

An den Wirtschaftsausschuss
per E-Mail 26. März 2012

STELLUNGNAHME
der Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt

zum

Entwurf eines Gesetzes der Landesregierung zur Förderung des Mittelstandes (Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetz – MFG)

Drucksache 17/1159

1. Allgemeines

Die Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt (IG BAU) begrüßt ausdrücklich, dass die Landesregierung einen Entwurf eines Gesetzes zur Förderung des Mittelstandes (MFG) – vorgelegt hat, um die Interessen der öffentlichen Auftraggeber, soziale und ökologische Interessen, die Belange der Wirtschaft sowie den wirkungsvollen Schutz sozialer Standards in ein ausgewogenes Verhältnis zu setzen.

Die vom Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 11.07.2006 (1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 223) zum Berliner Vergabegesetz hervorgehobenen und verfassungsrechtlich gebilligten Ziele eines Landesvergabegesetzes, nämlich die Verhinderung eines Verdrängungswettbewerbes über die Lohnkosten, die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, der Schutz von tarifgebundener Beschäftigung, die Erhaltung von gesellschaftlich wünschenswerten Arbeitsbedingungen und sozialen Standards, die Entlastung der Systeme der sozialen Sicherung und der Schutz des Tarifvertragssystems, sind es wert, alle Anstrengungen zu ihrer Verwirklichung zu unternehmen. Der vorliegende Gesetzentwurf kann einen wesentlichen Beitrag dazu leisten, diese Ziele zu erreichen.



2. Auswirkungen des Urteils des EuGH vom 03.04.2008 – Rs. C-346/06 – Ruffert

Nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 03.04.2008 – Rs. C-346/06 - (Ruffert) sind Regelungen in Vergabegesetzen, die Mindestentgelt- oder Urlaubstarifverträge, die für allgemeinverbindlich erklärt oder durch Rechtsverordnung erstreckt sind und gemäß § 3 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) international zwingend sind, zur Bedingung für eine öffentliche Auftragsvergabe erklären, europarechtlich zulässig.

Europarechtlich zulässig sind auch (Landes- wie Bundes-) Vergaberegulungen, die an gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen anknüpfen und für Arbeiten dieser Art allgemein gelten, also bei öffentlichen wie privaten Aufgaben einzuhalten sind. Damit können auch branchenbezogene Mindestlöhne, wie sie möglicherweise auf der Grundlage des Gesetzes über Mindestarbeitsbedingungen vom 22. April 2009 erlassen werden, als Anknüpfungspunkt für Vergabe- und Sanktionsentscheidungen im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge herangezogen werden.

Auch verbietet Art. 49 EG (jetzt: Art. 56 AEUV) nach dem o. g. Urteil des EuGH nicht, dass öffentliche Auftraggeber von ihren Auftragnehmern die Einhaltung von Tarifverträgen verlangen, an welche sie ohnehin bereits tarifrechtlich gebunden sind, insbesondere aufgrund von § 4 Abs. 1, § 5 Abs. 4 TVG oder den bereits erwähnten § 3 AEntG.

Solche Tariftreuerklärungen knüpfen Tarifverstöße der Auftragnehmer bei der Auftragsausführung an bestimmte zusätzliche, vertraglich vereinbarte Sanktionen wie beispielsweise eine befristete Auftragsperre oder Verwirkung einer Vertragsstrafe. Die Tariftreue des Auftragnehmers ist insoweit eine besondere Ausprägung der Zuverlässigkeit des Auftragnehmers, die nach § 97 Abs. 4 GWB Voraussetzung für die Auftragsvergabe ist. Ein Fehlen der Zuverlässigkeit, namentlich bei nachweislicher Begehung schwerer Verfehlungen, welche die Zuverläss-



sigkeit als Bewerber infrage stellen, kann zum Ausschluss des Unternehmers vom Wettbewerb führen, § 8 Nr. 5c Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen/VOB/A (dazu im einzelnen Glahs, in Kapellmann/Messerschmidt (Hrsg.), VOB Teile A und B, 2. Aufl. 2007, § 8 Rn. 53 mit weiteren Nachweisen).

3. Vorteil und Notwendigkeit des Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetzes

Hinzuweisen ist mit Nachdruck darauf, dass dem Anwendungsbereich des vorliegenden Entwurfes des Vergabegesetzes keine rein deklaratorische Bedeutung zukommt.

Obwohl die international zwingenden Entgeltbedingungen bereits aufgrund der jeweiligen gesetzlichen Bestimmung (vgl. § 4 i.V.m. § 5 Nr. 1 AEntG) gelten, ist ein Vergabegesetz in Schleswig-Holstein notwendiger denn je.

