

## **L e i t s ä t z e**

zum Beschluss des Ersten Senats vom 11. Juli 2006

- 1 BvL 4/00 -

- 1. Bei strittiger gemeinschaftsrechtlicher und verfassungsrechtlicher Rechtslage gibt es keine feste Rangfolge unter den vom Gericht gegebenenfalls einzuleitenden Zwischenverfahren (Vorabentscheidung nach Art. 234 EG und Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG).**
- 2. Die Tariftreueregelung des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln berührt das Grundrecht der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG nicht und verletzt nicht das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG.**



**Im Namen des Volkes**

**In dem Verfahren  
zur verfassungsrechtlichen Prüfung,**

ob § 1 Abs. 1 Satz 2 des Berliner Vergabegesetzes vom 9. Juli 1999 (GVBl S. 369)  
mit dem Grundgesetz und mit dem übrigen Bundesrecht vereinbar ist,

- Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Bundesgerichtshofs vom 18. Januar  
2000 (KVR 23/98) -

hat das Bundesverfassungsgericht - Erster Senat - unter Mitwirkung

des Präsidenten Papier,  
der Richterin Haas,  
des Richters Steiner,  
der Richterin Hohmann-Dennhardt  
und der Richter Hoffmann-Riem,  
Bryde,  
Gaier,  
Eichberger

am 11. Juli 2006 beschlossen:

§ 1 Absatz 1 Satz 2 des Berliner Vergabegesetzes ist mit dem Grundgesetz und mit  
dem übrigen Bundesrecht vereinbar.

**Gründe:**

**A.**

Die Vorlage betrifft die Frage, ob die Regelung des § 1 Abs. 1 Satz 2 des Berliner  
Vergabegesetzes vom 9. Juli 1999 (GVBl S. 369), nach der die Vergabe öffentlicher  
Aufträge unter anderem im Baubereich von so genannten Tariftreueerklärungen der  
Auftragnehmer abhängig gemacht wird, verfassungsgemäß ist.

1

**I.**

§ 1 des Berliner Vergabegesetzes (im Folgenden: VgG Bln) hat folgenden Wortlaut:

2

(1) Aufträge von Berliner Vergabestellen im Sinne des § 98 des Gesetzes gegen  
Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. August

3

1998 (BGBl. I S. 2546) über Bauleistungen sowie über Dienstleistungen bei Gebäuden und Immobilien werden an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben. Die Vergabe von Bauleistungen sowie von Dienstleistungen bei Gebäuden und Immobilien soll mit der Auflage erfolgen, dass die Unternehmen ihre Arbeitnehmer bei der Ausführung dieser Leistungen nach den jeweils in Berlin geltenden Entgelttarifen entlohnen und dies auch von ihren Nachunternehmern verlangen.

(2) Von der Teilnahme an einem Wettbewerb um einen Bauauftrag oder Dienstleistungsauftrag im Sinne des Absatzes 1 sollen Bewerber bis zu einer Dauer von zwei Jahren ausgeschlossen werden, die ihre Arbeitnehmer entgegen einer Auflage nach Absatz 1 Satz 2 nicht nach den jeweils in Berlin geltenden Entgelttarifen entlohnen.

In der Gesetzesbegründung (Abgeordnetenhaus von Berlin, Drucks 13/3726, S. 2) ist dazu ausgeführt, dass die klassischen Vergabekriterien Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit um den Aspekt der Tariftreue ergänzt werden sollten, um die Leistungsfähigkeit der Berliner Bauunternehmen zu erhalten und zugleich ausbildende Betriebe zu stärken. Die Ausgestaltung als Soll-Vorschrift meine eine Bindung an die in Berlin geltenden Lohn- und Gehaltstarife. "Nur im Ausnahmefall (etwa auf Seiten Berlins Marktbeherrschung)" dürfe von dem Verlangen nach Einhaltung der Tarife abgewichen werden. Zur Vermeidung eines Verstoßes gegen die negative Koalitionsfreiheit werde klargestellt, dass die Unternehmen nicht allgemein, sondern nur bei der Ausführung der beauftragten Leistungen zur Bezahlung der in Berlin geltenden Entgelttarife verpflichtet seien.

Die örtlichen Tarifentgelte, zu deren Zahlung sich die Unternehmen mit der Tariftreueerklärung verpflichten sollen, liegen höher als die tariflichen Mindestlöhne nach dem Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne im Baugewerbe, der zurzeit in der Fassung vom 29. Juli 2005 gilt und aufgrund der Fünften Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe vom 29. August 2005 (BANz Nr. 164 vom 31. August 2005, S. 13199) bundesweit verbindlich ist.

Ähnliche gesetzliche Tariftreueeregungen gibt es auch in anderen Bundesländern.

## II.

Auf Bundesebene gab der Gesetzgeber unter dem Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts mit dem am 1. Januar 1999 in Kraft getretenen Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz - VgRÄG) vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2512) den traditionellen verwaltungsinternen Ansatz des deutschen Vergaberechts für Aufträge ab bestimmten Schwellenwerten auf. Das materielle Vergaberecht wurde insoweit in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) integriert.

§ 97 Abs. 4 GWB enthält die für die öffentliche Auftragsvergabe maßgebenden Kriterien:

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben; andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.                                                                                                                                                                                                                                     | 10 |
| Die Regelung des § 97 Abs. 4 2. Halbsatz GWB beruht auf einem Kompromiss zwischen Bundestag und Bundesrat. In dem von der Bundesregierung vorgelegten Entwurf des Vergaberechtsänderungsgesetzes (BTDrucks 13/9340, S. 4) lautete die entsprechende Vorschrift noch wie folgt:                                                                                                                                                                                            | 11 |
| Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben; weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundesgesetz vorgesehen ist.                                                                                                                                                                                                                                                              | 12 |
| Der Bundesrat war damit nicht einverstanden, weil die Beschränkung auf Bundesgesetze die Unzulässigkeit der von den Ländern teilweise durch Gesetz oder Verordnung, teilweise durch Verwaltungsvorschrift eingeführten Regelungen, insbesondere der Tariftreueerklärung, zur Folge gehabt hätte. Er schlug daher vor, den zweiten Halbsatz wie folgt neu zu fassen (BTDrucks 13/9340, S. 35 f.):                                                                          | 13 |
| ...; andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften des Bundes und der Länder vorgesehen ist.                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 14 |
| In der Gegenäußerung der Bundesregierung (BTDrucks 13/9340, S. 48) wurde diesem Vorschlag widersprochen, da die gesetzliche Regelung faktisch unverbindlich würde, wenn sie durch bloße Verwaltungsvorschriften außer Kraft gesetzt werden könnte. Das Gesetz wurde im Deutschen Bundestag entsprechend dem Entwurf der Bundesregierung beschlossen. Der Bundesrat begründete die anschließende Anrufung des Vermittlungsausschusses wie folgt (BTDrucks 13/10711, S. 1): | 15 |
| Die Beschränkung auf Bundesgesetze hätte u.a. die Unzulässigkeit der von den Ländern teilweise durch Gesetz oder Verordnung, teilweise durch Verwaltungsvorschrift eingeführten Regelungen zur Folge. Eine gesetzliche Öffnungsklausel, die etwa eine angemessene Berücksichtigung von tarifvertragstreuen, ausbildenden und frauenfördernden Betrieben möglich macht, ist erforderlich.                                                                                  | 16 |
| Bundestag und Bundesrat einigten sich im Vermittlungsausschuss schließlich darauf, dass zusätzliche Vergabekriterien auf der Grundlage von Bundes- oder Landesgesetzen zulässig sein sollten.                                                                                                                                                                                                                                                                             | 17 |

### III.

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Bereits vor dem Inkrafttreten des Berliner Vergabegesetzes forderte das Land Berlin bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge Tariftreueerklärungen von den Bietern. Das Bundeskartellamt hat dies für den Bereich des Straßenbaus mit Beschluss vom 3. November 1997 untersagt. Die gegen die Untersagung gerichtete Beschwerde des Landes hat das Kammergericht zurückgewiesen (Beschluss vom 20. Mai 1998 - Kart 24/97 -, ZIP 1998, S. 1600). Während des Rechtsbeschwerdeverfahrens | 18 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

vor dem Bundesgerichtshof ist das Berliner Vergabegesetz in Kraft getreten.

