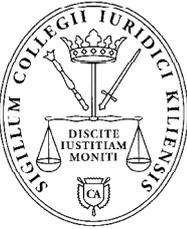


	<p>CHRISTIAN-ALBRECHTS-UNIVERSITÄT ZU KIEL RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT</p> <p>Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht</p> <p>Univ.-Prof. Dr. Hartmut Oetker</p>	
---	--	---

CAU Kiel – Rechtswissenschaftliche Fakultät – Univ.-Prof. Dr. H. Oetker

An den
Wirtschaftsausschuss des
Schleswig-Holsteinischen Landtages

Leibnizstraße 6
D-24118 Kiel
T +49/(0)431/880-3525
F +49/(0)431/880-5377
sekoetker@law.uni-kiel.de
www.uni-kiel.de/prof-oetker

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 17/296

3. Februar 2010

Schriftliche Stellungnahme
zu dem
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes
zur tariflichen Entlohnung bei
öffentlichen Aufträgen (Tariftreuegesetz)
- LT-Drucksache 17/39 –

A.

1. Tariftreuegesetze sind von dem Bestreben geleitet, öffentliche Auftraggeber über das Vergaberecht zu verpflichten, den Zuschlag nur solchen Unternehmen zu erteilen, die sich zuvor verpflichtet haben, bei der Ausführung der Leistungen bestimmte tarifvertraglich geregelte Arbeitsbedingungen nicht zu unterschreiten. Auch der Entwurf der Fraktion des SSW im Schleswig-Holsteinischen Landtag – LT-Drucksache 17/39 – (im Folgenden: Entwurf) ist von diesem Bestreben geleitet. Er beschränkt sich indes – wie vergleichbare gesetzliche Bestimmungen anderer Bundesländer – auf das Entgelt. Das hiermit verfolgte Anliegen dient damit einerseits der tarifgemäßen Entlohnung der Arbeitnehmer und damit dem Arbeitnehmerschutz, andererseits aber auch dem Schutz der an dem Wettbewerb als Bieter teilnehmenden tarifgebundenen Unternehmen, die bei der Kalkulation ihres Angebots die tarifvertraglich geschuldeten Entgelte zugrunde legen müssen. Durch Tariftreuegesetze werden diese daher im Rahmen des Wettbewerbs um

die Vergabe öffentlicher Aufträge vor sog. „Schmutzkonzurrenz“ durch andere Bieter geschützt, so dass Tariftreuegesetze ein mit der Allgemeinverbindlicherklärung vergleichbares Ziel verfolgen.¹ Im Unterschied zu dieser verwirklichten Tariftreuegesetze dieses Anliegen jedoch nur partiell, da sich diese auf einen zentralen Parameter der Arbeitskosten beschränken, andere und für die Höhe der Arbeitskosten nicht weniger bedeutsame Faktoren, wie z.B. Dauer des Urlaubsanspruches, Höhe des Urlaubsgeldes etc., hingegen ausblenden. Mit dieser Fokussierung auf das Entgelt können Tariftreuegesetze auch aus Sicht der tarifgebundenen Unternehmen nur unvollkommen die an sich intendierte Wettbewerbsneutralität der Arbeitskosten gewährleisten. Entsprechendes gilt im Hinblick auf den regelmäßig in den Vordergrund gerückten Schutz der Arbeitnehmer, da auch dieser auf das Arbeitsentgelt reduziert wird.

Unter dem Aspekt sowohl der Wettbewerbsneutralität der Arbeitskosten als auch des Arbeitnehmerschutzes ist das geltende arbeitsrechtliche Instrumentarium wegen seiner sachlichen Reichweite an sich besser geeignet. Die Allgemeinverbindlicherklärung kann sich zwar nach allerdings bestrittener Ansicht auch auf einzelne tarifvertragliche Arbeitsbedingungen – wie z.B. das Arbeitsentgelt – beschränken,² regelmäßig geht diese aber über das Entgelt hinaus und bezieht sich auf den gesamten Regelungsinhalt eines Tarifvertrages. Das gilt entsprechend für sog. Entsendesachverhalte, in denen Angebote von Mitbewerbern aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union vorliegen. Das für die Arbeitsleistung am Beschäftigungsort maßgebende Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) beschränkt sich nicht auf Mindestentgeltsätze (§ 5 Nr. 1 AEntG), sondern bindet die von dem Gesetz erfassten Unternehmen auch an die urlaubsrechtlichen Regelungen des Tarifvertrages (§ 5 Nr. 2 AEntG) sowie an weitere, in § 3 Nr. 3 bis 7 AEntG aufgezählte Arbeitsbedingungen (s. § 5 Nr. 4 AEntG). Mit diesem über das Arbeitsentgelt hin ausreichenden Schutz trägt das Arbeitnehmer-Entsendegesetz insbesondere den Vorgaben durch Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG (sog. Entsenderichtlinie) Rechnung.

2. Eine Würdigung des mit dem Entwurf verfolgten Anliegens und den dort vorgeschlagenen Regelungen setzt Klarheit über die vergaberechtlichen und die arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen voraus, die sich seit den Anfängen der Diskussion um Tariftreue-

¹ Zum Schutz der tarifgebundenen Arbeitgeber vor einem Unterbietungswettbewerb durch Außenseiter siehe BVerwG, AP Nr. 23 zu § 5 TVG sowie exemplarisch *Wank*, in: Wiedemann, TVG, 7. Aufl. 2007, § 5 Rdnr. 4. Der ansonsten angeführte Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung, Außenseitern angemessene Arbeitsbedingungen zu sichern (BVerfGE 44, 322 [342]), wird durch die vorstehende Zweckbestimmung nicht in Abrede oder in Frage gestellt, sondern diese präzisiert lediglich die auch vom Bundesverfassungsgericht in den Vordergrund gerückte Vermeidung „wirtschaftlicher Fehlentwicklungen“ (s. BVerfGE 44, 322 [342]).

² So *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. 2004, § 5 Rdnr. 25 ff.; *Kempfen*, in: Kempfen/Zachert, TVG, 4. Aufl. 2006, § 5 Rdnr. 24; *Rieble/Klumpp*, MünchArbR, 3. Aufl. 2009, § 179 Rdnr. 55 sowie bereits *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd. II/1, 7. Aufl. 1966, § 35 II 4, S. 674 f.. Gegen die Möglichkeit, die Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages auf einzelne Teile zu beschränken, jedoch mit sehr beachtlichen Gründen z.B. *Lakies*, in: Däubler, TVG, 2. Aufl. 2006, § 5 Rdnr. 167 ff.; *Wank*, in: Wiedemann, TVG, 7. Aufl. 2007, § 5 Rdnr. 59; ähnlich *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Bd. I, 1997, § 19, 4c, S. 891.

gesetze, vor allem aber im Jahr 2009 entscheidend verändert haben. Bei diesen ist zudem zwischen dem nationalen sowie dem Recht der Europäischen Union zu unterscheiden.

