

PD Dr. Eva Kocher, Frankfurt/M.

Die Tariftreueerklärung vor dem EuGH

I. Einleitung

Nach den Entscheidungen „Viking“ und „Laval“ vom Dezember 2007¹ hat der EuGH erneut eine heftig umstrittene Entscheidung gefällt, die das Verhältnis grenzüberschreitender Mindestentgelte zu den Grundfreiheiten behandelt. Es handelt sich um die Entscheidung „Rüffert“ über die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der niedersächsischen Tariftreueerklärung². Sie zeigt anhand eines Falls aus Deutschland auf, dass es nicht ausreicht, die Kollektivverhandlungsfreiheit als soziales Grundrecht anzuerkennen; um ihr praktische Wirksamkeit zu verleihen, bedarf es einer intensiveren dogmatischen Auseinandersetzung als der EuGH sie bislang zu leisten bereit gewesen ist.

II. Die Tariftreueerklärung im deutschen Recht

1. Fall „Rüffert“

Die Entscheidung ist nach *RA Dr. Dirk Rüffert* benannt, dem Insolvenzverwalter der „Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG“. Die Tariftreueerklärung ist jene Erklärung, die die Objekt und Bauregie gegenüber dem Land Niedersachsen abgegeben hatte und wegen deren Nichterfüllung sie zur Zahlung von Vertragsstrafe verurteilt worden war.

Die Objekt und Bauregie hatte sich in einem Werkvertrag mit dem Land Niedersachsen auch für ihre Nachunternehmer dazu verpflichtet „[. . .] den in meinem Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung der beauftragten Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt nach dem aus der Liste der repräsentativen Tarifverträge unter Nr. 01 ‚Baugewerbe‘ genannten Tarifvertrag . . . zu zahlen.“

Die Bauunternehmerin setzte für die Rohbauarbeiten die Firma PKZ aus Tarnow (Polen) als Nachunternehmerin ein. Die PKZ bezahlte jedoch 53 polnischen Arbeitern auf der Baustelle nur 46,57% des Mindestlohns aus. Das Land Niedersachsen berief sich daraufhin auf die Tariftreueerklärung, kündigte den Werkvertrag und behielt von der Auftragssumme eine Vertragsstrafe ein. Das Landgericht Hannover sah eine solche Vertragsstrafe i. H. von 1% der Auftragssumme, als gerechtfertigt an. Das OLG Celle als Berufungsinstanz legte dann (3. 8. 2006) dem EuGH die Frage vor, ob die zugrunde liegende gesetzliche Norm europarechtskonform sei.

2. Entgeltfestlegung und Tarifautonomie in Deutschland

Die EuGH-Entscheidung über diese Vorlage ist nun am 3. 4. 2008 dieses Jahres ergangen. Sie war mit Spannung erwartet worden, denn sie ist nach den Entscheidungen „Viking“ und „Laval“ vom Dezember 2007¹ die dritte Entscheidung innerhalb weniger Monate, welche die gemeinschaftsrechtliche Reichweite der nationalen Kollektivverhandlungssysteme behandelt. Denn das Institut der Tariftreueerklärung ist eng mit den deutschen Arbeitsbeziehungen und dem deutschen System der Entgeltfestlegung durch Kollektivverhandlungen verbunden.

Lohn und Entgelt werden in Deutschland bekanntlich vorrangig in Tarifverhandlungen festgelegt. Im Baugewerbe haben die IG Bauen-Agrar-Umwelt (IG BAU) und der Zentralverband des Deutschen Baugewerbes sowie der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie auf Bundesebene den (allgemeinverbindlichen) Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV-Bau) und den Tarifvertrag Mindestlohn abgeschlossen. Der Tarifvertrag

Mindestlohn, der in den Lohngruppen 1 und 2 Mindestlöhne festlegt, wurde nach § 1 Abs. 3a AEntG durch die Verordnung des Bundesarbeitsministers über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe für allgemeinverbindlich erklärt. Damit gilt er auch für die Außenseiter. Über den Mindestlohn hinausgehende Entgelte sowie die Entgelte für die Lohngruppe 2a bis 6 werden in einem gesonderten Entgelttarifvertrag für das Baugewerbe geregelt. Er gilt nicht bundesweit und ist nicht allgemeinverbindlich, gilt also nach § 4 Abs. 1 TVG nur für die Mitglieder der Tarifvertragsparteien, also nur in Unternehmen, die Mitglied im Arbeitgeberverband sind, und dort nur für diejenigen Beschäftigten, die Mitglieder der IG BAU sind. In diese Lücke stößt die Tariftreueerklärung. Sie bewirkt auch für den Entgelttarifvertrag eine Geltungserstreckung, denn er ist in die Liste der repräsentativen Tarifverträge aufgenommen. Mit der Tariftreueerklärung müssen sich Außenseiter dazu verpflichten, auch den Entgelttarifvertrag einzuhalten – allerdings nur, soweit Arbeitnehmer für die Ausführung des jeweiligen öffentlichen Auftrags beschäftigt werden.

Die Tariftreueerklärung im Fall „Rüffert“ beruhte auf § 3 des niedersächsischen Landesvergabegesetzes. Danach dürfen Aufträge von Behörden für Bauleistungen nur an solche Unternehmen vergeben werden, die eine schriftliche Tariftreueerklärung abgegeben, und Auftragnehmer müssen nach § 4 Abs. 1 des Landesvergabegesetzes für ihre Nachunternehmer entsprechend eintreten. Solche Vergabebestimmungen gibt es mittlerweile in einer Reihe von Bundesländern.

3. Tariftreueerklärung vor dem BVerfG

Nach Auffassung des BVerfG sind solche Regelungen verfassungsgemäß. Dies hat es erst im Juli 2006, also nur drei Wochen vor der Celler Vorlage zum EuGH, für das Berliner Vergabegesetz festgestellt. Die Entscheidung des BVerfG steht in einer Reihe von Entscheidungen zur Wirksamkeit der Erstreckung von Tarifnormen auf Außenseiter; zuvor hatte es bereits zur Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG³ und zur Allgemeinverbindlicherklärung nach § 1 Abs. 3a AEntG⁴ entschieden.

Für den Vergleich mit der EuGH-Entscheidung sind aus dem Urteil vor allem die Erwägungen zu den unternehmerischen Freiheiten von Interesse. Nach Meinung des BVerfG ist der Eingriff der Tariftreueverpflichtung in das Grundrecht der Berufsfreiheit durch verfassungsrechtlich legitime Ziele gerechtfertigt. Das BVerfG erkennt dabei eine ganze Reihe sozialpolitischer Ziele als legitim an.

Dr. Eva Kocher ist Leiterin der Akademie der Arbeit an der Universität Frankfurt/M. Überarbeitete Fassung eines Vortrags an der Universität Frankfurt/M. Für die anregende Diskussion dankt die Autorin allen Anwesenden, insbes. **Prof. Dr. Spiros Simitis**, **Prof. Dr. Gregor Thüsing** und **PD Dr. Marlene Schmidt**.

- 1... EuGH vom 11. 12. 2007 – C-485/05 – Viking, DB 2008 S. 298; vom 18. 12. 2007 – C-341/05 – Laval/Vaxholm, DB 2008 S. 71; siehe Kocher, AuR 2008 S. 13.
- 2... EuGH vom 3. 4. 2008 – C-346/06 – Rüffert, DB 2008 S. 1045 (nachfolgend in diesem Heft).
- 3... So BVerfG vom 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44 S. 322 (342) = DB 1977 S. 1510 zu § 5 TVG.
- 4... BVerfG vom 18. 7. 2000 – 1 BvR 948/00, DB 2000 S. 1768 = AP Nr. 4 zu § 1 AEntG (Kammerbeschluss).

- Der Gesetzgeber dürfe durch die Tarifreueverpflichtung
- einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenwirken,
 - zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit im Bausektor beitragen,
 - die Arbeitnehmer tarifgebundener Unternehmen schützen,
 - die Systeme der sozialen Sicherheit entlasten und
 - das Tarifvertragssystem als Mittel zur Sicherung sozialer Standards unterstützen.

Zur Verfolgung dieser Ziele hält das BVerfG sowohl die Allgemeinverbindlicherklärung als auch die Tarifreueerklärung für grundsätzlich legitime Instrumente⁵. Insbes. sei die Allgemeinverbindlicherklärung kein milderes Mittel als die Tarifreueerklärung, im Gegenteil: Anders als bei der Allgemeinverbindlichkeit könne der Bauunternehmer sich der Tarifreueverpflichtung immerhin entziehen, indem er auf den öffentlichen Auftrag verzichte. Und selbst wenn er die Erklärung unterschreibe, bleibe die Tarifreuepflicht auf den einzelnen Auftrag und auf die Arbeitnehmer beschränkt, die bei der Ausführung dieses Auftrags eingesetzt werden.

III. Tarifreueerklärung vor dem EuGH

Das BVerfG hat damit offensichtlich die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes überprüft, das wegen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts gar nicht angewandt werden durfte. Denn der EuGH hat die Tarifreueverpflichtung für gemeinschaftsrechtswidrig erklärt⁶. Das niedersächsische Gesetz erfülle nicht die Anforderungen der Entsenderichtlinie 96/71/EG.

1. Anforderungen der Entsenderichtlinie 96/71/EG

Tatsächlich regelt die Entsenderichtlinie 96/71/EG, inwieweit Aufnahmestaaten den Dienstleistern aus anderen Mitgliedstaaten Mindestbedingungen für die Behandlung entsandter Arbeitnehmer auferlegen können. Die Richtlinie harmonisiert dabei nicht die Mindestbedingungen selbst, sondern legt fest, welche Anforderungen Rechtsnormen erfüllen müssen, die international zwingende Mindestbedingungen festlegen⁶: Nach Art. 3 Abs. 1 muss es sich um

- Rechts- oder Verwaltungsvorschriften handeln
- und/oder (im Baubereich) für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche, bzw. (Art. 3 Abs. 8) allgemein wirksame Tarifverträge, die eine Gleichbehandlung der Unternehmen aller Mitgliedstaaten gewährleisten.

Für die Anwendung auf die Tarifreueerklärung subsumiert der EuGH jetzt schlicht und zutreffend:

1. Das Landesvergabegesetz Niedersachsen lege selbst keinen Mindestlohnsatz fest, sondern verweise nur auf Tarifverträge; es sei also keine „Rechtsvorschrift“ i. S. des Art. 3 Abs. 1 Unterabsatz 1, 2. Gedankenstrich.
2. Der fragliche Entgelttarifvertrag sei kein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag (siehe Definition der Allgemeinverbindlichkeit Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie).
3. Art. 3 Abs. 8 Unterabsatz 2 der Entsenderichtlinie gelte nur für den Fall, dass es kein System der Allgemeinverbindlicherklärung gebe; in Deutschland gebe es aber ein solches System. Jedenfalls falle der vorliegende Tarifvertrag ohnehin nicht unter diesen Unterabsatz, da er nicht „allgemein wirksam“ sei, also nicht für alle Unternehmen wirksam sei, die in den örtlichen und fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen. Denn die Bindungswirkung durch die Tarifreueerklärung beschränke sich auf Bautätigkeiten im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge.

Der entscheidende Gedankenschritt liegt dieser Argumentation voraus: Der EuGH geht davon aus, dass die Entsenderichtlinie eine abschließende Regelung zulässiger international zwingender Mindestarbeitsbedingungen enthalte und insofern eine Sperrwirkung entfalte. Nur diese Auslegung der Entsenderichtlinie sei mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar.

2. Sperrwirkung der Entsenderichtlinie

Der EuGH hatte schon im Dezember 2007 in der Entscheidung „Laval/Vaxholm“ angedeutet, dass er die Entsenderichtlinie für eine abschließende Regelung international zwingenden Arbeitnehmerschutzrechts halten wolle: Das Schutzniveau, das der Aufnahmemitgliedstaat entsandten Arbeitnehmern in seinem Hoheitsgebiet garantiert könne, sei grundsätzlich auf die Gegenstände beschränkt, die die Entsenderichtlinie in Art. 3 Abs. 1 Unterabsatz 1 Buchstabe a bis g vorsehe. Alles andere (wie der Beitritt zu einem womöglich günstigeren Tarifvertrag) müsse für ausländische Dienstleister gänzlich freiwillig sein und könne auch nicht durch Arbeitskampf erzwungen werden⁷. Darauf verweist der EuGH jetzt in unserem Fall. Nur diese Auslegung gewährleiste, dass die Richtlinie praktisch wirksam sein und ihren effet utile entfalten könne⁸.

Die Richtigkeit dieser Auslegung hängt also davon ab, was man als Zweck der Richtlinie betrachtet, den sie praktisch wirksam verfolgen soll. Dient die Richtlinie dem abschließenden Schutz der Dienstleistungsfreiheit oder dient sie im Gegenteil einer Öffnung der Dienstleistungsfreiheit in Hinblick auf soziale Erwägungen? Der Generalanwalt *Yves Bot* hatte in seinen Schlussanträgen zum Fall „Rüffert“ die zweite Auslegung vertreten⁹: Der EuGH hatte mit einer Reihe früherer Entscheidungen die Möglichkeit eröffnet, Sozialvorschriften auszudehnen. Aus dieser Möglichkeit mache die Richtlinie nun eine Verpflichtung. Sie trage zur Rechtssicherheit bei, indem sie einen „harten Kern“ von Schutzbestimmungen benenne, die entsandten Arbeitnehmern im Mitgliedstaat der Dienstleistungserbringung nicht vorenthalten werden dürfen. Die Entsenderichtlinie lasse also die Option für weitere Verbindlicherklärungen wie die Tarifreueerklärung offen. Diese wären dann nur an Art. 49 des EG-Vertrags zu messen.

Auch für den EuGH kommt es letztlich auf eine Auslegung der Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EG an. Seine Auslegung, dass die Richtlinie abschließend festlege, unter welchen Voraussetzungen Sozialvorschriften in der Gemeinschaft international zwingend sein dürften, werde „durch [eine] Würdigung der [Entsenderichtlinie] im Licht des Art. 49 EG bestätigt“¹⁰. Die Divergenz zum Generalanwalt ist letztlich eine Divergenz bei der Auslegung der Dienstleistungsfreiheit.

3. Würdigung im Licht von Art. 49 EG

Die Dienstleistungsfreiheit erlaubte dem polnischen Unternehmen PKZ grundsätzlich die Ausnutzung aller Wettbewerbsvorteile, auch geringerer Arbeitskosten. Sie wurde durch die Tarifreueerklärung natürlich beschränkt. Die Erbringung von Dienstleistungen in Deutschland wird behindert oder weniger attraktiv gemacht, wenn ausländischen Dienstleistungserbringern der Wettbewerbsvorteil niedrigerer Löhne genommen wird. Eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ist nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH aber gerechtfertigt, wenn sie auf zwingenden Gründen des Allgemeininteresses beruht, soweit

- 5... BVerfG vom 11. 7. 2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116 S. 202 = SR 2007 Heft 01 S. 21 (Tarifreueerklärung).
- 6... EuGH vom 18. 7. 2007 – C-490/04 – Kommission/Deutschland, Rdn. 17.
- 7... EuGH vom 18. 12. 2007, a.a.O. (Fn. 1), Rdn. 8; in diesem Urteil wurde ein Arbeitskampf für einen Tarifvertrag für gemeinschaftswidrig erklärt, der günstigere Bedingungen als einschlägige Rechtsvorschriften enthalten bzw. Klauseln, die Gegenstände regeln sollten, die von der Entsenderichtlinie nicht angesprochen werden.
- 8... So auch *Dobmann*, EuZW 2007 S. 685.
- 9... Schlussanträge des Generalanwalts *Bot* vom 20. 9. 2007 zur Rs. C-346/06, Rdn. 66 ff.
- 10... EuGH vom 3. 4. 2008, a.a.O. (Fn. 2), Rdn. 36.

sie geeignet ist, die Verwirklichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist¹¹.

a) Schutz der Arbeitnehmer als zwingender Grund des Allgemeininteresses

Als zwingenden Grund des Allgemeininteresses in diesem Sinn erkennt der EuGH den Schutz der Arbeitnehmer an, insbes. im Bausektor¹². Dabei spielt es keine Rolle, dass das Niedersächsische Landesvergabegesetz nach seiner Präambel gar nicht dem Schutz von Arbeitnehmern dienen sollte. Ausschlaggebend seien nicht die subjektiven Vorstellungen der Gesetzesverfasser, sondern entscheidend sei eine objektive Beurteilung¹³: Verschafft die Regelung den entsandten Arbeitnehmern einen tatsächlichen Vorteil, der deutlich zu ihrem sozialen Schutz beiträgt¹⁴? Einen solchen zusätzlichen Schutz erreicht die Tarifreueerklärung durchaus; es ist nicht ersichtlich, dass den polnischen Arbeitnehmer bereits nach polnischem Recht oder speziellen Tarifverträgen ein Bruttolohn zugestanden hätte, der dem des Entgelttarifvertrags gleichwertig gewesen wäre¹⁵.

b) Gemeinschaftsrechtswidrigkeit eines Schutzes nur bei öffentlichen Aufträgen

Das entscheidende Sachargument des EuGH liegt woanders. Die ihm übersandten Akten enthielten keinen Hinweis darauf, dass ein im Bausektor tätiger Arbeitnehmer nur bei seiner Beschäftigung im Rahmen eines öffentlichen Auftrags und nicht auch bei seiner Tätigkeit im Rahmen eines privaten Auftrags eines Schutzes bedarf, der über den Lohnsatz nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz hinausgeht (Rdn. 39/40) – eine etwas mysteriöse Begründung, deren gedanklicher Hintergrund sich auch anhand der bisherigen Rechtsprechung nicht leicht erschließt.

Die Begründung bezieht sich wohl auf eine Anforderung, die der EuGH in ständiger Rechtsprechung für zulässigen grenzüberschreitenden Arbeitnehmerschutz formuliert hat, nämlich dass dieser für alle im Hoheitsgebiet des Bestimmungsstaats tätigen Personen oder Unternehmen gelte¹⁶ – eine Anforderung, die jedoch selbst wieder interpretationsbedürftig ist. Weshalb sollte dies erforderlich sein? Wendet der EuGH sich hier gegen eine willkürliche Spaltung des Arbeitsmarkts in Bauleistungen für private und öffentliche Aufträge¹⁷? Aber würde der EuGH eine vergaberechtlich grundsätzlich erlaubte Differenzierung wirklich so ohne weitere Erläuterung für willkürlich erklären¹⁸? Viel wahrscheinlicher ist, dass sich diese Bemerkung auf den Ansatz des EuGH bezieht, nach dem jeweils zwingenden Mindestschutz zu fragen. Nach dieser Auslegung verlangt die Dienstleistungsfreiheit eine strenge Verhältnismäßigkeitskontrolle bereits bei der Kontrolle legitimer Eingriffsziele. Arbeitnehmerschutz ist danach nur insoweit legitim, als er nicht das Maß des Erforderlichen überschreitet¹⁹. Gefragt wird nicht nach der Erforderlichkeit des Eingriffs, sondern nach der Erforderlichkeit des Schutzes.

Die Begründung des EuGH bedeutet insofern: Zwar bleibt es danach den Mitgliedstaaten überlassen zu bestimmen, in welchem Umfang sie einen Mindestschutz für notwendig halten²⁰. Das nach Meinung des deutschen Gesetzgebers minimal Erforderliche markiere der Mindestlohn nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz. Darüber hinaus gehender Schutz durch die Tarifreue könne auch nach Meinung des deutschen Gesetzgebers nicht zwingend erforderlich sein, denn sonst bliebe er ja nicht auf einen Teil der Bautätigkeit, nämlich öffentliche Bauaufträge beschränkt²¹. Das Maß des Erforderlichen muss also in einer allgemein wirksamen Form festgelegt sein, um den EuGH von seiner Notwendigkeit zu überzeugen. Dies ist auch der Unterschied zum Fall „Finalarte“, in dem der EuGH durchaus akzeptierte, dass tarifliche Urlaubsansprüche über das gesetzliche Mindestmaß hinaus international zwingende Wirkungen erlangen soll-

ten. Dort war der höhere Urlaubsanspruch aber für allgemeinverbindlich erklärt²². Ist ein Normsetzer wie der niedersächsische Gesetzgeber nicht in der Lage, einen allgemein wirksamen Mindestschutz festzulegen, muss er also nach Meinung des EuGH darauf verzichten und darf nicht ein wirtschaftsrechtliches Instrument wie die Tarifreueerklärung mit begrenzter Reichweite wählen. In der Konsequenz bedeutet diese Entscheidung das Aus für die bislang in Deutschland gebräuchlichen Tarifreueerklärungen²³.

c) Ortsübliche Tarifverträge als notwendiger Arbeitnehmerschutz?

Die Überlegungen zur Sperrwirkung der Richtlinie und die entsprechende Auslegung des Art. 49 EG überzeugen letztlich nicht. Ein zwingender Mindestschutz kann auch durch andere verbindliche Formen festgelegt werden, wie die Tarifreueerklärung²⁴. Die Plausibilität des notwendigen und zwingenden Schutzes kann sich auch aus anderen Kriterien als aus der allgemeinen Verbindlichkeit ergeben. Die Entsende-Richtlinie selbst unterscheidet nach Branchen und erkennt damit an, dass Mindestentgelte nach Strukturen der jeweiligen Märkte differenziert werden können. Warum sollten nicht auch andere sachlich-wirtschaftlich begründete Differenzierungen zulässig sein?²⁵.

Dies rettet aber die hier angewandte Tarifreueerklärung als Mittel des Arbeitnehmerschutzes nicht. Denn sie erklärte die „ortsüblichen“ Tarifverträge für zwingend. Insofern ist das Urteil im Hinblick auf den Arbeitnehmerschutz im Ergebnis zutreffend. Die Bindung an ortsübliche Entgelte kann nicht das Maß des not-

- 11... Ständige Rechtsprechung: vgl. EuGH vom 24. 1. 2002 – C-164/99 – *Portugaia Construções*, EuGHE 2002 S. I-787 = DB 2002 S. 430, Rdn. 19; vom 9. 8. 1994 – C-43/93 – *Vander Elst*, Rdn. 16.
- 12... EuGH vom 27. 3. 1990 – C-113/89 – *Rush Portuguesa*, EuGHE 1990 S. I-1417, Rdn. 18; vom 28. 3. 1996 – C-272/94 – *Guiot*, EuGHE 1996 S. I-1905, speziell für die Bauwirtschaft; vgl. auch *Britz*, in: *Britz/Volkmann, Tarifautonomie in Deutschland und Europa*, 2003, S. 52.
- 13... EuGH vom 25. 10. 2001 – C-49/98 – *Finalarte*, EuGHE 2001 S. I-7831 = DB 2001 S. 2723; vom 24. 1. 2002, a.a.O. (Fn. 11); vom 12. 10. 2004 – C-60/03 – *Wolff & Müller*, DB 2005 S. 167 (Ls.) = AP Nr. 9 zu Art. 49 EG.
- 14... *Kocher*, in: *Kempen/Zachert, TVG*, 4. Aufl. 2005, § 4 TVG Rdn. 70; EuGH vom 3. 2. 1982 – C-62 und 63/81 – *Seco*, EuGHE 1982 S. I-223; vom 24. 1. 2002, a.a.O. (Fn. 11); siehe z. B. *BAG* vom 20. 7. 2004 – 9 AZR 343/03, DB 2004 S. 2816 (Ls.) = AP Nr. 18 zu § 1 AEntG (Vergleich des portugiesischen Urlaubsrechts mit dem deutschen).
- 15... So auch Generalanwalt *Bot* in seinen Schlussanträgen vom 20. 9. 2007 – C-346/06 – *Ruffert*.
- 16... St. Rspr.: vgl. EuGH vom 9. 8. 1994, a.a.O. (Fn. 11), Rdn. 16.
- 17... Diese Überlegung verdanke ich *Gregor Thüsing*.
- 18... Siehe jetzt Richtlinie 2004/18/EG, Art 26; Erwägungsgründe 1 und 46; vgl. zu diesem Widerspruch auch *Mühlbach*, RdA 2003 S. 339; *Bayreuther*, EuZW 2001 S. 765.
- 19... So auch *Dobmann*, EuZW 2007 S. 685 (686); *Seifert*, ZfA 2001 S. 23; *Losch*, VergabeR 2006 S. 763; *Kling*, EuZW 2002 S. 223; *Konzen*, NZA 2002 S. 783; a.A. *Mühlbach*, RdA 2003 S. 339 (345).
- 20... EuGH vom 25. 10. 2001, a.a.O. (Fn. 13); *Mühlbach*, RdA 2003 S. 339.
- 21... Vgl. den Gedanken von *Seifert*, ZfA 2001 S. 23; *Karenfort*, BB 1999 S. 1832.
- 22... EuGH vom 25. 10. 2001, a.a.O. (Fn. 13); vgl. zust. *Bayreuther*, EuZW 2001 S. 764; kritisch *Konzen*, NZA 2002 S. 781.
- 23... Das hat aber nicht zur Konsequenz, dass die der „Objekt und Bauregie“ auferlegte Vertragsstrafe rechtswidrig ist; denn diese geht auf die Verletzung des allgemeinverbindlichen Mindestlohns zurück; die Tarifreue-Erklärung behält insofern, gemeinschaftsrechtskonform interpretiert, ihre Wirksamkeit auf die gemeinschaftliche Frage kam es also entgegen der Auffassung des OLG *Scholten/Pawicki*, WSI-Mitt 2008 S. 184 ff.).
- 24... *Däubler*, ZIP 2000 S. 687; *Mühlbach*, RdA 2003 S. 339; vgl. *Bayreuther*, EuZW 2001 S. 765 (766).

wendigen Schutzes für entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer markieren.

Dieses Ergebnis für den Arbeitnehmerschutz ist auch nicht überraschend. Denn tatsächlich geht es der Tarifreueerklärung ja gar nicht um einen Mindestschutz der entsandten Arbeitnehmer²⁶. Dem Schutz dieser Arbeitnehmer dient einerseits das allgemeinverbindliche Mindestentgelt, andererseits die Tarifautonomie. Hier liegt das Hauptproblem der EuGH-Entscheidung: Sie misst die Tarifreueerklärung fast ausschließlich am Ziel des Schutzes der entsandten Arbeitnehmer – also an einem Ziel, das der Gesetzgeber gar nicht verfolgt hat.

IV. Entgeltfestsetzung und Tarifautonomie im Gemeinschaftsrecht

Wie ist es aber mit den sozialpolitischen Zielen des Gesetzgebers, die das BVerfG für legitim gehalten hat?

Eins der wichtigsten Ziele der Tarifreueverpflichtung ist die Unterstützung eines zentralen Elements der deutschen Arbeitsbeziehungen, die Unterstützung des Kollektivverhandlungssystems. Das Tarifvertragssystem ist es letztlich, das einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenwirken und jenseits des absolut erforderlichen Schutzes Mängel des Wettbewerbs auf den Arbeitsmärkten ausgleichen soll. Auch nach Meinung des BVerfG darf der Gesetzgeber ja durch die Geltungserstreckung der Tarifreueerklärung die Ordnungsfunktion der Tarifverträge unterstützen²⁷.

Der EuGH sagt dazu in Rdn. 41 seines Urteils folgendes:

„Aus den gleichen Gründen, wie sie in den Rdn. 39 und 40 [...] dargelegt worden sind, kann diese Beschränkung [der Dienstleistungsfreiheit] auch nicht als durch den Zweck gerechtfertigt angesehen werden, den Schutz der autonomen Ordnung des Arbeitslebens durch Koalitionen zu gewährleisten.“

Die Rdn. 39 und 40 enthalten aber die Argumentation: Eine Regelung mit beschränkter Reichweite könne keinen Mindestschutz darstellen, da nicht dargelegt sei, dass nicht auch die Arbeitnehmer bei privaten Aufträgen dieses Schutzes bedürften. Dies kann nur bedeuten, dass nach Meinung des EuGH die Kollektivverhandlungsfreiheit Beschränkungen nur insoweit rechtfertigen kann, als sie zwingenden Erfordernissen des Arbeitnehmerschutzes dient, dass also die Tarifautonomie akzessorisch

zum Arbeitnehmerschutz ist und ihre Rechtfertigung einer ebenso strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegt.

Kollektivverhandlungsfreiheit heißt aber notwendigerweise differenzierter Schutz, abhängig von Wettbewerbsbedingungen und sozial- und entgeltpolitischen Erwägungen. Die strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung beraubt die Tarifautonomie gerade dieser teilhaberechtlichen und prozeduralen Aspekte.

Hätte der EuGH die Tarifautonomie als eigenständiges sozialpolitisches Ziel anerkannt, wäre er auch auf die eigentliche Problematik der vorgelegten Tarifreueerklärung gestoßen, die sie letztlich tatsächlich gemeinschaftsrechtswidrig macht: Für den Schutz der Tarifautonomie war lediglich eine Bindung an einen repräsentativen Tarifvertrag erforderlich; die Bindung an ortsübliche Tarifverträge ging hingegen über die Notwendigkeiten des Schutzes der Tarifautonomie hinaus.

V. Zusammenfassung

Die Entscheidung ist im Ergebnis zutreffend, da eine grenzüberschreitende Bindung an ortsübliche Tarifverträge nicht das erforderliche Maß des Schutzes entsandter Arbeitnehmer oder der Tarifautonomie zu bezeichnen vermag. Das Urteil zeigt aber, dass die Grundsätze der bisherigen Rechtsprechung zu Art. 49 EG und der Arbeitnehmerentsendung unzureichend sind, wenn die sozialen Grundrechte und insbes. die teilhaberechtlichen und prozeduralen Aspekte der Kollektivverhandlungsfreiheit einen dogmatischen Ort erhalten sollen. Der EuGH hat wieder eine Gelegenheit versäumt, ein dogmatisches Gerüst für die Berücksichtigung der kollektiven sozialen Rechte zu entwickeln.

Dies wird aber immer dringender. Denn je weiter der Konstitutionalisierungs- und Verrechtlichungsprozess der Gemeinschaft voranschreitet, desto schmerzlicher macht sich das Fehlen einer Sozialordnung bemerkbar, die den unternehmerischen Freiheiten auf Augenhöhe entgegen treten könnte. Die Bremse des Art. 137 Abs. 5 EG hat längst ihre Wirksamkeit verloren. Es käme darauf an, einer Sozialordnung Konturen zu verleihen, die auf den mittlerweile anerkannten sozialen Rechten ruht.

26... Vgl. Bayreuther, EuZW 2001 S. 765 (766).

27... BVerfG vom 11. 7. 2006, a.a.O. (Fn. 5). Siehe auch schon vom 24. 5. 1977, a.a.O. (Fn. 5).

Entscheidungen

Europarecht/Tarifvertragsrecht

Vergabe öffentlicher Bauaufträge mit Verpflichtung auf Tarifreue bei staatenübergreifenden Dienstleistungen unzulässig – Keine Rechtfertigung im Hinblick auf sozialen Schutz der Arbeitnehmer bei Beschränkung auf öffentliche Aufträge

Vgl. dazu Kocher, DB 2008 S. 1043 (vorstehend)

EG Art. 49, 234, Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen

Die Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 12. 1996 über die Entsendung von Dienstleistungsbearbeitern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ausgelegt im Licht des Art. 49 EG, steht in einer Situation, wie sie dem Ausgangsverfahren zugrunde liegt, in der eine gesetzliche Maßnahme eines Mitgliedstaats entgegen, mit der dem öffentlichen Auftraggeber vorgeschrieben wird, Aufträge für Bauleistun-

gen nur an solche Unternehmen zu vergeben, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zu zahlen.

► (EuGH-Urteil vom 3. 4. 2008 – C-346/06; Dirk Ruffert / Land Niedersachsen)

Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 49 EG.

Es ergeht im Rahmen eines Verfahrens zwischen Herrn Ruffert als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Objekt und Bauregie GmbH und Co. KG (im Folgenden: Objekt und Bauregie) und dem Land Niedersachsen über die Kündigung eines zwischen Objekt und Bauregie und dem Land Niedersachsen geschlossenen Werkvertrags.

Das Niedersächsische Landesvergabegesetz (LVergabG) enthält Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge, sofern sie mindestens einen Wert von 10.000 € haben. 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.