

Landtag Mecklenburg-Vorpommern

8. Wahlperiode

Wirtschaftsausschuss

Stellungnahme

der Vereinigung der Unternehmensverbände für
Mecklenburg-Vorpommern e. V.

zur

öffentlichen Anhörung des Wirtschaftsausschusses am 29. Juni 2023

zum Gesetzentwurf der Landesregierung

„Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts“

Stellungnahme zum Entwurf eines Tariftreue- und Vergabegesetzes Mecklenburg-Vorpommern (Stand: 05.05.2022)

- Kabinettsbefassung gemäß GGO II | 20.01.2023

- Öffentliche Anhörung des Wirtschaftsausschusses | 29.06.2023

In Abstimmung mit unseren Mitgliedsverbänden nehmen wir im Rahmen der Verbandsanhörung gemäß § 4 Abs. 6 der Gemeinsamen Geschäftsordnung II (GGO II) zu dem vorgelegten Entwurf wie folgt Stellung:

1. Vorbemerkung

Angesichts der derzeitigen Wirtschaftslage sollte jede unnötige zusätzliche Regulierung und Belastung der Unternehmen vermieden werden. Corona-Pandemie, Lieferkettenprobleme, Arbeits- und Fachkräftemangel, Rohstoff-, Strom- und Energiepreise und die hohe Inflation stellen Betriebe und Staat vor enorme Herausforderungen. Vor diesem Hintergrund und in Ansehung des Mittelstandsförderungsgesetzes ist die Formulierung in § 1 (Rahmenbedingungen für mittelständische Unternehmen im Bereich der öffentlichen Auftrags- und Konzessionsvergabe verbessern) geradezu zynisch. Der Landesgesetzgeber hält sich selbst nicht an die von ihm formulierten Maßgaben zur Mittelstandsförderung. Wer sich nicht an selbst gesetzte Regeln hält, untergräbt auch die Akzeptanz staatlicher Autorität.

Im Übrigen nehmen wir das aktuelle Gesetzgebungsverfahren zum Anlass, auf unsere grundsätzlichen Bedenken zum Vergaberecht Mecklenburg-Vorpommerns hinzuweisen. Wir halten fest an der Auffassung, dass dieses Gesetz vollständig entbehrlich ist. Bereits die in 2014 vorgenommene Evaluierung des ursprünglich befristeten Gesetzes hatte ausreichend Argumente geliefert, um seine Geltungsdauer nicht zu verlängern. Die europa- und bundesrechtlichen Vergaberechtsregeln stellen ein ausreichendes Fundament und eine gute Grundlage für die Vergabe öffentlicher Aufträge dar. Sie haben auch vor der Einführung des Vergabegesetzes ein transparentes und geordnetes und vor allem praktikables Verfahren sichergestellt. Damals erkannte Vollzugsdefizite bei der Überwachung der Regeln sind allerdings durch die Einführung des aktuell geltenden Vergabegesetzes nicht behoben worden. Auch die beabsichtigte Novellierung lässt erwarten, dass sich an diesem Zustand keine Veränderung in positiver Hinsicht ergeben wird.

Es ist nicht zu übersehen, dass der politische Programmsatz, die Tarifbindung in Mecklenburg-Vorpommern zu erhöhen, auch im Wege vergaberechtlicher Vorgaben verwirklicht werden soll. Auf diese Weise entstehen vermeidbare Konfliktfelder zu verfassungsrechtlich geschützten Handlungsfeldern der Tarifpartner, ohne dass hierfür überzeugende Gründe aus den Wirtschaftsdaten des Landes hergeleitet werden können. Effekte des geltenden Vergabegesetzes im Hinblick auf eine Erhöhung der Tarifbindung im Land

hat es bisher schon nicht gegeben. Auch daran wird die beabsichtigte Neuregelung nichts ändern. Es bestehen nach wie vor erhebliche verfassungsrechtliche und europarechtliche Bedenken. Hierauf wird im Nachfolgenden noch gesondert eingegangen. Und schließlich hat sich in der Praxis gezeigt, dass eine immer stärkere Verknüpfung sozialpolitischer Aspekte und beliebiger politischer Interessen mit dem Vergaberecht kritisch zu sehen ist. Jede zusätzliche Anforderung verkompliziert, bürokratisiert und verteuert die Vergabeverfahren. Rechtsunsicherheit und Streit anfälligkeit nehmen zu. Der Nachweis und die Kontrolle der Anforderungen werden zunehmend schwieriger. Die Beteiligung am Vergabeverfahren wird geringer, weil Unternehmen von einer Bewerbung absehen werden. Dies läuft dem Ziel des Vergaberechts einer effizienten Beschaffung unter schonender Verwendung von Steuergeldern im Rahmen eines fairen Bieterwettbewerbs zuwider.

Nach alledem wäre die Aufhebung des geltenden Gesetzes das Gebot der Stunde und nicht seine Ersetzung durch eine noch kompliziertere Regelung.

Dennoch soll der vorliegende Entwurf vorsorglich einer kritischen Betrachtung unterzogen werden.

