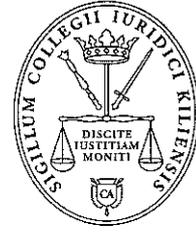




**CHRISTIAN-ALBRECHTS-UNIVERSITÄT ZU KIEL
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT**

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht

Univ.-Prof. Dr. Hartmut Oetker



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

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Wirtschaftsausschuss
Herrn Bernd Schröder
Postfach 7121
24171 Kiel

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 17/2359**

29. April 2011

**Schriftliche Stellungnahme zu Entwürfen für ein Tariftreuegesetz bzw.
Vergabegesetz**

Sehr geehrter Herr Schröder,

unter Bezugnahme auf das Schreiben von Herrn Neil vom 21. März 2011 übersende ich Ihnen anliegend die erbetene Stellungnahme zu den im vorgenannten Schreiben aufgezählten Gesetzesentwürfen bzw. Änderungsanträgen. Eine elektronische Fassung habe ich an die im Schreiben vom 21. März 2011 angegebene E-Mail-Adresse übermittelt.

Ich würde mich freuen, wenn meine Stellungnahme für die weiteren Gesetzgebungsarbeiten eine kleine Hilfestellung bietet,
und verbleibe mit freundlichen Grüßen

Ihr

Univ.-Prof. Dr. Hartmut Oetker

Anlage



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

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

Schriftliche Stellungnahme

zu

- 1. Entwurf eines Schleswig-Holsteinischen Gesetzes zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe (Vergabe- und Tariftreuegesetz) – LT-Drucks. 17/889**
- 2. Mindestlohn und wirksame Kontrollmöglichkeiten in dem Entwurf eines Schleswig-Holsteinischen Gesetzes zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe (Vergabe- und Tariftreuegesetz) integrieren – LT-Drucks. 17/919**
- 3. Entwurf eines Gesetzes zur Förderung des Mittelstandes (Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetz – MFG) – LT-Drucks. 17/1159**
- 4. Änderungsantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen – LT-Drucks. 17/1227**

A.

Die von dem Unterzeichnenden erbetene schriftliche Stellungnahme zu den o.g. Entwürfen bzw. Änderungsanträgen knüpft an die schriftliche Stellungnahme des Unterzeichnenden vom 03.02.2010 zu dem Entwurf eines Tariftreuegesetzes an, den die Fraktion des SSW (LT-Drucks. 17/39) in den Schleswig-Holsteinischen Landtag eingebracht hat und die dem Wirtschaftsausschuss des Schleswig-Holsteinischen Landtages als Umdruck 17/296 vorliegt. Zwecks Vermeidung von Wiederholungen wird

auf die dort dargelegten rechtlichen Koordinaten für gesetzliche Regelungen zur Tariftreue Bezug genommen. Ebenso beschränkt sich die Stellungnahme des Unterzeichnenden ausschließlich auf diejenigen Regelungsvorschläge in den Gesetzesentwürfen bzw. Änderungsanträgen, die dem Zweck der Tariftreue gewidmet sind. Bezüglich des Vergaberechts im Übrigen sieht der Unterzeichnende von einer eigenen Stellungnahme ab.

B.

1. Entwurf eines Schleswig-Holsteinischen Gesetzes zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe (Vergabe- und Tariftreuegesetz) – LT-Drucks. 17/889

a) Der Entwurf der SPD-Fraktion sieht davon ab, das Problem der Tariftreue als Kriterium für die Vergabeentscheidung mittels eines punktuellen Sondergesetzes zu regeln, sondern strebt stattdessen eine umfassende Regelung des Vergaberechts an, soweit hierfür nach Maßgabe des Bundesrechts (§§ 97 ff. GWB) ein vom Landesgesetzgeber ausgestaltbarer Spielraum besteht (§ 2 Abs. 1 und 2 des Entwurfs). Diese Anknüpfung an das Bundesrecht hat den Vorteil, dass das Landesgesetz selbst bereits eindeutig zu erkennen gibt, dass die landesgesetzlichen Vorgaben für die Vergabe öffentlicher Aufträge nicht eingreifen, wenn das Bundesrecht in Gestalt der §§ 97 ff. GWB zur Anwendung gelangt. Im Interesse der Transparenz der unterschiedlichen Regelungsebenen ist dieser regelungstechnische Ansatz zu begrüßen. Mit der Bezugnahme auf den Begriff des öffentlichen Auftraggebers im Sinne von § 98 GWB (s. § 2 Abs. 1 des Entwurfs) wird zudem ein zu begrüßender Gleichlauf mit dem Bundesrecht hergestellt. Zugleich steht damit jedoch auch fest, dass die zur Tariftreue aufgenommenen Bestimmungen ohne Einschränkungen auch von den Gemeinden und Gemeindeverbänden anzuwenden sind (anders insoweit § 14 Abs. 8 Satz 2 des Entwurfs der Landesregierung).

