

Mitteilung des Senats

**Nach der Neufassung der EU-Entsenderichtlinie: Anforderungen
an die Tariftreue bei der Vergabe öffentlicher Aufträge**

Mitteilung des Senats
an die Bremische Bürgerschaft (Landtag)
vom 14. Januar 2020

„Nach der Neufassung der EU-Entsenderichtlinie: Anforderungen an die Tariftreue bei der Vergabe öffentlicher Aufträge“

Die Fraktionen der SPD, Bündnis 90/Die Grünen und DIE LINKE haben folgende Große Anfrage an den Senat gerichtet:

„Als kollektive Regelwerke für Arbeitnehmer*innen und Arbeitgeber*innen in ihrem Geltungsbereich legen Tarifverträge verlässlich und umfassend die wichtigsten Arbeitsbedingungen fest. Sollen gesetzliche Mindestregelungen wie der Mindestlohn vorrangig nur die Ausfransung der Bedingungen am Arbeitsmarkt nach unten hin verhindern, treffen Tarifverträge demgegenüber regelmäßig weitergehende Regelungen beispielsweise von Löhnen, Arbeitszeit und Urlaub oder betrieblicher Altersvorsorge. Sie helfen auf diese Weise, die Zahl der arbeitsgerichtlichen Streitfälle zu verringern. Gelten die Vorgaben als Flächentarifvertrag wird zudem ein fairer, qualitätsorientierter Wettbewerb zwischen den Unternehmen befördert. Der DGB hat ausgerechnet, dass das Bundesland Bremen voraussichtlich 126 Millionen Euro mehr Einkommenssteuer im Jahr 2019 einnehmen könnte, wenn alle Arbeitnehmer*innen nach Tarif bezahlt würden. Auch auf die Gleichstellung der Geschlechter wirken sich Tarifverträge positiv aus. Nach einer Erhebung der Hans-Böckler-Stiftung aus dem Jahr 2015 erhöht sich der Bruttostundenlohn von Frauen in tarifgebundenen Jobs um 9,2 Prozent, bei Männern um immer noch erhebliche 6,6 Prozent.

Trotz der Bedeutung von Tarifverträgen für die bundesdeutsche Wirtschafts- und Sozialordnung ist die Tarifbindung in Deutschland allerdings rückläufig. In Bremen waren laut Arbeitnehmerkammer 2008 noch 67 Prozent der Beschäftigten von einem Tarifvertrag umfasst, 2017 waren es nur noch 55 Prozent. Hinsichtlich der Zahl der Betriebe wird deutlich, dass sich diese Bindung maßgeblich auf die großen Betriebe der Industrie und des öffentlichen Sektors stützt: die betriebliche Tarifbindung sank von 39 Prozent im Jahr 2008 auf nur noch 20 Prozent im Jahr 2017.

Die jüngste Neufassung der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Entsenderichtlinie) bietet daher eine gute

Grundlage dafür, die Anforderungen an die Tariftreue bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu überprüfen und die Tariftreue zu stärken. Nach der Entsenderrichtlinie, die bis zum 30. Juli 2020 in deutsches Recht umgesetzt werden muss, ist das komplette Arbeitsrecht des jeweiligen Gastlandes für langzeitentsandte Arbeitnehmer*innen anzuwenden.

Das Land Bremen kann die Tarifbindung unter anderem über die Forderung von Tariftreue bei der Vergabe öffentlicher Aufträge stützen. Eine Option für die Ausweitung der Tariftreue kann sich für die Bundesländer aus Artikel 3 Absatz 8 der Richtlinie durch die Möglichkeit ergeben, in ihren Vergabegesetzen den entsendenden Unternehmen die Anwendung von Tarifverträgen aufzugeben. Voraussetzung ist, dass die jeweiligen Tarifverträge zumindest faktisch allgemein wirksam sind. Somit kann eine Tariftreuevorgabe für alle inländischen Unternehmen über die jeweils einschlägigen Tarifverträge für den Bereich der Leistungen im Rahmen öffentlicher Auftragserbringung faktisch verankert werden. Ohne eine solche Vorschrift hätten nicht-tarifgebundene Unternehmen im Wettbewerb um öffentliche Aufträge einen strukturellen Vorteil gegenüber tariftreuen Unternehmen. In der Vergangenheit wurde die Möglichkeit der Länder zur Vorgabe von Tariftreue durch die Rechtsprechung des EuGH (Rüffert-Urteil) allerdings stark eingeschränkt. Aus diesem Grund haben viele Bundesländer wie auch Bremen über das Landesmindestlohngesetz in Verbindung mit dem Tariftreue- und Vergabegesetz vergabespezifische Mindestlöhne als verbindliche Lohnuntergrenze eingeführt.

