

Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
vom 20. Juni 2008
über die Popularklage
des Herrn F. R. in M. u. a.

auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit
des Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes über die Vergabe von Bauaufträgen im Freistaat
Bayern (Bayerisches Bauaufträge-Vergabegesetz – BayBauVG) vom 28. Juni
2000 (GVBl S. 364, BayRS 73-0-I)

Aktenzeichen: Vf. 14-VII-00

Leitsätze:

1. Die Tariftreueregelung des Art. 3 Abs. 1 BayBauVG verstößt weder gegen die negative Koalitionsfreiheit (Art. 170 Abs. 1 BV) noch gegen die Handlungsfreiheit (Art. 101 BV).
2. Ein Widerspruch des Art. 3 Abs. 1 BayBauVG zum Europäischen Gemeinschaftsrecht kann allenfalls über Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV verfassungsrechtliche Relevanz erlangen. Das Rechtsstaatsprinzip ist vorliegend jedoch nicht verletzt, da kein schwerwiegender, besonders krasser Verstoß gegeben ist.

Entscheidung:

Der Antrag wird abgewiesen.

Gründe:

I.

Gegenstand der Popularklage ist Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes über die Vergabe von Bauaufträgen im Freistaat Bayern (Bayerisches Bauaufträge-Vergabegesetz – BayBauVG) vom 28. Juni 2000 (GVBl S. 364, BayRS 73-0-I). Dieser lautet wie folgt:

Art. 3

Weitergehende Anforderungen

(1) Öffentliche Bauaufträge des Freistaates Bayern nach Art. 1 Satz 1 dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei Angebotsabgabe verpflichten, ihre Arbeitnehmer bei der Ausführung dieser Leistungen nach den jeweils in Bayern für Tarifvertragsparteien geltenden Lohnstarifen zu entlohnen und dies auch bei ihren Nachunternehmern sicherzustellen.

...

Art. 1 Satz 1 BayBauVG hat folgenden Wortlaut:

Art. 1

Anwendungsbereich

¹Dieses Gesetz gilt für öffentliche Bauaufträge im Sinn von § 99 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) des Freistaates Bayern. ...

II.

Die Antragsteller rügen, durch Art. 3 Abs. 1 BayBauVG werde das durch Art. 170 Abs. 1 BV geschützte Grundrecht der negativen Koalitionsfreiheit verletzt. Ein Bauunternehmen, das wie die Antragstellerin zu 2 auf Straßenbauaufträge des

Freistaates Bayern angewiesen sei, werde mittelbar verpflichtet, das von den Tarifvertragsparteien in Bayern für die Bauwirtschaft vereinbarte Tarifwerk anzuwenden. Das Unternehmen werde vor die Wahl gestellt, entweder tarifvertragliche Regelungen zu akzeptieren, an deren Zustandekommen es als Außenseiter nicht mitwirken könne, oder aber einer Tarifpartei beizutreten, um ein Mitspracherecht zu erhalten. Hierdurch werde ein unzulässiger und sozialinadäquater Organisationsdruck erzeugt. Der Freistaat Bayern habe im Bereich des Straßenbaus eine marktbeherrschende Stellung, da Aufträge im Wesentlichen nur durch ihn erteilt würden. Art. 3 Abs. 1 BayBauVG wirke wie eine Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, ohne dass das nach § 5 des Tarifvertragsgesetzes (TVG) vorgeschriebene Verfahren eingehalten sei. Nur im Fall einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG müsse das individuelle Freiheitsrecht des Außenseiters zurücktreten.