a) Das für die Vergabe öffentlicher Aufträge maßgebende Recht wird entscheidend durch die §§ 97 ff. GWB geprägt. Bezüglich der hiesigen Thematik ist bislang vor allem § 97 Abs. 4 GWB maßgebend, der in seiner früheren Fassung vorschrieb, dass Aufträge an „fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen“ vergeben werden. Die Einhaltung gesetzlicher, insbesondere arbeitsrechtlicher Vorschriften, schien deshalb kein Auswahlkriterium im Rahmen der Vergabeentscheidung zu sein, wenngleich § 97 Abs. 4 GWB a.F. ausdrücklich eine an den Bundes- bzw. Landesgesetzgeber adressierte Ermächtigung zur Einführung anderer oder weitergehender Anforderungen enthielt und der Begriff der „Zuverlässigkeit“ die Einbeziehung gesetzeskonformen Verhaltens als Kriterium für die Auswahlentscheidung jedenfalls nicht ausschloss.³

Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.04.2009⁴ hat bezüglich der für die Vergabeentscheidung maßgebenden Faktoren zu einer entscheidenden Klarstellung geführt, da die bisherige Trias („fachkundig, leistungsfähig, zuverlässig“) in § 97 Abs. 4 GWB – unter Beibehaltung der bisherigen Ermächtigung an den Bundes- bzw. Landesgesetzgeber (siehe § 97 Abs. 4 S. 3 GWB n.F.) um das Kriterium der Gesetzestreue erweitert wurde. Ausweislich der Regierungsbegründung hat die Hinzufügung der „Gesetzestreue“ zwar lediglich klarstellende Bedeutung, da es als integraler Bestandteil der Zuverlässigkeit angesehen wird, dass „alle Unternehmen die deutschen Gesetze einhalten“⁵. Hervorzuheben sind in dem hiesigen Kontext aber vor allem die weiteren und für die Auslegung der Norm erhellenden Vorstellungen des historischen Gesetzgebers, mag deren Bedeutung für die Auslegung im Rahmen einer objektiven Auslegung im Laufe der Zeit auch verblassen.

Nach der Regierungsbegründung zählen zu den einzuhaltenden Gesetzen auch die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge.⁶ Ferner führt die Regierungsbegründung die Entgeltgleichheit von Männern und Frauen sowie international vereinbarte Grundprinzipien und Rechte, wie z.B. die Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) an. Das mit Tariftreuegesetzen verfolgte Anliegen, bei der Erfüllung des Auftrages die Einhaltung tarifvertraglich geregelter Arbeitsentgelte durch den Auftragnehmer sicherzustellen, wird durch die im Jahre 2009 veränderte Fassung des § 97 Abs. 4 GWB

³ Hierfür z.B. Bechthold/Otting, GWB, 4. Aufl. 2006, § 97 Rdnr. 25; Bungenberg, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, § 97 GWB Rdnr. 52; Dreher, in: Immenga/Mestmächer, Wettbewerbsrecht GWB, 4. Aufl. 2007, § 97 Rdnr. 158.

⁴ BGBl. I S. 1790.

⁵ Reg.-Begr., BT-Drucks. 16/10117, S. 16.

⁶ Reg.-Begr., BT-Drucks. 16/10117, S. 16.

jedenfalls dann mittels des Vergaberechts verwirklicht, wenn die Tarifbestimmung wie ein Gesetz für alle Arbeitsverhältnisse gilt, wie dies bei allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen der Fall ist (§ 5 Abs. 4 TVG). Entsprechendes gilt für die Erstreckung von Tarifverträgen auf sog. Entsendesachverhalte (§ 8 Abs. 1 AEntG). Keine Lösung bietet § 97 Abs. 4 GWB hingegen, wenn die Bindung an den Tarifvertrag mitgliedschaftlich (§ 3 Abs. 1 TVG) oder arbeitsvertraglich (Bezugnahmeklausel) vermittelt wird. Erst recht ermöglicht § 97 Abs. 4 GWB grundsätzlich keine Bindung an Tarifverträge, wenn diese nicht bereits aufgrund einer anderweitigen Rechtsgrundlage besteht.

Neben der Bindung der Vergabeentscheidung an gesetzestreue Anbieter wurde § 97 Abs. 4 GWB durch einen neu aufgenommenen Satz ergänzt, nach dem an den Auftragnehmer für die Auftragsausführung zusätzliche Anforderungen gestellt werden können. Allerdings müssen diese mit dem Auftragsgegenstand in einem sachlichen Zusammenhang stehen und sich deshalb aus der Leistungsbeschreibung ergeben (siehe § 97 Abs. 4 S. 2 GWB). Im Hinblick auf den hier relevanten Kontext nennt § 97 Abs. 4 S. 2 GWB ausdrücklich auch soziale Anforderungen. Nach Auffassung der Bundesregierung soll es hierdurch öffentlichen Auftraggebern möglich sein, zur Sicherstellung der Qualifikation des Wachpersonals deren angemessene Bezahlung zu verlangen.⁷ Darüber hinaus könne der öffentliche Auftraggeber hierdurch auch verlangen, dass bei dem Auftrag eingesetzte Produkte (z.B. Pflastersteine) unter Beachtung der Kernarbeitsnormen der ILO hergestellt wurden.⁸ Damit beschränkt sich das Vergaberecht nicht mehr ausschließlich auf die Vergabeentscheidung, sondern erstreckt sich nunmehr auch auf die Ausführungsebene.

Die vorstehend skizzierten Regularien des GWB gelten indes – nicht anders als bislang – nicht für alle öffentlichen Aufträge im Sinne des § 99 GWB, sondern ausschließlich für solche, die nach § 100 GWB in den Anwendungsbereich des 4. Teils dieses Gesetzes einbezogen sind. Abgesehen von den hier zu vernachlässigenden Ausnahmetatbeständen in § 100 Abs. 2 GWB müssen diese deshalb mindestens die nach § 127 GWB durch Rechtsverordnung festgelegten Schwellenwerte erreichen. Die im Einzelnen in § 2 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) festgelegten Schwellenwerte reichen von 137.000,00 Euro bei bestimmten Dienstleistungen über 211.000,00 Euro für alle anderen Liefer- und Dienstleistungsaufträge bis hin zu 5.278.000,00 Euro für Bauaufträge. Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb dieser Schwellenwerte läuft die in § 97 Abs. 4 GWB aufgenommene Regelung deshalb leer.

Trotz der durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vorgenommenen Korrektur im GWB und den hiermit ausgebauten Möglichkeiten, die Einhaltung der tarif-

⁷ Reg.-Begr., BT-Drucks. 16/10117, S. 16; siehe auch *Koberski/Schierle*, RdA 2008, 233 (237).

