsmäßigkeit von Tariftreueklauseln gab es lange Zeit eine sehr kontroverse Diskussion, die auch durch die Entscheidung des BVerfG nicht völlig beendet wurde.“¹⁸

Gegenstand des vorliegenden Gutachtens sind die offenen unions- und verfassungsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit Tariftreueanforderungen. Konkret sollen die Spielräume des Bundesgesetzgebers beleuchtet werden, Vergabeentscheidungen an die Einhaltung von Tarifverträgen zu knüpfen. Dabei sollen nicht zuletzt verschiedene Ausgestaltungsmöglichkeiten einem Vergleich unterzogen werden. In einem ersten Schritt bedarf es daher eines Blicks auf die unterschiedlichen Erscheinungsformen der Tariftreue (dazu II.), bevor die unionsrechtlichen Grenzen (dazu III.) und die verfassungsrechtlichen Vorgaben (dazu IV.) behandelt werden.

II. Erscheinungsformen der Tariftreue

Die Diskussionen über Fragen der Tariftreue leiden darunter, dass nicht immer klar ist, auf welche Erscheinungsform dieses Instruments sich die jeweiligen Ausführungen beziehen. Wie bereits angedeutet, bestehen auf Länderebene heute zwei Generationen von Tariftreuregelungen nebeneinander. Hinzu kommen verschiedene Ausgestaltungen, was die technische Umsetzung der Tariftreueanforderung anbelangt. Schließlich ist das genannte Lenkungsinstrument in abgewandelter Form inzwischen auch außerhalb des Vergaberechts zur Anwendung gekommen.

¹⁶ *Grau/Kruppa*, RdA 2022, 73, 80 f.; auf unionsrechtliche Schwierigkeiten weisen hin *Bauer/Roll*, NZA 2021, 1685, 1688.

¹⁷ Eingehend dazu *Riesenhuber*, EuZA 2020, 423, 424 ff.

¹⁸ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Vereinbarkeit vergaberechtlicher Tariftreuregelungen mit der Koalitionsfreiheit, Stand: Az.: WD 6 – 3000 – 038/22, S. 4.

1. Deklaratorische und konstitutive Tariftreue

Bereits seit langem etabliert ist die Differenzierung danach, ob sich die Tariftreueanforderung lediglich auf die Einhaltung einer bereits bestehenden Bindung bezieht oder eine solche Bindung überhaupt erst im Rahmen des Vergabeverfahrens hergestellt werden soll.¹⁹

Von *deklaratorischer Tariftreue* spricht man, wenn sich ein Anbieter zur Einhaltung eines Tarifvertrags verpflichtet, dessen Normen er ohnehin bereits unterliegt, weil eine Bindung nach §§ 3, 4 TVG besteht oder eine Tarifnormerstreckung z.B. nach § 5 TVG oder nach §§ 7, 7a A-EntG erfolgt ist. Bedeutsam ist die Tariftreueerklärung in solchen Fällen nur insoweit, als Verstöße gegen die bestehenden Tarifpflichten zusätzliche vergaberechtliche Sanktionen nach sich ziehen können.²⁰ Die von Bietern im Vergabeverfahren geforderten Erklärungen beziehen sich nicht selten auch auf die Einhaltung tarifunabhängiger allgemeiner oder vergabespezifischer Mindestlöhne. Weil es insoweit um die Einhaltung gesetzlicher Vorgaben geht, ist der Begriff der Tariftreue nicht einschlägig.²¹

Als *konstitutive Tariftreue* wird es bezeichnet, wenn sich ein Bieter im Rahmen des Vergabeverfahrens zur Einhaltung tariflicher Bedingungen verpflichtet, denen er nicht schon aus anderen Gründen unterliegt. In der Literatur ist zu Recht darauf hingewiesen worden, dass der Begriff „Tariftreue“ an sich unpassend ist, wenn keine präexistente Bindung besteht, auf die sich die „Treue“ beziehen könnte.²² Weil sich die Bezeichnung in Rechtsprechung und Schrifttum durchgesetzt hat, soll sie gleichwohl auch im Folgenden verwendet werden.

Das Vorhaben eines Bundestariftreuegesetzes wird im Koalitionsvertrag der Ampel-Regierung zwar nicht ausdrücklich der konstitutiven Tariftreue zugeordnet. Die angestrebte Stärkung der Tarifbindung ließe sich mit einer lediglich deklaratorischen Tariftreueanforderung jedoch nicht verwirklichen. Dass es der Bundesregierung darauf ankommt, bislang tariffreie Unternehmen zur Anwendung tariflicher Arbeitsbedingungen zu bringen, geht auch aus einer Äußerung von Bundesarbeitsminister *Hubertus Heil* hervor. Mit dem geplanten Bundestariftreuegesetz soll sich Deutschland der in Art. 4 der neuen Mindestlohn-Richtlinie 2022/2041/EU verankerten

¹⁹ Vgl. zum Folgenden nur etwa Tariftreueerfordernissen *Seifert*, ZFA 2001, 1, 4 f.; *Wiedmann*, Die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien im Lichte des Gemeinschaftsrechts, 2007, S. 243.

²⁰ Insofern ist es treffend, wenn *Rieble*, NZA 2000, 225, 232 von „sanktionierender Tariftreue“ spricht. Diese Begrifflichkeit hat sich allerdings nicht durchgesetzt.

²¹ Die meisten landesrechtlichen Regelungen differenzieren hier klar; vgl. etwa das bad.-württ. Landestariftreue- und Mindestlohngesetz (LTMG), das in den §§ 3 und 4 zwischen (deklaratorischer) Tariftreue und (tarifunabhängigen) Mindestentgelten unterscheidet.

²² *Dobmann*, Die Tariftreueerklärung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2007, S. 22; *Hempel*, Die Tariftreueerklärung im Lichte des deutschen und europäischen Arbeitsrechts, 2011, S. 66.

80-Prozent-Marke für die „Tarifabdeckung“ annähern.²³ Auch dieses Ziel lässt sich allenfalls mit konstitutiven Tariftreueerklärungen erreichen. Die folgenden Ausführungen beziehen sich daher, sofern nicht anders angegeben, ausschließlich auf konstitutive Tariftreueanforderungen.

2. Vergabespezifische und sonstige Tariftreue

Tariftreueanforderungen haben sich zunächst ausschließlich im Vergaberecht entwickelt. Inzwischen ist die vergabespezifische Tariftreue aber nicht mehr das einzige Anwendungsfeld für dieses Instrument. Nach § 72 Abs. 3a, 3b SGB XI ist der Abschluss von Versorgungsverträgen zwischen den Landesverbänden der Pflegekassen und den Trägern von Pflegeeinrichtungen seit September 2022 jedenfalls im Grundsatz an eine tarifliche Entlohnung gekoppelt. Mindestens ebenso bedeutsam ist die flankierende Regelung zur Refinanzierung in § 82c SGB XI. Danach können entsprechende Personalaufwendungen zwar im Ausgangspunkt nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden. Tariffreie Pflegeeinrichtungen unterliegen allerdings nach § 82c Abs. 2 SGB XI grundsätzlich einer Obergrenze von 10 % über dem regional üblichen Entgeltniveau. In ihrer Funktionsweise erinnert die pflegespezifische Tariftreue an das Vorbild aus dem Vergaberecht.²⁴ Sie geht aber jedenfalls insoweit über die bisher bekannten vergabespezifischen Tariftreueregelungen hinaus, als nur eine normative Tarifbindung, nicht aber die bloße Einhaltung eines fremden Tarifs dem Unternehmer die vollständige Gleichstellung bringt. Wegen der besonderen rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen der Pflegebranche bleibt die Tariftreue nach dem SGB XI im Folgenden außer Betracht.

Ebenfalls nicht thematisiert wird die sog. privative oder private Tariftreue, bei der ein Privatrechtssubjekt ein anderes dazu verpflichtet, mittels seiner Marktmacht bei dritten Vertragspartnern durchzusetzen, dass diese ihrer Belegschaft tarifliche Arbeitsbedingungen bieten.²⁵

3. Ausgestaltung der Tariftreueanforderung

Die bisherigen landesrechtlichen Tariftreueregelungen weisen eine große Bandbreite auf, was die gesetzgeberische Umsetzung anbelangt. Dies gilt nicht zuletzt für die jüngsten Tariftreuegesetze, wie sie in Berlin, Thüringen und im Saarland in Kraft getreten sind. Im Folgenden sollen vor allem solche Aspekte beleuchtet werden, die für die verfassungsrechtliche Beurteilung bedeutsam erscheinen.

²³ Pressemeldung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales vom 7.6.2022, <https://www.bmas.de/DE/Service/Presse/Meldungen/2022/einigung-ueber-eine-richtlinie-fuer-mindestloehne-in-europa.html> (zuletzt abgerufen am 5.3.2023); dazu demnächst *Hartmann*, EuZA 2023, 121 f.

²⁴ Näher dazu *Hartmann*, RdA 2023, Heft 2, sub III. 3. (im Erscheinen), dort auch sub IV. bis VI. zu unions- und verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Neuregelung.

²⁵ Eingehend dazu *Serr*, Private Tariftreue, 2013, dort auch S. 27 ff. zum Begriff; vgl. außerdem *Bien*, FS Säcker, 2021, S. 125, 137 ff.

a) Ausdrückliches oder stillschweigendes Erfordernis einer Tariftreueerklärung

Keine entscheidende Rolle spielt allerdings die Frage, ob Tariftreuegesetze die Teilnahme an Vergabeverfahren daran knüpfen, dass sich Bieter in einer Erklärung ausdrücklich dazu verpflichten, bei der Ausführung der Leistung bestimmte tarifliche Bedingungen einzuhalten.²⁶ Dass die einschlägigen Vergabegesetze regelmäßig selbst dann Tariftreueerklärungen voraussetzen, wenn dies nicht ausdrücklich vorgesehen ist, entspricht wohl der allgemeinen Auffassung. Bereits in der Entscheidung zum früheren Berliner Vergabegesetz, dessen Wortlaut eine Tariftreueerklärung nicht erwähnt, ging das BVerfG wie selbstverständlich von einem entsprechenden Erfordernis aus.²⁷

b) Tarifverträge oder Verordnungen als Bezugspunkte der Tariftreueerklärung

In den bisherigen landesrechtlichen Regelungen bezogen sich die geforderten konstitutiven Tariftreueerklärungen unmittelbar auf Arbeitsbedingungen, die in einem Tarifvertrag niedergelegt waren. Der saarländische Gesetzgeber hat sich kürzlich für ein abweichendes Modell entschieden: Nach § 3 Abs. 1, Abs. 2 Saarländisches Tariftreue- und Fairer-Lohn-Gesetz (STFLG) müssen sich Anbieter zur Einhaltung von bestimmten Kernarbeitsbedingungen verpflichten, die das für das Arbeitsrecht zuständige Ministerium in Form einer Rechtsverordnung festgelegt hat. Die Rechtsverordnung soll die Bedingungen der jeweiligen Branchentarifverträge spiegeln. Der saarländische Gesetzgeber betonte, dass wegen des Umwegs über eine Rechtsverordnung „der jeweilige Branchentarifvertrag als Voraussetzung für die Auftragsvergabe nicht unmittelbar zur Anwendung gebracht, sondern als ‚Referenz‘ genutzt [wird], ohne direkte Bindung an den Tarifvertrag selbst.“²⁸ Nach Presseberichten sieht die SPD das saarländische Modell als Vorbild für den Bund an.²⁹ Deshalb soll im Folgenden neben der herkömmlichen Tariftreueerklärung auch die auf eine entsprechende Verordnung bezogene Verpflichtungserklärung in den Blick genommen werden.

c) Auswahl der Bezugstarife

Unabhängig von der technischen Ausgestaltung der Tariftreueanforderung stellt sich die Frage nach der Auswahl des Bezugstarifs. Insoweit sind zwei Aspekte zu unterscheiden: Zum einen legen Tariftreuegesetze herkömmlicherweise fest, ob und ggf. welchen Anforderungen der

²⁶ Tariftreueerklärungen können sich sowohl auf konstitutive als auch auf deklaratorische Tariftreueanforderungen beziehen; vgl. etwa § 3 Abs. 1-3, § 4 Abs. 1, § 5 Abs. 1 bad.-württ. LTMG.

²⁷ BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 219.

²⁸ So der Regierungsentwurf, Landtags-Drucksache 16/1777, S. 22.

²⁹ Handelsblatt vom 20.2.2022, vgl. <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/tarifbindung-spd-setzt-auf-saarlaendisches-tariftreuegesetz-als-vorbild-fuer-den-bund/28086320.html> (zuletzt abgerufen am 5.3.2023).

jeweilige Tarif genügen muss. Zum anderen ist bei einer Mehrzahl von in Betracht kommenden Bezugstarifen zu klären, nach welchen Kriterien die Auswahl erfolgt und wer sie vornimmt.

Was zunächst die generellen Anforderungen an den Bezugstarif anbelangt, findet sich häufig das offenbar auch von der Bundesregierung ins Auge gefasste Repräsentativitätskriterium, wie es für die konstitutive Tariftreue etwa in § 10 Abs. 4 Thüringer Vergabegesetz (ThürVgG) geregelt ist. Demgegenüber hat der saarländische Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet, nur repräsentative Referenztarife als Grundlage für die Rechtsverordnung zuzulassen. Zur Begründung heißt es im Regierungsentwurf, es greife „eine mögliche gesetzliche Neuregelung zur Bindung aller öffentlichen Vergaben an die Einhaltung repräsentativer Tarifverträge im Saarland zu kurz, da die Tarifbindung in den maßgebenden Branchen zu gering ist“³⁰. Unabhängig von der Frage nach einer Repräsentativitätskriterium oder anderen materiellen Anforderungen an den Bezugstarif ist bei Einführung einer Tariftreuregelung noch zu entscheiden, ob der Anbieter sich auch dadurch als tariftreu erweisen kann, dass er einen eigenen Tarifvertrag (z.B. einen Haustarif) zur Anwendung bringt. Eine entsprechende Gestaltung weist die pflegespezifische Tariftreue auf (vgl. § 72 Abs. 3a SGB XI).

Für die Auswahl zwischen mehreren in Betracht kommenden Bezugstarifen sind grundsätzlich mehrere Modelle denkbar. Ein mögliches Kriterium ist erneut die Repräsentativität, die auf dieser nachgelagerten Stufe auch der saarländische Gesetzgeber heranzieht. Danach wählt das Ministerium denjenigen Tarifvertrag als Referenz für die Rechtsverordnung aus, der im Vergleich die überwiegende Bedeutung hat (vgl. § 3 Abs. 6 STLFG). Der thüringische Gesetzgeber überlässt hingegen dem sich bewerbenden Unternehmen die Auswahl zwischen mehreren repräsentativen Tarifverträgen (vgl. § 10 Abs. 4 S. 2 ThürVgG).

III. Unionsrechtliche Grenzen für ein Bundestariftreuegesetz

Über viele Jahre hinweg waren die Debatten zur Tariftreue weitgehend von der gemeinschafts- bzw. unionsrechtlichen Perspektive dominiert. Auf der Grundlage des bereits erwähnten EuGH-Urteils in der Rechtssache Rüffert aus dem Jahr 2008 schienen sich konstitutive Tariftreuevorgaben endgültig erledigt zu haben. Allerdings erkennen manche inzwischen vor dem Hintergrund der anschließenden Rechtsentwicklung neue Perspektiven für Tariftreuregelungen. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang neben der Luxemburger Folgejudikatur vor allem die im Jahr 2018 überarbeitete Entsenderichtlinie.

Die Vereinbarkeit entsprechender vergaberechtlicher Anforderungen mit dem Recht der Europäischen Union hängt in erster Linie davon ab, ob die Vorgaben des Arbeitnehmerentsendersrechts eingehalten werden. Dabei ist zwischen zwei normhierarchischen Ebenen zu differenzieren: Im Sekundärrecht ist maßgeblich vor allem die Entsenderichtlinie 96/71/EG in ihrer

³⁰ Regierungsentwurf, Landtags-Drucksache 16/1777, S. 3.

Fassung durch die Änderungs-Richtlinie 2018/957/EU (im Folgenden: Entsende-RL 2018). Aus dem Primärrecht ist die heute in Art. 56 AEUV geregelte Dienstleistungsfreiheit einschlägig.

Verkehrsdienstleistungen sind nach Art. 58 AEUV jedenfalls grundsätzlich aus dem Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit ausgeklammert.³¹ Im Übrigen ist es nach Art. 4 Abs. 6 VO 1370/2007/EG möglich, Sozialstandards festzulegen, wobei der europäische Gesetzgeber nicht zuletzt eine Orientierung an den Ergebnissen von Kollektivverhandlungen im Blick hat.³² Nachdem entsprechende Vorhaben in Deutschland bislang gescheitert sind,³³ hat sich die Ampel-Koalition entsprechende Regelungen vorgenommen.³⁴ Wegen der besonderen Problemlage bleiben Verkehrsdienstleistungen im Folgenden aber außer Betracht.³⁵

1. Rechtslage nach der Ruffert-Rechtsprechung des EuGH

a) Ausgangsfall und Vorabentscheidungsersuchen

Der Ruffert-Entscheidung des EuGH³⁶ lag ein Vorabentscheidungsersuchen des OLG Celle zugrunde. Im Ausgangsstreit zwischen dem Insolvenzverwalter eines Bauunternehmens und dem Land Niedersachsen ging es um eine Werklohnforderung aus einem seitens des Landes gekündigten Bauvertrags. Anlass für die Beendigung des Vertrags war der mutmaßliche Verstoß einer polnischen Nachunternehmerin gegen eine Tariftreueverpflichtung, die auf der Grundlage des damaligen niedersächsischen Landesvergabegesetzes entstanden war. Danach war auch die Nachunternehmerin verpflichtet, den auf der Baustelle eingesetzten Beschäftigten die Arbeitsbedingungen eines repräsentativen, nicht für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags für das Baugewerbe zu gewähren.

Das vorlegende Gericht hatte Zweifel, ob die landesrechtliche Tariftreueverpflichtung mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar sei. Bauunternehmen aus anderen Mitgliedstaaten müssten die gezahlten Entgelte an das meist höhere deutsche Lohnniveau anpassen und verlören dadurch ihren Wettbewerbsvorteil. Die entsprechende Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit sei auch nicht durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt, weil der

³¹ Näher dazu *Kainer/Persch*, EuR 2018, 33, 41 ff.

³² Erwägungsgrund 17 der VO 1370/2007/EG.

³³ Vgl. insbesondere die Bestrebungen zur Einführung eines neuen § 8a Abs. 2 S. 4 Nr. 1 PBefG, wonach die Aufgabenträger sowohl die Vorgabe von Mindestentgelten nach einschlägigen Tarifverträgen bzw. für den Fall entsprechender landesgesetzlicher Regelung repräsentativen Tarifverträgen und weitere soziale Standards festlegen können sollten, und dazu Bundestags-Drucksache 18/11748, S. 2, 7, 12.

³⁴ Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90/Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP) vom 7.12.2021, S. 51.

³⁵ Vgl. für einen Überblick zur Tariftreue im ÖPNV-Sektor *M. Meyer*, öAT 2022, 8 ff.

³⁶ EuGH 3.4.2008 – C-346/06, NZA 2008, 537 Rn. 29, 39 f. – Ruffert.

Schutz der Arbeitnehmer bereits durch die branchenspezifischen Mindestlöhne nach dem A-EntG gewährleistet sei.³⁷

b) Entsenderichtlinie und Dienstleistungsfreiheit in der Argumentation des EuGH

Der EuGH stützte seine Antwort vor allem auf die seinerzeit geltende Fassung der Entsenderichtlinie 96/71/EG (im Folgenden: Entsende-RL 1996). Danach kam es darauf an, ob die Mindestarbeitsbedingungen nach den in der Richtlinie abschließend aufgezählten Modalitäten festgelegt worden waren. Nach Art. 3 Abs. 1, Abs. 8 UAbs. 1 Entsende-RL 1996 konnten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen bei der staatenübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen im Bausektor durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche festgelegt werden. Gesetzliche Regelungen, die einen Mindestlohnsatz nicht selbst festlegen, sondern auf ein tariflich festgesetztes Mindestentgelt Bezug nehmen, erkannte der EuGH nicht als Rechtsvorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 Spiegelstrich 1 Entsende-RL 1996 an.³⁸

Nicht kumulativ, sondern nach dem klaren Richtlinienwortlaut nur bei Fehlen eines Systems zur Allgemeinverbindlicherklärung stand die von Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Entsende-RL 1996 genannte Möglichkeit zur Verfügung, Tarifverträge zugrunde zu legen, die – vergrößert ausgedrückt³⁹ – eine gewisse Breitenwirkung entfalten. Der EuGH machte geltend, dass in Deutschland ein System zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen bestehe.⁴⁰ Im Übrigen liege auch keine allgemeine Wirksamkeit vor, weil zum einen Vorschriften über die Tariftreue nach der niedersächsischen Landesregelung nur auf die Vergabe öffentlicher Aufträge anwendbar seien und nicht für die Vergabe privater Aufträge gälten und zum anderen der betreffende Tarifvertrag nicht für allgemein verbindlich erklärt worden sei.⁴¹ Die niedersächsische Regelung verstieß nach Auffassung des EuGH also bereits auf sekundärrechtliche Ebene gegen Gemeinschaftsrecht.

Das Ruffert-Urteil sicherte die Richtlinienauslegung mit Blick auf die Dienstleistungsfreiheit ab. Es handelt sich dabei nicht lediglich um hilfsweise Ausführungen,⁴² sondern insofern um tragende Erwägungen, als sich das Verständnis der Rechtsquellenvorgaben der Entsenderichtlinie auch vor dem Hintergrund der primärrechtlichen Grundfreiheiten bewähren muss.⁴³ Der EuGH sieht sich in seiner Interpretation durch die Reichweite der Dienstleistungsfreiheit

³⁷ OLG Celle 3.8.2006 – 13 U 72/06, ZfBR 2006, 808, 810 f.

