

## Stellungnahme

# Referentenentwurf zur Änderung des Tariftreue- und Vergabegesetzes

---

Die Änderung des Tariftreue- und Vergabegesetzes wird ausdrücklich begrüßt, da dies aus Sicht der Arbeitnehmerkammer Bremen das wichtigste Vorhaben der Landesregierung in dieser Legislaturperiode ist, um die Arbeits- und Einkommensbedingungen der Beschäftigten im Land Bremen zu verbessern.

### **Tarifverträge schaffen Vorteile für Beschäftigte, Arbeitgebende und öffentliche Haushalte**

Tarifverträge sorgen für gute und transparente Entlohnung, regeln Urlaubs-, Weihnachtsgeld und Zuschläge sowie die Arbeitszeit und die betriebliche Altersvorsorge. Berechnungen des WSI zufolge arbeiten Beschäftigte in tarifgebundenen Betrieben eine Stunde weniger und verdienen zehn Prozent mehr als Beschäftigte in nicht-tarifgebundenen Unternehmen<sup>1</sup>. Gerade in der Corona-Krise hat sich gezeigt, welchen Wert Tarifverträge haben können, denn viele Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben hier von einer Aufstockung des Kurzarbeitergeldes profitiert. Zudem sind Tarifverträge auch ein wesentliches Instrument, um für mehr Entgeltgleichheit zwischen den Geschlechtern zu sorgen. Hier klafft weiterhin eine große Lücke. Im Land Bremen verdienen Frauen bei gleicher Qualifikation und gleicher Tätigkeit rund sieben Prozent weniger als Männer. Eine höhere Tarifbindung könnte einen wichtigen Beitrag leisten, um diesen „bereinigten“ Gender Pay Gap zu schließen.

Auch Arbeitgebende profitieren von Tarifverträgen. Zum einen geben sie einen verlässlichen Rahmen vor, so dass Gehälter und Arbeitsbedingungen nicht für jeden Beschäftigten einzeln verhandelt werden müssen. Branchentarifverträge sorgen zudem für faire Rahmenbedingungen, damit der Wettbewerb zwischen den Unternehmen über Innovationen ausgetragen wird und nicht über Löhne – also auf dem Rücken der Beschäftigten.

Schließlich profitieren auch die öffentlichen Haushalte direkt von einer hohen Tarifbindung. Da tarifgebundene Beschäftigte ein höheres Einkommen beziehen, wirkt sich dies sowohl auf die Beitragshöhe bei der Arbeitslosen-, Renten- und Krankenversicherung aus, als auch auf die Höhe der Steuerabgaben.

Angesichts dieser Vorteile ist die seit Jahren abnehmende Tarifbindung, die in ganz Deutschland, aber auch im Land Bremen zu beobachten ist, problematisch. Während im Jahr

---

<sup>1</sup> Vgl.: Thorsten Schulten et al.: Tarifverträge und Tarifflicht im Land Bremen (2020).

2005 noch 39 Prozent der hier ansässigen Betriebe einen Tarifvertrag anwendeten, sind es inzwischen nur noch 19 Prozent. Die Tarifbindung liegt bei den Unternehmen im Land Bremen damit deutlich unter dem Bundesdurchschnitt von 25 Prozent<sup>2</sup>. In diesen Betrieben sind 59 Prozent der Beschäftigten tätig. Mehr als 40 Prozent der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer profitieren dementsprechend nicht von den Vorteilen und Sicherheiten, die Tarifverträge bieten.

