



Wissenschaftlicher Dienst

WD 2-2 / 52-1570

30. Mai 2008

**Auswirkungen der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 03. April 2008 (Rs. C-346/06) auf den Gesetzentwurf eines Landesgesetzes zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen (Landestariftreuegesetz – LTTG –) – (LT-Drs 15/1696)<sup>1</sup>**

## **A. Auftrag**

Der Ausschuss für Wirtschaft und Verkehr hat in seiner 17. Sitzung beschlossen, den Wissenschaftlichen Dienst um folgende gutachtliche Stellungnahme zu bitten<sup>2</sup>:

Prüfung der Auswirkungen des Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 03. April 2008 zu dem Niedersächsischen Landesvergabegesetz (Rs. C-346/06 – „Rüffert“) auf den Gesetzentwurf über ein „Landesgesetz zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen (Landestariftreuegesetz)“ (Drucksache 15/1696)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Dem Gesetzgebungsverfahren liegt ein Gesetzentwurf der Landesregierung zugrunde (LT Drs 15/1696), dessen erste Beratung im Plenum am 13. Dezember 2007 stattfand. Hierbei erfolgte die Überweisung in den Ausschuss für Wirtschaft und Verkehr (federführend), Sozialausschuss und Rechtsausschuss.

<sup>2</sup> Beschlussprotokoll der 17. Sitzung des Ausschusses für Wirtschaft und Verkehr am 10. April 2008, S. 6.

<sup>3</sup> Aufgrund des vorgegebenen Prüfungsumfanges findet keine Prüfung hinsichtlich der Vereinbarkeit einer Tariftreuepflicht mit deutschen verfassungsrechtlichen Normen, Kartellrecht, Datenschutzrecht und Zivilrecht statt. Diesbezügliche rechtliche Ausführungen finden sich etwa in der niedersächsischen LT Drs 14/3628 (passim). Zum Berliner Vergabegesetz vergleiche BVerfG, Beschluss vom 11. Juli 2006 – 1 BvL 4/00; zum nordrhein-westfälischen TariftG vergleiche Stellungnahme von Prof. Dr. M. Dreher vom 22. Oktober 2002 (Gesetzesdokumentation des Landtags Nordrhein-

**Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes sind parlamentsinterne Stellungnahmen, die nicht für die öffentliche Diskussion außerhalb des Landtags bestimmt sind. Eine - auch nur auszugsweise - Veröffentlichung oder Verbreitung bedarf der Zustimmung des Direktors beim Landtag.**

## B. Stellungnahme

Nachfolgend werden zunächst der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt und die wesentlichen Entscheidungsgründe des Europäischen Gerichtshofes (unter I.) dargestellt. Anschließend wird untersucht werden, ob und inwieweit diese Auswirkungen auf das gegenwärtige Gesetzgebungsverfahren in Ansehung des Entwurfes eines Landestariftreuegesetzes (LTTG-E) haben können (unter II.).

### I. Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes

Gegenstand der Entscheidung des EuGH ist die Frage, inwiefern das niedersächsische Landesvergabegesetz (LVergabeG)<sup>4</sup> einen unzulässigen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit darstellt. Das Gesetz verpflichtet gebietsfremde und damit nicht-tarifgebundene Unternehmen, einen Tariflohn zu zahlen, wie er am Ort der Leistungsausführung gilt, selbst wenn der Tarifvertrag nicht für allgemeinverbindlich erklärt wurde.

Nicht explizit Gegenstand der Entscheidung sind hingegen die Sanktionen des LVergabeG, die eingreifen, wenn der Unternehmer dieser zuvor beschriebenen Verpflichtung nicht nachkommt.

#### 1. Verfahren und zugrunde liegender Sachverhalt

Die hier in Rede stehende Entscheidung des EuGH wurde durch eine Vorlage des Oberlandesgerichts Celle vom 03. August 2006 gemäß Art. 234 EG an den EuGH veranlasst<sup>5</sup>.

Im Rahmen dieses Vorlageverfahrens wurden unter anderem durch das Land Niedersachsen, die Bundesrepublik Deutschland und die Republik Polen Erklärungen abgegeben.

Die Schlussanträge des Generalanwalts wurden am 20. September 2007 gestellt<sup>6</sup>.

Inhaltlicher Gegenstand der Entscheidung des EuGH ist das Niedersächsische Landesverga-

---

Westfalen, Archiv-Signatur A 0303/13/49); zum Bundesgesetz „Gesetz zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen und zur Einrichtung eines Registers über unzuverlässige Unternehmen“ vergleiche BT Drs 14/9335.

<sup>4</sup> Landesvergabegesetz (LVergabeG) vom 02. September 2002, Nds. GVBl. 2002, 370, zuletzt geändert durch Gesetz vom 09. Dezember 2005, Nds. GVBl. 2005, 395.

Vergleiche zur Gesetzgebungshistorie des Gesetzes die niedersächs. LT Drs 14/2893 (Gesetzesentwurf), 14/3574 (Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Verkehr) und 14/3628 (Schriftlicher Bericht durch den Abg. Wolf). Vergleiche zur Gesetzgebungshistorie des Änderungsgesetzes die niedersächs. LT Drs 15/135, 15/2435 und 15/2462.

<sup>5</sup> Zum Wortlaut der Vorlagefrage vergleiche ABl. Nr. C 294 vom 02. Dezember 2006, S. 22. Der gesamte Vorlagebeschluss (Az. 13 U 72/06) des OLG Celle ist bei juris abrufbar.

<sup>6</sup> Die Schlussanträge des Generalanwalts sind abrufbar unter „<http://curia.europa.eu/>“.

begesetzt, dessen Regelungen anlässlich eines Rechtsstreits vor dem vorliegenden Gericht europarechtlich zu prüfen waren.

Um das Verständnis dieses bei dem OLG Celle anhängigen Rechtsstreits zu verbessern, soll zunächst auf die hier interessierenden Regelungen des LVergabeG eingegangen werden (hierzu a), sodann wird der Rechtsstreit selbst kurz dargestellt werden (siehe hierzu die Ausführungen unter b).