Das Ziel des Gesetzes, eine durch Billiglohnarbeitskräfte im Baubereich drohende Wettbewerbsverzerrung und Arbeitslosigkeit zu vermeiden, werde nicht erreicht. So habe die nicht tarifgebundene Antragstellerin zu 2 ihre Produktivität durch eine von den Tarifverträgen abweichende Lohnstruktur stärker und effektiver erhöht als tarifgebundene Wettbewerber. Sie entlohne ihre Mitarbeiter leistungsbezogener, motivierender, sachgerechter und sozialer als dies bei einer tarifvertraglichen Entlohnung der Fall sei. Die Antragstellerin zu 2 gewähre ihren Mitarbeitern sogar zusätzliche freiwillige Leistungen in erheblichem Umfang. Die leistungsbezogene Entlohnung führe zu Wettbewerbsvorteilen und als Folge zur Schaffung von Arbeitsplätzen. Diese Wettbewerbsvorteile würden durch das Bayerische Bauaufträge-Vergabegesetz zunichte gemacht. Müsste sich die Antragstellerin zu 2 an die tarifvertraglichen Regelungen halten, wäre sie nicht mehr wettbewerbsfähig und gezwungen, Arbeitsplätze in Bayern abzubauen.

Im Übrigen könnten Arbeitnehmer nicht danach entlohnt werden, auf welcher Baustelle sie gerade eingesetzt seien. Die Lohnabrechnung erfolge nach Zeit und nicht nach Baustellen. Um dem arbeitsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz zu genügen, wäre die Antragstellerin zu 2 gezwungen, nicht nur die bei Straßenbauaufträgen

gen des Freistaates Bayern, sondern alle im Straßenbau beschäftigten Arbeitnehmer nach den einschlägigen Lohnтарifen zu entlohnen. Die Wettbewerbsfähigkeit der Antragstellerin zu 2 würde dadurch hinsichtlich ihrer gesamten unternehmerischen Tätigkeit beeinträchtigt.

III.

1. Der Bayerische Landtag beantragt die Abweisung der Popularklage.

2. Die Bayerische Staatsregierung hält die Popularklage für unbegründet.

Art. 3 Abs. 1 BayBauVG verstoße nicht gegen die durch Art. 170 Abs. 1 BV garantierte negative Koalitionsfreiheit. Art. 170 Abs. 1 BV schütze vor einer Zwangsin-korporation und davor, dass sozialinadäquater Zwang oder Druck ausgeübt werde, sich einer Organisation anzuschließen. Durch Art. 3 Abs. 1 BayBauVG werde die Freiheit, Arbeitgeberverbänden beizutreten oder fernzubleiben, nicht beeinträchtigt. Ein entsprechender Zwang werde durch das Bayerische Bauaufträge-Vergabegesetz weder rechtlich noch faktisch ausgeübt; die Betroffenen würden durch diese Vorschriften auch keinem sozialinadäquaten Druck ausgesetzt. Die tatsächliche Folge, als nicht tarifgebundener Arbeitgeber den Arbeitnehmern bei bestimmten Aufträgen den gleichen Lohn wie ein tarifgebundenes Unternehmen zahlen zu müssen, stelle keinen Eingriff in den Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit dar. Allein faktische Auswirkungen reichten hierfür nicht aus.

Selbst wenn die angegriffene Norm in den Schutzbereich des Art. 170 BV eingreifen würde, wäre dies jedenfalls durch überwiegende Belange des Gemeinwohls verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Das mit der Tariftreueerklärung verfolgte Ziel, die durch Billiglohnangebote drohende Aushöhlung und den faktischen Zusammenbruch von tarifvertraglichen Regelungen zu verhindern sowie eine durch den Einsatz von Billiglohnarbeitskräften verursachte Massenarbeitslosigkeit zu bekämpfen, entspreche dem Sozialstaatsprinzip und habe Verfassungsrang. Der

Einsatz von Billiglohnarbeitskräften verzerre den Wettbewerb und gefährde in hohem Maß Unternehmen und Arbeitsplätze vor allem im mittelständischen Bereich. Der im Sozialstaatsprinzip enthaltene Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber lasse offen, wie dieser den Auftrag erfülle. Staatliche Fürsorge sei bei Arbeitslosigkeit nicht auf finanzielle Unterstützung der Arbeitslosen beschränkt. Sie könne auch darauf gerichtet sein, die Zahl der Arbeitsplätze durch eine Regelung der Lohnkosten zu vermehren und auf diese Weise die Arbeitslosigkeit selbst zu bekämpfen. Die Tariftreueerklärung verhindere einen Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten, der bei der gegebenen Arbeitslosigkeit am Bau auch die Arbeitskoalitionen selbst infrage stellen könne. Das Interesse der tarifungebundenen Anbieter an der Wahrung ihrer Unternehmens- und Wettbewerbsfreiheit habe demgegenüber minderes Gewicht.

