

Monopolkommission

Der Generalsekretär

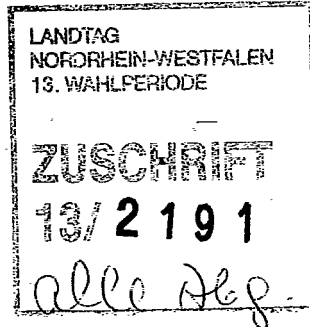
Monopolkommission, Adenauerallee 133, 53113 Bonn

An den
Landtag Nordrhein-Westfalen
z.Hd. Herrn Georg Schröder
Referat I.1.
Platz des Landtags 1

40221 Düsseldorf

Adenauerallee 133
53113 Bonn

Telefon: 0228/9499-262/263
Telefax: 0228/9499-179
Email: marie-luise.grans@monopolkommission.bund.de
Web: <http://www.monopolkommission.de>

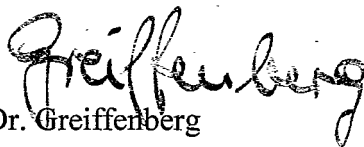


Bonn, 22. Oktober 2002

Sehr geehrter Herr Schröder,

für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum geplanten Tariftreuegesetz Nordrhein-Westfalen danke ich Ihnen. Die Monopolkommission hat sich in ihrem letzten Hauptgutachten zu einem analogen Gesetzesvorhaben, dem Entwurf eines Tariftreuegesetzes des Bundes, geäußert; als Anlage übersende ich Ihnen daher eine Kopie dieser Stellungnahme. In dem mir vorliegenden Entwurf des TariftG NRW kann ich keine Gesichtspunkte erkennen, die Ansätze für eine weitergehende Äußerung der Monopolkommission liefern. Ich halte daher eine persönliche Teilnahme eines Vertreters der Kommission für entbehrlich und habe Entsprechendes in dem mir zugesandten Formular vermerkt, das ich Ihnen als Anlage ausgefüllt zurücksende.

Mit freundlichen Grüßen


Dr. Greiffenberg

Anlage: -2-

Mitglieder der Monopolkommission

Martin Hellwig (Vorsitzender), Jörn Aldag, Jürgen Basedow, Katharina M. Trebitsch,

Generalsekretär

Horst Greiffenberg

A u s z u g

NETZWETTBEWERB DURCH REGULIERUNG

Vierzehntes Hauptgutachten
der

Monopolkommission

gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB

- 2000/2001 -

Hauptband

Kurzfassung.....	1*
------------------	----

EINLEITUNG

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik.....	1
---	---

1. Telekommunikation – Reformdiskussion bei unsicherer Wettbewerbsentwicklung.....	3
1.1 Das zweite Sondergutachten der Monopolkommission nach § 81 Abs. 3 TKG	3
1.2 Eckpunkte für eine Stellungnahme der Bundesregierung	4
1.3 Der neue europäische Rechtsrahmen	6
1.4 Folgerungen für die Novellierungsdiskussion um das TKG	9
2. Perspektiven der Wettbewerbsentwicklung im Postmarkt.....	14
3. Regulierung von Rundfunk und Multimedia	19
4. Die Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklung	31
5. Die Reform des europäischen Kartellverfahrensrechts	37
6. „Daseinsvorsorge“ im europäischen Binnenmarkt.....	43
7. Sonderverkäufe nach den Vorschriften des UWG	48
8. Tariftreue bei öffentlichen Aufträgen	52
9. Übertragung der Entscheidungsbefugnis im Ministererlaubnisverfahren	56
10. Berücksichtigung von Unternehmensgruppen in der Konzentrationsberichterstattung: Gesetzlicher Auftrag an die Monopolkommission und das Statistische Bundesamt	58
10.1 Der Auftrag des Gesetzgebers	59
10.2 Der Beitrag des Statistischen Bundesamtes und der Monopolkommission zur Erfüllung des gesetzlichen Auftrags	66
10.2.1 Zusammenarbeit im Jahr 2001 und Bericht an den Deutschen Bundestag	66
10.2.2 Beitrag der Monopolkommission zum Vollzug des § 47 Abs. 1 GWB: Aufbau einer Datenbank über Unternehmensgruppen	69
10.2.3 Stillstand der Arbeit an der Datenverknüpfung ab Januar 2002.....	71
10.2.4 Ungelöste Probleme der amtlichen Bundesstatistik	73
10.2.5 Ausblick: Zusammenarbeit mit den Statistischen Ämtern der Bundesländer	76

chung solcher Angaben. Im Zweifel könnte niemand überprüfen, ob die gemachten Angaben zu den vorhergehenden Preisen und dem Zeitraum ihrer Gültigkeit richtig sind.