³⁸ EuGH 3.4.2008 – C-346/06, NZA 2008, 537 Rn. 24 – Ruffert.

³⁹ In Anlehnung an *Riesenhuber*, EuZA 2020, 423, 424.

⁴⁰ EuGH 3.4.2008 – C-346/06, NZA 2008, 537 Rn. 27 – Ruffert.

⁴¹ EuGH 3.4.2008 – C-346/06, NZA 2008, 537 Rn. 29 – Ruffert.

⁴² So aber *Krause*, Weiterentwicklung des Tariftreurechts, 2019, S. 88; *Rödl*, EuZW 2011, 292, 293 f.

⁴³ Zur grundfreiheitskonformen Auslegung des Sekundärrechts näher unten III. 3.

bestätigt: Der Eingriff in die seinerzeit noch in Art. 49 EG geregelte Grundfreiheit lasse sich auch nicht mit Blick auf den Arbeitnehmerschutz rechtfertigen, weil die Rechtsvorschriften des Landesvergabegesetzes nur für einen Teil der Bautätigkeit gälten und der betreffende Tarifvertrag nicht allgemeinverbindlich sei. Es bestehe kein Hinweis darauf, „dass ein im Bausektor tätiger Arbeitnehmer nur bei seiner Beschäftigung im Rahmen eines öffentlichen Auftrags für Bauleistungen und nicht bei seiner Tätigkeit im Rahmen eines privaten Auftrags des Schutzes bedarf, der sich aus einem solchen Lohnsatz ergibt, der im Übrigen [...] über den Lohnsatz nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz hinausgeht“.⁴⁴

Für die heutige Relevanz der Ruffert-Entscheidung gilt es bereits an dieser Stelle zu sehen, dass der EuGH keine „Sperrwirkung der Entsenderichtlinie“ annimmt, nach deren Logik „eine Tariftreueregelung [...] auch dann unionsrechtswidrig ist, wenn sich die mitgliedstaatliche Maßnahme unter dem isolierten Blickwinkel einer Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit noch rechtfertigen ließe“.⁴⁵ Vielmehr lässt der EuGH klar erkennen, dass eine Rechtfertigung des Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit auch und gerade bei „isolierter“ grundfreiheitsrechtlicher Betrachtung nicht in Frage kommt, weil mit der Tariftreue von vornherein nur ein spezifisches Marktsegment, nämlich öffentliche Aufträge, erfasst werden. Zu Recht ist gerade darin das „tragende Argument“ der Ruffert-Entscheidung gesehen worden.⁴⁶

c) Bewertung der Kritik an der Ruffert-Entscheidung

Gegen die Argumentation des EuGH ist angeführt worden, auch in einer partiellen Verbesserung des Arbeitnehmerschutzes liege immerhin eine gewisse Schutzverbesserung, weshalb die gesetzgeberische Maßnahme nicht per se als ungeeignet verworfen werden könne.⁴⁷ Jedoch ist es nachvollziehbar, wenn der EuGH Tariftreueregelungen als Instrument des Wettbewerbsschutzes zugunsten der einheimischen Wirtschaft und nicht als Instrument des Arbeitnehmerschutzes begreift.⁴⁸ Zwar trifft es zu, dass Fragen des Wettbewerbs und des Arbeitnehmerschutzes zumindest faktisch eng miteinander verknüpft sind. Bekannt ist dieser Umstand in Deutschland etwa aus der Diskussion über die Frage, ob die Allgemeinverbindlicherklärung eine wettbewerbsspezifische Dimension aufweist.⁴⁹ Wenn die Tarifnormerstreckung oder die Normierung von Mindestarbeitsbedingungen „zwangsläufig als Reflex eine

⁴⁴ EuGH 3.4.2008 – C-346/06, NZA 2008, 537 Rn. 39, 40 (Zitat) – Ruffert.

⁴⁵ So aber *Krause*, Weiterentwicklung des Tariftreuerechts, 2019, S. 88 f.

⁴⁶ *Thüsing/Granetzny*, NZA 2009, 183.

⁴⁷ *Greiner*, ZIP 2011, 2129, 2132.

⁴⁸ Besonders klar auch *Jaap*, ZTR 2008, 476, 477.

⁴⁹ Die früher verbreitete Auffassung, wonach § 5 TVG einen Schutz vor „Schmutzkonzurrenz“ durch nicht tarifgebundene Arbeitgeber und vor „Lohndrückerei“ durch nicht organisierte Arbeitnehmer bieten soll, hat in dem Maße deutlich an Boden verloren, wie Aspekte des Arbeitnehmerschutzes stärker in den Fokus gerückt sind; dazu näher *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 200 f. m.w.N.

Wettbewerbsbeschränkung“ nach sich zieht, ist damit aber nicht gesagt, dass „beide Aspekte – sozialer Schutz und Wettbewerbsbeeinflussung – zwei Seiten einer Medaille“ seien.⁵⁰ Selbst wenn man in Tariftreuregelungen nicht nur ein Instrument des Wettbewerbsschutzes sieht, sondern als zumindest gleichrangige Zielrichtung auch den Arbeitnehmerschutz anerkennt, ist die Skepsis des EuGH unter dem Blickwinkel der Dienstleistungsfreiheit nachvollziehbar: Wählt ein Mitgliedstaat ein Instrument, das die Arbeitsbedingungen in einer Branche nur für öffentliche Aufträge in den Blick nimmt, liegt die Annahme nahe, dass die Aspekte der Arbeitnehmerschutzes nicht die grundfreiheitsrechtlich geforderte Dringlichkeit aufweisen. Dies gilt vor allem dann, wenn – wie in Deutschland – Möglichkeiten zur Erstreckung tariflicher Arbeitsbedingungen auf die gesamte Branche bestehen.

Vielfach ist auf den Zusammenhang mit der vorhergehenden Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Laval⁵¹ hingewiesen worden.⁵² Damit verbindet sich häufig die Kritik, der EuGH habe Entsendesituationen vor allem aus der grundfreiheitlichen Binnenmarktperspektive betrachtet, den Arbeitnehmerschutz und das kollektive Arbeitsrecht jedoch zu Unrecht in die zweite Reihe verbannt.⁵³ Es trifft zwar zu, dass die Entsenderichtlinie infolge der grundfreiheitsrechtlichen Betrachtung im praktischen Ergebnis nicht lediglich einen Mindestschutz für Arbeitnehmer bestimmt, sondern vielmehr im Interesse der Dienstleistungsfreiheit zugleich einen Höchstschutz festlegt.⁵⁴ Die Einordnung der Ruffert-Entscheidung in eine Serie vermeintlich einseitig binnenmarktfreundlicher EuGH-Urteile hält einer näheren Prüfung jedoch nicht Stand. Dies ergibt sich schon aus den erheblichen Abweichungen in den jeweiligen Sachverhalten. Zwar geht der EuGH in Ruffert insoweit noch einen Schritt über die Vorgängerentscheidungen hinaus, als es in Tariftreuefällen um die Bindung an einen bereits bestehenden Tarifvertrag geht, der Bieter die relevanten Arbeitsbedingungen also bei Abgabe des Angebots kennt.⁵⁵ Unabhängig davon liegt ein entscheidender Unterschied jedoch darin, dass sich die Konflikte im Ausgangsfall der Laval-Entscheidung an der Zulässigkeit von Arbeitsk Kampfmaßnahmen entzündet hatten.⁵⁶ Etwaige Kritik an dieser Judikatur lässt sich daher nicht ohne Weiteres auf die Rechtsprechung des EuGH zur Tariftreue übertragen.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass die Argumentation der Ruffert-Entscheidung auch bei einem Rückblick nach anderthalb Jahrzehnten jedenfalls in sich schlüssig erscheint. Dies gilt nicht zuletzt für die vielfach zu Unrecht diskreditierte Prüfung der Dienstleistungsfreiheit. Um

⁵⁰ So aber *Greiner*, ZIP 2011, 2129, 2133.

⁵¹ EuGH 18.12.2007 – C-341/05, NZA 2008, 159 – Laval un Partneri.

⁵² *Jaap*, ZTR 2008, 476, 477; *Krause*, Weiterentwicklung des Tariftreurechts, 2019, S. 86 f.

⁵³ Repräsentativ aus jüngerer Zeit *Walser*, RdA 2021, 90.

⁵⁴ Hierzu mit kritischer Wertung *Krause*, Weiterentwicklung des Tariftreurechts, 2019, S. 87.

⁵⁵ Auf diesen Unterschied weist *Bayreuther*, NZA 2008, 626, 627 hin.

⁵⁶ Dazu näher *Hartmann*, EuZA 2018, 1 f.

die Bedeutung dieses EuGH-Urteils für die heutige Rechtslage einschätzen zu können, ist allerdings der Blick auf die weitere Entwicklung in Gesetzgebung und Judikatur erforderlich.

2. Auswirkungen der RegioPost-Entscheidung des EuGH

Es entspricht einhelliger Auffassung, dass der EuGH an seiner Ruffert-Rechtsprechung jedenfalls in den ersten Folgejahren uneingeschränkt festgehalten hat. Zu nennen ist insbesondere die Rechtssache Kommission/Luxemburg,⁵⁷ in der erneut der im Ergebnis abschließende Charakter der in der Entsenderichtlinie aufgeführten Rechtsquellen für Mindestarbeitsbedingungen betont wird.⁵⁸ Das Bundesdruckerei-Urteil betrifft zwar einen vergabespezifischen Mindestlohn, enthält aber keine Aussagen zur RL 96/71/EG, weil es sich nicht um einen Entsendesachverhalt handelte.⁵⁹ Unterschiedlich gedeutet wird jedoch die RegioPost-Entscheidung aus dem Jahr 2015⁶⁰. Manche sehen das Urteil als „Wendepunkt“⁶¹ oder als Auftakt für ein „neues Kapitel“⁶² in der Entwicklung des Tariftreuerechts. Auf den ersten Blick scheint dies nachvollziehbar, denn der EuGH nimmt in dieser Entscheidung keinen Anstoß daran, dass eine einschlägige Regelung des rheinland-pfälzischen Landestariftreuegesetzes nur für die öffentliche Auftragsvergabe galt. Die Relevanz der Entscheidung für heutige vergabespezifische Tariftreueanforderungen ist allerdings umstritten. Teilweise wird das RegioPost-Urteil sogar als konsequente Fortführung der Vorgängerentscheidungen eingeordnet.⁶³

a) Ausgangsfall und Vorabentscheidungsersuchen

Im Ausgangsfall der Rechtssache RegioPost hatte die Stadt Landau in der Pfalz einen Rahmenvertrag über Postdienstleistungen ausgeschrieben. Wie in § 3 des rheinland-pfälzischen Landestariftreuegesetzes (rh.-pf. LTTG) vorgesehen, verlangte die Stadt von den Bietern eine Erklärung, dass diese den Beschäftigten bei der Ausführung der Leistung das im Gesetz genannte Mindestentgelt zahlen würden. Zur fraglichen Zeit existierte weder ein branchenspezifischer noch der allgemeine gesetzliche Mindestlohn. Eine Bieterin weigerte sich, eine entsprechende Erklärung abzugeben, woraufhin die Stadt das von dem Unternehmen eingereichte Angebot von der Wertung ausschloss. Gegen die Zurückweisung des Vergabenachprüfungsantrags ging die Bieterin im Ausgangsverfahren vor dem OLG Koblenz vor.

⁵⁷ EuGH 19.6.2008 – C-319/06, NZA 2008, 865 Rn. 26, 45 ff. – Kommission/Luxemburg.

⁵⁸ Dazu *Bayreuther*, EuZW 2009, 102, 103.

⁵⁹ EuGH 18.9.2014 – C-549/13, NZA 2014, 1129 und dazu *Greiner/Hennecken*, EuZA 2015, 252, 256; *Mohr*, EuZA 2016, 23, 42.

⁶⁰ EuGH 17.11.2015 – C-115/14, NZA 2016, 155 – RegioPost.

⁶¹ *Krause*, Weiterentwicklung des Tariftreuerechts, 2019, S. 90.

⁶² So die Einschätzung des saarländischen Gesetzgebers; siehe Landtags-Drucksache 16/1777, S. 26.

⁶³ *Mohr*, EuZA 2017, 23, 43.

Der Vorlagebeschluss enthielt insbesondere die Frage, ob es mit der Dienstleistungsfreiheit in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 Entsende-RL 1996 vereinbar sei, wenn sich Bieter verpflichten müssten, einen nur für öffentliche, nicht aber für private Aufträge staatlich festgelegten Mindestlohn zu zahlen, wenn weder ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn noch ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag existiere.⁶⁴ Weil nur inländische Bieter beteiligt waren, formuliert der EuGH die Frage so um, dass sie sich „in erster Linie“ auf Art. 26 RL 2004/18/EG (jetzt: Art. 70 RL 2014/24/EU) bezieht, der keinen grenzüberschreitenden Sachverhalt voraussetzt.⁶⁵ Ungeachtet dessen bejaht der EuGH die Zulässigkeit der Vorlage, wobei er sich in recht unklarer Weise auf „ein gewisses grenzüberschreitendes Interesse“ stützt.⁶⁶

b) Abweichung in der Argumentation gegenüber der Ruffert-Entscheidung

Entscheidend ist im vorliegenden Zusammenhang, dass der EuGH die materielle Prüfung letztlich ohnehin am Maßstab der Entsenderichtlinie und der Dienstleistungsfreiheit vornimmt.⁶⁷ Wenngleich der EuGH die rheinland-pfälzische Regelung im Ergebnis für unionsrechtskonform hielt, ändert die RegioPost-Entscheidung nichts daran, dass der EuGH der Richtlinie weiterhin nicht lediglich einen Mindestschutz für entsandte Arbeitnehmer, sondern zugleich eine Höchstgrenze entnimmt.⁶⁸ Allerdings weichen die Luxemburger Richter in einem Punkt von der Ruffert-Entscheidung ab: Sie stören sich nicht daran, dass § 3 rh.-pf. LTTG nur die öffentliche, nicht aber die private Auftragsvergabe regelt.⁶⁹ Damit widerspricht der EuGH der Vorlageentscheidung, die vor dem Hintergrund der Ruffert-Entscheidung dafür plädierte, bei gesetzlichen Mindestlohnregelungen ebenso wie bei Tarifverträgen eine branchenweite Geltung für private wie öffentliche Aufträge zu verlangen.⁷⁰

c) Konsequenzen für Tariftreueregelungen

Verschiedentlich ist die RegioPost-Entscheidung so verstanden worden, dass der EuGH das zentrale Begründungselement des Ruffert-Urteils aufgegeben habe⁷¹ und die Differenzierung zwischen öffentlichen und privaten Aufträgen konsequenterweise auch für Tarifverträge

⁶⁴ OLG Koblenz 19.2.2014 – 1 Verg 8/13, NZBau 2014, 317, 318.

⁶⁵ EuGH 17.11. 2015 – C-115/14 Rn. 44 ff., 52 – RegioPost.

⁶⁶ EuGH 17.11. 2015 – C-115/14 Rn. 51 – RegioPost; skeptisch gegenüber dieser Argumentation *Greiner/Hennecken*, EuZA 2016, 317, 319 ff.; *Hartmann*, EuZA 2017, 153, 165.

⁶⁷ EuGH 17.11. 2015 – C-115/14 Rn. 58 ff., 67 ff. – RegioPost.

⁶⁸ Ebenso *Krause*, Weiterentwicklung des Tariftreuerechts, 2019, S. 90.

⁶⁹ EuGH 17.11.2015 – C-115/14, NZA 2016, 155 Rn. 63 ff. – RegioPost.

⁷⁰ OLG Koblenz 19.2.2014 – 1 Verg 8/13, NZBau 2014, 317, 320.

⁷¹ So etwa *Krause*, Weiterentwicklung des Tariftreuerechts, 2019, S. 91; *Thüsing/Hütter-Brungs*, NZA 2021, 170, 175.

zulassen müsse⁷². Jedoch gilt es zu sehen, dass der EuGH die abweichende Entscheidung gerade mit dem Unterschied begründet hat, dass es sich bei § 3 rh.-pf. LTTG um eine Rechtsvorschrift über einen Mindestlohnsatz im Sinne des § 3 Abs. 1 UAbs. 1 Spiegelstrich 1 Entsender-RL 1996 und nicht um eine tarifliche Vorschrift handele. Die Voraussetzung der Allgemeinverbindlichkeit habe der europäische Gesetzgeber nach § 3 Abs. 1 UAbs. 1 Spiegelstrich 2 Entsender-RL 1996 nur für Tarifverträge und Schiedssprüche aufgestellt.⁷³ Nicht überzeugend ist es, wenn Rückschlüsse aus dieser Begründung für tarifliche Vorschriften mangels Entscheidungserheblichkeit für den RegioPost-Fall abgelehnt werden.⁷⁴ Denn dem EuGH geht es in dieser Urteilspassage erkennbar um die Abgrenzung gegenüber dem Ruffert-Urteil.⁷⁵

Nachdem die Entsenderichtlinie inzwischen überarbeitet worden ist,⁷⁶ liegt die heutige Bedeutung der RegioPost-Entscheidung allerdings ohnehin weniger bei den qualifizierten Rechtsquellen für die Festlegung einzuhaltender Arbeitsbedingungen im Aufnahmestaat, sondern vor allem auf dem Feld der Dienstleistungsfreiheit. Der EuGH hat den Eingriff in diese Grundfreiheit durch § 3 rh.-pf. LTTG für gerechtfertigt gehalten. Zur Begründung heißt es freilich, dass die landesrechtliche Tariftreuerregelung „ein Mindestmaß an sozialem Schutz“ gewähre, „da in dem im Ausgangsverfahren maßgebenden Zeitraum weder das AEntG noch eine andere nationale Regelung einen niedrigeren Mindestlohn für die Branche der Postdienstleistungen vorsah“.⁷⁷ Daraus lässt sich schließen, dass eine Rechtfertigung des Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit ausscheiden muss, wenn ein entsprechender Mindestschutz bereits anderweitig sichergestellt ist.⁷⁸

Allein durch die Einführung des seit 2015 geltenden allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns hat sich die Lage in Deutschland entscheidend verändert.⁷⁹ Zwar zielt der Anspruch aus § 1 MiLoG nach der Vorstellung des Gesetzgebers „im Unterschied zum Tarifvertrag nicht darauf ab, einen umfassenden Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sicherzustellen“. Immerhin soll er aber „verhindern, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu Arbeitsentgelten beschäftigt werden, die jedenfalls unangemessen sind und den in Artikel 2 Absatz 1 und Artikel 20 Absatz 1 des Grundgesetzes zum Ausdruck kommenden elementaren

⁷² *Rebhahn/Windischgrätz*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 3 RL 96/71/EG Rn. 12.

⁷³ EuGH 17.11. 2015 – C-115/14, NZA 2016, 155 Rn. 62 f. – RegioPost.

⁷⁴ So aber *Krause*, Weiterentwicklung des Tariftreuerrechts, 2019, S. 92.

⁷⁵ Vgl. auch *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 5 Rn. 460.

⁷⁶ Hierzu sogleich näher unten III. 3.

⁷⁷ EuGH 17.11. 2015 – C-115/14, NZA 2016, 155 Rn. 76 – RegioPost und dazu bereits *Hartmann*, EuZA 2017, 153, 165 f.

⁷⁸ Zutreffend *Mohr*, EuZA 2017, 23, 45.

⁷⁹ Vgl. auch *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2022, Art. 22 GRC Rn. 113.

Gerechtigkeitsanforderungen nicht genügen“.⁸⁰ Die mehrfachen Anpassungen des gesetzlichen Mindestlohns durch die Mindestlohnkommission nach §§ 9 ff. MiLoG und zuletzt durch den Gesetzgeber selbst⁸¹ stellen sicher, dass auch weiterhin jedenfalls „ein Mindestmaß an sozialem Schutz“ gewährleistet ist. Auf der Grundlage der RegioPost-Entscheidung lässt sich eine Rechtfertigung des Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit durch Tariftreueregelungen folglich nicht begründen.

3. Auswirkungen der reformierten Entsenderichtlinie

Nach mancher Auffassung hat die Reform des Entsenderechts durch die Richtlinie 2018/957/EU neue Spielräume für mitgliedstaatliche Tariftreueregelungen geschaffen. Den Hintergrund bildet die Erweiterung der qualifizierten Rechtsquellen für die Festlegung der einzuhaltenden Arbeitsbedingungen im Aufnahmestaat.⁸² Die ursprüngliche Entsenderichtlinie 96/71/EG verlangte bei Tarifverträgen grundsätzlich deren Allgemeinverbindlichkeit, enthielt aber, wie bereits dargestellt,⁸³ für Mitgliedstaaten, in denen ein System zur Allgemeinverbindlicherklärung nicht existiert, eine zusätzliche Option: Nach Art. 3 Abs. 8 Entsende-RL 1996 kamen in solchen Staaten auch die Tarifverträge oder Schiedssprüche in Betracht, die für alle in den jeweiligen geografischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden gleichartigen Unternehmen allgemein wirksam sind, oder diejenigen Tarifverträge, die von den auf nationaler Ebene repräsentativsten Organisationen der Tarifvertragsparteien geschlossen werden und innerhalb des gesamten nationalen Hoheitsgebiets zur Anwendung kommen. In der Neufassung der Richtlinie ist diese Ersatzlösung nunmehr für sämtliche Mitgliedstaaten, also auch solche ohne System der Allgemeinverbindlicherklärung, vorgesehen (Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Entsende-RL 2018: „oder zusätzlich zu einem solchen System“).

Letztlich entscheidend für die Richtlinienkonformität von Tariftreueregelungen ist damit Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Spiegelstrich 1 Entsende-RL 2018, wonach solche Tarifverträge oder Schiedssprüche in Betracht kommen, die für alle in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden gleichartigen Unternehmen allgemein wirksam sind. Für die Vereinbarkeit mit der Entsenderichtlinie ist maßgeblich, ob der jeweilige Tarifvertrag durch die Tariftreueanforderung eine „allgemeine Wirksamkeit“ erlangt.

