

Bauindustrieverband Hamburg Schleswig-Holstein e. V. | Ringstr. 54 | 24103 Kiel

Per E-Mail wirtschaftsausschuss@landtag.ltsh.de
Schleswig-Holsteinischer Landtag
Wirtschafts- und Digitalisierungsausschuss
Herrn Claus Christian Claussen
Vorsitzender
Düsternbrooker Weg 70
24105 Kiel

Stefan Lübke
Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt)
Geschäftsführer

Geschäftsstelle
Schleswig-Holstein
T +49 431 53548-23
F +49 431 53548-14
stefan.luebke@biv-hh-sh.de
Unsere Zeichen: Lü/Gr

Kiel, 04. November 2022

Stellungnahme zum 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,
sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

zunächst möchten wir uns ausdrücklich für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem uns übersandten im Betreff genannten Gesetzentwurf bedanken.

Als Verband der bauindustriellen Unternehmungen in Hamburg und Schleswig-Holstein haben wir uns stets, insbesondere auch als Bündnispartner im Aktionsbündnis gegen Schwarzarbeit, für faire Wettbewerbsbedingungen und eine Stärkung der Tarifbindung eingesetzt. Als tarifschließender Arbeitgeberverband sind unserer Mitgliedsunternehmen satzungsmäßig verpflichtet, die mit der Gewerkschaft abgeschlossenen Tarifverträge im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften einzuhalten. Ausdrücklich sieht unsere Satzung keine sogenannte o.T. (ohne Tarifbindung) Mitgliedschaft für Unternehmungen des Bauhauptgewerbes vor. Die Bauwirtschaft hat als Vorreiter bereits seit Jahrzehnten die Branchenmindestlöhne für die Lohngruppe 1 (Werker/Maschinenwerker) in Höhe von zuletzt 12,85 € und für die Lohngruppe 2 (Fachwerker/Maschinenisten/Krafffahrer) in Höhe von 15,70 € eingeführt. Aufgrund der Kündigung der Mindestlohntarifverträge durch die IG BAU und des bisherigen Scheiterns der Tarifvertragsverhandlungen existiert derzeit ein Branchenmindestlohn im Bauhauptgewerbe nicht. Aufgrund der diesbezüglichen Erfahrungen in der Vergangenheit hat sich hier bereits jedoch gezeigt, dass der Zoll als Kontrollbehörde mit der entsprechenden Prüfung bei der Abgrenzung nur dieser beiden Lohngruppen regelmäßig überfordert ist. Dies hat in der Praxis dazu geführt, dass regelmäßig nur die Einhaltung des Mindestlohn 1 überhaupt überprüft wurde. Ohne den derzeitigen Tarifverhandlungen vorgreifen zu können, wird aller Voraussicht nach auch zukünftig für den Baubereich nur ein Mindestlohn zur Anwendung kom-

Geschäftsstelle
Schleswig-Holstein
Ringstr. 54
24103 Kiel
T +49 431 53548-0
F +49 431 53548-14

Geschäftsstelle
Hamburg
Loogestr. 8
20249 Hamburg
T +49 40 468656-0
F +49 40 468656-26

UniCredit Bank AG
IBAN: DE22 2003 0000 0006 3055 02
BIC: HYVEDEMM300
Deutsche Bank AG
IBAN: DE78 2107 0020 0059 1081 00
BIC: DEUTDEHH210

Sitz: Hamburg
Vereinsregister: VR 3670
Steuernummer: 17/446/00967
info@biv-hh-sh.de
www.biv-hh-sh.de

men. In diesem Zusammenhang möchten wir darauf hinweisen, dass die von der SOKA-BAU erfassten Bauarbeitgeber in Schleswig-Holstein nach der von der SOKA-BAU ermittelten Durchschnittslohnhöhe für das Jahr 2021 einen Durchschnittslohn in Höhe von 18,39 € gezahlt haben. Damit liegen die Bauarbeitgeber in Schleswig-Holstein im bundesweiten Vergleich nach Bayern und Hamburg an dritter Stelle. Dies vorangestellt nehmen wir zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen des SSW und der SPD wie folgt Stellung:

