

## STELLUNGNAHME

### Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge

(Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen - TVgG - NRW)

zur öffentlichen Anhörung  
des Ausschusses für Wirtschaft, Mittelstand und Energie am  
18.10.2011 im Landtag Nordrhein-Westfalen

Die Landesvereinigung der Unternehmensverbände Nordrhein-Westfalen e.V. (unternehmer nrw) ist der Zusammenschluss von 129 Verbänden mit 80.000 Betrieben und drei Millionen Beschäftigten. unternehmer nrw ist Mitglied der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) und vertritt die Interessen des Bundesverbandes der Deutschen Industrie e.V. (BDI) als dessen Landesvertretung.

## **I. Zusammenfassung der wichtigsten Argumente**

Die Landesvereinigung der Unternehmensverbände Nordrhein-Westfalen sieht den Gesetzentwurf der Landesregierung für ein Tariftreue- und Vergabegesetz in NRW mit großer Sorge. Der Gesetzentwurf ist ein Angriff auf die Tarifautonomie, in Teilen verfassungswidrig, bedroht Arbeitsplätze und erhöht Kosten und bürokratischen Aufwand für Unternehmen sowie die öffentliche Hand.

Die wichtigsten Argumente zum vorliegenden Gesetzentwurf vorab:

### **Regelungen sind ein Angriff auf die Tarifautonomie**

Die Tarifautonomie ist ein zentrales Element unserer Sozialen Marktwirtschaft. Sie ist Garant für den sozialen Frieden und hat sich in der Finanz- und Wirtschaftskrise als wesentlicher Standortvorteil erwiesen. Das Gesetz ist ein schwerer staatlicher Eingriff in die Tarifautonomie, bringt das komplexe und ausbalancierte System aus dem Gleichgewicht und stellt die Rolle der Tarifparteien in Frage.

### **Gesetzentwurf ist in maßgeblichen Teilen verfassungswidrig**

Das Recht des Landes zur Festlegung von Mindestlöhnen ist vor den bestehenden bundesrechtlichen Bestimmungen höchst umstritten. Die Regelung zur Zeitarbeit verstößt offensichtlich gegen das AÜG als höherrangigem Bundesrecht. Die geplante Verdrängung rechtmäßig abgeschlossener Tarifverträge im Personennahverkehr verletzt die grundrechtlich geschützte Tarifautonomie.

### **NRW-Mindestlohn vernichtet Arbeitsplätze für gering Qualifizierte**

Allgemeine Mindestlöhne erwecken den falschen Anschein, dass es allein am guten Willen des Arbeitgebers liegt, wie hoch Löhne sind. Sie ignorieren Bedingungen und Gesetze des Marktes und führen im Ergebnis dazu, dass die entsprechenden Arbeitsplätze nicht mehr wirtschaftlich sind. Mindestlöhne nehmen insbesondere gering qualifizierten und arbeitslosen Menschen die Chance auf Beschäftigung.

### **Gesetz ist überflüssig und widerspricht marktwirtschaftlichen Prinzipien**

Kaum ein anderes Land weltweit verfügt über derart hohe Sozial-, Arbeits- und Umweltstandards wie Deutschland. Es ist daher nicht erforderlich und auch systemwidrig zusätzlich zu den unzähligen Spezialgesetzen weitere Bestimmungen für den Teilbereich öffentlicher Auftragsvergaben festzulegen. Bestimmendes Element der Auftragsvergabe muss die Wirtschaftlichkeit sein. Ausufernde staatliche Vorgaben schränken unternehmerische Freiheit, Kreativität und Wettbewerb ein.

### **Großer bürokratischer Aufwand für Land und Kommunen**

Die vielfältigen zusätzlichen Vergabekriterien werden zu einem massiven Anstieg der Prüfungs- und Kontrolltätigkeiten der öffentlichen Hand führen. Viele Landesbehörden und insbesondere die Kommunen verfügen dabei gar nicht über die entsprechenden Kapazitäten, um die Angebote auf Einhaltung der neuen Vorgaben zu überprüfen. Der Personalbedarf einer Landeskontrollbehörde wäre immens und würde erhebliche Kosten verursachen.

### **Massive Bürokratiebelastung für die Unternehmen**

Den Unternehmen drohen durch die Nachweispflichten außerordentliche Belastungen. Die Durchführung eines Präqualifizierungsverfahrens ist insbesondere für sich nur gelegentlich um öffentliche Aufträge bewerbende Bieter ein unverhältnismäßiger Aufwand. Die aus der Haftung für Nachunternehmer resultierenden Überprüfungspflichten zu fremden Kalkulationsdetails oder Anstellungsverträgen sind in der Praxis kaum erfüllbar.

### **Deutliche Verteuerung öffentlicher Aufträge**

Zusätzliche Anforderungen und großer Verwaltungsaufwand für die Bieter werden unweigerlich zur deutlichen Verteuerung der Beschaffung von Land und Kommunen führen. Auch die Prüfungs- und Kontrollerfordernisse sowie die neue Kontrollbehörde werden die öffentlichen Haushalte zusätzlich belasten. Dieses ist nicht zuletzt vor dem Hintergrund der hohen Verschuldung des Landes und vieler Kommunen höchst bedenklich.

### **Benachteiligung des Mittelstandes**

Die umfangreichen Nachweis- und Kontrollpflichten für die Unternehmen bedeuten insbesondere für mittelständische Unternehmen ohne große Verwaltungsstrukturen eine immense Belastung. Gerade bei niedrigeren Auftragssummen ist der Aufwand unverhältnismäßig. Dies wird viele kleine und mittlere Unternehmen von einer Angebotsabgabe abhalten und somit den Wettbewerb einschränken.

### **Drohende Intransparenz und Willkür bei Vergabeentscheidungen**

Wenn neben Qualität und Preis teilweise nur schwer messbare und vergleichbare Kriterien zur Vergabeentscheidung herangezogen werden, wird Rechtsunsicherheit geschaffen. Außerdem widerspricht es dem Ziel der Korruptionsbekämpfung, wenn das Vergaberecht so intransparenter und missbrauchsanfälliger wird.

### **NRW-Sonderweg beeinträchtigt Wirtschaftsverkehr**

Die Überfrachtung des Vergaberechts mit von Bundesland zu Bundesland unterschiedlichen staatlichen Anforderungen ist eine protektionistische Maßnahme und erschwert den innerdeutschen und europäischen Wirtschaftsverkehr. Der Verwaltungsaufwand erschwert Bietern aus anderen Bundesländern und der europäischen Union den Marktzugang und beeinträchtigt so den Wettbewerb.

