

Landtag Mecklenburg-Vorpommern

8. Wahlperiode

Wirtschaftsausschuss

Stellungnahme

von Univ.-Prof. Dr. Florian Rödl, Freie Universität Berlin

zur

öffentlichen Anhörung des Wirtschaftsausschusses am 29. Juni 2023

zum Gesetzentwurf der Landesregierung

„Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts“

Freie Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft
Univ.-Prof. Dr. Florian Rödl, Van't-Hoff-Sr. 8, 14195 Berlin

Fachbereich Rechtswissenschaft
Institut für Arbeitsrecht
Professur für Bürgerliches Recht,
Arbeitsrecht und Sozialrecht
Univ.-Prof. Dr. Florian Rödl (M.A.)
Van't-Hoff-Str. 8
Raum 320
14195 Berlin

Telefon +49 30 838 61473

Fax +49 30 838 452137

E-Mail florian.roedl@rewiss.fu-berlin.de
www.jura.fu-berlin.de

27.06.2023

Schriftliche Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung am 29. Juni 2023

zum Entwurf der Landesregierung Mecklenburg-Vorpommern
für ein **Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts**.

Dem Feld meiner Expertise entsprechend beschränke ich mich auf Ausführungen zur Vereinbarkeit des Gesetzesentwurfs mit den Vorgaben des Grundgesetzes (A.) und des Unionsrechts (B.).

Voran sei die allgemeine Feststellung gestellt: In einer Situation schwach ausgeprägter Tarifbindung ist die vergaberechtliche Förderung der praktischen Wirksamkeit tariflicher Normsetzung ein wichtiges Instrument zur Stabilisierung des Tarifvertragssystems. Dessen Einsatz ist dringend geboten, um den verfassungsrechtlichen Auftrag an den Staat aus Art. 9 Abs. 3 GG zu erfüllen, ein funktionsfähiges Tarifvertragssystem bereitzustellen.

Eine gesetzliche Tariftreuevorgabe begründet keine Tarifbindung, das unterscheidet sie von der Allgemeinverbindlicherklärung. Auf Basis einer Tariftreuevorgabe verpflichten sich die im Vergabeverfahren erfolgreichen Unternehmen lediglich, ihren Arbeitnehmern für ihre Arbeitsleistungen im Zuge der Erfüllung des öffentlichen Auftrags die einschlägigen tariflichen Arbeitsbedingungen zu gewähren. Neben der Stabilisierung des Tarifvertragssystems wird dadurch ein leistungsfeindlicher Wettbewerb auf der Grundlage von Arbeitskosten verhindert.

Die negative Koalitionsfreiheit ist durch eine gesetzliche Tariftreuevorgabe grundsätzlich nicht berührt. Die Vorgabe unterstützt allein die praktische Wirksamkeit tariflicher Regelungen. Damit ist offensichtlich weder ein rechtlicher noch ein in der Wirkung vergleichbarer faktischer Zwang zum Beitritt in einen Arbeitgeberverband verbunden.

A. Regelungskompetenz nach dem Grundgesetz

Für die Regelung arbeitsvertraglicher Mindestarbeitsbedingungen, im Sinne von zwingenden Regelungen des Arbeitsvertragsrechts, welche unmittelbar die vom Arbeitgeber geschuldeten Leistungen bestimmen, fehlt den Ländern derzeit die Kompetenz. Die Setzung arbeitsvertraglicher Mindestarbeitsbedingungen gehört zur Materie des Arbeitsrechts, für die eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz besteht (§ 74 Abs. 1 Nr. 12 GG). Von dieser Kompetenz hat der Bund erschöpfend Gebrauch gemacht. Raum für eine Gesetzgebung des Landes besteht somit nicht (Art. 72 Abs. 1 GG).

Das könnte sich im Zuge der anstehenden Gesetzgebung des Bundes für ein Tariftreuegesetz ändern. Der Bundesgesetzgeber könnte eine Öffnungsklausel einfügen, um den Ländern in der Materie des Arbeitsrechts die Kompetenz zu eröffnen für die Regelung von Mindestarbeitsbedingungen für Arbeitsleistungen im Zuge der Erfüllung öffentlicher Aufträge.

