

# **Tariftreueklausel nach der Ruffert-Entscheidung des EuGH**

**Gutachtliche Stellungnahme**

**von**

**Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen**

# **Inhaltsverzeichnis**

<b>A. Ausgangssituation</b>	<b>3</b>
<b>B. Kritik</b>	<b>7</b>
<b>I. Die fehlende Auseinandersetzung mit dem Günstigkeitsprinzip des Art. 3 Abs.7 der Entsenderichtlinie</b>	<b>7</b>
<b>II. Die schematische Anwendung der Dienstleistungsfreiheit</b>	<b>8</b>
<b>1. Vorrang des Bereichs autonomer Gestaltung durch die Tarifparteien</b>	<b>9</b>
<b>2. Modalitäten der Dienstleistungserbringung</b>	<b>10</b>
<b>3. Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip</b>	<b>11</b>
<b>III. Vorrang der Dienstleistungsfreiheit gegenüber Grundrechten?</b>	<b>11</b>
<b>IV. Verstoß gegen allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts?</b>	<b>14</b>
<b>C. Reaktionsmöglichkeiten</b>	<b>17</b>
<b>I. Bindungswirkung des Urteils und Möglichkeiten einer positiven Schlussentscheidung des OLG Celle</b>	<b>17</b>
<b>II. Erneute Vorlage an den EuGH</b>	<b>18</b>
<b>III. Erweiterung der Allgemeinverbindlicherklärungen</b>	<b>20</b>

## A. Ausgangssituation

Das niedersächsische Vergabegesetz bestimmt in seinem § 3 Abs. 1:

„Das Gesetz wirkt Wettbewerbsverzerrungen entgegen, die auf dem Gebiet des Bauwesens und des öffentlichen Personennahverkehrs durch den Einsatz von Niedriglohnkräften entstehen, und mildert Belastungen für die sozialen Sicherungssysteme. Es bestimmt zu diesem Zweck, dass öffentliche Auftraggeber Aufträge über Baumaßnahmen und im öffentlichen Personennahverkehr nur an Unternehmen vergeben dürfen, die das in Tarifverträgen vereinbarte Arbeitsentgelt am Ort der Leistungserbringung zahlen.“

§ 4 des Gesetzes erstreckt diesen Grundsatz auf sog. Nachunternehmer.

Eine entsprechende Regelung findet sich in den §§ 4 und 5 des Vergabegesetzes für das Land Bremen vom 17.12.2002 (Brem. GBI S. 594).

Eine niedersächsische Baufirma erhielt nach öffentlicher Ausschreibung einen Auftrag für Rohbauarbeiten beim Bau der Justizvollzugsanstalt Göttingen-Rosdorf. Die Auftragssumme belief sich auf knapp 8,5 Millionen Euro. Der mit der zuständigen Stelle abgeschlossene Vertrag enthielt die Verpflichtung, den auf der Baustelle eingesetzten Arbeitnehmern mindestens das im Tarifvertrag für die Bauindustrie vorgesehene Entgelt zu bezahlen. Dieser liegt erheblich über dem Mindestlohn-Tarifvertrag, der in der Bauindustrie für allgemeinverbindlich erklärt und nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz auf Arbeitnehmer ausgedehnt wurde, die für ausländische Arbeitgeber in Deutschland tätig sind.

Die Baufirma setzte ein in Polen ansässiges Unternehmen als Nachunternehmer ein. Dabei wurden Löhne bezahlt, die lediglich 46,57 % des vorgesehenen Tariflohns ausmachten. Als wegen dieses Tatbestands Ermittlungen aufgenommen wurden, kündigten beide Seiten den Vertrag. Über das Vermögen der Baufirma wurde später das Insolvenzverfahren eröffnet.

Der Insolvenzverwalter machte wegen der bisher erbrachten Leistungen eine Werklohnforderung geltend. Das Land Niedersachsen rechnete u. a. mit einer Vertragsstrafe in Höhe von einem Prozent der Auftragssumme auf, die durch die Verletzung der Tariftreueklausel verwirkt war. Das Landgericht Hannover wies insoweit die Klage des Insolvenzverwalters ab.

Auf seine Berufung hin legte das OLG Celle dem Europäischen Gerichtshof die Frage vor, ob nicht die niedersächsische Tariftreueregelung im Widerspruch zur Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EG-Vertrag stehe. Insoweit würden Bedenken bestehen, da ausländische Unternehmen mit geringeren Lohnkosten den darin liegenden Wettbewerbsvorteil verlieren würden.

Im Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof trat das Land Niedersachsen dieser Auffassung entgegen. Dasselbe galt für die Bundesregierung. Die belgische, die dänische, die irische, die zyprische, die österreichische, die finnische und die norwegische Regierung schlossen sich dem Verfahren an und vertraten denselben Standpunkt. Lediglich die polnische und die französische Regierung sowie die EG-Kommission bejahten eine Unvereinbarkeit der niedersächsischen Regelung mit Art. 49 EG-Vertrag. Der Generalanwalt Bot vertrat gleichfalls die Auffassung, die niedersächsische Regelung lasse sich mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbaren.