⁸ Reg.-Begr., BT-Drucks. 16/10117, S. 16.

vertraglichen Bestimmungen im Rahmen der Vergabeentscheidung sowie ggf. auch im Rahmen der Ausführung des Auftrags sicherzustellen, verbleibt somit unterhalb des in § 2 VgV definierten Schwellenwertes ein Vakuum, das de lege lata unter anderem durch die vergaberechtlichen Rahmenbedingungen auf der Ebene der Ländergesetzgebung ausgefüllt wird, in Schleswig-Holstein also insbesondere durch § 14 MFG sowie die dort in Abs. 3 aufgezählten Rechtsgrundlagen bzw. Regelwerke (VOL/A, VOB/A).⁹ Die aktuellen Entwicklungen im bundesgesetzlich strukturierten Vergaberecht könnte deshalb der Landesgesetzgeber zum Anlass nehmen, die eigenen vergaberechtlichen Rahmenbedingungen mit der bundesgesetzlichen Rechtslage zu synchronisieren.

b) Als weitere zentrale Veränderung in den rechtlichen Rahmenbedingungen ist das am 24.04.2009 in Kraft getretene und umfassend novellierte Arbeitnehmer-Entsendegesetz vom 20.04.2009¹⁰ zu nennen.

aa) Dieses knüpft – entsprechend der Vorgängerregelung – grundsätzlich an einen Tarifvertrag und dessen Allgemeinverbindlicherklärung an und erstreckt diesen in den in § 4 AEntG aufgezählten Branchen auch auf Arbeitgeber mit Sitz im Ausland, wenn diese Arbeitnehmer im räumlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrages beschäftigen. Die Erstreckung des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages beschränkt sich nicht nur auf die Mindestentgeltsätze, sondern umfasst auch die weiteren in § 4 Nr. 2 bis 7 AEntG aufgezählten Arbeitsbedingungen und geht im Hinblick auf die Durchsetzung der tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen in sachlicher Hinsicht über die auf das Arbeitsentgelt fokussierten Tariftreuegesetze hinaus. Einschränkend eröffnet § 3 AEntG die Erstreckung der tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen auf Arbeitgeber mit Sitz im Ausland jedoch ausschließlich für „bundesweite Tarifverträge“. Fehlt für einen derartigen bundesweiten Tarifvertrag eine Allgemeinverbindlicherklärung, so eröffnet § 7 AEntG zusätzlich die Möglichkeit, die Erstreckung mittels einer Rechtsverordnung anzuordnen, die sich dann jedoch nicht auf alle in § 4 aufgezählten Arbeitsbedingungen bezieht, sondern nur die Mindestentgeltsätze sowie zentrale urlaubsrechtliche Regelungen umfasst.

bb) Während die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages und dessen Verbindlichkeit auf die dem deutschen Arbeitsvertragsstatut unterliegenden Arbeitsverhältnisse beschränkt ist, geht das Instrumentarium des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes einen Schritt weiter. Es begründet die Verpflichtung, den Arbeitnehmern mindestens die für den Beschäftigungsort verbindlichen tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen zu gewähren, und zwar unabhängig davon, welchem Arbeitsvertragsstatut das Arbeitsverhältnis ansonsten unterliegt (§ 8 Abs. 1 AEntG). Dies gilt deshalb nicht nur für Arbeitgeber mit Sitz im Inland, sondern auch für solche mit Sitz im Ausland. Da der insoweit maßgebli-

⁹ Im Überblick dazu *Bungenberg*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, vor §§ 97 ff. GWB Rdnr. 28 ff.

¹⁰ BGBl. I S. 799 ff.

che § 8 Abs. 1 AEntG keine Einschränkungen enthält, ist diese Rechtsfolgenbestimmung nicht auf Arbeitgeber mit Sitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union beschränkt, sondern gilt in gleicher Weise für Arbeitgeber aus sog. Drittstaaten.¹¹

cc) Im Unterschied zu den vorstehenden Regelungen, die im Gesetzgebungsverfahren sehr kontrovers diskutiert wurden, sind die auf der Sanktionsebene angesiedelten vergaberechtlichen Konsequenzen bei Nichtgewährung der in dem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag oder durch Rechtsverordnung erstreckten Tarifvertrag geregelten Arbeitsbedingungen weitgehend unverändert geblieben. Insoweit knüpft der auf § 6 AEntG a.F. zurückgehende § 21 AEntG an die Verhängung eines Bußgeldes an, das nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 AEntG bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Begehung verhängt und mit einer Geldbuße bis zu 500.000,00 Euro geahndet werden kann. Erreicht die Geldbuße wenigstens 2.500,00 Euro, so soll für angemessene Zeit ein Ausschluss von einem Wettbewerb um die Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgen, bis die Wiederherstellung der Zuverlässigkeit nachgewiesen ist (§ 21 Abs. 1 S. 1 AEntG = § 7 S. 1 AEntG a.F.). Zwecks Prüfung eines hierauf gestützten Ausschlusses von dem Wettbewerb können öffentliche Auftraggeber von Bewerberinnen oder Bewerbern eine Erklärung verlangen, dass die Voraussetzungen für einen Ausschluss von dem Wettbewerb nach § 21 Abs. 1 AEntG nicht vorliegen (§ 21 Abs. 3 S. 1 AEntG = § 7 S. 4 AEntG a.F.).

Die Nichtgewährung der in einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag geregelten Arbeitsbedingungen hat deshalb nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz zwar keine unmittelbaren Konsequenzen für die Ausführung des konkreten Auftrages, wohl aber eröffnet der durch Bußgeldbescheid geahndete Verstoß die Möglichkeit eines zukünftigen Ausschlusses von dem Wettbewerb, wobei die Höhe der Geldbuße keine allzu hohe Schwelle darstellen dürfte. Den Ausschluss von dem Wettbewerb ordnet § 21 Abs. 1 S. 1 AEntG zwar nicht als zwingende Rechtsfolge an, die Formulierung „soll“ schränkt den Ermessensspielraum der für die Vergabe zuständigen Stelle jedoch stark ein.

3. Bei einem Blick auf die rechtlichen Rahmenbedingungen für ein Tariftreuegesetz sind zudem die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben von zentraler Bedeutung, wobei vor allem die durch Art. 49 EGV/Art. 56 AEU gewährleistete Dienstleistungsfreiheit im Vordergrund steht.

a) Ungeachtet dessen ist auch die gemeinschaftsrechtliche Dimension des Vergaberechts nicht zu vernachlässigen, die unter anderem durch die Richtlinie 2004/18/EG geprägt wird. Nach dem dortigen Art. 26 können öffentliche Auftraggeber auch soziale Aspekte für die Ausführung des Auftrags vorschreiben. Damit wird eine Problematik ausgehend von der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs in das Gemeinschaftsrecht

¹¹ *Schlachter*, ErfKomm., 10. Aufl. 2010, § 8 AEntG Rn. 2.

inkorporiert worden, die lange umstritten war.¹² Selbst wenn hiernach offen bleibt, ob zu den sozialen Aspekten auch die Anwendung der am Arbeitsort verbindlichen Tarifverträge zählt, erkennt Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG jedenfalls nur solche sozialen Aspekte an, die „mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind“. Vor allem im Hinblick auf das Verlangen nach Tariftreue für die Ausführung öffentlicher Aufträge ist dieser Vorbehalt von entscheidender Bedeutung, da hierdurch die Konformität entsprechender gesetzlicher Regelungen mit der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EGV/Art. 56 AEU) bzw. der Richtlinie 96/71/EG in den Vordergrund tritt. Erweist sich eine gesetzliche Regelung zur Tariftreue hiermit als unvereinbar, so schafft Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG hierfür keine Rechtfertigung bzw. Legitimation.¹³

b) Nachdem verfassungsrechtliche Einwände gegen landesgesetzliche Regelungen zur Gewährleistung der Tariftreue bei der Vergabe öffentlicher Aufträge seitens des Bundesverfassungsgerichtes verworfen wurden,¹⁴ kam die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache *Rüffert* am 03.04.2008¹⁵ eher überraschend,¹⁶ wenngleich es auch zuvor nicht an Einwänden im Schrifttum gefehlt hatte,¹⁷ die sich auch auf das Gemeinschaftsrecht gestützt hatten. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache *Rüffert* betrifft zwei verschiedene rechtliche Ebenen des Gemeinschaftsrechts, die für den hierdurch eröffneten Spielraum für Tariftreuegesetze von zentraler Bedeutung sind. Einerseits ist dies durch die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EGV/Art. 56 AEU) das primäre Gemeinschaftsrecht, andererseits in Gestalt der Richtlinie 96/71/EG das sekundäre Gemeinschaftsrecht.

