

**Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 17/575**

**Der Präsident des
Schleswig-Holsteinischen Landtages**

Wissenschaftlicher Dienst

Schleswig-Holsteinischer Landtag ▪ Postfach 7121 ▪ 24171 Kiel

An den
Vorsitzenden des
Wirtschaftsausschusses
Herrn Bernd Schröder, MdL

Vorsitzenden des
Innen- und Rechtsausschusses
Herrn Thomas Rother, MdL

– im Hause –

**Ausschussprotokoll vom:
10.02.2010**

Mein Zeichen: L 203 – 28/17

**Bearbeiter/in:
Dr. Anika D. Luch**

**Telefon (0431) 988-1133
Telefax (0431) 988-1250
anika.luch@landtag.ltsh.de**

17.03.2010

Normsetzungskompetenz für Mindestlohnregelungen sowie Sanktionsmöglichkeiten im Tariftreuegesetz

Sehr geehrter Herr Schröder, sehr geehrter Herr Rother,

in der gemeinsamen Sitzung des Wirtschaftsausschusses mit dem Innen- und Rechtsausschuss am 10. Februar d.J. wurde der Wissenschaftliche Dienst gebeten, zu den Fragen der Normsetzungskompetenz des Landesgesetzgebers auf Festlegung eines Mindestlohns sowie zu Sanktionsmöglichkeiten im Tariftreuegesetz (TTG) Stellung zu nehmen. Dieser Bitte kommen wir im Folgenden gerne nach.

A. Normsetzungskompetenz für eine Mindestlohnregelung

Fraglich ist zunächst, ob die Festlegung eines allgemeinen landesgesetzgesetzlichen Mindestlohns oder die Regelung einer speziellen Mindestlohnverpflichtung im Rahmen des Tariftreuegesetzes Schleswig-Holstein von der Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers gedeckt wäre.

I. Grundsätzliches zur Abgrenzung von Kompetenztiteln

Die grundsätzliche Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern wird in Art. 70 Abs. 1 GG geregelt. Nach dem hier festgelegten Regel-Ausnahme-Verhältnis besitzt

der Bund nur die ihm ausdrücklich zugewiesenen Gesetzgebungskompetenzen, während der gesamte unbenannte „Rest“ zum Kompetenzbereich der Länder zählt (sog. Residual-Kompetenz). Die Gegenstände der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes werden in Art. 73 GG aufgelistet; in den dort genannten Bereichen steht den Ländern keine eigenständige Gesetzgebungsbefugnis zu. Art. 74 GG enthält daneben einen Katalog von Gegenständen der konkurrierenden Gesetzgebung. In diesen Bereichen können die Länder Gesetze erlassen, solange und soweit nicht der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG).

Mit der formalen Regelungstechnik des Grundgesetzes (sog. Enumerationsprinzip) ist keine Zweifelsregel zugunsten der Gliedstaaten verbunden, sie erlaubt also nicht den Schluss auf eine allgemeine Direktive, Bundeszuständigkeiten seien als Ausnahmevorschrift eng auszulegen. Dementsprechend hat auch das Bundesverfassungsgericht eine derartige Zweifelsregel der Sache nach abgelehnt¹.

Welcher Kompetenzbestimmung eine gesetzliche Regelung zuzuordnen ist, richtet sich grundsätzlich nach dem Gegenstand der jeweiligen Regelung. Dieser ist etwa anhand des unmittelbaren Zwecks², des Hauptzwecks³, der unmittelbaren Wirkung⁴, des Kerns⁵, des Spezifischen⁶ oder des Speziellen⁷ der Regelung zu bestimmen⁸.

II. Allgemeiner landesgesetzlicher Mindestlohn

Gesetzliche Vorgaben für den Arbeitslohn können grundsätzlich dem **Arbeitsrecht** im Sinne des **Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG** und damit einem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung zugeordnet werden⁹. Das bedeutet, dass das Land eine Gesetzgebungsbefugnis zur Regelung der (Mindest-)Entlohnung der Arbeitnehmer privater Unternehmen nur hat, soweit nicht der Bundesgesetzgeber bereits von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz (abschließend) Gebrauch gemacht hat.

¹ *Höfling/Rixen*, GewArch 2008, 1 (3) m.w.N. und unter Hinweis auf BVerfGE 15, 126 (139); 36, 193 (209). Z.T. str.; ebenfalls zustimmend aber *Degenhart*, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 70 Rn. 7 m.w.N.

² BVerfGE 8, 143 (148 ff.); 24, 300 (353); 26, 281 (298).

³ BVerfGE 13, 181 (196).

⁴ BVerfGE 36, 314 (319); 78, 249 (266).

⁵ BVerfGE 28, 119 (147).

⁶ BVerfGE 3, 407 (433); 15, 1 (22).

⁷ BVerfGE 14, 197 (220).

⁸ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 10. Aufl. 2009, Art. 70 Rn. 7.

⁹ *Sachs*, in: ders., Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 70 Rn. 53 unter Hinweis auf BVerfGE 15, 105 (115); 65, 104 (119).

1. **Bundesgesetzliche Regelungen zum Mindestlohn** finden sich sowohl im Gesetz über die Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen (Mindestarbeitsbedingungengesetz – MiArbG)¹⁰ als auch im Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG)¹¹. Das Tarifvertragsgesetz (TVG)¹² enthält zudem Vorschriften über die Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen¹³.

a) Das **Mindestarbeitsbedingungengesetz** weist einleitend ausdrücklich darauf hin, dass Entgelte und sonstige Arbeitsbedingungen grundsätzlich in freier Vereinbarung zwischen den Tarifvertragsparteien durch Tarifverträge geregelt werden (§ 1 Abs. 1 MiArbG). Im Weiteren wird gleichwohl die staatliche Festsetzung von Mindestlöhnen in Wirtschaftszweigen und Beschäftigungsarten ermöglicht, soweit für diese Gewerkschaften oder Vereinigungen von Arbeitgebern nicht bestehen oder nur eine Minderheit (unter 50%) der Arbeitnehmer oder Arbeitgeber umfassen. Das Gesetz enthält ferner detaillierte Regelungen für den Ablauf des Verfahrens, das sich in mehrere Stufen gliedert und durchlaufen werden muss, bevor die Bundesregierung für einen Wirtschaftszweig eine bestimmte Mindestentgelthöhe durch Rechtsverordnung festsetzen kann¹⁴.

b) Das **Tarifvertragsgesetz** gestaltet die Tarifautonomie der Tarifpartner rechtlich aus und ist Grundlage für deren Zusammenwirken. Unter bestimmten Voraussetzungen eröffnet es dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) die Möglichkeit, auf Antrag einer Tarifpartei einen Tarifvertrag für allgemeinverbindlich zu erklären. Rechtsfolge der Allgemeinverbindlichkeit ist, dass die Rechtsnormen des Tarifvertrags in seinem Geltungsbereich auch die bisher nicht gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erfassen (§ 5 Abs. 4 TVG). Voraussetzung für eine Allgemeinverbindlicherklä-

¹⁰ Vom 11. Januar 1952 (BGBl. I S. 17), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. April 2009 (BGBl. I S. 818).

¹¹ Vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 799).

¹² In der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969 (BGBl. I S. 1323), zuletzt geändert durch Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407).

¹³ Siehe auch § 19 Heimarbeitsgesetz; § 3 Abs. 1 Nr. 3 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz.

¹⁴ BayVGH, BayVBl. 2009, 300 (301): „Soweit ersichtlich, wurde auf der Grundlage dieses Gesetzes lediglich in einem Fall ein Festsetzungsverfahren beantragt (vgl. DB 1952, 911). Das Verfahren wurde jedoch ohne Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen beendet; weitere Anwendungsfälle sind nicht bekannt“. Da Zweck des Gesetzes u.a. war, die Tarifvertragsparteien zur Tätigkeit anzuregen, um eine staatliche Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen zu vermeiden, wird durch den Nichterlass von Verordnungen die Präventivwirkung nicht in Frage gestellt, BayVBl. 2009, 300 (302).

rung ist dabei u. a., dass die tarifgebundenen Arbeitgeber mindestens 50% der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigen (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 TVG).

c) Das **Arbeitnehmer-Entsendegesetz** eröffnet schließlich die Möglichkeit, in ausdrücklich festgelegten Branchen¹⁵ von den Tarifpartnern ausgehandelte Mindestlohn-tarifverträge durch Verordnung des BMAS auf alle im jeweiligen Geltungsbereich und in dem jeweiligen Wirtschaftszweig beschäftigte Arbeitnehmer zu erstrecken (§ 7 Abs. 1 AEntG). Die Erstreckung ist jedoch sachlich auf Mindestentgeltsätze sowie auf Regelungen zum Urlaub beschränkt (§ 7 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 5 Nr. 1 bis 3 AEntG). Voraussetzung für die Erstreckung eines Tarifvertrags durch Rechtsverordnung ist ein gemeinsamer Antrag der Tarifparteien. Anders als bei der Allgemeinverbindlicherklärung durch das BMAS nach dem Tarifvertragsgesetz führt die Erstreckung eines Tarifvertrags nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz dazu, dass sämtliche Arbeitnehmer und Arbeitgeber der Branche, also nicht nur diejenigen, die bisher nicht an einen Tarifvertrag gebundenen sind, sondern auch diejenigen, die an konkurrierende Tarifverträge gebunden sind, den genannten Mindestvertragsbedingungen unterworfen werden¹⁶ (§ 8 Abs. 2 AEntG).