⁸⁰ Regierungsentwurf zum Tarifautonomiestärkungsgesetz, Bundestags-Drucksache 18/1558, S. 28; dazu *Giesen*, ZFA 2022, 346, 356 f.

⁸¹ Änderung des § 1 Abs. 2 MiLoG durch das Gesetz zur Erhöhung des Schutzes durch den gesetzlichen Mindestlohn und zu Änderungen im Bereich der geringfügigen Beschäftigung vom 28.6.2022 (BGBl. I 969): Erhöhung auf 12 Euro brutto je Zeitstunde. Zu verfassungsrechtlichen Bedenken *Giesen*, ZFA 2022, 346, 351 ff.

⁸² Eingehend dazu *Riesenhuber*, EuZA 2020, 423, 424 ff.

⁸³ Siehe oben III. 1. b).

Eine entsprechende Geltung des Bezugstarifs bei Tariftreueanforderungen wird von vereinzelt Literaturstimmen mit unterschiedlichen Begründungen und Konsequenzen bejaht: Ein erster, besonders weitgehender Ansatz verweist darauf, es müssten sich alle erfolgreichen Bieter an die tariflichen Vorgaben halten, weshalb im Kontext von Tariftreueanforderungen stets von einer „allgemeinen Wirksamkeit“ auszugehen sei. Zur Begründung stützt sich diese Sichtweise insbesondere auf eine weite Auslegung des Merkmals der „Tätigkeit“ nach Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Spiegelstrich 1 Entsende-RL 2018. Darunter könne auch die Erfüllung öffentlicher Aufträge gefasst werden.⁸⁴ Etwas restriktiver ist eine Auffassung, die zwar nicht schon die bloße Teilnahme am Vergabeverfahren für relevant hält, sondern auf die konkrete Wettbewerbssituation im Vergabeverfahren abstellt. Danach soll es für die „allgemeine Wirksamkeit“ darauf ankommen, ob die relevanten Mitbieter ebenfalls an den jeweiligen Tarif gebunden sind. Dies wird nicht zuletzt darauf gestützt, dass in Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Spiegelstrich 1 Entsende-RL 2018 von „gleichartigen Unternehmen“ die Rede ist.⁸⁵ Höhere Hürden für Tariftreueanforderungen bestehen nach einem dritten Ansatz, der das Merkmal der „allgemeinen Wirksamkeit“ bei zweckgerechter Richtlinieninterpretation so verstehen will, dass es einer Tarifierhebung in „deutlich mehr als der Hälfte“ der Unternehmen innerhalb des sektoralen und geographischen Geltungsbereichs bedürfe. Danach müssen, was über die materiellen Anforderungen der Allgemeinverbindlicherklärung nach deutschem Recht hinausgeht, regelmäßig zwei Drittel der Unternehmen tarifgebunden sein oder den Tarifvertrag zumindest aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme anwenden.⁸⁶

Die genannten Ansätze zur Richtlinieninterpretation können allesamt nicht überzeugen. Was zunächst das Verständnis des Merkmals „Tätigkeit“ in Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Spiegelstrich 1 Entsende-RL 2018 anbelangt, zeigt der Blick auf andere Sprachfassungen der Richtlinie, dass das propagierte Verständnis nicht haltbar ist. Das Begriffspaar „Tätigkeit oder Gewerbe“ (in anderen Sprachfassungen etwa *profession or industry, secteur ou profession, categoria professionale o industriale*) hängt eng zusammen und bezeichnet lediglich den sachlichen Anwendungsbereich der Tarifverträge. Gemeint ist also der Sektor, in dem der Bieter seine Leistung erbringt, weshalb die Erbringung eines öffentlichen Auftrags als solche nicht als „Tätigkeit“ in diesem Sinne verstanden werden kann.⁸⁷ Auch der Begriff der „gleichartigen Unternehmen“ deutet auf eine solche branchenbezogene Sichtweise hin.⁸⁸ Die teilweise vorgeschlagene

⁸⁴ Klein/Schneider, SR 2019, 72, 79.

⁸⁵ Krause, Weiterentwicklung des Tariftreuerechts, 2019, S. 98 ff.

⁸⁶ Zimmer, AuR 2019, 152, 155.

⁸⁷ Zutreffend Krebber, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2022, Art. 3 RL 96/71 Rn. 36; Riesenhuber, EuZA 2020, 423, 437; Thüsing/Hütter-Brungs, NZA 2021, 170, 174.

⁸⁸ Anders Krause, Weiterentwicklung des Tariftreuerechts, 2019, S. 99 f., der weiterhin geltend macht, es sei die Voraussetzung der „allgemeinen Wirksamkeit“ nach dem Richtlinienwortlaut nur relevant „für Unternehmen, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden“. Die Gleichbehandlung solcher Unternehmen ist aber eine zusätzliche Voraussetzung für die Option des Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Entsende-RL 2018 („sofern“).

Zwei-Drittel-Anforderung an die Tarifierung in der jeweiligen Branche erscheint frei ge-
griffen und kann eine „allgemeine Wirksamkeit“ bereits nach dem Richtlinienwortlaut nur
schwerlich begründen.

Unabhängig davon gilt es zu sehen, dass die Neufassung der Richtlinie nichts an den bereits
ausführlich dargestellten Folgerungen aus der Dienstleistungsfreiheit ändert. Zwar scheitern
die Argumente derjenigen Stimmen, die infolge der Änderungsrichtlinie 2018/957/EU neuen
Raum für Tariftreueinstrumente sehen, bereits auf der Ebene der einfachen Richtlinienausle-
gung. Es ist jedoch zusätzlich darauf hinzuweisen, dass abweichende Interpretationen auch
vor den Grundfreiheiten bestehen müssen. Freilich ist die primärrechtskonforme Auslegung
gerade in diesem Bereich nicht unumstritten. Manche Stimmen machen geltend, die Grund-
freiheiten seien nur darauf ausgerichtet, den Binnenmarkt vor Gefährdungen aus den Mit-
gliedstaaten zu schützen.⁸⁹ Jedoch sind die Europäische Union und ihre Organe darauf ver-
pflichtet, Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr
zwischen den Mitgliedstaaten abzubauen. Es entspricht deshalb ständiger EuGH-Rechtspre-
chung, dass Sekundärrechtsakte mit potentiell freiheitsbeschränkender Wirkung im Licht der
Grundfreiheiten zu interpretieren sind.⁹⁰ Im hiesigen Zusammenhang bedeutet dies, dass die
mangelnde Vereinbarkeit konstitutiver Tariftreueanforderungen mit Art. 56 AEUV jedenfalls
im Rahmen der primärrechtskonformen Auslegung zu berücksichtigen ist.

4. Auswirkungen der Mindestlohnrichtlinie

Der Kommissionsentwurf zu einer Mindestlohnrichtlinie vom Oktober 2020⁹¹ enthielt in Art. 9
eine Regelung zur öffentlichen Auftragsvergabe, die Anlass zu Spekulationen über mögliche
Folgen für das Tariftreurecht gegeben hat. Die Entwurfsfassung der Vorschrift lautete: „Im
Einklang mit den Richtlinien 2014/24/EU, 2014/25/EU und 2014/23/EU ergreifen die Mitglied-
staaten geeignete Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der
Ausführung von öffentlichen Aufträgen oder Konzessionsverträgen die für die jeweilige Bran-
che und die jeweilige Region tarifvertraglich festgelegten Löhne bzw. gegebenenfalls die ge-
setzlichen Mindestlöhne einhalten.“

Aus dieser Formulierung, die teilweise als „kryptisch“ wahrgenommen wurde,⁹² ging nicht klar
hervor, ob die „tarifvertraglich festgelegten Löhne“ bereits unabhängig vom

⁸⁹ Cremer, Jura 2015, 39, 41; speziell für Entsenderecht und Dienstleistungsfreiheit auch Rödl, EuZW 2011, 292, 296.

⁹⁰ Vgl. nur etwa EuGH 12.7.2005 – C-154/04 und C-155/04, EuZW 2005, 598 Rn. 47 m.w.N. – Alliance for Natural Health u.a.; zum Ganzen eingehend Leible/Domröse, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 8 Rn. 7 ff., 10; speziell für Entsenderecht und Dienstleistungsfreiheit auch Thüsing/Hütter-Brungs, NZA 2021, 170, 175.

⁹¹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union, COM(2020) 682 final.

⁹² Thüsing/Hütter-Brungs, NZA 2021, 170, 172.

Vergabeverfahren Geltung für die Bieter entfalten müssen. Eine weite Lesart der Entwurfsregelung, wonach der jeweilige Branchentarif stets einzuhalten wäre, erschien allerdings ohnehin unvereinbar mit dem ausdrücklichen Regelungsanliegen der Kommission, die Einhaltung der „geltenden arbeitsrechtlichen Verpflichtungen“ sicherzustellen.⁹³ Im Übrigen wäre angesichts der offenkundigen Friktionen mit der entsenderechtlichen Rechtsprechung bei einem entsprechenden Regelungswillen eine deutlichere Formulierung zu erwarten gewesen.⁹⁴

Mit der schließlich verabschiedeten Fassung der Mindestlohnrichtlinie hat sich die Frage ohnehin erledigt. Art. 9 RL 2022/2041 spricht eindeutig von der Einhaltung der „geltenden Verpflichtungen“. Als unionsrechtliche Grundlage für konstitutive Tariftreuregelungen scheidet die Mindestlohnrichtlinie aus. Unabhängig von den gravierenden kompetenzrechtlichen Bedenken gegen die Richtlinie⁹⁵ ergeben sich für die hier behandelten Fragen daher keine Konsequenzen.

5. Zwischenergebnis

Das Unionsrecht beurteilt konstitutive Tariftreuregelungen der Mitgliedstaaten seit jeher kritisch. Im Ruffert-Urteil aus dem Jahr 2008 hat der EuGH die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit einer entsprechenden landesrechtlichen Vorschrift sowohl auf die damalige Fassung der Entsenderichtlinie als auch auf die Dienstleistungsfreiheit gestützt. Aus der späteren RegioPost-Entscheidung von 2015, die einen gesetzlich festgelegten Vergabemindestlohn aus der Zeit vor Inkrafttreten eines allgemeinen oder branchenspezifischen Mindestlohns betraf, folgt nichts anderes. Die Erweiterung der qualifizierten Rechtsquellen für die Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen im Aufnahmestaat durch die Neufassung der Entsenderichtlinie aus dem Jahr 2018 führt ebenfalls nicht zur Zulässigkeit konstitutiver Tariftreuregelungen, zumal die Bedenken wegen der Dienstleistungsfreiheit unberührt bleiben. Schließlich hat auch die Mindestlohnrichtlinie aus dem Jahr 2022 nichts daran geändert, dass konstitutive Tariftreueanforderungen unvereinbar mit dem Unionsrecht sind.

IV. Verfassungsrechtliche Grenzen für ein Bundestariftreuegesetz

Zusätzlich zu den unionsrechtlichen Vorgaben für konstitutive Tariftreueanforderungen sind bei der geplanten Schaffung eines Bundestariftreuegesetzes die Grenzen des nationalen Verfassungsrechts zu beachten. Unabhängig von der Frage, ob Tariftreuregelungen zum Recht

⁹³ COM(2020) 682 final, S. 5; vgl. auch *Thüsing/Hütter-Brungs*, NZA 2021, 170, 173.

⁹⁴ So auch *Thüsing/Hütter-Brungs*, NZA 2021, 170, 173 f., die allerdings rechtspolitische Sympathie für unionsrechtlich fundierte Tariftreuregelungen zeigen (S. 174 f.).

⁹⁵ Vgl. nur *Krebber*, RdA 2021, 215, 220 ff.; *Vogt*, EuZA 2023, 50, 52 ff.

der Wirtschaft i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gehören⁹⁶ oder ob es sich um „vergabebespezifisches Sonderarbeitsrecht“⁹⁷ handelt und deshalb Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG einschlägig ist, unterfällt die Materie jedenfalls der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit.

In materiell-verfassungsrechtlicher Hinsicht sind zum einen die Grundrechte der betroffenen Arbeitsvertragsparteien zu wahren. Insoweit kommen Verstöße gegen die Arbeitsvertragsfreiheit und gegen die negative wie die positive Koalitionsfreiheit in Betracht. Zum anderen erscheint auch die Vereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip zweifelhaft.⁹⁸

1. Arbeitsvertragsfreiheit

Bei den Grundrechten steht ein möglicher Verstoß gegen die Arbeitsvertragsfreiheit beider Parteien im Zentrum.

a) Verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt

Nach überwiegender Einordnung ist damit ein Ausschnitt aus der Berufsausübungsfreiheit angesprochen, wie sie als Teil der Berufsfreiheit von Art. 12 Abs. 1 GG erfasst ist.⁹⁹ Auf der Arbeitgeberseite überschneidet sich dies mit der Unternehmerfreiheit, die zwar grundsätzlich von der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ist, in Teilbereichen aber von den spezielleren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 GG erfasst ist.¹⁰⁰ Neben der Berufsfreiheit kann im vorliegenden Zusammenhang auch die Eigentumsfreiheit mitbetroffen sein, wenn man erkennt, dass sich der Arbeitgeber beim Abschluss von Arbeitsverträgen im Bereich seiner Dispositionsfreiheit über den Gewerbebetrieb bewegt.¹⁰¹ Eine Gegenauffassung schlägt die Arbeitsvertragsfreiheit freilich generell der allgemeinen

⁹⁶ So das BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 215 ff., das die entsprechende Landeskompetenz des Landes Berlin für die Vorschrift im damaligen Vergabegesetz aus Art. 70 i.V.m. Art. 72 Abs. 2 GG (a.F.) hergeleitet hat.

⁹⁷ Begriff bei *Krause*, Weiterentwicklung des Tariftreuerechts, 2019, S. 28, der selbst allerdings Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG für einschlägig hält.

⁹⁸ Die genannten Prüfungsmaßstäbe werden teilweise unter dem Gesichtspunkt der negativen Tarifvertragsfreiheit zusammengefasst; dazu grundlegend *P. Hanau*, FS Scholz, 2007, S. 1035 ff. Dies ändert aber nichts daran, dass eine Rückanknüpfung an die verfassungsrechtlichen Teilaspekte ebenso möglich wie notwendig ist; eingehend dazu *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 212 ff. Es ist hingegen eine Verkürzung der Diskussion, wenn die negative Tarifvertragsfreiheit nur als Frage des Art. 9 Abs. 3 GG in den Blick gerät; siehe zur negativen Koalitionsfreiheit näher unten IV. 2.

⁹⁹ Aus der Literatur nur etwa *Engels*, JZ 1998, 490, 495; *H. Hanau*, RdA 1996, 158, 161; *Jarass*, in: ders./Pieroth, Grundgesetz, 17. Aufl. 2022, Art. 12 Rn. 11; *Ossenbühl/Cornils*, Tarifautonomie und staatliche Gesetzgebung, 2000, S. 177 f.; *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz, Stand: 99. Ergänzungslieferung September 2022, Art. 12 Rn. 58, 123.

¹⁰⁰ *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Stand: 99. Ergänzungslieferung September 2022, Art. 2 Rn. 126.

¹⁰¹ Näher dazu und zu dem zitierten Begriff *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz, Stand: 99. Ergänzungslieferung September 2022, Art. 12 Rn. 140.

Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG zu.¹⁰² Die Rechtsprechung des BVerfG ist uneinheitlich.¹⁰³ An sich wären wegen der jeweils unterschiedlichen Schrankenregelungen abweichende Ergebnisse zu erwarten. Es ist allerdings verbreitet beobachtet worden, dass es sich kaum auswirkt, aus welchen Grundrechten der Schutzbereich hergeleitet wird.¹⁰⁴

Gerade im Zusammenhang mit Tariftreueregelungen hat das BVerfG Art. 12 Abs. 1 GG als maßgeblich angesehen: „Die Vertragsfreiheit wird zwar auch durch das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet. Betrifft eine gesetzliche Regelung jedoch die Vertragsfreiheit gerade im Bereich beruflicher Betätigung, die ihre spezielle Gewährleistung in Art. 12 Abs. 1 GG gefunden hat, scheidet die gegenüber anderen Freiheitsrechten subsidiäre allgemeine Handlungsfreiheit als Prüfungsmaßstab aus.“¹⁰⁵ Im Folgenden wird im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG die Berufsfreiheit als Prüfungsmaßstab zugrunde gelegt.

b) Schutzbereich

Nach Auffassung des BVerfG garantiert die Arbeitsvertragsfreiheit die freie Wahl des Arbeitsplatzes und schützt den Entschluss, eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit in dem gewählten Beruf zu ergreifen, ein Arbeitsverhältnis beizubehalten oder es aufzugeben.¹⁰⁶ Mit Blick auf Tariftreueklauseln ist besonders relevant, dass die Arbeitsvertragsfreiheit darüber hinaus auch das freie Aushandeln der Arbeitsbedingungen schützt. Allerdings ist gerade insoweit die Reichweite des Schutzbereichs in Zweifel geraten. So hat das BVerfG in der Tariftreue-Entscheidung aus dem Jahr 2006 mit der Aussage irritiert, dass Art. 12 Abs. 1 GG „die Teilnahme am Wettbewerb im Rahmen der hierfür aufgestellten rechtlichen Regeln“ sichere und den Arbeitgebern das Recht gewährleiste, „die Arbeitsbedingungen mit ihren Arbeitnehmern im Rahmen der Gesetze frei auszuhandeln“.¹⁰⁷

Diese Formulierungen könnten zu dem Missverständnis verleiten, dass die Berufsfreiheit generell nur unter dem Vorbehalt der gesetzlichen Wettbewerbsordnung gewährleistet sei.

¹⁰² Aus der Literatur etwa *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Art. 12 Rn. 70; *Nipperdey*, in: Bettermann/Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte, Band 4, Halbband 2, 1962, S. 878 f., 886 f. mit Fn. 594 a.E.

¹⁰³ Für Zuordnung zu Art. 12 Abs. 1 GG BVerfG 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242, 253 ff.; BVerfG 29.12.2004 – 1 BvR 2582/03 u.a., NZA 2005, 153, 155; BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 221; BVerfG 19.12.2018 – 7 AZR 70/17, NZA 2019, 523 Rn. 38; für die Zuordnung zu Art. 2 Abs. 1 GG BVerfG 19.10.1983 – 2 BvR 298/81, BVerfGE 65, 196, 210; BVerfG 23.4.1986 – 2 BvR 487/80, BVerfGE 73, 261, 270; BVerfG 19.5.1992 – 1 BvR 126/85, BVerfGE 86, 122, 130.

¹⁰⁴ Vgl. *H. Hanau*, Individualautonomie und Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, 1994, S. 39 f.; *Ossenbühl/Cornils*, Tarifautonomie und staatliche Gesetzgebung, 2000, S. 177; *Söllner*, RdA 1989, 144, 148.

¹⁰⁵ BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 221 (ohne die dortigen Rechtsprechungsnachweise).

¹⁰⁶ BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, BVerfGE 149, 126 Rn. 38.

¹⁰⁷ BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 221 (dazu kritisch *Höfling/Rixen*, RdA 2007, 360, 363 ff.); vgl. außerdem etwa BVerfG 1.12.2010 – 1 BvR 2593/09, NZA 2011, 60 Rn. 19.

Einer solchen „gewährleistungsstaatlichen Umwertung“¹⁰⁸ der Berufsfreiheit wäre aber entschieden entgegenzutreten. Derartige Schwächungen der abwehrrechtlichen Dimension sind teilweise mit den Bestrebungen erklärt worden, präzise grundrechtliche Gewährleistungsgehalte herauszuarbeiten.¹⁰⁹ Jedoch ist die Abkehr von tendenziell uferlosen Schutzbereichen und entsprechend großen Abwägungserfordernissen keineswegs zwingend mit einem solchen Freiheitsverlust verbunden.¹¹⁰ Die normative Prägung gerade der Arbeitsvertragsfreiheit stellt dieses Grundrecht deshalb nicht bereits auf Schutzbereichsebene unter den Vorbehalt der gesetzlichen Wettbewerbsordnung. Vielmehr schützt Art. 12 Abs. 1 GG die Arbeitsvertragsparteien vor inhaltlicher Fremdbestimmung, sei es durch den Gesetzgeber oder die Kollektivvertragsparteien.¹¹¹

Ohnehin nennt auch das BVerfG gerade im Zusammenhang mit konstitutiven Tariftreueanforderungen „die Einflussnahme auf die Verträge mit Arbeitnehmern und Geschäftspartnern einen wichtigen Gewährleistungsgehalt der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit“.¹¹² Weiter heißt es in der Entscheidung zum Berliner Vergabegesetz: „Die Freiheit, den Inhalt der Vergütungsvereinbarungen mit Arbeitnehmern und Subunternehmern frei aushandeln zu können, ist ein wesentlicher Bestandteil der Berufsausübung, weil diese Vertragsbedingungen in besonderem Maße den wirtschaftlichen Erfolg der Unternehmen bestimmen und damit für die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte, der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dienende Tätigkeit kennzeichnend sind.“¹¹³

Vor diesem Hintergrund ist das Arbeitsverhältnis nicht zuletzt auch vor dem Geltungsanspruch tarifvertraglicher Vorschriften geschützt, soweit die Arbeitsvertragsparteien diese nicht – wie der Arbeitgeber beim Haustarifvertrag – selbst vereinbart oder zumindest mitgliedschaftlich legitimiert haben. Bei den sog. Außenseitern fehlt es an einem entsprechenden Legitimationsakt. Ihnen gegenüber ist deshalb jegliche Geltung tarifvertraglicher Vorschriften rechtfertigungsbedürftig.¹¹⁴

¹⁰⁸ Höfling/Rixen, RdA 2007, 360, 364.

¹⁰⁹ Höfling/Rixen, RdA 2007, 360, 366.

