

Hinweise

des Ministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Gleichstellung zu § 11 Abs. 1, 2, 3, 5, 6 des Gesetzes des Landes Sachsen-Anhalt zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz Sachsen-Anhalt - TVergG LSA) vom 7. Dezember 2022

§ 11

Tariftreue, Mindeststundenentgelt und Entgeltgleichheit

(1) Öffentliche Aufträge dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, wenn diese sich schriftlich oder elektronisch verpflichten, ihren Arbeitnehmern bei der Auftragsausführung Arbeitsbedingungen einschließlich des Mindeststundenentgelts zu gewähren, die

- 1. mindestens den Vorgaben des Tarifvertrages entsprechen, an den das Unternehmen aufgrund des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes gebunden ist oder der nach dem Tarifvertragsgesetz für allgemeinverbindlich erklärt wurde, oder*
- 2. mindestens den Vorgaben des Tarifvertrages entsprechen, der für die Leistung am Ort der Ausführung gilt.*

In den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, welches tarifvertraglich vereinbarte Entgelt (Tariflohn) für die Leistung jeweils als maßgeblich im Sinne des Satzes 1 Nr. 2 anzusehen ist. Satz 1 findet nur Anwendung, soweit das Mindeststundenentgelt das jeweils geltende vergabespezifische Mindeststundenentgelt nach Absatz 3 erreicht oder übersteigt. Die Sätze 1 bis 3 gelten entsprechend für andere gesetzliche Bestimmungen über Mindestentgelte.

(2) Gelten am Ort der Ausführung mehrere Tarifverträge für dieselbe Leistung, so hat der öffentliche Auftraggeber den Tariflohn eines repräsentativen Tarifvertrages zugrunde zu legen, der mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbart wurde. Haustarifverträge sind hiervon ausgenommen. Das für Tarifrecht (gewerbliche Wirtschaft, Handel) und Tarifregister zuständige Ministerium bestimmt im Einvernehmen mit dem für öffentliches Auftragswesen zuständigen Ministerium durch Verordnung, welche Tarifverträge als repräsentativ im Sinne des Satzes 1 anzusehen sind.

(3) Soweit Absatz 1 Satz 1 gemäß Absatz 1 Satz 3 keine Anwendung findet, vergeben öffentliche Auftraggeber öffentliche Aufträge an Unternehmen, wenn diese sich schriftlich oder elektronisch verpflichten, ihren Arbeitnehmern bei der Ausführung der Leistung mindestens ein nach Maßgabe des Satzes 2 zu berechnendes Mindeststundenentgelt (vergabespezifisches Mindeststundenentgelt) zu zahlen. Dieser Vergabemindestlohn berechnet sich anhand der Entgeltgruppe 1 Erfahrungsstufe 2 (inklusive Jahressonderzahlungen im Tarifgebiet Ost) des Tarifvertrages des öffentlichen Dienstes der Länder durch die Anzahl der Arbeitstage im jeweiligen Jahr. Hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereiches des vergabespezifischen Mindeststundenentgeltes findet § 22 Abs. 1 bis 3 des Mindestlohngesetzes entsprechende Anwendung.

(4) Befindet sich der Sitz des Auftragnehmers außerhalb des Gebiets der Bundesrepublik Deutschland, findet Absatz 3 nur Anwendung, sofern die ausgeschriebene Leistung auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland erbracht wird, und Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 nur, sofern darüber hinaus ein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag vorliegt.

(5) Öffentliche Aufträge dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, die sich schriftlich oder elektronisch verpflichten, bei der Auftragsausführung sicherzustellen, dass Leiharbeiternehmer im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Februar 1995 (BGBl. I S. 158), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 19. Oktober 2022 (BGBl. I S. 1790), bei der Ausführung der Leistungen für die gleiche Tätigkeit ebenso entlohnt werden wie ihre Arbeitnehmer.

(6) Gelten für die im Rahmen der Ausführung eines öffentlichen Auftrags zu erbringenden Leistungen mehrere Tarifverträge, ist der Tariflohn desjenigen Tarifvertrages maßgeblich, der für den überwiegenden Teil der Leistungen gilt.