## **Überregulierung schadet dem Wirtschaftsstandort NRW**

Nordrhein-Westfalen befindet sich in einem intensiven nationalen und internationalen Wettbewerb. Jede einseitige zusätzliche Belastung für den Wirtschaftsstandort senkt dessen Attraktivität, behindert Investitionen und gefährdet Arbeitsplätze.

## **II. Antworten zum Fragenkatalog**

### **1. Welche Bedeutung haben öffentliche Auftraggeber für das Bruttoinlandsprodukt und die Beschäftigung in Nordrhein-Westfalen?**

Öffentliche Aufträge haben eine große Bedeutung für das Bruttoinlandsprodukt und die Beschäftigung in Nordrhein-Westfalen. Die Bedeutung ist jedoch branchenbezogen sehr unterschiedlich. Während öffentliche Aufträge in einigen Wirtschaftsbereichen kaum eine Rolle spielen, ist die öffentliche Hand in anderen Bereichen einer der bedeutendsten Auftraggeber.

Dieses rechtfertigt jedoch nicht, durch übertriebene zusätzliche Regelungen dem Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe noch einmal ganz andere Regeln zu geben als dem übrigen Marktgeschehen. Den Besonderheiten und Bedürfnissen öffentlicher Auftragsvergabe wird durch die bestehenden Gesetze bereits in ausreichendem Maße Rechnung getragen.

Es ist daher nicht erforderlich und auch systemwidrig, zusätzlich zu den unzähligen Spezialgesetzen weitere Bestimmungen für den Teilbereich öffentliche Auftragsvergaben festzulegen. Bestimmendes Element der Auftragsvergabe muss die Wirtschaftlichkeit sein. Ausufernde staatliche Vorgaben schränken unternehmerische Freiheit, Kreativität und Wettbewerb ein.

### **2. Welche wirtschaftlichen und finanziellen Folgen entstehen für Arbeitnehmer, Unternehmen, Kommunen und das Land Nordrhein-Westfalen daraus, dass das Land Nordrhein-Westfalen seit 2006 darauf verzichtet, Tariftreue, soziale und ökologische Kriterien bei der Auftragsvergabe zu berücksichtigen?**

Negative Folgen sind nicht ersichtlich. Vielmehr ist positiv hervorzuheben, dass durch die Außerkraftsetzung des Gesetzes aus dem Jahre 2002 sowohl dem Land und den Kommunen als auch den Unternehmen großer bürokratischer Aufwand und damit auch zusätzliche Kosten erspart geblieben sind.

Darüber hinaus hat der Wirtschaftsstandort Nordrhein-Westfalen von der Abschaffung des Gesetzes profitiert. Denn jede einseitige zusätzliche Belastung senkt dessen Attraktivität, behindert Investitionen und gefährdet Arbeitsplätze.

Außerdem sind die Sicherung von Tariftreue, Mindestarbeitsbedingungen und sozialen Standards nicht Aufgabe des Vergaberechts. Das Vergaberecht dient der transparenten Versorgung der öffentlichen Hand mit Gütern und Dienstleistungen und hat sich in erster Linie an Aspekten der Wirtschaftlichkeit zu orientieren. Das Kriterium der Wirtschaftlichkeit muss das bestimmende Element der Auftragsvergabe bleiben und darf nicht durch zusätzliche Kriterien verwässert werden.

Die Überfrachtung des Vergaberechts mit von Bundesland zu Bundesland unterschiedlichen staatlichen Anforderungen ist zudem eine protektionistische Maßnahme und erschwert den innerdeutschen und europäischen Wirtschaftsverkehr. Der immense Verwaltungsaufwand erschwert Bietern aus anderen Bundesländern und der europäischen Union den Marktzugang und beeinträchtigt so den Wettbewerb.

**4. Bekommt in der Vergabepaxis tatsächlich das wirtschaftlichste Angebot den Zuschlag oder ist es häufig das lt. schriftlichem Angebot billigste Angebot?**

Die Fragestellung weist zu Recht darauf hin, dass das billigste Angebot nicht immer auch das wirtschaftlichste Angebot sein muss. Wesentliche Kriterien für die Wirtschaftlichkeit sind neben den Anschaffungs- oder Baukosten unter anderem Betriebs- und Folgekosten. So reduziert höhere Qualität häufig Reparatur- und Wartungskosten. Auch die längere Lebensdauer eines Produktes spart langfristig die Kosten. Energieeffizienz wiederum führt zu Einsparungen bei den Betriebskosten.

In der Vergabepaxis ist jedoch immer wieder zu beobachten, dass sich die Vergabe sehr stark an den anfänglichen Investitionskosten orientiert und Folgekosten nur unzureichend berücksichtigt werden. Daher sollte anstelle eines neuen Gesetzes, vielmehr der Blick der Vergabestellen und der Politik für die Berücksichtigung langfristiger Kosten geschärft werden.

Wenn nun der vorliegende Gesetzentwurf auch die Sicherung von Tariftreue, Mindestarbeitsbedingungen und sozialen Standards gewährleisten soll, wird vom Kriterium der Wirtschaftlichkeit als eigentlich zentralem Element der Auftragsvergabe zusätzlich abgelenkt. Die Berücksichtigung ver-

gabefremder Aspekte erschwert daher die Auftragsvergabe und verfälscht somit auch den Wettbewerb um das wirtschaftlichste Angebot.

- 6. Ist die Vorgabe eines einschlägigen und repräsentativen mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbarten Tarifvertrages durch den Auftraggeber geeignet, einen Verdrängungswettbewerbs über die Lohnkosten zu verhindern, Arbeitnehmer, die bei tarifgebundenen Unternehmen arbeiten zu schützen und das Tarifvertragssystem als Mittel zur Sicherung sozialer Standards zu unterstützen?**

Durch die verfassungsrechtlich geschützte positive Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG werden der Verbleib in der Koalition und die Teilnahme an den Tätigkeiten der Koalition des einzelnen Arbeitgebers geschützt. Dieser Verbleib würde durch den Zwang, die vom Staat als „repräsentativ“ festgelegten Entgelttarifverträge zu bezahlen, d.h. unter Umständen Tarifverträge anderer Koalitionen anwenden zu müssen, entwertet und die Betätigungsfreiheit von Gewerkschaften und Verbänden erheblich eingeschränkt.

Daher sollte zumindest auf die Festlegung bestimmter repräsentativer Tarifverträge verzichtet werden. Es sollte stattdessen ausreichen, dass überhaupt ein Tarifvertrag Anwendung findet.