#### a) Niedersächsisches Landesvergabegesetz

Das niedersächsische Landesvergabegesetz soll Wettbewerbsverzerrungen entgegenwirken, die auf dem Gebiet des Bauwesens durch den Einsatz von Niedriglohnkräften entstehen, und soll Belastungen für die sozialen Sicherungssysteme mildern. Es bestimmt zu diesem Zweck, dass öffentliche Auftraggeber Aufträge über Baumaßnahmen nur an solche Unternehmen vergeben dürfen, die das in Tarifverträgen vereinbarte Arbeitsentgelt zahlen.<sup>7</sup>

Um dieses Ziel zu erreichen, bestimmt das LVergabeG, dass bei der Vergabe *öffentlicher* Bauaufträge ab einem Volumen von EUR 30.000.- der Auftraggeber den Auftragnehmer auf die Zahlung des tarifvertraglich vorgesehenen Entgelts zu verpflichten hat (§§ 1, 2 Abs. 1 Satz 1 LVergabeG).

Diese Verpflichtung geschieht in Form der Tariftreueerklärung durch den Auftragnehmer. In ihr hat der Auftragnehmer sich schriftlich zu verpflichten, seinen „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung der Leistung mindestens das tarifvertraglich [...] vorgesehene Entgelt zum tarifvertraglich vorgesehenen Zeitpunkt zu zahlen“ (§ 3 Abs. 1 Satz 1 LVergabeG).

Die näheren Einzelheiten des anwendbaren Tarifvertrages bestimmt Absatz 2:

„Der öffentliche Auftraggeber bestimmt in der Bekanntmachung der Ausschreibung und in den Vergabeunterlagen den oder die einschlägigen Tarifverträge nach Absatz 1. Bei der Auswahl der Tarifverträge nach Satz 1 darf der öffentliche Auftraggeber nur Tarifverträge berücksichtigen, die in Niedersachsen gelten und mit einer tariffähigen Gewerkschaft abgeschlossen worden sind; die nach Halbsatz 1 ausgewählten Tarifverträge müssen jedoch nicht am Ort der Ausführung der Leistung gelten.“ (§ 3 Abs. 2 LVergabeG).

Um die nach § 3 Abs. 1 LVergabeG herzustellende „Tariftreue“ auch im Falle des Einsatzes von Subunternehmern zu gewährleisten („vertikale Tariftreue“), bestimmt § 4 LVergabeG,

<sup>7</sup> Vergleiche Präambel des LVergabeG.



dass der Auftragnehmer seinerseits Nachunternehmer nur unter bestimmten Bedingungen einsetzen darf.

So muss der Auftraggeber einerseits einem Nachunternehmereinsatz zustimmen, wenn durch letzteren Leistungen erbracht werden sollen, die auch durch den Auftragnehmer selbst erbracht werden könnten (§ 4 Abs. 1 Satz 1 LVergabeG).

Soweit der Auftragnehmer Leistungen auf einen Subunternehmer überträgt, hat er diesen auf die „Tariftreue“ zu verpflichten.

Des Weiteren hat der Auftragnehmer den Subunternehmer darauf zu verpflichten, dass letzterer etwaige eigene Nachunternehmer („Sub-Subunternehmer“) auf die „Tariftreue“ verpflichtet (§ 4 Satz 3 Hs. 1 LVergabeG).

Den Auftragnehmer trifft darüber hinaus die Pflicht, die Einhaltung der vorgenannten Verpflichtungen zu überwachen (§ 4 Satz 3 Hs. 2 LVergabeG).

Insgesamt soll durch dieses „durchgehende Vertikalband“ erreicht werden, dass keiner der an der Realisierung des öffentlichen Bauvorhabens Beteiligten einen Lohn zahlt, der unter dem des einschlägigen Tarifvertrages liegt.

Die Nichterfüllung der hier beschriebenen Verpflichtungen des Auftragnehmers wird durch das LVergabeG auf verschiedene Arten sanktioniert:

Gibt der Auftragnehmer die Tariftreueerklärung bei Einreichung seines Angebotes gar nicht ab, so ist sein Angebot von der Wertung auszuschließen (§ 3 Abs. 1 Satz 2 LVergabeG).

Verletzt er Verpflichtungen nach §§ 3, 4, 7 Abs. 2 LVergabeG schuldhaft, so ist der Auftraggeber berechtigt, eine Vertragsstrafe in Höhe von einem Prozent für jeden Verstoß, höchstens jedoch ein Zehntel des gesamten Auftragswertes zu fordern (§ 8 Abs. 1 Satz 1 LVergabeG)<sup>8</sup>. Diese Verpflichtung trifft ihn auch dann, wenn seine Nachunternehmer ihre Pflichten verletzen, sofern er nicht nachweisen kann, dass er – der Auftragnehmer – den Verstoß weder kannte noch kennen musste (§ 8 Abs. 1 Satz 2 LVergabeG).

Eine weitere mögliche Sanktion ist das Recht des Auftraggebers zur fristlosen Kündigung, sollte der Auftragnehmer den beschriebenen Pflichten nicht gerecht werden (§ 8 Abs. 2 LVergabeG)<sup>9</sup>.

Darüber hinaus besteht die weitreichende Sanktionsmöglichkeit des generellen Ausschlusses von der öffentlichen Auftragsvergabe für die Dauer bis zu einem Jahr. Das bedeutet, dass al-

<sup>8</sup> Diese Vertragsstrafe hat der öffentliche Auftraggeber im Rahmen des Vergabeverfahrens mit dem Auftragnehmer zu vereinbaren; Grundlage dieser Sanktion ist also nicht unmittelbar das Gesetz, sondern diese vertragliche Vereinbarung.

