

Ministerium für Wissenschaft,
Wirtschaft und Verkehr
des Landes Schleswig-Holstein

Ministerium für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr |
Postfach 71 28 | 24171 Kiel

Minister

An den
Vorsitzenden des Wirtschaftsausschusses
des Schleswig-Holsteinischen Landtages
Herrn Hans-Jörn Arp

Landeshaus Kiel

Schleswig-Holsteinischer Landtag □
Umdruck 16/847

Kiel, 11. Mai 2006

Sehr geehrter Herr Arp,

der Wirtschaftsausschuss bat das Ministerium für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr in seiner 20. Sitzung am 08. Februar 2006 um einen schriftlichen Bericht über die bisherigen Auswirkungen des Tariftreuegesetzes. Dieser Bitte komme ich gerne nach und übersende Ihnen den erbetenen Bericht.

Mit freundlichen Grüßen

gez.
Dietrich Austermann

Anlage: Stellungnahme des Ministeriums für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr
zum Tariftreuegesetz

**Gesetz zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen
(Tariftreuegesetz)**

**A. Gesetzesentwurf der Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen
-Drs. 16/115**

**B. Rechtliche Anmerkungen zum Gesetzesentwurf der Abgeordneten
des SSW – Drs. 16/604 (Erweiterung des Anwendungsbereichs)**

C. Bisherige Erfahrungen des Landes mit dem Tariftreuegesetz

Stellungnahme des Ministeriums für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr

28. April 2006

A. Gesetzesentwurf der Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen

Durch den Gesetzesänderungsantrag soll der Anwendungsbereich des Tariftreugesetzes (TTG) auf die Bereederungsverträge der Forschungsschiffe im öffentlichen Dienst Schleswig-Holsteins ausgeweitet werden, um zu verhindern, dass ausländische Billiganbieter mit Lohndumpingpreisen deutsche Besatzungsmitglieder verdrängen. Im Folgenden sollen die tatsächlichen und rechtlichen Randbedingungen sowie die praktische Relevanz der Neuregelung näher beleuchtet werden:

1. Regelungsumfang

Wie bereits der Wissenschaftliche Dienst in seinem Gutachten vom 23.09.05 (Seite 8) festgestellt hat, ist das Land Schleswig-Holstein als Gesetzgeber grundsätzlich berechtigt, die Anwendung des von ihm geschaffenen TTG auf die Bereederungsverträge von landeseigenen Forschungsschiffen zu erweitern. Eine derartige Erweiterung liefe allerdings nur dann nicht ins Leere, wenn das Land auch berechtigt wäre, die Bereederungsverträge abzuschließen, mithin also Eigentümer der Schiffe oder aufgrund sonstiger Rechte zur Bereederung berechtigt ist. Stellt man zunächst allein auf die Eigentumsverhältnisse ab und lässt weitere rechtliche Aspekte (wie die Bewirtschaftung und Bereederung durch die Leiststelle des deutschen Forschungsschiffpools etc.- siehe unten unter 2.-) unberücksichtigt, würde bei einer Neuausschreibung der Bereederungsverträge das TTG nur für folgende Forschungsschiffe (mit folgender Besatzungszahl) Wirkung entfalten können:

- für **keines der so genannten großen Forschungsschiffe**, da Schleswig-Holstein nicht Eigentümer eines großen Forschungsschiffes ist. (Hinweis: Eigentümer des großen Forschungsschiffes „Meteor“ ist die Bundesrepublik Deutschland; die Kosten für den Betrieb und die Unterhaltung einschließlich der Bereederung teilen sich das BMBF und die deutsche Forschungsgemeinschaft im Verhältnis 30:70; für den Bund übernimmt regelmäßig die Leiststelle für das Forschungsschiff Meteor bei der Universität Hamburg die Vergabe der Bereederungsleistungen; Schleswig-Holstein hat insoweit keinen Einfluss auf die Bereederung)
- für **das mittelgroße Forschungsschiffe „Alkor“**
(nautisches/technisches Personal: 10)
- für **das mittelgroße Forschungsschiff „Poseidon“**
(nautisches/technisches Personal: 16)
- für **das kleine Forschungsschiff**, den Forschungskutter „Polarfuchs“
(nautisches/technisches Personal: 2)
- für **das kleine Forschungsschiff**, die Forschungsbarkasse „Littornia“
(nautisches/technisches Personal: 5)
- für **das kleine Forschungsschiff „Südfall“** des FTZ Büsum der CAU
(nautisches/technisches Personal: 2)

