

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 17/300

BAUGEWERBEVERBAND SCHLESWIG-HOLSTEIN · HOPFENSTRASSE 26 · 24114 KIEL

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Wirtschaftsausschuss
Der Vorsitzende
Herrn Bernd Schröder
Postfach 7121
24171 Kiel

Wirtschaftsausschuss@landtag.ltsh.de



BAUGEWERBEVERBAND
SCHLESWIG-HOLSTEIN

IHRE ZEICHEN

IHRE NACHRICHT

UNSERE ZEICHEN

DATUM

Sk/Ba

03.02.2010

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen (Tariftrueugesetz; LTDS 17/39)

Sehr geehrter Herr Schröder,

zu oben aufgerufenem Gesetzesentwurf der Fraktion des SSW, Drucksache 17/39 möchten wir folgende Stellungnahme abgeben:

I: Allgemein

Der Baugewerbeverband Schleswig-Holstein ist Tarifvertragspartei für das Baugewerbe in Schleswig-Holstein.

Auf Bundesebene ist die Baubranche die erste Branche gewesen, die einheitliche Mindestlöhne für den gesamten Bereich der Bundesrepublik Deutschland vereinbart und über das Arbeitnehmer-Entsendegesetz geregelt hat. Als Besonderheit ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass es unter Berücksichtigung des nach wie vor in den östlichen Bundesländern vorhandenen Produktivitätsrückstandes dort eine Sonderregelung sowohl im Mindestlohn als auch im Entgeltbereich mit niedrigeren Löhnen als im Westen gibt. Nach allgemeiner Rechtsauffassung und der tariflichen Rechtsgrundlage ist jedoch bei Arbeiten durch in den östlichen Bundesländern ansässige Unternehmen im Westen der Mindestlohn West als „ortsüblicher Mindestlohn“ am Ort der Baustelle zu zahlen. Vor dem Hintergrund, dass die Mindestlohnannäherung über die Tarifverträge des Bauhauptgewerbes nur schrittweise angegangen werden kann und dies noch einige Zeit dauern wird, galt es in der Vergangenheit und insbesondere auch in der jetzigen wirtschaftlichen Situation darauf hinzuwirken, dass der Lohn der Baustelle am Ort der Tätigkeit mit den dort geltenden Löhnen zu zahlen ist.

Dies gilt umso mehr, als der ursprüngliche Anlaß für die allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge, hier vor allem anderen der Mindestlohn-Tarifverträge, zur Abwehr europäischer Betriebe und Unternehmen mit Löhnen ihrer Herkunftsländer deutlich unter denen in Deutschland zu suchen ist. Einen derartigen Verdrängungswettbewerb durch die uneinheitlichen europäischen Sozialstandards können wir uns in Deutschland als Hochlohn-Land immer noch und auch in Zukunft nicht leisten. Deshalb ist es richtig, branchenspezifische Mindestlöhne zu vereinbaren und

diese, orientiert am Grundsatz „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ auch für allgemeinverbindlich zu erklären.

Wir wissen jedoch auch, dass es neben den Regelungen in der Praxis genau so wichtig ist, Vollzugs- und Kontrollregelungen zu normieren, die für deren Einhaltung sorgen – sowohl gegenüber den Auftraggebern als auch gegenüber den Auftragnehmern.

Ziel ist es, neben der Herstellung der Rechtseinheitlichkeit nicht nur über das Arbeitnehmer-Entsendegesetz, dem GWB, den Regelungen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und der VOB/A, gerade auch über eine landesspezifische Regelung des Tariftreuegesetzes in Schleswig-Holstein, sowohl die Unternehmer zur Einhaltung dieser Grundsätze zu verpflichten, und vice versa auch die Auftraggeberseite durch landesgesetzliche Ausformung einer Prüf- und Befolgungspflicht so zu binden, dass eine auftraggeberseitige Vergabe an den „Billigsten“ und auch ein mögliches kollusives Zusammenwirken mit „Lohndumper n“ ausgeschlossen ist.

II. Im Einzelnen

1.

Zunächst ist anzumerken, dass die Entscheidung des EuGH (Rüffert-Urteil) im deutlichen Widerspruch zur Rechtsauffassung des Bundesverfassungsgerichtes steht. Dieses hatte sich als höchste nationale Instanz zuletzt 2006 mit Blick auf das Berliner Vergabegesetz ausdrücklich für die Zulässigkeit von Tariftreueklauseln bei öffentlichen Bauaufträgen ausgesprochen und festgestellt, dass gesetzliche Tariftreue Regelungen „Gemeinwohlsinn“ mit „überragender Bedeutung“ dienen (Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 11.07.2007 – I BVL 4/00).