¹¹⁰ Näher dazu Hartmann, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 75 ff.

¹¹¹ Zutreffend Höpfner, RdA 2019, 146, 153; vgl. ferner Boemke, NZA 1993, 532, 535; Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, Stand: 99. Ergänzungslieferung September 2022, Art. 12 Rn. 91.

¹¹² BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 226.

¹¹³ BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 226.

¹¹⁴ Zur Bedeutung der Legitimation in diesem Zusammenhang eingehend Hartmann, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 101 ff.

c) Eingriff

Art. 12 Abs. 1 GG schützt vor allen denkbaren Arten von Grundrechtseingriffen. Insbesondere ist das Grundrecht in seiner Reichweite nicht auf unmittelbare und finale Eingriffe beschränkt.¹¹⁵ Das BVerfG setzt nur voraus, dass es nicht lediglich um die „allgemeine Möglichkeit der Beeinträchtigung eines nicht näher bestimmbar Personenkreises“ geht: „Vielmehr muss sich konkret feststellen lassen, wer von den Auswirkungen der Norm selbst oder ihrer Anwendung unmittelbar in seiner Berufsfreiheit betroffen wird.“¹¹⁶ Zwar entfaltet sich die Schutzwirkung des Art. 12 Abs. 1 GG nach dem BVerfG „nur gegenüber solchen Normen oder Akten [...], die sich entweder unmittelbar auf die Berufstätigkeit beziehen oder die zumindest eine objektiv berufsregelnde Tendenz haben“.¹¹⁷ Das Erfordernis einer berufsregelnden Tendenz wird in der Literatur teilweise als grundlose Einschränkung des Gewährleistungsgehalts kritisiert, zumal eine möglicherweise geringere Eingriffsintensität ohne Weiteres auf der Rechtfertigungsebene verarbeitet werden könnte.¹¹⁸ Die Rechtsprechung des BVerfG berücksichtigt ohnehin je nach Fallkonstellation durchaus auch faktische Beeinträchtigungen.¹¹⁹ Im vorliegenden Zusammenhang ist etwa bedeutsam, dass grundsätzlich auch in staatlicher Wettbewerbsbeeinflussung ein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG liegen kann.¹²⁰

Ein Eingriff in die Arbeitsvertragsfreiheit als Teil der Berufsfreiheit ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Gesetzgeber die generelle Geltung bestimmter tarifvertraglicher Vorschriften gegenüber nichtorganisierten Arbeitsvertragsparteien anordnet oder Instrumente zur Erstreckung von Tarifnormen schafft. Das BVerfG lässt keinen Zweifel daran, dass jedenfalls diejenigen arbeitsrechtlichen Normen, die den Inhalt des Arbeitsverhältnisses bestimmen, in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG eingreifen, ohne dass es insoweit einer besonderen berufsregelnden Tendenz bedürfte.¹²¹

Unabhängig davon bedarf die Eingriffsqualität von Tariftreueeregeln besonderer Betrachtung. Insbesondere ist zu klären, ob die von den Bietern im Rahmen des Vergabeverfahrens abgegebene Tariftreueerklärung den Eingriffscharakter entfallen lässt. Heute ist weitgehend anerkannt, dass ein Grundrechtsverzicht möglich ist, wenn der Grundrechtsträger einen entsprechenden Willen ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt, die

¹¹⁵ Scholz, in Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz, Stand: 99. Ergänzungslieferung September 2022, Art. 12 Rn. 300.

¹¹⁶ BVerfG 11.10.1977 – 1 BvR 434/73 u.a., BVerfGE 47, 1, 21.

¹¹⁷ BVerfG 17.2.1998 – 1 BvF 1/91, BVerfGE 97, 228, 254.

¹¹⁸ So repräsentativ Ruffert, in: BeckOK GG, 53. Ed., Art. 12 Rn. 57.

¹¹⁹ Ruffert, in: BeckOK GG, 53. Ed., Art. 12 Rn. 51 ff. unterscheidet imperative Eingriffe und faktische Beeinträchtigungen.

¹²⁰ BVerfG 12.6.1990 – 1 BvR 355/86, BVerfGE 82, 209, 223 f.

¹²¹ BVerfG 18.11.2003 – 1 BvR 302/96, NJW 2004, 146, 147.

Verzichtserklärung freiwillig abgibt und er zur Disposition befugt ist.¹²² Für Art. 12 Abs. 1 GG ist die Möglichkeit eines Grundrechtsverzichts insbesondere dann anerkannt, wenn dem Grundrechtsträger aus seiner Verzichtserklärung irgendwelche Vorteile erwachsen.¹²³ Im Fall vergabespezifischer Tariftreueanforderungen scheint es zumindest auf den ersten Blick in Frage zu kommen, die Tariftreueerklärung als Grundrechtsverzicht zu interpretieren. Denn erst sie eröffnet dem Bieter die Möglichkeit zur Teilnahme am Vergabeverfahren.

Einer solche Sichtweise wäre aber unvereinbar mit der Entscheidung zum Berliner Vergabegesetz: In diesem Beschluss hat der Erste Senat des BVerfG den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG durch die frühere Berliner Tariftreuregelung als berührt angesehen. Dabei stützt sich die Entscheidung darauf, dass die betroffenen Unternehmen zu einer bestimmten Gestaltung ihrer Arbeitsverträge angehalten werden und damit einem nicht nur reflexhaften Einfluss auf die Gestaltung der Arbeitsbedingungen unterliegen.¹²⁴ Diese Bewertung überzeugt, weil die vermeintliche Selbstverpflichtung der Arbeitgeber auf die tariflichen Arbeitsbedingungen nicht ohne Rücksicht auf den gesetzlichen Rahmen bewertet werden kann.

Mit Blick auf die unterschiedlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten für Tariftreueanforderungen¹²⁵ stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber das geplante Bundestariftreuegesetz in einer Weise fassen könnte, die bereits den Eingriff in die Arbeitsvertragsfreiheit entfallen lässt. Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Judikatur kommt es insoweit darauf an, ob eine Gestaltung denkbar ist, die eine gezielte Einflussnahme auf die Gestaltung der Arbeitsvertragsbedingungen vermeidet. Konstitutive Tariftreueanforderungen haben allerdings unabhängig von der näheren Ausgestaltung zwangsläufig zur Folge, dass sich ein tariffreier Arbeitgeber zur Einhaltung tariflicher Bedingungen verpflichten muss, um am Vergabeverfahren teilnehmen zu können. Die Eingriffsqualität lässt sich deshalb allenfalls dadurch vermeiden, dass die Tariftreue nur hinsichtlich bereits bestehender Verpflichtungen verlangt wird. Konstitutive Tariftreueanforderungen, wie sie die Bundesregierung anstrebt, begründen jedoch stets einen Eingriff in die Arbeitsvertragsfreiheit.

d) Rechtfertigung

Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG ermöglicht die Regelung der Berufsausübung durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes. Aus dieser Formulierung kann nicht geschlossen werden, dass nur eine Regelung, nicht aber eine Einschränkung des Grundrechts möglich wäre.¹²⁶ Es ist aber

¹²² Zu den Voraussetzungen eines Grundrechtsverzichts im Überblick *Fischinger*, JuS 2007, 808, 809 ff. m.w.N.

¹²³ *Fischinger*, JuS 2007, 808, 811.

¹²⁴ BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 222 f.

¹²⁵ Dazu oben II. 3.

¹²⁶ *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Stand: 99. Ergänzungslieferung September 2022, Art. 12 Rn. 313.

anerkannt, dass damit jedenfalls im Ergebnis ein Gesetzesvorbehalt für Eingriffe in das einheitlich verstandene¹²⁷ Grundrecht der Berufsfreiheit besteht.¹²⁸

aa) Gesetzesvorbehalt und Wesentlichkeitstheorie

Auf den ersten Blick scheint Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG für das Vorhaben eines Bundestariftreugesetzes keine Rolle zu spielen, weil zumindest das grundsätzliche Tariftreueerfordernis gesetzlich festgelegt werden soll. Wenngleich auch Eingriffe durch untergesetzliche Normen möglich sind, bedarf es aber jedenfalls einer hinreichenden formal-gesetzlichen Ermächtigung.¹²⁹ Dynamische Verweisungen auf Normen anderer Kompetenzträger sind nicht ausreichend.¹³⁰ Das BVerfG verlangt insoweit „eine eigenverantwortliche Prüfung und Entscheidung durch den zuständigen Gesetzgeber“.¹³¹

Tariftreuregelungen bisheriger Prägung begründen einen dynamischen Gesetzesverweis auf Tarifvorschriften.¹³² Auch bei der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG oder beim Erlass von Rechtsverordnungen nach §§ 7, 7a AEntG nimmt der Gesetzgeber zwar keine konkreten Tarifinhalte in seinen Willen auf. Immerhin kommt es in diesen Fällen aber noch zu einer staatlichen Billigung der jeweiligen Tarifnormen im Zuge des gesetzlich geregelten Verfahrens zur Tarifnormerweiterung.¹³³ Bei den bisher üblichen Tariftreueanforderungen gibt der Gesetzgeber die Kontrolle über die konkreten Inhalte der möglicherweise noch gar nicht geschlossenen Tarifverträge hingegen völlig aus der Hand. Allenfalls macht er formale und/oder inhaltliche Vorgaben für die Bezugstarife.

In diesem Zusammenhang ist über den Gesetzesvorbehalt hinaus noch die gerade anhand der Berufsfreiheit entwickelte Wesentlichkeitstheorie zu beachten.¹³⁴ Daran anknüpfend hat das BVerfG in seinem Facharztbeschluss aus dem Jahr 1972 Voraussetzungen für die Übertragung staatlicher Rechtssetzungsmacht an Verbände mit Satzungsautonomie aufgestellt. Danach

¹²⁷ Eine Abgrenzung von Berufswahl und -ausübung ist damit nicht erforderlich; vgl. dazu BVerfG 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377, 401 f. – Apothekerurteil sowie *Mann*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 14, 77.

¹²⁸ *Mann*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 106; *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Stand: 99. Ergänzungslieferung September 2022, Art. 12 Rn. 312 ff.; *Ruffert*, in: BeckOK GG, 53. Ed., Art. 12 Rn. 73 f.

¹²⁹ *Ruffert*, in: Beck OK GG, 53. Ed., Art. 12 Rn. 76.

¹³⁰ *Mann*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 108; *Ruffert*, in: Beck OK GG, 53. Ed., Art. 12 Rn. 77.

¹³¹ BVerfG 1.3.1978 – 1 BvR 786, 793/70, 168/71, 95/73, BVerfGE 47, 285, 313 zu einer bundesrechtlichen Notarkostenvorschrift, die auf landesrechtliche Vorschriften verweist.

¹³² Dazu bereits *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 358 f; vgl. auch *Kämmerer/Thüsing*, ZIP 2002, 596, 601 f.

¹³³ Zum Ordnungsmodell des saarländischen Gesetzgebers noch näher unten IV. 4. c).

¹³⁴ Zum Zusammenhang zwischen Gesetzesvorbehalt und Wesentlichkeitstheorie *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Stand: 99. Ergänzungslieferung September 2022, Art. 12 Rn. 324.

kann sich der parlamentarische Gesetzgeber nicht auf die formelle Delegation beschränken, sondern muss selbst die Abwägung zwischen gemeinschaftlichen Interessen und dem individuellen Freiheitsrecht treffen.¹³⁵ Zwar beinhalten Tariftreueregelungen keine formelle Übertragung von Rechtssetzungsmacht an die Tarifvertragsparteien. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Wesentlichkeitstheorie und insbesondere der aus ihr abgeleitete Parlamentsvorbehalt bei der folgenden Rechtfertigungsprüfung zu berücksichtigen ist.

bb) Rechtfertigungsmaßstab

Zur Strukturierung der Rechtfertigungsprüfung hat das BVerfG im Rahmen der sog. Drei-Stufen-Theorie differenzierte Anforderungen je nach Eingriffsintensität entwickelt.¹³⁶ Auf der ersten Stufe stehen Berufsausübungsregeln, mit denen der Gesetzgeber die Art und Weise der Berufstätigkeit bestimmt. Angesichts der vergleichsweise schwachen Eingriffsintensität sind sie bereits rechtfertigungsfähig, wenn sie aufgrund vernünftiger Allgemeinwohlerwägungen zweckmäßig erscheinen.¹³⁷ Die zweite Stufe bilden subjektive Berufswahlregeln. Hier stellt der Gesetzgeber auf persönliche Eigenschaften und Fähigkeiten ab, welche die Betroffenen etwa durch den Erwerb von Abschlüssen beeinflussen können. Eine Rechtfertigung kommt hier nur in Betracht, wenn es um den Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsguts geht, das gegenüber der Freiheit des Einzelnen vorrangig ist.¹³⁸ Die dritte Stufe schließlich bilden objektive Berufswahlregelungen. Sie liegen nicht in der Person der Betroffenen begründet und können von diesen nicht beeinflusst werden. In diesen Fällen kommt eine Rechtfertigung nur zur Abwehr einer nachweislichen oder höchstwahrscheinlichen Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut in Betracht.¹³⁹

Die Zuordnung konstitutiver Tariftreueregelungen zu einer der genannten drei Stufen ist nur auf den ersten Blick unproblematisch. Jedenfalls erreichen entsprechende vergaberechtliche Anforderungen die Qualität von Berufsausübungsregelungen, weil sie die Art und Weise der Berufstätigkeit betreffen. Wegen der Vorgaben für die Beschäftigung von Personal gilt dies insbesondere für die Arbeitgeberseite, hinsichtlich der Arbeitsvertragsfreiheit in ähnlicher Weise aber auch für die Arbeitnehmerseite. Es ist allerdings in der Rechtsprechung des BVerfG anerkannt, dass Berufsausübungsregeln einer Zulassungsregel nahekommen können, wenn sie zwar kein unmittelbar rechtliches, aber doch ein praktisch wirksames Hindernis für die

¹³⁵ BVerfG 9.5.1972 – 1 BvR 518/62 und 1 BvR 308/64, BVerfGE 33, 125, 158 ff.; dazu bereits *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 79.

¹³⁶ Grundlegend BVerfG 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377, 405 ff.

¹³⁷ BVerfG 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377, 405 f.

¹³⁸ BVerfG 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377, 407.

¹³⁹ BVerfG 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377, 408.

Ausübung einer bestimmten Tätigkeit bilden.¹⁴⁰ In Branchen, die von der Nachfragemacht des Staats geprägt werden, mögen vergabespezifische Tariftreueregelungen nicht nur den Zugang zu öffentlichen Aufträgen, sondern darüber hinaus zu einer bestimmten Form der Berufstätigkeit betreffen. Deshalb ist keineswegs ausgeschlossen, dass Tariftreueanforderungen die Qualität subjektiver Berufswahlregelungen erlangen.

Letztlich kann die Zuordnung zu einer der Stufen aber dahinstehen. Zwar wird der Drei-Stufen-Theorie ungeachtet der schwierigen Abgrenzungsfragen zumindest eine „heuristisch-strukturierende Funktion“ auch weiterhin nicht abgesprochen.¹⁴¹ Nach verbreiteter Auffassung nimmt die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung inzwischen aber ohnehin in jedem Fall eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung vor.¹⁴² Treffend ist die Beobachtung, wonach das BVerfG nicht mit tatbestandlich klar abgegrenzten Stufen arbeitet, sondern mit einer „ansteigenden Rampe“.¹⁴³ Dies lässt sich auch in der Rechtsprechung zur Tariftreue beobachten. So nimmt das BVerfG in der Entscheidung zum Berliner Vergabegesetz aus dem Jahr 2006 ebenfalls eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung vor.

cc) *Verhältnismäßigkeit*

Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in die Berufsfreiheit richtet sich nach den allgemeinen Voraussetzungen: Zunächst bedarf es einer legitimen Zwecksetzung. Weiterhin muss mit Hilfe der eingesetzten Mittel der Zweck erreichbar, das Mittel also geeignet sein. Zudem muss der Eingriff erforderlich sein, d.h. der verfolgte Zweck darf nicht durch ein anderes, weniger belastendes Mittel erreicht werden können. Für die Proportionalität oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist schließlich zu beachten, dass das eingesetzte Mittel nicht außer Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen darf.¹⁴⁴

(1) *Legitime Zwecksetzung*

Das BVerfG verlangt für Eingriffe in die Berufsfreiheit, dass diese im Gemeinwohlinteresse liegen.¹⁴⁵ Der Bundesregierung geht es bei dem Vorhaben eines Bundestariftreuegesetzes ausweislich des Koalitionsvertrags in erster Linie darum, die Tarifbindung und die Tarifautonomie

¹⁴⁰ BVerfG 23.3.1960 – 1 BvR 216/51, BVerfGE 11, 30, 44 f.; BVerfG 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., BVerfGE 77, 84, 106; BVerfG 8.11.2010 – 1 BvR 722/10, NZS 2011, 619 Rn. 12.

¹⁴¹ *Ruffert*, in: Beck OK GG, 53. Ed., Art. 12 Rn. 104.

¹⁴² *Mann* in Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 142 ff.; *Wieland* in Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2013, Art. 12 Rn. 94.

¹⁴³ *Schmidt*, in: Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, Art. 12 GG Rn. 28.

¹⁴⁴ Zu alledem etwa BVerfG 29.10.2002 – 1 BvR 525/99, BVerfGE 106, 181, 191 f. sowie im Überblick *Ruffert*, in: Beck OK GG, 53. Ed., Art. 12 Rn. 87 ff.

¹⁴⁵ BVerfG 2.10.1973 – 1 BvR 459 und 1 BvR 477/72, BVerfGE 36, 47, 59.

zu stärken.¹⁴⁶ Es ist allerdings anzunehmen, dass ein entsprechender Gesetzesentwurf die Regelungsziele noch genauer ausbuchstabieren wird. In die folgenden Erwägungen werden deshalb auch weitere Zielsetzungen einbezogen, die den bisherigen landesrechtlichen Tariftreueregelungen zugrunde lagen. So nennt das BVerfG als legitime Ziele des früheren Berliner Vergabegesetzes die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, die Stabilität der Sozialsicherungssysteme sowie die Unterstützung der Tarifverträge in ihrer Ordnungsfunktion.¹⁴⁷ In jüngeren Landesgesetzen sind, wie es derzeitigem Gesetzgebungsstil entspricht, die verfolgten Ziele ausdrücklich genannt: So betont etwa der saarländische Gesetzgeber in § 1 Abs. 1 STFLG den angestrebten Effekt, Wettbewerbsverzerrungen entgegenzuwirken. Das Gesetz soll außerdem einen wirksamen Beitrag zum Schutz der betroffenen Arbeitnehmer leisten, einen unfairen Unterbietungs- und Verdrängungswettbewerb verhindern sowie die sozialen Sicherungssysteme stabilisieren.

Im Ausgangspunkt bestehen keine Zweifel an der Legitimität derartiger Zwecksetzungen. So lässt sich die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit mit dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) in Verbindung bringen. Gleiches gilt für die finanzielle Stabilität der sozialen Sicherungssysteme, deren Funktionsfähigkeit ein wichtiger Gemeinwohlbelang ist.¹⁴⁸ Was schließlich die Ordnungsfunktion der Tarifverträge anbelangt, verweist das BVerfG in der Entscheidung zum Berliner Vergabegesetz darauf, dass es im öffentlichen Interesse liege, wenn „die von Art. 9 Abs. 3 GG intendierte [...] autonome Ordnung des Arbeitslebens durch Koalitionen abgestützt“ werde.¹⁴⁹ Dabei handelt es sich zwar um eine recht voraussetzungsreiche Aussage, weil sie kaum ohne Erkenntnisse über die von der Koalitionsfreiheit intendierte „Ordnung des Arbeitslebens“ auskommt. Jedoch lässt sich nicht in Abrede stellen, dass eine Absicherung dieses Systems ein legitimes Anliegen ist. Gleiches gilt für die Erhöhung der Tarifbindung als Beitrag zu einer gesteigerten „Tarifabdeckung“, wie sie die Mindestlohn-Richtlinie als Ziel vorgibt.

Fraglich könnte allenfalls sein, ob sich hinter einer Tariftreueregelung mit Repräsentativitätserfordernis letztlich ein anderes Ziel verbirgt. Das VG Düsseldorf hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2015 zum damaligen nordrhein-westfälischen Tariftreueregelungs- und Vergabegesetz (TVGG NRW) unterstellt, es gehe dem Landesgesetzgeber in Wahrheit darum, die tarifpluralen Strukturen im Bereich des ÖPNV zumindest faktisch zu beseitigen und durch einen einzigen repräsentativen Tarifvertrag zu ersetzen.¹⁵⁰ Dies hat insofern nachvollziehbare Kritik hervorgerufen, als es nicht Aufgabe der Gerichte ist, die ausdrücklich genannten Zielsetzungen des

¹⁴⁶ Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90/Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP) vom 7.12.2021, S. 71.

¹⁴⁷ BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 223 f.

¹⁴⁸ BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 223.

¹⁴⁹ BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 224.

¹⁵⁰ VG Düsseldorf 27.8.2015 – 6 K 2793/13, NZBau 2015, 643, 652 f.

Gesetzgebers durch eigene Erwägungen zu ersetzen.¹⁵¹ Der Hinweis des VG Düsseldorf, wonach der „Binnenwettbewerb zwischen den untereinander um den besten Tarifvertrag konkurrierenden Koalitionen“¹⁵² eine Funktionsbedingung für das Tarifsystem sei, ist gleichwohl berechtigt und bei der weiteren Prüfung zu berücksichtigen.

Unabhängig davon ist zunächst festzustellen, dass sich mit Tariftreuregelungen legitime Ziele verfolgen lassen.

