



Stellungnahme der Deutschen Bahn

**Referentenentwurf
zum Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie
durch die Sicherung von Tariftreue bei der
Vergabe öffentlicher Aufträge des Bundes und
weitere Maßnahmen
(Tariftreuegesetz)**



Berlin, 28. Oktober 2024

Lobbyregisternummer R001662

Grundsätzliche Anmerkungen

Die Deutsche Bahn (DB) begrüßt das mit dem Gesetzentwurf beabsichtigte Ziel, die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu stärken. Die Bundesrepublik Deutschland kommt damit ihrer Vorbildfunktion nach, bei Vergaben faire Wettbewerbsbedingungen zu schaffen und Arbeitnehmende zu schützen. Allerdings sollte der Anwendungsbereich des Bundestariftreuegesetzes sorgfältig austariert werden, um nicht das Gegenteil, nämlich Wettbewerbsverzerrungen zwischen denjenigen Sektorauftraggebern, auf die der Bund einen beherrschenden Einfluss ausübt und den nicht vom Bund beherrschten Unternehmen aufkommen zu lassen. Das gilt insbesondere im Hinblick auf die Anwendung von Landestariftreuegesetzen. Hier bedarf es im Gesetzentwurf einer deutlicheren Abgrenzung.

Auch wenn nach dem Referentenentwurf des Tariftreuegesetzes gemäß Artikel 1 § 1 Abs. 1 Nr. 3 diejenigen Sektorauftraggeber, auf die der Bund einen beherrschenden Einfluss ausübt, vom Geltungsbereich des Gesetzes erfasst sein sollen, lässt der Entwurf erkennen, dass Adressaten eigentlich klassische öffentliche Auftraggeber (juristische Personen des öffentlichen Rechts) des Bundes sein sollen, die nicht nur bei Erreichen und Überschreiten der EU-Schwellenwerte dem Vergaberecht unterworfen sind, sondern die – im Gegensatz zu Sektorauftraggebern gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 2 lit. b GWB – aus dem Bundeshaushaltsrecht auch unterhalb der EU-Schwellenwerte vergaberechtlich verpflichtet sind.

Daraus folgt:

- a) Sektorauftraggeber gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 2 lit. b GWB sind aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes auszunehmen.
- b) Wenn Sektorauftraggeber gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 2 lit. b GWB dennoch zu den Adressaten des Gesetzes gehören sollen, muss das Tariftreuegesetz die gesetzlichen Wertungen des Vergaberechts und die Beschaffungsrealitäten dieser Auftraggeber angemessen berücksichtigen. Dies ist im Referentenentwurf nur unzureichend berücksichtigt.

Dazu gehört u.a.:

- Anwendung des Gesetzes erst ab Auftragswerten, die die EU-Schwellenwerte erreichen oder überschreiten (betrifft Auftraggeber im Sinne von Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 3),
 - Verzicht auf Kontrollmechanismen und Nachweispflichten (Art. 1 §§ 8 f.), da mit großem personellen und administrativen Aufwand verbunden.
 - Verzicht auf verpflichtende zivilrechtliche Sanktionen, da das einen Eingriff in die Vertragsautonomie der privaten Sektorauftraggeber darstellen und die Attraktivität der öffentlichen Auftragsvergabe für Auftragnehmer schmälern würde (Art. 1 § 11) und
 - es besteht keine Notwendigkeit zum und auch kein Zugriff privater Sektorauftraggeber auf das Wettbewerbsregistergesetz (Art. 5).
- c) Das Gesetz muss darüber hinaus einen Ausnahmetatbestand vorsehen für Vergaben von Sektorauftraggebern von Leistungen, die ihrerseits Gegenstand eines nach vergaberechtlichen Vorschriften zu vergebenden öffentlichen Auftrags waren, sind oder noch sein werden. Ansonsten käme es sowohl zu Wettbewerbsverzerrungen als auch zu Anwendungsunsicherheiten in der Praxis infolge konfligierender Tariftreuevorgaben.

Dies würde v.a. Auftragsvergaben im öffentlichen Personenverkehr nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 betreffen.

Die Vergabe solcher Leistungen erfolgt aufgrund der grundgesetzlichen Zuständigkeitsverteilung allein durch die Bundesländer. Die Aufgabenträger der Länder geben in

ihren Ausschreibungen zur Vergabe von Leistungen des öffentlichen Personenverkehrs bereits die Einhaltung bestimmter Arbeitsbedingungen für den Auftragnehmer (inkl. Leiharbeitnehmer) und seine Unterauftragnehmer gemäß den Vorgaben in den einschlägigen Landes-Tariftreuegesetzen vor.