2. Der Bundesgerichtshof hat das Verfahren gemäß Art. 100 Abs. 1 GG ausgesetzt und dem Bundesverfassungsgericht die Frage zur Entscheidung vorgelegt, 19

ob § 1 Abs. 1 Satz 2 des Berliner Vergabegesetzes mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG, mit Art. 31 GG - in Verbindung mit § 5 TVG und in Verbindung mit § 20 Abs. 1 GWB - sowie mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar ist. 20

Der Bundesgerichtshof ist von der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes überzeugt. Die Entscheidung über die Rechtsbeschwerde hänge von der Wirksamkeit der Norm ab. 21

a) Bleibe die Regelung des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln als ungültig außer Betracht, verstoße das Verlangen nach Abgabe einer Tariftreueerklärung bei der Vergabe öffentlicher Straßenbauaufträge durch das Land Berlin, das in diesem Bereich eine marktbeherrschende Stellung besitze, gegen § 20 Abs. 1 GWB. Die Ungleichbehandlung der nicht tarifgebundenen Anbieter, die keine Tariftreueerklärung abgaben, sei dann als sachlich nicht gerechtfertigt und ihre Behinderung als unbillig zu beurteilen. Dies ergebe die Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 22

Ziel der Tariftreueerklärung sei, den tarifvertraglich nicht gebundenen Arbeitgebern, die sich uneingeschränkt rechtmäßig verhielten, wenn sie ihren Arbeitnehmern zwar den Mindestlohn, nicht aber die höheren Berliner Tarifröhne zahlten, über die Regelungen des Mindestlohn tarifvertrags hinaus die Berliner Tarifröhne vorzuschreiben. Die an die örtlichen Entgelttarifverträge gebundenen Berliner Anbieter würden gegenüber tarifungebundener Konkurrenz geschützt. Die beanstandete Maßnahme führe zu einer Abschottung des Berliner Marktes vor rechtmäßiger Konkurrenz. Auf diese Weise solle - ohne das im Tarifvertragsgesetz vorgesehene Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) einsetzen zu müssen - verhindert werden, dass die Berliner Tarifröhne aufgrund des bestehenden Wettbewerbsdrucks gesenkt werden müssten. 23

Das Interesse des Landes, die Arbeitslosigkeit in Berlin zu bekämpfen und die heimischen Anbieter zu stärken, rechtfertige sein Verhalten nicht. Auch der im Gemeinwohl liegende Zweck der Vermeidung weiterer Arbeitslosigkeit dürfe nicht mit einem Mittel verfolgt werden, das mit der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielrichtung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unvereinbar sei. Es stelle eine klassische protektionistische Maßnahme dar, wenn das Land die tarifgebundenen Berliner Straßenbauunternehmen dadurch vor dem Wettbewerb meist auswärtiger tarifungebundener Wettbewerber schütze, dass es diese zwingt, ihren rechtmäßig erzielten Kostenvorteil aufzugeben, den sie aufgrund niedrigerer Löhne genössen. 24

b) Müsste hingegen von der Gültigkeit der Regelung des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln 25

ausgegangen werden, so wäre die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts nach Auffassung des Bundesgerichtshofs aufzuheben.

Da es auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Entscheidung ankomme, sei auch die zwischenzeitlich in Kraft getretene landesrechtliche Bestimmung für die Beurteilung des dem Land untersagten Verhaltens heranzuziehen. § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln schreibe den Vergabestellen die Forderung einer Tariftreueerklärung vor, ohne danach zu unterscheiden, ob das Land als Nachfrager nach Bauleistungen eine marktbeherrschende Stellung innehave und deswegen Normadressat des § 20 Abs. 1 GWB sei. Seien die Vergabestellen aber zu dem fraglichen Verhalten durch ein gültiges Gesetz verpflichtet, könne hierin kein Verstoß gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot liegen. Einem Verhalten, das gesetzlich geboten sei, fehle es niemals am sachlich gerechtfertigten Grund.

26

Die Bestimmung des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln enthalte ein solches gesetzliches Handlungsgebot, obwohl es sich nur um eine Soll-Vorschrift handle. Solche Normen verpflichteten die Behörden, grundsätzlich so zu verfahren, wie es im Gesetz bestimmt sei. Im Regelfall bedeute das "Soll" daher ein "Muss". Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass das Berliner Vergabegesetz die Vergabestellen immer dann von dem Gebot ausnehme, wenn dem Land wegen seiner marktbeherrschenden Stellung als Normadressaten des § 20 Abs. 1 GWB die Forderung einer Tariftreueerklärung kartellrechtlich untersagt sei. Das Gesetz sehe eine solche Ausnahme nicht vor. Die Bemerkung in der Begründung des Gesetzentwurfs, in Ausnahmefällen, etwa bei einer marktbeherrschenden Stellung des Landes, dürfe von dem Verlangen nach Einhalten der Tarife abgesehen werden, habe im Gesetz keinen hinreichenden Ausdruck gefunden.

27

Auf die Vereinbarkeit von § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln mit dem Grundgesetz oder mit Bundesrecht käme es daher nur dann nicht an, wenn die Regelung ohnehin mit Blick auf vorrangige gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen keine Anwendung finden könnte. Hiervon könne indessen nicht ausgegangen werden, ohne zunächst ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zu richten. Die Frage, ob § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln mit der Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EG und mit den gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien vereinbar sei, könne der Bundesgerichtshof nicht abschließend entscheiden. Für ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften bestehe jedoch im Hinblick darauf keine Veranlassung, dass die Bestimmung des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln nach Auffassung des Bundesgerichtshofs ohnehin nicht gültig sei.

28

c) Die Vorschrift des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln sei verfassungswidrig.

29

aa) Dem Land Berlin fehle für eine Regelung, die der Sache nach auf eine teilweise Allgemeinverbindlicherklärung bestimmter Tarifverträge hinauslaufe, die Gesetzgebungszuständigkeit. Bei der Bestimmung des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln handle es sich um eine tarifrechtliche Regelung. Sie bewirke, dass bestimmte für Berlin geltende Tarifverträge auch von Arbeitgebern und Arbeitnehmern eingehalten werden

30

müssten, die nicht an diese Tarifverträge gebunden seien. Das Tarifrecht falle unter die allgemeine Kompetenzzuweisung für das Arbeitsrecht in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG; es zähle damit zur konkurrierenden Gesetzgebung. Der Bund habe, was das Tarifrecht angehe, von seiner konkurrierenden Zuständigkeit mit der Verabschiedung des Tarifvertragsgesetzes abschließend Gebrauch gemacht. Dieses Gesetz enthalte in § 5 gerade auch eine umfassende Regelung über die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen. Aus § 97 Abs. 4 2. Halbsatz GWB lasse sich eine über die Bestimmungen des Grundgesetzes hinausgehende Gesetzgebungskompetenz des Landes für das fragliche Gesetz nicht ableiten. Die Gesetz gewordene Kompromissformel habe sich allein auf die Form bezogen, die für eine Regelung vergabefremder Kriterien einzuhalten sei. Im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben und unter Berücksichtigung der im Gesetzgebungsverfahren zutage getretenen Unterschiede in der materiell-rechtlichen Bewertung sei auszuschließen, dass den Ländern für die Festlegung vergabefremder Kriterien eine umfassende Gesetzgebungskompetenz habe zugebilligt werden sollen.

