

Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Umdruck 20/395

Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Claus Christian Claussen  
Vorsitzender des Wirtschafts-  
und Digitalisierungsausschusses  
Düsternbrooker Weg 70  
24105 Kiel

Geschäftsführer

Frank Eisoldt

Telefon: 0431 599-1100  
Mobil: 015143227570  
frank.eisoldt@gmsh.de

Kiel, den 14.11.2022

**Drucksache 20/69(neu)**

**Stellungnahme der GMSH zum Entwurf eines Tariftreue- und Vergabegesetzes Schleswig-Holstein sowie zur Erhöhung der Tarifbindung mittels Vergaberecht**

Sehr geehrter Herr Claussen, sehr geehrte Damen und Herren,

wir danken Ihnen für die gewährte Möglichkeit zur Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie für fairen Wettbewerb (Tariftreue- und Vergabegesetz Schleswig-Holstein – TTG) der Fraktionen von SSW und SPD.

Zusammenfassend lässt sich hierzu aus der Sicht der GMSH Folgendes feststellen:

**A. Zum TTG-E**

Eine Umsetzung des TTG-E würde im Vergleich zur derzeit bestehenden Rechtslage in Bezug auf die Einhaltung des Vergabemindestlohns zu einem **Mehraufwand** sowohl auf Seiten der **Wirtschaftsteilnehmer** als auch auf Seiten der **GMSH** führen.

Die daneben im TTG-E enthaltene **Verpflichtung zur Berücksichtigung von Kriterien des Umweltschutzes und der Energieeffizienz** führt für Bauaufträge, die die GMSH für das Land durchführt, voraussichtlich nicht zu einem Mehraufwand. Eine Verpflichtung zur Berücksichtigung der vorgenannten Kriterien ergibt sich bereits aus **anderen Regelungen außerhalb des Vergaberechts**, etwa aus den Bestimmungen des öffentlichen Baurechts und seiner Nebengesetze wie etwa dem Energiewende- und Klimaschutzgesetz (EWKG) oder untergesetzlichen Regelungen wie dem Vergabe- und Vertragshandbuch des Bundes, welches auch für Landesbaumaßnahmen gilt. Insoweit werden die Kriterien des Umweltschutzes und der Energieeffizienz bei Landesbaumaßnahmen **bereits berücksichtigt**.

Die Regelungen des TTG-E sind **komplex** und werfen in **vielerlei Hinsicht Fragen** auf. So wird beispielsweise auf die Geltung **nicht aktueller Regelwerke** verwiesen (Stichwort: VOL/A anstatt UVgO, veralteter Stand VOB), was Folgefragen nach sich zieht. Ferner wird auf explizite Abfrage- und Meldepflichten bei bestimmten **Registern**, die nicht mehr existieren und die eine Doppelabfrage nach sich zögen, hingewiesen. Darüber hinaus enthält das TTG-E teilweise **Doppelungen**, da diese Regelungen schon in anderen vergaberechtlichen Regelwerken enthalten sind, sowie **Wi-**

**dersprüche.** Des Weiteren werden **Zuständigkeiten geschaffen** (GMSH als Ordnungswidrigkeitenbehörde), wodurch die Frage aufgeworfen wird, ob dem nicht bereits **Zuständigkeiten anderer Stellen entgegenstehen**.

**B. Zur Steigerung der Tarifbindung mit Mitteln des Vergaberechts**

Bereits seit längerer Zeit wird nach einem rechtssicheren und schlanken Weg gesucht, um eine stärkere Tarifbindung mit den Mitteln des Vergaberechts zu erreichen. Soweit dieser Weg beschritten werden soll, könnte dies dadurch erreicht werden, dass Unternehmen, die einer Tarifbindung unterliegen, gegenüber Unternehmen ohne Tarifbindung **bevorzugt** werden. Dies wäre im Vergaberecht steuerbar über **Zuschlagskriterien** oder **Ausführungsbestimmungen**, deren Einhaltung im Rahmen der Vergabe nachgewiesen werden müsste.

**Oberhalb der Schwellenwerte** dürfte dies allerdings kaum rechtssicher umsetzbar sein, da eine solche Bevorzugung **europarechtswidrig** sein dürfte. Will man sich diesem Vorwurf nicht aussetzen, dann müssten voraussichtlich die arbeitsrechtlichen/tarifvertraglichen Besonderheiten in allen anderen EU-Mitgliedstaaten bei der Formulierung der Bedingungen mitberücksichtigt werden, was hinsichtlich einer rechtskonformen Umsetzung kaum möglich ist.

**Unterhalb der EU-Schwellenwerte** mag eine Steuerung über Zuschlagskriterien oder Ausführungsbestimmungen zunächst nicht ausgeschlossen sein. Allerdings bedeutet dies **nicht zwangsläufig, dass unterhalb der EU-Schwellenwerte immer und nur nationales Vergaberecht gilt**. Auch im Unterschwellenbereich gelten die Grundzüge des AEUV (also Europarecht) bei **Aufträgen mit grenzüberschreitendem Interesse**. Je nach Einzelfall (Auftragswert, Ausführungsort in der Nähe einer Grenze zu einem EU-Mitgliedstaat, Üblichkeit der grenzüberschreitenden Auftragsausführung usw.) können also auch bei Unterschreitung der EU-Schwellenwerte Europarecht mit den dort geltenden Grundsätzen der Nichtdiskriminierung und Wettbewerb zu beachten sein. Wann ein Auftrag ein grenzüberschreitendes Interesse hat, lässt sich wohl kaum im Vorfeld allgemein bestimmen, weshalb auch im Unterschwellenbereich eine rechtssichere Umsetzung der Stärkung der Tarifbindung mittels Vergaberecht hiesigen Erachtens nur schwer möglich sein wird.

