

Tariftreue bei öffentlichen Aufträgen - Reform des Vergaberechts

Stand 15.9.2015

**Industriegewerkschaft Bauen-
Agrar-Umwelt (IG BAU)**

Bundeschristlicher

Vorstandsbereich I

Bundeschristlicher

Hauptabteilung Politik und

Grundsatzfragen

Olof-Palme-Str. 19

60439 Frankfurt am Main

Ansprechpartner:

Antonius Allgaier

antonius.allgaier@igbau.de

Die Forderungen der IG BAU im laufenden Gesetzgebungsverfahren:

- Zuschlag nur noch auf Angebot mit dem besten Preis-Leistungsverhältnis statt billigsten Preis, ungewöhnlich niedrige Angebote müssen ausgeschlossen werden
- Untervergabe bei öffentlicher Auftragsvergabe kontrollieren und begrenzen
- Tariftreuespielräume des Europarechts voll ausnutzen: allgemein verbindliche Tarifverträge müssen bei öffentlichen Aufträgen eingehalten werden
- Zwingender Ausschluss bei Verstößen gegen Arbeits-, Tarif- und Sozialrecht
- Europaweites, mindestens aber nationales Vergabeausschlussregister
- Kontrolle und Sanktion von Verstößen zwingend machen
- Vergabespezifische Mindestlöhne nach den Tariftreuegesetzen der Länder beibehalten und erhöhen

I. Hintergrund

Deutschland gibt derzeit ca. 400 Milliarden Euro (rund 17% des BIP¹) für die öffentliche Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen aus. Das ist zugleich mehr als ein Drittel aller Staatsausgaben. Der Staat als öffentlicher Auftraggeber mit seiner großen Marktmacht darf sich nicht allein von privatwirtschaftlichen Kostenüberlegungen leiten lassen. Vielmehr muss er seiner besonderen Vorbildrolle gerecht werden, da es

¹ Das Bruttoinlandsprodukt BIP ist die Summe aller in Deutschland in einem Jahr erzeugten Güter und Dienstleistungen abzüglich aller Vorleistungen. Der deutsche Staat gab 2013 insgesamt 44,3 % dieses BIP aus.

bei der öffentlichen Auftragsvergabe um eine nachhaltige Verwendung von Steuergeldern geht. Er hat ein demokratisch legitimes Interesse, die öffentliche Auftragsvergabe als politisches Lenkungsinstrument für gesellschaftlich erstrebenswerte soziale und ökologische Ziele einzusetzen.

Dabei geht es aus gewerkschaftlicher Perspektive insbesondere um die Verhinderung eines Verdrängungswettbewerbes über die Lohnkosten, die Erhaltung von guten Arbeitsbedingungen und sozialen Standards und den Schutz des geltenden Tarifvertragssystems sowie die Durchsetzung des Prinzips gleicher Löhne für gleiche Arbeit am gleichen Ort, die Verhinderung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung und eine effektive Kontrolle dieser Standards.

II. EU-Recht bietet Handlungsoptionen für die nationalen Gesetzgeber

Für die Umsetzung all dieser Ziele bieten die neuen EU-Vergaberichtlinien vom 18. April 2014 eine gute Vorlage. Die Berücksichtigung der o.g. „strategischen Ziele“, die nicht länger als „vergabefremd“ bezeichnet werden können, wird durch die Vergaberichtlinien erheblich aufgewertet.

Die neuen europäischen Vergaberichtlinien, die bis April 2016 in das deutsche Recht umzusetzen sind, sehen insbesondere weitgehende Handlungsspielräume bei der Regulierung von Subunternehmerketten, bei der Einführung eines stringenten Sanktionsregimes und bei der Berücksichtigung sozialer Kriterien im Vergabeprozess vor. Auch bieten sie die Möglichkeit, Vergaben nach dem günstigsten Preis als allein entscheidendes Kriterium nunmehr vollständig auszuschließen.

Am 30. April 2015 hatte das federführend zuständige Bundeswirtschaftsministerium einen Referentenentwurf für ein Vergaberechtsmodernisierungsgesetz, das v.a. der Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien dienen soll, vorgelegt. Im Juli 2015 hat das Bundeskabinett das Gesetzgebungsverfahren eingeleitet und dabei bereits den Referentenentwurf deutlich abgeändert. Die erste Lesung dieses Kabinettsentwurfes im Bundestag ist für den 15. Oktober 2015 vorgesehen. Nach der anschließenden Beratung in den Bundestagsausschüssen im November ist für den 3./4. Dezember 2015 die Verabschiedung des Gesetzes in zweiter und dritter Lesung im Bundestag vorgesehen. Am 18. Dezember muss dann der Bundesrat noch zustimmen; das Inkrafttreten ist für April 2016 vorgesehen.