(2) Geeignetheit des Mittels

Für die Geeignetheit kommt es darauf an, ob der erstrebte Erfolg mit Hilfe des eingesetzten Mittels gefördert werden kann.¹⁵³ Gerade im Zusammenhang mit der konstitutiven Tariftreue hat das BVerfG insoweit den Einschätzungs- und Prognosevorrang des Gesetzgebers betont. Es sei „vornehmlich seine Sache, auf der Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele unter Beachtung der Gesetzmäßigkeiten des betreffenden Sachgebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will“.¹⁵⁴ Bei allem berechtigten Respekt vor der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers ist allerdings zumindest eine Plausibilitätskontrolle erforderlich. Die Entscheidung des BVerfG zum Berliner Vergabegesetz bleibt selbst noch hinter dieser Anforderung zurück und erschöpft sich in der begründungslosen Affirmation der Gesetzesziele.¹⁵⁵

Was die Erhöhung der Tarifbindung bzw. der „Tarifabdeckung“ im Sinne der Mindestlohn-Richtlinie anbelangt, erscheint es zumindest nicht unplausibel, dass es infolge vergabespezifischer Tariftreueanforderungen zu einer vermehrten Anwendung der einschlägigen Tarife kommt. Weniger klar ist hingegen, ob die Tariftreue einen Beitrag zur Stärkung der Tarifautonomie leisten kann. In der Entscheidung zum Berliner Vergabegesetz hat das BVerfG nicht hinterfragt, ob es die Tarifautonomie fördert, wenn Tariftreueanforderungen eine „Ausweitung der Tariflöhne über den Kreis der tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien hinaus“ bewirken.¹⁵⁶ Dem Wesen der mitgliedschaftlich geprägten deutschen Tarifautonomie lässt sich aber gerade nicht in der Weise Rechnung tragen, dass eine möglichst flächendeckende Anwendung der Tariflöhne angestrebt wird. Vielmehr entspricht es der Eigenlogik dieses Instituts, die

¹⁵¹ Krause, Weiterentwicklung des Tariftreuegesetzes, 2019, S. 47; vgl. auch Barczak/Pieroth, RdA 2016, 209, 212.

¹⁵² VG Düsseldorf 27.8.2015 – 6 K 2793/13, NZBau 2015, 643, 653.

¹⁵³ So im Kontext subjektiver Zulassungsvoraussetzungen als Eingriff in die Berufsfreiheit etwa BVerfG 14.3.1989 – 1 BvR 1033/82 und 1 BvR 174/84, BVerfGE 80, 1, 24 f.

¹⁵⁴ BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 224.

¹⁵⁵ Vgl. BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 224.

¹⁵⁶ So aber BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 224.

kollektive Selbstbestimmung zu fördern, anstatt die tariflicher Regelungen auch ohne oder sogar gegen den Willen der Betroffenen anzuordnen.¹⁵⁷

Für eine Tariftreuregelung mit Repräsentativitätskriterium kommt noch hinzu, dass sie eine anderweitige Tarifbindung unattraktiv macht. Der Anreiz, sich an einen nicht repräsentativen Tarifvertrag zu binden, ist für Arbeitgeber geringer, wenn ihnen dieser Schritt nicht die Teilnahme am Vergabeverfahren eröffnet. Weil dies die Tarifbindung auch insgesamt schwächen könnte, ist insgesamt unabhängig von der sonstigen Verfassungskonformität einer staatlichen Auswahlentscheidung zwischen mehreren Tarifverträgen¹⁵⁸ bereits die Geeignetheit einer entsprechenden Tariftreuregelung mit Repräsentativitätskriterium fraglich.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die Geeignetheit von Tariftreueanforderungen auch mit Blick auf andere Zielsetzungen keineswegs gesichert erscheint. So ist etwa völlig unklar, auf welche Weise Tariftreueanforderungen Arbeitslosigkeit verhindern sollen. Denn typischerweise werden sich öffentliche Aufträge verteuern, was die staatliche Nachfrage einschränkt. Auch das BVerfG hat es in der Entscheidung zum Berliner Vergabegesetz nicht näher erläutert, wie man „die Arbeitslosigkeit bekämpfen“ können soll, indem man „Unterbietungswettbewerb über die Lohnkosten“ begrenzt.¹⁵⁹

Was die etwa vom saarländischen Gesetzgeber angeführte Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen anbelangt, erscheint bereits die Geeignetheit von Tariftreuregelungen äußerst zweifelhaft. Derartige Vergabevoraussetzungen fördern den Wettbewerb nicht, sondern beschränken ihn vielmehr insofern, als Lohnkostenvorteile durch untertarifliche Arbeitsbedingungen nicht zum Tragen kommen. Dies ist bereits aus der Diskussion um Tarifnormerstreckungen bekannt. Auch wenn etwa § 1 AEntG die Gewährleistung fairer und funktionierender Wettbewerbsbedingungen als Ziel angibt, ändert dies nichts daran, dass durch Verordnungen nach §§ 7, 7a AEntG der Wettbewerb nicht gestärkt, sondern im Gegenteil dadurch geschwächt wird, dass Unternehmen, die keine tariflichen Arbeitsbedingungen gewähren wollen oder können, aus dem Wettbewerb ausscheiden müssen.¹⁶⁰ Der befürchtete Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten wird durch Tariftreuregelungen also nicht verhindert, sondern nur verlagert. Weshalb ein Wettbewerb, der zumindest auch über die Lohnkosten geführt wird, „verzerrt“ sein soll, erschließt sich ohnehin nicht. Der saarländische Gesetzgeber befürchtet Einbußen zum einen bei der Qualität der Dienstleistungen, zum anderen bei den

¹⁵⁷ Eingehend dazu *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, passim.

¹⁵⁸ Bedenken bestehen insoweit insbesondere unter dem Gesichtspunkt der positiven Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 3 GG; dazu näher unten IV. 3.

¹⁵⁹ Vgl. BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 224.

¹⁶⁰ Zum AEntG bereits *Hartmann*, ZFA 2020, 348, 358; vgl. auch *Thüsing* in *Thüsing* (Hrsg.), MiLoG/AEntG, 2. Aufl. 2016, § 1 AEntG Rn. 14, der dem Gesetzgeber mangelnde Ehrlichkeit vorwirft.

Arbeitsbedingungen der Beschäftigten.¹⁶¹ Tariftreueanforderungen mögen zwar zu einer Verbesserung des Lohnniveaus führen. Hinsichtlich der Qualitätsbedenken erscheint die Geeignetheit allerdings fraglich. Denn bei Knappheit geeigneter Arbeitskräfte wird sich der Wettbewerb um qualifizierte Beschäftigte in den übertariflichen Bereich verlagern, ohne dass sich die Qualität der Dienstleistungen verbessern würde.

(3) Erforderlichkeit des Mittels

Selbst wenn man ungeachtet der vorstehenden Bedenken ein Bundestariftreuegesetz zur Verfolgung der denkbaren Ziele für zumindest teilweise geeignet hält, genügt dies noch nicht zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Vielmehr muss das gewählte Mittel darüber hinaus auch erforderlich sein. Daran fehlt es, wenn Regelungsalternativen die gleiche Wirksamkeit versprechen, die Betroffenen aber weniger belasten.¹⁶² In der Entscheidung zum Berliner Vergabegesetz hat das BVerfG auch insoweit den Beurteilungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers hervorgehoben.¹⁶³

(a) Auswirkungen der Tariftreueerklärung

In der Diskussion über Tariftreueanforderungen spielt bislang eine erhebliche Rolle, dass sich die Bieter mit der Teilnahme am Vergabeverfahren den tariflichen Bedingungen unterwerfen und nicht zur Abgabe eines Angebots verpflichtet sind. Auch das BVerfG stützte sich in der Entscheidung zum Berliner Vergabegesetz auf diesen Gedanken und verwertete ihn bereits für die Erforderlichkeit des Eingriffs in die Berufsfreiheit: Ein betroffener Arbeitgeber könne sich „der Geltung des Tarifvertrags im Rahmen seiner Entscheidungsfreiheit entziehen“, „wenn auch mit der Konsequenz, dass seine Bewertung um den öffentlichen Auftrag regelmäßig erfolglos bleiben wird“.¹⁶⁴ Die Argumentation mit der vermeintlich freiwilligen Selbstverpflichtung überzeugt allerdings nicht: In vielen Bereichen verfügt der Staat über eine sehr hohe Nachfragemacht, teilweise sogar über ein Nachfragemonopol. Unternehmen stehen jedenfalls in solchen Branchen (z.B. Straßen- und Brückenbau) häufig vor der Wahl, entweder den vorgegebenen Tariflohn zu zahlen oder aber vollständig aus dem Wettbewerb auszuscheiden.¹⁶⁵ Wie in der Literatur treffend angemerkt worden ist, dient ein Unternehmer deshalb „als bloßes Werkzeug im Regelungskonzept des Gesetzgebers“ und ist in dessen

¹⁶¹ Regierungsentwurf, Landtags-Drucksache 16/1777, S. 15.

¹⁶² BVerfG 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., BVerfGE 77, 84, 106; BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 225.

¹⁶³ BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 225, insoweit unter Hinweis auf BVerfG 19.7.2000 – 1 BvR 539/96, BVerfGE 102, 197, 218.

¹⁶⁴ BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 225.

¹⁶⁵ Zutreffend *Höfling/Rixen*, RdA 2007, 360, 365 f.; *Kämmerer/Thüsing*, ZIP 2002, 596, 601 und eingehend *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 356 ff.

„Regelungskalkül“ miteinbezogen, wenn er sich einem Tariftreueverlangen fügt.¹⁶⁶ Ebenfalls nachvollziehbar ist der Vorwurf einer gewissen „Tatsachenabstinenz“¹⁶⁷, wenn das BVerfG bei dieser Sachlage von einer freiwilligen Willensentscheidung des betroffenen Arbeitgebers ausgeht.

(b) Mildere Mittel zur Erreichung der verfolgten Ziele

Derartige Versuche, die Eingriffsintensität konstitutiver Tariftreueeregungen zu verschleiern, dürfen ohnehin nicht von der eigentlichen Frage nach alternativen, weniger eingriffsintensiven Maßnahmen ablenken.

Als potentiell milderes Mittel beleuchtet der Beschluss des BVerfG zum Berliner Vergabegesetz lediglich die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG. Deren Relevanz wird freilich sogleich damit abgeschwächt, dass dem Landesgesetzgeber ein solches Regelungsinstrument nicht zur Verfügung stehe.¹⁶⁸ Dies kann schwerlich überzeugen, denn Grundrechtseingriffe lassen sich nicht unter Hinweis auf die verfassungsmäßige Kompetenzordnung relativieren. Im Zusammenhang mit einem möglichen Bundestariftreuegesetz spielt dieser Aspekt aber ohnehin von vornherein keine Rolle, denn auf Bundesebene existieren mehrere Instrumente zur Tariferstreckung, darunter gerade auch die Allgemeinverbindlicherklärung gem. § 5 TVG.

Auch für ein Bundestariftreuegesetz relevant ist allerdings die weitere Argumentation des BVerfG, wonach eine Tariftreuepflicht milder sei als eine Allgemeinverbindlicherklärung. Die Vertragsfreiheit der betroffenen Unternehmen werde durch die Tariftreueerklärung weniger beeinträchtigt, „weil die Tariftreuepflicht auf den einzelnen Auftrag und auf die bei der Ausführung dieses Auftrags eingesetzten Arbeitnehmer beschränkt ist“.¹⁶⁹ In der unternehmerischen Lebensrealität werden solche Differenzierungen jedoch kaum in Betracht kommen: Die Bieter werden Arbeitskräfte meist nicht mit Blick auf einen einzelnen öffentlichen Auftrag, sondern zur Verfolgung einer umfassenden Geschäftstätigkeit einstellen. Arbeitgeber, deren unternehmerische Tätigkeit ausschließlich oder zumindest zum großen Teil auf die staatliche Nachfrage ausgerichtet ist, kommen nicht umhin, sich insgesamt den tariflichen Beschäftigungsbedingungen zu unterwerfen. Aber auch für Arbeitgeber, die sowohl öffentliche als auch private Aufträge übernehmen, dürfte es in aller Regel ökonomisch sinnlos sein, hierfür separate Belegschaftsteile zu schaffen.¹⁷⁰ Andernfalls wäre eine flexible Reaktion auf eine starke staatliche Nachfrage bei gleichzeitigem Rückgang von Aufträgen aus der Privatwirtschaft nicht

¹⁶⁶ Höfling/Rixen, RdA 2007, 360, 363.

¹⁶⁷ Höfling/Rixen, RdA 2007, 360, 365.

¹⁶⁸ BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 225.

¹⁶⁹ BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 225; zustimmend Krause, Weiterentwicklung des Tariftreurechts, 2019, S. 57.

¹⁷⁰ Vgl. auch Jaeger, NZBau 2022, 313, 314-

möglich. Das Argument, die Tariftreueanforderung wirke milder als eine Tarifnormerstreckung, zielt daher insgesamt an der Realität vorbei.

Wenn der Gesetzgeber den Zweck der Stärkung der Tarifbindung verfolgen will, muss er sich mit zahlreichen Vorschlägen auseinandersetzen, die in jüngerer Zeit unterbreitet worden sind. Nun herrscht über die Ursachen des abnehmenden Organisationsgrads insbesondere auf der Arbeitnehmerseite allerdings keine Einigkeit.¹⁷¹ Nach mancher Auffassung hat dies „keine rechtlichen Ursachen, sondern liegt an der offenbar mangelnden tatsächlichen Attraktivität der Gewerkschaften für die Arbeitnehmer“.¹⁷² Zweifellos „müssen die Gewerkschaften das Modell der Selbsthilfeorganisation ins 21. Jahrhundert führen und die eigene Tätigkeit an gewandelte Gewohnheiten und Interessen der Zielgruppe anpassen“.¹⁷³ Jedoch sind in der Wissenschaft auch Defizite des geltenden Tarifvertragsrechts aufgedeckt worden, so etwa der Umstand, dass auch Außenseiter von der gewerkschaftlichen Verhandlungsmacht profitieren, weil sie mit einem Gewerkschaftsbeitritt jederzeit tarifliche Bedingungen erlangen können.¹⁷⁴ Zur Behebung dieses Defizits ist vorgeschlagen worden, die Regelungen über Anfang und Ende der Tarifbindung auf den Prüfstand zu stellen¹⁷⁵ oder den Außenseitern bei Partizipation im Wege der einzelvertraglichen Bezugnahme einen „Solidarbetrag“ abzuverlangen¹⁷⁶. Auch wird vielfach über Anreize zu einem Verbandsbeitritt nachgedacht, etwa durch steuerliche Privilegierungen.¹⁷⁷ Schließlich wird ungeachtet der ablehnenden Haltung des BAG gegenüber Spannungsicherungsklauseln in Tarifverträgen¹⁷⁸ weiterhin erwogen, den Gewerkschaftsbeitritt durch qualifizierte Differenzierungsklauseln attraktiver zu gestalten.¹⁷⁹

Im Rahmen dieses Gutachtens kann kein umfassender Vergleich der Eingriffsintensität der konstitutiven Tariftreue einerseits und der alternativen Maßnahmen andererseits erfolgen,

¹⁷¹ Vgl. für die Diskussion verschiedener Ursachen *Höpfner*, ZFA 2020, 178, 186 ff.

¹⁷² *Rudkowski*, NZA 2021, 315, 318.

¹⁷³ *Rudkowski*, NZA 2021, 315, 318.

¹⁷⁴ *Hartmann*, ZFA 2020, 158, 169 ff.

¹⁷⁵ *Hartmann*, ZFA 2020, 158, 171 ff.

¹⁷⁶ *Höpfner*, ZFA 2020, 178, 192 ff.

¹⁷⁷ Umfassend *Franzen*, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, 2018, S. 35 ff. Vgl. außerdem BMAS, Ergebnisbericht (Handlungsempfehlungen) zum Zukunftsdialo g Neue Arbeit – Neue Sicherheit, 2019, S. 13, 28 f. sowie den Antrag der Länder Bremen, Brandenburg und Thüringen im Bundesrat vom 9.5.2019, Bundesrats-Drucksache 212/19, S. 3, 6.

¹⁷⁸ BAG 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, BAGE 137, 231 Rn. 23 ff.; zustimmend *Hartmann*, SAE 2011, 225, 227 ff.

¹⁷⁹ Vgl. *Waltermann*, ZFA 2020, 211, 219 f., der in Differenzierungsklauseln aber auch nicht „den breiten Rettungsweg“ sieht, sowie den „Entwurf eines Gesetzes über Differenzierungsklauseln in Tarifverträgen“ einer Arbeitsgruppe von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern (veröffentlicht in AuR 2021, 310 ff.) und dazu *Jacobs/Malorny*, SR 2022, 1, 2 ff.

zumal jeweils wieder spezifische verfassungsrechtliche Probleme aufgeworfen sind.¹⁸⁰ An dieser Stelle genügt ohnehin der Hinweis, dass ein Bundestariftreuegesetz für Unternehmen, die auf die Teilnahme an den erfassten Vergabeverfahren angewiesen sind, eine sehr viel höhere Eingriffsintensität entfaltet als Anreizsetzungen etwa durch Steuerprivilegien. Gleichzeitig bliebe der arbeitsmarktpolitische Beitrag einer Tariftreuregelung, die sich wohl auf die Auftragsvergabe durch den Bund beschränken dürfte,¹⁸¹ von vornherein auf einen kleineren Teil des öffentlichen Auftragsvolumens und vor allem auch auf bestimmte Bereiche des Arbeitsmarkts begrenzt. Dieser Gegensatz von hoher Eingriffsintensität und geringer Breitenwirkung zeigt bereits, dass ein Bundestariftreuegesetz den Anforderungen der Erforderlichkeit nicht gerecht werden kann.

Was schließlich weitere denkbare Ziele eines Bundestariftreuegesetzes anbelangt, erscheint die Erforderlichkeit des Eingriffs ebenfalls zweifelhaft. Was etwa die Befürchtung anbelangt, es könnten Bieter unter dem Druck des Personalkostenwettbewerbs auf schlechter ausgebildete Arbeitskräfte zurückgreifen, bestehen mildere, aber mindestens gleich effektive Alternativmaßnahmen. So ließe sich der genannten Gefahr wesentlich zielgenauer dadurch begegnen, dass Vorgaben zur Qualifikation der eingesetzten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgestellt werden.

(c) Vergleich verschiedener Ausgestaltungen der Tariftreue

Wer entgegen der hier vertretenen Auffassung konstitutive Tariftreuregelungen nicht schon generell mangels Erforderlichkeit des Eingriffs in die Arbeitsvertragsfreiheit für verfassungswidrig hält, ist zumindest beim Vergleich verschiedener Ausgestaltungen dieses Instruments an die Wahl des relativ mildesten Mittels gebunden. Dies hat Konsequenzen für die Anforderungen an die Tarifverträge, auf die sich die Tariftreueanforderung bezieht.

Zielt dieses vergaberechtliche Instrument auf eine Erhöhung der Tarifbindung ab, ist nicht einzusehen, weshalb die Bindung des Bieters an einen eigenen Tarifvertrag, etwa einen Haustarifvertrag, oder an andere von ihm ausgewählte Tarifbedingungen nicht genügen sollte. Dieser Aspekt betrifft freilich in erster Linie die positive Koalitionsfreiheit des Arbeitgebers und wird deshalb in diesem Zusammenhang noch näher erörtert.¹⁸²

Was die Auswahl zwischen mehreren in Betracht kommenden Tarifverträgen anbelangt, besteht ebenfalls kein Grund, die unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers

¹⁸⁰ Rudkowski, NZA 2021, 315, 316 weist allgemein darauf hin, dass auch die Setzung von Anreizen für den Gewerkschaftsbeitritt ihrerseits einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit der nichtorganisierten Arbeitnehmer und in die positive Koalitionsfreiheit der Arbeitgeber begründet.

¹⁸¹ Vgl. die Hinweise des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales zum Konsultationsverfahren: <https://www.bmas.de/DE/Arbeit/Arbeitsrecht/Staerkung-der-Tarifbindung/Oeffentliche-Konsultation-zur-Tariftreue/oeffentliche-konsultation-zur-tariftreue.html> („öffentliche Auftragsvergabe des Bundes“).

¹⁸² Siehe unten IV. 3.

durch Vorgabe eines bestimmten Tarifs mehr als nötig zu beschneiden. Auch insoweit gilt, dass das Hauptziel einer breiteren Tarifbindung unabhängig davon erreichbar ist, ob sich alle Bieter demselben Regelwerk unterwerfen oder ob insoweit wenigstens eine Wahlmöglichkeit besteht.

(4) Proportionalität

Auf die Proportionalität (oder: Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) kommt es nach hier vertretener Auffassung nicht mehr an, nachdem konstitutive Tariftreuregelungen bereits an der Geeignetheit und der Erforderlichkeit des Eingriffs in die Arbeitsvertragsfreiheit scheitern. Zumindest hilfsweise soll im Folgenden aber noch die Verhältnismäßigkeit zwischen Eingriffsintensität und verfolgtem Zweck erörtert werden. In diesem Zusammenhang ist erneut in Erinnerung zu rufen, dass die Berufsfreiheit ungeachtet der missverständlichen Äußerungen des BVerfG in der Entscheidung zum Berliner Vergabegesetz¹⁸³ nicht unter dem Vorbehalt einer gesetzlichen Ausgestaltung steht. Nach ständiger verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung ist mit Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG keineswegs gesagt, „daß der Gesetzgeber im ganzen einen weiteren Ermessenspielraum habe als beim sonstigen allgemeinen Gesetzesvorbehalt, daß er das ganze Gebiet des Berufsrechts umfassender ordnen, den Inhalt des Grundrechts erst konstitutiv bestimmen dürfe“, denn „bei solcher Auffassung würde das Grundrecht entwertet, indem sein Gehalt ganz dem Ermessen des Gesetzgebers überantwortet würde, der doch seinerseits an das Grundrecht gebunden ist (Art. 1 Abs. 3 GG)“.¹⁸⁴

(a) Auswirkungen der Tariftreueerklärung

Die Tariftreue-Entscheidung aus dem Jahr 2006 enthält für die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne nur wenige verwertbare Hinweise. Auch auf dieser Ebene setzt das BVerfG die Argumentation mit der vermeintlichen Selbstverpflichtung des betroffenen Arbeitgebers fort. Zwar wird keineswegs geleugnet, dass die Arbeitsvertragsfreiheit „einen wichtigen Gewährleistungsgehalt der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit“ repräsentiert.¹⁸⁵ Jedoch führt der Beschluss auch in diesem Zusammenhang an, das Gewicht des Eingriffs sei „dadurch gemindert, dass die Verpflichtung zur Zahlung der Tariflöhne nicht unmittelbar aus einer gesetzlichen Anordnung folgt, sondern erst infolge der eigenen Entscheidung, im Interesse der Erlangung eines öffentlichen Auftrags eine Verpflichtungserklärung abzugeben“.¹⁸⁶ Diese Argumentation begegnet wiederum dem bereits oben entwickelten Einwand, dass die Annahme einer freiwilligen Selbstverpflichtung den Tatsachen erkennbar zuwiderläuft.¹⁸⁷

¹⁸³ Dazu oben IV. 1. b).