Bremen hat bereits in der Vergangenheit den beschränkten Spielraum ausgeschöpft, weitergehende Tariftreue-Anforderungen zu stellen. Diese sind auf den ÖPNV sowie Bauaufträge begrenzt, solange letztere noch unterhalb des Schwellenwertes für die EU-Binnenmarktrelevanz liegen. Die jüngste Neufassung der EU-Entsenderrichtlinie legt auf Druck der europäischen Sozialdemokratie nunmehr die Grundlage dafür, wieder umfassendere Anforderungen an die Tariftreue bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zuzulassen.

Wir fragen den Senat:

1. Welche rechtlichen Anpassungen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Einführung der Unterschwellenvergabeverordnung und der Neufassung der EU-Entsenderrichtlinie nach Rechtsauffassung des Senats erforderlich und möglich? Inwieweit geht der Senat insbesondere davon aus, Tariftreuevorgaben künftig auf alle Bau-, Liefer- und Dienstleistungen anwenden zu können?
2. Hält der Senat einen Schwellenwert für die Anwendung ausgeweiteter Tariftreuevorgaben für erforderlich, um einen verhältnismäßigen Verwaltungsaufwand zu gewährleisten? Wenn ja, in welcher Höhe kann dieser aus Sicht des Senats festgelegt werden, ohne die angestrebte Stärkung der Tarifbindung signifikant zu beeinträchtigen?
3. Welche einzelnen Tarifvertragsbestandteile (wie Lohngitter des Tarifvertrages, Urlaubstage, Arbeitszeit, betriebliche Altersvorsorge) sollten nach Auffassung des Senats in Abwägung des Ziels der Stärkung der Tarifbindung einerseits und eines verhältnismäßigen Verwaltungsaufwandes andererseits in ausgeweitete Tariftreuevorgaben aufgenommen werden?
4. Zu wann können aufgrund der Neufassung der Entsenderrichtlinie Novellen

landesrechtlicher Tariftreuebestimmungen frühestens in Kraft treten? Inwie-
weit ist hierfür die Umsetzung der Richtlinie in Bundesrecht erforderlich?

5. Zu wann beabsichtigt der Senat, der Bürgerschaft einen Gesetzentwurf zur
Novelle des Bremischen Tariftreue- und Vergabegesetzes vorzulegen?
6. Wie bewertet der Senat die Aufnahme von Tarifbindung als Kriterium für die
Vergabe von Mitteln der Wirtschaftsförderung? Beabsichtigt der Senat an die-
ser Stelle, die Tarifbindung künftig als Kriterium anzuwenden und welche
Rechtsgrundlagen sind hierfür gegebenenfalls zu ändern?“

Der Senat beantwortet die Große Anfrage wie folgt:

1. Welche rechtlichen Anpassungen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Einführung der Unterschwellenvergabeverordnung und der Neufassung der EU-Entsenderichtlinie nach Rechtsauffassung des Senats erforderlich und möglich? Inwieweit geht der Senat insbesondere davon aus, Tariftreuevorgaben künftig auf alle Bau-, Liefer- und Dienstleistungen anwenden zu können?

Die Unterschwellenvergabeverordnung (UVgO) ist eine unverbindliche Vergabeordnung für die nationale Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, deren Verwendung der Bund nach vorheriger Abstimmung mit den Ländern und den kommunalen Spitzenverbänden am 2. Februar 2017 mittels einer Bekanntmachung im Bundesanzeiger empfohlen hat. Die Bremische Bürgerschaft hat die Vorschriften der UVgO durch die Aufnahme eines Verweises in § 7 Abs. 1 Satz 1 des Bremischen Tariftreue- und Vergabegesetzes (TtVG) zu verbindlichem Landesrecht erklärt, hierbei jedoch auch Einschränkungen vorgenommen. So gilt die UVgO nicht für Aufträge über freiberufliche Leistungen und generell nicht bei Auftragswerten unter 50.000 Euro. Somit ergänzt die UVgO das Landesrecht lediglich und ist gegenüber spezielleren Vorschriften Bremens nachrangig. Bei der UVgO handelt es sich zudem um reines Verfahrensrecht - sie regelt die Verfahrensarten und den Ablauf. Daher eröffnet die UVgO dem Landesgesetzgeber keine neuen Spielräume oder Handlungspflichten.