2. Allgemeines

Die Entwurfsverfasser weisen selbst darauf hin, dass sie sich am sog. Tariftreue- und Fairer-Lohn-Gesetz des Saarlandes orientieren. Dieses ist im Dezember 2021 in Kraft getreten und enthält die bislang weitestgehende Tariftreuregelung auf Landesebene. Warum sich Mecklenburg-Vorpommern ausgerechnet an dieser Regelung mit den größtmöglichen Belastungen für die Wirtschaft des Landes orientieren will, ist nicht nachvollziehbar. Es sei denn, unser Bundesland möchte im Ranking der Bundesländer, die sich um angemessene Mindestlöhne und Stärkung der Tarifbindung besonders engagieren, eine Spitzenposition einnehmen.

Im Kern sehen die geplanten Änderungen Folgendes vor. Ausweitung der bisherigen auf die öffentlichen Personenverkehrsdienste beschränkten Tariftreuregelungen zu einer umfassenden Tariftreueklausel für sämtliche Bau- und Lieferleistungen. Einführung eines komplizierten abgestuften Systems für die Festlegung der Geltung tariflicher Regelungen, wobei maßgebliche Konkretisierungen einer betreffenden Rechtsverordnung vorbehalten sein sollen.

In ihr sollen Vorgaben bezüglich repräsentativer Tarifverträge bekanntgegeben werden oder im Falle des Fehlens eines solchen repräsentativen Tarifvertrags die Festlegung von Kernarbeitsbedingungen einschlägiger Branchentarifverträge als allgemeine Tariftreuevorgabe. Der bisher zentral geregelte Vergabemindestlohn wird künftig eine Rückfallposition sein.

Das insoweit neu vorgesehene eigenständige Rechtsverordnungsverfahren wirft erhebliche Bedenken auf. Die Bildung und Zusammensetzung des insoweit vorgesehenen beratenden Ausschusses (§ 5 Abs. 3 TVgG M-V) ist nicht geregelt; ebenso wenig seine Kompetenz.

Hierzu vertreten wir einhellig die Position, dass derartige konstitutive Tariftreueregelungen im Vergaberecht tiefgreifenden Bedenken begegnen. Sie sind verfassungsrechtlich angreifbar, weil sie die grundgesetzlich geschützte Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie sowie die unternehmerische Freiheit der am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen betrifft. Diese werden durch Realisierung der staatlichen Marktmacht zu einer Tarifierhebung gezwungen, sofern sie einen öffentlichen Auftrag erhalten wollen. Auch die europarechtliche Dienstleistungsfreiheit wird durch eine solche Vorgabe tangiert.

Insbesondere sehen wir das vorgesehene Ordnungsverfahren kritisch. Die staatliche Auswahl eines bestimmten Tarifvertrages bzw. einzelner Arbeitsbedingungen aus einem Tarifvertrag führt zu einer Tarifselektion. Der Staat bedient sich willkürlich und zweckentfremdend der von den Tarifvertragsparteien ausgehandelten Tarifvereinbarungen. Das ist ein besonders tiefgreifender Eingriff in die Tarifautonomie. Auch gegenüber den Tarifvertragsparteien, deren tarifliche Arbeitsbedingungen für die Durchführung eines öffentlichen Auftrags verbindlich vorgegeben werden sollen. Eine solche Tarifselektion hat auch mit der von den Koalitionsparteien angestrebten Stärkung der Tarifbindung rein gar nichts zu tun. Im Gegenteil: Sie entwertet die Tarifergebnisse der Tarifvertragsparteien, die tarifautonome Verbandsmitgliedschaft als Pfeiler unseres freiheitlichen Tarifvertrags- und Ordnungssystems und gefährdet die Organisationspotentiale der Sozialpartner.

Vor dem Hintergrund zunehmender bürokratischer Belastungen für die Wirtschaft ist zudem kritisch anzumerken, dass die Vergabeverfahren durch die immer stärkere Verknüpfung mit sozialpolitischen Anliegen komplizierter, bürokratischer und teurer werden. Dies betrifft sowohl Bieter als auch die öffentliche Hand. Tariftreueregelungen greifen in den Leistungswettbewerb um öffentliche Aufträge ein und gehen zu Lasten der Anzahl und Vielfalt der Teilnehmer im öffentlichen Auftragswesen. Insbesondere kleinen und mittelständischen Unternehmen, die in regionalen Märkten operieren, wird es durch solche Vorgaben schwerer gemacht, an öffentliche Aufträge heranzukommen. Wegen der geringeren wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit können sich diese auch keine großen Vertriebsabteilungen leisten, um die immer komplexeren Anforderungen bei der Auftragsvergabe zu bewältigen. Es darf bezweifelt werden, ob in Ansehung der vorgesehenen Schwellenwerte von 50.000 respektive 10.000 €, die für Unternehmen mit oft deutlich weniger als 100 Mitarbeitern erstrebenswert sind, ein ausreichend lebendiger Pool an tarifvertraglich gebundenen Unternehmen besteht. Dies erzeugt die Gefahr, dass Unternehmen der lokalen Wirtschaft im Wettbewerb mit anderen Bietern anderer Bundesländer oder aus dem Ausland zunehmend unterliegen werden. Dies würde auch dem Ziel des Vergaberechts - einer effizienten Beschaffung unter schonender Verwendung von Steuergeldern im Rahmen eines fairen Bieterwettbewerbs - zuwiderlaufen. Und es ist ein eklatanter Widerspruch zu dem im Koalitionsvertrag geäußerten Anspruch eines möglichst einfachen und unbürokratischen Vergaberechts.