Insgesamt wird der Gesetzesänderungsantrag also für die Bereederung von höchstens 5 Forschungsschiffen mit insgesamt 35 Besatzungsmitgliedern gelten können, wenn man allein die Eigentumsverhältnisse berücksichtigt. Angesichts dieses Regelungsumfangs entspricht der Gesetzesentwurf eher einem Bürokratieaufbau als –abbau.

2. Rechtlicher Rahmen

Das Land Schleswig-Holstein ist zwar Eigner der beiden mittelgroßen Forschungsschiffe „Alkor“ und „Poseidon“, die beim IFM-Geomar-Institut stationiert sind, es ist jedoch nicht Vergabestelle der Bereederungsaufträge. Durch Vereinbarungen mit dem Bund und den anderen Küstenländern kann Schleswig-Holstein derzeit seine eigenen mittelgroßen Forschungsschiffe nicht in eigener Kompetenz bereedern. Durch Verwaltungsvereinbarungen des Bundes nach Art. 91b Grundgesetz mit den vier Küstenländern (Schiffspoolvereinbarungen 1 und 2) sind alle vier mittelgroßen Forschungsschiffe in Deutschland, „Heincke“ (Eigner Bund), „Maria S. Merian“ (Eigner: Mecklenburg-Vorpommern) sowie „Alkor“ und „Poseidon“ einem gemeinsamen Forschungsschiffpool zugeführt worden mit dem Ziel, eine gemeinsame Betreibergesellschaft zu gründen. Der Betrieb und die Nutzungsrechte einschließlich der Steuerung durch die Arbeitsgemeinschaft Mittelgroßer Forschungsschiffe (BLAG) sind in der 2. Schiffspoolvereinbarung geregelt. § Abs. 1 lit. a) dieser Schiffspoolvereinbarung sieht vor, dass für alle mittelgroßen Forschungsschiffe ein gemeinsamer Bereederungsvertrag abgeschlossen werden soll. Zuständig im Wege der Auftragsverwaltung für die BLAG ist die Geschäftsstelle des Schiffspools, die vorläufig, d.h. bis zur Gründung der gemeinsamen Betreibergesellschaft, von der Universität Hamburg wahrgenommen wird (§ 3 Abs. 2 der 2. Schiffspoolvereinbarung).

Vergabestelle für die Bereederung der mittelgroßen Forschungsschiffe ist demnach die Universität Hamburg. Daher hat auch die Universität Hamburg die jeweiligen Ausschreibungsverfahren durchgeführt und die Bereederungsverträge im eigenen Namen geschlossen. Sie wird im Wege der Auftragsverwaltung für den Bund und die vier Küstenländer tätig. Auftragsverwaltung bedeutet, dass der beauftragte Verwaltungsträger die ihm zugewiesenen Aufgaben als eigene Aufgaben im eigenen Namen wahrnimmt, wobei er allerdings der Direktionskompetenz eines anderen Verwaltungsträgers untersteht. Führt eine Dienststelle eines Landes einen Auftrag für den Bund oder andere Länder aus, ist die Auftragsverwaltung immer eine Form der Landesverwaltung. Diese übt Landesstaatsgewalt aus und ihre Behörde handelt als Landesorgan. Die beauftragte Stelle wendet das Recht ihres Verwaltungssitzes an, also Hamburger Recht und Bundesrecht (Daher sind die Nachprüfungsverfahren im Zusammenhang mit der Bereederung der mittelgroßen Forschungsschiffe auch vor der Vergabekammer in Hamburg und dem dortigen Oberlandesgericht geführt worden).

