

Bauen:
Leistung für den Menschen

Bauindustrie - Postfach 10 54 62 - 40045 Düsseldorf

Durchwahl (02 11) 67 03- 259

An die Mitglieder des
Bauausschuss des Landtages NRW
Postfach 10 11 43

40002 Düsseldorf



Ihre Zeichen

Ihre Nachricht vom

Unsere Nachricht vom

Unsere Zeichen
RA Ke/bil

Tag
26.09.2002

Öffentliches Auftragswesen

Entwurf eines Gesetzes zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen im Lande NRW (Tariftrueugesetz NRW – TarifG-NRW)

Sehr geehrte Damen und Herren,

nachdem die Verabschiedung eines Tariftrueugesetzes auf Bundesebene gescheitert ist, soll nunmehr ein Tariftrueugesetz auf Landesebene geschaffen werden, wie wir einem soeben erhaltenen Gesetzentwurf der Landesregierung (nicht datiert) entnehmen können.

Nach diesem Entwurf soll nicht nur der Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers zur Einhaltung näher zu bestimmender Tarifverträge verpflichtet werden; vielmehr soll auch der jeweilige Nachunternehmer – gleichgültig ob aus dem Inland oder dem Ausland kommend – verpflichtet werden, diese Tarife bei der Bezahlung seiner Mitarbeiter einzuhalten. Darüber hinaus wird dem Hauptunternehmer die Verpflichtung auferlegt, bei Abschluss und Durchführung des Bauvertrages auch die Einhaltung der vorgenannten Tarifzahlungspflicht durch seine Nachunternehmer zu überwachen. Im Falle von Verstößen im eigenen Unternehmen soll ebenso wie bei Verstößen im Bereich des Nachunternehmers dem Hauptunternehmer eine Vertragsstrafe, die Kündigung des Bauvertrages oder / und ein Ausschluss von der Vergabe bis zu einer Dauer von 3 Jahren drohen.

Selbstverständlich befürworten wir die Einhaltung der geltenden Lohntarife, zumal wir für unsere Mitgliedsfirmen als Arbeitgeberverband an dem Zustandekommen der Tarifverträge mitwirken. Auch haben wir grundsätzlich keine Einwendungen, wenn weitere Unternehmen von den Tarifverträgen erfasst werden, wie dies z. T. im Rahmen einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung der Fall ist. Auch stehen wir zum Entsendegesetz und der tariflichen Vereinbarung über den Mindestlohn, wie wir bereits mit Schreiben vom 23. August 1996 an den Herrn Ministerpräsidenten und die zuständigen Minister anlässlich der damaligen Initiative zur Änderung der nordrhein-westfälischen Tariftrueuerklärung mitgeteilt hatten.

...2

Gleichwohl haben wir erhebliche Bedenken gegenüber dem nunmehr vorliegenden Entwurf, da er mehrere Regelungen enthält, die aus der Sicht der Bauwirtschaft nicht akzeptiert werden können.

Im Einzelnen möchten wir dabei auf folgendes hinweisen:

1. Das erste Bedenken ergibt sich aus der Natur der Sache, dass es sich nämlich hier um ein Landesgesetz handelt und nicht um eine bundeseinheitliche Regelung, was naturgemäß zu einer unerwünschten Zersplitterung des Vergaberechts führt. Die auch in einigen anderen Bundesländern bestehenden Tariftreuegesetze sind mit dem nordrhein-westfälischen Entwurf nicht identisch.
2. In § 2 Abs. 1 erste Zeile ist zunächst die Bezugnahme auf den § 2 nicht verständlich (gemeint § 1 Abs. 1?). Im Übrigen bestehen gegen die in § 2 Abs. 1 vorgesehene Regelung rechtliche Bedenken, denn auch nicht tarifvertragsgebundene Nachunternehmer sollen verpflichtet werden, die am Ort der Leistungsausführung einschlägigen Lohn- und Gehaltstarife zu bezahlen. Allerdings begrüßen wir die Regelung, dass der NU durch den Auftraggeber unmittelbar zur Tarifeinhaltung verpflichtet werden soll und insoweit keine unzumutbare „Kettenhaftung“ entsteht.
3. Wie sich aus den §§ 3 und 6 ergibt, soll der Hauptunternehmer die Auskömmlichkeit der Preise von Nachunternehmern in Hinblick auf die durch das Gesetz geforderten Lohn- und Gehaltstarife überprüfen (welche konkret?) und für Verstöße von Nachunternehmern selbst haften, wenn er davon wusste oder wissen musste.

Eine solche Hauptunternehmerhaftung wird seitens der Bauwirtschaft abgelehnt. Wenn auch in dem Gesetz zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit („Sozialabgabenhaftung“) eine vergleichbare Regelung zu finden ist, gegen die wir ebenfalls protestiert haben, macht das die vorgesehene Gesetzesinitiative weder besser noch akzeptabler. Nach dem Wortlaut der vorgenannten Vorschriften geht es nicht nur um die Haftung zum Zeitpunkt der Vergabe einer Bauleistung, sondern zugleich auch um eine fortdauernde Haftung während der Zeit der Bauausführung (aus § 2 Abs. 1 kann jedenfalls eine vertragliche Verpflichtung herausgelesen werden; unklar bleibt, ob sie auch im Sinne des § 6 sanktioniert ist). Es kann einem Hauptunternehmer aber schlechterdings nicht zugemutet werden, sämtliche Nachunternehmer hinsichtlich ihrer Zahlungspflichten auch nur stichprobenartig oder gar ständig zu überwachen, zumal aus vertragsrechtlicher und datenschutzrechtlicher Sicht erhebliche Probleme bestehen, überhaupt entsprechenden Einblick in Abrechnungsunterlagen zu erhalten. Dabei gilt, dass die Einhaltung der einschlägigen Lohn- und Gehaltstarife auch die zutreffende Eingruppierung der Arbeitnehmer in die zutreffenden Lohngruppen durch den Nachunternehmer beinhaltet. Ferner ist zu beachten, dass legaler Weise sowohl mit EG-ansässigen als auch außerhalb der EG ansässigen Nachunternehmern gearbeitet wird und gearbeitet werden muss und darf, um Bauaufträge wirtschaftlich abzuwickeln. Die Überprüfung ausländischer Nachunternehmer in Hinsicht auf die Einhaltung der Tariftreuepflicht ist naturgemäß noch um ein Vielfaches schwerer als bei den inländischen Nachunternehmern; in der Praxis ist dies nicht realisierbar.

Aus den vorgenannten Gründen ist die in § 6 Abs. 1 festgelegte Vertragsstrafenregelung bei Verstößen von Nachunternehmern strikt abzulehnen.

4. Ebenfalls zu weit geht die Regelung in § 6 Abs. 2 des Gesetzentwurfes, wonach die Nichterfüllung von Verpflichtungen nach den §§ 3, 4 oder 6 (gemeint sind möglicherweise §§ 2, 3 und 5) den Auftraggeber zur fristlosen Kündigung berechtigen soll.
5. Unzumutbar und daher abzulehnen ist auch die in § 6 Abs. 3 statuierte Möglichkeit des Ausschlusses von der öffentlichen Auftragsvergabe für bis zu 3 Jahre (unabhängig davon, welche Bezugsparagrafen im Entwurf gemeint sind; die angegebenen §§ 3 und 6 sind es wohl nicht). Nach allgemeiner Rechtsauffassung handelt es sich bei dem Ausschluss von der Vergabe um eine der härtesten Maßnahmen, die gegen ein Unternehmen angewandt werden können. Sofern sie überhaupt zulässig sind, müssen gravierendere Gründe vorliegen, als dies hier der Fall ist; denn auch Verstöße gegen die willkürlich durch die Tarifverpflichtung festgelegten Zahlungsverpflichtungen der Nachunternehmer, die sonst den Tarifverträgen nicht unterlägen, sollen – zwar nur bei grober Fahrlässigkeit – dergestalt sanktioniert werden.
6. Bedenken gegen den Gesetzesentwurf bestehen weiterhin deshalb, weil der Anwendungsbereich auf öffentliche Aufträge beschränkt ist. Zum einen wird dadurch nur ein Teil des Baumarktes erreicht. Zum anderen wird den Bietern die Disposition dadurch erschwert, indem sie für öffentliche und andere Aufträge eine abweichende Handhabung der Bauvorhaben durchführen müssen.
7. § 3 enthält keine eindeutige Angabe der einschlägigen Lohn- und Gehaltstarife. Nach Abs. 2 soll im Falle mehrerer einschlägiger Tarifverträge der öffentliche Auftraggeber den anzuwendenden Tarifvertrag bestimmen können. Hier ist zumindest fraglich, ob der Auftraggeber überhaupt in der Lage ist, die zutreffende Tarifangabe zu machen. Was geschieht, wenn der öffentliche Auftraggeber keine Tarife angibt?

Letztlich möchten wir noch einmal die Bedenken wiederholen, die wir bereits in unserem vorgenannten Schreiben vom 23. August 1996 geäußert haben, dass nämlich

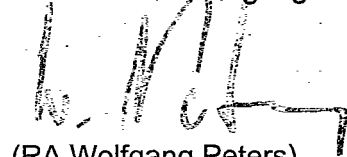
- gemäß § 4 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B die Regelung des Verhältnisses des Auftragnehmers zu seinen Arbeitnehmern ausschließlich Angelegenheit des Unternehmers ist. Auch ist die Einhaltung von Tarifen nicht ohne Weiteres als Kriterium für die Beurteilung der Zuverlässigkeit im Sinne des § 8 Nr. 5 VOB/A heranzuziehen.
- Bedenken bestehen aus der Sicht des § 19 GWB, wonach eine Tariffreueerklärung sich als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen kann.
- Bedenken bestehen gemäß Art. 9 Abs. 3 des Grundgesetzes, als durch den Gesetzentwurf die grundgesetzlich geschützte negative Koalitionsfreiheit verletzt wird.
- Bedenken bestehen hinsichtlich der Dienstleistungsfreiheit aus Sicht des Art. 49 des EG-Vertrages.
- Das Gesetz verstößt gegen § 14 GWB, indem nämlich der Hauptunternehmer in der Gestaltung seiner Nachunternehmerverträge in unzulässiger Weise beschränkt wird; die vorgesehene Tariffreueerklärung als Landesgesetz steht im Widerspruch zum § 14 des bundesrechtlichen GWB und verstößt insoweit gegen Art. 71 Grundgesetz.

An dieser Stelle möchten wir letztlich darauf hinweisen, dass auch der Bundesgerichtshof die vom Land Berlin in Gesetzesrang erhobene Tariffreueerklärung als unzulässig ansieht und die Frage dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorgelegt hat (BGH Az.: KVR 23/98 vom 18. Januar 2000).

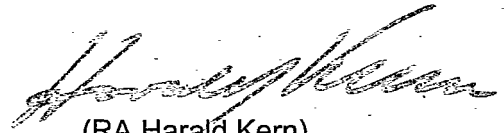
Wir möchten Sie daher nachdrücklich darum bitten, unsere vorgenannten Bedenken in die weitere Gestaltung des Gesetzgebungsvorhabens einzubeziehen. Für weitere Informationen oder Gespräche stehen Ihnen die Unterzeichner gern zur Verfügung.

Mit freundlichem Gruß

Wirtschaftsvereinigung Bauindustrie e.V. NRW



(RA Wolfgang Peters)
Verbandsdirektor



(RA Harald Kern)
Geschäftsführer