### Öffentliche Aufträge als wichtiger Hebel zur Förderung der Tarifbindung

Die Politik sollte angesichts dieser Entwicklung alle ihr zur Verfügung stehenden Instrumente nutzen, um Tarifverträge zu stärken und die Erosion der Tarifbindung zu stoppen. Über die Vergabe öffentlicher Aufträge verfügt der Staat über eine große Marktmacht und damit auch über ein erhebliches Steuerungspotenzial. Die öffentliche Hand sollte deshalb dieses Potenzial bei der Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen dahingehend nutzen, dass hiermit auch wirtschafts- und sozialpolitische Ziele verfolgt werden. Um der politischen Verantwortung gerecht zu werden, sollten bei der Vergabe von Aufträgen deshalb nicht nur die Höhe der Kosten ausschlaggebend sein. Die Arbeiterkammer setzt sich aus diesem Grund bereits seit längerem dafür ein, die Auftragsvergabe an die Einhaltung von tarifvertraglich vereinbarten Arbeits- und Entlohnungsbedingungen zu knüpfen. So wird verhindert, dass tarifgebundene Unternehmen bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen benachteiligt werden. Bremen hat bereits 2002 das erste Landesvergabegesetz verabschiedet, das im Baugewerbe und im öffentlichen Nahverkehr Anwendung findet. Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf sollen tarifliche Entgelte bei allen Bau- und Dienstleistungsaufträgen zur Anwendung gebracht werden. Dies ist aus Sicht der Arbeiterkammer Bremen ein wichtiger Schritt, um Tarifverträge im Land Bremen zu stärken.

Besonders begrüßen wir folgende Punkte, die im Rahmen des Referentenentwurfs vorgeschlagen werden:

- ▶ Die Festlegung der Schwellenwerte von 1.000 Euro für Dienstleistungsaufträge und 5.000 Euro für Bauaufträge ist aus unserer Sicht praktikabel und in der Höhe angemessen. Sie führen dazu, dass ein wesentlicher Teil der öffentlichen Aufträge vom Tariftreue- und Vergabegesetz erfasst werden.
- ▶ Da die Regelungen auch für Unterauftragnehmer einschließlich der Arbeitnehmerüberlassung Anwendung finden, kann das Gesetz nicht durch die Weitervergabe der Aufträge umgangen werden. Dies erhöht die Wirksamkeit der Bestimmungen.
- ▶ Die Einrichtung einer Sonderkommission für eine zentrale Kontrolle der Arbeitsbedingungen ist eine geeignete flankierende Maßnahme, um die Einhaltung der hier festgeschriebenen Vorgaben sicherzustellen.

<sup>2</sup> Vgl.: IAB Betriebspanel, Auswertung für das Land Bremen, Befragungsjahr 2021.

Nachbesserungsbedarf gibt es auch Sicht der Arbeiterkammer bei folgenden Punkten:

- ▶ Dass dem Referentenentwurf zufolge die Eingruppierungsmerkmale der Branchentarifverträge der Bau- und Dienstleistungsbranche *in angemessener Weise* Berücksichtigung finden sollen, ist eine zu defensive Formulierung und vor dem Hintergrund der Intention des Gesetzes, die Tarifbindung zu stärken, nicht zielführend. Tarifvertragliche Entgelte sollten nicht nur als unverbindliche Orientierungshilfe herangezogen werden, sondern tatsächlich zur Anwendung kommen.
- ▶ In dem Referentenentwurf fallen Lieferleistungen nicht in den Geltungsbereich des Gesetzes. Auch wenn dies wegen der erschwerten Umsetzbarkeit nachvollziehbar ist, möchten wir darauf hinweisen, dass der Catering-Bereich hier eine Sonderrolle einnimmt. Dieser lässt sich juristisch nicht eindeutig den Dienstleistungen zuordnen. Deshalb besteht die Gefahr, dass hier die Regelungen für Lieferleistungen herangezogen werden und tarifliche Entgelte damit nicht zur Anwendung kommen. Dies sollte durch eine entsprechende Klarstellung vermieden werden.
- ▶ Bei Verstoß gegen das Tariftreue- und Vergabegesetz muss der Auftraggeber nachweisen, dass der Auftragnehmer schuldhaft gehandelt hat. Darüber hinaus ist eine Kündigung des Vertrages z.B. nur *bei Unterschreitung von absoluten Lohnuntergrenzen* (z.B. bei Verstoß gegen Mindestlohnregelungen) zulässig. Aus Sicht der Arbeiterkammer führen diese sehr weichen Regelungen dazu, dass die Wirkung des Gesetzes vermindert wird.

