

**Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 17/316**



UVNord Postfach 9 10 24758 Rendsburg

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Wirtschaftsausschuss
Der Vorsitzende
Postfach 7121
24171 Kiel

Vereinigung der Unternehmensverbände
in Hamburg und Schleswig-Holstein e.V.

BDI-Landesvertretung Schleswig-Holstein

Hauptgeschäftsführer

Telefon 04331 1420-43
Telefax 04331 1420-50
E-Mail froehlich@uvnord.de

Rendsburg, 04.02.2010
Fr./Sw.

Stellungnahme

zum Entwurf zur Änderung des Gesetzes zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen (Tariftreuegesetz)

Gesetzentwurf der Fraktion des SSW – Drucksache 17/39

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,
sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,
sehr geehrter Herr Neil,

zum vorgenannten Gesetzentwurf der Fraktion des SSW (Drucksache 17/39) nehmen wir wie folgt Stellung:

Die vorgesehene Anwendung des Tariftreuegesetzes auf die Vergabe von Leistungen, die vom Arbeitnehmer-Entsendegesetz umfasst sind, dürfte zumindest den europarechtlichen Schranken entsprechen. Der Gesetzentwurf bietet jedoch im Hinblick auf die Änderung der Tariftreueverpflichtung mehrere Ansatzpunkte für nicht unerhebliche Kritik und ist aus unserer Sicht in der vorgelegten Form

abzulehnen.

Er bedarf erhebliche Nachbesserungen bzw. einer grundlegenden Überarbeitung.

Begründung:

Die enthaltene Tariftreuregelung ist an allgemeinverbindliche Tarifverträge im Sinne des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes geknüpft. Im Zusammenhang mit den bestehenden Sanktionsnormen des Tariftreuegesetzes ist die Gesetzgebungskompetenz hinsichtlich dieser Klausel fraglich. Daneben ist eine Überprüfung des Entgelts hinsichtlich seiner Sittenwidrigkeit vorgesehen, wenn kein Mindestlohn im Sinne des AEntG existiert. Diese Regelung dürfte nicht nur überflüssig sein, sondern begegnet auch erheblichen europarechtlichen Bedenken.

Zu den Regelungen des Gesetzentwurfs im Einzelnen:

1. Tariftreue unter Bezugnahme auf das AEntG:

Der Entwurf des § 3 sieht eine Tariftreueerklärung hinsichtlich der nach dem AEntG zwingenden Mindestlohn-Tarifverträge vor. Dies gilt entsprechend für andere gesetzliche Bestimmungen über Mindestentgelte. Mit Letzterem dürften wohl die von der Pflegekommission nach AEntG festgesetzten Mindestlohnvorgaben gemeint sein. Fraglich ist, ob dies auch für Mindestlohnvorgaben nach dem MiArbG gilt. Dagegen spricht, dass das Gesetz nur auf Leistungen im Sinne des AEntG anwendbar sein soll.

§ 3 des Entwurfs wiederholt damit zunächst die ohnehin nach dem AEntG bestehende gesetzliche Verpflichtung zur Einhaltung von Mindestentgelten. Darüber hinaus eröffnet diese Tariftreueklausel im Zusammenhang mit den Regelungen in § 7 jedoch besondere vergaberechtliche Sanktionsmöglichkeiten für Verstöße gegen die Mindestlohnverpflichtung (vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf Nr. 3).

Dies dürfte im Hinblick auf die **Gesetzgebungskompetenz** problematisch sein. Eigenständige Sanktionsbefugnisse für Verstöße des Bieters gegen Mindestlohntarifverträge und andere gesetzliche Mindestlohnvorgaben, die über das AEntG oder das MiArbG hinausgehen oder andere Voraussetzungen festlegen, berühren den abschließend geregelten Bereich des AEntG. In diesem Rechtsbereich steht dem Landesgesetzgeber keine Normsetzungskompetenz zu.

Besonders deutlich wird der Widerspruch zum AEntG bei § 3 im Zusammenhang mit dem bisherigen § 7 Abs. 3 Tariftreuegesetz. Letztere Vorschrift bestimmt, dass der Bieter bei einem mindestens grob fahrlässigen Verstoß oder mehrfachen Verstößen für die Dauer von bis zu drei Jahren von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen werden kann. § 21 AEntG ermöglicht ebenfalls den Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge „für eine angemessene Zeit bis zur nachgewiesenen Wiederherstellung ihrer Zuverlässigkeit“. Das AEntG verlangt jedoch zusätzlich, dass ein Unternehmer wegen eines Verstoßes mit einer Geldbuße von wenigstens 2.500,00 EUR belegt worden ist. Damit ist ein Ausschluss nach dem Tariftreuegesetz Schleswig-Holstein bereits unter geringeren Voraussetzungen möglich. Es handelt sich daher nicht nur um einen „Gleichlauf“ zu den gesetzlichen Verpflichtungen nach dem AEntG wie dies die Gesetzesbegründung in Nr. 2 darstellt.