Auch die Neufassung der EU-Entsenderichtlinie entfaltet keine unmittelbare Wirksamkeit, sondern bedarf einer Umsetzung durch die Mitgliedsstaaten in nationales Recht. Der Bund hat damit begonnen, die bis zum 30. Juli 2020 notwendigen Anpassungen im Bereich des Arbeitsrechts vorzunehmen. Ein Referentenentwurf der Bundesregierung liegt vor. Die Bundesländer sind vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales im Dezember 2019 um erste Stellungnahmen zu dem Entwurf gebeten worden. Der Senat hat den Bundesgesetzgeber in diesem Rahmen bereits aufgefordert, die in der Entsenderichtlinie bestehenden Spielräume besser zu nutzen. Dies beinhaltet sowohl die Möglichkeit, die Einhaltung regionaler – und nicht nur bundesweiter – Tarifverträge für den Entsendefall uneingeschränkt verbindlich vorzugeben als auch den Vorschlag, die Fallgruppe der allgemein wirksamen Tarifverträge zu nutzen, um die Tariftreuevorschriften der Bundesländer zu stärken. Denn die Einhaltung regionaler Tarifverträge, die nicht für allgemeinverbindlich erklärt wurden, könnten im Sektor der öffentlichen Aufträge gleichwohl verbindlichen Charakter haben, sofern die Fallgruppe der allgemein wirksamen Tarifverträge hierfür im Arbeitnehmerentsendegesetz ausdrücklich herangezogen wird.

Der Senat hat sich auch im Rahmen der formellen Bundesratsbefassung eine Stärkung der regionalen Tariflandschaft zum Ziel gesetzt und wird dies mit der Initiierung entsprechender Anträge voranbringen. Eines der wesentlichen Ziele wird sein, die rechtlichen Spielräume bei der Vergabe öffentlicher Aufträge

auszuschöpfen und diese bereits auf Bundesebene eindeutig zu beschreiben.

Inwieweit die Landesgesetzgeber über das Landesvergaberecht – und damit innerhalb ihrer eigenen Kompetenzen – unmittelbar neue Handlungsspielräume aus der EU-Entsenderichtlinie herleiten können, wird von den Bundesländern sehr unterschiedlich bewertet. Der Senat verfolgt das Ziel, möglichst optimale Bedingungen für die Entwicklung der Tariflandschaft zu setzen und die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten entsprechend auszunutzen. In der gemeinsamen Sitzung von Senat und Arbeitnehmerkammer am 17.12.2019 hat der Senat angekündigt zu prüfen, welche Ausweitungen des Anwendungsbereichs des Tariftreue- und Vergabegesetzes vorgenommen werden können und sollen. Insbesondere steht im Raum, die Tariftreue-Vorschriften, die in Bremen nicht für Vergaben mit grenzüberschreitender Bedeutung zur Anwendung kommen, zukünftig auch auf ebensolche Vergabeverfahren zu erstrecken. Die Arbeits- und Sozialministerkonferenz stellte in ihrer Sitzung am 27. und 28. November 2019 hierzu fest, dass eine bundesweit einheitliche Rechtsauslegung und -handhabung diverser Begriffe aus der EU-Entsenderichtlinie mit Blick auf Tariftreuegesetze der einzelnen Länder unabdingbar sei.

Der Senat wird sich daher parallel zum bundesgesetzlichen Verfahren über die Umsetzung der Entsenderichtlinie für eine möglichst gemeinsame Haltung der Bundesländer zu den bestehenden Spielräumen einsetzen. Die hier gewonnenen Erkenntnisse werden im Rahmen der im Jahre 2020 ohnehin anstehenden Überarbeitung des Tariftreue- und Vergabegesetzes in den politischen Entscheidungsprozess einfließen. Der Senat setzt sich hierbei zum Ziel, den rechtlichen Rahmen so weit wie möglich zu nutzen und hierdurch erneut die Rolle des Vorreiters beim Schutz von Arbeitnehmerrechten im öffentlichen Auftragswesen einzunehmen.

2. Hält der Senat einen Schwellenwert für die Anwendung ausgeweiteter Tarif-treuevorgaben für erforderlich, um einen verhältnismäßigen Verwaltungsaufwand zu gewährleisten? Wenn ja, in welcher Höhe kann dieser aus Sicht des Senats festgelegt werden, ohne die angestrebte Stärkung der Tarifbindung signifikant zu beeinträchtigen?