Parallel erarbeitet das Bundeswirtschaftsministerium eine Revision der Vergabeverordnungen; auch eine Revision der VOB/A ist in Arbeit.

Da danach auch noch die Bundesländer ihre Landesgesetze an das neue europäische und gesamtstaatliche deutsche Recht anpassen müssen, hat auch auf Länderebene und im Bundesrat bereits die Debatte über die Landesvergabegesetze begonnen.

III. Beurteilung des aktuellen Bundesgesetzentwurfes

Der vorliegende Gesetzentwurf der Bundesregierung nimmt einige dieser sich aus den neuen EU-Richtlinien ergebenden Handlungsmöglichkeiten für nationale Gesetzgeber auf. Das ist ein erster Schritt in die richtige Richtung. Allerdings muss der Entwurf im laufenden Gesetzgebungsverfahren noch in einigen wichtigen Punkten nachgebessert werden, damit das Endergebnis in der Praxis zu einer sozial wesentlichen verantwortlicheren Vergabepaxis als bisher führt und nicht hinter der europäischen Vorlage zurückbleibt. Abschließend kann der Gesetzentwurf allerdings erst beurteilt werden, wenn die noch notwendigen Regelungen in den Rechtsverordnungen vorgelegt werden. Dies muss möglichst zeitnah erfolgen und bereits das Gesetz muss die nötigen Verordnungsermächtigungen dafür enthalten, damit die sozialen Gesichtspunkte überhaupt in den Verordnungen berücksichtigt werden können.

Wir werden uns hier nicht lange verträsten lassen, denn aus unserer Sicht bilden sie zusammen mit dem Gesetzentwurf ein Gesamtpaket. Es darf nicht passieren, dass die sozialen Teile des Gesamtvorhabens auf die lange Bank verschoben werden und möglicherweise am Ende wieder einmal als angeblich vergabefremd oder wegen fehlender Verordnungsgrundlage aus den Verordnungen herausgestrichen werden.

Insbesondere müssen allgemeinverbindliche Tarifverträge bei öffentlichen Aufträgen eingehalten werden, so wie dies im Referentenentwurf des BMWI vom 30.04.2015 noch vorgesehen war, im Kabinettsentwurf aber schon nicht mehr.

Effektive Kontrollen und vergabespezifische Sanktionen müssen ebenfalls auf Gesetzesebene geregelt werden.

Die für die IG Bauen-Agrar-Umwelt wichtigsten anderen Kritikpunkte werden nachfolgend im Einzelnen aufgeführt:

- Vergabeausschlussregister

Die IG BAU fordert die rasche Einführung eines zentralen **Vergabeausschlussregisters**. Dieses sollte möglichst europaweit, zumindest aber bundesweit eingerichtet werden. Es ist sicherzustellen, dass in dem Register auch die Ermittlungsergebnisse der Finanzkontrolle Schwarzarbeit abrufbar sind und Informationen zu Verstößen gegen das Mindestlohngesetz, Arbeitnehmerentsendegesetz oder Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz aufgenommen werden. Auch laufende Ermittlungsverfahren sind aufzunehmen, wenn es wahrscheinlich erscheint, dass sie letztlich zu Sanktionen führen werden. Durch eine Pflicht zur Einsichtnahme der öffentlichen Auftraggeber oder eine Pflicht zur Vorlage eines aktuellen Auszugs aus dem Register ist sicherzustellen, dass öffentliche Aufträge nur an zuverlässige und gesetzestreue Unternehmen vergeben werden.

- Zwingender Ausschluss bei Verstößen gegen Arbeits-, Tarif- und Sozialrecht

Die Regelung zwingender Ausschlussgründe im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) selbst durch § 123 GWB-E (GWB-Entwurf) ist zu begrüßen. Dies gilt insbesondere für die Klarstellung, dass die Nichtentrichtung von Steuern und Sozialabgaben zwingend zum Ausschluss führen muss.

Allerdings hätten hier auch Verstöße gegen das Umwelt-, Arbeits- und Sozialrecht in die Liste der zwingenden Ausschlussgründe aufgenommen werden müssen. Die Aufnahme dieser Verstöße in die Liste der bloß möglichen Ausschlussgründe (§ 124 GWB-E) stellt zwar einen Fortschritt gegenüber dem bisherigen Recht dar, genügt aber bei weitem nicht. Es gibt aus unserer Sicht keinen Grund, diese Rechtsgüter schlechter zu schützen als die eigenen Einnahmeinteressen des Staates. Lohnbetrug ist für uns kein Kavaliersdelikt.

