

I. Einleitung

*„Wir wollen keinen üppigen Staat. Wir wollen keinen alles beherrschenden Staat.
Wir wollen einen effizienten und handlungsfähigen Staat!“*

Was sich in der Regierungserklärung von Ministerpräsident Kurt Beck am 30. Mai 2006 noch nach einem Bekenntnis zum Bürokratieabbau anhörte, scheint sich nicht zuletzt beeinflusst von der bundespolitischen Großwetterlage zumindest im Bereich des Vergaberechts ins Gegenteil zu verkehren. Das Vergaberecht sollte jedoch nicht dazu missbraucht werden, um bestimmte politische Bekenntnisse abzugeben und zu manifestieren.

Das Kriterium der Wirtschaftlichkeit muss das bestimmende Element der Auftragsvergabe bleiben und darf nicht durch vergabefremde Kriterien verwässert werden. Marktregulierungen durch ein Tariftreuegesetz führen zu einer Marktabschottung und damit zu inakzeptablen und europarechtlich höchst problematischen Einschränkungen der Wettbewerbs- und Dienstleistungsfreiheit.

Zudem zeigen bereits die in § 1 niedergelegten Ziele des Gesetzes, dass selbst bei Zugrundelegung dieser Ziele das Gesetz das falsche Instrument ist. Das Gesetz soll Wettbewerbsverzerrungen entgegenwirken, die durch den Einsatz von Niedriglohnkräften entständen und die Belastungen für die sozialen Sicherungssysteme abmildern. Die Branchen im derzeitigen und nach dem Willen der Großen Koalition im Bund zukünftigen Anwendungsbereich des Arbeitnehmerentendegesetzes können jedenfalls nicht gemeint sein, da dort durch das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung Mindestlöhne in Höhe des von den Sozialpartnern der jeweiligen Branche ausgehandelten Tarifniveaus bereits existieren bzw. existieren werden.

Im Übrigen verwundert es schon sehr, dass die Landesregierung ein Gesetz auf den Weg bringen will, dessen Wortlaut zum Großteil nordrhein-westfälischen Tariftreuegesetz vom 17. Dezember 2002¹ entspricht, welches dort aufgrund „erheblicher Mängel bei der Durchführung und erwiesener Wirkungslosigkeit“² jüngst wieder aufgehoben worden ist. Das gleiche Schicksal ereilte im Übrigen das „Gesetz über die Vergabe öffentlicher Bauaufträge im Land Sachsen-Anhalt“. Erst am 29. Juni 2001 in Kraft getreten, wurde es bereits zum 17. August 2002 wieder aufgehoben. Grund war, dass einerseits die Belastungen für Bieter und betroffene öffentliche Auftraggeber die Bauvorhaben verteuerten und daher weniger Aufträge vergeben wurden. Andererseits gab es auch hier Umsetzungsdefizite, insbesondere im Bereich von Kalkulationsüberprüfungen und Tarifkontrollen.

II. Grundsätzliche Bedenken

Das nunmehr im Entwurf vorliegende Gesetz schreibt im Baubereich, auf dem Gebiet des Gebäudereinigungs- und Bewachungsgewerbes, in den Bereichen der Gebäude- und Immobilienwirtschaft sowie des öffentlichen Personennahverkehrs und freigestellten Schülerverkehrs vor, dass öffentliche Auftraggeber näher bestimmte Aufträge nur an Unternehmen vergeben

¹ Gesetz zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen im Land Nordrhein-Westfalen vom 17. Dezember 2002, GV. NRW. 2003, S. 8.

² Pressemeldung des Ministeriums für Wirtschaft, Mittelstand und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen vom 3. Mai 2006.

dürfen, die das in Tarifverträgen vereinbarte Arbeitsentgelt am Ort der Leistungserbringung zahlen.

Es geht also nicht nur darum, dass die unteren Lohngruppen festgeschrieben werden sollen, sondern gleich die kompletten Lohngitter auch mit sehr gut bezahlten oberen Tarifgruppen. Gegen ein solch umfassendes staatliches Lohndiktat lassen sich gewichtige systematische, ordnungspolitische und rechtliche Bedenken anführen.