Der Senat ist der Auffassung, dass die Anwendung der Tariftreuevorgaben auch bei einer Ausweitung auf den Dienstleistungsbereich nicht eingeschränkt werden sollte. Die Einführung der Tariftreue bedeutet bei der Vergabe einzelner öffentlicher Aufträge in den betreffenden Branchen keinen spürbaren zusätzlichen Verwaltungsaufwand. Die öffentlichen Auftraggeber sind aktuell bereits dazu verpflichtet, die Zahlung des Landesmindestlohnes mit ihren Vertragspartnern zu vereinbaren und dessen Einhaltung in Stichproben zu überprüfen. Soweit ein Tariflohn an die Stelle des Landesmindestlohnes tritt, werden die Vertragsbedingungen anzupassen sein, die Vergabe- und Prüfungspraxis ändert sich hingegen nicht. Hinzu kommt, dass Beschäftigte derselben Branche, deren Arbeitgeber im öffentlichen Auftrag tätig sind, nicht in Abhängigkeit vom Wert des Auftrages – der den Beschäftigten in der Regel

unbekannt ist – unterschiedliche Löhne erhalten sollten.

Die Sonderkommission Mindestlohn hat den Verwaltungsaufwand in Bagatellfällen und unabhängig von der einschlägigen Lohnhöhe bereits so weit wie möglich reduziert, indem sie Erleichterungen bei der Abgabe von Vergabemeldungen zulässt und die nötigen Vertragsbedingungen für die Vergabeunterlagen als Formulare anbietet. Die flächendeckende Implementierung der umfangreichen Vertragsbedingungen über die Entlohnung von Mitarbeitern bei der Ausführung öffentlicher Aufträge ist seit ihrer erstmaligen Einführung am 1. Dezember 2009 daher gut gelungen. In Einzelfällen ist die Verwendung der Unterlagen jedoch immer noch fehleranfällig. So nutzen Auftraggeber in der Praxis gelegentlich falsche bzw. veraltete Formulare oder wählen die falschen Tarifverträge. An dieser Stelle zusätzlich Wertgrenzen einzuziehen und innerhalb derselben Branche ober- und unterhalb dieser Wertgrenzen unterschiedliche Rechtsgrundlagen zu schaffen, führte zu weiteren Fehlerquellen, die dem Ziel der Einhaltung von Mindestlohn und Tariftreue entgegenlaufen würde.

3. Welche einzelnen Tarifvertragsbestandteile (wie Lohngitter des Tarifvertrages, Urlaubstage, Arbeitszeit, betriebliche Altersvorsorge) sollten nach Auffassung des Senats in Abwägung des Ziels der Stärkung der Tarifbindung einerseits und eines verhältnismäßigen Verwaltungsaufwandes andererseits in ausgeweitete Tariftreuevorgaben aufgenommen werden?

Über die Frage der im Rahmen der Tariftreueerklärung in Bezug zu nehmenden Tariftreuebestandteile hat die Bürgerschaft zuletzt im Dezember 2017 [Drucksache 19/1226] entschieden. Hierbei hat die Bürgerschaft klargestellt, dass die Tariftreue sich auf den Tariflohn einschließlich der Überstundenzuschläge bezieht. Der Tariflohn umfasst das Tarifgitter eines Tarifvertrages. Die Sonderkommission Mindestlohn hat die Tarifgitter der insgesamt 14 erfassten Tarifverträge in der Baubranche unter <https://vergabeinfo.bremen.de/konfigurator> erfasst und so formatiert, dass die jeweiligen Tariflöhne und die Ausbildungsvergütungen unmittelbar den Vergabeunterlagen beigelegt werden können.

Wesentlich hierfür ist die Tatsache, dass die jeweiligen Tariflöhne als Stundenlöhne ausgeworfen werden, so dass die Lohnzahlung als unmittelbarer Bestandteil der Auftragsausführung vereinbart werden kann. Dies hat zum Hintergrund, dass soziale Bedingungen für die Ausführung eines öffentlichen Auftrags – wie beispielsweise die Vergütung von Beschäftigten – auftragsbezogen zu vereinbaren sind. Der Auftragnehmer erfüllt seine vertraglichen Pflichten dann, wenn er seinen Beschäftigten den Tariflohn zahlt, solange sie unmittelbar für die Erfüllung des öffentlichen Auftrags tätig sind.

