

Stellungnahme der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege (BAGFW) zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie durch die Sicherung von Tariftreue bei der Vergabe öffentlicher Aufträge des Bundes und weiterer Maßnahmen (Tariftreuegesetz)

Die Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege (BAGFW) dankt für die Zusendung des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie durch die Sicherung von Tariftreue bei der Vergabe öffentlicher Aufträge des Bundes und weiterer Maßnahmen (Tariftreuegesetz). Sie nimmt zu diesem Gesetz wie folgt Stellung:

Die BAGFW vertritt die Belange gemeinnütziger Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege, ihrer ebenfalls gemeinnützigen Mitgliedsunternehmen und der dort Beschäftigten. Diese Mitgliedsunternehmen erbringen in unterschiedlichen Arbeitsfeldern soziale Dienstleistungen und arbeiten mit Leistungsträgern zusammen, die bundes- und landesweit aber auch auf der kommunalen Ebene wirken. In einigen dieser Arbeitsfelder, insbesondere im Bereich der Arbeitsmarktdienstleistungen, regeln die Leistungsträger die Leistungserbringung mittels öffentlicher Aufträge. In diesen Fällen beteiligen sich die Mitgliedsunternehmen der Verbände der Freien Wohlfahrtspflege auch an Vergabeverfahren.

Die BAGFW betont, dass Vergabeverfahren für die Sicherstellung und Bereitstellung sozialer Dienstleistungen am Menschen grundsätzlich nicht geeignet und angemessen sind. Die einseitige Ausrichtung dieser Verfahren auf den Beschaffer und dessen Agenda verstellt die partizipative Einbeziehung von Belangen der Zielgruppen in aller Regel. Obwohl die europäische Vergaberichtlinie in Artikel 76 Abs. 1 die Berücksichtigung dieser Belange ausdrücklich wünscht und den Mitgliedsstaaten aufgibt, deren Berücksichtigung zu ermöglichen, nehmen weder die §§ 64 ff VgV noch die tatsächliche Ausschreibungspraxis Rücksicht auf diese Anliegen. Trotz dieser offenkundigen Probleme beobachten wir eine Zunahme von Ausschreibungen in immer mehr sozialrechtlichen Leistungsfeldern. Dabei belastet die Ausschreibungspraxis gerade auch bei Arbeitsmarktdienstleistungen nicht allein die Anbieter dieser Leistungen, sondern besonders die Leistungsberechtigten. Sie werden Leistungsanbietern ohne eigene Auswahlmöglichkeit zugewiesen. Ihre Hilfeprozesse verlaufen nicht kontinuierlich, sondern werden regelmäßig durch neu aufgesetzte Ausschreibungen und die Wechsel der Leistungserbringer unterbrochen. Dies ist besonders problematisch bei Förderangeboten wie z.B. der ganzheitlichen Begleitung nach § 16i SGB II, wo es entscheidend darauf ankommt, dass eine vertrauensvolle Beziehung zum Coach aufgebaut werden kann. Schließlich führen die Ausschreibungen zu einem generellen Qualitätsverlust bei Leistungen, die schablonenhaft ausgeschrieben werden anstatt Spielraum für die Ausrichtung auf individuelle Bedürfnisse zu lassen.

Bei der Teilnahme an Vergabeverfahren erleben die Mitgliedsunternehmen eine große Bandbreite von Verfahrensgestaltungen. Dennoch ist insbesondere ein gemeinsames Element unverkennbar: Die weiten Gestaltungsspielräume, die das Vergaberecht für die sachgerechte und nachhaltige Gestaltung öffentlicher Beschaffungen insb. von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen eröffnet, bleiben weitgehend ungenutzt. Vielmehr richten sich viele Auftraggeber sozialer Dienstleistungen mehr oder weniger direkt am günstigsten Preis als ausschlaggebendes Zuschlagskriterium aus. Teils stellen die Vergabeunterlagen unmittelbar auf dieses Kriterium ab. Teils bewirkt die bei der Angebotswertung verwendete Methode (z.B. UfAB Formel und modifizierte Richtwert-Methode), dass sich trotz schlechter Leistungsbewertung das Konkurrenz-Angebot mit dem günstigsten Preis durchsetzt.