Der Europäische Gerichtshof entschied mit Urteil vom 3. April 2008 (Rechtssache C-346/06) im gegenteiligen Sinne.

Prüfungsmaßstab war in erster Linie die sog. Entsenderichtlinie vom 16. Dezember 1996 (Richtlinie Nr. 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. L 18 vom 21.01.1997, S. 1 ff.).

Art. 3 Abs. 1 dieser Richtlinie sieht vor, dass die Mitgliedstaaten für Arbeitnehmer, die aus einem anderen Mitgliedstaat ins Inland entsandt werden, durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften oder durch für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge bestimmte Mindestbedingungen festlegen. Dazu gehören auch „Mindestlohnsätze

einschließlich der Überstundensätze“; eine entsprechende Regelung ist für den Bausektor obligatorisch, im Übrigen eine freiwillige Entscheidung der Mitgliedstaaten. Das niedersächsische Gesetz stelle keine inhaltliche Regelung dieser Art dar, sondern verweise lediglich auf Tarifverträge: Diese seien jedoch nicht für allgemeinverbindlich erklärt, so dass die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie nicht erfüllt seien.

Nach Art. 3 Abs. 7 Satz 1 der Richtlinie steht Abs. 1 „der Anwendung für die Arbeitnehmer günstigerer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht entgegen.“ Diese Vorschrift ist jedoch nach Auffassung des EuGH im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung, da er die in Bezug genommenen höheren Tariflöhne nicht erfasse. Wörtlich führt der Gerichtshof unter Nr. 32 – 34 der Gründe aus:

„(32) Dieser Lohnsatz kann auch nicht als für die Arbeitnehmer günstigere Beschäftigungs- und Arbeitsbedingung im Sinne von Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie 96/71 angesehen werden.

(33) Diese Bestimmung lässt sich insbesondere nicht dahin auslegen, dass sie einem Aufnahmemitgliedstaat erlaubt, die Erbringung einer Dienstleistung in seinem Hoheitsgebiet davon abhängig zu machen, dass Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen eingehalten werden, die über die zwingenden Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz hinausgehen. Für die in ihrem Art. 3 Abs. 1 genannten Aspekte sieht nämlich die Richtlinie 96/71 ausdrücklich den Grad an Schutz vor, den der Aufnahmemitgliedstaat in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen zugunsten der von diesen in sein Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmer abzuverlangen berechtigt ist. Zudem liefe eine derartige Auslegung darauf hinaus, der genannten Richtlinie ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen (Urteil Laval un Partneri, Randnr. 80).

(34) Folglich und vorbehalt dessen, dass die in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen aus freien Stücken im Aufnahmemitgliedstaat – insbesondere im Rahmen einer gegenüber ihrem eigenen entsandten Personal eingegangenen Verpflichtung – einem womöglich günstigeren

Tarifvertrag beitreten können, ist das Schutzniveau, das den entsandten Arbeitnehmern im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats garantiert wird, grundsätzlich auf das beschränkt, was Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 vorsieht, es sei denn, die genannten Arbeitnehmer genießen bereits nach den Gesetzen oder Tarifverträgen im Herkunftsmitgliedstaat hinsichtlich der Aspekte, die die genannte Vorschrift betrifft, günstigere Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen (Urteil Laval un Partneri, Randnr. 81). Das scheint im Ausgangsverfahren jedoch nicht der Fall zu sein.“

Im Folgenden wird ausgeführt, dass diese Auslegung im Lichte des Art. 49 EG-Vertrag bestätigt werde (Nr. 36). Rechtsvorschriften wie das Landesvergabegesetz könnten Leistungserbringern, die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen sind, in dem die Mindestlohnsätze niedriger seien, eine zusätzliche wirtschaftliche Belastung auferlegen. Dies sei geeignet, die Erbringung ihrer Dienstleistungen im Aufnahmemitgliedstaat zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. Eine solche Regelung lasse sich auch nicht durch das Ziel des Arbeitnehmerschutzes rechtfertigen. Der Lohntarif gelte nur für einen Teil der Bautätigkeit, nämlich nur bei öffentlichen, nicht bei privaten Aufträgen. Es sei nicht ersichtlich, dass Arbeitnehmer nur im Rahmen öffentlicher, nicht aber privater Aufträge des Schutzes bedürften. Deshalb könne diese Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit auch nicht „als durch den Zweck gerechtfertigt angesehen werden, den Schutz der autonomen Ordnung des Arbeitslebens durch Koalitionen zu gewährleisten.“

Schließlich sei nicht ersichtlich, dass die Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit mit dem Gedanken der finanziellen Stabilität der sozialen Versicherungssysteme gerechtfertigt werden könne. In diesem Gesichtspunkt läge zwar ein zwingender Grund des Allgemeininteresses, doch sei nicht erkennbar, dass gerade die Tariftreuerregelung zur Erreichung dieses Zweckes erforderlich sei.

Der Europäische Gerichtshof entschied daher, dass eine Regelung wie die niedersächsische nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sei.