Eine ausführliche Stellungnahme habe ich dieser E-Mail beigefügt.

Mit freundlichen Grüßen



Frank Eisoldt  
Geschäftsführer

Schleswig-Holstein  
Der echte Norden



Anlage: Stellungnahme zum Entwurf eines Tariftreue- und Vergabegesetzes sowie zur Erhöhung der Tarifbindung mittels Vergaberecht

- Anlage -

Drucksache 20/69(neu)

Stellungnahme zum Entwurf eines Tariftreue- und Vergabegesetzes Schleswig-Holstein sowie zur Erhöhung der Tarifbindung mittels Vergaberecht  
(Stand: November 2022)

### **Drucksache 20/69(neu)**

### **Stellungnahme zum Entwurf eines Tariftreue- und Vergabegesetzes Schleswig-Holstein sowie zur Erhöhung der Tarifbindung mittels Vergaberecht**

Die Fraktionen von SSW und SPD haben den Entwurf eines Tariftreue- und Vergabegesetzes Schleswig-Holstein (TTG-E) in den Schleswig-Holsteinischen Landtag eingebracht, der mittlerweile an den zuständigen Wirtschafts- und Digitalisierungsausschuss zur Beratung weitergeleitet worden ist. Zu diesem Gesetzentwurf hat der Ausschuss mit Schreiben vom 14.10.2022 um schriftliche Stellungnahme gebeten (vgl. hierzu die Ausführungen unter Abschnitt A.).

In der Anhörung soll außerdem die Frage erörtert werden, wie sich die Tarifbindung mit Mitteln des Vergaberechts erhöhen lässt (vgl. hierzu die Ausführungen unter Abschnitt B.).

## **A. Zum Entwurf eines Tariftreue- und Vergabegesetzes Schleswig-Holstein**

### **I. Die bisherige Rechtslage (Vergabegesetz Schleswig-Holstein):**

Gem. § 4 Abs. 1 Vergabegesetz Schleswig-Holstein (VGSH) dürfen unabhängig vom Erreichen der Schwellenwerte nach § 106 GWB alle **öffentlichen Aufträge ab einem Einzelauftragswert von 20.000 Euro** (ohne Umsatzsteuer) nur an **Unternehmen vergeben werden**, die sich **verpflichten**, ihren unmittelbar für die Leistungserbringung in Deutschland eingesetzten Beschäftigten, ohne Auszubildende, Praktikantinnen und Praktikanten, Hilfskräfte und Teilnehmende an Bundesfreiwilligendiensten, **wenigstens ein Mindeststundenentgelt von 9,99 Euro (brutto) zu zahlen**. Ein beauftragtes Unternehmen hat sicherzustellen, dass diese Pflicht auch von sämtlichen Nachunternehmern und Verleihern von Arbeitnehmern eingehalten wird.

Gem. § 4 Abs. 3 VGSH sind öffentliche Auftraggeber berechtigt, Kontrollen durchzuführen und Unterlagen anzufordern, um die Einhaltung der in Absatz 1 und 2 auferlegten Pflichten zu überprüfen.

Gem. § 4 Abs. 3 VGSH müssen öffentliche Auftraggeber **Vertragsbedingungen** verwenden,

- durch die die beauftragten Unternehmen verpflichtet sind, die in den Absatz 1 und 2 genannten Vorgaben einzuhalten,
- die dem öffentlichen Auftraggeber ein Recht zur Kontrolle und Prüfung der Einhaltung der Vorgaben einräumen und dessen Umfang regeln,
- die dem öffentlichen Auftraggeber ein vertragliches außerordentliches Kündigungsrecht sowie eine Vertragsstrafe für den Fall der Verletzung der in Absatz 1 und 2 genannten Pflichten oder einer Vereitelung der Kontrollen nach Absatz 3 einräumen.

Im **Geschäftsbereich Landesbau** wird diesen Vorgaben nachgekommen, indem **im seitens des Auftraggebers vorgegebenen Angebotsschreiben mittels Textbaustein** eine ent-

- Anlage -  
Drucksache 20/69(neu)  
Stellungnahme zum Entwurf eines Tariftreue- und Vergabegesetzes Schleswig-Holstein sowie zur Erhöhung der Tarifbindung mittels Vergaberecht  
(Stand: November 2022)

sprechende Verpflichtungserklärung durch die Bieter abgegeben wird. Die Verpflichtungserklärung erfolgt quasi automatisch. **Bieterseitige Eintragungen sind nicht erforderlich ebensowenig wie eine gesonderte Unterschrift.** Im Angebotsschreiben befinden sich zudem die vorgenannten Vertragsbedingungen. Die Verpflichtungserklärung nebst Vertragsbedingungen beruhen dabei auf einem Muster, welches vom Wirtschaftsministerium zur Verfügung gestellt wurde. Diese Vorgehensweise mittels Textbaustein wurde seitens des Wirtschaftsministeriums zudem auch empfohlen. Auf der Internetseite des Wirtschaftsministeriums heißt es hierzu:

„Das Muster kann als gesondertes Formblatt oder **als Textbaustein in die Angebots-/Vergabeunterlagen eingebunden werden.** Im Interesse einer möglichst geringen Fehleranfälligkeit sollte es das Ziel sein, dass „eine Unterschrift für alles“ genügt.“

Durch die so eröffnete und in dem Geschäftsbereich Landesbau umgesetzte Vorgehensweise wird ein Mehraufwand für die Bieter vermieden.