¹⁸⁴ So bereits BVerfG 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377, 403 – Apothekerurteil.

¹⁸⁵ BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 226.

¹⁸⁶ BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 226.

¹⁸⁷ Siehe oben IV. 1. d) cc) (3) (a).

(b) Abwägung im Rahmen der Angemessenheitsprüfung

Für die Proportionalität des Eingriffs in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG kommt es auf den Ausgleich zwischen der Arbeitsvertragsfreiheit und den gegenläufigen Rechtsgütern von Verfassungsrang an.

Hält man Tariftreueregelungen entgegen der hier vertretenen Auffassung für geeignet und erforderlich, um die Tarifbindung und damit auch die Tarifautonomie zu stärken, bedarf es der Abwägung zwischen der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG einerseits und der Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 3 GG andererseits. Auch insoweit kann allerdings nicht unberücksichtigt bleiben, dass konstitutive Tariftreueanforderungen die Tarifautonomie jedenfalls nicht in ihrem Grundanliegen fördern, einen „Freiraum“ zu gewährleisten, „in dem Arbeitnehmer und Arbeitgeber ihre Interessengegensätze in eigener Verantwortung austragen können“¹⁸⁸. Von einer eigenverantwortlichen Interessenwahrnehmung kann nur die Rede sein, wenn sich die Arbeitsvertragsparteien aus freien Stücken für die kollektive Verfolgung ihrer Belange entscheiden. Mit der Grundidee der Koalitionsfreiheit ist eine Betrachtung, die auf eine rein quantitative Steigerung der Tarifbindung abzielt, nicht vereinbar. Denn der tragende Gedanke der Tarifautonomie ist nicht dann besonders effektiv verwirklicht, wenn die Tarifinhalte auf einen möglichst großen Kreis über die normativ Tarifgebundenen hinaus Anwendung finden. Im Gegenteil entspricht es der Konzeption der kollektiv-eigenverantwortlichen Interessenwahrnehmung, dass diejenigen, aber eben auch nur diejenigen, die sich hierfür selbstbestimmt entscheiden, den tariflichen Bedingungen unterliegen.¹⁸⁹

Gegen die Angemessenheit von Tariftreueregelungen spricht außerdem, dass sie von vornherein nicht den gesamten Arbeitsmarkt erfassen, sondern lediglich den Bietern in öffentlichen Vergabeverfahren eine Art Sonderopfer abverlangen. Zwar handelt es sich bei der öffentlichen Auftragsvergabe um einen Bereich, in dem der Staat besonders leicht Einfluss nehmen kann. Dieser pragmatische Aspekt rechtfertigt es aber nicht, gerade die Arbeitsvertragsfreiheit des entsprechenden Personenkreises zu beschränken. Wenn das BVerfG in diesem Zusammenhang die Eingriffsintensität mit dem Hinweis zu relativieren sucht, die Bewerberinnen und Bewerber um öffentliche Aufträge seien nur „in Teilbereichen ihrer unternehmerischen Betätigung“ betroffen,¹⁹⁰ ist erneut darauf hinzuweisen, dass diese Argumentation lebensfremd ist: Erstens verfügt der Staat in einigen Branchen über ein Nachfragemonopol, weshalb manche der betroffenen Unternehmen von vornherein in ihrer gesamten Geschäftstätigkeit erfasst sind. Zweitens ist eine Differenzierung bei den Arbeitsbedingungen je nachdem, ob die

¹⁸⁸ BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1043/16, 1 BvR 1477/16, BVerfGE 146, 71 Rn. 146.

¹⁸⁹ Näher dazu Hartmann, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 210 f. mit Bezug zur Tarifnormerstreckung.

¹⁹⁰ BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 227.

Beschäftigten für öffentliche und private Aufträge eingesetzt werden, in der Praxis regelmäßig nicht durchführbar.

Soweit mit der konstitutiven Tariftreue über den formalen Aspekt der Tarifbindung hinaus auch die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten verbessert werden sollen, ist vor allem das Sozialstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 1 GG mit der Berufsfreiheit insbesondere der Arbeitgeberseite nach Art. 12 Abs. 1 GG in Ausgleich zu bringen. Es ist anerkannt, dass sozialstaatlich motivierte Eingriffe in Freiheitsgrundrechte der Rechtfertigung bedürfen.¹⁹¹ Ebenfalls zu berücksichtigen ist die Berufsfreiheit der Arbeitnehmer, im Hinblick auf besonders unerträgliche Arbeitsbedingungen möglicherweise auch noch die Menschenwürde.¹⁹² Die erforderliche Abwägung kann nicht ohne den Blick auf die bereits ergriffenen Maßnahmen zur Vermeidung unsozialer Arbeitsbedingungen erfolgen. In diesem Zusammenhang ist von größter Bedeutung, dass sich die BVerfG-Entscheidung zum Berliner Vergabegesetz aus dem Jahr 2006 auf einen Zeitraum vor Inkrafttreten des MiLoG bezog. Dass der Beschluss den Arbeitnehmerschutz in der Abwägung höher gewichtete als die Grundrechtsposition der Arbeitgeber aus Art. 12 Abs. 1 GG,¹⁹³ ist daher vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtslage neu zu bewerten. Insoweit gilt es zu sehen, dass mit der Einführung des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns „das ‚sozial Notwendige‘ schon gesichert ist und es damit allein noch um das an sich dem (tarif-)vertraglichen Einigungsprozess überlassene ‚sozial Angemessene‘ geht“.¹⁹⁴ Konstitutive Tariftreuregelungen wären folglich allenfalls damit zu rechtfertigen, dass gerade im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe andere soziale Notwendigkeiten bestehen als im reinen Privatrechtsverkehr. Dafür fehlt es aber an jedem Anhaltspunkt.

Was die Sicherung der Sozialsysteme anbelangt, sieht das BVerfG in seinem Tariftreue-Beschluss hier den entscheidenden Abwägungsfaktor. Allerdings irritiert es, wenn der Beschluss bei der Abwägung im Rahmen der Angemessenheitsprüfung auf die „überragende Bedeutung“ der Stabilität der sozialen Sicherungssysteme abstellt und im Übrigen nurmehr von „diesen Zweck flankierenden [...] Regelungszielen“ spricht.¹⁹⁵ Eine solche Abstufung ergibt sich aus dem Beschluss im Übrigen nicht. Im Gegenteil wird die Sicherung der Sozialsysteme weder bei der Geeignetheit noch bei der Erforderlichkeit der Maßnahme ausdrücklich erwähnt. Weshalb ausgerechnet die Bieter in öffentlichen Verfahren und ihre Beschäftigten die für die gesamte Gesellschaft bedeutsamen Sicherungssysteme stabilisieren sollen, thematisiert das BVerfG

¹⁹¹ Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Stand: 99. Ergänzungslieferung September 2022, Art. 20 Abschnitt VIII Rn. 29.

¹⁹² Vgl. für diese Grundlagen des „Arbeitnehmerschutzes“ im verwandten Zusammenhang der Tarifnormerstreckung Sittard, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung nach § 5 TVG und dem AEntG, 2010, S. 307 f., 415

¹⁹³ Vgl. BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 226 f.

¹⁹⁴ Lobinger, JZ 2014, 810, 817 zum verwandten Kontext der Tarifnormerstreckung.

¹⁹⁵ BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 227.

nicht. Der bloße Hinweis auf die „überragend wichtigen Ziele der Tariftreuregelung“¹⁹⁶ kann eine entsprechende Begründung indes nicht ersetzen. Sie ist freilich auch kaum ersichtlich, weil es an einem inneren Zusammenhang zwischen der öffentlichen Vergabetätigkeit und den auch darüber hinaus relevanten sozialen Sicherungssystemen fehlt.

(c) Vergleich verschiedener Ausgestaltungen der Tariftreue

Was verschiedene Ausgestaltungsmöglichkeiten der konstitutiven Tariftreue anbelangt, gilt im Wesentlichen das bereits zur Erforderlichkeit Gesagte.¹⁹⁷ Sofern man entgegen der hier vertretenen Auffassung die Geeignetheit und Erforderlichkeit entsprechender Vergabeanforderungen bejaht und auch die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne nicht generell ablehnt, ist bei der Abwägung jedenfalls den weniger eingriffsintensiven Varianten der Vorzug zu geben. Selbst unter den genannten Prämissen ließe sich die Vereinbarkeit konstitutiver Tariftreuregelungen allenfalls bejahen, wenn die vergaberechtlichen Vorgaben auch mit einem eigenen Tarifvertrag erfüllbar wären oder zumindest eine Auswahl unter mehreren (repräsentativen) Tarifverträgen bestünde.

e) Zwischenergebnis

Konstitutive Tariftreuregelungen verletzen die Arbeitsvertragsfreiheit sowohl von (potentiellen) Bietern in öffentlichen Vergabeverfahren als auch von deren Beschäftigten. Die entsprechenden Instrumente erweisen sich bereits als überwiegend ungeeignet zur Verfolgung der denkbaren Ziele und gehen jedenfalls in der Eingriffsintensität über das erforderliche Maß hinaus. Selbst wenn man dies anders beurteilen wollte, müsste der Bundesgesetzgeber zumindest unter mehreren Gestaltungsvarianten diejenige wählen, die den geringstmöglichen Eingriff in die Arbeitsvertragsfreiheit nach sich zieht. Daraus folgt, dass die Einhaltung eines eigenen Tarifvertrags genügen oder wenigstens eine Wahlmöglichkeit unter mehreren (repräsentativen) Tarifverträgen eingeräumt werden muss.

2. Negative Koalitionsfreiheit

Das geplante Bundestariftreuegesetz muss weiterhin die Grenzen der negativen Koalitionsfreiheit einhalten. Überwiegend wird dieses negative Freiheitsrecht wie sein positives Pendant in Art. 9 Abs. 3 GG verortet,¹⁹⁸ von einer Gegenauffassung jedoch lediglich als Bestandteil der

¹⁹⁶ BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 227.

¹⁹⁷ Siehe oben IV. 1. d) cc) (3) (c).

¹⁹⁸ BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290, 367; BVerfG 14.6.1983 – 2 BvR 488/80, BVerfGE 64, 208, 213; BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 218; BAG (GS) 29.11.1967, BAGE 20, 175, 213, 217 f.; offen gelassen in BAG 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, BAGE 130, 43 Rn. 35; *Linsenmaier*, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 23. Aufl. 2023, Art. 9 GG Rn. 32; *Scholz*, in: *Maunz/Dürig (Begr.) Grundgesetz*, Stand: 94. Ergänzungslieferung Januar 2021, Art. 9 Rn. 167, 226 ff.

allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG eingeordnet¹⁹⁹. Die Diskussionen über die Schutzdimensionen der negativen Koalitionsfreiheit sind allerdings letztlich ohnehin unabhängig von dieser Zuordnungsfrage.²⁰⁰ Im Folgenden wird der negative Aspekt der Koalitionsfreiheit mit der überwiegenden Auffassung ebenfalls in Art. 9 Abs. 3 GG verortet.

Für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Bundestariftreuegesetzes ist insbesondere die Reichweite des Schutzbereichs maßgeblich. Diese Frage gehört seit jeher zu den umstrittensten Problemen der negativen Koalitionsfreiheit. Insbesondere herrscht Streit, ob Art. 9 Abs. 3 GG auch vor dem Geltungsanspruch nicht mitgliederschaftlich legitimierter Tarifregelungen schützt. Das BVerfG erkennt nur ein bloßes Fernbleiberecht an.²⁰¹ Nach früherer Auffassung des BAG sollte die negative Koalitionsfreiheit „nur vor illegalem und sozialinadäquatem Druck“ schützen.²⁰² Das BVerfG geht davon aus, es dürfe kein „erheblicher“ Beitrittsdruck auf die Außenseiter ausgeübt werden.²⁰³ In der Literatur wird im Gegensatz dazu vielfach vertreten, es sei Normunterworfenheit „[d]as entscheidende Element der Zugehörigkeit zur Koalition“, weshalb die negative Koalitionsfreiheit auch vor der Rechtsetzungsmacht der Verbände schütze.²⁰⁴

Das BVerfG hält Tariftreueregelungen unter dem Gesichtspunkt des Fernbleiberechts für unproblematisch und hat deshalb bereits den Eingriff in den Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit abgelehnt.²⁰⁵ Demgegenüber hat jedoch der BGH das genannte Freiheitsrecht in seiner Entscheidung zum früheren Berliner Vergabegesetz als verletzt angesehen und in diesem Zusammenhang die Beschränkung der tariflichen Regelungsbefugnis auf die jeweiligen Verbandsmitglieder betont.²⁰⁶ Der BGH legt seiner Einschätzung dabei die zutreffende Erkenntnis zugrunde, dass die Unterschiede zwischen einer normativen Tarifwirkung und dem Einfluss durch ein staatliches Tariftreueverlangen eher gradueller als prinzipieller Natur sind.

¹⁹⁹ *Biedenkopf*, JZ 1961, 346, 352; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Band I, 1997, S. 382 ff.; *Hellermann*, Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, 1993, S. 161 f., 162 f.

²⁰⁰ Näher *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 51 ff.

²⁰¹ BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290, 367; BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1043/16, 1 BvR 1477/16, BVerfGE 146, 71 Rn. 130; BVerfG 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, AP Nr. 153 zu Art. 9 GG, Rn. 4.

²⁰² BAG (GS) 29.11.1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175, 226.

²⁰³ BVerfG 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 u.a., BVerfGE 55, 7, 22; vgl. außerdem BVerfG 14.6.1983 – 2 BvR 488/80, BVerfGE 64, 208, 213 f.

²⁰⁴ So *Zöllner*, RdA 1962, 453, 458; siehe außerdem etwa *P. Hanau*, Festschrift für Rupert Scholz, 2007, S. 1035, 1045; *Höfling/Rixen*, RdA 2007, 360, 362; *E. Picker*, ZFA 1998, 573, 603 ff.; *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, S. 214 f.; *Sittard*, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung nach § 5 TVG und dem AEntG, 2010, S. 45 ff.; vgl. auch *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 63 ff., 217.

²⁰⁵ BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 218 f.; vgl. aber KG 20.5.1998 – Kart 24/97, ZIP 1998, 1600, 1606.

²⁰⁶ BGH 18.1.2000 – KVR 23/98, NZA 2000, 327, 333.

Auch in der Literatur sehen zahlreiche Stimmen in Tariftreueanforderungen einen Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit.²⁰⁷

Die Bedeutung der negativen Koalitionsfreiheit für die geplante Schaffung eines Bundestariftreuegesetzes hängt letztlich davon ab, ob man den Schutzbereich auf ein Fernbleiberecht beschränkt oder auch den Schutz vor der Geltung fremder Tarifnormen einbezieht. Gegen die Relevanz dieser Frage lässt sich nicht anführen, dass es ohnehin nur zu einer schuldrechtlichen Verpflichtung des Auftragnehmers zur Gewährung tariflicher Arbeitsbedingungen, aber nicht zur normativen Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Auftragnehmer und seinen Beschäftigten komme.²⁰⁸ Insbesondere geht der Vorwurf fehl, die Relevanz der negativen Tarifvertragsfreiheit²⁰⁹ hänge davon ab, dass im Rahmen „rechtliche[r] Zusatzkonstruktionen“ zwingende Vorgaben gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber „in eine den Auftragnehmer bindende dynamische Gesetzesverweisung auf den jeweiligen Tarifvertrag umqualifiziert“ werden müssten.²¹⁰ Wenn konstitutive Tariftreuregelungen der Sache nach als dynamische Verweisung auf Tarifverträge erfasst werden, trägt dies lediglich dem Umstand Rechnung, dass es mangels Freiwilligkeit der Tariftreueerklärung letztlich nur einen regelungstechnischen Zufall darstellt, wenn es bei formaler Betrachtung nicht zu einer normativen Geltungsanordnung kommt.²¹¹ Dies erkennt in aller Klarheit auch das BVerfG, wenn es die Wirkungsweise der Tariftreuregelung im früheren Berliner Vergabegesetz wie folgt umschreibt: „Der Inhalt der vom Auftragnehmer abzuschließende Arbeitsverträge ist damit – mittelbar – selbst schon Gegenstand der gesetzlichen Regelung, auch wenn er den Arbeitsvertragsparteien nicht unmittelbar normativ vorgeschrieben wird.“²¹²

Für das Gesamtergebnis ist die Frage, ob die negative Tarifvertragsfreiheit von Art. 9 Abs. 3 GG erfasst wird, allerdings von geringerer Bedeutung, als dies zunächst den Anschein haben mag. Letztlich würde es sich bei diesem Aspekt der negativen Koalitionsfreiheit ohnehin nur um eine spezielle Ausprägung der Arbeitsvertragsfreiheit handeln.²¹³ Daher trifft es zu, wenn in der Literatur geltend gemacht wird, es entstünden jedenfalls keine Schutzlücken, weil „die Frage einer unter Umständen unverhältnismäßigen Einschränkung der Vertragsgestaltungsfreiheit von Unternehmen, die nicht schon qua Mitgliedschaft an den jeweiligen repräsentativen Tarifvertrag gebunden sind, zwanglos unter dem Blickwinkel eines Eingriffs in die

²⁰⁷ P. Hanau, NJW 2002, 1240, 1242; Höfling/Rixen, RdA 2007, 360, 362; Scholz, RdA 2001, 193, 198 f.; Volkmann, in: Britz/Volkmann, Tarifautonomie in Deutschland und Europa, 2003, S. 23.

²⁰⁸ So aber Krause, Weiterentwicklung des Tariftreurechts, 2019, S. 36.

²⁰⁹ Zu diesem Begriff bereits oben Fn. 99.

²¹⁰ So aber Krause, Weiterentwicklung des Tariftreurechts, 2019, S. 36 (ohne die Hervorhebung des Originals).

²¹¹ Hartmann, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 357 f.

²¹² BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 222.

²¹³ Hartmann, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 217 f.

Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG thematisiert werden kann“.²¹⁴ Deren Verletzung durch konstitutive Tariftreueanforderungen, wie sie die Bundesregierung plant, ist allerdings, wie bereits gesehen,²¹⁵ ohnehin zu bejahen.

3. Positive Koalitionsfreiheit

Nach den bisher bekannten Plänen der Bundesregierung sollen nur repräsentative Tarifverträge als Bezugspunkt von Tariftreueerklärungen in Betracht kommen. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass die Einhaltung anderer Tarife keine Teilnahme am Vergabeverfahren eröffnen soll. Derartige Ausgestaltungen können die individuelle Koalitionsfreiheit der anderweitig tarifgebundenen Arbeitgeber und die kollektive Koalitionsfreiheit der betreffenden Verbände nach Art. 9 Abs. 3 GG verletzen. Unter dem Gesichtspunkt der individuellen Koalitionsfreiheit zu bewerten ist die Situation der an den ausgewählten Tarifvertrag gebundenen Bieter. In seiner kollektiven Dimension ist das Grundrecht möglicherweise relevant mit Blick auf diejenigen Verbände, die den vergaberechtlich relevanten Tarifvertrag abgeschlossen haben.

a) Schutzbereich

In ihrer positiven Ausprägung schützt die Koalitionsfreiheit in individueller Hinsicht das Recht der Einzelnen zur Gründung, zum Beitritt und zum Verbleib sowie zu jeder koalitionspezifischen Tätigkeit.²¹⁶ Die kollektive Koalitionsfreiheit schützt die Verbände in ihrem Bestand und ihrer Ausgestaltung sowie wiederum die koalitionspezifische Betätigung.²¹⁷ Davon jedenfalls umfasst ist die Tarifautonomie,²¹⁸ was den Bestand und die Anwendung der geschlossenen Tarifverträge einschließt²¹⁹.

b) Eingriff

Die Koalitionsfreiheit bedarf, gerade in ihrer Ausprägung als Tarifautonomie, der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber.²²⁰ Wann die Legislative noch ausgestaltend tätig ist und ab wann sie in die grundrechtlich geschützte Freiheitssphären eingreift, ist Gegenstand einer

²¹⁴ Krause, Weiterentwicklung des Tariftreurechts, 2019, S. 36.

²¹⁵ Siehe oben IV. 1.

²¹⁶ BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1043/16, 1 BvR 1477/16, BVerfGE 146, 71 Rn. 130; *Linsenmaier*, in: Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, Art. 30.

²¹⁷ BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1043/16, 1 BvR 1477/16, BVerfGE 146, 71 Rn. 130; *Linsenmaier*, in: Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, Art. 39.

²¹⁸ BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1043/16, 1 BvR 1477/16, BVerfGE 146, 71 Rn. 131; *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 9 Rn. 86 ff.

²¹⁹ BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1043/16, 1 BvR 1477/16, BVerfGE 146, 71 Rn. 131.

