

gebers, wie sie in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommt, könne lediglich einen Anhaltspunkt für das mit diesem Gesetz verfolgte Ziel darstellen¹⁹⁴⁹. Das vorliegende Gericht müsse prüfen, ob die Regelung bei objektiver Betrachtung den Schutz der entsandten Arbeitnehmer gewährleistet¹⁹⁵⁰, also ob diese Regelung den betroffenen Arbeitnehmern einen tatsächlichen Vorteil verschafft, der deutlich zu ihrem sozialen Schutz beiträgt¹⁹⁵¹. Die erklärte Absicht des nationalen Gesetzgebers könne höchstens zu einer eingehenderen Prüfung der Vorteile führen, die den Arbeitnehmern durch die von ihm getroffenen Maßnahmen angeblich gewährt werden¹⁹⁵². Überdies urteilte der EuGH, daß es eine nicht gerechtfertigte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt, wenn sich ein EG-ausländischer Arbeitgeber anders als ein inländischer Arbeitgeber nicht der Pflicht zur Zahlung des Mindestlohns entziehen kann, der in dem Tarifvertrag für die betreffende Branche vorgesehen ist¹⁹⁵³.

D. Analyse und Bewertung

I. Vorbildwirkung der Mindestlohnrechtsprechung

Die bisherige Judikatur des EuGH, angefangen mit der Initialzündung der Entscheidungen *Seco/EVI*¹⁹⁵⁴ und *Rush Portuguesa*¹⁹⁵⁵ über die Bestätigung in den Urteilen *Arblade, Finalarte*¹⁹⁵⁶ und *Mazzoleni und ISA*¹⁹⁵⁷ bis zum gegenwärtigen Schlußstein des *Portugaia*-Urteils¹⁹⁵⁸, summiert sich zu einem eindeutigen Votum für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit nationaler Mindestlohnvorgaben¹⁹⁵⁹. Darin wertete der EuGH den sozialen Arbeitnehmerschutz zu einem zwingenden Allgemeinwohlbelang auf, welcher der Dienstleistungsfreiheit in der gemeinschaftlichen Rechtsgüterhierarchie prinzipiell gleichrangig ist¹⁹⁶⁰. Darüber hinaus entschied sich der EuGH in der Abwägung zwischen den wirtschaftlichen und sozialen Zielen des EG-Vertrags zu Gunsten des sozialen Arbeitnehmerschutzes¹⁹⁶¹. Damit signalisierte der EuGH, daß die Realisierung des Binnenmarktes keineswegs zu einem Abbau der nationalen Sozialstandards führen muß¹⁹⁶². Es sollen nicht alle Marktzutrittschürden um

1949 *EuGH*, Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98, (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 40; Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002 Page I-787, Rdnr. 27.

1950 *EuGH*, Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98, (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 41; Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002, I-787, Rdnr. 28.

1951 *EuGH*, Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98, (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 42; Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002, I-787, Rdnr. 29.

1952 *EuGH*, Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98, (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 42; Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002, I-787, Rdnr. 29.

1953 *EuGH*, Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002 Page I-787, Rdnr. 35.

1954 *EuGH*, Rs. 62/81 und 63/81 (Seco/EVI), Slg. 1982, 223, Rdnr. 14.

1955 *EuGH*, Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa), Slg. 1990, I-1417, Rdnr. 18.

1956 *EuGH*, Rs. C-49/98 (Finalarte), Slg. 2001, 7831, Rdnr. 33.

1957 *EuGH*, Rs. C-165/98 (Mazzoleni und ISA), Slg. 2001, I-2189, Rdnr. 30.

1958 *EuGH*, Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002, I-787, Rdnr. 21.

1959 Vgl. *Däubler*, ZIP 2000, 681 (687); *Kling*, EuZW 2002, 229 (233); *Schwab*, AuR 2000, 273 (275).

1960 v. *Danwitz*, EuZW 2002, 237 (240, 242); *Giesen*, CMLR 2003, 143 (144).

1961 Vgl. *Bayreuther*, EuZW 2001, 764 (764); v. *Danwitz*, EuZW 2002, 237 (237); *Giesen*, CMLR 2003, 143 (158); *Link*, AuA 2000, 468 (470); *Schwab*, NZA 2001, 701 (706).

1962 v. *Danwitz*, EuZW 2002, 237 (237).

den Preis eines sozialen *race to the bottom* („Lohnspirale nach unten“¹⁹⁶³) beseitigt werden. Insbesondere das „für die Wirtschafts- und Sozialverfassung der Gemeinschaft bedeutsame“¹⁹⁶⁴ *Finalarte*-Urteil zeigt, daß die Gemeinschaftsordnung nationalen Sozialstandards offen gegenüber steht, die über den Mindestschutz mit verbindlichem Untergrenzen von RL 96/71/EG hinausgehen¹⁹⁶⁵. Der EuGH überläßt damit die Entscheidung, welches Maß an sozialem Schutz erforderlich ist, grundsätzlich den Mitgliedstaaten¹⁹⁶⁶. Mindestschutz im Sinne von RL 96/71/EG und RL 93/104/EG bedeutet folglich, daß es zwar nicht Abweichungen nach unten, wohl aber nach oben geben darf¹⁹⁶⁷.

Die Mindestlohnrechtsprechung macht erneut den sozialen Impetus der Gemeinschaft sichtbar und wird zu Recht als ein weiterer Baustein des sogenannten „europäischen Gesellschaftsmodells“ angesehen¹⁹⁶⁸. Insofern indiziert die Mindestlohnrechtsprechung des EuGH die gemeinschaftliche Zulässigkeit der Tariftreueverpflichtung¹⁹⁶⁹. Für eine solche Übertragung spricht auch, daß der EuGH in keinem seiner Urteile auf die rechtliche Instrumente abgestellt hat, mithilfe derer die nationalen Sozialstandards auf EG-ausländische Dienstleister erstreckt werden¹⁹⁷⁰. Die Autoren, die pauschal argumentieren¹⁹⁷¹, daß die Mindestlohnrechtsprechung sich nicht auf die Frage der Zulässigkeit der Tariftreueverpflichtung übertragen ließe, weil diese die Einhaltung eines örtlichen Spitzentarifs verlange, machen es sich daher zu einfach. Daß der „am Ort der Baustelle“ geltende Tariflohn über die Mindestlohnnormen hinausgeht, ist offenkundig. Ob diese überschießende Tendenz ausreicht, von vornherein die Tariftreueverpflichtung als ein rechtliches *aliud* und damit unzulässig zu qualifizieren, ist damit noch nicht bewiesen. Angesichts der qualitativen Ähnlichkeit der gesetzgeberischen Intentionen ist vielmehr zu untersuchen, ob der Unterschied zwischen den jeweils geschützten Lohnniveaus zur Unvereinbarkeit mit Art. 49 EG führt. Die Zulässigkeit der Tariftreueverpflichtung ist damit letztendlich eine Frage der Verhältnismäßigkeit¹⁹⁷². An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, daß der EuGH in *Finalarte*¹⁹⁷³ und *Mazzoleni und ISA*¹⁹⁷⁴ auch nicht auf die bezweckte Begünstigung der inländischen Anbieter abgestellte, sondern auf die Verhältnismäßigkeit der geforderten Angleichung prüfte¹⁹⁷⁵.

1963 *Schäfer*, Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 377.

1964 *Bayreuther*, EuZW 2001, 764 (764).

1965 *Mühlbach*, RdA 2003, 339 (345).

1966 *Mühlbach*, RdA 2003, 339 (345).

1967 *Mühlbach*, RdA 2003, 339 (345).

1968 v. *Danwitz*, EuZW 2002, 237 (237).

1969 *Bayreuther*, EuZW 2001, 764 (764); *Berrisch/Nehl*, ZIP 2000, 434 (435); *Burgi*, in: Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht, 97 (116); *Däubler*, ZIP 2000, 681 (687); *Götz*, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 178; *Weinacht*, WuW 2000, 382 (387).

1970 *Däubler*, ZIP 2000, 681 (687).

1971 *Fante*, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 123; *Lehne/Haak*, ZfBR 2002, 656 (657, 658); *Karenfort/Koppenfels/Siebert*, BB 1999, 1825 (1832); *Kling*, EuZW 2002, 229 (233); *idem*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 338; *Seifert*, ZfA 2001, 1 (23).

1972 Vgl. *Kling*, EuZW 2002, 229 (233).

1973 *EuGH*, Rs. C-49/98 (*Finalarte*), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 50.

1974 *EuGH*, Rs. C-165/98 (*Mazzoleni und ISA*), Slg. 2001, I-2189, Rdnr. 41.

1975 *Konzen*, NZA 2002, 781 (782).

II. Verhältnismäßigkeit der Tariftreueverpflichtung

1. Mittelbare Diskriminierungs- bzw. Beeinträchtigungswirkung

In den Augen ihrer Kritiker ist die Tariftreueverpflichtung ein wettbewerbsverzerrendes¹⁹⁷⁶ „Konjunktursteuerungsinstrument“¹⁹⁷⁷, das den Erhalt von Arbeitsplätzen erzwingen will, die unter Berücksichtigung von marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht zu retten seien¹⁹⁷⁸. Ein Teil der Literatur wie auch die Kommission¹⁹⁷⁹ nimmt an, daß die Tariftreueverpflichtung für EG-ausländische Bieterunternehmen mittelbare Diskriminierungswirkung entfaltet¹⁹⁸⁰. Zwar gelte die Tariftreueverpflichtung formal unterschiedslos für inländische wie EG-ausländische Bieterunternehmen gleichermaßen. Sie könne jedoch von letzteren mehrheitlich nicht oder jedenfalls nur mit größeren Schwierigkeiten erfüllt werden¹⁹⁸¹. Eine Norm entfaltet nämlich auch dann diskriminierende Wirkung, wenn zur Gruppe der benachteiligten Wirtschaftsteilnehmer auch inländische Unternehmen gehören. Es reicht, daß die begünstigte Gruppe im wesentlichen aus Inländern¹⁹⁸², bzw. die benachteiligte Gruppe im wesentlichen aus EG-ausländischen Unternehmen besteht¹⁹⁸³. Dagegen sieht eine Strömung in der Literatur lediglich das Beschränkungsverbot als berührt an¹⁹⁸⁴. Tariftreueverpflichtungen könnten diskriminierungsfrei ausgestaltet werden, nämlich dann, wenn der öffentliche Auftraggeber zwar Mindestlöhne für die Dienstleistungserbringung festlegt, die den nationalen Tariflöhnen entsprechen, ohne aber unmittelbar auf die nationalen Tarifverträge Bezug zu nehmen¹⁹⁸⁵.

Jedenfalls ist man sich darüber einig, daß EG-ausländische Bieterunternehmen im Vergleich zu ihren inländischen Konkurrenten benachteiligt sind, da sie sich, um sich über die jeweils zu zahlenden Löhne und Gehälter zu informieren, im Detail mit der dortigen Tariflandschaft, i.e. die nationalen, regionalen oder sogar örtlichen Tarife, vertraut machen müß-

1976 *Kämmerer/Thüsing*, ZIP 2002, 596 (599); *Scholz*, RdA 2001, 193 (198); *Seifert*, ZfA 2001, 1 (23); VÜA Bund, WuW 1999, 324 (328).

1977 *Kempen*, in: *Recht und soziale Arbeitswelt*, FS-Däubler, 503 (504).

1978 *Koenig/Kühling*, NVwZ 2003, 779 (782).

1979 *Kommission*, Mitteilung vom 15. Oktober 2001 über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM (2001), 566 endg., ABl 2001, C 333, S. 27 ff., Rdnr. 3.2.1.1.

1980 *Bartl*, RiA 1999, 3 (8); *Böhm/Danker*, NVwZ 2000, 767 (768); *Kämmerer/Thüsing*, ZIP 2002, 596 (598); *Karenfort/v. Koppensfels/Siebert*, BB 1999, 1825 (1831); *Knipper*, WuW 1999, 677 (683); *Koenig/Kühling*, NVwZ 2003, 779 (283); *Marx*, in: *Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts*, 77 (86); *Otting*, StG 1996, 461 (462); *Pietzcker*, ZHR 1998, 427 (468); *Riese*, *Vergaberecht*, 238, 241; *Schubert*, RdA 2001, 199 (207); *Seifert*, ZfA 2001, 1 (22); *Waldner*, *Bieterschutz im Vergaberecht unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben*, 103; *Ziekow*, NZBau 2001, 72 (78).

1981 *Karenfort/v. Koppensfels/Siebert*, BB 1999, 1825 (1831).

1982 *EuGH*, C-18/93 (Corsica Ferries), Slg. 1994, I-1783, Rdnr. 34; vgl. *Müller-Graff*, in: *Streinz* (Hrsg.), *EUV/EGV-Kommentar*, Art. 49, Rdnr. 77.

1983 *Karenfort/v. Koppensfels/Siebert*, BB 1999, 1825 (1832); *Knipper*, WuW 1999, 677 (683).

1984 *Arrowsmith*, LQR 1995, 235 (269); *Berrisch/Nehl*, ZIP 2000, 434 (435); *Burgi*, in: *Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht*, 97 (115); *Fante*, *Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele*, 123; *Gleichner*, in: *Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts*, Bd. IV, 193 (244); *Kling*, *Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen*, 335; *Lehne/Haak*, 656 (657); *Meyer*, *Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung*, 219; *Ziekow*, NZBau 2001, 72 (78).

1985 Vgl. *Ziekow*, NZBau 2001, 72 (78).