Orientierungsmaßstab des EuGH war demgegenüber alleine die Verwirklichung der im EG-Vertrag garantierten Grundfreiheit auf freien Dienstleistungsverkehr innerhalb der Europäischen Gemeinschaft. Insoweit verdeutlicht der EuGH „lediglich“, dass eine Tariftreuebindung nur möglich sei, wenn tarifvertragliche Bestimmungen allgemein verbindliche Wirkung hätten. Damit wird durch den EuGH das Instrument unserer Branchenmindestlöhne gestärkt.

Wir sehen hierin insgesamt den Apell an den Landesgesetzgeber, die Tariftreueklausel europarechtskonform zu normieren und den Vollzug sicherzustellen.

An dieser Stelle ist ergänzend dem Eindruck entgegen zu wirken, dass die Befolgung der Regelungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes als Lohn der Baustelle den öffentlichen Auftraggeber wirtschaftlich benachteilige. Umgekehrt ist festzustellen, dass nach denjenigen Auftraggebereinlassungen, die diese Vorschriften bis dato in unserem Land umgesetzt und angewandt haben, die Wirtschaftlichkeit sogar gestärkt wurde. Und dies ohne nennenswerten Mehrverwaltungsaufwand.

2.

Die EuGH-Entscheidung und die anlässlich ihrer Veröffentlichung kommentierenden Stellungnahmen der politischen Parteien haben unseren Verband stellvertretend für die in ihm organisierten Betriebe mit rund 20.000 abhängig beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit Sorge erfüllt. Sollte der Landesgesetzgeber in einer restriktiven Auslegung und unter Missachtung seiner unserer Auffassung nach notwendigen und gesetzlich verankerten Vorbildfunktion bei der Verwendung öffentlicher Gelder im Baubereich den Druck auf die tariftreuen Betriebe dadurch verstärken, dass künftig kaum mehr Aussicht darauf besteht, erfolgreich an Ausschreibungen teilzunehmen, wird die Akzeptanz des Tarifgefüges insgesamt in Frage gestellt. Wenn in Schleswig-Holstein einheimische Baubetriebe dadurch benachteiligt werden, dass die im Übrigen schon vor Jahren geübte Tariftreue, zunächst als Verwaltungsvorschrift, dann über das Tariftreuegesetz gesetzlich normiert, nunmehr aufgehoben

und alleine auf den Anwendungsbereich bundesgesetzlicher Regelungen zur Anwendung in der Vergabepaxis reduziert wird, besteht die nachweisbare Gefahr, dass über Freihändige oder Beschränkte Vergaben gerade solche Betriebe aufgefordert werden, die das billigste und nicht das wirtschaftlichste Angebot abgeben würden und damit der Wettbewerbs- und Verdrängungsdruck auf die Betriebe vor Ort erhöht wird. Insbesondere auch Subunternehmerketten, die sich ansonsten im Nirgendwo verlieren und der Illegalität Tür und Tor öffnen, müssen auch künftig durch Landesvergaberegulungen in Schleswig-Holstein an die allgemeinverbindlichen Löhne nachhaltig und mit Pönalisierungsanspruch bei Verstößen gebunden werden. Dies entspricht auch der aus dem Mittelstandsförderungsgesetz (MFG) in § 1 normierten Pflicht, die Wettbewerbsfähigkeit der kleinen und mittleren Betriebe und deren Arbeitsplätze zu sichern. Hierzu wird gem. § 13 ausdrücklich auch die Bekämpfung der Schwarzarbeit bezogen. Als Ausfluß dieser gesetzgeberischen Pflicht, der sich das Land kontinuierlich selbst und zutreffend unterworfen hat, wird der Regelungsbereich für Bauaufträge gem. VOB/A so konkretisiert, dass die Wirtschaftlichkeitsbetrachtung von Angeboten sowie die Eignung eines Bieters einschließlich der Normen des Tariftreuegesetzes und damit normkonkretisierend zu bewerten ist. Die Transparenzklausel des § 14 Abs. 5 MFG soll ergänzend „nachträgliche“ Manipulationen und gerade nicht solche im Vergabeverfahren vor Submission verhindern.

3.