Dem Freistaat Bayern stehe die Gesetzgebungskompetenz zur Regelung der Tariftreue zu. § 97 Abs. 4 GWB enthalte eine bundesrechtliche Ermächtigungsgrundlage, die es erlaube, vergabefremde Kriterien durch Gesetz zu regeln. Damit habe der Bund zugleich hinreichend deutlich gemacht, dass er jedenfalls für den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung seine Gesetzgebungskompetenz zurücknehmen wolle und es der Gestaltungsmacht der Länder überlasse, gesetzliche Regelungen einzuführen, die in Ergänzung zu § 97 Abs. 4 GWB bestimmte Bedingungen an die Vergabe öffentlicher Aufträge knüpfen. Im Übrigen liege der Schwerpunkt des Bayerischen Bauaufträge-Vergabegesetzes nicht im Tarifrecht, sondern im Vergaberecht, das zu regeln den Ländern gemäß § 97 Abs. 4 GWB bundesgesetzlich erlaubt sei. Aus den genannten Gründen sei auch die Argumentation nicht tragfähig, einer landesgesetzlichen Regelung der Tariftreue stünden bundesrechtliche Bestimmungen (Art. 31 GG i. V. m. § 5 TVG, § 20 GWB) entgegen. Was das EG-Recht betreffe, habe dieses auf die Verteilung der innerstaatlichen Gesetzgebungskompetenzen keinen Einfluss.

IV.

Die Popularklage ist zulässig.

Sie richtet sich gegen eine Rechtsvorschrift des bayerischen Landesrechts, die jedermann mit der Popularklage gemäß Art. 98 Satz 4 BV, Art. 55 Abs. 1 Satz 1 VfGHG angreifen kann (vgl. VerfGH vom 27.5.1998 = VerfGH 51, 74/81). Dieses Recht steht auch der Antragstellerin zu 2 als juristischer Person des Privatrechts zu (vgl. VerfGH vom 2.7.1973 = VerfGH 26, 69/74).

Die Antragsteller haben in ausreichend substantiiertes Weise eine Grundrechtsnorm der Bayerischen Verfassung (Art. 170 Abs. 1 BV) als verletzt bezeichnet und die Gründe dargelegt, aus der sie die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Norm ableiten. Da eine zulässige Grundrechtsrüge vorliegt, prüft der Verfassungsgerichtshof die angefochtene Vorschrift anhand aller einschlägigen Normen der Bayerischen Verfassung, auch soweit diese keine Grundrechte verbürgen oder nicht als verletzt bezeichnet sind (ständige Rechtsprechung; vgl. VerfGH vom 8.1.2002 = VerfGH 55, 1/6; VerfGH vom 18.4.2002 = 55, 57/60).

V.

Die Popularklage ist unbegründet.

1. Art. 170 Abs. 1 BV ist nicht verletzt.

a) Die Koalitionsfreiheit schützt jedermann in seinem verfassungsmäßigen Recht, eine Vereinigung zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu gründen, einer solchen Vereinigung beizutreten, ihr fernzubleiben oder sie zu verlassen sowie durch koalitionsmäßige Betätigung die in Art. 170 Abs. 1 BV genannten Zwecke zu verfolgen. Garantiert ist damit auch die negative Koalitionsfreiheit; es darf insbesondere kein sozialinadäquater Zwang oder Druck aus-

geübt werden, sich einer Organisation anzuschließen (VerfGH vom 22.7.1999 = VerfGH 52, 47/57; vgl. zu Art. 9 Abs. 3 GG BVerfG vom 1.3.1979 = BVerfGE 50, 290/367; BVerfG vom 15.7.1980 = BVerfGE 55, 7/21; BVerfG vom 17.2.1981 = BVerfGE 57, 220/245; BVerfG vom 14.6.1983 = BVerfGE 64, 208/213; BVerfG vom 27.4.1999 = BVerfGE 100, 271/282).

