

Wolfgang Däubler^{*)}

Tariftreue statt Sozialkostenwettbewerb?

Zur Verfolgung sozialpolitischer Ziele durch die Vergabe öffentlicher Aufträge

Der BGH (ZIP 2000, 426 m. Anm. Berrisch/Neb) hat dem Bundesverfassungsgericht die Frage vorgelegt, ob das Berliner Vergabegesetz, das die Vergabe öffentlicher Aufträge davon abhängig macht, dass die Bieterunternehmen ihre Arbeitnehmer nach dem jeweils in Berlin geltenden Entgelttarifen entlohnen, mit dem Grundgesetz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12, Art. 9 Abs. 3 GG) vereinbar ist. Der nachfolgende Beitrag setzt sich kritisch mit dem Vorlagebeschluss des BGH auseinander. Im Ergebnis hält der Autor die Regelung des Berliner Vergabegesetzes für zulässig.

I. Die Ausgangssituation

Öffentliche Aufträge stellen einen Wirtschaftsfaktor ersten Ranges dar. Ihr jährliches Volumen wird in der Bundesrepublik auf 400 Mrd. DM geschätzt.¹⁾ Bezogen auf alle EG-Mitgliedstaaten geht es um ein jährliches Volumen von 1,4 Billionen DM, was etwa 12% des Bruttoinlandsprodukts der Gemeinschaft ausmacht.²⁾ Ca. 90% aller Aufträge werden an heimische Unternehmen vergeben,³⁾ was naturgemäß Probleme der Dienstleistungsfreiheit innerhalb der EG aufwerfen kann.

Aufträge der öffentlichen Hand (und gleichgestellter Einheiten) müssen nicht notwendigerweise als reine Beschaffungsentscheidungen konzipiert sein. Durch eine bestimmte Handhabung kann der Staat Anreize dafür schaffen, dass Unternehmen beispielsweise ein umweltfreundliches Verhalten praktizieren oder – was hier speziell interessiert – bestimmten sozialpolitischen Standards Rechnung tragen. Überlegungen dieser Art fanden zum ersten Mal in den USA praktischen Niederschlag: Aufgrund einer Executive Order von Präsident Roosevelt wurden Rüstungsaufträge während des Zweiten Weltkriegs nur an solche Unternehmen vergeben, die auch Angehörige der schwarzen Bevölkerungsgruppe beschäftigten.⁴⁾ Bis heute hat sich in den USA eine solche Praxis fortgesetzt, neben der es allerdings auch zahlreiche andere Mittel gibt, die Gleichstellung benachteiligter Gruppen auf freiwilliger

Basis oder durch gerichtliche Intervention sicherzustellen.⁵⁾ Die Betonung eines solchen „staatsvermittelten“ Weges dürfte damit zusammenhängen, dass die Tarifautonomie niemals jene Breitenwirkung wie in Europa erreichte und dass überdies benachteiligte Gruppen ihre Interessen dort noch weniger zur Geltung bringen konnten als bei uns.

In der Bundesrepublik hat es zunächst nur sporadische Versuche gegeben, öffentliche Aufträge für sozialpolitische Zwecke einzusetzen, beispielsweise nur solche Unternehmen als Vertragspartner zu akzeptieren, die einen Betriebsrat besitzen.⁶⁾ Auf derselben Linie lag es, wenn Mittel aus dem Programm „Humanisierung des Arbeitslebens“ lediglich dann gewährt wurden, wenn der entsprechende Antrag auch die Unterschrift des Betriebsrats trug.⁷⁾ Größere quantitative Bedeutung hatte die Förderung von Unternehmen aus dem damaligen Zonenrandgebiet. In den 80er Jahren wurde in Nordrhein-Westfalen der Versuch unternommen, Betriebe bevorzugt zu berücksichtigen, die Auszubildende beschäftigten.⁸⁾ Erst in den 90er Jahren wurde die so genannte Tariftreueklausel zu einer verbreiteten Erscheinung: Nur solche Bewerber können effektiv zum Zuge kommen, die sich verpflichten, die ortsüblichen Tariflöhne zu bezahlen.⁹⁾ Dies lässt sich unschwer als Reaktion darauf erklären, dass es insbesondere im Bausektor immer mehr ausländische Anbieter-Firmen gibt, die nur deshalb sehr viel

1) Byok, NJW 1998, 2774; Däubler-Gmelin, EuZW 1997, 709.

2) Däubler-Gmelin, EuZW 1997, 709.

3) Pietzcker, ZHR 162 (1998), 429.

4) Einzelheiten bei Pietzcker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 1978, S. 155 ff.

5) Einzelheiten zur Affirmative Action zugunsten von Frauen und rassischen Minderheiten bei Schlachter, Wege zur Gleichberechtigung, 1993, S. 345 ff.

6) Zu einem entsprechenden Versuch in Hamburg Anfang der 80er Jahre siehe Menzel, DB 1981, 303; Däubler, Das Arbeitsrecht Bd. 1, 15. Aufl., 1998, Rz. 1388.

7) Scholz, BB 1981, 441; Däubler (Fußn. 6), Rz. 1387.

8) Rust, EuZW 1999, 453, 456; dort auch weitere Beispiele, insbesondere Maßnahmen zugunsten von Frauen.

9) Karenfort/v. Koppenfels/Siebert, BB 1999, 1825 berichten, insgesamt 14 Bundesländer würden seit 1995 entsprechende Tariftreueerklärungen praktizieren.

*) Prof., Dr. iur., Ordinarius an der Universität Bremen

preiswertere Angebote abgeben, weil sie ihren Beschäftigten drastisch geringere Löhne bezahlen und auch sehr viel niedrigere Lohnnebenkosten zu tragen haben.¹⁰⁾ Auch in Deutschland wird heute mehr und mehr die Notwendigkeit anerkannt, Funktionsdefizite der Tarifautonomie unter anderem über die Auftragsvergabe zu bewältigen.

Dem Einfluss des EG-Rechts ist es zu verdanken, dass das „Vergabewesen“ aus einer gewissen juristischen Grauzone herausgeholt und vergleichsweise klaren rechtlichen Regeln unterworfen wurde. Der entscheidende Schritt wurde mit dem Vergaberechtsänderungsgesetz vom 26. August 1998¹¹⁾ getan, das einen neuen Abschnitt in das GWB einfügte. Es handelt sich um die §§ 97–129 GWB in der seit 1. Januar 1999 geltenden bereinigten Fassung.¹²⁾ Zentrale Norm ist § 97 GWB, der in seinem Abs. 2 die Gleichbehandlung aller Bieter vorsieht und zugleich ein transparentes Verfahren verlangt.¹³⁾ Nach § 97 Abs. 5 GWB wird der Zuschlag auf das „wirtschaftlichste Angebot“ erteilt.

Der Frage, welche Unternehmen berücksichtigt werden dürfen, widmet sich § 97 Abs. 4 GWB. Danach kommt es allein auf Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit an. „Andere oder weiter gehende Anforderungen“ dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist. Sofern sich die fehlende Tariftreue nicht als „Unzuverlässigkeit“ qualifizieren lässt, bedarf ein solches Auswahlkriterium in Zukunft der bundes- oder landesgesetzlichen Grundlage. Art. 3 Nr. 5 des Vergaberechtsänderungsgesetzes sieht von diesem Erfordernis ausschließlich für eine Übergangszeit bis 30. Juni 2000 ab; bis dahin sind andere oder weiter gehende Anforderungen auch dann wirksam, wenn sie nicht in einem Gesetz enthalten sind.