<sup>9</sup> Auch dieses Recht findet seine Grundlage in einer zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zu vereinbarenden vertraglichen Regelung und nicht in dem LVergabeG selbst.

le öffentlichen Auftraggeber – und nicht nur derjenige, mit dem der verletzte Vertrag geschlossen wurde – den Auftragnehmer, der die Tariftreuepflichten verletzt, von der Auftragsvergabe ausschließen können (§ 8 Abs. 3 LVergabeG). Um diese landesweit wirkende Sanktionierungsmöglichkeit effektiv werden zu lassen, richtet das Land Niedersachsen ein Register über generell von der Auftragsvergabe ausgeschlossene Unternehmen ein (§ 8 Abs. 4 LVergabeG).

Das LVergabeG tritt gemäß § 9 Abs. 3 zum 31. Dezember 2008 außer Kraft. Hintergrund dieser Befristung ist der Wunsch des Gesetzgebers gewesen, die Wirksamkeit des Gesetzes überprüfen zu können<sup>10</sup>.

#### b) Vom OLG Celle zu beurteilender Sachverhalt<sup>11</sup>

Anlass der Vorlage des soeben beschriebenen Gesetzes an den EuGH durch das OLG Celle war ein Zivilrechtsstreit zwischen dem Land Niedersachsen (Auftraggeber und Beklagter) und einem Bauunternehmen, letzteres vertreten durch seinen Insolvenzverwalter Dr. Ruffert (Auftragnehmer und Kläger).

Die beiden Parteien hatten einen Werkvertrag über Rohbauarbeiten abgeschlossen. Inhaltlicher Bestandteil des Werkvertrages waren auch die durch das LVergabeG vorgegebenen Vertragsklauseln, wie zum Beispiel hinsichtlich der Vertragsstrafe und der Nachunternehmerverpflichtung.

Der Kläger bediente sich zur Erfüllung seiner Pflichten eines polnischen Subunternehmens, dessen Arbeiter auf der in Deutschland belegenen Baustelle eingesetzt wurden. Dieses Unternehmen geriet in Verdacht, bei dem Bauvorhaben Arbeiter zu einem Lohn beschäftigt zu haben, der unter dem im (bundesweit geltenden) „Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland“ vom 29. Juli 2005 (TV Mindestlohn)<sup>12</sup> vorgesehenen Lohn lag.

Neben diesem TV Mindestlohn existierte der lediglich mit einem räumlich begrenzten Gel-

<sup>10</sup> Vergleiche hierzu niedersächs. LT Drs 15/135, S. 3 und 15/2462, S. 5.

<sup>11</sup> Vergleiche zum Sachverhalt im Einzelnen EuGH, Rs. C-346/06, Tz. 10-12; Schlussanträge des Generalanwalts in der Rs. C-346/06, Tz. 35-39.

<sup>12</sup> Dieser Tarifvertrag ist für allgemein verbindlich erklärt worden (vergleiche BAnz Nr. 164 vom 31. August 2005, Seite 13199). Er nimmt Bezug auf den „Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe“ (BRTV) vom 04. Juli 2002, der im Zusammenhang mit den Bestimmungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (vom 26. Februar 1996, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. Dezember 2007 (BGBl. I S. 3140) – AEntG) geschlossen wurde.

tungsbereich versehene „Tarifvertrag zur Regelung der Löhne und Ausbildungsvergütungen“<sup>13</sup>. Dieser Tarifvertrag ist jedoch – anders als der TV Mindestlohn – *nicht* für allgemein verbindlich erklärt worden. Dennoch legte der Auftraggeber diesen Tarifvertrag seinem Tariftreueverlangen zugrunde, was insofern von Bedeutung war, als dass die in diesem vereinbarten Löhne deutlich über denjenigen des TV Mindestlohn lagen.

Da der Subunternehmer Löhne in entsprechender Höhe an seine Arbeitnehmer nicht zahlte, berief sich der Auftraggeber auf eine Tariftreueverletzung und kündigte daraufhin den Vertrag gemäß § 8 Abs. 2 LVergabeG. Des Weiteren machte das Land seinen Vertragsstrafen-Anspruch nach § 8 Abs. 1 Satz 2 LVergabeG geltend.

Dem trat der Auftragnehmer klageweise entgegen, so dass der hier beschriebene Sachverhalt schließlich bei dem OLG Celle anhängig war, welches dem EuGH folgende Frage vorlegte<sup>14</sup>:

„Stellt es eine nicht gerechtfertigte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nach dem EG-Vertrag dar, wenn dem öffentlichen Auftraggeber durch ein Gesetz aufgegeben wird, Aufträge für Bauleistungen nur an solche Unternehmen zu vergeben, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zu bezahlen?“

## 2. Wesentliches Ergebnis und Begründung der Entscheidung

Diese Vorlagefrage beantwortete der EuGH wie folgt:

„Die Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ausgelegt im Licht des Art. 49 EG, steht in einer *Situation, wie sie dem Ausgangsverfahren zugrunde liegt*<sup>15</sup>, einer gesetzlichen

<sup>13</sup> Vom 04. Juli 2002 in seiner durch den Änderungstarifvertrag vom 29. Oktober 2003 geänderten Fassung.

<sup>14</sup> ABl. Nr. C 294 vom 02. Dezember 2006, S. 22.

<sup>15</sup> Unter dieser Situation ist die Einbeziehung eines Tarifvertrages in eine Tariftreueerklärung zu verstehen, der nicht den Anforderungen der Richtlinie 96/71/EG entspricht, *nicht* aber das Verbot, jegliche nationale oder regionale Mindestlöhne auch auf solche Arbeitnehmer zu erstrecken, deren Arbeitgeber in einem andern Mitgliedstaat ansässig sind. Welche Anforderungen an den zugrunde gelegten Mindestlohn gestellt werden, wird weiter unten dargestellt werden.



Maßnahme eines Hoheitsträgers eines Mitgliedstaats entgegen, mit der dem öffentlichen Auftraggeber vorgeschrieben wird, Aufträge für Bauleistungen nur an solche Unternehmen zu vergeben, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zu zahlen.“ (Hervorhebung nicht im Original).