3. Eingriff in Tarifautonomie durch Aushebeln von Tarifverträgen

Mit einer konstitutiven Tariftreueregelung werden die an einem Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen gezwungen, die vom Staat vorgegebenen tariflichen Entgelte zu bezahlen. Das heißt, u.U. Tarifverträge anderer Koalitionen anwenden zu müssen, wenn

sie einen öffentlichen Auftrag erhalten wollen. Diese staatliche Tarifselektion und Tarifzwang sind ein Eingriff in die Tarifautonomie nach § Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz. Geltende eigene Tarifverträge werden ausgehebelt, wenn nicht diese, sondern ein fremder Tarifvertrag zur Grundlage der Rechtsverordnung gemacht werden. In einem solchen Fall wäre ein tarifgebundenes Unternehmen bei öffentlichen Aufträgen gezwungen, fremde Tarifbedingungen zu akzeptieren. Wenn Unternehmen zu einem großen Teil auf öffentliche Aufträge angewiesen sind, könnten solche Vorgaben dessen Betätigungsfreiheit erheblich einschränken. Zudem senken solche Vorgaben auf der anderen Seite die Attraktivität von Tarifbindung. So kommt z.B. Professor Greiner in seinem aktuellen Gutachten zur Thüringer Tarifreuregelung (2020, im Auftrag des Thüringer Arbeitsministeriums, Seite 32 f.) zu dem Schluss, dass derartige Regelungen den „Aspekt der Mitgliedschaft als Faktor einer funktionsfähigen Tarifautonomie“ zunehmend entwerten und die „Trittbrettfahrerproblematik“ verschärfen. Dies bedeutet, man wendet die auftragsspezifischen Tarifregelungen an, ohne sich verbandlich zu organisieren. Mit einer Förderung der Tarifbindung hat das nichts zu tun.

4. Eingriff in Tarifautonomie durch Ordnungsverfahren

Eine Tarifreuregelung mit einem Ordnungsverfahren, über das einzelne Arbeitsbedingungen aus einem Tarifvertrag für die Vergabe öffentlicher Aufträge verbindlich vorgegeben werden, sind als besonders tiefgehender und selektiver Eingriff in die Tarifautonomie abzulehnen. Sie bedeutet nicht nur einen Tarifzwang im Vergaberecht, sie ist auch ein Eingriff in die Tarifautonomie derjenigen Tarifvertragsparteien, aus deren Tarifvertrag der Ordnungsgeber einzelne Arbeitsbedingungen herauslöst und ohne weitere Anforderungen (wie z.B. im Arbeitnehmerentsendegesetz oder im Tarifvertragsgesetz vorgesehen) per Verordnung zwingend verbindlich macht. Nach § 6 Abs. 2 des Entwurfs kann das Ministerium einzelne Bestandteile eines Tarifvertrages herauslösen und per Rechtsverordnung als relevante Arbeitsbedingungen festlegen. Hinzu kommt, dass nach § 6 Abs. 3 je nach Auftragsdauer unterschiedliche Bedingungen derselben Rechtsverordnung einzuhalten sind. Das ist ein Eingriff in das Gesamtgefüge eines Tarifvertrages und kann u.U. dessen Regelungsgehalt auch entwerten. Zum Beispiel ist unklar, was als „Arbeitszeitregelung“ anzusehen ist. Handelt es sich hierbei nur um die Wochenarbeitszeit oder auch um Regelungen zur Arbeitszeitflexibilisierung oder um Wahlmodelle zwischen Zeit und Geld? Anders als etwa im Bereich des Arbeitnehmerentsendegesetzes ist in dem hier vorliegenden Entwurf ein erheblicher Entscheidungsspielraum des zuständigen Landesministeriums eröffnet. Denkbar ist, dass für die Tarifvertragsparteien relevante Bestandteile eines Tarifvertrages nicht in die Rechtsverordnung übernommen werden. Die Gefahr einer politischen Entscheidung aufgrund sachferner Erwägungen und auch schlicht falscher Festlegungen wegen der unterschiedlichen branchenspezifischen Tarifregelungen ist groß.