bb) Selbst wenn das Land Berlin über eine Gesetzgebungskompetenz für die Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln verfügen sollte, bestünden im Hinblick auf entgegenstehende bundesrechtliche Bestimmungen durchgreifende Bedenken gegen die Gültigkeit der Norm (Art. 31 GG). 31

§ 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln führe zu einer weitgehenden Allgemeinverbindlichkeit der Berliner Tarifröhne auf bestimmten Märkten, auf denen die meisten Aufträge von der öffentlichen Hand vergeben würden. Eine derartige Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen sei nach § 5 TVG an Voraussetzungen materieller und formeller Art geknüpft. Insbesondere könne die entsprechende, einen Akt der Rechtsetzung darstellende Erklärung nur im Einvernehmen mit dem Tarifausschuss und nach Anhörung der betroffenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abgegeben werden (§ 5 Abs. 1 und 2 TVG). Ein Landesgesetz, durch das ein bestimmter Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt werde, verstoße gegen diese bindende bundesrechtliche Regelung. 32

Soweit die Regelung des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln Geltung auch für den Fall beanspruche, dass das nachfragende Land eine marktbeherrschende Stellung einnehme, verstoße sie darüber hinaus gegen kartellrechtliche Bestimmungen, die marktbeherrschenden Unternehmen bestimmte diskriminierende oder behindernde Verhaltensweisen untersagten (§ 20 Abs. 1 GWB). Auch wenn die Länder nach § 97 Abs. 4 2. Halbsatz GWB vergabefremde Anforderungen vorsehen dürften, seien sie doch gehindert, ein Verhalten zu legalisieren, das ansonsten als kartellrechtswidrig anzusehen wäre. 33

cc) Schließlich begegne die Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln insofern durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken, als durch das Gebot der Tariftreue in die verfassungsrechtlich geschützte negative Koalitionsfreiheit eingegriffen werde (Art. 9 Abs. 3 GG). 34

Durch das im Berliner Vergabegesetz ausgesprochene Gebot, Aufträge der öffentli- 35

chen Hand nur an Unternehmen zu vergeben, die ihre Arbeitnehmer nach den in Berlin geltenden Tarifen entlohten, würden die Wirkungen tarifvertraglicher Regelungen auch für Außenseiter verbindlich, die sich um entsprechende Aufträge bemühten. Dem lasse sich jedenfalls für den Bereich, in dem die öffentliche Hand als Nachfrager eine marktbeherrschende Stellung einnehme, nicht entgegen halten, § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln zwingt keinen Anbieter, sich an Ausschreibungen des betroffenen Landes zu beteiligen. Die Marktmacht des Straßenbauleistungen nachfragenden Landes ergebe sich gerade daraus, dass die Marktgegenseite nicht über hinreichende Möglichkeiten verfüge, auf andere Nachfrager der angebotenen Leistungen auszuweichen. Damit greife § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln in den durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Bereich ein. Das Gesetz nötige die tarifungebundenen Anbieter, sich in einem ihre Wettbewerbsfähigkeit maßgeblich beeinflussenden Punkt den tarifvertraglichen Bestimmungen zu unterwerfen. Die Regelung des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln mache diese Ausdehnung der Verbindlichkeit tarifvertraglicher Bestimmungen auf ungebundene Dritte von keinen sachlichen Voraussetzungen abhängig. Auch das Verfahren biete keine Gewähr dafür, dass die Interessen der Außenseiter berücksichtigt würden.

#### IV.

Zu den Vorlagefragen haben der Senat von Berlin, das Abgeordnetenhaus von Berlin, die Bayerische Staatsregierung, das Bundesverwaltungsgericht, die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, der Bundesverband der Deutschen Industrie, der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie, der Deutsche Gewerkschaftsbund und die Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt Stellung genommen.

36

1. Der Senat von Berlin hält die verfassungsrechtlichen Bedenken des Bundesgerichtshofs für unbegründet.

37

§ 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln sei kompetenzgemäß zustande gekommen. Das Land habe von der Ermächtigung des § 97 Abs. 4 2. Halbsatz GWB Gebrauch gemacht.

38

Die zur Überprüfung gestellte Norm sei nicht wegen Unvereinbarkeit mit Bundesrecht unwirksam. Sie verstoße nicht gegen § 20 Abs. 1 GWB. Durch § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln würden alle Auftragnehmer lediglich verpflichtet, für den Zeitraum der Auftragsdurchführung die mit dem Auftrag beschäftigten Mitarbeiter nach den in Berlin gültigen Entgelttarifen zu bezahlen, um eine Gleichheit der Ausgangsvoraussetzungen und Wettbewerbsbedingungen zu schaffen. Es sei nicht zu erkennen, dass dies irgendwelche Bieter unangemessen benachteilige oder zu einer einseitigen Bevorzugung der einheimischen Bauwirtschaft führe. Durch die Zulassung eines möglichen "Lohndumpings" auswärtiger Bieter würden hingegen die Einkommensverhältnisse der Bevölkerung in der Bundesrepublik Deutschland nachhaltig verschlechtert werden. Der Regelung des § 20 GWB könne gesetzessystematisch ohnehin keine Einschränkung der Ermächtigungsnorm des § 97 Abs. 4 2. Halbsatz GWB entnommen werden. Der vergaberechtliche Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkun-

39

gen besitze einen eigenständigen Charakter und stelle eine geschlossene Regelung dar, die den allgemeinen Vorschriften des Gesetzes vorgehe.

Mit einer Allgemeinverbindlicherklärung im Sinne des § 5 TVG sei das Tariftreueverlangen nicht vergleichbar. Die landesrechtliche Forderung einer Tariftreueerklärung verletze auch nicht die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Koalitionsfreiheit. Durch § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln werde weder eine Mitgliedschaft in einer Koalition erzwungen noch ein erheblicher Beitrittsdruck erzeugt. Wenn nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Hinweis auf BVerfGE 55, 7 <22>) schon eine vollständige rechtliche Unterstellung unter einen Tarifvertrag durch dessen Allgemeinverbindlicherklärung die negative Koalitionsfreiheit nicht berühre, müsse dies erst recht für die weniger belastende Forderung einer Tariftreueerklärung gelten.

40

2. Das Abgeordnetenhaus von Berlin hat sich dieser Stellungnahme angeschlossen und ergänzend ausgeführt, dass schon im Ansatz Bedenken gegen die Auffassung des Bundesgerichtshofs bestünden, § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln verstoße gegen Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG, weil der Bundesgesetzgeber das Tariftrecht abschließend geregelt habe. Die Tariftreuregelung habe ihren eigentlichen normativen Gehalt vielmehr im Bereich des Vergaberechts. Jedenfalls habe der Bundesgesetzgeber in § 97 Abs. 4 2. Halbsatz GWB einen Vorbehalt zugunsten der Landesgesetzgeber aufgenommen.

41

Wegen des eigenständigen Charakters der vergaberechtlichen Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen erscheine es problematisch, vergaberechtliche Vorschriften der Länder, die auf § 97 Abs. 4 GWB beruhten, am Maßstab des § 20 Abs. 1 GWB zu prüfen. Selbst wenn man § 20 Abs. 1 GWB anwende, sei kein Verstoß gegen diese Vorschrift erkennbar. Das Land Berlin versuche, mit der vergaberechtlichen Regelung des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln die sozialpolitisch bedeutsame Aufgabe der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit zu erfüllen. Die unterschiedliche Behandlung von Unternehmen sei unter diesem Gesichtspunkt als sachlich gerechtfertigt anzusehen. Eine unbillige Behinderung liege darin nicht.