1. Zweckverfehlung des Gesetzes

Die erklärten Ziele des Tariftreuegesetzes sind, in ausgewählten Branchen Wettbewerbsverzerrungen entgegenwirken, die durch den Einsatz von Niedriglohnkräften entstünden und die Belastungen für die sozialen Sicherungssysteme abzumildern (§ 1 TariftG-E RLP).

Für die Erreichung dieser Ziele ist das Tariftreuegesetz allerdings untauglich. Bereits die Mindestlöhne, die auf das Arbeitnehmerentendengesetz des Bundes zurückgehen, setzen für die Branchen in dessen Anwendungsbereich verbindliche Untergrenzen, die auch von in Deutschland tätigen Unternehmen aus dem Ausland einzuhalten sind. Die so geltenden Mindestlöhne I und II im Bauhauptgewerbe etwa, die derzeit in Westdeutschland bei 10,30 Euro bzw. 12,40 Euro liegen, bilden eine für alle Aufträge zu beachtende Lohnuntergrenze. Gerade also im Bau- und neuerdings auch im Gebäudereinigungsbereich gilt das Arbeitnehmerentendengesetz, welches das sog. Lohndumping verhindern soll. Ferner hat der Koalitionsausschuss erst am 18.06.2006 beschlossen, weitere Branchen in das Arbeitnehmerentendengesetz auf Antrag der Tarifvertragsparteien der betreffenden Branche aufzunehmen. Damit dürften alle „kritischen“ Branchen zukünftig erfasst werden können.

Die Einhaltung der genannten Vorgaben des Arbeitnehmerentendengesetzes, die es gerade im Baubereich schon seit einiger Zeit gibt, werden von den Behörden der Zollverwaltung bzw. der Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Oberfinanzdirektion Köln überwacht. Wenn die Landesregierung „starke Wettbewerbsverzerrungen durch den Einsatz von Niedriglohnkräften“ gerade auch im Baubereich beobachtet haben will, spricht dies dafür, dass kein Regelungs- sondern ein Vollzugsdefizit vorliegt.

Soweit die Landesregierung gleichwohl das Regelungsbedürfnis für ein Tariftreuegesetz insbesondere auch daraus ableitet, dass es im Baubereich und auf dem Gebiet des Gebäudereinigungs- und Bewachungsgewerbes durch den Einsatz von Niedriglohnkräften zu starken, tarifgebundene Arbeitsplätze gefährdenden Wettbewerbsverzerrungen komme (Seite 1 der Begründung), kann dem seitens der Wirtschaft nicht gefolgt werden.

Die Schaffung weiterer Regelungen, die vor allem auch zu einer staatlich verordneten Anwendung der obersten Lohngruppen führen, kann keine überzeugende Antwort gegen angebliche Niedriglöhne sein. Insofern erscheint das Argument, zur Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen und Sozialdumping Tariftreueerklärungen als notwendige Voraussetzung zur Vergabe öffentlicher Aufträge einzuführen, wenig stichhaltig.

Durch das Tariftreuegesetz wird der staatliche Einfluss auf die Lohngestaltung über den Bereich von Mindestlöhnen bei den unteren Lohngruppen auf alle Ebenen ausgeweitet. Das führt im Übrigen auch dazu, dass nicht tarifgebundene Arbeitgeber ihre Mitarbeiter eingruppieren

und tarifgebundene Arbeitgeber ggf. umgruppieren müssten. Gleichzeitig wird die Verantwortung und Überwachung dieser gesetzlichen Pflichten auf andere Stellen bzw. die Unternehmen abgewälzt, etwa um ein Vollzugsdefizit beim Arbeitnehmerentsendegesetz auszugleichen.

Ein wirkungsvoller Ansatz im Vergaberecht, um Lohn- und Sozialdumping zu verhindern, wäre die Praxis der Berücksichtigung des billigsten Angebotes zu überdenken bzw. zu unterbinden. Dem Prinzip des wirtschaftlichsten Angebotes (§ 97 Abs. 5 GWB) muss die vom Gesetzgeber beabsichtigte Geltung zukommen.

2.) Schwächung der Tarifautonomie

Auch wenn das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Berliner Vergabegesetzes vom 13. Juni 2006 formaljuristisch keine Verletzung der verfassungsrechtlich garantierten Tarifautonomie durch eine Tariftreuepflicht angenommen hat, darf die ordnungspolitische Dimension des Themas Tarifautonomie nicht durch die Landesregierung ausgeblendet werden.