Beispiel: Das Land Brandenburg schreibt die Erbringung von Leistungen im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) in Nord-Brandenburg aus. Es schreibt dabei vor, dass das Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) Neufahrzeuge einzusetzen hat und dass es die Züge während der Vertragslaufzeit auch regelmäßig außen und innen zu reinigen hat. In Brandenburg gilt die Verpflichtung zur Anwendung von repräsentativen Tarifverträgen (Tariftreue i.e.S.) nach § 4 Brandenburgisches Vergabegesetz wie in vielen anderen Bundesländern nur im Hinblick auf Eisenbahnverkehrsleistungen i.e.S., nicht dagegen im Hinblick auf andere Leistungen oder Lieferungen (dahinter liegender Grund ist i.d.R. die Ruffert-Rspr. des EuGH bzw. die europäische Dienstleistungsfreiheit). Dementsprechend sehen auch die Vergabeunterlagen in der brandenburgischen SPNV-Ausschreibung vor, dass die Bieter nur für die Verkehrsleistungen i.e.S. (für das Fahren der Züge), nicht dagegen für die Erbringung von Reinigungsdienstleistungen oder die Beschaffung der Züge mit repräsentativen Tarifverträgen des SPNV zu kalkulieren haben. Bzgl. der sonstigen Leistungen (Reinigung der Züge etc.), die das EVU zu erbringen hat, braucht das EVU lediglich die Vergütung der Arbeitnehmenden nach dem vergabespezifischen Mindestlohn des Landes Brandenburg nach § 6 Brandenburgisches Vergabegesetz sicherzustellen und zu kalkulieren (zzt. 13 Euro/h).

Ein EVU wie die DB Regio AG (im Folgenden: DB Regio) kann die Fahrzeuge nicht selbst herstellen. DB Regio wäre mit ihren hohen Tariflöhnen auch bzgl. der Reinigungsdienstleistungen in der SPNV-Ausschreibung des Landes nicht konkurrenzfähig und würde diese Lieferungen und Leistungen in der Regel als einen öffentlichen Auftrag im Sektorenbereich in einem europaweiten Vergabeverfahren fremd vergeben. Wäre DB Regio gemäß dem Bundestariftreuegesetz gezwungen, bei der Vergabe eines solchen öffentlichen Auftrags (im Beispiel der Reinigungsdienstleistungen) DB-Tarife oder beispielsweise einen fiktiven bundesvergabespezifischen Mindestlohn von 14,50 Euro vorzugeben, müsste DB Regio diese Mehrkosten auch in ihr Angebot in der SPNV-Ausschreibung des Landes Brandenburg einkalkulieren. Das würde zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen führen: DB Regio würde als einziger Bieter der Bundestariftreue unterliegen und als einziger Bieter mit 14,50 Euro bei Reinigungsdienstleistungen kalkulieren müssen. Alle anderen Bieter bräuchten diese Leistungen nur mit 13 Euro je Stunde / h zu vergüten. Entsprechendes gilt für die Beschaffung der Züge und alle anderen Leistungen, für die keine Tariftreuevorgaben der Länder im engeren Sinne gelten.

Zudem können sich Widersprüche bzw. Anwendungskonflikte ergeben, z. B. wenn das eine Landestariftreuegesetz bestimmte Tarifverträge vorgibt, das Bundestariftreuegesetz dagegen andere und sich beide Tarifverträge nicht gleichzeitig anwenden lassen.

Ohne eine Ausnahmeregelung würde in solchen Fällen im Ergebnis in unangemessener Weise in den Wettbewerb eingegriffen werden, was sich auch aufgrund der Ziele des Bundestariftreuegesetzes nicht rechtfertigen ließe. Da die Arbeitsbedingungen der wesentlichste Kostenfaktor sind, der nach den Ausschreibungen allein Risiko des Verkehrsunternehmens ist, würde der vergaberechtliche Wettbewerbsgrundsatz tiefgreifend berührt.

- d) Letztlich birgt das Gesetz nicht unerhebliche Risiken für die finanziellen und sonstigen Planungen eines privatrechtlich organisierten Sektorenauftraggebers, wenn seitens des Gesetzgebers von „nicht bezifferbaren Kosten“ in Folge des Erlasses einer Rechtsverordnung nach § 5 des Gesetzes ausgegangen wird, die „in das Angebot für den öffentlichen Auftrag eingepreist und mit der Vergütung durch den Bundesauftraggeber ausgeglichen werden.“ (siehe Buchstabe F der Vorerwägungen).