- 7. Ist das im Gesetzentwurf vorgesehene Mindeststundenentgelt von 8,62 € (§ 4, Abs. 3) geeignet, zur Sicherstellung angemessener und auskömmlicher Arbeitsentgelte sowie zur Entlastung der Systeme der sozialen Sicherheit beizutragen?**

Der Blick in das Tarifregister NRW zeigt deutlich, dass durch einen derartigen vergabespezifischen NRW-Mindestlohn weit mehr als 20 wirksam zustande gekommene Tarifverträge für den Teilbereich der öffentlichen Auftragsvergabe verdrängt und entwertet würden. Dieses allein zeigt die Schwere des Angriffs auf die Tarifautonomie.

Das vorgesehene Mindeststundenentgelt erweckt außerdem den falschen Anschein, dass es allein am guten Willen des Arbeitgebers liegt, wie hoch Löhne sind. Es ignoriert Gesetze, Preise und Bedingungen des Marktes und führt im Ergebnis dazu, dass die entsprechenden Arbeitsplätze nicht mehr wirtschaftlich sind. Die Sicherung des Existenzminimums als wichtiges Merkmal unserer Sozialen Marktwirtschaft muss vielmehr Aufgabe der staatlichen Sozialsysteme bleiben. Allgemeine Mindestlöhne nehmen damit insbesondere gering qualifizierten und arbeitslosen Menschen die Chance auf Beschäftigung.

Auch ein Mindestlohn in Höhe von 8,62 Euro würde nicht verhindern, dass auch Vollzeitbeschäftigte auf das sog. „Aufstocken“ angewiesen sein können. So müsste ein verheirateter Alleinverdiener mit zwei Kindern über 14 Jahren bei einer 40-Stunden-Woche 13 Euro pro Stunde verdienen, um keinen Anspruch mehr auf Arbeitslosengeld II zu haben. Vielmehr würden viele Aufstocker ihre Arbeitsplätze verlieren und zu reinen Fürsorgeempfängern werden, die ausschließlich von sozialen Transferleistungen leben.

Auch die staatlichen Sozialsysteme würden durch einen Mindestlohn nicht entlastet. Das Institut der deutschen Wirtschaft Köln hat in seiner aktuellen Studie „Fiskalische Kosten eines gesetzlichen Mindestlohns“ berechnet, dass die Einführung eines Mindestlohns von 8,50 Euro bei Fiskus und Sozialversicherungen zu Mindereinnahmen von jährlich bis zu 7 Milliarden Euro führt.

Die Studie zeigt, dass selbst wenn infolge eines gesetzlichen Mindestlohns vor allem nur Arbeitsplätze für geringfügig Beschäftigte verloren gingen, bereits eine fiskalische Belastung von 0,8 Milliarden Euro entstehen würde. Wenn dann –was sehr wahrscheinlich ist- auch Vollzeitbeschäftigte in einem größeren Umfang von mindestlohninduzierter Arbeitslosigkeit betroffen wären, würde sich die fiskalische Belastung sogar auf 6,6 Milliarden Euro erhöhen. Langfristig dürfte die negative Bilanz sogar größer ausfallen, weil die Unternehmen weniger investieren und die Arbeitslosen an Humankapital einbüßen.

Folgerichtig würde somit auch die Einführung eines vergabespezifischen NRW-Mindestlohns zusätzliche Kosten für die staatlichen Sozialsysteme bedeuten.

**10. Ist der im § 21 vorgesehene Weg, durch Rechtsverordnung des Ministeriums und mit Hilfe eines beratenden Ausschusses festzustellen, welche Tarifverträge im Bereich des ÖPNV repräsentativ sind, angemessen?**

Auch gegen die vorgesehene Festlegung von repräsentativen Tarifverträgen durch Rechtsverordnung bestehen erhebliche Bedenken. Der Gesetzgeber muss konkrete inhaltliche Vorgaben und Entscheidungsprämissen festlegen. Aus einer gesetzlichen Ermächtigung muss sich daher eindeutig ergeben, in welchen Fällen und mit welchem Inhalt von der Ermächtigung konkret Gebrauch gemacht werden kann. Dies gilt insbesondere, wenn –wie hier- eine Ermächtigung Grundrechtspositionen in erheblichem Maße berührt und deshalb verfassungsrechtlich höchst bedenklich ist.

Der vorliegende Gesetzentwurf sieht im § 21 Abs. 2 vor, dass das für Arbeit zuständige Ministerium für den Erlass der entsprechenden Rechtsverordnung insbesondere auf die Zahl der von den jeweils tarifgebundenen Arbeitgebern Beschäftigten unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Beschäftigten oder auf die Zahl der jeweils unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Mitglieder der Gewerkschaft, die den Tarifvertrag geschlossen hat, Bezug nehmen kann (§ 21 Abs. 2 S.2 Nr. 2). Somit stellt sich die Frage welche anderen Gründe noch entscheidend sein sollen. Dieser Regelung fehlt somit die für eine Eingriffsermächtigung notwendige Transparenz und Bestimmtheit.

**11. Begründet der Artikel 9, Abs. 3 des GG (Tarifautonomie) ein Normsetzungsmonopol der Tarifvertragsparteien auf dem Gebiet der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen? Oder kann der Gesetzgeber Gemeinwohlbelangen bei der Regelung von Arbeitszeiten und Arbeitsentgelten Rechnung tragen ohne damit in die Tarifautonomie einzugreifen?**

Kaum ein anderes Land weltweit verfügt über derart hohe Sozial-, Arbeits- und Umweltstandards wie Deutschland. Allein ein Blick auf die wichtigsten Bestimmungen zum Arbeitsverhältnis, Kündigungsrecht, Arbeitsschutzrecht, Berufsbildungsrecht, Tarifrecht, Betriebsverfassungsrecht oder Mitbestimmungsrecht zeigt anschaulich, wie umfangreich die Arbeitsbedingungen in Deutschland geregelt sind und welch hohen Stellenwert der Schutz der Arbeitnehmer genießt.

Es ist daher nicht erforderlich und auch systemwidrig, zusätzlich zu den unzähligen Spezialgesetzen weitere Bestimmungen für den Teilbereich öffentlicher Auftragsvergaben festzulegen, insbesondere dann, wenn in Kernbereiche der Tarifautonomie eingegriffen wird. Nicht umsonst räumt eine Vielzahl von Gesetzen den Tarifparteien die Möglichkeit ein, durch tarifvertragliche Lösungen eigene Regelungen zu treffen.

Besonders eindrucksvoll zeigt sich diese Verletzung der vom Gesetzgeber eingeräumten Tarifautonomie in der im Gesetz vorgesehenen Regelung zur Zeitarbeit. So öffnet § 9 Nr. 2 AÜG das Gleichbehandlungsgebot in der Zeitarbeit für tarifvertragliche Regelungen. Damit ist den Sozialpartnern bundesgesetzlich eine Gestaltungsmöglichkeit eingeräumt, die ihnen durch das Tariftreue- und Vergabegesetz genommen werden soll. Unabhängig davon, dass dieses rechtlich nicht zulässig ist (siehe Antwort auf Frage 34), schaden derartige Entwicklungen der Klarheit und Übersichtlichkeit des Rechts und damit am Ende auch denen, die es eigentlich schützen soll.