Art. 3 Abs. 1 BayBauVG greift nicht unmittelbar in das Grundrecht der Koalitionsfreiheit ein. Das Recht der am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen und ihrer Arbeitnehmer, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Koalitionen zu bilden oder Koalitionen beizutreten, wird nicht ange-tastet. Es wird andererseits auch keine Mitgliedschaft in einer arbeitsrechtlichen Koalition begründet und kein Zwang ausgeübt, in Tarifkoalitionen einzutreten oder dort zu verbleiben. Art. 3 Abs. 1 BayBauVG kann jedoch – mittelbar – insofern von Bedeutung für das Verhalten von Unternehmen sein, als diese innerhalb einer Koalition Einfluss auf deren Tarifpolitik nehmen können. Ob dieser faktische Anreiz unter bestimmten Umständen zum verfassungsrechtlich relevanten Organisationsdruck werden kann, wie die Antragsteller annehmen, kann dahinstehen (verneinend – zu einer ähnlichen Regelung im Berliner Vergabegesetz – BVerfG vom 11.7.2006 = BVerfGE 116, 202/218). In jedem Fall wäre dies sozialadäquat und durch Gründe des Gemeinwohls, die ihrerseits Verfassungsrang haben, legitimiert.

b) Die Koalitionsfreiheit wird durch die Bayerische Verfassung zwar vorbehaltlos gewährleistet. Auch bei an sich uneinschränkbar Grundrechten ist jedoch zu berücksichtigen, dass sie ihrerseits nur ein Bestandteil der Verfassung insgesamt sind. Sie finden ihre immanenten Grenzen dort, wo kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte Wertordnung in die Beurteilung einzubeziehen sind (VerfGH vom 15.1.2007 = VerfGH 60, 1/9; Meder, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 4. Aufl. 1992, RdNr. 6 b zu Art. 98 m. w. N.).

Die negative Koalitionsfreiheit der sich an öffentlichen Ausschreibungen beteiligenden Unternehmen kollidiert hier mit sozialen Belangen (vgl. BVerfG vom

26.6.1991 = BVerfGE 84, 212/228; BVerfGE 100, 271/283). Das Anliegen des Gesetzes, gefährdete einheimische Arbeitsplätze zu erhalten (LT-Drs. 14/3498 S. 1, 3), hat Verfassungsrang. Nach Art. 3 Abs. 1 BV ist Bayern ein Rechts-, Kultur- und Sozialstaat; er dient dem Gemeinwohl. Damit ist u. a. das Sozialstaatsprinzip in der Bayerischen Verfassung verankert. Es gewährt dem Einzelnen zwar kein subjektives Recht, erteilt dem Staat aber den Auftrag, auf soziale Gerechtigkeit hinzuwirken (Meder, RdNr. 22 zu Art. 3). Mit der Intention, einer tief greifenden Störung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zu begegnen und für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze zu sorgen, bewegt sich der Gesetzgeber im Rahmen des ihm durch Art. 3 Abs. 1 BV zugewiesenen Gestaltungsauftrags (vgl. zu Art. 20 Abs. 1 GG BVerfGE 100, 271/284). Welch besonderes Gewicht dem Sozialstaatsprinzip gerade nach der Bayerischen Verfassung zukommt, erschließt sich aus Art. 151, 166 ff. BV, auch wenn die in diesen Verfassungsbestimmungen enthaltenen Programmsätze zu einer sozialverträglichen Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen teilweise infolge bundesrechtlicher Normierungen keine eigenständige Bedeutung mehr haben.

c) Der Gesetzgeber ist verpflichtet, zwischen den dargestellten widerstreitenden, verfassungsrechtlich geschützten Werten einen schonenden Ausgleich zu schaffen. Dabei ist zu berücksichtigen, welcher Verfassungsposition für die zu entscheidende Frage das höhere Gewicht zukommt (VerfGH 60, 1/10; Meder, RdNr. 6 b zu Art. 98).