(7) Für die Vergabe von Leistungen über öffentliche Personennahverkehrsdienste gelten die Absätze 1 bis 6 entsprechend.

Dazu ergehen folgende Hinweise:

Mit der Vorschrift in **Absatz 1** verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge oberhalb der Schwellenwerte nach § 1 Abs. 1 TVergG LSA insbesondere zwei Dinge sicherzustellen:

1. Bieter sollen unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten keinen Vorteil bei der Vergabe erlangen, weil sie mangels Tarifbindung mit geringeren Löhnen kalkulieren können als ihre tariflich gebundenen Mitbewerber.
2. Bieter sollen wenigstens das Vergabespezifische Mindeststundenentgelt nach § 11 Abs. 3 TVergG LSA bei ihrer Lohnkalkulation zu berücksichtigen haben.

Danach ist ein Bieter nicht etwa deshalb vom Wettbewerb auszuschließen, weil er tariflich nicht gebunden ist. Das Tariftreuegesetz führt vielmehr dazu, dass der Bieter im Falle eines Zuschlags an einen Tarifvertrag nach § 11 Abs. 1 Nummer 2¹ sowie Absätze 2, 3, 5, 6 TVergG LSA im Rahmen seiner darauf bezogenen Leistungserfüllung, aber auch nur insoweit, gebunden wäre. Dazu hat er sich gemäß Absatz 1 Satz 2 in den Vertragsunterlagen entsprechend zu verpflichten.

Um das in die Praxis umzusetzen, steht den Vergabestellen auf der Internetseite des Tarifregisters ein Vordruck für eine entsprechende Eigenerklärung zur Verfügung („Vordruck Eigenerklärung Tariftreue“). In diesem Vordruck hat die Vergabestelle unter Ziffer 2 sowohl den für die Leistung maßgeblichen Tarifvertrag als auch die dort vorhandenen Entgeltregelungen anzugeben, nach denen sich der Bieter, je nach von ihm zu veranschlagender Qualifikation der

¹ An die Ziffer 1 ist er mittels der Allgemeinverbindlichkeit ohnehin auch ohne dieses Gesetz gebunden. Die Regelung hat insofern nur eine klarstellende Bedeutung.

zum Einsatz kommenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, zu richten hat. Die Vergabestelle hat dabei zwei Dinge zu berücksichtigen: Es ist möglich, dass ein Tarifvertrag in seinen untersten Lohn- und Gehaltsstufen ein Entgelt unterhalb des Vergabespezifischen Mindeststundenentgelts nach Absatz 3 ausweist. In diesem Fall sind die betreffenden Entgelte in dem Vordruck durch das Vergabespezifische Mindeststundenentgelt zu ersetzen. Es ist auch möglich, dass für die ausgeschriebene Leistung kein Tarifvertrag existiert. In diesem Fall ist einzig das Vergabespezifische Mindeststundenentgelt zu veranschlagen und daher unter Ziffer 2 des Vordrucks einzutragen. Um ein zweifelsfreies Verständnis hier sicherzustellen findet sich auf der Internetseite des Tarifregisters dazu ein Ausfüllbeispiel.