Der **Geschäftsbereich Beschaffung** nutzt meines Wissens die Möglichkeit, die Verpflichtungserklärung nebst Vertragsbedingungen als **Formblatt** zu verwenden, welches mit Angebotsabgabe einzureichen ist. Gesonderte Angaben seitens der Bieter sind auch hier nicht erforderlich. Im Regelfall ist auch keine gesonderte Unterschrift erforderlich. Auch hier ist der Aufwand für die Bieter also überschaubar.

## II. Das TTG-E

Eine zentrale Rolle im Zusammenhang mit der Tariftreue bzw. dem Vergabemindestlohn nimmt in dem zur Diskussion stehenden TTG-E § 4 ein.

Gem. § 4 Abs. 1 TTG-E dürfen öffentliche Aufträge nur an Unternehmen vergeben werden, die sich **bei Angebotsabgabe durch Erklärung** gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber **schriftlich verpflichten**, ihren unmittelbar für die Leistungserbringung in Deutschland Beschäftigten, ohne Auszubildende, Praktikantinnen und Praktikanten und Teilnehmern an Freiwilligendiensten, **mindestens das in Schleswig-Holstein für diese Leistung in einem der einschlägigen und repräsentativen mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbarten Tarifverträge vorgesehene Entgelt nach den tarifvertraglich festgelegten Modalitäten zu zahlen** und die tariflich vereinbarten **weiteren Leistungen zu gewähren**. Dabei ist das **Mindeststundenentgelt** nach § 4 Absatz 4 Satz 1 von **13,00 Euro** einzuhalten. Während der Ausführungslaufzeit sind tarifliche Änderungen nachzuvollziehen.

Die vorstehende Regelung gilt **unabhängig vom Auftragswert**, da – anders als nach dem derzeitigen VGSH - eine Bagatellgrenze nicht vorgesehen ist.

Gem. § 4 Abs. 4 TTG-E dürfen öffentliche Aufträge über Leistungen, die **nicht den Vorgaben der Absätze 1 und 2** unterliegen, nur an Unternehmen vergeben werden, die sich **bei der Angebotsabgabe durch Erklärung** gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber **schriftlich verpflichtet haben**, ihren Beschäftigten, ohne Auszubildende, Praktikantinnen und

- Anlage -

Drucksache 20/69(neu)

Stellungnahme zum Entwurf eines Tariftreue- und Vergabegesetzes Schleswig-Holstein sowie zur Erhöhung der Tarifbindung mittels Vergaberecht  
(Stand: November 2022)

Praktikanten und Teilnehmern an Freiwilligendiensten bei der Ausführung der Leistung **ein vom öffentlichen Auftraggeber festgelegtes Entgelt zu zahlen**, das **mindestens 13,00 Euro** (brutto) beträgt (Mindeststundenentgelt). Die **Unternehmen** müssen **im Rahmen der Verpflichtungserklärung die Art der tariflichen Bindung** ihres Unternehmens sowie die **gezahlte Höhe** der Entgelte für die im Rahmen der Leistungserbringung eingesetzten Beschäftigten **angeben**.

Mit dem TTG-E werden in weiteren Bestimmungen auch **ergänzende Regelungen** zur Tariftreue beispielsweise für den Fall eines **Nachunternehmereinsatzes** und für Verleiher von Arbeitskräften getroffen. So müssen sich etwa Bieter verpflichten, auch von ihren Nachunternehmern und den Verleihern von Arbeitskräften eine Verpflichtungserklärung im Sinne des § 4 abgeben zu lassen.

Ferner haben Bieter sowie nach Erteilung des Zuschlags die Auftragnehmer ihre Nachunternehmer und Verleiher von Arbeitskräften sorgfältig auszuwählen. Dies schließt die **Pflicht** ein, die Angebote der Nachunternehmer und Verleiher von Arbeitskräften daraufhin zu **überprüfen**, ob sie auf der Basis der nach § 4 maßgeblichen **tarifvertraglichen Mindestarbeitsentgelte** und **Mindestarbeitsbedingungen** bzw. mindestens auf Basis des festgelegten **vergabespezifischen Mindestlohns kalkuliert sein können**.

Darüber hinaus sind die Bieter u.a. darauf hinzuweisen, dass sie verpflichtet werden, die von den **Nachunternehmern** und Verleihern von Arbeitskräften **abgegebene Verpflichtungserklärung** gemäß § 4 TTG-E dem **öffentlichen Auftraggeber vorzulegen**.

Neben den Regelungen zur Tariftreue bzw. zum Vergabemindestlohn selbst enthält das TTG-E zu vereinbarende **Kontrollrechte** und **Sanktionsbefugnisse** der öffentlichen Auftraggeber in Bezug auf Verstöße gegen die Tariftreue bzw. den Vergabemindestlohn, die Möglichkeit, diese Verstöße durch eine **zuständige Stelle überprüfen** zu lassen, die zudem auch **Bußgelder** verhängen kann sowie **Meldepflichten**.