Durch die Aushebelung des Tarifvorrangs wird zudem der Gestaltungsspielraum der Tarifparteien begrenzt. Weitere Beispiele hierfür sind in diesem Gesetz die Einführung des vergabespezifischen NRW Mindestlohns, der den Tarifparteien in diesen Bereichen das Recht zur Lohnfindung nimmt und der Zwang zur Anwendung repräsentativer Tarifverträge im öffentlichen Personennahverkehr, der für den Bereich öffentlicher Aufträge wirksam und rechtmäßig zustande gekommene Tarifverträge außer Kraft setzt.

**12. Wird die Funktionsfähigkeit des Tarifsystems und damit letztlich auch die „faktische Tarifautonomie“ durch das geplante Tariftreue- und Vergabegesetz gestärkt oder geschwächt?**

Die Tarifautonomie ist ein zentrales Element unserer Sozialen Marktwirtschaft. Sie ist Garant für den sozialen Frieden und hat sich nicht zuletzt in der Finanz- und Wirtschaftskrise als wesentlicher Standortvorteil erwiesen.

Tarifautonomie bedeutet, dass Arbeitgeber bzw. Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen gemeinsam mit den Gewerkschaften durch Tarifverträge regeln, ohne dass der Staat eingreift. Tarifautonomie schließt aber auch das Recht ein, Arbeitsbeziehungen ohne Tarifvertrag regeln zu können. Jeder staatliche Eingriff ist ein Angriff auf die Tarifautonomie und bringt das komplexe und ausbalancierte System der Tarifautonomie aus dem Gleichgewicht und verhindert so den notwendigen Ausgleich zwischen den Interessen der Tarifpartner.

So sind die Einführung eines vergabespezifischen NRW-Mindestlohns in Höhe von 8,62 €, die Verdrängung wirksam zustande gekommener Tarifverträge im öffentlichen Personennahverkehr und der Ausschluss des Tarifprivilegs in der Zeitarbeit ein schwerer Eingriff in die Tarifautonomie. Sie gefährden Arbeitsplätze und widersprechen den Grundprinzipien der Sozialen Marktwirtschaft. Sie bringen das komplexe und ausbalancierte Tarifsysteem aus dem Gleichgewicht und schwächen die Rolle der Tarifparteien.

Der Gesetzentwurf erschwert zudem betriebliche Bündnisse für Arbeit, da hiermit tarifpolitische Flexibilitätsspielräume und die sich mit der Schaffung von Öffnungsklauseln ergebenden Handlungsmöglichkeiten eingeschränkt werden.

**13. Welchen Beitrag kann ein Vergabegesetz zur Weiterentwicklung der Gleichstellung von Frauen und Männern leisten?**

Die Gleichstellung von Frauen und Männern sowie auch die Verbesserung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf sind wichtige und anerkanntswerte Ziele. Auch die Unternehmen in Nordrhein-Westfalen setzen sich in hohem Maße hierfür ein.

Die Einhaltung verbindlicher Vorgaben durch ein Vergabegesetz bzw. eine Rechtsverordnung überfordert jedoch das Vergaberecht. Die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte verfälscht den Wettbewerb um das wirtschaftlichste Angebot zu Lasten der öffentlichen Haushalte und benachteiligt insbesondere den Mittelstand.

So werden sowohl die Einhaltung entsprechender Vorgaben als auch der Nachweis der Einhaltung teilweise hohen Aufwand und erhebliche Kosten für die Unternehmen zur Folge haben. Sehr wahrscheinlich wird die Regelung auch dazu führen, dass sich eine Vielzahl von Unternehmen nicht mehr um öffentliche Aufträge bewirbt.

Zudem kann der Grenzwert von 20 Beschäftigten für die Zahl der Beschäftigten zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen führen. Dies ist z.B. der Fall, wenn sich ein Unternehmen mit 19 Beschäftigten und eines mit 21 Beschäftigten um denselben Auftrag bewirbt.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, was überhaupt hinreichend vergleichbare Kriterien für die Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männer und der Vereinbarkeit von Familie und Beruf sein sollen. Gerade in diesen Bereichen gibt es eine Vielzahl von Wegen, die zum Ziel führen können. Zudem ist zu beachten, dass in bestimmten Wirtschaftsbereichen aufgrund der auszuübenden Tätigkeiten Frauenförderung in Form quantifizierbarer Resultate erheblich schwerer zu erreichen ist als in anderen Bereichen.

Das Kriterium der Wirtschaftlichkeit muss daher das bestimmende Element der Auftragsvergabe bleiben und darf nicht durch zusätzliche Kriterien verwässert werden. Derartige gesellschaftspolitische Ziele sind auf anderem Wege zu fördern.

**15. Welches Verfahren schlagen Sie vor, um den Verwaltungsaufwand bei der Vergabe von Aufträgen und Beschaffungen gemäß tariftreue- und Vergabegesetz zu minimieren?**

Zur Senkung des Verwaltungsaufwandes wäre eine Erhöhung des Schwellenwertes dringend erforderlich. Je niedriger die Auftragswerte sind, desto unverhältnismäßiger und unangemessener ist der bürokratische Aufwand.

Zudem führt ein zu niedriger Schwellenwert dazu, dass die Zahl der zu überprüfenden Sachverhalte in die Höhe schnellst und nicht mehr zu bewältigen ist.

Darüber hinaus sollte die Haftung der Auftragnehmer für Nachunternehmen aus dem Gesetz gestrichen werden. Die hieraus resultierenden Überprüfungserfordernisse führen zu einer massiven bürokratischen Belastung der Unternehmen. Zudem ist die Überprüfung fremder Kalkulationsdetails oder Anstellungsverträge in der Praxis nahezu unerfüllbar. Eine separate Tariftreueerklärung des Nachunternehmers, bei deren Verletzung er unmittelbar selber zur Rechenschaft gezogen würde, sollte völlig ausreichen, um die Intention des Gesetzes zu erfüllen.

Darüber hinaus sollte auf die Regelungen der §§ 17 bis 19 verzichtet werden. Bereits heute bietet das Vergaberecht den Auftraggebern vielfache Möglichkeiten sozial- und umweltbezogene Aspekte bei der Auftragsvergabe heranzuziehen. So bedürfte es beispielsweise einer gesonderten Regelung im § 17 des Gesetzentwurfes nicht, da sowohl bestehende Gesetze als auch DIN-Normen entsprechende Energieeffizienz gewährleisten können.