42

Die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte negative Koalitionsfreiheit werde durch § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln nicht verletzt. Diese Vorschrift wirke sich nur mittelbar aus und bleibe in der Intensität ihrer Einwirkung auf die Unternehmen hinter § 5 TVG zurück. Zudem könne die Koalitionsfreiheit zum Schutz von Gemeinwohlbelangen, denen verfassungsrechtlicher Rang gebühre, eingeschränkt werden. Dazu gehöre das Ziel, Massenarbeitslosigkeit zu bekämpfen.

43

3. Die Bayerische Staatsregierung hat Bedenken gegen die Zulässigkeit der Vorlage geäußert. Bei Zweifeln an der Vereinbarkeit einer Norm mit europäischem Gemeinschaftsrecht habe der Bundesgerichtshof vorrangig eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften einholen müssen.

44

Die Auffassung des Bundesgerichtshofs zur Verfassungswidrigkeit des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln werde nicht geteilt. Der Bund habe mit § 97 Abs. 4 GWB eine Er-

45

mächtigungsgrundlage geschaffen, die es erlaube, vergabefremde Kriterien durch Landesgesetze zu regeln. Bundesrechtliche Bestimmungen stünden der Tariftreuregelung nicht entgegen. Ebenso wenig werde in die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Koalitionsfreiheit eingegriffen. Ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG wäre jedenfalls durch verfassungsrechtlich legitimierte, überwiegende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt. Das Ziel, tarifliche Regelungen zu stützen und die Massenarbeitslosigkeit zu bekämpfen, habe Verfassungsrang. Demgegenüber habe das Interesse der tarifungebundenen Anbieter an der Wahrung ihrer Unternehmens- und Wettbewerbsfreiheit geringeres Gewicht.

4. Für das Bundesverwaltungsgericht hat der 1. Revisionssenat mitgeteilt, er neige zu der Auffassung, das Land sei zum Erlass der Norm zuständig gewesen. Die Regelung habe vorrangig einen vergaberechtlichen, keinen arbeitsrechtlichen Inhalt. Eine Art Allgemeinverbindlicherklärung im Sinne des § 5 TVG könne in ihr schwerlich gesehen werden. Auch die Regelung in § 97 Abs. 4 2. Halbsatz GWB spreche für eine Gesetzgebungskompetenz des Landes. Angesichts des vergaberechtlichen Inhalts der angegriffenen Regelung und ihrer begrenzten Auswirkung liege auch eine Verletzung des Art. 9 Abs. 3 GG nicht nahe. 46

5. Nach Auffassung der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände ist § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln verfassungswidrig, weil es sich dabei um eine ohne ausreichende Gesetzgebungskompetenz erlassene Regelung des Tarifrechts handle, die im Widerspruch zu § 20 Abs. 1 GWB stehe und in unzulässiger Weise in die negative Koalitionsfreiheit der Anbieter und die Tarifautonomie eingreife. 47

6. Auch nach Auffassung des Bundesverbands der Deutschen Industrie ist § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln nicht kompetenzgemäß zustande gekommen. Die Regelung verletze zudem die negative Koalitionsfreiheit, sei mit § 20 Abs. 1 GWB nicht vereinbar und im Übrigen auch nicht geeignet, die arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Ziele des Landes zu erreichen. 48

7. Der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie hat sich der Begründung des Aussetzungs- und Vorlagebeschlusses des Bundesgerichtshofs angeschlossen. Tariftreuregelungen, die auch von tarifungebundenen Bietern die Beachtung der geltenden Tariflöhne forderten, seien wegen Verstoßes gegen die negative Koalitionsfreiheit verfassungswidrig und darüber hinaus europarechtswidrig. Auch mit § 20 GWB seien sie nicht vereinbar. 49

8. Der Deutsche Gewerkschaftsbund und die Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt vertreten die Auffassung, § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln stehe mit dem Grundgesetz, mit dem übrigen Bundesrecht und mit europarechtlichen Vorgaben in Einklang. 50

## **B.**

Die Vorlage ist zulässig. Insbesondere stehen Zweifel an der Vereinbarkeit der Vorschrift mit europäischem Gemeinschaftsrecht der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG nicht entgegen. 51

Wenn feststeht, dass ein Gesetz dem europäischen Gemeinschaftsrecht widerspricht und deshalb wegen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht angewandt werden darf, ist das Gesetz nicht mehr entscheidungserheblich im Sinne von Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG (vgl. BVerfGE 85, 191 <203 ff.>; 106, 275 <295>; vgl. ferner für das Verfahren der Verfassungsbeschwerde BVerfGE 110, 141 <155 f.>). Ist die gemeinschaftsrechtliche und verfassungsrechtliche Rechtslage strittig, gibt es hingegen aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechts keine feste Rangfolge unter den vom Fachgericht gegebenenfalls einzuleitenden Zwischenverfahren nach Art. 234 Abs. 2, 3 EG und Art. 100 Abs. 1 GG. Zwar kann es ohne vorherige Klärung der europarechtlichen Fragen durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften dazu kommen, dass das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes überprüft, das wegen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts gar nicht angewandt werden darf. Umgekehrt bliebe aber ohne Klärung der verfassungsrechtlichen Fragen durch das Bundesverfassungsgericht im Verfahren der Vorabentscheidung für den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften offen, ob die Vorabentscheidung eine nach innerstaatlichen Maßstäben im Übrigen gültige und deshalb entscheidungserhebliche Norm betrifft. In dieser Situation darf ein Gericht, das sowohl europarechtliche als auch verfassungsrechtliche Zweifel hat, nach eigenen Zweckmäßigkeitserwägungen entscheiden, welches Zwischenverfahren es zunächst einleitet.

Da die Europarechtswidrigkeit der vorgelegten Tariftreueregelung nicht feststeht, der Bundesgerichtshof aber von der Verfassungswidrigkeit des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln überzeugt ist, war eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG ungeachtet der gemeinschaftsrechtlichen Fragen zulässig.

### C.

§ 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln ist mit dem Grundgesetz und mit dem übrigen Bundesrecht vereinbar.

Das Land Berlin war für den Erlass der Vorschrift zuständig (I.). Die Norm verstößt weder gegen Grundrechte (II.) noch gegen sonstiges Bundesrecht (III.).

### I.

Die Gesetzgebungskompetenz des Landes ist nach Art. 70 in Verbindung mit Art. 72 Abs. 1 GG gegeben, da die Regelungsmaterie in die konkurrierende Zuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG fällt und der Bund nicht abschließend von seinem Gesetzgebungsrecht Gebrauch gemacht hat.

1. Der Begriff "Recht der Wirtschaft" im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist weit zu verstehen (vgl. BVerfGE 5, 25 <28 f.>; 28, 119 <146>; 29, 402 <409>; 41, 344 <352>; 68, 319 <330>). Zu ihm gehören nicht nur diejenigen Vorschriften, die sich auf die Erzeugung, Herstellung und Verteilung von Gütern des wirtschaftlichen Bedarfs beziehen, sondern auch alle anderen das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung als solche regelnden Normen (vgl. BVerfGE 29, 402 <409>; 55, 274

<308>). Hierzu zählen Gesetze mit wirtschaftsregulierendem oder wirtschaftslenkendem Charakter (vgl. BVerfGE 4, 7 <13>; 68, 319 <330>).