Der Europäische Gerichtshof stützt seine Entscheidung im Wesentlichen auf die Erwägung, dass nach den Normen des niedersächsischen LVergabeG hinsichtlich der von den Auftragnehmern zu gewährleistenden „Tariftreue“ auch solche Tarifverträge zugrunde gelegt werden können, die nicht den Anforderungen der Richtlinie 96/71/EG entsprechen. Dieses sei mit der Richtlinie und Art. 49 EG nicht vereinbar. Es seien lediglich solche Tariftreueklauseln zulässig, die insbesondere die in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie genannten Kriterien erfüllen.

Der Europäische Gerichtshof ist damit den Schlussanträgen des Generalanwalts *nicht* gefolgt. Letzterer war vielmehr der Auffassung, dass die vorgelegten Normen dieses Gesetzes aus europarechtlicher Sicht nicht zu beanstanden seien.<sup>16</sup> Insbesondere sei es den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, Regelungen zu treffen, nach denen es öffentlichen Auftraggebern gestattet ist, von Auftragnehmern die Einhaltung auch solcher Tarifverträge zu verlangen, die nicht den Anforderungen der Richtlinie 96/71/EG entsprechen.<sup>17</sup>

Hinzuweisen ist darauf, dass es sich bei dem konkreten Verfahren um ein so genanntes Vorlageverfahren handelte.

Das bedeutet, dass durch den oben dargestellten Tenor der Entscheidung das nationale Gesetz „LVergabeG“ durch den EuGH nicht etwa für rechtswidrig oder unwirksam erklärt, sondern nur die konkrete, durch das nationale Gericht vorgelegte Frage mit rechtlicher Bindungswirkung beantwortet wird. Die Entscheidungen in Vorabentscheidungsverfahren vermitteln eine „faktische Bindungswirkung“ insofern, als sich durch diese die Rechtsauffassung des Europäischen Gerichtshofes zu der konkret zu beurteilenden staatlichen Maßnahme (wie etwa einem Gesetz) manifestiert<sup>18</sup>.

Aus der hier geäußerten Rechtsauffassung des EuGH ergibt sich als Rechtsfolge, dass nationale Normen, sofern sie den Regelungen der Richtlinie 96/71/EG widersprechen, keine Anwendung finden, soweit sie einen Gemeinschaftsrechtsbezug aufweisen (so genannter An-

<sup>16</sup> Vergleiche die Schlussanträge des Generalanwalts vom 20. September 2007.

<sup>17</sup> Vergleiche die Schlussanträge des Generalanwalts vom 20. September 2007, Tz. 92 f.

<sup>18</sup> Vergleiche *Schulze/Zuleeg* (Hrsg.): Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 2006, § 4, Rn. 81.

wendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts).

Der eben zitierte Tenor der Entscheidung stützt sich im Wesentlichen auf zwei Argumente: Zum einen auf die Unvereinbarkeit von Normen des niedersächsischen Landesvergabegesetzes mit der Europäischen Richtlinie 96/71, zum anderen auf die Bedeutung des Art. 49 EG.

Im Kern regelt die Richtlinie 96/71<sup>19</sup> die Vereinheitlichung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen solcher Arbeitsverhältnisse, bei denen der Arbeitnehmer für eine begrenzte Zeit in das Hoheitsgebiet eines anderen EU-Mitgliedstaates entsandt wird. Durch die Richtlinie sollen bestehende Hindernisse für den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr abgebaut werden<sup>20</sup>. Zu diesen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zählen auch die hier zu erörternden Mindestlohnsätze.

Das LVergabeG war nach Auffassung des EuGH an dieser Richtlinie zu messen. Der Übersichtlichkeit halber wird im Folgenden auf die einzelnen einschlägigen Normen der Entsenderichtlinie und hierbei jeweils auf die Ausführungen des EuGH eingegangen.

Art. 1 regelt den Anwendungsbereich der Richtlinie. Sie gilt demnach für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen bestimmte Arbeitnehmer in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates entsenden.

Dieses Merkmal war im vorliegenden Fall durch die Entsendung von Arbeitnehmern von Polen nach Deutschland grundsätzlich erfüllt.

An der grundsätzlichen Anwendbarkeit der Richtlinie ändere sich – so der EuGH – auch nichts dadurch, dass das LVergabeG nicht *zielgerichtet* die Regelung der grenzüberschreitenden Entsendung von Arbeitnehmern bezwecke, sondern vielmehr „Lohndumping“ eingrenzen wolle<sup>21</sup>. Es genüge vielmehr, dass es zumindest *auch* Auswirkungen auf diese Rechtsmaterie habe<sup>22</sup>.

Wesentliche Rechtsfolge der dargelegten Anwendbarkeit der Richtlinie sei, dass gemäß

<sup>19</sup> Richtlinie 96/71/EG vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (ABl. Nr. L 018 vom 21. Januar 1997, S. 1) – so genannte „Entsenderichtlinie“.

<sup>20</sup> Vergleiche Erwägungsgründe 1, 3 und 6 der Richtlinie.

<sup>21</sup> Vergleiche zum Gesetzeszweck des LVergabeG dessen Präambel sowie LT Drs 14/2893, S. 4.

<sup>22</sup> EuGH, Urteil vom 03. April 2008, C-346/06, Tz. 20.



Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 den entsandten Arbeitnehmern bestimmte Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu garantieren sind, zu denen gemäß lit. c) auch spezielle Mindestlohnsätze zählen.

Diese Mindestlohnsätze können durch einen Mitgliedstaat in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen bei der staatenübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen dann vorgeschrieben werden, wenn eine der drei folgenden Anforderungen erfüllt sei:

- Der Mindestlohnsatz wird durch Rechtsvorschriften (vergleiche Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 1. Spiegelstrich) festgesetzt.
- Der Mindestlohn wird durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge festgesetzt (Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 2. Spiegelstrich). Unter „für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen“ sind gemäß Art. 3 Abs. 8 Unterabs. 1 der Richtlinie solche Tarifverträge zu verstehen, die von *allen* in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden Unternehmen einzuhalten sind.
- In dem Fall, dass es in dem betreffenden Mitgliedstaat ein System zur Allgemeinverbindlichkeitserklärung nicht gibt, kann dieser seiner Tariftreueerklärung andere, in der Richtlinie näher beschriebene Tarifwerke zugrunde legen (Art. 3 Abs. 8 Unterabs. 2).

