

Stellungnahme

zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie durch Siche- rung von Tariftreue bei der Vergabe öffent- licher Aufträge des Bundes und weiterer Maßnahmen

Berlin, 28. Oktober 2024

Ansprechpartnerin: Birgit Schweer

Bereich: Arbeitsmarkt, Tarifpolitik und Arbeitsrecht

+49 30 20619-186

schweer@zdh.de · www.zdh.de

Herausgeber:

Zentralverband des Deutschen Handwerks e.V.

Haus des Deutschen Handwerks

Mohrenstraße 20/21 · 10117 Berlin

Postfach 110472 · 10834 Berlin

Lobbyregister: R002265

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

1. Zusammenfassung

Der Zentralverband des Deutschen Handwerks e.V. (ZDH) ist die Dachorganisation für Handwerkskammern und Zentralfachverbände des Handwerks sowie wirtschaftliche und wissenschaftliche Einrichtungen des Handwerks in Deutschland. Wir vertreten die Interessen von rund 1 Million Handwerksbetrieben mit rund 5,6 Millionen Beschäftigten und 350.000 Auszubildenden.

Mit den nachfolgenden Anmerkungen nimmt der ZDH aus Sicht der Arbeitgeber des Handwerks Stellung zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie durch Sicherung von Tariftreue bei der Vergabe öffentlicher Aufträge des Bundes und weiterer Maßnahmen (Tariftreuegesetz, kurz: BTTG-E) des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) und des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) vom 21. Oktober 2024.

Dem Handwerk ist es ein großes Anliegen, den Arbeitnehmern angemessene und faire Arbeitsbedingungen zu gewähren. In der Regel erfolgt dies in den jeweiligen Branchen über tarifvertragliche Strukturen, die die Tarifpartner in eigener Verantwortung festlegen. Die Tarifpartner normieren die branchenspezifischen Eckdaten der Arbeitsverhältnisse wie Arbeitszeit, Arbeitslohn und Urlaubsbedingungen und schaffen damit die Grundlage für einen ausgewogenen Wettbewerb innerhalb der jeweiligen Branche. Tarifverträge und eine hohe Tarifbindung der Arbeitgeber nehmen daher im Handwerk einen hohen Stellenwert ein.

Tariftreueregelungen, die mit der Verpflichtung des Auftragnehmers eines öffentlichen Vergabeverfahrens einhergehen, seinen Arbeitnehmern ein tariflich festgelegtes Entgelt zu zahlen oder andere Bestimmungen eines Tarifvertrags einzuhalten, werden innerhalb des Handwerks differenziert betrachtet.

Tariftreueregelungen als Teil des Vergaberechts zielen darauf ab, die Vergabe öffentlicher Aufträge zur Erreichung sozial- und wirtschaftspolitischer Zwecke zu nutzen. In ihrer Ausgestaltung dürfen sie aus Sicht des Handwerks jedoch nicht zu einer bürokratischen Herausforderung werden. Bereits aktuell schrecken immer mehr – vor allem kleine und mittlere Handwerksbetriebe – vor einer Beteiligung an einer öffentlichen Auftragsvergabe auf kommunaler und/oder regionaler Ebene zurück. Als Grund dafür werden die Komplexität und die unverhältnismäßig lange Dauer des Vergabeverfahrens genauso genannt wie die gerade für Kleinbetriebe oft überbordende Verpflichtung zur Einhaltung vergabefremder Kriterien. Mit den Entwürfen für ein Bundestariftreuegesetz und einem Vergabetransformationspaket werden diese Hürden für die Beteiligung von kleinen und mittleren Handwerksunternehmen an öffentlichen Aufträgen leider nicht abgebaut. Anstelle einer Vereinfachung und Vereinheitlichung der Spielregeln für die öffentliche Auftragsvergabe werden diesen stattdessen neue bürokratische Lasten auferlegt (Bundestariftreuegesetz) bzw. die Beteiligungsmöglichkeiten von kleinen und

mittleren Handwerksunternehmen am Wettbewerb um öffentliche Aufträge vor allem durch die drastische Erhöhung der Wertgrenzen für Direktvergaben spürbar weiter eingeschränkt. Dabei benötigen insbesondere die kleinen und mittleren Betriebe des Handwerks bürokratiearme, transparente und einfache Regelungen. Es muss für sie ohne weiteres erkennbar sein, welche Tarifverträge bzw. Rechtsverordnungen für die Leistungserbringung des öffentlichen Auftrags auf Bundesebene einschlägig sind. Diesen handwerksspezifischen Anforderungen wird der vorliegende Entwurf kaum gerecht.

Es ist davon auszugehen, dass mit dem Referentenentwurf viele redliche Wettbewerber von der öffentlichen Bundesvergabe ausgeschlossen werden, die ihren Arbeitnehmern ebenso einen umfassenden, allgemein geltenden Arbeitnehmerschutz gewähren. Die grundsätzliche Annahme des Gesetzgebers, dass gute Arbeitsbedingungen nur durch eine Tarifbindung gewährleistet werden kann, schließt Betriebe aus dem Wettbewerb aus, die in legaler Weise von ihrem Recht auf negative Koalitionsfreiheit Gebrauch machen.

Tariftreuevorgaben können im Einzelfall zwar Wettbewerbsverzerrungen zwischen tarifgebundenen und tarifungebundenen Bietern reduzieren. Die in diesem Gesetzentwurf vorgesehenen Ausgestaltungen bedeuten allerdings für die Handwerksunternehmen erhebliche zusätzliche neue bürokratische Hürden und Kosten und sorgen im Ergebnis nicht zu einer Steigerung der originären Tarifbindung. Dies zeigen auch die Erfahrungen mit vergleichbaren Landesgesetzen. Sie konterkarieren vielmehr die Entlastungsbemühungen des Vergabetransformationspaketes und sind deswegen in dieser Form abzulehnen.