Zunächst wird das im Tarifvertragsgesetz vorgesehene Verfahren zur Allgemeinverbindlicherklärung durch ein staatliches Tarifiediktat bei der öffentlichen Auftragsvergabe vollständig umgangen. Es entsteht eine neue Form der Allgemeinverbindlichkeit, die an keinerlei Voraussetzungen geknüpft ist, die den Wettbewerb zwischen den Regelungsebenen aushebelt und die einen staatlichen Lohndirigismus etabliert.

Dadurch werden nicht etwa die Tarifautonomie und der Tarifvertrag verteidigt. Ganz im Gegenteil: Durch den Ausbau staatlicher Zwangsinstrumente werden die Grundlagen der Tarifautonomie in Frage gestellt. Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften wird bei staatlich aufgezwungenen Einheitslösungen die Existenzgrundlage als Interessengemeinschaften von Arbeitgebern und Arbeitnehmern entzogen. Ihre Bindungskraft wird geschwächt.

Beschleunigt wird dieser Prozess noch dadurch, dass tarifpolitisch hart umkämpfte Flexibilitätsspielräume und die sich mit der Schaffung von Öffnungsklauseln ergebenden Handlungsmöglichkeiten zu Lasten von Arbeitgebern und Arbeitnehmern zunichte gemacht werden. Ein Beispiel: Ein Unternehmen in ernsten wirtschaftlichen Schwierigkeiten wäre nach Abschluss eines ergänzenden Haustarifvertrages, in dem z. B. ein zeitlich begrenzter Lohnverzicht als Sanierungsbeitrag vereinbart wird, oder durch das Gebrauchmachen von tariflichen Öffnungsklauseln nach dem Tariftreuegesetz faktisch von der öffentlichen Auftragsvergabe ausgeschlossen (s.u. III. 2.).

Mit der Einführung eines Tariftreuegesetzes würde die Linie des Systembruchs länger, die mit der Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung durch Rechtsverordnung im Arbeitnehmerentsendegesetz begonnen wurde. Die Tarifautonomie würde damit immer stärker eingeschränkt. Die Beteiligung der betreffenden Koalitionen wird immer weiter zurückgefahren.

- Bei der Allgemeinverbindlichkeitserklärung nach § 5 TVG ist sowohl der Antrag einer Tarifvertragspartei als auch eine Repräsentativität des Antragstellers für die Branche erforderlich. Zusätzlich dazu entscheidet der paritätisch mit den Sozialpartnern besetzte Tarifausschuss darüber, ob eine Allgemeinverbindlicherklärung im Gemeinwohl liegt.

- Nach § 1 Abs. 3 a AEntG reicht schon der bloße Antrag der Tarifvertragsparteien. Die Beteiligung der betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber an dem Verfahren ist auf ein Recht auf Stellungnahme begrenzt. Eine Bindung an das Gemeinwohl ist nicht normiert.
- Durch ein Tariftreuegesetz würden die Tarifvertragsparteien nunmehr überhaupt nicht mehr beteiligt.

3.) (Europa-)rechtliche Bedenken

Zwar hatte das Bundesverfassungsgericht trotz guter Gegenargumente in der o.g. Entscheidung zum Berliner Vergabegesetz entschieden, dass die Länder berechtigt sind, nach § 97 Abs. 4 GWB Tariftreueregelungen in ihre Vergabegesetze aufzunehmen. Geprüft werden konnte jedoch nur die Vereinbarkeit mit nationalem Verfassungsrecht, nicht aber die Vereinbarkeit mit europäischem Recht, insbesondere mit der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit. Ein Zustand der abschließenden Rechtssicherheit ist mit dem Beschluss der Verfassungsrichter daher nicht verbunden: Die Entscheidung steht unter dem Verdikt des Europäischen Gerichtshofs, dem das OLG Celle mit Beschluss vom 3.8.2006 (Az: 13 U 72/06) die Frage vorgelegt hat, ob die Verpflichtung öffentlicher Auftraggeber Bauaufträge nur an Unternehmen zu vergeben, die eine Tariftreuerklärung abgeben, eine ungerechtfertigte Beschränkung eben der Dienstleistungsfreiheit nach dem EG-Vertrag darstellt. Das OLG Celle hält die Tariftreupflicht für nicht mit der europäischen Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EG-Vertrag vereinbar, da Unternehmen aus dem EU-Ausland ihre Arbeitsentgelte dem regelmäßig höheren Niveau am Ort der Ausführung in Deutschland anpassen müssten. Die Tariftreueverpflichtung stelle im Ergebnis eine nicht gerechtfertigte Behinderung des Marktzugangs für diese Unternehmen dar.