Die Vergabestelle wendet nicht das Recht aller sonstigen an der BLAG beteiligten Länder an, die naturgemäß sehr unterschiedliche Regelungen, u. a. auch zur Tariftreue haben können. Demzufolge hätte eine Erweiterung des schleswig-holsteinischen TTG keine Auswirkungen auf die Bereederung der „Alkor“ und der „Poseidon“, wenn es bei der bisherigen rechtlichen Konstruktion bleibt.

Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn entweder das Land die gemeinsamen Bund-Ländervereinbarung verlässt und den Betrieb und die Unterhaltung seiner beiden mittelgroßen Forschungsschiffe selbst regelt oder im Rahmen der BLAG erreicht, dass die Geschäftsstelle von der Universität Hamburg auf eine schleswig-holsteinische Einrichtung übertragen wird. Auch ist ein Staatsvertrag denkbar, in dem die Geltung schleswig-holsteinischen Rechts festgehalten wird. Die Erfolgssaussichten für eine derartige Übertragung oder einen derartigen Staatsvertrag werden allerdings nicht als sehr hoch eingeschätzt. Außerdem spricht der bürokratische Aufwand für solche Konstruktionen im Verhältnis zu dessen Reichweite und Regelungsumfang eher gegen einen solchen Weg.

Um also die Vergabe von Bereederungsverträgen der mittelgroßen Forschungsschiffe an Tariftreueverpflichtungen zu knüpfen, wäre eine entsprechende Initiative in Hamburg erforderlich. Eine entsprechende Hamburger Regelung wäre zumindest solange einschlägig, bis die Betreibergesellschaft gegründet und über den künftigen Sitz entschieden worden ist.

Somit bliebe die Geltung des jetzigen Gesetzesänderungsantrags Drucksache 16/115 auf künftige Verträge über die Bereederung der „Littornia“, „Südfall“ und „Polarfuchs“ mit insgesamt 9 Besatzungsmitgliedern beschränkt.

3. praktische Relevanz/ zeitlicher Rahmen

Die mittelgroßen Forschungsschiffe werden derzeit sämtlich von der Firma Briesse Schiffahrts GmbH & Co KG mit Sitz in Leer bereedert. Die Firma Briesse beschäftigt auf den Schiffen „Alkor“ und „Poseidon“ ausschließlich deutsches Personal mit Ausnahme eines Portugiesen, welcher seinen Wohnsitz allerdings auch in Deutschland hat. Auf den drei kleinen Forschungsschiffen Polarfuchs, Littorina und Südfall ist derzeit ebenfalls nur deutsches Personal beschäftigt. Die Befürchtung einer Verdrängung deutscher Seeleute durch billigere und schlecht geschulte ausländische Kräfte hat sich daher als unbegründet erwiesen.

Zum jetzigen Zeitpunkt besteht folglich kein Bedarf für eine gesetzliche Regelung.

Die Bereederungsverträge für die „Alkor“ und „Poseidon“ wurden im Januar 2004 für die Dauer von 5 Jahren abgeschlossen. Eine Bereederung wird daher erst ab Januar 2009 erneut ausgeschrieben werden. Bis zu diesem Zeitpunkt wird es demzufolge keine neuen Bereederungsverträge geben, weshalb es in den Jahren 2006, 2007 und 2008 kein entsprechendes Ausschreibungsverfahren geben wird und der Gesetzesentwurf somit für mindestens 3 Jahre keinen praktischen Anwendungsbereich hat.

Nach jetziger Rechtslage wird das TTG in Schleswig-Holstein zum 28. März 2008 außer Kraft treten. Wollte der Gesetzgeber dennoch die ab 2009 zu erwartende Vergabe von Bereederungsverträgen an eine tarifvertragliche Bindungspflicht knüpfen, müsste die Geltungsdauer des TTG verlängert werden. Bis dahin wird das Bundesverfassungsgericht entschieden haben, ob und in welcher Form Tariftreueverpflichtungen verfassungsgemäß sind, weshalb eine jetzige Regelung die Verfassungsproblematik nicht ausreichend berücksichtigen kann.