## **B. Kritik**

### **I. Die fehlende Auseinandersetzung mit dem Günstigkeitsprinzip des Art. 3 Abs. 7 der Entsenderichtlinie**

Der EuGH legt die in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie genannten Bedingungen zugleich als Mindeststandard wie auch als Obergrenze aus. Wie aus der oben mitgeteilten Urteilspassage unter Nr. 34 deutlich wird, ist der Mitgliedstaat „grundsätzlich“ auf die Maßnahmen im Sinne des Art. 3 Abs. 1 beschränkt. Günstigere Regelungen für die Arbeitnehmer können sich nur dadurch ergeben, dass sich der Arbeitgeber aus freien Stücken einem Tarifvertrag im Aufnahmemitgliedstaat anschließt oder dass im Herkunftsmitgliedstaat günstigere Bedingungen gelten. Damit sind Wortlaut und Sinn des Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie verfehlt. Der Wortlaut spricht von „günstigeren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen“ und unterscheidet dabei nicht danach, wie weit diese durch den Aufnahmemitgliedstaat oder auf andere Weise geschaffen wurden. So heißt es in Nr. 12 der Erwägungsgründe zur Entsenderichtlinie ausdrücklich:

„Das Gemeinschaftsrecht hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, ihre Gesetze oder die von den Sozialpartnern abgeschlossenen Tarifverträge auf sämtliche Personen anzuwenden, die – auch nur vorübergehend – in ihrem Hoheitsgebiet beschäftigt werden, selbst wenn ihr Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist. Das Gemeinschaftsrecht verbietet es den Mitgliedstaaten nicht, die Einhaltung dieser Bestimmungen mit angemessenen Mitteln sicherzustellen.“

Mit Rücksicht darauf, dass im nationalen Arbeitsrecht grundsätzlich nur Mindeststandards festgeschrieben sind, spricht diese Formulierung für die Festlegung ausschließlich eines Mindestniveaus in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie, nicht aber für eine abschließende Umschreibung des den Mitgliedstaaten zur Verfügung

stehenden Spielraums. Dass sie über das Niveau der Richtlinie hinausgehen können, wird nicht zuletzt an deren Art. 3 Abs. 10 deutlich, wonach auch andere Regelungen als die in Art. 3 Abs. 1 angesprochenen auf die entsandten Arbeitskräfte erstreckt werden können und wonach auch für andere als Bauarbeiten die tariflichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für bindend erklärt werden können. Der Gerichtshof nennt für seine These keine einzige konkrete Erwägung; das Urteil enthält insoweit eine Behauptung, keine Begründung. Dies ist umso erstaunlicher, als der Generalanwalt gerade auf der Grundlage des Art. 3 Abs. 7 zu einem gegenteiligen Ergebnis gekommen war.

Der EuGH setzt sich mit seiner These auch in Widerspruch zu seiner früheren Rechtsprechung zum Vergaberecht. In den Fällen „Beentjes“ (EuGH Slg. 1988, 4635 = NVwZ 1990, 353) und „Nord/Pas-de-Calais“ (EuGH NJW 2000, 3629) hatte er den Standpunkt vertreten, es sei zulässig, die Einstellung von Langzeitarbeitslosen zur Voraussetzung für die Erteilung eines Auftrags zu machen.

Dazu im Einzelnen Benedict NJW 2001, 947

Dies kann im Einzelfall recht weitreichende Wirkungen haben, die erheblich über das hinausgehen, was Folge der Tariftreuerregelung nach dem niedersächsischen Vergabegesetz ist. Gleichwohl wurde mit keinem Wort erwähnt, dass damit die „Höchstgrenze“ des Art. 3 Abs.1 der Entsenderichtlinie überschritten wäre – obwohl diese jedenfalls im Zeitpunkt der zweiten Entscheidung bereits in Kraft getreten war.

Eine ganz andere Frage ist, inwieweit eine für Arbeitnehmer günstigere Regelung mit den Grundfreiheiten des EG-Vertrages vereinbar ist. Darum ging es dem Gerichtshof im ersten (größeren) Teil seiner Begründung überhaupt nicht; vielmehr legte er eine Auslegung der Entsenderichtlinie zugrunde, die deren eigenes System, aber auch die sonstige Rechtsprechung nicht ausreichend berücksichtigte.

## **II. Die schematische Anwendung der Dienstleistungsfreiheit**

Wenn man das Günstigkeitsprinzip des Art. 3 Abs. 7 der Entsenderichtlinie ihrem Sinn und Zweck entsprechend Ernst nimmt, kann sich das Problem stellen, ob die faktische Erstreckung des Tarifniveaus auf entsandte Arbeitskräfte mit der Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EG-Vertrag vereinbar ist. Dies setzt allerdings drei Vorentscheidungen voraus, die im Urteil allenfalls andeutungsweise erwähnt wurden.