2. Der Erlass eines oder mehrerer Bundesgesetze über einen bestimmten Gegenstand rechtfertigt für sich allein noch nicht die Annahme, dass damit die Länder von einer Gesetzgebung ausgeschlossen sind; es können noch Bereiche übrig bleiben, deren Regelung für die Gesetzgebung der Länder offen ist¹⁷. **Maßgeblich** zur Beurteilung dieser Frage ist letztlich eine **Gesamtwürdigung** der bestehenden gesetzlichen Lage sowie eine Analyse, **ob** der betroffene Gesetzesbereich **umfassend und lückenlos geregelt** ist oder jedenfalls nach dem objektivierten Willen des Gesetzgebers abschließend geregelt werden sollte¹⁸. Auch im absichtsvollen Unterlassen einer Regelung kann dabei die Wahrnehmung einer Bundeszuständigkeit liegen. Das Schweigen eines Gesetzes bedeutet insofern, dass der Bundesgesetzgeber keinerlei – also

¹⁵ Gemäß § 4 AEntG gehören dazu derzeit das Baugewerbe, die Gebäudereinigung, Briefdienstleistungen, Sicherheitsdienstleistungen, Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwerken, Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft, Abfallwirtschaft einschließlich Straßenreinigung und Winterdienst, Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen nach dem Zweiten oder Dritten Buch Sozialgesetzbuch sowie gemäß § 10 AEntG die Pflegebranche, für die besondere Vorschriften gelten.

¹⁶ Siehe *Bayreuther*, in: Thüsing, AEntG Kommentar, 2010, § 7 Rn. 2.

¹⁷ Vgl. BVerfGE 102, 99 (104 f.); 109, 190 (230).

¹⁸ BVerfGE 98, 265 (300); 109, 190 (230).

auch keine landesrechtliche – Regelung zulassen wollte (sog. „beredtes Schweigen“ oder „bewusste Lücke mit Sperrwirkung“)¹⁹.

a) Die überwiegenden Gründe sprechen vorliegend dafür, dass es sich beim Mindestarbeitsbedingungengesetz²⁰, dem Tarifvertragsgesetz und dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz um ein **Gesamtkonzept** handelt, mit dem der Bundesgesetzgeber die Möglichkeiten zur Regelung von Mindestlöhnen und die Erstreckung von Tarifverträgen auf Dritte abschließend regeln wollte²¹. Zwar erlauben die aufgeführten Gesetze keinen generellen branchenübergreifenden Mindestlohn, sondern nur eine branchenbezogene Festsetzung von Mindestentgeltsätzen²², die zudem im Falle des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes auf bestimmte Wirtschaftszweige beschränkt ist. Dies könnte zu dem Schluss verleiten, dass das Bundesrecht Lücken aufweist, die der Landesgesetzgeber im Rahmen des ihm verbleibenden Regelungsspielraumes füllen könnte. Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass § 1 Abs. 1 MiArbG explizit den grundsätzlichen Vorrang frei ausgehandelter Tarifverträge betont. Die staatliche Festsetzung von Mindestentgelten soll demgegenüber eine Ausnahme bleiben. Das Mindestarbeitsbedingungengesetz wird ergänzt durch das Arbeitnehmer-Entsendegesetz, das die Erstreckung von tariflichen Mindestentgeltregelungen auf Dritte regelt, sich dabei aber auf wenige Branchen beschränkt und im Übrigen die vorherige Festsetzung von Entgeltregelungen den Tarifpartnern im Rahmen der Tarifautonomie überlässt. Das jeweilige Verfahren zur Festsetzung von Mindestentgelten bzw. die Erstreckung von Tarifverträgen durch Rechtsverordnung ist stets detailliert geregelt und in jedem Fall nicht ohne Antragstellung oder Einbeziehung der Tarifparteien vorgesehen. Der Bundesgesetzgeber hat insofern seine Einschätzung deutlich gemacht, dass ein staatliches Intervenieren im Tarifgefüge nur unter engen Voraussetzungen zugelassen werden soll. Diese „Zurückhaltung“ des Normgebers dürfte ihre Ursache nicht zuletzt

¹⁹ BayVGH, BayVBl. 2009, 300 (301).

²⁰ Das BAG hatte bereits 1956 festgestellt, Mindestlöhne ließen sich nicht mehr landesrechtlich regeln, „nachdem der Bund durch das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen (...) von seinem Recht der konkurrierenden Gesetzgebung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts nach Art. 74 Nr. 12 GG Gebrauch gemacht und damit dieses Rechtsgebiet der Gesetzgebung der Länder entzogen hatte (...)“. BAGE 3, 149 (151).

²¹ So auch u.a. *Weyand*, Vergaberecht, 2009, 7.9.7.15. (Rn. 833).

²² Zu beachten ist, dass die Mindestlohnvorgaben in den genannten Bundesgesetzen erst aufgrund einer Rechtsverordnung zur Geltung gelangen. Str. ist, ob der Bund schon mit dem Erlass einer Verordnungsermächtigung eine abschließende Regelung mit Sperrwirkung für den Landesgesetzgeber herbeiführen kann – zumindest wenn die in Aussicht genommene Verordnung insoweit konstitutiv wäre, als erst durch sie die eigentlich angestrebte materielle Regelung herbeigeführt würde. Die überwiegende Ansicht misst bereits dem ermächtigenden Gesetz eine entsprechende Sperrwirkung zu. Siehe zum Ganzen u.a. *Hoppe/Menzenbach*, NZA 2008, 1110 (1111) m.w.N.

in der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Koalitionsfreiheit haben, die gebietet, staatliche Eingriffe so gering wie möglich zu halten²³.

b) Die Gesetze sind ferner hinsichtlich ihrer **Anwendungsbereiche aufeinander abgestimmt**. Während das Mindestarbeitsbedingungengesetz bei niedriger Tarifbindung (unter 50%) greift, kommen das Arbeitnehmer-Entsendegesetz und die Regelung über die Allgemeinverbindlicherklärung in § 5 TVG für Branchen mit hoher Tarifbindung (über 50%) zur Anwendung²⁴. Die Regelungsziele der Gesetze sind folglich miteinander abgestimmt und bilden damit ein **abschließendes Gesamtkonzept**.

3. Der Bundesgesetzgeber hat nach alledem von seiner arbeitsrechtlichen Gesetzgebungskompetenz zur Regelung von Mindestlöhnen abschließend Gebrauch gemacht. Eine Regelungslücke ist nicht zu erkennen. **Für einen gesetzlichen, allgemein verbindlichen Mindestlohn fehlt es daher an der Gesetzgebungskompetenz des Landes**. Dies hat auch das Bundesverfassungsgericht bereits in einem obiter dictum ohne nähere Begründung zum Ausdruck gebracht²⁵. Eine solche Regelung wäre somit verfassungswidrig²⁶.

III. Mindestlohnverpflichtung im Tariftreuegesetz

Etwas anderes könnte gelten, wenn eine Mindestlohnvorgabe in unmittelbarem Zusammenhang mit der Tariftreuregelung im Tariftreuegesetz des Landes und damit in einem vergaberechtlichen Kontext erfolgen würde. Beispielhaft sei für eine solche Regelung auf die im Anhang aufgeführten Vorschriften in Bremen (§ 9 Abs. 1 Tariftreue- und Vergabegesetz) und Berlin (§ 1 Abs. 4 Ausschreibungs- und Vergabegesetz [im Entwurf]) hingewiesen.

²³ Ausführliche Begründung in BayVGH, BayVBl. 2009, 300 (302).

²⁴ Anträge auf Aufnahme einer Branche in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz konnten nur für Branchen mit einer Tarifbindung von über 50% gestellt werden (Entwurf eines Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, Drs. 16/10486, S. 1 [A. Problem und Ziel]). Anders als § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TVG verlangt § 7 AEntG jedoch nicht, dass die tarifgebundenen Arbeitgeber eine bestimmte Mindestanzahl der unter den Tarifvertrag fallenden Arbeitnehmer beschäftigen, um einen Tarifvertrag durch Rechtsverordnung allgemein verbindlich erklären zu können. Siehe hierzu *Bayreuther*, in: Thüsing, AEntG Kommentar, 2010, § 7 Rn. 10.

²⁵ BVerfGE 116, 202 (226).

²⁶ Zu den Rechtsfolgen der Sperrwirkung vgl. *Stettner*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2008, Art. 72 Rn. 31.

Das Vergaberecht ist dem „**Recht der Wirtschaft**“ im Sinne des **Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG**²⁷ und damit ebenfalls der konkurrierenden Gesetzgebung zuzuordnen²⁸.

Das **Bundesverfassungsgericht** hatte im Jahre 2006 über die **Verfassungsmäßigkeit der Berliner Tariftreueregelung** zu entscheiden. Die **Ausführungen** sind in weiten Teilen auf die vorliegende Problematik der Gesetzgebungskompetenz für Mindestentgeltregelungen im Zusammenhang mit der öffentlichen Auftragsvergabe **übertragbar**. Auch hinsichtlich der Tariftreueregelung ging es nämlich um die **Abgrenzung der Bereiche des Arbeitsrechts und des Rechts der Wirtschaft** (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 und 11 GG), die zunächst beide hinsichtlich einer Tariftreuerverpflichtung als einschlägige Gesetzgebungskompetenzen in Betracht zu ziehen sind.