### Zu § 2 Abs. 5 (Anwendungsbereich)

Die Arbeiterkammer hält die Beschränkung des Anwendungsbereichs des Abschnitts 3 auf Bau- und Dienstleistungsaufträge, welche die Schwellenwerte des § 5 Abs. 2 S. 1 Buchst. c) und f) überschreiten, für praktikabel und zielführend.

Wir teilen die Auffassung, dass eine Anwendung der Vorschriften über das „tätigkeitsspezifische Mindestentgelt“ auf Kleinstaufträge weder durch den Gesetzeszweck geboten ist, noch der effektiven Durchsetzung tariflicher Entgelte im Vergabeverfahren förderlich wäre.

Auch die konkrete Höhe der Schwellenwerte wird dabei in § 2 Abs. 5 über die entsprechenden Verweisungen überzeugend festgelegt. So erfolgt z.B. bei Dienstleistungsaufträgen die Anknüpfung an den Schwellenwert des Direktauftrages gem. § 14 Unterschwellenvergabeordnung. Dadurch orientiert sich der Schwellenwert an einer bereits bestehenden Regelung des Vergaberechts und schafft somit auch eine Einheitlichkeit in der Rechtsanwendung.

Gemäß § 2 Abs. 5 sollen darüber hinaus Lieferaufträge weiterhin vom Anwendungsbereich des Abschnitts 3 ausgeschlossen bleiben. Diese Entscheidung geht auf nachvollziehbare Praktikabilitätsabwägungen zurück, gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass diese Entscheidung im Widerspruch zur ausdrücklich im Koalitionsvertrag der Regierungsparteien festgelegten Absicht steht (Vereinbarung zur Zusammenarbeit in einer Regierungskoalition für die 20. Wahlperiode der Bremischen Bürgerschaft 2019-2023, S. 60).

Für umso wichtiger hält es die Arbeitnehmerkammer vor diesem Hintergrund, dass der wichtige Bereich der Catering-Leistungen von den Vorschriften des Abschnitts 3 einbezogen wird. Dieser Bereich wird neben dem der Wachdienste im Text der Koalitionsvereinbarung explizit hervorgehoben. Bezüglich des Catering-Bereichs können Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den Kategorien Liefer- und Dienstleistungsauftrag entstehen. Damit dieser Bereich wegen § 2 Abs. 5 nicht aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes herausfällt, ist eine entsprechende Klarstellung der Einbeziehung entweder im Gesetzestext oder in der Gesetzesbegründung notwendig.

### Zu § 9 Abs. 1 (Tätigkeitsspezifisches Mindestentgelt):

Die Arbeitnehmerkammer Bremen begrüßt die Einführung eines „tätigkeitsspezifischen Mindestentgelts“ bei der öffentlichen Auftragsvergabe im Bau- und Dienstleistungssektor. Der vorliegende Entwurf eines gesetzlichen Auftrags an den Bremer Senat, „tätigkeitsspezifische Mindestentgelte“, welche sich an einschlägigen Tarifabschlüssen orientieren, per Rechtsverordnung jährlich festzulegen, ist ein richtiger Schritt zur Stärkung der Tarifbindung im Land Bremen.

Gleichwohl hat sich nach Auffassung der Arbeitnehmerkammer Bremen im Zuge des Erarbeitungsprozesses der Neufassung des Tariftreue- und Vergabegesetzes ergeben, dass auch eine weitergehende Regelung im Sinne einer „echten“ Tariftreuevorschrift über den Bereich Personennahverkehrsdienste (§ 10) hinaus im Bau- und Dienstleistungsbereich rechtlich umsetzbar wäre:

So hat ein von der Arbeitnehmerkammer in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten als Ergebnis hervorgebracht, dass Tariftreuevorschriften bei der öffentlichen Auftragsvergabe in der Freien Hansestadt Bremen im Lichte einfachgesetzlicher-, verfassungsrechtlicher und insbesondere europarechtlicher Vorgaben allgemein und branchenübergreifend, d.h. auch für den Bereich Bau- und Dienstleistungen, eingeführt werden könnten (Mindestlohn und Tariftreue im Landesvergaberecht der Freien Hansestadt Bremen, Gutachten v. Prof. Dr. Daniel Klocke, Wiesbaden 2021).