§ 97 Abs. 7 GWB gibt den Unternehmen das Recht, die Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren zu verlangen.¹⁴⁾ Dies ist eine notwendige Konsequenz der vom Gemeinschaftsrecht her gebotenen Verrechtlichung.¹⁵⁾ Allerdings gelten die §§ 97 ff. GWB nur für Aufträge, die oberhalb der EG-Schwellenwerte liegen.¹⁶⁾ Bei kleineren Vorhaben greifen lediglich allgemeine Grundsätze wie Art. 3 Abs. 1 GG und das Verbot der Diskriminierung von Angehörigen anderer EU-Mitgliedstaaten ein.¹⁷⁾

Von der Ermächtigung des § 97 Abs. 4 GWB hat das Land Berlin Gebrauch gemacht. § 1 Abs. 1 Satz 2 des Vergabegesetzes vom 9. Juli 1999¹⁸⁾ bestimmt:

„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 desselben Gesetzes sieht vor, dass bei gleichwertigen Angeboten die Unternehmen bevorzugt werden, die Ausbildungsplätze bereit stellen oder sich an tariflichen Umlageverfahren zur Sicherung der beruflichen Erstausbildung oder an Ausbildungsverbänden beteiligen. Die Neufassung des Landesgleichstellungsgesetzes vom 16. Juni 1999¹⁹⁾ bestimmt, dass bei allen Aufträgen mit einem Volumen von mehr als 100 000

DM in den jeweiligen Vertrag die Verpflichtung aufzunehmen ist, Maßnahmen zur Frauenförderung und zur Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie durchzuführen, wobei Kleinbetriebe bis zu zehn Beschäftigten ausgenommen sind.

In einer Reihe anderer Bundesländer wird im parlamentarischen Raum über entsprechende Regelungen diskutiert.

II. Rechtliche Einwände gegen sozialpolitische Kriterien

Dass der Bundes- wie der Landesgesetzgeber durch § 97 Abs. 4 GWB im Grundsatz ermächtigt ist, die Berücksichtigung sozialpolitischer Kriterien bei der Auftragsvergabe vorzusehen, unterliegt im Grundsatz keinem Zweifel. Auch das Gebot des § 97 Abs. 5 GWB, sich für das „wirtschaftlichste Angebot“ zu entscheiden, steht dem nicht entgegen: § 97 Abs. 4 GWB betrifft allein die Eignungskriterien für jene Unternehmen, die in die nähere Auswahl genommen werden und von denen dann dasjenige mit dem wirtschaftlich besten Angebot zum Zuge kommt.²⁰⁾ Auch die EG-Richtlinien unterscheiden zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien,²¹⁾ insoweit hält sich die geltende Regelung voll an die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben.

Bedenken könnten sich jedoch aus anderen Zusammenhängen ergeben. Das Bundeskartellamt, der Vergabeausschuss des Bundes, das Kammergericht sowie der BGH haben nämlich gegen die bisherige Praxis der Tariftreueerklärungen Einwände vorgebracht, die den Spielraum des Gesetzgebers einschränken oder ausschließen könnten. Der Sache nach geht es um den Vorrang der Regeln für marktbeherrschende Unternehmen sowie um verfassungsrechtliche Grundsätze, die für den Arbeitsmarkt maßgebend sind.

III. Der Fall des Berliner Straßenbaus

Beginn der rechtlichen Auseinandersetzung war die Entscheidung des Bundeskartellamts vom 3. November 1997.²²⁾ Durch sie wurde dem Land Berlin mit Rücksicht auf seine marktbeherrschende Stellung im Bereich des Straßenbaus untersagt, von Bewerbern eine Tariftreueerklärung zu verlangen. Diese stelle eine „unbillige Behinderung“ im Sinne des § 26 Abs. 2

10) Näheres bei *Däubler*, DB 1995, 726; zum Arbeitnehmer-Entsendegesetz als erster gesetzgeberischer Reaktion siehe *Hanau*, NJW 1996, 1369.

11) BGBl I, 2512.

12) BGBl 1998 I, 2547. Zum Gesetzgebungsverfahren im Einzelnen siehe *Rust*, EuZW 1999, 453.

13) *Thieme/Correll*, DVBl 1999, 884, 886.

14) Zum Entwurf *Gröning*, ZIP 1998, 370.

15) *Pietzcker*, ZHR 162 (1998), 429, 430 berichtet, unter der vorher bestehenden sog. haushaltsrechtlichen Lösung habe es gerichtliche Eingriffe in laufende Vergabeverfahren praktisch nicht gegeben. Die zentrale Bedeutung des Rechtsschutzes für den übergangenen Bieter betonen auch *Thieme/Correll*, DVBl 1999, 884, 885.

16) § 100 Abs. 1 GWB. Zu den Schwellenwerten im Einzelnen siehe *Boesen*, Vergaberecht, Kommentar zum 4. Teil des GWB, 2000, § 100 Rz. 14.

17) *Boesen* (Fußn. 16), Einl. Rz. 158 ff. Ähnlich *Kulartz*, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 97 GWB Rz. 201. Dieser Bereich soll hier ausgeklammert bleiben.

18) GVBl 1999, 369.

19) GVBl 1999, 341.

20) *Rust*, EuZW 1999, 453, 456; *Thieme/Correll*, DVBl 1999, 884, 887.

21) *Pietzcker*, ZHR 192 (1998), 429, 459.

22) BKartA WuW 1998, 207.

GWB a. F. (jetzt: § 20 Abs. 1 GWB) dar. Was „unbillig“ sei, bestimme sich nach einer Gesamtwürdigung und „Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB“. Dabei stelle es ein Indiz für unbillige Behinderung dar, wenn das Vergabeverhalten nicht mit der VOB in Einklang stehe. Die dort ermöglichte „Bekämpfung ungesunder Begleiterscheinungen“ könne rechtswidriges Verhalten erfassen, nicht jedoch legale Vorteile, die sich daraus ergeben, dass ein nicht tarifgebundener Arbeitgeber untertarifliche Löhne bezahle.²³⁾ Wirtschafts- und arbeitsmarktpolitische Zielsetzungen wie die Verhinderung von Dumpinglöhnen und von Arbeitslosigkeit auf dem örtlichen Arbeitsmarkt könnten nicht in die Abwägung eingehen; erst recht sei die Förderung der Berliner Bauunternehmen ein protektionistisches und schon deshalb nicht „abwägungsfähiges“ Ziel.²⁴⁾ Die Einbeziehung solcher Ziele stelle eine unzulässige Vermischung von privatrechtlicher und hoheitlicher Tätigkeit dar.

Das Kammergericht hat auf Beschwerde des Landes Berlin diese Entscheidung bestätigt.²⁵⁾ Dass arbeitsmarktpolitische Interessen in die Abwägung eingehen könnten, sei auch deshalb bedenklich, weil sich die nicht tarifgebundenen Unternehmen so verhalten müssten, als würden sie dem Verband angehören; dies verstoße gegen die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte negative Koalitionsfreiheit.²⁶⁾ Bestimmte Bewerber, insbesondere kleinere Unternehmen, müssten durch Verzicht auf den Lohnkostenvorteil unter Umständen ihren einzigen Trumpf aufgeben; die Wirkung ähnele der Auferlegung von Schutzzöllen.

Das Bundeskartellamt ordnete daraufhin die sofortige Vollziehung der in Streit befindlichen Untersagungsverfügung an.²⁷⁾ Die Tariftreueerklärung gefährde wettbewerbliche Strukturen und schädige die Allgemeinheit durch überhöhte Aufwendungen für den Straßenbau. Auch sei mit Schadensersatzansprüchen der gesperrten Unternehmen zu rechnen. Im Anschluss an das Kammergericht wird gleichfalls die negative Koalitionsfreiheit als verletzt angesehen. Art. 3 Nr. 5 des Vergaberechtsänderungsgesetzes könne nicht als Rechtfertigung dienen. Diese Bestimmung sehe lediglich vorübergehend vom Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage ab, könne und wolle aber keine solchen Verwaltungsvorschriften legitimieren, die gegen höherrangiges Recht verstießen.

