

## **Mitteilung des Senats 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 unter Drucksache 20/149 eine Große Anfrage zu obigem Thema an den Senat gerichtet.

Der Senat beantwortet die vorgenannte 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 Absatz 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. Dezember 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 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?

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 beziehungsweise 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 ausweitete Tariftreuevorgaben aufgenommen werden?

Über die Frage der im Rahmen der Tariftreueerklärung in Bezug zu nehmenden Tariftreuebestandteile hat die Bürgerschaft (Landtag) zuletzt im Dezember 2017 (Drucksache 19/1226) entschieden. Hierbei hat die Bürgerschaft (Landtag) 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 beigefügt werden können.

Wesentlich hierfür ist die Tatsache, dass die jeweiligen Tariflöhne als Stundenlöhne ausgeworfen werden, sodass 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 Tariflöhne 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 hinausgehende 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 Jahreserholungsurlaub, aber auch bereits für die tarifvertragliche Arbeitszeit.

4. Zu wann können aufgrund der Neufassung der Entsenderichtlinie Novellen landesrechtlicher Tariftreuebestimmungen frühestens in Kraft treten? 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 Tarifreue- und Vergabegesetzes auf § 1 Absatz 3 des Bundesmindestlohngesetzes (MiLoG) verweist und diese Vorschrift wiederum die Regelungen des AEntG einbezieht. Das Tarifreue- und Vergabegesetz ist insoweit dynamisch angelegt.

5. Zu wann beabsichtigt der Senat, der Bürgerschaft einen Gesetzentwurf zur Novelle des Bremischen Tarifreue- und Vergabegesetzes vorzulegen?

Der Senat strebt eine Ausweitung der Tarifreuepflicht auf verschiedene Branchen des Dienstleistungssektors an. Letztlich wird die Tarifreue in solchen Branchen wirksam sein, in denen regelmäßig öffentliche Aufträge vergeben werden und in denen es maßgebliche Tarifverträge im Sinne des § 11 des Tarifreue- 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 Tarifreue- 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.