Im vorliegenden Fall kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass hier keiner dieser drei Tatbestände greift. Denn das Landesvergabegesetz selbst stelle keine Rechtsvorschrift dar, die einen Mindestlohnsatz festlege. Das LVergabeG selbst lege keinen Mindestlohnsatz fest, sondern verweise nur auf andere Normen. Dieser Verweis erfolgt in Form der Liste der berücksichtigungsfähigen Tarifverträge (vergleiche § 3 Abs. 3 Satz 1 LVergabeG). Dies genüge jedoch nicht, um eine den Mindestlohn regelnde Rechtsvorschrift im Sinne des Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 1. Spiegelstrich darzustellen<sup>23</sup>. Ferner sei der aufgrund des LVergabeG zugrunde gelegte Tarifvertrag<sup>24</sup> nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden. Daher komme eine Anwendung von Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 2. Spiegelstrich nicht in Betracht<sup>25</sup>. Schließlich könne ein Mindestlohn nur dann auch in Ansehung eines ausländischen Arbeitnehmers Geltung beanspruchen, wenn in dem betreffenden Staat des Leistungsempfängers ein System zur Allgemeinverbindlichkeitserklärung nicht bestehe. Dies sei jedoch nicht der Fall, da es in der Bundesrepublik Deutschland ein solches System prinzipiell gebe.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> EuGH, Urteil vom 03. April 2008, C-346/06, Tz. 24.

<sup>24</sup> Nämlich der „Tarifvertrag zur Regelung der Löhne und Ausbildungsvergütungen“, vergleiche oben Fußnote 13.

<sup>25</sup> EuGH, Urteil vom 03. April 2008, C-346/06, Tz. 26.

<sup>26</sup> EuGH, Urteil vom 03. April 2008, C-346/06, Tz. 27.

Der EuGH kam dementsprechend zu dem Ergebnis, dass das LVergabeG, da es weder einen eigenen Mindestlohn bestimmt noch *ausschließlich* auf allgemein verbindliche<sup>27</sup> Tarifverträge Bezug nimmt, insofern nicht mit der Entsenderichtlinie vereinbar sei.

Nachdem das Vorliegen aller drei Tatbestände verneint wurde, ging der EuGH ferner auf die Frage ein, welche Anforderungen erfüllt sein müssen, damit Tarifverträge eine Bindungswirkung im Sinne der Entsenderichtlinie entfalten können, wenn der betreffende Mitgliedstaat über *kein* System der Allgemeinverbindlichkeitserklärung verfügt.<sup>28</sup> Diese Ausführungen überraschen auf den ersten Blick insofern etwas, als dies in der Bundesrepublik Deutschland gerade nicht der Fall ist<sup>29</sup>, mithin eine unmittelbare Entscheidungserheblichkeit der Ausführungen auf den ersten Blick nicht zu erkennen ist.

Hintergrund dieser Ausführungen könnte jedoch die Regelung in Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie sein. Dort heißt es, dass Art. 3 der Entsenderichtlinie „der Anwendung von für die Arbeitnehmer günstigeren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht entgegen(stehe)“.

Diese Norm könnte Anlass zur Prüfung geben, ob hierdurch nicht etwa Raum eröffnet wird für die zulässige Bezugnahme des nationalen Gesetzgebers auch auf solche Tarifverträge, die nicht die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 oder Abs. 8 Unterabs. 2 erfüllen. Eine solche Konstellation liegt im Falle des LVergabeG vor, da dieses auch solche Tarifverträge der „Tariftreue“ zugrunde legt, die sich nicht unter die eben genannten Normen subsumieren lassen.

Im konkret zu beurteilenden Rechtsstreit war dies der Fall: Der von dem Auftraggeber zugrunde gelegte „Tarifvertrag zur Regelung der Löhne und Ausbildungsvergütungen“ hätte solche günstigeren Bedingungen vermitteln können, da der in ihm vereinbarte Lohn höher war als der im „TV Mindestlohn“ festgelegte. Dieser erfüllte allerdings die Voraussetzungen der Richtlinie, da er für allgemeinverbindlich erklärt worden war.

Der EuGH ist dieser Argumentation jedoch mit der Begründung entgegengetreten, dass in diesem Falle die Richtlinie „ihre praktische Wirksamkeit“ verlöre<sup>30</sup>. Dementsprechend führte

---

<sup>27</sup> Im Sinne des Art. 3 Abs. 8 Unterabs. 1 der Richtlinie 96/71/EG.

<sup>28</sup> EuGH, Urteil vom 03. April 2008, C-346/06, Tz. 28 f.

<sup>29</sup> EuGH, Urteil vom 03. April 2008, C-346/06, Tz. 27.

<sup>30</sup> EuGH, Urteil vom 03. April 2008, C-346/06, Tz. 33 in Abweichung zu den Schlussanträgen des Generalanwalts vom 20. September 2007, Tz. 83 ff.

der EuGH des Weiteren aus, dass die enge Auslegung von Art. 3 Abs. 7 der Entsenderichtlinie durch deren Würdigung im Lichte des Art. 49 EG bestätigt werde<sup>31</sup>. Art. 49 EG verbietet grundsätzlich Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind.

Der hierdurch gewährte freie Dienstleistungsverkehr könne aber, so der EuGH, dadurch beeinträchtigt werden, dass Rechtsvorschriften des einen Mitgliedstaates Zuschlagsempfänger und deren Nachunternehmer anderer Mitgliedstaaten verpflichten, das (regelmäßig höhere) Mindestentgelt, das im Mitgliedstaat des Ausschreibenden gelte, an deren Arbeitnehmer zu zahlen.

