

Was bedeutet „tarifliche Entlohnung“ bei der
Vergabe öffentlicher Aufträge?

Gutachtliche Stellungnahme
von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Die Problematik

Das Land Nordrhein-Westfalen hat im April 2001 den Entwurf eines „Gesetzes zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen“ im Bundesrat eingebracht.

BR-Drucksache 322/01

Vom Gegenstand her sind „öffentliche Bauaufträge“ sowie die „Vergabe von Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr“ erfasst. Die zentrale Bestimmung des § 1 des Entwurfs sieht vor, dass Aufträge nur an Unternehmen vergeben werden, „die sich bei Angebotsabgabe verpflichten, ihre Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Ausführung dieser Leistungen nach den für sie am Ort der Auftragsausführung einschlägigen Tarifverträgen zu entlohnen, tarifliche Sonderzahlungen zu erbringen und dies auch von ihren Nachunternehmern zu verlangen“.

Die Fraktionen der SPD und von Bündnis 90/Die Grünen haben im Bundestag einen Antrag zur Tariftreue im Vergaberecht eingebracht, der die Bundesregierung auffordert, einen Gesetzentwurf nach bestimmten Eckpunkten vorzulegen. Als erster Eckpunkt wird dabei genannt, dass „Bau- und Verkehrsdienstleistungen“ nur an solche Unternehmen vergeben werden dürfen, „die sich bei der Angebotsabgabe verpflichten, die am Ort der Leistungsausführung einschlägigen Lohn- und Gehaltstarife zu zahlen.“

BT-Drucksache 14/6982

Angesichts der überkommenen Tarifstruktur ergeben sich in der Bauwirtschaft in der Regel keine Probleme, was unter dem „einschlägigen Tarifvertrag“ zu verstehen ist. Die verbreitete Praxis der Allgemeinverbindlicherklärung des Rahmentarifs und

der Tarifverträge über Sozialkassen hat dazu geführt, dass es auch im Lohnsektor in der Regel nur einen in Betracht kommenden Tarifvertrag gibt. Erst recht ergeben sich keine Anwendungsprobleme im Rahmen des Arbeitnehmerentsendegesetzes, da sich die dort vorausgesetzte Allgemeinverbindlicherklärung immer nur auf einen einschlägigen Lohntarif bezieht.

Im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs sind die Verhältnisse jedoch anders. Neben den mit der öffentlichen Hand existierenden Tarifverträgen gibt es solche, die mit den Arbeitgebern des privaten Verkehrsgewerbes vereinbart wurden. Auch sind Fälle nicht selten, in denen einzelne Unternehmen Firmentarife abgeschlossen haben. Hinzu kommt, dass die Trennung von Rahmen- und Entgelttarifen keine ausnahmslos und konsequent praktizierte sein muss. Dies alles macht es erforderlich, der Frage nachzugehen, was in diesem Bereich unter „tariflicher Entlohnung“ und „einschlägigen Tarifverträgen“ zu verstehen ist. Dabei ergeben sich drei Unterfragen:

- Welche tariflich geregelten Gegenstände werden erfasst?
- Reicht es, dass Tarifverträge „ortsüblich“ sind, auch wenn das Unternehmen, das bisher die Verkehrsleistungen erbringt, infolge fehlender Verbandsmitgliedschaft nicht an sie gebunden ist?
- Wie ist zu verfahren, wenn am Ort der Auftragsausführung mehrere Tarifverträge gelten? Dabei kann durchaus der Fall eintreten, dass in einem bestimmten Gebiet gleichzeitig Tarifverträge der öffentlichen Hand, Tarifverträge des privaten Verkehrsgewerbes und Firmentarife bestehen.

II. Stellungnahme

1. Die erfassten Gegenstände

§ 1 Satz 1 des Gesetzentwurfs spricht davon, die Auftragnehmer hätten ihre Beschäftigten nach den ... Tarifverträgen „zu entlohnen“ und tarifliche Sonderzahlungen zu erbringen. Dies bedeutet zum einen negativ, dass alle tariflichen Regelungen, die nicht die Gegenleistung des Arbeitgebers betreffen, außerhalb des Anwendungsbereichs der Vorschrift bleiben. Praktische Bedeutung wird dies insbesondere für den Kündigungsschutz haben. Zwar lässt sich eine einmal erreichte Unkündbarkeit grundsätzlich nicht mehr entziehen,

grundlegend BAG AP Nr. 11 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip

doch können sich erhebliche Nachteile für diejenigen Beschäftigten ergeben, die die für die Unkündbarkeit erforderlichen Dienstjahre noch nicht (voll) erreicht haben.