²²⁰ BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1043/16, 1 BvR 1477/16, BVerfGE 146, 71 Rn. 144.

schwierigen und umstrittenen Abgrenzung.²²¹ Nicht dauerhaft gehalten hat sich die Beschränkung der positiven Koalitionsfreiheit auf einen Kernbereich, wie sie das BVerfG zeitweise vertreten hat.²²² Ohnehin folgen aus der Abgrenzung zwischen Ausgestaltung und Eingriff allenfalls grobe Leitlinien für die Verhältnismäßigkeitsprüfung.²²³

aa) Eingriff wegen der faktischen Verdrängung nicht repräsentativer Tarifverträge

Ein Eingriff in die positive Koalitionsfreiheit kommt zunächst unter dem Gesichtspunkt in Betracht, dass die Einhaltung eines nicht repräsentativen Tarifvertrags dem potentiellen Bieter die Teilnahme am Vergabeverfahren selbst dann nicht eröffnet, wenn er an diesen Tarifvertrag gebunden ist. Insbesondere soll es nach den bisher bekannten Plänen der Bundesregierung also nicht genügen, wenn der Unternehmer an einen Haustarifvertrag gebunden ist. Auch die Bindung an einen Verbandstarif erfüllt die Vergabeanforderungen aber unter Umständen nicht. Dies wäre der Fall, wenn die Repräsentativitätsanforderungen nicht eingehalten sind oder wenn das Bundestariftreuegesetz unter mehreren repräsentativen Tarifverträgen keine Wahlmöglichkeit einräumen, sondern die Einhaltung eines bestimmten Tarifvertrags vorsehen sollte. Dies kann die positive Koalitionsfreiheit sowohl in ihrer individuellen als auch in ihrer kollektiven Dimension betreffen.

Zuletzt hat das BVerfG in seinem Urteil zum Tarifeinheitsgesetz jedenfalls in der „Anordnung einer Verdrängung eines Tarifvertrags im Kollisionsfall [...] eine Beeinträchtigung mit der Wirkung eines Eingriffs“ gesehen.²²⁴ Ob eine entsprechende Verdrängungswirkung auch bei konstitutiven Tariftreueanforderungen mit Repräsentativitätskriterium zu bejahen ist, bedarf genauerer Betrachtung. In der Literatur wird bereits ein Eingriff in die Koalitionsfreiheit mitunter abgelehnt. Bei der Betrachtung „aus einer rechtstechnischen Perspektive“ zeige sich, dass Adressat von Tariftreuevorschriften nicht die Arbeitgeber oder Koalitionen seien, sondern allein der öffentliche Auftraggeber.²²⁵ Weiterhin bleibe „die rechtliche Wirkung des Tarifvertrags, an den der Bieter an sich gebunden ist, vollständig unangetastet“. Dies zeige sich schon daran, dass dieser Tarifvertrag „für die nicht zur Auftragsausführung eingesetzten Arbeitnehmer selbstverständlich weiterhin die alleinige Richtschnur“ bilde.²²⁶ Zwar sei ein tarifvertraglicher Unterbietungswettbewerb mit dem Ziel, Wettbewerbsvorteile durch einen „günstigen“ Tarifvertrag zu erzielen, als solcher nicht rechtswidrig. Aus der Koalitionsfreiheit folge aber nicht

²²¹ Zum Problem eingehend und instruktiv *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, Grundlagen Rn. 121 ff. m.w.N.

²²² BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352, 358 ff.; BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268, 283; für die Kernbereichslehre siehe BVerfG 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96, 106.

²²³ *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, Grundlagen Rn. 138 ff.

²²⁴ BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1043/16, 1 BvR 1477/16, BVerfGE 146, 71 Rn. 135.

²²⁵ *Krause*, Weiterentwicklung des Tariftreurechts, 2019, S. 41.

²²⁶ *Krause*, Weiterentwicklung des Tariftreurechts, 2019, S. 42.

das Recht, über die Kriterien eines staatlich organisierten Vergabeverfahrens zu entscheiden.²²⁷ Auch sei die Erwartung der Tarifvertragsparteien, mit der von ihnen verfolgten Tarifpolitik in Vergabeverfahren reüssieren zu können, nicht von Art. 9 Abs. 3 GG geschützt.²²⁸

Zwar trifft es zu, dass konstitutive Tariftreueanforderungen nicht zu einer formalen Verdrängung mitgliedschaftlich legitimierter Tarifverträge oder selbst abgeschlossener Haustarifverträge führen. Insofern besteht unbestreitbar ein rechtstechnischer Unterschied zur Tarifnormerstreckung durch Rechtsverordnung und zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen; vgl. § 7 Abs. 2, Abs. 3 (i.V.m. § 7a Abs. 2) und § 8 Abs. 2 AEntG²²⁹ sowie § 5 Abs. 1a S. 3, Abs. 4 S. 2 TVG i.V.m. § 7 Abs. 2 AEntG.

Jedoch kann es infolge einer Tariftreueerklärung zu einer so vollständigen Entwertung des eigenen Tarifvertrags kommen, dass kein relevanter Unterschied zu einer formalen Verdrängung besteht. Beispielhaft lässt sich die Situation anführen, dass die Arbeitsbedingungen eines Haustarifvertrags unterhalb des repräsentativen Tarifvertrags liegen. Will sich das betreffende Unternehmen an dem Vergabeverfahren beteiligen, muss es den Schutz durch den Haustarifvertrag preisgeben. Wie in anderen Zusammenhängen ergibt sich auch insoweit kein relevanter Unterschied dadurch, dass die Tariftreueerklärung des Bieters gewissermaßen regelungstechnisch dazwischengeschaltet ist. Im Übrigen ist erneut darauf hinzuweisen, dass eine Differenzierung zwischen Arbeitnehmern, die für öffentliche Aufträge eingesetzt werden, und der sonstigen Belegschaft regelmäßig nicht in Betracht kommen dürfte. Daher ist es praktisch irrelevant, dass Haustarifverträge und mitgliedschaftlich legitimierte Verbandstarifverträge formal ihre Geltung behalten, wenn sich der Bieter auf die Einhaltung eines fremden Tarifs verpflichten muss.

Die faktische Verdrängung anderer Tarife betrifft das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG sowohl in seiner individuellen als auch in seiner kollektiven Dimension. Für tarifgebundene Koalitionsmitglieder, denen der Schutz eines Verbandstarifvertrags entzogen wird, begründet eine Tariftreuregelung mit Repräsentativitätskriterium einen Eingriff in die individuelle Koalitionsfreiheit. Gleiches gilt für Arbeitgeber, die einen Haustarifvertrag abgeschlossen haben. In seiner kollektiven Dimension ist das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG mit Blick auf die koalitionsmäßige Betätigung derjenigen Verbände betroffen, deren Tarifverträge mangels (hinreichender) Repräsentativität nicht für Tariftreuezwecke ausgewählt werden.

bb) Eingriff wegen faktischer Entwertung der Bezugstarife

Weiterhin in Betracht kommt ein Eingriff in die individuelle Koalitionsfreiheit derjenigen Bieter, die an den ausgewählten Tarifvertrag gebunden sind. Dabei geht es um die Situation, dass

²²⁷ Krause, Weiterentwicklung des Tariftreurechts, 2019, S. 43.

²²⁸ Krause, Weiterentwicklung des Tariftreurechts, 2019, S. 44.

²²⁹ Dazu bereits Hartmann, ZFA 2020, 348, 378 ff.

sich eine Tariftreuregelung nur auf einen Teil der Tarifyinhalte bezieht. Zudem ist die kollektive Koalitionsfreiheit derjenigen Verbände zu betrachten, die den ausgewählten Tarifvertrag abgeschlossen haben.

Auf den ersten Blick erscheint die Situation der Bieter, die an den staatlicherseits ausgewählten Tarifvertrag gebunden sind, vergleichsweise günstig. Sie haben den Vorteil, die vergaberechtlichen Anforderungen bereits durch Anwendung des „eigenen“ Tarifvertrags erfüllen zu können. Wenn eine Tariftreuregelung statt vollständiger Tarifwerke nur einzelne Regelungen übernimmt,²³⁰ kann sich die normative Bindung an den ausgewählten Tarifvertrag aber als nachteilig erweisen. Die Verhandlungsergebnisse der Tarifparteien spiegeln das Ringen um einen für beide Seiten tragfähigen Kompromiss wider. Regelmäßig wird ein Nachgeben an der einen Stelle durch Vorteile an anderer Stelle kompensiert.²³¹ Werden nun einzelne Tarifyinhalte aus dem Regelungskontext herausgelöst, geht dieser Kompromisscharakter verloren. Während der tarifgebundene Bieter sämtliche Tarifyinhalte befolgen muss, genügt es für seine lediglich tariftreuen Konkurrenten, die staatlicherseits ausgewählten Regelungen einzuhalten. Dies kann dazu führen, dass die nur tariftreuen, aber nicht tarifgebundenen Bieter die Vorteile einer aus Arbeitgebersicht günstigen Regelung genießen, ohne die Nachteile der von der Gewerkschaft ausgehandelten Kompensation tragen zu müssen. Die Bindung an den staatlicherseits zu Tariftreuzwecken ausgewählten Tarifvertrag ist daher erheblich entwertet, wenn sich die vergaberechtlichen Anforderungen nur auf einen Teil der Tarifyinhalte beziehen. Die Situation unterscheidet sich damit letztlich nur graduell von der Lage anderweitig tarifgebundener Bieter, weshalb ebenfalls von einem Eingriff in das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG auszugehen ist.

Schließlich kommt ein Eingriff in die positive Koalitionsfreiheit derjenigen Verbände in Betracht, deren Tarifvertrag als Grundlage des Tariftreueverlangens herangezogen wird. Zwar verhilft die vergaberechtliche Anforderung dem Tarifvertrag zu einer breiteren Anwendung. Jedoch kann dies aus Sicht insbesondere der Gewerkschaften durchaus ambivalente Wirkungen nach sich ziehen. Können Beschäftigte damit rechnen, dass ihr an sich tariffreier Arbeitgeber wegen der Tariftreueanforderung einen bestimmten Tarifvertrag anwenden wird, mindert dies den Anreiz, der Gewerkschaft beizutreten und die formale Tarifbindung des Arbeitgebers zu erkämpfen. Erschwerend kommt hinzu, dass die bisherigen Tariftreuregelungen den Koalitionen nicht die Möglichkeit einräumen, die Zugrundelegung des eigenen Tarifs zu

²³⁰ Dies ist unabhängig davon denkbar, ob die Tariftreue nach saarländischem Vorbild über ein Verordnungsmodell oder durch unmittelbare gesetzliche Verweisung auf den Tarifvertrag realisiert wird. Auch die gesetzliche Verweisung ließe sich so ausgestalten, dass für die Tariftreue nur bestimmte Regelungsthemen relevant sein sollen. In beiden Fällen werden Tarifyinhalte aus ihrem jeweiligen Regelungszusammenhang herausgelöst.

²³¹ Der Tarifschat des BAG hat dies wie folgt auf den Punkt gebracht (BAG 3.5.2006 – 4 AZR 795/05, BAGE 118, 158 Rn. 24): „Es ist ein Kennzeichen des Tarifvertrags, dass er einen Kompromiss enthält. Ein Tarifvertrag, für den das nicht zutrifft, ist nur schwer vorstellbar.“ Vgl. zum Kompromisscharakter des Tarifvertrags aus jüngerer Zeit etwa *Jacobs*, RdA 2023, 9, 19.

verhindern. Damit steht die Tariftreue im Gegensatz zur Tarifnormerstreckung nach §§ 5 TVG, 7, 7a AEntG, die immerhin einen gemeinsamen Antrag der Tarifparteien voraussetzt.²³² Gegen die Eingriffswirkung lässt sich nicht anführen, dass Gewerkschaften unter Geltung eines Tariftreueerfordernisses mit Repräsentativitätskriterium regelmäßig anstreben dürften, dass die Einhaltung ihres Tarifvertrags zur Vergabevoraussetzung wird. Innerhalb eines solchen Systems wird es aus Gewerkschaftssicht zwar in der Tat ein noch größeres Übel darstellen, wenn ein Konkurrenztarif staatlicherseits als branchenprägend anerkannt wird. Dies bestätigt aber nur die Grundrechtsrelevanz des staatlichen Eingriffs in den Wettbewerb der Koalitionen.

cc) *Zwischenergebnis*

Konstitutive Tariftreuregelungen bedeuten in verschiedener Hinsicht einen Eingriff in die positive Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 3 GG: Das Grundrecht ist sowohl in seiner individuellen als auch in seiner kollektiven Dimension dadurch betroffen, dass es zu einer faktischen Verdrängung nicht (hinreichend) repräsentativer Tarifverträge kommt. Unter der Voraussetzung, dass die Tariftreuregelung einzelne Tarifinhalte aus dem Regelungszusammenhang herauslöst, kommt es zusätzlich zu einem Eingriff in die individuelle Koalitionsfreiheit der an den ausgewählten Tarifvertrag gebundenen Bieter. Die Verbände, die diesen Tarifvertrag geschlossen haben und seine Heranziehung zu Tariftreuezwecken nicht beeinflussen können, sind in ihrer kollektiven Koalitionsfreiheit betroffen.

c) *Rechtfertigung*

Die Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG enthält keine ausdrückliche Schrankenbestimmung. Aus der vorbehaltlosen Gewährleistung folgt jedoch nicht, dass dem Gesetzgeber jegliche Regelung verwehrt wäre. Vielmehr ist eine Rechtfertigung mit Blick auf die Grundrechte Dritter sowie sonstige Rechte und Gemeinwohlbelange von Verfassungsrang möglich.²³³

aa) *Legitime Zwecksetzung und Geeignetheit*

Was die Legitimität der verfolgten Zwecke anbelangt, kann auf die Ausführungen im Rahmen der Arbeitsvertragsfreiheit verwiesen werden.²³⁴ Gleiches gilt für die erheblichen Zweifel an der Geeignetheit konstitutiver Tariftreuregelungen zur Erreichung dieser Zwecke.²³⁵

²³² Vgl. *Waltermann*, RdA 2018, 137, 144 zum Erfordernis des gemeinsamen Antrags gem. § 5 Abs. 1 S. 1 TVG n.F. („stärkt die Rückbindung der Erstreckung von Tarifinhalten an die Tarifautonomie“). Freilich unterliegen diese Antragserfordernisse wieder eigenen Bedenken vor allem unter dem Gesichtspunkt des Demokratieprinzips; vgl. *Hartmann*, ZFA 2020, 348, 380 f.

²³³ BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, 228; BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u.a., BVerfGE 92, 365, 403; BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., AP Nr. 151 zu Art. 9 GG, Rz. 143; *Linsenmaier* in Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, Art. 9 GG Rn. 48 f.

²³⁴ Siehe oben IV. 1. d) cc) (1).

²³⁵ Siehe oben IV. 1. d) cc) (2).

bb) Erforderlichkeit

Genauerer Betrachtung bedarf im Kontext der positiven Koalitionsfreiheit zunächst die Erforderlichkeit des Eingriffs, den das Repräsentativitätserfordernis nach sich zieht. Das genannte Kriterium führt zu einer Differenzierung zwischen jeweils fraglos gültigen Tarifverträgen, von denen aber nur einer oder allenfalls einzelne als Bezugspunkt einer Tariftreueerklärung in Betracht kommen. Zwar hängt die Eingriffsintensität davon ab, ob der Staat einen einzigen Tarifvertrag der jeweiligen Branche als den repräsentivsten bestimmt oder ob auch mehrere Tarifverträge die Anforderungen erfüllen können.²³⁶ Selbst ein im letzteren Sinne weiches Repräsentativitätskriterium würde aber nichts daran ändern, dass bestimmte Tarifverträge von vornherein als Bezugspunkt einer Tariftreueerklärung ausscheiden müssten.

Das Repräsentativitätskriterium kann es zwar gewährleisten, dass sich Bieter nicht auf die Einhaltung von Tarifen verpflichten müssen, die sich am Markt nicht durchgesetzt haben. Diese Erklärung trägt aber allenfalls mit Blick auf Bieter, die bisher nicht tariflich gebunden sind. Weshalb sich Arbeitgeber, die bereits einem anderen Tarifvertrag unterliegen, für die Teilnahme am Vergabeverfahren einem fremden Tarif unterwerfen sollten, ist damit nicht noch nicht begründet. Für eine Auswahlentscheidung, wie sie im Rahmen der Tarifnormerstreckung bei überlappenden Geltungsbereichen getroffen wird,²³⁷ besteht im vorliegenden Kontext vor dem Hintergrund der angestrebten Ziele jedenfalls keine Notwendigkeit. Geht es in erster Linie um eine Erhöhung der Tarifbindung, besteht kein Anlass, gewissermaßen zwischen Tarifverträgen erster und zweiter Klasse zu unterscheiden. Jeder wirksame Tarifvertrag verfügt über eine „Mindestrepräsentativität“, die bereits durch die an soziale Mächtigkeit geknüpfte Voraussetzung der Tariffähigkeit sichergestellt ist.²³⁸ Es fehlt daher insoweit an der Erforderlichkeit des Eingriffs in die positive Koalitionsfreiheit.

Soweit im Übrigen Eingriffe in das genannte Grundrecht bejaht wurden, bestehen ebenfalls Bedenken gegen die Erforderlichkeit der entsprechenden Maßnahmen. Dies gilt zunächst für Gestaltungen, die dazu führen, dass einzelne Tarifinhalte aus dem Regelungskontext herausgelöst werden. Zwar ließe sich anführen, dass tariffreie Arbeitgeber nicht umfassender auf tarifvertragliche Bedingungen verpflichtet werden sollen, als dies nach Einschätzung des Gesetzgebers sozial erforderlich ist. Dies ändert jedoch nichts daran, dass es mit Blick auf die positive Koalitionsfreiheit der tarifschließenden Verbände und ihrer Mitglieder eine mildere

²³⁶ Im letzteren Fall stellt sich dann noch die Frage, wer die Auswahl treffen darf; vgl. oben II. 3. c).

²³⁷ Vgl. § 7 Abs. 2, Abs. 3 (i.V.m. § 7a Abs. 2) und § 8 Abs. 2 AEntG sowie § 5 Abs. 1a S. 3, Abs. 4 S. 2 TVG i.V.m. § 7 Abs. 2 AEntG. Zu den erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken, die auch insoweit bestehen, *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 339 ff.; *ders.*, ZFA 2020, 348, 379 (zum AEntG).

²³⁸ Zutreffend *Greiner*, ZFA 2012, 483, 493.

und mit Blick auf die verfolgten Ziele gleich wirksame Maßnahme darstellen würde, wenn der Staat vollständige Tarifverträge als Grundlage einer Tariftreuregelung heranzöge.

Zweifelhaft erscheint schließlich auch die Erforderlichkeit einer Ausgestaltung, die den tarifschließenden Verbänden jeglichen Einfluss auf die Verwendung ihrer Vereinbarungen zu Tariftreuzwecken verwehrt. Allenfalls ließe sich die Erforderlichkeit damit bejahen, dass der Staat im Fall einer Zustimmungsverweigerung seitens der Verbände daran gehindert wäre, das Tariftreueinstrument in der gewünschten Weise zum Einsatz zu bringen. Allerdings gilt es zu sehen, dass die Tarifnormerstreckung nach §§ 5 TVG, 7, 7a AEntG einen gemeinsamen Antrag der Tarifvertragsparteien voraussetzt und der Gesetzgeber insoweit offenbar keine Effektivitätsbedenken gehegt hat.

cc) Proportionalität

Auf die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne kommt es nach hier vertretener Auffassung nicht mehr an. Dennoch sei darauf hingewiesen, dass die Abwägung teilweise noch einmal anders akzentuiert wäre als im Rahmen der Arbeitsvertragsfreiheit. Dies folgt bereits daraus, dass die kollidierenden verfassungsrechtlichen Positionen zum Teil innerhalb ein und desselben Grundrechts angesiedelt sind. Dies gilt vor allem für den Konflikt zwischen der positiven Koalitionsfreiheit der betroffenen Verbände und ihrer Mitglieder einerseits sowie dem Interesse an der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie andererseits.

Was den Schutz der Arbeitnehmerinteressen anbelangt, ist beim Ausgleich mit der Koalitionsfreiheit nicht nur zu berücksichtigen, dass mit dem allgemeinen und den branchenspezifischen Mindestlöhnen bereits ein Mindestmaß an sozialer Sicherung besteht. Vielmehr ergeben sich mit Blick auf die faktische Verdrängung mitgliedschaftlich legitimer Tarife noch zusätzliche Bedenken: Beschäftigte, die einem nicht repräsentativen bzw. einem zwar repräsentativen, aber nicht staatlicherseits ausgewählten Tarifvertrag unterliegen, genießen sogar einen über das gesetzliche Minimum hinausgehenden Schutz. Entsprechend verschiebt sich die Abwägung noch zusätzlich zu Lasten konstitutiver Tariftreuregelungen.

Ähnliches gilt für die mögliche wettbewerbliche Zielsetzung eines Bundestariftreuegesetzes. Insoweit gilt es zu sehen, dass eine Tariftreuregelung mit Repräsentativitätserfordernis die Personalkosten in Vergabeverfahren selbst dann als Wettbewerbsfaktor ausschaltet, wenn es um unterschiedliche tarifvertragliche Arbeitsbedingungen geht. Insoweit sind jedoch keine Wettbewerbsverzerrungen zu befürchten, wenn man wirksamen Tarifverträgen eine Richtigkeitsgewähr zubilligt.²³⁹ Diese Angemessenheitsvermutung erstreckt sich nach zutreffender Auffassung zwar nur auf denjenigen Personenkreis, der den jeweiligen Tarifvertrag

²³⁹ Vgl. für den Gedanken der Richtigkeitsgewähr von Tarifverträgen etwa Bundestags-Drucksache 17/4804, S. 9; BAGE 16.10.2019 – 4 AZR 66/18, BAGE 168, 96 Rn. 23; Klumpp, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2022, Band III, § 230 Rn. 9.

mitgliedschaftlich oder – wie der Arbeitgeber im Fall des Haustarifvertrags – durch eigenen Abschluss legitimiert hat.²⁴⁰ Gerade die Tarifgebundenen sind aber von der faktischen Verdrängung „ihres“ Tarifvertrags betroffen. Sofern man Tariftreueregelungen entgegen der hier vertretenen Auffassung überhaupt für geeignet und erforderlich hält, den tarifvertraglichen Wettbewerb über die Personalkosten zu regeln, muss jedenfalls im Rahmen der Abwägung berücksichtigt werden, dass der Eingriff in den Wettbewerb der Koalitionen mit der Angemessenheitsvermutung kollidiert.