Ein Tariftreuegesetz verstärkt erheblich die Wirkung dieser gesetzlichen Entgeltnormen und der in Bezug genommenen Tarifnormen. Das Tariftreuegesetz verpflichtet die öffentlichen Auftraggeber dazu, die Einhaltung dieser Entgeltnormen auch rein tatsächlich selbst zu überwachen (und nicht nur auf Kontrollen der Zollbehörden zu warten). Gleichzeitig wird der öffentliche Auftraggeber gewissenhaft darauf achten, dass diese Kontrolle auch ermöglicht wird (z.B. durch die Vorlagepflicht von Unterlagen durch den Auftragnehmer und Betretungsrechte von Arbeitsorten für den öffentlichen Auftraggeber oder seiner Beauftragten).

Des Weiteren setzt das Tariftreuegesetz auch einen wirkungsvollen Anreiz zur Überwachung, da der öffentliche Auftraggeber bei Verstößen im Wege der Geltendmachung einer Vertragsstrafe faktisch Kosten sparen kann. Insoweit sei an dieser Stelle auf § 14 des vorliegenden Gesetzesentwurfes hingewiesen, der zur Sicherung der Einhaltung der Verpflichtungen aus diesem Gesetz die Unterneh-



men verpflichtet, bei einem schuldhaften Verstoß eine Vertragsstrafe von 1 % des jeweiligen Auftragswertes, bei mehreren Verstößen bis zu 5 % des Auftragswertes zu zahlen.

Diese Vertragsstrafe ist zudem gegenüber den Auftragnehmern regelmäßig auch besonders wirkungsvoll, da sie sehr schnell durch Abzug vom Werklohn vollzogen werden kann, wohingegen die Sanktionen nach § 23 AEntG in der Regel erst nach einem Gerichtsverfahren über zwei Instanzen rechtskräftig werden und häufig nicht mehr vollstreckt werden können, da der Delinquent insolvent ist oder sich verborgen im Ausland aufhält.

Hinzuweisen ist insbesondere darauf, dass die Vollstreckung von Bußgeldern nach § 23 AEntG sowohl innerhalb der EU faktisch als auch erst recht außerhalb der EU rechtlich (und faktisch) nicht möglich ist. Daran wird sich wohl auch in absehbarer Zeit nichts ändern. Diese Tatsache fällt zukünftig umso mehr ins Gewicht, als ab 01.05.2011 die bisherigen Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit aufgrund der Beitrittsverträge mit den neuen mittel- und osteuropäischen EU-Mitgliedstaaten (u. a. Polen, Tschechien, Slowakei, Lettland, Litauen, Estland) wegfallen werden. Ab diesem Datum können sich Unternehmen aus diesen Mitgliedstaaten also auch im Baugewerbe, in der Gebäude- und Verkehrsmittelreinigung und im Raumausstattergewerbe unmittelbar um öffentliche Aufträge bewerben und nicht nur wie bislang als Nachunternehmer auf dem deutschen Markt auftreten.

Insofern lohnt es sich schon unter dem Aspekt einer wirkungsvolleren Kontrolle bestehender gesetzlicher Verpflichtungen und verbesserter Sanktionen von Verstößen gegen diese Verpflichtungen, auf der Ebene eines Bundeslandes ein Tarifreuegesetz (Vergabegesetz) zu schaffen. Zudem – darauf sei hier ausdrücklich hingewiesen - können gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB auch weitere soziale und umweltbezogene Vergabekriterien in ein Landesvergabegesetz aufgenommen



werden (soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen).

4. Zu einzelnen Vorschriften des Entwurfs eines Schleswig-Holsteinischen Gesetzes zur Förderung des Mittelstandes -MFG

Zu § 1:

Zweck

§ 1 bestimmt den Zweck des Gesetzes, der von der IG BAU begrüßt wird.

Hinsichtlich der Verpflichtung des Landes, kleine und mittlere Unternehmen bei Ausschreibungen und freihändigen Vergaben in angemessenem Umfang zu berücksichtigen und zu fördern, bestehen keine Bedenken und wird ausdrücklich von der IG BAU begrüßt. Gerade in der Bauwirtschaft ist der weitaus größte Teil der Firmen kleinbetrieblich oder mittelständisch strukturiert (76,5 % der Unternehmen der Bauwirtschaft beschäftigen weniger als zehn Arbeitnehmer), so dass eine solche Verpflichtung indirekt auch der Förderung bzw. dem Erhalt von Arbeitsplätzen in der Branche dient. Allerdings läuft diese Förderung ins Leere, wenn der Schwellenwert gemäß § 14 den weitaus größten Teil der öffentlichen Aufträge dem Anwendungsbereich dieses Gesetzes entzieht und Gemeinden und Gemeindeverbände gem. § 14 Abs. 8 eine Ermessensentscheidung eingeräumt wird, das Gesetz anzuwenden!

Zu § 2:

Mittelstandsdefinition

Gegen § 2 bestehen keine Bedenken.



Zu § 3

Allgemeine Bindung der öffentlichen Hand

Die Nutzung der Möglichkeiten von computergestützten Verfahren im Datenverkehr mit öffentlichen Stellen wird von der IG BAU unterstützt und trägt zur Vereinfachung des Verfahrensablaufes bei.

