

Kapitel Fünf: Tariftreueverpflichtung

A. Einleitung

I. Besonderheit der Tariftreueverpflichtung

Das Vergabekriterium der Tariftreueverpflichtung unterscheidet sich von den Chancengleichheitskriterien darin, daß es in erster Linie darauf abzielt, das Lohnniveau der am Ort der Ausführung des öffentlichen Auftrags lokal ansässigen Arbeitnehmerschaft zu bewahren. Während die übrigen sozialen Vergabekriterien einen Anreiz schaffen sollen, Angehörige gesellschaftlich marginalisierter Gruppen in den Arbeitsmarkt zu integrieren, steht bei der Tariftreueverpflichtung das Ziel im Vordergrund, soziale Besitzstände zu bewahren. Dieser grundsätzliche Unterschied in der arbeitsmarktpolitischen Zielsetzung wirft Fragen hinsichtlich der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit dieses sozialen Vergabekriteriums auf. Im Gegensatz zu dem Querschnittsziel der Chancengleichheit hat die Tariftreueverpflichtung mit ihrer Referenz an die Lohnstruktur des jeweiligen Mitgliedstaates zudem zwangsläufig einen nationalen Bezug. Angesichts des geographischen Anknüpfungspunktes stellt sich daher die Frage, wie sich das Vergabekriterium der Tariftreueverpflichtung vor dem Hintergrund der in Art. 49 EG verbrieften Dienstleistungsfreiheit legitimieren läßt.

II. Ratio der Tariftreueverpflichtung

1. Wettbewerbsdruck auf die nationalen Sozialstandards

Der an sich erfreuliche Anstieg des grenzüberschreitenden Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs innerhalb der Gemeinschaft hat nicht nur einen verstärkten Wettbewerb zwischen den auf dem Binnenmarkt operierenden Wirtschaftsteilnehmern zur Folge, sondern bedeutet auch einen zunehmenden Wettbewerbsdruck für die nationalen Sozialschutzsysteme¹⁸⁶². Denn vermehrt erbringen Wirtschaftsteilnehmer aus Mitgliedstaaten der Gemeinschaft mit einem niedrigen Lohnniveau ihre Leistungen in Mitgliedstaaten mit einem hohen Lohnniveau¹⁸⁶³. Die entsandten Arbeitnehmer arbeiten in letztgenannten Mitgliedstaaten teilweise für lediglich 20 % des nationalen Lohnniveaus¹⁸⁶⁴. Die zunehmende Entsendung von EG-ausländischen Arbeitskräften führt im Aufnahmemitgliedstaat zu einem Anstieg der Arbeitslosigkeit¹⁸⁶⁵. Dies gilt insbesondere für den volkswirtschaftlich bedeutsamen Wirtschaftszweig des Baugewerbes¹⁸⁶⁶, bei dem sich die öffentliche Hand mit einem Auftragsvolumen von circa 20% engagiert¹⁸⁶⁷. Der vorgenannte Effekt verstärkt sich noch dadurch, daß besagter Wirtschaftszweig ohnehin bereits durch die Phänomene Tarifflucht,

1862 Giesen, CMLR 2003, 143 (144); Schmitz, Bundesarbeitsblatt 2002, 5 (8).

1863 Vgl. Gerken/Löwisch/Rieble, BB 1995, 2370 (2370).

1864 v. Danwitz, EuZW 2002, 237 (238).

1865 Vgl. Buchner, DB 2003, 1510 (1512); Gerken/Löwisch/Rieble, BB 1995, 2370 (2370); Marx, BS Dezember 2001, 26 (26); Seifert, ZfA 2001, 1 (1); Sigeman, RdA 2003, 18 (21).

1866 Büdenbender, RdA 2000, 193 (196).

1867 Losch, NdsVBl. 2003, 73 (75).

Schwarzarbeit und Schattenwirtschaft geprägt ist¹⁸⁶⁸. Brisanz erreicht dieser Trend naturgemäß in Mitgliedstaaten mit traditionell hohen Lohn- und Gehaltskosten. Bei der geschilderten Entwicklung handelt es sich jedoch um ein gemeinschaftsweit zu beobachtendes Phänomen¹⁸⁶⁹, keineswegs um ein deutsches Problem¹⁸⁷⁰.

2. Mindestlöhne im Sinne RL 96/71/EG im Hochlohnmitgliedstaat Deutschland

Im Hochlohnland Deutschland versucht man der eingangs geschilderten Entwicklung seit 1996 mithilfe des – in Umsetzung der RL 96/71/EG¹⁸⁷¹ erlassenen – *Arbeitnehmerentsendegesetzes*¹⁸⁷² (AEntG) zusammen mit der *Vierten VO über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe*¹⁸⁷³ in Verbindung mit den Normen des *Mindestlohn-Tarifvertrags vom 29. Oktober 2003* beizukommen, wonach die Verpflichtung zur Zahlung der dort verankerten Mindestlöhne auch auf nicht tarifgebundene EG-ausländische Arbeitgeber erstreckt werden kann¹⁸⁷⁴. Das AEntG sollte das Ungleichgewicht zwischen Arbeitgebern und dem einzelnen Arbeitnehmer bei den Lohnverhandlungen aufheben sowie die Konkurrenz der Arbeitnehmer untereinander beseitigen¹⁸⁷⁵.

Zum besseren Verständnis der nachfolgend skizzierten Rechtsprechung des EuGH seien an dieser Stelle kurz die *essentialia* von RL 96/71/EG dargestellt. RL 96/71/EG erklärt für die befristet im Aufnahmestaat tätigen Arbeitnehmer der Baubranche die dort geltenden Beschäftigungsbedingungen wie Mindestlöhne, Arbeitszeiten und Urlaubsbestimmungen für anwendbar¹⁸⁷⁶. Danach hindert das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten nicht daran, Gesetze oder Tarifverträge auf Personen anzuwenden, die – wenn auch nur vorübergehend – in ihrem Heilheitsgebiet beschäftigt werden, selbst wenn deren Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist. Das Gemeinschaftsrecht verbietet es den Mitgliedstaaten nicht, die Einhaltung dieser Bestimmungen mit angemessenen Mitteln sicherzustellen¹⁸⁷⁷. In Zahlen präsentiert sich die Mindestlohnstruktur im deutschen Baugewerbe momentan wie folgt: Für die Lohngruppe 1 im Tarifgebiet West gilt ein Mindestlohn in Höhe von 10,36 EUR und im Tarifgebiet Ost in Höhe von 8,95 EUR. Die Arbeitnehmer der Lohngruppe 2 im Tarifgebiet West erhalten einen Mindestlohn in Höhe von 12,47 EUR und im Tarifgebiet Ost einen Mindestlohn in Höhe von 9,65 EUR¹⁸⁷⁸.

1868 Linnenkohl, BB 1994, 2077 (2082).

1869 Vgl. Thüsing, NJW 2002, 2071 ff.

1870 v. Danwitz, EuZW 2002, 237 (238).

1871 RL 96/71/EG des EP und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997, L 18, S. 1 ff.

1872 Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen vom 26. Februar 1996, BGBI. I, S. 227 ff., geändert BGBI. 1998 I S. 3843.

1873 Vierte VO über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe vom 13. Dezember 2003, Bundesanzeiger Nr. 242 vom 30. Dezember 2003, S. 26093.

1874 § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 a AentG.

1875 Bieback, RdA 2000, 207 (208).

1876 Art. 3 Abs. 1 lit. c.

1877 Präambel RL 96/71/EG des EP und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997, L 18, S. 1 ff., Erwägungsgrund 12.

1878 Abrufbar auf der Homepage des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit unter:
<http://www.bmwa.bund.de>.

3. Definition und Ausgestaltung der Tariftreueverpflichtung

Mit dem Vergabekriterium der Tariftreueverpflichtung können die öffentlichen Auftraggeber die Bieterunternehmen zur Einhaltung der am Ort der Leistungserbringung geltenden Tariflöhne bewegen, indem die Vergabe des öffentlichen Auftrags an die Verpflichtung zur Abgabe einer Tariftreueerklärung gekoppelt wird. Diese Tariflöhne am Ort der Leistungserbringung sind meist höher als die nationalen Mindestlöhne wie beispielsweise nach dem deutschen AEntG, dem französischen *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*¹⁸⁷⁹ oder dem britischen *National minimum wage Act 1998*¹⁸⁸⁰.

a. Deklaratorische Tariftreueverpflichtungen

Zu unterscheiden sind nun zwei Typen von Tariftreueverpflichtungen. Die erste Kategorie knüpft an die Einhaltung ohnehin bestehender Tarifpflichten an und konstituiert im Fall eines Verstoßes lediglich zusätzliche, vertraglich vereinbarte Sanktionsmöglichkeiten. Hier ist die Tariftreue nur eine besondere Ausprägung der Rechtstreue des Bieterunternehmens¹⁸⁸¹. Derartige Tariftreueverpflichtungen haben lediglich deklaratorischen Charakter¹⁸⁸² und sind daher gemeinschaftsrechtlich unbedenklich¹⁸⁸³.

b. Konstitutive Tariftreueverpflichtungen

Dagegen werden bei der „konstitutiven Tariftreuerklärung“¹⁸⁸⁴ die Rechtswirkungen der nationalen Regelung erweitert. Sie vergrößern den Adressatenkreis des Normbefehls, da auch nicht tarifgebundene Bieterunternehmen, sogenannte Außenseiter, verpflichtet werden können, bei der Ausführung des öffentlichen Auftrages den am Ort der Leistung geltenden Tariflohn einzuhalten¹⁸⁸⁵. Ihre gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit wird im folgenden diskutiert.

4. Beispiel des gescheiterten deutschen Tariftreuegesetzes (TTG)

Neben dem eingangs erwähnten Verfahren der konkreten Normenkontrolle vor dem BVerfG über das BerlVergG¹⁸⁸⁶ erlangte das Thema Tariftreueverpflichtung in Deutschland besondere Aktualität durch den Versuch von Bundesregierung und Bundestag, ein Tariftreuegesetz zu installieren. Der *Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen*¹⁸⁸⁷ vom 12. Dezember war am 26. April 2002 vom Bundestag beschlossen worden, dann aber am 31. Mai 2002 im Bundesrat medienwirksam gescheitert.