Darüber hinaus sind mit der faktischen Verdrängung von Tarifverträgen ungeachtet der zumindest angestrebten positiven Auswirkungen auf die Stabilität und Funktionsfähigkeit des Tarifsystems jedenfalls auch klare und gravierende Nachteile für die Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG verbunden. Tariftreueregelungen mit Repräsentativitätsanforderung würden es kleineren Verbänden erheblich erschweren, Tarifverträge in vergaberechtlich relevanten Bereichen zu schließen. So bestünde für Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände nur ein geringer Anreiz, mit einer kleineren Gewerkschaft einen Tarifvertrag zu schließen, wenn ohnehin nicht damit zu rechnen ist, dass die Einhaltung dieses Regelwerks den Zugang zu öffentlichen Vergabeverfahren ermöglicht.²⁴¹ Dies könnte für kleinere Verbände zu einer Bestandsgefährdung führen, die unvereinbar mit Art. 9 Abs. 3 GG wäre.²⁴² Denn es ist nicht zu erkennen, dass dieser erhebliche staatliche Eingriff in den Wettbewerb der Koalitionen untereinander durch hinreichende Vorteile für Stabilität und Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems aufgewogen werden könnte. Im Gegenteil führt die faktische Verdrängung des „eigenen“ Tarifvertrags zu Anwendungsproblemen, die das Tarifvertragssystem eher belasten als fördern. So müssen Bieter, die an einen nicht repräsentativen bzw. zwar repräsentativen, aber staatlicherseits nicht ausgewählten Tarifvertrag gebunden sind, mit ihrer Belegschaft individualvertraglich die Tariftreuerklärung umsetzen. Dadurch kommt es zu einer Situation, die der Tarifpluralität ähnelt.²⁴³

Weitere Nachteile für die Koalitionsfreiheit ergeben sich aus dem staatlichen Eingriff in die freie Konkurrenz der Verbände. Auch diese Nachteile müssen ins Verhältnis zu den angenommenen Vorteilen gesetzt werden. Wie bereits dargestellt,²⁴⁴ ist der Binnenwettbewerb der

²⁴⁰ Näher *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 165; anders etwa *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, 1992, S. 229 f., 239, nach deren Auffassung sich die Richtigkeitsgewähr auch auf Außenseiter erstreckt.

²⁴¹ Vgl. auch *Greiner*, ZFA 2012, 483, 500.

²⁴² Treffend hierzu *Greiner/Kleinert*, RdA 2016, 229, 230: „Verkappte staatliche Steuerung durch Bevorzugung oder Benachteiligung tariffähiger Rechtssubjekte oder ihrer Tarifnormen steht [...] diametral zum institutionellen Grundanliegen der Tarifautonomie.“

²⁴³ *Greiner*, ZFA 2012, 483, 502 f.

²⁴⁴ Siehe oben IV. 1. d cc) (1).

Koalitionen untereinander eine wesentliche Funktionsbedingung für die Tarifautonomie.²⁴⁵ Im Übrigen kommt es einem „Akt der Tarifzensur“ gleich, wenn der Gesetzgeber trotz anerkannter Tariffähigkeit der beteiligten Akteure „implizit die inhaltliche Richtigkeit der weniger repräsentativen Tarifverträge infrage“ stellt.²⁴⁶ Selbst wenn die konstitutive Tariftreue, was ohnehin zweifelhaft erscheint,²⁴⁷ die angestrebten Stärkungseffekte auf die Tarifautonomie zeitigen sollte, ist nicht erkennbar, dass dies die beschriebenen Funktionsbeeinträchtigungen ausgleichen könnte.

d) Zwischenergebnis

Konstitutive Tariftreueanforderungen, die aufgrund eines Repräsentativitätserfordernisses die faktische Verdrängung anderer Tarifverträge nach sich ziehen, sind unvereinbar mit der positiven Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG. Dies gilt unabhängig davon, ob sich die geforderte Tariftreueerklärung nur auf den repräsentativsten Tarifvertrag beziehen kann oder mehrere repräsentative Tarifverträge zur Auswahl stehen. Denn jedenfalls werden mitgliederschäftlich oder durch eigenen Abschluss legitimierte Tarifverträge faktisch entwertet, wenn ihre Einhaltung nicht die Teilnahme an öffentlichen Vergabeverfahren ermöglicht.

Weiterhin ist die individuelle Koalitionsfreiheit der an den ausgewählten Tarifvertrag gebundenen Bieter verletzt, wenn im Rahmen der Tariftreue einzelne Tarifinhalte aus ihrem Regelungskontext herausgelöst werden. Zudem verletzt es die kollektive Koalitionsfreiheit der tarifschließenden Verbände, wenn die Heranziehung ihres Tarifvertrags zu Tariftreuezwecken ohne ihre Zustimmung erfolgen kann.

4. Demokratieprinzip

Bei der Schaffung eines Bundestariftreuegesetzes ist schließlich noch das Demokratieprinzip zu beachten.

a) Bisherige Diskussion

Dessen Bedeutung ist in der bisherigen Diskussion über konstitutive Tariftreueanforderungen nur vereinzelt ausdrücklich thematisiert worden. Im Zusammenhang mit dem Repräsentativitätskriterium ist geltend gemacht worden, dass eine Ausgestaltung, die darauf abziele, „im vergaberechtlich regulierten Bereich auf ein monistisch strukturiertes Koalitions- und Tarifvertragssystem hinzuwirken“, wegen des untrennbaren Zusammenhangs von Pluralität und Demokratie auch mit Blick auf Art. 20 Abs. 1 GG problematisch sei.²⁴⁸ Gegen diese Argumentation ist angeführt worden, dass der demokratische Willensbildungsprozess nicht

²⁴⁵ Vgl. dazu nochmals VG Düsseldorf 27.8.2015 – 6 K 2793/13, NZBau 2015, 643, 653.

²⁴⁶ Treffend *Greiner*, ZFA 2012, 483, 499.

²⁴⁷ Siehe bereits oben IV. 1. d) cc) (2) und IV. 3. c) aa).

²⁴⁸ *Greiner*, ZFA 2012, 483, 504.

beeinträchtigt werde, wenn der Gesetzgeber einem Unterbietungswettbewerb entgegen-trete, zumal die Koalitionen auch weiterhin durch attraktive tarifliche Konditionen neue Mit-glieder gewinnen könnten.²⁴⁹ Dass sich ein Repräsentativitätskriterium durch in verfassungs-rechtlich bedenklicher Weise auf den Wettbewerb der Koalitionen untereinander auswirkt, ist bereits festgestellt worden. Es handelt sich dabei aber in erster Linie um ein Problem der Ko-alitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG.²⁵⁰ Mit Blick auf das Demokratieprinzip dürfte diese Dis-kussion allenfalls einen Randaspekt erfassen.

b) Demokratische Legitimation der Tariftreueanforderungen

Entscheidend für die Vereinbarkeit konstitutiver Tariftreueregelungen mit dem Demokratie-prinzip ist vielmehr deren demokratische Legitimation. Der Sache nach hat dies bereits der BGH in seiner Entscheidung zum Berliner Vergabegesetz angesprochen. Zwar erwähnt der Vorlagebeschluss des Kartellsenats das Demokratieprinzip nicht ausdrücklich. Er verweist aber im Zusammenhang mit der negativen Koalitionsfreiheit auf die vorangegangene verfassungs-gerichtliche Rechtsprechung, wonach „der Staat seine Normsetzungsbefugnis nicht in belieb-i-gem Umfang außerstaatlichen Stellen überlassen und den Bürger nicht schrankenlos der normsetzenden Gewalt autonomer Gremien ausliefern darf, die ihm gegenüber nicht demo-kratisch bzw. mitgliedschaftlich legitimiert sind“.²⁵¹ Diesen Gedanken hat das BVerfG insbe-sondere im Zusammenhang mit der Frage fruchtbar gemacht, ob die Außenseitergeltung all-gemeinverbindlicher Tarifnormen mit dem Demokratieprinzip nach Art. 20 Abs. 1 GG verein-bar ist. Das BVerfG erkennt insoweit zwar ein „Defizit staatlicher Entscheidungsfreiheit“, hält § 5 TVG aber im Ergebnis für verfassungsgemäß, weil die Allgemeinverbindlicherklärung an materielle Voraussetzungen und an ein bestimmtes Verfahren gebunden ist.²⁵²

Diese Voraussetzungen sind jedenfalls bei den bisher bekannten Tariftreueregelungen über-wiegend nicht erfüllt. Sie begründen letztlich einen dynamischen Gesetzesverweis auf tarifli-che Regelungen.²⁵³ Eine Erstreckung von Tarifnormen nach § 5 TVG oder nach §§ 7, 7a AEntG setzt jeweils voraus, dass die ministerielle Entscheidung im öffentlichen Interesse geboten er-scheint. Demgegenüber enthalten jedenfalls die bisherigen Tariftreueregelungen regelmäßig keine vergleichbaren materiellen Anforderungen, die im Einzelfall zu prüfen wären. Auch fehlt es im Vergleich zu den Instrumenten der Tarifnormerstreckung an einem gesetzlich vorge-schriebenen Verfahren, in dem die Belange der betroffenen Arbeitsvertragsparteien und der

²⁴⁹ So *Krause*, Weiterentwicklung des Tariftreurechts, 2019, S. 60 mit Blick auf landesrechtliche Tariftreue-regelungen.

²⁵⁰ Siehe oben IV. 3.

²⁵¹ BGH 18.1.2000 – KVR 23/98, NZA 2000, 327, 333 unter Verweis u.a. auf BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 348.

²⁵² BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 348.

²⁵³ Siehe bereits oben IV. 1. d) aa).

beteiligten Verbände berücksichtigt werden könnten. Dass das BVerfG in seiner Entscheidung zum Berliner Vergabegesetz die Friktionen mit dem Demokratieprinzip nicht einmal erwähnt hat, steht mit seiner sonstigen Judikatur nicht im Einklang. Ein derartiger dynamischer Verweis des Gesetzgebers auf Tarifverträge ist mit dem Demokratieprinzip unvereinbar.²⁵⁴

c) *Verordnungsmodell nach saarländischem Vorbild als untauglicher Ausweg*

Gesonderter Betrachtung bedarf das vom saarländischen Gesetzgeber gewählte Verordnungsmodell.²⁵⁵ Nach § 3 Abs. 2 STFLG wird das für das Arbeitsrecht zuständige Ministerium ermächtigt, durch Rechtsverordnung die maßgeblichen Kernarbeitsbedingungen der jeweils geltenden Branchentarife für die Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen festzulegen. Es besteht nach § 3 Abs. 4 STFLG vor Erlass der Rechtsverordnung für betroffene Arbeitnehmer, Arbeitgeber, die Tarifvertragsparteien sowie andere interessierte Koalitionen die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Mit einer solchen Lösung sind die Bedenken hinsichtlich des Demokratieprinzips in doppelter Hinsicht gemindert: Zum einen erfüllt die Verfahrensbeteiligung der betroffenen Arbeitsvertragsparteien und Verbände immerhin die prozeduralen Anforderungen, wie sie sich aus der BVerfG-Rechtsprechung zu § 5 TVG ergeben. Zum anderen ist mit dem Weg über den Erlass einer tarifbezogenen Rechtsverordnung die Entscheidung der Exekutive für konkrete Tarifnormen verbunden.

Die Bedenken wegen des Demokratieprinzips bleiben im Kern aber auch mit dem Verordnungsmodell nach saarländischem Vorbild bestehen. Nach § 3 Abs. 2 S. 4 STFLG ist jegliche Abweichung von den Tarifinhalten ausgeschlossen. Diese starre Bindung an die Vorgaben des repräsentativen Tarifvertrags birgt die Gefahr, dass sich die Exekutive auch dann für den Erlass der Rechtsverordnung entscheidet, wenn sie die Tarifinhalte zwar an sich für ungeeignet hält, zugleich aber den geregelten Zustand gegenüber dem unregulierten als geringeres Übel ansieht.²⁵⁶ Dieses Problem wird noch einmal erheblich verschärft, wenn – wie nach § 3 Abs. 2 S. 3 STFLG – nur bestimmte Arbeitsbedingungen aus dem tariflichen Regelungszusammenhang herausgelöst werden. Damit bleibt unberücksichtigt, dass in Tarifverhandlungen der Erfolg einer der beiden Parteien regelmäßig mit einem Nachgeben an anderer Stelle verbunden ist.²⁵⁷ Der Verordnungsgeber kann sich nicht darauf verlassen, dass die punktuelle Übernahme von Tarifinhalten zu einer ausgewogenen Regelung führt.²⁵⁸ Ein Bundestariftreuegesetz nach

²⁵⁴ Ebenso *Höpfner*, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 485 f.; *Rieble*, NZA 2007, 1, 2.

²⁵⁵ Dazu bereits oben II. 3. b).

²⁵⁶ Zum Erfordernis einer tarifunabhängigen Regelungsalternative am Beispiel des § 5 TVG *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 207 ff.

²⁵⁷ Dazu bereits oben IV. 3 b) bb) im Kontext der positiven Koalitionsfreiheit.

²⁵⁸ Wegen der personell beschränkten Reichweite der Richtigkeitsgewähr von Tarifverträgen ist freilich auch die Übernahme vollständiger Tarifverträge keineswegs unproblematisch; dazu bereits oben IV. 3 c) cc).

saarländischem Vorbild müsste daher zumindest vorsehen, dass der Verordnungsgeber von den Tarifinhalten abweichen kann. Um Tariftreue im eigentlichen Sinn würde es sich dann freilich nicht mehr handeln. Das Ziel der Bundesregierung, die „Tarifabdeckung“ nach der Mindestlohn-Richtlinie zu erhöhen, wäre auf diese Weise also von vornherein nicht erreichbar. Insgesamt wird damit deutlich, dass sich die Probleme mit dem Demokratieprinzip nicht durch das Verordnungsmodell lösen lassen.

Weitet man den Blick auf die übrige verfassungsrechtliche Lage, wird vollends deutlich, dass das saarländische Vorbild keinen Weg zu einer grundgesetzkonformen Tariftreuregelung eröffnet. Wie bereits dargestellt,²⁵⁹ führt es zu zusätzlichen Grundrechtseingriffen, wenn einzelne Tarifinhalte aus dem jeweiligen Regelungskontext herausgelöst werden. Insbesondere ist das Verordnungsmodell mit weitergehenden Verletzungen der positiven Koalitionsfreiheit verbunden.

d) Zwischenergebnis

Konstitutive Tariftreuregelungen erweisen sich in der bisher üblichen Ausgestaltung als dynamische Gesetzesverweisung auf Tarifverträge. Sie sind daher unvereinbar mit dem Demokratieprinzip. Die Bedenken lassen sich allenfalls teilweise dadurch entschärfen, dass die konkreten Tarifinhalte zumindest in eine Rechtsverordnung aufgenommen werden. Fragwürdig bleibt aber jedenfalls die Bindung des Verordnungsgebers an den Inhalt der vorfindlichen Tarifverträge. Dieses Problem wird noch verschärft, wenn die einzelnen tariflichen Arbeitsbedingungen aus dem jeweiligen Regelungskontext herausgelöst werden. Einen verfassungsrechtlich gangbaren Weg eröffnet das Verordnungsmodell im Übrigen schon deshalb nicht, weil die partiellen Verbesserungen hinsichtlich des Demokratieprinzips mit einer erheblichen Ausweitung der Grundrechtsverletzungen erkaufte werden müssten.

Die Probleme mit dem Demokratieprinzip lassen sich nur durch einen tarifunabhängigen vergabespezifischen Mindestlohn umgehen. Ein solches Regelungsinstrument wäre allerdings, was im Rahmen dieses Gutachtens nicht näher ausgeführt werden kann, seinerseits wiederum mit besonders schwerwiegenden Eingriffen in die Arbeitsvertragsfreiheit und die Koalitionsfreiheit verbunden.

V. Ergebnisse

- Die Bundesregierung will mit dem Bundestariftreuegesetz ein Instrument zur Stärkung von Tarifautonomie und Tarifbindung schaffen. Nach den bisher zugänglichen Informationen soll es sich dabei um eine konstitutive, vergabespezifische Tariftreuregelung mit Repräsentativitätserfordernis handeln.

²⁵⁹ Siehe oben IV. 3 b).

- Ein derartiges Regelungsvorhaben ist unionsrechtswidrig. Eine konstitutive Tariftreueanforderung ist insbesondere nicht vom Katalog der qualifizierten Rechtsquellen in der reformierten Entsenderichtlinie gedeckt. Es fehlt an der von Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Spiegelstrich 1 Entsende-RL 2018 vorausgesetzten allgemeinen Wirksamkeit. Darüber hinaus wäre ein Bundestariftreuegesetz unvereinbar mit der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV. Aus der RegioPost-Entscheidung des EuGH folgt nichts anderes. Dieses Urteil bezog sich zum einen auf einen tarifunabhängigen vergabespezifischen Mindestlohn. Zum anderen behandelt es den Zeitraum vor Inkrafttreten des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns und branchenspezifischer Mindestlöhne.
- Konstitutive Tariftreuregelungen verletzen die nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Arbeitsvertragsfreiheit sowohl von (potentiellen) Bietern als auch von deren Beschäftigten. Die Eingriffsqualität ergibt sich daraus, dass eine verweigerte Tariftreueerklärung zur Verdrängung aus dem Wettbewerb führt. Tariftreueanforderungen erweisen sich bereits als überwiegend ungeeignet zur Verfolgung der denkbaren Ziele und gehen jedenfalls in der Eingriffsintensität über das erforderliche Maß hinaus. Der Eingriff lässt sich jedenfalls nicht damit rechtfertigen, dass der Bieter eine Tariftreueerklärung abgegeben hat. Im Übrigen scheidet wegen der Existenz des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns und branchenspezifischer Mindestlöhne auch eine Rechtfertigung mit Gesichtspunkten des Arbeitnehmerschutzes aus. Die BVerfG-Entscheidung aus dem Jahr 2006 zum früheren Berliner Vergabegesetz betrifft die Zeit vor Inkrafttreten dieses sozialen Mindestschutzes und ist daher für die heutige Rechtslage nur von eingeschränkter Bedeutung.
- Sofern man der negativen Koalitionsfreiheit den Schutz vor der Geltung nicht mitgliederschaftlich legitimer Tarifverträge entnimmt, ist auch dieses Grundrecht verletzt. In dieser Dimension konvergiert das Grundrecht in seiner Ausprägung als negative Arbeitsvertragsfreiheit ohnehin mit der Arbeitsvertragsfreiheit. Die dortigen Erwägungen lassen sich daher auf Art. 9 Abs. 3 GG übertragen.
- Konstitutive Tariftreueanforderungen, die aufgrund eines Repräsentativitätserfordernisses die faktische Verdrängung anderer Tarifverträge nach sich ziehen, sind unvereinbar mit der positiven Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG. Dies gilt unabhängig davon, ob sich die geforderte Tariftreueerklärung nur auf den repräsentativsten Tarifvertrag beziehen kann oder mehrere repräsentative Tarifverträge zur Auswahl stehen. Denn jedenfalls werden mitgliederschaftlich oder durch eigenen Abschluss legitimierte Tarifverträge faktisch entwertet, wenn ihre Einhaltung nicht die Teilnahme an öffentlichen Vergabeverfahren ermöglicht. Weiterhin ist die individuelle Koalitionsfreiheit der an den ausgewählten Tarifvertrag gebundenen Bieter verletzt, wenn im Rahmen der Tariftreue einzelne Tarifinhalte aus ihrem Regelungskontext herausgelöst werden.

Zudem verletzt es die kollektive Koalitionsfreiheit der tarifschließenden Verbände, wenn die Heranziehung ihres Tarifvertrags zu Tariftreuzwecken ohne ihre Zustimmung erfolgen kann.

- In der bisher üblichen Ausgestaltung erweisen sich konstitutive Tariftreueregelungen als dynamische Gesetzesverweisung auf Tarifverträge. Sie sind daher unvereinbar mit dem Demokratieprinzip. Die Bedenken wären zwar entschärft, wenn sich der parlamentarische Gesetzgeber oder zumindest die Exekutive als Verordnungsgeber konkrete Tarifinhalte zu Eigen machen würde. Führt dies dazu, dass einzelne Tarifinhalte aus dem Regelungskontext herausgelöst werden, kommt es jedoch zu zusätzlichen Grundrechtseingriffen. Deshalb eröffnet auch das im Saarland verwirklichte Verordnungsmodell keinen gangbaren Weg zu einer verfassungskonformen Tariftreueregelung. Vollständig ausräumen lassen sich die Bedenken wegen des Demokratieprinzips nur, wenn sich der Bundesgesetzgeber für einen tarifunabhängigen vergabespezifischen Mindestlohn entscheidet, der allerdings seinerseits wieder besonders intensive Grundrechtseingriffe auslöst.
- Sollte der Bundesgesetzgeber sein Regelungsvorhaben ungeachtet der genannten Bedenken weiterverfolgen, müsste er unter mehreren Gestaltungsvarianten jedenfalls diejenige wählen, die den geringstmöglichen Eingriff in die erörterten Grundrechte und Verfassungsprinzipien nach sich zieht. Daraus folgt insbesondere, dass die Einhaltung eines eigenen Tarifvertrags genügen oder wenigstens eine Wahlmöglichkeit unter mehreren (repräsentativen) Tarifverträgen eingeräumt werden muss.