Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Energie und Verkehr	Abteilung:	C
	Verfasser:	Lothar Gretsch, Susanne Haben
	Datum:	31.08.2018

Terminbezeichnung:	DGB und Friedrich-Ebert-Stiftung: Zwei Jahre Reform des Vergaberechts – Wie weiter mit sozialen Kriterien und Tariftreue in der öffentlichen Auftragsvergabe?
Datum, Uhrzeit:	Mittwoch, 05. September 2018

Stärkung von Tariftreue in allen Branchen – das Beispiel Saarland

1. STTG – Inhalt, Struktur, Organisation, Personalisierung

Seit Inkrafttreten des STTG (Saarländisches Tariftreuegesetz) im März 2013 dürfen öffentliche Aufträge über Bau-, Dienst- und Lieferleistungen ab einem Auftragsvolumen von 25.000 Euro netto im Saarland nur noch an solche Unternehmen vergeben werden, die sich bei Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, einen Mindeststundenlohn von damals 8,50 Euro brutto zu zahlen. Zum Januar 2016 wurde der vergabespezifische Mindeststundenlohn erhöht auf 8,74 Euro, aktuell liegt er bei 8,84 Euro. Mit Beschluss der saarländischen Mindestlohnkommission vom Juli 2018 wurde der vergabespezifische Mindestlohn ab Januar 2019 auf unbestimmte Zeit beständig an die Festsetzung des gesetzlichen Mindestlohns auf Bundesebene angepasst.

Neben der Verpflichtung zur Zahlung des Mindestlohns ist im STTG auch die Verpflichtung zur sofortigen Gleichstellung von Leiharbeitskräften mit regulär Beschäftigten bei der Vergütung festgeschrieben. Das gleiche gilt für die Einhaltung tariflich vorgegebener Arbeitsbedingungen im ÖPNV-Bereich. Bei Einführung des STTG waren diese Regelungen die weitestgehenden in der gesamten Republik und waren Alleinstellungsmerkmal.

Allerdings genügt bisher im STTG hinsichtlich der Tariftreueregelung im Bereich des ÖPNV die Zahlung von Tarifentgelten mit Bezug auf einen im Saarland für diesen Bereich geltenden Tarifvertrag, das heißt, bislang ist nicht die Anwendung eines repräsentativen Tarifvertrages verpflichtend. In Fällen des Betreiberwechsels ist allerdings der Tarifvertrag des vorherigen Betreibers zu übernehmen, wenn der öffentliche Auftraggeber dies vorgibt. Die jeweils geltende vergaberechtliche Lohnuntergrenze ist auch hier bindend.

Im STTG wurde das für Arbeit zuständige Ministerium ermächtigt, mittels Rechtsverordnung eine Kommission zur Anpassung der Höhe des verbindlich festgelegten Mindestlohns einzurichten und deren Zusammensetzung mit Geschäftsordnung zu regeln. Die saarländische Mindestlohnkommission wurde bislang jeweils mit drei VertreterInnen der Spitzenorganisationen der Gewerkschaften und der Arbeitgeberver-

einigungen besetzt. Die Amtszeit beträgt vier Jahre. Die Kommission überprüft die Höhe des Mindestlohns unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung im Saarland und beschließt über dessen Anpassung bis zum 31. August eines jeden Jahres.

Das STTG hat das für Arbeit zuständige Ministerium ermächtigt, durch Rechtsverordnung ein Kontrollsystem zur wirksamen Überprüfung der Einhaltung der sich aus dem STTG für die Auftragnehmer ergebenden Pflichten einzurichten. Nach dem Inkrafttreten der dazu erlassenen Verordnung wurden die notwendigen Schritte zur Einrichtung der Prüfbehörde in die Wege geleitet. Diese nahm im März 2014 ihre Arbeit auf.

Seit diesem Zeitpunkt sind für das Saarland vier Personen mit Vollzeit-Stellen in der Prüfbehörde tätig. Darunter der Leiter der Prüfbehörde mit versierter Erfahrung im Arbeits- und Tarifrecht sowie drei PrüferInnen, die umfassende Kenntnisse und jahrelange Erfahrungen in der Finanzkontrolle sowie Wirtschaftsprüfung von Unternehmen und Betrieben mitbringen.