Zentraler Schauplatz der rechtlichen Diskussionen um die Zulässigkeit von Tariftreuevorschriften ist seit der „*Rüffert*“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs aus dem Jahr 2008 (EuGH, Rs. C-346/06) die Auslegung der Entsenderichtlinie 96/71/EG, welche für ihren Anwendungsbereich die primärrechtlich verankerte Dienstleistungsfreiheit in der Europäischen Union konkretisiert.

War seinerzeit die Unzulässigkeit von allgemeinen und branchenübergreifenden Tariftreuevorschriften in der öffentlichen Auftragsvergabe durch die Entscheidung des EuGH zunächst ein rechtliches Faktum, so haben sich seitdem jedoch entscheidende Rechtsentwicklungen vollzogen: Der Erlass der Vergaberichtlinie 2014/24/EU mit der ausdrücklichen Befugnis, soziale Belange zur Bedingung bei der öffentlichen Auftragsvergabe zu machen (Art. 70), die Betonung von Sozialschutzaspekten der öffentlichen Auftragsvergabe in weiteren Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (z.B. EuGH, Rs. C-115/14, „*RegioPost*“) und vor

allein die Neufassung der Entsenderrichtlinie durch die RL 2018/957/EU führen zu einer grundlegenden Neubewertung der Zulässigkeit von Tariftreuevorschriften im öffentlichen Vergabeverfahren.

Musste sich früher die Festlegung eines Vergabemindestlohnes insbesondere an Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG messen lassen und war nach dieser Regelung das Vorhandensein einer Verwaltungs- bzw. Rechtsvorschrift oder eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags erforderlich, so bietet die neue Entsenderrichtlinie in der Fassung der RL 2018/957/EU nunmehr gem. Art. 3 Abs. 8 UA 1 auch die Möglichkeit, im Vergabeverfahren Tarifverträge zugrunde zu legen, welche „für die betreffende Tätigkeit (...) allgemein wirksam sind“. Unter Geltung der alten Entsenderrichtlinie stand diese Möglichkeit nur Staaten offen, welche über kein System der Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen verfügten. Aus der Streichung dieses Erfordernisses und der nunmehr bestehenden Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 8 UA 1 RL 2018/957/EU in der Bundesrepublik Deutschland ergibt sich nach Auffassung der Arbeitnehmerkammer Bremen, in Übereinstimmung mit den Ergebnissen des Rechtsgutachtens von Prof. Dr. Daniel Klocke, dass eine „echte“ Tariftreuevorschrift nach dem Muster des § 10 TtVG-E auch für den Bereich Bau- und Dienstleistungen eingeführt werden könnte.

Die Arbeitnehmerkammer verkennt jedoch zugleich auch nicht, dass die Nutzung neuer rechtlicher Spielräume, deren abschließende höchstrichterliche Bestätigung noch aussteht, stets mit rechtlichen Risiken verbunden ist. Vor diesem Hintergrund haben die Arbeitnehmerkammer Bremen und die Senatorin für Wirtschaft, Arbeit und Europa eine Übereinstimmung dahingehend erzielt, dass die „mittelbare“ Übertragung von Tariffinhalten in das Vergabeverfahren über eine Rechtsverordnung des Senats aufgrund der dadurch bereits möglichen Anknüpfung an Art. 3 Abs. 1 Spiegelstr. 1 der Entsenderrichtlinie dazu geeignet ist, Rechtsrisiken zu minimieren.