Die Argumentation des OLG Celle überzeugt, da insbesondere regelmäßig höhere Fahrt-, Unterkunfts- und Logistikkosten nicht durch geringere Lohnkosten zur Erhaltung der Wettbewerbschancen ausgeglichen werden können. Im Hinblick auf eine Behinderung des Marktzugangs kommt hinzu, dass ausländische Unternehmen durch den vorliegenden Gesetzentwurf nicht nur zur Zahlung eines Mindestlohns verpflichtet würden, sondern auch zur Einhaltung und Kenntnis der einschlägigen Lohntarife.

Der Landesgesetzgeber würde mit einem Tariftreuegesetz insbesondere vor einem Urteil des EuGH unnötigerweise und sehenden Auges eine Situation der Rechtsunsicherheit für alle Beteiligten schaffen.

III. Mangelnde Umsetzbarkeit der materiellen Vorgaben

Abgesehen von den aufgezeigten grundsätzlichen Bedenken gegen ein rheinland-pfälzisches Tariftreuegesetz werden sich in Praxis nicht angemessen auflösbare Probleme bei der Anwendung der Vorschriften ergeben. Da der vorliegende Entwurf zum Großteil wortwörtlich dem nachweislichen Negativbeispiel des Tariftreuegesetzes von NRW entspricht und auch die übrigen Regelungen kaum Unterschiede aufweisen, können aus den dortigen Erfahrungen entsprechende Prognosen für Rheinland-Pfalz gezogen werden.

1. Auswahl der Nachunternehmer

Regelungen zur Auswahl von Nachunternehmern finden sich in § 4 Abs. 1 und 2 TariftG-E RLP. Die sorgfältige Auswahl schließt die Pflicht ein, die Angebote der Nachunternehmen darauf zu prüfen, ob sie auf Basis der gesetzlich geforderten (gemeint sind wohl die von der Vergabestelle genannten) Tarife kalkuliert sein können. Da in aller Regel gleich mehrere Tarifverträge in der Ausschreibung genannt sein werden oder jedenfalls genannt sein müssten wird die Beurteilung der Richtigkeit einer Kalkulation eines Nachunternehmers durch den Auftragnehmer allein dadurch zu einem aufwendigen und vor allem auch riskanten Roulette-spiel (s. auch u. III. 5.). Darüber hinaus verfügt der Auftragnehmer gar nicht erst über die zivilrechtlichen Möglichkeiten, entsprechende Kalkulationen anhand der dafür erforderlichen Unterlagen zu überprüfen. Die Auswahl der Nachunternehmen sollte daher auf den Maßstab der Sorgfalt begrenzt werden.

Die in § 4 Abs. 2 TariftG-E RLP schon mit Angebotsabgabe geforderte Angabe, welche Teile des Auftrages an Nachunternehmen weitergegeben werden sollen, stellt eine unzumutbare Einschränkung dar und ist praxisfern. Es sollte daher zumindest eine Änderung in eine Soll-Vorschrift und/oder eine Ausnahmegvorschrift vorgesehen werden.

2.) Auswahl und Benennung der anzuwendenden Tarifverträge

§ 5 Abs.1 TariftG-E schreibt vor, dass der öffentliche Auftraggeber die jeweils anzuwendenden Lohn- und Gehaltstarife benennt. Gemäß § 5 Abs. 2 soll die für Arbeit zuständige oberste Landesbehörde diese auf Anfrage mitteilen.

Abgesehen von dem zeitlichen Aufwand ist festzustellen, dass in den Verwaltungen die erforderlichen Spezialisten für Tarifrecht nicht zur Verfügung stehen, um sich in der komplexen Landschaft der verschiedenen Tarifregelungen zu Recht zu finden. Eine Inanspruchnahme der obersten Landesbehörde oder einer von ihr bestimmten Stelle würde aber zu weiteren zeitlichen Verzögerungen führen und dürfte daher oftmals unterbleiben.

