

An den
Wirtschaftsausschuss
des Schleswig-Holsteinischen Landtages
Herr Vorsitzender Hans-Jörn Arp
Landeshaus Kiel

SSW im Landtag

Düsternbrooker Weg 70
24105 Kiel

Tel. (04 31) 988 13 80
Fax (04 31) 988 13 82

Norderstraße 74
24939 Flensburg

Tel. (04 61) 144 08 300
Fax (04 61) 144 08 305

E-mail: landtag@ssw.de

Kiel, d. 19.4.2006

**Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 16/757**

Sehr geehrter Herr Arp,
anbei übersende ich Ihnen zur Information eine Stellungnahme des Wissenschaftlichen
Dienstes zum Entwurf der Änderung des Tariftreuegesetzes (Drs. 16/604). Ich bitte darum,
diese Stellungnahme als Umdruck zu veröffentlichen.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Lars Harms
Lars Harms, MdL

Herrn
Lars Harms, MdL
SSW im Landtag

im Hause

Ihr Auftrag vom 23. März 2006

Mein Zeichen: L 201 – 73/16

Bearbeiter: Dr. Johannes Caspar

Telefon (0431) 988-1103
Telefax (0049/431) 988-1250
johannes.caspar@landtag.ltsh.de

10. April 2006

Öffnungsklausel im Tariftreuegesetz; Konnexitätsprinzip

Sehr geehrter Herr Harms,

auf Ihre Anfrage betreffend den Gesetzentwurf des SSW – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen (Tariftreuegesetz), Drs. 16/604, im Folgenden: Entwurf – nehmen wir wie folgt Stellung:

1. § 2 Abs.1 S. 2 des Entwurfs als Öffnungsklausel

Die Bestimmung in § 2 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs ermächtigt insbesondere Kreise und Kommunen zu einer Anwendung des Kriteriums der Tariftreue. Danach haben Gemeinden und Gemeindeverbände sowie die sonstigen der Aufsicht der Gemeinden und Gemeindeverbände unterstehenden Körperschaften ohne Gebietshoheit sowie Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts über den in § 2 Abs. 1 Satz 1 beschränkten Adressatenkreis hinaus eigenverantwortlich darüber zu entscheiden, ob sie u.a. Aufträge im öffentlichen Personennahverkehr nur an Unternehmen vergeben, die das in Tarifverträgen vereinbarte Arbeitsentgelt am Ort der Leistungserbringung zahlen. Die Öffnungsklausel in § 2 Abs. 1 S. 2 stellt somit eine Ermessensvorschrift dar, die den Gemeinden und Gemeindeverbänden eine Anwendung des Tariftreuekriteriums durch Verwendung des Begriffs „können“ ermöglicht, nicht aber zwingend vorschreibt.

2. Zur Geltung des Konnexitätsprinzips im Bereich der Öffnungsklausel

Weder durch die Öffnungsklausel für Gemeinden und Gemeindeverbände noch durch die im Entwurf beabsichtigte Einbeziehung der Aufgabenträger des ÖPNV wird die durch Artikel 49 Abs. 2 Landesverfassung (LV) vorgesehene finanzielle Ausgleichsregelung (sog. Konnexitätsgrundsatz) zu Lasten des Landes ausgelöst. Artikel 49 Abs. 2 LV enthält eine besondere von der Finanzkraft unabhängige Ausgleichsregelung **für den Fall**, dass die Kommunen für bestimmte öffentliche Aufgaben landesgesetzlich **nach Artikel 46 Abs. 4 LV** in die Pflicht genommen werden. Der Verfassungsgeber hat sich damit für die Gewährleistung eines strikten Konnexitätsprinzips entschieden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 7. Mai 2001, 2 BvK 1/00, Rn. 95, 110).

Nach Artikel 46 Abs. 4 LV können die Gemeinden und Gemeindeverbände durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes durch Verordnung zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben verpflichtet werden. Voraussetzung für die Auslösung des in Artikel 49 Abs. 2 Satz 1 LV normierten Konnexitätsgrundsatzes ist, dass den Gemeinden oder Gemeindeverbänden zur Wahrnehmung einzelner öffentlicher Aufgaben durch formelle wie auch durch bloß materielle Landesgesetze verbindlich Verpflichtungen über das Landesrecht auferlegt werden (vgl. Groth, in: Caspar/Ewer/Nolte/Waack, Kommentar zur Landesverfassung, Art. 49 Rn. 10).

Die vorliegende Öffnungsklausel begründet keine neue Verpflichtung der Gemeinden und Gemeindeverbände zur Erfüllung von Aufgaben, sondern ermöglicht den Kommunen bei Vergabeentscheidungen lediglich, künftig das vergabefremde Kriterium der Tariftreue bei der öffentlichen Auftragsvergabe zu berücksichtigen. Es liegt insoweit weder eine Weisungsaufgabe noch eine pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe vor, durch die Gemeinden und Gemeindeverbände vorliegend in Pflicht genommen werden (zum Begriff der öffentlichen Aufgaben sowohl als Weisungsaufgaben wie auch als pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben vgl. die Erläuterungen des Sonderausschusses „Verfassungsreform“ zur Gewährleistung des Konnexitätsprinzips [Drs. 14/1245, S. 18]).

3. Das Erfordernis einer Rechtsgrundlage zur Berücksichtigung vergabefremder Ausschreibungskriterien

Die Öffnungsklausel zielt vielmehr darauf ab, eine rechtliche Grundlage für Gemeinden und Gemeindeverbände zu schaffen, die es ihnen ermöglicht, künftig Ausschreibungen insbesondere im Bereich des ÖPNV unter Berücksichtigung des Kriteriums der Tariftreue vorzunehmen. Das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung zur Anwendung von **vergabefremden Kriterien** bei der Auftragsvergabe ergibt sich aus § 97 Abs. 4, 2. Halbsatz GWB. Danach können andere oder weitergehende als die im 1. Halbsatz genannten **Eignungskriterien** (Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit) an den Auftragnehmer bei der Auftragsvergabe nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder **Landesgesetz** vorgesehen ist. Ohne eine einschlägige Landes- oder bundesrechtliche Rechtsgrundlage ist den Gemeinden und Gemeindeverbänden daher die Auftragsvergabe nach Maßgabe des Kriteriums der Tariftreue rechtlich verwehrt (vgl. zum vergabefremden Kriterium Hailbronner, in: Byok/Jäger [Hrsg.], Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl. 2004, § 97 Rn. 248 f.; vgl. auch Boesen, Vergaberecht, 2000, § 97 Rn. 111; ferner zur Grundrechtsbindung von Vergabeentscheidungen Kämmerer/Thüsing, ZIP 2002, 596, 600).

4. Fazit

Die Regelung des Entwurfs beabsichtigt, den Gemeinden und Gemeindeverbänden eine rechtliche Grundlage für die Verfolgung der Ziele des Tariftreuegesetzes an die Hand zu geben. Sie stellt eine Ermächtigungsgrundlage für die Kommunalkörperschaften dar, ohne diese vergaberechtlich zu verpflichten. Mangels einer landesrechtlich erfolgten Aufgabenübertragung auf die Kommunen löst der Entwurf keine finanziellen Ausgleichsverpflichtungen nach Art. 49 Abs. 2 LV des Landes aus.

Für weitere Fragen stehen wir Ihnen gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Dr. Caspar

(Dr. Caspar)