Zur Regelung des Wirtschaftslebens im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gehören auch die Vorschriften über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen. Diesem Rechtsgebiet sind auch gesetzliche Regelungen darüber zuzuordnen, in welchem Umfang der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabeentscheidung über die in § 97 Abs. 4 GWB ausdrücklich vorgesehenen Kriterien hinaus andere oder weiter gehende Anforderungen an den Auftragnehmer stellen darf. Denn nach den Maßstäben, die das Bundesverfassungsgericht für die Zuordnung zu den Kompetenztiteln der Art. 74 und 75 GG entwickelt hat, kommt es in erster Linie auf den Regelungsgegenstand und den Gesamtzusammenhang der Regelung im jeweiligen Gesetz an (vgl. BVerfGE 4, 60 <67, 69 f.>; 8, 143 <148 ff.>; 68, 319 <327 f.>). Deshalb ist nicht für jede andere oder weiter gehende Anforderung, die ein Gesetz als Kriterium für die Auftragsvergabe vorsieht, der auf das konkrete Kriterium bezogene Kompetenztitel - etwa der für das Arbeitsrecht gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG - einschlägig.

58

Mit dem Erfordernis einer Tariftreueerklärung wird ein Kriterium für die vergaberechtliche Auswahlentscheidung geregelt. Unmittelbar betroffen ist die Rechtsbeziehung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Bieter, dessen Angebotsverhalten bei der Bewerbung um einen Auftrag aus wirtschafts- und sozialpolitischen Gründen dahingehend gesteuert werden soll, dass er sich gegenüber anderen Bewerbern keinen Vorteil durch eine untertarifliche Vergütung seiner Arbeitnehmer verschafft. Mit der Einbeziehung eines solchen Kriteriums in die Auswahlentscheidung wird das Ziel verfolgt, die Vergabe von Aufträgen aus bestimmten wirtschafts- und sozialpolitischen Gründen unmittelbar zu beeinflussen. Diese Zielsetzung wird in das Vergabeverfahren integriert. Es handelt sich um eine Sonderregelung für den Bereich der öffentlichen Beschaffung, mit der ein Kriterium für die Vergabeentscheidung festgelegt wird, das mittelbar auf die arbeitsrechtlichen Beziehungen im Unternehmen der Bieter Einfluss nehmen soll.

59

Für eine Charakterisierung der Bestimmung des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln als vergaberechtliche Vorschrift spricht auch der Regelungszusammenhang mit der Sanktionsnorm des § 1 Abs. 2 VgG Bln. Der Verstoß eines Unternehmers gegen die Verpflichtung zur Tariftreue soll danach die spezifisch vergaberechtliche Konsequenz haben, dass er von der Teilnahme an einem Wettbewerb um einen Bauauftrag oder Dienstleistungsauftrag bis zu einer Dauer von zwei Jahren ausgeschlossen wird. Aus dieser Verknüpfung wird deutlich, dass es bei der Regelung der Verpflichtung zur Tariftreue zweckgerichtet um eine Ausgestaltung der Bedingungen für die Teilnahme am Wettbewerb um eine öffentliche Auftragsvergabe und damit um einen vergaberechtlichen Regelungsgegenstand geht.

60

2. Von dem für Vergaberegungen einschlägigen Gesetzgebungstitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG hat der Bundesgesetzgeber nicht abschließend Gebrauch gemacht.

61

Der Vorschrift des § 97 Abs. 4 2. Halbsatz GWB, nach der andere oder weiter gehende Anforderungen an Auftragnehmer nur gestellt werden dürfen, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist, ist vielmehr zu entnehmen, dass auch aus Sicht des Bundesgesetzgebers die Regelung solcher Kriterien durch den Landesgesetzgeber grundsätzlich möglich sein soll. Mit der in § 97 Abs. 4 2. Halbsatz GWB bestimmten Zulässigkeit einer landesgesetzlichen Regelung ist ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien gerade auch dem Wunsch der Länder nach einer kompetenzrechtlichen Legitimation eigener Tariftreuevorschriften für den Bereich ihrer Auftragsvergabe Rechnung getragen worden.

62

## II.

1. § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln verstößt nicht gegen Art. 9 Abs. 3 GG.

63

Dieses Grundrecht schützt für jedermann und für alle Berufe das Recht, sich zu Koalitionen zusammenzuschließen, aber auch die Koalition als solche und ihr Recht, durch spezifisch koalitionsgemäße Betätigung die in Art. 9 Abs. 3 GG genannten Zwecke zu verfolgen (vgl. BVerfGE 19, 303 <312>; 84, 212 <224>; 100, 271 <282>; 103, 293 <304>). Die Tariftreuregelung des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln lässt diesen Schutzbereich unberührt.

64

a) Durch die gesetzliche Tariftreueverpflichtung wird der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG insbesondere nicht unter dem Gesichtspunkt der so genannten negativen Koalitionsfreiheit berührt.

65

aa) Die Koalitionsfreiheit als individuelles Freiheitsrecht umfasst auch das Recht des Einzelnen, einer Koalition fernzubleiben (vgl. BVerfGE 50, 290 <367>; 55, 7 <21>; 93, 352 <357>). Das Grundrecht schützt davor, dass ein Zwang oder Druck auf die Nicht-Organisierten ausgeübt wird, einer Organisation beizutreten. Ein von einer Regelung oder Maßnahme ausgehender bloßer Anreiz zum Beitritt erfüllt diese Voraussetzung nicht (vgl. BVerfGE 31, 297 <302>).

66

bb) Die Tariftreueverpflichtung schränkt das durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Recht der am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmer, der tarifvertragsschließenden Koalition fernzubleiben, nicht ein. Durch das Gesetz wird auch kein faktischer Zwang oder erheblicher Druck zum Beitritt ausgeübt. Dass sich ein nicht tarifgebundener Unternehmer wegen des Tariftreuezwangs veranlasst sehen könnte, der tarifvertragsschließenden Koalition beizutreten, um als Mitglied auf den Abschluss künftiger Tarifverträge Einfluss nehmen zu können, auf die er durch die Tariftreueerklärung verpflichtet wird, liegt fern und ist für Unternehmen mit Sitz außerhalb des Landes Berlin ohnehin ausgeschlossen. Ein Verbandsbeitritt bislang nicht tarifgebundener Berliner Bauunternehmer würde im Übrigen dazu führen, dass sie nicht nur bei der Ausführung des einzelnen ausgeschriebenen öffentlichen Auftrags, sondern umfassend, das heißt auch bei der Ausführung von privaten Bauaufträgen, an die örtlichen Entgelttarifverträge gebunden wären.