2. Sittenwidrigkeitsprüfung

Zweifelhaft ist auch die Regelung in § 3 Abs. 2 des Gesetzentwurfs. Eine solche Sittenwidrigkeitsprüfung ist vor dem Hintergrund ihres geringen Anwendungsbereichs und der gefestigten Rechtsprechung des BAG **überflüssig**.

Der Gesetzentwurf ist nach seiner Zielsetzung so zu verstehen, dass sein Anwendungsbereich auf Leistungen, die vom AEntG umfasst sind, beschränkt ist. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu: „Der Anwendungsbereich wird durch die dynamische Bezugnahme auf das Arbeitnehmer-Entsendegesetz konkretisiert, ...“. Dementsprechend dürfte sich die Regelung auf die Fälle beschränken, in denen zwar eine Leistung aus einer der Branchen des AEntG gegeben ist, aber kein Min-

destlohn-Tarifvertrag gilt. Der Anwendungsbereich wäre also ggf. entsprechend klein. Problematisch ist auch, dass die Regelung viele Fragen offen lässt und damit einen weiten Spielraum ermöglicht. Die Sittenwidrigkeit soll zwar anhand des § 138 BGB überprüft werden. Der Grundsatz der Sittenwidrigkeit ist jedoch im BGB nicht näher ausgestaltet, sondern maßgeblich von der Rechtsprechung geprägt. In welcher Form die Überprüfung geschehen soll, geht aus der Regelung jedenfalls nicht hervor. Schließlich spricht die gefestigte Rechtsprechung zur Frage der Sittenwidrigkeit von Löhnen (vgl. zuletzt BAG-Urteil vom 22. April 2009 – 5 AZR 436/08) gegen eine solche zusätzliche Regelung. Bereits nach geltendem Recht sind sittenwidrige Löhne verboten. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass ein Lohn in der Regel sittenwidrig ist, wenn er weniger als zwei Drittel des für die Arbeitsleistung üblichen Entgelts entspricht.

Im Übrigen begegnet die Regelung erheblichen **europarechtlichen Bedenken**. Legt man die Rechtsprechung des BAG zur Sittenwidrigkeit von Löhnen zugrunde (grundlegend BAG-Urteil vom 22. April 2009 – 5 AZR 436/08) müsste das zu prüfende Arbeitsentgelt am örtlichen **Tarifniveau** gemessen werden. Nach Ansicht des BAG ist eine Arbeitsvergütung sittenwidrig, wenn diese nicht einmal zwei Drittel eines in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohns erreicht. Wollte man diesen regionalen Tariflohn zum Maßstab für die Vergabe eines öffentlichen Auftrages machen (wozu die Regelung des § 3 Abs. 2 Tariftreuegesetz allerdings nicht ermächtigt), wäre man wieder in dem Bereich, den der EuGH in seinem „Rüffert-Urteil“ für europarechtswidrig erklärt hat.

Fazit:

Aus Sicht von UVNord ist der Gesetzentwurf in der vorgelegten Form abzulehnen. Er hat mit Einschränkungen nicht nur einen deklaratorischen Charakter, sondern geht im Hinblick auf die vergaberechtlichen Sanktionsmöglichkeiten bei einem Verstoß gegen die Tariftreueverpflichtung über das AEntG hinaus. Auch die Sittenwidrigkeitsregelung ist fragwürdig. Zwar dürfte deren Anwendungsbereich nach dem Wortlaut auf den Bereich des AEntG beschränkt und daher eher gering sein. Bedenklich ist aber, dass der Vertreter der SSW-Fraktion, der Abgeordnete Harms, allerdings ein anderes Verständnis zu haben scheint. In der Landtagssitzung vom 19. November 2009 äußerte er sich dahingehend, dass die Regelung für alle Bereiche gedacht sei, die nicht vom AEntG erfasst werden (Plenarprotokoll Seite 179). Dies deckt sich mit Einschränkung **nicht** mit dem Wortlaut des Gesetzentwurfs. Schwerwiegender ist aber, dass die Regelung im Hinblick auf das „Rüffert-Urteil“ zweifelhaft ist.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich für uns, dass wir nur die Empfehlung aussprechen können, den Gesetzentwurf in der vorliegenden Form abzulehnen. Er sollte nachgebessert werden unter Berücksichtigung der vorgenannten Kritikpunkte.

Mit freundlichen Grüßen



RA Michael Thomas Fröhlich