Schließlich existieren im TTG-E außerdem **verpflichtende Vorgaben zur Berücksichtigung von Kriterien des Umweltschutzes** und der **Energieeffizienz** sowie zur Einhaltung **sozialer Kriterien**, indem etwa keine Waren Gegenstand der Leistung sein dürfen, die unter Missachtung der in den sog. **ILO-Kernarbeitsnormen** festgelegten Mindeststandards gewonnen oder hergestellt worden sind.

### III. Bewertung:

#### 1. Mehraufwand für Bieter

Die Regelungen des TTG-E insbesondere im Zusammenhang mit der Verpflichtungserklärung zur Tariftreue bzw. zur Einhaltung des Vergabemindestlohns dürften einen Mehraufwand bei den Wirtschaftsteilnehmern erzeugen (die nachstehende Aufzählung ist nur beispielhaft und nicht abschließend):

- Anlage -

Drucksache 20/69(neu)

Stellungnahme zum Entwurf eines Tariftreue- und Vergabegesetzes Schleswig-Holstein sowie zur Erhöhung der Tarifbindung mittels Vergaberecht

(Stand: November 2022)

- Es müsste eine **neue Verpflichtungserklärung** abgegeben werden, die weitaus **komplizierter** aussehen dürfte als die bisherige nach dem VGSH, die zudem voraussichtlich auch für öffentliche Auftraggeber wie auch für Wirtschaftsteilnehmer nicht einfach zu verstehen sein wird. Eine vergleichbare Erklärung zum alten TTG, das dem TTG-E in weiten Teilen entspricht, hat dies bereits gezeigt, da es nicht unerhebliche Nachfragen mit nicht immer eindeutigen Antworten hierzu gab. Ferner gibt es Fallkonstellationen, in denen **vom Bieter zusätzliche Angaben**, nämlich zu der **Art der tariflichen Bindung** sowie **zur Höhe des gezahlten Stundenentgelts** erforderlich sind. Allein dies würde die Wirtschaftsteilnehmer zeitlich binden und auch angesichts der Komplexität der Verpflichtungserklärung möglicherweise ein Grund sein, von der Teilnahme an öffentlichen Aufträgen abzusehen.
- Anders als unter Geltung des derzeitigen VGSH gibt es für die Verpflichtung zur Tariftreue nach § 4 Abs. 1 TTG-E keine Bagatellgrenze, ab deren Erreichen erst die Verpflichtungserklärung abzugeben ist. Im VGSH beträgt diese derzeit 20.000 € netto.
- Firmen **außerhalb** von Schleswig-Holstein müssten gem. TTG-E zumindest vom Grundsatz her **den für die Leistung geltenden Tariflohn aus Schleswig-Holstein zahlen einschließlich der Erbringung weiterer tariflicher Leistungen**. Selbst wenn die entsprechenden Tarifverträge in den Vergabeunterlagen benannt werden, müssten die Firmen prüfen, welches **Entgelt** und welche **weiteren tariflichen Leistungen hier gelten**, was die Wirtschaftsteilnehmer wiederum zeitlich binden dürfte. Zudem dürfte sich die Frage stellen, ob die jeweiligen Tarifverträge so ohne weiteres auffindbar und einsehbar sind.
- Ein Mehraufwand für die Bieter dürfte auch darin bestehen, dass sie bei einem beabsichtigten **Nachunternehmereinsatz** verpflichtet sind, u.a. **Verpflichtungserklärungen** zur Tariftreue bei ihren Nachunternehmern **abzufordern** und die ggf. dem **Auftraggeber vorlegen** zu müssen. Der Auftragnehmer hat nämlich vollständige und prüffähige Unterlagen zur Prüfung der Einhaltung der Vorgaben des § 4 bereitzuhalten und auf Verlangen dem öffentlichen Auftraggeber binnen einer vertraglich zu vereinbarenden angemessenen Frist vorzulegen und zu erläutern. Der **Auftragnehmer** ist zudem vertraglich **zu verpflichten**, die **Einhaltung dieser Pflicht durch die beauftragten Nachunternehmer** und Verleiher von Arbeitskräften vertraglich **sicherzustellen** (§ 11 Abs. 3).
- Ferner entsteht ein Mehraufwand für die Wirtschaftsteilnehmer dadurch, dass sie verpflichtet werden, die **Angebote** etwaiger **Nachunternehmen** daraufhin zu **überprüfen**, ob die Verpflichtungserklärung eingehalten wird.
- Auch ohne die vorstehenden Regelungen des TTG-E zur Tariftreue bzw. zum Vergabemindestlohn dürfte ein gewisser Mehraufwand auf Bieterseite bereits dadurch entstehen, dass das TTG-E eine gesonderte Regelung zur Eignungsprüfung enthält. Gem. § 7 Abs. 2 TTG-E hat der Bieter den Nachweis der Eignung ebenfalls für den Nachunternehmer zu erbringen. Dies ist vom Grundsatz her nach derzeitiger Rechtslage nicht anders. Allerdings besteht nach dem auch im Landesbau geltenden Vergabe- und Vertragshandbuch des Bundes (VHB) die Möglichkeit, auf den Nachweis zu verzichten, wenn der Bieter präqualifiziert ist. Die vorgenannte Regelung des TTG-E könnte dem entgegenstehen, was bejahendenfalls wiederum zu einem Mehraufwand u.a. bei den Wirtschaftsteilnehmern führen dürfte.