Zudem dürfte es selbst für Fachleute in vielen Fällen schlicht nicht möglich sein, den oder die bzw. vor allem auch alle am Ort der Leistungserbringung einschlägigen Tarifverträge zu bestimmen. Zu Problemen kommt es beispielsweise, wenn mehrere Branchen mit verschiedenen tariflichen Regelungen bei einem Auftrag zusammenkommen. Zu unlösbaren Unklarheiten kann es auch im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) kommen, etwa wenn Tarifbezirksgrenzen überschritten werden. Daran dürfte auch die räumliche Begrenzung auf Rheinland-Pfalz nichts ändern (§ 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TariftG-E RLP).

Die Erfahrungen mit der wortgleichen Regelung des aufgehobenen nordrhein-westfälischen Tariftreuegesetzes sind verheerend. Nach einem noch von der rot-grünen Regierung in Nordrhein-Westfalen in Auftrag gegebenen Gutachten der Dortmunder Sozialforschungsstelle zum TariftG NRW³ haben 80 Prozent der Vergabestellen erhebliche Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der jeweils gültigen Tarifverträge (S. 29f.); besondere rechtliche und tatsächliche Probleme gibt bzw. gab es dort bei der Auswahl der anzuwendenden Tarifverträge im ÖPNV (S. 58ff.).

³ Landesinstitut Sozialforschungsstelle Dortmund, Evaluierung Tariftreuegesetz Nordrhein-Westfalen, Endbericht, Dortmund, Februar 2005.

Dabei enthält das Tariftreuegesetz in NRW im Gegensatz zu dem Entwurf des hiesigen Tariftreuegesetzes sogar noch den Regelungsversuch für den Fall mehrerer einschlägiger Tarifverträge (§ 2 Abs. 2 TariftG NRW) – eine der wenigen Regelungen, die sich nicht in gleicher oder ähnlicher Form im TariftG-E RLP findet.

Genau an dieser Stelle wird indes ein weiteres systematisches Dilemma von Tariftreuegesetzen deutlich: Einerseits liefe eine gesetzliche Ermessensmöglichkeit der Vergabestelle im Ergebnis auf eine Tarifizensur hinaus (vgl. Urteil des OLG Düsseldorf vom 06.12.2004, VII-Verg 79/04). Andererseits ist der Konstruktion des TariftG-E RLP immanent, dass die auftragvergebende Stelle alle möglichen Tarifverträge auffinden und vorgeben müsste. Denn der Gesetzentwurf beschreibt den Inhalt der Tariftreueverpflichtung als „den am Ort der Leistungsausführung einschlägigen Lohn- und Gehaltstarife“ (§ 3 Satz 1 TariftG-E RLP). Darunter können auch etwa Tarifverträge von kleinen Gewerkschaften oder Haustarifverträge fallen. Insbesondere die Angabe Letzterer ist aber offenkundig nicht möglich, da die Vergabestelle naturgemäß vorher nicht weiß, welche Unternehmen mit welchen Tarifverträgen sich an einer Ausschreibung beteiligen.

Aufgrund der praktischen Unmöglichkeit, die Vorgaben des § 5 Abs. 1 TariftG-E RLP erfüllen zu können, bestehen mangels hinreichender Bestimmtheit erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Regelung. Zudem könnten die Folgen einer falschen oder unvollständigen Benennung, die ggf. erst nach jahrelangem Gerichtsverfahren festgestellt wird, gravierend sein.

3.) Kontrolle der Vorgaben

Die Einhaltung der allgemeinverbindlich erklärten Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz und der Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge wird vom Zoll bzw. durch die Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Oberfinanzdirektion Köln überprüft. Die tatsächliche Feststellung von Verstößen ist jedoch selbst für die Spezialisten auch mit kriminalistischen Methoden sehr schwierig, da Lohnunterschreitungen meist über die Leistung unbezahlter Überstunden erfolgen, die sich anhand der betrieblichen Unterlagen kaum nachweisen lassen

Durch die datenschutzrechtlich bedenkliche Regelung des § 6 TariftG-E RLP liegt die Kontrollzuständigkeit an sich bei der Vergabestelle. Diese ist berechtigt Einsicht in bestimmte Unterlagen zu nehmen. Wenn das Tariftreuegesetz umgesetzt wird, muss je betroffener Branche nicht nur wie derzeit im Baubereich die Einhaltung von zwei Mindestlöhnen überprüft werden, sondern jeweils die Einhaltung eines kompletten Lohngitters mit zahlreichen Tarifgruppen.