### **1. Vorrang des Bereichs autonomer Gestaltung durch die Tarifparteien**

In der Entscheidung „Albany“ (vom 21.09.1999, C-67/96, Slg. 1999 I, 5751) ging es um die Frage, inwieweit Tarifverträge mit dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach Art. 85 EG-Vertrag a. F. (= Art. 81 ff. EG-Vertrag n. F.) vereinbar sind. Im konkreten Fall war durch Tarifvertrag eine zusätzliche Rentenversicherung geschaffen worden, die einem bestimmten Träger anvertraut wurde, was notwendigerweise zum Ausschluss aller anderen interessierten Versicherungen geführt hatte. Dies wurde damit gerechtfertigt, dass das Verbot wettbewerbsbeschränkender Abreden auf Tarifverträge grundsätzlich nicht anwendbar sei. Im Einzelnen hieß es unter Nr. 59 und 60 der Gründe:

„(59) Zwar sind mit Tarifverträgen zwischen Organisationen, die die Arbeitgeber und die Arbeitnehmer vertreten, zwangsläufig gewisse den Wettbewerb beschränkende Wirkungen verbunden. Die Erreichung der mit derartigen Verträgen angestrebten sozialpolitischen Ziele wäre jedoch ernsthaft gefährdet, wenn für die Sozialpartner bei der gemeinsamen Suche nach Maßnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen Art. 85 Abs. 1 Geltung hätte.

(60) Bei einer sachgerechten und zusammenhängenden Auslegung der Bestimmungen des Vertrages in ihrer Gesamtheit ergibt sich daher, dass die im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern im Hinblick auf diese Ziele geschlossenen Verträge aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht unter Art. 85 Abs. 1 des Vertrages fallen.“

In gleicher Weise könnte man Tarifverträge von vorneherein nicht nur aus dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Abreden, sondern auch aus den marktbezogenen Grundfreiheiten ausnehmen. Der EuGH hat dies nicht einmal andeutungsweise erwogen, sondern sich mit der Feststellung begnügt, den polnischen Anbietern würde der in den niedrigeren Lohnkosten liegende komparative Kostenvorteil genommen. Nicht erwähnt wurde weiter die grundsätzliche Frage, ob die Dienstleistungsfreiheit als solche überhaupt einen Sozialkostenwettbewerb zulässt. Immerhin wäre zu erwägen, dass den sozialpolitischen Vorgaben des EG-Vertrags nur dann Rechnung getragen ist, wenn die volle Autonomie der sozialen Gegenspieler erhalten bleibt und der Sozialkostenwettbewerb zumindest einschränkbar ist. Im Einzelnen wären Überlegungen dieser Art noch zu entwickeln.

## **2. Modalitäten der Dienstleistungserbringung**

Im Bereich der Warenverkehrsfreiheit vertritt der Europäische Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, „Verkaufsmodalitäten“ würden nicht unter den Schutzbereich des Art. 28 EG-Vertrag fallen.

Grundlegend EuGH JZ 1994, 358 – Keck

Dazu können beispielsweise auch verbraucherschützende Regeln über unlauteren Wettbewerb gehören, die über das von der Lauterkeitsrichtlinie der EG geforderte Maß hinausgehen.

EuGH JZ 2005, 191 – Karner, mit Anm. Schaller

Im konkreten Fall ging es darum, dass nach österreichischem Recht ein Hinweis darauf, eine Ware stamme aus einer Konkursmasse, nicht erlaubt war. Ein niederländischer Anbieter hatte gleichwohl mit diesem Argument geworben und war von einem österreichischen Gericht zur Unterlassung verurteilt worden. Obwohl dies faktisch den freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten beeinflusste und eine Erschwerung für den Anbieter darstellte, sah der EuGH darin keinen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht. Nur wenn das In-Verkehr-Bringen als solches beeinträchtigt

worden wäre, wäre nach seiner Auffassung anders zu entscheiden gewesen. Da Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit nach dem EG-Vertrag weitgehend parallel konstruiert sind, läge es nahe, auch die Dienstleistungsfreiheit insoweit zu beschränken, als es um die Art und Weise der Erbringung von Leistungen geht. Ob darunter auch die Erstreckung von Tarifverträgen auf alle Anbieter fallen würde, wäre im Einzelnen zu erörtern.

### **3. Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip**

Nach Art. 5 Abs.2 EG-Vertrag ist die Gemeinschaft darauf beschränkt, solche Ziele zu verfolgen, die „auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können.“ Dies gilt nur dann nicht, wenn eine ausschließliche Gemeinschaftskompetenz besteht, was im hier interessierenden Bereich ersichtlich nicht der Fall ist. Nach Art. 5 Abs.3 EG-Vertrag dürfen die Maßnahmen der Gemeinschaft nicht über das zur Erreichung der Vertragsziele erforderliche Maß hinausgehen.

Auch bei der Ausgestaltung der Grundfreiheiten darf die Gemeinschaft unter diesen Umständen nicht mehr determinieren als dies zu deren Realisierung erforderlich ist. Dies spricht einmal dafür, die Art und Weise der Erbringung von Dienstleistungen genau wie die „Verkaufsmodalitäten“ den Mitgliedstaaten zu überlassen. Insoweit ist die Keck-Rechtsprechung hierher zu übertragen. Weiter hat gerade das vorliegende Urteil die Entscheidungsfreiheit der Mitgliedstaaten in unangemessener und nicht erforderlicher Weise einschränkt: Nach Auffassung des EuGH bleibt ihnen nach der Entsenderichtlinie nur die Möglichkeit, entweder ihre Sozialstandards dem freien Wettbewerb von Niedriglohnanbietern auszusetzen oder aber ein System allgemeinverbindlicher Tarifverträge zu errichten, wie es beispielsweise in Spanien nach dem Arbeitnehmerstatut kraft Gesetzes vorhanden ist. Die in Deutschland gewählte Variante einer „sanften“ Allgemeinverbindlicherklärung, die nur einen Teil der geschäftlichen Tätigkeit der fraglichen Unternehmen erfasst, wird illegalisiert. Damit sind die Mitgliedstaaten in eine Alles-oder-nichts-Alternative hineingezwungen.