Auf sofortige Beschwerde des Landes Berlin hin hat der BGH die Anordnung der sofortigen Vollziehung bestätigt.²⁸⁾ Zu Art. 3 Nr. 5 wurde dieselbe Position vertreten; die Rechtswidrigkeit folge auch daraus, dass der Berliner Tarif für andere faktisch allgemeinverbindlich gemacht werde. Die Entscheidung in der Hauptsache erging am 18. Januar 2000 und führte zu einer Vorlage an das Bundesverfassungsgericht.²⁹⁾ Die Bedenken des Bundeskartellamts und des Kammergerichts werden vom BGH geteilt; lediglich die Existenz des Berliner Vergabegesetzes stehe einer Bestätigung der Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts entgegen.

IV. Weitere Fälle

Der Vergabeüberwachungsausschuss des Bundes schloss sich der Position des Bundeskartellamts und des Kammergerichts

an. Nur dann, wenn bestehende tarifliche Verpflichtungen nicht eingehalten oder der Mindestlohn nach dem Entsendegesetz nicht bezahlt würden, könne von „ungesunden Begleiterscheinungen“ die Rede sein. Die bloße Einhaltung eines bestimmten Lohnniveaus gebe keinen Aufschluss über die Zuverlässigkeit eines Bewerbers.³⁰⁾ Art. 3 Nr. 5 Vergaberechtsänderungsgesetz habe nicht den Sinn, bisher rechtswidrige Regelungen zu legalisieren.

In einem anderen Verfahren betonte das Kammergericht, selbst bei wirksamer Tariftreueerklärung sei der Ausschluss von öffentlichen Aufträgen für die Dauer von zwei Jahren unverhältnismäßig.³¹⁾ Die Behörde sei an Entscheidungen in vergleichbaren Fällen sowie an das Übermaßverbot gebunden.³²⁾

Das BayObLG vertrat demgegenüber den Standpunkt, angesichts der verbreiteten Praxis der Länder könne die Rechtmäßigkeit der Tariftreueerklärung nicht zuverlässig beurteilt werden.³³⁾ Auch wird hervorgehoben, dass die Auffassung des Vergabeüberwachungsausschusses des Bundes der bestehenden Rechtslage mit Rücksicht auf die Übergangsvorschrift des Art. 3 Nr. 5 Vergaberechtsänderungsgesetz nicht ausreichend Rechnung trage.³⁴⁾

V. Offene Fragen

Auch wenn ein auf der Grundlage des § 97 Abs. 4 GWB erlassenes Bundes- oder Landesgesetz Tariftreueklärungen oder andere sozialpolitische Anforderungen wie die Frauenförderung vorsehen würde, bliebe die Gefahr, dass überall dort, wo der öffentliche Auftraggeber marktbeherrschend ist,³⁵⁾ gleichwohl eine unbillige Behinderung angenommen wird. Insofern ist zu klären, wie sich die Verwendung zusätzlicher Kriterien in das System des GWB und in die Gesamtrechtsordnung einfügt (unten VI).

Zum zweiten könnte sich auch auf der Grundlage eines Gesetzes die Frage stellen, ob das Verlangen nach der Zahlung von Tariflöhnen nicht gegen die durch Art. 9 Abs. 3 GG mitgarantierte negative Koalitionsfreiheit oder gegen andere Grundrechte der Beteiligten verstößt (unten VII).

VI. Sozialpolitische Ziele und GWB

1. Die Eigenständigkeit der vergaberechtlichen Regeln

Die Rechtsprechung hatte bislang wenig Gelegenheit, sich zum Verhältnis zwischen den neuen Vergabenormen nach §§ 97 ff. GWB und anderen Vorschriften des GWB zu äußern,

23) BKartA WuW 1998, 207, 213 f.

24) BKartA WuW 1998, 207, 214, 216.

25) KG ZIP 1998, 1600 = WuW 1998, 1023.

26) KG ZIP 1998, 1600 = WuW 1998, 1023, 1028.

27) BKartA WuW 1998, 1249.

28) BGH WuW 1999, 215.

29) BGH ZIP 2000, 426, m. Anm. *Berrisch/Nebl*.

30) VÜA Bund WuW 1999, 326.

31) KG WuW 1998, 773.

32) KG WuW 1998, 773, 775.

33) BayObLG BB 1999, 1893.

34) BayObLG BB 1999, 1893, 1895.

35) Zu den Voraussetzungen im Einzelnen siehe § 19 Abs. 2 und 3 GWB n. F.

also insbesondere der Frage nachzugehen, inwieweit die spezifischen Handlungsschranken für marktbeherrschende Unternehmen auch dann anwendbar sind, wenn es um Vergabeentscheidungen nach den §§ 97 ff. geht. Der BGH nahm dies überhaupt nicht als Problem wahr und wandte wie selbstverständlich § 20 GWB an.³⁶⁾ In der Literatur ist der Versuch unternommen worden, insbesondere § 97 Abs. 4 GWB und darauf gestützte Einzelgesetze „wettbewerbskonform“ zu interpretieren.³⁷⁾ Dies führt die Autoren unter anderem zu der Feststellung, im Rahmen der Interessenabwägung nach § 20 Abs. 1 GWB (früher § 26 Abs. 2) seien nur solche vergaberechtlichen Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichtet seien. Dies gelte allein für die Kriterien „Fachkunde“, „Leistungsfähigkeit“ und „Zuverlässigkeit“, nicht jedoch für die spezialgesetzlich zu schaffenden so genannten vergabefremden Kriterien.³⁸⁾ Im Klartext bedeutet dies, dass selbst ein den § 97 Abs. 4 GWB umsetzendes Bundesgesetz nur noch in Fällen Wirkung entfalten könnte, in denen die öffentliche Hand nicht als „marktbeherrschend“ angesehen werden kann. Auch aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift wird der (angebliche) Wille des Gesetzgebers abgeleitet, andere als die drei ausdrücklich genannten Kriterien möglichst weit zurückzudrängen.³⁹⁾

Eine solche Interpretation vermag nicht zu überzeugen. Der vergaberechtliche Teil des GWB besitzt eigenständigen Charakter und stellt eine in sich geschlossene Regelung dar. Dies wird schon daran deutlich, dass § 98 GWB die Adressaten ausdrücklich nennt; § 130 Abs. 1 GWB, der dies seinem Wortlaut nach für das ganze Gesetz tut, hat insoweit nur für die übrigen Teile Bedeutung. Während des Gesetzgebungsverfahrens ist deshalb erörtert worden, die Regelungen in das Preisgesetz oder in das GVG aufzunehmen; daneben wäre nach österreichischem Vorbild auch ein eigenes Gesetz in Betracht gekommen.⁴⁰⁾