Eine Beeinträchtigung liege zum Beispiel dann vor, wenn der Mindestlohn in dem Mitgliedstaat des Zuschlagsempfängers und dessen Nachunternehmers geringer ist als in dem Mitgliedstaat des Ausschreibenden beziehungsweise an dem Ort der zu erbringenden Leistung. In diesem Falle könne der Unternehmer in dem Entsendestaat nämlich nicht mehr seinen wirtschaftlichen Vorteil der niedrigeren Lohnkosten ausspielen, wodurch er in seinen Absatzchancen beeinträchtigt wird<sup>32</sup>.

Nachdem der EuGH die Regelungen des LVergabeG als eine Beschränkung der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs qualifiziert hatte, prüfte er, ob diese Beschränkung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. Denn im Verlauf des Verfahrens wurde – unter anderem durch die Bundesrepublik Deutschland und das Land Niedersachsen – ausgeführt, dass der Arbeitnehmerschutz möglichst hohe Mindestlöhne gebiete<sup>33</sup>.

Der EuGH sah diesen Rechtfertigungsgrund als nicht gegeben an. Er führte vielmehr aus, dass ein Arbeitnehmerschutz nicht durch Maßnahmen wie das LVergabeG in seiner konkreten Form verfolgt werden könne. Denn das LVergabeG schütze nur bestimmte Arbeitnehmer, und zwar solche, die erstens im Bausektor tätig sind und zweitens zugleich deren Arbeitgeber durch die öffentliche Hand beauftragt worden sind. Es sei aber nicht erkennbar, wieso gerade diese Gruppe an Arbeitnehmern eines besonderen Schutzes in Form eines höheren Lohnes bedürfe.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> EuGH, Urteil vom 03. April 2008, C-346/06, Tz. 36; vergleiche hierzu auch die ausführlichen Schlussanträge des Generalanwalts vom 20. September 2007, Tz. 100 ff.

<sup>32</sup> Vergleiche hierzu die Rechtsauffassung des vorlegenden OLG Celle, wiedergegeben in den Schlussanträgen des Generalanwalts vom 20. September 2007, Tz. 44; Stellungnahme von Prof. Dr. M. Dreher vom 22. Oktober 2002, S. 3 (vergleiche Fußnote 3).

<sup>33</sup> Vgl. die Schlussanträge des Generalanwalts vom 20. September 2007, Tz. 47.

<sup>34</sup> EuGH, Urteil vom 03. April 2008, C-346/06, Tz. 39 f.



Im Übrigen deutete das Gericht an, dass ein gewisser diesbezüglicher Schutz bereits durch die Mindestlöhne, die aufgrund des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes gewährleistet werden, vermittelt würde<sup>35</sup>.

Es ist damit nicht den Schlussanträgen des Generalanwalts gefolgt, der der Auffassung war, dass es sich bei den Regelungen des LVergabeG um einen zulässigen „verstärkten nationalen Schutz“ der Arbeitnehmer handelt, der nach Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie zulässig ist.<sup>36</sup>

Aus den gleichen Gründen wie eben dargestellt verneinte der EuGH auch eine Rechtfertigung aufgrund des Schutzes der autonomen Ordnung des Arbeitslebens durch Koalitionen.<sup>37</sup> Diese gebiete nicht, die Dienstleistungsfreiheit in dieser konkreten Art und Weise zu beschränken.

Schließlich ging der Europäische Gerichtshof auf den Schutz der Stabilität der deutschen Sozialversicherungs-Systeme ein. Dies sei zwar prinzipiell ein anerkannter sachlicher Grund des Allgemeininteresses, die Dienstleistungsfreiheit zu beschränken, jedoch sei hierfür eine „erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit“ durch die Versagung eines möglichst hohen Mindestlohnes erforderlich. Eine solche Gefährdung sei im vorliegenden Falle jedoch nicht erkennbar.<sup>38</sup>

Da nach Auffassung des EuGH kein anerkannter zwingender Grund des Allgemeininteresses vorlag beziehungsweise das niedersächsische LVergabeG nicht geeignet war, diese Allgemeininteressen zu erreichen, kam er zu dem Ergebnis, dass eine staatliche Maßnahme in Form des LVergabeG nicht mit dem Europarecht vereinbar sei.

## II. Übertragbarkeit auf das Landestariftreuegesetz

Zentrale Norm des rheinland-pfälzischen Gesetzentwurfs ist § 3. In ihm wird bestimmt, dass es den Bietern obliegt, bei deren Angebotsabgabe zu erklären, ihren Arbeitnehmern mindestens den Lohn oder das Gehalt zu zahlen, der aufgrund des am Ort der Leistungsausführung einschlägigen Lohn- und Gehaltstarifs zu zahlen wäre.

„Am Ort der Leistungsausführung einschlägige Lohn- und Gehaltstarife“ im Sinne des § 3 Abs. 1 S. 1 LTTG-E sind dabei nicht nur solche, die für allgemeinverbindlich erklärt wurden. Dies ergibt sich aus § 3 Abs. 2 Satz 3, wonach solche „einschlägigen Tarifverträge“, die

<sup>35</sup> Vergleiche hierzu Fußnote 12.

<sup>36</sup> Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts vom 20. September 2007, Tz. 92 ff., Tz. 112 ff.

<sup>37</sup> EuGH, Urteil vom 03. April 2008, C-346/06, Tz. 41.

<sup>38</sup> EuGH, Urteil vom 03. April 2008, C-346/06, Tz. 42.

für allgemeinverbindlich erklärt wurden, dem öffentlichen Auftrag vorrangig gegenüber anderen Tarifverträgen zugrunde gelegt werden müssen. Daraus folgt, dass die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge lediglich eine Teilmenge der „einschlägigen Tarifverträge“ im Sinne des § 3 Abs. 1 S. 1 LTTG-E sind.

Insoweit steht die Regelung nicht mit den Vorgaben der EuGH-Entscheidung im Einklang. Denn dieser hat, wie oben dargelegt, nur solche Tarifverträge als zulässige Grundlage eines tarifvertragsbezogenen Mindestlohns zugelassen, die für allgemein verbindlich erklärt wurden.