114. Wichtiger ist nach Meinung der Monopolkommission, dass der mit einer Aufhebung des Sonderveranstaltungsverbots entstehende zusätzliche Freiraum für Rabattwettbewerb nicht durch einen Rückgriff auf die Generalklausel des § 1 UWG wieder eingeengt werden kann. Durch eine entsprechende *Ergänzung von § 1 UWG* sollte daher klargestellt werden, dass Maßnahmen des Preiswettbewerbs grundsätzlich nicht gegen die guten Sitten verstoßen und insofern nicht Gegenstand des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb sind.

8. Tariftreue bei öffentlichen Aufträgen

115. Das Bundeskabinett hat am 12. Dezember 2001 den Entwurf eines sog. „*Tariftreuegesetzes*“⁸² beschlossen; in einer leicht modifizierten Fassung wurde es vom Bundestag am 26. April 2002 verabschiedet.⁸³ Zusammen mit diesem Gesetz soll im Anschluss an eine Änderung des GWB beim Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle ein *Register über unzuverlässige Unternehmen* eingerichtet werden, die wegen schwerer Verfehlungen (illegale Beschäftigung, Schwarzarbeit, Korruption, erhebliche Verstöße gegen die Tariftreuepflicht) von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen worden sind. In einer Rechtsverordnung soll demnach die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates Regelungen über die zu speichernden Daten, die Meldepflicht über den Ausschluss von Unternehmen wegen Unzuverlässigkeit sowie die Verpflichtung zur Auskunftseinholung öffentlicher Auftraggeber erlassen.

116. Nach dem Tariftreuegesetz sollen staatliche Stellen *Baufträge* nur noch an Unternehmen vergeben dürfen, die ihren Arbeitnehmern den *Tariflohn am Ort der Leistungserbringung* zahlen. Das Gleiche soll für die Vergabe von für Beförderungsleistungen für den *öffentlichen Personennahverkehr* gelten. Die Auftragnehmer müssen sich zur Einhaltung der Tarifvorschriften verpflichten, was von dem öffentlichen Auftraggeber und der Zollverwaltung kontrolliert werden soll, und auch die Angebote von Subunternehmen gegebenenfalls anhand von Nachweisen entsprechend überprüfen. Andernfalls können sie zu Zahlungen von Vertragsstrafen herangezogen werden oder Vertragskündigungen erhalten und gegebenenfalls von staatlichen Aufträgen ausgeschlossen werden. Das Gesetz gilt zunächst für einen geschätzten Auftragswert ab 100.000 €; dieser Wert verringert sich zum 1. Januar 2002 auf 75.000 € und zum 1. Januar 2004 auf 50.000 €.

Erklärtes *Ziel des Gesetzes* in § 1 des Entwurfs ist es, Wettbewerbsverzerrungen entgegenzuwirken, die durch den Einsatz von Niedriglohnkräften entstehen, und Belastungen für die sozialen Sicherungssysteme zu mildern. In den Erläuterungen zum geplanten Gesetz wird dazu ausgeführt, dass in arbeitsmarktpolitisch sensiblen Bereichen Arbeitsplätze erhalten werden sollen, die einen ausreichenden sozialen Schutz und ein angemessenes Einkommensniveau gewährleisten. Die Sorge, dass ähnlich wie im Baubereich insbesondere in tarifgebundenen, mit-

⁸² Gesetz zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen und zur Einrichtung eines Registers über unzuverlässige Unternehmen.