Auch was die Kontrolle von entsprechenden Vorgaben angeht, sprechen die Erfahrungen in NRW eine eindeutige Sprache. Das bereits zitierte Gutachten der Sozialstelle Dortmund zum TariftG NRW hat ergeben, dass

- fast 70 Prozent der befragten Vergabestellen angeben, dass die Nachprüfung der Kalkulationen schwierig ist und rund 65 Prozent der Auffassung sind, dass sich das Tariftreuegesetz NRW insgesamt nicht korrekt umsetzen lässt (S. 30),

- die tatsächliche Einhaltung der Tariftreue von lediglich 10 Prozent der Vergabestellen insgesamt (Land, kreisfreie Städte, Kreise und Kreisstädte) und 0 Prozent (!) der Gemeinden überprüft wird (S. 33).
- Entsprechend beanstanden 73 Prozent der Bauunternehmen, dass die öffentlichen Auftraggeber die mit dem Gesetz verbundenen zusätzlichen Arbeiten auf die Generalunternehmer abwälzen (S. 45).

Da sich die nötige Kontrolldichte also ganz offensichtlich nicht herstellen lässt, ist Missbrauch durch unseriöse Anbieter, die ohne entsprechend hohe Lohnkosten zu kalkulieren und entsprechend zu zahlen zwar eine Tariftreueverpflichtung abgeben und so bei der Vergabe schließlich zum Zuge kommen, kaum zu begegnen. Die, wie die Erfahrungen in NRW aber auch in anderen Bundesländern gezeigt haben, praktisch nicht durchführbare Kontrolle durch die Vergabestellen führt in Zusammenschau mit den Sanktionsmechanismen faktisch auf eine alleinige Kontrollpflicht der Auftragnehmer hinaus. Wenn sich später missbräuchliches Verhalten durch Nachunternehmer herausstellt, so muss der Generalunternehmer dafür gerade stehen, wenn er nicht nachweisen kann, davon nichts gewusst zu haben (s.u. III. 5.).

4.) Nachweise und Kontrollen

Die Regelung des § 6 TariftG-E RLP sieht verschiedene Nachweispflichten für Unternehmen und Nachunternehmer vor, die in ihrer Fülle zu einem beträchtlichen Verwaltungsmehraufwand und damit letztlich auch zu Kostensteigerungen führen werden (s. dazu auch IV.). Zudem kann im Einzelfall unklar sein, welche Unterlagen zur Erfüllung dieser Verpflichtung vorgehalten werden müssen. Dies führt unnötigerweise zu weiterer Rechtsunsicherheit und wirft auch Fragen im Zusammenhang mit den Sanktionsregelungen auf (dazu sogleich). Ein Katalog der nachweispflichtigen Unterlagen würde die nötige Rechtsklarheit fördern.

5.) Sanktionen

Unangemessen und unklar erscheinen auch die Sanktionsmechanismen in dem Gesetzentwurf. Entsprechende Rechtsstreitigkeiten sind vorprogrammiert. Die Vertragsstrafenregelung des § 7 Abs. 1 des Entwurfs ist in mehrfacher Hinsicht bedenklich. Zum einen ist der Begriff „jeder schuldhafte Verstoß“ an sich unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten zu unbestimmt. Soll bereits die nachträgliche Weitergabe eines Auftragsteils entgegen § 4 Abs. 2 TariftG-E RLP oder das Fehlen von Unterlagen zur Erfüllung der im Detail unklaren Verpflichtung aus § 6 TariftG-E RLP einen solchen Verstoß darstellen? Hier wäre zumindest ein Katalog der sanktionsbewährten Tatbestände hilfreich wenn nicht rechtsstaatlich erforderlich, um dem Rechtsanwender verbindliche Anhaltspunkte zu geben.