Dieser Preiswettbewerb bewirkt, dass sich immer mehr tarifgebundene Anbieter, die für faire Arbeitsbedingungen bei sozialen Dienstleistungen stehen, aus den von Ausschreibungen geprägten Arbeitsfeldern zurückziehen müssen. Stattdessen dominieren Anbieter das Feld, die ihre Personalkosten geringhalten, weil sie festangestellten Mitarbeitenden nur den gesetzlichen Mindestlohn (im Bereich Bildung (18,58 Euro pro Stunde bzw. bei Vorliegen weiterer formaler Qualifikationen 19,15 Euro pro Stunde) zahlen oder überwiegend Honorarkräfte einsetzen. Besonders deutlich tritt dieser Verdrängungseffekt bei der Vergabe von Arbeitsmarktdienstleistungen nach dem SGB II und III auf. Die seit 2004 andauernde Benachteiligung tarifgebundener Anbieter im Preiswettbewerb führte dazu, dass in diesem Arbeitsfeld unsichere und prekär vergütete Arbeitsverhältnisse überwiegen. Dies geht auch auf Kosten der Leistungsberechtigten: sie erhalten nicht die Unterstützung, die sie brauchen und die ihnen hilft, weil beispielsweise der Coach nicht über die notwendigen Kenntnisse und Erfahrung verfügt.

Vor diesem Hintergrund ist die Zielsetzung des TariftreueG zu begrüßen, diese Missstände in der Praxis zu beheben. Das Vergaberecht begnügt sich derzeit damit, von bereits tarifgebundenen Bietern die Einhaltung von Tarifen zu fordern und als Sanktion für Rechtsverletzungen den Ausschluss vom Vergabeverfahren zu ermöglichen (§ 124 Nr. 1 GWB). Zugleich gefährdet es aber die Erfolgsaussichten von tarifgebundenen Bietern, da Konkurrenten, die ihren Mitarbeitenden nur den Mindestlohn zahlen oder weitgehend auf Honorarkräfte setzen, bei der Angebotsprüfung und im Preisvergleich stets besser abschneiden. Einen vergleichbaren Preiswettbewerb hatte es in den Jahren 2000 bis 2010 im Bereich des Pflege- und Eingliederungsrechts gegeben. Dieses regelt die Leistungserbringung auf der Grundlage von Vereinbarungen, die mangels Entgeltlichkeit und Exklusivität nicht öffentliche Aufträge i.S.v. § 103 GWB sind, aber für die ebenfalls die Wirtschaftlichkeit zentraler Bewertungsmaßstab ist. Im Jahr 2000 hat eine höchstrichterliche Entscheidung die Wirtschaftlichkeit von Tarifvergütungen in Frage gestellt (BSG Urteil vom 14.12.2000 - B 3 P 19/00 R). Diese Einschätzung verhinderte für tarifgebundene Anbieter die ausreichende Refinanzierung ihrer Personalkosten und zwang viele zur Einstellung ihrer Arbeit. 2009 veranlassten diese Konsequenzen das Bundessozialgericht dazu, diese Einschätzung aufzugeben (Urteil vom 29.01.2009 - B 3 P 7/08 R). Mittlerweile erkennen § 124 Abs. 1 SGB IX, § 82c SGB XI und § 75 Abs. 1 XII die Wirtschaftlichkeit von tariflich vereinbarten Vergütungen ausdrücklich an und die höchst problematische Entwicklung wurde gestoppt. Um den Weg für einen förderlicheren

Qualitätswettbewerb zu ebnet, müsste das Tariftreuegesetz einen vergleichbaren Effekt erzielen. Ziel muss es sein, dass das Vergaberecht Tarifbindungen und -vergütungen zu einem Qualitätsmerkmal und nicht zum faktischen Ausschlusskriterium macht.

Die BAGFW begrüßt ausdrücklich die durch den vorliegenden Gesetzesentwurf angestrebten Effekte, die Arbeitsbedingungen für die Beschäftigten im Bereich öffentlicher Vergaben durch Bundesauftraggeber zu verbessern. Allerdings stellt sich die Frage, ob er auch den Anspruch einlösen kann, die originäre Tarifbindung in Deutschland zu fördern (s. S. 2 des Entwurfs). Zudem wirft er in der praktischen Umsetzung zahlreiche Fragen auf. Gerade bei der Anwendung auf die für die Mitgliedsunternehmen sehr bedeutsamen Auftragsvergaben bei Arbeitsmarktdienstleistungen nach dem SGB II und III sind Schnittstellen und Verwerfungen unvermeidbar. Die BAGFW wird im Folgenden auf einige von diesen eingehen.

