

Die Bauwirtschaft im Norden ■ Hopfenstraße 2e ■ 24114 Kiel

Wirtschafts- und
Digitalisierungsausschuss
Herrn Claus Christian Claussen
Vorsitzender
Düsternbrooker Weg 70
24105 Kiel



**Die Bauwirtschaft
im Norden**

**Hopfenstraße 2e
24114 Kiel**

Telefon 0431 - 5 35 47 -0
Telefax 0431 - 5 35 47 - 77

info@bau-sh.de
www.bau-sh.de

SK/se

24. Oktober 2022

Steigerung der Tarifbindung (Koalitionsvertrag Zeile 6.155-6.159)

Stellungnahme der bauwirtschaftlichen Verbände

Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie für fairen Wettbewerb (Tariftreue- und Vergabegesetz Schleswig-Holstein – TTG) Gesetzentwurf der Fraktionen von SSW und SPD **Drucksache 20/69 (neu)**

Sehr geehrter Herr Claussen,

wir begrüßen grundsätzlich die Intention des Gesetzesentwurfes, in verschiedenen Bereichen Vorschriften entsprechend ihrer ratio legis klarzustellende Pflichten der öffentlichen Auftraggeber zur Fach- und Teillosvergabe (§ 5 VOB/A) wie auch zur Beteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen vorzuschreiben (§§1 VergG SH, 13a VOB/A). Auch die verpflichtende Zielsetzung zur Stärkung digitaler Vergabe begrüßen wir.

Mit dem vorliegenden Entwurf eines Tariftreue- und Vergabegesetzes Schleswig -Holstein wird erneut der Versuch unternommen, vergabefremde Kriterien insbesondere eines Mindestlohnes in Form eines Landesgesetzes zu normieren. Und formuliert zahlreiche auch umfangreiche bürokratische Auflagen, die dem Ziel auch der Landtagsfraktionen zu einem Bürokratieabbau zuwiderlaufen.

Einige Formulierungen sind zumindest vom Wortlaut her so unbestimmt, dass Ihre auf verfassungsrechtliche Zulässigkeit zu bezweifeln ist:

§ 1 Abs. 2: Die Teilnehmer an einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge sind gleich zu behandeln, *es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist aufgrund von Rechtsvorschriften ausdrücklich geboten oder gestattet.*

Sollte es eine Differenzierungsmöglichkeit bzw. ein entsprechendes Gebot z.B. nach den Vorschriften des sogenannten Korruptionsregisters geben, ist eine schlichte Verweisung (so sie denn überhaupt hierunter zu subsumieren wäre) unnötig. Fraglich ist, ob die Gestattung einer insoweit auf einer Ermessensentscheidung des öffentlichen Auftraggebers basierende Ungleichbehandlung zulässig ist.

Nach § 4 Abs.3 bestimmt das Wirtschaftsministerium die Aufnahme repräsentativer Tarifverträge als Basiskriterium für die Prüfung der Tariftreue und des Mindestlohnes.

Auch diese Vorschrift halten wir für rechtlich bedenklich. Sie widerspricht im Vorrang des Bundesrechts und öffnet ein unbestimmtes Ermessen, auch nicht allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge in den entsprechenden Wirkungskreis auf Landesebene zu übernehmen. So ist es möglich, in einem regionalen Tarifvertrag untersten Lohngruppe mit einer Regelung aus einem allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag Bundesebene gleichzusetzen.

In § 4 Abs. 4 wird auf 13 € brutto abgestellt. Zieht man jedoch die durchschnittlich 21 % zusätzlicher (Lohnnebenkosten) ab, liegt der Gesetzesentwurf hier unter dem gesetzlichen Mindestlohn. Dies wäre per se unzulässig.

§ 4 Abs. 5, wonach die für einen Beschäftigten jeweils günstigsten Regelung für eine Prüfung zugrunde zu legen wäre, halten wir gleichfalls für rechtlich in hohem Maße für bedenklich. Sie greift zum einen interpretierend in das Gewollte der Tarifvertragsparteien ein. Es steht einem öffentlichen Auftraggeber nicht zu, aus dem Gesamtzusammenhang gerissen eine in diesem Sinne gewillkürte Bewertung durchzuführen.

