

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 Beschäftigungs niveau 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 Beihilfevorschriften 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, Rdnr. 60

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

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

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

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

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

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

1899 Seifert, ZfA 2001, 1 (24).

1900 EuGH, Rs. C-219/97 (Bokken), Slg. 1999, I-6121, Rdnr. 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.