Dabei verwehren wir uns deutlich gegen die Rahmenbedingungen für diese Stellungnahme. Obwohl kein Grund für ein besonderes Eilbedürfnis erkennbar ist, lässt die Kürze der Stellungnahmefrist keine detaillierte Auseinandersetzung mit den vorgeschlagenen Regelungen zu. Seit dem Konsultationsverfahren Ende 2022 ist mehr als ein Jahr vergangen, ohne dass ein belastbarer Entwurf vorgelegt worden ist. Die Erwartung an die Stakeholder, nunmehr innerhalb von 7 Tagen zu dieser komplexen Materie Stellung zu nehmen, lässt befürchten, dass es sich hier nur um eine formale Beteiligung handelt und dass kaum Bereitschaft besteht, auf die Einwände der Praxis einzugehen. Angesichts zunehmender demokratiefeindlicher Tendenzen sollte die Bundesregierung die mit einem regulären Stellungnahmeverfahren gegebene Möglichkeit guter Kompromissfindung nutzen anstatt sie ohne erkennbaren Grund zu beschränken.

1) Zu Artikel 1 Gesetz zur Sicherung der Tariftreue bei der Vergabe und Ausführung öffentlicher Aufträge und Konzessionen des Bundes

1. Zu § 1 Anwendungsbereich

Bei den im Bereich der Sozialwirtschaft besonders häufig ausgeschriebenen Arbeitsmarktdienstleistungen ergeben sich zahlreiche Fragen zum Anwendungsbereich dieses Gesetzes und der Reichweite des Tariftreueversprechens. Die BAGFW fordert das BMAS auf, die nachstehend beschriebenen Schnittstellenprobleme zwischen dem Tariftreuegesetz und insbesondere dem SGB II zu klären und an geeigneter Stelle auszuräumen. Die Arbeitsmarktdienstleistungen sind ein wichtiger Zuständigkeitsbereich des BMAS. Die sinnvolle Zielsetzung des Tariftreuegesetzes darf gerade an dieser Stelle nicht wegen fehlender Abstimmungen ins Leere laufen.

- a) Zurechnung zum Bund (Abs.1): Die Eingrenzung des Anwendungsbereichs auf Auftraggeber auf Bundesebene wirft insbesondere da Fragen auf, wo Bund, Länder und Kommunen bei der Ausführung von Bundesgesetzen und der Erbringung sozialer Leistungen kooperieren. Die in Abs. 2 verankerte Klarstellung, dass bereits Fälle der Bundesauftragsverwaltung nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, belegt die begrenzte Reichweite des Gesetzes.

Soweit es sich um Leistungen der Arbeitslosenversicherung und damit Leistungen nach dem SGB III handelt, ist die Bundesagentur als Körperschaft des Öffentlichen Rechts Auftraggeber im S. v. § 99 Abs. 2 GWB und an das Gesetz gebunden. Die Trägerschaft für Arbeitsmarktdienstleistungen nach dem SGB II liegt jedoch nicht allein bei der Bundesagentur für Arbeit, sondern in gemeinsamer Verantwortung mit den Kommunen (sogen. Jobcenter gE – gemeinsame Einrichtung) bzw. im Fall der sogen. Optionskommunen allein bei den Kommunen (Jobcenter zKT – zugelassene kommunale Trägerschaft). Für die Jobcenter gE nach § 44a SGB II hält die BAGFW die Anwendbarkeit des TariftreueG für gegeben, da die Bundesagentur auch in der Zusammenarbeit mit Kommunen die wesentliche Steuerung der Eingliederungsleistungen übernimmt und die Finanzierung dieser Leistungen durch den Bund erfolgt. Fraglich ist, ob Jobcenter in rein kommunaler Trägerschaft nach § 6a SGB II unter den Anwendungsbereich fallen, denn hier führt nicht der Bund, sondern die sog. Optionskommune ein Bundesgesetz als eigene Angelegenheit aus. Allerdings werden auch Optionskommunen im Wesentlichen aus dem Bundeshaushalt finanziert.