Die damit derzeit bestehende grundgesetzliche Kompetenzgrenze wird im Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (im Folgenden „Gesetz-Entwurf“) durch den gewählten Regelungsansatz gewahrt. Gegenstand der Rechtsverordnungen nach §§ 5 Abs. 2, 6 Abs. 2 Gesetz-Entwurf soll nämlich nicht die Setzung arbeitsvertraglicher Mindestarbeitsbedingungen sein. Vielmehr sollen Arbeitsbedingungen bestimmt werden, die nicht unmittelbar die Leistung des Arbeitgebers bestimmen, sondern deren Einhaltung der Arbeitgeber als Auftragnehmer dem öffentlichen Auftraggeber gegenüber verspricht. Erst die Einhaltung dieses Versprechens verlangt eine entsprechende Änderung der Arbeitsverträge der im Zuge der Erfüllung des Auftrags eingesetzten Arbeitnehmer.

Die Vorgabe soll entweder erfolgen, indem die Rechtsverordnung einen repräsentativen Tarifvertrag bestimmt (§ 5 Gesetz-Entwurf) oder, in Ermangelung eines repräsentativen Tarifvertrags, die Regelungen eines nicht-repräsentativen (Branchen-)Tarifvertrags übernommen werden (§ 6 Gesetz-Entwurf).

B. Unionsrechtlicher Rahmen

Diese Aufgliederung ist nicht erforderlich. Die Anknüpfung an ein besonderes Erfordernis der Repräsentativität ist auch nicht günstig. Das Gesetz verzichtet in § 5 Gesetz-Entwurf auf eine eigene Bestimmung der Bedeutung des Erfordernisses der Repräsentativität, sondern verweist in der Begründung auf die gutachterlich entfaltete Auffassung des Kollegen *Prof. Dr. Rüdiger Krause* aus Göttingen (Drs. 08/2082, S. 37). Der hat die Prägung von einem Drittel der Arbeitsverhältnisse für ausreichend gehalten.

1. für § 5 Gesetz-Entwurf

Die Aufgliederung und Anknüpfung an ein Erfordernis der Repräsentativität geht zurück auf eine m.E. unzutreffende Deutung der unionsrechtlichen Rahmenbedingungen in Gestalt der Entsende-Richtlinie (Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 16. Dezember 1996).

Seit ihrer Änderung im Jahr 2018 (Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 28. Juni 2018), die unter anderem die Regelung in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 betraf, ist es auch Mitgliedstaaten wie Deutschland, die über die Institution der Allgemeinverbindlicherklärung verfügen, erlaubt, Arbeitsbedingungen für Entsendearbeit verbindlich zu machen, die in Tarifverträgen geregelt sind, welche zwar nicht für allgemeinverbindlich erklärt, aber dennoch faktisch allgemein wirksam sind (im Wortlaut: „die von allen in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden Unternehmen einzuhalten sind“).

In der deutschen Diskussion ist unter anderem von *Prof. Dr. Krause* die Position entwickelt worden, dass mit dieser unionsrechtlichen Voraussetzung der faktisch allgemeinen Wirksamkeit die aus dem Tarifrecht vertraute Eigenschaft der Repräsentativität gemeint sei (vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 1 TVG, § 7 Abs. 2 AEntG). Ein repräsentativer Tarifvertrag muss nach der gegenwärtigen Handhabung im Rahmen der Allgemeinverbindlicherklärung für 50% der Arbeitsverhältnisse maßgeblich sein. Diese tarifrechtliche Vorgabe soll nach dem Vorschlag von *Prof. Dr. Krause* im Rahmen des Erlasses vergaberechtlicher Rechtsverordnungen auf 33% ermäßigt werden können.