Sollte die Regierungskoalition dennoch beabsichtigen, das Gesetzesvorhaben weiter zu verfolgen, bedarf es dringender Korrekturen – vor allem einer Beseitigung der Bürokratielasten für die Handwerksunternehmen und einer Stärkung der Rolle der Sozialpartner.

2. Zum Referentenentwurf im Einzelnen

Zum Referentenentwurf nimmt der ZDH aus Sicht der Arbeitgeber des Handwerks wie folgt Stellung:

2.1 Schwellenwert ist zu niedrig; § 1 Abs. 1 S. 1 BTTG-E

Gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 BTTG-E ist der Schwellenwert für die Anwendung des Gesetzes bei einem Auftragswert oder Vertragswert in Höhe von 25.000 Euro festgesetzt. Ein derart niedrig angesetzter Schwellenwert steht mit den mit der Umsetzung des BTTG verbundenen bürokratischen und kostenmäßigen Mehraufwendungen des Auftragnehmers völlig außer Verhältnis. Mittelstandspolitisch sinnvoller wäre daher eine Anhebung des Schwellenwerts auf 100.000 Euro. Mit dieser Schwellenwerthöhe würden nach der Vergabestatistik des Statistischen Bundesamtes jedenfalls 98 Prozent des kompletten Auftragsvolumens erfasst. Die verbleibenden zwei Prozent entfallen auf kleinere Aufträge. Bei diesen würde sowohl auf Auftraggeber- wie auf Auftragnehmerseite der Aufwand einer Tariftreuehürde ungerechtfertigt sein.

2.2 Tariftreueversprechen birgt zahlreiche Rechtsunsicherheiten für den Auftragnehmer, § 3 BTTG-E

2.2.1 Rechtsunklarheiten müssen beseitigt werden

Die Vorgaben nach § 3 Abs. 1 BTTG-E zur Einhaltung des Tariftreueversprechens für den Auftragnehmer bergen für den Auftragnehmer große Rechtsunsicherheiten. Gemäß dieser Norm wird dem Auftragnehmer vom Bundesauftraggeber als Ausführungsbedingung verbindlich vorgegeben, dass er den zur Leistungserbringung eingesetzten Arbeitnehmern für die Dauer der Ausführung des öffentlichen Auftrags mindestens die Arbeitsbedingungen gewähren muss, die die jeweils einschlägige Rechtsverordnung nach § 5 BTTG-E festsetzt.

Die Regelung lässt leider offen, wann eine Rechtsverordnung für die Durchführung eines öffentlichen Auftrags auf Bundesebene zur Anwendung kommt. Die Bezeichnung als „einschlägige Rechtsverordnung“ ist nicht selbsterklärend. Hier sollte eine gesetzliche Klarstellung dahingehend erfolgen, dass die Rechtsverordnung für den Auftragnehmer nur dann gilt, wenn dieser dem räumlichen, fachlichen und persönlichen Anwendungsbereich der Rechtsverordnung unterfällt.

Überdies stellt sich die Frage, wie die Rechtsverordnung sachgerecht abgegrenzt werden kann, um Branchenüberschneidungen und Tarifkonkurrenzen auszuschließen. Hier sollte ein gleiches Verfahren und Vorgehen gelten wie bei der Allgemeinverbindlicherklärung oder dem Rechtsverordnungsverfahren nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG), um auf diese Weise die notwendige Rechtsklarheit und Rechtssicherheit für die betroffenen Arbeitgeber herzustellen. Dabei bedarf es auch der Übernahme bewährter Abgrenzungsinstrumente wie Einschränkungsklauseln bzw. Geltungsbereichsausnahmen.

2.2.2 Einhaltung der Tariftreueerklärung gegenüber Nachunternehmer stellt Auftragnehmer vor große Herausforderungen

Gemäß § 3 Abs. 2 BTTG-E ist der Auftragnehmer überdies gegenüber dem Bundesauftraggeber verpflichtet, von den Nachunternehmern zu verlangen und durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass diese ihre Pflichten nach § 4 Abs. 1 und 3 BTTG-E erfüllen.

Wie der Auftragnehmer diesem Teil seiner Tariftreueerklärung nachkommen soll, bleibt unklar. Das BTTG-E gibt ihm für die faktische Sicherstellung dieser Verpflichtung, die er gegenüber dem Bundesauftraggeber einzuhalten hat, keine Handhabe. Zwar kann der Auftragnehmer den Nachunternehmer vertraglich zur Einhaltung der zwingenden Arbeitsbedingungen verpflichten. Die wirksame Durchsetzung dieser Verpflichtung erscheint jedoch ungewiss. Letztlich bleibt dem Auftragnehmer hinsichtlich des Nachunternehmers nur die Möglichkeit einer Plausibilitätsprüfung, zumal er schon aufgrund datenschutzrechtlicher Vorgaben keinen Einblick in die Lohnunterlagen des Nachunternehmers nehmen kann.

2.3 Anspruch auf verbindliche Arbeitsbedingungen für die Auftragsdauer, § 4 Abs. 1 S. 1 BTTG-E

Problematisch ist die Regelung des § 4 Abs. 1 S. 1 BTTG-E, die den Arbeitgeber verpflichtet, seinen zur Leistungserbringung eingesetzten Arbeitnehmern „für die Dauer“ der Ausführung des Bundesauftrags mindestens die nach § 5 Abs. 1 BTTG-E festgesetzten Arbeitsbedingungen zu gewähren.