67

- Das Grundrecht der negativen Koalitionsfreiheit schützt nicht dagegen, dass der Gesetzgeber die Ergebnisse von Koalitionsvereinbarungen zum Anknüpfungspunkt gesetzlicher Regelungen nimmt, wie es besonders weitgehend bei der vom Bundesverfassungsgericht für verfassungsrechtlich zulässig angesehenen Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen geschieht (vgl. BVerfGE 44, 322 <351 f.>; 55, 7). Allein dadurch, dass jemand den Vereinbarungen fremder Tarifvertragsparteien unterworfen wird, ist ein spezifisch koalitionsrechtlicher Aspekt nicht betroffen (vgl. BVerfGE 64, 208 <213>). Gegen eine gleichheitswidrige oder unverhältnismäßige Auferlegung der Ergebnisse fremder Koalitionsvereinbarungen ist der Unternehmer gegebenenfalls durch Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. 68
- b) Die gesetzliche Regelung einer Tariftreueerklärung berührt auch nicht die in Art. 9 Abs. 3 GG enthaltene Bestands- und Betätigungsgarantie der Koalitionen. 69
- aa) Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit schützt auch die Koalition selbst in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und ihren Betätigungen, sofern diese der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen (vgl. BVerfGE 84, 212 <224>; 92, 365 <393>; 100, 271 <282>). Der Schutz erstreckt sich auf alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen und umfasst insbesondere auch die Tarifautonomie, die im Zentrum der den Koalitionen eingeräumten Möglichkeiten zur Verfolgung ihrer Zwecke steht (vgl. BVerfGE 88, 103 <114>; 94, 268 <283>; 103, 293 <304>). 70
- Das Aushandeln von Tarifverträgen ist ein wesentlicher Zweck der Koalitionen (vgl. BVerfGE 94, 268 <283>). Der Staat enthält sich in diesem Betätigungsfeld grundsätzlich einer Einflussnahme (vgl. BVerfGE 38, 281 <305 f.>) und überlässt die erforderlichen Regelungen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zum großen Teil den Koalitionen, die sie autonom durch Vereinbarungen treffen (vgl. BVerfGE 44, 322 <340 f.>). Zu den der Regelungsbefugnis der Koalitionen überlassenen Materien gehören insbesondere das Arbeitsentgelt und die anderen materiellen Arbeitsbedingungen (vgl. BVerfGE 94, 268 <283>; 100, 271 <282>; 103, 293 <304>). 71
- bb) Weder Betätigungsfreiheit noch Bestand derjenigen Koalitionen, deren Tarifverträge infolge der Tariftreueverpflichtung des erfolgreichen Bieters arbeitsvertraglich in Bezug genommen werden, sind betroffen. 72
- Ihre sich aus der Betätigungsfreiheit ergebende Normsetzungsbefugnis ist schon deshalb nicht berührt, weil sich dieses Recht ohnehin nur auf die tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und nicht auf Außenseiter bezieht (vgl. BVerfGE 44, 322 <347 f.>). Außerdem führt die Tariftreueverpflichtung auf der Grundlage des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln nicht zu einer staatlichen Normsetzung in einem Bereich, in dem den tarifautonom gesetzten Absprachen der Sozialpartner ein Vorrang zukommt. Die örtlichen tarifvertraglichen Entgeltabreden werden nicht kraft staatlicher Geltungsanordnung Inhalt der Arbeitsverträge der bei der Auftragsausführung eingesetzten Mitarbeiter, sondern nach individualvertraglicher Umsetzung der Tariftreueverpflichtung durch den Arbeitgeber. Konkurrierende Rechtsetzungskompetenzen des Staates und der Tarifvertragsparteien treffen nicht aufeinander. Den tarifvertragsschließen-

den Koalitionen erwächst deshalb aus Art. 9 Abs. 3 GG auch kein verfassungsrechtlich geschütztes Interesse an einer Beteiligung am Verfahren der Tariftreueerklärung.

Die Notwendigkeit einer solchen Beteiligung der Koalitionen folgt auch nicht aus der Bestandsgarantie des Art. 9 Abs. 3 GG. Für einen solchen Schutzzumfang des Art. 9 Abs. 3 GG könnte allenfalls vorgebracht werden, dass die Erstreckung von Tarifverträgen auf Nicht-Organisierte dazu führen könnte, dass die Anreize für eine Koalitionsmitgliedschaft gemindert werden, weil Außenseiter trotz fehlender Mitgliedschaft in den Genuss tarifvertraglicher Regelungen gelangen. Diese eventuelle mittelbare Auswirkung der Tariftreueerklärung kann jedoch nicht anders beurteilt werden als der im Zusammenhang mit der negativen Koalitionsfreiheit dargestellte, genau umgekehrte, angeblich verstärkte Anreiz zum Beitritt zur tarifvertragsschließenden Koalition. Dies macht bereits den spekulativen Charakter der Annahmen deutlich.

74

cc) Andere Koalitionen als die, deren Entgelttarifverträge durch die Umsetzung der Tariftreueverpflichtung aus § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln auch auf Außenseiterarbeitsverhältnisse Anwendung finden, werden in ihrer durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie nicht betroffen, weil die gesetzlich vorgeschriebene Auflage kein rechtliches Hindernis zum Abschluss von Tarifverträgen errichtet und der Abschluss konkurrierender Tarifverträge auch nicht faktisch unmöglich gemacht wird (vgl. BVerfGE 44, 322 <352 f.>).

75

2. § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln verstößt nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG.

76

a) Der Schutzgehalt der Berufsfreiheit ist berührt.

77

aa) Art. 12 Abs. 1 GG schützt vor staatlichen Beeinträchtigungen, die gerade auf die berufliche Betätigung bezogen sind. Das Grundrecht sichert die Teilnahme am Wettbewerb im Rahmen der hierfür aufgestellten rechtlichen Regeln (vgl. BVerfGE 105, 252 <265>). Es gewährleistet den Arbeitgebern das Recht, die Arbeitsbedingungen mit ihren Arbeitnehmern im Rahmen der Gesetze frei auszuhandeln (vgl. BVerfGE 77, 84 <114>; 77, 308 <332>). Die Vertragsfreiheit wird zwar auch durch das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet (vgl. BVerfGE 65, 196 <210>; 74, 129 <151 f.>). 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 (vgl. BVerfGE 68, 193 <223 f.>; 77, 84 <118>; 95, 173 <188>). Gesetzliche Vorschriften, die die Gestaltung der Arbeitsbeziehungen betreffen und die sich deshalb für den Arbeitgeber als Berufsausübungsregelungen darstellen, sind daher grundsätzlich an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen.

78

bb) Die Tariftreuregelung des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln berührt die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Vertragsfreiheit im unternehmerischen Bereich.

79

Dadurch dass das Gesetz als Voraussetzung für die erfolgreiche Teilnahme am Vergabeverfahren die Tariftreue fordert, reguliert es nicht allgemein das Wettbe-

80

werbsverhalten der Unternehmen, sondern bewirkt eine bestimmte Ausgestaltung der Verträge, die der Auftragnehmer mit seinen Arbeitnehmern zur Durchführung des Auftrags abschließt. Die Unternehmen sollen hinsichtlich dieser Vertragsbedingungen nicht frei darüber entscheiden dürfen, wie sie sich am Wettbewerb um den öffentlichen Auftrag beteiligen. Sie werden bei Ablehnung der von ihnen geforderten Tariftreue von der Möglichkeit, ihre Erwerbschancen zu verwirklichen, ausgeschlossen, auch wenn sie sich im Übrigen an die Vergabebedingungen halten. Auf der Grundlage des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln werden sie zu einer bestimmten Gestaltung ihrer Verträge mit Dritten angehalten und damit in ihrer unternehmerischen Vertragsfreiheit berührt.

b) Die gesetzliche Regelung greift in das Grundrecht der Berufsfreiheit ein.

81

aa) Der Grundrechtsschutz ist nicht auf Eingriffe im herkömmlichen Sinne beschränkt (zu diesem Eingriffsbegriff vgl. BVerfGE 105, 279 <300>). Vielmehr kann der Abwehrgehalt der Grundrechte auch bei faktischen oder mittelbaren Beeinträchtigungen betroffen sein, wenn diese in der Zielsetzung und in ihren Wirkungen Eingriffen gleichkommen (vgl. BVerfGE 105, 279 <303>; 110, 177 <191>; 113, 63 <76>). Durch die Wahl eines solchen funktionalen Äquivalents eines Eingriffs entfällt die Grundrechtsbindung nicht (vgl. BVerfGE 105, 252 <273>). An der für die Grundrechtsbindung maßgebenden eingriffsgleichen Wirkung einer staatlichen Maßnahme fehlt es jedoch, wenn mittelbare Folgen ein bloßer Reflex einer nicht entsprechend ausgerichteten gesetzlichen Regelung sind (vgl. BVerfGE 106, 275 <299>).