Beim Thema Mindestlohn sollte man sich zudem auf bundesgesetzliche Regeln beschränken. Das AEntG und MiArbG sind völlig ausreichend um entsprechende Arbeitsbedingungen zu gewährleisten. Weitere landesspezifische Regelungen verkomplizieren den Wirtschaftsverkehr und führen zu bürokratischem Aufwand. So gelten nach dem AEntG bereits zwingende Arbeitsbedingungen in den Bereichen des Bauhauptgewerbes, des Dachdeckerhandwerks, des Elektrohandwerks, des Maler- und Lackiererhandwerks, der Gebäudereinigung, der Pflegebranche (Altenpflege und häusliche Krankenpflege), Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwerken, Wäschereidienstleistungen im Objekt, Kundengeschäft und in der Abfallwirtschaft einschließlich Straßenreinigung und Winterdienst. Ein Mindestlohn ist rechtlich außerdem für Briefdienstleistungen, Sicherheitsdienstleistungen und Aus- und Weiterbildungsleistungen nach dem Zweiten und Dritten Buch Sozialgesetzbuch möglich.

Ebenso sollte auf die Regelung zu Equal-Pay für Zeitarbeitnehmer, die gegen Bundesrecht verstößt, und den Zwang zur Einhaltung repräsentativer Tarifverträge im Bereich des ÖPNV, der einen Verstoß gegen die Tarifautonomie darstellt, verzichtet werden. Hierdurch werden die entsprechenden Vergabeentscheidungen von vornherein mit Rechtsunsicherheit versehen und damit Verwaltungen und Gerichte mit zusätzlicher Arbeit belastet.

- 16. Sind Präqualifikationsverfahren, bei dem die anbietenden Unternehmen die notwendigen Unterlagen nur einmal bei einer autorisierten Zertifizierungsstelle einreichen, die diese prüft, zertifiziert und Aktualisierungen vornimmt, geeignet, um Unternehmen von bürokratischem Aufwand bei ihrer Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen zu entlasten?**

Sie sind im Falle des Tariftreue- und Vergabegesetzes NRW nur sehr bedingt geeignet.

Grundsätzlich können das Präqualifizierungsverfahren sowohl Auftragnehmer als auch Auftraggeber von bürokratischem Aufwand zu entlasten. Die große Mehrheit der Unternehmen in Nordrhein-Westfalen ist jedoch weder präqualifiziert, noch hat es bisher mit der Präqualifizierung Erfahrung gesammelt. Für diese Unternehmen stellen auch die PQ-Verfahren einen erheblichen Verwaltungsaufwand dar.

Es ist daher nicht richtig, wenn behauptet wird, dass durch den Einsatz von Präqualifizierungsverfahren die bürokratische Belastung der Unternehmen entfalle. Das Einarbeiten in die Modalitäten des Verfahrens und die Erbringung der Erforderlichen Nachweise nehmen erhebliche Zeit in Anspruch. Dieses sind zusätzliche Personalkosten für die Unternehmen, denen keine zusätzlichen Einnahmen gegenüber stehen.

Die Durchführung solcher Verfahren ist insbesondere für sich nur gelegentlich um öffentliche Aufträge bewerbende Bieter und kleine Unternehmen ohne entsprechend hierfür qualifizierte Mitarbeiter ein unverhältnismäßiger Aufwand.

- 17. Wie sehen Sie die Möglichkeiten, Tariftreueerklärungen in die bestehenden Präqualifikationsverfahren in den Bereichen VOB/A (Bauleistungen) und VOL/A (Liefer- und Dienstleistungen) einzubeziehen?**

Das Präqualifizierungsverfahren ist ein bundesweites Verfahren. Die Aufnahme spezifischer Kriterien, die sich aus unterschiedlichsten Tariftreue- und Vergabegesetzen der Länder herleiten, erscheint problematisch und könnte zudem durch zunehmende Unübersichtlichkeit zu einem Akzeptanzverlust führen.

- 18. Ist die Einrichtung einer zentralen Kontrollkommission und das Präqualifikationsverfahren geeignet, Unternehmen und Kommunen von bürokratischem Aufwand bei der öffentlichen Auftragsvergabe zu entlasten?**

Auch eine zentrale Kontrollkommission wird angesichts der Vielzahl potenzieller Fälle bei finanziell überschaubarem Personaleinsatz keine effektive Kontrolle gewährleisten können. Die neue Kontrollbehörde wird die öffentlichen Haushalte jedoch zusätzlich belasten. Dieses ist nicht zuletzt vor dem Hintergrund der hohen Verschuldung des Landes und vieler Kommunen höchst bedenklich.

**20. Trägt der im Gesetzentwurf vorgesehene Schwellenwert von 20.000 € nicht dazu bei, dass die Regelungen in vielen Bereichen keine Anwendung finden? Macht es Sinn, den vergabespezifischen Mindestlohn auch unter dem vorgesehenen Schwellenwert anzuwenden?**

Sofern man überhaupt ein solches Gesetz erlässt, ist es sachgerecht einen Schwellenwert festzulegen, bei dessen Unterschreitung die Regelungen des Gesetzes keine Anwendung finden. Dieses trägt der Tatsache Rechnung, dass der bürokratische Aufwand, der zum Nachweis und zur Kontrolle erforderlich ist, bei niedrigen Auftragswerten besonders unverhältnismäßig und unangemessen ist.

Außerdem führt ein niedriger Schwellenwert dazu, dass auch die Zahl der zu prüfenden Sachverhalte erheblich höher ist. Vor dem Hintergrund der bei niedrigen Angebotswerten häufig nur sehr geringen Preisunterschiede zwischen verschiedenen Angeboten ist der Kontrollaufwand hier besonders unverhältnismäßig.

Selbst bei Aufträgen oberhalb des Schwellenwertes von 20.000 Euro wird der Verwaltungsaufwand vielfach unverhältnismäßig sein. So würden beispielsweise bei einem kalkulierten Gewinn von 5 % die Personalkosten, die mit der Erfüllung der bürokratischen Erfordernisse (z.B. durch die Durchführung eines Präqualifizierungsverfahrens oder die Überprüfung der Angebote möglicher Subunternehmer auf die Einhaltung der Tariftreueregelungen) verbunden sind, den potenziellen Gewinn in vielen Fällen bereits „auffressen“ oder gar übersteigen. Vor diesem Hintergrund ist eine weitere Erhöhung des Schwellenwertes dringend erforderlich.