Die gleichwohl erfolgte Aufnahme in das GWB lässt sich damit rechtfertigen, dass es der Sache nach um (recht weitgehende) Sonderregeln für Einheiten geht, die als Nachfrager häufig (wenn auch keineswegs immer) eine beherrschende oder jedenfalls eine starke Stellung auf dem Markt haben. Sie werden einem strengen Regiment unterworfen, das in seiner Starrheit kein Privatunternehmer freiwillig akzeptieren würde.⁴¹⁾ Alle Interessenten sind nach denselben Kriterien zu beurteilen, ein bestimmtes Procedere ist einzuhalten, jeder benachteiligte Bewerber kann sich gerichtlich zur Wehr setzen und gegebenenfalls im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes das ganze Verfahren stoppen. Sogar die Frage, ob der Zuschlag wirklich an denjenigen mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis ging, kann gerichtlich überprüft werden.⁴²⁾ Gäbe es keine vergaberechtlichen Normen, würde bei Marktbeherrschung lediglich eine nachträgliche Missbrauchskontrolle Platz greifen, die den potenziell Benachteiligten bei weitem nicht dieselben Handlungsmöglichkeiten gewähren würde. Dies spricht für den lexspecialis-Charakter der §§ 97 ff. GWB. Wollte man daneben noch das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot anwenden, wäre die einzige Vorschrift gegenstandslos gemacht, die dem besonderen Charakter des Auftraggebers Rechnung tragen will: Sozial- und umweltpolitische Ziele, die § 97 Abs. 4

GWB als legitim und möglich ansieht, würden auf einen (eventuell recht kleinen) Restbereich beschränkt.⁴³⁾ Dies ist ersichtlich nicht der Wille des Gesetzgebers, der mit der anderen Hand fast alles wieder nehmen würde, was er mit der einen gerade gegeben hat. Besonders unplausibel wird eine solche Betrachtungsweise dann, wenn man an ein den § 97 Abs. 4 Halbs. 2 GWB konkretisierendes Bundesgesetz denkt: Warum sollte dieses dem § 20 GWB untergeordnet sein, obwohl dieser keineswegs Verfassungsrang genießt, sondern nur Teil eines ganz gewöhnlichen anderen Bundesgesetzes ist?

Auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes spricht gegen eine Minimalisierung der Öffnungsklausel des § 97 Abs. 4 GWB. Der Bundesratsmehrheit, die im Vermittlungsausschuss diese Vorschrift durchsetzte, ging es entscheidend darum, die bisher praktizierten sozialpolitischen Grundsätze wie Tariftreueerklärungen und ähnliches auch unter dem neuen Recht beibehalten zu können. Diesen politischen Kompromiss hat der BGH mit der Behauptung gegenstandslos gemacht, dass § 97 Abs. 4 GWB nur einen Gesetzesvorbehalt festlege, jedoch nichts zum Inhalt einzelner Regelungen sage.⁴⁴⁾ Stattdessen wird gegen die Gesetzssystematik und den mit der Regelung verfolgten Zweck eine Art Zwei-Schranken-Theorie entwickelt:

Die öffentliche Hand muss danach in den meisten Fällen nicht nur (was selbstverständlich ist) die §§ 97 ff. GWB beachten, sondern ist auch noch an die Sonderregeln für marktbeherrschende Unternehmen gebunden. Dies widerspricht auch der Übergangsvorschrift des Art. 3 Nr. 5 Vergaberechtsänderungsgesetz: Die auf verwaltungsinternen Regeln wie Richtlinien beruhende Praxis sollte bis 30. Juni 2000 fortgesetzt werden können. Auch das hat der BGH verkannt, der nach dem bis Ende 1998 geltenden Recht die Tariftreueklausel für unwirksam hält⁴⁵⁾ und dasselbe vermutlich auch für sonstige „vergabefremde“ Kriterien annehmen würde: Es bliebe gar nichts mehr übrig, was weiter gelten könnte; sinnentleerte Vorschriften hat der Gesetzgeber aber wohl kaum erlassen wollen.⁴⁶⁾ Schließlich ist es schwer nachvollziehbar, weshalb der Landesgesetzgeber trotz seiner ausdrücklichen Ermächtigung gerade im Hinblick auf die Tariftreueerklärung keine Regelungszuständigkeit haben soll, weil die Tariftreueerklärung der durch § 5 TVG bundesrechtlich geregelten Allgemeinverbindlicherklärung gleichkomme.⁴⁷⁾

36) BGH ZIP 2000, 426.

37) *Karenfort/v. Koppenfels/Siebert*, BB 1999, 1825. Ähnlich *Knipper*, WuW 1999, 677.

38) *Karenfort/v. Koppenfels/Siebert*, BB 1999, 1825, 1829. Zur Kritik am Begriff der „vergabefremden“ Kriterien siehe *Rust*, EuZW 2000, 205.

39) *Karenfort/v. Koppenfels/Siebert*, BB 1999, 1825, 1829. Für die Anwendung des § 20 Abs. 1 GWB grundsätzlich auch *Kulartz* (Fußn. 17), § 97 Rz. 197.

40) Wiedergabe der einzelnen Stellungnahmen bei: *Boesen* (Fußn. 16), Einl. Rz. 148, 149.

41) So zutreffend *Pietzcker*, ZHR 162 (1998), 429, 432.

42) Näher dazu unten bei Fußn. 57.

43) *Kulartz* (Fußn. 17), § 97 Rz. 198 vertritt allerdings den Standpunkt, Kommunen würden „eher selten“ als marktbeherrschend angesehen werden können.

44) BGH ZIP 2000, 426.

45) BGH ZIP 2000, 426.

46) Zutreffend deshalb BayObLG BB 1999, 1893, 1895.

47) So aber BGH ZIP 2000, 426.

2. Öffentlich-rechtliche Bindungen bei der Vergabeentscheidung

Das Weginterpretieren der Eigenständigkeit des Vergaberechts führt auch insoweit in die Irre, als man öffentlich-rechtliche Bindungen der öffentlichen Hand ablehnen müsste: Insoweit ist das Bundeskartellamt konsequent, wenn es den Einsatz der Auftragsvergabe für wirtschafts- und sozialpolitische Zwecke als „nicht abwägungsfähig“ qualifiziert und damit im Ergebnis unmöglich macht.⁴⁸⁾ Allerdings verstößt es dabei gegen zahlreiche neuere Judikate, die die Vergabeentscheidungen zwar als privatrechtliche Akte qualifizieren, zutreffend jedoch eine inhaltliche Bindung an überkommene Grundsätze des Verwaltungsrechts annehmen.

Nach rein zivilrechtlichen Grundsätzen ist es nicht zu beanstanden, wenn ein Unternehmen mit einem anderen Verträge schließt, in dessen Aufsichtsrat es ein oder zwei Vertreter hat; wäre es anders, könnten Banken nur deshalb einem Unternehmen keinen Kredit mehr gewähren, weil eines ihrer Vorstandsmitglieder auf Grund Anteilsbesitzes oder wegen des Depotstimmrechts in das Aufsichtsorgan gelangt ist. Unzulässige Interessenkollisionen sind erst im Einzugsbereich des § 181 BGB erreicht.⁴⁹⁾ Anders im Verwaltungsverfahrensrecht, wo § 20 VwVfG den Bereich der Inkompatibilitäten sehr viel früher beginnen lässt. Das OLG Brandenburg⁵⁰⁾ hat bei der Auftragsvergabe im Fall des Flughafens Berlin-Schönefeld den Rechtsgedanken des § 20 VwVfG entsprechend angewandt: Die Auftragsvergabe gehöre zum Verwaltungsprivatrecht, trotz ihrer äußeren Form stelle sie einen „Akt öffentlicher Gewalt“ dar. Bestätigt werde dies dadurch, dass auch in diesem Rahmen eine Bindung der öffentlichen Hand an das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht und das staatliche Haushaltsrecht bestehe.⁵¹⁾ Eine andere Lösung ist auch schwer vorstellbar, da es sonst möglich wäre, durch Überwechseln in die privatrechtliche Form inhaltliche wie verfahrensmäßige Bindungen abzustreifen. Ob dies auch dann gilt, wenn Auftraggeber ein reines Privatunternehmen im Bereich der Daseinsvorsorge ist, mag durchaus zweifelhaft erscheinen,⁵²⁾ doch ist dies im vorliegenden Zusammenhang ohne größere Bedeutung.