- Preis- Leistungsverhältnis als zwingendes Zuschlagskriterium

Weiterhin bleibt der niedrigste Preis als alleiniges Kriterium möglich. Das lehnen wir ab. Das wirtschaftlichste Angebot muss stattdessen das Kriterium sein und dieses muss nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis und nicht nur nach dem Preis bestimmt werden. Die neuen EU-Richtlinien bieten die Chance, öffentliche Mittel durch zwingende Berücksichtigung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses (inklusive sozialer Kriterien wie Tariftreue) strategisch zu nutzen, um die Verhältnisse am Arbeitsmarkt endlich wieder zu ordnen.

Diese Chance muss vom deutschen Gesetzgeber unbedingt genutzt werden.

- Ungewöhnlich niedriges Angebot

Immer wieder akzeptieren öffentliche Auftraggeber Dumpingangebote zu Preisen, die nur bei massiven Verstößen gegen Gesetze und Tarifwerke möglich sind. Der europäische Gesetzgeber fordert in seinen neuen Richtlinien zwingend, dass öffentliche Auftraggeber ein Angebot ablehnen müssen, wenn ein Auftragnehmer keine hinreichende Begründung für sein ungewöhnlich niedriges Angebot geben kann. Eine solche europarechtlich gebotene Regelung verhindert Wettbewerbsverzerrungen und Lohndumping zulasten der Beschäftigten und Unternehmen. Diese Regelung fehlt im aktuellen deutschen Gesetzentwurf. Das Gesetz wäre damit nicht nur europarechtswidrig. Es würde auch die bisherige staatliche Praxis, rechtswidriges Handeln der Anbieter auf dem Rücken ihrer Beschäftigten zur eigenen Kostendämpfung zu nutzen, weiterhin ermöglichen. Alle Schwüre des Staates, aktiv gegen Schwarzarbeit, Scheinselbständigkeit, Mindestlohnverstöße usw. vorgehen zu wollen, würden damit ausgerechnet in seiner eigenen Einflussphäre zur bloßen Heuchelei. Auch hier muss der Gesetzgeber noch dringend nachbessern.

- Europarechtliche Spielräume bei der Tariftreuregelung voll ausnutzen

Mit Nachdruck lehnen wir es ab, dass von den Auftraggebern nach § 128 Abs. 1 GWB-E die Einhaltung der allermeisten nur nach dem Tarifvertragsgesetz für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge nicht mehr zur Grundlage für die Ausführung öffentlicher Aufträge gemacht werden kann. Damit verhält sich der Staat widersprüchlich. Einerseits bejaht er das öffentliche Interesse bei der Erteilung der

Allgemeinverbindlichkeitserklärung, andererseits aber verlangt er vergaberechtlich nicht eine entsprechende Tariftreue der auftragsausführenden Unternehmen. Das gegen eine Berücksichtigung allgemeinverbindlicher

Tarife in der Vergangenheit gerne angeführte Europarecht steht einer solchen Neuregelung aktuell nicht mehr im Wege: Nach der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes² ist die Arbeitnehmerentsenderichtlinie nicht zwingend als abschließend zu verstehen und gebietet keine andere Beurteilung. Damit wäre der Weg frei, die Einhaltung der einschlägigen allgemeinverbindlichen Tarife bei der Auftragsausführung vorzuschreiben. Diese Möglichkeit muss jetzt genutzt werden.

Geschieht dies aber nicht, steht zu befürchten, dass nach der Neufassung des § 128 Abs. 1 GWB-E sogar die bereits vorhandenen weitergehenden landesgesetzliche Regelungen wie etwa im Tariftreue- und Vergabegesetz NRW, die der ursprünglichen Regelung im Referentenentwurf entsprechen, gefährdet werden.

- Subunternehmervergabe

Leider enthält der Gesetzesentwurf keine Regelungen zu Fragen der Subunternehmervergabe und erfüllt daher nicht die Anforderungen aus der EU-Vergaberichtlinie. Die missbräuchliche Verwendung langer Subunternehmerketten ohne fachliche Rechtfertigung (z.B. arbeitsteiliges Vorgehen, etc.) muss zumindest auf öffentlichen Baustellen effektiv unterbunden werden und auf eine nachvollziehbare Anzahl von Gliedern begrenzt werden. Kein Bauvorhaben ist so komplex, dass es acht oder zehn hintereinander geschaltete Untervergaben erfordert. Solche langen Ketten führen nahezu automatisch zu rechtswidrigen Praktiken und Ausbeutung am unteren Ende, weil zu viele zwischendrin die Hände dabei aufhalten. Sie dienen vor allem dazu, Unternehmen weiter oben in den Ketten die Möglichkeit zu bieten, sich ahnungslos geben zu können und sich zugleich straffrei an diesem Unrecht zu bereichern.