Bei der Beurteilung der tatsächlichen Entwicklungen und der Auswirkungen von Maßnahmen, mit denen den abstrakten oder konkreten Gefahren für die widerstreitenden Verfassungsgüter begegnet werden kann, verfügt der Gesetzgeber über eine Einschätzungsprärogative. Der Verfassungsgerichtshof darf sich bei der Überprüfung von Zielvorstellungen, fachlichen Erwägungen, Wertungen und Prognosen nicht an die Stelle des Normgebers setzen. Er hat seine Nachprüfung vielmehr darauf zu beschränken, ob die Einschätzung und die Entscheidungen des Normgebers eindeutig widerlegbar und offensichtlich fehlerhaft sind oder der ver-

fassungsrechtlichen Wertordnung widersprechen (ständige Rechtsprechung; vgl. VerfGH vom 4.6.2003 = VerfGH 56, 99/109; VerfGH 60, 1/10).

Der Gesetzgeber ist vorliegend davon ausgegangen, dass eine Tariftreueregelung im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge als wirtschafts- und sozialpolitische Maßnahme erforderlich ist, um einer Gefährdung des Allgemeininteresses entgegenzuwirken. Das hierin zum Ausdruck kommende Ergebnis der Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen ist nicht zu beanstanden. Die betroffenen Unternehmen werden nicht unverhältnismäßig belastet.

aa) Art. 3 Abs. 1 BayBauVG ist geeignet, in Zeiten schwieriger arbeitsmarktpolitischer Bedingungen, die gerade in der Bauwirtschaft durch eine Verknappung öffentlicher und privater Aufträge sowie durch eine hohe Arbeitslosigkeit gekennzeichnet sind, einem ruinösen Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenzuwirken. Die angegriffene Regelung 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 (vgl. BVerfG vom 24.5.1977 = BVerfGE 44, 322/323 f.; BVerfGE 116, 202/223).

bb) Die gesetzliche Tariftreueregelung ist zur Erreichung des vom Gesetzgeber bezweckten Ziels erforderlich.

Es ist kein ebenso geeignetes, aber weniger belastendes Mittel erkennbar, das der Landesgesetzgeber anstelle der gesetzlichen Tariftreueregelung hätte ergreifen können. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach § 5 TVG (vgl. auch Art. 169 Abs. 2 BV) führt zu keiner geringeren Belastung der Unternehmen. Im Gegenteil beschneidet sie die Freiheitsrechte der Betroffenen in einem

erheblich stärkeren Umfang, da die Pflicht zur Tariftreue dann nicht nur bestimmte Aufträge, sondern die gesamte Geschäftstätigkeit der Unternehmen erfasst. Zudem wird insoweit auch keine Regelungskompetenz des Landesgesetzgebers gegeben sein (BVerfGE 116, 202/225 f.).

Dass auch die Lohnpolitik nicht tarifgebundener Unternehmen im Einzelfall angemessen und ohne wettbewerbsverzerrende Wirkung sein mag, wie dies die Antragstellerin zu 2 für sich in Anspruch nimmt, stellt die Erforderlichkeit von Art. 3 Abs. 1 BayBauVG nicht infrage. Der Gesetzgeber war nicht gehalten, von der Gleichwertigkeit und Angemessenheit tarifunabhängiger Entlohnung als Regelfall ausgehen und aus diesem Grund von der gesetzlichen Regelung des Art. 3 Abs. 1 BayBauVG abzusehen. Er war auch nicht verpflichtet, für das Vergabeverfahren eine Einzelfallprüfung vorzusehen, um die Gleichwertigkeit oder jedenfalls Angemessenheit eines tarifunabhängigen Lohnsystems einzelner Anbieter zu überprüfen. Eine solche Einzelfallprüfung ist in der Praxis der Vergabeverfahren nicht durchführbar. Denn aufgrund der Vielfalt und fortwährenden Entwicklung möglicher Lohnabreden kann im jeweiligen Vergabeverfahren die Gleichwertigkeit tarifgebundener und tarifunabhängiger Löhne nicht in der gebotenen Zeit, nicht mit angemessenem Aufwand und vor allem nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden.

cc) Die Beeinträchtigung der negativen Koalitionsfreiheit durch die Tariftreuepflicht ist auch angemessen.