B. Rechtliche Anmerkungen zum Gesetzesentwurf der Abgeordneten des SSW – Drs. 16/604

Das seit Inkrafttreten im Jahr 2003 unveränderte TTG gilt **unmittelbar** für alle Landesbehörden und die der Aufsicht des Landes unterstehenden Körperschaften ohne Gebietshoheit, Anstalten und Stiftungen für die Vergabe von Bauleistungen.

Das TTG gilt allerdings nicht ausschließlich für öffentliche Auftraggeber des Landes, sondern ebenfalls für **die Kommunen** für Auftragsvergaben im Bereich Abfallentsorgung. Das bedeutet, dass die Kommunen bereits jetzt in bestimmten Sachbereichen zur Anwendung des TTG verpflichtet sind, also unmittelbar zum Adressatenkreis des TTG gehören (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1 TTG: „Dieses Gesetz gilt für die Behörden des Landes und die sonstigen der Aufsicht des Landes unterstehenden Körperschaften ohne Gebietshoheit, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts **und** die Aufgabenträger des Schienenpersonennahverkehrs sowie der Abfallentsorgungswirtschaft“). Darüber hinaus sind die Gemeinden und Gemeindeverbände befugt, das TTG auch (und nur) für die Vergabe von Bauaufträgen für anwendbar erklären. Dies ergibt sich aus der Formulierung des Anwendungsbereichs des TTG:

§ 2

Anwendungsbereich

*(1) Dieses Gesetz gilt für die Behörden des Landes und die sonstigen der Aufsicht des Landes unterstehenden Körperschaften ohne Gebietshoheit, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts **und die Aufgabenträger des Schienenpersonennahverkehrs sowie der Abfallentsorgungswirtschaft**, soweit sie*

- 1. öffentliche Bauaufträge.....vergeben... oder*
- 2. für die allgemein zugängliche Beförderung von Personen im Schienenpersonennahverkehr öffentliche Aufträge vergeben oder*
- 3. im Bereich der Abfallentsorgungswirtschaft öffentliche Aufträge vergeben,*

und die dadurch betroffenen Unternehmen.

Im Übrigen können Gemeinden und Gemeindeverbände sowie die sonstigen der Aufsicht der Gemeinden und Gemeindeverbände unterstehenden Körperschaften ohne Gebietshoheit, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts über den Anwendungsbereich des Satzes 1 hinaus die Vorschriften dieses Gesetzes anwenden.

Damit ist den Kommunen gestattet, das TTG für den Anwendungsbereich, der vom Ziel des Gesetzes (Bauwesen, Schienenpersonennahverkehr und Abfallentsorgungswirtschaft nach § 1 TTG) umfasst ist und der nach § 2 Abs. 1 TTG für sie nicht unmittelbar gilt (also lediglich der Bereich der öffentlichen Bauaufträge, da der SPNV eine Aufgabe des Landes ist), freiwillig für anwendbar zu erklären. Der § 2 Abs. 1 Satz 2 TTG stellt allerdings **keine generelle gesetzliche Ermächtigung** für die Kommunen dar, das TTG über den jetzigen sachlichen Anwendungsbereich hinaus anzuwenden, zum Beispiel allgemein auf alle Lieferaufträge, Dienstleistungsverträge oder auch auf Auftragsvergaben im Bereich des straßengebundenen Öffentlichen Personennahverkehrs. Ansonsten würden die Kommunen die Gesetzesgrundlage für ihr Handeln selbst bestimmen können, was keine hinreichend bestimmte Regelung darstellt und als Rechtsgrundlage für staatliches Handeln nicht ausreicht. Folgerichtig sieht auch der Gesetzesentwurf der Abgeordneten des SSW (Drs. 16/604), mit dem die Anwendung des TTG auf den Bereich des straßengebundenen Öffentlichen Per-

sonennahverkehrs erweitert werden soll, die Aufnahme des ÖPNV in das Gesetzesziel nach § 1 TTG und eine **unmittelbare Verpflichtung** der Kommunen nach § 2 Abs. 1 TTG vor, sofern sie Aufträge im Bereich des ÖPNV vergeben. Der Gesetzesentwurf räumt den Kommunen also diesbezüglich kein Ermessen ein (anders als § 2 Abs. 1 Satz 2 TTG für den Baubereich), sondern **schreibt ihnen verbindlich vor**, Aufträge nur an Unternehmen zu vergeben, die sich ihrerseits verpflichten, die Tariftreueregelung nach § 3 TTG einzuhalten.