Obgleich wir die Zielsetzung zur Stärkung der Tarifbindung ausdrücklich unterstützen, ist der vorliegende Gesetzentwurf vollumfänglich abzulehnen, da dieser zum einen in keinsten Weise geeignet ist, das Ziel einer verstärkten Tarifbindung zu erreichen, und zum anderen die vormaligen Regelungen des Tariftreue- und Vergabegesetzes wieder einführen will. Vor Verabschiedung des damaligen TTG SH haben wir ausdrücklich darauf hingewiesen und davor gewarnt, dass durch dieses Gesetz ein erheblicher Bürokratieaufwand entstehen wird, ohne dass hierdurch ein tatsächlicher Nutzen erreicht werden kann. Insoweit verweisen wir auf unsere damalige Stellungnahme aus dem November 2012. Erwartungsgemäß mussten wir gemeinsam mit den weiteren Beteiligten feststellen, dass sich unsere Befürchtungen vollumfänglich erfüllt hatten, wie sich auch aus der seitens des Ministeriums durchgeführten Evaluation „eindrucksvoll“ bestätigt hat. Sämtliche mit dem TTG befassten Stellen sind zu dem einstimmigen Ergebnis gekommen, dass das TTG überfrachtet, teils redundant und anwenderunfreundlich ist und insoweit auch in der Praxis nicht gelebt wurde. Vor dem Hintergrund dieser für die Praxis äußerst negativen Erfahrungen sowohl auf der Auftragnehmer- als auch auf der Auftraggeberseite ist es schlechterdings nicht nachvollziehbar, weshalb diese Regelungen nunmehr im Wesentlichen 1 zu 1 wieder eingeführt werden sollen. An dieser Stelle erlauben wir uns auch den Hinweis auf die Ausführungen des Landesrechnungshofes aus dem Jahre 2017 (Seite 175). Dort heißt es ausdrücklich:

„Die öffentliche Beschaffung ist so zu regeln, dass die öffentlichen Auftraggeber in den bestehenden Verwaltungsstrukturen und im Übrigen auch die Bieterseite mit den Regelungen zurechtkommen. Deshalb ist es durchaus überlegenswert, auf die eine oder andere Forderung, die an sich richtig und unterstützenswert ist, im Vergaberecht zu verzichten. Wenn solche Forderungen beginnen, den Wettbewerb um das wirtschaftlichste Angebot zu behindern, den das Vergaberecht organisieren soll, dann ist es an der Zeit, diese Forderungen auf geeigneten Politikfeldern umzusetzen.“

Durch die mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf beabsichtigte Wiedereinführung der Regelungen des TTG SH, die sich in der Praxis gänzlich nicht bewährt haben, würden daher abermals zu einem erheblichen Bürokratieaufwand auf allen Seiten führen und würden die ausführenden Unternehmen im Hinblick auf die ihnen auferlegten Überwachungs- und Kontrollpflichten für die Nachunternehmer und Lieferanten gänzlich erneut überfordern.

Neben der abzulehnenden Wiedereinführung der vormaligen Regelungen enthält der Gesetzesentwurf jedoch noch weitergehende Änderungen, zu denen wir noch wie folgt Stellung nehmen möchten:

In § 4 Abs. 4 des Entwurfes ist die Einführung eines Vergabemindestlohns in Höhe von 13,00 € vorgesehen. Aufgrund des gesetzlichen Mindestlohnes besteht hierfür weder ein Bedürfnis noch eine hinreichende Legitimation hierfür. Wir hatten in der Vergangenheit bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass die Lohnfindung allein und ausschließlich den Tarifvertragsparteien vorbehalten ist, mithin ein derartiger Eingriff in die Tarifautonomie abzulehnen ist. Dieser unzulässige Eingriff würde im Übrigen noch durch die Verordnungsermächtigung in § 20 Abs. 2 Ziff. 2 des Entwurfes durch die vorgesehene Orientierung an der Anpassung des Vergabemindestlohns über den Verbraucherpreisindex weiter verstärkt. Gleichmaßen

abzulehnen ist die beabsichtigte Regelung in § 4 Abs. 1 des Entwurfes, wonach die Unternehmen verpflichtet werden sollen, ihren unmittelbar für die Leistungserbringung in Deutschland Beschäftigten, ohne Auszubildende, Praktikanten und Praktikanten und Teilnehmern an freiwilligen Diensten, mindestens das in Schleswig-Holstein für diese Leistungen in einem der einschlägigen und repräsentativen mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbarten Tarifverträge vorgesehenen Entgelt nach den tarifvertraglich festgelegten Modalitäten zu zahlen und die tariflich vereinbarten weiteren Leistungen zu gewähren. Aufgrund der Erfahrungen aus anderen Bundesländern, insbesondere in Bremen und im Saarland, hat sich bereits jetzt gezeigt, dass ein derartiges Regelungsinstrument für die Praxis untauglich ist und mit massiven rechtsstaatlichen Defiziten behaftet ist.

