

Positionspapier

25. Oktober 2024

Referentenentwurf eines Bundestariftreuegesetzes (BTTG-E)

1. Ziel und Eckpunkte des BTTG-E

Im Koalitionsvertrag 2021-2025 hat die Ampelkoalition unter dem Stichwort „Tarifautonomie“ (Zeile 2336) vereinbart:

„Wir wollen die Tarifautonomie, die Tarifpartner und die Tarifbindung stärken, damit faire Löhne in Deutschland bezahlt werden – dies befördert auch die nötige Lohnangleichung zwischen Ost und West. Zur Stärkung der Tarifbindung wird die öffentliche Auftragsvergabe des Bundes an die Einhaltung eines repräsentativen Tarifvertrages der jeweiligen Branche gebunden, wobei die Vergabe auf einer einfachen, unbürokratischen Erklärung beruht.“

Zudem wurde zum ÖPNV avisiert (Zeile 1631 ff.):

„Wir setzen uns für faire Arbeitsbedingungen im ÖPNV ein. Zu diesem Zweck stärken wir die Tariftreue und schaffen die gesetzliche Grundlage dafür, Tarifverträge zur Bedingung bei Ausschreibungen zu machen. Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe zu berücksichtigen. Am Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre halten wir fest.“

Erste Überlegungen stellte das BMAS im September 2023 an, die in einen Arbeitsentwurf mündeten, der subkutan öffentlich wurde, aber schon einige Beachtung fand.

Grundsätzliches Ziel des Projekts sollte sein, ähnlich wie bei Landes-Tariftreuegesetzen, Vergabeentscheidungen bei Ausschreibungen davon abhängig zu machen, dass der Submittent zumindest bestimmte tarifliche Mindestarbeitsbedingungen erfüllt – unabhängig davon, ob er tarifgebunden ist oder nicht. Maßgebliche Auslöser zum Erlass von Tariftreuegesetzen waren (und sind) insbesondere die Submissionen im Baubereich, deren Ausfüllung durch einen hohen Grad eines Einsatzes von Subunternehmen geprägt ist.

2. Anwendungsbereich

2.1. Dienstleistungen

Ausweislich des § 1 Abs. 1 BTTG-E knüpft der Anwendungsbereich bei einem geschätzten Auftragswert ab 25.000 EUR an die §§ 99 ff. GWB an. Dabei sind solche Aufträge für Liefer-, Bau- und Dienstleistungen im Sinne des § 103 Abs. 1 bis 4 GWB gemeint. Dabei umfasst § 103 Abs. 3 GWB alle Dienstleistungen, die nicht von Absätzen 2 bis 3 umfasst sind, was im Wesentlichen Lieferungen und Bauleistungen wären. Nicht in Bezug genommen wird § 103 Abs. 5 GWB, der Rahmenvereinbarungen betrifft. Allerdings wird die entsprechende Anwendbarkeit des BTTG in § 1 Abs. 6 BTTG-E ausdrücklich bestimmt.

2.2. Auftraggeber

Neben dem Bund sind nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 BTTG-E auch andere Auftraggeber in den Geltungsbereich einbezogen. Der Entwurf knüpft hier an § 99 GWB sowie an die §§ 100 ff. GWB an.

Zu nennen sind hier zunächst öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB. Die sind Nicht-Gebietskörperschaften-seiende andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen. Voraussetzung wäre u.a., dass sie überwiegend durch eine Gebietskörperschaft (hier der Bund) finanziert werden oder deren Aufsicht unterliegen. Hier kämen insbesondere die auf der Bundesebene tätigen Sozialversicherungsträger wie beispielsweise die DRV-Bund oder die DRV-KBS oder auch Krankenversicherungen wie die Barmer Ersatzkasse in Frage. Sollte nicht schon durch Bundeszuschuss eine überwiegende Finanzierung vorliegen, so ist aber die Beaufsichtigung mindestens bei den bundesweit agierenden Kassen gegeben. Dies gilt dann auch für die Bundesagentur für Arbeit.