Die Einlassungen vieler Diskutanten in der ersten Lesung zu dem Gesetzesentwurf verkennen die dem Tariftreuegesetz immanente vollzugswirksame Normkonkretisierung bei Verstößen gegen Vergaberecht. Weder das Arbeitnehmerentendengesetz, das GWB, noch die VOB/A, noch die Vorschriften zur Schwarzarbeitsbekämpfung noch das MFG regeln solche Verstoßfolgen mit Auswirkungen im konkreten Vertragsverhältnis sei es in Anbahnung begriffen oder bereits im Vollzug. Keine Einlassung geht ferner darauf ein, dass diese Rechtsfolgenwirkung üblicherweise nur dann eintreten soll und kann, wenn der öffentliche Auftraggeber seinerseits gesetzlich verankerte Kontrollmaßnahmen durchgeführt hat. Diese Ambivalenz zwischen dem Auftraggeberinteresse am „wirtschaftlichsten“ und nicht „billigsten“ Angebot und dem jeweiligen Bieter, das „Billigste“ nicht durch Lohndumping zu kalkulieren, wird in Schleswig-Holstein im Wortlaut alleine durch die Normen des Tariftreuegesetzes vorgegeben. Alleine die in § 6 Abs. 3 TtrG normierte zwingende Überprüfungspflicht bei Abweichung von erstem und zweitem Angebot von mehr als 10% durch den jeweiligen Auftraggeber ist eine wichtige Regelung, die in Schleswig-Holstein über Jahre hinweg Bestand hat und als Kriterium für die Überprüfung durch den Auftraggeber selbst, aber auch für die Bewertung zur Einschaltung der Vergabeprüfstellen praxisgerecht und erprobt ist.

Es ist deshalb deutlich zu kurz gegriffen, mit einem Wegfall des Tariftreuegesetzes zu behaupten, dass der Regelungsgehalt aller übrigen Vorschriften dieses kompensieren könnte. Hierzu reichen die o.a. Bundesgesetze und die landesspezifischen Hinweise und Leitfäden nicht aus, da erstere entweder gem. ihrer ratio legis nur in den normierten Anwendungsbereichen oder nur generell abstrakt und ohne zwingende Vollzugsregelung für öffentliche Aufträge wirken und letztere keine normativen Wirkungen erzeugen. Vergabekriterien wie „Gesetzestreue“ gem. GWB sind hierfür exemplarisch. Es bedurfte dann noch einer oberinstanzlichen Vergabekammerentscheidung des Bundes (für einen Einzelfall) zu der Frage der und gleichwohl in der Literatur immer noch kontrovers diskutierten Zulässigkeit, einen allgemeinverbindlich erklärten Mindestlohn als „Zuschlagskriterium“ zu definieren. Ob diese Entscheidung sich auch in den Länderkammern durchsetzt, ist erfahrungsgemäß nicht zwingend. Für eine Verwaltungsvorschrift, wie sie vor dem Erlass des Tariftreuegesetzes in Schleswig-Holstein vorhanden war, bestand eine klare Ermächtigung und Zielvorgabe. Der Verweis auf die Regelungen zur Schwarzarbeitsbekämpfung übersieht, dass hier vor allem strafrechtliche Sanktionen mit engen normativen Tatbestandsmerkmalen gesetzlich geregelt sind. Der Verweis auf allgemeines Zivilrecht, egal ob für privatrechtliche in direkter oder analoger Anwendung für Öffentlich-rechtliche Verträge bei Vertragsstörungen ist nur ein generell abstrakter mit deutlicher Problemstellung im Vollzug durch die Beweislastregelungen. Bekanntlich

könnten Schadenersatzansprüche nur schwer beziffert werden und die subjektive Anspruchsvoraussetzung mit Vorsatz oder Fahrlässigkeit in der Praxis kaum nachgewiesen werden - von einem unterlegenen Bieter kann ein Schadenersatz durch Geltendmachung des negativen Gewinnes nachweislich kaum erreicht werden.