Auf der anderen Seite dürften die Begriffe „Entlohnung“ und „tarifliche Sonderzahlungen“ wohl in dem Sinne zu verstehen sein, dass damit die gesamte Gegenleistung des Arbeitgebers erfasst ist. Dazu gehören beispielsweise auch vermögenswirksame Leistungen sowie Beiträge zu einer zusätzlichen Altersversorgung. Eine solche Auslegung, die vom Wortlaut her nicht zwingend vorgegeben, aber auch nicht ausgeschlossen ist, lässt sich damit rechtfertigen, dass es den Verfassern des Gesetzentwurfs darum geht, Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, die durch den zunehmenden Einsatz von Billiglohnkräften entstehen: An welchen Posten gespart wird, ob an der Grundvergütung, an der Altersversorgung oder an Leistungszulagen kann bei dieser Betrachtung keine Rolle spielen.

Im weiteren Gesetzgebungsverfahren sollte man allerdings berücksichtigen, dass wirkliche Wettbewerbsgleichheit erst dann hergestellt ist, wenn man die Auftragnehmer veranlasst, die gesamten Tarifverträge (und nicht nur deren entgeltbezogene Bestandteile) zu übernehmen. Nur eine solche Gleichheit in den zu beachtenden Arbeitsbedingungen kann überdies dafür sorgen, dass sich Bewerber in erster Linie um einen rationelleren, den Kundenbedürfnissen besser Rechnung tragenden Betriebsablauf kümmern. Anders als bei der schlichten Absenkung von Sozialstandards sind dabei die gesamtwirtschaftlichen Effekte positiv; allein auf diese Weise kann die Privatisierung und das hinter ihr stehende Wettbewerbsprinzip langfristig in der Bevölkerung Akzeptanz gewinnen.

2. „Übliche“ oder „verbindliche“ Tarifverträge?

Nach dem Text des vorgeschlagenen § 1 Satz 1 müssen die in Frage stehenden Tarifverträge „einschlägig“ sein. Die Gesetzesbegründung umschreibt dies dahingehend, dass sie am Ort der Leistung „rechtlich verbindlich“ sein müssen.

Vom Grundgedanken der Regelung her wird man diese Formulierung so auffassen müssen, dass bei der Auftragsvergabe die bisher bestehende Tarifbindung „weitergegeben“ werden muss. Der Gesetzentwurf will nur den durch die Auftragsvergabe drohenden Sozialkostenwettbewerb verhindern, nicht aber einen schon aus allgemeinen Gründen möglichen ausschließen. Wäre also der bisherige Leistungserbringer nicht tarifgebunden, würde auch die gesetzliche Verpflichtung nicht eingreifen. Ein bloßer Austritt aus dem Arbeitgeberverband würde allerdings nicht genügen, da dieser nach § 3 Abs. 3 TVG die Tarifbindung bestehen lässt. Sobald der Tarifvertrag aber gekündigt wäre oder auf

andere Weise sein Ende gefunden hätte, bestünde insoweit volle Freiheit.

Es ist nicht ersichtlich, ob diese Problematik bei den Diskussionen des Entwurfs Berücksichtigung fand. Will man mit der Wahrung tariflicher Standards Ernst machen, müsste man auch solche Fälle einbeziehen, in denen sich die bisherigen Leistungserbringer der Tarifbindung erfolgreich entzogen haben.

3. Wahlrecht der Bewerber zwischen verschiedenen Tarifverträgen?

Auch wenn auf Seiten des bisherigen Leistungserbringers Tarifbindung vorliegt, soll es nach der Begründung des Gesetzentwurfs geboten sein, den Interessenten lediglich *einen* der am Ort der Arbeitsleistung geltenden Tarifverträge vorzuschreiben, was darauf hinausläuft, dass sie sich selbstredend der für sie preiswertesten Lösung anschließen werden. Wörtlich heißt es in der Begründung:

„Gelten am Ort der Auftragsausführung mehrere Tarifverträge, ist der Auftraggeber aus § 1 nur verpflichtet, dem nicht an einen dieser Tarifverträge gebundenen Auftragnehmer hinsichtlich der Gewährung von Lohn und tariflichen Sonderzahlungen die Wahl eines (nicht eines bestimmten) Tarifvertrages vorzuschreiben. Diese Wahlmöglichkeit muss nach dem hier zu beachtenden Grundsatz der negativen Koalitionsfreiheit auch dem nicht tarifgebundenen Auftragnehmer eingeräumt werden.“

Legt man dies zugrunde, wird das gesetzgeberische Anliegen erheblich relativiert: Die Auftragsvergabe führt zwar nicht zur völligen Freigabe der Entgelthöhe und damit zu beliebiger sozialer Unterbietungskonkurrenz; in gewissem Umfang wird diese aber doch möglich gemacht, da sich der Bewerber auf den „bil-

ligsten" Tarifvertrag konzentrieren kann. Angesichts der erheblichen Unterschiede, die zwischen den Tarifverträgen im öffentlichen und denen im privaten Sektor bestehen (sie belaufen sich auf rund 30 %), wird das Anliegen der Gesetzesverfasser weitgehend verfehlt. Der Sache nach würde es sich lediglich um die Schaffung einer verbindlichen Untergrenze handeln, deren Unterschreitung möglicherweise aus Gründen der Arbeitsmotivation der Beschäftigten sowieso nicht in Betracht kommt.