Die Prüfung erstreckt sich insbesondere darauf, ob die im STTG festgeschriebenen Verpflichtungen ordnungsgemäß durch die Auftragnehmer und deren Nachunternehmer eingehalten werden. Außerhalb der Bereiche des ÖPNV und des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) wird die Einhaltung tarifvertraglicher Regelungen oberhalb des Mindestlohnes nicht geprüft. Die Prüfbehörde hat keine Befugnis, bei Nichteinhaltung tarifvertraglicher Bestimmungen betroffene Beschäftigte bei der Durchsetzung etwaiger Ansprüche zu unterstützen.

Die Kontrollen durch die Prüfbehörde erfolgen sowohl anlass- als auch stichprobenbezogen und werden im Regelfall nicht angekündigt. Vor einer Kontrolle werden die öffentlichen Auftraggeber angeschrieben und um Einreichung der Vergabeunterlagen nebst Verpflichtungserklärungen gebeten. Nach Prüfung dieser Unterlagen werden Vor-Ort-Kontrollen der Prüfbehörde bei den jeweiligen Auftragnehmern durchgeführt. Nach Abschluss der Prüfung erhalten die öffentlichen Auftraggeber eine Mitteilung über das Ergebnis der Prüfung.

Vor dem Hintergrund der Unterrichtungspflichten der Prüfbehörde wurden ein reger Kontakt und eine vertrauensvolle Zusammenarbeit mit den von den Meldepflichten betroffenen Behörden aufgebaut. Im Rahmen der bestehenden Gesetze werden insbesondere im Betriebsprüfungsbereich der Deutschen Rentenversicherung Bund, der Finanzbehörden, Jobcenter und der Gewerbeämter Erfahrungen und konkrete Prüfergebnisse intensiv ausgetauscht.

Zur Unterstützung der Prüfbehörde kann auch die Finanzkontrolle Schwarzarbeit des Zolls (FKS) aufgrund einer Zusammenarbeitsvereinbarung bei Verstößen gegen das AEntG hinzugezogen werden. Diese Vereinbarung zur Zusammenarbeit wurde durch Gespräche mit dem Bundesfinanzministerium erreicht. Auch dies ist bisher einmalig in Deutschland.

Zur Durchführung der Kontrollen stehen der Prüfbehörde alle im STTG aufgeführten Rechte zur Verfügung: Die Prüfer dürfen Grundstücke und Geschäftsräume des Ar-

beitgebers betreten sowie Lohn-, Melde- und andere Geschäftsunterlagen einsehen. Des Weiteren sind sie zur Überprüfung der Personalien der Beschäftigten berechtigt. Kernstück der Kontrollen ist die Befragung der vor Ort mit der Ausführung der Leistung befassten Beschäftigten. Dabei werden auch Kontrollen außerhalb der üblichen Arbeitszeit durchgeführt, z. B. Kontrollen an Stadtfesten oder Nachtbuslinien. Von den Prüfern werden die Namen der Beschäftigten, die Aussagen zu ihren Löhnen und die tatsächlich vorgefundenen Arbeitsbedingungen dokumentiert. Lohnkonten werden im Betrieb eingesehen oder vom Arbeitgeber kurzfristig angefordert.

Stimmen die Belege mit den angegebenen Stundenlöhnen überein, liegen diese Stundenlöhne im Rahmen des vereinbarten Mindestlohnes und gibt es auch sonst keine Verdachtsmomente für eine Manipulation, wird die Kontrolle mit einem abschließenden Bericht beendet. Geben die hier gewonnenen Erkenntnisse Anlass zu weiteren Recherchen, werden mit dem Auftragnehmer klärende Gespräche geführt, auch unter Hinzuziehung von Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern oder Rechtsanwälten. Gelingt es dem Auftragnehmer nicht, den Verdacht eines Verstoßes gegen das STTG auszuräumen, spricht die Prüfbehörde bei entsprechender Beweislage eine Sanktionsempfehlung aus und lässt diese dem öffentlichen Auftraggeber zukommen. Weicht der Auftraggeber von dieser Empfehlung ab, muss er dies gegenüber der Prüfbehörde ausführlich begründen. Ergeben sich bei der Durchführung der Kontrollen Anhaltspunkte für Verstöße gegen einschlägige Gesetze, so werden die zuständigen Stellen durch die Prüfbehörde unterrichtet.