Die Rechtsprechung und die Entscheidungen der Vergabekammern belegen durch vielfältige und auch voneinander abweichende Einzeljudikatur, dass es notwendig ist, Rechtsfolgen bei Verstößen gegen essentialia des Vergaberechtes zu normieren. Die Urteile der Obergerichte bei Schwarzarbeit im privaten Bereich behandeln fast immer die Frage der Leistungsstörung in Form von Gewährleistung - ob der Schwarzarbeiter also haftet oder der Auftraggeber aufgrund bewußter Beauftragung und in Ansehung der Schwarzarbeit seinen „Kostenvorteil“ durch einen Gewährleistungsverlust kompensieren soll. Bis hin zur Frage der Nichtigkeit des Vertragsverhältnisses. Eine Übertragung dieses Richterrechts auf Vergabeverträge öffentlicher Auftraggeber steht bis dato aus. Und ist in der VOB/A wegen des Charakters als lex spezialia kaum umsetzbar.

Wir plädieren deshalb nachdrücklich dafür, insbesondere wegen der Regelungen der §§ 3-7 Tariftreuegesetz, dieses beizubehalten.

4.

Wir plädieren aber auch im Hinblick auf Vollzugsdefizite und in Anpassung an die Vorgaben des EuGH zum Thema Tariftreue zur Aufnahme folgender Ergänzungen:

Dies sind zum einen Änderungen in § 3 „Tariftreuepflicht“. Hier sollte es wie folgt heißen:

„Öffentliche Aufträge im Anwendungsbereich von § 2 dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, die sich schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung der Leistungen mindestens die gemäß § 5 des Tarifvertragsgesetzes für das jeweilige Gewerbe für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge Leistungen zu gewähren und Entgelte zu zahlen und dies auch von ihren Nachunternehmern verlangen.“

Wir weisen darauf hin, dass es entgeltliche Regelungen und beachtliche Kalkulationsgrößen nicht nur in Mindestlohn-Tarifverträgen, sondern auch in z.B. dem gleichfalls allgemeinverbindlichen Bundesrahmentarifvertrag Bau gibt.

§ 4 S. 2 ist gleichfalls anzupassen:

„Dies schließt die Pflicht ein, ...zu überprüfen, ob sie mindestens auf der Basis der durch dieses Gesetz geforderten allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge (z. B. Mindestlohn-TV'e) kalkuliert worden sein können.“

Des Weiteren sollte § 5 „Ermittlung und Angabe der Tarife“ wie folgt im ersten Absatz verändert werden:

„Der öffentliche Auftraggeber oder Aufgabenträger benennt die jeweils geltenden allgemeinverbindlichen Tarifverträge in der Bekanntmachung des vorgesehenen Auftrags und in den Vergabeunterlagen.“

Diese Änderung des Landestariftreuegesetzes hat für die Vergabestellen den Vorteil, dass gemäß § 7 des Gesetzes Verstöße gegen die ohnehin geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen durch die Vergabestellen selbst sanktioniert werden können. Und diese gesetzlich auch zu einer konkret ausgestalteten Überprüfung der Nachweispflichten der Bieter anhalten. Die klaren

Schadenersatzregelungen dienen der Festlegung einer ansonsten im Einzelfall strittigen Schadenersatzhöhe festzulegen.

Vor dem Hintergrund des Auftraggeber-Pflichtenkreises, ohne den die Rechtsfolgenwirkung kaum praxisrelevant würde, sind wir darüber hinaus der Auffassung, dass der Anwendungsbereich des Tariftreuegesetzes unter § 2 Absatz 2 durch verpflichtende Anwendung erweitert werden sollte. Wir schlagen deshalb die folgende Formulierung des § 2 Abs. 2 des Tariftreuegesetzes vor:

„Soweit Gemeinden und Gemeindeverbände sowie der Aufsicht der Gemeinden und Gemeindeverbände unterstehenden Körperschaften ohne Gebietshoheit, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts im Anwendungsbereich des Absatzes 1 öffentliche Aufträge vergeben, müssen sie die Vorschriften dieses Gesetzes anwenden.“

Dies ist gem. allgemeiner Auffassung geboten, um einerseits den Anwendungsbereich gem. AEntG (deklaratorisch) zu erfassen und im Hinblick auf die darauf aufbauenden gesetzlichen Rechte und Pflichten gesetzestechnisch notwendig.

Vorsorglich verweisen wir auf die Einlassung unter Ziff. 1, Allgemein, wonach wir der festen Überzeugung sind, dass der Aufwand für die Kontrollen keine signifikanten Einwände begründen kann. Sondern vielmehr auch zugunsten der Kostenseite für kommunale Auftraggeber, wie auch für das Land beziehbar sind.

Mit freundlichen Grüßen
Baugewerbeverband

Schleswig-Holstein



Georg Schareck
Hauptgeschäftsführer