aa) Obwohl der Europäische Gerichtshof auf die Dienstleistungsfreiheit lediglich zurückgegriffen hat, um in ihrem Lichte die Richtlinie 96/71/EG auszulegen,¹⁸ enthält das Urteil in der Rechtssache *Rüffert* zentrale Aussagen zur Vereinbarkeit von Tariftreuegesetzen mit Art. 49 EGV/Art. 56 AEU, die auch für den hier begutachteten Entwurf von zentraler Bedeutung sind.

¹² Siehe im Überblick *Seifert*, EuZA 2008, 526 (530 f.), m.w.N.

¹³ Treffend *Seifert*, EuZA 2008, 526 (531); *Koberski/Schierle*, RdA 2008, 233 (235 ff.).

¹⁴ Siehe BVerfGE 116, 202 ff. = NJW 2007, 51 ff.; dazu *Preis/Ulber*, NJW 2007, 465 ff.; *Rieble*, NZA 2007, 1 ff.. Zum Vorlagebeschluss des Bundesgerichtshofes BGH, NZA 2000, 327 ff. = AP Nr. 1 zu § 20 GWB.

¹⁵ C – 346/06, Slg. 2008, I – 1989 ff. = EAS Teil C EG-Vertrag (1999) Art. 49 Nr. 23 = NJW 2008, 3485 ff.; dazu u.a. *Bayreuther*, NZA 2008, 626 ff.; *Bitterich*, ZIP 2008, 1455 ff.; *Bungenberg*, EuR 2008, 397 ff.; *Dobmann*, VergabeR 2008, 484 ff.; *Hänlein*, ZESAR 2008, 275 ff.; *Klumpp*, NJW 2008, 3473 ff.; *Koberski/Schierle*, RdA 2008, 233 ff.; *Kocher*, DB 2008, 1042 ff.; *Seifert*, EuZA 2008, 526 ff.; *Wiedmann*, EuZW 2008, 308 ff.

¹⁶ Überraschend war das Urteil vor allem deshalb, weil sich Generalanwalt *Bot* in seinen Schlussanträgen noch für die Gemeinschaftsrechtskonformität ausgesprochen hatte und von den Schlussanträgen des Generalanwaltes abweichende Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes eher selten sind.

¹⁷ Siehe z.B. *Kling*, EuZW 2002, 229 (234); *Löwisch*, DB 2004, 814 (818); *Seifert*, ZfA 2001, 1 (23).

¹⁸ C – 346/06 (Fn. 15), Rdnr. 36.

Erstens hat der Europäische Gerichtshof festgestellt, dass die Verpflichtung zur Abgabe einer Tariftreueerklärung für Leistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten mit niedrigeren Mindestlohnsätzen eine zusätzliche wirtschaftliche Belastung darstellt, die geeignet ist, die Erbringung ihrer Dienstleistungen im Aufnahmestaat zu unterbinden und deshalb eine Beschränkung im Sinne von Art. 49 EG/Art. 56 AEU darstellen kann.¹⁹

Zweitens hat der Gerichtshof zentrale Begründungen, die zur Legitimation von Tariftreuegesetzen vorgetragen werden,²⁰ als ungeeignet angesehen, um die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit zu rechtfertigen. Verworfen hat der Europäische Gerichtshof insbesondere das Ziel des Arbeitnehmerschutzes, da der tarifvertraglich festgelegte Lohnsatz nur für die Vergabe öffentlicher Aufträge maßgebend sein sollte und der Tarifvertrag zudem nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden war.²¹ Diese Argumentation eröffnet dem Europäischen Gerichtshof allerdings auch den Spielraum, die Rechtfertigung durch das Ziel des Arbeitnehmerschutzes anders zu würdigen, wenn sich die Verpflichtungserklärung auf einen für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag bezieht. Für das Ziel des Arbeitnehmerschutzes ist dieser Umstand von zentraler Bedeutung, da der Gerichtshof gerade in der Ungleichbehandlung von öffentlichen und privaten Auftraggebern den entscheidenden Grund sah, das Argument des Arbeitnehmerschutzes zu verwerfen. Mit Recht vermisste der Europäische Gerichtshof einen sachlichen Grund dafür, dass die Arbeitnehmer bei Aufträgen im privaten Sektor weniger schutzbedürftig seien.²²

Auch die Leistungsfähigkeit des Sozialversicherungssystems hat der Europäische Gerichtshof im Kontext der Dienstleistungsfreiheit als rechtfertigenden Grund verworfen. Dies allerdings nicht generell, sondern nur deshalb, weil er hinreichende Anhaltspunkte vermisste, dass die Tariftreueerklärung erforderlich sei, um „eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit zu verhindern“²³.

bb) Im Lichte der Ausführungen des Europäischen Gerichtshofes zu Tarifverträgen, die für allgemeinverbindlich erklärt worden sind,²⁴ sind auch seine Überlegungen zur Auslegung von Art. 3 der Richtlinie 96/71/EG zu sehen. Danach sind die Mitgliedsstaaten ausschließlich berechtigt, den in der Richtlinie vorgesehenen Mindestschutz zu verwirklichen.²⁵ Die Etablierung eines höheren Schutzniveaus sei den Mitgliedstaaten demgegenüber verwehrt, da eine derartige Auslegung der Richtlinie darauf hinausliefe, dieser

¹⁹ C – 346/06 (Fn. 15), Rdnr. 37.

²⁰ Siehe exemplarisch BVerfGE 116, 202 (223 f.).

²¹ C – 346/06 (Fn. 15), Rdnr. 39.

²² Zustimmung *Rieble/Klumpp*, MünchArbR, 3. Aufl. 2009, § 179 Rdnr. 129; *Seifert*, EuZA 2008, 526 (535); kritisch jedoch *Bayreuther*, NZA 2008, 626 (628 f.).

²³ C – 346/06 (Fn. 15), Rdnr. 42.

²⁴ Siehe C – 346/06 (Fn. 15), Rdnr. 39.