Eine Bindung an Grundsätze des öffentlichen Rechts wurde in einem Fall sogar im Rahmen des Streits um die Tariftreueklausele angenommen: Eine zweijährige Auftragsperre bei Verstößen zu verhängen, lasse sich nicht mit dem Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung und dem Übermaßverbot in Einklang bringen.⁵³⁾

Sind die öffentlichen Auftraggeber einer grundsätzlichen Gemeinwohlbindung unterworfen, so steht es ihnen auch frei, mit ihrer Vergabepolitik wirtschafts- und sozialpolitische Zwecke zu verfolgen.⁵⁴⁾ Ob sie im Einzelfall dazu auch verpflichtet sind, dürfte in den Ländern unter anderem davon abhängen, ob es in der Verfassung ein Staatsziel „Vollbeschäftigung“ gibt oder nicht.⁵⁵⁾ Im vorliegenden Zusammenhang ist dies ohne Interesse, da § 97 Abs. 4 GWB eine eindeutige Entscheidung getroffen hat: Der Einsatz der Auftragsvergabe für solche Ziele ist zulässig, bedarf jedoch der ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung. Wird davon Gebrauch gemacht, ist dies für alle rechtsanwendenden Instanzen verbindlich.⁵⁶⁾

Das EG-Recht stützt diese Betrachtung und wird möglicherweise den Normgeber sogar veranlassen, nicht nur die Zuschlagsentscheidung vom Vertragsabschluss mit dem erfolgreichen Bieter zu trennen, sondern ihr auch öffentlich-rechtlichen Charakter zuzusprechen. Nach der Entscheidung des EuGH im Fall Alcatel-Austria⁵⁷⁾ besteht mit Rücksicht auf die Rechtsmittelrichtlinie die Verpflichtung, den Zuschlag einer selbstständigen juristischen Überprüfung zugänglich zu machen, die nicht nur zu einem nachträglichen Schadensersatzanspruch führen darf. Die dem Ausgangsfall zugrunde liegende österreichische Lösung geht wie die deutsche davon aus, dass zunächst die interne Entscheidung über den Zuschlag getroffen und dann der privatrechtliche Vertrag geschlossen wird. Dies wurde mit den Worten beanstandet:⁵⁸⁾

“Da die Erteilung des Zuschlags und der Abschluss des Vertrags in der Praxis zusammenfallen, fehlt in einem solchen System ein öffentlich-rechtlicher Akt, der den Beteiligten zur Kenntnis gelangen und im Rahmen einer Nachprüfung aufgehoben werden könnte, wie es Art. 2 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 89/665 vorsieht.“

Diese Formulierung macht nicht nur deutlich, dass der Gesetzgeber alsbald ein zweites Vergaberechtsänderungsgesetz beschließen muss.⁵⁹⁾ Er wäre auch gut beraten, wenn er die Zuschlagsentscheidung als Verwaltungsakt ausgestalten würde, um so einer eventuellen künftigen Beanstandung durch den EuGH zu entgehen.⁶⁰⁾ Eine entsprechende Regelung existiert in Frankreich und Spanien. Auch hätte das Verbleiben in rein zivilrechtlichen Kategorien den Nachteil, dass man eine neue Rechtsfigur mit möglichen Folgekontroversen schaffen müsste. Der Zuschlag wäre – entfernt vergleichbar einer Wahl – ein Rechtsgeschäft sui generis, das auch bei Rechtsverstößen nicht etwa gemäß § 134 BGB unwirksam wäre, sondern nur durch gestaltende gerichtliche Entscheidung wieder rückgängig gemacht werden könnte. Wie dem auch sei: Selbst wenn man den zweiten Weg wählt, würde die Zuordnung zum Verwaltungsprivatrecht (und damit die Anwendung wesentlicher öffentlich-rechtlicher Prinzipien) außer Zweifel stehen. Ergänzend sei noch auf eine Entscheidung der Ersten Ver-

48) Siehe oben Fußn. 23.

49) Einzelheiten bei: Palandt/Heinrichs, BGB, 59. Aufl., 2000, § 181 Rz. 6 ff.; Däubler, Zivilrecht, Bd. 1, 1997, Rz. 974 ff.

50) OLG Brandenburg ZfR 1999, 660 = BB 1999, 1940.

51) OLG Brandenburg ZfR 1999, 660 = BB 1999, 1940, 1943.

52) Ablehnend Quardt, BB 1999, 1945.

53) KG WuW 1998, 773.

54) Kempen, in: Festschrift Däubler, 1999, S. 513 ff.

55) Kempen (Fußn. 54), S. 515.

56) Selbst wenn – wie bei den Beschaffungsgeschäften der Sozialversicherungsträger – keine spezifischen öffentlichen Zwecke verfolgt werden, sind Bindungen z. B. an den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten, die für Privatpersonen nicht in derselben Weise gelten: so der Gemeinsame Senat der Obersten Gerichtshöfe NJW 1986, 2359, 2360, dazu EWIR 1986, 807 (U. Schmidt) unter Bezugnahme auf BGH NJW 1969, 2195.

57) EuGH ZIP 1999, 1937 m. Anm. Boesen.

58) EuGH ZIP 1999, 1937 Tz. 48.

59) Ebenso Boesen, ZIP 1999, 1942; Byok, BB 1999, 2581.

60) Etwas abweichend Boesen, ZIP 1999, 1942, der die hier wiedergegebene Textpassage aus dem Urteil als schlichte Darstellung der österreichischen Rechtslage begreift und dem Gesetzgeber deshalb die Beibehaltung der zivilrechtlichen Form gestatten möchte.

gabekammer des Bundes verwiesen, die – den EuGH vorwegnehmend – den Standpunkt vertrat, der fehlende Rechtsschutz gegen den Zuschlag als solchen verstoße gegen Art. 19 Abs. 4 GG.⁶¹⁾ Bei dieser Vorschrift geht es ersichtlich um den Schutz des Bürgers vor der öffentlichen Gewalt, während der Rechtsschutz gegen Private nicht in dieser Bestimmung, sondern (nur) durch das allgemeine Rechtsstaatsprinzip garantiert ist.

Als Zwischenergebnis lässt sich daher festhalten, dass die öffentliche Hand auch nach derzeit geltendem Recht im Rahmen von Vergabeentscheidungen öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegt und im Rahmen der Ausführungsgesetze zu § 97 Abs. 4 GWB auch zur Berücksichtigung umwelt-, wirtschafts- und sozialpolitischer Kriterien berechtigt und verpflichtet ist. Selbst wenn man entgegen dem hier Vertretenen § 20 Abs. 1 GWB anwenden würde, müssten deshalb die auf diese Weise geschützten Rechtsgüter in die Abwägung der beteiligten Interessen eingehen. Insoweit ist dem BGH⁶²⁾ nachhaltig zu widersprechen.

VII. Vereinbarkeit mit arbeitsmarktbezogenen Regeln

1. Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit?

Eine allgemein praktizierte Tariftreueklausel führt dazu, dass die für öffentliche Auftraggeber tätigen Unternehmen ohne Rücksicht auf ihre Verbandszugehörigkeit Tariflöhne bezahlen müssen. Soweit sie für andere Auftraggeber tätig sind, bleiben sie bei ihrer Lohngestaltung im Rahmen zwingender gesetzlicher Regelungen frei.