Die Verpflichtung von nicht tarifgebundenen Arbeitgebern, ihre Arbeitnehmer anhand eines von den Tarifvertragsparteien vereinbarten Lohn tariffs zu bezahlen, stellt als solche – wie sich bereits aus § 5 TVG (vgl. auch Art. 169 Abs. 2 BV) ergibt – keine unzumutbare Belastung der Außenseiter dar. Danach können Außenseiter mittels Allgemeinverbindlicherklärung in vollem Umfang einem Tarifvertrag fremder Tarifparteien unterworfen werden, wenn dies im öffentlichen Interesse geboten erscheint. Auch die unter vergleichbaren Voraussetzungen normierte – auf die Durchführung bestimmter Aufträge beschränkte – Bindung von Außensei-

tern an ein einzelnes Element eines Tarifvertrags, nämlich an den Tariflohn, kann nicht als unangemessener Eingriff in die Koalitionsfreiheit angesehen werden (vgl. BVerfGE 64, 208/213 f.). Den Gründen, die den Gesetzgeber zu der angegriffenen Regelung veranlasst haben, kommt, wie bereits dargelegt, erhebliches Gewicht zu. Auch soweit von einer marktbeherrschenden Stellung des Freistaates Bayern auf der Nachfragerseite auszugehen ist, bewirkt die Tariftreuregung daher keine unbillige Einschränkung der Rechte aus Art. 170 Abs. 1 BV (vgl. BVerfGE 116, 202/228).

Eine Art. 3 Abs. 1 BayBauVG entsprechende Lohnabrechnung bereitet auch in der praktischen Handhabung keine unzumutbaren Schwierigkeiten. Zwar müssen Arbeitszeiten von Arbeitnehmern, die zugleich an verschiedenen Baustellen eingesetzt sind und infolgedessen teils nach dem arbeitsvertraglich vereinbarten Lohn, teils nach Tariflohn zu bezahlen sind, getrennt nach den jeweiligen Baustellen erfasst werden. Dies ist aber nicht mit unzumutbarem Aufwand verbunden.

Zumutbar ist auch die Verpflichtung, bei Nachunternehmern eine Art. 3 Abs. 1 BayBauVG gemäße Entlohnung sicherzustellen. Dem kann durch entsprechende Vereinbarung im Nachunternehmervertrag Rechnung getragen werden.

2. Ein Verstoß gegen Art. 101 BV liegt nicht vor.

Sofern das durch Art. 101 BV garantierte allgemeine Freiheitsgrundrecht als Auffanggrundrecht nicht ohnehin hinter das speziellere Freiheitsgrundrecht des Art. 170 Abs. 1 BV zurücktritt (vgl. VerfGH vom 20.3.1973 = VerfGH 26, 18/23; VerfGH vom 24.7.1979 = VerfGH 32, 92/102), hält sich Art. 3 Abs. 1 BayBauVG im Rahmen des verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalts.

a) Das Grundrecht der Handlungsfreiheit, das den beruflichen und wirtschaftlichen Bereich mit umfasst, gewährleistet den Unternehmen das Recht, den Inhalt der vertraglichen Beziehungen zu ihren Arbeitnehmern und Nachunternehmern im Rahmen der Gesetze frei auszuhandeln. Indem Art. 3 Abs. 1 BayBauVG als Vo-

raussetzung für die erfolgreiche Teilnahme am Vergabeverfahren die Abgabe einer Verpflichtungserklärung zur Zahlung der Tariflöhne durch den Auftragnehmer und von ihm beauftragte Nachunternehmer fordert, werden die Unternehmen, die sich um öffentliche Bauaufträge bewerben, zu einer bestimmten Gestaltung ihrer Verträge mit ihren Arbeitnehmern und Nachunternehmern angehalten und damit in ihrer unternehmerischen Vertragsfreiheit berührt (vgl. BVerfGE 116, 202/221).