Zum anderen haftet ein Auftragnehmer grundsätzlich für seine Nachunternehmer und sogar deren Nachunternehmer, „es sei denn, dass der Auftragnehmer den Verstoß weder kannte oder kennen musste“. Dem Auftragnehmer wird durch die Formulierung „es sei denn“ im Streitfall der Nachweis der mangelnden Kenntnis für den Verstoß durch den Nachunternehmer und den „Nach-Nachunternehmer“ auferlegt. Dies geht qualitativ und quantitativ noch einmal über den Nachweis der sorgfältigen Auswahl nur des Nachunternehmers nach § 4 TariftG-E RLP hinaus und kommt einer Gefährdungshaftung gleich, da ein Nachweis der Nichtkenntnis bzw. des nicht kennen müssen durch den Auftragnehmer praktisch unmöglich ist.

Unerträglich ist, dass dem Auftragnehmer zum einen also die Pflicht auferlegt wird, die Angebote der Nachunternehmer daraufhin zu überprüfen, ob sie auf Basis der vom Gesetz geforderten (gemeint sind wohl die von der Vergabestelle genannten) Tarife kalkuliert sein können. Schon bei den eigenen Nachunternehmern stößt dies auf große Schwierigkeiten (s.o. III. 1.) und wird bei den Nachunternehmern des eigenen Nachunternehmens mangels vertraglicher Beziehungen gänzlich unmöglich. Sollte sich im Nachhinein etwa herausstellen, dass eine Kalkulation eines Nachunternehmers oder gar dessen Nachunternehmers bewusst oder unbewusst fehlerhaft war, so muss der Auftragnehmer zum anderen beweisen, dass er den Verstoß weder kannte noch kennen musste. Gerade zu abwegig ist die Vorstellung einer Haftung des Auftragnehmers, für den Fall dass ein Nachunternehmer oder gar „Nach-Nachunternehmer“ während der Ausführung der Arbeiten gegen das Tariftreuegesetz verstößt, ohne dass eine Möglichkeit der Einwirkung auf den Vertragspartner bzw. erst gar kein Vertragsverhältnis zum Auftragnehmer besteht. Was entsprechende vertragliche Zusicherungen o.ä. wert sind, mag dahinstehen.

Durch die Regelung sind letztlich massive negative Auswirkungen auf den Markt zu erwarten. Es sollte daher zumindest bei dem Beispiel des nordrhein-westfälischen Tariftreuegesetzes bleiben, das im Rahmen der ansonsten vergleichbaren Parallelvorschrift des § 7 Abs. 1 TariftG NRW weder die verpflichtende Vereinbarung einer völlig überzogenen Haftung sogar für den „Nach-Nachunternehmer“, noch eine entsprechende Verschärfung der Beweislast für den Auftragnehmer vorsieht (...“wenn das Unternehmen dessen Verstoß kannte oder kennen musste“). Die vorgesehene Sanktionierung in Form einer fristlosen Kündigung gemäß § 7 Abs. 2 des Entwurfs durch die Vergabestelle führt zu Verzögerungen und zusätzlichen Kosten für die öffentlichen Haushalte und sollte daher gestrichen werden. Nicht hinnehmbar ist weiterhin unter rechtsstaatlichen Aspekten der in § 7 Abs. 3 TariftG-E RLP vorgesehene Ausschluss von Unternehmen von der öffentlichen Auftragsvergabe für eine Dauer von bis zu drei Jahren bei derart unbestimmten und im Kern nicht vollständig erfüllbaren Pflichten.

IV. Zusätzliche Kosten und Bürokratie

Wenn es auf Seite 2 der Gesetzesbegründung etwas nebulös heißt, dass höhere Kosten bei der Vergabe von Aufträgen nicht zwingend entstünden und sich ein Automatismus zwischen der Anwendung des Gesetzes und einer erhöhten Gesamtangebotssumme nicht feststellen lasse, vermag dies nicht zu überzeugen.