Daher begrüßt die Arbeitnehmerkammer Bremen, ungeachtet der unserer Auffassung nach prinzipiell bestehenden gesetzgeberischen Spielräume, die Einführung eines „tätigkeitsspezifischen Mindestentgeltes“ bei der öffentlichen Auftragsvergabe als zielführende Maßnahme, um der Gefahr der weiteren Abnahme der Tarifbindung im Land Bremen zeitnah entgegenzuwirken.

### **Zu § 9 Abs. 2 (Tätigkeitsspezifisches Mindestentgelt):**

Diese Vorschrift konkretisiert die Einzelheiten der Festlegung der konkreten „tätigkeitsspezifischen Mindestentgelte“ im Bau- und Dienstleistungssektor.

Die Grundkonzeption des § 9 Abs. 2 S. 1, nach welcher der Senat der Freien Hansestadt Bremen jährlich durch Rechtsverordnung die Höhe des nach Absatz 1 zu vereinbarenden tätigkeitsspezifischen Mindestentgelts, einschließlich der Überstundenzuschläge, in Form eines oder mehrerer Lohngitter festlegt, ist nach Auffassung der Arbeitnehmerkammer Bremen eine zweckdienliche und überzeugende Lösung.

Für den ersten wichtigen Schritt in Richtung der Anwendbarkeit von Tarifentgelten im Vergabeverfahren hält es die Arbeitnehmerkammer für hinreichend, in § 9 zunächst nur die tariflichen Stundenentgelte sowie Überstundenzuschläge in die Lohngitter-Verordnung zu übernehmen. Perspektivisch sollte eine Einbeziehung weiterer Tarifinhalte wie Zulagen, Zuschläge, Sonderzahlungen sowie Arbeitszeit- und Urlaubsregelungen angestrebt werden. Zur Stärkung der Tarifbindung wäre die verbindliche Anwendung dieser weiteren tariflichen Vorteile im Vergabeverfahren sinnvoll. Dafür kann dann auch auf Erfahrungen mit Tariftreueregelungen in anderen Bundesländern wie dem Saarland zurückgegriffen werden, die dies bereits zum Teil aktuell schon vorsehen.

Änderungsbedarf sehen wir jedoch bezüglich des Wortlauts der vorliegenden Regelung des § 9 Abs. 2 S. 2:

Danach finden bei der Ausgestaltung der nach Satz 1 festzulegenden Lohngitter die im Land Bremen einschlägigen Branchentarifverträge der Bau- und Dienstleistungsbranche sowie die darin vorgesehenen Eingruppierungsmerkmale *„in angemessener Weise Berücksichtigung“*.

Der Gesetzesbegründung ist die Erläuterung zu entnehmen, dass die vorstehende Vorschrift die Entscheidungshoheit des Senats bezüglich der Frage sicherstellen soll, *„ob und in welchem Umfang“* überhaupt einschlägige Tarifabschlüsse berücksichtigt werden. Dabei soll § 9 Abs. 2 S. 2 lediglich verhindern, dass durch den Verordnungsgeber *„Festlegungen ins Blaue“* getroffen werden.

Die Arbeitnehmerkammer erkennt in dieser losen bzw. unverbindlichen Anknüpfung an tarifliche Inhalte die Gefahr, dass das in der Gesetzesbegründung ausdrücklich formulierte Ziel der Neuregelung nicht mit der gebotenen Konsequenz verfolgt wird:

Ausweislich der Gesetzesbegründung ist das Ziel des vorliegenden Entwurfs die Stärkung der Tarifbindung im Land Bremen, § 9 solle demgemäß *„den negativen Folgewirkungen der seit Jahren sinkenden Tarifbindung entgegenwirken“*.

Sofern die vorliegende Regelung und die Berücksichtigung von einschlägigen Tarifabschlüssen *„in angemessener Weise“* jedoch nur verhindern soll, dass Vergabemindestentgelte *„ins Blaue“* – mithin willkürlich – durch den Senat festgelegt werden, so halten wir diese Regelung vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Intention nicht für zielführend.