82

bb) Nach diesen Maßstäben ist in der Tariftreueregelung des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln eine solche eingriffsgleiche Beeinträchtigung der Berufsfreiheit zu sehen. Regelungsinhalt und Zielrichtung der Norm gehen über einen bloßen Reflex auf Seiten der Unternehmen hinaus, auch wenn sich das Gesetz regelungstechnisch nicht an sie, sondern an die Auftraggeber richtet und die Unternehmer, die keine Verträge mit öffentlichen Stellen abschließen wollen, nicht vom Regelungsbereich des Gesetzes erfasst werden.

83

Die Vorschrift zielt aus wirtschafts- und sozialpolitischen Gründen darauf ab, die Arbeitgeber bei der Gestaltung ihrer arbeitsvertraglichen Beziehungen zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen. Die Vergabestelle wird durch das Gesetz ermächtigt und angesichts des Soll-Charakters der Vorschrift im Regelfall verpflichtet, von den Bewerbern um den ausgeschriebenen Auftrag eine Tariftreueerklärung zu fordern. Der Inhalt der vom Auftragnehmer abzuschließenden Arbeitsverträge ist damit - mittelbar - selbst schon Gegenstand der gesetzlichen Regelung, auch wenn er den Arbeitsvertragsparteien nicht unmittelbar normativ vorgeschrieben wird. Er ist inhaltlich durch die Norm vorgegeben, indem geregelt ist, dass die Anwendung der örtlichen Entgelttarifverträge durch die Auftragnehmer verlangt werden soll. Mit dieser gesetzlichen Regelung soll zudem gerade erreicht werden, dass die Geltung tarifvertraglicher Entgeltabreden ausgeweitet wird. Die Einflussnahme auf die Arbeitsbedingungen ist damit von der Zweckrichtung des Gesetzgebers umfasst. Sie tritt nicht nur

84

reflexartig als faktische Folge eines anderen Zielen dienenden Gesetzes ein.

c) Der Eingriff in die Berufsfreiheit ist jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt. 85

aa) Der Landesgesetzgeber verfolgt mit der Tariftreueregelung des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln verfassungsrechtlich legitime Ziele. 86

Nach der dem Gesetz zugrunde liegenden Zweckbestimmung sollen Bauunternehmen im Wettbewerb mit Konkurrenten nicht deshalb benachteiligt sein, weil sie zur Vergütung ihrer Arbeitnehmer nach Tarif verpflichtet sind. Die Erstreckung der Tariflöhne auf Außenseiter soll einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenwirken. Diese Maßnahme soll zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit im Bausektor beitragen. Sie dient dem Schutz der Beschäftigung solcher Arbeitnehmer, die bei tarifgebundenen Unternehmen arbeiten, und damit auch der Erhaltung als wünschenswert angesehener sozialer Standards und der Entlastung der bei hoher Arbeitslosigkeit oder bei niedrigen Löhnen verstärkt in Anspruch genommenen Systeme der sozialen Sicherheit. Durch die Festlegung auf die zwischen den Tarifvertragsparteien ausgehandelten Entgelte wird zugleich das Tarifvertragssystem als Mittel zur Sicherung sozialer Standards unterstützt. 87

Das Ziel, die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen, hat aufgrund des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) Verfassungsrang. Die Verringerung von Arbeitslosigkeit ermöglicht den zuvor Arbeitslosen, das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG zu verwirklichen (vgl. BVerfGK 4, 356 <361>), sich durch Arbeit in ihrer Persönlichkeit zu entfalten und darüber Achtung und Selbstachtung zu erfahren. Insofern wird das gesetzliche Ziel auch von Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG getragen (vgl. BVerfGE 100, 271 <284>; 103, 293 <307>). 88

Darüber hinaus ist der mit der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit einhergehende Beitrag zur finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherung ein Gemeinwohlbelang von hoher Bedeutung (vgl. BVerfGE 70, 1 <25 f., 30>; 77, 84 <107>; 82, 209 <230>; 103, 293 <307>). 89

Schließlich darf der Gesetzgeber die Ordnungsfunktion der Tarifverträge unterstützen, indem er Regelungen schafft, die bewirken, dass die von den Tarifparteien ausgehandelten Löhne und Gehälter auch für Nichtverbandsmitglieder mittelbar zur Anwendung kommen. Dadurch wird die von Art. 9 Abs. 3 GG intendierte, im öffentlichen Interesse liegende (vgl. BVerfGE 28, 295 <304 f.>; 55, 7 <23 f.>) autonome Ordnung des Arbeitslebens durch Koalitionen abgestützt, indem den Tarifentgelten zu größerer Durchsetzungskraft verholfen wird (vgl. BVerfGE 44, 322 <342>; 77, 84 <107>; vgl. ferner BVerfGE 92, 365 <397> m.w.N.). 90

bb) Die Verpflichtung der Bewerber um einen öffentlichen Auftrag zur Tariftreue ist ein geeignetes Mittel zur Erreichung der mit dem Gesetz verfolgten Ziele. 91

Ein Mittel ist bereits dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei die Möglichkeit der 92

Zweckerreichung genügt (vgl. BVerfGE 63, 88 <115>; 67, 157 <175>; 96, 10 <23>; 103, 293 <307>). Dem Gesetzgeber kommt dabei ein Einschätzungs- und Prognosevorrang zu. Es ist vornehmlich seine Sache, auf der Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele unter Beachtung der Gesetzlichkeiten des betreffenden Sachgebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will (vgl. BVerfGE 103, 293 <307> m.w.N.).

Hieran gemessen ist § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln grundsätzlich geeignet, die gesetzgeberischen Ziele zu erreichen. Der Landesgesetzgeber durfte im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative annehmen, dass er den Unterbietungswettbewerb über die Lohnkosten begrenzen und auf diese Weise Arbeitslosigkeit bekämpfen kann, indem er den Bewerbern um einen öffentlichen Auftrag die Verpflichtung zur Zahlung der Tarifentgelte auferlegt. Die über die Tariftreueerklärung der Anbieter bewirkte Ausweitung der Tariflöhne über den Kreis der tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien hinaus kann zudem zur Stärkung der Tarifautonomie beitragen.

93

cc) Die gesetzliche Tariftreuregelung ist zur Zielerreichung erforderlich.

94

Der Gesetzgeber verfügt bei der Einschätzung der Erforderlichkeit ebenfalls über einen Beurteilungs- und Prognosespielraum (vgl. BVerfGE 102, 197 <218>). Daher können Maßnahmen, die der Gesetzgeber zum Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsguts für erforderlich hält, verfassungsrechtlich nur beanstandet werden, wenn nach den ihm bekannten Tatsachen und im Hinblick auf die bisher gemachten Erfahrungen feststellbar ist, dass Regelungen, die als Alternativen in Betracht kommen, die gleiche Wirksamkeit versprechen, die Betroffenen indessen weniger belasten (vgl. BVerfGE 25, 1 <19 f.>; 40, 196 <223>; 77, 84 <106>).

95

Nach diesen Maßstäben bestehen gegen die Erforderlichkeit der Tariftreuregelung keine durchgreifenden Bedenken. Es ist kein ebenso geeignetes, aber weniger belastendes Mittel erkennbar, das der Landesgesetzgeber anstelle der gesetzlichen Tariftreuregelung hätte ergreifen können.