**23. Wäre es nicht sinnvoller, durch die gesetzliche Vorgabe eines jährlichen Vergabeberichtes die konsequente Umsetzung des Gesetzes zu überprüfen?**

Ein jährlicher Vergabebericht würde lediglich zusätzlichen Verwaltungsaufwand und damit höhere Personalkosten zur Folge haben. Wir brauchen weniger und nicht mehr Bürokratie.

**24. Halten sie für eine Gewährleistung der konsequenten Einhaltung der Gesetzesvorschriften eine Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber zur Kontrolle eines bestimmten Anteils der öffentlichen Vergaben für sinnvoll?**

Der erforderliche Verwaltungs- und Kontrollaufwand ist nach unserer Auffassung immens und kaum zu bewältigen. Unzureichende Kontrollen verschaffen jedoch wiederum den Unternehmen, die die Regelungen nicht einhalten, Vorteile gegenüber ihren Mitbewerbern. Auch vor diesem Hintergrund sollte von dem Vorhaben Abstand genommen werden.

**25. Könnte eine automatisierte Mindest-Erhöhung des vergabespezifischen Mindestlohns nach Vorbild der „scala mobile“ beispielsweise in Höhe des Verbraucherpreisdeflators eine sinnvolle Ergänzung des Entwurfs sein?**

Nein. Unser Tarifsysteem beruht darauf, dass die Löhne zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebern verhandelt werden. Bei den Verhandlungen spielen verschiedenste Gesichtspunkte eine Rolle. So wie es bei Tarifverhandlungen keine automatische Anpassung der Entgelte gibt, so darf es diese auch bei einem Mindestlohn nicht geben. Ebenso wie die Entwicklung der Tariflöhne muss auch hier die wirtschaftliche Entwicklung entscheidend sein.

**26. Was bedeutet das Tariftreue- und Vergabegesetz NRW für die Tarifautonomie?**

Die Tarifautonomie ist ein zentrales Element unserer Sozialen Marktwirtschaft. Sie ist Garant für den sozialen Frieden und hat sich nicht zuletzt in der Finanz- und Wirtschaftskrise als wesentlicher Standortvorteil erwiesen.

Tarifautonomie bedeutet, dass Arbeitgeber bzw. Arbeitgeberverbände die Arbeitsbedingungen gemeinsam mit den Gewerkschaften durch Tarifverträge regeln, ohne dass der Staat eingreift. Tarifautonomie schließt aber auch das Recht ein, Arbeitsbeziehungen ohne Tarifvertrag regeln zu können. Jeder staatliche Eingriff ist ein Angriff auf die Tarifautonomie. Er bringt das komplexe und ausbalancierte System der Tarifautonomie aus dem Gleichgewicht und verhindert den notwendigen Ausgleich zwischen den Interessen der Tarifpartner.

Die Einführung eines vergabespezifischen NRW-Mindestlohns in Höhe von 8,62 €, die Verdrängung wirksam zustande gekommener Tarifverträge im öffentlichen Personennahverkehr und der Ausschluss des Tarifprivilegs in der Zeitarbeit sind ein Angriff auf die Tarifautonomie. Sie gefährden Ar-

beitsplätze und widersprechen den Grundprinzipien der Sozialen Marktwirtschaft. Sie bringen das komplexe und ausbalancierte Tarifsysteem aus dem Gleichgewicht und schwächen die Rolle der Tarifparteien.

**27. Welche Auswirkungen hat das Tariftreue- und Vergabegesetz für gering qualifizierte Beschäftigte in NRW?**

Mindestlöhne nehmen insbesondere gering qualifizierten und arbeitslosen Menschen die Chance auf Beschäftigung.

Das Institut der deutschen Wirtschaft Köln hat ein Gutachten „Der Niedriglohnsektor in Deutschland: Entwicklung, Struktur und individuelle Erwerbsverläufe“ erstellt. Die Untersuchung basiert auf der Auswertung des sozio-ökonomischen Panels im Zeitraum von 1994 bis 2009, einer jährlich durchgeführten Befragung von rund 20.000 Personen in Deutschland.

Insgesamt kommt die Studie zu dem Fazit, dass der Niedriglohnsektor eine Einstiegs- und Aufstiegschance für Arbeitslose und keine Bedrohung für Arbeitnehmer mit Löhnen oberhalb der Geringverdienergrenze darstellt. Die der Studie zu Grunde gelegte Niedriglohngrenze (ein Bruttostundenlohn, der weniger als zwei Drittel des mittleren Bruttostundenlohns beträgt) lag für das Jahr 2009 bei 8,94 €.

Der Niedriglohnsektor hält danach insbesondere Beschäftigungsmöglichkeiten für Personen bereit, für die ansonsten eine Integration in den Arbeitsmarkt aufgrund ungeeigneter oder lang zurückliegender Qualifikationen schwierig wäre.

Auch sieht die Studie kein nennenswertes Problem der Armut trotz Arbeit, denn häufig stellt das Einkommen aus der Niedriglohnbeschäftigung ein zusätzliches Erwerbseinkommen neben weiteren Einkommensquellen (z. B. ergänzende Transfers, Einkommen des Partners) dar. Alleinstehende Vollzeitbeschäftigte, die aufgrund niedriger Löhne zusätzlich auf Transferleistungen angewiesen sind, machen nur 0,3 % aller sozialversicherungspflichtig Beschäftigten aus. Bei den typischen „Aufstockern“ handelt es sich in der Regel um Arbeitslosengeld II-Empfänger, die in geringem Umfang etwas dazu verdienen.

Außerdem ist Niedriglohnbeschäftigung ein Einstieg in den Aufstieg: Innerhalb eines Jahres schaffen mehr als 24 % der Niedriglohnbeschäftigten den Absprung in eine besser bezahlte Tätigkeit. Die Chance, in den Normalverdienerbereich aufzusteigen, erhöht sich mit der Länge der Voll-

zeitbeschäftigungsphase sowie mit dem Grad der Qualifikation. Umgekehrt liegt das Risiko eines Normalverdienenden, in den Niedriglohnsektor zu wechseln, bei lediglich 4,8 %. Im Untersuchungszeitraum übersteigt die Zahl der Aufstiege in den Normalverdienerbereich die der Abstiege in den Niedriglohnbereich um rund 3 Millionen. Zugleich übersteigt die Zahl der Übergänge von Arbeitslosigkeit in den Niedriglohnsektor, die Zahl der Austritte aus dem Niedriglohnbereich in Arbeitslosigkeit um rund 600.000.

Der mit dem Gesetzentwurf verfolgte politische Ansatz, den Niedriglohnbereich einzuengen, ist somit nicht im Interesse der Betroffenen.