2.3. Betroffenheit von kirchlichen und Caritas-Einrichtungen als Auftragnehmer

Einrichtungen von Kirche und Caritas sind weit überwiegend im Bereich der sozialen Dienste tätig, insbesondere in den Bereichen der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung, der Kinder- und Jugendhilfe, der Behinderten- bzw. Eingliederungshilfe aber auch z.B. in der Flüchtlings- und Integrationshilfe, Schuldnerberatung, Suchtberatung etc. Im Bereich der sozialen Dienste bzw. Sozialdienstleistungen finden typischerweise oder überwiegend keine vergaberechtlichen Auftragsvergaben statt, vielmehr werden die einzelnen sozialen Dienste bzw. Dienstleistungen dort im Rahmen des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses erbracht, also im Rahmen eines Dreiecksverhältnisses zwischen Kostenträger, Leistungserbringer und Leistungsberechtigtem. Die einzelnen Leistungserbringer haben hierbei (vereinfacht gesagt) das Recht zur Leistungserbringung allein aufgrund einer fachlichen Zulassung, die ihnen die Möglichkeit eröffnet, ihre Dienstleistungen am Markt frei anzubieten. Dieses sozialrechtliche Dreiecksverhältnis gewährleistet die Vielfalt der Leistungserbringer und damit die Wahlfreiheit der Leistungsberechtigten.

Ein öffentlicher Auftrag im Sinne des BTTG-E zeichnet sich demgegenüber dadurch aus, dass zwischen dem Kostenträger als öffentlichem Auftraggeber und einem Auftragnehmer ein gegenseitiger entgeltlicher Vertrag über die Leistungen geschlossen wird. Hierbei muss sich der Auftraggeber typischerweise zwischen mehreren Bewerbern entscheiden. Ein freier Marktzugang für Leistungserbringer besteht hier (anders als im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis) also grundsätzlich nicht.

Allerdings bleibt trotz des bisher Gesagten zu befürchten, dass kirchliche und Caritas-Unternehmen von den Regelungen des BTTG (sofern es in Kraft treten sollte) betroffen sein werden, vor allem, weil der BTTG-E an zwei Stellen Unschärfen enthält, die für den Markt der Sozialdienstleistungen von erheblicher Bedeutung sind:

2.3.1. Rahmenvereinbarungen im Sinne des § 1 Abs. 6 BTTG-E

Aus dem BTTG-E ergibt sich nicht eindeutig, was unter den Begriff der „Rahmenvereinbarung“ in § 1 Abs. 6 BTTG-E fallen soll. Grundsätzlich sollten Rahmenverträge im Bereich z.B. des SGB V, VIII, IX und XI nicht unter den gerade genannten Begriff in § 1 Abs. 6 BTTG-E fallen. Sozialrechtliche Rahmenverträge sind vor allem 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 BTTG auch in diesem Bereich ausgeschlossen sein sollte. Es ist jedoch nicht auszuschließen, dass der Gesetzgeber mit dem Begriff der „Rahmenvereinbarungen“ auch auf sozialrechtliche Verträge abzielt, wie z. B. auf Vertragsgestaltungen zwischen REHA-Kliniken und Sozialversicherungsträgern (und hier insbesondere die DRV-Bund). Sollte der Gesetzgeber solche Konstellationen mit in das BTTG einbeziehen wollen, fielen praktisch sämtliche sozialrechtlichen Leistungen von Caritas-Einrichtungen unter dieses Gesetz.

2.3.2. Zunehmende Praxis der sog. Open-House-Verfahren und andere Vergabeverfahren im Bereich der Sozialdienstleistungen

Ferner werden bereits heute verschiedene Sozialdienstleistungen ausgeschrieben. Zu nennen sind hier z.B. öffentliche Aufträge im Bereich der Flüchtlings- und Integrationshilfe durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Ausschreibungen für Arbeitsmarktdienstleistungen durch die Bundesagentur für Arbeit (Maßnahmen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung, § 16 SGB II, § 45 SGB III etc. und öffentliche Aufträge auf Landesebene z.B. im Bereich der Schuldnerberatung oder Rettungsdienste, die hier jedoch nicht einschlägig sind).

Darüber hinaus gehen verschiedene Kostenträger seit einigen Jahren vermehrt dazu über, verschiedene soziale Dienste bzw. Sozialdienstleistungen über sog. Open-House-Verfahren auszuscheiden, wobei diese Art der Ausschreibung zwar nicht exklusiv auf einen Anbieter, sondern eine Vielzahl von Anbietern abzielt, aber dennoch als zentralen Bestandteil einen Vertrag zwischen Kostenträger und Anbieter enthält. Als Beispiele seien hier die Open-House-Verfahren der DAK-Gesundheit zu Pflegekursen und Schulungen nach § 45 SGB XI sowie die Open-House-Verfahren der DRV-Bund im Bereich der medizinischen Rehabilitation nach § 38 SGB IX genannt. Auch hier ergibt sich aus dem BTTG-E nicht ausdrücklich, ob solche Open-House-Verfahren vom BTTG mitumfasst sein sollen. In § 1 Abs. 1 BTTG-E heißt es, dass das BTTG für die „Vergabe und Ausführung öffentlicher Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge *im Sinne der* §§ 103 Absatz 1 bis 4, 104 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ gelten soll. Zwar gelten die §§ 97 ff. GWB nicht für Open-House-Verfahren, die gerade genannte Wortwahl „im Sinne der“ lässt aber offen, ob das BTTG auf den Wortlaut oder bloß auf den typischen oder allgemeinen Regelungsgehalt der §§ 103 f. GWB verweisen möchte, also auch für Open-House-Verträge gelten soll, da diese mit öffentlichen Aufträgen nach §§ 97 ff. GWB vergleichbar sind.

2.4. Funktionsweise des BTTG und dessen potenzielle Geltung für Unternehmen von Kirche und Caritas:

Liegen die Voraussetzungen des BTTG-E vor, muss ein öffentlicher Auftraggeber den Auftrag zukünftig von der Einhaltung bestimmter Arbeitsbedingungen abhängig machen. Auftragnehmer geben für sich und Nachunternehmer ein Tarifreueversprechen ab (§ 3 BTTG-E). Arbeitnehmer haben einen Anspruch auf die so festgelegten Arbeitsbedingungen (§ 4 BTTG-E).

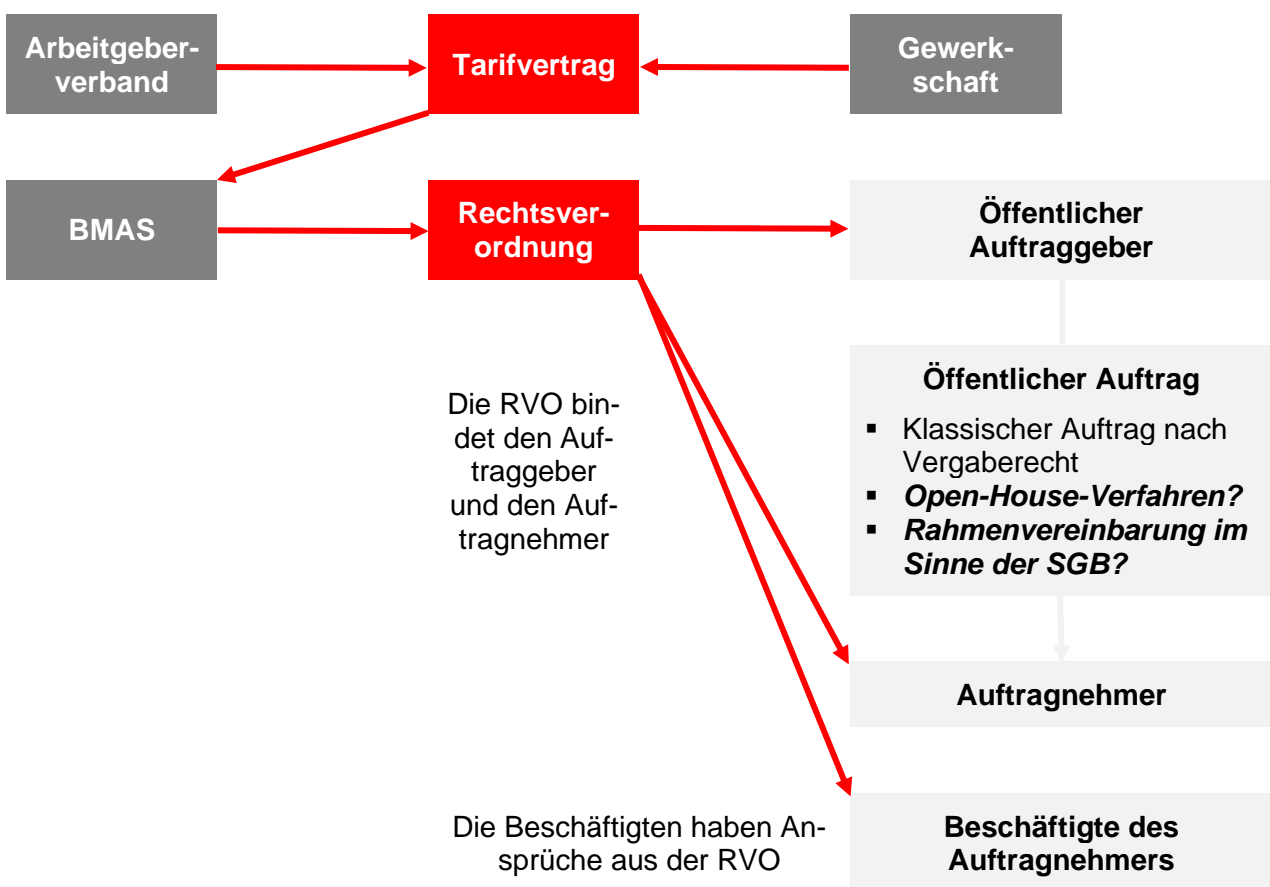
Deren Inhalte bestimmen sich nach einer vom BMAS ohne Zustimmung des Bundesrats zu erlassenden Rechtsverordnung, die einen Tarifvertrag auf Antrag einer Gewerkschaft oder eines Arbeitgeberverbandes (§ 5 BTTG-E) zum Gegenstand hat und diesen damit für alle öffentlichen Auftragsvergaben verbindlich macht. Die Rechtsverordnung enthält die Teile des Tarifvertrags

- zur Entlohnung im Sinne des § 2 Absatz 1 Nummer 1 in Verbindung mit § 2a des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes,

- zum bezahlten Mindestjahresurlaub im Sinne des § 2 Absatz 1 Nummer 2 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, sowie
- zu Höchstarbeitszeiten, Mindestruhezeiten und Ruhepausenzeiten im Sinne des § 2 Absatz 1 Nummer 3 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes
- zur jeweils einschließlich Fälligkeit, Voraussetzungen und Ausnahmen.

Nach § 5 Abs. 6 ff. BTTG-E wird eine neue Einrichtung beim BMAS geschaffen: die Clearingstelle – besetzt aus Vertreterinnen und Vertretern der Spitzenorganisationen von Gewerkschaften und Arbeitgebern (DGB und BDA). Diese soll auf Antrag eine Stellungnahme abgeben, welcher Tarifvertrag der repräsentativste ist.

Sollten die oben skizzierten gesetzlichen Unschärfen bedeuten, dass das BTTG auch für sozialrechtliche Rahmenverträge und für sog. Open-House-Verfahren gelten soll, so ergäbe sich ein breiter Anwendungsbereich dieses Gesetzes für Einrichtungen von Kirche und Caritas:



Aber selbst wenn Open-House-Verfahren und sozialrechtliche Rahmenverträge nicht in den Anwendungsbereich des BTTG fallen sollten, bleibt ein gewisser Bereich von Sozialdienstleistungen, die von kirchlichen oder Caritas-Einrichtungen erbracht werden und Gegenstand von Vergabeverfahren im Sinne des GWB sind.

3. Bewertung, Problemaufriss und Lösung

3.1. Bewertung und Problemaufriss

Der BTTG-E sieht eine Exklusivstellung der in § 5 BTTG-E geregelten Rechtsverordnung vor, die offensichtlich andere Tarifverträge mit ähnlichem Anwendungsbereich teilweise verdrängen soll.

Von kirchlichen Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR) ist im Gesetzentwurf darüber hinaus gar keine Rede. Für kirchliche oder Caritas-Unternehmen hätte dies vor allem zwei Konsequenzen:

- Sollte ein Tarifvertrag durch Rechtsverordnung auf alle potenziellen Auftragsvergaben erstreckt werden, müssten sich sämtliche kirchlichen oder Caritas-Einrichtungen, die sich auf solch einen Auftrag bewerben wollten, verpflichten, die Rechtsverordnung anzuwenden, obwohl sie ihrerseits an ihre AVR gebunden sind.
- Darüber hinaus schließt der BTTG-E aus, dass beispielsweise die AVR Caritas Gegenstand einer Rechtsverordnung nach § 5 BTTG-E sein können, weil es sich dabei eben nicht um Tarifverträge im Sinne des TVG handelt.

Eine kirchliche Einrichtung müsste also gegebenenfalls einen Teil der eigenen Mitarbeiter nach den eigenen kirchlichen AVR entlohnen und den Teil der eigenen Mitarbeiter, der im Bereich des öffentlichen Auftrags tätig ist, nach den Vorgaben der Rechtsverordnung. Schlimmstenfalls müsste die Einrichtung ihre Mitarbeiter, die im Bereich des ausgeschriebenen Auftrags tätig sind, nach einer Mischform aus eigenen AVR und Rechtsverordnung entlohnen – je nachdem, ob die AVR oder die Rechtsverordnung günstigere Regelungen für die Beschäftigten enthält.

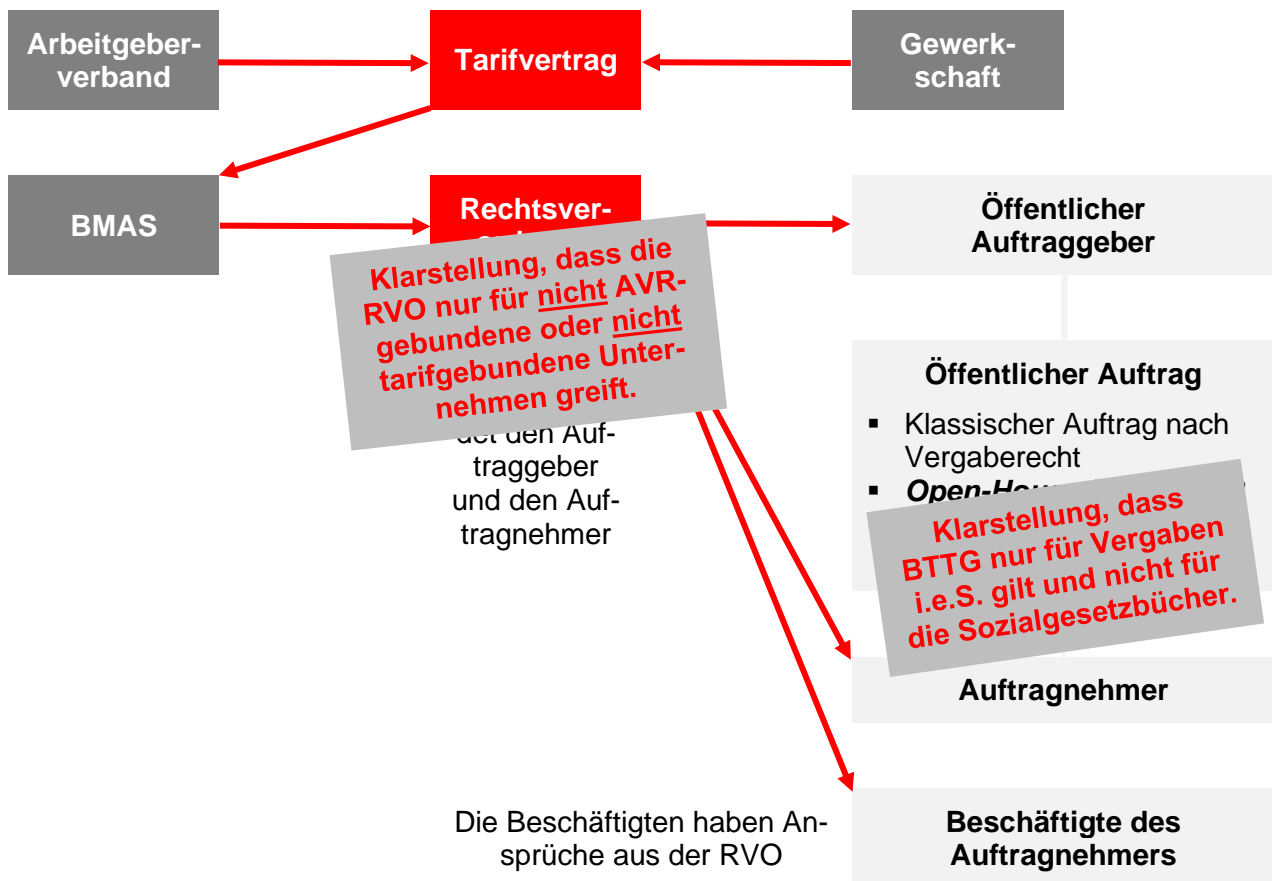
Dieses Problem würde sich nicht stellen, wenn durch die Rechtsverordnung des BMAS ein Tarifvertrag auf sämtliche Bieter eines öffentlichen Auftrags erstreckt würde, der in allen Bereichen geringere Entlohnungen, kürzere Urlaubszeiten etc. vorgibt als der eigene Tarifvertrag oder die eigene kirchliche AVR. In diesem Fall bliebe es bei der Geltung der Rechtsverordnung, aber bei der Anwendung der eigenen AVR, weil diese für die Belegschaft günstigere Regelungen vorsähe. Aber solch eine Erstreckung würde weiterhin damit einhergehen, dass Unternehmen mit seriös verhandelten AVR oder Tarifverträgen bei öffentlichen Aufträgen aufgrund höherer Personalkosten bei einer öffentlichen Ausschreibung den Zuschlag regelmäßig nicht bekommen würden.

3.2. Lösung

Das hier skizzierte Paradoxon, wonach

- entweder ein Tarifvertrag mit niedrigen Entlohnungsbestandteilen durch Rechtsverordnung erstreckt wird, was zur Folge hätte, dass diese Rechtsverordnung nicht in bestehende AVR oder Tarifverträge eingreift, aber für AVR- oder tarifgebundene Unternehmen mit der Gefahr einhergeht auch zukünftig als vergleichsweise kostspielige Bieter einen öffentlichen Auftrag nicht zu bekommen
- oder ein seriöser Tarifvertrag mit allgemein ortsüblichen Entlohnungsvorgaben durch Rechtsverordnung erstreckt wird, was zu Folge hätte, dass auch AVR- oder tarifgebundene Unternehmen eine Chance auf Zuschläge bei öffentlichen Aufträgen hätten, um den Preis, dass es bei ihren Beschäftigten zu einer unübersichtlichen parallelen Geltung von Rechtsverordnung und eigener AVR käme,

lässt sich nur dadurch lösen, dass einerseits klargestellt wird, dass AVR- oder tarifgebundene Unternehmen nicht in den Anwendungsbereich des BTTG fallen und gleichzeitig ein System zur Durchsetzung ortsüblicher Entlohnungen bei Ausschreibungen gefunden wird, das keinen Bieter bevorzugt oder benachteiligt.



3.2.1. Beschränkung des Geltungsbereichs des BTTG auf nicht AVR- oder tarifgebundene Unternehmen

Eine für alle AVR- oder tarifgebundenen Unternehmen gute und praktikable Lösung wäre eine Ergänzung in § 3 oder § 5 BTTG-E, wonach ein öffentlicher Auftraggeber nur solche Auftragnehmer, die nicht AVR- oder nicht tarifgebunden sind, verpflichten muss, die Rechtsverordnung nach § 5 BTTG-E anzuwenden. Für Auftragnehmer, die ihrerseits bereits AVR- oder tarifgebunden sind, sollte das BTTG demgegenüber nicht gelten. Gleichzeitig sollte das BMAS durch Rechtsverordnung ortsübliche Entlohnungen vorgeben, die z.B. durch Berechnung einer durchschnittlichen Entlohnung auf Basis verschiedener AVR und Tarifverträge ermittelt werden.

3.2.2. Herausnahme der sozialen Dienste aus dem Anwendungsbereich des BTTG

Eine darüber hinaus denkbare Lösung wäre die ausdrückliche Herausnahme der Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen aus dem Anwendungsbereich des BTTG, die innerhalb eines Dreiecksverhältnisses aus Kostenträger, Leistungserbringer und Leistungsberechtigtem angeboten werden, weil sich in den Sozialgesetzbüchern zum Teil schon heute detaillierte Regelungen zur Entlohnung der Beschäftigten finden, siehe zum Beispiel §§ 72, 82c SGB XI.

3.2.3. Klarstellung der Begrifflichkeiten im BTTG-E

Mindestens aber sollte im weiteren Gesetzgebungsverfahren eine Klarstellung der Begrifflichkeiten im BTTG-E erfolgen, womit die oben genannten Unklarheiten bzw. Unschärfen im Gesetzentwurf hinsichtlich der Rahmenvereinbarungen oder Open-House-Verfahren beseitigt werden.