Aufgrund der vielfältigen Praxiserfahrung der Prüfbehörde hat sich die Erkenntnis gefestigt, dass deren Arbeit von Unternehmerseite grundsätzlich positiv bewertet wird. Auch von Seiten der Wirtschaftsverbände wird bislang über keine gravierenden Beanstandungen von Betrieben und Unternehmen berichtet. Selbst beim Ausspruch von Sanktionsempfehlungen konnte in den allermeisten Fällen, vielfach auch mit anwaltlicher Hilfe auf Seiten der Auftragnehmer, Einigung und Einverständnis über die Prüffeststellung erzielt werden. Lediglich in einem einzigen Fall deutet sich bei arbeitsrechtlichen Fragen (Nichtberücksichtigung von Arbeitszeit) nach Ausspruch von Sanktionsempfehlungen ein Rechtsstreit an.

Seit Aufnahme der Vor-Ort-Kontrollen im April 2014 hat sich die Prüfbehörde gut in die ständige Vergabepraxis im Saarland integriert. Die Prüfbehörde erhält Vergabemeldungen über den größten Teil aller im Saarland vergebenen öffentlichen Aufträge und ist dadurch in der Lage, bei allen größeren öffentlichen Vorhaben und Maßnahmen jederzeit Kontrollen durchzuführen.

Seit Anfang 2014 wurden der Prüfbehörde rund 6.500 Auftragsvergaben mit einem Wert von insgesamt 1.6 Milliarden Euro gemeldet und es wurden knapp 500 Kontrollen vor Ort durchgeführt. Bei der Auswahl werden besonders Aufträge untersucht, in denen Niedriglöhne keine Seltenheit sind. Dazu zählen das Baugewerbe, aber auch das Personenbeförderungsgewerbe, die Forstwirtschaft und das Gebäudereinigergewerbe. Die meisten Prüfungen wurden im Baugewerbe (366 Prüfungen) durchgeführt; gefolgt von 34 Kontrollen beim Personenbeförderungsgewerbe. Beide Branchen stellen auch mit einem Auftragsvolumen von 1 Milliarde Euro (Baugewerbe)

bzw. 166 Millionen Euro (ÖPNV) die größten Auftragnehmer öffentlicher Aufträge dar. In den meisten Fällen sind Städte und Gemeinden (161) sowie Landesämter (101) die öffentlichen Auftraggeber.

Insgesamt gab es 85 Beanstandungen – davon 48 Sanktionsempfehlungen mit Vertragsstrafen zwischen 0,5 und 5 Prozent der Auftragssumme. Nur in einem Fall musste ein Unternehmen für zwei Jahre von der öffentlichen Auftragsvergabe ausgeschlossen werden. Gründe für die Sanktionsempfehlungen reichen von der Unterschreitung des Mindest- bzw. Tariflohnes über die Nichteinhaltung des Equal-Pay in der Leiharbeit bis hin zur Feststellung von Scheinselbstständigkeit.

Mit diesen Ergebnissen haben sich die durchgeführten Kontrollen als effizient erwiesen und werden nicht nur von den öffentlichen Auftraggebern, sondern auch von den Auftragnehmern als sinnvoll angesehen. Es wird anerkannt, dass die Überprüfung der Einhaltung des STTG nachhaltig zur Förderung eines fairen Wettbewerbs beiträgt, ebenso wie auch Sozial- und Lohndumping verhindert wird.