Nach § 6 Abs. 2 Satz 5 überprüft das zuständige Ministerium regelmäßig, mindestens aber alle zwei Jahre, ob die Rechtsverordnungen anzupassen sind. Die Regelung zeigt, dass die Rechtsverordnung völlig eigenständig neben dem jeweiligen Tarifvertrag gilt und angepasst werden kann, ohne dass dabei klar geregelt ist, inwiefern tarifvertragliche Regelungen für die Anpassungen maßgeblich sind. Das führt dazu, dass eine Rechtsverordnung - anders als bei der Allgemeinverbindlicherklärung nach dem TVG

oder der Rechtsverordnung nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz - auch dann weiter gelten und im Vergabeverfahren angewendet werden könnten, wenn der Tarifvertrag schon nicht mehr in Kraft ist. Dieser Anpassungsmechanismus mit einer bloß losen Kopplung zwischen zugrundeliegendem Tarifvertrag und Rechtsverordnung verstärkt das Risiko, dass Tarifverträge durch die Rechtsverordnungen ausgehebelt werden und - selbst für tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer - nicht mehr der einzige Maßstab sind.

Der mit dem Gesetzentwurf gewählte Weg über ein neues Rechtsverordnungsverfahren wirft im Übrigen bezüglich seiner Ausgestaltung zahlreiche Fragen auf.

Was gilt z.B. für die unbestimmten Rechtsbegriffe in § 6 Abs. 2? Danach soll die Rechtsverordnung die „maßgeblichen Kernarbeitsbedingungen“ des einschlägigen Branchentarifvertrags „spiegeln“. Diese „Spiegelung“ wird nicht definiert oder näher umschrieben, sodass unklar bleibt, nach welchen Kriterien die Rechtsverordnung durch das Ministerium gestaltet werden kann. Die Gesetzesbegründung spricht selbst auch nur von „Orientierung an den jeweiligen Branchentarifverträgen“. Satz 3 sieht zwar vor, dass nur bestimmte Inhalte, etwa Arbeitsentgelt und Zuschläge, zu berücksichtigen sind. Schon der Begriff „berücksichtigen“ ist dabei nicht eindeutig, sodass aus dem Gesetz nicht hervorgeht, in welchem Umfang und Inhalt die tarifvertraglichen Regelungen vom Verordnungsgeber übernommen werden müssen. Die Gefahr falscher Entscheidungen durch das Ministerium ist hier wegen der unterschiedlichen branchenspezifischen Tarifregelungen groß.

Zwar gibt es in Satz 4 eine Einschränkung, wonach die Festlegung abweichender Arbeitsbedingungen ausgeschlossen ist. Diese ist aber wegen der verbleibenden Spielräume bei der Übernahme wesentlicher Kernarbeitsbedingungen nicht ausreichend und nach dem Wortlaut auch unklar, worauf sie sich bezieht - auf die Aufzählung der möglichen Kernarbeitsbedingungen oder auf die betreffenden Tarifvertragsinhalte.

Mit einer solchen unklaren Regelung verstößt der Gesetzgeber gegen das Bestimmtheitsgebot. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts soll eine Regelung nach dem Gebot der Normenbestimmtheit und der Normenklarheit die Betroffenen befähigen, die Rechtslage anhand der gesetzlichen Regelung zu erkennen, damit sie ihr Verhalten danach ausrichten können. Die Bestimmtheit der Norm soll vor Missbrauch schützen und Gerichte in die Lage versetzen, getroffene Maßnahmen anhand rechtlicher Maßstäbe zu kontrollieren (Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 26. Juli 2005, Az.: 1 BvR 782/94 und 1 BvR 957/96 Rn. 184). Diesen Ansprüchen genügt § 6 Abs. 2 nicht.

Nach § 6 Abs. 2 sollen bei der Orientierung Arbeitsentgelt, Urlaubs- und Arbeitszeitregelungen sowie Mehr-, Nacht-, Sonn- und Feiertagszuschläge sowie Sonderzahlungen (Urlaubs- und Weihnachtsgeld) berücksichtigt werden. Die Berücksichtigung von Urlaubs- und Weihnachtsgeld im Rahmen der Rechtsverordnung macht angesichts des Zwecks dieser Sonderzahlungen keinen Sinn. Diese Sonderzahlungen belohnen im Regelfall - zumindest auch - die Betriebstreue der Arbeitnehmer. Dieses Ziel spielt im Rahmen einer öffentlichen Auftragsvergabe keine Rolle. Auch die Unterscheidung bei den anzuwendenden Arbeitsbedingungen in § 6 Abs. 3 nach der Auftragsdauer ist willkürlich und sachlich nicht gerechtfertigt. Es ist nicht nachzuvollziehen, warum bei einer Auftrags-

dauer bis zu 2 Monaten keine Sonderzahlungen zu berücksichtigen sein sollen, aber einer Dauer von 2 Monaten und einem Tag dagegen schon. Die Auswahl einschlägiger Tarifverträge ist im Gesetzentwurf unklar geregelt. Bei § 6 gibt es keine Regelung für die Auswahl des einschlägigen Tarifvertrags für eine bestimmte Auftragsleistung (z.B. anhand des Geltungsbereichs eines Tarifvertrages).