b) Das durch Art. 101 BV gewährleistete Grundrecht steht unter einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt. Allerdings müssen die Rechtsvorschriften, die es einschränken, ihrerseits bestimmte Grenzen wahren, damit der Grundrechtsschutz nicht gegenstandslos wird. Art. 101 BV verbürgt daher nicht nur die Freiheit von ungesetzlichem Zwang, sondern setzt auch dem Normgeber selbst Schranken beim Erlass von Rechtsvorschriften, die in die Freiheits- und Berufssphäre des Einzelnen eingreifen; insbesondere gilt hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (vgl. VerfGH vom 15.12.1989 = VerfGH 42, 174/183; VerfGH vom 23.12.2004 = VerfGH 57, 175/178 f.).

Im Sinn der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 12 Abs. 1 GG, die im beruflichen Anwendungsbereich des Art. 101 BV herangezogen werden kann (vgl. VerfGH vom 17.5.1982 = VerfGH 35, 56/68; VerfGH vom 13.12.1999 = VerfGH 52, 173/179; VerfGH 57, 175/179), stellt Art. 3 Abs. 1 BayBauVG eine Berufsausübungsregelung dar. Diese ist zulässig, wenn sie durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist, wenn die gewählten Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und erforderlich sind und wenn die durch sie bewirkte Beschränkung der Berufsausübung den Betroffenen zumutbar ist (vgl. VerfGH vom 15.4.1994 = VerfGH 47, 77/86; VerfGH vom 27.5.1998 = VerfGH 51, 74/84). In diesen Zulässigkeitsvoraussetzungen für Berufsausübungsregelungen ist das Gebot der Verhältnismäßigkeit enthalten (vgl. VerfGH 57, 175/178 f.).

Diese Grenzen überschreitet Art. 3 Abs. 1 BayBauVG aus den bereits im Zusammenhang mit Art. 170 Abs. 1 BV erörterten Gründen nicht. Auf die Ausführungen unter V. 1. wird verwiesen (vgl. auch BVerfGE 116, 202/223 ff.).

3. Ein Verstoß gegen höherrangiges Bundesrecht oder Europäisches Gemeinschaftsrecht führt unter Beachtung des im Popularklageverfahren eingeschränkten Prüfungsrahmens ebenfalls nicht zur Unvereinbarkeit der angegriffenen Regelung mit der Bayerischen Verfassung.

a) Prüfungsmaßstab im Popularklageverfahren ist allein die Bayerische Verfassung. Verstößt eine Vorschrift des Landesrechts gegen Bundesrecht, kann dies im Popularklageverfahren nur insoweit entscheidungserheblich werden, als darin zugleich ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip des Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV liegt. Das Rechtsstaatsprinzip der Bayerischen Verfassung erstreckt seine Schutzwirkung aber nicht in den Bereich des Bundesrechts mit der Folge, dass jeder formelle oder inhaltliche Verstoß einer landesrechtlichen Vorschrift gegen Bundesrecht zugleich eine Verletzung des Rechtsstaatsprinzips der Bayerischen Verfassung darstellen würde. Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV ist vielmehr erst dann verletzt, wenn der Widerspruch des bayerischen Landesrechts zum Bundesrecht offen zutage tritt und darüber hinaus auch inhaltlich nach seinem Gewicht als schwerwiegender, besonders krasser Eingriff in die Rechtsordnung zu werten ist (ständige Rechtsprechung; vgl. VerfGH vom 11.11.1997 = VerfGH 50, 226/266; VerfGH vom 30.6.1998 = VerfGH 51, 94/99 f.; VerfGH 56, 99/107; VerfGH vom 15.11.2006 = VerfGH 59, 219/224).

Unter Beachtung dieser Prüfungsschranken kann ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip nicht festgestellt werden.