b) Die systematisch an den Beginn des dritten Abschnitts gestellte Vorschrift des § 9 erweckt durch ihre allgemein gehaltene Überschrift („Tariftreueerklärung“) den Eindruck einer allgemeinen Bestimmung. Aus § 9 Abs. 1 Satz 1 erschließt sich jedoch, dass sich die gesamte Regelung ausschließlich auf Aufträge im Bereich des ÖPNV einschließlich des SPNV erstreckt. Dies sollte auch in der Amtlichen Überschrift zum Ausdruck gelangen. Ungeachtet dessen ergibt sich aufgrund eines Vergleichs mit Abschnitt 2 des Gesetzesentwurfs, dass die Vorschrift unabhängig von der Höhe des Auftragswertes zur Anwendung gelangt.

Durch die Verpflichtung auf das „tarifvertraglich vorgesehene Entgelt“ tritt die

Vereinbarkeit der Regelung mit dem Unionsrecht in den Mittelpunkt. Eine Kollision mit den seitens des EuGH insbesondere in der Rechtssache *Rüffert* herausgearbeiteten Grundsätzen lässt sich nur dann verneinen, wenn es sich im Fall des ÖPNV einschließlich des SPNV um einen reinen Inlandssachverhalt handelt, wofür sich gute Gründe anführen lassen (s. *Dobmann*, *VergabeR* 2008, 484 [486]; *Bayreuther*, *EuZW* 2009, 102 [106]).

Wenig überzeugend ist die alleinige Beschränkung auf das Arbeitsentgelt. Insoweit bleibt § 9 Abs. 1 des Entwurfs hinter der bundesgesetzlichen Regelung in § 97 Abs. 4 GWB zurück, da die dortige Legalitätspflicht als Voraussetzung für eine Auftragsvergabe unabhängig von der Art der Arbeitsbedingung gilt. Zudem fällt auf, dass § 10 S. 2 des Entwurfs bei Entsendesachverhalten die schriftliche Verpflichtungserklärung auch auf andere gesetzliche Vorschriften über Mindestentgelte erstreckt, hiervon aber für Angebote im Rahmen des ÖPNV verzichtet wird, ohne dass für diese Diskrepanz ein zwingender Grund erkennbar ist.

Die Regelung zur Festlegung des repräsentativen Tarifvertrages (§ 9 Abs. 2 des Entwurfs) beschränkt sich auf eine Ermächtigung, die ausschließlich auf das Verfahren bezogen ist, verzichtet hingegen vollständig auf inhaltliche Vorgaben. Insoweit wäre es zweckmäßig, die Vorgaben in § 7 Abs. 2 S. 2 AEntG aufzugreifen. Ungeachtet dessen erweist sich die Anknüpfung an die Repräsentativität eines Tarifvertrages dann als problematisch, wenn die Tariflandschaft „am Ort der Leistung“ durch Firmentarifverträge geprägt ist.

c) Im Übrigen beschränkt sich die Verpflichtung zur Abgabe einer Tariftreueerklärung in § 10 Satz 1 des Entwurfs auf den durch das AEntG abgesteckten Rahmen. Mit den in der Stellungnahme des Unterzeichnenden skizzierten Vorbehalten ist dies aus Sicht des Unionsrechts nicht zu beanstanden. Abermals fällt allerdings die hinter § 97 Abs. 4 GWB zurückbleibende Beschränkung auf das Arbeitsentgelt auf, obwohl die Bindung an die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge auch die urlaubsrechtlichen Regelungen umfasst (s. § 5 Nr. 2 AEntG). Unklar bleibt zudem, warum § 10 S. 1 des Entwurfs im Unterschied zu § 9 Abs. 1 des Entwurfs von einer Einbeziehung der Überstundenzuschläge absieht, obwohl auch diese für das entsendende Unternehmen verbindlich sind (s. § 5 Nr. 1 AEntG).