Für die Frage des repräsentativen Tarifvertrages nach § 5 soll es auf die Bedeutung des Tarifvertrages für die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmenden ankommen. Die bloße „Bedeutung“ eines Tarifvertrages ist als unbestimmter Rechtsbegriff kein ausreichender Anhaltspunkt für die Repräsentativität eines Tarifvertrages und ohne nähere Definition kein taugliches Kriterium für die Auswahlentscheidung. Es passt auch nicht so recht zu der Vorgabe in § 6, wonach es im Falle konkurrierender Tarifverträge immerhin auf die überwiegende Bedeutung eines Tarifvertrags ankommt. Bei der Auswahl des einschlägigen Tarifvertrags wäre ein strenger Maßstab in Anlehnung an § 7 Abs. 2 Arbeitnehmerentsendegesetz, § 5 Abs. 1a Satz 3 TVG angebracht.

Es besteht auch an dieser Stelle die Gefahr, dass das Verfahren über eine Rechtsverordnung aufgrund des Fehlens von klaren Ausgestaltungskriterien und Verfahrensschritten zu Lasten der Tarifautonomie betrieben wird. Hauptakteur ist das Ministerium ohne wesentliche Beteiligungsrechte der Tarifpartner. Es besteht mangels klarer Regelungen auch für die Auftragsstellen das Risiko, dass für eine bestimmte Auftragsleistung der falsche Branchentarifvertrag vorgegeben wird. Die Frage der fachlichen Geltung eines Tarifvertrages ist in der Praxis alles andere als trivial und dürfte die Auftragsstellen eher überfordern.

Es fehlen die Verfassungskonformität wahrende notwendige Verfahrensanforderungen, wie sie etwa im Arbeitnehmerentsendegesetz oder im Tarifvertragsgesetz vorhanden sind. In den genannten Gesetzen wird die Möglichkeit zur Erstreckung von Tarifverträgen unter klaren Voraussetzungen ermöglicht. So wird dort etwa ein gemeinsamer Antrag der Tarifvertragsparteien gefordert oder wie im Falle der AVE ein öffentliches Interesse. Es bestehen Stellungnahmerechte der Betroffenen und die Befassung und Entscheidung eines Tarifausschusses. Diese gesetzlichen Bestimmungen sehen also ein gemeinsames Handeln und eine Einbindung der Tarifpartner in einem geordneten Verfahren vor. Die Regelungen in den §§ 5 ff. des Gesetzentwurfs sehen dagegen noch nicht einmal die Möglichkeit zur Stellungnahme vor. Das schmälert die Rolle der Tarifpartner einerseits, aber auch die der Betroffenen andererseits ganz erheblich. Zwar ist im Gesetzentwurf die Einrichtung eines - jedoch nur beratenden - Ausschusses für die Feststellung der Repräsentativität von Tarifverträgen bzw. des jeweils einschlägigen Tarifvertrags vorgesehen. Die Befugnisse und Funktion dieses Ausschusses bleiben unbestimmt. Zudem fehlen Details zur Besetzung und des Verfahrens. Diese müssten direkt im Gesetz geregelt werden und dürften nicht allein dem Verordnungsgeber überlassen werden, um die verfassungsrechtlichen Defizite auszugleichen. In der aktuellen Fassung des Entwurfs drängt sich eher der Eindruck einer Alibi- oder Feigenblattbestimmung auf.

Und schließlich bestehen im Entwurf Ungleichbehandlungen von Auftragnehmer- und Auftraggeberseite. Nach § 5 Abs. 1 bzw. § 6 Abs. 3 ist der Auftragnehmer verpflichtet, Änderungen der einschlägigen Rechtsverordnung nachzuvollziehen. Demgegenüber findet sich keine Anpassungspflicht des Auftraggebers bezüglich der Vergütung von Auftragsleistungen. Ändern sich die durch eine Tariftreuerregelung vorgegebenen Tarifbe-

dingungen für den Auftrag, muss es für den Auftragnehmer im Hinblick auf die grundgesetzlich geschützte Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und die unternehmerische Freiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) ebenfalls eine Möglichkeit der Preisanpassung geben.

5. Arbeitnehmerschutz ist keine Rechtfertigung mehr

Zwar hatte das Bundesverfassungsgericht im Jahre 2006 in der Tariftreueregelung des Berliner Vergabegesetzes keinen Verstoß gegen die Tarifautonomie und Koalitionsfreiheit gesehen. Dass die damalige Regelung zum Berliner Vergabegesetz im Ergebnis für verhältnismäßig gehalten wurde, lag u.a. daran, dass bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Abwägung zwischen Arbeitnehmerschutz und Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG der Arbeitnehmerschutz höher gewichtet wurde, als der Eingriff in die Berufsfreiheit der Unternehmer. Diese Entscheidung erging allerdings vor der Einführung des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohnes und der mittlerweile für alle Branchen offenen Möglichkeit, branchenbezogene Mindestentgelte über das Arbeitnehmerentsendegesetz zwingend verbindlich zu machen. Zusätzlich besteht nach § 5 TVG die Möglichkeit, für das BMAS bzw. die zuständigen Landesministerien, Tarifverträge unter bestimmten Voraussetzungen und auf Antrag der Tarifpartner sowie im Einvernehmen mit dem Tarifausschuss für allgemeinverbindlich zu erklären. Mit diesen Instrumenten besteht bereits ein weitreichendes und bundesweites System von Lohnuntergrenzen, das einen ausreichenden Arbeitnehmerschutz und Mindeststandards bei Arbeitsbedingungen sicherstellt.

6. Unvereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV)

Nach diesseitiger Auffassung steht die Zulässigkeit der im Entwurf vorgesehenen konstitutiven Tariftreueregelung nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH (insbesondere im Fall Rüffert) mit der Dienstleistungsfreiheit.

Anders als von Gewerkschaftsseite teilweise propagiert hat die Änderung der Entsenderichtlinie im Jahre 2018 die Möglichkeiten für vergaberechtliche Tariftreueklauseln in keiner Weise erweitert. Diese müssen sich weithin an der Dienstleistungsfreiheit messen lassen. Zu diesem Schluss kommen maßgebliche Stimmen in der Literatur (z.B. Riesenhuber in EuZA 2020, Seite 423, 436 ff.) Der neue Tatbestand der „allgemein wirksamen Tarifverträge“ in Art. 3 Abs. 8 Entsenderichtlinie bietet keine entsenderechtliche Wirksamkeit für Tariftreuevorschriften.

Auch im vorliegenden Entwurf scheinen die Verfasser selbst Zweifel an der Europarechtskonformität zu haben, wenn in der Gesetzesbegründung ab Seite 15 unten die Frage nach einem möglichen „Rechtsformmissbrauch“ gestellt wird.

Auch die seinerzeitige Rüffert-Entscheidung des EuGH zum unionsrechtlichen Verstoß einer niedersächsischen Tariftreueklausel hat bis heute Bestand (so etwa auch die Ausarbeitung des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages, wie WD7 - 3000 - 010/19, 30. Januar 2019).

So ist insbesondere auch in der RegioPost-Entscheidung des EuGH keine Abkehr von der früheren Rüffert-Entscheidung des EuGH zu sehen. Entscheidend war zu diesem Zeitpunkt, dass weder das Arbeitnehmerentsendegesetz noch eine andere nationale Regelung einen niedrigeren Mindestlohn für die betroffene Branche vorsah. Heute ist die

Situation durch das Mindestlohngesetz eine andere. Das Argument des Arbeitnehmerschutzes hat dadurch letztlich an Bedeutung verloren.

Es ist also keinesfalls so, dass die genannte Rechtsprechung des EuGH mittlerweile überholt ist und die neue Entsenderichtlinie einen nahezu unbegrenzten Gestaltungsspielraum eröffnet hätte. Aus diesseitiger Sicht sprechen auch folgende Argumente dagegen.

- Neben den gesetzlich erstreckten Tarifverträgen gibt es in Deutschland keine allgemein wirksamen Tarifverträge im Sinne der Richtlinie. Diese Variante war ursprünglich für Länder in Europa gedacht, die kein System allgemeinverbindlicher Tarifverträge kennen.
- Es wäre eine Umgehung der vor dem Hintergrund der Dienstleistungsfreiheit notwendigen Einschränkungen (wegen der Gefahr von überschießendem Protektionismus statt Mindestarbeitnehmerschutz), wenn durch einen Kunstgriff einfache Tarifverträge durch eine Tariftreueregelung auf der Basis einer entsprechenden Rechtsverordnung erst zu allgemein wirksamen Tarifverträgen gemacht werden würden.
- Die Entsenderichtlinie ist durch das Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) abschließend umgesetzt worden. Darin sind keinerlei Vorgaben für Tariftreueregelungen enthalten. Es lassen sich daher für den Bereich der öffentlichen Vergabe daraus keine erweiterten Regelungsspielräume ableiten.

7. Gesetzgebungskompetenz zweifelhaft

Der vorliegende Entwurf stellt im Schwerpunkt deutlich auf den Arbeitnehmerschutz ab, etwa durch die starke Betonung der Schutzintention des Gesetzes für Arbeitnehmer in § 1, durch die umfassende Tariftreue- und Mindestlohnregelungen in Abschnitt III, die Regelung zur Gleichstellung von Zeitarbeitnehmern in § 8 Abs. 1 sowie die Regelungen zu den ILO-Kernarbeitsnormen in § 12.

Das Arbeitsschutzrecht unterfällt der konkurrierenden Gesetzgebung, jedoch hat hier der Bund u.a. mit dem Mindestlohngesetz und dem Arbeitnehmerentsendegesetz weitreichende Regelungen erlassen, sodass kein Raum mehr für eine Gesetzgebungsbefugnis der Länder bleibt.

Seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Berliner Vergabegesetz (Beschluss vom 11. Juli 2006, Az. 1 BvL 4/00) wird die Gesetzgebungskompetenz der Länder zwar grundsätzlich aus dem Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung hergeleitet. Gemessen an den heutigen sehr komplexen Vergabegesetzen der Länder mit weitreichenden Bezügen zu sozialpolitischen Standards war das damalige Berliner Vergabegesetz eine sehr schmale Regelung. Insoweit bestehen berechtigte Zweifel daran, dass in den aktuellen Fällen, in denen schwerpunktmäßig Sachmaterien außerhalb der eigentlichen wirtschafts- und verwaltungspolitischen Ziele des Vergaberechts geregelt werden sollen, sich die Länder weiterhin auf das „Recht der Wirtschaft“ stützen können. Würde man dies zulassen, so könnten sämtliche vergabefremde Materien im Sinne eines „Nebenfachrechts“ im Landesvergaberecht geregelt werden.

8. Keine Förderung fairen Wettbewerbs

Nach § 1 des Entwurfs ist es Ziel des Gesetzes, u.a. einen unfairen Unterbietungs- und Verdrängungswettbewerb zu verhindern.

Allerdings würde das Gesetz selbst Wettbewerbsverzerrungen verursachen, wenn sich insbesondere kleine und mittelständische Unternehmen nicht mehr an öffentlicher Auftragsvergabe beteiligen, weil sie den Aufwand der komplexen Anforderungen des Gesetzes nicht leisten können. Zudem haben in der Vergangenheit mehrere Evaluationen der Landesvergabegesetze gezeigt, dass gerade die wettbewerblichen Ziele der Landesgesetzgeber häufig nicht erreicht werden können.

So kam eine Auswertung des Landestariftreue- und Mindestlohngesetzes Baden-Württemberg aus 2019 zu dem Schluss, dass sich kein direkter kausaler Effekt in Bezug auf eine Verbesserung des Wettbewerbs eingestellt habe. Zudem berichteten Vergabestellen im Rahmen der Evaluationen von einer Verkleinerung des Bieterkreises (z.B. Evaluierung des Tariftreue- und Vergabegesetzes NRW aus 2015). Insbesondere bei Klein- und Kleinstunternehmen waren Rückgänge zu verzeichnen (Evaluierung des Thüringer Vergabegesetzes aus 2016).

9. Kompetenzüberschreitung bezüglich des AÜG

Die Regelung des § 8 Abs. 1 geht über die gesetzlichen Regelungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) hinaus. Nach der betreffenden Regelung im TVgG M-V sollen sie Unternehmen bei Angebotsabgabe verpflichten, Zeitarbeitnehmern während des Ausführungszeitraums die gleichen Arbeitsbedingungen wie den regulär beschäftigten Arbeitnehmern zu gewährleisten. Diese Pflicht kann der Auftragnehmer nicht erfüllen, da es sich bei den Zeitarbeitnehmern nicht um eigene Arbeitnehmer handelt. Zudem bleibt unberücksichtigt, dass nach § 8 Abs. 4 AÜG in einem Tarifvertrag hinsichtlich des Arbeitsentgelts vom Gleichstellungsgrundsatz für die ersten 9 Monate einer Überlassung abgewichen werden kann. Die Regelung übergeht die eigenen Tarifverträge der Zeitarbeitsbranche. Diese bundesgesetzlich zulässigen Tarifverträge wurden zwischen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden ausgehandelt. Für eine Gesetzgebungskompetenz, die abweichende Regelungen für die Zeitarbeitsbranche gestatten würde, sehen wir keine Grundlage.

Das Aushebeln von bundesgesetzlichen Öffnungsklauseln und Tarifverträgen der Zeitarbeitsbranche dürfte i.Ü. auch keinen Beitrag zur Stärkung der Tarifbindung darstellen.

10. Zu weit gehende Kontrollbefugnisse

Nach § 15 des Entwurfs haben alle Auftraggeber das Recht, Kontrollen bei beauftragten Unternehmen und bei dessen Nach- und Verleihunternehmen durchzuführen. Das Verfahren hierzu wird nicht beschrieben. Seine Ausgestaltung ist dem zuständigen Ministerium durch die allgemeine Klausel in § 17 überlassen. Dies widerspricht dem Grundsatz, dass wesentliche hoheitliche Kontrollbefugnisse direkt im Gesetz zu regeln sind. Dies folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG. Beispielhaft sei hier nur die Regelung der Kontrollbefugnisse der Finanzkontrolle Schwarzarbeit genannt (§§ 2 ff. Schwarzarbeitsgesetz oder in den §§ 16 f. Arbeitnehmerentsendegesetz).

Zudem muss der Auftraggeber nach § 15 Abs. 3 das beauftragte Unternehmen verpflichten, sich Auskunfts- und Prüfrechte bei der Beauftragung von Nach- und Verleihunternehmen einräumen zu lassen. Es wird nicht deutlich, wer von den Auskunfts- und Prüfrechten Gebrauch machen soll. Die vertraglichen Pflichten des Auftragnehmers gegenüber Nach- und Verleihunternehmen sind vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit als zu weit gehend zu bewerten. Es ist fraglich, ob solche Pflichten noch im Rahmen der öffentlichen Auftragsbeziehung und Verantwortung des Auftragnehmers liegen oder nicht schon darüber hinausgehen. Abgesehen davon sind die vorgesehenen Pflichten für Auftragnehmer und Auftraggeber mit erheblichem bürokratischen und kostspieligen Mehraufwand verbunden. Nicht wenige Unternehmen werden sich auch im Hinblick auf den Schwellenwert bei sonstigen Leistungen die Frage stellen, ob dieser Mehraufwand noch in einem angemessenen Verhältnis zum Ertrag steht.