Eine solche Lösung ist entgegen der gegebenen Begründung auch nicht durch die negative Koalitionsfreiheit geboten. Dies bedarf etwas eingehenderer Überlegungen.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG garantiert Art. 9 Abs. 3 GG nicht nur die positive, sondern auch die negative Koalitionsfreiheit.

Grundlegend BVerfGE 50, 290 ff.

Niemand darf also gezwungen werden, sich einer Koalition auf Arbeitnehmer- oder auf Arbeitgeberseite anzuschließen. Die negative Koalitionsfreiheit schützt jedoch nur vor einer solchen Zwangsinkorporation und einem mehr oder weniger massiven Druck zum Beitritt, nicht vor einer Unterstellung unter Tarifverträge. Im Zusammenhang mit der Allgemeinverbindlicherklärung hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt ausgeführt, die Einbeziehung der Nichtorganisierten in den Geltungsbereich des Tarifvertrags berühre die negative Koalitionsfreiheit nicht.

BVerfGE 44, 322, 352; BVerfGE 55, 7, 22

Dies wurde durch Beschluss der zweiten Kammer des Ersten Senats des BVerfG vom 18. Juli 2000 bestätigt, wonach die durch

Verordnung erfolgende Erstreckung von Tarifnormen auf Außen-seiter weder die positive noch die negative Koalitionsfreiheit der betroffenen Unternehmen verletzt.

BVerfG DB 2000, 1768: „Diese werden durch die angegriffene Regelung weder zwangsweise Mitglied der tarifvertrag-schließenden Verbände noch wird es ihnen damit unmöglich gemacht, sich anderweitig als Koalition im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG zusammenzuschließen.“

Nach den eindeutigen Aussagen des BVerfG schützt die negative Koalitionsfreiheit somit nicht vor einer Unterwerfung unter Tarifnormen. Dies muss erst recht dann gelten, wenn anders als bei der Allgemeinverbindlicherklärung Tarifverträge nicht formal auf Arbeitsverhältnisse zwischen Dritten erstreckt werden, sondern wenn es allein darum geht, dass die Auftragnehmer in den von ihnen abgeschlossenen Arbeitsverträgen (wirtschaftlich) das Tarifniveau wahren müssen. Damit ist nicht nur von der rechtlichen Wirkung her ein Minus gegeben; vielmehr besteht anders als bei der Einbeziehung in die Allgemeinverbindlicherklärung auch die Möglichkeit, bei andern als öffentlichen Aufträgen diejenigen Arbeitsbedingungen zu praktizieren, die im Einzelfall für angemessen erachtet werden.

Angesichts dieser Umstände besteht keine Notwendigkeit, den Bewerbern die Wahl zwischen verschiedenen im Gebiet der zu erbringenden Leistung geltenden Tarifverträgen zu lassen. Der Gesetzgeber ist frei, hier einen bestimmten Tarifvertrag vorzuschreiben.

Angesichts der Ausführungen unter 2 liegt es nahe, wenigstens zu verlangen, dass der vom bisherigen Leistungserbringer bisher zugrunde gelegte Tarifvertrag weiterhin als Maßstab genommen wird. Will man - wie hier vorgeschlagen - auch einer „Tarifflucht“ vorbeugen, bietet es sich an, als Minimum auf diejenigen Tarifverträge abzustellen, von denen die relativ

größte Zahl der im Bereich der Leistungserbringung tätigen Arbeitnehmer des Personennahverkehrs erfasst werden.

4. Formulierungsvorschlag:

§ 1

„Öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB werden verpflichtet, öffentliche Bauaufträge nur an Unternehmen zu vergeben, die sich bei Angebotsabgabe verpflichten, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei Ausführung dieser Leistungen die bisherigen tariflichen Arbeitsbedingungen weiterzugewähren und dies auch von ihren Nachunternehmern zu verlangen. Ist der Auftraggeber nicht tarifgebunden, so sind jedenfalls diejenigen tariflichen Bedingungen zu gewähren, von denen die relativ größte Zahl von Arbeitnehmern am Ort der Auftragsausführung erfasst ist. Die Sätze 1 und 2 gelten auch für die Vergabe von Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr, wobei es auf die Tarifbindung des bisherigen Leistungserbringers ankommt ...“

Zur Begründung kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.