Ihre Spielräume werden beschränkt, ohne dass dafür eine Notwendigkeit ersichtlich wäre.

### III. Vorrang der Dienstleistungsfreiheit gegenüber Grundrechten?

Wie schon in den Entscheidungen Viking (EuGH 11.12.2007 – C-438/05, AuR 2008, 55) und Laval (18.12.2007 – C-341/05, AuR 2008, 59) vertritt der Gerichtshof den Standpunkt, Grundrechte könnten Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit (sowie andere Grundfreiheiten) rechtfertigen. Nach dem Vertragstext seien hierfür ganz allgemein „zwingende Gründe des öffentlichen Interesses“ vorausgesetzt, zu denen auch der Schutz von Arbeitnehmerinteressen zu rechnen sei. Allerdings entscheidet der Gerichtshof selbst, was als angemessene Schutzmaßnahme gelten kann. Dies wird gerade im vorliegenden Fall deutlich, wo die Beschränkung auf den öffentlichen Sektor als alleiniger Grund dafür angeführt wird, die vorgesehene Tariftreueklausel sei nicht durch den Schutzgedanken gefordert und deshalb eine nicht erforderliche Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit.

Kritisch zu diesem Ansatz insbes. Kocher, AuR 2008, 13 ff.

Grundrechte von Arbeitnehmern, aber auch von anderen Personen, verlieren auf diese Weise einen großen Teil ihrer bisherigen Bedeutung. Sie sind auf die Funktion eines Ausnahmetatbestands beschränkt, der nach Maßgabe des vom EuGH für richtig Gehaltenen zur Geltung kommt. In wortgleichen Ausführungen in den Entscheidungen Viking (Nr. 46) und Laval (Nr. 94) macht der EuGH diesen Ansatz nachhaltig deutlich und betont:

„Wie der Gerichtshof ... entschieden hat, liegt die Ausübung der dort betroffenen Grundrechte, nämlich der Meinungs- und Versammlungsfreiheit sowie der *Menschenwürde*, nicht außerhalb des Anwendungsbereichs der Bestimmungen des Vertrags. Sie muss *mit den Erfordernissen hinsichtlich der durch den Vertrag geschützten Rechte in Einklang gebracht* werden und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen (vgl. in diesem Sinne Urteile Schmidberger, Rn. 77, und Omega, Rn. 36).“ (Hervorhebung durch den Verf.)

Bemerkenswert an diesen Überlegungen ist, dass auch die Menschenwürde in den „verhältnismäßigen Abwägungsprozess“ einbezogen wird. Dies wirft aus deutscher Sicht die Frage auf, inwieweit der Grundrechtsschutz auf der Ebene der Gemeinschaft noch dem des Grundgesetzes vergleichbar ist. Ein Rechtssatz „Schutz der Menschenwürde nur, soweit es ein verhältnismäßiger Ausgleich mit den marktbezogenen Grundfreiheiten zulässt“ würde meines Erachtens das Bundesverfassungsgericht verpflichten, von seiner Aufgabe zur Wahrung von Grundrechten wieder Gebrauch zu machen. Dies ist in der sog. Solange II-Entscheidung formuliert

BVerfGE 73, 339 ff. = JZ 1987, 236 ff.

und in der sog. Maastricht-Entscheidung aufrechterhalten worden.

BVerfG JZ 1993, 1100 ff. = EuZW 1993, 667 ff.

Danach gilt:

„Solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, wird das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte oder Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen; entsprechende Vorlagen nach Art. 100 Abs.1 GG sind somit unzulässig.“ (Leitsatz 2 der Solange II – Entscheidung)

Dabei besteht eine kooperative Arbeitsteilung der Art, dass der EuGH den Grundrechtsschutz im Einzelfall übernimmt und das BVerfG von seinen Kompetenzen erst dann wieder Gebrauch macht, wenn der EG-Grundrechtsschutz „generell“ hinter dem deutschen Niveau zurückbleibt, insbesondere den Wesensgehalt der Grundrechte nicht mehr wahrt.

Dazu Götz JZ 1991, 1081, 1083 unter Bezugnahme auf Kirchhof  
EuR Beiheft 1/1991, 11, 24 ff.

Den Schutz der Menschenwürde in der angegebenen Weise zu relativieren, wie dies der EuGH in den Entscheidungen Viking und Laval getan hat, dürfte die generelle Gleichwertigkeit des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes in Frage stellen. Ein Ausweg aus dieser Kollisionslage könnte darin liegen, dass man die Notwendigkeit, Arbeitnehmerrechte einschließlich der Tarifautonomie nicht nur als „zwingende Erfordernisse“ betrachtet, die im Rahmen des Erforderlichen Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit ermöglichen. Stattdessen wäre – wie dies unter II mit anderen Überlegungen gerechtfertigt wurde - die Organisation des Arbeitsmarktes zu einem eigenständigen Bereich zu erklären, so dass jedenfalls im Bereich der Arbeitnehmergrundrechte die Kollision mit den Grundfreiheiten vermieden wäre. Der durch letztere garantierte Wettbewerb würde sich auf einen Leistungswettbewerb beschränken, den Sozialkostenwettbewerb jedoch ausklammern.