Das für die Tariftreuregelung in Absatz 1 Satz 2 maßgebliche „Mindeststundenentgelt“ ist also das in den einzelnen Lohn- und Gehaltsgruppen des Tarifvertrages festgelegte Entgelt. Zur Veranschaulichung beispielsweise im Baugewerbe das Entgelt für die Lohngruppe 2 - Fachwerker/ Maschinisten/ Kraftfahrer – mit hier insgesamt 19 darunterfallenden Tätigkeitsbeispielen (13,29 € + Bauzuschlag (BZ) = 14,07 €) oder für die Lohngruppe 3 - Facharbeiter/ Baugeräteführer/ Berufskraftfahrer - (17,27 € + BZ = 18,29 €). Die darauf bezogenen Entgelte heißen in der fachlichen Bezeichnung „Mindeststundenentgelte“, weil der Arbeitgeber nach dem „Günstigkeitsprinzip“ davon nach oben abweichen kann („übertarifliche Bezahlung“). Im Gegensatz dazu gibt es nur ein „Vergabespezifisches Mindeststundenentgelt“ (gegenwärtig 13,38 € brutto/ Stunde), was nach der Regelung des § 11 Abs. 1 Satz 3 nur zum Tragen kommt, wenn das „Mindeststundenentgelt“ einer Lohngruppe es der Höhe nach nicht erreicht oder es keine sich aus einem Tarifvertrag ergebenden Lohngruppen gibt. In dem gewählten Beispiel erreicht die Lohngruppe 2 (13,29 €) nicht das Vergabespezifische Mindeststundenentgelt, wenn es da nicht die Verpflichtung zur Zahlung eines Bauzuschlags (+0,78 €) als feste „Arbeitsbedingung“ i. S. d. § 11 Abs. 1 Satz 1 gäbe.

Um die Systematik der Vorschrift zu verstehen, bedarf es noch eines Blickes auf die „Auffangregelung“ des § 11 Abs. 1 Satz 4 TVergG LSA. Sie stellt klar, dass dort, wo es weder Tarifverträge noch Honorarordnungen gibt (Bereich: Freiberufler), also wenigstens der gesetzliche Mindestlohn nach § 1 Mindestlohngesetz (MiLoG) gelten würde, auch dieser im Rahmen einer öffentlichen Auftragsvergabe oberhalb der Schwellenwerte durch das Vergabespezifische Mindeststundenentgelt ersetzt wird. § 1 MiLoG und Vergütungsordnungen über Honorarsätze sind „andere gesetzliche Bestimmungen über Mindestentgelte“ im Sinne des Satzes 4 und werden, weil diese nicht aus Tarifverträgen stammen, nach dieser Vorschrift entsprechend behandelt.

In § 11 Abs. 1 Satz 1 ist neben dem zu berücksichtigen Entgelt auch geregelt, dass sich der Bieter verpflichtet, den von ihm für seine Kalkulation angesetzten Tarifvertrag in der im Zeitraum der Auftragserfüllung einschlägigen Fassung zu berücksichtigen („*Öffentliche Aufträge dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, wenn diese sich (...) verpflichten, ihren Arbeitnehmern bei der Auftragsausführung Arbeitsbedingungen zu gewähren, die (...) 2. mindestens den Vorgaben des Tarifvertrags entsprechen, der für die Leistung am Ort der Ausführung gilt.*“). Daraus ergeben sich Konsequenzen für das Verfahren. Die Vergabestelle kann naturgemäß nicht die Arbeitsbedingungen im Zeitraum der Auftragsausführung kennen. Insofern ist zu unterscheiden zwischen dem Vergabeverfahren an sich und der Auftragsausführung durch den Bieter, der den Zuschlag erhalten hat². Dazwischen können mehrere Monate liegen, in denen sich ein Tarifvertrag geändert haben könnte. Da es sich bei § 11 TVergG LSA jedoch um eine zunächst auf die Vergleichbarkeit im Bieterwettbewerb bezogene Regelung handelt, kann für das Verfahren nur die Fassung des Tarifvertrages maßgeblich sein, die zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung gilt. Kommt es zum Zuschlag, gelten für den Auftragnehmer jedoch die von ihm für seine Kalkulation als Bieter vorgesehenen Bedingungen in der im Zeitraum der Auftragserfüllung einschlägigen Fassung. Das können dieselben sein, sie können sich aber auch zwischenzeitig geändert haben. Der Bieter hat die Möglichkeit, sich auf der Internetseite des Tarifregisters Sachsen-Anhalt darüber zu informieren, ob der ursprünglich für seine Kalkulation maßgebliche Tarifvertrag noch immer gilt. Damit verbunden ist keine ungerechtfertigte Benachteiligung, denn aktualisierte Entgelte und Arbeitsbedingungen gelten für ein tariflich gebundenes Unternehmen ohnehin. Eine Tariftreuregelung würde ihr Ziel verfehlen, wenn dieser Aspekt unberücksichtigt bliebe.

Etwas anderes gilt, wenn es keinen Tarifvertrag geben sollte oder die tarifbezogene Kalkulation zu einem Teil auf dem Vergabespezifischen Mindeststundenentgelt beruht. Trifft letzteres auch nur für untere Entgeltstufen eines Tarifvertrages zu, gilt die Besonderheit, dass sich erweiterte Arbeitsbedingungen im Sinne des Abs. 1 Satz 1, wie Zuschläge und geldwerte Sondervergünstigungen, hierauf nicht beziehen. Sie beziehen sich ausschließlich auf die jeweiligen Entgeltgruppen („Mindeststundenentgelte“) oberhalb des Vergabespezifischen Mindeststundenentgelts. Auf das Vergabespezifische Mindeststundenentgelt selbst werden Zuschläge und geldwerte Sondervergünstigungen also angerechnet, sie kommen nicht noch oben drauf. Dieses Ergebnis resultiert aus der Natur eines per Gesetz gesetzten Mindestlohns, den das Vergabespezifische Mindeststundenentgelt im Rahmen einer öffentlichen Auftragsvergabe oberhalb der Schwellenwerte darstellt.

² ... oder durch die Nachunternehmer, denen sich der Bieter zum Zwecke der Auftragserfüllung bedient, vgl. § 14 Abs. 2 TVergG LSA

Für eine Tariftreuregelung ist es essentiell, dass eine auftragsbezogen ermittelbare Arbeitszeit nennenswerten Umfangs vorliegt. Allein der monetäre Ansatz, d.h. der bloße Auftragswert ist hier nicht entscheidend, wenn er sich nicht im wesentlichen Umfang auf einen zweifelsfrei selektierbaren Arbeitsaufwand bezieht. Wann dieses Merkmal des wesentlichen, also nennenswerten Umfangs erfüllt ist, ist Tatfrage. Betroffen von dieser Erkenntnis sind Leistungen, die zusammen mit vergabefremden Leistungen erbracht werden oder auch Leistungen, die nur einen zeitlich zu vernachlässigen Nebenaufwand darstellen.

Zu behandeln sind auch der eigentlichen Auftragserfüllung vorangestellte, in der Gesamtbeurteilung vom Arbeitsaufwand einer Hauptsache (z.B. Bau einer Straße, Errichtung eines Gebäudes) her unbedeutende, weil nach der Dauer kaum ins Gewicht fallende Vorbereitungsarbeiten (z.B. Vermessung, Expositionsabschätzung). Werden diese an einen darauf spezialisierten Nachunternehmer abgegeben, wird die Vergütung kaum schlüssig gemäß § 11 Abs. 6 TVergG LSA an einen nach dem überwiegenden Teil der Leistungen der Hauptsache maßgeblichen Tarifvertrag auszurichten sein. Um das gesetzestreu und in der Lebenswirklichkeit praktikabel umzusetzen, bedarf es allerdings der Definition einer Schwelle, orientiert an der Erfüllung des Kriteriums der Angemessenheit des Verwaltungshandelns. Zu denken wäre hier an einen Arbeitsaufwand von unter einer Woche, bei dem die Auswirkung einer Tariftreuregelung ohne nennenswerten Effekt für die davon eventuell begünstigten Beschäftigten wäre. Wo hier aber tatsächlich die Grenze liegt, bliebe der richterlichen Kontrolle vorbehalten. Für die Praxis kommt es deshalb darauf an, in den entsprechenden Grenzfällen hierauf abzuwägen und die Entscheidungsgründe aktenkundig zu halten. Im Ergebnis dient das der Entbürokratisierung und der Konzentration vorhandener Personalressourcen auf die für eine Tariftreuregelung aus der Perspektive der Beschäftigten tatsächlich bedeutenden Tatbestände.