Die vorgesehene Regelung folgt dem bekannten Konzept eine Verpflichtung für die Bieter zu statuieren, eine Kontrolle zu implementieren und sodann mit erheblichen Sanktionierungsfolgen zu belegen. Wie bereits oben kurz angeführt, hat auch in der bisherigen Überprüfungspraxis des Zolls allein die Abgrenzung der Lohngruppen 1 und 2 zu erheblichen Problemen geführt. Weder die Vergabestellen noch die nach § 15 Abs. 5 des Entwurfes vorgesehenen zuständigen Behörden sind in der Lage, die im Hinblick auf die Eingruppierungsregelungen nach dem BRTV zugrunde liegenden Regelungen ordnungsgemäß zu beurteilen. Die maßgebende Eingruppierung der Mitarbeiter in das gesamte „Lohngitter“ des BRTV bzw. des TV Lohn West ist auch für erfahrende Fachanwälte für Arbeitsrecht eine komplexe Herausforderung, wie sich nicht zuletzt auch in den zahlreichen arbeitsgerichtlichen Verfahren zeigt.

Darüber hinaus würde durch eine derartige Regelung auch ein weitergehender erheblicher Eingriff in die Tarifautonomie erfolgen, da nach dem Entwurf das für die „Leistungserbringung“ maßgebende Tarifentgelt zu zahlen wäre. Die Eingruppierungsregelungen des BRTV sehen jedoch ausdrücklich in § 5 Ziff. 2.2 vor, dass für die Eingruppierung eines Mitarbeiters seine Ausbildung, seine Fertigkeiten und Kenntnisse sowie die von ihm auszuübende Tätigkeit maßgebend sind. In der nachfolgenden Ziffer in 2.3 ist darüber hinaus geregelt, dass sofern ein Mitarbeiter mehrere Tätigkeiten gleichzeitig ausübt, die in verschiedenen Gruppen genannt sind, er in diejenige Gruppe eingruppiert wird, die seiner überwiegenden Tätigkeit entspricht, mithin eine arbeitszeitlich überwiegende Betrachtung im Rahmen der Eingruppierung erforderlich ist. Wenn beispielsweise ein Mitarbeiter in dem speziell ausgeführten Auftrag für zwei bis drei Wochen höherwertige Tätigkeiten ausüben würde, so wäre hierdurch keineswegs ein höherer Lohnanspruch aufgrund der Vorgabe der arbeitszeitlichen Betrachtung gegeben. Gleichwohl wäre nach dem Gesetzesentwurf das Unternehmen verpflichtet, für diesen Mitarbeiter für den Zeitraum dieser Leistungserbringung einen höheren Lohn zu zahlen, ohne dass hierfür jedoch eine Anspruchsgrundlage vorhanden wäre. Eine derartige Aushebelung der Privatautonomie ist strikt abzulehnen. Darüber hinaus ist für uns nicht ersichtlich, wie die mit der Kontrolle befassten Behörden überhaupt sowohl fachlich als auch personell die ihnen über den Gesetzesentwurf auferlegten Aufgaben wahrnehmen könnten.

Darüber hinaus weist der vorliegende Entwurf auch erhebliche rechtsstaatliche Defizite auf. Nicht nur, dass wiederum mit erheblichen Vertragsstrafen gedroht wird, sondern der Entwurf sieht auch eine bis zu drei Jahren mögliche Vergabesperre vor. Dies gilt insbesondere auch bei Verstößen von Nachunternehmern, auf die der Auftragnehmer regelmäßig keinen hinreichenden Einfluss hat. Besonders hervorzuheben ist jedoch, dass eine für die ausführenden Unternehmen existenzbedrohende Vergabesperre jedwede Verfahrensregelung vermissen lässt, mithin weder eine Anhörung vorgesehen ist, noch ein Rechtsmittel gegen eine mögliche Vergabesperre. Eine derartige Existenzbedrohung von im öffentlichen Auftragswesen tätigen Unternehmen in Kombination mit den komplexen Eingruppierungsregelungen ist daher strikt abzulehnen.