2. Aktuelle STTG-Reformvorhaben

In einer ersten Phase der Novellierung ist die Aktualisierung von Bezügen im STTG auf mittlerweile geänderte Gesetze erforderlich. Dies gilt u.a. für die Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), die im April 2016 in großem Umfang geändert wurden. Gleiches gilt für EU-Verordnungen, auf die im STTG Bezug genommen wird und die sich zwischenzeitlich geändert haben oder außer Kraft getreten sind. Des Weiteren haben sich im Laufe der Umsetzung Anpassungsbedarfe hinsichtlich der praktischen Anwendung der Vorschriften ergeben.

Sowohl die Landesregierung als auch die beiden saarländischen Koalitionsparteien sehen im Anschluss an diese erste Phase der Novellierung auf der Grundlage der Vereinbarungen im aktuellen Koalitionsvertrag die politische Notwendigkeit weiterer umfassenderer Änderungen. Und hier zitiere ich wortwörtlich aus dem Koalitionsvertrag unter der Überschrift „Tariftreuegesetz weiterentwickeln“:

„Die Koalitionspartner werden das erfolgreiche Gesetz über die Sicherung von Sozialstandards, Tariftreue und Mindestlöhnen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Saarland (Saarländisches Tariftreuegesetz - STTG) weiterentwickeln. Die Höhe des vergabespezifischen Mindestlohns wird an den Mindestlohn nach dem Mindestlohngesetz gekoppelt. Die jährliche Überprüfung der Höhe des vergabespezifischen Mindestlohns (§ 3 Absatz 5 Satz 2 STTG) wird daher ausgesetzt. Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge wird die Einhaltung eines repräsentativen Tarifvertrages zur Bedingung. Der geltende Schwellenwert für den Anwendungsbereich des Saarländischen Tariftreuegesetzes bleibt bestehen.

Bei der Vergabe von Verkehrsleistungen im ÖPNV sorgen wir für einen fairen Wettbewerb, der nicht auf dem Rücken der Beschäftigten ausgetragen wird. Wir wollen, dass soziale und qualitative Standards im Interesse der Beschäftigten und Fahrgäste vorgegeben werden können und bei einem Betreiberwechsel die bisherigen Beschäftigten vom neuen Betreiber zu gleichen Konditionen verpflichtend übernommen werden.“

3. Erste Phase der STTG-Novellierung - Inhalte und Zeitschiene

In der ersten Novellierungsphase sollen alle rechtlich unstreitigen Änderungen vollzogen werden, d. h. alle auf Grund von anderweitigen Gesetzesänderungen und Prüferfahrungen erforderlichen Anpassungen. Das betrifft, neben den bereits erwähnten, insbesondere Änderungen

- des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes,
- des 9. Buches Sozialgesetzbuch (Mindestentgeltregelungen finden für Werkstätten für Menschen mit Behinderungen und Blindenwerkstätten aufgrund ihrer vergabe- und sozialrechtlichen Sonderstellung keine Anwendung) sowie
- der Einführung des gesetzlichen Bundes-Mindestlohns.
- Weiterhin ergab sich aus den Erkenntnissen der Prüfbehörde vor allem die Notwendigkeit einer Änderung der Haftungsregelung (Einführung Hauptunternehmerhaftung, d.h., der Hauptunternehmer muss sich die Verstöße seines Nachunternehmers zurechnen lassen. Es besteht keine Möglichkeit der Exkulpation mehr.)

Aufgrund der laufenden regierungsinternen Abstimmung erwarte ich, dass diese erste Phase der Novellierung für das STTG noch in diesem Jahr in den parlamentarischen Entscheidungsprozess eingebracht werden kann. Und ich hoffe natürlich ebenso, dass der saarländische Landtag diese Gesetzesnovelle sehr rasch verabschieden wird.

4. Zweite Phase der Novellierung - Inhalte und Sachstand

Auf der Grundlage der zitierten Vereinbarung im aktuellen saarländischen Koalitionsvertrag soll zukünftig die Einhaltung eines repräsentativen Tarifvertrages für die Vergabe aller öffentlichen Aufträge gelten. Dies geht weit über die bisherige Regelung im STTG hinaus, da diese bisher ausschließlich auf den ÖPNV auf Straße und Schiene beschränkt sind und eben kein repräsentativer Tarifvertrag erforderlich ist.