Die Arbeitnehmerkammer schlägt daher folgenden alternativen Wortlaut vor:

*„Bei der Ausgestaltung der nach Satz 1 festzulegenden Lohngitter sollen die im Land Bremen einschlägigen Branchentarifverträge der Bau- und Dienstleistungsbranche sowie die darin vorgesehenen Eingruppierungsmerkmale Berücksichtigung finden.“*

Aus Sicht der Arbeitnehmerkammer bietet diese Gesetzesformulierung folgende Vorteile:

- ▶ Das in der Gesetzesbegründung benannte Ziel der Stärkung der Tarifbindung im Land Bremen würde durch diese „Soll“-Vorschrift eine stärkere und verbindlichere Umsetzung in den Gesetzestext erfahren;

- ▶ Die Formulierung „angemessene Berücksichtigung“ würde vermieden werden, mit Vorteilen für die Rechtsklarheit, da ein auslegungsbedürftiger Rechtsbegriff entfiel;
- ▶ Die bezweckte Entscheidungshoheit des Senats bliebe erhalten, da § 9 Abs. 2 S. 2 als „Soll“-Vorschrift lediglich den Regelfall vorgibt, der Senat jedoch aus Zweckmäßigkeitserwägungen ebenso wie im vorliegenden Entwurf von tariflichen Regelungen abweichen und an die Auftragsgegenstände angepasste Modifizierungen in den Lohngitter-Verordnungen vornehmen könnte.

Ein wie vorstehend gefasstes klares Bekenntnis zur Berücksichtigung von einschlägigen Tarifabschlüssen im Gesetzestext wird nach Ansicht der Arbeitnehmerkammer der gesetzgeberischen Intention am weitgehendsten gerecht.

### Zu § 10 (Tariftreue bei öffentlichen Personennahverkehrsdiensten):

§ 10 regelt die Tariftreue bei öffentlichen Personennahverkehrsdiensten, in Absatz 2 wird dabei festgelegt, wie die Zusammenstellung der im Vergabeverfahren zugrunde zu legenden Tarifverträge zu erfolgen hat.

Die Arbeitnehmerkammer Bremen teilt die Auffassung der Eisenbahn- und Verkehrsgewerkschaft (EVG), dass diese Auswahlentscheidung nicht allein dem „freien Ermessen“ der Senatorin für Wirtschaft, Arbeit und Europa unterliegen, sondern obligatorisch die Beteiligung eines Beirates erfolgen sollte.

Im vorliegenden Entwurf ist die Möglichkeit der Beteiligung eines Beirates gem. § 10 Abs. 2 S. 2 nur fakultativ vorgesehen. Dabei kann die Beteiligung eines Beirats neben der Hinzugewinnung fachlicher Expertise bei der Auswahlentscheidung gerade auch dazu beitragen, die Akzeptanz der gefundenen Entscheidung sowohl auf Arbeitnehmer- als auch auf Arbeitgeberseite zu erhöhen. Aufgrund des Umstands, dass Vergaben im Bereich der Personennahverkehrsdienste grundsätzlich längerfristig angelegt sind, ist eine obligatorische Beteiligung eines Beirates unseres Erachtens nach besonders geboten.

Darüber hinaus unterstützt die Arbeitnehmerkammer die Forderung der EVG, eine gesetzliche Regelung in § 10 aufzunehmen, welche bei allen Vergaben im Bereich SPNV und ÖPNV die zwingende Übernahme des Personals im Falle eines Betreiberwechsels vorsieht. Wir vertreten ebenfalls die Auffassung, dass die Regelung aus § 1 Abs. 4 Landstariftreuegesetz Rheinland-Pfalz dabei als überzeugendes Beispiel einer entsprechenden Gesetzesformulierung angesehen werden kann.

### Zu § 13 (Auftragnehmer-, Nachunternehmer- und Verleihunternehmervereinbarung):

Die Arbeitnehmerkammer begrüßt uneingeschränkt die in § 13 Abs. 1 klar formulierte Verpflichtung der Auftragnehmer, im Falle einer Übertragung von Leistungen an einen Nachunternehmer mit diesem zu vereinbaren, dass alle zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer getroffenen Vereinbarungen auch von diesem erfüllt werden müssen.