11. Sanktionen unverhältnismäßig

Wegen der erheblichen Grundrechtsrelevanz von Kontroll- und Sanktionsregelungen und der teils gravierenden Folgen für betroffene Unternehmen, sollten solche Regelungen so konkret wie möglich und mit „Augenmaß“ getroffen werden. Die Regelungen des § 16 werden dem nicht gerecht. Insbesondere die Regelung des § 16 Abs. 3 ist zu unbestimmt. Das Instrument der Vergabesperre sollte nur bei rechtskräftig festgestellten Verstößen und auch nicht bei jedem denkbaren Verstoß zur Anwendung kommen dürfen (Erheblichkeitsschwelle fehlt, wie z.B. bei Arbeitnehmerentsendegesetz oder Mindestlohngesetz: Vergabesperre nur bei Geldbuße von wenigstens 2.500 €). Es fehlt eine Beschränkung auf lediglich schuldhaftige Verstöße, wie etwa bei Vertragsstrafen. Außerdem sollte ein betroffenes Unternehmen zwingend vor dem Ausschuss angehört werden müssen (wie z.B. § 19 Abs. 5 Mindestlohngesetz und § 21 Abs. 5 Arbeitnehmerentsendegesetz).

Außerdem fehlt es an Exkulpationsmöglichkeiten bzw. Rechtsschutzmöglichkeiten für betroffene Unternehmen, z.B. für den Fall, dass Verstöße bei Nachunternehmern vorliegen, der Auftragnehmer selbst aber den Nachunternehmer sorgfältig ausgewählt und seinerseits alles dafür getan hat, die Erfüllung der Pflichten aus dem Gesetz sicherzustellen.

12. Weitere klärungsbedürftige Punkte

zu § 2 Abs. 6

Ist jede Neugründung ein Startup im Sinne des Gesetzes? - Fallen auch Ausgründungen darunter?

zu § 2 Abs. 7

Ab wann ist eine Vergabe „länderübergreifend“?

zu § 4 Abs. 4

Wie ist „Nachhaltigkeit der Beschaffung“ definiert?

zu § 4 Abs. 6

Wie wird die Eignung eines Unternehmens festgestellt?

zu § 4 Abs. 7

Was bedeutet das 2-Umschlag-Verfahren konkret?

zu § 4 Abs. 8

Hier werden Ausführungsbedingungen hervorgehoben, die nicht den wertschöpfenden Teil der Leistungsverpflichtungen des Auftragnehmers betreffen, sondern die Art und Weise der Leistungsausführung (soziale, innovative und umweltbezogene Gesichtspunkte).

Welche Gewichtung haben diese Gesichtspunkte insbesondere mit Blick auf den Aspekt des „wirtschaftlichsten Angebots“?

Fazit:

1. Es bedarf weder des bestehenden Vergabegesetzes noch eines daraus hervorgehenden Tariftreue- und Vergabegesetzes. Nach der Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns, dem Erlass des Arbeitnehmerentendegesetzes und der nach wie vor bestehenden Möglichkeit, Tarifverträge für allgemeinverbindlich zu erklären, besteht für ein Vergabegesetz zur Gewährleistung von Arbeitnehmerschutzrechten kein Handlungsbedarf.
2. Die Struktur der geplanten Neuregelung des Vergaberechts in M-V mit den Säulen Vergabegesetz und Rechtsverordnung begegnet erheblichen verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Bedenken und ist daher abzulehnen. Die Gesetzesnovelle beinhaltet gegenüber dem Status Quo eine Steigerung der Komplexität, des bürokratischen Aufwandes und fehlender Praktikabilität.
3. In Ansehung der wirtschaftlichen Verfassung des Landes und seiner Wirtschaft wäre ein Belastungsmoratorium angezeigt und ein Verzicht auf das vorgesehene Gesetzgebungsvorhaben angebracht. Die mittelständische Wirtschaft braucht Entlastung und keine zusätzliche Belastung. Die Unternehmen brauchen Freiraum zur Entfaltung und keine Gängelung durch nicht rational begründbare Gesetzesvorhaben. Die Arbeitgeber erwarten Wertschätzung und kein Misstrauen durch die politisch Verantwortlichen in M-V.

Schwerin, den 20.06.2023

Vereinigung der Unternehmensverbände
für Mecklenburg-Vorpommern e.V.

Sven Müller
Stellv. Hauptgeschäftsführer

Kathrin Köhn
Geschäftsführerin
Arbeitsrecht und Soziale Sicherung