#### **IV. Verstoß gegen allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts?**

Der EuGH hat der Frage keine Aufmerksamkeit gewidmet, inwieweit seine Rechtsprechung mit dem ILO-Übereinkommen Nr. 94 „über die Arbeitsklauseln in den von Behörden abgeschlossenen Verträgen“ vereinbar ist.

Das Abkommen ist abrufbar auch in deutscher Sprache unter  
[www.ilo.org/ilolex/german/docs](http://www.ilo.org/ilolex/german/docs)

Das Übereinkommen wurde ratifiziert durch Belgien, Bulgarien, Dänemark, England, Frankreich, Italien, Niederlande, Österreich, Spanien, Vereinigtes Königreich und Zypern. Auch Norwegen hat es übernommen.

Die Ratifikationen sind dokumentiert unter [www.ilo.org/ilolex/german/docs](http://www.ilo.org/ilolex/german/docs)

Zentrale Vorschrift des Übereinkommens ist sein Absatz 2. Dort ist bestimmt:

„(1) Die Verträge, auf welche dieses Übereinkommen Anwendung findet, müssen Klauseln enthalten, die den betreffenden Arbeitnehmern Löhne (einschließlich Zulagen), eine Arbeitszeit und sonstige Arbeitsbedingungen gewährleisten, die nicht weniger günstig sind als die Bedingungen, die im gleichen Gebiet für gleichartige Arbeit in dem betreffenden Beruf oder in der betreffenden Industrie gelten aufgrund

a) eines Gesamtarbeitsvertrags oder der Ergebnisse eines anderen anerkannten Verhandlungsverfahrens von Verbänden der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer, denen ein wesentlicher Teil der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer des betreffenden Berufes oder der betreffenden Industrie angehört, oder

b) eines Schiedsspruches oder

c) der innerstaatlichen Gesetzgebung.

(2) Sind die im vorigen Absatz bezeichneten Arbeitsbedingungen in dem Gebiet, in dem die Arbeit ausgeführt wird, nicht in einer der vorstehend angegebenen Arten geregelt, so müssen die in die Verträge aufzunehmenden Klauseln den betreffenden Arbeitnehmern Löhne (einschließlich Zulagen), eine Arbeitszeit und sonstige Arbeitsbedingungen gewährleisten, die nicht weniger günstig sind als

a) die Bedingungen, die aufgrund eines Gesamtarbeitsvertrags, der Ergebnisse eines anderen anerkannten Verhandlungsverfahrens, eines Schiedsspruches oder der innerstaatlichen Gesetzgebung im nächstgelegenen Gebiet mit ähnlichen Verhältnissen für gleichartige

Arbeit in dem betreffenden Beruf oder in der betreffenden Industrie gelten oder

- b) die allgemein üblichen Bedingungen, die von den Arbeitgebern anerkannt werden, welche dem gleichen Beruf oder der gleichen Industrie wie die Vertragspartei angehören und sich in ähnlichen Verhältnissen befinden.“

Erfasst durch das Übereinkommen sind nach seinem Art. 1 alle entgeltlichen Verträge, die von einer Behörde mit Unternehmen abgeschlossen werden, wobei neben Bauarbeiten auch die Erbringung von Dienstleistungen erfasst ist. Für zentrale Behörden ist die Regelung zwingend, eine Ausdehnung auf dezentrale Einheiten jederzeit möglich.

ILO-Übereinkommen, denen (zahlreiche) Mitgliedstaaten beigetreten sind, stellen ein „Rechtserkenntnismittel“ bei der Bestimmung allgemeiner Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts dar.

EuGH EuGRZ 1996, 205, 206 Nr. 33: Der EuGH „lässt sich von den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie von den Hinweisen leiten, die die völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte geben, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind.“

Die große Zahl der Ratifikationen des ILO-Übereinkommens legt es nahe, auch insoweit einen allgemeinen Rechtsgrundsatz anzunehmen. Er wäre vom EuGH bei der Auslegung der Dienstleistungsfreiheit zu berücksichtigen. Die Tatsache, dass er bislang in der vergaberechtlichen Diskussion eine eher geringe Rolle gespielt hat, ist dabei ohne Bedeutung. Immerhin hat es die Gemeinschaft bis heute vermieden, durch Rechtsakte einschließlich der Urteile des EuGH eine Situation zu schaffen, in denen Mitgliedstaaten dem Gemeinschaftsrecht nur dadurch Rechnung tragen können, dass sie völkerrechtliche Übereinkommen brechen oder – soweit möglich – diese kündigen. Im vorliegenden Fall wäre ein solcher Konflikt aber unvermeidbar, da

das ILO-Übereinkommen nur den öffentlichen Sektor anspricht und außerdem auch Regelungen verlangt, die sich nicht auf die Entsenderichtlinie (in der Interpretation des EuGH) stützen lassen.