Beide Vorgaben erfüllen indessen nicht die unionsrechtliche Vorgabe der faktisch allgemeinen Wirksamkeit im Sinn von Art. 3 Abs. 8 UAbs. 1 Entsende-RiLi. Wie sich aus der eben wörtlich zitierten Regelung ergibt, deren Gehalt zusätzlich durch die erläuternde Regel in Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Entsende-RiLi bestätigt wird, ermäßigt die unionsrechtliche Vorgabe nicht die Maßgabe der Allgemeinheit. Sie verzichtet lediglich auf die förmliche Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit.

Richtig ist demgegenüber m.E., die Änderung in Art. 3 Abs. 8 UAbs. 1 Entsende-Richtlinie so zu deuten, dass sie auf eine Zulassung der Tariftreue in ihrer ursprünglichen Konzeption zielt, sofern denn die Arbeitsleistungen im Zuge der Auftragserfüllung im Inland erbracht werden. In diesem Verständnis stellt sich die faktische allgemeine Wirksamkeit für den Bereich der Erfüllung öffentlicher Aufträge gerade durch die gesetzliche Vorgabe zur Tariftreue her. Die Erfüllung öffentlicher Aufträge ist die maßgebliche „Tätigkeit“, für die die tariflichen Arbeitsbedingungen kraft gesetzlicher Tariftreuevorgabe faktisch allgemein wirksam sein. (Beiseite zu notieren ist, dass im Falle einer Kollision von Tarifverträgen in der Tat der repräsentativere Tarifvertrag bestimmt werden muss. Dies ist jedoch kein Gebot des Entsenderechts der Union, sondern ein Gebot des Verfassungsrechts (Art. 9 Abs. 3, 3 Abs. 1 GG)).

2. für § 6 Gesetz-Entwurf

Auf jene Lesart der Änderung der Entsende-Richtlinie kann sich der Gesetzgeber auch stützen, sofern er bei Fehlen eines repräsentativen Tarifvertrags gem. § 6 Gesetz-Entwurf in einer Rechtsverordnung die Arbeitsbedingungen eines anderen, also nicht repräsentativen Tarifvertrags vorgeben will. Auf diese Grundlage gestützt ergeben sich im Übrigen keine Bedenken gegen die Regelung.

Alternativ – wovon die Begründung nicht handelt – mag sich der Landesgesetzgeber darauf berufen, dass er in diesem Fall kraft seiner Verordnung selbst Arbeitsbedingungen in einer Rechtsverordnung festlegt. Für solcherart festgelegte Arbeitsbedingungen gilt nach Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 1. Anstrich Entsende-Richtlinie, dass ein Mitgliedstaat zu ihrer Erstreckung auf Ent-

sendearbeit nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet ist. Damit wird der nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH, Urt. v. 17.11. 2015, C-115/14 – *Regiopost*) unionsrechtlich zulässige Ansatz vergaberechtlicher Mindestentlohnungsvorgaben weiterentwickelt. Jener Ansatz und auch seine Weiterentwicklung gehen zurück auf ein von *Prof. Dr. Christoph Schmid* (Universität Bremen) und mir im Jahr 2008 für das Land Berlin erstattetes Gutachten („Bedarf und Möglichkeiten einer Novellierung des Berliner Vergabegesetzes im Lichte der Ruffert-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes“).

Nach meiner Auffassung verlangt dieser Ansatz jedoch, dass der Verordnungsgeber der Form nach eine eigene Regelung trifft. Die in § 6 Abs. 2 Gesetz-Entwurf vorgesehene politische Bindung an die tarifvertragliche Festlegung von Kernarbeitsbedingungen erscheinen vor diesem Hintergrund problematisch. Sie könnten als Umgehung der unionsrechtlichen Vorgabe angesehen werden. Sofern die Regelung auf diesen Ansatz gestützt werden soll, empfiehlt es sich zumindest, die „Bindung“ durch eine „Orientierung“ zu ersetzen.

Für weitere Fragen zu diesen und anderen Aspekten stehe ich im Rahmen der Anhörung und darüber hinaus gerne zur Verfügung.



- Univ.-Prof. Dr. Florian Rödl –