Inwieweit in diesem Fall der verbindlichen Festschreibung des Standards „Tariftreue“ aus Gründen des Konnexitätsprinzips nach Artikel 49 Abs. 2 der Landesverfassung ein Ausgleich zu erwartender Mehrkosten bei den Kommunen durch das Land übernommen werden muss, erscheint verfassungsrechtlich nicht unproblematisch. Das Konnexitätsprinzip gilt zwar grundsätzlich nicht bei Standarderhöhungen im Rahmen freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben (zu denen der ÖPNV nach § 2 Abs. 2 ÖPNVG gehört), da die Aufgabenübernahme freiwillig ist und die Kommune selbst entscheiden kann, ob sie die Aufgabe durchführt oder nicht. Wenn die Kommune allerdings über das „ob“ entschieden hat und die Aufgabe wahrnehmen will, muss sie dies auch zu den Bedingungen tun, die der Bundes- oder Landesgesetzgeber vorschreibt, ohne dass deshalb das Konnexitätsprinzip Geltung erlangen würde (Beispiel: Wenn eine Kommune eine Sporthalle errichten möchte, muss sie auch die Baurechtsvorschriften beachten).

Allerdings wird hier zu berücksichtigen sein, dass der weit überwiegende Teil des ÖPNV (nach Erfahrungswerten ca. 80%) der Schülerbeförderung dient. Die Schülerbeförderung wiederum ist eine pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe nach § 80 SchulG und obliegt den Schulträgern und Kreisen. Eine Standarderhöhung im Bereich der pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben wiederum löst die verfassungsrechtliche Verpflichtung der Konnexität aus. Im Einzelfall wird schwer oder gar nicht abzugrenzen sein, welcher Teil des ÖPNV zugleich der Aufgabenerfüllung nach dem SchulG dient, weshalb die Mehrbelastung der Kommunen kaum bezifferbar ist. Dies ändert aber nichts daran, dass das Konnexitätsprinzip zu beachten wäre.

Das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung für die Berücksichtigung der Tariftreue bei Vergabe von ÖPNV-Leistungen liegt im Vergaberecht begründet:

Die Anforderung, bestimmte Tariflöhne zu zahlen, ist als vergabefremdes Kriterium im Rahmen der Auftragsvergabe gemäß § 97 Abs. 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) grundsätzlich nicht zulässig. Öffentliche Aufträge werden nur an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben: **„...andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist“ (§ 97 Abs. 4 GWB).**

Besteht kein derartiges Gesetz, darf ein vergabefremder Aspekt, wie ihn die tariflohnbezogene Anforderung darstellt, nicht einbezogen werden. Aus diesem Grund ist eine ausreichende gesetzliche Grundlage im TTG für die Anwendung auf Auftragsvergaben erforderlich.

Festzuhalten bleibt, dass das TTG in seiner bisherigen Fassung für Auftragsvergaben durch das Land in den Bereichen, Bauwesen, Schienenpersonennahverkehr und Abfallentsorgungswirtschaft unmittelbare Wirkung entfaltet und für die Kommunen

unmittelbar nur für die Auftragsvergabe im Bereich der Abfallentsorgungswirtschaft. Daneben können die Kommunen (nur) für Auftragsvergaben im Baubereich das TTG freiwillig für anwendbar erklären. Der Gesetzesentwurf des SSW sieht hingegen eine unmittelbare Verpflichtung der Kommunen vor.