96

Insbesondere ist die - dem Landesgesetzgeber ohnehin nicht als Regelungsinstrument zur Verfügung stehende - Möglichkeit, die Geltung von Tarifverträgen für Außenseiterarbeitgeber durch eine Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG zu erreichen, im Vergleich mit der Tariftreueerklärung nach § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln kein milderes Mittel. Während die Allgemeinverbindlicherklärung zu einer unmittelbaren und zwingenden Geltung des Tarifvertrags nach § 4 Abs. 1 TVG führt, wird der Arbeitgeber aufgrund der gesetzlichen Tariftreuregelung angehalten, sich selbst gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber zur Anwendung der tarifvertraglichen Entgeltvorschriften gegenüber seinen Arbeitnehmern zu verpflichten. Der Bauunternehmer kann sich daher der Geltung des Tarifvertrags im Rahmen seiner Entscheidungsfreiheit entziehen, wenn auch mit der Konsequenz, dass seine Bewerbung um den öffentlichen Auftrag regelmäßig erfolglos bleiben wird. Die Vertragsfreiheit der Unternehmen wird durch die Tariftreueerklärung aber vor allem deshalb weniger beeinträchtigt, weil die Tariftreuepflicht auf den einzelnen Auftrag und auf die bei der

97

Ausführung dieses Auftrags eingesetzten Arbeitnehmer beschränkt ist. Infolge einer Allgemeinverbindlicherklärung müsste der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer im Geltungsbereich des Tarifvertrags hingegen umfassend nach Tarif entlohnen.

Aus diesen Gründen, im Übrigen aber auch schon mangels Kompetenz des Landesgesetzgebers, kann auch in der Festlegung von Mindestlöhnen auf der Grundlage des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen vom 11. Januar 1952 (BGBl I S. 17) kein weniger belastender Eingriff in die Vertragsfreiheit der Bauunternehmer gesehen werden.

98

dd) Schließlich ist die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit durch die Tariftreuepflicht auch angemessen.

99

(1) Allerdings betrifft die den Bauunternehmen auferlegte Tariftreuepflicht durch die Einflussnahme auf die Verträge mit Arbeitnehmern und Geschäftspartnern einen wichtigen Gewährleistungsgehalt der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit. 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.

100

Das Gewicht des Eingriffs wird jedoch 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. Die Auswirkungen der Tariftreuepflicht sind zudem auf den einzelnen Auftrag beschränkt. Nur der Inhalt der Arbeitsverträge der bei der Ausführung dieses Auftrags eingesetzten Arbeitnehmer wird vorgegeben, und dies auch nur für die Arbeitsstunden, in denen sie mit der Ausführung des Auftrags beschäftigt sind.

101

(2) Die rechtfertigenden Gründe, die den Gesetzgeber zu der zur Prüfung gestellten Regelung veranlasst haben, haben demgegenüber erhebliches Gewicht.

102

Die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit in Verbindung mit der Gewährleistung der finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherung ist ein besonders wichtiges Ziel, bei dessen Verwirklichung dem Gesetzgeber gerade unter den gegebenen schwierigen arbeitsmarktpolitischen Bedingungen ein relativ großer Entscheidungsspielraum zugestanden werden muss (vgl. BVerfGE 103, 293 <309>). Dieser Gemeinwohlbelang, dem die Tariftreueregelung des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln Rechnung zu tragen versucht, besitzt eine überragende Bedeutung (vgl. BVerfGE 100, 271 <288>).

103

Bezieht man die weiteren, diesen Zweck flankierenden, schon dargestellten Regelungsziele in die Abwägung der betroffenen, verfassungsrechtlich geschützten Rechte und Interessen ein, so ist die vom Gesetzgeber vorgenommene Gewichtung zu-

104

gunsten der Gemeinwohlbelange nicht zu beanstanden. Die Grenze der Zumutbarkeit ist für die Bewerber um einen öffentlichen Auftrag, die sich nur in Teilbereichen ihrer unternehmerischen Betätigung zur Anwendung tarifvertraglicher Entgeltsätze verpflichten sollen, angesichts der überragend wichtigen Ziele der Tariftreue Regelung keineswegs überschritten.

3. Die auf § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln beruhende Ungleichbehandlung der Anbieter, die keine Tariftreueerklärung abgeben und deshalb keinen Zuschlag erhalten, im Vergleich mit den Anbietern, die die Auflage nach der zur Prüfung gestellten Vorschrift erfüllen, verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Sie ist durch die dargestellten besonders wichtigen Gemeinwohlbelange, die den Landesgesetzgeber zu der gesetzlichen Regelung veranlasst haben, gerechtfertigt. 105

### III.

Die Vorschrift des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln ist auch mit sonstigem Bundesrecht vereinbar und deshalb nicht nach Art. 31 GG unwirksam. 106

1. Sie steht nicht im Widerspruch zu § 5 TVG, da die Tariftreueerklärung nicht mit der Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags vergleichbar ist. Die Tariftreueerklärung ist ein neben der Allgemeinverbindlicherklärung stehendes, weiteres Mittel, um zu erreichen, dass Außenseiterarbeitgeber Tariflöhne zahlen. Sie greift nicht in den Regelungsbereich des § 5 TVG über, weil sie im Gegensatz zu einer Allgemeinverbindlicherklärung keine unmittelbare und zwingende Geltung eines Tarifvertrags für alle in dessen Geltungsbereich abgeschlossenen Arbeitsverträge bewirkt. Vielmehr begründet sie lediglich eine schuldrechtliche Verpflichtung des Unternehmers, der den Zuschlag für einen bestimmten öffentlichen Auftrag erhält, zu einer nur punktuellen Anwendung eines Entgelttarifvertrags. 107

2. § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln verstößt auch nicht gegen § 20 Abs. 1 GWB. Auch bei marktbeherrschender Stellung des Landes Berlin auf der Nachfrageseite bewirkt die Tariftreueerklärung keine unbillige Behinderung oder sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung von Unternehmen auf der Anbieterseite. 108

Der Bundesgerichtshof geht bei der Begründung der Entscheidungserheblichkeit zutreffend davon aus, dass eine Ungleichbehandlung von Anbietern dann sachlich gerechtfertigt ist, wenn eine gültige gesetzliche Vorschrift sie anordnet. Von diesem richtigen Standpunkt ausgehend ist es aber ausgeschlossen, das rechtfertigende Gesetz selbst an § 20 Abs. 1 GWB zu messen. Ist das Gesetz in jeder anderen Hinsicht mit dem Grundgesetz und mit Bundesrecht vereinbar, dann stellt es auch einen Rechtfertigungsgrund für die Ungleichbehandlung im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB dar und schließt zugleich eine unbillige Behinderung nach dieser Vorschrift aus. 109

Darüber hinaus sprechen bei einer systematischen Auslegung und insbesondere unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des § 97 Abs. 4 2. Halbsatz GWB gute Argumente dafür, dass die Frage anderer und weiter gehender Anforderungen speziell im Vergaberecht geregelt wurde und dass die an dieser Stelle eingefügte 110

Möglichkeit zu deren Festlegung nicht durch § 20 Abs. 1 GWB wieder ausgeschlossen wird, sondern im Hinblick auf gegebenenfalls damit verbundene Behinderungen des Wettbewerbs deren Rechtfertigung dient.

|                   |                                                                                                                     |            |
|-------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
|                   | Die Richterin Haas<br>ist aus dem Amt<br>ausgeschieden und<br>deshalb an der Un-<br>terschrift gehindert.<br>Papier |            |
| Papier            |                                                                                                                     | Steiner    |
| Hohmann-Dennhardt | Hoffmann-Riem                                                                                                       | Bryde      |
| Gaier             |                                                                                                                     | Eichberger |

**Bundesverfassungsgericht, Beschluss des Ersten Senats vom 11. Juli 2006 -  
1 BvL 4/00**

**Zitiervorschlag** BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11. Juli 2006 - 1 BvL 4/00 -  
Rn. (1 - 110), [http://www.bverfg.de/e/ls20060711\\_1bvl000400.html](http://www.bverfg.de/e/ls20060711_1bvl000400.html)

**ECLI** ECLI:DE:BVerfG:2006:ls20060711.1bvl000400