1879 Modifiziert durch Art. 1 (Dispositions relatives au salaire minimum de croissance) de la Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi ; abrufbar unter: http://lexinter.net/Legislation3/loi_relative_a_la_reduction_negociee_du_temps_de_travail.htm.

1880 National minimum wage Act 1998 vom 31. Juli 1998, in Kraft seit dem 1. April 1999, Chapter 39, section 1 (entitlement to the national minimum wage).

1881 *Seifert*, ZfA 2001, 1 (4).

1882 *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 397; *Seifert*, ZfA 2001, 1 (4).

1883 *Seifert*, ZfA 2001, 1 (30).

1884 *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 330; *Meyer*, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 218.

1885 *Scholz*, RdA 2001, 193 (196).

1886 Supra: S. 5.

1887 *Bundesregierung*, Gesetz zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen und zur Errichtung eines Registers über unzuverlässige Unternehmen, Drucksachen 14/8896, 14/8285, 14/7796.

Gemäß § 1 TTG sollte das Gesetz Wettbewerbsverzerrungen entgegenwirken, die auf dem Gebiet des Bauwesens und des öffentlichen Personennahverkehrs durch den Einsatz von Niedriglohnkräften entstehen, und die Belastungen für die sozialen Sicherungssysteme mildern. Der an die öffentlichen Auftraggeber addressierte § 3 Abs. 1 S. 1 TTG konstituierte den Grundsatz „Lohn der Baustelle“¹⁸⁸⁸. Danach durften öffentliche Bauaufträge nur an Bieterunternehmen vergeben werden, die sich schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmern bei der Ausführung der Leistung mindestens den in Abs. 2 festgelegten Anteil der am Ort der Leistungsausführung einschlägigen Lohn- und Gehaltstarife zu zahlen. Gemäß § 5 Abs. 1 TTG hatten die öffentlichen Auftraggeber die jeweils einschlägigen Lohn- und Gehaltstarife in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen zu benennen. § 5 Abs. 2 TTG eröffnete den öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit, vom Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung auf Anfrage die jeweils einschlägigen Lohn- und Gehaltstarife in Erfahrung zu bringen. Um die Einhaltung der Tariftreueverpflichtung zu sichern, ordnete § 7 Abs. 1 TTG für jeden schuldenhaften Verstoß eine Vertragsstrafe von 1 Prozent des jeweiligen Auftragswertes an. Im Fall mindestens grob fahrlässiger und erheblicher Verstöße durfte der öffentliche Auftraggeber gemäß § 7 Abs. 2 TTG den Vertrag fristlos kündigen oder das betroffene Bieterunternehmen für die Dauer von bis zu drei Jahren von der öffentlichen Auftragsvergabe ausschließen. Dies erstreckte sich gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TTG auch auf die Nachunternehmen. Im Hinblick auf die finanzielle Auswirkungen rechnete die Bundesregierung mit einer Verteuerungsrate von schätzungsweise 5 %, zuzüglich der Kosten für die Ermittlung der einschlägigen Tarifverträge sowie für die Kontrolle der Einhaltung der Tariftreuepflicht.

Deutschland ist nicht das einzige Beispiel für Bestrebungen, eine Tariftreueverpflichtung einzuführen. So erwägt beispielsweise die *Greater London Authority* gemäß ihrer *fair wages policy* die Einführung von sogenannten *fair employment clauses*, die den Bieterunternehmen die Zahlung der im öffentlichen Sektor üblichen Löhne abverlangen¹⁸⁸⁹. Mit diesen Plänen knüpft die *Greater London Authority* an die Tradition der *labour clauses* der *fair wages resolution* des *House of Commons* vom 13. Februar 1891 an, welche von der Regierung Thatcher abgeschafft wurde.

B. Gemeinschaftlicher Maßstab für die Tariftreueverpflichtung

I. Keine Einschlägigkeit der Art. 81 EG ff.

Manche Autoren sehen bei der öffentlichen Auftragsvergabe unter Berücksichtigung des Vergabekriteriums der Tariftreueverpflichtung das Wettbewerbsrecht der Art. 81 ff. EG als einschlägig an¹⁸⁹⁰. Hierbei ist jedoch die Rolle des Staates als Nachfrager¹⁸⁹¹ und der gemeinschaftliche Status von nationalen Tarifverträgen zu berücksichtigen. Maßgeblich ist in

1888 Kämmerer/Thüsing, ZIP 2002, 596 (603); Marx, BS Dezember 2001, 26 (26).

1889 Abrufbar unter: http://www.unison.org.uk/bargaining/doc_view.asp?did=377.

1890 Vgl. Fante, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 172; Hopp, DB 2000, 469 (470); Kämmerer/Thüsing, ZIP 2002, 596 (599); Karenfort/Koppenfels/Siebert, BB 1999, 1825 (1833); Kling, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 29, 344; Schäfer, Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 450 ff.

1891 Meyer, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 135, 146.