C. Erfahrungen der Landesverwaltung mit dem TTG

Die Landesbehörden, die Aufträge im Geltungsbereich des TTG vergeben, wenden dieses Gesetz seit dessen Inkrafttreten vor 3 Jahren regelmäßig an. Beanstandungen, dass Kommunen ihrer Anwendungsverpflichtung im Rahmen der Abfallentsorgungswirtschaft nicht nachgekommen sind, sind dem Land nicht übermittelt worden. Insoweit ist davon auszugehen, dass auch die Kommunen das TTG regelmäßig anwenden. Einen genauen Überblick über die Anzahl der Kommunen, die das TTG über die unmittelbare Anwendungsverpflichtung hinaus für anwendbar erklärt haben, hat das Land nicht, da dies weder anzeigepflichtig noch bislang Gegenstand einer umfangreichen Untersuchung gewesen ist. Aus verschiedenen Anfragen aus dem kommunalen Bereich ist allerdings bekannt, dass einige Kommunen im Rahmen ihrer Selbstverwaltungskompetenz von der Möglichkeit der freiwilligen Anwendung Gebrauch gemacht haben.

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich dennoch nur auf die Erfahrungen des Landes mit dem TTG:

Öffentliche Aufträge aus dem Anwendungsbereich des TTG dürfen ab einer Größenordnung von 10.000 Euro nur an Unternehmen vergeben werden, die sich verpflichten, mindestens die am Ort der Leistungserbringung geltenden Lohn- und Gehaltstarife zu zahlen. Vor einer Auftragserteilung wird für den Anwendungsbereich des Tariftreuegesetzes von der zuständigen Stelle in der Landesverwaltung die Abgabe einer Tariftreueerklärung gefordert und geprüft. Hierzu werden in der Regel Mustervordrucke verwendet, die den Angebotsunterlagen beigelegt sind und die die Unternehmen auch unterschreiben. Ungewöhnlich niedrige Angebote, die um 10% oder mehr vom nächsthöheren Angebot abweichen und bezuschlagt werden sollen, werden auf die Einhaltung der Tariftreueverpflichtung näher untersucht. Dies geschieht anhand der schriftlichen Angaben zur Preisermittlung sowie interner Firmenunterlagen. Dieser Teil der Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers wird standardmäßig abgearbeitet und hat in den Ressorts zu einem geringen bürokratischen Mehraufwand geführt. Hinzu kommt, dass die Vergabestellen vor der Zusammenstellung der Vergabeunterlagen die am Ort der Leistungserbringung gültigen Tarife haben. Gegebenenfalls wird eine Abfrage bei dem beim Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa eingerichteten Tarifregister erforderlich. Diese Abfragen werden von einer Mitarbeiterin zentral für alle Vergabestellen des Landes und der Kommunen beantwortet.

Auch haben diese Prüfungen im Vorfeld eines Vertragsabschlusses bislang zu keinen Beanstandungen von Seiten der Nachprüfungsbehörden geführt. So sind beispielsweise den Vergabeprüfstellen bei der GMSH und beim Landesbetrieb für Straßenbau und Verkehr als die für Bauvorhaben des Landes im Wesentlichen zuständige Nachprüfungsbehörden bislang keine Fälle von Verstößen gegen das Tariftreuegesetz zur Prüfung vorgelegt worden. Die Vergabeprüfstelle im Innenministerium war lediglich in zwei Fällen mit Fragen des TTG befasst; diese betrafen den kommunalen

Bereich. Auch vor der Vergabekammer Schleswig-Holstein ist noch kein Verfahren geführt worden, dass Streitigkeiten über die Anwendung des TTG zum Gegenstand hatte.

Damit bereitet die Anwendung des TTG vor Abschluss eines Vertrages offensichtlich keine Probleme. Das schließt jedoch nicht aus, dass es im Bereich der Unternehmen „schwarze Schafe“ gibt, die letztlich die Tariftreueverpflichtung umgehen und nicht tarifgerecht zahlen. Vereinzelt ist dies aus dem Bereich der Verbände vorgebracht worden. So sei es durchaus möglich, dass Unternehmen sich für tariftreu erklären, in der Praxis aber nicht tarifgerecht zahlen.