²⁵ Siehe C – 346/06 (Fn. 15), Rdnr. 30, 33.

die praktische Wirksamkeit zu nehmen.²⁶ Dies wird verbreitet dahin verstanden, dass die Richtlinie 96/71/EG eine Höchstschutzvorgabe begründet.²⁷

Umgekehrt hat der Europäische Gerichtshof mit seinen Ausführungen zur Auslegung der Richtlinie 96/71/EG jedoch bestätigt, dass Tariftreueerklärungen nicht im Widerspruch zu dieser Richtlinie stehen, wenn sich diese auf die Einhaltung eines von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG erfassten Tarifvertrages bezieht. Dies war bei dem Tarifvertrag, der Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens war, aufgrund der fehlenden Allgemeinverbindlicherklärung jedoch nicht der Fall.²⁸

Darüber hinaus ist auch die letzte Aussage des Europäischen Gerichtshofes auf einen bestimmten Sachverhalt beschränkt, da es sich bei den vom Arbeitnehmer zu erbringenden Leistungen um Bauleistungen im Sinne des Anhangs zu Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG handelte. Für die Reichweite der vorgenannten Richtlinienbestimmung ist dies von entscheidender Bedeutung, da die Erstreckung der in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG aufgezählten Arbeitsbedingungen der Bundesrepublik Deutschland als Mitgliedstaat nur gestattet ist, wenn die jeweiligen Arbeitsbedingungen entweder durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften oder durch einen für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag festgelegt sind. Insoweit erfasst Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie jedoch nicht jeden für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag, sondern nur solche, die die im Anhang der Richtlinie aufgezählten Tätigkeiten erfassen („alle Bauarbeiten, die der Errichtung, der Instandsetzung, der Instandhaltung, dem Umbau oder dem Abriss von Bauwerken dienen“). Außerhalb des so definierten Tätigkeitsbereichs genügt die Allgemeinverbindlicherklärung für sich alleine somit nicht, um die dort festgelegten Arbeitsbedingungen auf entsandte Arbeitnehmer zu erstrecken.

c) Aus Sicht des Gemeinschaftsrechts lassen sich im Lichte des Urteils in der Rechtssache *Rüffert* folgende Aussagen für die gesetzliche Verpflichtung zur Abgabe von Tariftreueerklärungen im Rahmen eines Wettbewerbs um die Vergabe öffentlicher Aufträge treffen:

aa) Das Gemeinschaftsrecht steht einer gesetzlichen Verpflichtung zur Abgabe einer Tariftreueerklärung nicht generell entgegen, beschränkt diese jedoch auf einen vergleichsweise schmalen Bereich.

bb) Die Gewährleistung der Dienstleistungsfreiheit durch Art. 49 EGV/Art. 56 AEU steht jeglichen Verpflichtungen zur Tariftreue entgegen, die sich auf Tarifverträge beziehen, die nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden sind. Ob umgekehrt eine auf allgemein-

²⁶ Siehe C – 346/06 (Fn. 15), Rdnr. 33.

²⁷ So *Klumpp*, NJW 2008, 3473 (3475); ebenso zuvor *Dobmann*, Die Tariftreueerklärung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2007, S. 216 ff.

²⁸ Siehe C – 346/06 (Fn. 15), Rdnr. 28.

verbindlich erklärte Tarifverträge bezogene Tariftreueerklärung generell mit Art. 49 EGV/Art. 56 AEU vereinbar ist,²⁹ hat der Europäische Gerichtshof bislang nicht entschieden. Dies ist aber wohl zu bejahen, da der Europäische Gerichtshof keine Zweifel hegt, dass die Richtlinie 96/71/EG mit dem primären Gemeinschaftsrecht vereinbar ist³⁰ und diese die Erstreckung durch für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge ausdrücklich zulässt.

cc) Die in einem Mitgliedstaat gesetzlich festgelegte Pflicht zur Tariftreue darf zudem den Vorgaben der Richtlinie 96/71/EG nicht widersprechen. Danach können die nach Art. 3 der Richtlinie 96/71/EG von den Mitgliedstaaten zu garantierenden Arbeitsbedingungen auch in für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen enthalten sein. Andere Tarifverträge müssen hingegen in Deutschland schon deshalb ausscheiden, weil es hier ein System zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen gibt.³¹

dd) Weder aus dem Wortlaut noch aus dem Zweck der Richtlinie lässt sich ableiten, dass es sich bei den von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG erfassten Tarifverträgen zwingend um solche handeln muss, deren räumlicher Geltungsbereich sich auf das gesamte Bundesgebiet erstreckt. Die Definition in Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie 96/71/EG verlangt lediglich, dass die Tarifverträge von allen in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden Unternehmen einzuhalten sind. Diese Voraussetzungen erfüllen wegen § 5 Abs. 4 TVG sowohl bundesweite Tarifverträge als auch solche mit einem enger gefassten räumlichen Geltungsbereich. Tarifrrechtlich ist diese Entscheidung jedoch von dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales zu treffen; die oberste Arbeitsbehörde eines Landes kann hierüber nur aufgrund einer Delegation befinden (§ 5 Abs. 6 TVG).

ee) Die Erstreckung der Arbeitsbedingungen durch einen für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag ist beschränkt auf die in der Anlage zu Art. 3 der Richtlinie 96/71/EG genannten Tätigkeiten. Für Tätigkeiten in anderen Branchen kommt eine Erstreckung nur in Betracht, wenn Rechts- oder Verwaltungsvorschriften die Arbeitsbedingungen festlegen.

Insoweit ist bislang vom Europäischen Gerichtshof nicht abschließend entschieden, ob die in dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz eingesetzte Regelungstechnik, für bestimmte Branchen dort geltende und für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge als maßgebend anzuordnen, den an Rechts- oder Verwaltungsvorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG zu stellenden Anforderungen genügt.³² Dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache *Rüffert* ist allerdings zu entnehmen,

²⁹ Dies bejahend *Seifert*, EuZA 2008, 526 (537).

³⁰ Treffend insoweit auch *Bayreuther*, NZA 2008, 626 (627).

³¹ Dazu C – 346/06 (Fn. 15), Rdnr. 27.

³² Hierfür *Steiff*, NZBau 2008, 364 (366).

dass ein Landesvergabegesetz keine Rechtsvorschrift im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG ist.³³ Dies begründete der Gerichtshof vor allem mit dem Umstand, dass das Landesvergabegesetz selbst keinen Mindestlohn festlegt.³⁴

Dies ist bei der in Art. 3 AEntG eingesetzten Regelungstechnik nicht anders. Auch in diesem Fall legt nicht das Arbeitnehmer-Entsendegesetz selbst, sondern der für allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag die Arbeitsbedingungen fest. Die Gegenüberstellung in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG legt daher nahe, dass allgemeinverbindliche Tarifverträge keine Rechtsvorschriften im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie sind, mögen diese auch nach deutschem Verständnis Gesetze im materiellen Sinne und die Allgemeinverbindlichkeitserklärung ein Normsetzungsakt *sui generis*³⁵ sein. Angesichts der Aussagen des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache *Rüffert* ist die Vereinbarkeit von § 4 Nr. 2 bis 8 AEntG mit der Richtlinie 96/71/EG deshalb zweifelhaft, da die Arbeitsbedingungen dort nicht von dem Gesetz selbst, sondern in dem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag festgelegt sind.

Für die Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG lassen sich allerdings gute Gründe aus dem Zweck der Bestimmung anführen. Diese zielt darauf ab, die am Beschäftigungsort für alle Arbeitnehmer geltenden Arbeitsbedingungen auf die an diesen entsandten Arbeitnehmer zur Anwendung zu bringen. Aus diesem Blickwinkel muss es ausreichen, dass die allgemeine Verbindlichkeit durch eine Rechts- oder Verwaltungsvorschrift angeordnet wird. Dies ist auch dann erfüllt, wenn eine gesetzliche Regelung oder ggf. eine Rechtsverordnung auf bestimmte Tarifverträge Bezug nimmt und deren generelle Verbindlichkeit anordnet.

ff) Beschränkt auf Bauleistungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG steht eine gesetzliche Verpflichtung zur Abgabe einer Tariftreueerklärung nicht im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht, sofern sich die Erklärung auf einen für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag bezieht. Nach der vorstehend befürworteten Auslegung gilt entsprechendes für allgemeinverbindlich erklärte bundesweite Tarifverträge, die für die in § 4 Nr. 2 bis 8 AEntG aufgezählten Branchen gelten.

gg) Die vorstehend zusammengefassten gemeinschaftlichen Rahmendaten leitete der Europäische Gerichtshof aus Vorgaben ab, deren Anwendungsbereich zum Teil beschränkt ist.

– So gelten die Vorgaben der Dienstleistungsfreiheit streng genommen nicht für reine Inlandssachverhalte, wenn sich also unter den Bietern ausschließlich Unternehmen mit

³³ Siehe C – 346/06 (Fn. 15), Rdnr. 24.

³⁴ Zustimmend *Bayreuther*, NZA 2008, 626 (627); *Klumpp*, NJW 2008, 3473 (3476).

³⁵ Dazu BVerfGE 44, 322 (339 ff.).

Sitz im Inland befinden.³⁶ Entsprechendes gilt für Arbeitgeber aus Drittstaaten, da diese nicht in den persönlichen Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit einbezogen sind.

– Die vorstehenden Einschränkungen gelten in vergleichbarer Weise für die Richtlinie 96/71/EG. Reine Inlandssachverhalte werden von dieser schon durch den in Art. 1 der Richtlinie definierten Anwendungsbereich ausgeklammert. Danach wird nur die länderübergreifende Erbringung von Dienstleistungen erfasst, bei der der Arbeitnehmer in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates entsandt wird. Dies ist bei reinen Inlandssachverhalten nicht der Fall.

– Die Richtlinie 96/71/EG gilt nur für entsandte Arbeitnehmer und deren Arbeitsbedingungen. Zu den entsandten Arbeitnehmern zählen nach Art. 2 der Richtlinie 96/71/EG ausschließlich diejenigen Arbeitnehmer, die für einen begrenzten Zeitraum ihre Arbeitsleistung in dem Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates erbringen. Hieraus folgt umgekehrt, dass die Richtlinie die Vergabe solcher öffentlicher Aufträge nicht erfasst, bei deren Ausführung nur solche Arbeitnehmer zum Einsatz kommen können, die ihre Arbeitsleistung für den Arbeitgeber für einen unbegrenzten Zeitraum oder ausschließlich in dem Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates erbringen. Im Hinblick auf die Beschränkung auf Entsendesachverhalte ist deshalb zweifelhaft, ob Aufträge zur Ausführung von Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) oder im schienengebundenen Personennahverkehr (SPNV) den Bindungen durch die Entsenderichtlinie unterliegen, da diese typischerweise nur mit Hilfe von Ortskräften erledigt werden können.³⁷

B.

Vor dem Hintergrund der vorstehenden allgemeinen Überlegungen sind folgende Anmerkungen zu dem zu begutachtenden Entwurf anzubringen:

1. Der Entwurf hält unverändert an der Konzeption eines eigenständigen Tariftreuegesetzes fest. Andere landesgesetzliche Regelungen, die ein dem Entwurf vergleichbares Regelungsanliegen verfolgen, sind insoweit einen anderen Weg gegangen und haben das Erfordernis der Tariftreue als Kriterium für die Vergabe öffentlicher Aufträge in den vergaberechtlichen Kontext eingebettet. Das gilt sowohl für das Hamburgische Vergabegesetz als auch für das Niedersächsische Vergabegesetz vom 15.12.2008, die jeweils in § 3 eine Regelung zur Tariftreueerklärung treffen. In vergleichbarer Weise gilt dies für

³⁶ Siehe zurückhaltend insofern *Thüsing/Granetzny*, NZA 2009, 183 (185).

³⁷ Siehe insoweit *Dobmann*, VergabeR 2008, 484 (486) sowie *Bayreuther*, EuZW 2009, 102 (106).

das Hessische Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge (§ 2).

Diese Regelungstechnik legt es nahe, auch in Schleswig-Holstein bei § 14 MFG anzusetzen und die dortigen Kriterien für die Vergabeentscheidung zu überarbeiten. Im Interesse einer transparenten Regelung ist in diesem Zusammenhang insbesondere zu erwägen, die seit dem 24. April 2009 geltenden Vorgaben des § 97 Abs. 4 GWB für die Vergabeentscheidung bzw. eine etwaige Bindung für die Auftragsausführung in das Landesrecht zu übernehmen und damit auf die Vergabe solcher öffentlichen Aufträge zu erstrecken, die nicht den nach § 100 Abs. 1 GWB festgelegten Schwellenwert erreichen.

Das Regelungsanliegen des Entwurfs, das öffentliche Aufträge nur an solche Unternehmen vergeben werden, die bestimmte tarifvertraglich fixierte Entgelte zahlen, lässt sich bei einer Übernahme der Regelungen in § 97 Abs. 4 S. 1 und 2 GWB ebenso erreichen, wie die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen, auf die § 3a des Hamburgischen Vergabegesetzes abzielt. Dies hätte zur Folge, dass öffentliche Aufträge nur an solche Unternehmen vergeben werden dürften, die die Gewähr für ein im vorstehenden Sinne gesetzeskonformes Verhalten bieten.

Dabei hat bereits die Regierungsbegründung zur Neufassung des § 97 Abs. 4 GWB mit Recht darauf hingewiesen, dass hierzu auch die Einhaltung von Tarifverträgen zählt. Allerdings werden hierdurch nicht jegliche für die Arbeitsbedingungen maßgebliche Tarifverträge erfasst, sondern nur solche, die wie ein Gesetz für die Unternehmen verbindlich sind. Dazu zählen neben den in der Gesetzgebung ausdrücklich benannten allgemeinverbindlichen Tarifverträge auch solche, die durch das Arbeitnehmer-Entsendegesetz auf Unternehmen mit Sitz im Ausland erstreckt werden. Mit diesem Ansatz würde allerdings darauf verzichtet, auch diejenigen Unternehmen an die Einhaltung tarifvertraglicher Arbeitsbedingungen zu binden, die nicht ohnehin bereits kraft Tarifrechts oder aufgrund anderweitiger gesetzlicher Regelung an den Tarifvertrag gebunden sind. Durch die Bezugnahme auf das Arbeitnehmer-Entsendegesetz in dem neugefassten § 2 Abs. 1 strebt indes auch der hier begutachtete Entwurf nicht an.

Bedenken im Hinblick auf die Europarechtskonformität bestehen bei diesem Ansatz nicht, solange die Bindung an die vom Arbeitnehmer-Entsendegesetz erfassten Tarifverträge nicht im Widerspruch zu der Richtlinie 96/71/EG steht. Eine gesonderte Erklärung der Unternehmen, den Arbeitnehmern ein bestimmtes Mindestentgelt zu zahlen, ist streng genommen überflüssig, da diese Verpflichtung bereits kraft eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages (§ 5 Abs. 4 TVG) oder des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (§ 8 Abs. 1 AEntG) besteht.

Denkbar wäre bei dem vorstehend skizzierten Ansatz auch, das gesetzeskonforme Verhalten der Unternehmer bei der Ausführung des Auftrages durch die zusätzliche Sanktion einer Vertragsstrafe abzusichern, wie dies § 7 Tariftreuegesetz SH vorsieht. So ließe

sich das vergaberechtliche Regelungsgefüge dadurch ergänzen, dass die Unternehmer bei der Auftragserteilung zur Zahlung einer Vertragsstrafe zu verpflichten sind, die stets dann verwirkt ist, wenn sie bei der Gewährung des Arbeitsentgelts den Bindungen an einen für sie verbindlichen Tarifvertrag zuwiderhandeln.

2. Abgesehen von dem vorstehend skizzierten Weg zur Gewährleistung der Tariftreue bei der Erfüllung öffentlicher Aufträge gibt der zu begutachtende Entwurf Anlass zu folgenden Anmerkungen:

a) Ob es zweckmäßig ist, das Ziel des Gesetzes – wie in § 1 des Entwurfs – in der Tradition der derzeit geltenden Regelung den eigentlichen Bestimmungen voranzustellen, mag unterschiedlich beurteilt werden. Jedenfalls aber sollte das in § 1 des Entwurfs in Bezug genommene Gesetz korrekt bezeichnet werden. Es ist deshalb das Arbeitnehmer-Entsendegesetz vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 799) zu nennen; das in § 1 des Entwurfs in Bezug genommene Gesetz wurde durch § 25 S. 2 des vorgenannten Arbeitnehmer-Entsendegesetzes ausdrücklich aufgehoben.

b) Mit § 2 des derzeit geltenden Tariftreuegesetzes soll ausweislich der Amtlichen Überschrift der Anwendungsbereich des Gesetzes umschrieben werden.

aa) Dabei zeichnet sich auch der geänderte Absatz 1 wie die derzeit geltende Fassung des Tariftreuegesetzes dadurch aus, dass er den Adressatenkreis (öffentliche Auftraggeber) definiert und zugleich auf Aufträge in bestimmte Branchen beschränkt. Abgesehen von den nicht ohne weiteres einsichtigen Unterschieden zwischen den nach § 14 Abs. 2 MFG und den von § 2 Abs. 1 des Entwurfs erfassten öffentlichen Auftraggebern, bleiben nach der Fassung des Entwurfs die als Auffangtatbestand gemeinten „sonstigen Aufgabenträger“ sehr unscharf. Selbst mit Hilfe der Bezugnahme auf „öffentliche Aufträge“ lässt sich letztlich keine Präzisierung erreichen, da § 14 Abs. 1 MFG öffentliche Aufträge dahin definiert, dass es sich um Verträge handelt, die von öffentlichen Auftraggebern mit Auftragnehmern des privaten Rechts abgeschlossen werden. Zweckmäßiger wäre es deshalb auch in diesem Punkt, im Landesvergaberecht einen einheitlichen Begriff des öffentlichen Auftraggebers zu normieren.

Wenig überzeugend ist bei dem von dem Entwurf verfolgten Ansatz die Beibehaltung der in § 2 Abs. 2 des Tariftreuegesetzes aufgenommenen Ermessensregelung zugunsten der Gemeinden. Angesichts der Beschränkung auf die in § 2 Abs. 1 des Entwurfs indirekt genannten Tarifverträge sind diese stets auch dann für die Unternehmen verbindlich, wenn öffentliche Aufträge von Gemeinden vergeben werden. Sowohl im Hinblick auf den Arbeitnehmerschutz als auch für den Schutz des Wettbewerbs fehlt für eine unterschiedliche Behandlung der verschiedenen öffentlichen Auftraggeber eine sachliche Rechtfertigung. Im Lichte der bisherigen weiten Fassung in § 2 Abs. 1 des Tariftreuegesetzes mag der Ermessensspielraum zugunsten der Gemeinden sachgerecht

gewesen sein, angesichts der engeren Fassung in § 2 Abs. 1 des Entwurfs ist indes eine sachliche Rechtfertigung für einen Fortbestand des Ermessens nicht erkennbar.

bb) Entscheidender ist jedoch die Eingrenzung des Anwendungsbereichs des Tariftreuegesetzes auf die in § 4 AEntG genannten Branchen, wobei der Entwurf in diesem Zusammenhang zutreffend das seit dem 24.04.2009 geltende Arbeitnehmer-Entsendegesetz zitiert. Zweckmäßig ist allerdings eine Dynamisierung der Bezugnahme.

Zu beantworten ist jedoch vor allem die Frage nach der Europarechtskonformität dieser Bezugnahme. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass sich diese bezüglich der in § 4 Nr. 1 AEntG genannten Branche unmittelbar aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache *Rüffert* ergibt. Hinsichtlich der weiteren in § 4 Nr. 2 bis 8 AEntG genannten Branchen ist die Rechtslage bislang nicht von dem Gerichtshof geklärt worden. Wird der in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG enthaltene Begriff der „Rechts- und Verwaltungsvorschriften“ so verstanden, dass hiervon auch in Rechtsvorschriften enthaltene Bezugnahmen auf allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge erfasst werden, dann sind im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit der Richtlinie 96/71/EG keine Bedenken anzumelden.

Bei der Verknüpfung des Anwendungsbereichs des Tariftreuegesetzes mit dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz ist es an sich konsequent, wenn der Entwurf § 2 Abs. 3 des bislang geltenden Tariftreuegesetzes streichen will, da die dort genannte Branche nicht in § 4 AEntG aufgezählt ist. Allerdings wurde bereits angemerkt, dass die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben der Richtlinie 96/71/EG für Tariftreuegesetze bei reinen Inlandssachverhalten nicht eingreifen. Dies könnte es rechtfertigen, den straßengebundenen öffentlichen Personennahverkehr unverändert in ein Tariftreuegesetz einzubeziehen. Selbst wenn im Hinblick auf die Richtlinie 96/71/EG keine Bedenken anzumelden sind, bleibt die Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit unverändert klärungsbedürftig.

cc) Die in § 2 Abs. 3 S. 2 des Entwurfs vorgenommene Änderung ist redaktioneller Natur und passt § 2 Abs. 4 S. 2 des derzeit geltenden Gesetzes an die aktuelle Rechtslage an. Um spätere Änderungen zu vermeiden, ist es allerdings zweckmäßig, die in § 1 des Entwurfs enthaltene Dynamisierung in § 2 Abs. 3 S. 2 des Entwurfs fortzuführen, indem der Punkt durch ein Komma ersetzt wird und die Worte „in der jeweils geltenden Fassung“ angeschlossen werden.

c) Herzstück des Entwurfs ist die als Art. 1 Nr. 3 vorgesehene Neufassung des § 3 des Tariftreuegesetzes.

aa) Im Unterschied zu der bisherigen europarechtswidrigen Bestimmung, die pauschal auf den am Ort der Leistungserbringung geltenden Lohn- und Gehaltstarif abstellt, knüpft § 3 Abs. 1 S. 1 des Entwurfs an denjenigen Tarifvertrag an, an den das Unter-

nehmen nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz gebunden ist. Damit werden sowohl solche Tarifverträge erfasst, die für allgemeinverbindlich erklärt worden sind, als auch solche bundesweiten Tarifverträge, bei denen die Erstreckung durch Rechtsverordnung nach § 7 AEntG erfolgt ist.