Diese vom SGB II ausgelösten Abgrenzungsfragen dürfen nicht dazu führen, dass es bei der Ausschreibung von Arbeitsmarktdienstleistungen in Umsetzung des SGB II vom Zufall abhängt, ob die Mitarbeitenden eines Bieters Anteil am Tariftreueversprechen nach § 3 haben. Das BMAS als das für beide Gesetze zuständige Ministerium muss sicherstellen, dass der vom TariftreueG intendierte Schutz den tarifgebundenen Anbietern unabhängig davon zugutekommt, wer bei der Ausschreibung von Arbeitsmarktdienstleistungen im Einzelfall die Federführung hat.

Ein weiterer Hinweis erscheint hier geboten: Die Gefahr prekärer Arbeitsverhältnisse stellt sich bei Fördermaßnahmen nach SGB II und III allgemein. Sie tritt bei Ausschreibungen ebenso auf wie bei der Organisation und Finanzierung der Leistungen über Gutscheine (Bildungs- /Aktivierungs- und Vermittlungsgutscheine). Insofern kann sich die Verantwortung der Leistungsträger nicht nur auf die Gestaltung von Rahmenbedingungen bei der Vergabe fokussieren, sondern ist umfassend wahrzunehmen.

- b) Schwellenwert für die Anwendung des Tariftreuegesetzes (Abs. 1): Der in Abs. 1 vorgesehene Schwellenwert in Höhe eines Vertragsvolumens von 25.000 Euro ist angemessen um sicherzustellen, dass der Aufwand und die Belastungen in einem angemessenen Verhältnis zum Auftragswert stehen. Ein Anheben dieses Auftragswertes auf den in die Diskussion eingebrachten Schwellenwert von 100.000 Euro würde die Zielsetzung des Gesetzes gefährden.

Gerade bei Arbeitsmarktdienstleistungen nach dem SGB II und III ist zu befürchten, dass im Zuge der Einsparungen bei der finanziellen Ausstattung der Jobcenter durch den Bund das Vertragsvolumen einzelner Aufträge tendenziell abnimmt und (häufiger als bisher) unter dem Schwellenwert von 100.000 Euro liegt.

- c) Einbeziehung von Rahmenvereinbarungen nach § 103 Absatz 5 GWB (Abs. 6): Wie bereits in der Einleitung dargelegt, weist die BAGFW unter Berufung auf die sozialgerichtliche Rechtsprechung (s. hierzu BSG vom 17.5.2023 - B 8 SO 12/22 R, aber auch LSG NRW vom 26.01.2022 – L 9 SO 12/22 B ER, VGH München VGH München, Beschluss v. 06.12.2021 – 12 CE 21.2846, VGH Kassel, Beschl. v. 29.11.2023 – 8 B 1502/23) darauf hin, dass Rahmenvereinbarungen im Sinne von § 103 Abs. 5 GWB nicht mit den Leistungsvereinbarungen im Sinne des sozialrechtlichen Dreiecks verwechselt werden dürfen. Rahmenvereinbarungen im Sinne von § 103 Abs. 5 GWB sind eine Spielart des öffentlichen Auftrags und damit exklusive und entgeltliche Verträge. Damit unterscheiden sie sich grundlegend von den Leistungsvereinbarungen des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses, die weder entgeltlich noch exklusiv sind.

Das Bundessozialgericht hat in seiner Entscheidung vom 17.05.2023 (B 8 SO 12/22 R) klargestellt, dass Vergabeverfahren unzulässig sind, wo das Sozialgesetzbuch die Leistungserbringung im Wege des Dreiecksverhältnisses regelt. Auch das Europarecht verlangt in Konstellationen ohne selektive Auswahlentscheidung keine Vergabeverfahren. Damit untersagt das Sozialrecht in vielen Arbeitsfeldern der Sozialwirtschaft die Auftragsvergabe und damit das Vorgehen im Wege der Vergabeverfahren. Das Sozialrecht sichert damit sowohl Trägerpluralität und eine Wahl der Leistungserbringer durch die Leistungsberechtigten als auch eine wirtschaftliche Gestaltung der Hilfeprozesse. Sozialrechtliche Rahmenverträge sind in diesem Rahmen Grundbausteine des gerade genannten sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses. Da aber im Rahmen des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses der jeweilige Vertrag gerade nicht mit einem öffentlichen Auftraggeber geschlossen wird, sondern zwischen Leistungsberechtigtem und Leistungserbringer, fallen solche Vertragsverhältnisse nach ganz allgemeiner Ansicht nicht unter vergaberechtliche Regelungen, sodass das BundestariftreueG auch in diesem Bereich ausgeschlossen sein sollte. Die BAGFW fordert, dass auch im SGB II die Leistungserbringung auf der Grundlage des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses /des in § 17 SGB II geregelten Vereinbarungssystems erfolgen soll.