Die These des BGH,⁶³⁾ dieser Zustand stelle als solcher einen unzulässigen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit dar, verkennt den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts garantiert Art. 9 Abs. 3 GG zwar auch das so genannte Fernbleiberecht, also die Möglichkeit, sich keiner Koalition anzuschließen,⁶⁴⁾ doch schützt es nur vor einer Zwangsinorporation und einem mehr oder weniger massiven Druck zum Beitritt, nicht vor einer Unterstellung unter Tarifverträge: Im Zusammenhang mit der Allgemeinverbindlicherklärung hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt ausgeführt, die Einbeziehung der Nichtorganisierten in den Geltungsbereich des Tarifvertrags berühre die negative Koalitionsfreiheit nicht.⁶⁵⁾ Es könne sich lediglich im Einzelfall ein Anreiz zum Beitritt ergeben, da der Betroffene über eine Mitgliedschaft gegebenenfalls die ihn treffenden Regelungen mitbestimmen wolle. Darin liege aber kein gegen Art. 9 Abs. 3 GG verstoßender Druck.⁶⁶⁾ Daraus folgt: Wenn sogar eine vollständige rechtliche Unterstellung unter einen Tarifvertrag die negative Koalitionsfreiheit nicht berührt, muss dies erst recht dann der Fall sein, wenn die „Erstreckung“ nur eine faktische ist und lediglich einen mehr oder weniger großen Teil der Geschäftstätigkeit erfasst. Ob das Verlangen nach einer Tariftreueerklärung von weniger weitreichenden Voraussetzungen abhängt als die Allgemeinverbindlicherklärung, ist daher ohne Bedeutung. Der BGH hat ersichtlich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts missverstanden.

2. Verstoß gegen wettbewerbliche Grundsätze auf dem Arbeitsmarkt?

Die Tariftreueklausel verschließt einzelnen Anbietern die Möglichkeit, durch untertarifliche Arbeitsbedingungen eine besonders günstige Kostenstruktur zu erreichen und so ein preiswerteres Angebot zu machen.

Dies wäre rechtlich völlig unproblematisch, wenn ein solcher Sozialkostenwettbewerb von vornherein durch das geltende Recht ausgeschlossen wäre. Dem ist jedoch nicht so. Die Rechtsprechung zu § 1 UWG macht deutlich, dass es dem einzelnen Wettbewerber lediglich untersagt ist, sich auf Grund von Tarifbruch oder auf Grund der Verletzung anderer arbeitsrechtlicher Normen Vorteile gegenüber rechtstreuen Konkurrenten zu verschaffen.⁶⁷⁾ Im vorliegenden Zusammenhang bedeutet dies, dass tarifgebundene Unternehmen selbstredend auch im Vertrag mit einem öffentlichen Auftraggeber dazu verpflichtet werden können, die für sie geltenden Tarifverträge zu beachten. Anders verhält es sich mit den Außenseiterunternehmen, die auch nicht über eine Allgemeinverbindlicherklärung oder über die Mechanismen des Arbeitnehmerendengesetzes⁶⁸⁾ einbezogen sind. Sie sind in ihrer Lohnkostengestaltung grundsätzlich frei.

Der sich faktisch vollziehende Sozialkostenwettbewerb hat auf der anderen Seite aber auch keine Absicherung durch das GWB erfahren. Dieses ist auf dem Arbeitsmarkt nicht anwendbar.⁶⁹⁾ Das bedeutet insbesondere, dass die wettbewerbsbeschränkende Wirkung von Tarifverträgen nicht nur als Ausnahmetatbestand hingenommen wird, sondern als verfassungsgebotes Strukturprinzip konzipiert ist. Das BAG hat es deshalb als unbedenklich angesehen, dass ein Tarifvertrag über den Ladenschluss wettbewerbsbeschränkende Konsequenzen sogar auf dem Gütermarkt hat.⁷⁰⁾ Auch sei nichts dagegen einzuwenden, dass der für allgemeinverbindlich erklärte § 5 Nr. 6 BRTV-Bau für alle aus anderen Regionen kommenden tarifgebundenen Unternehmen den (gegebenenfalls höheren) „Baustellenlohn“ verbindlich vorschreibe; da § 1 GWB nicht anwendbar sei, bleibe die Beeinflussung des Wettbewerbs ohne rechtliche Bedeutung.⁷¹⁾ Selbst die Tatsache, dass ein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag über eine zusätzliche Altersversorgung mit Hilfe einer bestimmten Versorgungskasse einzelne Unternehmen daran hindert, Verträge

61) Mitgeteilt bei: *Noch*, BB 1999, 1081.

62) BGH ZIP 2000, 426.

63) BGH ZIP 2000, 426.

64) Siehe etwa BVerfGE 55, 7, 21.

65) BVerfGE 44, 322, 352; BVerfGE 55, 7, 22.

66) So besonders deutlich BVerfGE 55, 7, 22 im Zusammenhang mit der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen.

67) BGH AuR 1993, 377, weitere Nachweise bei: *Däubler* (Fußn. 6), Rz. 442. Aus der Literatur zum UWG siehe *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 21. Aufl., 1999, Einl. UWG Rz. 472, § 1 UWG Rz. 663; v. *Gamm*, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., 1. Halbband, 1987, Kap. 34 Rz. 4; *Köhler/Pieper*, UWG, 1995, § 1 Rz. 327.

68) Zu seiner ab 1.1.1999 geltenden Fassung siehe *Däubler*, NJW 1999, 601, 606; *Danzon*, RdA 1999, 322.

69) Siehe statt aller *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rz. 114 ff. und passim.

70) BAG AP Nr. 113 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 6.

71) BAG AP Nr. 169 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau Bl. 4 R.

mit anderen Versicherungsunternehmen zu schließen, ist nicht zu beanstanden.⁷²⁾

An die Stelle des Wettbewerbs- ist auf dem Arbeitsmarkt das Gegengewichtsprinzip getreten. Die im Normalfall nicht funktionierende individuelle Selbstbestimmung soll mit Hilfe von Gegenmachtorganisationen auf die kollektive Ebene gehoben und so wirksam gemacht werden.⁷³⁾ Wie weit diese „Kartellisierungsbefugnis“ geht, ob und inwieweit der Einzelne an den Verbänden vorbei seine Interessen wahren darf, ist im Einzelnen nicht festgelegt; eine verbindliche Gesamtordnung existiert – anders als für die Gütermärkte – auf normativer Ebene nicht.⁷⁴⁾ Im Ergebnis bedeutet dies, dass nichtorganisierte Arbeitgeber und Arbeitnehmer sich zwar auf die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG berufen können, dass sie aber in Kauf nehmen müssen, auf Grund staatlicher Sozialpolitik in die nach dem Gegengewichtsprinzip entstandenen Abmachungen einbezogen zu werden. Letztlich ist es eine (arbeitsmarkt-)politische Entscheidung des Staates, ob und inwieweit er hier vereinheitlichend und regulierend eingreifen will. Grenzen sind lediglich bei der Frage erreicht, ob auch eine individualvertragliche Verbesserung des „allgemeinen Standards“ eingeschränkt oder verboten werden darf,⁷⁵⁾ doch spielt dies im hier interessierenden Zusammenhang keine Rolle. Der „Sozialkostenwettbewerb“ kann daher durch staatliche Intervention jederzeit ausgeschlossen werden.