Zur Sicherstellung von fairen Wettbewerbsbedingungen für die tarifgebundenen Unternehmen wäre aus unserer Sicht zunächst darauf hinzuwirken, dass bei Ausschreibungen von Bauleistungen auch tatsächlich nur Bauunternehmen, die den Verfahrenstarifverträgen des Bauhauptgewerbes unterfallen, tatsächlich teilnehmen können. In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass beispielsweise Lohnunternehmen mit Erdbaumaßnahmen beauftragt werden. Auch sollte vor der Zuschlagserteilung eine Plausibilitätsüberprüfung durch die Vergabestellen im Hinblick auf die zugrunde gelegten Stundenlohnsätze erfolgen, da aufgrund der bereits o. g. Durchschnittslöhne im Bauhauptgewerbe angebotene Stundenlohnsätze von 30,00 € nicht darstellbar sind.

In diesem Zusammenhang möchten wir auch im Hinblick auf die allgemein aufgeworfene Fragestellung zu den Möglichkeiten der Stärkung der Tarifbindung darauf hinweisen, dass aus unserer Sicht der bisherige Weg der Zwangsmaßnahmen und den Sanktionierungen verlassen werden sollte, sondern vielmehr der Aspekt der Freiwilligkeit kombiniert mit einem Wettbewerbsvorteil für die tarifgebundenen Unternehmen überlegenswert erscheint.

So könnte beispielsweise für tarifgebundene Unternehmen ein Wertungsvorteil über die Einführung eines Zuschlagskriteriums die Tarifbindung gestärkt werden. Naturgemäß wäre ein entsprechender Nachweis zur Sicherstellung im Rahmen eines Vergabeverfahrens gleichermaßen erforderlich. Wir hielten es daher für überlegenswert, ob nicht beispielsweise durch die Mitgliedschaft in einem tarifschließenden Arbeitgeberverband eine entsprechende gesetzliche Vermutung für die Bieter selbst als auch für die von ihnen eingesetzten Nachunternehmer diesbezüglich auslöst. Ggf. wäre dieser Aspekt auch kombinierbar mit einer Bescheinigung dahingehend, dass in dem jeweiligen Betrieb die Durchschnittslöhne des Vorjahres, wie sie von der SOKA-BAU veröffentlicht werden, auch in dem dann betroffenen Unternehmen vorliegen. Nach unserem Dafürhalten spricht hiergegen auch nicht der Beschluss der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 14.01.2010, Az. VK-SH 25/2009. In dem dort zu entscheidenden Sachverhalt hatte die Vergabekammer Schleswig-Holstein die Zahlung von Tariflöhnen als Zuschlagskriterium für den Dienstleistungsbereich auf der Grundlage der zum damaligen Zeitpunkt geltenden Regelungen des § 25 a Ziff. 1 Abs. 1 VOL/A als unzulässig angesehen. Die Vergabekammer Schleswig-Holstein vertrat insoweit die Ansicht, dass das Zuschlagskriterium „Zahlung von Tariflöhnen“ nicht im sachlichen Zusammenhang mit der zu erbringenden Leistung stehe und daher vergaberechtswidrig sei. Hierbei gilt es jedoch zu beachten, dass nach der vormaligen Regelung des § 25 a Abs. 1 Ziff. 1 VOL/A die Zuschlagskriterien durch den Auftragsgegenstand „gerechtfertigt“ sein mussten. Die derzeit geltende Regelung des § 127 Abs. 3 GWB gibt vor, dass die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen. Aufgrund des Satzes 2 der vorgenannten Regelung ist jedoch diese Verbindung auch dann anzunehmen, wenn sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht, auch wenn sich diese Faktoren nicht mit der materiellen Eigenschaft des Auftragsgegenstandes auswirken. Vor diesem Hintergrund wäre nach unserer Einschätzung auch eine europarechtliche Zulässigkeit eines derartigen Zuschlagskriteriums, insbesondere auch im Hinblick auf den Erwägungsgrund 97 der Richtlinie 2014/24/EU gegeben. Jedenfalls für den Unterschwellenbereich wäre unserer Einschätzung nach ein Zuschlagskriterium der Einhaltung von Tariflöhnen für die Bieter und die von ihnen zu beauftragenden Nachunternehmer durchaus zulässig, wobei für die Praxis eine gesetzliche Vermutung infolge einer Verbandsmitgliedschaft, ggf. kombiniert mit dem bereits oben genannten Nachweis der Einhaltung der Tariflöhne über eine Durchschnittsbetrachtung. Hervorzuheben bleibt noch, dass sämtlichen diesbezüglichen Überlegungen aus unserer Sicht ein Anreizsystem zugrunde gelegt werden sollte und es nicht mit unzumutbaren bürokratischen Aufwendungen verbunden werden darf.

Gerne stehen wir für eine weitere Erörterung unserer Standpunkte im Rahmen einer mündlichen Anhörung zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Stefan Lübke