1. Abgrenzung zum Arbeitsrecht

In Überschneidungsbereichen von Bundes- und Landeskompetenzen, aber auch von Unterarten der konkurrierenden Gesetzgebung kommt es auf den **stärkeren Sachzusammenhang**²⁹ an bzw. darauf, mit welchem Kompetenzbereich eine Regelung enger „verzahnt“³⁰ ist³¹. Das Bundesverfassungsgericht führte dazu bezogen auf die Berliner Tariftreuerverpflichtung folgendes aus:

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

²⁷ Das Vergaberecht war in Deutschland traditionell dem öffentlichen Haushaltsrecht zugeordnet und wurde durch das Vergaberechtsänderungsgesetz in das GWB eingefügt, welches an sich der Kompetenzvorschrift des Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG („Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung“) unterfällt. Siehe hierzu Näheres *Kreiling*, NZA 2001, 1118 (1123).

²⁸ BVerfG, Beschluss vom 11. Juli 2006 zur Tariftreueregelung im Berliner Vergabegesetz – 1 BvL 4/00 –, BVerfGE 116, 202 (215 ff.) mit ausführlicher Begründung.

²⁹ BVerfGE 97, 228 (252); 98, 265 (299).

³⁰ BVerfGE 98, 145 (158).

³¹ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 10. Aufl. 2009, Art. 70 Rn. 8.

auf das konkrete Kriterium bezogene Kompetenztitel – etwa der für das Arbeitsrecht gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG – einschlägig.“³²

Ferner gibt das Gericht zu bedenken, mit dem Erfordernis einer Tariftreueerklärung werde ein **Kriterium für die vergaberechtliche Auswahlentscheidung** geregelt. Unmittelbar **betroffen** sei die **Rechtsbeziehung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Bieter**, dessen Angebotsverhalten bei der Bewerbung um einen Auftrag aus wirtschafts- und sozialpolitischen Gründen dahingehend gesteuert werden solle, dass er sich gegenüber anderen Bewerbern keinen Vorteil durch eine untertarifliche Vergütung seiner Arbeitnehmer verschafft. Mit der Einbeziehung eines solchen Kriteriums in die Auswahlentscheidung werde das Ziel verfolgt, die Vergabe von Aufträgen aus bestimmten **wirtschafts- und sozialpolitischen Gründen** unmittelbar zu beeinflussen. Diese Zielsetzung werde **in das Vergabeverfahren integriert**. Es handele sich damit um eine Sonderregelung für den Bereich der öffentlichen Beschaffung, mit der ein Kriterium für die Vergabeentscheidung festgelegt werde, das mittelbar auf die arbeitsrechtlichen Beziehungen im Unternehmen der Bieter Einfluss nehmen solle³³.

Für eine Charakterisierung der Tariftreuregelung als vergaberechtliche Vorschrift sprach nach Ansicht des Gerichts auch der **Regelungszusammenhang mit der Sanktionsnorm** im Berliner Vergabegesetz (§ 1 Abs. 2 VgG Bln). Der **Verstoß** eines Unternehmers gegen die Verpflichtung zur Tariftreue solle danach die **spezifisch vergaberechtliche Konsequenz** haben, dass er von der Teilnahme an einem Wettbewerb um einen Bauauftrag oder Dienstleistungsauftrag bis zu einer Dauer von zwei Jahren ausgeschlossen werde. Aus dieser Verknüpfung werde deutlich, dass es bei der Regelung der Verpflichtung zur Tariftreue zweckgerichtet um eine Ausgestaltung der Bedingungen für die Teilnahme am Wettbewerb um eine öffentliche Auftragsvergabe und damit um einen vergaberechtlichen Regelungsgegenstand gehe³⁴.

Auch eine mögliche **Mindestlohnverpflichtung im TTG** wäre ein solches sozialpolitisch motiviertes Kriterium im Zusammenhang mit der öffentlichen Auftragsvergabe; es entstünde kein allgemeinverbindlicher Mindestlohn, sondern lediglich eine Verpflichtung zur Zahlung eines Mindestentgeltsatzes im Rahmen der Ausführung eines öffent-

³² BVerfGE 116, 202 (216). Demgegenüber krit. u.a. *Hölzl*, *VergabeR* 2007, 53; *Schwab*, *ArbuR* 2007, 97.

³³ BVerfGE 116, 202 (216 f.).

³⁴ BVerfGE 116, 202 (217).

lichen Auftrags. An einen Verstoß gegen die Mindestlohnverpflichtung durch den Auftragnehmer (oder dessen Nachunternehmer) würden höchst wahrscheinlich ebenfalls die aus § 7 TTG möglichen Sanktionen – und damit vergabespezifische Konsequenzen (Vertragsstrafe, Kündigung und Ausschluss aus Vergabeverfahren) – geknüpft. Insofern weist eine im Tariftreuegesetz enthaltene Mindestlohnverpflichtung einen unmittelbaren Sachzusammenhang mit dem Vergaberecht und damit dem Recht der Wirtschaft im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG auf, welcher den Bezug zum Arbeitsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) deutlich überlagert.

2. Keine abschließende Regelung durch den Bundesgesetzgeber

Fraglich ist allerdings auch hinsichtlich dieses für Vergaberegelnungen einschlägigen Gesetzgebungstitels aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, ob der Bund von dieser konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis bereits abschließend Gebrauch gemacht hat.

Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass der Bund mit seiner Rechtsetzung Raum für weitere landesrechtliche Vorgaben in diesem Bereich gelassen hat.

Die allgemeinen Grundsätze der öffentlichen Auftragsvergabe, wie der Wettbewerbsgrundsatz, das Transparenzgebot, das Gleichheitsgebot und das Gebot der Vergabe an das wirtschaftlichste Angebot, sind in § 97 GWB geregelt. In § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB werden die generell geltenden Eignungskriterien (Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Gesetzestreue und Zuverlässigkeit) genannt; **Satz 2** erlaubt den Auftraggebern zusätzliche **in einem sachlichen Zusammenhang zum Auftragsgegenstand** stehende (insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative) Anforderungen an die Auftragnehmer zu stellen. Andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nach **Satz 3** nur gestellt werden, sofern dies in einem Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist (sog. **vergabefremde Kriterien**)³⁵. Dieser Vorschrift ist nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts zu entnehmen, dass auch aus Sicht des Bundesgesetzgebers die Regelung solcher Kriterien durch den Landesgesetzgeber grundsätzlich möglich sein soll³⁶. In der Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 4 **Satz 2** GWB findet sich im Übrigen gerade der Hinweis darauf, dass über die Klausel ermög-

³⁵ Siehe hierzu Näheres *Müller-Wrede*, in: ders., *GWB – Vergaberecht*, 2009, § 97 Rn. 44 ff.

³⁶ „Mit der in § 97 Abs. 4 2. Halbsatz GWB a.F. bestimmten Zulässigkeit einer landesgesetzlichen Regelung ist ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien gerade auch dem Wunsch der Länder nach einer kompetenzrechtlichen Legitimation eigener Tariftreuevorschriften für den Bereich ihrer Auftragsvergabe Rechnung getragen worden“, BVerfGE 116, 202 (217).

licht werden solle, beispielsweise eine angemessene Bezahlung zur Sicherstellung der Qualifikation von Wach- oder Fahrdienstpersonal zu gewährleisten³⁷. Diese zusätzlichen Anforderungen nach Satz 2 dürfen sich allerdings nicht auf die Geschäftspolitik des Unternehmens generell, sondern nur auf das Verhalten bei der Ausführung des konkreten Auftrages beziehen³⁸; es muss ein sachlicher Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand vorliegen³⁹. **§ 97 Abs. 4 S. 3 GWB** macht demgegenüber deutlich, dass **allgemeine Anforderungen an die Unternehmens- oder Geschäftspolitik** ohne konkreten Bezug zum Auftrag (z.B. allgemeine Ausbildungsquoten, Quotierungen von Führungspositionen zugunsten der Frauenförderung, generelle Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen) nach wie vor dem Landes- oder Bundesgesetzgeber vorbehalten bleiben⁴⁰. Die hier enthaltene **Öffnungsklausel** macht daher bereits deutlich, dass der Bundesgesetzgeber selbst nicht davon ausgeht, abschließend Gebrauch von seiner Gesetzgebungskompetenz im Vergaberecht gemacht zu haben⁴¹.

Das **GWB** ist im Übrigen auch deshalb **nicht abschließend**, weil es sich nur auf Vergaben von **Aufträgen** mit einem Volumen **über den Schwellenwerten** bezieht. Für die Vergabe „kleinerer“ öffentlicher Aufträge steht es dem Landesgesetzgeber also ebenfalls frei, besondere Anforderungen an die Eignung von Auftragnehmern zu stellen.

³⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drs. 16/10117, S. 16; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie, BT-Drs. 16/11428, S. 32.

³⁸ BT-Drs. 16/11428, S. 32.

³⁹ BT-Drs. 16/10117, S. 16.

⁴⁰ BT-Drs. 16/10117, S. 16 f. *Rust*, Öffentliche Auftragsvergabe und soziale Standards nach bundesdeutschem und gemeinschaftsrechtlichem Vergaberecht, in: Klebe, Recht und soziale Arbeitswelt, Festschrift für Wolfgang Däubler, 1999, S. 900 (914), gibt zu bedenken: „Basis des Art. 72 Abs. 2 GG ist seit 1994 die Bedürfnisklausel. Konsequenz ist, daß die Gesetzgebungskompetenz des Bundes am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen ist. Ein Bedürfnis, nur dem Bund und nicht den Ländern weitergehende Anforderungen an die Auftragsvergabe zu ermöglichen, ist nicht ersichtlich, insbesondere da wesentliche Vorgaben bisher durch landesrechtliche Vorschriften erfolgt sind“.

⁴¹ Die Öffnungsklausel des § 97 Abs. 4 GWB verweist selbst hinsichtlich der weitergehenden („vergabefremden“) Kriterien auf die Zuständigkeit des Landesgesetzgebers, d.h. sie erweitert „den für die konkurrierende Gesetzgebung in Art. 74 I GG niedergelegten Kompetenzkatalog gerade zugunsten der Länder formell wie auch inhaltlich (...). Hinzu kommt noch der Umstand, dass bundesgesetzliche Regelungen nicht mehr ausschließlich dadurch begrenzt sind, dass sie zur Herstellung der „Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse“ erforderlich sind, sondern Basis des Art. 72 II GG die Bedürfnisklausel mit der Folge ist, dass die Gesetzgebungskompetenz des Bundes grundsätzlich am Prinzip der Verhältnismäßigkeit zu messen ist. Ein derartiges ‚Bedürfnis‘ lediglich dem Bund zuzusprechen und nicht auch den einzelnen Ländern, weitergehende Anforderungen an die öffentliche Auftragsvergabe zu ermöglichen, ist jedenfalls nicht erkennbar“. *Schwab*, NZA 2001, 701 (706) bezogen auf landesrechtliche Tariftreue-Regelungen. Krit. in Bezug auf die Herleitung der Gesetzgebungskompetenz aus § 97 Abs. 4 GWB *Berisch/Nehl*, ZIP 2000, 434; *Weinacht*, WuW 2000, 382.

3. Ergebnis

Nach alledem ist von einem **Regelungsspielraum der Länder** für die Ausgestaltung vergabefremder Kriterien in Form von **Mindestlohnverpflichtungen im Vergaberecht** auszugehen. Eine solche könnte folglich aus kompetenzieller Sicht in das TTG aufgenommen werden.

IV. Vereinbarkeit mit der Entsenderichtlinie

Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass sich wiederum die Vereinbarkeit mit Europarecht, insbesondere mit der Entsenderichtlinie (RL 96/71/EG⁴²), als problematisch erweist⁴³.

Die Anforderung des § 3 Abs. 1 lit. (c) Entsenderichtlinie, nach dem die Festlegung von Mindestlohnsätzen voraussetzt, dass sie durch **Rechts- und Verwaltungsvorschriften** und/oder durch für **allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge** erfolgt, mag zwar durch eine Mindestlohnverpflichtung mit konkreter Mindestvorgabe für die Entlohnung der Arbeitnehmer durch den Landesgesetzgeber im TTG (bspw. 7,50 €/Stunde) als erfüllt angesehen werden⁴⁴.

Der EuGH hatte aber in seiner Ruffert-Entscheidung die im niedersächsischen Tariftreuegesetz enthaltene Tariftreueverpflichtung unter anderem deshalb für europarechtswidrig eingestuft, weil auch die in **Art. 49 EG-Vertrag** verankerte **Dienstleistungsfreiheit** zu einer solchen Beurteilung zwingt. Die grundsätzliche Möglichkeit der Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit aus **Gründen des Allgemeininteresses** sei nicht gegeben. Ziele zur Verwirklichung des **Arbeitnehmerschutzes** und des

⁴² Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. Nr. L 018 vom 21. Januar 1997, S. 1.

⁴³ Einen entsprechenden Hinweis enthält auch die Gesetzesbegründung zu § 97 Abs. 4 GWB: „Die Anforderungen an die Bezahlung der Mitarbeiter dürfen als Folge des Ruffert-Urteils nicht über einen auf der Basis der Entsenderichtlinie und des Entsendegesetzes festgelegten Mindestlohn hinausgehen, wenn es diesen ‚Entsendegesetz-Lohn‘ gibt (Baubereich, Gebäudereinigung, Briefzustellung)“. BT-Drs. 16/11428, S. 32.

⁴⁴ Zweifel könnten allenfalls bestehen, weil sich die Bieter lediglich zur Zahlung des Mindestentgelts gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber verpflichten müssen. Unmittelbare arbeitsvertragliche Ansprüche werden damit nicht geschaffen. Aber dies wird in Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie wohl auch weder dem Wortlaut zu Folge, noch nach dem Sinn und Zweck der Richtlinie vorausgesetzt. Vgl. Abgeordnetenhaus Berlin, Vorlage zur Beschlussfassung, Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz, Drs. 16/2965, S. 16.

Schutzes der autonomen Ordnung des Arbeitslebens durch Koalitionen⁴⁵ kämen nicht in Betracht, da sich der in Frage stehende Tarifvertrag nur auf einen Teil der Bautätigkeit beziehe, indem er lediglich für die Vergabe öffentlicher, nicht aber privater Bauverträge Gültigkeit beanspruche. Der EuGH stellte damit bereits die Geeignetheit der mit der Tariftreueerklärung ergriffenen Maßnahme in Frage⁴⁶ und lehnte eine mögliche Eingriffsrechtfertigung ab. Zur Begründung wurde hierbei näher ausgeführt: Der Nachweis gelinge nicht, dass ein im Bausektor tätiger Arbeitnehmer nur bei seiner Beschäftigung im Rahmen eines öffentlichen Auftrags für Bauleistungen und nicht bei seiner Tätigkeit im Rahmen eines privaten Auftrags des Schutzes bedarf, der sich aus einem solchen Lohnsatz ergibt⁴⁷.

Die niedersächsische Regelung wurde seitens des EuGH letztlich deshalb als europarechtswidrig eingestuft, weil sie

- sich einerseits **nicht** auf einen **allgemeinverbindlichen Tarifvertrag** bezog und
- andererseits **nur im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe**, nicht jedoch im privaten Sektor Anwendung fand.

Eine **Mindestlohnverpflichtung im TTG würde ebenfalls nur den Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe**⁴⁸ **betreffen** und daher möglicherweise nicht als geeigneter Eingriff zugunsten des Arbeitnehmerschutzes in die Dienstleistungsfreiheit gewertet werden. Vor dem Hintergrund der bislang strengen Haltung des EuGH besteht eine ausreichende Wahrscheinlichkeit, dass die Ausführungen in Sachen Ruffert auch auf unmittelbare Mindestlohnregelungen außerhalb des Bereichs von allgemein verbindlichen Tarifverträgen im Streitfall gänzlich übertragen würden.

⁴⁵ Klumpp, NJW 2008, 3473 (3477) stellt hierzu fest: Beim Schutz kollektiver Regelungssysteme gehe es „offensichtlich weniger um den Schutz der entsandten Arbeitnehmer als vielmehr um den Schutz der örtlichen Unternehmen, der bei diesen beschäftigten Arbeitnehmer und des örtlichen tariflichen Systems überhaupt“.

⁴⁶ So auch Klumpp, NJW 2008, 3473 (3476), der betont, dass eine Maßnahme zugunsten des Arbeitnehmerschutzes nicht bei einem bloßen Partikularschutz geeignet sei. „Ein Mitgliedstaat, der Arbeitnehmerschutz als zwingendes Allgemeininteresse [zur Rechtfertigung] vorgibt, springt mit einer Maßnahme zu kurz, die den Kriterien zwingend und allgemein nicht gerecht werden kann, weil nur eine kleine Gruppe der eigentlich schützenswerten Arbeitnehmer überhaupt erreicht werden kann“.

⁴⁷ EuGH, NJW 2008, 3485 (3488), Rn. 40. Hierzu Thüsing, RdA 2008, 306 (309): „Arbeitnehmerschutz ist also nicht die Rechtfertigung – sonst müsste er alle Arbeitnehmer umfassen“.

⁴⁸ Wobei der Bereich der kommunalen Ebene auch weiterhin nur optional auf die Regelungen des TTG zurückgreifen können soll (§ 1 Abs. 2 TTG), so dass auch dieser Bereich nicht zwingend erfasst werden würde.

In **Bremen** versucht man der Gefahr der Europarechtswidrigkeit zu begegnen, indem die Mindestlohnverpflichtung in solchen Auftragsvergabeverfahren entfällt, die für Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union von Bedeutung ist:

„§ 9 Mindestlohn

(1) Öffentliche Aufträge werden nur an solche Unternehmen vergeben, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten, abgesehen von Auszubildenden, bei der Ausführung der Leistung ein Entgelt von mindestens 7,50 Euro (brutto) pro Stunde zu bezahlen.

(2) *Der öffentliche Auftraggeber fordert die Erklärung nach Absatz 1 nicht, wenn der Auftrag für Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union von Bedeutung ist. Satz 1 gilt nicht für die Vergabe von Dienstleistungen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs auf Straße und Schiene.*⁴⁹

Mit einer solchen Formulierung mag zwar das Risiko der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit gering gehalten zu werden, es kommt zugleich aber zu einer **Inländerdiskriminierung**. Der mit der Mindestlohnverpflichtung verbundene Grundrechtseingriff könnte insofern ebenfalls nicht zu rechtfertigen sein, da der Anwendungsbereich deutlich verkürzt wird.

In **Berlin** wurde jüngst ein Entwurf zur Einführung eines Ausschreibungs- und Vergabegesetzes⁵⁰ vorgelegt, indem gerade die ausdrückliche Erstreckung der Mindestlohnverpflichtung auf Unternehmen mit Sitz im Ausland vorgesehen ist⁵¹, § 1 Abs. 4:

„Unbeschadet etwaiger weitergehender Anforderungen nach Absatz 2 [Tariftreueverpflichtung i.S.d. AEntG] und 3 [öffentlicher Personennahverkehr] werden Aufträge an Unternehmen mit Sitz im Inland in jedem Fall nur vergeben, wenn diese sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern (ohne Auszubildende) bei der Ausführung der

⁴⁹ Bremisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe (Tariftreue- und Vergabegesetz) vom 24. November 2009, Brem.GBl. S. 476. Hervorhebungen durch die Verfasserin. Siehe auch im Anhang.

⁵⁰ Abgeordnetenhaus Berlin, Vorlage zur Beschlussfassung, Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz (16.02.2010), Drs. 16/2965. Siehe auch im Anhang.

⁵¹ Auch in Brandenburg soll nach Presseinformation vom 16. Februar 2010 der Wirtschaftsminister dem Kabinett Eckpunkte für ein Vergabegesetz vorgelegt haben, wonach öffentliche Aufträge nur an solche inländischen oder ausländischen Unternehmen vergeben werden sollen, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten einen Bruttolohn von mindestens 7,50 € zu bezahlen. Siehe unter <http://www.mwe.brandenburg.de/sixcms/detail.php/bb1.c.196545.de> (Stand: 04.03.2010).

Leistung mindestens ein Stundenentgelt von 7,50 € zu bezahlen. Satz 1 gilt auch für die Vergabe von Aufträgen an Unternehmen mit Sitz im Ausland.“⁵²

Mit der Erstreckung der Mindestlohnverpflichtung auf Unternehmen mit Sitz im Ausland werden laut Gesetzesbegründung „zwingende Vorgaben der Entsenderichtlinie“ erfüllt (Art. 3 Abs. 1)⁵³. Die Erstreckung auf Unternehmen mit Sitz im Ausland sei darüber hinaus nicht am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit zu überprüfen, weil es sich insoweit um voll harmonisiertes Recht handele, das nicht mehr in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten falle⁵⁴.

Es ist zwar richtig, dass das Sekundärrecht der Gemeinschaft der vertragskonformen Konkretisierung der primärrechtlichen Grundfreiheiten dient; es ist jedoch durchaus ebenso üblich bei der Auslegung des Sekundärrechts auf das Primärrecht zurückzugreifen⁵⁵. Vorliegend hat der **EuGH**, dem die Auslegung des Gemeinschaftsrecht obliegt, bereits bezogen auf allgemein verbindliche Tarifverträge ausgeführt, dass er vor dem Hintergrund der Dienstleistungsfreiheit die einheitliche Erfassung von privaten und öffentlichen Auftragsvergaben für erforderlich hält, um einen Eingriff in die Grundfreiheit im Rahmen der Entsenderichtlinie als gerechtfertigt anzusehen. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die Einschätzung der europarechtlichen Situation durch den Berliner Senat vom EuGH im Falle eines streitigen Verfahrens geteilt würde.

In jedem Fall wären bei der Ausgestaltung einer Mindestlohnverpflichtung im Tarifreuegesetz Schleswig-Holstein die europarechtlichen Implikationen zu beachten.

⁵² Aktuell lautet die Mindestlohnverpflichtung in § 1 Abs. 1 Satz 3 des Berliner Vergabegesetzes vom 9. Juli 1999 (GVBl. S. 369), zuletzt geändert durch Gesetz vom 19. März 2008 (GVBl. S. 80, 112): „Sofern für einzelne Branchen in Berlin keine Entgelttarife bestehen oder die in Berlin bestehenden und im konkreten Fall anwendbaren Entgelttarife ein Entgelt von weniger als 7,50 € je Stunde vorsehen, erfolgt die Vergabe mit der Auflage, dass die Unternehmen ihre Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (ohne Auszubildende) bei der Ausführung dieser Leistungen mit mindestens 7,50 € je Stunde entlohnen.“

⁵³ Abgeordnetenhaus Berlin, Vorlage zur Beschlussfassung, Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz, Drs. 16/2965, S. 16.

⁵⁴ Abgeordnetenhaus Berlin, Vorlage zur Beschlussfassung, Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz, Drs. 16/2965, S. 17.

⁵⁵ „Gebot der primärrechtskonformen Auslegung des Sekundärrechts“, *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 249 EGV Rn. 15 m.w.N. Ausdrücklich bezogen auf Harmonisierungsmaßnahmen *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 95 EGV Rn. 21 m.w.N.

V. Ergebnis

Nach Auffassung des Wissenschaftlichen Dienstes verbleibt dem Landesgesetzgeber ein Regelungsspielraum zur Ausgestaltung einer Mindestlohnverpflichtung im Zusammenhang mit der öffentlichen Auftragsvergabe neben dem Bund. Eine solche könnte daher im Tariftreuegesetz des Landes verankert werden. Zu beachten wäre allerdings, dass eine europarechtskonforme Ausgestaltung gewählt werden müsste, ohne dass es hierbei zu einer nicht gerechtfertigten Inländerdiskriminierung kommen dürfte.

B. Normsetzungskompetenz für Sanktionsmöglichkeiten gemäß § 7 TTG

Fraglich ist ferner, ob dem Landesgesetzgeber für sämtliche in § 7 TTG enthaltene Sanktionsmöglichkeiten eine entsprechende Gesetzgebungskompetenz zusteht. Als Prämisse ist für die folgende Prüfung zu unterstellen, dass sowohl die Tariftreueverpflichtung insoweit modifiziert werden wird, als in § 3 TTG entsprechend dem Gesetzentwurf der Fraktion des SSW⁵⁶ das Arbeitnehmerentsendegesetz in Bezug genommen wird (möglicherweise neben einer gesonderten tariflichen Verpflichtung für den Bereich des ÖPNV und SPNV), als auch für die insoweit nicht gebundenen Auftragnehmer eine Mindestlohnverpflichtung im oben genannten Sinne (als Auffangnorm) ins TTG integriert wird (siehe beispielhaft eine entsprechende Regelungssystematik in Berlin und Bremen im Anhang).

I. Ausgangslage

Nach dem geltenden **§ 7 Abs. 1 TTG** sind die Unternehmen zu verpflichten, für jeden schuldhaften Verstoß gegen die Tariftreueverpflichtung eine **Vertragsstrafe** von 1%⁵⁷ des Auftragswertes zu zahlen; dies gilt auch für Verstöße eines Nachunternehmers, soweit sie dem Auftragnehmer bekannt waren oder bekannt sein mussten.

Laut **§ 7 Abs. 2 TTG** ist mit dem Auftragnehmer zu vereinbaren, dass die Nichterfüllung der Tariftreuepflicht sowie grob fahrlässige oder mehrfache Verstöße gegen die Verpflichtung, die Nachunternehmer sorgfältig auszuwählen und die Einhaltung der Tariftreue nachzuweisen, zur **fristlosen Kündigung** des Auftrages berechtigen.

⁵⁶ Gesetzentwurf der Fraktion des SSW zur Änderung des Tariftreuegesetzes, Drs. 17/39.

⁵⁷ Bei mehreren Verstößen jedoch nicht mehr als insgesamt 10% des jeweiligen Auftragswertes, § 7 Abs. 1 Satz 2 TTG.

In **§ 7 Abs. 3 TTG** ist schließlich die Möglichkeit verankert, bei grob fahrlässigen oder mehrfachen Verstößen gegen die Verpflichtungen aus dem Tariftreuegesetz den Auftragnehmer und ggf. dessen Nachunternehmer **von der Vergabe öffentlicher Aufträge bis zu drei Jahren auszuschließen**.

II. Regelungsspielraum des Landesgesetzgebers neben bundesgesetzlichen Vorschriften

Regelungsgegenstand und inhaltlicher Schwerpunkt dieser Sanktionsnormen ist wiederum das Vergaberecht. Es werden unmittelbare Folgen für den Verstoß gegen das vergabefremde Kriterium der Tariftreue und ggf. zukünftig gegen eine Mindestlohnverpflichtung geregelt; ein solcher Verstoß soll jeweils Auswirkungen auf die konkrete Auftragsausführung (Vertragsstrafe oder Kündigung) oder auf künftige Vergabeverfahren (Ausschluss vom Wettbewerb) haben. Insofern ist die Gesetzgebungsbefugnis auch hier aus **Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG „Recht der Wirtschaft“** herzuleiten, siehe oben.

Fraglich ist jedoch auch in diesem Zusammenhang, **ob der Bundesgesetzgeber hinsichtlich der vergaberechtlichen Konsequenzen von dem konkurrierenden Gesetzgebungstitel bereits abschließend Gebrauch gemacht hat**, so dass kein Regelungsspielraum für den Landesgesetzgeber verbleibt, Art. 72 Abs. 1 GG.

1. Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge (§ 7 Abs. 3 TTG)

Die Möglichkeit zum **Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge** wie in § 7 Abs. 3 TTG findet sich in mehreren Bundesregelungen in unterschiedlichen Kontexten und aufgrund unterschiedlicher Umstände. Dies trifft beispielsweise auf **§ 21 Abs. 1 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz**⁵⁸ (SchwarzArbG)⁵⁹, **§ 21 der Sektorenverordnung**⁶⁰ (SektVO)⁶¹ und **§ 61 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz**⁶² (TKG)⁶³ zu.

⁵⁸ Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz) vom 23. Juli 2004 (BGBl. I S. 1842), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. April 2009 (BGBl. I S. 818).

⁵⁹ Bis zu drei Jahren im Falle einer Verurteilung oder der Belegung mit einer Geldbuße von wenigstens 2.500 € wegen bestimmter, ausdrücklich aufgeführter Verfehlungen.

⁶⁰ Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung) vom 23. September 2009 (BGBl. I S. 3110).

⁶¹ Im Falle von rechtskräftigen Verurteilungen wegen bestimmter näher bezeichneter Straftatbestände (Abs. 1) oder bei anderen Umständen wie der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Bewerbers, unzutreffenden Erklärungen oder schweren Verfehlungen, durch die die Zuverlässigkeit des Bieters in Frage gestellt wird (Abs. 4). Nach Abs. 5 hat der Auftraggeber, soweit er Kriterien zum

a) Die genannten Bestimmungen sehen zwar die **gleiche Rechtsfolge** des Ausschlusses vom Vergabeverfahren vor, der **vorausgehende Tatbestand stimmt jedoch nicht** mit den Voraussetzungen für einen Teilnahmeausschluss nach § 7 Abs. 3 TTG **überein**; dieser setzt bislang vielmehr einen spezifisch schuldhaften Verstoß gegen Verpflichtungen aus dem Tariftreuegesetz voraus. Ausreichend ist insofern ein Verstoß gegen die abgegebene Tariftreueverpflichtung oder – im Falle der Aufnahme einer entsprechenden Mindestlohnverpflichtung – die Nichteinhaltung des Mindestentgeltsatzes gegenüber den eigenen Beschäftigten bei Auftragsausführung. Demgegenüber knüpfen die aufgeführten bundesgesetzlichen Regelungen an andere Umstände an. Insofern kann aufgrund der bislang aufgeführten bundesrechtlichen Regelungen noch nicht von einem abschließenden Gebrauchmachen der Gesetzgebungskompetenz des Bundes ausgegangen werden.

b) **Deutliche Überschneidungen** von Tatbestand und Rechtsfolge des § 7 Abs. 3 TTG sind jedoch hinsichtlich des Mindestarbeitsbedingungengesetzes sowie des Arbeitnehmerentsendegesetzes auszumachen.

Nach **§ 16 Abs. 1 MiArbG** sollen Bewerber von der Teilnahme an einem Wettbewerb ausgeschlossen werden, wenn sie wegen Verstoßes gegen die Mindestentgeltverpflichtung oder gewisser Melde- und Duldungspflichten mit einer Geldbuße von wenigstens 2.500 € belegt worden sind. In ähnlicher Weise sind die Voraussetzungen für einen Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge in **§ 21 Abs. 1 AEntG** geregelt, der ebenfalls eine Belegung mit einer Geldbuße von wenigstens 2.500 € wegen Nichteinhaltung eines allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrages⁶⁴ oder Verstoßes gegen bestimmte Melde- und Duldungspflichten voraussetzt. Der Ausschluss soll je-

Ausschluss von Unternehmen vorgegeben hat, solche Unternehmen auszuschließen, die diese Kriterien erfüllen. Siehe auch § 8 Nr. 5 sowie § 8a VOB/A, § 7 Nr. 5, § 7a VOL/A, die inhaltlich § 21 Abs. 4 SektVO entsprechen.

⁶² Vom 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1190), zuletzt geändert durch Gesetz vom 17. Februar 2010 (BGBl. I S. 78).

⁶³ Demnach können Antragsteller von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren für die Zuteilung von Frequenzen ausgeschlossen werden, wenn zu erwarten ist, dass durch dessen erfolgreiches Gebot oder durch deren erfolgreiche Bewerbung ein chancengleicher Wettbewerb auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt gefährdet wird.

⁶⁴ Oder eines nach § 7 AEntG durch Rechtsverordnung des BMAS in seiner Anwendung auf alle nicht an ihn gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstreckten Tarifvertrages, siehe § 23 Abs. 1 Nr. 1 AEntG.

weils für eine „angemessene Zeit bis zur nachgewiesenen Wiederherstellung der Zuverlässigkeit“⁶⁵ erfolgen.

Da diese beiden bundesgesetzlichen Vorschriften **nicht nur hinsichtlich der Rechtsfolge** des Ausschlusses vom Vergabeverfahren, **sondern auch hinsichtlich des zugrunde gelegten Tatbestandes** der Verfehlung gegen eine Mindestlohnverpflichtung bzw. gegen Bestimmungen eines allgemein verbindlichen Tarifvertrags mit den beabsichtigten Regelungen des Tariftreuegesetzes des Landes grundsätzlich **übereinstimmen**, könnte es sich bei § 16 Abs. 1 MiArbG sowie § 21 Abs. 1 AEntG um eine insoweit abschließende Regelung handeln, neben der kein Regelungsspielraum für den Landesgesetzgeber verbleibt.

c) Zu beachten ist allerdings, dass die zugrunde gelegten Tatbestände der drei gesetzlichen Sanktionsregelungen nicht gänzlich übereinstimmen. Die bundesgesetzlichen Regelungen sanktionieren jeglichen Gesetzesverstoß, unabhängig davon, ob er aus Anlass eines öffentlichen Auftrages oder bei der Ausführung eines privaten Auftrags begangen wurde. Während es im MiArbG und AEntG um die Durchsetzung allgemeingültiger arbeitsrechtlicher Verpflichtungen geht, soll § 7 TTG speziell Konsequenzen für Verstöße gegen Vertragsbedingungen, die für die Ausführung eines konkreten öffentlichen Auftrags ausgehandelt worden sind, ermöglichen. Insofern ist der **Anwendungsbereich des § 7 Abs. 3 TTG enger und zugleich spezieller**.

Umgekehrt kommt hinzu, dass die in § 7 Abs. 3 TTG enthaltene Sanktion des Ausschlusses von der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht ausschließlich bei Verstößen gegen die Tariftreue- oder Mindestlohnverpflichtung in Betracht kommt. Es wird allgemein auf mindestens grob fahrlässige oder mehrere Verstöße gegen Verpflichtungen aus dem Tariftreuegesetz abgestellt. Die Unternehmen sind insofern insbesondere über § 4 TTG verpflichtet, ihre Nachunternehmer sorgfältig auszuwählen und die Angebote der Nachunternehmer daraufhin zu überprüfen, ob die auf der Basis der durch das TTG geforderten Lohn- und Gehaltstarife kalkuliert worden sein können⁶⁶.

⁶⁵ Eine Höchstdauer des Ausschlusses von drei Jahren wie in § 21 Abs. 1 Satz 1 SchwarzArbG ist zwar nicht vorgesehen, trotzdem erscheint es angemessen, sich an diesem Zeitraum bei den Ermessenserwägungen zu orientieren. *Mengel*, in: Thüsing, AEntG Kommentar, 2010, § 21 AEntG Rn. 8.

⁶⁶ In eine ähnliche Richtung stoßende Vorschriften enthalten auch das MiArbG und das AEntG. Nach § 18 Abs. 2 MiArbG bzw. § 23 Abs. 2 AEntG handelt auch derjenige ordnungswidrig, der weiß oder fahrlässig nicht weiß, dass ein eingesetzter Nachunternehmer Mindestarbeitsentgelte oder in einem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag gewährte Arbeitsbedingungen nicht gewährt.

Hinzu kommt die Pflicht nach § 6 Abs. 1 TTG für die Tariftreueerklärung ggf. eine Mustervorlage zu benutzen und nach Abs. 2 die Einhaltung der Tariftreueverpflichtung jederzeit nachzuweisen sowie zwecks Überprüfung dem öffentlichen Auftraggeber Einsichtnahme in die Unterlagen zu gewähren⁶⁷. Zudem wäre bei der Aufnahme einer Sonderregelung für die Bereiche des ÖPNV und SPNV in das TTG keine Überschneidung mit dem Arbeitnehmerentsendegesetz denkbar, da diese nicht vom Anwendungsbereich desselben umfasst sind. Insofern ist der dem Ausschluss vom Vergabeverfahren **nach § 7 Abs. 3 TTG vorangehende Tatbestand in gewissem Umfang** auch **weiter** als der Anwendungsbereich der aufgeführten bundesgesetzlichen Ausschlussvorschriften.

Aus der **Gesamtschau** aller aufgezeigten **bundesgesetzlichen Regelungen** zum Ausschluss von Bewerbern von öffentlichen Vergabeverfahren ist grundsätzlich nicht ersichtlich, dass es dem objektiven Willen des Bundesgesetzgebers entspricht, einen solchen Ausschluss speziell und ausschließlich auf Verstöße gegen das MiArbG und das AEntG zu beschränken. Vielmehr wird der Ausschluss je nach Gesetzesgegenstand an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft, die im Zusammenhang mit dem jeweiligen Regelungsgegenstand stehen. **Grundsätzlich** bleibt daher ein **Regelungsspielraum für die Länder**, vergaberechtliche Konsequenzen, insbesondere auch in Form eines Ausschlusses von öffentlichen Wettbewerben⁶⁸ festzulegen⁶⁹.

d) Für den **speziellen Bereich des Arbeitnehmerentsendegesetzes** (§ 21 Abs. 1 AEntG) ist **jedoch** von einer **abschließenden Regelung durch den Bundesgesetzgeber** auszugehen.