Die Forderung eines oder mehrerer repräsentativer Tarifverträge als Voraussetzung für alle Vergaben öffentlicher Aufträge in allen Branchen ist bundesweit ein absolutes Novum – wohingegen der vergabespezifische Mindestlohn auf der Grundlage eines repräsentativen Tarifvertrages, beschränkt auf den ÖPNV-Bereich, bereits in einigen Bundesländern gelebte Praxis ist.

So existieren in Bremen, Sachsen-Anhalt, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen in den einschlägigen Tariftreue-/Vergabegesetzen Regelungen dazu, dass öffentliche Aufträge über Dienstleistungen auf Straße und Schiene nur an Unternehmen vergeben werden dürfen, die sich bei Angebotsabgabe verpflichten, ihren Beschäftigten mindestens das im jeweiligen Bundesland in einem repräsentativen Tarifvertrag vorgesehene Entgelt zu zahlen.

Die Bezugnahme auf repräsentative Tarifverträge ist für den ÖPNV-Bereich auf Grund einer Sonderstellung des Verkehrssektors eben auch erlaubt. Rechtsgrundlage ist die Verordnung (EG) 1370/2007, die diesen Sachverhalt unter dem Aspekt

„Sozialstandards“ behandelt. Dies ist auch in der Rechtsprechung weitgehend anerkannt.

Mit der Erweiterung der Anwendung repräsentativer Tarifverträge bei der Vergabe öffentlicher Aufträge über den ÖPNV hinaus auf alle Branchen betreten wir absolutes rechtliches Neuland. Zwar gibt es zu dieser Thematik im weiteren Sinne diverse Rechtsprechung von EuGH, Bundesverfassungsgericht, Bundesgerichtshof sowie verschiedenen anderen Verwaltungsgerichten und dem Oberlandesgericht Düsseldorf. Aber alle diesbezüglichen Gerichtsentscheidungen, einschließlich der Regio-Post-Entscheidung des EuGH, wurden zu Sachverhalten getroffen, die in einem Zeitraum liegen, zu dem noch keine andere Form des Arbeitnehmerschutzes existiert hat als der vergabespezifische Mindestlohn. Mittlerweile gilt, seit 2015, das Bundes-Mindestlohngesetz, das dem Arbeitnehmerschutz mit einem alle zwei Jahre neu festzusetzenden gesetzlichen Mindestlohn Rechnung trägt. Damit bleibt völlig offen, wie EuGH bzw. Bundesverfassungsgericht in einem Fall aus der Gegenwart entscheiden würden.

Da also die Rechtslage für das im Koalitionsvertrag erklärte Ziel, die Einhaltung eines oder mehrerer repräsentativer Tarifverträge für die Vergabe aller öffentlichen Aufträge verpflichtend einzuführen, bislang noch nicht eindeutig geklärt ist, hat das saarländische Arbeitsministerium mit Prof. Dr. Rüdiger Krause, Universität Göttingen, einen unabhängigen Rechtsexperten mit der Erstellung eines Gutachtens beauftragt. In dessen Mittelpunkt stehen die umfassende Beurteilung der aktuellen Rechtslage sowie daraus abgeleitete Empfehlungen bzgl. der Einhaltung repräsentativer Tarifverträge bei der Vergabe aller öffentlichen Aufträge im Rahmen eines novellierten STTG.

Eine der wesentlichen Rechtsfragen, die das Gutachten klären soll, besteht darin, ob ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit nach der aktuellen Rechtslage gerechtfertigt ist. Denn unstreitig stellt der vergabespezifische Mindestlohn auf der Grundlage eines oder mehrerer repräsentativer Tarifverträge einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit dar.

Da die Landesregierung die Vorlage des Gutachtens erst im Oktober/November 2018 erwartet, können zum jetzigen Zeitpunkt noch keine verlässlichen Ergebnisse vorgetragen werden. Ich hoffe allerdings, dass, auf der Grundlage positiver wissenschaftlich-rechtlicher Erkenntnisse des Gutachtens, im kommenden Jahr die zweite Phase der STTG-Novelle zügig vorbereitet werden kann. Diese Novellierung sollte dann auch konkrete organisatorische und personelle Entscheidungen für die Überprüfung der Einhaltung repräsentativer Tarifverträge bei der öffentlichen Auftragsvergabe enthalten.

Das betrifft insbesondere folgende Überlegungen: Das Verfahren zur Feststellung der Repräsentativität von Tarifverträgen sollte entweder in Tariftreuegesetzen direkt und ausschließlich geregelt werden oder durch eine eigene, auf der Rechtsgrundlage des Tariftreuegesetzes erlassene, Verordnung festgelegt werden. Bei der Organisation des Verfahrens für die Repräsentativerklärung eines Tarifvertrages sind der not-

wendige Zeitaufwand sowie eine ausreichende Personalausstattung unbedingt zu berücksichtigen.

Träger der Entscheidung über die Anerkennung des repräsentativen Tarifvertrages sollte das für Arbeit zuständige Ministerium sein. Allerdings sollte die Entscheidung durch einen Beirat vorbereitet werden, der paritätisch besetzt ist mit Mitgliedern der Tarifpartner aus dem Bereich der jeweiligen Branche. Bei der Feststellung, welche Tarifverträge als repräsentativ anerkannt werden, sollte auf die Zahl der Arbeitnehmer abgestellt werden, für die der jeweilige Tarifvertrag eines tarifgebundenen Arbeitgebers gilt. Das gleiche gilt für die Zahl der jeweils unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Mitglieder der Gewerkschaft, die den Tarifvertrag geschlossen hat. Repräsentativ sollte also in der Regel der Tarifvertrag sein, der die meisten ArbeitnehmerInnen erfasst. Sofern mehrere Tarifverträge nach der Zahl der ArbeitnehmerInnen unwesentlich voreinander abweichen, können auch mehrere Tarifverträge repräsentativ sein.

5. Herausragende sozial- und tarifpolitische Bedeutung dieses Reformvorhabens

Seit geraumer Zeit müssen wir leider feststellen, dass der Rückgang der Tarifbindung in vielen Branchen sowohl in den östlichen wie auch in den westlichen Bundesländern eine wachsende Herausforderung darstellt, sowohl für Gewerkschaften, aber auch für Arbeitgeberverbände und den Staat selbst. Im Zusammenhang mit dem Bestreben zur Stärkung der Tarifbindung und damit im Ergebnis auch der Stärkung der Tarifautonomie sind aktuell verschiedene Maßnahmen in der öffentlichen Debatte. Ich nenne die Reform der Allgemeinverbindlicherklärung, die Einschränkung von Mitgliedschaften „Ohne Tarifbindung“ auf Arbeitgeberseite, die Stärkung der Betriebsratsstrukturen oder ein Verbandsklagerecht.

Für mich ist eine weitere, ganz entscheidende, politische Maßnahme zur Stärkung der Tarifbindung die Sicherung der Tariftreue in der öffentlichen Auftragsvergabe: Wenn öffentliche Aufträge nur an Unternehmen vergeben werden, die sich an repräsentativen Tarifverträgen orientieren, wird – zusätzlich zum Schutz der Beschäftigten – mittelbar auch die Geltungskraft der Tarifverträge gestärkt. Die in einer Branche üblichen Tarifstandards werden gesichert und Tarif- und Sozialdumping unterbunden. Zudem stärkt dies den Reiz für Arbeitgeber, Arbeitgeberverbänden beizutreten. Wenn darüber hinaus die öffentliche Hand an dieser Stelle mit Vorbildcharakter voranschreitet, dann wird das früher oder später auch auf die private Wirtschaft positive Auswirkungen haben. Und damit wird letztendlich das Tarifsystem insgesamt deutlich gestärkt. Aus all diesen genannten Gründen erwarte und erhoffe ich mir eine positive Bewertung der aktuellen Rechtslage zur Einführung repräsentativer Tarifverträge in Tariftreuegesetzen für die Vergabe öffentlicher Aufträge.