Das bedeutet allerdings nicht, dass die entsprechende Regelung im vorliegenden Gesetzentwurf nichtig wäre. Dies folgt schon daraus, dass Urteile des EuGH im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren nur „inter partes“ Bindungswirkung entfalten, also nur die in derselben Sache im Ausgangsstreitverfahren entscheidenden Gerichte binden<sup>39</sup>. Außerhalb des Ausgangsverfahrens („erga omnes“) kommt Urteilen des EuGH nur dann Bindungswirkung zu, wenn der Gerichtshof die Ungültigkeit von Gemeinschaftsrecht festgestellt hat<sup>40</sup>. Geht es dagegen – wie hier – um die Auslegung von Gemeinschaftsrecht, fehlt es an einer erga-omnes-Wirkung<sup>41</sup>.

Dessen ungeachtet gilt, dass eine Norm des nationalen Rechts, die gegen Gemeinschaftsrecht verstößt, aufgrund des so genannten Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts unangewendet bleibt<sup>42</sup>. Geht man von einer Übertragbarkeit der Entscheidung des EuGH zum Niedersächsischen Landesvergabegesetz auf den vorliegenden Gesetzentwurf aus, so greift der Anwendungsvorrang folglich in den Fällen, in denen eine Auftragsvergabe mit grenzüberschreitendem Bezug innerhalb der Europäischen Union stattfindet. Denn ausweislich des Art. 1 Abs. 1 RL 96/71/EG gilt die Richtlinie für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die im Rahmen der *länderübergreifenden* Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden. Unter Berücksichtigung der Ausführungen des EuGH bedeutet dies konkret, dass gegenüber Auftragnehmern aus anderen Mitgliedstaaten solche Tarifverträge, die nicht für allgemein verbindlich erklärt wurden, nicht der „Tariftreueerklärung“ zugrunde gelegt werden dürfen.

<sup>39</sup> Vgl. Wegener, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 234 EGV Rn. 36 m.w.N.

<sup>40</sup> Vgl. EuGH, Rs. 66/80, Slg. 1981, 1191, Tz. 13 (International Chemical).

<sup>41</sup> Vgl. Wegener, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 234 EGV Rn. 38. Zu den faktischen Bindungswirkungen von Urteilen in Vorabentscheidungsverfahren vgl. bereits oben, I. 2.

<sup>42</sup> Vgl. die Grundsatzentscheidung des EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251, 1269 f. (Costa/E.N.E.L.); vgl. auch Rs. C-213/89, Slg. 1990, I-2433, Rn. 18 ff. (Factortame). Das BVerfG erkennt den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts an, vgl. nur BVerfGE 37, 271, 279 ff. (Solange I); BVerfGE 73, 339, 366 ff. (Solange II); BVerfGE 89, 155, 190 (Maastricht).



Unmittelbar nicht berührt von der Entscheidung des EuGH werden hingegen reine Inlands-sachverhalte, also solche Konstellationen, in denen Auftragnehmer deutsche Unternehmen sind und es deshalb an einem grenzüberschreitendem Bezug fehlt. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass es im Falle der Anwendung der Tariftreuerregelungen nur auf deutsche Unternehmen zu einer Benachteiligung dieser Unternehmen gegenüber potentiellen Mitbewerbern aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union und damit zu einer so genannten Inländerdiskriminierung kommt.

Aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts stellt sich eine solche Benachteiligung der Inländer gegenüber Staatsangehörigen aus anderen Mitgliedstaaten als ein rein innerstaatlicher Sachverhalt dar, bei dem ein grenzüberschreitender Bezug fehlt und der daher nicht in den Anwendungsbereich des EG-Vertrags fällt. Insoweit verneint der EuGH in ständiger Rechtsprechung die Anwendbarkeit des Art. 12 Abs. 1 EG sowie der Grundfreiheiten auf die Fälle der Inländerdiskriminierung<sup>43</sup>. Die obergerichtliche Rechtsprechung in Deutschland ist dieser Auffassung gefolgt<sup>44</sup>.

Eine Lösung der Problematik ist daher im Rahmen des nationalen Rechts, in Deutschland im Rahmen der Verfassung zu suchen. Insoweit ergeben sich Probleme in erster Linie mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG, darüber hinaus gegebenenfalls auch mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG.

Was das allgemeine Gleichheitsrecht anbelangt, stellt die Inländerdiskriminierung gemäß der obergerichtlichen Rechtsprechung<sup>45</sup> und nach wohl herrschender Meinung im Schrifttum<sup>46</sup> keine verbotene Ungleichbehandlung dar, weil die deutsche Hoheitsgewalt durch Art. 3 Abs. 1 GG nur im Rahmen ihrer Kompetenz gebunden ist, die sie bei der Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben, allgemein bei der Einwirkung von Gemeinschaftsrecht auf das

<sup>43</sup> Vgl. EuGH, Verb. Rs. 35 u. 36/82, Slg. 1982, S. 3723, Rn. 12 ff. (Morson). Diese Ansicht des EuGH wird von der h.M. innerhalb des deutschen Schrifttums geteilt, vgl. *Epiney*, in: *Callies/Ruffert*, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 12 EG Rn. 27 ff., 32 ff. m.w.N. In der Literatur finden sich zunehmend auch Stimmen, die die umgekehrte Diskriminierung in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts miteinbeziehen, vgl. *Behrens*, EuR 1992, 145, 160 ff.; *Reich*, EuZW 1991, 203, 204 f.

<sup>44</sup> Vgl. BVerwG, DVBl. 2008, 108; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 17. März 2008 – 18 B 191/08 – (juris, Rn. 12 ff.) m.w.N.; Bayerischer VGH, Urteil vom 22. Juni 2007 – 7 B 06.1240 – (juris, Rn. 17).