Unklar bleibt die Bedeutung von § 10 S. 2 des Entwurfs. Welche gesetzlichen Bestimmungen über Mindestentgelte gemeint sein sollen, bleibt offen. Sofern damit die aus § 138 Abs. 1 BGB ableitbare allgemeine Schranke der Sittenwidrigkeit gemeint ist, macht § 10 S. 2 des Entwurfs nur dann einen Sinn, wenn das Mindestentgelt in einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag sittenwidrig ist, was wohl rein theoretischer Natur sein dürfte, da bereits im Rahmen des Verfahrens zur Allgemeinverbindlicherklärung die Wertung des § 1 AEntG („angemessene

Mindestarbeitsbedingungen“) zu berücksichtigen ist. Wegen der Begrenzung in § 10 S. 1 des Entwurfs auf die in § 4 AEntG aufgezählten Branchen ist die in § 10 S. 2 des Entwurfs vorgesehene „entsprechende Anwendung“ von S. 1 der Vorschrift überflüssig.

Unabhängig von den vorstehenden Anmerkungen ist die Notwendigkeit einer schriftlichen Verpflichtungserklärung in den von § 10 S. 1 des Entwurfs erfassten Branchen (s. § 4 AEntG) zu hinterfragen. Bereits in der Stellungnahme des Unterzeichnenden vom 03.02.2010 (S. 17) wurde darauf hingewiesen, dass eine Verpflichtungserklärung nur dann sinnvoll ist, wenn keine anderweitige Bindung an die tarifvertraglichen Entgelte besteht. Dies kann jedoch nur in den von § 9 des Entwurfs erfassten Sachverhalten in Betracht kommen, da die dort relevanten Tarifverträge bislang nicht für allgemeinverbindlich erklärt wurden. In den von § 10 Satz 1 des Entwurfs erfassten Branchen ist dies jedoch wegen § 3 Satz 1 AEntG und § 8 Abs. 1 AEntG anders, so dass eine gesonderte Verpflichtungserklärung überflüssig ist, da diese nur das wiederholt, was für die entsprechenden Unternehmen ohnehin kraft Gesetzes (sei es wegen § 3 AEntG, sei es wegen § 5 Abs. 4 TVG) gilt. Auch im Hinblick auf andere gesetzliche Vorschriften wird von dem Bieter keine gesonderte Erklärung gefordert, in der er sich zur Einhaltung gesetzlicher Vorschriften verpflichtet. Selbst im Hinblick auf die als Vertragsstrafe ausgestaltete Sanktionsregelung (§ 16 Abs. 1 des Entwurfs) ist die Einforderung einer Verpflichtungserklärung überflüssig, da die Verwirkung der Vertragsstrafe an die Einhaltung der im Tarifvertrag bezüglich des Entgelts festgelegten Verpflichtungen anknüpft, an die das Unternehmen durch das AEntG gebunden ist.

d) Das in § 16 vorgesehene Sanktionsinstrumentarium geht über die Parallelnorm in § 21 AEntG hinaus, da diese keine Verpflichtung zur Abgabe eines Vertragsstrafeversprechens kennt (s. § 16 Abs. 1 AEntG). Unklar ist dabei, warum sich das Vertragsstrafeversprechen ausschließlich auf das tarifvertragliche Entgelt erstreckt, andere Arbeitsbedingungen, an die das Unternehmen ebenfalls nach Maßgabe der AEntG gebunden ist, hiervon jedoch nicht erfasst sind. Auch im Hinblick auf andere gesetzliche Vorschriften wird eine vergleichbare Verpflichtung zur Aufnahme einer Vertragsstrafenregelung nicht kraft Gesetzes begründet. Auch im Übrigen ist diese jedenfalls in den vom AEntG erfassten Sachverhalten nicht mehr notwendig, da den betroffenen Arbeitnehmern nach den §§ 3 und 8 AEntG ein eigenständiger individueller Anspruch auf das tarifvertragliche Entgelt zusteht. Abgesehen davon ist die Vertragsstrafenregelung nicht mit dem Unionsrecht vereinbar, da sie scheinbar nur eingreift, wenn das Unternehmen kraft des AEntG an die tarifvertragliche Entgeltregelung gebunden ist. Dies ist nach § 3 S. 1 AEntG jedoch ausschließlich bei Arbeitgebern mit Sitz im Ausland der Fall. Bei Unternehmen mit Sitz im Inland folgt die Bindung an den für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag bereits aus der

Mitgliedschaft (§ 3 Abs. 1 TVG) oder aus § 5 Abs. 4 TVG. Soll tatsächlich bezüglich dieser Unternehmen keine Verpflichtung zur Aufnahme einer Vertragsstrafenregelung bestehen?