Mit **Absatz 2** regelt der Gesetzgeber die Frage, was gelten soll, wenn in Sachsen-Anhalt für eine Branche gleich mehrere Tarifverträge existieren sollten. Das für Tariftrecht und Tarifregister zuständige Ministerium (MS) wird danach ermächtigt, im Einvernehmen mit dem für das öffentliche Auftragswesen zuständigen Ministerium (MWL) den davon „repräsentativen Tarifvertrag“ zu bestimmen und bekanntzugeben. Dieser Verpflichtung sind beide Ressorts in einem ersten Schritt mittels der Veröffentlichung der „Verordnung zur Feststellung der Repräsentativität von Tarifverträgen (Repräsentative-Tarifverträge-Verordnung — RepTVVO)“ vom 25. April 2023 nachgekommen (GVB1. LSA Nr. 9/2023, ausgegeben am 9.5.2023). Repräsentative Tarifverträge werden nach deren Identifizierung vom Tarifregister Sachsen-Anhalts in einer Weise bekannt gegeben, dass sich der Rechtsverkehr im einschlägigen Fall darauf berufen kann.

Mit **Absatz 3** regelt der Gesetzgeber, wie das Vergabespezifische Mindeststundenentgelt der Höhe nach zu bestimmen ist. Das jeweils aktuelle Ergebnis ist dem eVergabe-Portal Sachsen-Anhalt zu entnehmen.

Absatz 5 schließt eine Lücke, die entstehen würde, wenn der Auftragnehmer den Auftrag ganz oder zum Teil nicht unter Einsatz der eigenen Belegschaft ausführt, sondern sich eines Verleihers bedient, der ihm die dafür benötigten Arbeitskräfte zur Verfügung stellt. Wäre nicht sichergestellt, dass auch in diesem Fall die gleichen Arbeitsbedingungen für die Entliehenen gelten wie für die Stammbesellschaft, wäre der Tariftreueansatz untergraben. Absatz 5 schließt das betreffende Schlupfloch. Die entsprechende Verpflichtungserklärung wird mit dem bereits erwähnten „Vordruck Eigenerklärung Tariftreue“ sichergestellt.

Absatz 6 enthält eine Regelung, die die Praxis im Einzelfall vor Herausforderungen stellen dürfte. Der damit verfolgte Ansatz ist schnell erklärt: Wenn eine Ausschreibung mehrere Leistungen unterschiedlicher Branchen beinhaltet, soll geklärt werden, welcher der für die einzelnen Leistungen gültigen Tarifverträge nun der überwiegend maßgebliche ist. Vermutlich wurde eingeschätzt, dass wenn mehrere Tarifverträge zugrunde zu legen wären, Orientierung und Nachvollziehbarkeit leiden dürften.

Wieder kommt es hier, wie oben unter der Besprechung von Absatz 1 begründet, nicht auf den monetären Wert an: Nicht der Auftragswert ist also entscheidend, sondern der Umfang des damit verbundenen, selektierbaren Arbeitsaufwands.

Das Herausfordernde an dieser Regelung ist, dass die Vergabestelle das Ergebnis, also den danach maßgeblichen Tarifvertrag dem Bieter bekannt zu geben hat, damit dieser daran seine Lohn- und Gehaltskostenpositionen verbindlich ausrichten kann. Im Einzelfall kann das zu Schwierigkeiten führen, wenn für die Vergabestelle eine solche Einschätzung nach den Regeln der Evidenz nicht zweifelsfrei möglich sein sollte. Da eine direkte Befragung potentieller Vertragspartner verfahrensrechtlich nicht in Betracht kommt, ist die Vergabestelle auf ihre Einschätzung angewiesen. Diese Tatsache stützt den Rückfall auf eine Ermessensentscheidung. Hier ist es ratsam, das Ergebnis und die darauf bezogenen Entscheidungsgründe zu den Akten zu nehmen, sodass das ausgeübte Ermessen auch später zweifelsfrei nachvollzogen werden kann.