

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 adressierte § 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 schuldhaften 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.

diesem Zusammenhang die Grundsatzentscheidung des EuGH in der Rechtssache *Albany*¹⁸⁹². Nach Ansicht des EuGH wäre die Erreichung der mit Tarifverträgen angestrebten sozialpolitischen Ziele ernsthaft gefährdet, wenn für die Sozialpartner bei der gemeinsamen Suche nach Maßnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen Art. 81 EG Anwendung fände¹⁸⁹³. Bei einer sachgerechten und zusammenhängenden Auslegung der Bestimmungen des Vertrages in ihrer Gesamtheit ergibt sich daher, daß Tarifverträge aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht unter Art. 81 EG fallen¹⁸⁹⁴. Der EuGH¹⁸⁹⁵ leitete das Ergebnis unmittelbar aus Art. 136 EG ff.¹⁸⁹⁶ und aus den Zielen des *Abkommens über die Sozialpolitik*¹⁸⁹⁷ ab. Art. 3 Abs. 1 lit. g, j EG setzte der EuGH die sozialpolitischen Ziele des Art. 2 EG entgegen, wonach der Gemeinschaft die Aufgabe zufällt, ein hohes Beschäftigungsniveau und ein hohes Maß an sozialem Schutz zu fördern¹⁸⁹⁸. Die Position, daß Tarifverträge einen „wettbewerbsrechtlichen Ausnahmetatbestand“¹⁸⁹⁹ darstellen, hat der EuGH auch in späteren Urteilen bestätigt¹⁹⁰⁰.

II. Keine Einschlägigkeit von Art. 87 Abs. 1 EG

Wenn mitgliedstaatliche Maßnahmen Diskriminierungs- bzw. Beeinträchtigungspotential aufweisen, genießen die Grundfreiheiten, wie bereits geschildert¹⁹⁰¹, grundsätzlich den Vorrang vor den Beihilfenvorschriften der Art. 87 ff. EG¹⁹⁰². Da der Hauptvorwurf gegen die Tariftreueverpflichtung die Diskriminierungs- respektive die Beschränkungsproblematik ist, sind als Prüfungsmaßstab in erster Linie die Grundfreiheiten heranzuziehen.

III. Keine Einschlägigkeit von Art. 39 EG

Die Tariftreueverpflichtung ist jedoch nicht, wie teilweise vorgeschlagen wird¹⁹⁰³, an der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art. 39 EG zu messen. Auf den ersten Blick erscheint eine mittelbare Einschränkung der Freizügigkeit der zu entsendenden Arbeitnehmer möglich, da sich wegen der höheren Lohn- und Gehaltskosten *de facto* die Chancen der Arbeitnehmer verringern, eingestellt und im EG-Ausland eingesetzt zu werden¹⁹⁰⁴. Allerdings handelt es sich hierbei nur um einen vorübergehenden Ortswechsel der Arbeitnehmern. Die entsandten

1892 *EuGH*, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, I-5751, Rndr. 60

1893 *EuGH*, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, I-5751, Rndr. 59.

1894 *EuGH*, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, I-5751, Rndr. 60.

1895 *EuGH*, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, I-5751, Rndr. 57.

1896 *EuGH*, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, I-5751, Rndr. 55 f.

1897 Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland über Sozialpolitik, ABl. 1992, C 191, S. 91 ff.

1898 *EuGH*, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, I-5751, Rndr. 54; Rs. 219/97 (*Bokken*), Slg. 1999, I-6121, Rndr. 41.

1899 *Seifert*, ZfA 2001, 1 (24).

1900 *EuGH*, Rs. C-219/97 (*Bokken*), Slg. 1999, I-6121, Rndr. 44, 47.

1901 *Supra*: S. 101 ff.

1902 Vgl. *Seifert*, ZfA 2001, 1 (25 f.).

1903 *Fante*, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 125; *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 340.

1904 *Konzen*, NZA 2002, 781 (781).