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Erstreckung von Kollektivverträgen auf Außenseiter ist vom Bundesverfassungsgericht am Beispiel der Allgemeinverbindlicherklärung untersucht und bejaht worden. Art. 12 Abs. 1 GG sei weder aufseiten der Arbeitgeber noch aufseiten der Arbeitnehmer verletzt, da die Erstreckung der Tarifverträge keine „berufsregelnde Tendenz“ habe.⁷⁶⁾ Die Einbeziehung in einen Tarifvertrag über Sozialkassen beschränke weder den Zugang zum Beruf, noch mache sie mittelbar die sinnvolle Ausübung einer solchen Tätigkeit unmöglich.⁷⁷⁾ Es gehöre vielmehr „zum allgemeinen Risiko eines Unternehmers zu beurteilen, ob der erforderliche Aufwand für die beschäftigten Arbeitskräfte für das Unternehmen tragbar ist.“⁷⁸⁾ Diese Maßstäbe sind auch im vorliegenden Zusammenhang zugrunde zu legen, da die Tariftreueerklärung im Hinblick auf ihre Breitenwirkung weit weniger als die Allgemeinverbindlicherklärung bewirkt.⁷⁹⁾

Hinter der Allgemeinverbindlicherklärung muss nach § 5 Abs. 1 TVG ein öffentliches Interesse stehen, bei dessen Beurteilung der zuständige Minister einen weiten Spielraum besitzt.⁸⁰⁾ So reicht es aus, wenn ein vom Gesetzgeber anerkanntes Interesse (wie das an der Existenz einer betrieblichen Altersversorgung) nachvollzogen wird.⁸¹⁾ Die Tariftreueerklärung soll der tariflichen Regelung Flankenschutz geben, um so ihre Aushöhlung, ja ihren weitgehenden faktischen Zusammenbruch zu verhindern. Insbesondere im Bausektor geht es weiter um die Vermeidung von Arbeitslosigkeit, die auf Grund der Berücksichtigung von „Billigangeboten“ entstehen würde (und in erheblichem Umfang schon entstanden ist). Das die Tariftreueklausel rechtfertigende Interesse ist deshalb sicherlich nicht geringer zu veranschlagen als das hinter der Allge-

meinverbindlicherklärung in den vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fällen stehende.⁸²⁾

Die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG besitzt auch keinen Exklusivitätsanspruch in dem Sinne, dass ein Unterlaufen von Tarifverträgen nicht auch mit anderen Mitteln abgewehrt werden könnte. Gerade die „Offenheit“ der Verfassung des Arbeitsmarktes,⁸³⁾ das Fehlen einer „Gesamtordnung“ nach Art des GWB lässt unterschiedliche Interventionen zu, soweit dabei Grundrechte gewahrt bleiben. Letzteres stellt sich allerdings nur dann als Problem, wenn man Entscheidungen im Vergabeverfahren nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen behandelt; das Verhalten gewöhnlicher privater Marktteilnehmer könnte nicht in derselben Weise an Art. 12 Abs. 1 GG gemessen werden.

VIII. Bestätigung durch das EG-Recht

Die deutsche Rechtslage verstößt auch nicht gegen Gemeinschaftsrecht. Wie der EuGH vor kurzem bestätigt hat, steht es den Mitgliedstaaten frei, tarifliche Mindestarbeitsbedingungen auf Arbeitnehmer zu erstrecken, die von ihren ausländischen Arbeitgebern ins Inland entsandt wurden.⁸⁴⁾ Dieser Grundsatz wurde als solcher überhaupt nicht am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 ff. EG (bisher: Art. 59 ff. EGV) gemessen, sondern als „selbstverständlich“ vorausgesetzt. Dabei kann sich der Gerichtshof auf den Schlusssatz von Art. 50 EG (bisher: Art. 60 EGV) stützen, wonach die Dienstleistungen unter den Voraussetzungen erbracht werden dürfen, welche der Einsatzstaat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt. Die im jeweiligen Land geltenden Mindestarbeitsbedingungen gehören gewissermaßen zu den natürlichen Standortfaktoren wie das Klima oder die üblicherweise gesprochene Sprache; dass diese gegebenenfalls Anbieter aus bestimmten anderen Mitgliedstaaten faktisch benachteiligen, ist vom EG-Vertrag offensichtlich in Kauf genommen worden.⁸⁵⁾ Dabei spielt es für den EuGH keine Rolle, mit welchen rechtlichen Mitteln die Ausdehnung der nationalen Standards auf entsandte Arbeitskräfte erfolgt; dies kann eine Allgemeinver-

72) BAG AP Nr. 25 zu § 5 TVG Bl. 6 R.

73) *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, S. 122 f.

74) *Rieble* (Fußn. 69), Rz. 138.

75) Zur Verfassungsgarantie des Günstigkeitsprinzips siehe *Däubler*, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., 1993, Rz. 196 ff.

76) BVerfGE 55, 7, 25.

77) BVerfGE 55, 7, 26.

78) BVerfGE 55, 7, 27.

79) Siehe oben 1 a. E.; zutreffend *Kempen* (Fußn. 54), S. 511, wonach die Tariftreueerklärung das sehr viel flexiblere Instrument darstellt.

80) BAG AP Nr. 25 zu § 5 TVG Bl. 3 R.

81) BAG AP Nr. 25 zu § 5 TVG Bl. 4.

82) Sowohl in BVerfGE 44, 322 wie auch BVerfGE 55, 7 ging es um die Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen über Sozialkassen im Baugewerbe.

83) Dazu etwa *Rieble* (Fußn. 69), Rz. 138 ff., 146 ff. Sie soll einer neueren Untersuchung zufolge sogar die gesetzliche Einführung der 35-Stunden-Woche ermöglichen – so *Halfmann*, DVBl 1999, 1194. Siehe auch *Kluth*, DVBl 1999, 1145.

84) EuGH ZIP 1999, 2168 m. Anm. *Däubler*, dazu EWIR 2000, 79 (*Schanb*).

85) Diese Rechtsprechung, die seit langem praktiziert wird (siehe die Nachweise bei EuGH ZIP 1999, 1937 Tz. 33, 36), ist vom Vergabeüberwachungsausschuss des Bundes (WuW 1999, 324, 327 f.) übersehen worden, der von einer diskriminierenden Wirkung ausgeht. Nicht weiter führend auch *Martin-Ehlers*, WuW 1999, 685, 694.

bindlicherklärung, aber auch das weniger weitgehende und flexiblere Mittel der Tarifreueerklärung sein.

Die weitere Frage, ob die Praktizierung sozialpolitischer Kriterien mit den EG-Vergaberichtlinien vereinbar ist, hat bisher in der Rechtsprechung keine dominierende Rolle gespielt.⁸⁶⁾ Sie soll deshalb hier nicht vertieft werden.⁸⁷⁾ Von Interesse ist schließlich, dass der EuGH gleichfalls in jüngster Zeit nachhaltig betont hat, dass der Arbeitsmarkt nicht wettbewerblich verfasst sei und deshalb die Art. 81 ff. EG (bisher: Art. 85 ff. EGV) auf Tarifverträge keine Anwendung finden könnten.⁸⁸⁾

Auch insoweit sind politische Entscheidungen zulässig, die den Sozialkostenwettbewerb einschränken oder beseitigen.

86) Der BGH (ZIP 2000, 426) ließ die einschlägigen Fragen dainstehen.

87) Dazu insbes. EuGH Slg. 1988, 4635 = RIW 1990, 232 – Beentjes; aus der Literatur insbes. *Boesen* (Fußn. 16), § 97 Rz. 112 ff.; *Rust*, EuZW 1999, 453; *Pietzcker*, ZHR 162 (1998), 429, 464 ff.; einen Widerspruch nehmen demgegenüber *Karenfort/v. Koppensfels/Siebert*, BB 1999, 1825, 1830 ff. und *Martin-Ehlers*, WuW 1999, 685, 692 an.