**28. In welchem Maße werden sich öffentliche Aufträge (nicht nur Bauaufträge) durch die vorgeschlagenen Regelungen verteuern?**

Wie dem Gesetzentwurf auf Seite 3 zu entnehmen ist, sieht sich die Landesregierung nicht in der Lage die Kosten zu beziffern. Vor diesem Hintergrund ein derartiges Gesetz zu verabschieden, ist höchst bedenklich.

Mit der Einführung der in dem Antrag vorgesehenen Regelungen werden nämlich massive zusätzliche bürokratische Belastungen für Unternehmen und Verwaltung geschaffen. Diese zusätzlichen Anforderungen an die Bieter werden unweigerlich zu einer ganz erheblichen Verteuern der Beschaffungen führen.

Ein Tariftreue- und Vergabegesetz sollte den Unternehmen daher keine zusätzlichen neuen Verpflichtungen auferlegen, die zu weiterem bürokratischem Aufwand führen. Auch die mit der Einführung zusätzlicher Vergabekriterien notwendige Intensivierung der Prüfungs- und Kontrolltätigkeit werden die öffentlichen Haushalte deutlich belasten.

Zusätzliche Anforderungen und großer Verwaltungsaufwand für die Bieter werden unweigerlich zur deutlichen Verteuern der Beschaffung von Land und Kommunen führen. Auch die Prüfungs- und Controllerfordernisse sowie die neue Kontrollbehörde werden die öffentlichen Haushalte zusätzlich belasten. Dieses ist nicht zuletzt vor dem Hintergrund der hohen Verschuldung des Landes und vieler Kommunen höchst bedenklich.

**29. Wie unterscheidet sich der Gesetzentwurf von den Vorgaben anderer Bundesländer und welche Auswirkungen haben diese Unterschiede?**

Die Regelungen in den Bundesländern sind sehr unterschiedlich. Darüber hinaus drohen aktuelle Planungen einzelner Bundesländer diese Unterschie-

de weiter zu vergrößern. Dieses wird den Wirtschaftsverkehr in nicht unerheblicher Weise beeinträchtigen und ist daher höchst negativ zu beurteilen.

Die Überfrachtung des Vergaberechts mit von Bundesland zu Bundesland unterschiedlichen staatlichen Anforderungen ist eine protektionistische Maßnahme und erschwert den innerdeutschen und europäischen Wirtschaftsverkehr. Der Verwaltungsaufwand erschwert Bietern aus anderen Bundesländern und der europäischen Union den Marktzugang und beeinträchtigt so den Wettbewerb.

**30. Werden kleine und mittlere Unternehmen durch die Regelungen besonders belastet?**

Die umfangreichen Nachweis- und Kontrollpflichten für die Unternehmen bedeuten insbesondere für mittelständische Unternehmen ohne entsprechende Verwaltungsstrukturen eine immense Belastung. Gerade bei niedrigeren Auftragssummen ist der Aufwand unverhältnismäßig. Dies wird viele kleine und mittlere Unternehmen von einer Angebotsabgabe abhalten und somit den Wettbewerb einschränken.

**31. Welche Auswirkungen haben die vorgesehenen Regelungen auf die Transparenz von Vergabeentscheidungen?**

Wie bereits dargestellt, ist das Vergaberecht nicht das richtige Instrument, um vergabefremde Themenkomplexe zu regeln. Erhebliche Schwierigkeiten ergeben sich insbesondere beim Nachweis und der Kontrolle der entsprechenden Kriterien.

Wenn so neben Qualität und Preis teilweise nur schwer messbare und vergleichbare Kriterien zur Vergabeentscheidung herangezogen werden, wird Rechtsunsicherheit geschaffen. Außerdem widerspricht es dem Ziel der Korruptionsbekämpfung, wenn das Vergaberecht intransparenter und missbrauchsanfälliger wird.

**32. Wie schätzen Sie den bürokratischen Aufwand der vorgeschlagenen Mindestanforderungen an ein Tariftreue- und Vergabegesetz für das Land Nordrhein-Westfalen und die Kommunen als Auftraggeber sowie für die Unternehmen als Auftragnehmer ein?**

Mit der Einführung der im Gesetzentwurf vorgesehenen Regelungen werden massive zusätzliche bürokratische Belastungen für Unternehmen und Verwaltung geschaffen. Diese zusätzlichen Anforderungen an die Bieter wer-

den dabei unweigerlich zu einer nicht zu unterschätzenden Verteuerung der Beschaffungen führen. Ein Tariftreue- und Vergabegesetz sollte den Unternehmen daher keine zusätzlichen neuen Verpflichtungen auferlegen, die zu weiterem bürokratischem Aufwand führen. Auch die mit der Einführung zusätzlicher Vergabekriterien notwendige Intensivierung der Prüfungs- und Kontrolltätigkeit werden die öffentlichen Haushalte deutlich belasten.

Selbst mit größtem personellem Zusatzaufwand werden die entsprechenden Verwaltungen dabei z.B. kaum überprüfen können, welche Tätigkeiten für ein Projekt benötigt werden und welche Tätigkeiten wie zu bewerten sind.

Darüber hinaus gilt, dass je niedriger der Schwellenwert für die Anwendung des Gesetzes gewählt wird, naturgemäß die Zahl der zu prüfenden Sachverhalte umso höher ausfällt. Vor dem Hintergrund der in diesen Fällen geringen Angebotsunterschiede ist ein solcher Aufwand besonders unverhältnismäßig.

Insbesondere die Kommunen dürften erst gar nicht über die entsprechenden personellen Kapazitäten verfügen, um vor Auftragsvergabe jedes einzelne Unternehmen auf seine Tariftreue zu überprüfen. Diese Einschätzung folgt auch aus den Erfahrungen mit dem Gesetz zur Tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen im Land Nordrhein-Westfalen aus dem Jahr 2002.

**33. Welche Schwierigkeiten sehen Sie bei der Umsetzung und Kontrolle der vorgeschlagenen Regelungen?**

Die mit der Einführung zusätzlicher Vergabekriterien notwendige Intensivierung der Prüfungs- und Kontrolltätigkeit wird die öffentlichen Haushalte deutlich belasten. Darüber hinaus bedeuten Kontrollen immer auch zusätzliche zeitliche und bürokratische Belastungen für die Unternehmen.

Der erforderliche Verwaltungs- und Kontrollaufwand ist wie bereits dargestellt immens und kaum zu bewältigen. Unzureichende Kontrollen verschaffen jedoch wiederum den Unternehmen, die die Regelungen nicht einhalten, Vorteile gegenüber ihren Mitbewerbern.

Gleiches gilt für die Nachweispflichten. Je höher hier die Anforderungen sind, desto höher der Aufwand und unverhältnismäßiger die Kosten für die Unternehmen. Auch vor diesem Hintergrund sollte von dem Vorhaben Abstand genommen werden.

### **34. Bestehen rechtliche Bedenken gegen den Gesetzentwurf des Tariftreue- und Vergabegesetzes?**

Insbesondere in den drei nachstehend benannten und erläuterten Bereichen bestehen erhebliche juristische Bedenken.

Die Verabschiedung eines entsprechenden Gesetzes würde daher zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen und zu einer Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten führen.

#### **a) Keine Gesetzgebungskompetenz der Länder für Mindestlöhne im Vergaberecht**

Der Antrag sieht die Einführung eines vergabespezifischen NRW-Mindestlohnes vor. Die Gesetzgebungskompetenz des Landes für eine solche Vorgabe ist jedoch äußerst fraglich, weil es sich bei den Regelungen zum Mindestlohn um eine arbeitsrechtliche und damit um eine Materie des Bundes handelt. Diese hat der Bundesgesetzgeber im AEntG und im MiArbG abschließend geregelt. Die Vorgabe eines Mindestlohns ist nicht lediglich ein Kriterium für die vergaberechtliche Auswahlentscheidung. Damit soll vielmehr unmittelbar auf die arbeitsrechtlichen Beziehungen in einem bietenden Unternehmen Einfluss genommen und eine zusätzliche Verpflichtung geschaffen werden.

Gesetzliche Vorgaben für den Arbeitslohn gehören somit zum Arbeitsrecht und fallen in die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG. Die Länder können daher nur Regelungen treffen, soweit der Bund von seiner Kompetenz noch keinen Gebrauch gemacht hat, Art. 72 Abs. 1 GG. Mit dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) und dem Mindestarbeitsbedingungengesetz (MiArbG) hat der Bund jedoch bereits abschließend Regelungen zu Mindestlöhnen erlassen (vgl. dazu BayVGH vom 3. Februar 2009, 111-IX-08; BVerfG vom 11. Juli 2006, 1 BvL 4/00). Beim Vollzug eines Landesgesetzes mit einer Mindestlohnvorgabe können sich deshalb Überschneidungen mit den nach dem AEntG und MiArbG erlassenen Rechtsverordnungen ergeben. Dieses soll Art. 72 Abs. 1 GG gerade verhindern.

#### **b) Einbeziehung von Zeitarbeitnehmern verstößt gegen Bundesrecht**

Darüber hinaus soll sich der persönliche Anwendungsbereich des „Vergabe- und Tariftreuegesetzes“ auch auf Zeitarbeitnehmerinnen und Zeitarbeitnehmer erstrecken. Hierdurch sollen für den Bereich der öffentlichen Auftrags-

vergabe der „Grundsatz gleicher Arbeitsbedingungen“ und der Mindestlohn auf die Zeitarbeitsbranche erstreckt werden.

Die dazu erforderliche Gesetzgebungskompetenz steht dem Landesgesetzgeber allerdings nicht zu, da das Recht der Zeitarbeit durch das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) eine umfassende bundesgesetzliche Regelung erfahren hat, die der Gesetzgebungskompetenz des Landes im Wege konkurrierender Gesetzgebung vorgeht. Insbesondere ist der Grundsatz gleicher Arbeitsbedingungen in § 9 Nr. 2 AÜG geregelt. Zurückgehend auf Art. 5 Abs. 3 RL (EG) 2008/104 öffnet § 9 Nr. 2 AÜG jedoch das Gleichbehandlungsgebot zugleich für tarifvertragliche Regelungen. Damit ist den Sozialpartnern bundesgesetzlich eine Gestaltungsmöglichkeit eingeräumt, die ihnen landesgesetzlich nicht genommen werden kann.

Es besteht mithin für ein landesgesetzliches Gleichbehandlungsgebot in der Zeitarbeitsbranche – neben der fehlenden Gesetzgebungskompetenz – schon gar keine Regelungsnotwendigkeit. Die landesrechtliche Anordnung eines Mindestlohns würde darüber hinaus die Regelung des § 9 Nr. 2 AÜG unterlaufen und damit gegen höherrangiges Recht verstoßen.

### **c) Zwang zur Einhaltung repräsentativer Tarifverträge im Bereich des ÖPNV ist ein Verstoß gegen die Tarifautonomie**

Der im Gesetz vorgesehene Zwang zur Einhaltung sog. repräsentativer Tarifverträge im Bereich des ÖPNV ist ein Verstoß gegen die durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Tarifautonomie. Wenn das Gesetz nur noch die Anwendung bestimmter Tarifverträge vorschreibt, verstößt das gegen die Koalitionsfreiheit. Die Regelung bedeutet nämlich, dass wirksam zustande gekommene Tarifverträge außer Kraft gesetzt werden können.

Die Koalitionsfreiheit räumt sowohl den Arbeitnehmern als auch den Arbeitgebern das Recht ein, sich nicht bestimmten Tarifpartnern (Arbeitgeberverbänden bzw. Gewerkschaften) anschließen zu müssen. Schon gar nicht dürfen Arbeitgeber aber gezwungen werden, trotz eigener wirksamer Tarifverträge die Tarifverträge anderer Koalition anwenden zu müssen.

Bereits heute wird die Tariffähigkeit zudem nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nur solchen Arbeitnehmerkoalitionen zugebilligt, deren Tarifverträgen eine gewisse Durchsetzungskraft der tarifschließenden Gewerkschaft zugrunde liegt. Kriterien hierfür sind, dass diese über eine hinreichende Durchsetzungstärke und somit über eine entsprechende Mit-

gliederzahl verfügen. Werden diese Kriterien nicht erfüllt, ist sie tarifunfähig und kann keine wirksamen Tarifverträge abschließen.

Darüber hinausgehende Regelungen sind eine unverhältnismäßiger Eingriff in die Tarifautonomie.

**35. Verfügen die Kommunen über hinreichende personelle und materielle Kapazitäten zur Überwachung der Einhaltung des Gesetzes?**

Selbst mit größtem personellem Zusatzaufwand werden die entsprechenden Verwaltungen kaum überprüfen können, welche Tätigkeiten für ein Projekt benötigt werden, welche Tätigkeiten wie zu bewerten sind und welche Beschäftigungen wie einzugruppieren sind.

Insbesondere die Kommunen dürften erst über die entsprechenden personellen Kapazitäten verfügen, um vor Auftragsvergabe jedes einzelne Unternehmen auf seine Tariftreue zu überprüfen. Diese Einschätzung folgt auch aus den Erfahrungen mit dem Gesetz zur Tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen im Land Nordrhein-Westfalen aus dem Jahr 2002.