- Anlage -  
Drucksache 20/69(neu)  
Stellungnahme zum Entwurf eines Tariftreue- und Vergabegesetzes Schleswig-Holstein sowie zur Erhöhung der Tarifbindung mittels Vergaberecht  
(Stand: November 2022)

## 2. Mehraufwand für die GMSH

Die Regelungen des TTG-E dürften ebenfalls zu einem Mehraufwand bei der GMSH führen (die nachstehende Aufzählung ist ebenfalls nur beispielhaft und nicht abschließend):

- Öffentliche Auftraggeber haben die **Tarifverträge**, die als repräsentativ anzusehen sind, in der **Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen** des öffentlichen Auftrages **aufzuführen**. Auch wenn das Wirtschaftsministerium die Festlegung trifft, welche Tarifverträge als repräsentativ anzusehen sind, führt dies zu einem Mehraufwand bei der Vergabe, da in jedem Vergabeverfahren zu prüfen ist, welche Tarifverträge zu benennen sind.
- Öffentliche Auftraggeber haben gem. § 16 Abs. 5 TTG-E zudem **ab** einem geschätzten Auftragswert von **25.000 Euro** für den Bieter, die Nachunternehmer und die Verleiher von Arbeitskräften beim **Gewerbezentralregister** Auskünfte über rechtskräftige Bußgeldentscheidungen wegen einer Ordnungswidrigkeit **anzufordern**. Hierdurch entsteht ein Mehraufwand, da ab 30.000 € bereits eine Abfragepflicht beim **Wettbewerbsregister** besteht, welches im wesentlichen dieselben Informationen vorhält.
- Bei Verdacht auf Nichteinhaltung der Verpflichtungserklärung nach § 4 oder § 9 TTG-E prüft gem. § 15 Abs. 2 TTG-E die **zuständige Behörde auf Antrag des öffentlichen Auftraggebers**, ob bei der Auftragsdurchführung gegen die Verpflichtungserklärung verstoßen wird oder verstoßen wurde. Dabei ist gemäß dem TTG-E die **GMSH ist zuständige Stelle bei Aufträgen des Landes**. Die zuständige Behörde darf entsprechende Auskünfte und die erforderlichen Unterlagen von den öffentlichen Auftraggebern und den Auftragnehmern und deren Nachunternehmern sowie den Verleihern von Arbeitskräften einholen. Bleibt kein vernünftiger Zweifel an dem Vorliegen eines Verstoßes und stellt sie einen grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Verstoß fest, dann hat sie dies dem „Vergabe- und Korruptionsregister zum Schutz fairen Wettbewerbs“ zu **melden**. Auch diese Verpflichtungen führen auf Seiten der GMSH zu einem Mehraufwand.
- Die GMSH ist bei Aufträgen des Landes gemäß dem TTG-E zudem **Verwaltungsbehörde** im Sinne des § 36 Absatz 1 Nr. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten und zuständig für die Verfolgung von **Ordnungswidrigkeiten im Zusammenhang mit Verstößen aus der Verpflichtungserklärung zur Einhaltung der Tariftreue bzw. des Vergabemindestlohns**. In dieser Funktion kann sie **Bußgelder** verhängen. Mit dieser neuen Funktion wäre eine Aufgabenmehrung verbunden.
- Die für die Verfolgung und Ahndung der Ordnungswidrigkeiten zuständige Behörde (also bei Aufträgen des Landes: die **GMSH**) darf öffentlichen Auftraggebern und solchen Stellen, die durch Auftraggeber zugelassene Präqualifikationsverzeichnisse im Sinne des § 6 TTG-E oder Unternehmer- und Lieferantenverzeichnisse führen, **auf Verlangen** die erforderlichen **Auskünfte** geben (§ 16 Abs. 6). Sollten öffentliche Auftraggeber von diesem Recht Gebrauch machen, entstünde hierdurch ein Mehraufwand für die GMSH für die Auskunftserteilung.

- Anlage -

Drucksache 20/69(neu)

Stellungnahme zum Entwurf eines Tariftreue- und Vergabegesetzes Schleswig-Holstein sowie zur Erhöhung der Tarifbindung mittels Vergaberecht  
(Stand: November 2022)

- Gem. § 18 Abs. 1 TTG-E dürfen keine Waren Gegenstand der Leistung sein, die unter Missachtung der in den **ILO-Kernarbeitsnormen** festgelegten Mindeststandards gewonnen oder hergestellt worden sind. Hierzu wäre eine komplexe Prüfung erforderlich, bei der sich voraussichtlich nicht sicher beurteilen lässt, ob das Produkt tatsächlich unter Wahrung der ILO-Kernarbeitsnormen hergestellt wurde.

### 3. Qualität der im TTG-E enthaltenen rechtlichen Regelungen

Einige der im TTG-E enthaltenen Regelungen werfen Fragen auf, wobei auch diese Aufzählung nur exemplarisch ist:

- In § 3 Abs. 1 TTG-E wird auf die **Geltung nicht aktueller Regelwerke verwiesen**. So soll etwa u.a. die **VOL/A** anzuwenden sein, die zuletzt allerdings durch die UVgO abgelöst wurde. Hier stellt sich die Frage, ob dieser Verweis tatsächlich zutreffend ist. Sollte dies der Fall sein, dann würde sich die Folgefrage stellen, was für freiberufliche Leistungen gelten soll, da die VOL/A diese Leistungen nicht umfasst. Bei **Bauaufträgen** soll ein **Stand der VOB** anzuwenden sein, der mittlerweile **überholt** ist. Auch hier stellt sich die Frage, ob die Angabe des alten Standes tatsächlich so gewollt ist.
- In § 4 Abs. 1 TTG-E ist bestimmt, dass die Verpflichtungserklärung zur Tariftreue bzw. zum Vergabemindestlohn **bei Angebotsabgabe schriftlich** abzugeben ist. Wenn mit der Vorgabe „schriftlich“ die gesetzliche Schriftform gem. § 126 BGB gemeint sein sollte, wofür zumindest der Wortlaut spricht, dann wäre eine **eigenhändige Unterschrift** der Verpflichtungserklärung erforderlich, die dann auch nur im Original abgegeben werden könnte. Dann wäre zwangsläufig auch eine Angebotsabgabe wohl nur in **Papierform** möglich oder **elektronisch mit einer qualifizierten elektronischen Signatur**, da nur letztere die schriftliche Form ersetzen kann. Angebotsabgaben in Papierform oder elektronisch mittels qualifizierter elektronischer Signatur wurden in den letzten Jahren in der GMSH immer weniger praxisrelevant. Stattdessen erfolgt die Angebotsabgabe elektronisch in Textform ohne qualifizierte elektronische Signatur.
- Das TTG-E enthält Regelungen, die teilweise schon in anderen vergaberechtlichen Regelwerken enthalten sind. So gibt es beispielsweise in § 7 Regelungen zur **Eignungsprüfung**. Dabei wird der Begriff der **Zuverlässigkeit** genannt, die es in vergaberechtlichen Regelungen **teilweise nicht mehr gibt**. Es stellt sich im Folgenden die Frage, wie mit diesen Widersprüchen umzugehen ist.
- Das TTG-E regelt in § 10 Abs. 1, dass bei **ungewöhnlich niedrigen** Angeboten und bestehenden Zweifeln an der Einhaltung der Pflichten aus einer Verpflichtungserklärung nach § 4 diese Angebote unter diesem Aspekt zu prüfen sind. Diese Verpflichtung folgt bereits aus den Standardregelwerken zum Vergaberecht, weshalb sich die Frage stellt, welchen Zweck diese **Doppelung** verfolgt.
- Öffentliche Auftraggeber sind nach dem TTG-E **verpflichtet**, bei der Vergabe von Aufträgen **Kriterien des Umweltschutzes und der Energieeffizienz** zu berücksichtigen (§ 17 Abs. 1). Hier stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zu der Regelung in § 3 Abs. 5 TTG-E, wonach im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge in jeder Phase des Vergabeverfahrens (Ermittlung des Beschaffungsbedarfes, Festlegung

- Anlage -  
Drucksache 20/69(neu)  
Stellungnahme zum Entwurf eines Tariftreue- und Vergabegesetzes Schleswig-Holstein sowie zur Erhöhung der Tarifbindung mittels Vergaberecht  
(Stand: November 2022)

des Auftragsgegenstandes einschließlich Leistungsbeschreibung, Eignungsprüfung und Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes) ökologische und soziale Aspekte angemessen berücksichtigt werden **sollten**. Die **Pflicht** aus § 17 Abs. 1 TTG-E steht im Widerspruch zu der **Soll-Vorschrift** des § 3 Abs. 5 TTG-E.

- Gem. § 3 Abs. 8 TTG-E sind unbeschadet der Verpflichtung zur Teilung der Leistungen in Fach- und Teillose nach § 97 Absatz 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und nach den Vergabe- und Vertragsordnungen (VOB/A und VOL/A) die öffentlichen Aufträge auch unterhalb der Schwellenwerte in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art und Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. **Mehrere Fach- und Teillose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.** Ähnliche Regelungen existieren bereits in den vergaberechtlichen Standardregelwerken. Soweit der Wortlaut in diesen **teilweise etwas abweicht** (vgl. § 5 Abs. 2 Satz 2 **VOL/A**), so stellt sich die Frage, ob mit der Formulierung in § 3 Abs. 8 TTG-E die Anforderungen an eine Zusammenfassung von Losen erhöht werden sollen. Soweit in anderen Regelwerken (UVgO, VOB/A) identische Regelungen zu § 3 Abs. 8 TTG-E existieren, so stellt die Aufnahme einer solchen Bestimmung in das TTG-E eine **Doppelung** dar, deren Zweck nicht erkennbar ist.
- In der **VOB/A** ist geregelt, dass **fehlende, mit Angebotsabgabe geforderte Unterlagen** und Erklärungen **nachzufordern** sind. Hier ist eine Frist von **6 Kalendertagen vorgeschrieben**. Gem. § 8 Abs. 2 TTG-E wird vorgegeben, dass eine fehlende Verpflichtungserklärung nach § 4 TTG-E innerhalb einer **angemessenen Frist** vorzulegen ist. Hier stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der beiden Vorschriften zueinander.
- Gem. § 15 Abs. 3 TTG-E hat die zuständige Behörde bei festgestellten grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Verstößen gegen die Verpflichtung zur Tariftreue diese dem „Vergabe- und Korruptionsregister zum Schutz fairen Wettbewerbs“ zu melden. Hier stellt sich die Frage, **welches Register** hiermit gemeint ist. Das **Gesetz**, mit dem das Register zum Schutz fairen Wettbewerbs errichtet wurde, ist **außer Kraft** gesetzt und das **Register** ist mittlerweile **aufgehoben**.
- Soweit die **GMSH** bei Aufträgen des Landes als zuständige Stelle auf Antrag zu prüfen hat, ob ein Unternehmen die Verpflichtungserklärung einhält und ggf. Bußgeldbescheide erlässt, so stellt sich die Frage, ob möglicherweise **Zuständigkeiten anderer Stellen** (bspw. **Hauptzollämter**) dem entgegenstehen.