Auch teilen wir nicht die Einschätzung des Referentenentwurfs im Hinblick auf den Erfüllungsaufwand (vgl. Begründung, VI.4.). Im sogenannten Infrastrukturbereich der DB - einem von mehreren Beschaffungsbereichen des DB-Konzerns - wurden in 2023 ca. 600 EU-weite Vergaben durchgeführt. Der Umstellungsaufwand für die Abstimmung und Implementierung angepasster Vertrags- und Vergabeunterlagen wird hier auf deutlich mehr als 4 Stunden für eine Person geschätzt. Vergabeunterlagen werden in der Regel nicht erst kurz vor einer Auftragsbekanntmachung oder sonstigen Einleitung eines Vergabeverfahrens, sondern mit einem mehrmonatigen Vorlauf zusammengestellt und in die Systeme gebracht. Zudem ist vor der Anpassung der verwendeten Vertragsmuster die Befassung diverser unternehmensinterner Gremien notwendig. Daraus folgt die Notwendigkeit eines mindestens 6-monatigen Vorlaufzeitraums, bevor die sich aus dem BTTG ergebenden Pflichten in Vergabeverfahren von Bundesauftraggebern zu beachten sind.

Daraus leiten sich folgende konkrete Anpassungsbedarfe und -vorschläge ab:

Zu Artikel 1 (Bundestariftreuegesetz – BTTG-E)

§ 1 Abs. 2 sollte wie folgt geändert und ergänzt werden (Ergänzungen unterstrichen):

- (2) Dieses Gesetz gilt nicht
- a) für die Vergabe und Ausführung öffentlicher Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge sowie Konzessionen durch ein Land im Rahmen der Auftragsverwaltung für den Bund; sowie
 - b) für die Vergabe und Ausführung öffentlicher Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge durch einen Sektorenauftraggeber, wenn der Auftragsgegenstand der Ausführung eines anderen öffentlichen Auftrags dient, der im Rahmen eines Vergabeverfahrens nach §§ 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder nach Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zu vergeben ist, das von einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern durchzuführen ist, die nicht unter Absatz 1 Satz 1 Nrn. 1 bis 6 fallen.

§ 1 Abs. 5 sollte wie folgt ergänzt werden (Ergänzungen unterstrichen):

- (5) Liegt der geschätzte Auftrags- oder Vertragswert öffentlicher Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge oder Konzessionen unterhalb der in § 106 Absatz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in Bezug genommenen Schwellenwerte, so gilt dieses Gesetz abweichend von Absatz 1
- 1. nicht für Sektorenauftraggeber im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 3;
 - 2. nur, soweit die betroffenen Auftraggeber oder Konzessionsgeber durch die Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte oder durch Abschnitt 1 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A zur Durchführung eines Vergabeverfahrens verpflichtet sind.
§ 129 Absatz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gilt für Vergabeverfahren nach Satz 1 entsprechend.

Begründung: Die Anpassungen in § 1 sind notwendig zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen und von Anwendungsunsicherheiten, die sich u.a. daraus ergeben, dass ein privater Sektorenauftraggeber im Sinne von § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BTTG-E lediglich bei Erreichen der EU-Schwellenwerte dem Vergaberecht unterworfen ist. Auch die in den Vorbemerkung beschriebenen wettbewerbsverzerrenden Folgewirkungen sind durch das BTTG auszuschließen.

§ 8 Abs. 3 sollte wie folgt ergänzt werden (Ergänzungen unterstrichen):

- (3) Die Prüfstelle Bundestariftreue kann von den Bundesauftraggebern jährlich eine Aufstellung über von diesen vergebene öffentliche Aufträge und Konzessionen verlangen. Die Bundesauftraggeber sind verpflichtet, der Prüfstelle Bundestariftreue diejenigen Vergabeunterlagen über vergebene öffentliche Aufträge und Konzessionen zu übermitteln, die für eine Kontrolle gemäß Absatz 2 erforderlich sind. Die Prüfstelle Bundestariftreue teilt den Bundesauftraggebern das Ergebnis ihrer Kontrollen mit und spricht eine Handlungsempfehlung aus.