Unklar ist zudem die Anknüpfung an „jede Verletzung dieser Pflichten“. Wenn 10 Arbeitnehmer nicht das Mindestentgelt erhalten, liegen streng genommen 10 Verletzungshandlungen vor. Gemeint ist dies wohl nicht.

Bezüglich des Ausschlusses von der öffentlichen Auftragsvergabe (§ 16 Abs. 3 und 4 des Entwurfs) ist die Gesetzgebungskompetenz des Landes wegen der abgeschlossenen Regelung in § 21 AEntG in den von § 10 des Entwurfs erfassten Sachverhalten zu verneinen. Hierauf hat der Wissenschaftliche Dienst des Schleswig-Holsteinischen Landtages in seiner Stellungnahme vom 17.03.2010 (Umdruck 17/575, S. 19 ff.) bereits zutreffend hingewiesen.

2. Mindestlohn und wirksame Kontrollmöglichkeiten in dem Entwurf eines Schleswig-Holsteinischen Gesetzes zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe (Vergabe- und Tariftreuegesetz) integrieren – LT-Drucks. 17/919

Der seitens der Fraktion Die Linke eingebrachte Änderungsantrag bezieht sich auf den unter 1. erörterten Entwurf der SPD-Fraktion und sieht über die dortigen Regelungen hinaus eine als § 9 aufzunehmende Bestimmung vor, die die Bieter zur Abgabe einer Erklärung verpflichtet, einen Mindestlohn von € 10,00 pro Stunde zu zahlen. Da weder eine gesetzliche noch eine allgemein geltende tarifvertragliche Verpflichtung zur Zahlung eines Mindestlohnes in der vorgenannten Höhe besteht, steht die als § 9 vorgeschlagene Regelung im Widerspruch zu den Vorgaben des EuGH in der Rechtssache *Rüffert*; insoweit verweist der Unterzeichnende zur näheren Begründung auf seine schriftliche Stellungnahme vom 03.02.2010 (S. 7 f.).

3. Entwurf eines Gesetzes zur Förderung des Mittelstandes (Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetz – MFG) – LT-Drucks. 17/1159

a) Der Entwurf der Landesregierung unterscheidet sich von dem Entwurf der SPD-Fraktion im Hinblick auf die angestrebten Bestimmungen zur Tariftreue in zentralen Punkten:

– § 14 Abs. 5 des Entwurfs stimmt für die Entsendesachverhalte durch die Verknüpfung mit dem Arbeitnehmerentsendegesetz zwar mit dem Entwurf der SPD-Fraktion überein, verlangt eine Tariftreueerklärung aber erst ab einem Gesamtauftragswert von € 10.000. Unterhalb dieses Schwellenwertes bleibt zwar die Bindung der Unternehmen an die Mindestentgelte wegen des AEntG bzw. des Tarifrechts bestehen, von einer gesonderten Verpflichtungserklärung wird jedoch abgesehen.

- Der Entwurf der Landesregierung erfasst ausschließlich die Entsendedesachverhalte; der Bereich des ÖPNV einschließlich des SPNV bleibt ebenso ausgeklammert, wie alle anderen Bereiche, die nicht vom AEntG erfasst werden.
- Die auf die Tariftreue bezogenen Bestimmungen in § 14 des Entwurfs gelten nicht für alle öffentlichen Auftraggeber. Vielmehr befreit § 14 Abs. 8 des Entwurfs die Kommunen hiervon, da sie die entsprechenden Vorschriften anwenden „können“, augenscheinlich also nicht anwenden müssen. Die Verpflichtung zur Abgabe einer Tariftreueerklärung wird auf diese Weise in das Ermessen der vom Gesetzgeber privilegierten öffentlichen Auftraggeber gestellt.