Diese Regelung stellt die Arbeitgeber vor die Herausforderung, dass er stets mit unterschiedlichen Entgeltbestimmungen und sonstigen Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer jonglieren muss. Je nach Auftraggeber hat er sich im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe an den Vorgaben des Vergabegesetzes des Bundes (BTTG-E) oder an den verschiedenen Vergabegesetze der Länder zu orientieren. Ist der Auftraggeber ein Privat- oder Firmenkunde muss er sich mit anderen (tarifvertraglichen) Arbeitsbedingungen befassen.

Dies bedeutet nicht nur für den Arbeitgeber einen erheblichen Mehraufwand bei der Frage, welche Arbeitsbedingungen im Einzelfall für den Arbeitnehmer gelten. Denn tarifliche Leistungen bemessen sich nicht daran, von welcher Stelle (Bund, Land oder Privathaushalt) ein Auftrag erteilt wird, sondern unterliegen vielfach einer temporären Be trachtung beispielsweise dem Kalenderjahr wie etwa im Fall von Urlaubsregelungen oder aber sind arbeitszeitbezogen zu betrachten wie etwa Mehrarbeitszuschläge.

Diese unterschiedlichen Vorgaben stören auch den Betriebsfrieden. Es treibt Unruhe in den Betrieb, wenn es für die Arbeitnehmer nicht absehbar ist, was sie – jeweils abhängig davon, ob sie ihre Arbeitsleistung im Bundes-, Landes-, oder Privatauftrag erbringen – am Monatsende verdienen und welchen Arbeitsbedingungen sie unterliegen. So kann es sein, dass ein Arbeitnehmer bis Mitte November seine Arbeitsleistung im Rahmen eines Projektes im Bundesauftrag zu erbringen hat, anschließend für ein Projekt im Landesauftrag tätig wird und im Dezember einen Privatkundenauftrag arbeitet. Zudem gibt es viele Arbeitnehmer, die tageweise in unterschiedlichen Aufträgen eingesetzt werden. So wird etwa ein Maurer montags und dienstags im Rahmen zur Dienstleistungserbringung im Rahmen eines Bundesauftragseingesetzt und mittwochs bis freitags zur Erledigung eines Privatauftrags. Für den Arbeitnehmer kann es dabei zu einem sehr kurzfristigen Wechsel der Arbeitsbedingungen kommen, die unter Umständen Ansprüche in unterschiedlicher Höhe ergeben und dadurch Unsicherheiten auslösen können. Daran schließt sich auch die Frage, inwieweit der Arbeitgeber mit Blick auf das Nachweisgesetz verpflichtet ist, auf die sich im Einzelfall immer wieder verändernden Arbeitsbedingungen hinzuweisen. Dies wird im Zweifel mit einer großen Bürokratielast verbunden sein.

Überdies kann nicht ausgeschlossen werden, dass im Betrieb eine „Drei-Klassen-Gesellschaft“ entsteht, je nachdem, für welchen Kundenauftrag die Arbeitnehmer eingeteilt werden. Sollten sich beispielsweise die Arbeitsbedingungen im Rahmen des Bundesauftrags als vorteilhafter erweisen als die des Privatkundenauftrags, droht zusätzliches Konfliktpotential.

Weiterhin ist unklar, wie weitreichend die Verpflichtung zur Gewährung der in § 5 Abs. 1 BTTG-E genannten Arbeitsbedingungen sein soll. Die Norm des § 4 Abs. 1 S. 1 BTTG-E führt dazu aus, dass davon die „zur Leistungserbringung eingesetzten Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer für die Dauer, in der diese in Ausführung des öffentlichen

Auftrags oder der Konzession tätig sind“, erfasst werden. Das BTTG-E lässt nicht erkennen, ob damit beispielsweise nur die unmittelbar auf der Baustelle tätigen Arbeitnehmer erfasst werden oder aber auch diejenigen, die lediglich mittelbar an der Auftragsausführung mitgewirkt haben. Zu denken wäre dabei etwa an den Magazinverwalter im Lager am Sitz des Auftragnehmers, der das Material für Baustelle des Bundes-Auftrags zugeteilt und zusammengestellt hat. Hier besteht gesetzlicher Nachbesserungsbedarf.

2.4 Einseitige Antragstellung für RVO verfehlt, § 5 Abs. 1 S. 1 BTTG-E

Abzulehnen ist, dass das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 BTTG-E allein auf Antrag einer Gewerkschaft oder einer Vereinigung von Arbeitgebern die für die öffentliche Auftragsausführung geltenden Arbeitsbedingungen eines von der Antragstellerin mit einer Gewerkschaft beziehungsweise einer Vereinigung von Arbeitgebern abgeschlossenen Tarifvertrags in einer Rechtsverordnung festsetzen kann.

Der Vorschlag über die Ingangsetzung des Rechtsverordnungsverfahren durch die alleinige Antragstellung einer einzelnen Tarifvertragspartei verkennt, dass die tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen das Produkt des erfolgreichen Zusammenwirkens der Gewerkschaft auf der einen und der Arbeitgebervereinigung auf der anderen Seite sind. Das Rechtsverordnungsverfahren darf nicht als einseitiges Drangalisierungsinstrument der Gewerkschaften gegenüber Arbeitgeberverbänden ausgestaltet werden.

Das Rechtsverordnungsverfahren sollte daher nur bei einer *gemeinsamen* Antragstellung der Tarifvertragsparteien in Gang gesetzt werden können. Nur auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass der Rechtsverordnungserlass zur Absicherung der tariflichen Arbeitsbedingungen in der Branche aus Sicht beider Tarifvertragsparteien erforderlich erscheint, ihre notwendige Legitimation erfährt und in der betrieblichen Praxis ausreichend Akzeptanz erzielt. Eine beiderseitige Antragstellung ist im Übrigen auch Voraussetzung für die Einleitung eines Rechtsverordnungsverfahrens nach dem AEntG. Gleiches gilt mit Blick auf die Verfahrenseinleitung zur Allgemeinverbindlicherklärung nach dem Tarifvertragsgesetz (TVG). Diese bereits bestehende und bewährte Rechtslage sollte auch für das Verfahren nach § 5 Abs. 1 S. 1 BTTG-E als Voraussetzung gelten.

2.5 Auswahlentscheidung des BMAS zugunsten des Erstanstrags ist verfassungs- rechtlich bedenklich, § 5 Abs. 1 S. 2 BTTG-E

2.5.1 Auswahlentscheidung muss unter den Vorbehalt materieller Voraussetzungen gestellt werden

Das Auswahlverfahren zur Festsetzung der verbindlichen Arbeitsbedingungen per Rechtsverordnung ist zu korrigieren. Das Verfahren zur Festsetzung der verbindlichen Arbeitsbedingungen nach § 5 BTTG-E geht davon aus, dass die Arbeitsbedingungen des Tarifvertrags für verbindlich erklärt werden sollen, für den der erste Antrag einer Gewerkschaft oder einer Arbeitgebervereinigung eingegangen ist. Diese Arbeitsbedingungen werden Gegenstand eines Rechtsverordnungsentwurfs und durch das BMAS bekannt gemacht. Erst im Anschluss haben die unter den Geltungsbereich der Rechtsverordnung fallenden Arbeitgeber

und Arbeitnehmer sowie Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen drei Wochen Zeit und Gelegenheit zu beantragen, dass ihre Tarifverträge den Vorzug vor dem Erstantrag erhalten sollten.

Erst wenn dieser Zweitantrag gestellt ist, stellt sich für das BMAS überhaupt die Frage der Repräsentativität des Tarifvertrags, der die Grundlage für die Vergabe öffentlicher Bundesaufträge bilden soll. Vorher spielt die Frage der Repräsentativität des Tarifvertrags keine Rolle. Auch werden bei der Erstantragstellung keine materiellen Anforderungen an das Auswahlverfahren gestellt. Allein die Negativabgrenzung, dass „ausnahmsweise“ kein „öffentliches Interesse am Erlass der Rechtsverordnung“ gegeben ist (vgl. § 5 Abs. 1 S. 1 BTTG-E), taugt nicht als rechtliches Korrektiv. Die Repräsentativität des Tarifvertrags stellt jedoch nach der aktuellen Rechtslage sowohl im AEntG als auch im TVG einen entscheidenden Bestandteil des öffentlichen Interesses dar. Dies muss auch hier gelten. Die Frage der Repräsentativität darf sich nicht erst stellen, wenn eine konkurrierende Antragstellung beim BMAS vorliegt. Sie sollte vielmehr bereits im Rahmen des Erstantrags entscheidungsrelevant sein und zudem unabhängig davon geprüft werden, ob ein Zweitantrag überhaupt gestellt wird. Warum dieser im Übrigen nur von Gewerkschaftsseite gestellt werden kann, nicht aber vonseiten der Arbeitgebervereinigungen, ist eine weitere Ungereimtheit des BTTG-E.

2.5.2 Überlagerung bestehender Tarifbindungen ist abzulehnen

Letztlich führt die unbedingte Vorrangstellung des Erstantrags und das normierte Verordnungsverfahren dazu, dass Tarifverträge faktisch verdrängt werden. Ist der Auftragnehmer bereits an einen anderen Tarifvertrag gebunden, kann er diesen im Zweifel nicht mehr anwenden und muss sich an den Arbeitsbedingungen der Rechtsverordnung orientieren. Die Auswahlfreiheit des BMAS bedeutet damit für ihn einen Eingriff in seine kollektive Koalitionsfreiheit. Dem Gesetzesziel des BTTG-E, die Tarifbindung zu stärken, leistet dies keinen Vorschub. Im Gegenteil: Anstatt die Tarifautonomie zu stärken, wird sie geschwächt.

2.5.3 Demokratische Prinzipien dürfen nicht außer Kraft gesetzt werden

Nicht nachvollziehbar ist ferner, dass vor Erlass der Rechtsverordnung nach § 5 Abs. 1 S. 1 BTTG-E lediglich den in den Geltungsbereich fallenden Arbeitgebern und Arbeitnehmern, den Parteien der Tarifverträge, für die Anträge nach § 5 Abs. 1 S. 1 BTTG-E gestellt haben, sowie den Spaltenorganisationen im Sinne des § 12 TVG Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gegeben werden soll. Gewerkschaften oder Arbeitgebervereinigungen, die nicht Beteiligte der Antragstellung nach § 5 Abs. 1 S. 1 BTTG-E sind, wird damit kein Äußerungsrecht zugebilligt. Dies ist zu korrigieren und an die im TVG und im AEntG vorgesehnen Beteiligungsrechte Dritter anzupassen. So werden vor der Entscheidung über einen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags nach § 5 Abs. 1 TVG den „am Ausgang des Verfahrens interessierten Gewerkschaften und Vereinigungen der Arbeitgeber (...)“ umfassende Beteiligungsrechte eingeräumt (vgl. § 5 Abs. 2 S. 1 TVG). Auch das AEntG sieht vor dem Erlass einer Rechtsverordnung nach § 7 Abs. 1 und 4 AEntG im Fall konkurrierender Tarifverträge die Beteiligung der „Parteien anderer Tarifverträge (...)“ vor, ohne dass dies besonders beantragt werden müsste. Dass Parteien, die von einem Rechtssetzungsakt betroffen sind, eine Beteiligungsmöglichkeit zugebilligt werden, ist ein wesentlicher Bestandteil der demokratischen Rechtsordnung und des Rechtsstaatsprinzips. Dieses Grundprinzip sollte hier nicht leichtfertig aufgegeben werden.

2.6 Rolle der Clearingstelle ist unausgereift, § 6 BTTG-E

2.6.1 Keine zufriedenstellende Lösung von Konkurrenzfragen

Kritisch zu betrachten ist ferner die Errichtung einer Clearingstelle und die ihr vom BMAS zugeschriebene Rolle. Gemäß § 6 Abs. 1 BTTG-E errichtet das BMAS eine Clearingstelle, die aus je drei Vertreterinnen beziehungsweise Vertretern der Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer nach § 12 TVG bestehen soll. Im Fall konkurrierender Tarifverträge erhält die Clearingstelle ein besonderes Recht zur Stellungnahme, sofern die nach § 5 Abs. 4 S. 2 BTTG-E zur Stellungnahme Berechtigten dies verlangen. In diesem Fall ist die Clearingstelle berechtigt, eine Empfehlung darüber abzugeben, ob und mit welchem Inhalt eine Rechtsverordnung nach § 5 BTTG-E erlassen werden soll (vgl. § 6 Abs. 2 BTTG-E). Ausweislich der Gesetzesbegründung ist sie darüber hinaus befugt, Empfehlungen zur „sinnvollen Abgrenzung zwischen Tarifverträgen“ abzugeben, deren Geltungsbereiche sich überschneiden. Zudem soll sie im Fall konkurrierender Anträge auch zur Repräsentativität der betreffenden Tarifvertragsparteien Stellung nehmen können.

Die vorgenannten Regelungen bieten keine zufriedenstellende Lösung für Konkurrenzfälle. Es ist bedenklich, dass die Clearingstelle erst dann in die Auswahlentscheidung des BMAS einbezogen werden soll, wenn konkurrierende Antragstellungen zum Erlass einer Rechtsverordnung nach § 5 BTTG-E seitens „verschiedener Gewerkschaften“ vorliegen – und dies auch nur unter der zusätzlichen Bedingung, dass dies von den nach § 5 Abs. 4 S. 2 BTTG-E zur Stellungnahme Berechtigten verlangt wird. Über diesen Weg der Einbeziehung in das Rechtsverordnungsverfahren hinaus, besteht für die Clearingstelle keine andere Möglichkeit zur Äußerung und Verfahrensbeteiligung – und schon gar nicht auf der ersten Stufe der Erstantragstellung nach § 5 Abs. 1 S. 1 BTTG-E. Dabei könnte die Clearingstelle bereits auf der ersten Stufe der Antragstellung einen bedeutenden Beitrag zur Vermeidung von Tarifkonkurrenzen leisten. Warum die Expertise dieses Gremiums, das mit Vertretern der Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer besetzt sein soll, hier ungenutzt bleiben soll, erschließt sich nicht. Fraglich ist auch, warum der Fall konkurrierender Antragstellungen verschiedener Arbeitgebervereinigungen keinen Eingang in das Gesetz gefunden hat. Dieser Fall scheint im Gesetz nicht vorgesehen zu sein. Auch welches Prozedere bei konkurrierenden Antragstellungen verschiedener Arbeitgebervereinigungen gelten soll, ist unklar. Dabei sind fachliche und geltungsbereichsbezogene Abgrenzungsfragen in Tarifverträgen der einzelnen Branchen von großer Bedeutung. Diesem Umstand muss auch im BTTG-E Rechnung getragen werden.

2.6.2 Nur einstimmige Empfehlungen sichern Akzeptanz

Nicht nachvollziehbar ist überdies, dass die Clearingstelle zwar eine Empfehlung im Fall konkurrierender Tarifverträge aussprechen kann, diese aber nicht einstimmig erfolgen muss. Dies fördert in keiner Weise die Akzeptanz einer gleichwohl durch das BMAS erlassenen Rechtsverordnung. Aufgrund der Tragweite einer solchen Rechtsverordnung für die Erstantragsteller, die konkurrierenden Zweitantragsteller und die Auftragnehmer sollte die Frage der Tarifkonkurrenz in der Clearingstelle unter besonderer Abwägung der betroffenen Rechtsgüter erfolgen und zudem im Wege der Einstimmigkeit gelöst werden. Hier bietet sich eine Anlehnung an etablierte und bewährte Verfahren nach § 7 Abs. 3 und 5 AEntG an.

2.6.3 Zuständigkeiten der Sozialpartner müssen berücksichtigt werden

Überdies ist fraglich, wie die Clearingstelle die ihr in der Gesetzesbegründung zugeschriebene Aufgabe erfüllen soll, Empfehlungen zur „sinnvollen Abgrenzung zwischen Tarifverträgen“ abzugeben, deren Geltungsbereiche sich überschneiden. Die Frage der geltungsbereichsbezogenen Abgrenzung von Tarifverträgen kann nicht in den Verantwortungsbereich der Clearingstelle gestellt werden. Die Festlegung und das Austarieren der tarifvertraglichen Geltungsbereiche und die Zuordnung von Tätigkeiten zu den jeweiligen Branchen ist originäre Aufgabe der Tarifvertragsparteien. Sie erfordert zudem Branchenkenntnisse in einer Detailtiefe, wie sie der Clearingstelle gar nicht vorliegen können.

2.6.4 Keine Lösungen für den Umgang mit landesspezifischen Branchentarifverträgen

Ungelöst bleibt darüber hinaus die Frage, wie im Rahmen des BTTG-E mit landesspezifischen Branchentarifverträgen umgegangen werden soll. Während sich bei bundesweiten Branchentarifverträgen eine Orientierung an diese anbietet, stellt sich die Situation in Branchen, in denen regionale Tarifwerke abgeschlossen werden, komplexer dar.

Viele Handwerksbranchen tarifieren regional auf Ebene der Bundesländer. Hier stellt sich die Herausforderung, welche der zahlreichen tarifvertraglichen Landesregelungen bei einem Bundestariftreuegesetz zur Anwendung kommen sollen. In der Konsequenz würden die landesspezifischen Tarifbestimmungen in diesen Fällen in einer gewissen Konkurrenz zueinanderstehen. Dies würde jedoch ihrer Systematik nicht entsprechen. Erst recht dürften sie nicht im Sinne eines „Rosinen-Pickens“ ihrem tariflichen Kontext entnommen und gegeneinander ausgespielt werden. Dies wäre das Ende landesspezifischer Tarifregelungen, die die Tarifpartner mit Blick auf die regionalen Besonderheiten ihres Tarifgebiets regelmäßig passgenau normieren.

Die Auswahl der maßgeblichen tariflichen Regelungen darf nicht dem BMAS im Rahmen seiner Auswahlentscheidung nach § 5 Abs. 1 S. 1 BTTG-E obliegen, sondern muss im Rahmen der Tarifautonomie der Gestaltungsmacht der Tarifpartner vorbehalten bleiben. In der Gesetzesbegründung wird dazu ausgeführt, dass die „Arbeitsbedingungen aus unterschiedlichen regionalen Tarifverträgen mit demselben fachlichen Geltungsbereich“ von einer „gemeinsamen Rechtsverordnung“ erfasst werden sollen. Was dies in der Umsetzung für den Auftragnehmer konkret bedeutet, bleibt leider offen.

2.6.5 Rolle der Clearingstelle fraglich

Unabhängig davon stellt sich die Frage, welche Rolle die Clearingstelle im Rechtsverordnungsverfahren überhaupt einnehmen soll. So darf sie nur bei besonderer Beantragung tätig werden (s.o.). Ihre Stellungnahmen werden vom BMAS im Rahmen des Verordnungsverlasses lediglich „berücksichtigt“, scheinen aber bei der Entscheidungsfindung zum Verordnungserlass selbst kaum eine Rolle zu spielen. Den Ausgang des Verordnungsverfahrens kann das Gremium nicht wesentlich beeinflussen oder gar stoppen. Insoweit bleibt die Clearingstelle ein Gremium ohne wirkliche rechtliche Relevanz und Durchsetzungskraft. Die Sozialpartner dürfen nicht zu Erfüllungsgehilfen des BMAS degradiert werden, ohne eine autonome Entscheidungsfunktion einnehmen zu können. Letztlich wird lediglich der Anschein einer Beteiligung der Sozialpartner gesetzt. Ohne ein wirkliches Mitsprach- und Mitwirkungsrecht droht die Clearingstelle zur reinen „Fake-Veranstaltung“ degradiert zu werden.

2.7 Änderungen festgesetzter Arbeitsbedingungen ist transparent, § 5 Abs. 5 BTTG-E

Korrigiert werden muss zudem das Verfahren bei Änderungen der nach § 5 Abs. 1 S. 1 BTTG-E erstreckten Arbeitsbedingungen. Die Regelung des § 5 Abs. 5 BTTG-E sieht vor, dass das BMAS die Änderungen der in einer Rechtsverordnung nach § 5 Abs. 1 BTTG-E festgesetzten Arbeitsbedingungen durch einen Nachfolgetarifvertrag lediglich im Bundesanzeiger bekannt machen muss. Das Nebeneinander der Rechtsverordnung und auf diese Weise bekanntgemachten geänderten Arbeitsbedingungen führt zu einem Auseinanderfallen der Inhalte der Rechtsverordnung und den Neuregelungen. Dies geht zulasten der Transparenz und der Rechtssicherheit für den Rechtsanwender. In Anlehnung an die Regelungen des TVG und des AEntG sollte daher auch hier eine Änderung der tariflichen Arbeitsbedingungen mit einer neuen Antragstellung auf Erlass einer Allgemeinverbindlicherklärung bzw. Rechtsverordnung einhergehen.

Überdies sollte das Verfahren bei der Erstreckung neuer Regelungsstände angepasst werden. Nach der Gesetzesbegründung soll es sich bei der Aufnahme neuer Regelungsgegenstände, die bisher nicht Gegenstand der bereits nach § 5 Abs. 1 S. 1 BTTG-E erlassenen Rechtsverordnung sind, nicht um eine Änderung im Sinne des § 5 Abs. 6 BTTG-E handeln. Neue Regelungsgegenstände sollen daher auf Antrag der Tarifvertragsparteien durch Erlass einer Änderungsverordnung verbindlich gemacht werden. Hier stellt sich zum einen die Frage, wie der Rechtsanwender rechtssicher erkennen soll, ob lediglich eine Änderung der verbindlichen Arbeitsbedingungen vorliegt und ob es sich bei der Arbeitsbedingung um einen neuen Regelungsgegenstand handelt. Dies ist selbst für Rechtskenner nicht immer eindeutig trennbar.

Hinzu kommt, dass das BMAS eine Rechtsverordnung sogar ganz oder teilweise aufheben kann, wenn die darin festgesetzten Arbeitsbedingungen nicht mehr Gegenstand des Tarifvertrags oder eines ihn ersetzen Tarifvertrags sind (vgl. § 7 Abs. 2 BTTG-E). Dieses Nebeneinander verschiedener Verordnungen und Veröffentlichungsarten führt zu einer weiteren Komplexität. Die Frage, welche Arbeitsbedingungen nach § 5 Abs. 1 BTTG-E tatsächlich gelten sollen, lässt sich losgelöst vom eigentlichen Tarifvertrag kaum mehr beantworten. Es sollte daher sichergestellt werden, dass der Bezug zum entsprechenden Tarifvertrag erhalten bleibt, die Rechtsverordnungen stets die Arbeitsbedingungen des geltenden Tarifvertrags widerspiegeln sowie deren Änderungen und die Verbindlichmachung neuer Regelungsgegenständen stets einen neuen Antrag auf Verordnungserlass bedürfen.

2.8 Veröffentlichungen müssen transparenter erfolgen, §§ 5, 7 BTTG-E

Problematisch ist, dass die Bekanntmachungsmedien der unterschiedlichen Rechtsverordnungen entweder nicht benannt oder uneinheitlich sind. Während die Rechtsverordnung nach § 5 Abs. 1 S. 1 BTTG „im Internet“ bekannt gemacht werden soll, werden Änderungen der verbindlichen Arbeitsbedingungen im Bundesanzeiger bekannt gemacht (vgl. § 5 Abs. 6 BTTG-E). Für den Rechtssetzungsakt zur Bekanntgabe der kompletten oder teilweisen Aufhebung der verbindlichen Arbeitsbedingungen nach § 7 BTTG-E ist kein ausdrückliches Veröffentlichungsmedium genannt. Hier bedarf es dringend einer

Vereinheitlichung der Veröffentlichungsmedien, zumindest aber deren ausdrücklicher Nennung im Gesetzestext des BTTG-E.

2.9 Neue Prüfstelle führt zu weiteren Kosten und mehr Bürokratie, § 8 BTTG-E

Gemäß § 8 BTTG-E soll eine neue Prüfstelle Bundestariftreue bei der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See eingerichtet werden, deren Aufgabe es sein soll, die Einhaltung der Tariftreueerklärungen durch den Auftragnehmer zu kontrollieren. Zudem soll sie prüfen, ob Arbeitgeber ihre Pflichten nach § 4 Abs. 1 und 3 BTTG-E einhalten. Mit der Errichtung einer neuen Prüfstelle und dem damit verbundenen nötigen Neuaufbau einer Kontrollinfrastruktur entstehen erhebliche Kosten und weitere bürokratische Lasten.

2.10 Nachweispflichten bedeuten hohen Bürokratieaufwand, § 9 BTTG-E

Nicht mitgetragen werden kann der mit der Regelung des § 9 BTTG-E einhergehende Bürokratismus und die damit verbundenen Haftungsrisiken für den Auftragnehmer. Die Norm sieht vor, dass der Auftragnehmer dem Bundesauftraggeber gegenüber verpflichtet ist, mittels geeigneter Unterlagen zu dokumentieren, dass er sein Tariftreueversprechen nach § 3 BTTG-E einhält. Entsprechende Unterlagen hat er auf Anforderung des Bundesauftraggebers oder der Prüfstelle Bundestariftreue vorzulegen (vgl. § 9 Abs. 1 BTTG-E). Überdies obliegt ihm die Pflicht, auch von den Nachunternehmern zu verlangen und durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass diese mittels geeigneter Unterlagen dokumentieren, dass sie ihrer Pflicht nach § 4 Abs. 1 BTTG-E zur Gewährung der nach § 5 Abs. 1 BTTG-E einschlägigen Arbeitsbedingungen nachkommen und die Unterlagen auf Anforderung des Bundesauftraggebers oder der Prüfstelle Bundestariftreue vorlegen (vgl. § 9 Abs. 2 BTTG-E).

Die mit § 9 BTTG-E verbundenen Nachweispflichten stellen für den großen Kreis der Betroffenen neue und hohe bürokratische Hürden dar. Sie weichen deutlich von der Vorgabe des Koalitionsvertrags ab, wonach die Vergabe auf einer „einfachen, unbürokratischen Erklärung“ beruhen soll. Stattdessen werden umfangreiche Dokumentationen verlangt und von dem Auftragnehmer Verpflichtungen auferlegt, die er schon aus datenschutzrechtlichen Gründen kaum erfüllen kann.

Überdies ist fraglich, wie der Auftragnehmer im Rahmen seiner Verpflichtungen nach § 9 BTTG-E erkennen soll, welche Rechtsverordnung für den Nachunternehmer im konkreten Einzelfall einschlägig ist. Schwierig ist dies vor allem, wenn sich eine eindeutige Branchenzuordnung des Nachunternehmers nicht ohne weiteres feststellen lässt, wie beispielsweise im Baubereich. Hier müsste der Auftragnehmer zu seiner eigenen Haftungsminimierung und in Erfüllung seiner Tariftreueerklärung nach § 3 BTTG-E dafür sorgen, dass der Nachunternehmer die für ihn tatsächlich geltende Rechtsverordnung – hier entweder Bauhauptgewerbe oder Baunebengewerbe – identifiziert und die darin enthaltenen Arbeitsbedingungen tatsächlich einhält. Die richtige Branchenzuordnung des (Nach-)Unternehmens – und damit die Wahl der einschlägigen Rechtsverordnung – ist dabei von vielen Faktoren abhängig und nicht immer einfach vorzunehmen. Wie es dem Auftragnehmer gelingen soll, die Wahl der einschlägigen Rechtsverordnung durch den

Nachunternehmer sicherzustellen, erschließt sich nicht und führt letztlich zu einer Überforderung des Auftragnehmers.

Überdies lässt das Gesetz unbeantwortet, durch welche „geeignete Maßnahme“ der Auftragnehmer sicherstellen soll, dass Nachunternehmer ihren Verpflichtungen nach § 4 Abs. 1 und 3 BTTG-E nachkommen. Hier bedarf es einer gesetzlichen Klarstellung, um Rechtsunsicherheiten in der betrieblichen Praxis von vornherein zu begegnen.

2.11 Präqualifizierungsverfahren ist im Grundsatz zu begrüßen, § 10 BTTG-E

Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass nach § 10 BTTG-E Auftragnehmer, denen ein Zertifikat bescheinigt, dass sie den Arbeitnehmern Arbeitsbedingungen gewähren, die mindestens die Anforderungen einer einschlägigen Rechtsverordnung nach § 5 BTTG-E erfüllen, von der Nachweispflicht nach § 9 Abs. 1 BTTG-E in Bezug auf ihr Tariftreueversprechen nach § 3 Abs. 1 BTTG-E befreit sind. Dieses sogenannte Präqualifizierungsverfahren hat sich vor allem in der Bauwirtschaft etabliert und bewährt. Zudem ist dieses Verfahren den Unternehmen, die im Rahmen öffentlicher Auftragsvergaben tätig sind, geläufig.

An welche Voraussetzungen die Erteilung dieser Präqualifikation in Hinblick auf die Tarifbindung geknüpft ist, lässt das Gesetz leider offen. So wäre es bei einer echten Tarifbindung nur erforderlich, dass der Auftragnehmer entweder seine tarifgebundene Mitgliedschaft in dem für seine Branche einschlägigen Tarifträgerverband nachweist oder aber erklärt, dass die einschlägigen deutschen Branchen-Tarifverträge auf der Grundlage einer von ihm verwendeten arbeitsvertraglichen Verweisungsnorm Anwendung finden. Da in einigen Branchen zudem Tarifverträge nach den Regelungen des TVG bzw. des AEntG allgemeinverbindlich sind, wäre es zudem überlegenswert, dass für Betriebe ohne Tarifbindung eine Präqualifikation nur bezüglich der tariflichen Regelungen erteilt werden müsste, die nicht bereits ohnehin allgemeinverbindlich sind.

Der Nutzen des Präqualifizierungsverfahrens wird jedoch dadurch getrübt, dass der Auftragnehmer von den Erleichterungen des Präqualifizierungsverfahrens nur dann profitieren kann, wenn auch seine Nachunternehmer dieses Verfahren erfolgreich absolviert haben. Für Nachunternehmer, die keine Präqualifikation haben und diese auch nicht beantragen möchten, bleibt der Auftragnehmer dennoch in der Haftung und muss mit erheblichem bürokratischen Aufwand nachweisen, dass auch der oder die Nachunternehmer den Anforderungen der Rechtsverordnung gemäß § 5 Abs. 1 BTTG-E gerecht wird.

Während sich die Kontrolle über die Einhaltung der Tariftreue im Rahmen des geplanten § 10 BTTG-E in der Bauwirtschaft über das Präqualifizierungsverfahren verhältnismäßig unbürokratisch bewerkstelligen ließe, ist dies außerhalb dieses Wirtschaftsbereichs schwierig und mit erheblichen Nachweispflichten (vgl. § 9 BTTG-E) verbunden.

2.12 Nachunternehmerhaftung begrenzen

Abzulehnen ist die überbordende Nachunternehmerhaftung des Auftragnehmers nach § 12 BTTG-E. Nach dieser Vorschrift haftet ein Auftragnehmer, der einen Nachunternehmer einsetzt, selbstschuldnerisch dafür, dass der Nachunternehmer seiner Zahlungspflicht nach § 4 Abs. 1 iVm. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BTTG-E nicht nachkommt.

Durch den Verweis auf den § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BTTG-E wird die Haftung des Auftragnehmers immens ausgeweitet. Denn dies bedeutet, dass er nicht nur für die Gewährung des tarifvertraglichen Mindestlohns, sondern durch den in der Norm enthaltenen Verweis auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 iVm. § 2a AEntG auch für die Leistung weiterer Entgeltbestandteile durch den Nachunternehmer einzustehen hat. Konkret bezieht § 2a AEntG alle geldlichen und geldwerten Sachleistungen, die der Arbeitnehmer erhält, in die Haftung ein. Damit reicht die Haftung des Auftragnehmers als Generalunternehmer im Rahmen des § 12 BTTG-E weiter als nach § 14 AEntG, wo er nur für den per Rechtsverordnung tariflichen Mindestlohn haftet, wenn dieser vom Nachunternehmer nicht geleistet wird.

Das Haftungsrisiko des Generalunternehmers im Rahmen des § 12 BTTG-E wird dadurch unkalkulierbar, zumal es ihm bereits aus datenschutzrechtlichen Erwägungen nur sehr eingeschränkt möglich ist, den Nachunternehmer zu kontrollieren. Zudem stellt sich die Frage, welche Rechtsverordnung nach § 5 Abs. 1 BTTG-E für den Nachunternehmer jeweils zur Anwendung kommt. Die Feststellung der richtigen Branchenzugehörigkeit ist weder für den Generalunternehmer und im Zweifel auch für den Nachunternehmer nicht immer einfach (vgl. oben Pkt. 2.10). In welchem Rahmen der Auftragnehmer bei fehlerhafter Anwendung einer Rechtsverordnung durch den Nachunternehmer haftet, ist unklar und birgt zusätzliches Risikopotential.

Ansprechpartnerin: Birgit Schweer

Bereich: Arbeitsmarkt, Tarifpolitik und Arbeitsrecht
+49 30 20619-186
schweer@zdh.de · www.zdh.de

Herausgeber:

Zentralverband des Deutschen Handwerks e.V.
Haus des Deutschen Handwerks
Mohrenstraße 20/21 · 10117 Berlin
Postfach 110472 · 10834 Berlin

Lobbyregister: R002265
EU Transparency Register: 5189667783-94

Der Zentralverband des Deutschen Handwerks e. V. (ZDH) vertritt die Interessen von rund 1 Million Handwerksbetrieben in Deutschland mit mehr als 5,6 Millionen Beschäftigten. Als Spitzenorganisation der Wirtschaft mit Sitz in Berlin bündelt der ZDH die Arbeit von Handwerkskammern, Fachverbänden des Handwerks auf Bundesebene sowie bedeutenden wirtschaftlichen und sonstigen Einrichtungen des Handwerks in Deutschland. Mehr unter www.zdh.de