⁸³ Landesrechtliche Bestimmungen über Tariftreuregelungen bei öffentlichen Bauaufträgen wurden schon vorher in den Bundesländern Bayern, Berlin, Niedersachsen, Saarland und Sachsen-Anhalt erlassen.

teiständischen Unternehmen tarifmäßig entlohnte Arbeitsplätze in hohem Maße gefährdet seien, wird auch in Verbindung mit dem öffentlichen Personennahverkehr geäußert. In diesem Bereich wird die bevorstehende Liberalisierung auf europäischer Ebene als ursächlich für die befürchtete Entwicklung angesehen.

117. Das Tariftreuegesetz wird gravierende Auswirkungen auf die *öffentlichen Haushalte* haben. Das gilt zunächst im Hinblick auf die Kosten für Kontrolle und Vollzug. Für die Einrichtung und Pflege des Registers beim Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle werden zusätzliche Personal- und Sachkosten entstehen; gleiches gilt auch für die Zollverwaltung und die Arbeitsämter. Sehr viel gravierender dürfte jedoch bei Einhaltung der Tariftreue die Verteuerung der öffentlichen Leistungsbeschaffung zu Buche schlagen. In den Erläuterungen zum Gesetz wird (bei offenbar vorsichtiger Schätzung) von einer Verteuerung öffentlicher Bauaufträge in Höhe von 5 % ausgegangen. Im Ergebnis werden daher – sofern die mittelfristig geplanten bzw. festgelegten Investitionssummen der öffentlichen Haushalte dem Kostenschub durch das Tariftreuegesetz nicht angepasst werden – die ohnehin schon minimalen Investitionsspielräume weiter eingeengt. Konkret bedeutet dies beispielsweise, dass künftig weniger (aber teurere) Straßen, weniger (aber teurere) Schulen und weniger (aber teurere) Krankenhäuser gebaut werden.

118. Auftraggeber sind im Allgemeinen an einem funktionierenden *Wettbewerb auf der Marktgegenseite* interessiert. Dies ist auch der tiefere Grund dafür, dass staatliche Aufträge vor ihrer Vergabe öffentlich ausgeschrieben werden müssen. Das Tariftreuegesetz läuft diesem Ziel geradewegs zuwider und offenbart – erst recht im Hinblick auf seine Begründung (Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen) – eine schizophrene Grundhaltung zum Wettbewerb. Dies wird besonders deutlich, wenn die Bundesregierung ankündigt, sie werde Angeboten, die um mehr als 10 % unter dem nächstgünstigen Angebot liegen, mit besonderem Misstrauen begegnen.

119. Von Seiten des *Managements der öffentlichen Haushalte* war bisher kein massiver Protest gegen die künstliche Verteuerung der Aufträge erhoben worden. Dies mag daran liegen, dass von ihnen längst an Umgehungsstrategien gearbeitet wird, die unter der Bezeichnung „public private partnership“ bekannt geworden sind. Statt selbst zu bauen, überlässt der öffentliche Auftraggeber dabei die Errichtung von Gebäuden *privaten Projektgesellschaften*, von denen er die fraglichen Objekte später mietet oder least. Langfristige, im Voraus abgeschlossene Verträge geben der Projektgesellschaft Investitionssicherheit. Sie ist als privater Investor weder an das Tariftreuegesetz noch an das Vergaberecht im Allgemeinen gebunden. Daher kann sie ihre Bauaufträge auch vergeben, ohne zu überprüfen, ob ihre Auftragnehmer und deren Subunternehmer ihren Arbeitnehmern die ortsüblichen Tariflöhne zahlen oder nicht.

120. Ein *rechtliches Defizit* zeigt sich in der Formulierung des Gesetzesbeschlusses, der die Einhaltung der „einschlägigen“ Tarifverträge fordert und den öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, als „repräsentativen Tarifvertrag“ den Tarifvertrag zugrunde zu legen, der für die meisten Arbeitnehmer Anwendung findet. Tarifverträge ähneln Rechtsnormen; sie sind entweder anwendbar oder nicht anwendbar. Anwendbar sind sie nur auf Arbeitsverträge zwischen tarifgebundenen Parteien, also Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die Mitglieder von Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften sind, zwischen denen ein bindender Tarifvertrag geschlossen wurde. Jenseits dieses Personenkreises gelten Tarifverträge nur, wenn sie vom Bundesarbeits-

ministerium für allgemeinverbindlich erklärt worden sind. Doch ist dies an strenge Voraussetzungen geknüpft und kommt eher selten vor. Wo der Organisationsgrad von Arbeitnehmern und Arbeitgebern gering ist, haben Tarifverträge daher nur eine geringe praktische Bedeutung. Dies gilt in großem Umfang in den neuen Bundesländern. Wenn die öffentlichen Auftraggeber nun auf die Beachtung „einschlägiger“ Tarifverträge verpflichtet werden sollen, so bedeutet dies, dass Tarifverträge, die eigentlich im Verhältnis zwischen dem jeweiligen Arbeitnehmer und Arbeitgeber gerade nicht anwendbar sind, gleichwohl einzuhalten sind. Unter welchen Voraussetzungen das gilt, bleibt völlig offen. Entsprechend groß ist die Unsicherheit der beteiligten Auftraggeber und Betriebe.

121. Das Tariftreuegesetz schränkt die *Wettbewerbsfähigkeit ostdeutscher Unternehmen* bei der Teilnahme an der öffentlichen Auftragsvergabe ganz wesentlich ein. Die Löhne in den neuen Bundesländern liegen etwa 10 bis 15 % unter den in Westdeutschland geltenden Tarifen. Insofern würde bei Geltung des Tariftreuegesetzes der ostdeutschen Bauwirtschaft einer ihrer Hauptvorteile im Wettbewerb verloren gehen. In den Beratungen zum Tariftreuegesetz im Bundesrat war daher insbesondere von den ostdeutschen Ministerpräsidenten gefordert worden, den ursprünglichen Gesetzentwurf mit dem Ziel nachzubessern, die Wettbewerbsvorteile der ostdeutschen Unternehmen zu bewahren. Das hat zur Einführung einer Gleitklausel geführt, nach der zunächst ein Anteil von mindestens 92,5 % der einschlägigen Tarife gezahlt werden muss; dieser Anteil erhöht sich ab 1. Januar 2003 auf 95 %, ab 2004 auf 97,5 % und erst ab 2005 gilt die Verpflichtung, die ortsüblichen Tariflöhne in voller Höhe zu zahlen.

Das Vorhaben der Privilegierung ostdeutscher Bauunternehmen wirft ein Schlaglicht auf das eigentliche (in den Erläuterungen bzw. im Gesetzestext nicht ausdrücklich erwähnte) Ziel des Tariftreuegesetzes. Ebenso wie schon das sog. Arbeitnehmer-Entsendegesetz⁸⁴ soll es den nationalen Arbeitsmarkt schützen und richtet sich somit gegen *Konkurrenzunternehmen aus Niedriglohnländern innerhalb der Europäischen Union*. Sie können jedoch nicht schlechter gestellt werden als Unternehmen der ostdeutschen Bauwirtschaft. Sollten also im Hinblick auf die ostdeutsche Bauwirtschaft Ausnahmeregelungen in das Gesetz eingeführt werden, so kann man die damit verbundenen Vorteile beispielsweise den in Irland oder Portugal ansässigen Unternehmen nicht verwehren, die ihre Dienstleistungen durch Entsendung von Arbeitskräften auf deutsche Baustellen anbieten.

122. Fraglich ist darüber hinaus, ob das geplante Tariftreuegesetz nicht grundsätzlich (d.h. auch ohne die Einführung von privilegierenden Sonderregelungen) *gegen europäisches Recht verstößt*, wenn es auf Lohnzahlungen für Arbeitnehmer angewendet wird, die von Unternehmen aus anderen EU-Mitgliedstaaten entsandt werden. Wegweisend ist insoweit ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 24. Januar 2002 mit vergleichbarem Sachverhalt.⁸⁵ Ein portugiesisches Bauunternehmen hatte auf einer Baustelle in Nordbaden Arbeitnehmer zu Löhnen beschäftigt, die unter dem dort maßgeblichen Tarifvertrag lagen. Zwar war das portugiesische Unternehmen nicht tarifgebunden, doch hätte es nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz Tarif-

⁸⁴ Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntg) vom 26. Februar 1996, BGBl. I S. 227.

⁸⁵ Rs. C-164/99.

löhne bezahlen müssen. Nachdem das Arbeitsamt den Verstoß bei einer Kontrolle aufgedeckt hatte, kam es zu einem Gerichtsverfahren vor dem Amtsgericht Tauberbischofsheim. In dessen Verlauf legte der Amtsrichter dem Europäischen Gerichtshof die Frage vor, ob die fraglichen Bestimmungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes eigentlich mit europäischem Recht vereinbar seien. Der Gerichtshof in Luxemburg wies darauf hin, dass das deutsche Tarifgesetz selbst neben den flächendeckenden Branchentarifverträgen auch sog. Haustarife zulässt, also Tarife, die von vornherein nur für ein Unternehmen gelten und durchaus von dem flächendeckenden Branchentarif abweichen können. Ausländischen Unternehmen, die ihre Geschäftstätigkeit größtenteils nicht in Deutschland ausüben, ist der Abschluss solcher Haustarife nach den Worten des Gerichtshofs aus faktischen Gründen verwehrt. Das deutsche Recht dürfe aber ausländische nicht schlechter als inländische Unternehmen stellen, andernfalls verstoße es gegen die Dienstleistungsfreiheit. Für die im Tariftreuegesetz vorgesehene Verpflichtung auf „einschlägige“ Tarifverträge folgt daraus: Soweit Baubetriebe die Möglichkeit zum Abschluss von Haustarifverträgen haben, können die tatsächlich beauftragten ausländischen Unternehmen nicht zur Einhaltung von Flächentarifverträgen verpflichtet werden.

Darüber hinaus bestehen auch Zweifel daran, ob das Gesetz mit dem deutschen *Verfassungsrecht* vereinbar ist. Einschlägig wäre insoweit die Prüfung von Verstößen gegen die negative Koalitionsfreiheit der nichttarifgebundenen Unternehmen (Art. 9 Abs. 3 GG) sowie gegen die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG).

123. Bei der *praktischen Umsetzung des Gesetzes* ist mit Einschränkungen und Schwierigkeiten zu rechnen. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, die Nachunternehmen sorgfältig auszuwählen und ihre Angebote daraufhin zu überprüfen, ob sie den Maßstäben der Tariftreue genügen. Für die Subunternehmen besteht eine entsprechende Nachweispflicht. Es bestehen begründete Zweifel, ob solche Kontrollen überhaupt effektiv vorgenommen werden können. Zugleich stellen sich für das auftraggebende Unternehmen Haftungsfragen, die wegen der begrenzten Kontrollierbarkeit kaum kalkulierbar sind.

Die Verpflichtung der Unternehmen, ihre Subunternehmer hinsichtlich der Einhaltung des Tariftreuegesetzes Kontrollen zu unterwerfen, stellt unter *ordnungspolitischen* und letztlich auch *verfassungsrechtlichen Aspekten* ein Grundsatzproblem dar. Wenn die Nachweispflicht ernst genommen wird, dann ist damit ein schwerwiegender Eingriff in die unternehmerische Sphäre verbunden. Derartige Kontrollaufgaben nehmen in einem Rechtsstaat die dafür zuständigen Ordnungsbehörden wahr; im Falle der Bauwirtschaft sind dies die Polizei und die Arbeitsämter. Wenn nun aufgrund einer einfachgesetzlichen Regelung private Unternehmen mit derartigen Aufgaben beauftragt werden, so bedeutet diese Ausstattung nichtamtlicher Institutionen mit quasi-hoheitlichen Befugnissen und Eingriffsrechten einen groben Verstoß gegen das bestehende Rechtsgefüge. Im Ergebnis ist somit die Bereitschaft zur Denunziation eine Voraussetzung zur Teilhabe an der Durchführung öffentlicher Aufträge.