Zu § 4

Vorrang der privaten Leistungserbringung

Hinsichtlich der redaktionellen Änderungen in § 4 bestehen keine Bedenken.

Zu §§ 5, 6

Förderungsgrundsätze; Finanzierung der Förderung

Gegen den Förderungsgrundsatz, dass grundsätzlich Eigeninitiative angeregt werden soll und bei der Förderung Grundsätze der Raumordnung und der Landesplanung sowie des Gender Mainstream beachtet werden sollen, bestehen keine Bedenken

Zu § 7

Berufliche Ausbildung und Weiterbildung



Ebenso wird von der IG BAU befürwortet, dass der vorliegende Gesetzesentwurf die Förderung von Berufsausbildung sowie Weiterbildung berücksichtigt. Eine Berücksichtigung sozialer Belange ist ausdrücklich durch § 97 Abs. 4 GWB gedeckt. Gleichzeitig wird ein wirkungsvoller Anreiz für Unternehmen geschaffen, berufliche Erstausbildung durchzuführen und eine wirksame Frauenförderung vorzunehmen. Die Regelung in § 7 verstößt auch nicht gegen europarechtliche Bestimmungen, da in der bereits zitierten sog. Ruffert-Entscheidung des EuGH ausdrücklich die Berücksichtigung sozialer Belange in Landesvergabegesetzen erlaubt wird.

Zu §§ 8, 9

Existenzgründungen, Betriebsübernahmen und Finanzhilfen

Die Förderung von Existenzgründungen sowie der Schaffung sozialversicherungsrechtlicher Beschäftigungsverhältnisse in Schleswig-Holstein wird von der IG BAU ausdrücklich begrüßt.

Zu § 10,11

Wirtschaftsnahe Forschung und Entwicklung sowie Technologie-Transfer, Kooperationen

Gegen eine Förderung wirtschaftsnaher Forschung sowie die Unterstützung von Kooperationen zwischen Unternehmen und Hochschulen in Schleswig-Holstein bestehen keine Bedenken.

Zu § 12

Unterstützung von Außenwirtschaftsbeziehungen



Nach Auffassung der IG BAU sollte der Zweck sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnisse in Schleswig-Holstein zu fördern sowie die von uns unter 1.) aufgeführte Ziele im Mittelpunkt des Gesetzes stehen. Insofern regen wir an § 12 ersatzlos zu streichen.

Zu § 13

Bekämpfung der Schwarzarbeit

Die Bekämpfung der Schwarzarbeit wird von der IG BAU ausdrücklich begrüßt. Allerdings fehlt im Vergabegesetz jedwede Regelung über Kontrollen.

Insofern schlagen wir folgende Gesetzesformulierung vor:

„§ 13a Kontrollen

(1) Die öffentlichen Auftraggeber sind verpflichtet Kontrollen durchzuführen, um die Einhaltung der in diesem Gesetz normierten Auflagen und Pflichten zu überprüfen. Sie dürfen zu diesem Zweck Einblick in sämtliche Entgeltabrechnungen der Auftragnehmer sowie sämtlicher Nachunternehmer nehmen. Des Weiteren dürfen sie in sämtliche Unterlagen über die Abführung von Steuern und Beiträgen sowie in die zwischen Auftragnehmer und Nachunternehmer abgeschlossenen Werkverträge Einblick nehmen und örtliche Kontrollen durchführen.

(2) Der/die (zuständige Behörde) richtet zur Überwachung der in Abs. 1 Satz 1 genannten Bestimmungen eine zentrale Kontrollgruppe ein. Die Mitglieder der Kontrollgruppe sind ermächtigt, zu Kontrollzwecken Einsicht in die Arbeitsverträge, Niederschriften nach § 2 des Nachweisgesetzes und andere Geschäftsunterlagen der ausführenden Unternehmen, insbesondere in die Entgeltabrechnungen, die Unterlagen über die Abführung von Steuern, von Beiträgen an in- und aus-



ländische Sozialversicherungsträger, von Beiträgen an in- und ausländische Sozialkassen des Baugewerbes und in die zwischen den ausführenden Unternehmen abgeschlossenen Verträge nehmen. Die ausführenden Unternehmen haben ihre Beschäftigten auf die Möglichkeit solcher Kontrollen hinzuweisen und ihre schriftliche Zustimmung einzuholen. § 17 AEntG gilt entsprechend.

(3) Die ausführenden Unternehmen haben vollständige und prüffähige Unterlagen zur Prüfung nach Absatz 1 bereitzuhalten und auf Verlangen dem öffentlichen Auftraggeber bzw. der zentralen Kontrollgruppe vorzulegen.“

Die vorstehenden Absätze führen das Recht und die Verpflichtung zu Kontrollen durch den öffentlichen Auftraggeber ein und legen den Umfang des zu Kontrollierenden und von den Unternehmen Vorzulegenden fest. Diese Regelungen sind notwendig, um die sich bewerbenden Unternehmen von dem Durchsetzungswillen des Gesetzgebers zu überzeugen und bei Verdacht auf Verstöße, den öffentlichen Stellen wie den Unternehmen zu verdeutlichen, was in welchem Umfang kontrolliert werden darf. Dabei wird das Land verpflichtet, für alle Auftragsüberprüfungen – wie in Hamburg geschehen und erfolgreich praktiziert - eine eigene Kontrollgruppe zu bilden.

Diese Kontrollkommission ist für die Umsetzung des Landesvergabegesetzes auch sinnvoll, da die Kommunen in der Regel für wirkungsvolle Kontrollen personell unzureichend ausgestattet sind und zudem eine generalpräventive Wirkung durch die Kontrollen erzielt wird.

Ohne das aktive Handeln der öffentlichen Vergabestellen im Sinne einer effektiven Kontrolle und Sanktionierung wird das vorliegende Vergabegesetz lediglich auf dem Papier stehen. Gerade die Kommunen müssen deutlich daran erinnert und verpflichtet werden, dieses Gesetz auch umzusetzen, da nur so eine dauerhafte Verhinderung eines Verdrängungswettbewerbs über die Lohnkosten, die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, der Schutz von tarifgebundener Beschäftigung,



die Erhaltung von gesellschaftlich wünschenswerten Arbeitsbedingungen und sozialen Standards, die Entlastung der Systeme der sozialen Sicherung und der Schutz des geltenden Tarifvertragssystems gewährleistet werden kann.

Da des Weiteren jegliche detaillierte Regelung über die von den Bietern zu erbringenden Nachweise im Gesetzentwurf der Landesregierung fehlt, empfehlen wir die Einfügung eines § 13b, der wie folgt lauten könnte:

„§ 13 b Nachweise

(1) Die Vergabestellen sind verpflichtet, von dem Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, für den Fall, dass dieser keine gültige Bescheinigung aus dem Präqualifikationsverzeichnis des Vereins für die Qualifizierung von Bauunternehmen e.V. vorlegt, durch Unterlagen, die nicht älter als sechs Monate sein dürfen, den Nachweis der vollständigen Entrichtung von Beiträgen zu fordern. Die Unterlagen müssen ausgestellt sein von dem zuständigen in- oder ausländischen Sozialversicherungsträger, der zuständigen in- oder ausländischen Sozialkasse, soweit der Betrieb des Bieters Bauaufträge im Sinne des § 99 Absatz 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausführt und von dem Geltungsbereich eines Tarifvertrages über eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien erfasst wird. Die Angaben zu Satz 1 können durch eine Bescheinigung des ausländischen Staates nachgewiesen werden. Bei fremdsprachigen Bescheinigungen ist eine Übersetzung in die deutsche Sprache beizufügen.

(2) Soll die Ausführung eines Teils des Auftrages einem Nachunternehmer übertragen werden, so hat die Vergabestelle bei der Auftragserteilung auch die auf den Nachunternehmer lautenden Nachweise gemäß Absatz 1 zu fordern. Satz 1 gilt entsprechend für alle weiteren Nachunternehmer des Nachunternehmers.

(3) Bestehen Zweifel an der Ordnungsmäßigkeit des Nachweises, so hat der Auftragnehmer die entsprechende Beweislast zu tragen.“



Die Regelung ist wesentlich dem Landesvergabegesetz Niedersachsen vom 15.12.2008 (Nds. GVBl. S. 411) entnommen. Sie dient der Bekämpfung von Schwarzarbeit und schützt das geltende Tarifvertragssystem. Hervorzuheben ist hierbei, dass für alle weiteren Untervergaben der Nachunternehmer ebenfalls die Voraussetzungen des § 13b gelten.

Zu § 14

Beteiligung an öffentlichen Aufträgen

Gegen eine Definition des „öffentlichen Auftrags“ in Absatz 1 bestehen keine Bedenken.

Die Anwendung des vorliegenden Gesetzesentwurfes über die Vergabe öffentlicher Aufträge auf alle staatlichen (Landes-) Auftraggeber und sonstige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts hält die IG BAU für sehr sinnvoll. Die vom Bundesverfassungsgericht in der oben bereits erwähnten Entscheidung vom 11.07.2006 hervorgehobenen Ziele sollten bei allen Vergaben der öffentlichen Hand verfolgt werden. Auch die Verpflichtung aller juristischen Personen des Privatrechts in Ziffer 4 erscheint sinnvoll und normiert unmissverständlich, dass auch solche Auftraggeber ihre Vergabe an den mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf verfolgten herausragenden Zielen ausrichten sollen.

Allerdings sollten auch Gemeinden und Gemeindeverbände zwingend vom Gesetz erfasst werden, da diese einen Großteil der öffentlichen Aufträge vergeben. Ansonsten entfaltet der vorliegende Gesetzesentwurf lediglich deklaratorische Bedeutung!

Dass mittelständische Interessen bei der Vergabe gem. § 14 Abs. 4 vornehmlich zu berücksichtigen sind wird von der IG BAU begrüßt. Insoweit verweisen wir auf unsere Ausführungen zu § 1.