Hier zeigte sich der nordrhein-westfälische Gesetzgeber jedenfalls offener. Er hat seinerzeit in der Gesetzesbegründung zu dem TariftG NRW (LT-Drs. 13/2965) ausdrücklich zugestanden, dass das Gesetz zu einer Verteuerung öffentlicher Bauaufträge führen wird: „Die Höhe der Mehrkosten wird je nach Personalkostenanteil des jeweiligen Auftrags variieren. Schätzungsweise kann von einer Verteuerung um 5% ausgegangen werden.“ In den Branchen im Anwendungsbereich des Gesetzes soll das Lohnniveau in allen Lohngruppen durch staatliches Diktat vorgegeben werden, während von Allgemeinverbindlicherklärungen nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz nur die untersten Lohngruppen betroffen sind. Dass sich dies auf die Angebotskalkulation in den in der Regel lohnkostenintensiven Branchen auswirken muss, kann schwerlich bestritten werden. Die Erfahrungen in anderen Bundesländern zeigen außerdem, dass Ausschreibungen zurückgezogen werden müssen, wenn sich herausstellt, dass der oder die Auftragnehmer die Tariftreuverpflichtung nicht einhalten. Die dann erforderlichen Neuausschreibungen setzen das Procedere erneut in Gang und belasten den Haushalt der ausschreibenden Stelle zusätzlich.

Letztlich belegt die Schwellenwertregelung des § 2 Abs. 2 TariftG-E RLP, dass auch die Landesregierung generell mit erhöhten Bürokratiekosten für die Unternehmen durch das Tariftreuegesetz rechnet. In der Pressemitteilung der Landesregierung vom 24. April 2007 wurde eine entsprechende Regelung zur Vermeidung eines erhöhten Bürokratieaufwands angekündigt. Außerdem wird in der Gesetzesbegründung anerkannt, dass den Vergabestellen zusätzlicher Aufwand wegen der Kontrolle der Angebote und der Überprüfung der Einhaltung entsteht (S. 2). Dies trifft die Unternehmen zum Großteil aber in gleicher Weise.

Grundsätzlich wäre ein Schwellenwert zwar zu begrüßen, um insbesondere kleine und mittelständische Unternehmen von dem erheblichen bürokratischen Mehraufwand durch das Tariftreuegesetz zu entlasten. Die Grenze von 20.000 Euro ist jedoch dazu viel zu niedrig und sollte daher wenigstens auf 100.000 Euro heraufgesetzt werden, um Wettbewerbsnachteile der genannten Unternehmen, die in der Regel nicht über große Verwaltungsabteilungen verfügen, zu begrenzen.

V. Schlussbemerkung

Kurioserweise muss die geplante Schaffung eines Tariftreuegesetzes sicherlich auch im Zusammenhang mit bundespolitischen Entwicklungen gesehen werden, gleichzeitig machen aber eben diese Entwicklungen ein solches Gesetz noch überflüssiger als es ohnehin schon wäre. Insbesondere wegen der Fortentwicklung des Arbeitnehmerentsendegesetzes und der damit verbundenen Ausweitung von allgemeinverbindlichen Mindestlöhnen in vielen Branchen mag nicht recht einleuchten, warum zur Verhinderung „starker Wettbewerbsverzerrungen aufgrund des Einsatzes von Niedriglohnkräften“ ein europarechtlich auf tönernen Füßen stehendes Gesetz auf Landesebene so dringend erforderlich sein soll. Die Vorgabe eines kompletten Lohngitters bis hin zu den höchsten Lohngruppen geht ersichtlich über das erklärte Ziel hinausgeht, sog. Niedriglöhne zu verhindern.

Darüber hinaus weist der Gesetzentwurf in seiner konkreten Ausgestaltung gravierende Mängel und überzogene Anforderungen auf. Dies betrifft in erster Linie die mangelhafte Regelungskonstruktion hinsichtlich der Auswahl und Benennung der einschlägigen tariflichen Regelungen durch die Vergabestelle sowie die unbestimmten und unerträglichen Kontroll- und Sanktionsmechanismen. Letztere führen in der Konsequenz zu einer unzumutbaren Verlagerung der Kontrollpflicht auf die Unternehmer. Das Gesetz würde zu zusätzlichen Kosten im Bereich des Vergabeverfahrens selbst führen und auch die Lohnkosten und damit die Angebotskalkulationen der Unternehmen steigen lassen. Zusätzlicher bürokratischer Aufwand und starke Rechtsunsicherheit bei allen Beteiligten sind zu erwarten. Dadurch werden bestimmte wirtschaftliche Tätigkeiten nicht eben gefördert und den Menschen in Rheinland-Pfalz wird letztendlich ein Bärendienst erwiesen.

*Wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu erlassen,
dann ist es notwendig, kein Gesetz zu erlassen.*

Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu,
18.01.1689 – 10.02.1755