b) Soweit der Entwurf der Landesregierung in § 14 Abs. 5 des Entwurfs die Verpflichtung zur Abgabe einer Tariftreueerklärung vorsieht, ist die Bestimmung wegen ihrer Verknüpfung mit dem AEntG nicht aus Sicht des Unionsrechts zu beanstanden. Sofern § 14 Abs. 5 S. 2 des Entwurfs die entsprechende Anwendung für andere gesetzliche Bestimmungen über Mindestentgelte anordnet, wird auf die zum Entwurf der SPD-Fraktion angemeldeten Bedenken verwiesen. Die Einwände gegen die Aufnahme einer Verpflichtung zur Abgabe einer Tariftreueerklärung, die im Grundsätzlichen bereits bezüglich des Entwurfs der SPD-Fraktion formuliert wurden, bestehen auch bezüglich der in § 14 Abs. 5 des Entwurfs vorgeschlagenen Regelung. Das gilt ebenso für die vorstehend formulierten Bedenken hinsichtlich der in § 14 Abs. 6 S. 3 des Entwurfs vorgesehenen Verpflichtung zur Aufnahme einer Vertragsstrafenregelung, da sich diese ausschließlich auf Unternehmen zu beziehen scheint, die aufgrund des AEntG an einen Tarifvertrag gebunden sind. Zwecks Vermeidung von Wiederholungen wird diesbezüglich auf die obigen Ausführungen verwiesen. Das gilt entsprechend im Hinblick auf den gleichfalls in § 14 Abs. 6 des Entwurfs vorgesehenen Ausschluss von der öffentlichen Auftragsvergabe.

c) Die in § 14 Abs. 8 S. 2 des Entwurfs der Landesregierung vorgesehene Privilegierung der Gemeinden und Gemeindeverbände, die aus der bislang in § 2 Abs. 2 TTG getroffenen Regelung übernommen wurde, ist vor dem Hintergrund des Zwecks der Tariftreueerklärung nur schwer verständlich. Wenn die Landesregierung der Auffassung ist, die Zahlung von tarifvertraglichen Entgelten absichern zu müssen, wenn diese auf den Bindungen des AEntG beruht, bleibt offen, warum dies bei den von § 14 Abs. 8 des Entwurfs privilegierten öffentlichen Auftraggebern nicht in gleicher Weise erforderlich ist, wobei dieser Einwand auch hinsichtlich des für die Anwendung von § 14 Abs. 5 des Entwurfs vorgesehenen Schwellenwertes von € 10.000,00 zu erheben ist. Die Bindung des Bieters an die vom AEntG privilegierten allgemeinverbindlichen Tarifverträge und die dort festgelegten Entgelte bleibt hiervon wegen § 3 AEntG bzw. § 5 Abs. 4 TVG jedoch unberührt.

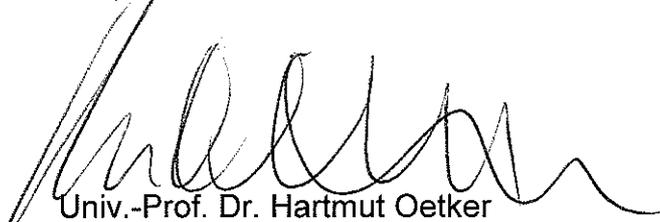
4. Änderungsantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen – LT-Drucks. 17/1227

a) Der von der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen eingebrachte Änderungsantrag geht ebenfalls von einem weiten Ansatz aus. Soweit dieser den Anwendungsbereich des AEntG erfasst (§ 14 Abs. 6 des Entwurfs), stimmt er mit § 10 des Entwurfs der SPD-Fraktion überein. Das gilt ebenfalls für die Einbeziehung der Aufträge im Bereich des ÖPNV einschließlich des SPNV. Insoweit stimmt § 14 Abs. 3 des Entwurfs mit § 9 des Entwurfs der SPD-Fraktion überein.

Abweichend von dem Entwurf der SPD-Fraktion erstreckt § 14 Abs. 1 und 2 des Entwurfs die Verpflichtungserklärung auch auf die Zahlung eines Mindestlohnes von € 7,50 pro Stunde. Unklar ist dabei das Verhältnis zu den nachfolgend geregelten Verpflichtungen auf den Tariflohn. Zudem ist diese nicht mit den unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar (s. oben 2.). Durch § 14 Abs. 2 S. 1 des Entwurfs soll das vermutlich behoben werden, allerdings ist das hierfür eingesetzte Kriterium völlig unklar. Wann ein Auftrag für Wirtschaftsteilnehmer von Bedeutung ist, bleibt ohne klare Konturen.

b) Die in § 14 des Entwurfs vorgeschlagene Regelung sieht im Unterschied zu dem Entwurf der SPD-Fraktion von einer Harmonisierung mit den Schwellenwerten in § 100 GWB ab, so dass unklar bleibt, ob die Vorschrift auch bei einer den §§ 97 ff. GWB unterliegenden Auftragsvergabe zur Anwendung gelangt.

Kiel, 28.04.2011



Univ.-Prof. Dr. Hartmut Oetker