Begründung: Eine Aufstellung über vergebene öffentliche Aufträge oder Konzessionen ist gerade für große Sektorenauftraggeber wie die Eisenbahninfrastrukturunternehmen oder Eisenbahnverkehrsunternehmen des DB-Konzerns mit deutlichem Verwaltungs- und Personalaufwand verbunden. Daher sollten die Pflichten gegenüber der Prüfstelle Bundestariftreue in einem angemessenen und für große Organisationen leistbaren Umfang gesetzlich ausgeformt werden.

§ 9 Abs. 1 sollte wie folgt ergänzt werden (Ergänzungen unterstrichen):

- (1) Der Bundesauftraggeber verpflichtet den Auftragnehmer, mittels geeigneter Unterlagen zu dokumentieren, dass er sein Tariftreueversprechen nach § 3 einhält und die Unterlagen auf Anforderung des Bundesauftraggebers oder der Prüfstelle Bundestariftreue vorzulegen. Die vorgenannten Pflichten gelten nicht für Sektorenauftraggeber gemäß § 1 Absatz 1 Satz 1 Nr. 3.

In **§ 11** sollte ein Absatz 3 aufgenommen werden (Ergänzungen unterstrichen):

- (3) Die vorstehenden Absätze 1 und 2 gelten nicht für Sektorenauftraggeber gemäß § 1 Absatz 1 Satz 1 Nr. 3.

Begründung: Die Vertragsautonomie privater Sektorenauftraggeber sollte gewahrt bleiben. Daher ist der Geltungsbereich von § 11 BTTG-E zu beschränken. Zudem würde eine Vertragsstrafe für die verpflichteten Auftragnehmer aus Sicht der DB die Attraktivität der öffentlichen Auftragsvergabe für Auftragnehmer schmälern. Auch würde ein solches Vertragsstrafenversprechen in die Kalkulation der Bieter einfließen und damit zu höheren Preisen führen.

§ 16 sollte wie folgt gefasst werden (Änderungen gestrichen, Ergänzungen unterstrichen):

§§ 3, 9 und 11 sind mit Ablauf des sechsten Monats nach Inkrafttreten der Rechtsverordnung nach § 5 anzuwenden. Im Übrigen berührt ~~dieses~~ Gesetz ~~berührt~~ keine Vergabeverfahren, die Bundesauftraggeber zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bereits eingeleitet haben.

Begründung: Für die Umsetzung und Anpassung von Vertragsmustern ist eine mindestens 6-monatige Vorlaufzeit einzuräumen. Auch ist zu beachten, dass die Pflichten insbesondere nach § 3 BTTG-E den vorherigen Erlass einer Rechtsverordnung nach § 5 BTTG-E vorsehen. Dies ist folgerichtig, da es sich aus Sicht eines Bieters letztlich um kalkulationsrelevante Informationen handelt. Um sowohl den Bundesauftraggebern als auch den Verfahrensteilnehmern eine angemessene Umstellungszeit zu gewähren, sind die Pflichten nach §§ 3, 9 und 11 BTTG-E in zeitlicher Hinsicht erst 6 Monate nach Inkrafttreten der diesbezüglichen Rechtsverordnung für anwendbar zu erklären.

Anmerkungen zu Artikel 6, Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes:

Die Deutsche Bahn begrüßt grundsätzlich die mit § 18a BetrVG-E einzuführende Möglichkeit einer Online-Wahl.

Neben der in § 18a Abs. 1 BetrVG-E genannten Möglichkeit, im Zeitraum vom 1. März bis 31. Mai 2026 stattfindenden regelmäßigen Betriebsratswahlen nach § 13 Abs. 1 im Wege der

elektronischen Stimmabgabe durchzuführen, sollten auch außerplanmäßige Wahlen, die in diesen Zeitraum fallen, digital durchgeführt werden können.

Ferner sollten Online-Wahlen in diesem Zeitraum nicht nur „ergänzend“ stattfinden können, sondern sollten „grundsätzlich“ digital stattfinden, um eine hohe Beteiligung zu gewährleisten, Systembrüche Online/Papier zu vermeiden und den Prozess optimal erproben zu können.

Die Information zur Teilnahme an der Durchführung gemäß § 18a Abs. 2 BetrVG-E sowie die Informations- und Datenabgabe zur Evaluierung gemäß § 18a Abs. 5 BetrVG-E an das Bundesministerium für Arbeit und Soziales sollten als freiwilliges Instrument ausgestaltet werden, um eine möglichst hohe Beteiligung zu fördern.