Sofern die hier befürwortete weite Auslegung des Begriffs der Rechtsvorschriften in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG geteilt wird, liegt ein Widerspruch zu der Richtlinie nicht vor. Da nur solche Tarifverträge erfasst werden, die gleichermaßen für öffentliche und private Auftraggeber gelten, sind Bedenken im Hinblick auf das primäre Gemeinschaftsrecht (Dienstleistungsfreiheit) ebenfalls nicht anzumelden. Die vorstehenden Ergebnisse gelten schließlich auch für die in § 3 Abs. 1 S. 2 des Entwurfs genannten „anderen gesetzlichen Bestimmungen über Mindestentgelte“, welche auch immer dies sein mögen. Voraussetzung ist allerdings im Lichte des Urteils des Europäischen Gerichtshofes in der Sache *Rüffert*, dass die von Art. 3 Abs. 1 S. 2 des Entwurfs erfassten gesetzlichen Mindestentgelte auch für diejenigen Unternehmen verbindlich sind, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat haben. Kollisionsrechtlich muss es sich deshalb bei den „gesetzlichen Bestimmungen über Mindestentgelte“ um Eingriffsnormen im Sinne von Art. 34 EGBGB bzw. Art. 9 der Rom I – VO handeln.

Nur auf dem vorstehend skizzierten Weg ist auch der Ansatz in § 3 Abs. 2 des Entwurfs tragfähig. Dieser knüpft an die inzwischen gefestigte Judikatur des Bundesarbeitsgerichts zu sittenwidrigen Lohnvereinbarungen an. Danach führt ein Unterschreiten des am Arbeitsort üblichen Tariflohns in der Regel zum Vorwurf der Sittenwidrigkeit.³⁸ Allerdings zeigt die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, dass es sich hierbei um eine äußerst variable Schranke handelt,³⁹ so dass zweifelhaft bleibt, ob es sich bei § 138 Abs. 1 BGB tatsächlich um eine Rechtsvorschrift im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG handelt. Aus § 138 Abs. 1 BGB selbst ergibt sich jedenfalls kein gesetzlicher Mindestlohn.

Unklar ist zudem vor allem die in § 3 Abs. 2 des Entwurfs angeordnete Rechtsfolge. Im Gegensatz zu § 3 Abs. 1 S. 1 des Entwurfs, der von den Unternehmen eine schriftliche Verpflichtungserklärung einfordert, beschränkt sich § 3 Abs. 2 des Entwurfs auf eine Überprüfung des Entgelts. Sinnvoll ist diese Regelung allenfalls dann, wenn den Bietern zugleich die Verpflichtung auferlegt wird, dass den Arbeitnehmern bei der Ausführung der im Auftrag genannten Leistung zu zahlende Entgelt im Angebot mitzuteilen, da nur dann eine Überprüfung überhaupt erst möglich ist. Nicht eindeutig sind zudem die Rechtsfolgen, wenn die durch § 138 Abs. 1 BGB gezogene Schwelle unterschritten wird. Aus dem systematischen Zusammenhang wird man jedoch schließen müssen, dass der

³⁸ Siehe zuletzt BAG, AP Nr. 64 zu § 138 BGB.

³⁹ Exemplarisch BAG, AP Nr. 63 zu § 138 BGB.

Auftrag bei Bejahung der Sittenwidrigkeit nicht an ein solches Unternehmen vergeben werden darf.

bb) Kritisch zu bewerten ist die in Art. 3 Abs. 1 des Entwurfs aus dem bisherigen Recht fortgeführte Tradition, von dem Unternehmer die Abgabe einer schriftlichen Verpflichtungserklärung zu verlangen. Nach dem bisherigen Recht war dies sinnvoll, um eine Bindung der Unternehmen an Tarifverträge herbeizuführen, an die die Unternehmen ohne Verpflichtungserklärung nicht gebunden sind. Bei dem Ansatz des Entwurfs, sich auf die vom Arbeitnehmer-Entsendegesetz erfassten Tarifverträge zu beschränken, tritt dieses Problem wegen § 8 Abs. 1 AEntG nicht auf. Eine schriftliche Verpflichtungserklärung hat deshalb keinen eigenständigen Sinn, da die Verpflichtung bereits kraft Gesetzes besteht. Entsprechendes gilt für andere gesetzliche Bestimmungen über Mindestentgelte (§ 3 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs) bzw. die in § 3 Abs. 2 des Entwurfs aufgegriffenen sittenwidrigen Lohnvereinbarungen. Bei diesen handelt es sich um Eingriffsnormen im Sinne von Art. 34 EGBGB bzw. Art. 9 Abs. 1 Rom I – VO,⁴⁰ diese gelten also unabhängig von dem vereinbarten Arbeitsvertragsstatut für das Arbeitsverhältnis.

Folgt man diesem Einwand, dann sind nicht nur Bestimmungen zu einer eigenständigen Verpflichtungserklärung überflüssig, sondern auch die hierauf aufbauenden §§ 4 bis 6 des Tariftreuegesetzes SH, die nach dem Entwurf unverändert fortgelten sollen. Diese könnten angesichts der Erklärungspflichten in § 21 AEntG ersatzlos aufgehoben werden.

C.

Zusammengefasst ist deshalb folgendes festzuhalten:

1. Wegen der Verknüpfung der Verpflichtung zur Tariftreue mit den vom Arbeitnehmer-Entsendegesetz privilegierten Tarifverträgen sind nach der vorstehend befürworteten Auslegung von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG aus Sicht des Gemeinschaftsrechts insbesondere im Lichte des Urteils des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache *Rüffert* keine Bedenken gegen den Entwurf anzumelden.
2. Da die Verpflichtung zur Anwendung der von § 2 Abs. 1 des Entwurfs erfassten Tarifverträge bereits kraft Gesetzes (§ 8 Abs. 1 AEntG) besteht, ist eine eigenständige, auf Einhaltung tarifvertraglicher Vorgaben abzielende Verpflichtungserklärung entbehrlich.

⁴⁰ Siehe *Oetker*, MünchArbR, 3. Aufl. 2009, § 11 Rdnr. 72, m.w.N.

Im Zentrum steht die Einhaltung des für das Unternehmen ohnehin verbindlichen Tarifvertrages. Dieses Ziel lässt sich systemkonform auch durch eine Angleichung von § 14 MFG an die Vorgaben in § 97 Abs. 4 S. 1 und 2 GWB in Verbindung mit den in § 21 AEntG geregelten Erklärungspflichten verwirklichen. Dies schließt nicht aus, § 14 MFG um eine § 7 des Tariftreuegesetzes Schleswig-Holstein entsprechende Verpflichtung zur Aufnahme eines Vertragsstrafeversprechens zu ergänzen.

gez. Univ.-Prof. Dr. Hartmut Oetker