Hierbei handelt es sich häufig um zeitlich begrenzte Einsätze über wenige Tage. Dies gilt auch bei längerfristigen Projekten, da es dem Auftragnehmer freisteht, Beschäftigte von einem öffentlichen Auftrag abzuziehen und an anderer Stelle einzusetzen. Auch in diesen Fällen entfällt die Tariftreuepflicht für diese Beschäftigten. Eine Verpflichtung von Arbeitgebern, allen ihren Beschäftigten Tariftlöhne zu zahlen, ist vergaberechtlich ebenso wenig zulässig wie das Vorhalten öffentlicher Aufträge allein für tarifgebundene Unternehmen.

Aufgrund der Auftragsbezogenheit sozialer Ausführungsbedingungen kann die Tariftreuepflicht nur Aspekte umfassen, die sich kurzfristig auf konkrete Handlungspflichten des Auftragnehmers beziehen. Bei der Zahlung eines Lohnes für eine Arbeitsstunde oder eine Überstunde ist dies möglich. Darüber hinaus gehende Inhalte eines Tarifvertrages sind auf deutlich längere Fristen ausgelegt, die ein Arbeitgeber nicht an einem Tag erfüllen kann und am nächsten Tag nicht. Dies gilt beispielweise für einen Jahresurlaub oder eine betriebliche Altersvorsorge oder den Jahresetholungsurlaub, aber auch bereits für die tarifvertragliche Arbeitszeit.

4. Zu wann können aufgrund der Neufassung der Entsenderichtlinie Novel- len landesrechtlicher Tariftreuebestimmungen frühestens in Kraft tre- ten? Inwieweit ist hierfür die Umsetzung der Richtlinie in Bundesrecht erforderlich?

Die im Juli 2020 anstehende Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) wird automatisch Auswirkungen auf die Praxis in Bremen haben, da der § 11 des Tariftreue- und Vergabegesetzes auf § 1 Abs. 3 des Bundesmindestlohngesetzes (MiLoG) verweist und diese Vorschrift wiederum die Regelungen des AEntG einbezieht. Das Tariftreue- und Vergabegesetz ist insoweit dynamisch angelegt.

5. Zu wann beabsichtigt der Senat, der Bürgerschaft einen Gesetz- entwurf zur Novelle des Bremischen Tariftreue- und Vergabegeset- zes vorzulegen?

Der Senat strebt eine Ausweitung der Tariftreuepflicht auf verschiedene Branchen des Dienstleistungssektors an. Letztlich wird die Tariftreue in solchen Branchen wirksam sein, in denen regelmäßig öffentliche Aufträge vergeben werden und in denen es maßgebliche Tarifverträge im Sinne des § 11 des Tariftreue- und Vergabegesetzes gibt, die ein Lohngitter enthalten, welches zu wesentlichen Teilen oberhalb des Landesmindestlohns liegt. Der Senat beabsichtigt, im Laufe des Jahres 2020 einen Referentenentwurf für eine Novelle des Tariftreue- und Vergabegesetzes vorzulegen.

6. Wie bewertet der Senat die Aufnahme von Tarifbindung als Kriterium für die Vergabe von Mitteln der Wirtschaftsförderung? Beabsichtigt der Senat an dieser Stelle, die Tarifbindung künftig als Kriterium anzuwenden und welche Rechtsgrundlagen sind hierfür gegebenenfalls zu ändern?

Der Senat ist grundsätzlich der Auffassung, dass auch bei der Vergabe von Mitteln der Wirtschaftsförderung die Bedeutung von Tarifverträgen für die bundesdeutsche Wirtschafts- und Sozialordnung berücksichtigt bleiben sollte. Der Senat befürwortet allerdings eine differenzierte Betrachtungsweise, die auf die sehr vielfältigen Instrumente der Wirtschaftsförderung einerseits sowie die unterschiedlichen Branchen und Unternehmensformen andererseits Rücksicht nimmt. Dabei muss insbesondere beachtet werden, dass Unternehmen, die eine gerechte Entlohnung und gute Arbeit bieten, ohne tarifgebunden zu sein, nicht generell von einer Förderung ausgeschlossen werden sollten. Gleiches gilt für Unternehmen, die sich in Gründung befinden. Stattdessen wird der Senat prüfen, inwieweit für Unternehmen, die einer Tarifbindung unterliegen, in passenden wirtschaftsfördernden Programmen im Rahmen der möglichen Fördersätze zusätzliche Förderanreize zu schaffen sind. Unabhängig davon ist es dem Senat wichtig, dass über eine Beratung und Information im Rahmen der einzelbetrieblichen Wirtschaftsförderung Unternehmen auf die positiven Effekte von Tarifverträgen hingewiesen werden.

Beschlussempfehlung: