

Recht

Vergabeverfahren: Keine Tariftreueregelungen und sonstigen vergabefremden Kriterien

vbw

Position
Stand: März 2024

Die bayerische Wirtschaft



Hinweis

Diese Information ersetzt keine rechtliche Beratung im Einzelfall. Eine Haftung übernehmen wir mit der Herausgabe dieser Information nicht.

Zitate aus dieser Publikation sind unter Angabe der Quelle zulässig.

Vorwort

Keine Erforderlichkeit von Tariftreueregelungen

Das Eckpunktepapier „Bundesregelung zur Tariftreue in der öffentlichen Auftragsvergabe“ des Deutschen Gewerkschaftsbundes vom 26. Mai 2020 war für einige bayerische Kommunen erneut Anlass, regionale Tariftreueregelungen und Mindestentgelte in der Auftragsvergabe zu implementieren.

Zur Vermeidung von Präzedenzfällen müssen derartige Vorhaben frühzeitig abgewendet werden. Durch solche Initiativen wird schrittweise der Trend zum politischen Mindestlohn als Gegenstand ständiger Erhöhungsforderungen noch verstärkt. Auch wenn in einigen Branchen und Unternehmen mehr als die vereinzelt geforderten 16 Euro pro Stunde bezahlt werden, sind die mittelbaren Folgen bei Zulieferern und Dienstleistern zu bedenken. Von Kostenerhöhungen dort ist über Wertschöpfungsketten letztlich die gesamte Wirtschaft betroffen.

Bertram Brossardt
14. März 2024

Inhalt

| | |
|---|----------|
| Position auf einen Blick | 1 |
| 1 Keine Überfrachtung der Vergabeverfahren auf Bundes-, Landes- oder Kommunalebene | 3 |
| 1.1 Bundestariftreue | 3 |
| 1.2 Landestariftreue | 4 |
| 1.3 Kommunale Ebene | 5 |
| 1.3.1 Keine Kompetenz | 5 |
| 1.3.2 Keine regional unterschiedlichen sonstigen Vergabekriterien | 5 |
| 1.3.3 Keine Politisierung des Vergabeverfahrens | 5 |
| 2 Auf allen verwaltungsrechtlichen Ebenen: Keine vergabefremden Kriterien | 6 |
| 2.1 Rechtlicher Rahmen | 6 |
| 2.1.1 § 128 GWB | 6 |
| 2.1.2 Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) | 7 |
| 2.1.3 Vergabe-Mindestlohn | 7 |
| 2.2 Erhöhung des Bürokratieaufwands | 7 |
| 2.2.1 Personalaufwand | 8 |
| 2.2.2 Arbeitsintensität von nachhaltiger Beschaffung | 9 |
| 2.2.3 Mangelnde Kapazitäten bei kleinen (Handwerks-)Betrieben | 9 |
| 2.3 Wirtschaftliche Folgen | 9 |
| 2.3.1 Wirtschaftliche Folgen für Unternehmen | 9 |
| 2.3.2 Wirtschaftliche Folgen für den Staat | 9 |
| Ansprechpartner/Impressum | 10 |

Position auf einen Blick

Das Wichtigste vorab

Kein Bundestariftreuegesetz, kein bayerisches Tariftreuegesetz, keine Verlagerung von Tariftreue- oder Mindestlohnregelungen auf kommunale Ebene:

Rechtlicher Rahmen

Tariftreuregelungen sind unvereinbar mit den vom Grundgesetz geschützten Grundsätzen der Tarifautonomie, der negativen Koalitionsfreiheit, des Gleichheitsgebots, des staatlichen Neutralitätsgebots und der Arbeitsvertragsfreiheit.

Die Freiwilligkeit der Tarifbindung ist ein Wesensmerkmal der Tarifpartnerschaft. Der Ansatz, dass nur die Arbeitsbedingungen als „gut“ gelten, die in einem Tarifvertrag geregelt werden, ist falsch und abzulehnen.

Bereits § 128 Gesetz (GWB) verpflichtet die Unternehmen zur Gesetzestreue bei der Auftragsausführung, jedoch scheidet eine konstitutive Tariftreue aus.

Die Verpflichtung zur Zahlung gleicher Mindestentgelte für inländische und ausländische Beschäftigte besteht bereits aus dem Arbeitnehmerentendengesetz (AEntG).

Der gesetzliche Mindestlohn wird durch das Mindestlohngesetz (MiLoG) sichergestellt, es besteht keine Möglichkeit für Dumping-Löhne. Das MiLoG hat bewusst von einer regionalen Differenzierung abgesehen. Durch kommunale Vergabe-Mindestentgelte droht die Implementierung eines erhöhten gesetzlichen Mindestlohns durch die Hintertür sowie ein Eingriff in bestehende Tarifverträge, auch in solche, die bereits eine Differenzierung nach Ortsklassen enthalten.

Nicht zuletzt ist nach der EuGH-Rechtsprechung kein regionaler Protektionismus im europäischen Binnenmarkt durch Mindest- oder Tarifvertragshürden erlaubt.

Erhöhung des Bürokratieaufwands

Durch vergabefremde Aspekte entsteht auf Unternehmensseite ein massiver Mehraufwand in der Personalarbeit, der insbesondere für kleine Betriebe aufgrund mangelnder Kapazitäten in der Praxis zu einer Verdrängung aus dem Wettbewerb führt.

Auch für die öffentliche Auftraggeberseite nimmt der Prüfungs- und Kontrollaufwand immens zu.

[Position auf einen Blick](#)

Wirtschaftliche Folgen

Für die Unternehmen werden in Folge des erhöhten Aufwands Preissteigerungen unvermeidlich. Dies wirkt sich negativ auf die Inflationsrate aus.

Für die öffentliche Hand bedeutet dies eine Verteuerung, wodurch Haushaltsausgaben für dringende Investitionen verringert werden.

1 Keine Überfrachtung der Vergabeverfahren auf Bundes-, Landes- oder Kommunalebene

Keine Notwendigkeit für Tariftreue- und Mindestentgeltregelungen

Es besteht absolut keine Notwendigkeit für ein Tariftreuegesetz. Vielmehr ist ein derartiges Gesetz unter ordnungspolitischen Gesichtspunkten äußerst fragwürdig. Die Auswirkungen auf potenzielle Auftragnehmer wären enorm.

Der Ansatz, dass nur die Arbeitsbedingungen als „gut“ gelten, die in einem Tarifvertrag geregelt werden, ist falsch und abzulehnen. Auch Arbeitgeber, die im Rahmen der bestehenden deutschen Gesetze und Verordnungen erfolgreich wirtschaften, sind „gute“ Arbeitgeber. Die Dualität von positiver und negativer Koalitionsfreiheit, also die Freiwilligkeit der Tarifbindung, ist ein Wesensmerkmal der Tarifpartnerschaft und Garant für die bis heute hohe Wirtschaftsleistung und Wettbewerbsfähigkeit in Bayern.

Es ist nicht Aufgabe des Staates, Unternehmen aus dem Wettbewerb auszuschließen, die in legitimer Weise von einem Grundrecht Gebrauch machen. Solche Maßnahmen sind mit den vom Grundgesetz geschützten Grundsätzen der Tarifautonomie, der negativen Koalitionsfreiheit, des Gleichheitsgebots, des staatlichen Neutralitätsgebots und der Arbeitsvertragsfreiheit unvereinbar. Andernfalls droht eine irreparable Beschädigung der Akzeptanz der Tarifbindung.

1.1 Bundestariftreue

Ein Bundestariftreuegesetz wäre unionsrechtswidrig, da es nicht vom Katalog der qualifizierten Rechtsquellen in der reformierten Entsenderichtlinie gedeckt und unvereinbar mit der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV ist. Der Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit ließe sich nicht durch den Arbeitnehmerschutz rechtfertigen.

Zudem wäre ein Bundestariftreuegesetz verfassungswidrig, da es gegen Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 9 Abs. 3 GG und gegen das Demokratieprinzip verstößt.

Die Tariftreuregelung mit Repräsentativitätskriterium macht eine anderweitige Tarifbindung unattraktiv. Der Anreiz, sich an einen nicht repräsentativen Tarifvertrag zu binden, ist für Arbeitgeber geringer, wenn ihnen dieser Schritt nicht die Teilnahme am Vergabeverfahren eröffnet. Dies könnte die Tarifbindung insgesamt schwächen. Dem Wesen der mitgliedschaftlich geprägten Tarifautonomie entspricht es, die kollektive Selbstbestimmung zu fördern und nicht die tariflichen Regelungen auch ohne oder sogar gegen den Willen der Betroffenen anzuordnen.

Tariftreueanforderungen sind überwiegend ungeeignet zur Verfolgung der denkbaren Ziele und gehen jedenfalls in der Eingriffsintensität über das erforderliche Maß hinaus.

Zumindest lässt sich der Eingriff nicht dadurch rechtfertigen, dass der Bieter eine Tariftreueerklärung abgegeben hat. Die Argumentation mit einer vermeintlichen freiwilligen Selbstverpflichtung überzeugt nicht. In vielen Bereichen verfügt der Staat über eine sehr hohe Nachfragemacht oder sogar über ein Nachfragemonopol. Unternehmen stehen daher häufig vor der Wahl, einen vorgegebenen Tariflohn zu zahlen oder vollständig aus dem Wettbewerb auszuscheiden.

Konstitutive Tariftreueanforderungen, die den Auftragnehmer auf einen für ihn tarifrechtlich nicht geltenden Tarifvertrag verpflichten wollen (siehe unten [Ziffer 2.1.1](#)), führen aufgrund eines Repräsentativitätserfordernisses zur faktischen Verdrängung anderer Tarifverträge.

Die bisherigen Ausgestaltungen der konstitutiven Tariftreueregungen sind dynamische Gesetzesverweisungen auf Tarifverträge, so dass sie unvereinbar mit dem Demokratieprinzip sind. Selbst wenn sich der parlamentarische Gesetzgeber oder zumindest der Verordnungsgeber konkrete Tarifinhalte zu Eigen machen würden, führt dies dazu, dass einzelne Tarifinhalte aus ihrem Regelungskontext herausgelöst werden, was zu weiteren Grundrechtseingriffen führen würde.

1.2 Landestariftreue

Die Erfahrungen anderer Bundesländer mit landesspezifischen Vergabegesetzen belegen nachweislich die negativen Auswirkungen auf die Vergabepaxis:

So hat sich in Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Schleswig-Holstein der Bieterkreis deutlich verkleinert. Daneben wird eine Verteuerung des Vergabeverfahrens in Form eines erheblichen Preisanstiegs verzeichnet sowie ein bürokratischer Mehraufwand sowohl für Vergabestellen als auch für Unternehmen. Im Besonderen werden kleine und mittlere Unternehmen benachteiligt.

Dabei können vor allem die abnehmenden Bieterzahlen angesichts der tendenziell rückläufigen Tarifbindung und der nach wie vor kritischen Situation auf dem Bewerbermarkt dazu führen, dass sich bei Einführung „harter“ Tarifbindungsklauseln noch weniger Bieter bewerben als bisher. Für Bayern gilt dies umso mehr, als der Freistaat und die umgebenden Landkreise und Kommunen, soweit ersichtlich, momentan noch keine Tariftreueregungen vorgeben.

1.3 Kommunale Ebene

Tariftreue- und Mindestentgeltregelungen auf kommunaler Ebene bedeuten regional unterschiedliche Standards mit insgesamt noch mehr Bürokratie bei allen Beteiligten und Rechtsunsicherheit auf Bieterseite.

1.3.1 Keine Kompetenz

Ob die Kommunen überhaupt die Kompetenz besitzen, Tariftreue- und Mindestentgeltregelungen zu erlassen, ist ohnehin zweifelhaft, da besondere Vertragsbedingungen der Einschränkung des § 129 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) unterliegen. Danach dürfen verbindliche Ausführungsbedingungen nur aufgrund eines Bundes- oder Landesgesetzes festgelegt werden dürfen. Siehe hierzu unten [Ziffer 2](#), rechtlicher Rahmen.

1.3.2 Keine regional unterschiedlichen sonstigen Vergabekriterien

Auch andere regional unterschiedliche Vergabekriterien verkomplizieren die Vergabepaxis noch weiter und führen zu großer Rechtsunsicherheit auf Bieterseite. Insbesondere kommunale Nachhaltigkeitsstandards bergen dabei die Gefahr eines zunehmenden und undurchsichtigen Bürokratieaufwands. Insbesondere regionale Nachhaltigkeitsiegel erzeugen einen massiven Prüfungs- und Kontrollaufwand.

1.3.3 Keine Politisierung des Vergabeverfahrens

Weder Mindestentgelte noch Tariftreuregelungen dürfen zum Spielball der Politik gemacht werden.

Sofern das Tariftreuegesetz die Zahlung eines vergabespezifischen Mindestlohns als Untergrenze beinhaltet, selbst wenn gültige Tarifverträge angewendet werden, die niedrigere Entgelte vorsehen, hätte das mit Tariftreue nichts zu tun. Vielmehr geht es dann um die Implementierung eines erhöhten gesetzlichen Mindestlohns durch die Hintertür. Das Mindestlohngesetz hat bewusst von einer regionalen Differenzierung abgesehen.

2 Auf allen verwaltungsrechtlichen Ebenen: Keine vergabefremden Kriterien

Die Vergabepraxis darf nicht weiter verkompliziert werden

2.1 Rechtlicher Rahmen

Die geltende Rechtslage bietet bereits ausreichende Regelungen, die keiner Ergänzung bedürfen, insbesondere nicht durch zusätzliche vergabefremde Kriterien.

2.1.1 § 128 GWB

Unternehmen werden bereits durch § 128 Abs. 1 GWB zur Gesetzestreue bei der Auftragsausführung verpflichtet. Dazu gehören auch bestehende Tarifverträge, an die das Unternehmen gebunden ist. Das Gesetz verpflichtet jedoch nicht auf einen für den Auftragnehmer nicht geltenden Tarifvertrag. Damit stellt der Gesetzgeber klar, dass eine konstitutive Tariftreue, die den Auftragnehmer auf einen für ihn tarifrechtlich gar nicht geltenden Tarifvertrag verpflichten will, ausscheidet.

Daher sehen auch nahezu alle Landesvergabegesetze anderer Bundesländer deklaratorische Tariftreueerklärungen vor. Mit diesen verpflichten sich der Auftragnehmer und Unterauftragnehmer zur Zahlung eines Mindestlohns, der durch einen nach § 5 Tarifvertragsgesetz (TVG) für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag bzw. einen Tarifvertrag, bei dem die Allgemeinverbindlichkeitserklärung durch Rechtsverordnung nach §§ 7, 11 Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) ersetzt wurde, festgelegt wird.

Regelmäßig hat der Auftragnehmer auch etwaige Nachunternehmer zur Einhaltung der Mindeststandards zu verpflichten und dies zu überwachen. Die Nichtabgabe der Tariftreueverpflichtung führt regelmäßig zu einem Ausschluss aus dem Vergabeverfahren. Die Nichteinhaltung der abgegebenen Tariftreueverpflichtung kann durch Vertragsstrafen sanktioniert werden und/oder zu einem Recht des öffentlichen Auftraggebers zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages führen.

Besondere Vertragsbedingungen unterliegen zudem der Einschränkung des § 129 GWB. Danach dürfen verbindliche Ausführungsbedingungen nur aufgrund eines Bundes- oder Landesgesetzes festgelegt werden.

Auf allen verwaltungsrechtlichen Ebenen: Keine vergabefremden Kriterien

2.1.2 Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG)

Des Weiteren müssen die Unternehmen ohnehin das Arbeitnehmerentsendegesetz beachten. Dieses regelt für bestimmte Branchen allgemeine Arbeitsbedingungen anhand gültiger Branchentarifverträge, auch für ausländische Arbeitnehmer.

2.1.3 Vergabe-Mindestlohn

Gleiches gilt für den gesetzlichen Mindestlohn, der nach dem Mindestlohngesetz (MiLoG) garantiert wird und ebenfalls für Arbeitnehmer aus dem Ausland zu zahlen ist. Mit diesen Instrumenten wird Dumping-Löhnen ein klarer Riegel vorgeschoben. Weitere Mindestentgeltregelungen sind unnötig.

Ansonsten würde es sich um eine Implementierung eines erhöhten gesetzlichen Mindestlohns durch die Hintertür handeln sowie um einen Eingriff in bestehende Tarifverträge, auch in solche, die eine Ortsklasse enthalten.

Außerdem sind Tariflohnvorgaben als Eignungskriterium (das bei Nichtvorliegen zum Ausschluss des Bieters führt) wegen des abschließenden Charakters des § 122 GWB sowohl im Ober- wie auch im Unterschwellenbereich unzulässig. Ebenso unzulässig sind Tariflohnvorgaben als vertragliche Ausführungsbestimmungen im Oberschwellenbereich mangels Regelung durch Gesetz oder Verordnung im Sinne des § 128 GWB. Im Unterschwellenbereich wird eine entsprechende Vorgabe wegen Binnenmarktrelevanz als sehr kritisch angesehen.

Nicht zuletzt widerspricht die Festlegung eines Mindestentgelts bei einer öffentlichen Ausschreibung auch der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, der im europäischen Binnenmarkt regionalem Protektionismus durch Mindest- oder Tarifvertragshürden eine klare Absage erteilt hat.

Eine Aufnahme einer Verpflichtung zur Zahlung eines erhöhten Mindestentgelts in das Vergaberecht ist daher unzulässig.

2.2 Erhöhung des Bürokratieaufwands

Tariftreue- und Mindestentgeltregelungen verkomplizieren die Vergabepaxis. Zum einen steigt der bürokratische Aufwand im Vergabeverfahren, insbesondere für kleine Unternehmen, auf ein nicht mehr vertretbares Maß an, die de facto aus dem Wettbewerb gedrängt werden. Zum anderen nimmt auch der Prüfungs- und Kontrollaufwand durch Auftraggeber und Staat massiv zu.

2.2.1 Personalaufwand

2.2.1.1 Kontrolle nach Auftragserteilung

Im Bereich der Kontrolle der Einhaltung der Vergabebestimmungen erhöht sich der Personalaufwand drastisch.

So erweist es sich als schwierig, die geltenden tarifrechtlichen Rahmenbedingungen zu ermitteln: Beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales wird auf Rechtsgrundlage des § 6 Tarifvertragsgesetz (TVG) ein Tarifregister geführt, in das der Abschluss, die Änderung und die Aufhebung solcher Tarifverträge sowie der Beginn und die Beendigung der Allgemeinverbindlichkeit eingetragen werden. Nach § 7 des TVG sind die Tarifvertragsparteien verpflichtet, alle Tarifabschlüsse und auch deren Außerkrafttreten dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales sowie den obersten Arbeitsbehörden der Länder, auf deren Gebiet sich ihre Tarifverträge erstrecken, zu übersenden. Eine Verpflichtung, Auskunft über den Inhalt von Tarifverträgen zu geben, besteht nicht. Vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) werden Tarifvertragstexte nicht übersandt oder im Internet veröffentlicht. Darüber hinaus kann man zwar beim Statistischen Bundesamt aus einer Tarifdatenbank kostenfrei Informationen über die Tarifverdienste in einzelnen Branchen und Regionen sowie über wichtige tarifliche Regelungen, wie zum Beispiel Arbeitszeit, Sonderzahlungen oder Urlaubsdauer, online abrufen, allerdings gibt es aktuell rund 500 für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge.

2.2.1.2 Kontrolle vor Auftragserteilung

Auch vor Auftragserteilung wird geprüft, inwieweit Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB vorliegen. Die Zuverlässigkeit und Gesetzestreue der Unternehmen wird mit Auszügen aus dem Gewerbezentralregister und dem Wettbewerbsregister überprüft im Hinblick darauf, ob zwingende oder fakultative Ausschlussgründe vorliegen.

Darüber hinaus sind beispielsweise bei Bauleistungen gem. § 6a VOB/A Nachweise vorzulegen bezüglich

- Erfüllung der Verpflichtung zur Zahlung von Steuern und Abgaben sowie der Beiträge zur Sozialversicherung
 - Unbedenklichkeitsbescheinigung der tariflichen Sozialkasse
 - Unbedenklichkeitsbescheinigung der Berufsgenossenschaft bzw. des zuständigen Versicherungsträgers mit Angabe der Lohnsummen
 - Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes
 - Freistellungsbescheinigung nach § 48b EStG
- Anmeldung bei der Berufsgenossenschaft
- Angabe zu Insolvenzverfahren und Liquidation

Die Überprüfung der Einhaltung dieser und ähnlicher Vorgaben erfordert die Bereitstellung entsprechend ausreichenden Personals, was oftmals nicht gegeben ist.

2.2.2 Arbeitsintensität von nachhaltiger Beschaffung

Nachhaltige Beschaffung ist arbeitsintensiv: So sind anstehende Beschaffungen auf nachhaltige Optimierbarkeit zu prüfen. Es sind rechtssichere Leistungsbeschreibungen zu erstellen. Geeignete Qualitätsnachweise sind zu eruieren und es ist die sachgerechte Ausführung zu prüfen. Mit dem derzeit zur Verfügung stehenden Personal ist dies nur eingeschränkt möglich. Einzelne Dienststellen müssen dafür unter Umständen zusätzliche Stellen für nachhaltige Beschaffung beantragen.

Auch für die Bieter ist es mit erheblichem Aufwand verbunden zusätzlich regionale Nachhaltigkeitsstandards zu berücksichtigen (siehe oben [Ziffer 1.3.2](#)).

2.2.3 Mangelnde Kapazitäten bei kleinen (Handwerks-)Betrieben

Kleine (Handwerks-)Betriebe haben für den oben dargestellten Personal- sowie Bürokratieaufwand schlicht keine Kapazitäten, was de facto zu Ihrem Ausschluss von Vergabeverfahren führt. Ein Bieterückgang war auch in anderen Bundesländern zu verzeichnen (siehe oben [Ziffer 1.2](#)).

2.3 Wirtschaftliche Folgen

Nicht zuletzt haben vergabefremde Kriterien im Vergabeverfahren sowohl für die Unternehmen als auch für öffentliche Auftraggeber erhebliche negative Auswirkungen.

2.3.1 Wirtschaftliche Folgen für Unternehmen

Tariftreue- und Mindestentgeltvorgaben machen bei den Auftragnehmern Preiserhöhungen notwendig mit entsprechenden Auswirkungen auch in der Lieferkette. Damit ergeben sich negative Effekte auf die Wirtschaftsentwicklung und die Inflation in ohnehin schwierigen Zeiten. Das kann und darf nicht im Sinne des Gesetzgebers sein.

2.3.2 Wirtschaftliche Folgen für den Staat

Wie die Erfahrungen aus anderen Bundesländern zeigen, führen Tariftreueregelungen und erhöhte Mindestentgelte auch für den Staat zu steigenden Ausgaben. Diese Preissteigerungen (durch konstitutive Tariftreuregelung oder durch Vergabe-Mindestentgelte) engen den Spielraum der öffentlichen Haushalte für dringende Investitionen weiter ein.

Ansprechpartner/Impressum

Dr. Sandra Beck

Grundsatzabteilung Recht

Telefon 089-551 78-229
sandra.beck@vbw-bayern.de

Enno Schad

Tarif / Kollektive Arbeitsbedingungen / Arbeitswissenschaft

Telefon 089-551 78-128
enno.schad@vbw-bayern.de

Impressum

Alle Angaben dieser Publikation beziehen sich ohne jede Diskriminierungsabsicht grundsätzlich auf alle Geschlechter.

Herausgeber

vbw

Vereinigung der Bayerischen
Wirtschaft e. V.

Max-Joseph-Straße 5
80333 München

www.vbw-bayern.de