Die Abgabe einer Tariftreueerklärung durch Unterschriftsleistung auf einer vorgefertigten Mustererklärung stellt zunächst weder für die Unternehmen noch für die Vergabestelle einen unverhältnismäßigen Mehraufwand dar. Demgegenüber findet eine umfassende Kontrolle der Einhaltung der Erklärung nach Vertragsabschluss, um die Rechtsfolgen für einen Verstoß gegen das TTG auszulösen, nicht statt. Nach der Auftragserteilung werden keine ständigen oder auch nur stichprobenartigen Kontrollen durch die Landesverwaltung oder durch sonstige Institutionen über die Einhaltung der vertraglich einzuhaltenden Tariftreueverpflichtung durchgeführt. In der Tat sieht das TTG persönliche Kontrollen oder sonstige Baustellenkontrollen durch Landesbedienstete nach Abschluss des (zivilrechtlichen) Vertrages auch nicht vor. Dem öffentlichen Auftraggeber bleibt die Möglichkeit nach § 6 Abs. 2 TTG: Der Unternehmer ist verpflichtet, „dem öffentlichen Auftraggeber die Einhaltung der Verpflichtung auf dessen Verlangen **jederzeit** nachzuweisen. Der Unternehmer ist ferner verpflichtet, dem öffentlichen Auftraggeber zur Prüfung, ob die Verpflichtung eingehalten wird, im erforderlichen Umfang **Einsicht in seine Unterlagen** zu gewähren.“

Auf Anforderung der Vergabestelle muss der Unternehmer also Nachweise vorlegen und Unterlagen einsehen lassen. Dies beinhaltet aber weder eine Verpflichtung noch eine Berechtigung der Vergabestelle zur tatsächlichen Kontrolle vor Ort einschließlich des Betretens der Baustellen. Die Kontrollrechte sind auf den öffentlichen Auftraggeber beschränkt. Sonstige Behörden wie Ordnungsbehörden, Zoll oder Polizei haben zu Recht keine Kontrollbefugnisse, da die Nichteinhaltung der Tariftreue weder ordnungswidrig noch strafbar ist. Die Einhaltung zivilrechtlicher Vertragsverpflichtungen durchzusetzen oder zu kontrollieren obliegt nicht den Ordnungsbehörden und darf ihnen auch nicht durch die Schaffung einer Ermächtigungsgrundlage auferlegt werden.

Die Vergabestelle bleibt also auf Hinweise von Konkurrenten, sonstigen dritten Personen oder möglicherweise anderen Behörden (Zoll, Arbeitsverwaltung) angewiesen, wobei die behördliche Weitergabe von Daten an die Vergabestelle, die praktisch als „Nebenprodukt“ anderweitiger Kontrollen („Schwarzarbeit“; fehlende Aufenthaltserlaubnis etc.) anfallen, datenschutzrechtlich als problematisch einzustufen ist.

Auch wenn man berücksichtigt, dass schon allein durch eine gesetzliche Regelung die meisten Unternehmen ihre Verpflichtungen erfüllen und auch in anderen Lebensbereichen Kontrollmechanismen nicht umfassender sind, wird nicht verkannt, dass es im ungünstigsten Fall möglich ist, dass lediglich die Gewinnspanne eines Unternehmens erhöht wird, ohne dass die nichttarifgebundenen Beschäftigten vom höheren Angebotspreis Nutzen ziehen.

Unabhängig von der rechtlichen Problematik, ordnungsrechtliche Eingriffsmöglichkeiten zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche zu schaffen, wäre eine Baustellenkontrolle vor Ort personell und finanziell durch das Land nicht zu leisten.

Eine effektive Kontrolle setzt ausreichend geschultes Personal bei dem öffentlichen Auftraggeber voraus, das in der Lage ist, die Bücher und die tatsächlichen Gegebenheiten (z.B. Arbeitszeiten) vor Ort zu kontrollieren. Entsprechende Fachkräfte müssten bei den einzelnen Vergabestellen zusätzlich eingestellt werden, da die Aufgabenbewältigung mit dem bisherigen Personal nicht zu leisten ist. Das zeigt sehr einleuchtend das Beispiel aus Niedersachsen, wo im dortigen Staatlichen Baumanagement 3 Prüfgruppen mit insgesamt 16 Vollzeitbeschäftigten für die Kontrolle der Tariftreue auf staatlichen Baustellen eingesetzt waren. Nicht zuletzt deshalb wurden auf Vorschlag des dortigen Landesrechnungshofes hin im Jahr 2004 die Kontrollen auf Baustellen eingestellt.