124. Der Bundesrat hat gegen den Gesetzentwurf gewichtige rechtliche und ordnungspolitische Bedenken erhoben.⁸⁶ Diese beruhen vor allem auf der als Problem erkannten Möglichkeit, dass

⁸⁶ BR-Drs. 1079/1/01 vom 22. Januar 2002, S. 3.

das Tariftreuegesetz gegen europäisches Primärrecht verstößt. Gleichwohl will der Bundesrat das Gesetz dennoch passieren lassen; die rechtlichen Bedenken schlagen sich nieder in der Forderung nach einer zeitlichen Begrenzung des Tariftreuegesetzes bis zum 1. April 2005. Eine solche von einem Verfassungsorgan vorgeschlagene Einführung einer zeitlichen Erprobungsphase für ein Gesetz, an dessen Rechtmäßigkeit erhebliche Zweifel bestehen, hat in der Rechtswissenschaft ein starkes Befremden ausgelöst und ist mit der Verpflichtung der Verfassungsorgane zur Beachtung des europäischen Rechts unvereinbar. In jedem Falle hilft die Befristung in der Sache nicht weiter, da die Feststellung, das Tariftreuegesetz verstoße gegen Vertragsrecht, zur Unanwendbarkeit des Gesetzes führt.

125. Im *Ergebnis* stellt sich das geplante Tariftreuegesetz als Fortsetzung einer Politik dar, die eine Festschreibung von Tariflöhnen über die Tarifpartner hinweg bewirken soll. Der erste Schritt einer solchen Politik, die letztlich den auf den Arbeitsmärkten bestehenden Restwettbewerb weiter einschränkt, liegt in der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, die das Lohnkartell ausweitet und Außenseiterkonkurrenz unterbindet. Ein nächster Schritt ist das deutsche Arbeitnehmer-Entsendegesetz bzw. die europäische Entsenderichtlinie, die auch das ausländische Arbeitsangebot in das Kartell zwingt. Das Tariftreuegesetz geht auf dem gleichen Weg weiter; als Folge ergeben sich mehr Bürokratie und weniger Arbeitsplätze. Das Tariftreuegesetz ist nach Auffassung der Monopolkommission eine ordnungspolitische Fehlkonstruktion, die rechtlich äußerst zweifelhaft und wegen der Verteuerung öffentlicher Aufträge finanzpolitisch nicht zu rechtfertigen ist; zugleich wirkt es tendenziell kontraproduktiv bei der Angleichung der Lebensverhältnisse in den neuen Bundesländern.

9. Übertragung der Entscheidungsbefugnis im Ministererlaubnisverfahren

126. In Presseberichten im Vorfeld des Ministererlaubnisverfahrens E.ON/Ruhrgas wurde zumindest die Besorgnis einer Befangenheit des Bundeswirtschaftsministers bei der Entscheidung über die gestellten Anträge unterstellt. Die Kommentierungen bezogen sich auf frühere und vermutete zukünftige Tätigkeiten des Ministers im Bereich der Energiewirtschaft sowie eine Äußerung des Ministers auf dem Deutschen Steinkohletag 2001. Um der Besorgnis der Befangenheit zu entgehen, hat der Bundeswirtschaftsminister die nach § 42 GWB gebotene Entscheidung einem Staatssekretär im Bundeswirtschaftsministerium übertragen. In der öffentlichen Debatte wurde aus diesem Anlass die Frage diskutiert, wer im Falle der Verhinderung des Bundesministers für Wirtschaft für die von ihm zu treffende Entscheidung über die Erlaubnis nach § 42 GWB zuständig sei.

127. Das GWB sieht in § 42 ausdrücklich vor, dass „(d)er Bundesminister für Wirtschaft“ die Erlaubnis bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen erteilt; auch § 66 Abs. 1 GWB spricht von einer „Verfügung des Bundesministers für Wirtschaft“. Die Formulierung unterscheidet sich in diesem Punkt deutlich von anderen GWB-Vorschriften (§ 48 Abs. 1, § 56 Abs. 3 und § 59 Abs. 6 und 7 GWB), wo auf das „Bundesministerium für Wirtschaft“ als Kartellbehörde abgestellt wird. Insofern handelt es sich bei der Ministererlaubnisentscheidung um eine Aufgabe, die dem Minister *persönlich zugeordnet* ist und seine *persönliche politische Verantwortung* unterstreicht. Eine einfache Delegation der Entscheidung auf einen anderen Amtsträger innerhalb