Die erbetene Klarstellung ist damit notwendig, um dieses wichtige System nicht durch missverständliche Formulierungen und unzulässige Ausschreibungen zu gefährden.

- d) Da diese Abgrenzung nicht immer einfach nachzuvollziehen ist und in der Vergangenheit zu folgenreichen Missverständnissen für soziale Unternehmen geführt hat, fordert die BAGFW, eine entsprechende Klarstellung in die Gesetzesbegründung aufzunehmen.

2. Zu § 3 Tariftreueversprechen

Der Verweis auf die Rechtsverordnung wirft die Frage auf, ob der Anwendungsbereich dieser Rechtsordnung hinreichend geklärt ist. So gibt es im Bereich der beruflichen Weiterbildung nach SGB II und SGB III den Tarifvertrag Weiterbildung, der für allgemeinverbindlich erklärt ist und die unterste Haltelinie im Sinne eines Minderlohnes bildet. Allerdings gilt dieser nur für das pädagogische Personal, andere Berufsgruppen sind außen vor. Tarifgebundene Auftragnehmer, die qua Rechtsverordnung auf diesen Tarif verwiesen würden, hätten in mehrfacher Hinsicht unterschiedliche Tarifregelungen zu beachten: Für pädagogisches Personal, das in die Auftragsausführung einbezogen ist, gälte der nach der Rechtsverordnung einschlägige Tarif, sofern dieser im Vergleich zum eigenen Tarifvertrag günstigere Regelungen enthält. Für übrige in die Auftragsausführung einbezogene sowie das weitere pädagogische Personal kommt der „normale“ Tarif zum Tragen.

In der Umsetzung des Gesetzes ist deshalb zu befürchten, dass bereits tarifgebundene Auftragnehmer für jeden ihrer in die Auftragsausführung einbezogenen Mitarbeitenden individuell prüfen müssen, welcher Tarifvertrag in welchen Punkten günstiger ist und damit für die mit der Auftragsausführung verbrachte Arbeitszeit zur Anwendung gelangt. Dies ist gerade für bereits tarifgebundene Auftragnehmer eine erhebliche Mehrbelastung. Insoweit stellt sich die Frage, ob es angemessen ist, diejenigen Arbeitgeber, die bereits das Ziel des Gesetzes erfüllt haben und ihren Mitarbeitenden freiwillig tariflich ausgehandelte Arbeitsbedingungen bieten, diejenigen sein sollten, denen das TariftreueG besondere Belastungen auferlegt.

Vor diesem Hintergrund regt die BAGFW – vorbehaltlich ihrer Vereinbarkeit mit dem EU-Recht – folgende Modifikation des Tariftreueversprechens an: es gilt nur für die Auftragnehmer, die keine tarifliche Bindung i.S.v. § 5 TariftreueG oder keine gleichwertige Bindung eingegangen sind oder die ihre Arbeitsbedingungen nicht bereits verbindlich an einen bestehenden Tarifvertrag anlehnen. Bereits tarifgebundene Auftragnehmer, deren Arbeitsbedingungen die Anforderungen des § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 3 erfüllen, sind von den Verpflichtungen ausgenommen. Dieser Dispens muss auch die Arbeitsbedingungen des kirchlichen Arbeitsrechts von Caritas und Diakonie einschließen, denn diese erfüllen die inhaltlich den Anforderungen des § 5 Abs. 1 S. 2 und damit die Ziele dieses Gesetzes. Ihre Tarifverträge sind nicht minder verbindlich als ein Tarifvertrag i.S.d. TVG. Gerade im Bereich der Freien Wohlfahrtspflege sind wie eingangs dargelegt bereits viele Unternehmen tarifgebunden oder lehnen ihre Vergütung an den TVöD an. Für diese bedarf es keiner weiteren Verpflichtung auf die Anerkennung eines Tarifs.