§ 4 Abs. 7 halten wir per se und mit Blick auf die antidiskriminierende Ausgestaltung des Vergaberechts selbst für diskriminierend. Gerade mit Blick auf die hohen Auftragsvolumina in sozialen Bereichen ist eine Begünstigung per se hier nicht zulässig.

Die Regelung des Paragraphen neuen § 9 Abs. 3 Z. 5 lehnen wir ab. Es ist nicht am Gesetzgeber, noch am öffentlichen Auftraggeber, in das Verhältnis zwischen Hauptunternehmer und Subunternehmer einzugreifen. Es besteht kein gesetzgeberisches Bedürfnis, noch die Notwendigkeit, für diesen Regelungsbereich Vorgaben zu machen.

Grundsätzlich haben Anforderungen eines Mindestentgeltes (§ 4) mit der Eignung eines Betriebes zur Ausführung von Bauleistungen nichts zu tun. Sie rekurren insoweit auf besondere Anforderungen bei der Auftragsausführung. Unabhängig vom hier gewählten Wortlaut ist jedoch in der Genese des Gemeinten vom Verständnis eines kalkulatorischen Mindestlohnes auszugehen. Das sieht wohl auch der Gesetzesentwurf selbst vor, wenn er in § 9 Abs. 2 von einem inhaltlich gleichlautenden Verständnis ausgeht. Unter Bezugnahme auf eine umfangreiche Judikatur und auch rechtswissenschaftliche Literatur ist festzustellen, dass es erhebliche Restriktionen insbesondere auf der Ebene der Landesgesetzgebung gibt, eine solche Anforderung rechts- und praxissicher zu normieren. Alleine die Änderung der Wortwahl von Mindestlohn zum Mindestentgelt reicht nicht aus, die bereits seit vielen Jahren bekannte Mindestlohnproblematik im Vergaberecht und deren Grenzen außer Acht zu lassen. Im Folgenden wird deshalb zum besseren Verständnis des Gewollten von Mindestlohn gesprochen.

Für den Bereich der Bauwirtschaft in unserem Lande stellen wir vorab fest, dass es seit Festlegung eines gesetzlichen Mindestlohnes von zwölf Euro/Arbeitsstunde seit dem 1.10.2022 keinen Bedarf gibt, ein solches Gesetz (TTG) mit diesem Regelungsinhalt in Kraft zu setzen.

Hierbei spielt auch die besondere tarifrechtliche Lage der Bauwirtschaft eine Rolle.

In den Flächentarifverträgen der Bauwirtschaft ist es seit vielen Jahren Usus, auch aus Gründen der tariflichen Wettbewerbsökonomie und der Einheitlichkeit bestimmter Regelungen in Deutschland insgesamt unter Einhaltung europäischer und nationaler Rechtsetzung, die wichtigsten Regelungen allgemeinverbindlich zu erklären. Damit wird bereits ein wesentliches Ziel des Gesetzentwurfes auf tariflicher Ebene erfüllt.

In der Bauwirtschaft waren bis Ende 2021 im Wesentlichen der Bundesrahmentarifvertrag, der Tarifvertrag über die Berufsausbildung, der Tarifvertrag über die Gewährung vermögenswirksamer Leistungen, der Tarifvertrag über Gewährung vermögenswirksamer Leistungen für Angestellte und Poliere, Tarifvertrag über eine zusätzliche Altersversorgung, Tarifvertrag über Sozialkassenverfahren im Baugewerbe allgemeinverbindlich erklärt. Damit sind im Wesentlichen die Lohn- und Gehaltstarifverträge übrig, und einige tariflichen Zusatzleistungen nur für die jeweilig organisierten Betriebe und deren Arbeitnehmer,-innen (gewerblich, Angestellte) bindend.

Es erscheint zielführend, differenziert die Tarifbindung für die Bereiche der durch Arbeitgeber- und Arbeitnehmer Mitgliedschaften in den jeweiligen Tariforganisationen auf freiwilliger Basis, andererseits das Unterfallen z.B. aller Baubetriebe, unabhängig ob tarifpolitisch- und rechtlich organisiert oder nicht, unter allgemeinverbindlich erklärte Tarifregelungen, zu betrachten. Faktisch ist für den Baubereich festzustellen, dass hier bereits eine sogenannte modulare Tarifbindung gilt.

Dies galt auch für den bis dahin i.w. unumstrittenen allgemeinverbindlich erklärten Mindestlohn Bau. Seit Einführung des sogenannten gesetzlichen Mindestlohnes ist festzustellen, dass die Diskussion um die Reichweite politischer und gesetzgeberischer Eingriffe in die Tarifautonomie zur Verschärfung der Frage geführt hat, ob und inwieweit sich eine Zugehörigkeit zu einer Tarifvertragspartei überhaupt noch lohnt. Die enorme prozentuale Anhebung des gesetzlichen Mindestlohnes auf nun mehr zwölf Euro hat dazu geführt, dass die bisherigen Tarifgespräche um eine Fortführung des allgemeinverbindlich erklärten Mindestlohnes im Baubereich bis dato ergebnislos geblieben sind. Damit wirkt der Mindestlohntarifvertrag für die Betriebe zwar nach, bei Neueinstellungen besteht jedoch die Gefahr, dass die Arbeitnehmer nicht mehr in der Lohngruppe 1 (12,85 €) oder der Lohngruppe 2 (15,70 €) beschäftigt werden, sondern auf den gesetzlichen Mindestlohn von zwölf Euro zurückfallen.

Dieses Problem würde sich verschärfen, würde der Landesgesetzgeber den kalkulatorischen Mindestlohn nochmals anheben (13,-€) und damit über dem ML Bau liegen, der zumindest für die tarifgebundenen Betriebe weiter gilt und sie damit überholt.

Zudem ist damit rechtlich ein weiterer fragwürdiger Eingriff in die Tarifautonomie gegeben, weil die Tarifvertragsparteien für die Betriebe, die sich an öffentlichen Ausschreibungen beteiligen, sich daran orientieren müssten.

Dies ist zudem für den Markt und die Baupreisentwicklungen relevant, weil Baubetriebe mit einem hohen Produktionskostenanteil an und mit Personalkosten rechnen müssen. Die Frage der Arbeitskosten also direkten Einfluss auch auf Marktpreise und Wettbewerb haben. Nach den Zahlen von Perfacta e.V. für Schleswig-Holstein bewegt sich der Personalkostenanteil Handwerk Massivbau, Zimmerer ca. 40 %, für den Verwaltungsbereich noch einmal ca. 13 % (Stand 2018). Der Gesetzentwurf verteuert also Bauleistungen noch einmal spürbar.

Auf die von Bundesarbeitsminister Hubertus Heil avisierten Arbeiten auf Bundesebene mit gleichlautender Stoßrichtung zur Stärkung der Tarifbindung wird verwiesen. Mit Fortschreiten dieser Arbeiten wird sich verstärkt die Frage der restlichen Gesetzgebungskompetenz für den Landesgesetzgeber stellen.

So lange, wie die Allgemeinverbindlichkeit für den Bau-Mindestlohn nicht gegeben ist, liegen diesseitiger Auffassung nach die rechtlichen Rahmenbedingungen für einen vergaberechtlichen Mindestlohn weder dem Grunde, noch der Höhe nach vor.

Die rechtlichen Voraussetzungen hierzu sind in den letzten 20 Jahren durch oberinstanzliche und europäische Rechtsprechung fixiert worden. Im Ergebnis wird eine regionale Lösung, auch eine gesetzliche, ohne bundeseinheitliche verbindliche Regelung, auf die Bezug genommen wird, nicht ausreichen. Notwendig ist eine bundesweite Basis z.B. in Fassung eines allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages. Der gesetzliche Mindestlohn erfüllt dies, ist dementsprechend auch eine untere Grenze im tarifentgeltlichen und damit auch kalkulatorischen Personalkostenbereich, wenn es um die Bewertung eines Angebotes für einen öffentlichen Auftrag geht.