⁶⁷ Ähnliche Melde- und Duldungspflichten finden sich ebenfalls im MiArbG und AEntG (z.T. in Verbindung mit SchwarzArbG), allerdings sind hier die Behörden der Zollverwaltung für die Überprüfung zuständig, §§ 16 f. AEntG/§§ 11 f. MiArbG.

⁶⁸ Solche Regelungen sind in den entsprechenden Landesvergabegesetzen der anderen Bundesländer auch durchaus verbreitet: Art. 4 Abs. 3 Bayerisches Bauaufträge-Vergabegesetz (seit 1. Januar 2010 außer Kraft), § 1 Abs. 4 Berliner Vergabegesetz, § 9 Abs. 3 Vergabegesetz des Landes Bremen, § 8 Abs. 3 Landesvergabegesetz Niedersachsen und § 4 Abs. 3 Saarländisches Bauaufträge-Vergabegesetz.

⁶⁹ So ist auch der Hinweis bei *Ulber*, Arbeitnehmerentsendegesetz, 2009, § 21 Rn. 4 zu verstehen.

Durch die angestrebte Inbezugnahme des Arbeitnehmerentsendegesetzes⁷⁰ (zwecks europarechtskonformer Ausgestaltung) in der Tariftreueregelung des § 3 TTG wird nämlich **in jedem Fall des Verstoßes gegen die landesgesetzlich vorgesehene Tariftreueverpflichtung auch ein Verstoß gegen § 8 AEntG vorliegen**, der nach dem Willen des Bundesgesetzgebers in jedem Fall nur dann durch den Ausschluss von öffentlichen Aufträgen sanktioniert werden soll, wenn der Bewerber wegen des Verstoßes mit einer Geldbuße von wenigstens 2.500 € belegt worden ist, **§ 21 Abs. 1 AEntG**. Der Landesgesetzgeber sieht in § 7 Abs. 3 TTG keine entsprechende Voraussetzung vor, sondern spricht lediglich von einem grob fahrlässigen Verstoß oder mehreren Verstößen gegen Verpflichtungen aus dem TTG. Die **bundesgesetzliche Regelung stellt insoweit für die gleiche Sanktion aufgrund derselben Verfehlung konkretere Voraussetzungen auf**; nach dem objektiven Willen des Normgebers handelt es sich hierbei um eine **abschließende Regelung** zur Möglichkeit des Ausschlusses von Vergabeverfahren aufgrund Verstoßes gegen nach AEntG verbindliche tarifrechtliche Bestimmungen. Aufgrund der Schwere des mit einem Ausschluss von Wettbewerben verbundenen Grundrechtseingriffs enthält § 21 AEntG die gesetzgeberische Wertung, dass nur schwerwiegende Verstöße, die mit der vorausgesetzten Bußgeldhöhe einhergehen, einen solchen Ausschluss zu rechtfertigen vermögen⁷¹. Dem **Landesgesetzgeber** bleibt für diesen Bereich **kein Regelungsspielraum**.

Mithin könnte **entweder insgesamt von der Regelung einer Ausschlussmöglichkeit** in § 7 Abs. 3 TTG **abgesehen werden oder der Anwendungsbereich dieser Sanktionsoption** auf nicht von § 21 AEntG umfasste Konstellationen **begrenzt werden** (Verstoß gegen Mindestlohnverpflichtung, gegen die Sorgfaltspflicht bei der Nachunternehmerauswahl bzw. Prüfung des Angebots von Nachunternehmern oder im Bereich des nicht vom AEntG erfassten ÖPNV/SPNV).

⁷⁰ Gesetzentwurf der Fraktion des SSW zur Änderung des Tariftreuegesetzes, Drs. 17/39:

„§ 3 Tariftreuepflicht

(1) Öffentliche Aufträge im Anwendungsbereich des § 2 dürfen nur an solche Unternehmen vergeben werden, die sich schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen ein Entgelt zu zahlen, das in Höhe und Modalitäten mindestens den Vorgaben desjenigen Tarifvertrages entspricht, an den das Unternehmen aufgrund des Arbeitnehmerentsendegesetzes gebunden ist, und dies auch von ihren Nachunternehmern zu verlangen.“

⁷¹ Siehe *Thüsing*, in: ders., AEntG Kommentar, 2010, § 21 AEntG Rn. 6.

e) Lediglich im **Hamburger Vergabegesetz**⁷² findet sich eine inhaltlich identische Regelung mit der beabsichtigten neuen Tariftreueregelung in § 3 TTG Schleswig-Holstein (mit Bezugnahme auf nach AEntG verbindliche tarifrechtliche Bestimmungen). Hier wurde allerdings auf die Möglichkeit zum Ausschluss von Vergabeverfahren als Sanktion für etwaige Tariftreueverstöße verzichtet. Der Landesgesetzgeber hat sich vielmehr auf die Normierung einer Vertragsstrafe und des Rechts zur fristlosen Kündigung in § 11 HambVgG beschränkt⁷³.

f) Nach alledem ist von der fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers zur Regelung eines Ausschlusses von Vergabeverfahren i.S.d. § 7 Abs. 3 TTG als Konsequenz eines Verstoßes gegen eine über das Arbeitnehmerentsendegesetz statuierte und möglicherweise zukünftig in § 3 TTG in Bezug genommene Tariftreuepflicht auszugehen.

2. Vertragsstrafe und Recht zur fristlosen Kündigung (§ 7 Abs. 1 und 2 TTG)

Hinsichtlich der Normierung der in § 7 Abs. 1 und 2 TTG enthaltenen Sanktionsmöglichkeiten bestehen keine kompetenzrechtlichen Bedenken.

a) **Bundesgesetzliche Regelungen**, die Vertragsstrafen⁷⁴ und das Recht zur fristlosen Kündigung⁷⁵ im Zusammenhang mit der öffentlichen Auftragsvergabe abschließend normieren, sind **nicht ersichtlich**.

Aus den oben genannten bundesgesetzlichen Bestimmungen – insbesondere des **MiArbG** und **AEntG** – ist **nicht zu entnehmen**, dass der **Ausschluss** von Vergabeverfahren, der an relativ hohe Hürden anknüpft (2.500 € Geldbuße), die **einzig zulässige Sanktion** bei Verstößen gegen tarifrechtliche Verpflichtungen oder Mindestlohnvorgaben **sein soll**⁷⁶.

⁷² Hamburgisches Vergabegesetz vom 13. Februar 2006, GVBl. 57, geändert durch das Gesetz zur Änderung des Hamburgischen Vergabegesetzes vom 16.12.2008, GVBl. 436.

⁷³ Motive hierfür finden sich in der Gesetzeshistorie allerdings keine.

⁷⁴ Regelungen zu Vertragsstrafen enthalten § 10 Nr. 4 Abs. 1 lit. f, § 12 Nr. 1 VOB/A sowie § 11 VOB/B; ebenso § 9 Nr. 4 lit. m, § 12 VOL/A sowie § 11 VOL/B.

⁷⁵ Kündigungsrechte (sowohl des Auftragnehmers als auch des Auftraggebers) sehen § 5 Nr. 2 Abs. 2, § 8, § 9 Nr. 2 VOB/B sowie § 5 Nr. 2 Abs. 2, § 8, § 9 Nr. 2 VOL/B vor.

⁷⁶ Siehe z.B. *Ulber*, Arbeitnehmerentsendegesetz, 2009, Einleitung Rn. 29 f.; *Thüsing*, in: ders., AEntG Kommentar, 2010, Tariftreueregelungen Rn. 34 f., die auf die parallele Geltung von § 21 AEntG und landesrechtlichen sowie anderer bundesgesetzlicher vergaberechtlicher Sanktionsbestimmungen hinweisen.

Die Sanktionen der Vertragsstrafe und der Möglichkeit zur fristlosen Kündigung bleiben in der **Eingriffswirkung unterhalb eines Vergabeverfahrensausschlusses** i.S.d. § 7 Abs. 3 TTG und bieten dem öffentlichen Auftraggeber Handlungsoptionen und Selbstschutzmaßnahmen noch während der Auftragsausführung. Während die Ausschlussoption im **MiArbG** und **AEntG repressiv** wirkt, kommt der Sanktion der **Vertragsstrafe** und des fristlosen **Kündigungsrechts** eine **präventive, unmittelbare Wirkung** zu⁷⁷.

b) Zudem sind die Sanktionen des **§ 7 Abs. 1 und 2 TTG** jeweils mit dem Auftragnehmer zu vereinbaren; dem Bieter steht es frei, diese Vertragsbedingungen zu akzeptieren oder nicht. Der Landesgesetzgeber gibt den öffentlichen Auftraggebern insofern lediglich einen **Teil der konkreten Vertragsgestaltung** vor.

