

Tarifpluralität und Tariftreueklausel im Vergaberecht

Gutachtliche Stellungnahme
von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

A. Die Fragestellung

Die Diskussion um ein Tariftreuegesetz ging ursprünglich stillschweigend von dem „Normalfall“ aus, dass für einen Betrieb oder ein Unternehmen immer nur ein Tarifvertrag in Betracht kam. Im Bausektor entspricht dies im Wesentlichen auch der Realität, doch liegen im ÖPNV die Dinge etwas anders. Während die mit den öffentlichen Arbeitgebern abgeschlossenen Tarifverträge in weitem Umfang soziale Sicherheit garantieren, ist dies bei den mit privaten Verkehrsunternehmen abgeschlossenen Tarifen nicht in gleicher Weise der Fall. Von daher kann „Tariftreue“ wirtschaftlich sehr Unterschiedliches bedeuten.

Der von der (damaligen) Gewerkschaft ÖTV erarbeitete Gesetzesentwurf stellt - der ursprünglichen Konzentration auf den Bausektor entsprechend - ausschließlich auf die „am Ort der Ausführung des Auftrages geltenden einschlägigen Tarifverträge“ ab. Dem entspricht die Formulierung in der Bundesratsinitiative des Landes Nordrhein-Westfalen vom 26.04.2001.

BR-Drucksache 322/01

In der Begründung wird allerdings ausgeführt, bei einer Mehrheit von Tarifverträgen seien die Auftraggeber lediglich verpflichtet, einen dieser Tarifverträge verbindlich vorzuschreiben.

Der im Bundestag eingebrachte Gesetzentwurf der SPD-Fraktion und der Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN nimmt demgegenüber einen differenzierteren Standpunkt ein. Sein § 3 Abs. 2 bestimmt (BT-Drucksache 14/7796):

„Sind am Ort der Leistungsausführung mehrere Tarifverträge für dieselbe Leistung einschlägig, bestimmt der öffentli-

che Auftraggeber den anzuwendenden Tarifvertrag unter Abwägung aller Umstände nach billigem Ermessen."

Wie diese Formel auszulegen wäre, ist schon bei früherer Gelegenheit ausgeführt worden.

S. Däubler, Der maßgebende Tarifvertrag bei einer Ausschreibung durch die BSAG v. 14.03.2002

Der auf der Grundlage des Berichts des Wirtschaftsausschusses (BT-Drucksache 14/8265) vom Bundestagsplenium beschlossene Text enthält eine weitere Spezifizierung. § 3 Abs. 3 bestimmt insoweit:

„Sind am Ort der Leistungsausführung mehrere Tarifverträge für dieselbe Leistung einschlägig, hat der öffentliche Auftraggeber den Tarifvertrag zugrunde zu legen, der für die meisten Arbeitnehmer Anwendung findet (repräsentativer Tarifvertrag).“

Nachdem das Gesetz an der Bundesratsmehrheit gescheitert war, gewann der Erlass von Landesvergabegesetzen erneut an Bedeutung. Die SPD-Fraktion im niedersächsischen Landtag hatte bereits am 15. November 2001 einen Gesetzentwurf eingebracht, der lediglich Leistungen „mindestens nach den am Ort der Ausführung für Tarifvertragsparteien geltenden Entgelttarifen“ verlangte.

LT-Drucksache 14/2893

In der Folgezeit wurde dem Problem der Tarifpluralität größere Aufmerksamkeit zuteil. § 3 Abs. 2 des Entwurfs bestimmt nunmehr:

„Gelten am Ort der Leistung mehrere Tarifverträge für dieselbe Leistung, hat der öffentliche Auftraggeber einen re-

präsentativen Tarifvertrag zugrunde zu legen, der mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbart wurde."

In dem zur Begründung des Änderungsantrags vorgelegten Papier wird ausgeführt, man wolle mit Rücksicht auf die Tarifautonomie kein bestimmtes Tarifniveau vorschreiben. Auf der anderen Seite könne man nicht zulassen, dass durch den Abschluss von „Scheintarifverträgen“ mit „Pseudogewerkschaften“ Verhältnisse geschaffen werden, die die Ziele des Gesetzes von vorneherein unterlaufen würden. Man stelle deshalb auf einen „repräsentativen“ Tarifvertrag ab, was voraussetze, dass der Tarifvertrag auf eine „angemessene“ Zahl von Arbeitnehmern Anwendung finde.

Aufgrund eines Änderungsantrags der SPD-Fraktion vom 28.08.2002 wurde § 3 Abs. 2 um einen Satz 2 ergänzt, der lautet:

„Die Landesregierung wird ermächtigt, durch Verordnung zu bestimmen, in welchem Verfahren festgestellt wird, welche Tarifverträge als repräsentativ im Sinne von Satz 1 anzusehen sind. Die Verordnung kann auch die Vorbereitung der Entscheidung durch einen Beirat vorsehen; sie regelt in diesem Falle auch die Zusammensetzung des Beirates.“

Zu prüfen ist, ob es rechtliche oder sonstige Bedenken gibt, die Formulierung der Bundestagsmehrheit in anderen Bundesländern zu übernehmen, wonach repräsentativ derjenige Tarifvertrag ist, der auf die meisten Arbeitnehmer Anwendung findet. Auch wäre daran zu denken, dass die niedersächsische Verwaltung einen entsprechenden Standpunkt einnimmt. Weiter bedarf es der Untersuchung, welche Rolle nachwirkende Tarifverträge im Rahmen der Tariftreueklausel spielen können.

B. Stellungnahme

I. Zum Begriff des Tarifvertrags

Allgemein konsentierter Ausgangspunkt für die Diskussion um die Tariftreueklausel ist, dass die Auftragnehmer „Tarifverträge“ zu beachten haben. Nach § 2 Abs. 1 TVG können diese auf Arbeitnehmerseite nur von „Gewerkschaften“ vereinbart werden. Erfüllt eine Organisation nicht die Voraussetzungen des Gewerkschaftsbegriffs, kann sie auch keinen Tarifvertrag abschließen. Gleichwohl getroffene Abmachungen entfalten daher keine normative Wirkung. Sie sind höchstens als normale zivilrechtliche Verträge aufrecht zu erhalten.

So Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, München 1997, S. 526

Der Gewerkschaftsbegriff ist nicht gesetzlich definiert, sondern von Rechtsprechung und Literatur im Einzelnen bestimmt worden. Maßgebend ist insbesondere die Bildung auf freiwilliger Grundlage, die Unabhängigkeit vom Staat, von politischen Parteien und vom sozialen Gegenspieler sowie die sog. Mächtigkeit. Diese bedeutet, dass die Organisation aufgrund eigener Möglichkeiten auf die Gegenseite Druck ausüben kann, um sie so zu Verhandlungen zu veranlassen. Nur wer von der Arbeitgeberseite „ernst genommen“ wird (was sich in der Durchführung echter Verhandlungen zeigt), kann als Gewerkschaft angesehen werden.

So ausdrücklich BAG AP Nr. 36 zu § 2 TVG

Kleine Organisationen ohne diese „Mächtigkeit“ sind daher keine Gewerkschaften und deshalb nicht tariffähig. Der niedersächsische Entwurf bringt insoweit (überflüssigerweise) eine Selbstverständlichkeit zum Ausdruck, als er in § 3 Abs. 2 von

einer „tariffähigen Gewerkschaft“ spricht: Jede Gewerkschaft ist automatisch tariffähig, andernfalls ist sie eine sonstige Organisation, die sich nur der allgemeinen Mittel des Zivilrechts bedienen kann.

II. Was bedeutet „repräsentativ“?

Da auf Arbeitnehmerseite immer eine Gewerkschaft in dem beschriebenen Sinne stehen muss, bleibt offen, nach welchen Kriterien sich die Repräsentativität eines Tarifvertrags bestimmt.

Die gewählte Begrifflichkeit ist dem französischen, spanischen und italienischen Arbeitsrecht geläufig, hat jedoch in Deutschland praktisch keine Tradition. Eine gewisse Ähnlichkeit weist die Bestimmung des § 12 TVG auf, wonach es auf die „wesentliche Bedeutung“ einer Spitzenorganisation bzw. einer Mitgliederorganisation ankommt. Die Frage wurde in der Vergangenheit für die DAG bejaht, hat nach der Schaffung von ver.di jedoch keinerlei praktische Bedeutung mehr. Den Gerichten würde unter solchen Umständen ein sehr großer Beurteilungsspielraum zukommen. Im Bereich des Vergaberechts kann dies erhebliche praktische Bedeutung gewinnen, da nicht zum Zuge gekommene Bewerber häufig geneigt sind, ihre realen oder vermeintlichen Ansprüche auf dem Gerichtswege zu verfolgen. Angesichts der unbestimmten Formel des „repräsentativen Tarifvertrags“ werden sie geradezu in Versuchung gebracht, vor Gericht geltend zu machen, der Auftraggeber habe einen nicht repräsentativen Tarifvertrag ausgewählt oder aber keine ausreichenden Kriterien benannt, nach denen er sich zwischen verschiedenen repräsentativen Tarifverträgen entschieden habe. Dies kann zu einer erheblichen Verzögerung der Verfahren, im Extremfall auch zu Schadensersatzansprüchen aus Amtshaftung führen.

Die vom Bundestagsplenum gewählte Formulierung vermeidet demgegenüber solche Unsicherheiten. Ob ein Tarifvertrag innerhalb seines Geltungsbereichs mehr (oder weniger) Arbeitnehmer als ein anderer dort ebenfalls einschlägiger Tarifvertrag erfasst, lässt sich ohne größere Schwierigkeiten beurteilen. Fraglich kann deshalb nur sein, ob die Übernahme dieser Formulierung irgendwelchen rechtlichen Bedenken begegnet. Dies ist nicht der Fall.

Außerhalb des Vergaberechts kann gleichfalls die Frage auftauchen, welcher von zwei (oder mehreren) Tarifverträgen im konkreten Fall heranzuziehen ist. Rechtsprechung und Literatur behandeln dieses Problem unter dem Stichwort der Tarifkonkurrenz, die etwa dann eintritt, wenn der Arbeitgeber an zwei verschiedene Tarife gebunden ist, die gleichermaßen betriebliche Normen enthalten: Da sie nach § 3 Abs. 2 TVG alle betriebsangehörigen Arbeitnehmer binden, muss entschieden werden, welcher der beiden in Betracht kommenden Verträge anwendbar ist.

Nach allgemeiner Auffassung kommt in erster Linie der Grundsatz der Spezialität zur Anwendung; es gilt der speziellere, nicht der allgemeinere Tarifvertrag.

BAG AP Nr. 11 und 16 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 1993, Rn. 1490; Kempen-Zachert, TVG, Kommentar für die Praxis, 3. Aufl., Köln 1997, § 4 Rn. 129; Wank, in: Wiedemann (Hrsg.), Kommentar zum TVG, 6. Aufl., München 1999, § 1 Rn. 289

Dies hat u. a. zur Folge, dass ein Firmentarif grundsätzlich einem Verbandstarif vorgeht.

Lässt sich auf diesem Wege keine Lösung finden, weil beispielsweise zwei Firmentarife gleichermaßen betriebliche oder

betriebsverfassungsrechtliche Normen enthalten, so stellt die herrschende Meinung auf das Mehrheitsprinzip ab: Es soll derjenige Tarifvertrag gelten, der von der Gewerkschaft mit der größeren Mitgliederzahl im Betrieb abgeschlossen wurde.

Ebenso Kempen-Zachert, a. a. O., § 4 Rn. 136; Löwisch-Rieble, Kommentar zum TVG, München 1992, § 4 Rn. 303; Trümner, in: Däubler/Kittner/Klebe (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, 8. Aufl., Frankfurt/Main 2002, § 3 Rn. 157 m. w. N.; Wiedemann-Wank, a. a. O., § 1 Rn. 295

Die Minderheitsgewerkschaft bleibt auf die Möglichkeit verwiesen, durch Hinzugewinnung von Mitgliedern ihrerseits eine Mehrheitsposition zu erlangen.

Auch der Gesetzgeber geht davon aus, dass das Anknüpfen am Mehrheitsprinzip im Interesse geordneter Arbeitsbeziehungen sinnvoll und vernünftig ist. § 5 Abs. 1 TVG macht die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags davon abhängig, dass die tarifgebundenen Arbeitgeber nicht weniger als 50 % der unter dem Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigen. Diese allgemein akzeptierte Voraussetzung hat zugleich zur Folge, dass ein Tarifvertrag, der nur 10, 20 oder 40 % der Arbeitnehmer erfasst, nicht für allgemeinverbindlich erklärt werden kann. Dies ist bisher immer als Selbstverständlichkeit hingenommen worden. Auch das Bundesverfassungsgericht hat in seinen Entscheidungen zur Allgemeinverbindlicherklärung insoweit keine Bedenken gesehen.

BVerfGE 44, 322 ff.; 55, 7 ff.

An diesem Beispiel kann sich auch der Landesgesetzgeber orientieren und allein den Tarifvertrag mit der höheren mitgliederschaftlichen Legitimation für maßgebend erklären. Er würde sich damit keinen verfassungsrechtlichen Einwänden aussetzen

und überdies für die nötige Rechtssicherheit sorgen. Ein solches Vorgehen liegt umso näher als die Tariftreueklausel in Vergabeverträgen eine gewisse Ähnlichkeit mit der Allgemeinverbindlicherklärung aufweist: Soweit öffentliche Aufträge in Anspruch genommen werden, ist das Tarifniveau für alle Unternehmen verbindlich.

III. Die Rechtslage in Niedersachsen

Vom Wortlaut her ist die niedersächsische Regelung insoweit weniger eindeutig, als von „einem“ repräsentativen Tarifvertrag die Rede ist, was an sich die Möglichkeit impliziert, dass es mehrere solcher Verträge geben kann. Auf der anderen Seite lässt es die Verordnungsermächtigung offen, ein Verfahren festzulegen, in dem die Tarifpartei mit der größten Zahl der Mitglieder im Tarifgebiet festgestellt wird. In der Vergabepraxis würde man jedenfalls auf der sicheren Seite sein, wenn man denjenigen Tarifvertrag zugrunde legen würde, der die stärkste mitgliedschaftliche Legitimation besitzt.

IV. Nachwirkender Tarifvertrag

Besteht in dem fraglichen Bereich nur ein nachwirkender Tarifvertrag, so läuft die Tariftreueklausel notwendigerweise zunächst leer. Wollte man einen Auftragnehmer an einen nachwirkenden Tarifvertrag binden, hätte dies zwei mögliche Konsequenzen, die beide gleichermaßen sachwidrig sind. Zum einen könnte die Bindung besagen, dass der Tarifvertrag lediglich wie ein nachwirkender zu behandeln ist: Nach § 4 Abs. 5 TVG stünde es dann dem Auftragnehmer frei, in abzuschließenden Arbeitsverträgen schlechtere als die tariflichen Bedingungen zu vereinbaren. Wollte man stattdessen die Bindung als eine

zwingende ausgestalten, wäre der Auftragnehmer seinen Wettbewerbern gegenüber benachteiligt, da diese jederzeit in der Lage sind, durch Änderungsverträge mit ihren Beschäftigten, insbesondere aber bei Neueinstellungen das bisherige Tarifniveau zu unterschreiten. Von daher kommt in einer solchen Situation nur eine Tariftreueklausel des Inhalts in Betracht, dass der Auftragnehmer in der Zukunft den wieder in Kraft gesetzten oder neu abgeschlossenen verbindlichen Tarifvertrag zu beachten hat.

Existieren mehrere Tarifverträge und kommen sie nach der anwendbaren gesetzlichen Regelung gleichermaßen als Bezugsgröße für die Tariftreueklausel in Betracht, so kann der Fall eintreten, dass ein zwingender und ein nachwirkender Tarifvertrag zur Auswahl stehen. In diesem Fall kann sich der Auftraggeber ausschließlich für den zwingenden Tarif entscheiden; nur mit seiner Hilfe kann die gesetzliche Regelung sofort Wirksamkeit erlangen. Dem entspricht es, dass nach den Regeln der Tarifkonkurrenz der nachwirkende gegenüber einem voll weitergeltenden Tarifvertrag zurücktritt.

BAG AP Nr. 2 zu § 3 TVG; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 1496

Stellt die gesetzliche Regelung allein auf den „Mehrheitstarif“ ab und befindet sich dieser nur noch im Zustande der Nachwirkung, so kommt nur eine Bindung für die Zukunft in Betracht.

V. Ergebnis

Die vom Bundestag gewählte Formulierung zum repräsentativen Tarifvertrag erweckt weder verfassungsrechtliche noch praktische Bedenken. Anders als die übrigen diskutierten Möglichkei-

ten schafft sie umfassende Rechtssicherheit. Nachwirkende Tarifverträge können als solche nicht Gegenstand einer Tariftreueklausel sein.