Hinzuweisen ist auch darauf, daß es in der Vergangenheit bei den fast gleichlautenden vergaberechtlichen Regelungen in Schleswig-Holstein durchweg zu erheblichen praktischen Problemen in der Umsetzung gekommen ist. Weder die öffentlichen Auftraggeber - unabhängig von ihrer jeweiligen Größe und Ausstattung - noch der Zoll konnten für die Einhaltung schon des allgemeinverbindlich erklärten Mindestlohn im Bau nicht sorgen. In den letztjährigen Tarifverhandlungen zu einer Anschlussregelung des Mindestlohns Bau hat die Zollverwaltung nachdrücklich belegt, dass eine flächendeckende Kontrolle schon des Mindestlohns Eins und des Mindestlohns Zwei im Westen nicht möglich ist.

Eine Überwachung der Einhaltung der Tarifbindung scheitert in der Praxis somit an der tatsächlichen Kontrollmöglichkeit. Das Vergaberecht selbst böte zwar die Möglichkeit, die sogenannte Tarifbindung über den Nachweis einer z.B. arbeitgeberverbandlichen Mitgliedschaft zu führen. Die Kontrolle der Einhaltung tarifvertraglicher Regelungen für eine Kalkulation im Einzelfall eines Angebotes ist jedoch, das haben die vielen Versuche in dieser Richtung auf Länder- und Bundesebene der vergangenen Jahre gezeigt, nicht zielführend. Einer Offenlegungspflicht der jeweiligen Einzelfallkalkulation wird aus rechtlichen und auch aus praxisorientierten Gründen entgegengetreten. Für den Baubereich muss festgestellt werden, dass auch nicht organisierte (sogenannte OT- ohne Tarifbindung) Betriebe gleichwohl der gesetzlichen Tarifbindung unterfallen, als sie die allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge einzuhalten haben. Wollte der Gesetzgeber also im Vergaberecht eine deklaratorische Pflicht zur Erklärung der Tarifbindung einführen, könnte sich diese allenfalls auf diesen Bereich beziehen. Da sich der gesetzliche Mindestlohn auf 12 Euro und nicht auf

13 € wie im Gesetzesvorschlag enthalten, beschränkt, endet auch die Erklärungspflicht insoweit an dieser Grenze.

Unserer Auffassung nach hat der Landesgesetzgeber auch keine über den gesetzlichen Mindestlohn hinausgehende Gesetzgebungskompetenz zu einer entsprechenden Erhöhung. Dies haben wir zu den vergangenen in unseren Stellungnahmen zu entsprechenden Gesetzesentwürfen bereits ausführlich dargelegt.

Um die Zielsetzung des Gesetzentwurfes gleichwohl zu stützen, erachten wir die Bindung von öffentlichen Aufträgen im Baubereich ab einer bestimmten Schwelle mit Nachweis und Vorlage einer Präqualifikation (§ 10) für sinnvoll. Die Nutzung einer sogenannten auf Bundesebene bereits seit Jahren eingeführter und gut angenommener Präqualifikation (§ 6), ist eine Möglichkeit, einheitlich die Nachweise der Eignung gemäß VOB einerseits, andererseits deklaratorisch die Tarifbindungserklärung zu prüfen. Eine landesweite PQ wird von uns positiv gesehen.

Die Vergabeschwelle jedoch, die im Gesetzesentwurf mit 15.000 € angesetzt wird, halten wir mit Blick auf die kommunalen Vergaberecht Satzungen, die immer noch in beachtlicher Anzahl existieren, für zu niedrig. Unseres Erachtens sollte diese auf 20.000 € angehoben werden.

Wir regen ergänzend an, die die Einführung einer „Preisabstandsklausel“ im Rahmen von § 10 zu diskutieren.