Die IG BAU hält die Einschränkung in § 14 Abs. 5 MFG, die die Vergaberichtlinien im Vergabegesetz bei Bauleistungen und anderen Leistungen erst ab einem Auftragswert von über 10.000 € gelten lassen, vollkommen kontraproduktiv. Ein Großteil öffentlicher Aufträge in diesen Bereichen, vor allem kommunaler Aufträge, wird dadurch erst gar nicht vom MFG erfasst.

Anzumerken ist hierbei, dass ca. 85 % aller öffentlichen Bauaufträge bundesweit lediglich bei einem Auftragswert von bis zu 10.000 € liegen. Anders ausgedrückt: Mit einem Schwellenwert von 10.000 € fallen sicherlich 85 % aller öffentlichen Bauaufträge in Schleswig-Holstein nicht unter das Vergabegesetz. Angesichts der Tatsache, dass von den 73.987 Bauunternehmen in Deutschland 56.589 (76,5 %) weniger als zehn Beschäftigte haben (Quelle: Statistisches Bundesamt 2007), kann das Gesetz die ausdrücklich intendierte Förderung von kleinen und mittleren Unternehmen jedenfalls im Baugewerbe nicht leisten.

Auch deshalb sind in anderen Ländervergabegesetzen weitaus niedrigere Schwellenwerte normiert. So gilt in Berlin gilt ein Schwellenwert für alle öffentlichen Aufträge von 500 €.

Dem derzeitigen Entwurf des MFG kommt mit diesen sehr hohen Schwellenwerten nach Auffassung der IG BAU bedauerlicher Weise eine weitgehend nur rein deklaratorische Bedeutung zu.

Im Übrigen schlagen wir vor, § 14 in einzelne §§ aufzuteilen. Hinsichtlich der Tarifregelung schlagen wir folgende Formulierung vor:

„§ 14 a

(1)



Für Bauleistungen und andere Dienstleistungen, die das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 799) in der jeweils geltenden Fassung erfasst, dürfen öffentliche Aufträge nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichtet haben, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen Arbeitsbedingungen zu gewähren, die mindestens den Vorgaben desjenigen Tarifvertrages entspricht, an den das Unternehmen aufgrund des AEntG gebunden ist. Satz 1 gilt entsprechend für Beiträge an eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien im Sinne von § 5 Nr. 3 AEntG sowie für andere gesetzliche Bestimmungen über Mindestentgelte.

(2) Bei der Vergabe von Leistungen über öffentliche Personennahverkehrsdienste müssen

die bietenden Unternehmen erklären, dass sie ihre Arbeitskräfte bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens nach den hierfür jeweils geltenden Entgelttarifen entlohnen. Der öffentliche Auftraggeber bestimmt in der Bekanntmachung der Ausschreibung und in den Vergabeunterlagen den oder die einschlägigen Tarifverträge nach Satz 1 nach billigem Ermessen. Außerdem sind insbesondere die Regelungen der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates zu beachten.

(3) Unbeschadet etwaiger weitergehender Anforderungen nach Absatz 2 und 3 werden Aufträge an Unternehmen nur vergeben, wenn diese sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung der Leistung mindestens ein Stundenentgelt von 8,50 € zu zahlen.“



Abs. 1 regelt die Pflicht der Unternehmen, eine ausdrückliche Erklärung zur Einhaltung des Arbeitnehmerentsendegesetzes abzugeben, an die sich die in § 6 geregelten Sanktionen knüpfen, wenn die Regeln des Arbeitnehmerentsendegesetzes (AEntG) verletzt werden.

Durch Abs. 1 werden nicht nur Mindestentgelte im Sinne von § 5 Nr. 1 AEntG sondern auch die Mindesturlaubsbedingungen einschließlich der zur Sicherstellung der Urlaubsvergütung tarifvertraglich zu zahlenden Beiträge an eine Urlaubskasse (gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien) im Sinne von § 5 Nr. 2 sowie 3 AEntG zur Voraussetzung einer Vergabe öffentlicher Aufträge gemacht. Da es sich um international zwingende Arbeitsbedingungen nach dem AEntG handelt, ist eine solche Fassung des § 1 Abs. 2 europarechtlich unproblematisch. Sie sichert wesentliche Ansprüche der Arbeitnehmer (Mindestentgelt, Urlaub und Urlaubsvergütung) und ist aus Wettbewerbsgründen auch erforderlich, da allein die Beiträge zur Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft derzeit 14,2 v. H. der Bruttolohnsumme eines Betriebes der Bauwirtschaft ausmachen.

Gleichzeitig werden durch die Vorschrift auch Mindestlöhne von Branchen erfasst, die durch eine Rechtsverordnung gem. § 4 Abs. 3 des Mindestarbeitsbedingungsgesetzes in einer Fassung vom 22. April 2009 (BGBl. I 818) in Branchen mit einer Tarifbindung von weniger als 50 v. H. zwingend festgesetzt werden.

