

diesem Zusammenhang die Grundsatzentscheidung des EuGH in der Rechtssache *Albany*¹⁸⁹². Nach Ansicht des EuGH wäre die Erreichung der mit Tarifverträgen angestrebten sozialpolitischen Ziele ernsthaft gefährdet, wenn für die Sozialpartner bei der gemeinsamen Suche nach Maßnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen Art. 81 EG Anwendung fände¹⁸⁹³. Bei einer sachgerechten und zusammenhängenden Auslegung der Bestimmungen des Vertrages in ihrer Gesamtheit ergibt sich daher, daß Tarifverträge aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht unter Art. 81 EG fallen¹⁸⁹⁴. Der EuGH¹⁸⁹⁵ leitete das Ergebnis unmittelbar aus Art. 136 EG ff.¹⁸⁹⁶ und aus den Zielen des *Abkommens über die Sozialpolitik*¹⁸⁹⁷ ab. Art. 3 Abs. 1 lit. g, j EG setzte der EuGH die sozialpolitischen Ziele des Art. 2 EG entgegen, wonach der Gemeinschaft die Aufgabe zufällt, ein hohes Beschäftigungsniveau und ein hohes Maß an sozialem Schutz zu fördern¹⁸⁹⁸. Die Position, daß Tarifverträge einen „wettbewerbsrechtlichen Ausnahmetatbestand“¹⁸⁹⁹ darstellen, hat der EuGH auch in späteren Urteilen bestätigt¹⁹⁰⁰.

II. Keine Einschlägigkeit von Art. 87 Abs. 1 EG

Wenn mitgliedstaatliche Maßnahmen Diskriminierungs- bzw. Beeinträchtigungspotential aufweisen, genießen die Grundfreiheiten, wie bereits geschildert¹⁹⁰¹, grundsätzlich den Vorrang vor den Beihilfenvorschriften der Art. 87 ff. EG¹⁹⁰². Da der Hauptvorwurf gegen die Tariftreueverpflichtung die Diskriminierungs- respektive die Beschränkungsproblematik ist, sind als Prüfungsmaßstab in erster Linie die Grundfreiheiten heranzuziehen.

III. Keine Einschlägigkeit von Art. 39 EG

Die Tariftreueverpflichtung ist jedoch nicht, wie teilweise vorgeschlagen wird¹⁹⁰³, an der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art. 39 EG zu messen. Auf den ersten Blick erscheint eine mittelbare Einschränkung der Freizügigkeit der zu entsendenden Arbeitnehmer möglich, da sich wegen der höheren Lohn- und Gehaltskosten *de facto* die Chancen der Arbeitnehmer verringern, eingestellt und im EG-Ausland eingesetzt zu werden¹⁹⁰⁴. Allerdings handelt es sich hierbei nur um einen vorübergehenden Ortswechsel der Arbeitnehmern. Die entsandten

1892 *EuGH*, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, I-5751, Rndr. 60

1893 *EuGH*, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, I-5751, Rndr. 59.

1894 *EuGH*, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, I-5751, Rndr. 60.

1895 *EuGH*, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, I-5751, Rndr. 57.

1896 *EuGH*, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, I-5751, Rndr. 55 f.

1897 Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäische Gemeinschaft mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland über Sozialpolitik, ABl. 1992, C 191, S. 91 ff.

1898 *EuGH*, Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, I-5751, Rndr. 54; Rs. 219/97 (*Bokken*), Slg. 1999, I-6121, Rndr. 41.

1899 *Seifert*, ZfA 2001, 1 (24).

1900 *EuGH*, Rs. C-219/97 (*Bokken*), Slg. 1999, I-6121, Rndr. 44, 47.

1901 *Supra*: S. 101 ff.

1902 Vgl. *Seifert*, ZfA 2001, 1 (25 f.).

1903 *Fante*, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 125; *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 340.

1904 *Konzen*, NZA 2002, 781 (781).

Arbeitnehmer kehren nämlich nach Erfüllung ihrer Aufgabe in ihren Herkunftsmitgliedstaat zurück, ohne sich in den Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats zu integrieren¹⁹⁰⁵.

IV. Einschlägigkeit der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EG

1. Aktive Dienstleistungs- und Entsendefreiheit

Im Fall der konstitutiven Tariftreueverpflichtungen ist die sogenannte aktive Dienstleistungsfreiheit (Recht zur Dienstleistungserbringung) einschlägig. Hierunter fällt die Situation, daß sich ein Dienstleister in das EG-Ausland begibt, um dort seine Dienstleistung zu erbringen¹⁹⁰⁶. Konkret ist die Dienstleistungsfreiheit in Form der Entsendefreiheit betroffen, also die Freiheit, die Dienstleistung durch Entsendung der im eigenen Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer in den Aufnahmestaat zu erbringen¹⁹⁰⁷.

2. Umfassendes Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot

Die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EG konstituiert ein umfassendes Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot. Die lediglich auf den Grundsatz der Inländergleichbehandlung hindeutende Norm des Art. 50 Abs. 3 EG („unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt“) steht einer expansiven Deutung des Beschränkungsbegriffs des Art. 49 EG nicht entgegen¹⁹⁰⁸. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH verlangt Art. 49 EG die Aufhebung *aller* Beschränkungen, selbst wenn sie unterschiedslos für inländische und EG-ausländische Dienstleister gelten, sofern sie nur geeignet sind, die Tätigkeiten EG-ausländischer Dienstleister zu unterbinden, behindern oder weniger attraktiv zu machen¹⁹⁰⁹. In Anlehnung an die *Dassonville*-Formel des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit umfaßt Art. 49 EG daher grundsätzlich alle staatlichen Maßnahmen, die geeignet sind, den Dienstleistungsverkehr unmittelbar oder mittelbar, aktuell oder potentiell zu behindern¹⁹¹⁰. Dies ist dann der Fall, wenn die Anwendung der nationalen Regelungen des Aufnahmemitgliedstaats zusätzliche administrative Belastungen und wirtschaftliche Kosten zur Folge hat¹⁹¹¹.

1905 *EuGH*, Rs. C-113/89 (*Rush Portuguesa*), Slg. 1990, I-1417 Rdnr. 15; GA *Mischo*, Schlußanträge, Rs. C-49/98 (*Finalarte*), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 29; GA *Mischo*, Schlußanträge, Rs. 164/99 (*Portugaia Construções*), Slg. 2002, I-787, Rdnr. 22; vgl. *Meyer*, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 208.

1906 *Müller-Graff*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Art. 49, Rdnr. 45.

1907 *Kling*, EuZW 2002, 229 (232).

1908 *EuGH*, Rs. 369/96 (*Arblade*), Slg. 1999, I-8453, Rdnr. 34; Rs. C-180/89 (*Kommission/Italien*), Slg. 1991, I-709, Rdnr. 17; Rs. 76/90 (*Säger*), Slg. 1991, I-4221, Rdnr. 15; Rs. C-43/93 (*Vander Elst*), Slg. 1994, I-3803, Rdnr. 16; Rs. 272/94 (*Guiot*), Slg. 1996, I-1905, Rdnr. 11; Rs. C-165/98 (*Mazzoleni*), Slg. 2001, I-2189 Rdnr. 22.

1909 *EuGH*, Rs. C-76/90 (*Säger*), Slg. 1991, I-4221, Rdnr. 12; Rs. C-43/93 (*Vander Elst*), Slg. 1994, I-3803, Rdnr. 14; Rs. C-272/94 (*Guiot*), Slg. 1996, I-1905, Rdnr. 10; Rs. C-3/95 (*Reisebüro Bröde*), Slg. 1996, I-6511, Rdnr. 25; Rs. C-222/95 (*Parodi*), Slg. 1997, I-3899, Rdnr. 18; Rs. 369/96 (*Arblade*), Slg. 1999, I-8453, Rdnr. 30; Rs. C-49/98 (*Finalarte*), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 28; Rs. C-164/99 (*Portugaia Construções*), Slg. 2002, I-787, Rdnr. 16.

1910 *Müller-Graff*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 49, Rdnr. 85.

1911 *EuGH*, Rs. C-165/98 (*Mazzoleni und ISA*), Slg. 2001, I-2189, Rdnr. 24; Rs. C-164/99 (*Portugaia Construções*), Slg. 2002, I-787, Rdnr. 18.