Funktionierende und europarechtskonforme Modelle dafür gibt es in der Praxis seit langem: In Spanien zum Beispiel ist bei öffentlichen Aufträgen die Zahl der vertikalen Subunternehmerebenen unter dem Hauptübernehmer auf Vier begrenzt. Eine solche Regelung fordern wir auch für Deutschland.

Dabei ist sicher zu stellen, dass Briefkastenfirmen aus allen Ketten entfernt werden. Untervergaben dürfen daher nur an Unternehmen erfolgen, die fachlich in der Lage sowie sachlich und personell dafür ausgestattet sind, zumindest erhebliche Teile des untervergebenen Auftrages selbst erledigen.

Durch Genehmigungs- und Informationspflichten ist außerdem sicherzustellen, dass die für die unmittelbaren Auftraggeber geltenden Tariftreuepflichten auch gegenüber den eingeschalteten Subunternehmern gelten und durchgesetzt werden.

- Kontrollen und Sanktionierung von Verstößen

Der Gesetzesentwurf sieht – abgesehen von § 133 GWB-E – keine Regelungen zur Kontrolle und Sanktionierung von Verstößen gegen die o.g. Pflichten vor. Alle Vergabestellen und Auftragnehmer öffentlicher Aufträge müssen aber deutlich dazu verpflichtet werden, die strategischen Ziele auch umzusetzen. Daher fordern wir die Einführung des Rechts und der Pflicht zur Durchführung von Kontrollen entweder durch den öffentlichen Auftraggeber selbst oder durch von ihm beauftragte und mit ausreichendem Personal

² Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 12.2.2015 in der Sache Sähköalojen Ammattiliitto EuGH 12.2.2015, Az. C-396/13, Rn. 45. Damit ist das ältere „Rüffert-Urteil“ des EuGH inhaltlich teilweise überholt, das von den Tariftreuegegnern bisher als Argument gegen die Berücksichtigung von allgemein verbindlichen Tarifen genutzt wurde.

versehene zentrale Prüfstellen. Ferner müssen der Kontrollumfang sowie die Informations- und Nachweispflichten seitens der Auftragnehmer festgelegt werden. Dies gilt umso mehr, als die Kontroll- und Sanktionskapazitäten der allgemein zuständigen Finanzkontrolle Schwarzarbeit spätestens mit Einführung des gesetzlichen Mindestlohns an ihre Grenzen gelangt sind, weil diese personell nicht ausreichend ausgestattet ist.

Gleichzeitig sollte das vergaberechtliche Instrumentarium zur Sanktionierung von Pflichtverstößen durch die Auftragnehmer und deren Nachunternehmer (v.a. Vertragsstrafen, fristlose Kündigung) bundeseinheitlich geregelt werden, ohne darüber hinausgehende Regelungen der Länder zu gefährden.

IV. Vergabespezifische Mindestlöhne der Länder

In einigen Bundesländern gibt es Bestrebungen, die vergabespezifischen Mindestlöhne im Hinblick auf die Einführung des gesetzlichen Mindestlohnes unter der „Flagge“ des Bürokratieabbaus abzuschaffen. Diesem Ansinnen ist massiv entgegenzutreten. Der gesetzliche Mindestlohn stellt eine unterste Auffanggrenze dar, die unter keinen Umständen Maßstab für verantwortungsvolles staatliches Handeln im öffentlichen Interesse und im eigenen staatlichen Interesse sein kann.

Der Staat schneidet sich ins eigene Fleisch, wenn er bei der Verwendung öffentlicher Mittel nicht auf angemessene, deutlich über dem absoluten Mindestniveau liegende Löhne und eine damit einhergehende angemessene Absicherung in der gesetzlichen Sozialversicherung verlangt und damit einen auch auf die Privatwirtschaft ausstrahlenden Standard setzt.

Er darf sich nicht an die Spitze der nur nach dem Mindestlohn schielenden Teile der Wirtschaft setzen, sondern hat für angemessene Wettbewerbsbedingungen zu Gunsten der Unternehmen zu sorgen, die faire Tariflöhne weit über diesem absoluten Lohnminimum zahlen.

Fei/Schm-AI, 15.9.2015