Der Gesetzeswortlaut wird in seiner Unbestimmtheit zu uneinheitlicher Verfahrenspraxis führen. Denn wann eine derartige Unbilligkeit gegeben ist, oder auch nicht, ist wohl nach der jeweiligen Einzelfallsituation eines öffentlichen Auftraggebers, z.B. so schnell als möglich doch zu einem Auftrag zu kommen, den zur Verfügung stehenden Kapazitäten einer entsprechenden Prüfung, dem Wissen um allgemeine ortsübliche Preise, sehr differenziert zu bewerten.

In der Vergangenheit wurde als Auslöseschwelle einer Prüfpflicht des jeweiligen Auftraggebers die sogenannte Preisabstandsklausel erprobt. Wonach bei einer Preisdifferenz zwischen niedrigstem und nächstniedrigem Angebot für eine Ausschreibung von mehr als 10 % dem Auftraggeber eine intensivere Prüfpflicht als im Normalfall zugeordnet war. Auch hier ist festzustellen, dass dies zwar die jeweils ausschreibende Behörde/den Ausschreibenden öffentlichen Auftraggeber teilweise überfordert hat. Denn auch hier wird die Einzelfallkalkulation nicht en Détail geprüft werden. Bei rund 40 % Personalkostenanteil bei Bauwerken halten wir es jedoch durchaus für praktikabel, eine unsubstantiierte Antwort des Bieters zur Einhaltung der Vorschriften zum gesetzlichen/tariflichen Mindestlohn einzuholen. Und den Verdachtsfällen den Zoll als zuständige Prüfinstanz einzuschalten.

Wir können uns darüber vorstellen, anstelle eines Mindestlohnes im Sinne der Preisabstandsprüfung einen kalkulatorischen Durchschnittslohn anzunehmen, der das Mindestentgelt/Mindestlohn von 13 € ersetzt. Erfahrungsgemäß gilt die Sorge hinsichtlich der wettbewerbsverzerrenden Lohn- und sozialer Kostenzahlung (auch im Sinne der Schwarzarbeitsbekämpfung) bei Betrieben bzw. selbstständigen Betriebsteilen, die fast ausschließlich Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen im Mindestlohnbereich beschäftigen. Wir wissen in Schleswig-Holstein um die durchschnittliche Lohnhöhe über alle Baubetriebe hinweg von den Sozialkassen der Bauwirtschaft. Wir kennen von Perfakta e.V. den durchschnittlichen Betriebskostenanteil an Personalkosten. Mithin könnte ein kalkulatorischer Mittellohn gefunden werden, der ähnlich wie die vorgeschlagenen 13 € i.V.m. un-

serem Vorschlag einer Preisabstandsklausel zu einer Prüfpflicht und nachhaltigen Erklärung des jeweiligen adressierten Bieters führen könnte.

Es erscheint uns jedoch wenig sinnvoll, zusätzliche, die Betriebe belastende, Bürokratie einzuführen, die auch zu einer erhöhten Prüfdichte und Belastung der jeweiligen öffentlichen Auftraggeber führt. Nachzuholende Nachweispflichten ab Auftragsvergabe halten wir vor dem Hintergrund des Abbaus von Bürokratielasten für geradezu kontraproduktiv.

Dies gilt insbesondere auch für die Regelungen des § 11. Die Abgrenzung zu den Befugnissen des Zoll, bei entsprechenden Verdachtsmomenten mit deren Prüfkompetenz, Zugriffsrechten und auch polizeirechtlichen Möglichkeiten zu handeln, ist nicht gegeben. Der Umfang der hier veranlagten Prüfmöglichkeiten überfordert die beteiligten Parteien auch hinsichtlich des Verwaltungsaufwandes und der entsprechenden Kosten und führt zu Doppelarbeiten mit dem Zoll, der von Amtswegen derartige Fälle gleichfalls zu prüfen verpflichtet ist.

Mit freundlichen Grüßen



Baugewerbeverband Schleswig-Holstein
Georg Schareck
Hauptgeschäftsführer
Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt)