

Die Landesvereinigung der Unternehmensverbände Nordrhein-Westfalen e.V. (unternehmer nrw) ist der Zusammenschluss von 129 Verbänden mit 80.000 Betrieben und drei Millionen Beschäftigten. unternehmer nrw ist Mitglied der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) und vertritt die Interessen des Bundesverbandes der Deutschen Industrie e. V. (BDI) als dessen Landesvertretung.

27.08.2025

Clearingverfahren zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie durch die Sicherung von Tariftreue bei der Vergabe öffentlicher Aufträge des Bundes (Tariftreuegesetz)

I. Zusammenfassung

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales ignoriert mit dem Gesetzgebungsvorhaben die aktuelle wirtschaftliche Lage, die sich durch die anhaltende Schwächephase und zunehmende außenpolitische Risiken gegenüber dem letzten Jahr weiter verschärft hat. Es ist deshalb verfehlt, an der gesetzlichen Vorgabe einer sogenannten Tariftreue festzuhalten. Der Gesetzentwurf widerspricht dem klaren Bekenntnis der Koalitionspartner zu einem nachhaltigen Bürokratieabbau, der gerade für den nordrhein-westfälischen Mittelstand wichtig ist. Das Gesetz wäre mit einem **massiven Bürokratiewachstum** verbunden. Damit wird der Gesetzentwurf dem im Koalitionsvertrag selbst gesteckten Zielen nicht gerecht. Dort heißt es – neben dem allgemeinen Versprechen, Bürokratiekosten für die Wirtschaft um 25 Prozent (rund 16 Milliarden Euro) zu reduzieren und den Erfüllungsaufwand, um mindestens zehn Milliarden Euro zu senken – zum Bundestariftreuegesetz: „Bürokratie, Nachweispflichten und Kontrollen werden wir auf ein absolutes Minimum begrenzen.“

Was als Tariftreue bezeichnet wird, bleibt ein hoch bürokratisches Tarifzwangsgesetz, das Wirtschaft und Tarifautonomie unnötig belastet. Konstitutive Tariftreueeregungen sind unvereinbar mit der vom Grundgesetz geschützten Tarifautonomie und der Koalitions- und Arbeitsvertragsfreiheit. Das sog. Tariftreueversprechen bedeutet einen **verfassungsrechtlich fragwürdigen Tarifzwang**. Dabei garantieren das Mindestlohngesetz, das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz und das Arbeitnehmer-Entsendegesetz bereits angemessene Mindestentgelte für Beschäftigte. Auch nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) widersprechen konstitutive Tariftreuehürden als wettbewerbsfeindliche und protektionistische Maßnahmen der Nationalstaaten der Dienstleistungsfreiheit im Recht der Europäischen Union.

Die an einem Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen werden durch die Bundestariftreuregelung gezwungen, die vom Staat festgelegten tariflichen

Entgelte und weiteren Arbeitsbedingungen zu zahlen. Sie müssen unter Umständen fremde Tarifverträge anwenden, wenn sie einen öffentlichen Auftrag erhalten wollen. Auf der Grundlage des Gesetzentwurfs werden bestehende Tarifverträge verdrängt und Tarifverträge entwertet. Damit werden die Anreize für eine Tarifbindung noch gesenkt, die **Tarifautonomie würde weiter ausgehöhlt**. Kein Unternehmen wird deswegen in einen Tarifvertrag, kein Arbeitnehmer in eine Gewerkschaft eintreten. Auch uns ist kein Betrieb bekannt, der aufgrund ähnlicher Regelung in der Vergangenheit in Nordrhein-Westfalen Mitglied in einem Arbeitgeberverband geworden ist.

Durch Tariftreuevorgaben entstehen vor allem bürokratische Hürden und Kosten für Unternehmen und die öffentliche Auftragsseite. Der Nachweis-, Prüfungs- und Kontrollaufwand nimmt unverhältnismäßig zu. Das wirkt sich negativ auf die Zahl und die Vielfalt bei den Bietern aus und geht vor allem zu Lasten kleiner und mittlerer Unternehmen. Schon jetzt gibt es nach der Vergabestatistik des Statistischen Bundesamts bei öffentlichen Aufträgen des Bundes in rund 30 % der Ausschreibungen nur einen Bewerber. Die Haushaltsausgaben werden steigen und an anderer Stelle Mittel für dringende Investitionen fehlen. Insgesamt werden **Vergabeverfahren belastet** – in Zeiten, in denen etwa für Transformation und Infrastrukturmodernisierung eine Beschleunigung notwendig wäre. Dies widerspricht auch klar dem richtigen Anliegen des Vergabebeschleunigungsgesetzes der Bundesregierung.

II. Grundsätzliche Hinweise

Regelungsvorhaben einer Bundes-Tariftreue unionsrechtswidrig

Die Vorgabe verbindlicher tariflicher Arbeitsbedingungen ist nicht vom Katalog der qualifizierten Rechtsquellen in der reformierten Entsenderichtlinie gedeckt. Es fehlt an der von Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Spiegelstrich 1 Entsende-Richtlinie vorausgesetzten allgemeinen Wirksamkeit.

Darüber hinaus ist eine solche beschränkende Regelung unvereinbar mit der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV. Aus der RegioPost-Entscheidung des EuGH folgt kein Freibrief für konstitutive Tariftreue Regelungen¹. Dieses Urteil bezog sich zum einen auf die gesetzliche Regelung eines vergabespezifischen Mindestlohns und ist daher auf tarifliche Vorgaben nicht übertragbar. Zum anderen betraf es den Zeitraum vor Inkrafttreten des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns. Wegen der Existenz des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns und branchenspezifischer Mindestlöhne scheidet eine Rechtfertigung mit Gesichtspunkten des Arbeitnehmerschutzes aus.

Bundes-Tariftreue widerspricht Arbeitsvertragsfreiheit und Tarifautonomie

Ohne Tariftreueversprechen kann ein Unternehmen keinen öffentlichen Auftrag erlangen. Es handelt sich nicht lediglich um eine Ausführungsbedingung, sondern um eine Schranke für die Teilnahme am Wettbewerb um öffentliche Aufträge. Mit einer konstitutiven Tariftreue Regelung müssen die an einem Vergabeverfahren

beteiligten Unternehmen die staatlicherseits vorgegebenen Arbeitsbedingungen einhalten. Dies gilt selbst dann, wenn sie an einen eigenen Tarifvertrag gebunden sind. Mitgliedschaftlich oder durch eigenen Abschluss legitimierte Tarifverträge werden so faktisch entwertet, wenn ihre Einhaltung nicht die Teilnahme an öffentlichen Vergabeverfahren ermöglicht. Wenn Unternehmen zu einem großen Teil auf öffentliche Aufträge angewiesen sind, schränken solche Vorgaben deren wirtschaftliche Betätigungsfreiheit erheblich ein.

Sehr deutlich wird die Entwertung von bestehenden Tarifverträgen an § 4 Abs. 1 Satz 2 hinsichtlich der Zeitarbeit. Diese Regelung schränkt die Anwendung der Tarifverträge der Zeitarbeit von vornherein massiv ein, denn die Regelung dieses Passus sorgt dafür, dass auch tarifgebundene Zeitarbeitsunternehmen, was bei einer Tarifabdeckung von rund 90 Prozent die überwiegende Mehrheit ist, ihre eigenen Tarifverträge in wesentlichen Punkten nicht anwenden dürfen. Tarifgebundene Personaldienstleister würden vielmehr durch die Regelung gezwungen, Tarifverträge anderer Branchen anzuwenden. Dies ist das Gegenteil von Schutz und Förderung originärer Tarifbindung, die die Verfasser des Entwurfs erreichen wollen.

Konstitutive Regelungen wie die vorliegende Bundes-Tariftreuevorgabe verletzen die nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Arbeitsvertragsfreiheit der (potenziellen) Bieter. Bisher sind positive Auswirkungen solcher Regelungen auf Landesebene auf den Bestand an Tarifverträgen jedenfalls nicht auszumachen. Das haben auch die Erfahrungen in Nordrhein-Westfalen mit ähnlichen Regelungen in den Jahren 2012 bis 2017 gezeigt, die daher zu Recht wieder abgeschafft wurden.

Arbeitnehmerschutz taugt nicht als Rechtfertigung

Mit der Einführung des allgemeinen Mindestlohns, der für alle Branchen offenen Möglichkeit, branchenbezogene Mindestentgelte über das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) zwingend verbindlich oder Tarifverträge nach § 5 Tarifvertragsgesetz (TVG) für allgemeinverbindlich zu erklären, besteht ein umfassendes System von Lohnuntergrenzen, das einen ausreichenden Arbeitnehmerschutz und Mindeststandards bei Arbeitsbedingungen sicherstellt. Die Rechtslage ist heute eine andere als zu der Zeit der Entscheidung von 2006 zum früheren Berliner Vergabegesetz. Damals hatte das BVerfG den Arbeitnehmerschutz noch höher gewichtet als den Eingriff in die Berufsfreiheit der Unternehmer.

Zur Förderung des Wettbewerbs ungeeignet

Tariftreueanforderungen sind auch nicht geeignet, den Wettbewerb um öffentliche Aufträge zu fördern. Es fehlt schon an der Feststellung, dass der Wettbewerb zwischen tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Bietern nicht ausgeglichen ist. Es ist auch nicht nachgewiesen, dass tarifungebundene Bieter generell ungünstigere Arbeitsbedingungen gewähren und dadurch einen Vorteil im Vergabewettbewerb haben. Im Gegenteil, gerade Tariftreuregelungen führen zu Wettbewerbsverzerrungen, wenn sich insbesondere kleine und mittelständische

Unternehmen nicht mehr an der öffentlichen Auftragsvergabe beteiligen, weil sie den damit verbundenen Aufwand nicht mehr leisten können.

In der Vergangenheit haben mehrere Evaluationen der Landesvergabegesetze gezeigt, dass gerade die wettbewerblichen Ziele der Landesgesetzgeber häufig nicht erreicht werden können. So kam eine Auswertung des Landestariftreue- und Mindestlohngesetzes Baden-Württemberg zu dem Schluss, dass sich kein direkter kausaler Effekt in Bezug auf eine Verbesserung des Wettbewerbs eingestellt habe. Zudem berichteten Vergabestellen im Rahmen der Evaluationen von einer Verkleinerung des Bieterkreises. Der mit der Umsetzung der vergaberechtlichen Anforderungen verbundene Vollzugs- und Bürokratieaufwand hat insbesondere auf kleine und mittlere Unternehmen sowie Handwerksbetriebe eine abschreckende Wirkung. Das waren auch die Erfahrungen in Nordrhein-Westfalen.

III: Konkrete Hinweise:

Vorbemerkung: Die nun folgenden konkreten Hinweise zu den Regelungen im Einzelnen ändern nichts an der Tatsache, dass wir das Gesetz grundsätzlich ablehnen.

§ 1 Anwendungsbereich – Schwellenwert zu niedrig

Eine konstitutive Tariftreuregelung muss verhältnismäßig sein und – im Hinblick auf den Anspruch der Koalition bürokratische Belastungen einzudämmen – so wenig bürokratisch wie möglich. Dazu gehört, dass über den Geltungsbereich und angemessen hohe Schwellenwerte diejenigen öffentliche Aufträge ausgenommen werden sollen, bei denen ein Tariftreuekriterium und der damit verbundene Eingriff in Freiheitsrechte sowie der bürokratische und kostenmäßige Mehraufwand angesichts des Auftragswerts außer Verhältnis stünden.

Um den bürokratischen Aufwand für alle Bieter und die öffentliche Hand auf ein angemessenes Ausmaß zu begrenzen und zu gewährleisten, dass auch weiterhin ausreichend Bieter – gerade auch aus dem Mittelstand – an öffentlichen Vergabeverfahren teilnehmen, wäre die generelle Anwendung des Tariftreuegesetzes ab einem Auftragswert von 100.000 Euro sinnvoll. Damit würden nach der Vergabestatistik des Statistischen Bundesamts immerhin 98 % des gesamten Auftragsvolumens erfasst. Die restlichen 2 % betreffen kleinere Aufträge, bei denen der Aufwand einer Tariftreuehürde für die Auftraggeber- und Auftragnehmerseite nicht gerechtfertigt wäre.

Eine solche Differenzierung zwischen Großaufträgen mit hohen Auftragsvolumina und geringfügigeren Aufträgen ist notwendig und schont gerade die weniger leistungsfähigen kleinen und mittleren Unternehmen. Diese würden durch hohe gesetzliche Anforderungen, Kosten und bürokratische Aufwände aus dem Vergabewettbewerb zu Gunsten einiger weniger, großer Unternehmen mit mehr Kapazitäten aus dem Vergabewettbewerb verdrängt werden.

Ein Teil der Bundesländer, auch mit konstitutiven Tariftreuregelungen, hat daher aus guten Gründen Anwendungsgrenzen weit oberhalb der im Gesetzentwurf des Bundesarbeitsministeriums vorgesehenen 50.000€ geregelt (z.B. in Hamburg, Sachsen-Anhalt, Thüringen). Zum Teil sind die Schwellenwerte zuletzt gerade erhöht wurden wegen der Komplexität und den hohen bürokratischen Belastungen der vergaberechtlichen Anforderungen, zu denen die geplante Tariftreuregelung zweifelsohne beitragen würde.

§ 1 Anwendungsbereich – Lieferleistungen ausnehmen

Im Hinblick auf eine verhältnismäßige, bürokratiearme Regelung sollten Lieferleistungen von der Tariftreuevorgabe ausgenommen werden. Dies gilt erst recht, wenn die Schwellenwerte für den Geltungsbereich der Tariftreuregelung zu niedrig angesetzt werden, so dass auch geringfügige Lieferleistungen erfasst wären.

Anders als bei längerfristigen Bauaufträgen handelt es sich bei der Beschaffung und Lieferung von Waren um punktuelle Leistungen. Das Tariftreuekriterium hängt mit der gelieferten Ware nicht unmittelbar zusammen, anders als bspw. die Vorgabe, dass ein geliefertes Produkt eine bestimmte Chemikalie nicht enthalten darf. Die Frage der Tarifbindung eines Unternehmens ist als unternehmerische Entscheidung eher der allgemeinen Unternehmenspolitik zuzuordnen. Nach Erwägungsgrund Nr. 97 der europäischen Vergabe-Richtlinie heißt es dazu: „Die Bedingung eines Bezugs zum Auftragsgegenstand schließt allerdings Kriterien und Bedingungen bezüglich der allgemeinen Unternehmenspolitik aus, da es sich dabei nicht um einen Faktor handelt, der den konkreten Prozess der Herstellung oder Bereitstellung der beauftragten Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen charakterisiert.“

Die Tariftreuevorgabe bezieht sich zudem auf Tätigkeiten. Sie ist bei bloßen Lieferleistungen eine unverhältnismäßige Anforderung und ihre Reichweite nur schwer abzugrenzen. Für die Praxis stellen sich bei der Umsetzung der Tariftreuregelung zahlreiche Fragen und mithin Unsicherheiten, die gerade für kleine und mittelständische Betriebe äußerst belastend sind. Soll bspw. bei einem Großhändler Büromaterial beschafft werden, müssten allen Arbeitnehmern, die an einem bestimmten Tag für ein paar Stunden die Bestellung, Verpackung und Auf-den-Weg-bringen der Waren abwickeln, die vorgegebenen Arbeitsbedingungen gewährt werden. Was gilt, wenn der Lagermitarbeiter in den zwei Stunden neben dem öffentlichen Auftrag auch noch private Bestellungen verpackt? Was ist mit den Vorgaben zu Arbeitszeit und Urlaub bei solchen kurzfristigen Tätigkeiten?

Nach der Gesetzesbegründung soll über den „vergaberechtlich vorgegebenen Auftragsgegenstand“ eine Abgrenzung der Reichweite der Tariftreuevorgabe erfolgen. Die Tariftreue als Ausführungsbedingung soll bspw. nicht für Leistungen gelten, die bereits vor der Zuschlagserteilung erbracht worden sind und damit unabhängig von einem konkreten Auftrag ausgeführt werden. Nicht zur Ausführung des öffentlichen Auftrags gelten daher Tätigkeiten, die bereits vor der Zuschlagserteilung hergestellte Waren betreffen. Damit verbleiben für die

Vergabep Praxis aber Unschärfen – solche Unsicherheit sind Gift gerade für eine Beteiligung von KMU an Vergabeverfahren. Sollen Waren direkt beim Hersteller beschafft werden, würde der Lagerbestand darüber entscheiden, ob die Tariftreuevorgabe hier gilt. Ist die Ware gerade nicht vorrätig, weil zuvor ein privater Großauftrag erfüllt worden ist, und müssen die Waren für den öffentlichen Auftrag nachproduziert werden, würde die Tariftreue bereits bei der Produktion gelten. Ist das Lager gut gefüllt und die bestellten Waren vorrätig, greift die Tariftreue erst für Tätigkeiten wie das Zusammenstellen und Verpacken der Ware. Auch bei den Tariftreuevorgaben zu Arbeitszeit und Urlaub bleibt der notwendige Bezug zum Auftragsgegenstand eher zweifelhaft. Nach der Gesetzesbegründung sind daher richtigerweise zumindest Tätigkeiten nach Zuschlagserteilung „regelmäßig“ ausgenommen, die zur Herstellung von „standardisierten Waren“ erbracht werden. Weniger komplex und für die Praxis rechtssicherer wäre es, wenn sich die Ausnahme für Lieferleistungen aus dem Wortlaut des Gesetzestextes selbst ergeben würde.

§ 1 Anwendungsbereich – Selbstverwaltungsrecht achten

Die selbstverwaltete mittelbare Bundesverwaltung sollte vom Anwendungsbereich eines Bundestariftreuegesetzes ausgenommen werden. Dies gebietet das Selbstverwaltungsrecht der Sozialpartner, wonach staatliche Eingriffe in selbstverwaltete Körperschaften verhindert werden müssen. Eine Tariftreuregelung in den Sozialversicherungen führt zu höheren Kosten für die Beitragszahlenden – also auch die vielen kleinen und mittelständischen Betriebe – und noch höheren administrativen Aufwendungen. So bestehen bereits zu viele kleinteilige und schwer umsetzbare Regelungen, z. B. im Bereich der Akkreditierungs- und Zulassungsverordnung Arbeitsförderung (AZAV).

§ 3 Tariftreueversprechen – sachgerechte Abgrenzung gewährleisten

Nach § 3 Abs. 1 muss der Auftragnehmer die Arbeitsbedingungen der jeweils einschlägigen Rechtsverordnung gewähren. Wann eine Rechtsverordnung für die Ausführung eines öffentlichen Auftrags einschlägig ist, darüber schweigt sowohl der Gesetzestext als auch die Gesetzesbegründung. Hier muss der Gesetzgeber klarstellen, dass eine Rechtsverordnung dann einschlägig ist, wenn sie entsprechend des Geltungsbereichs des zu Grunde liegenden Tarifvertrags räumlich, fachlich und persönlich anwendbar ist.

Hinzukommt, dass die Rechtsverordnung selbst sachgerecht abgegrenzt sein muss, um Branchenüberschneidungen zu verhindern. Hier sollte nichts anderes gelten als bei der Allgemeinverbindlicherklärung oder der Rechtsverordnung nach dem AEntG. Dort bewährte Einschränkungsklauseln bzw. Anwendungsausnahmen müssen auch bei Tariftreue-Verordnungen nach dem Bundestariftreuegesetz Anwendung finden.

§ 4 Anspruch für Arbeitnehmer – bürokratisch und im Vergaberecht fremd

Ein individueller Anspruch auf Gewährung bestimmter Arbeitsbedingungen ist als arbeitsrechtlicher Anspruch ein Fremdkörper im Vergaberecht. Dieser lässt sich mit den Kernzielen des Vergaberechts – wirtschaftliche Beschaffung unter

sparsamer und sachgerechter Verwendung von Steuergeldern – nicht vereinbaren. Das Vergaberecht ist weder ein geeigneter Ort für ein Arbeits-Sonderrecht, noch lässt sich ein solcher Anspruch mit Arbeitnehmerschutz und Stärkung der Tarifautonomie rechtfertigen.

Die vorgesehene Anspruchsregelung für Arbeitnehmer ist im Hinblick auf § 3 (Tariftreueversprechen) auch überflüssig. Es wird bereits ausdrücklich betont, dass sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer die verbindlich festgelegten Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer für die Dauer der Leistungserbringung nicht nur gewähren, sondern auch sicherstellen müssen.

Die Regelung zum Anspruchsverzicht gemäß § 4 Abs. 2 ist restriktiver gestaltet als diejenigen in § 9 AEntG oder § 3 S. 2 MiLoG. Wenigstens sollte der Verzicht durch gerichtlichen Vergleich ohne Zustimmung der Tarifvertragsparteien zugelassen werden.

Die Flankierung mit einer Informationspflicht, wonach der Auftragnehmer spätestens am 15. Tag nach Beginn der Auftragstätigkeit die Arbeitnehmer über ihren Anspruch informieren muss, ist ein weiterer Posten auf der ohnehin schon prall gefüllten Liste bürokratischer Anforderungen an Arbeitgeber. Gerade kleine und mittelständische Betriebe brauchen vielmehr Entlastungen.

Die Vorschrift der Anwendung der Tariftreue auf Leiharbeitnehmer, die von einem Arbeitgeber zur Ausführung des öffentlichen Auftrages eingesetzt werden, führt den Gedanken der Lohnuntergrenze in der Zeitarbeit ad absurdum. Sie widerspricht grundsätzlich der Möglichkeit, durch Tarifverträge Entgeltstrukturen zu gestalten. Allein die mittelbare Betroffenheit der eingesetzten Arbeitnehmer rechtfertigt diesen Eingriff nicht.

§ 5 Rechtsverordnungsverfahren – fehlende Kriterien und einseitiges Verfahren

Eine Gewerkschaft oder eine Arbeitgebervereinigung, die einen Tarifvertrag für eine Branche geschlossen haben, können beim BMAS einen Antrag auf Erlass einer Rechtsverordnung stellen, wodurch bestimmte Arbeitsbedingungen aus dem entsprechenden Tarifvertrag verbindlich für öffentliche Aufträge werden. Zu den Arbeitsbedingungen zählt die Entlohnung, der bezahlte Mindestjahresurlaub, Höchstarbeitszeiten, Mindestruhezeiten sowie Ruhepausenzeiten. Der Antrag kann einseitig und ohne Zustimmung des am Tarifvertrag beteiligten Sozialpartners erfolgen. Das BMAS hat dabei kaum einen Ermessensspielraum, sondern muss die Rechtsverordnung in der Regel erlassen. Überdies ist das Verordnungsverfahren unzureichend ausgestaltet – es fehlen einerseits materiellrechtliche Anforderungen für den Verordnungserlass, andererseits ist eine angemessene Beteiligung der Tarifpartner und weiterer Betroffener nicht gewährleistet.

§ 5 Rechtsverordnungsverfahren – gemeinsamer Antrag notwendig

An einem gemeinsamen Antrag der Tarifvertragsparteien, um das Rechtsverordnungsverfahren beim BMAS initiativ in Gang zu setzen, sollte unbedingt festgehalten werden. Dies entspricht der Rechtslage im AEntG. Beim

Verfahren der Allgemeinverbindlicherklärung nach dem TVG wird durch das Erfordernis eines gemeinsamen Antrags aller tarifvertragsschließenden Parteien gewährleistet, dass die Abstützung der tariflichen Ordnung aus Sicht sämtlicher Parteien des Tarifvertrags erforderlich erscheint. Die genannten gesetzlichen Bestimmungen sehen ein gemeinsames Handeln und eine Einbindung der Tarifpartner in einem geordneten Verfahren vor. Daran fehlt es im vorliegenden Entwurf.

Ein zweiseitiges Antragserfordernis folgt der Logik im Bereich der Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG. Der gemeinsame Antrag der tarifschließenden Parteien ist vor diesem Hintergrund richtig und als Legitimationsbasis für die Verbindlichmachung tariflicher Arbeitsbedingungen durch das Bundesarbeitsministerium auch notwendig.

§ 5 Rechtsverordnungsverfahren – Auswahl des Tarifvertrags zweifelhaft

Laut Entwurf sollen die Arbeitsbedingungen aus dem Tarifvertrag für verbindlich erklärt werden, zu dem der erste Antrag eingegangen ist. Vor Erlass der Rechtsverordnung informiert das BMAS die Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die unter den Geltungsbereich fallen, die Parteien der Tarifverträge für die Anträge gestellt wurden, sowie die Spitzenorganisationen im Sinne des TVG über die Einleitung eines Verfahrens für den Erlass einer Rechtsverordnung. Anschließend haben die Gewerkschaften bzw. Arbeitgebervereinigungen die Möglichkeit, innerhalb von drei Wochen eine Stellungnahme zur Auswahl abzugeben. Erst bei Eingang von mehreren Anträgen entscheidet das BMAS aufgrund des Merkmals der Repräsentativität des Tarifvertrags, welcher als Grundlage für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen genutzt wird. Bei dieser Auswahlentscheidung werden die Stellungnahmen der Tarifvertragsparteien sowie die Empfehlung der Clearingstelle berücksichtigt. Die Empfehlung der Clearingstelle ist für das BMAS aber nicht bindend.

Die Regelung in § 5 des Entwurfs führt zu einer faktischen Verdrängung anderer Tarifverträge und ist damit unvereinbar mit der Tarifautonomie bereits tarifgebundener Bieter. Diese Folge steht auch dem Zweck des Gesetzes entgegen, die Tarifautonomie zu stärken.

Schließlich kann die Regelung dazu führen, dass für die Durchführung öffentlicher Aufträge Tarifverträge herangezogen werden, die nur für eine geringe Anzahl an Beschäftigten innerhalb einer Branche gelten. Es ist im Hinblick auf die dargestellten Grundrechtseingriffe abzulehnen, dass sich Bieter auf die Einhaltung von Tarifen verpflichten müssen, die sich am Markt nicht durchgesetzt haben.

§ 5 Rechtsverordnungsverfahren – Missbrauchsgefahr durch fehlende materiellrechtliche Anforderungen

Der Erlass einer Rechtsverordnung nach § 5 des Entwurfs ist an keine materiellrechtlichen Kriterien bzw. Anforderungen geknüpft. Es ist auch keine gesetzliche Zweckbestimmung (z. B. im Hinblick auf funktionierende Wettbewerbsbedingungen) geregelt, anhand derer das BMAS abzuwägen hätte,

ob einem Antrag auf Erlass einer Rechtsverordnung stattgegeben wird. Auf eine Rechtsverordnung kann nur verzichtet werden, wenn „ausnahmsweise“ kein öffentliches Interesse am Erlass gegeben ist. Laut Gesetz ist daher ein öffentliches Interesse am Erlass der Rechtsverordnung der Regelfall, ohne dass das BMAS hier zu einer eingehenden Prüfung verpflichtet wäre. Das BMAS hat nur im Ausnahmefall zu prüfen, ob ein öffentliches Interesse zu verneinen wäre. Allerdings wird nicht ausgeführt, wann ein solcher Ausnahmefall gegeben ist und welche besonderen Umstände oder gewichtigen entgegenstehenden Interessen dafür sprechen sollen.

§ 5 Rechtsverordnungsverfahren – Beschränkung auf bundesweite Mindestentgelte erforderlich

Die Bundes-Tariftreue ist nicht auf bundesweite Tarifverträge beschränkt und umfasst ganze Lohngritter sowie weitere Arbeitsbedingungen. Die Differenzierung der einzuhaltenden Arbeitsbedingungen nach der Auftragsdauer ist ein Schritt in Richtung Entbürokratisierung, greift aber für die Praxis viel zu kurz. Je nach Verteilung der Dauer öffentlicher Aufträge könnte der Entlastungseffekt auch nur gering sein. Die Grenze der Auftragsdauer sollte deutlich nach oben gesetzt werden und mindestens sechs Monate betragen. Besser wäre es, wenn die Tariftreue auf bundesweite Mindestentgelte beschränkt wäre und zusätzliche Arbeitsbedingungen wie Arbeitszeit- und Urlaubsregelungen generell auszunehmen. Ansonsten ist die Komplexität gerade für KMU massiv.

Nach der Begründung des Entwurfs sollen Arbeitsbedingungen aus unterschiedlichen regionalen Tarifverträgen mit demselben fachlichen Geltungsbereich von einer gemeinsamen Rechtsverordnung erfasst werden. Wie dies rechtssicher und bürokratiearm umgesetzt werden soll, bleibt unklar. Je nach Art und Ort der Auftragsleistung, der zur Ausführung notwendigen Tätigkeiten und den jeweils einschlägigen Tarifverträgen können mit der Bundestariftreuregelung eine überfordernde Vielzahl von Entgeltpositionen und weiteren Arbeitsbedingungen zusammenkommen, die der Auftragnehmer und sämtliche weitere Auftragsbeteiligte im Blick behalten bzw. ggf. nachweisen (und die Auftraggeber kontrollieren) müssen. Hinzukommt kommt die mitunter komplexe Frage nach der rechtssicheren Eingruppierung von Tätigkeiten, die eine sorgfältige Prüfung der Tätigkeitsmerkmale und deren Zuordnung zu den entsprechenden tariflichen Entgeltgruppen erfordert. Gerade für tarifunerfahrene kleine und mittelständische Betriebe ist dies eine kaum überwindbare Hürde.

Beteiligt sich ein Unternehmen bisher an regionalen, als auch an Bundes-Vergaben wird die Einhaltung der verschiedenen Tariftreueanforderungen für den Auftragnehmer zu einem komplexen Unterfangen, dessen Aufwand kaum noch in einem annehmbaren Verhältnis zum Nutzen steht. Die für die Umsetzung angesetzten 400.000 Euro Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft dürften sich angesichts dieser Komplexität in der Realität als viel zu niedrig erweisen.

Für die Auftraggeber besteht insbesondere bei sich überschneidenden Tätigkeitsbereichen verschiedener Branchen zudem das Risiko, dass für eine

bestimmte Auftragsleistung falsche Branchentarifbedingungen herangezogen werden. Die Frage der fachlichen Geltung eines Tarifvertrages ist in der Praxis alles andere als trivial und dürfte die Auftragsstellen eher überfordern.

Hinzukommt, dass in einigen Branchen bereits Branchenmindestlohn-Verordnungen nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz gelten, das Bundestariftreuegesetz aber darüberhinausgehende regionale Lohnvorgaben für den Bereich der Auftragsvergabe nicht ausschließt. Damit würde für das öffentliche Vergaberecht etwas anderes gelten als im Entsenderecht. In der bisherigen Form führt die Regelung dazu, dass die Tatbestandsvoraussetzung eines bundesweiten Entgelttarifvertrags im Arbeitnehmer-Entsendegesetz partiell ausgehebelt wird.

Eine Beschränkung auf bundesweite Tarifverträge und die untersten (drei) Mindestentgelte würde die Umsetzung und rechtssichere Anwendung der Bundestariftreueregelung wesentlich erleichtern.

§ 5 Rechtsverordnungsverfahren – allgemeines Stellungnahmerecht wichtig

Die Regelung in § 5 des Gesetzentwurfs sieht nunmehr eine allgemeine Möglichkeit zur Stellungnahme für die andere Tarifvertragspartei oder sonstige Betroffene vor. Das ist im Hinblick auf die Bedeutung der Tarifpartner richtig und notwendig und sichert den von einer Rechtsverordnung potenziell betroffenen Bietern grundlegende Beteiligungsrechte.

Eine Tariftreueregelung muss den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine angemessene Beteiligung Betroffener und der Sozialpartner genügen. Dazu gehören der gemeinsame Antrag der Tarifvertragsparteien, deren Antrag im Rahmen der Tariftreue vorgegeben werden soll, ebenso wie ausreichende Stellungnahme- und Anhörungsrechte im Laufe des Verfahrens. Bereits im Urteil über den seinerzeitigen Post-Mindestlohn (Urteil vom 28.1.2010 – 8 C 19.09) hatte das Bundesverwaltungsgericht wegen des Fehlens sonstiger materiellrechtlicher Anforderungen an den Erlass einer Rechtsverordnung und der „handgreiflichen Betroffenheit“ im grundrechtlich geschützten Bereich die wesentliche Bedeutung von Beteiligungsrechten betont.

§ 5 Rechtsverordnungsverfahren – Verfahren bei Änderungen intransparent

Werden die in einer Rechtsverordnung festgesetzten Arbeitsbedingungen durch einen anderen Tarifvertrag derselben Tarifvertragsparteien geändert, sieht der Entwurf in § 5 Abs. 6 eine Bekanntmachung der geänderten Arbeitsbedingungen im Bundesanzeiger vor. Ausweislich der Gesetzesbegründung bedarf es in diesen Fällen keines neuen Antrags. Würden beispielsweise die in einer Rechtsverordnung festgesetzten Entgelte durch einen folgenden Tarifabschluss erhöht, würde diese Änderung lediglich im Bundesanzeiger bekanntgegeben. Die Verordnung selbst bleibt unverändert bestehen. Damit ergibt sich eine Diskrepanz zwischen Verordnung und Tarifvertrag und der notwendige Bezug zum Tarifvertrag wird verwässert. Die erforderliche Rechtsklarheit und Transparenz sind in diesen Fällen nicht mehr gegeben. Gerade kleinere und mittelständische Betriebe stellt dies von

große Herausforderungen. Zudem bricht die Regelung mit der Verfahrensweise bei einer Allgemeinverbindlicherklärung nach dem Tarifvertragsgesetz oder einer Rechtsverordnung nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz. Dort muss der geänderte Tarifvertrag erneut für allgemeinverbindlich erklärt oder durch eine neue Rechtsverordnung erstreckt werden.

Die Gesetzesbegründung verweist zudem darauf, dass § 5 Abs. 6 nicht für die Fälle gilt, in denen in einem Nachfolgetarifvertrag neue Regelungsgegenstände vereinbart werden, die bislang nicht Gegenstand der betreffenden Verordnung waren. Diese Änderungen sollen nur durch den Erlass einer Änderungsverordnung verbindlich gemacht werden können. In der Praxis wird sich in nicht wenigen Fällen nicht klar trennen lassen, was „nur“ eine Änderung eines bestehenden Regelungsgegenstands oder schon ein eigenständiger neuer Regelungsgegenstand ist. Ist eine neue Zulage in dem betreffenden Tarifvertrag ein völlig neuer Regelungsgegenstand oder „nur“ eine ergänzende Änderung des schon geltenden Gegenstands der „Entlohnung“ nach § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 des Entwurfs? Überdies ergibt sich diese Differenzierung auch nicht eindeutig aus dem Wortlaut des Gesetzestexts. Zusätzlich verwirrend ist in diesem Zusammenhang auch § 7 Abs. 2, der eine dritte Kategorie von Änderungen enthält. Danach muss das Bundesarbeitsministerium eine Verordnung teilweise oder ganz aufheben, soweit die festgesetzten Arbeitsbedingungen nicht mehr Gegenstand des Tarifvertrags oder eines ihn ersetzenden Tarifvertrags sind.

Hier muss im vorliegenden Entwurf ein einheitlicher Bezug zum Tarifvertrag sichergestellt werden. Die erlassene Rechtsverordnung darf keinen anderen Inhalt haben als die zu Grunde liegenden tariflichen Regelungen. Werden diese geändert oder um neue Regelungsgegenstände ergänzt, muss in jedem Fall eine neue Verordnung beantragt werden.

§ 5 Rechtsverordnungsverfahren – Veröffentlichung klarstellen

Unklar ist, wo der Rechtsverordnungsentwurf sowie die Rechtsverordnung veröffentlicht werden. Im Gesetzentwurf ist lediglich die Rede von der „Bekanntmachung“ des Verordnungsentwurfs (§ 5 Abs. 4), während geänderte Arbeitsbedingungen ausdrücklich „im Bundesanzeiger bekannt“ werden (§ 5 Abs. 6). Die Arbeitsbedingungen einer erlassenen Rechtsverordnung werden wiederum „im Internet“ veröffentlicht (§ 5 Abs. 2 S. 2). Durch unterschiedliche Veröffentlichungsstellen steigt der Aufwand für alle Betroffenen, insbesondere KMU. Eine Klarstellung und Vereinheitlichung wäre für die Rechtsanwendung hilfreich.

§ 6 Clearingstelle – keine ausreichende Regelung für fehlende Stimmenmehrheit

Die Clearingstelle soll mit je drei Vertreterinnen bzw. Vertretern der Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer besetzt werden. Auf Verlangen der zur Stellungnahme Berechtigten gibt die Clearingstelle eine Empfehlung darüber ab, ob und mit welchem Inhalt die Rechtsverordnung erlassen werden soll. Falls eine Empfehlung nicht mit den mehrheitlichen Stimmen der Clearingstelle beschlossen werden kann, können mehrere Empfehlungen abgegeben werden.

Für den Fall, dass sich die Clearingstelle nicht auf eine einvernehmliche Empfehlung einigen kann, braucht es eine Lösung. Um eine möglichst breite Akzeptanz zu gewährleisten, sollten in diesem Fall erhöhte Anforderungen an eine Tariftreueverordnung gelten. Hierzu kann der Gesetzgeber sich an die bestehenden

Regelungen zum Ordnungsverfahren im Arbeitnehmer-Entsendegesetz anlehnen. Nach § 7 Abs. 3 Arbeitnehmer-Entsendegesetz hat der Ordnungsgeber bei konkurrierenden Anträgen „mit besonderer Sorgfalt die von einer Auswahlentscheidung betroffenen Güter von Verfassungsrang abzuwägen und die widerstreitenden Grundrechtsinteressen zu einem schonenden Ausgleich zu bringen“. Nach § 7 Abs. 5 Arbeitnehmer-Entsendegesetz kann eine Rechtsverordnung nur von der Bundesregierung erlassen werden, wenn im Tarifausschuss keine Stimmenmehrheit erreicht werden kann.

§ 8 Kontrollen – neue Bürokratie und Kosten durch neue Prüfstelle

Die Einhaltung des Tariftreueversprechens soll von den Auftraggebern kontrolliert werden. Sie sollen durch eine neu einzurichtende Prüfstelle Bundestariftreue unterstützt werden. Es ist richtig und notwendig, die Kontrolle durch die Prüfstelle generell auf hinreichende Verdachtsfälle zu beschränken. Aber es bleibt dabei: Eine solche zusätzliche Kontrollinfrastruktur bedeutet wieder mehr Bürokratie und jährliche Mehrausgaben.

Im Übrigen gehen Umfang und Reichweite der Kompetenzen der Prüfstelle sowie Näheres zu den Kontrollrechten aus § 8 nicht ausreichend klar hervor. Offen bleibt z. B. auch, welche Art von Handlungsempfehlung die Prüfstelle aussprechen kann. Das BMAS behält sich lediglich vor, dies per Rechtsverordnung zu bestimmen. Solche zentralen Fragen der Prüfstelle müssten jedoch transparent und klar im Gesetz selbst geregelt werden.

§ 9 Nachweispflicht – hohe bürokratische Anforderungen

Der Auftragnehmer soll verpflichtet werden, durch geeignete Unterlagen die Einhaltung des Tariftreueversprechens nach § 3 zu dokumentieren und die Nachweise auf Anforderung vorzulegen. Die Gesetzesbegründung nennt dabei zahlreiche Unterlagen (Lohnabrechnungen, Zahlungsbelege, Arbeitsverträge, Arbeitszeitaufzeichnungen), die der Auftragnehmer vorhalten muss. Das wird dem Anspruch des Koalitionsvertrages, Bürokratie, Nachweispflichten und Kontrollen auf ein Minimum zu begrenzen, nicht gerecht. Gerade auch kleine und mittelständische Betriebe kommen so neue Belastungen zu. Minimale Bürokratie würde bedeuten, dass eine Eigenerklärung des Bieters ausreicht.

Die in früheren Entwürfen noch geregelte entsprechende Pflicht des Auftragnehmers gegenüber Nachunternehmern bzw. Verleihern ist richtigerweise gestrichen worden. Es ist höchst unklar, wie der Auftragnehmer konkret sicherstellen soll, dass ein Nachunternehmer bzw. ein Verleiher die Erfüllung der Pflichten aus dem Bundestariftreuegesetz ausreichend dokumentiert und auf Anforderung des Bundesauftraggebers oder der Prüfstelle Bundestariftreue dafür geeignete Unterlagen vorlegt. Hätten dafür vertragliche Vereinbarungen mit dem Nachunternehmer bzw. Verleiher ausgereicht oder hätte der Auftragnehmer dies auch prüfen und kontrollieren müssen?

§ 10 Zertifizierungsverfahren – Erleichterungen greifen zu kurz

Die Möglichkeit für Betriebe, den Aufwand bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrags durch eine Zertifizierung möglichst gering zu halten, greift durch die Beschränkung lediglich auf Erleichterungen bei den Nachweispflichten zu kurz. Die Kontrollrechte nach § 7 des Entwurfs sind ausdrücklich ausgenommen. Im Ergebnis wird der Auftragnehmer gleichwohl Dokumente und Nachweise für den Fall der Kontrolle der Einhaltung des Tariftreueversprechen nachhalten müssen. Dies wäre eine massive Belastung insbesondere für KMU. Notwendig sind weitergehende Erleichterungen.

Richtig ist es, zumindest die Höhe der „angemessenen“ Vertragsstrafe zu konkretisieren. Ein bestimmter Prozentsatz des Auftragswerts als Angemessenheitsschwelle gewährleistet eine rechtssichere und verhältnismäßige Anwendung von Vertragsstrafen.

§ 12 Nachunternehmerhaftung – Streichung notwendig

Die Haftungsregelung in § 12 des Entwurfs ist gegenüber der Nachunternehmerhaftung im Arbeitnehmer-Entsendegesetz deutlich verschärft worden – sie umfasst nicht nur ein Mindestentgelt, sondern die gesamten durch Rechtsverordnung verbindlich gemachten bundesweit oder regional geltenden tariflichen Lohngritter inkl. Zulagen und Zuschläge einer Branche. Das Haftungsrisiko ist damit für den Auftragnehmer erheblich und kaum überschaubar. Er muss für fremdes Verschulden entlang der gesamten Leistungskette einstehen. Er muss für Risiken haften, die außerhalb seines Einflussbereichs liegen und die er deshalb kaum einschätzen und wirksam begrenzen kann. Die tatsächliche Einhaltung bei jedem Beteiligten ist für den Auftragnehmer nur schwer kontrollierbar. Auch bei vertraglicher Absicherung und Kontrolle gegenüber dem eingesetzten Nachunternehmer haftet der Auftragnehmer bei Verstößen. Auf ein Verschulden seitens des Auftragnehmers kommt es nicht an. Selbst für den Fall, dass der Auftragnehmer alles ihm Mögliche getan hat, gibt es keine Exkulpationsmöglichkeit.

Diese weitreichende Haftung wird die öffentliche Auftragsvergabe stark verteuern. Sie wird die Einbindung von Subunternehmen erheblich erschweren und damit eine arbeitsteilige, spezialisierte und qualitativ hochwertige Ausführung des öffentlichen Auftrags. Schlimmstenfalls wirkt die Regelung wettbewerbsbeschränkend und schreckt potenzielle Bieter – insbesondere kleine und mittelständische - gänzlich von der Teilnahme am öffentlichen Auftragswesen des Bundes ab. Die öffentliche Hand wird es damit schwieriger haben, geeignete Auftragnehmer für ihre Projekte zu finden.

Die Auftragnehmerhaftung muss – wenn schon nicht gestrichen – wenigstens auf ein angemessenes Maß zurückgeführt werden. Insbesondere bei nur geringfügigen Aufträgen ist eine derart weitgehende Haftung des Auftragnehmers für fremde Arbeitnehmer zusätzlich zur ohnehin schon nach dem Mindestlohn- und dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz bestehenden Haftung nicht angemessen. Denkbar wäre es, die Haftung verschuldensabhängig zu gestalten oder zumindest erst ab

einem bestimmten Auftragsvolumen greifen zu lassen. So greift bspw. die Haftung für die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge nach § 28e Absatz 3a Viertes Sozialgesetzbuch erst ab einem geschätzten Gesamtwert von Bauleistungen in Höhe von 275.000 €.

Grundsätzlich sollte auch – zumindest aber in Fällen außerhalb der Insolvenz des Nachunternehmers – die Einrede der Vorausklage möglich sein. Andernfalls wäre der Unternehmer allein auf den repressiven Rechtsschutz verwiesen, was in Anbetracht des aufgezeigten Haftungsrisikos nicht vertretbar ist.

Die Haftungserleichterung bei Einsatz eines zertifizierten Nachunternehmers (in Anlehnung an § 28e Absatz 3g bzw. 3c Viertes Sozialgesetzbuch) ist richtig. Eine solche Haftungserleichterung erhöht die Bedeutung und den Mehrwert einer Zertifizierung und fördert den Einsatz zertifizierter Unternehmen.

§ 13 Feststellung von Fehlverhalten – unklar und unzureichender Rechtsschutz

Bei Feststellung von gesetzes- oder pflichtwidrigem Verhalten kann der Auftraggeber formell einen Verstoß feststellen und in diesem Fall eine Anfechtungsklage erhoben werden. Diese Regelung wird erhebliche praktische Schwierigkeiten mit sich bringen. Unklar ist, wann ein Pflichtverstoß „erheblich“ ist. Mit der Anfechtungsklage sind Rechtsschutzmöglichkeiten für Auftragnehmer lediglich rudimentär erwähnt: wer, wogegen und aus welchen Gründen eine Anfechtungsklage erheben können soll, bleibt unbestimmt.

§ 14 Fakultativer Ausschlussgrund – klarer formulieren

Absatz 2 will nach der Gesetzgebung den zulässigen Zeitraum eines Vergabeausschlusses regeln. Dies spiegelt die Formulierung des Entwurfs jedoch nicht hinreichend wider. Bereits der Wortlaut für sich betrachtet wirft die Frage auf, ob es sich nicht vielmehr um die Regelung einer Frist handelt, innerhalb derer die Prüfstelle Bundestariftreue den Ausschluss des Unternehmens lediglich aussprechen muss, während eine zeitliche Begrenzung des Ausschlusses nicht erfolgt. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber mit der gewählten Formulierung („nicht später als drei Jahre (...) ausgeschlossen werden“) von derjenigen in § 126 GWB („Höchstens drei Jahre ab (...) ausgeschlossen werden“) abweicht. Dabei dient § 126 GWB ausweislich der Gesetzesbegründung gerade als Vorbild für den § 14 Absatz 2, von dem nur im Hinblick auf den Zeitraum abgewichen werden soll. Der Normzweck der Regelungen unterscheidet sich hingegen nicht.

Ferner ist die Formulierung „nicht später als“ eben gerade in dem Bereich der Fristen für den rechtzeitigen Zugang von Erklärungen (vgl. § 651e Abs. 1 S. 1 BGB) oder die rechtzeitige Geltendmachung der Unwirksamkeit (§ 135 Abs. 2 S. 1 GWB) üblich, nicht jedoch im hiesigen Kontext. Im Ergebnis ist ein solches Verständnis weder vom Entwurf intendiert noch ist es wünschenswert. Um Missverständnissen vorzubeugen, sollte auch hier die Formulierung „darf es höchstens drei Jahre ab (...) ausgeschlossen werden“ gewählt werden.