#### 4. Pflicht zur umweltfreundlichen und energieeffizienten Beschaffung

Gem. § 17 Abs. 1 TTG-E sind öffentliche Auftraggeber verpflichtet, bei der Vergabe von Aufträgen Kriterien des Umweltschutzes und der Energieeffizienz zu berücksichtigen. Für Bauaufträge folgt dies bereits aus anderen Regelungen außerhalb des Vergaberechts, etwa aus Bestimmungen des öffentlichen Baurechts und seiner Nebengesetze wie etwa das Energiewende- und Klimaschutzgesetz (EWKG). Zudem existieren jedenfalls für Bauaufträge, unseres Wissens nach aber auch für Lieferaufträge, untergesetzliche Vorgaben zur Berücksichtigung der hier in Rede stehenden Kriterien, etwa aus dem Vergabe- und Vertragshandbuch

- Anlage -  
Drucksache 20/69(neu)  
Stellungnahme zum Entwurf eines Tariftreue- und Vergabegesetzes Schleswig-Holstein sowie zur Erhöhung der Tarifbindung mittels Vergaberecht  
(Stand: November 2022)

des Bundes (VHB). Dieses findet auch für Landesbaumaßnahmen Anwendung. Insbesondere der in § 17 Abs. 2 hervorgehobene und bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung zu berücksichtigende Energieverbrauch findet sich bereits als einzuhaltende Vorgabe im VHB wieder:

„Es ist festzustellen, ob energieverbrauchende Waren, technische Geräte oder Ausrüstungen wesentlicher Bestandteil der Bauleistung sind. Davon ist insbesondere auszugehen, wenn ihr Anteil im Verhältnis zu den geschätzten Gesamtkosten des Fachloses (Gewerkes) zehn Prozent überschreitet. In diesem Fall ist die **höchste Energieeffizienzklasse** im Sinne der Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung festzulegen. Ist keine Energieeffizienzklasse definiert, ist das höchste Energieeffizienzniveau für solche Produkte zu fordern, die unter Berücksichtigung von Funktionalität, technischer Eignung, wirtschaftlicher Durchführbarkeit und ausreichendem Wettbewerb beschafft werden sollen. Sind über die ausgewiesenen Mindestanforderungen hinaus nicht nur geringfügige Unterschiede im Energieverbrauch (> zehn Prozent zur Mindestanforderung) zu erwarten, sind zur Wertung des in diesem Fall aufzunehmenden **Wertungskriteriums "Energieeffizienz"**, **konkrete Angaben zum Energieverbrauch abzufragen**, entsprechende **Nachweise** und in geeigneten Fällen eine **minimierte Lebenszykluskostenberechnung zu fordern**.“

Insoweit sind die Vorgaben aus dem TTG-E nicht zwingend erforderlich, allerdings auch unschädlich, zumal diesen Vorgaben in der GMSH bereits schon jetzt entsprochen werden dürfte.

## B. Steigerung der Tarifbindung

Das TTG-E führt hiesigen Erachtens nach nicht zu einer Erhöhung der Tarifbindung der Unternehmen, da es keine Anreize für Unternehmen schafft, sich an Tarifverträge zu binden. Das TTG-E enthält lediglich Verpflichtungen zur Zahlung bestimmter Mindestentgelte im Falle öffentlicher Aufträge.

Im Koalitionsvertrag der Regierungsparteien ist vereinbart, dass die Koalition **mit den Sozialpartnern beraten will**, wie eine stärkere Tarifbindung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge erzielt werden kann, ohne dabei für die Unternehmen zusätzlichen bürokratischen Aufwand zu erzeugen (...).

Das Wirtschaftsministerium hat dementsprechend mit E-Mail an die Sozialpartner folgende Fragen gestellt:

1. Wie kann man - in zulässiger und rechtssicherer Weise - zu einer stärkeren Tarifbindung bei der Auftragsvergabe **mit den Mitteln des Vergaberecht** kommen?
2. Würden diese etwaigen vergaberechtlichen Vorschriften ggf. bei den Unternehmen zusätzlichen bürokratischen Aufwand erzeugen?
3. Wie könnten diese etwaigen Vorschriften ausgestaltet werden, ohne hohe Hürden für die Beteiligung an Ausschreibungen bzw. Vergabeverfahren aufzubauen?

- Anlage -  
Drucksache 20/69(neu)  
Stellungnahme zum Entwurf eines Tariftreue- und Vergabegesetzes Schleswig-Holstein sowie zur Erhöhung der Tarifbindung mittels Vergaberecht  
(Stand: November 2022)

Bereits seit vielen Jahren wird nach einem rechtssicheren und schlanken Weg gesucht, um eine stärkere Tarifbindung mit den Mitteln des Vergaberechts zu erreichen (Fragen 1 und 2). Ob das Vergaberecht das richtige Mittel ist, um Anreize für eine Erhöhung der Tarifbindung zu setzen, ist offen. Soll dieser Weg aber beschritten werden, dann könnte dies aus hiesiger Sicht allenfalls dadurch erreicht werden, dass Unternehmen, die einer Tarifbindung unterliegen, gegenüber Unternehmen ohne Tarifbindung **bevorzugt** werden. Dies wäre im Vergaberecht steuerbar über **Zuschlagskriterien** oder **Ausführungsbestimmungen**, deren Einhaltung im Rahmen der Vergabe – wie auch immer geartet - nachgewiesen werden müsste.