## **C. Reaktionsmöglichkeiten**

### **I. Bindungswirkung des Urteils und Möglichkeit einer positiven Schlussentscheidung des OLG Celle**

Urteile des Europäischen Gerichtshofs sind anders als die anglo-amerikanischer Gerichte nur für den Einzelfall bindend. Insoweit besteht auch ein Unterschied zu bestimmten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die zum Teil – etwa bei der Aufhebung von Gesetzen – Wirkung für und gegen jedermann haben. Auch beschränkt sich der EuGH darauf, das Gemeinschaftsrecht zu interpretieren, kann also nicht etwa nationale Regeln aufheben. Er nimmt allerdings insoweit auf diese Bezug, als er z. B. im Urteilstenor betont, „eine Situation wie die im Ausgangsverfahren bestehende“ stehe im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht.

Bei seiner nunmehr zu treffenden Entscheidung hat das OLG Celle das Gemeinschaftsrecht in der Auslegung zugrunde zu legen, die ihm vom Europäischen Gerichtshof gegeben wurde. Dies bedeutet, dass es nicht etwa den Standpunkt vertreten kann, das niedersächsische Vergabegesetz lasse sich mit Art. 3 Abs. 7 der Entsenderichtlinie rechtfertigen. Allerdings werden zwei Fragen zu prüfen sein, die bisher nur eine geringe Rolle gespielt haben.

Zum einen hat der Europäische Gerichtshof unter Nr. 34 der Begründung des Ruffert-Urteils ausgeführt, der ausländische Arbeitgeber könne sich „aus freien Stücken“ einem im Aufnahmestaat geltenden besseren Tarifvertrag anschließen. Aus der Entscheidung wird nicht deutlich, ob dies im konkreten Fall geschehen ist.

Denkbar (und nach der Lebenserfahrung naheliegend) wäre es, dass die deutsche Baufirma mit dem polnischen Subunternehmen durchaus die Anwendung der deutschen Tarifverträge vereinbart hat, dieses sich dann jedoch (mit oder ohne heimliches Einverständnis der deutschen Seite) später darüber hinweggesetzt hat. Dem Land Niedersachsen wäre zu empfehlen, auch diesen Aspekt in das Verfahren einzubringen, der zur Abweisung der Klage des Insolvenzverwalters führen würde.

Zum zweiten lagen die an die polnischen Arbeitskräfte bezahlten Vergütungen noch unter dem für allgemeinverbindlich erklärten Mindestlohn-Tarifvertrag des Baugewerbes. Damit stellt sich die Frage, ob man die vertragliche Tariftreueklausel nicht in der Weise nach § 140 BGB umdeuten kann, dass jedenfalls für den Fall der Unterschreitung des Mindestlohnsein Kündigungsrecht gegeben und eine Vertragsstrafe fällig sein würde. In diesem Fall wäre die Klage des Insolvenzverwalters gleichfalls abzuweisen.

Würde das OLG Celle beiden Gesichtspunkten keine Bedeutung beimessen, käme eine Revision zum Bundesgerichtshof in Betracht. Allerdings müsste diese wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache zugelassen werden, da dem Vernehmen nach eine Streitwertrevision nicht in Betracht kommt.

## **II. Erneute Vorlage an den EuGH**

Die Beschränkung der Bindungswirkung auf das vorlegende Gericht ist normalerweise ohne große praktische Bedeutung. Alle Akteure gehen im Regelfall davon aus, dass eine gleichgelagerte Situation vom EuGH in gleichem Sinne entschieden würde und behandeln deshalb die Entscheidung wie eine definitive Klärung, die sie ihrem weiteren Verhalten zugrunde legen. Dies würde sich im konkreten Fall auch auf solche Maßnahmen erstrecken, die unter den Schwellenwerten des Vergaberechts bleiben würden.

Jedes Gericht hat jedoch die Möglichkeit, den Europäischen Gerichtshof erneut einzuschalten, wenn es die gegebene Interpretation für unrichtig hält oder wenn es der Auffassung ist, dass bestimmte Aspekte nicht berücksichtigt wurden. In der Praxis gibt es eine Reihe von Beispielen für die zweite Variante.

Am bekanntesten ist der sog. Paletta-Fall. Vier Angehörige einer italienischen Familie, die beim selben deutschen Arbeitgeber beschäftigt waren, erkrankten alle gegen Ende ihres in der Heimat verbrachten Urlaubs. Da dies drei Jahre hintereinander geschah, stellte sich das Problem, ob der Arbeitgeber auch in einem solchen Fall an die in Süditalien erstellte ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung gebunden war. Auf Vorlage des ArbG Lörrach bejahte der EuGH (AP Nr. 1 zu Art. 18 EWG-Verordnung Nr. 574/72 = DB 1992, 1577) diese Frage ohne Einschränkung. Daraufhin legte das Bundesarbeitsgericht (BAG DB 1994, 938 = NZA 1994, 683), das der in Anspruch genommene Arbeitgeber angerufen hatte, in derselben Angelegenheit dem EuGH die Frage vor, ob das Gemeinschaftsrecht nicht wenigstens einen Missbrauchsvorbehalt kenne. Sie wurde vom EuGH bejaht (AP Nr. 2 zu Art. 18 EWG-Verordnung Nr. 574/72 = DB 1996, 1040), der damit seine erste Entscheidung „vervollständigte“ (obwohl er schon bei ihr Anlass gehabt hätte, sich auch dazu zu äußern). Im Ergebnis wurde deshalb die Klage unter Hinweis auf die Missbrauchsklausel abgewiesen (LAG Baden-Württemberg NZA-RR 2000, 514).