<sup>45</sup> Vgl. Bayerischer VGH, Urteil vom 22. Juni 2007 – 7 B 06.1240 – (juris, Rn. 20); in der Tendenz auch VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 9. März 2004 – 11 S 1518/03 – (juris, Rn. 18) und OVG Hamburg, Urteil vom 5. September 2006 – 3 Bf 113/06 – (juris, Rn. 41), das überdies von einem sachlichen Grund für die unterschiedliche Behandlung von Inländern und EU-Ausländern ausgeht mit der Folge, dass der nationale Gesetzgeber einer Privilegierung von EU-Ausländern nicht durch eine Anpassung des deutschen Rechts für Sachverhalte ohne Gemeinschaftsbezug Rechnung zu tragen brauche.

<sup>46</sup> Vgl. *Ehlers*, in: *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2005, § 7 Rn. 20; *Fastenrath*, JZ 1987, 170, 177; *König*, AöR 118 (1993), 591, 599f., 606; *Papier*, JZ 1990, 253, 260.



nationale Recht nicht ausübt. Dagegen gelangt nach anderer Ansicht Art. 3 Abs. 1 GG dann zur Anwendung, wenn grenzüberschreitende Sachverhalte aufgrund solcher nationaler Regelungen, die zwingende Vorgaben des Gemeinschaftsrechts umsetzen, besser gestellt werden<sup>47</sup>. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Inländerdiskriminierung in verschiedenen Entscheidungen zwar grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 1 GG einbezogen, im Ergebnis aber keinen Verstoß angenommen<sup>48</sup>.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage, ob die Inländerdiskriminierung Maßstab des Gleichheitsgrundsatzes zu messen ist, bislang ausdrücklich offen gelassen<sup>49</sup>. Gleichzeitig hat es sich der Problematik aber im Rahmen einer Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Meisterzwangs unter dem Gesichtspunkt der Berufsfreiheit angenommen<sup>50</sup>. Das Gericht äußert in dieser Entscheidung Zweifel, ob die bis Ende des Jahres 2003 geltenden Regelungen über den Meisterzwang mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar waren. So stehe die Zumutbarkeit in Frage, weil sich durch die wachsende Konkurrenz aus dem EU-Ausland eine erhebliche Veränderung der Umstände ergeben habe. Zumindest in den grenznahen Gebieten hätten deutsche Handwerker in ernsthafter Konkurrenz mit Handwerkern aus anderen EU-Staaten gestanden. Aus dem Gemeinschaftsrecht folge, dass Letztere für ihr Tätigwerden in Deutschland keine dem Meistertitel entsprechende Qualifikation benötigten<sup>51</sup>. Inwieweit diese Überlegungen auf die vorliegende Konstellation übertragen werden können, kann an dieser Stelle nicht vertieft werden. Jedenfalls steht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Berliner Vergabegesetz vom 11. Juli 2006, in der die Berliner Regelung für mit Art. 12 GG vereinbar befunden wurde, einer Übertragbarkeit nicht notwendig entgegen, da der Aspekt der Inländerdiskriminierung in dieser Entscheidung keine Rolle gespielt hat<sup>52</sup>.

Alles in allem ist es zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht möglich, eine sichere Prognose in Bezug auf die Problematik der Inländerdiskriminierung abzugeben. In der Tendenz spricht derzeit mehr dafür, dass die Inländerdiskriminierung durch die deutsche Rechtsordnung prinzipiell (noch) hingenommen wird, zumindest mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG.

<sup>47</sup> Vgl. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 3 Rn. 233; Weis, NJW 1983, 2721, 2725 f.; Schilling, JZ 1994, 8, 10 ff.

<sup>48</sup> Vgl. BVerwG, NVwZ 2006, 1175; BVerwG, GewArch 2004, 488; BVerwG, DVBl. 1970, 627, 628.

<sup>49</sup> Vgl. BVerfG, NJW 1990, 1033; BVerfG, DVBl. 2006, 244.

<sup>50</sup> BVerfG, Beschluss vom 5.12.2005 – 1 BvR 1730/02 – DVBl. 2006, 244 ff.

<sup>51</sup> BVerfG, DVBl. 2006, 244, 245.

<sup>52</sup> Vgl. BVerfGE 116, 202, 221 ff. Das BVerfG hatte sich in dieser Entscheidung unter anderem auch mit der Frage befasst, ob eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG parallel zu einer Vorlage an den EuGH nach Art. 234 EG zulässig sei und diese Frage im Ergebnis bejaht, vgl. S. 214 f.

### C. Ergebnis

Nach Auffassung des EuGH sind solche gesetzlichen Regelungen nicht mit der Entsenderichtlinie und der Dienstleistungsfreiheit vereinbar, die Auftragnehmer (anderer EU-Mitgliedstaaten) verpflichten, deren Arbeitnehmern solche Löhne zu zahlen, die auf Tarifverträgen basieren, die nicht den Anforderungen der Entsenderichtlinie entsprechen. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn die Tarifverträge nicht für allgemeinverbindlich erklärt wurden. Der hier in Rede stehende Gesetzentwurf ermöglicht, dass auch die für nicht allgemein verbindlich erklärten Tarifverträge zur Grundlage eines Tariftreueverlangens gemacht werden können. Insoweit entspricht das Gesetz nicht den europarechtlichen Anforderungen der Entscheidung des EuGH zum niedersächsischen Landesvergabegesetz.

Allerdings hat die Entscheidung des EuGH nicht die Unwirksamkeit von § 3 LTTG-E zur Folge. Vielmehr darf die Norm aufgrund *Gemeinschaftsrechts* bei einer Auftragsvergabe mit grenzüberschreitendem Bezug nicht angewendet werden.

Ob darüber hinaus aufgrund eines etwaigen Verbotes der Inländerdiskriminierung, das eventuell aus Art. 3 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG abzuleiten ist, auch eine Anwendung gegenüber deutschen Auftragnehmern unzulässig ist, kann zwar nicht völlig ausgeschlossen werden, in der Tendenz spricht derzeit allerdings mehr dafür, dass die Inländerdiskriminierung durch die deutsche Rechtsordnung prinzipiell (noch) hingenommen wird, zumindest mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG.