

**Tariftreuepflicht bei Vorhandensein mehrerer
einschlägiger Tarifverträge**

Gutachtliche Stellungnahme
von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Die Problematik

§ 3 Abs. 1 des geplanten Tariftreuegesetzes sieht vor, dass öffentliche Bauaufträge nur vergeben und Verkehrsleistungen nur übertragen werden dürfen, wenn sich der Auftragnehmer schriftlich verpflichtet, seinen Arbeitnehmern „bei Ausführung der Leistung mindestens die am Ort der Leistungsausführung einschlägigen Lohn- und Gehaltstarife zu zahlen und dies auch von (seinen) Nachunternehmern zu verlangen.“ Anders als in den Vorentwürfen wird nunmehr auch dem Fall Rechnung getragen, dass für einen bestimmten Tätigkeitsbereich mehrere Tarifverträge existieren. Der geplante § 3 Abs. 2 bestimmt insoweit:

„Sind am Ort der Leistungsausführung mehrere Tarifverträge für dieselbe Leistung einschlägig, bestimmt der öffentliche Auftraggeber den anzuwendenden Tarifvertrag unter Abwägung aller Umstände nach billigem Ermessen.“

Im Zusammenhang mit dieser Regelung stellen sich drei verschiedene Fragen:

- Einmal bedarf es der näheren Bestimmung, was unter „einschlägigem Tarifvertrag am Ort der Leistungsausführung“ zu verstehen ist.

- Der näheren Erläuterung bedürftig sind weiter die in § 3 Abs. 2 genannten Entscheidungskriterien: Was bedeutet „unter Abwägung aller Umstände nach billigem Ermessen“?
- Schließlich stellt sich das Problem, ob sich die „Weitergabe“ der Tarifbindung an Subunternehmer automatisch auf den Tarifvertrag bezieht, an den der Auftragnehmer gebunden ist, oder ob insoweit wiederum Spielräume bestehen, die nach Maßgabe des § 3 Abs. 2 auszuschöpfen sind.

II. Der „einschlägige“ Tarifvertrag am Ort der Leistungsausführung

Nach üblichem juristischen Sprachgebrauch ist „einschlägig“ eine Rechtsnorm, die einen konkreten Sachverhalt erfasst. Im Bereich des Tarifvertragsrechts bedeutet dies, dass der fachliche Geltungsbereich die in Frage stehenden Bau- bzw. Verkehrsleistungen erfassen muss. Im tarifrechtlichen Schrifttum wird insoweit zum Teil auch von „branchenmäßigem Geltungsbereich“ gesprochen.

Zur Terminologie s. Wiedemann-Wank, TVG, 6. Aufl., München 1999, § 4 Rn. 136 f.

Ein Tarifvertrag muss sich also z. B. auch auf Verkehrsleistungen beziehen; ein Gaststätten- oder ein Metalltarif wäre nicht „einschlägig“.

Zum zweiten muss der Tarifvertrag „am Ort der Leistungsausführung“ potenziell gelten, also beispielsweise für Niedersachsen und Bremen anwendbar sein. Der Rückgriff auf bayerische oder hessische Tarifverträge wäre nicht möglich. Das tarifliche Schrifttum spricht insoweit von „räumlichen Geltungsbereich“.

Dazu Kempen-Zachert, TVG, Kommentar für die Praxis, 3. Aufl., Köln 1997, § 4 Rn. 17 ff. m. w. N.

Eine Tarifpluralität kann sich im Verkehrssektor unter diesen Umständen auf verschiedene Weise ergeben:

Zur Auswahl kann einmal der für die öffentliche Hand wie der für das private Verkehrsgewerbe abgeschlossene Tarifvertrag stehen. Soweit ein Firmentarif existiert, ist auch er „einschlägig“ für alle Tätigkeiten, die er erfassen will. Diese können im Einzelnen aufgeführt sein, sich aber auch aus den Umständen ergeben. So ist denkbar, dass der gesamte Tätigkeitsbereich des Arbeitgeberunternehmens erfasst wird, auch wenn sich dieser durch Zukauf von Betrieben oder durch Rücknahme von Aufträgen an Subunternehmen in Zukunft vergrößern sollte.

Tarifpluralität kann insbesondere bei Verkehrsleistungen auch dadurch entstehen, dass diese in unterschiedlichen räumlichen Geltungsbereichen erbracht werden. Würden etwa für Bremen und das Umland unterschiedliche Tarifverträge gelten, ginge es je-

doch um die Vergabe einer Verkehrsleistung, die in beiden Bereichen erbracht wird, so bestünde gleichfalls ein Wahlrecht nach § 3 Abs. 2 des Entwurfs.

Je nach der gegebenen Konstellation kann der öffentliche Auftraggeber daher zwischen einer Mehrzahl von Tarifverträgen wählen.

III. Kriterien für die Auswahl des Tarifvertrags

1. Die Grundentscheidung

Nach § 3 Abs. 2 des Gesetzentwurfs hat der öffentliche Auftraggeber „unter Abwägung aller Umstände nach billigem Ermessen“ zu entscheiden. Die amtliche Begründung fügt dem lediglich die Formulierung hinzu, in der Regel werde dies im Hinblick auf das Prinzip der Wirtschaftlichkeit der aus der Sicht des Auftraggebers günstigste Tarifvertrag sein.

BT-Drucksache 14/7796

Diese Erläuterung ändert jedoch nichts an der Grundentscheidung, wie sie im vorgeschlagenen Gesetzestext zum Ausdruck kommt. Die Begründung kann diesen nicht im Sinne eines Gebots zur Wahl der niedrigsten Tarifbedingungen korrigieren und will dies auch nicht tun, das sie sich lediglich auf eine Prognose

beschränkt. Dabei dürfte es sich um eine Formulierung handeln, die politische Besorgnisse der für die Staatsfinanzen verantwortlichen Personen ausräumen sollte.

§ 3 Abs. 2 des geplanten Gesetzes geht im Falle seiner unveränderten Verabschiedung auch als jüngeres und überdies spezielleres Gesetz dem § 13 a Personenbeförderungsgesetz und der auf seiner Grundlage ergangenen Verordnung vom 15. Dezember 1995 (BGBl I S. 1705) vor. Die Eigenschaft als lex posterior ergibt sich von selbst, der speziellere Charakter folgt daraus, dass § 1 der Verordnung ganz generell von der Wahl der Alternative mit den geringsten Kosten und damit der niedrigsten Haushaltsbelastung spricht, zur Spezialfrage der durch die Auswahl eines Tarifvertrags entstehenden Aufwendungen jedoch keinerlei Aussage enthält.

2. Inhaltliche Ausfüllung der Kriterien nach § 3 Abs. 2 des Gesetzentwurfs

Von zentraler Bedeutung wird bei der Handhabung des § 3 Abs. 2 des Entwurfs die Kategorie „billiges Ermessen“ sein. Sie findet sich in gleicher Weise in § 315 Abs. 1 und 3 BGB, wo es um die Bestimmung und nähere Ausfüllung der Leistungspflicht eines Vertragspartners geht. Die Rechtsprechung verlangt dabei immer, dass die Interessen beider Parteien sowie das in vergleichbaren Fällen Übliche zu berücksichtigen sind.

BGHZ 41, 271; BAG ZIP 1994, 148; Palandt-Heinrichs, BGB, 61. Aufl., München 2001, § 315 Rn. 10

Im Arbeitsrecht hat dieser Begriff u. a. in § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG eine Konkretisierung erfahren, wonach die Einigungsstelle ihre Beschlüsse unter angemessener Berücksichtigung der Belange des Betriebs und der betroffenen Arbeitnehmer nach billigem Ermessen trifft. Ähnlich wird bei der Billigkeitskontrolle (freiwilliger) Betriebsvereinbarungen entschieden: Wird lediglich eine Seite belastet, ist die Regelung unbillig und wird deshalb als unwirksam behandelt.

Grundlegend BAG AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt; BAG AP Nr. 5 zu § 57 BetrVG (1952); als Beispiel BAG AP Nr. 26 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht, wonach eine Betriebsvereinbarung unwirksam ist, wenn sie ausschließlich einen Haftungsausschluss des Arbeitgebers für eingestellte Fahrzeuge der Arbeitnehmer beinhaltet.

Im Bereich der Verkehrsdienstleistungen ist damit auf die Interessen des öffentlichen Auftraggebers, aber auch auf die aller Interessenten einschließlich des bisherigen Leistungsbringers Rücksicht zu nehmen.

Bei der „Abwägung aller Umstände“, aus denen sich die Interessen der Beteiligten ergeben, wird auf die Besonderheiten des Verkehrssektors Rücksicht zu nehmen sein. Bei diesem geht es

anders als bei den bisher immer im Vordergrund stehenden Bauleistungen nicht darum, dass „etwas Neues“ in die Wege geleitet wird, um dessen Realisierung sich die Beteiligten bemühen können. Vielmehr handelt es sich in aller Regel um Leistungen, die bereits von einem Auftragnehmer erbracht werden. Dieser ist typischerweise an einen Tarifvertrag gebunden. Damit stellt sich für ihn das Problem des Tarifwechsels, wenn der öffentliche Auftraggeber einen anderen als den bisher praktizierten Tarifvertrag auswählt. Einem solchen Tarifwechsel stehen in der Regel kurz- und mittelfristig nicht überwindbare Hindernisse entgegen.

Erfolgt die Ausschreibung für einen Zeitpunkt („ab 01.07.2002“), in dem der fragliche Tarifvertrag noch läuft und auch nicht gekündigt werden kann, so ist dem bisherigen Auftragnehmer eine Bewerbung um seinen bisherigen Tätigkeitsbereich gar nicht möglich. Auch ein Austritt aus dem Arbeitgeberverband würde nach § 3 Abs. 3 TVG die Tarifbindung unberührt lassen.

Selbst wenn bis zum Zeitpunkt der Neuvergabe des Auftrags eine Kündigung des Tarifvertrags möglich ist, wird ein Gebot zu den Bedingungen eines „billigeren“ Tarifvertrags schwerlich möglich sein. Die Bestimmungen des gekündigten Tarifvertrags wirken nach § 4 Abs. 5 TVG nach. Dies bedeutet, dass sie zwar weiter das einzelne Arbeitsverhältnis gestalten, dass sie je-

doch auch im Verhältnis zu den Organisierten ihre zwingende Wirkung verlieren. Dies bedeutet, dass eine Abänderung (und damit auch eine Verschlechterung) im Wege des Vertrages mit den einzelnen Beschäftigten möglich ist. Widersetzen sich diese (was die Arbeitgeberseite nicht verhindern kann), so ist lediglich eine Änderungskündigung in Erwägung zu ziehen. Diese wird im Bereich der Reduzierung von Leistungen von der Rechtsprechung an relativ enge Voraussetzungen geknüpft; notwendig ist grundsätzlich, dass ohne die erzwungene Absenkung der Vergütung Arbeitsplätze in Gefahr geraten.

BAG NZA 1999, 255; BAG DB 1999, 536. Zusammenfassende Darstellung bei Zwanziger, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, Kommentar, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2001, § 2 KSchG Rn. 168 a

Danach könnte man ggf. eine Änderungskündigung mit der Erwägung rechtfertigen, der Verlust des Auftrags führe zum Wegfall der Arbeitsplätze und sei deshalb sozial gerechtfertigt. Abgesehen von den betrieblichen Erschütterungen und den schweren Belastungen des Betriebsklimas, die ein solches Vorgehen verursachen würde, scheidet es auch rechtlich als zumutbare Alternative aus.

Zum einen ist nicht ausreichend geklärt, ob eine Änderungskündigung auch zu dem Zweck möglich ist, lediglich die Chance zur Erhaltung der Arbeitsplätze zu erhöhen: Auch wenn das niedri-

gere Tarifniveau erreicht wäre, besteht ja angesichts anderer Bewerber keinerlei Sicherheit, auch weiterhin den Zuschlag zu erhalten.

Zum zweiten gibt es in praktisch allen Betrieben Arbeitnehmer mit einem Sonderkündigungsschutz nach SGB IX, nach dem MuSchG und nach § 15 KSchG in Verbindung mit § 103 BetrVG, der eine Änderungskündigung entweder ausschließt oder von sehr schwer zu erfüllenden Voraussetzungen abhängig macht.

Zum dritten müssen auch bei Änderungskündigungen die Fristen des § 622 BGB sowie die ggf. vorhandenen längeren tariflichen Kündigungsfristen eingehalten werden. Dies würde häufig zu einer faktischen Weiterpraktizierung des bisherigen Tarifvertrags für eine mehr oder weniger lange Übergangszeit führen, was wirtschaftlich ein Nachteil im Verhältnis zu anderen Bewerbern wäre.

Schließlich gibt es Arbeitnehmer, die kraft Tarifvertrags unkündbar sind. Ob eine außerordentliche Änderungskündigung in einem derartigen Fall zulässig ist, kann nicht mit Sicherheit prognostiziert werden.

Überblick über die bisherige Rechtsprechung zur Kündigung der „Unkündbaren“ s. Däubler, in Kittner/Däubler/Zwanziger, § 626 BGB Rn. 161 ff.

Der Arbeitgeberseite ist es jedoch nicht zuzumuten, sich auf das ungewisse Abenteuer einer Vielzahl von Kündigungsschutzprozessen mit ungewissem Ausgang einzulassen.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass dem bisherigen Erbringer der Verkehrsdienstleistungen die Hände gebunden sind. Damit stellt sich das Problem, ob sich der öffentliche Auftraggeber darüber hinwegsetzen und den faktischen Ausschluss des bisherigen Dienstleisters in Kauf nehmen darf.

Ohne dass das Gesetz insoweit absolut zwingende Rückschlüsse ermöglicht, wird man ein solches Vorgehen nicht als „billigem Ermessen entsprechend“ qualifizieren können, da die Interessen eines Beteiligten hier zugunsten anderer Interessen völlig zurückgesetzt werden. Hinzu kommt, dass der Auftraggeber in seiner Eigenschaft als öffentlicher Arbeitgeber unmittelbar oder mittelbar am Abschluss jener Tarifverträge beteiligt war, die nunmehr ein entscheidendes Hindernis für die Abgabe eines Gebots darstellen. Es würde aber gegen Treu und Glauben verstoßen, zumindest „unbillig“ sein, wollte der Arbeitgeber gerade diejenigen Interessenten von einem Ausschreibungsverfahren fernhalten, die zuvor mit ihm bzw. mit von ihm beeinflussten Stellen einen Tarifvertrag abgeschlossen haben. Selbst ein Angebot, eine vorzeitige Kündigung des Tarifvertrags zuzulassen, könnte daran nichts ändern, da die Nachwirkung mit ihren beschriebenen Konsequenzen gleichwohl bestehen würde.

In aller Regel wird es daher billigem Ermessen nicht entsprechen, bei bestimmten Verkehrsleistungen einen für die Arbeitnehmer deutlich schlechteren als den bisher praktizierten Tarifvertrag zu wählen. Insoweit hat der öffentliche Auftraggeber keinen Spielraum. Dieser kommt nur bei in etwa gleichwertigen Tarifverträgen sowie dann in Betracht, wenn der bisherige Leistungserbringer überhaupt keine Tarifverträge praktizierte oder - was in der Praxis schwerlich der Fall sein wird - ein für die Arbeitnehmerseite besserer Tarifvertrag zugrunde gelegt werden soll.

3. Prozessuale Geltendmachung

Wird ein tariftreues Unternehmen in der beschriebenen Weise faktisch daran gehindert, sich um einen Auftrag zu bewerben, oder wird es zu einem Tarifbruch veranlasst, so kann sich jedenfalls die dadurch betroffene Gewerkschaft wegen Verletzung der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG zur Wehr setzen. Wie das BAG im Zusammenhang mit der Aushöhlung von Tarifnormen durch konkurrierende betriebliche Ordnungen ausgeführt hat, ist die „von Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Regelungsbefugnis nicht erst dann beeinträchtigt, wenn eine Koalition daran gehindert wird, Tarifrecht zu schaffen. Eine Einschränkung oder Behinderung der Koalitionsfreiheit liegt vielmehr auch in Abreden oder Maßnahmen, die zwar nicht die Entstehung oder den rechtlichen Bestand eines Tarifvertrags betreffen, aber darauf

gerichtet sind, dessen Wirkung zu vereiteln oder leerlaufen zu lassen."

BAG DB 1999, 1556, 1558

Ein solches Leerlaufenlassen würde auch hier drohen, so dass ein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG vorliegt. Dieser Eingriff lässt sich nicht rechtfertigen und kann mit Hilfe eines Unterlassungsanspruchs abgewehrt werden.

BAG, a. a. O.

Vor dem Beginn des Ausschreibungsverfahrens kann dieser Anspruch vor den Arbeitsgerichten geltend gemacht werden: Die Sonderzuständigkeit der Vergabekammern nach §§ 107 ff. GWB ist in diesem Fall noch nicht eröffnet. Außerdem stellt die Vorbereitung wie die Durchführung eines Vergabeverfahrens nach deutschem Rechtsverständnis eine nicht-hoheitliche Betätigung dar, so dass auch keine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte gegeben ist.