Im konkreten Fall der Tariftreueklausel sollte daher der Versuch unternommen werden, in einem anderen Verfahren erneut den Europäischen Gerichtshof einzuschalten.

Ein zweites Verfahren würde dem EuGH die Gelegenheit geben, die von ihm praktizierte Verabsolutierung der Grundfreiheiten anhand der skizzierten Einwände noch einmal zu überdenken, zumal es auch in anderen Mitgliedstaaten und von Seiten des Europäischen Gewerkschaftsbundes sehr deutliche Kritik an dieser Rechtsprechung gibt.

Ob das konkrete Ruffert-Verfahren hierfür geeignet ist, wird man bezweifeln müssen, da es vermutlich zu Gunsten des Landes ausgehen wird und da im entgegen gesetzten Fall die Zulassung einer Revision durchaus zweifelhaft wäre.

Voraussetzung für eine erneute Vorlage wäre, dass man die vorhandenen Tariftreueregelungen nicht etwa aufhebt, sondern zumindest in solchen Fällen weiterpraktiziert, in denen sich ein Haftungsrisiko in überschaubarem Rahmen bewegt. Bis es zu einer solchen erneuten Vorlage kommt, können unschwer ein bis zwei Jahre vergehen. Das Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof selbst dauert derzeit ca. zwei Jahre. Dies bedeutet, dass bei einer neuen Entscheidung ggf. auch der Reformvertrag einbezogen werden könnte, dessen sozialpolitische Vorschriften für den EuGH Anlass sein könnten, seine bisherige Rechtsprechung ohne Gesichtsverlust zu modifizieren.

Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang, dass die Grundrechte-Charta von Nizza geltendes Recht wird und dass Art. 3 Abs.3 des EU-Vertrages ein Bekenntnis zur sozialen Marktwirtschaft, zum sozialen Schutz und zu sozialer Gerechtigkeit enthält. Auch wird aus Art. 3 EG-Vertrag das Ziel des unverfälschten Wettbewerbs gestrichen.

Sichere Prognosen über den konkreten Ausgang eines erneuten Verfahrens lassen sich derzeit nicht machen. Auf der einen Seite dürfte nach gerichtsimerner Einschätzung der Hinzutritt von Richtern aus den neuen Mitgliedstaaten das neoliberale Element in der Richterschaft eher stärken. Auf der anderen Seite ist auch unter den gegebenen Umständen insoweit ein gewisses Maß an politischer „Sensibilität“ zu verzeichnen, als die Boykottaktionen der ITF im Fall Viking nicht generell für rechtswidrig erklärt wurden.

### **III. Erweiterung der Allgemeinverbindlicherklärungen**

Auch wenn man nicht einfach „einknickt“ und die Tariftreueregelungen aufhebt, sondern sich auf ein erneutes Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof orientiert, wird unter den gegebenen Umständen eine längere Schwebezeit eintreten. Würde man hier weiterhin in allen Fällen nach den Tariftreueregelungen verfahren, könnte dies hohe Haftungsrisiken zur Folge haben: Ein sich verweigernder Bewerber könnte Schadensersatz verlangen, soweit er den Nachweis führen kann, dass er ohne die Tariftreueregelung den Zuschlag erhalten hätte.

Will man dies vermeiden, so ist es sinnvoll, insbesondere im Bau- und im Verkehrssektor vermehrt die auch vom EuGH akzeptierte Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen zu nutzen. Die Zuständigkeit hierfür liegt nach § 5 Abs. 1 TVG beim Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung. Dieser kann jedoch nach § 5 Abs. 6 die Kompetenz für einzelne Fälle auf die oberste Arbeitsbehörde eines Landes delegieren. Dabei muss es sich allerdings nach § 12 Satz 1 der DVO zum TVG um einen Tarifvertrag mit regional begrenztem Geltungsbereich handeln. Dies ist insbesondere der Fall, wenn er sich auf die Grenzen eines Bundeslandes beschränkt.

Näher dazu Lakies, in: Däubler (Hrsg.), Kommentar zum Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 2. Aufl., Baden-Baden 2006, § 5 Rn. 206 ff.; Löwisch/Rieble, Kommentar zum TVG, 2. Aufl., München 2004, § 5 Rn. 92 ff.

Dies kann sich etwa für den Lohntarif im Baugewerbe anbieten. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, durch einen generellen oder nach Branchen differenzierten Mindestlohn gleichfalls eine Untergrenze zu bestimmen, die auch bei der Entsendung aus anderen Mitgliedstaaten der EU zu beachten wäre.