

Wettbewerb zu anderen Herstellern standen. So würde zum Beispiel ein Staubsaugerhersteller, der in einem gnadenlosen Wettbewerb mit vielen anderen Herstellern aus der Sicht des verständigen Verbrauchers ohne weiteres austauschbare Geräte anbietet, nach der Kaufentscheidung des Verbrauchers marktbeherrschend sein, denn der Kauf des Staubsaugers als „System“ ist auf lange Dauer und Kundenbindung angelegt. Hat dieser Hersteller nun einen Marktanteil von unter 5 % und entwickelt er gezielt für seinen Staubsauger einen speziellen Beutel, den er nur durch ausgewählte Fachgeschäfte vertreiben lässt, wäre jedenfalls nach dem amtlichen Leitsatz der „Soda Club II“ – Entscheidung sowohl Preis- als auch Behinderungsmissbrauch denkbar.

Zurück zu den kommunalen Weiterverteilern für Erdgas: Wenn solche Weiterverteiler neue Kunden werben, stehen sie erstens nach nicht bestreitbaren Rechtstatsachen im Wettbewerb mit anderen Anbietern von Primärenergien für die Zwecke der Raumheizung. Zweitens müssen sie ebenso unbestreitbar ihre Altbezieher im Wettbewerb mit anderen Anbietern von Primärenergien dazu bewegen, ein neues Gas-Heizsystem zu installieren, wenn die Nutzungsdauer abläuft. In der Sache bedeutet das, dass ein mittlerer kommunaler Weiterverteiler mit ca. 7.500 HUK-Kunden jährlich sich um ca. 200 Neukunden bewerben muss um seinen Stand zu halten und bei Zugrundelegung von 15 Jahren Nutzungsdauer der Anlage jährlich ca. 500 Altkunden im Wettbewerb zu anderen Anbietern von Primärenergien zum Bleiben veranlassen muss. Und das muss er sowohl bei der ersten Gruppe als auch bei der zweiten Gruppe mit den gleichen Preisen und Konditionen versuchen, die er der

mittleren Gruppe der so genannten captured customers, also seinen im System gefangenen Altkunden gewährt.

Würde man nun auf diese mittlere Gruppe von captured customers uneingeschränkt die „Soda Club II“ – Entscheidung anwenden wollen, müsste doch wohl die Tätigkeit eines kommunalen Weiterverteilers beim Absatz von Erdgas an HUK-Kunden auf drei voneinander zu trennenden Märkten sich erstrecken: Einmal auf dem durch Wettbewerb gekennzeichneten sachlich relevanten Markt für Neukunden. Zum Anderen auf dem Markt für frei werdende Altkunden und zum Dritten auf dem Markt für die captured customers. Ein etwas merkwürdiges Ergebnis, vor allem, wenn man das unbestritten gleiche Auftreten des Weiterverteilers mit allen seinen Wettbewerbsparametern auf den drei Märkten berücksichtigt.

Wenn man nun in Verfolg einer entsprechenden Anwendung des amtlichen Leitsatzes 1 der „Soda Club II“ – Entscheidung zu dem Ergebnis käme, ein kommunaler Weiterverteiler wäre wirklich, wie oben beschrieben, auf einem Markte marktbeherrschend und auf zwei anderen, auf denen er das gleiche Erdgas vertreibt, nicht, dann hätte man zwar den kommunalen Weiterverteiler mit dem Etikett „Marktbeherrschung“ versehen. Wo dann allerdings dann noch Raum für eine Preishöhenkontrolle bestehen sollte, ist nicht ersichtlich, denn der Marktbeherrscher tritt auf dem von ihm angeblich beherrschten Markt mit den gleichen Wettbewerbsparametern, hier insbesondere dem Preis, an, mit denen er auf unbestrittenen Wettbewerbsmärkten antritt. Das sollte eigentlich nicht den Verdacht auf Preismissbrauch im Sinne der §§ 19 und 29 GWB auslösen.

## EuGH, Urteil vom 03.04.2008 (Rs. C-346/06 „Rüffert“): Zur Vereinbarkeit einer vertraglichen Tariftreueklausel mit der Dienstleistungsfreiheit / Entsenderichtlinie

*Dr. Bettina Tugendreich  
Rechtsanwältin Hogan & Hartson Raue LLP*

*Die Entsenderichtlinie 96/71/EG, ausgelegt im Sinne der europäischen Dienstleistungsfreiheit, steht einer Regelung im niedersächsischen Vergabegesetz entgegen, mit der dem öffentlichen Auftraggeber vorgeschrieben wird, Aufträge für Bauleistungen 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 (sogenannte Tariftreueerklärung).*

*Leitsätze des Verfassers*

### Sachverhalt

Das Land Niedersachsen beauftragte im Herbst 2003 einen Bauunternehmer mit Rohbauarbeiten an der Justizvollzugsanstalt Göttingen-Rosdorf. Der Vertrag enthielt eine vertragsstrafenbewehrte Verpflichtung zur Einhaltung der Tarifverträge, insbesondere die Verpflichtung, den auf der Baustelle eingesetzten Arbeitnehmern einschließlich Nachunternehmern mindestens den am Ort der Ausführung im Tarifvertrag „Baugewerbe“ vorgesehenen Lohn zu zahlen. Diese Regelung war deshalb in den Vertrag aufgenommen worden, weil der Vertrag im Wege eines Vergabeverfahrens erteilt worden war und das niedersächsische Landesvergabegesetz (LVergabeG) eine solche Tariftreueerklärung für Auftragsvergaben zwingend vorsieht.

§ 3 Abs. 1 Satz 1 LVergabeG Niedersachsen lautet: „Aufträge für Bauleistungen dürfen nur an solche Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zum tarifvertraglich vorgesehenen Zeitpunkt zu bezahlen.“

Ein polnischer Nachunternehmer geriet in Verdacht, seine auf der Baustelle tätigen Arbeitnehmer unterhalb der tarifvertraglich vorgesehenen Löhne zu bezahlen. Daraufhin kündigte das Land den Bauvertrag und machte gerichtlich eine Vertragsstrafe geltend.

Das Oberlandesgericht Celle bezweifelte die Vereinbarkeit der im niedersächsischen Vergabegesetz vorgesehenen Tariftreueerklärung mit den wesentlichen Grundgedanken der europäischen Dienstleistungsfreiheit. Es hat daher dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) die Frage vorgelegt, ob die niedersächsische Tariftreuregelung eine gerechtfertigte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nach dem EG-Vertrag darstellt.

### Wesentliche Entscheidungsgründe

Der EuGH ging bei der Beantwortung der Frage zunächst auf die Entsenderichtlinie 96/71/EG ein. Diese enthält Regelungen für grenzüberschreitende Dienstleistungsverträge. Unter anderem haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass Unternehmer

Mindestarbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die im Hoheitsgebiet des Aufnahmestaates durch Gesetz oder für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge festgelegt sind. Dazu gehören auch Mindestlohnregelungen. Ein z.B. aus Polen nach Deutschland entsandter Arbeitnehmer soll also im Ergebnis denselben Mindestarbeits- und Beschäftigungsbedingungen (z.B. Mindestlöhnen) unterliegen wie sonstige in Deutschland tätige Arbeitnehmer.

Die mit der Tariftreuerregelung im niedersächsischen LVergabeG vorgesehene Verpflichtung der Vertragspartner zur Zahlung von tarifvertraglichen Löhnen stellt nach Ansicht des EuGH jedoch keine Mindestlohnregelung im Sinne der Entsenderrichtlinie dar. Zunächst legt das niedersächsische LVergabeG keinen eigenen Mindestlohn fest. Es verweist nur auf die geltenden Tarifverträge. Entscheidend für den EuGH war weiterhin, dass der im Streit stehende Tarifvertrag „Baugewerbe“ nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden war. Da er aus diesem Grund nicht für alle in Niedersachsen ansässigen Unternehmen verbindlich ist, stelle er keine Mindestlohnregelung im Sinne der Entsenderrichtlinie dar.

Eine in der Entsenderrichtlinie vorgesehene Regelung, wonach weitergehende für Arbeitnehmer günstigere Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, auch unabhängig von Mindestlohnregelungen, zulässig sein sollen, sah der EuGH ebenfalls als nicht einschlägig an. Die Tariftreuerregelung im niedersächsischen LVergabeG sei keine solche weitergehende günstigere Bedingung. Denn die in den Anwendungsbereich von Mindestlohnregelungen fallenden Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen legen den Grad an Schutz fest, den die Arbeitnehmer des Aufnahmemitgliedsstaates (also hier Deutschland) auch in anderen Mitgliedstaaten abzuverlangen berechtigt sind. Dieser auf Reziprozität gerichteten Regelung würde es widersprechen, wenn nun unabhängig davon in Deutschland weitergehende Anforderungen aufgestellt werden können, die dieser Gegenseitigkeit nicht unterliegen.

Nachdem der EuGH die Anwendbarkeit der Entsenderrichtlinie verneint hatte, ging er auf die Vereinbarkeit der Tariftreuerregelung im niedersächsischen LVergabeG mit der Dienstleistungsfreiheit ein und bejaht einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit. Die Verpflichtung eines Auftragnehmers und seiner Nachunternehmer, ein Mindestentgelt zu zahlen, wie es im Tarifvertrag „Baugewerbe“ vorgesehen ist, stellt für die Vertragspartner, die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen sind, in dem die Lohnsätze niedriger sind, eine Beschränkung dar. Es handelt sich um eine Maßnahme, die geeignet ist, die Erbringung der Dienstleistungen im Aufnahmestaat (Deutschland) zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.

Auch für eine Rechtfertigung einer solchen Beschränkung sah der EuGH keinen Raum. Eine solche Rechtfertigung kommt in Betracht, wenn die Beschränkung auf zwingenden Gründen des Allgemeininteresses beruht. Hierauf hatte die Bundesrepublik unter dem Gesichtspunkt des Arbeitnehmerschutzes und der finanziellen Stabilität der sozialen Versicherungssysteme abgestellt. Der EuGH sah jedoch keine Rechtfertigungsgründe als

gegeben an. Eine Verpflichtung der Vertragspartner in der Form des niedersächsischen LVergabeG stelle keine Regelung mit dem Ziel des Arbeitnehmerschutzes dar. Denn die Regelung betreffe ausschließlich öffentliche Aufträge; private Bauaufträge seien nicht erfasst. In diesem Bereich gelte also der Tarifschutz gerade nicht, die Regelung im niedersächsischen LVergabeG könne daher nicht dem Zweck dienen, Arbeitnehmer im Allgemeinen zu schützen. Auch den Rechtfertigungszweck der finanziellen Stabilität der sozialen Sicherungssysteme sah der EuGH nicht als gegeben an. Dazu sei eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichtes des Sozialsystems notwendig, die nicht ersichtlich sei.

## Anmerkung

Die vorliegende Entscheidung stellt einen der seltenen Fälle dar, in denen der EuGH von den Schlussanträgen des Generalanwaltes abweicht. Der Generalanwalt Yves Bot hatte im September 2007 noch vorgeschlagen, dass die Regelung im niedersächsischen LVergabeG mit der Entsenderrichtlinie und der Dienstleistungsfreiheit vereinbar sei. Bei der Frage der Anwendbarkeit der Entsenderrichtlinie hatte der Generalanwalt jene Vorschrift, wonach weitergehende für Arbeitnehmer günstigere Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, auch unabhängig von Mindestlohnregelungen, zulässig sein sollen, für einschlägig angesehen. Der EuGH sah dies anders. Auch die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit sah der Generalanwalt als gerechtfertigt an, da nach seiner Ansicht bei objektiver Betrachtung ein höherer Arbeitnehmerschutz durch die Regelung bezweckt wurde. Den Aspekt der unterschiedlichen Behandlung von Arbeitnehmern öffentlicher und privater Bauaufträge, auf den der EuGH entscheidend abstellt, hatte der Generalanwalt nicht in die Betrachtung einbezogen.

Das Urteil des EuGH hat in Deutschland für enormen Wirbel gesorgt. Die meisten Bundesländer haben bereits beschlossen, ihre in den jeweiligen Vergabegesetzen enthaltenen Tariftreuerregelungen vorerst nicht anzuwenden. Auch Berlin hat seine noch weitergehende Forderung einer Mindestlohnklärung außer Kraft gesetzt.

In der Politik hat die Entscheidung dafür gesorgt, verstärkt die Aufnahme weiterer Tarifverträge in das Entsendegesetz zu fordern. So kann eine Allgemeinverbindlichkeit der Tarifverträge bewirkt werden kann, woran es bei dem der Entscheidung zugrunde liegenden Tarifvertrag fehlte, was der EuGH als entscheidend ansah. Auch die Forderung nach Einführung eines flächendeckenden Mindestlohnes erhält zusätzliche argumentative Unterstützung.

Ein weiterer interessanter Aspekt könnte sein, ob eine direkt in das jeweilige Vergabegesetz aufzunehmende Mindestlohnregelung (ähnlich wie sie in Berlin ansatzweise in § 1 des Berliner Vergabegesetzes mit einem Mindestlohn von 7,50 Euro vorgesehen ist) nicht dazu führen könnte, eine solche Regelung als Mindestlohnregelung im Sinne der Entsenderrichtlinie anzuerkennen.