Ist das Vergabeverfahren einmal eröffnet, können Rechtsverstöße den Vergabeprüfstellen vorgetragen werden. Anschließend kann ein Verfahren vor der Vergabekammer beantragt werden, in dem auch rechtswidrige Vergabebedingungen überprüft werden. Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist sofortige Beschwerde möglich, über die nach § 116 Abs. 3 GWB das Oberlan-

desgericht entscheidet. Die Anrufung der Vergabekammer führt nach § 115 Abs. 1 zur Aussetzung des Vergabeverfahrens, die sofortige Beschwerde hat nach § 118 Abs. 1 GWB aufschiebende Wirkung.

Nach § 13 der Vergabeverordnung sind alle Bieter, die nicht berücksichtigt werden, von den dafür maßgebenden Gründen zu informieren. Zwischen der schriftlichen Information und dem Vertragsabschluss mit demjenigen, der den Zuschlag erhalten hat, muss mindestens eine Frist von 14 Kalendertagen liegen, die den Nichtberücksichtigten die Möglichkeit zur Einleitung eines Verfahrens lässt.

Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge v. 9. Januar 2001, BGBl I S. 110

§ 104 Abs. 2 GWB bestimmt, dass die Zuständigkeit der Vergabekammern und des Beschwerdegerichts alle Fragen des Vergabeverfahrens betrifft und andere Rechtsschutzmöglichkeiten nur in den dort ausdrücklich genannten Fällen in Betracht kommen, die im vorliegenden Zusammenhang nicht einschlägig sind.

IV. Weitergabe der Tarifbindung

§ 3 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzentwurfs sieht vor, dass die Auftragnehmer auch von ihren Nachunternehmern die Beachtung der einschlägigen Tarifverträge verlangen müssen. Fraglich ist, ob

bei der Einschaltung von Subunternehmern die durch § 3 Abs. 2 eröffneten Spielräume bestehen oder ob insoweit lediglich eine Übertragung der eigenen Bindung möglich ist.

Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes bietet keinen Anhaltspunkt für die Lösung dieser Frage. Möglich ist jedoch ein Rückgriff auf den Zweck des § 3 Abs. 2: Dieser will dem öffentlichen Auftraggeber trotz der prinzipiellen Tariftreuepflicht einen gewissen Spielraum gewähren, um ihn so in die Lage zu versetzen, eine den konkreten Umständen möglichst gut entsprechende Lösung zu finden. Diese Möglichkeit zur Differenzierung legt es nahe, auch bei der Einschaltung von Subunternehmern Flexibilität walten zu lassen und den Auftragnehmer nicht auf ein starres Entweder-Oder zu begrenzen. So ist es denkbar, dass er schon in der Vergangenheit Subunternehmer eingesetzt hat, die einen anderen Tarifvertrag zugrunde gelegt haben. Dies kann beispielsweise damit zusammenhängen, dass bestimmte Dienstleistungen wegen geringerer Nachfrage nur mit niedrigeren Kosten zu erbringen sind. Eine solche differenzierende Gestaltung zu verbieten, kann nicht Sinn des § 3 sein, der prinzipiell jeden Tarifvertrag als ausreichende Absicherung der Arbeitnehmer betrachtet. Der Auftraggeber muss daher berechtigt sein, die Tarifbindung in der Weise auszugestalten, dass der Auftragnehmer seinerseits berechtigt ist, bei der Einschaltung von Subunternehmern eine Auswahlentscheidung zu

treffen und dabei nach den Kriterien des § 3 Abs. 2 vorzugehen.

V. Klarstellende Formulierung

Wünschenswert wäre, dass der Gesetzgeber die hier angesprochenen Fragen einer ausdrücklichen Regelung zuführt. Dies würde der Rechtssicherheit förderlich sein und Interpretationskontroversen von vorneherein ausschließen. Denkbar wäre folgende Formulierung:

(2) Sind am Ort der Leistungsausführung mehrere Tarifverträge für dieselbe Leistung einschlägig, bestimmt der öffentliche Auftraggeber den anzuwendenden Tarifvertrag unter Abwägung aller Umstände, **insbesondere der Tarifbindung des bisherigen Leistungserbringers**, nach billigem Ermessen.

(3) Der öffentliche Auftraggeber kann den Auftragnehmer ermächtigen, bei der Einschaltung von Nachunternehmern seinerseits nach den Kriterien des Abs. 2 zu verfahren.