Dadurch soll sichergestellt werden, dass im Rahmen von Aufträgen im Land Schleswig Holstein gleiche Wettbewerbsbedingungen gelten, es also nicht zu Wettbewerbsverzerrungen auf Grund niedriger Löhne kommt. Daneben dient die Regelung dem Schutz der Arbeitnehmer vor Arbeitslosigkeit, der Verhinderung von Sozial- und Lohndumping sowie der Stabilisierung der sozialen Sicherungssysteme.

Da ein wesentlicher Preisbestandteil die Löhne der Arbeitnehmer sind, besteht ohne die Tariftreueregelung die Gefahr, dass die bietenden Unternehmen sich



über möglichst niedrige Löhne gegenseitig unterbieten. Die Einhaltung tariflicher Löhne erleichtert es zudem den Vergabestellen, die Angebote schnell und zuverlässig daraufhin zu überprüfen, ob sie auf einer wirtschaftlichen und angemessenen Kalkulationsgrundlage beruhen. Dadurch werden wiederum die Risiken nicht vertragsgerechter Auftragsausführung auf Grund von fehlender Liquidität oder Insolvenz der auftragnehmenden Unternehmen vermindert. Gleichzeitig wird sichergestellt, dass die Arbeitnehmer nicht auf Ergänzungsleistungen aus öffentlichen Sozialkassen angewiesen bzw. sie nicht auf Grund von Liquiditätsschwierigkeiten ihrer Arbeitgeber von Insolvenz bedroht sind.

Die Vorgabe von Sozialstandards in Absatz 2 – hier Bezahlung nach den von der Vergabestelle vorzugebenden Tarifen - in Ausschreibungen von Leistungen des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) verstößt weder gegen die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56, 57 AEUV (ex Art. 49, 50 EGV) noch gegen die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV (ex Art. 43 EGV).

Aufgrund der Sonderregel des Art. 58 Abs. 1 AEUV (ex Art. 51 Abs. 1 EGV) und des sekundärrechtlich im Sektor ÖPNV zulässigen Erfordernisses einer Niederlassung im Aufnahmemitgliedstaat sind die Rechtsausführungen des EuGH in der Sache „Rüffert“ (EuGH vom 03.04.2008 –Rs. C-346/06 -) nicht auf den Sektor Verkehr übertragbar. Daher gilt weder die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56, 57 AEUV (ex Art. 49, 50 EGV) noch die Entsenderichtlinie 96/71/EG.

Eine konkrete Ermächtigung der zuständigen Behörde, den Bietern im Rahmen eines Wettbewerblichen Vergabeverfahrens die Einhaltung bestimmter Tarifverträge vorzuschreiben, ist in der VO 1370/2007 zwar nicht enthalten; dem Erwägungsgrund 17 der VO ist jedoch zu entnehmen, dass der europäische Gesetzgeber von der Zulässigkeit auch solcher sozialer Kriterien ausgeht.

Tariffreueklauseln für den ÖPNV stehen mit den Grundfreiheiten des EGV im Einklang. Zunächst findet gemäß Art. 58 AEUV (ex Art. 51 EGV) das Recht des



freien Dienstleistungsverkehrs gem. Art. 56, 57 AEUV (ex Art. 49, 50 EGV) auf Verkehrsleistungen keine unmittelbare Anwendung, sondern ist im Rahmen der gemeinsamen Verkehrspolitik auf der Grundlage des Verkehrstitels gemäß Art. 90 ff. AEUV (ex Art. 70 ff. EGV) zu gewährleisten. Auf der Grundlage des Verkehrstitels wurde für den Bereich des Güterverkehrs eine weitgehende Liberalisierung erreicht. Die Personenbeförderung unterliegt demgegenüber noch weit reichenden Beschränkungen, insbesondere im Bereich der „Kabotagebeförderung“, also der rein innerstaatlichen Beförderung ohne Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Verkehrsdiensten.

Daher ist für den Bereich des innerstaatlichen Linienverkehrs mit Bussen, den gesamten Bereich der Stadt- und Vorortverkehrsdienste sowie für den schienengebundenen innerstaatlichen Verkehr ein Niederlassungserfordernis mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.

Das Niederlassungserfordernis gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 PBefG und gemäß § 14 Abs. 2 und 3 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) hat zur Folge, dass die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit unterfällt. Das Erfordernis der Einhaltung bestimmter Tarifverträge stellt keine Behinderung der Niederlassungsfreiheit dar, da derartige Bedingungen in Vergabeverfahren nicht die nationalen Organisations- oder Ordnungsvorschriften für die Niederlassung betreffen, sondern die Modalitäten der Leistungserbringung für öffentliche Auftraggeber.

Daher ist die Tariftreueklausel, soweit der ÖPNV betroffen ist, mit dem europäischen Recht vereinbar.

Absatz 3 legt für alle Vergabefälle eine Mindestentlohnung fest. Dabei erfüllt die Erstreckung auf alle Unternehmen mit Sitz im In- und Ausland zugleich eine Vorgabe europäischen Sekundärrechts. Die Verpflichtung, den bei der Erfüllung öf-



fentlicher Aufträge eingesetzten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mindestens einen Stundenlohn von 8,50 € zu zahlen, findet ihre Begründung darin, dass nur so eine Existenz sichernde Bezahlung der Arbeitskräfte gewährleistet ist und der Staat nicht durch ansonsten erforderliche ergänzende Zahlungen an die Arbeitskräfte indirekt die Unternehmen, die Niedriglöhne zahlen, subventioniert. Außerdem wird dadurch ein auf dem Rücken niedrig qualifizierter Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen ausgetragener Niedriglohnwettbewerb verhindert. Darüber hinaus stärkt eine Mindestentlohnungsvorgabe im Vergabebereich auch das Lohnniveau im Bereich niedrig qualifizierter Arbeit insgesamt, ohne dabei direkt in die Autonomie der Arbeitsvertrags- und Tarifparteien einzugreifen.

Schließlich trägt die Mindestentlohnung zur Erhaltung sozialer Mindeststandards bei und damit auch zur Entlastung der bei hoher Arbeitslosigkeit oder bei niedrigen Löhnen verstärkt in Anspruch genommenen Systeme der sozialen Sicherheit.

In vielen Beschäftigungsverhältnissen erreichen die Beschäftigten trotz Vollzeitarbeit mit Ihrem Verdienst noch nicht einmal das Existenzminimum. Die Europäische Union zieht die „Lohnarmutsgrenze“ bei 50 Prozent des durchschnittlichen Vollzeiteinkommens eines Landes. Danach beziehen insgesamt etwa 3,4 Millionen Beschäftigte nach einer Studie des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Institut in der Hans-Böckler-Stiftung WSI in Deutschland Armutslöhne, die eine existentielle, menschenwürdige Grundsicherung nicht zulassen. Eurostat, das Statistische Amt der Europäischen Union, zieht die Lohnarmutsgrenze bei 50 Prozent des durchschnittlichen Vollzeiteinkommens eines Landes. Wer weniger verdient, gilt in der EU als arm trotz Arbeit. Getrennt für das unterschiedliche Lohnniveau von West- und Ostdeutschland berechnet, kommt das WSI auf 12,1 Prozent der Vollzeitbeschäftigten im Westen und 9,5 Prozent im Osten, die so genannte Armutslöhne beziehen – insgesamt etwa 3,4 Millionen Beschäftigte. Um die so definierte Lohnarmut (vollständig) einzudämmen, muss der Mindeststundenlohn für eine wirksame Grundsicherung bzw. Grundversorgung nach dem WSI derzeit bei 8,50 € liegen.



Absatz 6 würden wir wie folgt umformulieren:

„Abs. 6

Sanktionen

(a) Um die Einhaltung der sich aus diesem Gesetz resultierenden Verpflichtungen des Auftragnehmers zu sichern, ist zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer für jeden schuldhaften Verstoß regelmäßig eine Vertragsstrafe in Höhe von 1 v. H., bei mehreren Verstößen zusammen bis zur Höhe von 10 v. H. der Auftragssumme zu vereinbaren. Der Auftragnehmer ist zur Zahlung einer Vertragsstrafe nach Satz 1 auch für den Fall zu verpflichten, dass der Verstoß durch einen von ihm eingesetzten Nachunternehmer oder einen von diesem eingesetzten Nachunternehmer begangen wird.

(b) Die Auftraggeber haben mit dem Auftragnehmer zu vereinbaren, dass die schuldhafte Nichterfüllung der sich aus diesem Gesetz resultierenden Anforderungen durch den Auftragnehmer oder seine Nachunternehmer den Auftraggeber zur fristlosen Kündigung berechtigen.

(c) Von der Teilnahme an einem Wettbewerb um einen öffentlichen Auftrag sowie als Nachunternehmer sind alle Unternehmen für eine Dauer von drei Jahren auszuschließen, die gegen die in diesem Gesetz geregelten Pflichten und Auflagen verstoßen.“

Abs. 6 (a) und (b) stellen klar, dass ein Verstoß gegen die im Gesetz niedergelegten Pflichten für das jeweils betroffene Unternehmen massive Strafen nach sich zieht. So wird in Abs.6 (a) eine Vertragsstrafe festgelegt und in (b) das sofortige fristlose Kündigungsrecht fixiert.



Abs.6 (c) regelt darüber hinaus die Dauer der Frist, bei der Unternehmen von öffentlichen Aufträgen auszuschließen sind, die gegen ihre aus dem Gesetz folgenden Verpflichtungen verstoßen haben. Dabei wird durch die gewählte Formulierung sichergestellt, dass „alle“ – also auch alle Subunternehmen, denen ein Verstoß nachgewiesen wurde, von der Regelung betroffen sind.

Die obige Vertragsstrafe ist auch wirkungsvoll, da sie sehr schnell durch Abzug vom Werklohn vollzogen werden kann und für die öffentlichen Auftraggeber einen Anreiz bietet, die Auftragnehmer und deren Nachunternehmer tatsächlich zu kontrollieren. Gleichzeitig stellt der Ausschluss in Abs. 6 (c) eine empfindliche Strafe dar und entfaltet Präventionswirkung.

Zu § 14 Abs.7

Nachunternehmereinsatz

Die Regelung dient ersichtlich der Bekämpfung der Schwarzarbeit. Die IG BAU begrüßt, dass die nachträgliche Einschaltung oder der Wechsel eines Nachunternehmers der Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers bedarf, da so der Schutz des geltenden Tarifvertragssystems und die Bekämpfung der Schwarzarbeit verstärkt wird.

Allerdings weist das System des Absatzes 7 nach unserem Verständnis eine entscheidende Lücke auf: Es regelt nämlich nicht die weitere(n) Untervergabe(n) durch die Nachunternehmer des Auftragnehmers. Auch für diese Untervergaben müssen (mindestens) die Voraussetzungen des Absatzes 7 Geltung erhalten.

Eine entsprechende Formulierung könnte wie folgt lauten:

„§ 14 (7)



Wird bei einer Auftragsvergabe eine Erklärung aus einer Verpflichtung nach diesem Gesetz gefordert, muss der Anbieter sich jeweils auch dazu verpflichten, dass er von einem von ihm beauftragten Nachunternehmer oder von einem von ihm oder einem Nachunternehmer beauftragten Verleiher verlangt, seinen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mindestens die Arbeitsbedingungen zu gewähren, die der Bieter selbst einzuhalten verspricht.

Diese Verpflichtung erstreckt sich auf alle an der Auftragserfüllung beteiligten Unternehmen und gilt für alle weitere Untervergaben. Der jeweils einen Auftrag weiter Vergebende hat die jeweilige schriftliche Übertragung der Verpflichtung und ihre Einhaltung durch die jeweils beteiligten Nachunternehmer oder Verleiher sicherzustellen und dem öffentlichen Auftraggeber nachzuweisen.

Der Auftragnehmer darf Bau- und Dienstleistungen nur auf Nachunternehmer übertragen, wenn der Auftraggeber im Einzelfall schriftlich zugestimmt hat. Satz 1 gilt entsprechend für jeden weiteren Nachunternehmer.

Die Bieter haben bereits bei Abgabe ihres Angebots ein Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen vorzulegen. Die nachträgliche Einschaltung oder der Wechsel eines Nachunternehmers bedarf der Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers.“

Der obige Vorschlag regelt, dass die Verpflichtungen aus diesem Gesetz auch allen Nachunternehmen auferlegt werden. Die Einbeziehung von Nachunternehmen in die Tariftreuregelung ist zur Durchsetzung des Gesetzeszweckes notwendig, da sich nur so erreichen lässt, dass einzuhaltende Tarife nicht durch den Einsatz von (weiteren) Nachunternehmen (Subunternehmerketten) unterlaufen werden.



Zu § 14 Abs. 8

Die Einschränkung der Anwendung dieses Gesetzes auf Behörden und Körperschaften des Landes erscheint vollkommen kontraproduktiv zum Gesetzeszweck. Gerade Kommunen müssen verpflichtet werden, dieses Gesetz zu berücksichtigen, da Kommunen einen Großteil öffentlicher Aufträge vergeben. Hier verweisen wir auf unsere obigen Ausführungen zu § 14 MFG.

Insoweit empfehlen wir § 14 Abs. 8 ersatzlos zu streichen.

Hinsichtlich der Abs. 9,10 und 11 des § 14 bestehen keine Bedenken.

Allerdings fehlt im vorliegenden Gesetzesentwurf jedwede Berücksichtigung sozialer sowie ökologischer Kriterien.

Ausdrücklich wird von der IG BAU empfohlen, dass Auftraggeber im Rahmen der Beschaffung dafür Sorge zu tragen haben, umweltbezogene Belange sowie soziale Kriterien auf allen Stufen des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen. Diese Verpflichtung sollte auch für die ILO-Kernarbeitsnormen gelten.

Die Verpflichtung zur Berücksichtigung umweltbezogener und sozialer Belange ist durch § 97 Abs. 4 GWB gedeckt.

Zu § 17

Inkrafttreten

Ausdrücklich wird von der IG BAU begrüßt, dass eine beschränkte Geltungsdauer des Gesetzes nicht vorgesehen ist, da nur so nachhaltig die gesetzlichen Ziele verfolgt werden können. Eine Beschränkung der Geltungsdauer würde die Akzep-



tanz des Gesetzes und die Befolgungsbereitschaft der Normunterworfenen, insbesondere auch der kommunalen Auftraggeber, mindern.

Frankfurt am Main, 20.04.2011

Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt
- Bundesvorstand –

RA Gregor Asshoff
Bundesvorstandssekretär
Leiter der Hauptabteilung
Politik und Grundsatzfragen