**Für Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte** enthält § 128 GWB eine Regelung für die **Beachtung bestimmter Anforderungen durch das beauftragte Unternehmen bei der Ausführung des Auftrags**. Die besonderen Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags beziehen sich dabei auf die **Phase nach Zuschlagserteilung**. Die Bedingungen für die Auftragsausführung dienen der Festlegung konkreter Anforderungen bezüglich der Ausführung des Auftrags. Anders als Zuschlagskriterien, die die Grundlage für eine vergleichende Bewertung der Qualität von Angeboten bilden, sind Bedingungen für die Auftragsausführung festgelegte, objektive Anforderungen, von denen die Bewertung von Angeboten unberührt bleibt. Bedingungen für die Auftragsausführung müssen mit den EU-Richtlinien vereinbar sein.

Darüber hinaus eröffnet § 129 GWB dem Bundesgesetzgeber und den Landesgesetzgebern die Möglichkeit, den **öffentlichen Auftraggebern** durch Gesetz die **Verwendung bestimmter Ausführungsbedingungen** verbindlich **vorzuschreiben**.

Regelungstechnisch handelt es sich bei den zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung um **Vertragsbedingungen**. Sofern in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen auf den Inhalt der Vertragsbedingung und die Notwendigkeit, sich zu deren Einhaltung zu verpflichten, hingewiesen wird, kann vom Bieter verlangt werden, sich vor Zuschlagserteilung dazu zu verpflichten, die Vertragsbedingung zu akzeptieren.

Solche besonderen Ausführungsbedingungen können zumindest vom Grundsatz her auch Tarif- und Mindestlohnbedingungen sein. Die Frage ist nur, ob diese mit EU-Recht vereinbar sind.

Der sog. **Rüffert-Entscheidung des EuGH** lag ein Vorlagebeschluss des OLG Celle zugrunde, der eine Vorschrift des niedersächsischen Landesvergabegesetzes betraf. Diese Vorschrift sah vor, dass Bauaufträge nur an Unternehmen vergeben werden durften, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichteten, ihren Arbeitnehmern bei der Ausführung der Leistungen **mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt** zu bezahlen. Der EuGH bewertete das Erfordernis der Zahlung von Tariflöhnen als **Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit**, weil es den in einem anderen Mitgliedstaat, in dem die **Mindestlohnsätze niedriger als in Deutschland sind**, niedergelassenen Leistungserbringern eine zusätzliche wirtschaftliche Belastung auferlegt, die geeignet ist, die Erbringung ihrer Dienstleistungen in Deutschland zu unterbinden, zu behindern oder weniger

- Anlage -  
Drucksache 20/69(neu)  
Stellungnahme zum Entwurf eines Tariftreue- und Vergabegesetzes Schleswig-Holstein sowie zur Erhöhung der Tarifbindung mittels Vergaberecht  
(Stand: November 2022)

attraktiv zu machen. Eine Rechtfertigung dieser Beschränkung kam nach Auffassung des Gerichtshofs nicht in Betracht.

Bei den hier in Rede stehenden Bevorzugungen von Unternehmen mit Tarifbindung gegenüber solchen ohne Tarifbindung dürfte die Vereinbarkeit mit Europarecht daher **zweifelhaft** sein.

Will man sich diesem Vorwurf nicht aussetzen und auch nicht Gefahr laufen, dass die EU-Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren anstrengt, dann müssten voraussichtlich die arbeitsrechtlichen/tarifvertraglichen Besonderheiten aller anderer anderen EU-Staaten bei der Formulierung der Bedingungen mitberücksichtigt werden, was hinsichtlich einer rechtskonformen Umsetzung kaum möglich sein dürfte.

**Unterhalb der EU-Schwellenwerte** mag eine Steuerung über Zuschlagskriterien oder Ausführungsbestimmungen zunächst nicht ausgeschlossen sein, was möglicherweise auch mit einem noch zu vertretenden Aufwand auf Bieterseite gelöst werden könnte. Allerdings bedeutet Unterschwellenvergabe **nicht zwangsläufig, dass unterhalb der EU-Schwellenwerte immer und nur nationales Vergaberecht gilt**. Auch im Unterschwellenbereich gelten die Grundzüge des AEUV (also Europarecht) bei **Aufträgen mit grenzüberschreitendem Interesse**. Je nach Einzelfall (Auftragswert, Ausführungsort in der Nähe einer Grenze zu einem EU-Mitgliedstaat, Üblichkeit der grenzüberschreitenden Auftragsausführung etc.) können also auch bei Unterschreitung der EU-Schwellenwerte Europarecht mit den dort geltenden Grundsätzen der Nichtdiskriminierung und Wettbewerb zu beachten sein. Wann ein Auftrag ein grenzüberschreitendes Interesse hat, lässt sich wohl kaum im Vorfeld allgemein bestimmen, weshalb auch im Unterschwellenbereich eine rechtssichere Umsetzung der Stärkung der Tarifbindung mittels Vergaberecht nach hiesigem Erachten nur schwerlich möglich sein wird.