Ein Widerspruch zur Kompetenzordnung des Grundgesetzes ist nicht erkennbar. Art. 3 Abs. 1 BayBauVG legt die Tariftreue als ein Kriterium für die Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers fest. Eine derartige Regelung ist ungeachtet ihrer möglichen mittelbaren tarifpolitischen oder arbeitsrechtlichen Auswirkungen eine Norm des Vergaberechts und nicht des Arbeitsrechts. Einschlägiger Gesetzgebungstitel ist nicht Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Arbeitsrecht), sondern Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft). Von der ihm für das Vergaberecht

zustehenden Gesetzgebungskompetenz hat der Bundesgesetzgeber nicht abschließend Gebrauch gemacht. Der Vorschrift des § 97 Abs. 4 Halbsatz 2 GWB, nach der andere oder weitergehende Anforderungen an Auftragnehmer nur gestellt werden dürfen, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist, ist vielmehr zu entnehmen, dass auch aus der Sicht des Bundesgesetzgebers die Regelung solcher Kriterien durch den Landesgesetzgeber grundsätzlich möglich sein soll (BVerfGE 116, 202/215 ff.).

Ein Verstoß gegen § 5 TVG, § 20 GWB oder sonstiges Bundesrecht ist ebenfalls nicht ersichtlich (BVerfGE 116, 202/227 f.).

b) Auch das Europäische Gemeinschaftsrecht ist im Popularklageverfahren nicht unmittelbar Prüfungsmaßstab. Die Frage, ob das Europäische Gemeinschaftsrecht wie Bundesrecht über Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV mittelbar Bedeutung erlangen kann, hat der Verfassungsgerichtshof bisher offengelassen. Diese Frage kann auch weiterhin offenbleiben. Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV könnte nämlich allenfalls bei einem offenkundigen, schwerwiegenden, besonders krassen Widerspruch zum Europäischen Gemeinschaftsrecht verletzt sein (vgl. VerfGH vom 15.5.1997 = VerfGH 50, 76/98 f.; VerfGH 50, 226/266; 52, 47/61; VerfGH vom 18.12.2007).

Im Rahmen dieser eingeschränkten Prüfung kann ein Verstoß gegen die Bayerische Verfassung nicht festgestellt werden.

Allerdings hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass eine Tariftreueregelung, wie sie im niedersächsischen Landesrecht enthalten ist (vgl. § 3 Abs. 1 LVergabeG: Aufträge für Bauleistungen dürfen nur an solche Unternehmen vergeben werden, die sich ... verpflichten, ... mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt ... zu bezahlen.), mit der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Entsenderichtlinie) in Verbindung mit der durch Art. 49 EG gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit unvereinbar ist (EuGH vom 3.4.2008 Rs. C-346/06). Nach dieser Rechtsprechung liegt ein Verstoß auch der bayerischen Tariftreuere-

gelung gegen die genannten Vorschriften des Europäischen Gemeinschaftsrechts nahe. Das hätte nicht die Ungültigkeit der Norm, sondern lediglich ihre Unanwendbarkeit in Fällen zur Folge, in denen das einschlägige Gemeinschaftsrecht Anwendungsvorrang beanspruchen kann. Im Einzelnen bedarf dies hier keiner Vertiefung.

Nach dem vom Verfassungsgerichtshof anzulegenden Prüfungsmaßstab könnte ein Widerspruch des Art. 3 Abs. 1 BayBauVG zum Europäischen Gemeinschaftsrecht, wie dargelegt, allenfalls dann verfassungsrechtliche Relevanz erlangen, wenn dieser Widerspruch nach Inhalt und Gewicht schwerwiegend und besonders krass wäre. Das ist hier jedoch nicht der Fall. Die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit derartiger Tariffreue Regelungen war vor der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs umstritten und noch vor kurzem vom Generalanwalt beim Europäischen Gerichtshof bejaht worden (vgl. Schlussanträge des Generalanwalts vom 20.9.2007 im Verfahren Rs. C-346/06; vgl. auch BGH vom 18.1.2000 = DVBl 2000, 1056; OLG Celle vom 3.8.2006 = VergabeR 2006, 756 m. w. N.). Bei dieser Sachlage kann von einem schwerwiegenden, besonders krassen Verstoß keine Rede sein.

VI.

Das Verfahren ist kostenfrei (Art. 27 Abs. 1 Satz 1 VfGHG).