Insbesondere die Klarstellung in Absatz 2, dass diese Verpflichtung auch zwischen Auftragnehmer und einem eingesetzten Nachunternehmen im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes gilt, halten wir für wichtig und beschäftigungspolitisch unbedingt geboten.

§ 13 stellt so unmissverständlich klar, dass eine Umgehung von Vorschriften des Tariftreue- und Vergabegesetzes durch Unterbeauftragung rechtlich ausgeschlossen ist.

### **Zu § 16 (Kontrollen und Sonderkommission):**

Die Arbeitnehmerkammer erkennt in der Regelung in Absatz 1, dass durch den Senat eine Sonderkommission für eine zentralisierte Kontrolle der Arbeitsbedingungen, welche nach dem Tariftreue- und Vergabegesetz bei der Auftragsvergabe zu vereinbaren sind, einzurichten ist, eine gelungene und begrüßenswerte gesetzliche Neuausrichtung.

Gegenüber einer dezentralen Kontrolle der Arbeitsbedingungen durch die Auftraggeber besteht unserer Auffassung nach durch eine zentralisierte Kontrolle die Möglichkeit, zu einer effektiveren Durchsetzung der Regelungen des Tariftreue- und Vergabegesetzes zu gelangen.

In diesem Zusammenhang sind die weiteren Regelungen in § 16 Abs. 2 – 6, welche etwa Informationspflichten der Auftraggeber an die Sonderkommission vorsehen, sinnvolle flankierende Maßnahmen zur Absicherung der effektiven Ermittlungstätigkeit der Sonderkommission.

### **Zu § 17 Abs. 2 (Sanktionen):**

§ 17 regelt die Konsequenzen bzw. Sanktionen, die sich aus der Nichtbeachtung der dem Auftragnehmer obliegenden Verpflichtungen ergeben. Absatz 2 regelt Einzelheiten der Verwirkung einer Vertragsstrafe bei Verletzung der nach § 9 Abs. 1, § 10 Abs. 1, §§ 11 bis 13 bestehenden Pflichten.

Nach Ansicht der Arbeitnehmerkammer liegt der Hauptzweck einer effektiven Sanktionsandrohung in ihrer präventiven Wirkung: Zwar soll eine Aufdeckung und angemessene Ahndung von Pflichtverletzungen durch die gesetzliche Grundlage in bester Weise ermöglicht werden, gleichwohl wäre es jedoch bereits wünschenswert, wenn durch eine wirkungsvolle Sanktionsandrohung Verstöße gegen die vereinbarten Ausführungsbedingungen gar nicht erst erfolgen.

Vor diesem Hintergrund ist es aus Sicht der Arbeitnehmerkammer zunächst nicht zu beanstanden, dass im Gegensatz zur bisherigen Regelung der Verschuldensaspekt in die Vertragsstrafenregelung des vorliegenden Entwurfs aufgenommen wurde. Das Erfordernis des Verschuldens bei der Verwirkung einer Vertragsstrafe entspricht insoweit auch der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Gesetzestechnisch halten wir jedoch eine Änderung des Wortlauts für sinnvoll und schlagen die folgende Formulierung des § 17 Abs. 2 S. 1, 2 vor:

*„Um die Einhaltung der dem Auftragnehmer nach § 9 Absatz 1, § 10 Absatz 1, §§ 11 bis 13 aufzuerlegenden Pflichten zu sichern, hat der Auftraggeber mit dem Auftragnehmer für jede Verletzung dieser Pflichten die Verwirkung einer Vertragsstrafe in Höhe von ein Prozent des bezuschlagten Auftragswertes zu vereinbaren. Die Vertragsstrafe wird nicht verwirkt, wenn der Auftragnehmer die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.“*

Diese Formulierung bietet nach Ansicht der Arbeitnehmerkammer die folgenden Vorteile:

- ▶ Im Wesentlichen wird dadurch eine Beweislastumkehr bewirkt: Nach der vorliegenden Regelung in § 17 Abs. 2. S. 1 TtVG-E obläge der Nachweis des Verschuldens dem Anspruchsteller bei Verlangen einer Vertragsstrafe, sprich dem öffentlichen Auftraggeber. Nach der vorgeschlagenen Regelung träfe den Auftragnehmer die Obliegenheit, sich zu exkulpieren und das nicht bestehende Verschulden nachzuweisen.
- ▶ Da das Verschulden nach dieser Regelung vermutet werden würde, kann eine Vertragsstrafe auch verlangt werden, wenn die Ermittlungen der Umstände, die zur Pflichtverletzung führten, sich als schwierig oder unergiebig herausstellen sollten.
- ▶ Mit der vorgeschlagenen Regelung wird eine Übereinstimmung mit den allgemeinen vertragsrechtlichen Wertungen des Zivilrechts hergestellt: Gem. § 280 Abs. 1 S. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs wird das Verschulden bei einer Vertragsverletzung ebenfalls vermutet, mit der Exkulpationsmöglichkeit durch den Schuldner. Es sind nach unserer Ansicht keine Gründe ersichtlich, warum von dieser Grundwertung im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe abgewichen werden sollte.
- ▶ Die präventive Wirkung der Vertragsstrafenandrohung könnte durch vorstehende Regelung erhöht werden.

### **Zu 17 Abs. 3 (Sanktionen)**

Abs. 3 regelt als weiteres Sanktionsinstrument die Berechtigung des Auftraggebers zur fristlosen Kündigung.

Es ist festzustellen, dass sich rein nach dem Wortlaut des Gesetzes die Kündigung durch den öffentlichen Auftraggeber erschwert hat, da das Element der Abwägung unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten neu in den Gesetzestext aufgenommen wurde. Diese weitere Kündigungsvoraussetzung findet sich überdies auch in den Tariftreue- und Vergabegesetzen anderer Bundesländer nicht, wie z.B. in Thüringen, Berlin oder dem Saarland.

In diesem Zusammenhang, insbesondere auch unter Hinzuziehung der Gesetzesbegründung, ist unserer Ansicht nach zu besorgen, dass die Schwelle für das Vorliegen des Kündigungsrechts des Auftraggebers zu hoch angesetzt wird. Denn ausweislich der Gesetzesbegründung soll die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nur dann vorliegen, wenn „*schwerwiegende Verletzungen*“ von vertraglichen Pflichten in Rede stehen, wie die „*Unterschreitung absoluter Lohnuntergrenzen*“ (z.B. Landes- oder Bundesmindestlohn). Aus Sicht des Auftragnehmers kann hieraus somit geschlossen werden, dass die Unterschreitung der „tätig-

keitsspezifischen Mindestentgelte“ gem. § 9 den Auftraggeber nicht zur fristlosen Kündigung berechtigt.

Unter dem Gesichtspunkt der präventiven Wirkung der Sanktionsregelung des § 17 halten wir die entsprechende Hochsetzung der Schwelle für das einseitige Kündigungsrechts des Auftraggebers für nicht angezeigt. Da überdies Zweck des Gesetzes die Stärkung der Tarifbindung ist, erscheint es zweckwidrig, bereits in der Gesetzesbegründung zu verstehen zu geben, dass die Unterschreitung der Entgelte gem. §§ 9, 10 für sich genommen nicht als schwerwiegender Verstoß gegen die vertraglichen Pflichten zu werten ist.

Die Arbeiterkammer spricht sich somit dafür aus, den letzten Halbsatz des § 17 Abs. 3 S. 1 mit der Festlegung des Zumutbarkeitserfordernisses zu streichen.

---

**August 2022**

---

**Torben Diers**  
Rechtsberater  
[t.diers@arbeiterkammer.de](mailto:t.diers@arbeiterkammer.de)

---

**Dr. Marion Salot**  
Referentin der Geschäftsführung  
[salot@arbeiterkammer.de](mailto:salot@arbeiterkammer.de)

---