Die Erfahrung aus anderen Ländern mit Vor-Ort-Kontrolle zeigt, dass die Anzahl der festgestellten Fälle eher gering ist. Der Landesrechnungshof in Niedersachsen hat daher personalintensive Vor-Ort-Prüfungen für sachlich nicht geboten gehalten. Nach seiner Auffassung reicht die Prüfung bis zur Zuschlagserteilung aus (Prüfungsmittlungen v. 24.05.2004). In Nordrhein-Westfalen wird das Kabinett am 02.05.06 aus gleich gelagerten Gründen die Abschaffung des dortigen Tariftreuegesetzes beschließen.

Die Einführung umfassender Kontrollpflichten erscheinen daher auch in Schleswig-Holstein als unangemessen. Hinzu kommt, dass eine (misstrauische) Kontrolle durch den öffentlichen Auftraggeber einer guten einvernehmlichen Zusammenarbeit nicht zuträglich ist und ein nicht zu unterschätzendes Konfliktpotential bedeutet. Die Einhaltung der Tarife sichert weder eine bessere Qualität der Leistung noch günstigere Preise oder eine größere Termintreue. Streitigkeiten mit dem beauftragten Unternehmer können aber die zügige Abwicklung einer Maßnahme behindern. Ungeachtet dessen sind die möglichen Sanktionen für vertragswidrig handelnde Unternehmen nur schwer durchzusetzen. Eine Vertragsstrafe oder Kündigung wird nur ausnahmsweise in Betracht kommen, da die Folgen für den Bauablauf auf der Hand liegen. Ein sich anschließender Rechtsstreit belastet die Vergabestelle, die an einer termingerechten Fertigstellung der Maßnahme interessiert ist, so dass sie eher auf diese Sanktionen verzichten wird.

Festzuhalten bleibt daher, dass aus fachlicher Sicht die Einführung verstärkter Kontrollen aus rechtlichen und finanziellen Gründen nicht empfohlen werden kann. Bei einer politischen Entscheidung darüber, ob das TTG in seinem Anwendungsbereich noch erweitert werden soll, ist der bürokratische Mehraufwand im Verhältnis zu seinem Nutzen abzuwägen. Gleiches wird für eine Diskussion über eine Verlängerung der Geltungsdauer oder über eine vorzeitige Abschaffung des TTG zu gelten haben.

Nach wie vor gibt es noch keine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Frage, ob die Koppelung der Vergabe öffentlicher Aufträge an eine Tariftreueerklärung mit dem Grundgesetz und mit Bundesrecht vereinbar ist. Eine entsprechende Vorlage zum Berliner Vergabegesetz datiert aus dem Jahr 2000. Das Bundesverfassungsgericht wird zu klären haben, ob die Länder eine Gesetzeskompetenz zur Regelung der Tariftreue haben und ob mit der negativen Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) vereinbar ist, wenn die öffentliche Hand als Nachfrager eine marktbeherrschenden

de Stellung einnimmt, was zumindest für die Bereiche des ÖPNV und der Abfallsorgung nicht auszuschließen ist. Insoweit hätte eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Auswirkungen auf das schleswig-holsteinische TTG. Vor einer Verlängerung der Geltungsdauer des TTG sollte das Bundesverfassungsgericht entschieden haben.

Es gibt keine Untersuchungen darüber, ob das TTG ursächlich für Preissteigerungen im Bereich der Bauwirtschaft war. Erfahrungswerte der GMSH liegen zwar nicht vor, es ist jedoch davon auszugehen, dass eine Bindung an eine tarifgetreue Entlohnung zu Mehrkosten geführt hat, die allerdings nicht bezifferbar sind.