Im Übrigen spricht einiges für die Annahme, soweit dem Landesgesetzgeber nicht die Gesetzgebungskompetenz zur Regelung von vergabefremden Zwecken aufgrund fehlender oder lückenhafter Inanspruchnahme der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis des Bundes abgesprochen werden kann (siehe oben), von einer „**Annexkompetenz**“⁷⁸ zur parallelen Ausgestaltung etwaiger damit verknüpfter vergaberechtlicher Sanktionsnormen auszugehen, um eine effektive Durchsetzung der aufgestellten Kriterien sicherzustellen.

c) Auch das **Bundesverfassungsgericht** ging bei der kompetenzrechtlichen Beurteilung der Berliner Tariftreueregelung auf die im **Berliner Vergabegesetz** vorgesehenen vergabespezifischen Sanktionsmöglichkeiten ein und sah hierin keinen Verstoß gegen die grundgesetzliche Kompetenzordnung, sondern vielmehr eine Bestätigung der Charakterisierung der Tariftreueregelung als vergaberechtliche Vorschrift⁷⁹ (siehe oben).

⁷⁷ Das Tariftreugesetz verpflichtet auch die öffentlichen Auftraggeber dazu, die Einhaltung der Entgeltnormen tatsächlich zu überwachen und nicht den Zollbehörden die Kontrolle zu überlassen.

⁷⁸ Zum Begriff siehe *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Aufl. 2009, Art. 70 Rn. 12.

⁷⁹ BVerfGE 116, 202 (217). Hinsichtlich der Möglichkeit zum Ausschluss aus Vergabeverfahren kann in der Entscheidung keine Aussage zur kompetenzrechtlichen Lage gesehen werden, da das Berliner Vergabegesetz zum Entscheidungszeitpunkt bei der in Fragen stehenden Tariftreueregelung lediglich auf den ortsüblichen Tarif abstellte und nicht die bestehende Verpflichtung aus dem AEntG in Bezug nahm, so dass keine Kollisionslage der gesetzlichen Regelungen gegeben war.

In der Literatur wird zudem betont, dass gerade in der **Verknüpfung** der ohnehin bestehenden Verpflichtung nach dem AEntG **mit** den spezifischen **vergaberechtlichen Sanktionsmöglichkeiten** der **Sinn von Tariftreuegesetzen** zu sehen ist⁸⁰.

d) **Soweit** also **keine unmittelbare Kollisionslage** wie im Fall des § 21 Abs. 1 AEntG und § 7 Abs. 3 TTG (siehe oben) vorliegt, ist von einem **Regelungsspielraum der Länder zur Ausgestaltung vergaberechtlicher Sanktionen** im Falle von Verstößen gegen landesgesetzlich vorgesehene vergabefremde Kriterien auszugehen.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich jederzeit gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Für den Wissenschaftlichen Dienst

gez.

Dr. Anika Luch

⁸⁰ *Thüsing*, in: ders., AEntG Kommentar, 2010, Tariftreue Regelungen Rn. 13.

Anhang:

**Bremisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe
(Tariftreue- und Vergabegesetz)**

Vom 24. November 2009

(Brem.GBl. S. 476)

– Auszug –⁸¹

§ 9 Mindestlohn

(1) Öffentliche Aufträge werden nur an solche Unternehmen vergeben, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten, abgesehen von Auszubildenden, bei der Ausführung der Leistung ein **Entgelt von mindestens 7,50 Euro** (brutto) pro Stunde zu bezahlen.

(2) Der öffentliche Auftraggeber fordert die Erklärung nach Absatz 1 nicht, wenn der Auftrag für Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union von Bedeutung ist. Satz 1 gilt nicht für die Vergabe von Dienstleistungen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs auf Straße und Schiene.

§ 10 Tariftreueerklärung

(1) Öffentliche Aufträge für Dienstleistungen **im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs auf Straße und Schiene** werden nur an Unternehmen vergeben, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung der Leistungen **mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt**, einschließlich der Überstundenzuschläge, zum tarifvertraglich vorgesehenen Zeitpunkt zu bezahlen. In den Ausschreibungsunterlagen ist der maßgebliche Tarifvertrag anzugeben.

(2) Gelten am Ort der Leistung mehrere Tarifverträge für dieselbe Leistung, so hat der öffentliche Auftraggeber einen repräsentativen Tarifvertrag zugrunde zu legen, der mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbart wurde. Haustarifverträge sind hiervon ausgenommen. Der Senat bestimmt durch Rechtsverordnung, in welchem Verfahren festgestellt wird, welche Tarifverträge als repräsentativ im Sinne der Sätze 1 und 2 anzusehen sind. Die Rechtsverordnung kann auch die Vorbereitung der Entscheidung durch einen Beirat vorsehen; sie regelt in diesem Fall auch die Zusammensetzung des Beirats.

(3) Gelten für eine Leistung mehrere Tarifverträge (gemischte Leistungen), ist der Tarifvertrag maßgeblich, in dem der überwiegende Teil der Leistung liegt.

⁸¹ Hervorhebungen durch die Verfasserin.

§ 11 Tarifverträge nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz

Für Bauleistungen und andere Dienstleistungen, die das Arbeitnehmer-Entsendegesetz vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 799) in der jeweils geltenden Fassung erfasst, dürfen Aufträge nur an solche Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichtet haben, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen ein Entgelt zu zahlen, das in Höhe und Modalitäten mindestens den Vorgaben desjenigen Tarifvertrages entspricht, an den das Unternehmen aufgrund des **Arbeitnehmer-Entsendegesetzes** gebunden ist. Satz 1 gilt entsprechend für andere gesetzliche Bestimmungen über Mindestentgelte.

Vorlage – zur Beschlussfassung – des Senats von Berlin Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz

Vom 16. Februar 2010

Drs. 16/2965
– Auszug –⁸²

§ 1 Tariftreue und Mindestentlohnung

(1) Aufträge von Berliner Vergabestellen im Sinne des § 98 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2006 (BGBl. I S. 2114), das zuletzt durch Artikel 13 Absatz 21 des Gesetzes vom 25. Mai 2009 (BGBl. I S. 1102) geändert worden ist, werden an fachkundige, leistungsfähige, zuverlässige und gesetzestreue Unternehmen vergeben.

(2) Aufträge für Leistungen, deren Erbringung dem Geltungsbereich des Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 799) unterfällt, werden nur an Unternehmen vergeben, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung **mindestens diejenigen Arbeitsbedingungen einschließlich des Entgelts zu gewähren, die der nach dem AEntG einzuhaltende Tarifvertrag vorgibt**. Satz 1 gilt entsprechend für andere gesetzliche Bestimmungen über Mindestentgelte.

(3) Bei der Vergabe von Leistungen über **öffentliche Personennahverkehrsdienste** müssen die bietenden Unternehmen erklären, dass sie ihre Arbeitskräfte bei der Ausführung dieser Leistungen **mindestens nach den hierfür jeweils geltenden Entgelttarifen entlohnen**. Der öffentliche Auftraggeber bestimmt in der Bekanntmachung der Ausschreibung und in den Vergabeunterlagen den oder die einschlägigen Tarifverträge nach Satz 1 nach billigem Ermes-

⁸² Hervorhebungen durch die Verfasserin.

sen. Außerdem sind insbesondere die Regelungen der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates zu beachten.

(4) **Unbeschadet etwaiger weitergehender Anforderungen** nach Absatz 2 und 3 werden Aufträge an Unternehmen mit Sitz im Inland in jedem Fall nur vergeben, wenn diese sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern (ohne Auszubildende) bei der Ausführung der Leistung **mindestens ein Stundenentgelt von 7,50 € zu bezahlen**. Satz 1 gilt auch für die Vergabe von Aufträgen an Unternehmen mit Sitz im Ausland.

(5) Bei der Vergabe länderübergreifender Leistungen ist von der Vergabestelle vor Beginn des Vergabeverfahrens eine Einigung mit den beteiligten weiteren Vergabestellen anderer Länder über die Anforderungen nach Absatz 3 und 4 anzustreben. Kommt eine solche Einigung nicht zustande, kann von Absatz 3 und 4 abgewichen werden.

(6) Wird bei einer Auftragsvergabe eine Erklärung nach den Absätzen 2, 3 und 4 gefordert, muss der Anbieter sich jeweils auch dazu verpflichten, dass er von einem von ihm beauftragten Nachunternehmer oder von einem von ihm oder einem Nachunternehmer beauftragten Verleiher verlangt, seinen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mindestens die Arbeitsbedingungen zu gewähren, die der Bieter selbst einzuhalten verspricht. Diese Verpflichtung erstreckt sich auf alle an der Auftragserfüllung beteiligten Unternehmen. Der jeweils einen Auftrag weiter Vergebende hat die jeweilige schriftliche Übertragung der Verpflichtung und ihre Einhaltung durch die jeweils beteiligten Nachunternehmer oder Verleiher sicherzustellen und dem öffentlichen Auftraggeber auf Verlangen nachzuweisen. Bei Beschaffungen bis zu einem Auftragswert von 500,- € kann auf die Erklärungen nach den Absätzen 2 und 4 verzichtet werden.

(7) Für die Auftragsausführung können bei allen Aufträgen zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem konkreten Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Insbesondere kann bei personalintensiven Aufträgen, bei denen die Qualität der Leistungserbringung und die Qualifikation des Personals entscheidend sind, eine angemessene Bezahlung des einzusetzenden Personals, die sich an den örtlichen Tarifen orientieren soll, verlangt werden.