88) EuGH, Urt. v. 21. 9. 1999 – Rs C-67/96, ZIP 2000, 34 m. Anm. *Büdenbender*; EuGH, Urt. v. 21. 9. 1999 – Rs C-115/97 bis C-117/97; und EuGH, Urt. v. 21. 9. 1999 – Rs C-219/97; dazu *Lörcher*, EuroAS 1999, 194.

Ulrich Keller^{*)}

Gibt es einen Zusammenhang zwischen Masselosigkeit, Restschuldbefreiung und der Vergütung des Insolvenzverwalters?

Anmerkung zu OLG Stuttgart vom 14. Januar 2000, ZIP 2000, 587

Der Verfasser setzt sich analytisch mit einer Entscheidung des OLG Stuttgart (ZIP 2000, 587) auseinander. Er kritisiert insbesondere die Ausführungen des Oberlandesgerichts zur Verwaltervergütung als unsystematisch und untersucht, welche Auswirkungen die Verwaltervergütung auf das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer natürlichen Person haben kann.

I. Einleitung

1. Zum Beschluss des OLG Stuttgart¹⁾

Es ist schon bemerkenswert, mit welcher Entscheidungsfreude sich auch die Obergerichte des neuen Insolvenzrechts annehmen und hierbei insbesondere die scheinbar nebensächlichen Fragen des Verfahrens- und Kostenrechts zum Gegenstand ihrer Entscheidungen machen. So haben beispielsweise das Bayerische Oberste Landesgericht²⁾ und ihm folgend das OLG Köln³⁾ durch ihre Grundsatzüberlegungen dem so genannten Null-Plan im gerichtlichen Schuldenbereinungsverfahren zum Durchbruch verholfen. Umgekehrt wird durch dieselben Gerichte⁴⁾ dem Schuldner, dessen Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe für das gerichtliche Verfahren abgelehnt worden ist, das Rechtsmittel der sofortigen weiteren Beschwerde unter Hinweis auf § 568 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3, § 127 Abs. 2 Satz 2 ZPO⁵⁾ versagt, handelt es sich doch bei der Frage der Prozesskostenhilfe „nur“ um eine Kostenfrage. Ähnlich hatte bislang die konkursrechtliche Rechtsprechung zu Fragen der Vergütung des Konkursverwalters unter Hinweis auf § 568 Abs. 3 ZPO die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde abgelehnt.⁶⁾ Das OLG Stuttgart ist dem nun nicht mehr gefolgt und hat wohl als erstes Obergericht in Anwendung des § 7 InsO die weitere Beschwerde gegen die Festsetzung der Vergütung des Insolvenzverwalters zugelassen. Nach dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt scheint dies aber nicht die allein maßgebliche Frage gewesen zu sein: Vielmehr

war für das Gericht der Wille ausschlaggebend, durch Änderung der Festsetzung der Vergütung des Insolvenzverwalters die in dem Verfahren vorliegende Masselosigkeit zu beseitigen, um dem Schuldner den Eintritt in das Restschuldbefreiungsverfahren zu ermöglichen. Das OLG Stuttgart hat in seiner Entscheidung eine Reihe von Fragen des neuen Insolvenzrechts aufgeworfen, diese jedoch – die Kritik sei bereits in der Einleitung erlaubt – im Wesentlichen nicht ausreichend erörtert und einer befriedigenden Lösung nicht zugeführt. Insbesondere der Aspekt der Vergütung des Insolvenzverwalters –

1) OLG Stuttgart, Beschl. v. 14. 1. 2000 – 8 W 374/99 und 375/99, ZIP 2000, 587 = DZWIR 2000, 109 m. Anm. *Becker*.

2) Dem Insolvenzgericht steht nurmehr eine Schlüssigkeitsprüfung der Bescheinigung hinsichtlich des Scheiterns der außergerichtlichen Schuldenbereinigung zu; BayObLG, Beschl. v. 28. 7. 1999 – 4Z BR 1/99, ZIP 1999, 1767 = NJW-RR 1999, 1570 = NZI 1999, 412 = DZWIR 1999, 456 = Rpfleger 1999, 557, dazu EWIR 1999, 955 (*Vallender*); BayObLG, Beschl. v. 30. 9. 1999 – 4Z BR 4/99, ZIP 1999, 1926 = NZI 1999, 451.

3) OLG Köln, Beschl. v. 2. 11. 1999 – 2 W 137/99, ZIP 1999, 1929 = NZI 1999, 494 = DZWIR 2000, 29; ihnen folgend LG Würzburg, Beschl. v. 6. 8. 1999 – 3 T 227/99, ZIP 1999, 1718 = NZI 1999, 417; LG Würzburg, Beschl. v. 6. 8. 1999 – 3 T 754/99, ZInsO 1999, 583 m. Anm. *Grothe*; LG München II, Beschl. v. 8. 10. 1999 – 7 T 3 486/99, NZI 1999, 465 = DZWIR 2000, 33; dazu *Pape*, ZIP 1999, 2037.

4) Hier als erstes das OLG Köln, Beschl. v. 23. 3. 1999 – 2 W 65/99, ZIP 1999, 586 = NJW-RR 1999, 996 = NZI 1999, 198 = DZWIR 1999, 209 = Rpfleger 1999, 288, dazu EWIR 1999, 715 (*Gefler*); OLG Köln, Beschl. v. 23. 6. 1999 – 2 W 119/99, ZIP 1999, 1714 = NZI 1999, 415 = DZWIR 1999, 460 = Rpfleger 1999, 506; ihm folgend OLG Frankfurt/M., Beschl. v. 10. 8. 1999 – 26 W 102/99, NZI 1999, 453; BayObLG, Beschl. v. 8. 10. 1999 – 4Z BR 7/99, NZI 1999, 497; anders jedoch mit Vorlage nach § 7 Abs. 2 InsO an den BGH das OLG Karlsruhe, Beschl. v. 29. 12. 1999 – 11 W 177/99, ZIP 2000, 465 = NJW 2000, 608 = NZI 2000, 76.

5) Allgemein zum Rechtsmittel bei Versagung von Prozesskostenhilfe *Zöller/Philippi*, ZPO, 21. Aufl., 1999, § 127 Rz. 30 ff., 41.

6) OLG Hamm, Beschl. v. 15. 4. 1953 – 15 W 98, 99/53, JurBüro 1953, 410; OLG Nürnberg, Beschl. v. 8. 11. 1958 – 2 W 246/58, KTS 1959, 47; OLG Celle, Beschl. v. 7. 6. 1971 – 8 W 184/71, Rpfleger 1971, 320; OLG Schleswig, Beschl. v. 20. 9. 1978 – 1 W 56/78, JurBüro 1979, 610; KG, Beschl. v. 23. 10. 1979 – 1 W 3380/79, ZIP 1980, 30; OLG Frankfurt/M., Beschl. v. 12. 10. 1982 – 20 W 731/82, ZIP 1982, 1364; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6. 3. 1995 – 3 W 639/94, Rpfleger 1995, 377; zum Streitstand nach altem Recht noch *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, 11. Aufl., 1994, § 85 Rz. 18; *Kilger/K. Schmidt*, Insolvenzgesetze, 17. Aufl., 1997, § 85 KO Anm. 1 h, § 73 KO Anm. 4 a; *Eickmann*, VergVO, 2. Aufl., 1997, § 6 Rz. 23.

^{*)} *Dipl.-Rpf. am AG Leipzig, Dozent an der Fachhochschule der Sächsischen Verwaltung in Meißen, Fachbereich Rechtspflege*