Die Verpflichtung von Auftragnehmern, gegenüber den von ihnen beauftragten weiteren Dienstleistern die Einhaltung der Pflichten aus § 4 TariftreueG sicherzustellen, gibt Anlass auf eine besondere Umgehungsstrategie und einen maßgeblichen Faktor im eingangs beschriebenen Preiswettbewerb über Personalkosten hinzuweisen. Die Einrichtungen und Dienste der BAGFW beobachten insb. im Bereich des SGB II und III seit geraumer Zeit, dass viele

Anbieter hohe Personalkosten für fest eingestellte Mitarbeitende vermeiden und tarifgebundene Konkurrenten unterbieten, indem sie Honorarkräfte mit der Durchführung von Schulungen beauftragen.

Die BAGFW befürchtet, dass diese Taktik in Zukunft verstärkt zum Einsatz kommen wird. Die nach § 8 vorgesehenen Kontrollen sollten auch dieser Umgehungstaktik nachgehen. Neben der Verletzung der Pflichten aus §§ 3, 4 und 9 sollte auch ein Missbrauch dieser Art als Verstoß festgestellt werden und als fakultativer Ausschlussgrund Berücksichtigung finden können.

3. Zu § 5 Rechtsverordnung zur Festsetzung der verbindlichen Arbeitsbedingungen

a) Anforderungen an Arbeitsbedingungen: Abs. 1 Satz 2 zählt drei Anforderungen auf, die Arbeitsbedingungen erfüllen müssen, um Gegenstand einer Rechtsverordnung nach § 5 Abs. 2 und damit maßgeblicher Gegenstand einer Tariftreue-Vorgabe werden zu können.

Dabei verlangt die Begründung zu Abs. 1 Nr. 1 für die Anforderung eine Entlohnung i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 2a Arbeitnehmerentsendegesetz unter anderem vereinbarte „Lohngitter“. Die BAGFW unterstützt diese Anforderung und regt an, diese auch im Gesetzestext selber zu verankern. Branchenweit verbindliche Arbeitsbedingungen, die tatsächlich den Preiswettbewerb über Personalkosten einhegen und Wettbewerbsnachteile für tarifgebundene Anbieter abbauen soll, können sich nicht darauf beschränken, allein eine einstufige Vergütungsvorgabe für nur eine einzige Gruppe von Arbeitnehmern (also nur pädagogisches Personal und nicht auch Verwaltungskräfte etc) festzuschreiben. Dies liefe auf einen vertraglich vereinbarten Mindestlohn für bestimmte Mitarbeitergruppen hinaus. Insbesondere für bereits tarifgebundene Arbeitgeber wäre die Anerkennung eines „Mindestlohntarifvertrags“ als verbindliche Arbeitsbedingungen i.S.v. § 5 Abs. 1 S. 2 kontraproduktiv. Dieser würde die bestehenden Wettbewerbsnachteile tarifgebundener Auftragnehmer ggf. auf einem etwas höheren Vergütungsniveau festschreiben.

b) Einbeziehung der kirchlichen Arbeitsbedingungen: Zudem hält die BAGFW die Festlegung des § 5 Abs. 1 auf Arbeitgebervereinigungen, Gewerkschaften und deren Tarifverträge für zu eng. Vielmehr müssen auch die Tarifregelungen der kirchlichen Wohlfahrtsverbände Gegenstand einer Rechtsverordnung nach § 5 Abs. 2 werden können.

Diese kommen wie vom Bundesarbeitsgericht ausdrücklich anerkannt (Urteil vom 20. November 2012 (1 AZR 179/11) verfassungskonform zustande. Inhaltlich erfüllen die Arbeitsrechtsregelungen der Kirchen und ihrer Wohlfahrtsverbände sämtliche Kriterien des § 5 Abs. 1. Die von ihnen festgelegten Entlohnungen weisen ein differenziertes Lohngitter auf. Zudem gibt es in wesentlichen Punkten große Nähe zu den Regelungen des TVöD. Gerade im Bereich der sozialen Dienstleistungen kommt ihnen auch schon deshalb erhebliche Relevanz zu, weil sowohl die Caritas wie auch

die Diakonie die größten Arbeitgebergemeinschaften im Bereich der Sozialwirtschaft sind.

Vor diesem Hintergrund besteht mithin kein sachlicher Grund, diese branchenrelevanten Regelwerke auszuschließen. Gerade wenn der Gesetzgeber darauf abzielt, soziale Nachhaltigkeit über faire und nachhaltige Arbeitsbedingungen zu fördern, besteht ein klares Interesse, den Kreis nachhaltiger Arbeitsbedingungen um die Arbeitsrechtsregelungen der Caritas und der Diakonie zu erweitern.

- c) Verfahren zur Festlegung des verbindlichen Tarifs:** Das im Referentenentwurf vorgesehene Verfahren zur Ermittlung des verbindlichen Tarifvertrags überlässt es weitgehend den jeweiligen Tarifgemeinschaften, welchen Tarif die Rechtsverordnung nach § 5 vorgibt. Solange in einer Branche nur ein Tarifvertrag gilt, entfällt eine Auswahl. Sobald allerdings mehrere Tarife vorliegen, erscheint das vom Referentenentwurf gewählte Verfahren willkürlich und kompliziert. Kritisch erscheint insbesondere, dass eine Vergewisserung über die Repräsentativität des Tarifs nur erfolgen soll, wenn tatsächlich die anderen Tarifgemeinschaften im Rahmen des Verfahrens auf einen konkurrierenden Tarif hinweisen. Damit obliegt die Verfahrensverantwortung weitgehend den Auftragnehmern. Auf der anderen Seite besteht für die Vertreter kleinerer Tarifgemeinschaften kaum eine Aussicht, dass auch ihr Vertrag vorübergehend für einen 6 Monatezeitraum zum Maßstab wird.

Ein geeigneteres Verfahren könnte sich bei einer Anlehnung an das Verfahren ergeben, das im Rahmen des SGB XI die Ermittlung eines ausgewogenen Maßstabs sicherstellt. Danach ermittelt eine Kommission aus den ihr gemeldeten relevanten Tarifen jeweils Mittelwerte für die einzelnen Vergütungsgruppen, die dann Maßstab für die zu refinanzierenden Personalkosten sind. Übertagen auf das Vergaberecht und die Unterstützung tarifgebundener Bieter könnte das bedeuten, dass nicht tarifgebundene Auftragnehmer sich verpflichten müssen, den in die Auftrags Erfüllung einbezogenen Mitarbeitenden eine Vergütung in Höhe des errechneten Mittelwertes zu gewähren.

4. §§ 8 und 11 Nachweispflichten und Vertragsstrafen

Die BAGFW stellt fest, dass das Tariftreuegesetz einen erheblichen Zuwachs an sanktionsbewehrten Nachweis- und Bürokratieaufwand mit sich bringt. Das steht im deutlichen Gegensatz zu dem mit dem Vergabetransformationsgesetz verfolgten Ziel der Entbürokratisierung. Zugleich lässt die Sanktionsregelung des § 11 nicht nur die notwendige Rechtsklarheit über den Umfang der Sanktionen vermissen. Sie entspricht mit dem Hinweis auf eine Vereinbarung von angemessenen Vertragsstrafen nur wenig dem üblichen Procedere bei Ausschreibungen. Bei den nach wie vor überwiegend stattfindenden öffentlichen Vergabeverfahren gilt ein strenges Verhandlungsverbot. Die Steuerung des Verfahrens und die Gestaltung des Vertragsrahmens liegt einseitig beim Auftraggeber. Angesichts des geringen Vereinbarungs- und

Verhandlungsspielraums besteht ein umso dringlicheres Bedürfnis nach Rechtsklarheit und Schutz vor unangemessen hohen Vertragsstrafen. Schließlich stellt sich die Frage, ob der erhoffte Nutzen einer Tariftreue in angemessenem Verhältnis zu dem Aufwand steht, der zur Um- und Durchsetzung dieser Regelungen erforderlich ist.

5. § 14 Feststellung des Verstoßes und fakultativer Ausschlussgrund

Die BAGFW hält diese Regelungen und insbesondere den besonderen Ausschlussgrund nach § 14 neben dem in § 124 Nr. 1 GWB verankerten fakultativen Ausschlussgrund wegen Verstoß gegen arbeitsrechtliche Regelungen für überflüssig. Gerade § 4 macht deutlich, dass es sich bei den Bestimmungen über die Tariftreue wesentlich um arbeitsrechtliche Bestimmungen handelt. Insofern deckt § 124 Nr. 1 GWB-Verstöße gegen das Tariftreuegesetz ab und reicht aus, um den Vergabewettbewerb vor den Auswirkungen von Tarifflicht zu schützen.

Berlin, 28.10.2024

Bundesarbeitsgemeinschaft
der Freien Wohlfahrtspflege e. V.

Evelin Schneyer
Geschäftsführerin

Kontakt:

Dr. Friederike Mussgnug (Friederike.mussgnug@diakonie.de)