

**Der Vorschlag des Europäischen Gewerkschaftsbundes für ein
Soziales Fortschrittsprotokoll**

– Potenzial und Alternativen –

von

Universitätsprofessor Dr. Thorsten Kingreen

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Gesundheitsrecht
Universität Regensburg

Vorwort

Im Nachgang zu den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs in den Rechtssachen Viking und Laval wurde vom Europäischen Gewerkschaftsbund die Forderung an die Mitgliedstaaten gerichtet, ein Soziales Fortschrittsprotokoll zu verabschieden. Damit sollen die sozialen Rechte gestärkt und soll die eingetretene Asymmetrie im Verhältnis zu den Grundfreiheiten korrigiert werden. Diese berechnigte Forderung ist allerdings bisher von den Vertragsparteien nicht aufgegriffen worden.

Mit dem vorliegenden Gutachten soll das Potenzial eines solchen Protokolls näher ausgeleuchtet werden. Der Gutachter schlägt vor, die im Sozialen Fortschrittsprotokoll angedachten Lösungsansätze in die Europäischen Verträge fortzuentwickeln. Eine Möglichkeit hierfür könnte sich bei künftigen Vertragsrevisionen bieten, die zu einem Ausbau der sozialen Dimension der Wirtschafts- und Währungsunion führen. Denn bei allen unterschiedlichen Bewertungen ist klar, dass das Europa der Zukunft sozialer gestaltet werden muss.



Dr. Thomas Klebe



Prof. Dr. Marlene Schmidt



Dr. Johannes Heuschmid

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	7
A. Fragestellung	11
B. Rechtliche Würdigung	16
I. Einschlägige Rechtsprechung des EuGH	16
1. EuGH, Rs. C-438/05 v. 11. 12. 2007 (Viking)	16
a) Sachverhalt	16
b) Entscheidungsgründe	17
aa) Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten	17
bb) Anwendbarkeit auf kollektive Maßnahmen	18
(1) Kein genereller Anwendbarkeitsausschluss	19
(2) Anwendbarkeit auf nicht-regelnde Maßnahmen	21
c) Keine Rechtfertigung durch das Grundrecht der Koalitionsbetätigungsfreiheit	22
2. EuGH, Rs. C-341/05 v. 18. 12. 2007 (Laval)	25
a) Sachverhalt	25
b) Entscheidungsgründe	26
3. EuGH, Rs. C-346/06 v. 3. 4. 2008 (Rüffert)	30
a) Sachverhalt	30
b) Entscheidungsgründe	31
4. EuGH, Rs. C-271/05 v. 15. 7. 2010 (Kommission/Deutschland)	32
a) Sachverhalt	32
b) Entscheidungsgründe	33
5. Zwischenfazit	37
a) Die eigentliche Konfliktlinie: Nationale Regulierung contra transnationale Mobilität	37
b) Die regelungstechnische Herausforderung: Problemvielfalt in den Ausgangsentscheidungen	41
II. De lege lata: Veränderungspotenzial des Lissabonner Reformvertrages	42
1. Das neue Leitbild der sozialen Marktwirtschaft	42
a) Art. 9 AEUV	44
b) Art. 151 AEUV	46
c) Art. 152 AEUV	47

2.	Sozialpolitisches Potenzial der Grundrechte-Charta	48
a)	Art. 28, 52 Abs. 6 GRCh	48
b)	Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh	51
c)	Art. 53 GRCh	55
3.	Zwischenfazit	56
III.	De lege ferenda: Reformoptionen im europäischen Unionsrecht.....	57
1.	Soziales Fortschrittsprotokoll.....	57
a)	Formelle Bedenken.....	58
b)	Materielle Bedenken.....	60
2.	Primärrechtliche Stärkung der Sozialpartnerschaft	61
3.	Sekundärrechtliches Reformpotenzial	65
a)	Das Kompetenzdilemma: Die gescheiterte Monti II-Verordnung.....	65
b)	Lösung: Gegengift im mobilitätsorientierten Sekundärrecht.....	67
aa)	Entsende-Richtlinie.....	68
bb)	Vergabe-Richtlinie.....	69
IV.	Ausblick: Die soziale Dimension der Wirtschafts- und Währungsunion.....	70
C.	Wesentliche Ergebnisse	73

A. Fragestellung

Der Europäische Gewerkschaftsbund hat im März 2008 den Vorschlag eines „Protokolls zum Verhältnis zwischen wirtschaftlichen Freiheiten und sozialen Grundrechten im Lichte des sozialen Fortschritts“ (kurz: Soziales Fortschrittsprotokoll) vorgelegt. Dieser steht im Zusammenhang mit mehreren Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) zum Verhältnis zwischen den wirtschafts-(verfassungs-)rechtlichen Bestimmungen des europäischen Primär- und Sekundärrechts auf der einen und den sozialen (Grund-)Rechten (namentlich des durch die Koalitionsbetätigungsfreiheit geschützten Streikrechts und der Tarifautonomie) auf der anderen Seite. Der Europäische Gewerkschaftsbund sieht in diesen Urteilen eine nicht zu rechtfertigende Präponderanz der Binnenmarktbestimmungen gegenüber den sozialen Rechten der Arbeitnehmer. Er knüpft damit an die seit den Römischen Verträgen geführte Diskussion über die soziale Dimension des europäischen Integrationsprozesses an. Dabei geht es einerseits um die im Vergleich mit der Wettbewerbspolitik nur schwach ausgeprägte Sozialpolitik der Europäischen Union, andererseits aber auch um das Metaprinzip Binnenmarkt, das als unangemessene Beschränkung mitgliedstaatlicher Sozialpolitik angesehen wird.

Als Beitrag zur Stärkung der europäischen Sozialunion sollen die Regelungen des sozialen Fortschrittsprotokolls daher bewirken, dass der EuGH im Konfliktfall nicht mehr den wirtschaftlichen Freiheiten Vorrang vor den sozialen Rechten einräumt. In seiner (inoffiziellen) deutschen Übersetzung hat der Protokollvorschlag folgenden Wortlaut:¹

DIE HOHEN VERTRAGSPARTEIEN

GESTÜTZT auf Artikel 3 Absatz 3 des Vertrags über die Europäische Union,
IN BESTÄTIGUNG der Bedeutung, die sie den sozialen Grundrechten beimessen,

wie sie in der am 18. Oktober 1961 in Turin unterzeichneten Europäischen Sozialcharta und in der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989 festgelegt sind,

¹ http://www.etuc.org/IMG/pdf_social_progress_protocol_DE.pdf.

INGEDENK dessen, dass die Union auf eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft hinwirkt, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt, (Artikel 3 Abs. 3, Unterabs. 1 EUV)

INGEDENK dessen, dass der Binnenmarkt für das europäische Aufbauwerk von grundlegender Bedeutung ist, er aber nicht ein Selbstzweck ist, und dass er dem Gemeinwohl dienen sollte, entsprechend der Tradition des sozialen Fortschritts in der Geschichte Europas,

IN DER ERWÄGUNG, dass die Union in Übereinstimmung mit Artikel 6 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union die Rechte, Freiheiten und Grundsätze und insbesondere die sozialen Grundrechte anerkennt, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union enthalten sind,

IN DEM BEWUSSTEIN, dass die Union nach Artikel 9 (neue horizontale Sozialklausel) des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen den Erfordernissen im Zusammenhang mit der Förderung eines hohen Beschäftigungsniveaus, mit der Gewährleistung eines angemessenen sozialen Schutzes, mit der Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung sowie mit einem hohen Niveau der allgemeinen und beruflichen Bildung und des Gesundheitsschutzes Rechnung trägt,

INGEDENK dessen, dass die Union und die Mitgliedstaaten die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen zum Ziel haben, um dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen, (Artikel 136 Abs. 1 EG-Vertrag = Artikel 151 Abs. 1 AEUV)

INGEDENK dessen, dass die Union die Rolle der Sozialpartner auf Ebene der Union unter Berücksichtigung der Unterschiedlichkeit der nationalen Systeme anerkennt und fördert sowie auch den sozialen Dialog fördert und dabei die Autonomie der Sozialpartner achtet, (neuer Artikel 136a = Artikel 152 AEUV)

IN DEM WUNSCH, die grundsätzliche Bedeutung des sozialen Fortschritts hervorzuheben, um die Unterstützung der Europäischen Bürger und Arbeitnehmer für das Europäische Projekt zu erreichen und aufrechtzuerhalten,

IN DEM WUNSCH, präzisere Bestimmungen über den Grundsatz des sozialen Fortschritts und seiner Anwendung festzulegen.

SIND über folgende Bestimmungen ÜBEREINGEKOMMEN, die dem Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union beigelegt sind:

Artikel 1 [Grundsätze]

Das Europäische Sozialmodell ist dadurch gekennzeichnet, dass wirtschaftliche Leistung und sozialer Fortschritt untrennbar miteinander verknüpft sind, in dem eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft nicht ein Selbstzweck ist, sondern dass er dem Gemeinwohl dienen sollte, wie er der Tradition des sozialen Fortschritts in der Geschichte Europas verwurzelt ist und durch die Verträge bestätigt wird.

Artikel 2 [Definition des sozialen Fortschritts und seiner Anwendung]

Sozialer Fortschritt und seine Anwendung bedeuten insbesondere:

1. Die Union

- a. verbessert die Lebens- und Arbeitsbedingungen ihrer Bevölkerung sowie jede andere soziale Bedingung,
- b. gewährleistet die wirksame Ausübung der sozialen Grundrechte und Prinzipien und insbesondere das Recht, Tarifverträge auszuhandeln, abzuschließen und durchzusetzen sowie kollektive Maßnahmen zu ergreifen,
- c. schützt insbesondere Arbeitnehmer, indem sie das Recht von Arbeitnehmern und Gewerkschaften anerkennt, sich für den Schutz von bestehenden Standards als auch für die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen von Arbeitnehmern in der Union auch über bisher bestehende (Mindest-)Standards hinaus einzusetzen, insbesondere gegen unfairen Wettbewerb zu kämpfen und Gleichbehandlung von Arbeitnehmern unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit oder irgendeinem sonstigen Grund zu fordern,
- d. gewährleistet, dass Verbesserungen beibehalten werden und verhindert jeden Rückschritt im Hinblick auf bereits bestehende sekundäre Gesetzgebung.

2. Die Mitgliedstaaten und/oder die Sozialpartner

- a. werden nicht daran gehindert, strengere Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu treffen, die mit den Verträgen vereinbar sind,
- b. verhindern im Fall der Umsetzung sekundären Unionsrechts jeden Rückschritt im Hinblick auf ihr nationales Recht unbeschadet des Rechts der Mitgliedstaaten, im Licht von sich ändernden Umständen, unterschiedliche Rechtsvorschriften oder vertragliche Bestimmungen näher festzulegen, die das Unionsrecht und das Ziel des sozialen Fortschritts beachten.

Artikel 3 [Das Verhältnis zwischen Grundrechten und wirtschaftlichen Freiheiten]

1. Keine Vertragsbestimmung und insbesondere weder wirtschaftliche Freiheiten noch Wettbewerbsregeln haben Vorrang vor den sozialen Grundrechten wie sie in Artikel 2 definiert werden. Im Fall eines Konflikts gehen die sozialen Grundrechte vor.

2. Wirtschaftliche Freiheiten können nicht so ausgelegt werden als ob damit Unternehmen das Recht gewährt würde, zu bezwecken oder zu bewirken, dass nationale Sozial- oder Beschäftigungsgesetze und -gepflogenheiten nicht angewandt oder umgangen werden oder Sozialdumping auszuüben.

3. Wirtschaftliche Freiheiten, wie sie in den Verträgen festgelegt sind, müssen so ausgelegt werden, dass sie die Ausübung von sozialen Grundrechten nicht verletzen wie sie in den Mitgliedstaaten und vom Unionsrecht anerkannt sind, einschließlich des Rechts Tarifverträge auszuhandeln, abzuschließen und durchzusetzen sowie zu kollektiven Maßnahmen, und dass sie die Autonomie der Sozialpartner nicht verletzen, wenn sie diese Grundrechte in der Verfolgung sozialer Interessen oder dem Schutz der Arbeitnehmer ausüben.

Artikel 4 [Zuständigkeiten]

Für den Zweck der Gewährleistung des sozialen Fortschritts wird die Union erforderlichenfalls nach den Bestimmungen der Verträge, einschließlich des (Artikels 308 EG-Vertrag) Artikels 352 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, tätig.

Dieser Vorschlag ist in Deutschland vor allem von der Fraktion DIE LINKE im deutschen Bundestag aufgegriffen worden mit dem Ziel, die Bundesregierung durch einen Beschluss des Bundestages zu veranlassen, das Protokoll zum Gegenstand der nächsten Vertragsverhandlungen im Europäischen Rat zu machen.² Der Antrag wurde aber nach einer Expertenanhörung im Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union mehrheitlich abgelehnt.³ Allerdings sieht der Koalitionsvertrag der die neue deutsche Bundesregierung tragenden Parteien nunmehr vor, dass sich die Bundesregierung für die Gleichrangigkeit der sozialen Grundrechte und der Grundfreiheiten einsetzen wird.⁴

² BT-Drucks. 17/902 v. 3. 3. 2010.

³ BT-Drucks. 17/4773 v. 14. 2. 2011.

⁴ Deutschlands Zukunft gestalten. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 164.

Die Untersuchung soll auf der Grundlage der folgenden Fragstellungen die möglichen rechtlichen Wirkungen dieses Protokolls analysieren und ggf. alternative Vorschläge erarbeiten:

1. Ist die Aufnahme des Sozialprotokolls in Gestalt des vorliegenden Entwurfs in das Primärrecht der Union geeignet, die Rechtsprechung des EuGH zu modifizieren? Diese Frage ist exemplarisch anhand der Rechtssachen Viking, Laval, Ruffert, Kommission/Bundesrepublik Deutschland zu erörtern.
2. Soweit das Protokoll geeignet wäre, eine Modifikation der Rechtsprechung zu bewirken: Wie ist die rechtliche Wirkung des Protokolls darüber hinaus europarechtspolitisch gerade auch im Zusammenhang mit den im Rahmen der Eurokrise getroffenen Maßnahmen zu würdigen? Empfehlen sich vor dem Hintergrund einer solchen Würdigung Korrekturen des Entwurfs?
3. Soweit das Protokoll nicht geeignet wäre, eine Modifikation der Rechtsprechung zu bewirken: Welche Regelungen empfehlen sich als wirksame Alternative, sei es innerhalb eines Sozialprotokolls, sei es auf der Grundlage eines alternativen Regelungsansatzes etwa in der Form unmittelbarer Änderung der primärrechtlichen Vorschriften über die wirtschaftlichen Grundfreiheiten, das Wettbewerbsrecht oder in der Grundrechte-Charta? Wie könnte ein solcher alternativer Regelungsansatz aussehen?

B. Rechtliche Würdigung

Die rechtswissenschaftliche Bewertung des vorgeschlagenen Protokolls setzt zunächst eine Analyse der vier einschlägigen Entscheidungen des EuGH speziell unter dem Aspekt voraus, wie der Gerichtshof das Verhältnis zwischen Binnenmarktrechten und den kollektiven Maßnahmen zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte argumentativ behandelt (I.). Da drei der vier Entscheidungen vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ergangen sind, ist in einem zweiten Schritt, *de lege lata*, zunächst zu fragen, ob und inwieweit das nunmehr geltende Recht Veränderungen der Rechtsprechung erwarten lässt (II.). Sodann werden, *de lege ferenda*, die möglichen Rechtswirkungen des Protokolls untersucht und alternative Lösungsvorschläge unterbreitet (III.). Abschließend wird dann auf den notwendigen Ausbau der sozialen Dimension der Wirtschafts- und Währungsunion eingegangen (IV.).

I. Einschlägige Rechtsprechung des EuGH

1. EuGH, Rs. C-438/05 v. 11. 12. 2007 (Viking)

a) Sachverhalt

Im Fall Viking⁵ ging es um einen klassischen Fall transnationaler Lohnkonkurrenz.⁶ Das finnische Fährunternehmen Viking Line betrieb sieben Schiffe, die unter finnischer Flagge auf dem Seeweg zwischen Tallinn (Estland) und Helsinki (Finnland) verkehrten. Sie stand insoweit im Wettbewerb mit estnischen Unternehmen, die auf derselben Linie verkehrten, ihre Transportleistungen aufgrund der geringeren Lohnkosten aber wesentlich preiswerter anbieten konnten.⁷ Viking plante daher, eines seiner Schiffe umzuflaggen und in Estland registrieren zu lassen, um mit der dortigen Gewerkschaft einen günstigeren

⁵ EuGH, Urt. v. 11. 12. 2007, Rs. C-438-08 (Viking Line).

⁶ Vgl. typologisch F. Rödl, Transnationale Lohnkonkurrenz: ein neuer Eckpfeiler der „sozialen“ Union, in: A. Fischer-Lescano/F. Rödl/C. Schmid (Hrsg.), Europäische Gesellschaftsverfassung, 2009, S. 145 (152 ff.).

⁷ Zu diesem verbreiteten Phänomen der Umflaggung, die nicht nur der Umgehung nationaler Sozial-, sondern auch Umweltstandards dient, E. M. Tscherner, Arbeitsbeziehungen und europäische Grundfreiheiten, 2012, S. 142 f.

Tarifvertrag abschließen zu können. Es ging also darum, die transnationale Lohnkonkurrenz durch Standortverlagerung auszunutzen, mithin nicht um einen Fall der Arbeitnehmerentsendung.

Als Reaktion auf diese Entscheidung übersandte die Internationale Transportarbeiter-Gewerkschaft ITF ihren Mitgliedsgewerkschaften ein Rundschreiben, in dem sie diese anwies, mit Viking keine Verhandlungen zu führen; von den angeschlossenen Gewerkschaften wurde erwartet, dass sie diese Empfehlung getreu dem Grundsatz der gewerkschaftlichen Solidarität und zur Vermeidung von ihnen bei Nichtbeachtung des Rundschreibens drohenden Sanktionen (bis hin zum Ausschluss aus der ITF) befolgten. Die finnische Mitgliedsgewerkschaft FSU forderte Viking daher auf, dass Arbeitnehmer auch nach einer Umflaggung auf der Grundlage des finnischen Rechts und des geltenden Tarifvertrages zu beschäftigen seien, und drohte widrigenfalls mit Streik.

Viking verpflichtete sich daraufhin in einem Güteverfahren zunächst, dass die Umflaggung nicht zu Entlassungen führen werde. Es wollte indes von seinem Vorhaben nicht Abstand nehmen und erhob vor dem Londoner Handelsgericht⁸ Klage mit der Begründung, dass das Rundschreiben der ITF und die angekündigten Streikmaßnahmen der FSU gegen ihre Niederlassungsfreiheit (nunmehr Art. 49 AEUV) verstießen. Das Gericht gab dem Unternehmen Recht, ein dagegen angerufenes Berufungsgericht legte die Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vor.

b) Entscheidungsgründe

Der EuGH bejaht einen Verstoß der Maßnahmen der ITF und der FSU gegen die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV). Die Begründung besteht im Wesentlichen aus drei Elementen:⁹

aa) Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten

Der EuGH betont zunächst, dass die Niederlassungsfreiheit nicht nur für staatliches Recht, sondern auch für Regelwerke anderer Art gelte, die die abhängige Erwerbstätigkeit, die selbständige Arbeit und die Erbringung von Dienstleis-

⁸ Zu dessen Zuständigkeit nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 60 Abs. 1 sowie Art. 6 Nr. 1 EuGVVO A. *Junker*, Standortverlagerung und Niederlassungsfreiheit – das Rosella-Verfahren vor dem EuGH, EWS 2007, 49 (50).

⁹ Vgl. auch den Schlussantrag von GA Maduro v. 23. 5. 2007, Rs. C-438/05, Rn. 20 ff. (Viking Line)

tungen kollektiv regeln sollen.¹⁰ Er knüpft damit an seine ständige Rechtsprechung an, die jedenfalls die kollektive private Rechtsetzung am Maßstab der Grundfreiheiten misst, und zwar namentlich im Sportbereich.¹¹ Die Begründung lautet auch hier:

„Da die Arbeitsbedingungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten teilweise durch Gesetze oder Verordnungen und teilweise durch Tarifverträge und sonstige Maßnahmen, die von Privatpersonen geschlossen bzw. vorgenommen werden, geregelt sind, bestünde die Gefahr, dass eine Beschränkung der in den genannten Artikeln vorgesehenen Verbote auf Maßnahmen der öffentlichen Gewalt bei ihrer Anwendung zu Ungleichheiten führen würde.“¹²

Man kann über diese Begründung und überhaupt über die Drittwirkung der Grundfreiheiten zwar trefflich streiten, weil der EuGH undifferenziert privates, grundrechtlich geschütztes Handeln mit staatlichen Eingriffen gleichsetzt und damit auch die Systematik der Verträge, der die Unterscheidung zwischen staatlichem und privatem Handeln zugrunde liegt, überspielt.¹³ Auch im Schrifttum sind die Meinungen geteilt.¹⁴ Allerdings ist kaum zu erwarten, dass der Gerichtshof seine in mittlerweile 40 Jahren etablierte Rechtsprechung zur Bindung der sog. intermediären Gewalten an die Grundfreiheiten wieder aufgeben wird. An der grundsätzlichen Bindung auch der Gewerkschaften an die Grundfreiheiten führt damit auf absehbare Zeit kein Weg vorbei.

bb) Anwendbarkeit auf kollektive Maßnahmen

Damit ist allerdings die Frage noch nicht beantwortet, ob die konkreten kollektiven Maßnahmen in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten fallen.

¹⁰ EuGH, Urt. v. 11. 12. 2007, Rs. C-438/05, Rn. 33 (Viking Line).

¹¹ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 12. 12. 1974, Rs. 36/74, Rn. 16/19 (Walrave); Urt. v. 15. 12. 1995, Rs. C- 415/93, Rn. 82 ff. (Bosman) und Urt. v. 13. 4. 2000, Rs. C-176/96, Rn. 9 f. (Lehtonen und Castors Braine).

¹² EuGH, Urt. v. 11. 12. 2007, Rs. C-438/05, Rn. 34 (Viking Line).

¹³ Vgl. zu Kritik bereits *T. Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, S. 192 ff.; speziell im hiesigen Zusammenhang *J. Heuschmid*, Der Arbeitskampf im EU-Recht, in: *W. Däubler* (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 11 Rn. 97 f. und *S. Kamanabrou*, Arbeitsrecht im Binnenmarkt, EuZA 2010, 157 (171).

¹⁴ Vgl. für Nachweise etwa *W. Frenz*, Handbuch Europarecht Bd.1 (Europäische Grundfreiheiten), 2. Aufl. 2012, Rn. 346 ff.; *T. Kingreen*, in: *C. Calliess/M. Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 34–36 AEUV Rn. 113.

(1) Kein genereller Anwendbarkeitsausschluss

Es gibt zunächst zwei mögliche Ansätze, kollektive Maßnahmen im Arbeitsrecht generell von der Anwendung der Grundfreiheiten auszunehmen.

Eher schwach ist das – gleichwohl immer wieder bemühte¹⁵ – erste Argument, Art. 153 Abs. 5 AEUV entziehe der Union die Kompetenz zur Harmonisierung des kollektiven Arbeitsrechts. Das ist zwar richtig, weshalb namentlich der 2012 vorgelegte und alsbald wieder zurückgezogene Vorschlag der sog. Monti II-Verordnung zur Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit keine Rechtsgrundlage gehabt hätte.¹⁶ Die fehlende Rechtsetzungskompetenz der Union ändert aber nichts daran, dass die Mitgliedstaaten an das materielle Unionsrecht gebunden sind; die Grundfreiheiten gelten ja gerade für die Fälle mitgliedstaatlicher Kompetenzzusübung. Zu Recht hat der EuGH dieses Argument daher zurückgewiesen,¹⁷ wobei allerdings hinzuzufügen ist, dass die grundsätzliche Bindung an die Grundfreiheiten den EuGH nicht daran gehindert hätte, einen weniger strengen Prüfungsmaßstab anzulegen.¹⁸

Nicht durchgreifend war auch das zweite Argument gegen die Anwendung der Grundfreiheiten auf kollektive arbeitsrechtliche Maßnahmen. Dieses knüpfte an der Albany-Rechtsprechung des EuGH zur Bindung von Tarifverträgen an das europäische Kartellrecht (Art. 101 ff. AEUV) an. In der Entscheidung Albany¹⁹ war es um die Frage gegangen, ob die Pflichtmitgliedschaft von Unternehmen in einem Betriebsrentensystem mit den unionsrechtlichen Wettbewerbsregeln vereinbar war. Der EuGH hob hier hervor, dass das Unionsrecht nicht nur auf Wettbewerbsschutz ausgerichtet sei, sondern auch die Verfolgung sozialpolitischer Ziele anerkenne.²⁰ Mit Tarifverträgen zwischen Organisationen, die Arbeitgeber und Arbeitnehmer vertreten, seien „zwangsläufig gewisse den Wettbewerb beschränkende Wirkungen verbunden“.²¹ Jedoch sei die Erreichung der mit derartigen Verträgen angestrebten sozialpolitischen Ziele ernsthaft gefähr-

¹⁵ Im Verfahren Viking Line etwa von Dänemark, ferner etwa *W. Däubler*, ITF-Aktionen gegen Billig-Flaggen-Schiffe – im Widerspruch zum EG-Recht?, AuR 2008, 409 (411 f.).

¹⁶ Vgl. dazu noch unten III. 3. a).

¹⁷ EuGH, Urt. v. 11. 12. 2007, Rs. C-438/05, Rn. 39 ff. (Viking Line).

¹⁸ Dazu *J. Heuschmid*, Der Arbeitskampf im EU-Recht, in: *W. Däubler* (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 11 Rn. 143 (Evidenzkontrolle).

¹⁹ EuGH, Urt. v. 21. 9. 1999, Rs. C-67/96 (Albany); vgl. ferner EuGH, Urt. v. 21. 9. 1999, Rs. C-115/97 bis C-117/97 (Brentjens) und Urt. v. 21. 9. 1999, Rs. C-219/97 (Drijvende Bokken).

²⁰ EuGH, Urt. v. 21. 9. 1999, Rs. C-67/96, Rn. 54 ff. (Albany).

²¹ EuGH, Urt. v. 21. 9. 1999, Rs. C-67/96, Rn. 59 (Albany).

det, wenn für die Sozialpartner bei der gemeinsamen Suche nach Maßnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen das europäische Kartellrecht (hier: Art. 101 Abs. 1 AEUV) Anwendung fände.²² Aus einer Gesamtschau der sozialpolitischen Bestimmungen des (damaligen) EG-Vertrages folgte der EuGH daher, dass „die im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern im Hinblick auf diese Ziele geschlossenen Verträge aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht unter Artikel 85 Abs. 1 des Vertrages (heute: Art. 101 Abs. 1 AEUV, T.K.)“ fallen.²³

Die in der Albany-Entscheidung angestellten Erwägungen zur Nichtanwendbarkeit des Kartellrechts lassen sich nun aber nach Ansicht des EuGH nicht auf die Grundfreiheiten übertragen.²⁴ Es lasse sich nicht sagen, dass mit der Wahrnehmung der Koalitionsbetätigungsfreiheit zwangsläufig eine gewisse Beeinträchtigung der Grundfreiheiten verbunden sei.²⁵ Der Umstand, dass eine Vereinbarung oder Tätigkeit dem Anwendungsbereich der Vertragsbestimmungen über den Wettbewerb entzogen sei, habe nicht zur Folge, dass diese Vereinbarung oder Tätigkeit auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten liege. Die Bestimmungen gehorchten jeweils eigenen Anwendungsvoraussetzungen.²⁶ Der EuGH beruft sich insoweit auch auf frühere Entscheidungen, in denen Tarifverträge an den Vertragsbestimmungen über die Freizügigkeit gemessen worden sind.²⁷

Die Nichtanwendung der Albany-Rechtsprechung im Bereich der Grundfreiheiten wird zwar in der Literatur kritisiert.²⁸ Allerdings darf man nicht übersehen, dass die Tatbestände von Art. 101 Abs. 1 AEUV einerseits und Art. 49 Abs. 1 AEUV grundlegende Unterschiede aufweisen. Art. 101 Abs. 1 AEUV setzt tatbestandlich die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs voraus. Da aber Tarifverträge kollektive Vereinbarungen über Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen enthalten, verhindern sie insoweit individuelle Absprachen und einen Wettbewerb hinsichtlich dieser Bedingungen. Ein Tarifvertrag dient mit anderen Worten funktional stets dazu, Wettbewerb aus sozial- oder ordnungspolitischen Überlegungen auszuschließen. Bei den Grundfreiheiten geht es hingegen nicht um die rechtliche Qualifizierung des den

²² EuGH, Urt. v. 21. 9. 1999, Rs. C-67/96, Rn. 59 (Albany).

²³ EuGH, Urt. v. 21. 9. 1999, Rs. C-67/96, Rn. 60 (Albany).

²⁴ EuGH, Urt. v. 11. 12. 2007, Rs. C-438/05, Rn. 51 (Viking Line).

²⁵ EuGH, Urt. v. 11. 12. 2007, Rs. C-438/05, Rn. 52 (Viking Line).

²⁶ EuGH, Urt. v. 11. 12. 2007, Rs. C-438/05, Rn. 53 (Viking Line).

²⁷ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 15. 1. 1998, Rs. C-15/96, Rn. 30 (Schöning-Kougebetopoulou).

²⁸ J. Heuschmid, Der Arbeitskampf im EU-Recht, in: W. Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 11 Rn. 101.

Wettbewerb beschränkenden Akteurs (Unternehmen) und auch nicht um dessen Handeln. Ihre Perspektive sind vielmehr die Träger der Grundfreiheiten, also die potenziell durch den Ausschluss des Wettbewerbs Benachteiligten: Art. 49 Abs. 1 AEUV schützt, wie alle Grundfreiheiten, ein bestimmtes Rechtsgut (Ware, Dienstleistung etc.), nicht, wie das Kartellrecht, den Wettbewerb als Institution. Die Grundfreiheiten gewährleisten grenzüberschreitende Mobilität, die aber durch einen Tarifvertrag nicht so zwangsläufig verhindert wird wie der Wettbewerb.²⁹ Denn der Tarifvertrag gilt grundsätzlich auch für mobile Arbeitnehmer und Selbständige, die aus ihrem Herkunftsstaat in den Zielstaat und damit den räumlichen Anwendungsbereich des Tarifvertrages wechseln. Außerdem ging es in den kartellrechtlichen Fällen um die gemeinsame Ausübung des Grundrechts auf Tarifautonomie und (damit) den Schutz von Tarifverträgen, während die Gewerkschaften in Viking von ihrem Grundrecht auf kollektive Kampfmaßnahmen gerade gegen die Arbeitgeber Gebrauch machten. Zwar ist es naheliegend, dass die Arbeitgeberseite das Viking-Urteil in Arbeitskämpfen politisch-strategisch für sich verbuchen wird. Für die rechtswissenschaftliche Ausgangsfrage der Anwendbarkeit der Grundfreiheiten ist aber maßgebend, dass diese – anders als dies im Kartellrecht der Fall wäre – aufgrund ihrer andersartigen Struktur und Zielsetzung den tarifvertraglichen Aushandlungsprozess nicht grundsätzlich in Frage stellen.³⁰

(2) Anwendbarkeit auf nicht-regelnde Maßnahmen

Nur am Rande geht der EuGH darauf ein, dass es im Fall Viking, anders als in den bisherigen Drittwirkungsfällen, nicht um kollektive Rechtsetzung (also vor allem nicht um Tarifverträge) ging, sondern um tatsächliche Verhaltensweisen (Rundschreiben durch die ITF, Streikandrohung durch die FSU).³¹ Er hält diese Maßnahmen für „untrennbar mit dem Tarifvertrag“³² verbunden und meint, sie deshalb mit diesem gleichsetzen zu können. Akzeptiert man die für die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten angeführte Begründung des EuGH, dass privatverbandliches Handeln die Grundfreiheiten ebenso gefährden kann

²⁹ S. Kamanabrou, *Arbeitsrecht im Binnenmarkt*, EuZA 2010, 157 (167).

³⁰ T. Kingreen/B. Pieroth/K. Haghgu, *Tarifverträge als Bereichsausnahme des Europäischen Vergaberechts*, NZA 2009, 870 (875); anders etwa J. Heuschmid, *Der Arbeitskampf im EU-Recht*, in: W. Däubler (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, 3. Aufl. 2011, § 11 Rn. 101.

³¹ J. Heuschmid, *Der Arbeitskampf im EU-Recht*, in: W. Däubler (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, 3. Aufl. 2011, § 11 Rn. 95; F. Rödl, *Transnationale Lohnkonkurrenz: ein neuer Eckpfeiler der „sozialen“ Union*, in: A. Fischer-Lescano/F. Rödl/C. Schmid (Hrsg.), *Europäische Gesellschaftsverfassung*, 2009, S. 145 (156).

³² EuGH, Urt. v. 11. 12. 2007, Rs. C-438/05, Rn. 36, 60–63 (Viking Line).

wie staatliche Maßnahmen, so ist diese Gleichsetzung konsequent. Denn mit Blick auf diese Gefährdungslagen kommt es nicht darauf an, ob regelnd oder faktisch gehandelt wird.

cc) Keine Rechtfertigung durch das Grundrecht der Koalitionsbetätigungsfreiheit

Der EuGH bejaht sodann einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit. Die Maßnahmen der FSU und der ITF hätten zur Folge, dass Viking anders als die estnischen Unternehmen keine Tarifverhandlungen mit den estnischen Gewerkschaften führen könne; umgekehrt seien nur die finnischen Gewerkschaften befugt, Tarifverhandlungen mit Viking zu führen. Letztlich führe das dazu, dass Viking sich in Estland nicht niederlassen könne.³³ Es handelt sich also um eine (zumindest mittelbare) Diskriminierung, so dass insoweit die Debatte, ob die Grundfreiheiten nur Gleichheits- oder auch Freiheitsrechte sind, keine Rolle spielt.³⁴

Der eigentliche Knackpunkt der Entscheidung ist die Rechtfertigungsprüfung. Hier stößt das Recht auf grundsätzlich unbeschränkte Niederlassung in der Europäischen Union auf die sozialen, gegen die Standortverlagerung gerichteten Schutzinteressen der Arbeitnehmer.³⁵ Die Möglichkeit der Niederlassung in anderen Mitgliedstaaten möchte die transnationale Lohnkonkurrenz nutzen, was die nunmehr durch Art. 28 GRCh garantierten Kollektivmaßnahmen der Gewerkschaft und ihres Dachverbandes gerade verhindern sollen. Nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 EUV sind die Grundrechte als Bestandteil des Primärrechts normhierarchisch gleichrangig mit den Grundfreiheiten. Dementsprechend erkennt der EuGH das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme, die den Schutz der Arbeitnehmer zum Ziel hat, als berechtigtes Interesse an, das den Eingriff in die Niederlassungsfreiheit grundsätzlich rechtfertigen kann. Er betont in diesem Zusammenhang auch, dass die Tätigkeit der Union nicht nur einen Binnenmarkt, sondern auch eine Sozialpolitik umfasst, dass m. a. W. die Union nicht nur eine ökonomische, sondern auch eine soziale Zielrichtung hat.³⁶ Es wäre also falsch, dem EuGH den Vorwurf zu machen, einem generellen Vorrang transnationaler ökonomischer Freiheit vor sozialen Rechten das Wort

³³ EuGH, Urt. v. 11. 12. 2007, Rs. C-438/05, Rn. 68 ff. (Viking Line).

³⁴ Grundsätzliche Kritik insoweit an der EuGH-Rechtsprechung: T. Kingreen, Grundfreiheiten, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 705 (727 ff.).

³⁵ Treffend auf den Punkt gebracht von GA Maduro, Schlussantrag v. 23. 5. 2007, Rs. C-438/05, Rn. 57 ff.

³⁶ EuGH, Urt. v. 11. 12. 2007, Rs. C-438/05, Rn. 78 f. (Viking Line).

zu reden: Beide sind grundsätzlich gleichwertig.³⁷ Allenfalls kann man kritisieren, dass die Koalitionsbetätigungsfreiheit (Art. 28 GRCh) in der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht mehr eigenständig auftaucht, sondern in der üblichen Prüfung der „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“³⁸ aufgeht.³⁹

Mithin kommt es auf eine die Besonderheiten des Einzelfalls berücksichtigende Verhältnismäßigkeitsprüfung an: auf die „Schlüselfrage“, „wozu kollektive Maßnahmen eingesetzt und wie weit sie gehen dürfen.“⁴⁰ Der EuGH überlässt deren Beantwortung zwar grundsätzlich dem vorlegenden Gericht, gibt ihm aber doch recht detaillierte Vorgaben an die Hand. Die Streikandrohung der FSU sei zwar als „Maßnahme zum Schutz der Arbeitsplätze und der Arbeitsbedingungen der Gewerkschaftsmitglieder, die vom Umfliegen [...] betroffen sein können“, grundsätzlich legitim. Allerdings könne das nur gelten, wenn diese Arbeitsplätze tatsächlich gefährdet seien. Das ist hier problematisch, weil Viking zugesichert hatte, gerade keine Arbeitnehmer zu entlassen.⁴¹ Im Hinblick auf das ITF-Rundschreiben äußert der EuGH Zweifel an der Verhältnismäßigkeit insoweit, als es nicht auf die konkreten Arbeitsbedingungen in dem betroffenen Mitgliedstaat (also Estland) abstelle, sondern generell allen Gewerkschaften (also selbst in einem Hochlohnland) Tarifverhandlungen mit Viking untersage.⁴² Es sind also jeweils die Besonderheiten des Einzelfalls, die nach Ansicht des EuGH Zweifel an der Verhältnismäßigkeit der kollektiven Maßnahmen begründen. In der Regel sind aber Streiks auch gegen Standortverlagerungen nach wie vor zulässig.⁴³ Insoweit betont der EuGH unter Hinweis auf die EGMR-Rechtsprechung, dass „kollektive Maßnahmen sowie Tarifverhandlungen und Tarifverträge unter den besonderen Umständen einer Rechtssache

³⁷ GA Trstenjak, Schlussantrag v. 14. 4. 2010, Rs. C-271/08, Rn. 186 ff. (Kommission/Deutschland); ferner etwa *F. Bayreuther*, Das Verhältnis zwischen dem nationalen Streikrecht und der EU-Wirtschaftsverfassung, *EuZA* 2008, 395 (400); *S. Kamanabrou*, Arbeitsrecht im Binnenmarkt, *EuZA* 2010, 157 (170).

³⁸ Vgl. zur Kritik an den ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen *T. Kingreen*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl., Art. 34–36 AEUV Rn. 84 f.

³⁹ *F. Rödl*, Transnationale Lohnkonkurrenz: ein neuer Eckpfeiler der „sozialen“ Union, in: A. Fischer-Lescano/F. Rödl/C. Schmid (Hrsg.), *Europäische Gesellschaftsverfassung*, 2009, S. 145 (157); vgl. auch *A. Bückner*, Die Rosella-Entscheidung des EuGH zu gewerkschaftlichen Maßnahmen gegen Standortverlagerungen: der Vorhang zu und viele Fragen offen, *NZA* 2008, 212 (215 f.).

⁴⁰ GA Maduro, Schlussantrag v. 23. 5. 2007, Rs. C-438/05, Rn. 60 (Viking Line).

⁴¹ Näher EuGH, Urt. v. 11. 12. 2007, Rs. C-438/05, Rn. 80–83 (Viking Line).

⁴² EuGH, Urt. v. 11. 12. 2007, Rs. C-438/05, Rn. 88 f. (Viking Line).

⁴³ *W. Däubler*, ITF-Aktionen gegen Billig-Flaggen-Schiffe – im Widerspruch zum EG-Recht?, *AuR* 2008, 409 (416); *M. Kania*, Betriebsverlagerungen ins Ausland als Weg aus der Krise?, *ZESAR* 2010, 112 (117).

eines der Hauptmittel der Gewerkschaften zum Schutz der Interessen ihrer Mitglieder sein können.“⁴⁴

Der EuGH stellt also nicht in Abrede, dass kollektive Maßnahmen, auch Streiks, ein legitimes Mittel sind, um die auf Erhalt ihrer Arbeitsplätze gerichteten Interessen der Arbeitnehmer durchzusetzen. Das Kernproblem bestand hier nicht darin, dass die Gewerkschaft versucht hat, durch kollektive Maßnahmen die Standortverlagerung zu verhindern – das ist, wie GA Maduro treffend feststellt – ein auch bei Standortverlagerungen innerhalb eines Mitgliedstaates nicht unübliches und zulässiges Mittel.⁴⁵ EuGH und Generalanwalt wandten sich aber dagegen, dass ein Unternehmen, das seinen Standort ohne den Abbau von Arbeitsplätzen bereits verlagert hat, daran gehindert wird, Leistungen in dem Mitgliedstaat zu erbringen, in dem es zuvor ansässig war.⁴⁶

Die Entscheidung Viking Line beinhaltet daher auch keinen Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten.⁴⁷ Der entscheidende Unterschied zur in diesem Zusammenhang regelmäßig herangezogenen Entscheidung Schmidberger bestand in der *Personen- und Produktneutralität*:⁴⁸ Die Blockade des Brenners hatte nicht den Zweck, den Handel mit Waren einer bestimmten Art oder Herkunft zu beeinträchtigen.⁴⁹ Der EuGH unterscheidet diesen Fall deutlich von demjenigen der französischen Landwirte, die gezielt Obst- und Gemüsetransporte aus Spanien überfallen hatten, um ein Preisdumping zu verhindern.⁵⁰ Darin sah der EuGH, wie auch jetzt wieder im Fall Viking, einen Frontalangriff auf die Grundwerte des Gemeinsamen Marktes. Gerade in Fällen der gezielten Torpedierung der Mobilität bestimmter Personen oder Produkte wendet der EuGH eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung an. Kollektive Maßnahmen hingegen, die in einem allgemeineren Sinn bestimmte Allgemeininteressen (wie im Brenner-Fall den Umweltschutz) verfolgen, lassen sich hingegen leichter rechtfertigen. Ein sol-

⁴⁴ EuGH, Urt. v. 11. 12. 2007, Rs. C-438/05, Rn. 86 (Viking Line).

⁴⁵ GA Maduro, Schlussantrag v. 23. 5. 2007, Rs. C-438/05, Rn. 67.

⁴⁶ GA Maduro, Schlussantrag v. 23. 5. 2007, Rs. C-438/05, Rn. 62, 67.

⁴⁷ Das wird aber verbreitet so gesehen, vgl. etwa F. Rödl, Transnationale Lohnkonkurrenz: ein neuer Eckpfeiler der „sozialen“ Union, in: A. Fischer-Lescano/F. Rödl/C. Schmid (Hrsg.), Europäische Gesellschaftsverfassung, 2009, S. 145 (156 ff.).

⁴⁸ Hier lässt sich eine Parallele zur Rechtsprechung des BVerfG zu den „allgemeinen Gesetzen“ i. S. v. Art. 5 Abs. 2 GG ziehen: Allgemein sind nur Gesetze, die meinungsneutral ausgestaltet sind und der Verfolgung bestimmter Gemeinwohlziele dienen, vgl. dazu B. Pieroth/B. Schlink/T. Kingreen/R. Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 29. Aufl. 2013, Rn. 632 ff.

⁴⁹ Vgl. EuGH, Urt. v. 12. 6. 2003, Rs. C-112/00, Rn. 85 f. (Schmidberger).

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 9. 12. 1997, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich).

ches Allgemeininteresse ist selbstverständlich auch der Arbeitnehmerschutz, dem die Gewerkschaften grundsätzlich durch kollektive Maßnahmen zur Durchsetzung verhelfen dürfen. Solche Maßnahmen sollen nur unverhältnismäßig sein, wenn, wie im Extremfall Viking Line, gezielt ein einzelnes Unternehmen boykottiert wird.

Man kann damit als Zwischenfazit festhalten, dass der EuGH in der Entscheidung Viking das Recht der Gewerkschaften auf kollektive Maßnahmen auch dann anerkennt, wenn diese die Grundfreiheiten beeinträchtigen. Der Gemeinsame Markt ist nicht geschaffen worden, um einen Wettbewerb um Arbeitskosten auszulösen,⁵¹ und die Grundfreiheiten sind dementsprechend kein Vehikel zur Ausnutzung transnationaler Lohnkonkurrenz. Das Unionsrecht verbietet es den Gewerkschaften jedenfalls nicht, auch mit Streiks gegen Standortverlagerungen vorzugehen, die dazu führen, dass Arbeitsplätze abgebaut werden. Über den hier vergleichsweise geringen Gestaltungsspielraum und das Ergebnis der einzelfallbezogenen Verhältnismäßigkeitsprüfung kann man zwar streiten, zumal die Frage in den Mitgliedstaaten durchaus unterschiedlich beantwortet wird. Das Bundesarbeitsgericht hat diese Frage in seiner Entscheidung zum Tarifsozialplan ausdrücklich offen gelassen, und im deutschen Schrifttum ist die Frage umstritten.⁵² In einigen anderen Mitgliedstaaten wären derartige Streiks durchaus zulässig.⁵³ Wichtig ist aber, dass der Entscheidung keine grundsätzliche Aussage zur Präponderanz der Grundfreiheiten gegenüber der Koalitionsbetätigungsfreiheit (Art. 28 GRCh) zu entnehmen ist.

2. EuGH, Rs. C-341/05 v. 18. 12. 2007 (Laval)

a) Sachverhalt

Anders als bei Viking ging es im Fall Laval⁵⁴ um den zweiten Typus transnationaler Lohnkonkurrenz: um Arbeitnehmer des lettischen Bauunternehmens

⁵¹ F. Rödl, Arbeitsverfassung, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 855 (867); vgl. auch A. Somek, Sozialpolitik in Europa: Von der Domestizierung zur Entwaffnung, EuR Beiheft 1/2013, 49 (67): „Wenn eines von den Gründern der EWG ausgeschlossen werden wollte, dann transnationale Lohnkonkurrenz.“

⁵² BAG, NZA 2007, 987 ff.; für die Zulässigkeit: W. Däubler, Zulässige und unzulässige Streiks, in W. Däubler (Hrsg.) Arbeitskampsrecht, 3. Aufl. 2011, § 13 Rn. 40 ff.; dagegen: S. Fischinger, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, 2006, S. 32 ff.

⁵³ Rechtsvergleichend: J. Heuschmid, Mitentscheidung durch Arbeitnehmer – ein europäisches Grundrecht?, 2009, S. 130 ff.

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 18. 12. 2007, Rs. C-341/05 (Laval).

Laval, die zur Errichtung einer Schule im schwedischen Vaxholm auf eine Baustelle der Baltic, einer 100%igen Tochterfirma von Laval in Schweden entsandt wurden. Da es in Schweden keinen gesetzlichen Mindestlohn und auch keine Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen gab, verlangten die schwedischen Gewerkschaften von Laval den Abschluss eines Tarifvertrages bzw. den Beitritt zum bestehenden Tarifvertrag (der vor allem einen Mindestlohn vorsah). Laval schloss hingegen nach dem Scheitern der Verhandlungen in Schweden einen Tarifvertrag mit einer lettischen Gewerkschaft ab, bei der die meisten der nach Schweden entsandten Arbeitnehmer beschäftigt waren. Die schwedische Gewerkschaft leitete daraufhin, nach schwedischem Recht zulässige, kollektive Maßnahmen in Gestalt von Blockaden ein: Es wurden Streikposten aufgestellt und den lettischen Arbeitnehmern und Fahrzeugen der Zugang zur Baustelle verwehrt. Hinzu traten Solidaritätsaktionen anderer Gewerkschaften, später wurde angekündigt, alle Baustellen von Laval in Schweden zu blockieren. Die Gemeinde Vaxholm trat schließlich vom Vertrag mit der Baltic zurück, kurze Zeit später wurde diese für insolvent erklärt.

Laval erhob Klage vor einem schwedischen Arbeitsgericht mit dem Ziel, die Rechtswidrigkeit der kollektiven Maßnahmen festzustellen und Ersatz für die erlittenen Schäden zu erhalten. Das Arbeitsgericht legte dem EuGH mehrere Fragen vor, wobei es im Wesentlichen darum ging, ob die Gewerkschaft befugt war, Laval zum Abschluss eines Tarifvertrages auf schwedischem Niveau zu verpflichten und dafür ggf. auch zu streiken.

b) Entscheidungsgründe

Anders als für Standortverlagerungen existiert für die Entsendung von Arbeitnehmern mit der Entsende-Richtlinie 96/71/EG⁵⁵ sekundäres Unionsrecht, das der EuGH in die Prüfung der hier einschlägigen Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) einbezieht, weil die Richtlinie selbst zwischen Privaten nicht unmittelbar anwendbar ist.⁵⁶

⁵⁵ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997, Nr. L 18 S. 1.

⁵⁶ Das Verhältnis zwischen Primär- und Sekundärrecht ist hier allerdings alles andere als klar, denn es entsteht der Eindruck, dass der EuGH das grundsätzliche Verbot der Horizontalwirkung von Richtlinien durch die „Hochzonung“ der Problematik ins Primärrecht umgeht. Näher zum Verhältnis zwischen Dienstleistungsfreiheit und Entsende-Richtlinie E. M. Tscherner, *Arbeitsbeziehungen und europäische Grundfreiheiten*, 2012, S. 283 ff.

Die Entsende-Richtlinie regelt die Anwendung von arbeitsrechtlichen Bestimmungen der Mitgliedstaaten auf die Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmern, die von einem in einem Mitgliedstaat ansässigen Arbeitgeber zur Erbringung von Dienstleistungen in einen anderen Mitgliedstaat entsandt werden (Art. 1 RL 96/71/EG). Allerdings harmonisiert sie die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nicht. Sie hindert also die Mitgliedstaaten ausweislich ihres 12. Erwägungsgrundes nicht daran, ihre Gesetze oder die von den Sozialpartnern abgeschlossenen Tarifverträge auf sämtliche Personen anzuwenden, die – auch nur vorübergehend – in ihrem Hoheitsgebiet beschäftigt werden, selbst wenn ihr Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist.⁵⁷ Die Mitgliedstaaten müssen aber dafür sorgen, dass die in ihren Rechts-/Verwaltungsvorschriften oder die in für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen geregelten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen auch auf entsandte Arbeitnehmer angewendet werden (Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG).⁵⁸

Das Problem des Falles bestand nun darin, dass einige Vorschriften des einschlägigen (aber nicht für allgemeinverbindlich erklärten) schwedischen Bataarifvertrages günstiger waren als das aufgrund der Entsende-Richtlinie anwendbare schwedische Gesetzesrecht. Es stellte sich daher die Frage, ob die schwedische Gewerkschaft berechtigt war, auch diese Bedingungen durch kollektive Maßnahmen durchzusetzen. Nach Art. 3 Abs. 7 RL 96/71/EG steht zwar u. a. Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG solchen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nicht entgegen, die für die Arbeitnehmer günstiger sind. Dem Wortlaut der Vorschrift lässt sich aber die einschlägige Vergleichsgruppe für diesen Günstigkeitsvergleich nicht entnehmen:⁵⁹ Ist damit gemeint, dass auch solche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen durchgesetzt werden können, die über den gesetzlichen oder allgemeinverbindlichen tarifvertraglichen Standard im Aufnahmeland (also in Schweden) hinausgehen? Diese Ansicht hatten namentlich Generalanwälte Mengozzi und Bot vertreten.⁶⁰ Oder handelt es sich bei Art. 3 Abs. 7 RL 96/71/EG um eine kollisionsrechtliche Norm, die in den Entsendungsfällen nur das anwendbare Recht festlegt, indem es besagt, dass die über die RL 96/71/EG erstreckten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Aufnahmestaat das zulässige Höchstniveau für die entsandten Arbeitnehmer darstellen?

⁵⁷ Vgl. in diesem Sinne bereits EuGH, Urt. v. 27. 3. 1990, Rs. C-113/89, Rn. 18 (Rush Portuguesa).

⁵⁸ Art. 3 Abs. 8 RL 96/71/EG bleibt außer Betracht, weil er für Schweden irrelevant ist.

⁵⁹ Vgl. für Nachweise zum diesbezüglichen Meinungsstreit vor der Laval-Entscheidung E. M. Tscherner, *Arbeitsbeziehungen und europäische Grundfreiheiten*, 2012, S. 203, 266 ff.

⁶⁰ GA Mengozzi, *Schlussantrag v. 23. 5. 2007*, Rs. C-341/05, Rn. 198 (Laval); GA Bot, *Schlussantrag v. 20. 9. 2007*, Rs. C-346/06, Rn. 83 ff. (Rüffert).

Für diese letztere Variante entscheidet sich der EuGH: Art. 3 Abs. 7 RL 96/71EG erlaube es dem Aufnahmemitgliedstaat nicht, die Erbringung einer Dienstleistung in seinem Hoheitsgebiet davon abhängig zu machen, dass Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen eingehalten werden, die über die zwingenden Bestimmungen dieses Staates hinausgehen.⁶¹ Nur die Einhaltung dieser Bestimmungen können die Gewerkschaften ggf. durch kollektive Maßnahmen durchsetzen. Nachdem diese Prüfung abgeschlossen ist, wendet sich der EuGH wieder dem eigentlichen Prüfungsmaßstab, der Dienstleistungsfreiheit, zu.⁶² Insofern enthält die Entscheidung gegenüber dem Urteil Viking allerdings nichts Neues: Der EuGH betont die Bedeutung der Koalitionsbetätigungsfreiheit (Art. 28 GRCh), die aber im konkreten Fall vor allem aufgrund des vorstehend skizzierten Verständnisses der Entsende-Richtlinie zurücktreten muss. Nationale Maßnahmen, die über den durch die Entsende-Richtlinie in Verbindung mit dem nationalen Recht fixierten Standard hinausgehen, dürften daher regelmäßig gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoßen.⁶³

Im Schrifttum wird die Laval-Entscheidung dahingehend interpretiert, dass die Entsende-Richtlinie nicht eine Mindest-, sondern eine Vollharmonisierung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen i. S. v. Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG bewirke: Sie gebe nicht nur einen Mindeststandard vor, der nicht unterschritten, wohl aber überschritten werden darf, sondern regele abschließend das Schutzniveau der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, für das Gewerkschaften ggf. auch mit kollektiven Maßnahmen eintreten dürfen.⁶⁴ Dazu ist zu sagen, dass die Richtlinie zwar die betroffenen Mindestarbeits- und Beschäftigungsbedingungen in ihrem Art. 3 Abs. 1 S. 1 lit. a)–g) abschließend festlegt, aber über das Schutzniveau selbst nichts sagt. Sie schreibt zwar fest, welche mitgliedstaatlichen Regelungen auf entsandte Arbeitnehmer angewendet werden müssen, überlässt es den Mitgliedstaaten bzw. den Tarifvertragsparteien aber, wie sie diese Standards inhaltlich ausgestalten. Die Richtlinie bewirkt eine Harmonisierung der Mindestarbeitsbedingungen also nicht selbst, sondern nur durch die Bezugnahme auf das nationale Gesetzes- und für das in Bezug genommene

⁶¹ EuGH, Urt. v. 18. 12. 2007, Rs. C-341/05, Rn. 80 f. (Laval).

⁶² EuGH, Urt. v. 18. 12. 2007, Rs. C-341/05, Rn. 86 ff. (Laval).

⁶³ E. M. Tscherner, Arbeitsbeziehungen und europäische Grundfreiheiten, 2012, S. 208.

⁶⁴ Vgl. für diese Interpretation etwa J. Heuschmid, Der Arbeitskampf im EU-Recht, in: W. Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 11 Rn. 82; F. Rödl, Transnationale Lohnkonkurrenz: ein neuer Eckpfeiler der „sozialen“ Union, in: A. Fischer-Lescano/F. Rödl/C. Schmid (Hrsg.), Europäische Gesellschaftsverfassung, 2009, S. 145 (153); C. U. Schmid, Vom effet utile zum effet neoliberal. Eine Kritik des neuen juristischen Expansionismus des EuGH, in: A. Fischer-Lescano/F. Rödl/C. Schmid (Hrsg.), Europäische Gesellschaftsverfassung, 2009, S. 33 (50); E. M. Tscherner, Arbeitsbeziehungen und europäische Grundfreiheiten, 2012, S. 203, 266 ff.

Tarifvertragsrecht, von dem Abweichungen nach oben für entsandte Arbeitnehmer nicht mehr zulässig sein sollen.

Das Problem im Fall Laval bestand also darin, dass es die von den Gewerkschaften eingeforderten Schutzstandards in Schweden in der nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 RL 96/71/EG erforderlichen Allgemeinverbindlichkeit nicht gab und der EuGH Art. 3 Abs. 7 RL 96/71/EG nicht im Sinne einer gleichwohl bestehenden Gestaltungsfreiheit der Tarifvertragsparteien interpretiert hat. Nur deshalb durfte Laval nicht verpflichtet werden, dem Tarifvertrag beizutreten und nur deshalb durfte die Gewerkschaft keine diesbezüglichen Maßnahmen ergreifen.⁶⁵ Zwar könnte man einwenden, dass sich dieses Problem durch gesetzliche Regelungen und/oder die Allgemeinverbindlicherklärung des einschlägigen Tarifvertrages lösen lassen könnte; geschieht dies nicht, sind eben Maßnahmen, die über den so definierten Standard hinausgehen, illegitim.⁶⁶ Ein solcher Einwand missachtet aber die schwedische Tradition einer Gestaltung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen durch die Sozialpartner unter weitgehendem Ausschluss des Staates; dementsprechend gibt es in Schweden das Institut der Allgemeinverbindlicherklärung nicht.⁶⁷ Letztlich zwingt die Interpretation des EuGH Mitgliedstaaten wie Schweden zu staatlicher Mitwirkung bei der Gestaltung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen (entweder durch Rechtsetzung oder Allgemeinverbindlicherklärung), weil anders die nach Unionsrecht zulässigerweise durch kollektive Maßnahmen durchsetzbaren Minimalstandards nicht implementiert werden können. Außerdem läuft die Reduktion von Art. 3 Abs. 7 RL 96/71/EG auf eine internationalprivatrechtliche Norm dem Ziel der Richtlinie, einen „fairen Wettbewerb“ (Erwägungsgrund 5) im europäischen Dienstleistungsrecht zu schaffen, tendenziell entgegen, weil sie trotz geltender Tarifverträge eine Konkurrenz um die preiswertesten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Zielstaat ermöglicht.⁶⁸

Man kann damit festhalten, dass die Interpretation von Art. 3 Abs. 7 RL 96/71/EG durch den EuGH angreifbar ist, weil sie eine transnationale Lohnkonkurrenz ermöglicht, die dem Ziel eines fairen Wettbewerbs im Binnenmarkt widerspricht. Auch das spricht aber noch nicht dafür, dass der EuGH die

⁶⁵ Zu den schadensersatzrechtlichen Folgen in Schweden *N. Reich*, Laval „Vierter Akt“, EuZW 2010, 454 ff.

⁶⁶ So etwa *J. Jousen*, Schritte zum europäischen Streikrecht – die Entscheidung Laval, ZESAR 2008, 333 (338).

⁶⁷ EuGH, Urt. v. 18. 12. 2007, Rs. C-341/05, Rn. 7 (Laval).

⁶⁸ *F. Rödl*, Transnationale Lohnkonkurrenz: ein neuer Eckpfeiler der „sozialen“ Union, in: *A. Fischer-Lescano/F. Rödl/C. Schmid* (Hrsg.), Europäische Gesellschaftsverfassung, 2009, S. 145 (153 f.).

Grundfreiheiten und ihre sekundärrechtlichen Ausprägungen pauschal über die Koalitionsbetätigungsfreiheit stellt. Angezeigt sind aber auf diesen Einzelfall bezogene Änderungen in der Entsende-Richtlinie.⁶⁹

3. EuGH, Rs. C-346/06 v. 3. 4. 2008 (Rüffert)

Auf die Entscheidung Laval folgten zwei weitere Entscheidungen des EuGH zur Entsende-Richtlinie: neben der nachfolgend näher zu behandelnden Entscheidung Rüffert das Urteil Kommission/Luxemburg,⁷⁰ in dem es um mehrere Umsetzungsmängel Luxemburgs im Hinblick auf die Entsende-Richtlinie ging, die aber so speziell sind, dass sie für den vorliegenden Zusammenhang außer Betracht bleiben können.

a) Sachverhalt

Der Entscheidung Rüffert⁷¹ lag ein letztlich mit Laval vergleichbares Rechtsproblem zugrunde, wenn auch in vergaberechtlicher Einkleidung. Das deutsche Bundesland Niedersachsen hatte nach öffentlicher Ausschreibung mit einem Bauunternehmen einen Vertrag über Rohbauarbeiten für den Bau eines Gefängnisses in Göttingen abgeschlossen. Da das niedersächsische Landesrecht vorsah, dass die Vergabe öffentlicher Bauaufträge die Abgabe und Einhaltung von Tariftreueerklärungen voraussetzt, enthielt der Werkvertrag die Verpflichtung zur Einhaltung der Tarifverträge, insbesondere die Verpflichtung, den auf der Baustelle eingesetzten Arbeitnehmern mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zu zahlen. Das Unternehmen setzte zur Durchführung der Arbeiten ein in Polen ansässiges Nachunternehmen ein, das Arbeiter unterhalb dieses Tariflohns beschäftigte. Daraufhin wurden die abgeschlossenen Werkverträge u. a. wegen Verstoßes gegen die Tariftreuepflicht gekündigt. Das Unternehmen ging insolvent; zum Insolvenzverwalter wurde Dirk Rüffert bestellt.

Das OLG Celle legte dem EuGH die Frage vor, ob die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) einer gesetzlichen Verpflichtung zur Einhaltung eines tarifvertraglich festgelegten Lohns bei öffentlichen Aufträgen entgegensteht.

⁶⁹ Dazu unten. III 3. b) aa).

⁷⁰ EuGH, Urt. v. 19. 6. 2008, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg); vgl. ferner noch EuGH, Urt. v. 7. 10. 2010, Rs. C-515/08 (Santos Palhota).

⁷¹ EuGH, Urt. v. 3. 4. 2008, Rs. C-346/06 (Rüffert).

b) Entscheidungsgründe

In der Entscheidung Rüffert kam es, ebenso wie bei Laval, wieder darauf an, ob das deutsche Recht Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen enthält, deren Einhaltung durch das Landesvergaberecht durchgesetzt werden durfte. Maßstab ist wiederum die durch die Entsende-Richtlinie geprägte Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV).

Generalanwalt Bot hatte, noch vor der Entscheidung Laval, die Ansicht vertreten, die Entsende-Richtlinie normiere lediglich einen Mindeststandard, über den die Mitgliedstaaten nach Art. 3 Abs. 7 RL 96/71/EG im Einzelfall hinausgehen dürften. Der für allgemeinverbindlich erklärte einschlägige Tarifvertrag im Baugewerbe sehe zwar einen Mindestlohn vor, erlaube jedoch auch höhere Lohnvereinbarungen in anderen Kollektivverträgen oder in Individualvereinbarungen. Tatsächlich gab es diese Vereinbarungen, die zwar nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden waren, die aber nach Ansicht des Generalanwaltes wegen Art. 3 Abs. 7 RL 96/71/EG maßgebend auch für entsandte Arbeitnehmer und daher auch Grundlage einer Tariftreueerklärung sein dürfen.⁷²

Nach der Entscheidung Laval war klar, dass der EuGH dieser, durchaus nachvollziehbaren,⁷³ Interpretation von Art. 3 Abs. 7 RL 96/71/EG nicht folgen würde. Das Landesvergabegesetz lege selbst keinen Mindestlohnsatz fest und könne daher nicht als Rechtsvorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 RL 96/71/EG angesehen werden. Gleiches gelte für den vom allgemeinverbindlichen Mindestlohntarifvertrag abweichenden regionalen Tarifvertrag, da dieser nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden war. Aus Art. 3 Abs. 7 RL 96/71/EG ergebe sich nichts anderes, weil die Vorschrift nur ein Günstigkeitsprinzip zwischen Aufnahme- und Herkunftsstaat aufstelle.⁷⁴

Die Rüffert-Entscheidung zeigt, dass Art. 3 RL 96/71/EG in Entsendungsfällen nicht nur die Gewerkschaften, sondern auch die öffentliche Hand daran hindert, über den allgemeinverbindlichen Mindeststandard hinausgehende Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen vorzuschreiben. Im Übrigen gilt für sie das gleiche wie für Laval: Über die Auslegung der Entsende-Richtlinie als vollharmonisierender Rechtsakt lässt sich zwar streiten.⁷⁵ Aus ihr kann aber nicht abgeleitet

⁷² GA Bot, Schlussantrag v. 20. 9. 2007, Rs. C-346/06, Rn. 85 ff. (Rüffert).

⁷³ Vgl. oben 2. b).

⁷⁴ EuGH, Urt. v. 3. 4. 2008, Rs. C-346/06, Rn. 24 ff., 32 f. (Rüffert); zustimmend etwa U. Becker, Anmerkung, JZ 2008, 891 (892).

⁷⁵ Vgl. oben 2. b).

werden, dass nunmehr Tariftreueerklärungen generell unzulässig wären.⁷⁶ Denn die Einhaltung von Tarifverträgen, die für allgemeinverbindlich erklärt worden sind, darf auch im Vergabeverfahren weiterhin verlangt werden.⁷⁷ Insofern greift als Rechtfertigung für den Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) der Rechtfertigungsgrund „Schutz der autonomen Ordnung des Arbeitslebens durch Koalitionen“, den der EuGH in der Ruffert-Entscheidung, soweit ersichtlich, erstmals, wenn auch eher beiläufig erwähnt,⁷⁸ der aber für die Thematik von herausgehobener Bedeutung ist.⁷⁹ Ferner können, wie es in Deutschland 2009 mit dem Gesetz zur Festsetzung der Mindestarbeitsbedingungen⁸⁰ geschehen ist, derartige Bedingungen auch gesetzlich vorgeschrieben werden, wenn tarifvertragliche Regelungen nicht in Betracht kommen.

4. EuGH, Rs. C-271/08 v. 15. 7. 2010 (Kommission/Deutschland)

a) Sachverhalt

Gegenstand dieses Vertragsverletzungsverfahrens⁸¹ war die Praxis der kommunalen Arbeitgeber, Versicherungsdienstleistungen über die betriebliche Altersvorsorge in Form der Entgeltumwandlung ohne europaweite Ausschreibung an einen bestimmten tarifvertraglich festgelegten Kreis von Anbietern von Versicherungsleistungen zu vergeben.

Arbeitnehmer haben nach § 1a Abs. 1 BetrAVG einen Rechtsanspruch gegenüber ihrem Arbeitgeber auf eine betriebliche Altersversorgung in Gestalt der sog. Entgeltumwandlung. Beruhen die Entgeltansprüche auf einem Tarifvertrag (sog. Tarifentgelt), kann für diese eine Entgeltumwandlung nach § 17 Abs. 5 BetrAVG nur vorgenommen werden, wenn und soweit dies durch Tarifvertrag vorgesehen oder durch Tarifvertrag zugelassen ist: Der Abschluss des Tarifvertrages ist also in diesem Fall konstitutiv für die Entstehung des Anspruchs auf Entgeltumwandlung. Nach § 17 Abs. 3 BetrAVG kann insoweit von einigen Regelungen des BetrAVG in Tarifverträgen abgewichen werden. Dahinter steckt die Überlegung, dass Tarifverträge das Ergebnis eines Interessenausgleichs zwischen den Sozialpartnern sind und der Gesetzgeber daher darauf vertraut,

⁷⁶ So aber wohl tendenziell *F. Bayreuther*, Tariftreue vor dem Aus. Konsequenzen der Ruffert-Entscheidung des EuGH für die Tariflandschaft, NZA 2008, 626 ff.

⁷⁷ *A. Hänlein*, Das Ruffert-Urteil des EuGH zum Gebot der „Tariftreue“ bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, ZESAR 2008, 275 (280).

⁷⁸ EuGH, Urt. v. 3. 4. 2008, Rs. C-346706, Rn. 41 (Ruffert).

⁷⁹ GA Trstenjak, Schlussantrag v. 14. 4. 2010, Rs. C-271/08, Rn. 198 (Kommission/Deutschland).

⁸⁰ BGBl I, 118.

⁸¹ EuGH, Urt. v. 15. 7. 2010, Rs. C-271/08 (Kommission/Deutschland).

dass die Interessen der Arbeitnehmer auf diese Weise angemessen berücksichtigt werden. Insbesondere kann die Auswahl des Versorgungsträgers tarifvertraglich geregelt und damit die Wahlmöglichkeit des Arbeitgebers nach § 1a BetrAVG eingegrenzt werden.⁸² In der Praxis gibt es in allen Branchen Tarifverträge, die eine Entgeltumwandlung vorsehen,⁸³ so auch der Tarifvertrag zwischen der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände und der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di (TV-EUmw/VKA). § 6 des Tarifvertrags enthielt die von der Kommission angegriffene Regelung: Nach Satz 1 war die Entgeltumwandlung im Rahmen der durch das Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung vorgesehenen Durchführungswege vorbehaltlich der Sätze 2 und 3 bei öffentlichen Zusatzversorgungseinrichtungen durchzuführen. Nach Satz 2 konnte der Arbeitgeber im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung nach Satz 1 auch von der Sparkassen-Finanzgruppe oder den Kommunalversicherern angebotene Durchführungswege bestimmen. Satz 3 sah vor, dass durch landesbezirklichen Tarifvertrag bei Bedarf abweichende Regelungen zu den Sätzen 1 und 2 getroffen werden können.

Die europäische Kommission sah in dieser tarifvertraglichen Festlegung des Kreises der zulässigen Anbieter einen Verstoß insbesondere gegen Art. 8 i. V. m. den Abschnitten III. bis IV. der Vergaberichtlinie RL 92/50/EWG (jetzt Art. 8 RL 2004/18/EG).

b) Entscheidungsgründe

Die wesentliche Frage, die der EuGH zu klären hatte, war die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf zwischen den Sozialpartnern ausgehandelte Tarifverträge.⁸⁴

Der EuGH betont auch hier zunächst die (verfassungs-)rechtliche Bedeutung des Rechts auf Kollektivverhandlungen im europäischen Unionsrecht. Dabei ist besonders hervorzuheben, dass anders als bei den drei zuvor besprochenen Entscheidungen der Lissabon-Vertrag bereits in Kraft getreten war. Zwar war er auf den konkreten Fall *ratione temporis* noch nicht anwendbar.⁸⁵ Dennoch erwähnt der EuGH nicht nur Art. 28 GRCh, sondern erstmals auch Art. 52 Abs. 6 GRCh, der dazu verpflichtet, bei der Auslegung der Grundrechte der Charta die

⁸² Vgl. *W. Blomeyer/C. Rolfs/K. Otto*, Betriebsrentengesetz. Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, 5. Aufl. 2010, § 1a Rn. 62, 67.

⁸³ Vgl. *W. Blomeyer/C. Rolfs/K. Otto*, Betriebsrentengesetz. Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, 5. Aufl. 2010, § 17 Rn. 228.

⁸⁴ EuGH, Urt. v. 15. 7. 2010, Rs. C-271/08, Rn. 36 ff. (Kommission/Deutschland).

⁸⁵ GA Trstenjak, Schlussantrag v. 14. 4. 2010, Rs. C-271/08 (Kommission/Deutschland).

einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten zu berücksichtigen. Ebenfalls zum ersten Mal bezieht er sich auf Art. 152 AEUV, wonach die Union die Rolle der Sozialpartner auf der Ebene der Union unter Berücksichtigung der Unterschiedlichkeit der nationalen Systeme anerkennt und fördert.⁸⁶

Ebenso bemerkenswert ist allerdings, dass alle diese Normen nichts daran ändern, dass das Vergaberecht anwendbar ist:

„Der Grundrechtscharakter des Rechts auf Kollektivverhandlungen und die sozialpolitische Zielsetzung des TV-EUmw/VKA als Ganzes gesehen können als solche die kommunalen Arbeitgeber jedoch nicht ohne Weiteres der Verpflichtung entheben, die Erfordernisse aus den Richtlinien 92/50 und 2004/18 zu beachten, mit denen die Niederlassungsfreiheit und der freie Dienstleistungsverkehr im öffentlichen Auftragswesen durchgeführt werden.“⁸⁷

Der EuGH begründet dies mit seiner Rechtsprechung in den Rechtssachen Viking und Laval, weil er das Vergaberecht als sekundärrechtliche Konkretisierung namentlich der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) ansieht. Dementsprechend betont er, dass auch insoweit ein Ausgleich zwischen den kollidierenden Positionen nach Maßgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu erfolgen habe.⁸⁸ Gerade weil er das Vergaberecht in den Kontext der Grundfreiheiten rückt, kann er die Albany-Rechtsprechung,⁸⁹ die Tarifverträge mit dem „Zwangsläufigkeits-Argument“ unter bestimmten Voraussetzungen⁹⁰ vom Anwendungsbereich des Kartellrechts ausgeschlossen hatte, auch hier für irrelevant erklären. Es lasse sich nicht sagen, „dass mit der Wahrnehmung der Freiheit der Sozialpartner selbst und des Rechts auf Kollektivverhandlungen zwangsläufig eine Beeinträchtigung der Richtlinien verbunden wäre, die dem Schutz der Niederlassungsfreiheit und des freien Verkehrs von Dienstleistungen im öffentlichen Auftragswesen dienen.“⁹¹

Ebenfalls noch unter dem Aspekt der Anwendbarkeit des Vergaberechts behandelt der EuGH sodann die Frage, „wie die Erfordernisse im Zusammenhang mit der Verwirklichung des im vorliegenden Fall von den Tarifvertragsparteien verfolgten sozialpolitischen Ziels“ mit den vergaberechtlichen Erfordernissen in

⁸⁶ EuGH, Urt. v. 15. 7. 2010, Rs. C-271/08, Rn. 38–40 (Kommission/Deutschland).

⁸⁷ EuGH, Urt. v. 15. 7. 2010, Rs. C-271/08, Rn. 41 (Kommission/Deutschland).

⁸⁸ EuGH, Urt. v. 15. 7. 2010, Rs. C-271/08, Rn. 42–44 (Kommission/Deutschland).

⁸⁹ Dazu bereits oben 1. b) bb).

⁹⁰ Dazu GA Trstenjak, Schlussantrag v. 14. 4. 2010, Rs. C-271/08, Rn. 54 ff. (Kommission/Deutschland).

⁹¹ EuGH, Urt. v. 15. 7. 2010, Rs. C-271/08, Rn. 47 (Kommission/Deutschland).

Einklang zu bringen sind. Insoweit gesteht er immerhin zu, dass Tarifverträge die Funktion haben, gemeinsame Lösungen unter Berücksichtigung der jeweiligen Interessen der Sozialpartner zu entwickeln. Im konkreten Fall ermöglichte der Tarifvertrag die gemeinsame Auswahl der für die Abwicklung der betrieblichen Altersversorgung zuständigen Versorgungsträger.⁹² Ohne diese Frage leider näher zu vertiefen, weist der EuGH aber darauf hin, „dass es möglich ist, die Anwendung der Verfahren zur Auftragsvergabe mit der Anwendung der Mechanismen in Einklang zu bringen, die sich u. a. im deutschen Sozialrecht herausgebildet haben und die innerhalb der betroffenen kommunalen Behörden oder Betriebe die Beteiligung der Arbeitnehmer oder ihrer Vertreter an der Entscheidung über die Auswahl des oder der Träger gewährleisten, die mit der Durchführung der Entgeltumwandlung betraut werden“; die Bundesrepublik Deutschland habe das in der mündlichen Verhandlung auch nicht bestritten.⁹³ Das überrascht schon deshalb, weil der EuGH wenige Jahre zuvor in der Entscheidung *van der Woude* unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Albany-Rechtsprechung deutlich gemacht hatte, dass die Tarifvertragsparteien autonom über eine freiwillige Zusatzkrankenversicherung für ihre Beschäftigten unter Einschluss der Auswahl des Versicherungsunternehmens entscheiden können.⁹⁴

Ertragreicher für die Klärung des Verhältnisses zwischen Koalitionsbetätigungsfreiheit und Vergaberecht ist der Schlussantrag der Generalanwältin Trstenjak. Die Generalanwältin hebt die vergaberechtliche Ausgangsfrage zunächst auf die Ebene des Primärrechts und thematisiert sie dort als Konflikt zwischen Grundfreiheit und Grundrecht.⁹⁵ Die mit der Vorentscheidung zugunsten bestimmter Versorgungsträger erfolgte Einschränkung der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit könne durch das „Grundrecht auf Kollektivverhandlungen und das Grundrecht der Tarifautonomie“ gerechtfertigt werden, „wenn diese Vorauswahl der Versorgungsträger geeignet und erforderlich war, um freiwillige und unabhängige Verhandlungen über die Beschäftigungsbedingungen zwecks Abschluss eines Tarifvertrags zu ermöglichen und wenn die dadurch bedingte Verletzung der Grundfreiheiten in einem angemessenen Verhältnis zu der Verwirklichung dieser Ziele stand.“⁹⁶ Dabei konzentriert sie sich vor allem auf die Erforderlichkeit und hier auf die Frage, ob eine andere Lösung konsensfähig gewesen wäre, die dem Unionsrecht besser entspreche; insoweit habe der

⁹² EuGH, Urt. v. 15. 7. 2010, Rs. C-271/08, Rn. 51, 54 (Kommission/Deutschland).

⁹³ EuGH, Urt. v. 15. 7. 2010, Rs. C-271/08, Rn. 55 (Kommission/Deutschland).

⁹⁴ EuGH, Urt. v. 21. 9. 2001, Rs. C-222/98, Rn. 26 (*van der Woude*).

⁹⁵ GA Trstenjak, Schlussantrag v. 14. 4. 2010, Rs. C-271/08, Rn. 200 ff. (Kommission/Deutschland).

⁹⁶ GA Trstenjak, Schlussantrag v. 14. 4. 2010, Rs. C-271/08, Rn. 206 ff. (Kommission/Deutschland).

EuGH allerdings „mit größter Umsicht“ vorzugehen.⁹⁷ Gemessen an diesem hohen Anspruch ist ihr Vorschlag aber vergleichsweise schlicht: Denkbar sei eine Regelung, nach der die Entgeltumwandlung bei dem Versorgungsträger durchzuführen wäre, die von den kommunalen Arbeitgebern im Einklang mit den Vergaberichtlinien auszuwählen wären.⁹⁸ Den Einwand der Bundesrepublik Deutschland, dass die rein tarifvertragliche Ausgestaltung vor allem dazu diene, den Arbeitnehmern hinreichenden Einfluss auf die Auswahlentscheidung einzuräumen, kontert sie damit, dass Vergabeverfahren auch dem Interesse der Arbeitnehmer daran diene, ein möglichst kostengünstiges Angebot für die Entgeltumwandlung zu erhalten.⁹⁹ Das muss man wohl so verstehen, dass Vergabeverfahren besser zur Entscheidungsfindung geeignet sein sollen als Tarifverträge, dass also wettbewerbliche Auswahlverfahren konsensualen Verhandlungsverfahren vorzuziehen seien. Derartige Argumente sind eher geeignet, das Misstrauen der Sozialpartner und namentlich der Arbeitnehmervertreter gegen ein vermeintlich den sozialen Frieden gefährdendes Binnenmarktrecht zu perpetuieren.

Letztlich beantworten weder der EuGH noch die Generalanwältin die Kardinalfrage, wie beide Tarifvertragsparteien in Auswahlentscheidungen eines Vergabeverfahrens einbezogen werden sollen. Vergabeverfahren auf der einen und Tarifverhandlungen auf der anderen Seite sind unterschiedliche Wege, um zu Entscheidungen zu gelangen. Der Wettbewerb als Marktlenkungsinstrument folgt dabei anderen Regeln als Tarifverhandlungen. Im Vergabeverfahren wird das wirtschaftlichste Angebot gesucht, im Rahmen von Tarifverhandlungen die Lösung, auf die sich die Sozialpartner unter Verfolgung und Durchsetzung ihrer jeweiligen Interessen einigen können. Die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die Tarifvertragsvereinbarungen im öffentlichen Dienst wird beiden Seiten und damit insgesamt der Funktion der Tarifvertragsautonomie nicht gerecht: Der kommunale Arbeitgeber ist insoweit Tarifvertragspartei, nicht öffentlicher Auftraggeber, der seine Marktmacht bei der Beschaffung von Leistungen missbrauchen könnte. Der Arbeitnehmerseite wird hingegen die Entscheidung über eine bedeutsame Frage ihrer eigenen Altersversorgung nur deshalb aus der Hand genommen, weil sie das Pech hat, dass die Gegenseite an das Vergaberecht gebunden ist: Würde man das Vergaberecht anwenden, könnten die kommunalen Arbeitgeber mit der Arbeitnehmerseite nur noch eine

⁹⁷ GA Trstenjak, Schlussantrag v. 14. 4. 2010, Rs. C-271/08, Rn. 211 (Kommission/Deutschland).

⁹⁸ GA Trstenjak, Schlussantrag v. 14. 4. 2010, Rs. C-271/08, Rn. 215 (Kommission/Deutschland).

⁹⁹ GA Trstenjak, Schlussantrag v. 14. 4. 2010, Rs. C-271/08, Rn. 223 (Kommission/Deutschland).

Vereinbarung über eine Ausschreibung treffen, während sie die Auswahl des Versorgungsträgers einem Vergabeverfahren überlassen müssten – ein Verfahren, auf das die eigentlich betroffenen Arbeitnehmer keinen Einfluss mehr haben. Das belegt, dass Tarifvertragsverhandlungen keine Verwaltungsverfahren zur Beschaffung von Waren und Dienstleistungen und daher vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgeschlossen werden sollten.¹⁰⁰

5. Zwischenzeit

a) Die eigentliche Konfliktlinie: Nationale Regulierung contra transnationale Mobilität

Die vier vorstehend analysierten Entscheidungen zeichnen sich dadurch aus, dass die von den Sozialpartnern wahrgenommene Koalitionsbetätigungsfreiheit jeweils hinter den Grundfreiheiten und deren sekundärrechtlichen Konkretisierungen zurücktreten musste. Eine Fixierung auf diese vier Entscheidungen kann zu dem Schluss führen, dass das europäische Unionsrecht den ökonomischen Liberalismus den sozialen Schutzinteressen und den Kompetenzen der Sozialpartner vorordnet.

Mit dieser Kritik ist die heutige Europäische Union seit jeher konfrontiert. Im politischen Zentrum der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft hatte der Binnenmarkt gestanden, für dessen Durchsetzung vor allem die Kommission und der EuGH verantwortlich zeichneten. Die „technokratische Selbstbeschränkung auf den wirtschaftlichen Bereich“¹⁰¹, die maßgeblich durch eine sehr offensive, die Schwäche der legislativen Rechtsangleichung kompensierende Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Grundfreiheiten vorangetrieben wurde,¹⁰² war allerdings stets getragen von der funktionalistischen Spill-Over-Idee, dass „Fortschritte bei der wirtschaftlichen Integration mit parallelen Fortschritten auf anderen Gebieten einhergehen“, wie es später im 7. Erwägungsgrund der Präambel zum EU-Vertrag hieß.¹⁰³

Als Ausprägung dieses ganzheitlichen Ansatzes, der die wirtschaftliche in den Dienst der (sozial-)politischen Integration stellt, kann auch die Rechtsprechung

¹⁰⁰ T. Kingreen/B. Pieroth/K. Haghgu, Tarifverträge als Bereichsausnahme des Europäischen Vergaberechts, NZA 2009, 870 (875 f.); ebenso etwa C. Koenig/R. Pfromm, Ausschreibungspflicht bei Entgeltumwandlung?, ZTR 2006, 19 (22).

¹⁰¹ T. Oppermann/C. D. Classen/M. Nettesheim, Europarecht, 5. Aufl. 2011, § 4 Rn. 28.

¹⁰² T. Kingreen, Grundfreiheiten, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 705 (710 ff.).

¹⁰³ Interdisziplinär angelegte Übersicht über die Integrationstheorien bei R. Bieber/A. Epiney/M. Haag, Die Europäische Union, 10. Aufl. 2012, § 1 Rn. 41.

des EuGH in anderen Bereichen verstanden werden. Auffällig ist hier zunächst, dass der EuGH seit Beginn der 90er Jahre unter dem Einfluss einer zunehmenden Politisierung der europäischen Daseinsvorsorge die Bedeutung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Bereich seiner kartell- und beihilferechtlichen Rechtsprechung deutlicher profiliert und das Wettbewerbsziel dementsprechend stärker als zuvor zurücktreten lässt.¹⁰⁴ Bisweilen überraschend ist ferner, wie weitgehend der EuGH Sozialversicherungsmonopole und -oligopole dadurch von der Bindung an das Kartellrecht (Art. 101 AEUV) freistellt, dass er sie ungeachtet einer wettbewerblichen Ausrichtung des jeweiligen Systems nicht als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne ansieht.¹⁰⁵

Besonders bemerkenswert sind aber zwei Rechtsprechungslinien zur grenzüberschreitenden Ausdehnung sozialer Rechte, die 1998 in einem Abstand von nur zwei Wochen begonnen haben. In der sog. Kohll/Decker-Rechtsprechung hat der EuGH das zuvor nur für Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen geltende Recht der grenzüberschreitenden Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen dadurch generalisiert, dass er unmittelbar aus der Warenverkehrs- und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 34, 56 AEUV) einen Anspruch auf grundsätzlich diskriminierungsfreie Inanspruchnahme dieser Leistungen abgeleitet hat.¹⁰⁶ Konzeptionelle Grundlage dieser Rechtsprechung war ein gegenüber den Personenverkehrsfreiheiten erweiterter Schutzbereich der Produktverkehrsfreiheiten (Art. 34, 56 AEUV): Geschützt ist nicht nur der Leistungserbringer, sondern auch der jeweilige Empfänger einer Ware oder Dienstleistung, also nicht nur ein sog. Marktbürger, sondern jedermann. Die in dieser Rechtsprechungslinie bereits angelegte Idee der Sozialbürgerschaft hat der EuGH dann zwei Wochen später mit der Martínez-Sala-Rechtsprechung ausgebaut: Aus der Trias Art. 18 Abs. 1, 20 Abs. 1, 21 Abs. 1 AEUV leitet der EuGH ab, dass jeder Unionsbürger, der sich rechtmäßig im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates aufhält, grundsätzlich Anspruch auf Gewährung der Inländern zustehenden Sozialleistungen hat.¹⁰⁷ Beide Rechtsprechungslinien eint ein Prinzip, das der transnatio-

¹⁰⁴ Paradigmatisch sind hier die Entscheidungen EuGH, Urt. v. 19. 5. 1993, Rs. C-320/81 (Corbeau) zum heutigen Art. 106 AEUV und EuGH, Urt. v. 24. 7. 2003, Rs. C-280/00 (Altmark Trans) zum jetzigen Art. 107 Abs. 1 AEUV. Zur Analyse dieser als „Tendenzverschiebung“ gedeuteten Entwicklung etwa M. Ruffert, *Völkerrechtliche Impulse und Rahmen des europäischen Verfassungsrechts*, in: M. Fehling/M. Ruffert (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, 2010, § 3 Rn. 67 ff.

¹⁰⁵ EuGH, Urt. v. 16. 3. 2004, Rs. C-264/01 (AOK-Bundesverband u. a.); Urt. v. 11. 7. 2006, Rs. C-205/03 (Fenin); Urt. v. 5. 3. 2009, Rs. C-350/07 (Kattner).

¹⁰⁶ EuGH, Urt. v. 28. 4. 1998, Rs. C-120/95 (Decker) und vom gleichen Tag Rs. C-158/96 (Kohl).

¹⁰⁷ EuGH, Urt. v. 12. 5. 1998, Rs. C-85/96 (Martínez Sala); ferne etwa Urt. v. 20. 9. 2001, Rs. C-184/99 (Grzelczyk).

nalen Integration.¹⁰⁸ Jeweils geht es um grenzüberschreitende soziale Teilhabe: Beitragszeiten im Ausland sollen für die Bemessung der Rente genauso behandelt werden wie inländische, für die Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen im Ausland sollen die gleichen Voraussetzungen wie im Inland gelten, und wenn ein Mitgliedstaat soziale Leistungen erbringt, soll jeder Unionsbürger, der sich rechtmäßig in diesem Staat aufhält, in ihren Genuss kommen. Gewährleistet wird diese innerföderale soziale Teilhabe durch transnationale Integrationsnormen, die die rechtliche Zugehörigkeit zu einem Gliedstaat für die Behandlung in einem anderen Gliedstaat für irrelevant erklären.

Hervorzuheben ist, dass Grundlage dieser Rechtsprechung subjektiv-öffentliche Rechte sind, die man bei oberflächlicher Betrachtung eher in einen allein ökonomischen Kontext stellen könnte: die Warenverkehrs- und die Dienstleistungsfreiheit (Art. 34, 56 AEUV) und das allgemeine Diskriminierungsverbot und die Garantie der Freizügigkeit (Art. 18, 21 AEUV).¹⁰⁹ Dementsprechend beruhen auch die Rechtsakte, die die beiden Rechtsprechungslinien kodifizieren, auf den klassischen binnenmarktrechtlichen Kompetenznormen: Die Bestimmungen zur grenzüberschreitenden Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen in der sog. Patienten-Richtlinie RL 2011/24/EU¹¹⁰ werden auf die allgemeine Kompetenz zur Verwirklichung des Binnenmarktes (Art. 114 AEUV), die einschlägigen Normen zur grenzüberschreitenden sozialrechtlichen Gleichbehandlung in der sog. Freizügigkeits-Richtlinie RL 2004/38/EU¹¹¹ auf die Vorschriften über Nichtdiskriminierung und Freizügigkeit (nunmehr Art. 18, 21, 46, 50, 59 AEUV). Dieser Gesetzgebungspfad einer Stärkung sozialpolitischer Werte in binnenmarktfundierten Rechtsakten ist auch für die Stärkung der Sozialpartner am erfolgversprechendsten.¹¹²

Die Entscheidungen des EuGH zum Verhältnis des Wettbewerbsrechts und der Grundfreiheiten zur Daseinsvorsorge und sozialen Rechten erlauben einen wesentlich differenzierten Blick auf die Rechtsprechung als eine isolierte Betrachtung der vier vorstehend näher behandelten Entscheidungen des EuGH. Es

¹⁰⁸ T. Kingreen, Grundrechtsverbund oder Grundrechtsunion? Zur Entwicklung der subjektiv-öffentlichen Rechte im europäischen Unionsrecht, EuR 2010, 338 (347 ff.).

¹⁰⁹ Zur insoweit rechtsdogmatischen Bedeutungslosigkeit der Unionsbürgerschaft (Art. 20 AEUV) T. Kingreen, Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR Beiheft 1/2007, 43 (52 f.).

¹¹⁰ Richtlinie über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, ABl. Nr. L 88 vom 4. 4. 2011, S. 45.

¹¹¹ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29. 4. 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. 2004 L 158 S. 77.

¹¹² Dazu näher unten III. 3. b).

wäre daher methodisch unzulässig und rechtspolitisch wenig zielgenau, allein aus diesen vier Entscheidungen abzuleiten, dass der EuGH wirtschaftliche Freiheiten höher gewichtet als soziale Grundrechte;¹¹³ insoweit weist auch Art. 3 des Sozialen Fortschrittprotokolls in die falsche Richtung.¹¹⁴ Die Rechtsprechung des EuGH ist vielmehr geprägt durch das Prinzip der transnationalen Mobilität, die insgesamt, also nicht nur in Bezug auf wirtschaftliche Freiheiten, zur transnationalen Integration beitragen soll. Dem Gerichtshof geht es mithin insoweit, also bezogen auf das Mobilitätsdogma, um ökonomische ebenso wie um politische und soziale Integration. Darüber geht der sozialpolitische Gestaltungsanspruch der Union freilich nicht hinaus.¹¹⁵

Ordnet man die vier Ausgangsentscheidungen in diesen größeren Zusammenhang ein, so zeigt sich mithin, dass die Konfliktlinie nicht entlang des Verhältnisses zwischen wirtschaftlicher Freiheit und sozialstaatlicher Regulierung verläuft. Die Annahme eines solchen Konflikts würde der europäischen Geschichte des Verhältnisses zwischen europäischer Wirtschafts- und Sozialpolitik nicht gerecht. Schließlich beruhte der Verzicht auf die Vergemeinschaftung der Sozialpolitik maßgeblich auf der Uneinigkeit der Protagonisten Frankreich und Deutschland über deren Einfluss auf das Binnenmarktprojekt, nicht aber auf einer Geringschätzung der Sozialpolitik.¹¹⁶ Die klassische Konfliktlinie, die auch in den vier Ausgangsentscheidungen wieder ausbricht, verläuft vielmehr zwischen der durch die Grundfreiheiten geschützten transnationalen (auch arbeits- und sozialrechtlichen!) Mobilität auf der einen und nationaler Regulierung auf der anderen Seite. Mitgliedstaatliche Regelungskompetenzen stehen in einem natürlichen Spannungsverhältnis zu dem Ziel, Freizügigkeit ohne Rücksicht auf nationale Rechtsunterschiede ausüben zu können. Diese Spannung wird dort besonders wahrgenommen, wo, wie im Arbeits- und Sozialrecht, die Rechtsetzungskompetenzen noch weitgehend bei den Mitgliedstaaten liegen.¹¹⁷ Und gerade hier besteht auch die Gefahr, dass die Mobilität einer europäischen bürgerlichen (Teil-)Gesellschaft den in den Mitgliedstaaten verwirklichten Allgemeininteressen übergeordnet wird.¹¹⁸ Dieses Problem löst man aber am besten

¹¹³ Ebenso *F. C. Mayer*, *Der EuGH und das soziale Europa*, in: Friedrich-Ebert-Stiftung, *Der EuGH und das soziale Europa*, 2009, S. 9 (13).

¹¹⁴ Dazu unten III. 1. a) bb).

¹¹⁵ Was mit der Kompetenzverteilung zusammenhängt, vgl. unten III. 3. a).

¹¹⁶ *R. Sprung*, in: E. Wohlfahrt/U. Everling/H.-J. Glaesner/R. Sprung (Hrsg.), *Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, 1960, Vorb. vor Art. 117 Rn. 4.

¹¹⁷ Zu diesem Problem *F. Rödl*, *Arbeitsverfassung*, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, S. 855 (874 ff.).

¹¹⁸ Zu dem dahinter stehenden Problem der Asymmetrie von positiver und negativer Integration *E.-W. Böckenförde*, *Welchen Weg geht Europa?*, 1997, S. 21 ff. und

dort, wo es entsteht: im binnenmarkt- und mobilitätszentrierten Primär- und Sekundärrecht, das sich bestens eignet, gezielt sozialpolitisches „Gegengift“ auszulegen.¹¹⁹

**b) Die regelungstechnische Herausforderung:
Problemvielfalt in den Ausgangsentscheidungen**

Die vorstehend analysierten Entscheidungen des EuGH lassen sich zwar jeweils zurückführen auf eine Spannung zwischen den auf transnationale Integration gerichteten Grundfreiheiten und dem Grundrecht der Koalitionsbetätigungsfreiheit, das von Sozialpartnern wahrgenommen wird, die im nationalen Rahmen die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen aushandeln und diese ggf. auch gegen transnational bedingte Relativierungen schützen. Jeweils ging es also um den Schutz von national radizierten Tarifverträgen, die mit transnational gewährten Rechten kollidieren.

Diese Gemeinsamkeit darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass den Verfahren jeweils sehr unterschiedliche Rechtsfragen zugrunde lagen. Hervorzuheben sind vor allem die unterschiedlichen Prüfungsmaßstäbe: Während der Fall Viking auf der Ebene des Primärrechts durch Konfliktlösung zwischen der Niederlassungsfreiheit und der Koalitionsbetätigungsfreiheit gelöst werden konnte, kam es in den drei anderen Fällen maßgeblich auf die Auslegung sekundärrechtlicher Bestimmungen an: in Laval und Rüffert vor allem auf Art. 3 der Entsende-Richtlinie, in der Entscheidung Kommission/Deutschland auf das Vergaberecht, wobei die Frage, ob dieses anwendbar ist, wesentlich durch das Gegenüber von Dienstleistungsfreiheit und Koalitionsbetätigungsfreiheit geprägt ist, die Entscheidung also insoweit wieder mit Viking vergleichbar ist. Diese Differenzierung ist deshalb wichtig, weil die Entscheidungen zu Lasten der Koalitionsbetätigungsfreiheit damit teilweise auf (jeweils umstrittenen) Abwägungsprozessen beruhen (Viking, Kommission/Deutschland), teilweise aber auf einer etwas eigenwilligen Interpretation der Entsende-Richtlinie durch den EuGH.

Unter dem Aspekt der Grundrechtsträgerschaft ist darüber hinaus hervorzuheben, dass Streitgegenstand in zwei Fällen Maßnahmen von Gewerkschaften waren (Viking, Laval), während es in den beiden anderen Fällen um staatliche Maßnahmen ging, wobei im Fall Kommission/Deutschland kommunale Behörden als Tarifvertragsparteien betroffen waren. Während man im Fall Kommis-

F. Scharpf, Politische Optionen im vollendeten Binnenmarkt, 1996, S. 109 ff. Vgl. ferner noch unten III. 3. a).

¹¹⁹ Vgl. unten III. 2. und 3. b).

sion/Deutschland davon ausgehen kann, dass der Tarifvertrag trotz der Beteiligung des Hoheitsträgers durch die Koalitionsbetätigungsfreiheit geschützt ist,¹²⁰ war das im Fall Ruffert nicht der Fall. Hier ließ sich nur argumentieren, dass die deutschen Bundesländer mit den Tariftreuerklärungen die Koalitionsbetätigungsfreiheit schützen; ihr Träger sind sie aber nicht.

II. De lege lata: Veränderungspotenzial des Lissabonner Reformvertrages

Der am 1. 12. 2009 in Kraft getretene Lissabonner Reformvertrag war für keine der EuGH-Entscheidungen maßgebend. Zwar zieht der EuGH Art. 28 GRCh in allen Entscheidungen zumindest auf der Ebene der Eingriffsrechtfertigung heran. In der Entscheidung Kommission/Deutschland aus dem Jahre 2010 werden zudem Art. 52 Abs. 6 GRCh sowie Art. 152 AEUV erwähnt, ohne dass diese aber auf den konkreten Fall anwendbar waren. Bevor daher de lege ferenda über rechtliche Veränderungen wie ein Soziales Fortschrittsprotokoll diskutiert wird, sind, de lege lata, die sozialpolitisch relevanten Neuregelungen des Lissabonner Vertrages speziell unter dem Aspekt auszuloten, inwieweit sie die in Art. 28 GRCh gewährleistete Koalitionsbetätigungsfreiheit gegenüber den Grundfreiheiten zu stärken geeignet sind. Dabei kann unterschieden werden zwischen Regelungen, die das neue Leitbild eines der sozialen Marktwirtschaft verpflichteten Binnenmarktes konkretisieren (1.) und den Bestimmungen der nunmehr rechtsverbindlichen Grundrechte-Charta, die die Koalitionsbetätigungsfreiheit durch Bezugnahme auf nationale Verfassungsbestimmungen und völkerrechtliche Menschenrechtserklärungen stärken könnten (2.):

1. Das neue Leitbild der sozialen Marktwirtschaft

Der Lissabonner Vertrag hat die Akzente bei der Bestimmung der Ziele der Union dezent verschoben.¹²¹ Art. 3 EUV, die „verfassungsrechtliche Grundnorm

¹²⁰ In EuGH, Urt. v. 15. 7. 2010, Rs. C-271/08 (Kommission/Deutschland) bleibt das offen. Der deutsche Art. 9 Abs. 3 GG schützt alle Koalitionen unabhängig von ihrer Rechtsform, vgl. H. D. Jarass, in: H. D. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 12. Aufl. 2012, Art. 9 Rn. 44.

¹²¹ BVerfGE 123, 267 (426 ff.); C. Nowak, Wettbewerb und soziale Marktwirtschaft in den Regeln des Lissabonner Vertrags, EuR Beiheft 1/2011, 21 (33 ff.); T. Oppermann/C.-D. Classen/M. Nettesheim, Europarecht, 5. Aufl. 2011, § 29 Rn. 2 f.; I. Pernice/S. Hindelang, Potenziale europäischer Politik nach Lissabon – Europapolitische Perspektiven für Deutschland, seine Institutionen, seine Wirtschaft und seine Bürger, EuZW 2010, 407 (410).

des Integrationsprogramms“¹²², hebt in seinem Absatz 3 zwar nach wie vor das Ziel hervor, einen Binnenmarkt zu errichten, dessen Herzstück die Grundfreiheiten sind (Art. 26 Abs. 2 AEUV). Er stellt den Binnenmarkt aber deutlicher als die Vorgängerbestimmungen Art. 2 EUV und Art. 2 EGV in den Dienst auch sozialpolitischer Zielsetzungen. Leitprinzip des sozial eingehegten Binnenmarktes ist nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 EUV eine in „hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt“. Im gleichen normativen Atemzug werden auch die Bekämpfung sozialer Ausgrenzung und Diskriminierung, sowie die Förderung sozialer Gerechtigkeit und des sozialen Schutzes als Ziele der Union genannt (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV). Das Ziel eines „freien und unverfälschten Wettbewerbs“ findet sich hingegen nur noch im Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb. Die unmittelbare normative Verknüpfung des Binnenmarktes mit der Notwendigkeit einer aktiven Sozialpolitik verdeutlicht, dass die Wirtschaftsverfassung der Union ein spezifisch europäisches Sozialmodell etablieren soll, das gleichermaßen auf ökonomische Freiheit und Prosperität wie auf sozialen Ausgleich baut. Diesen Gedanken nimmt der Vorschlag eines sozialen Fortschrittsprotokolls zu Recht auf, wenn er in seinem Art. 1 die Verknüpfung wirtschaftlicher Leistung mit sozialem Fortschritt als Charakteristikum des europäischen Sozialmodells bezeichnet. In Art. 3 Abs. 3 EUV kommt aber auch die Abgrenzung gegenüber anderen Gesellschaftsmodellen zum Ausdruck, die bei sozialen Problemen stärker auf individuelle Lösungskapazitäten setzen, namentlich also die USA.¹²³ Auch das kommt in Art. 1 des sozialen Protokolls mit dem Hinweis auf die „Tradition des sozialen Fortschritts in der Geschichte Europas“ treffend zum Ausdruck. Die Zielbestimmung des Art. 3 EUV bewegt sich allerdings auf einem sehr hohen Abstraktionsniveau. Sie verpflichtet die Union und ihre Organe zwar dazu, in Konfliktfällen einen Ausgleich zwischen den Zielsetzungen herbeizuführen, lässt sich aber eher schwer zu konkreten Einzelaussagen verdichten.¹²⁴ Zwar sind diese Zielvorgaben eine erste Richtschnur für die Rechtsprechung.¹²⁵ Ein wesentlich stärkeres und konkreter wirkendes Gewicht könnten aber die normativen Konkretisierungen des europäischen Sozialmodells entfalten:

¹²² M. Ruffert, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 3 EUV Rn. 1.

¹²³ Vgl. dazu etwa F. Schorkopf, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Begr./Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 9 AEUV [2010] Rn. 11.

¹²⁴ U. Becker, in: J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 3 EUV Rn. 5.

¹²⁵ U. Becker, in: J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 3 EUV Rn. 7.

a) Art. 9 AEUV

Art. 9 AEUV enthält eine sozialpolitische Querschnittsklausel, die die Union verpflichtet, bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen den Erfordernissen eines hohen Beschäftigungsniveaus, der Gewährleistung eines angemessenen sozialen Schutzes, der Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung sowie einem hohen Niveau der allgemeinen und beruflichen Bildung und des Gesundheitsschutzes Rechnung zu tragen.

Die Querschnittsklausel bindet alle Organe der Union und damit auch den EuGH bei der Auslegung der Grundfreiheiten und des Wettbewerbsrechts.¹²⁶ Sie macht die sozialen Zielsetzungen in Art. 3 Abs. 3 EUV „zur inhaltlichen Abwägungskomponente“:¹²⁷ Ihre Zielsetzungen können sich daher auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei den Grundfreiheiten ebenso auswirken wie auf die Frage der Unternehmenseigenschaft sozialer Versicherungsträger oder auch die Reichweite des Vergaberechts. Prominent kommt das zum Ausdruck im Schlussantrag von Generalanwalt Cruz-Villalón zur Vereinbarkeit von belgischen Vorschriften zur Arbeitnehmerentsendung mit der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV). Der Generalanwalt betont, dass seit dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages mehrere Bestimmungen des primären Sozialrechts zu berücksichtigen seien, die sich auf den Rahmen der Grundfreiheiten auswirkten.¹²⁸ Die Entsendung von Arbeitnehmern sei, im Licht dieser sozialrechtlichen Bestimmungen, zu denen auch Art. 9 AEUV zähle, auszulegen:

„Das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon verlangt, dass die Arbeitsbedingungen, wenn sie zwingende Gründe des Allgemeininteresses darstellen, die eine Ausnahme vom freien Dienstleistungsverkehr rechtfertigen, nicht mehr eng ausgelegt werden. Da der Schutz der Arbeitnehmer als Faktor eine Rolle spielt, dessen Schutz unmittelbar in den Verträgen verankert ist, handelt es sich nicht mehr um eine bloße Ausnahme von einer Freiheit und erst recht nicht mehr um eine in der Rechtsprechung entwickelte ungeschriebene Ausnahme. Der neue Primärrechtsrahmen räumt, soweit er zwingend einen hohen Grad an Sozialschutz vorschreibt, den Mitgliedstaaten die Befugnis ein, zum Schutz eines bestimmten Niveaus des Sozialschutzes eine Freiheit zu beschränken, ohne dass das Unionsrecht dies als etwas Außergewöhnliches betrachtet, dem restriktiv zu begegnen wäre. Dieser in den soeben zitierten neuen Vertragsbestimmungen verankerte

¹²⁶ R. Rebhahn, in: J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 9 AEUV Rn. 2, 6.

¹²⁷ W. Frenz, Soziale Grundlagen in EUV und AEUV, NZS 2011, 81 (85).

¹²⁸ GA Cruz-Villalón, Schlussantrag v. 5. 5. 2010, Rs. C-515/08, Rn. 51 (Santos Palhota).

Gedanke kommt in der Praxis bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zum Ausdruck.“¹²⁹

Der EuGH hat diese Ausführungen allerdings in seinem Urteil nicht aufgegriffen, sondern die Dienstleistungsfreiheit klassisch geprüft. Ohne Art. 9 AEUV zu erwähnen, wird der Arbeitnehmerschutz als zwingender Grund des Allgemeininteresses eingeordnet, der einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen könne.¹³⁰ Das ist bedauerlich, denn die Entscheidung wäre der erste passende Anlass gewesen, die Bedeutung der Norm auch für die Auslegung der Grundfreiheiten näher zu konkretisieren. Nachdem der EuGH die Norm in Kommission/Deutschland¹³¹ bereits erwähnt hatte, obwohl sie noch nicht anwendbar war, ist es erstaunlich, dass sie, obwohl nunmehr anwendbar, jetzt völlig bedeutungslos sein soll.

Die Bestimmung hat allerdings zwei bedeutende Schwächen, die daran zweifeln lassen, ob sie zu einer Akzentverschiebung zwischen Grundfreiheiten/Wettbewerbsrecht und Koalitionsbetätigungsfreiheit wird beitragen können. Erstens ist der Grad der Bindung schwächer ausgeprägt als bei anderen Querschnittsklauseln. Während etwa Art. 10 AEUV die Union anhält, in ihrer Politik auf die Bekämpfung von Diskriminierungen *abzuzielen* und Art. 11 AEUV sie verpflichtet („müssen“), die Ziele des Umweltschutzes und der nachhaltigen Entwicklung in ihre Politik *einzubeziehen*, muss den sozialen Zielen des Art. 9 AEUV nur *Rechnung getragen* werden. Das kann auch dadurch geschehen, dass die sozialen Ziele zwar in die Überlegungen einbezogen werden, aber dann doch regelmäßig zurücktreten.¹³² Problematisch ist zweitens, dass die soziale Querschnittsklausel nicht alle in Art. 151 AEUV genannten Zielsetzungen einer unionalen Sozialpolitik aufnimmt. So fehlt mit der „Vertretung und kollektiven Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen“ (Art. 153 Abs. 1 lit. f) AEUV) ausgerechnet das Ziel, das die kollektiven Vertragskompetenzen und Durchsetzungsmechanismen der Sozialpartner stärken und als Gegengewicht zu den Regeln des europäischen Wirtschaftsrechts fungieren könnte.¹³³ Es findet sich zwar in Art. 152 AEUV, fungiert dort aber eher als institutionelle Garantie der

¹²⁹ GA Cruz-Villalón, Schlussantrag v. 5. 5. 2010, Rs. C-515/08, Rn. 53 (Santos Palhota).

¹³⁰ EuGH, Urt. v. 7. 10. 2010, Rs. C- 515/08, Rn. 47 (Santos Palhota).

¹³¹ Vgl. oben I. 4. b).

¹³² U. M. Gassner, in: C. Vedder/W. von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), EUV/AEUV, 2012, Art. 9 AEUV Rn. 15; R. Rebhahn, in: J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 9 AEUV Rn. 3; F. Schorkopf, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Begr./Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 9 AEUV [2010] Rn. 11.

¹³³ Vgl. zur sozialpolitischen Unvollständigkeit von Art. 9 AEUV auch S. Krebber, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), AEUV/EUV, 4. Aufl. 2011, Art. 9 AEUV Rn. 2.

Sozialpartnerschaft denn als materiell-rechtlich wirkendes Abwägungsgewicht.¹³⁴

Insgesamt schadet die Bestimmung daher in ihrer derzeitigen Formulierung mehr als sie nutzt. In systematischer Auslegung könnte man aus ihr problematischen Umkehrschlüsse ziehen: Sollen die sozialpolitischen Zielsetzungen ein schwächeres Gegengewicht zum europäischen Wirtschaftsrecht bilden als etwa der Umweltschutz und sind nur bestimmte, aber nicht alle in den Verträgen genannten sozialpolitischen Ziele von abwägungserheblicher Bedeutung?

b) Art. 151 AEUV

Art. 151 AEUV stellt klar, dass die Sozialpolitik eine gemeinsame Aufgabe der Union und der Mitgliedstaaten ist¹³⁵ und verknüpft diese mit den sozialen Grundrechten der Europäischen Sozialcharta und der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte. Sie hat aber insgesamt eher programmatischen Charakter.¹³⁶ Daraus folgt zwar nicht, dass die Norm für die Auslegung des Unionsrechts bedeutungslos wäre. Vielmehr hat der EuGH schon für Art. 117 EWGV entschieden, dass sie „wichtige Anhaltspunkte für die Auslegung anderer Vorschriften des Vertrages und des sekundären Gemeinschaftsrechts im Sozialbereich“ enthalte.¹³⁷

Es ist damit zwar nicht völlig ausgeschlossen, dass Art. 151 AEUV die Auslegung auch der Grundfreiheiten und des hier einschlägig sekundären Unionsrechts beeinflussen könnte. Es ist aber nicht ersichtlich, welche zusätzlichen Gehalte sie über die Querschnittsklausel des Art. 9 AEUV hinaus entfalten sollte, der zum Zeitpunkt der hier zitierten Entscheidung noch nicht existierte. Heute übernimmt vielmehr die Querschnittsklausel die Aufgabe, die der EuGH vormals Art. 117 EWGV zugeschrieben hat.

Auch handelt es sich bei Art. 151 AEUV nicht um eine Kompetenznorm.¹³⁸ Zwar gehört die Sozialpolitik nach Art. 4 Abs. 2 lit. b) AEUV auch zu den Materien, in denen eine geteilte Zuständigkeit besteht. Gemeint sind aber nur die Kompetenzen, die der AEUV einräumt, d. h. die Vorschrift begründet keine Kompetenzen, sondern verweist auf andernorts enthaltene Kompetenznormen, namentlich auf Art. 153 AEUV, der die Zuständigkeiten der Union aber weitge-

¹³⁴ Dazu gleich b).

¹³⁵ R. Rebhahn/M. Reiner, in: J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 151 AEUV Rn. 5.

¹³⁶ EuGH, Rs. 149/77, Slg. 1978, 1365, Rn. 19/23 (Defrenne).

¹³⁷ EuGH, Rs. 126/86, Slg. 1987, 3697, Rn. 14 (Giménez-Zaera).

¹³⁸ EuGH, Rs. 126/86, Slg. 1987, 3697, Rn. 16 f (Giménez-Zaera).

hend auf eine Unterstützung und Ergänzung des mitgliedstaatlichen Rechte beschränkt (Art. 153 Abs. 1 AEUV) und das Koalitionsrecht, das Streikrecht und das Aussperrungsrecht sogar gänzlich von der Rechtsetzungskompetenz der Union ausnimmt (Art. 153 Abs. 5 AEUV).

c) **Art. 152 AEUV**

Nach Art. 152 UAbs. 1 S. 1 AEUV anerkennt und fördert die Union die Rolle der Sozialpartner auf der Ebene der Union unter Berücksichtigung der Unterschiedlichkeit der nationalen Systeme.

Die Vorschrift schützt mit der Sozialpartnerschaft einen zentralen Baustein im sozialstaatlichen Arrangement vieler Mitgliedstaaten. Sie hat aber eine andere Zielrichtung als die Querschnittsklausel des Art. 9 AEUV: Während es dort darum geht, dass soziale Schutzgüter in politischen Abwägungsprozessen ausreichende Berücksichtigung finden, wird die Sozialpartnerschaft in Art. 152 AEUV als Bestandteil des politischen Systems institutionell abgesichert. Sie war nämlich im Entwurf des Europäischen Verfassungsvertrages als Art. I-48 EVV Bestandteil des Kapitels zum demokratischen Leben der Union und sollte insoweit den Grundsatz der partizipativen Demokratie (Art. I-47 EVV) ergänzen. Es macht daher durchaus Sinn, dass die Vorschrift in das Kapitel zur Sozialpolitik integriert wurde, das dem Dialog und den Vereinbarungen der Sozialpartner eine bedeutende Rolle neben der partizipativen Rechtsetzungszuständigkeit der Union (Art. 153 AEUV) einräumt (Art. 155 AEUV). Die Vorschrift hat somit vor allem die Funktion, die eigenständige Stellung der Sozialpartner im Rechtsetzungsprozess der Organe (Art. 154 AEUV) und als Recht setzende Akteure zu betonen.

Damit werden zwar institutionell die Sozialpartner als europapolitische Akteure gestärkt, nicht aber die mitgliedschaftliche Sozialpartnerschaft als Abwägungsparameter. Das ergibt sich schon daraus, dass die Sozialpartner „auf Ebene der Union“ anerkannt und gefördert werden sollen. Von ihrer Rolle in den Mitgliedstaaten ist keine Rede. Zwar kann nicht übersehen werden, dass die Handlungsbereiche der europäischen und der nationalen Sozialpartner an vielen Stellen miteinander verflochten sind. Da die Art. 151 ff. AEUV aber stets zwischen Union und Mitgliedstaaten trennen, ist davon auszugehen, dass die Vorschrift für die mitgliedstaatlichen Sozialpartnerschaften eher geringe Prägekraft besitzt.¹³⁹

¹³⁹ R. Rebhahn/M. Reiner, in: J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 152 AEUV Rn. 3.

2. Sozialpolitisches Potenzial der Grundrechte-Charta

Einen weiteren wichtigen neuen Baustein des europäischen Sozialmodells bilden die sozialen Grundrechte in den Art. 27–38 GRCh, die nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 EUV Bestandteil des Primärrechts sind.¹⁴⁰ Ihr Potenzial für die Rechtsprechung des EuGH ist erheblich. Zwar erwähnt der EuGH auch die Charta bereits in allen einschlägigen Entscheidungen. Erst durch den Lissabonner Vertrag ist die Grundrechte-Charta aber zum unmittelbar geltenden Primärrecht erstarkt. Außerdem zeigt sich gerade in der jüngsten Rechtsprechung des EuGH eine verstärkte (und durchaus umstrittene¹⁴¹) Anwendung der Charta-Grundrechte auch auf die Mitgliedstaaten,¹⁴² so dass davon auszugehen ist, dass der EuGH in Zukunft seine Rolle verstärkt auch als Grundrechtsgericht begreifen wird.

a) Art. 28, 52 Abs. 6 GRCh

Die Grundrechte-Charta schützt die Koalitionsfreiheit in zwei auch systematisch getrennten Bestimmungen. Art. 12 Abs. 1 GRCh schützt die Koalitionsfreiheit dem Grunde nach, d.h. als Recht eine Koalition zu gründen und ihr beizutreten, Art. 28 GRCh hingegen die Koalitionsbetätigungsfreiheit, und zwar speziell das Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen.¹⁴³ Besonders hervorzuheben ist, dass die Koalitionsbetätigungsfreiheit nach Art. 28 GRCh „nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ gewährleistet wird. Art. 28 GRCh ist insoweit *lex specialis* zum allgemeinen Art. 52 Abs. 6 GRCh, der die Verpflichtung enthält, den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten, wie es in dieser Charta bestimmt ist, in vollem Umfang Rechnung zu tragen.

Die Bedeutung der Wendung „einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ ist bislang unklar. Der EuGH erwähnt sie in der Entscheidung *Kommission/Deutschland* zwar, ohne dass aber erkennbar wird, welche Konsequenzen er daraus für die Frage zieht, ob das Vergaberecht auf Tarifverträge Anwendung findet oder nicht.¹⁴⁴ Weitere Rechtsprechung gibt es bislang nicht. Im Schrifttum wird die Wendung verbreitet als „Angstklausel“ interpretiert, die

¹⁴⁰ T. Kingreen, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 6 EUV Rn. 12.

¹⁴¹ Dazu näher T. Kingreen, Die Grundrechte des Grundgesetzes im europäischen Grundrechtsföderalismus, JZ 2013, 801 ff.

¹⁴² EuGH, Urt. v. 26. 2. 2013, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), Rn. 24–27.

¹⁴³ S. Rixen, in: P. J. Tettinger/K. Stern (Hrsg.), Europäische Grundrechtecharta, 2006, Art. 28 Rn. 12 f.

¹⁴⁴ Vgl. dazu näher oben 4. b).

lediglich die Funktion habe, deutlich zu machen, dass der Union aus der Anwendung und Auslegung der Charta keine neuen Kompetenzen erwachsen können.¹⁴⁵ Sie hätte dann auch keinen Einfluss auf die Interpretation des Verhältnisses zwischen Grundfreiheiten und Koalitionsbetätigungsfreiheit.

Denkbar ist es aber auch, die Bezugnahmen auf das einzelstaatliche Recht als Ausgestaltungsvorbehalte zu begreifen.¹⁴⁶ Sie wären dann ein Hinweis darauf, dass bei der Auslegung der Grundrechte die Modalitäten und Grenzen, die das mitgliedstaatliche Recht setzt, besonders beachtet werden müssen. Das könnte sich etwa dergestalt auf die Prüfung der Rechtfertigung eines Eingriffs in die Grundfreiheiten auswirken, dass die Koalitionsbetätigungsfreiheit als Gegengewicht nach Maßgabe der ihr im nationalen Recht zukommenden Bedeutung interpretiert wird.¹⁴⁷ Für eine solche Auslegung könnte gerade bei Art. 28 GRCh sprechen, dass offenbar Großbritannien an der Wendung der „einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ festhalten wollte, um nicht zu einer Änderung des nationalen Arbeitskampfrechts gezwungen zu werden.¹⁴⁸ Die notwendige Rücksichtnahme auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten könnte dann so weit gehen, dass kollektive Maßnahmen, die nach nationalem Recht zulässig sind, auch vor den Grundfreiheiten Bestand haben müssen.

Es lassen sich aber auch mögliche Einwände gegen diese Interpretation von Art. 28 und 52 Abs. 6 GRCh formulieren. Die Notwendigkeit, die einzelstaatlichen Verfassungsüberlieferungen in die Interpretation der Unionsgrundrechte einzubeziehen, folgt ohnehin schon aus Art. 52 Abs. 4 GRCh; es bleibt unklar, was darüber hinaus eine Interpretation von Art. 52 Abs. 6 GRCh als Ausgestaltungsvorbehalt noch bewirken sollte. Gegen das Verständnis von Art. 28 und 52 Abs. 6 GRCh als Ausgestaltungsvorbehalt spricht aber vor allem, dass damit die Reichweite der europäischen Grundfreiheiten vom Verständnis der Koalitionsbetätigungsfreiheit im nationalen Recht abhängig gemacht wird. Das Verhältnis zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten könnte also selbst in identischen

¹⁴⁵ M. Borowsky, in: J. Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2011, Art. 52 Rn. 46b; T. Kingreen, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), AEUV/EUV, 4. Aufl. 2011, Art. 52 GRCh Rn. 16; H.-W. Rengeling/P. Szczekalla, Grundrechte in der Europäischen Union, 2004, Rn. 479.

¹⁴⁶ Vgl. für Art. 28 GRCh etwa W. Frenz, Handbuch Europarecht Bd. 4, 2009, Rn. 3751 ff. und S. Rixen, in: P. J. Tettinger/K. Stern (Hrsg.), Europäische Grundrechtecharta, 2006, Art. 28 Rn. 14.

¹⁴⁷ In diese Richtung namentlich C. Ladenburger, in: P. J. Tettinger/K. Stern (Hrsg.), Europäische Grundrechtecharta, 2006, Art. 52 Rn. 108 ff.

¹⁴⁸ S. Rixen, in: P. J. Tettinger/K. Stern (Hrsg.), Europäische Grundrechtecharta, 2006, Art. 28 Rn. 14.

Fallkonstellationen je nach Mitgliedstaat unterschiedlich ausfallen. Bei einer solchen Auslegung wird mit der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts eine der tragenden Säulen der Union in Frage gestellt.¹⁴⁹ Das wiegt umso schwerer, als die zunächst richterrechtliche Entwicklung der Unionsgrundrechte maßgeblich auf dem Bestreben beruhte, Zentrifugaltendenzen im europäischen Grundrechtsschutz entgegenzuwirken. Nationale Grundrechte sollten für die Auslegung des europäischen Rechts gerade deshalb nicht maßgebend sein, weil anderenfalls jeder Mitgliedstaat unter Hinweis auf seine Grundrechte die Implementierung des Unionsrechts hätte unterwandern können.¹⁵⁰ Das ist übrigens auch der wesentliche Grund dafür, dass die in Art. 52 Abs. 4 GRCh aufgeführten „Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten“ in der Rechtsprechungspraxis nur eine geringe Bedeutung erlangt haben, obwohl sie stets als zweite Rechtserkenntnisquelle neben der EMRK genannt wird.¹⁵¹ Es ist kaum anzunehmen, dass der EuGH eine solche Interpretation nunmehr bei den Grundfreiheiten akzeptieren würde, die nach wie vor das Herzstück des europäischen Integrationsprozesses bilden.

Bei Art. 28 GRCh besteht nun gegenüber dem allgemeinen Art. 52 Abs. 6 GRCh die Besonderheit, dass er nicht nur auf die „einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ rekurriert, sondern auch das Unionsrecht in den Kanon der zu beachtenden Rechtsvorschriften einbezieht. Diese Ergänzung wird in denjenigen Lebensbereichen verwendet, in denen nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Union Rechtsetzungskompetenzen besitzt.¹⁵² Hier besteht die Gefahr der uneinheitlichen Anwendung des Unionsrechts naturgemäß nicht. Legt man dementsprechend das Verständnis als Ausgestaltungsvorbehalt zugrunde, müsste geklärt werden, was unionsrechtlich relevant ist. Konkret würde das etwa in den Fällen *Laval* und *Rüffert*¹⁵³ bedeuten, dass die Entsende-Richtlinie in die Prüfung der Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs einbezogen werden müsste. Wegen des Vorrangs des Unionsrechts würde insoweit das nationale Recht zurücktreten müssen. Gerade weil vermieden werden muss, dass die Reichweite der Grundfreiheiten von der unterschiedlichen Ausgestal-

¹⁴⁹ Vgl. auch für Art. 53 GRCh EuGH, Urt. v. 26. 2. 2013, Rs. C-399/11, Rn. 58 (Melloni), vgl. unten c).

¹⁵⁰ *T. Kingreen*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), *AEUV/EUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 6 EUV Rn. 5.

¹⁵¹ Dazu *T. Kingreen*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), *AEUV/EUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 52 GRCh Rn. 39 f.

¹⁵² So *W. Frenz*, *Handbuch Europarecht* Bd. 4, 2009, Rn. 172; *C. Ladenburger*, in: P. J. Tettinger/K. Stern (Hrsg.), *Europäische Grundrechtecharta*, 2006, Art. 52 Rn. 108 ff.; kritisch *S. Krebber*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, Art. 28 GRCh Rn. 4.

¹⁵³ Vgl. oben I. 2. und 3.

tung der Koalitionsbetätigungsfreiheit in den Mitgliedstaaten abhängt, ist zu erwarten, dass der EuGH stets versuchen wird, einschlägiges Sekundärrecht (etwa auch das Vergaberecht im Fall Kommission/Deutschland) zu identifizieren, um zu verhindern, dass die Auslegung von Unionsrecht durch das mitgliedstaatliche Arbeitsrecht gesteuert wird.

Insgesamt ist damit gegenwärtig noch unklar, welches Potenzial Art. 28 und 52 Abs. 6 GRCh für eine Stärkung der Koalitionsbetätigungsfreiheit im Unionsrecht haben. Dazu passt, dass der EuGH die Vorschriften in der Entscheidung Kommission/Deutschland¹⁵⁴ nur erwähnt, aber ganz offensichtlich nur wenig mit ihnen anzufangen vermag.

Selbst wenn aber Art. 28 GRCh als Ausgestaltungsvorbehalt interpretiert werden würde, hinge seine Auslegung doch maßgeblich von der Ausgestaltung des europäischen Sekundärrechts ab. Würde man sich nämlich bei seiner Auslegung allein an den möglicherweise divergierenden nationalen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten orientieren, so wäre die einheitliche Anwendung des Unionsrechts gefährdet. Maßgeblich kann insoweit daher allenfalls eine Gesamtschau der Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten der Mitgliedstaaten sein. Die Erfahrungen mit den „Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten“, die eine im Verhältnis zur EMRK vollkommen untergeordnete Rolle als Rechtserkenntnisquelle der Unionsgrundrechte gespielt haben,¹⁵⁵ zeigen aber, dass es methodisch ausgesprochen schwierig ist, einen gemeinsamen Fundus nationaler Rechtsüberlieferungen zu erschließen. Das wiederum spricht dafür, dass es für die Lösung der hier behandelten Problematik neben einer Verbesserung des primärrechtlichen Rahmens auch flankierender Maßnahmen auf sekundärrechtlicher Ebene bedarf.¹⁵⁶ Denn dort lässt sich rechtlich fixieren, was in allen Mitgliedstaaten einheitlich gelten soll.

b) Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh

Ein weiterer möglicher Ansatz zur Stärkung der Koalitionsbetätigungsfreiheit in Art. 28 GRCh durch den Lissabonner Vertrag ist Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh. Wenn danach ein Grundrecht der Charta einem Grundrecht der EMRK entspricht, so soll jenes die „gleiche Bedeutung und Tragweite“ haben wie dieses.

¹⁵⁴ S. oben I. 4.

¹⁵⁵ T. Kingreen, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), AEUV/EUV, 4. Aufl. 2011, Art. 52 GRCh Rn. 39 f.

¹⁵⁶ Zu dieser Grundthese noch unten III. 3. b).

Das Präsidium des Konvents hat versucht, diesen Vergleich in seinen Erläuterungen durch zwei Listen von Charta-Grundrechten zu steuern, die den Grundrechten der EMRK entweder vollumfänglich oder zumindest partiell entsprechen.¹⁵⁷ Die Listen sind allerdings sehr statisch und auch inhaltlich nicht frei von Zweifelsfragen.¹⁵⁸ Sie sind daher zwar in die genetische Auslegung von Art. 52 Abs. 3 GRCh einzubeziehen, legen aber das Tatbestandsmerkmal „entsprechen“ nicht autoritativ und abschließend fest.¹⁵⁹ Es ist daher auch nicht schädlich, dass Art. 28 GRCh in den Erläuterungen des Konvents nicht erwähnt ist. Vielmehr muss unter Rückgriff auf alle Auslegungsmethoden ermittelt werden, ob die EMRK ein Grundrecht enthält, das die gleiche Bedeutung und Tragweite hat wie Art. 28 GRCh. Insoweit kommt es maßgeblich auf die Auslegung an, die das entsprechende Grundrecht durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) gefunden hat.¹⁶⁰

Maßgebliches Grundrecht in der EMRK ist die in Art. 11 Abs. 1 EMRK gewährleistete Vereinigungsfreiheit, der daher in den Erläuterungen (Art. 52 Abs. 7 GRCh) zu Art. 28 GRCh auch erwähnt wird.¹⁶¹ Es ist anerkannt, dass Art. 11 Abs. 1 EMRK beide Spielarten der Koalitionsbetätigungsfreiheit¹⁶² und damit neben dem Recht der Gewerkschaften, Tarifverhandlungen mit den Arbeitgebern bzw. deren Verbänden zu führen, auch das Streikrecht umfasst.¹⁶³ Er gewährleistet damit grundsätzlich auch das Recht der Gewerkschaften, die Interessen ihrer Mitglieder zu verteidigen und diese ggf. auch durch Streiks

¹⁵⁷ Erläuterungen des Präsidiums des Europäischen Konvents, ABl. 2004, Nr. C 310/456 ff.

¹⁵⁸ M. Bühler, Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 331 ff.

¹⁵⁹ J. Callewaert, Die EMRK und die Grundrechte-Charta, EuGRZ 2003, 198 (199); W. Frenz, Handbuch Europarecht Bd. 4, 2009, Rn. 51; T. Kingreen, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), AEUV/EUV, 4. Aufl. 2011, Art. 52 GRCh Rn. 30; zurückhaltender M. Borowsky, in: J. Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2011, Art. 52 Rn. 31a ff.

¹⁶⁰ U. Becker, in: J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 52 GRCh Rn. 16; H.-D. Jarass, Zum Verhältnis von Grundrechtecharta und sonstigem Recht, EuR 2013, 29 (41); T. Kingreen, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), AEUV/EUV, 4. Aufl. 2011, Art. 52 GRCh Rn. 32; N. Philippi, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2002, S. 44.

¹⁶¹ ABl. 2007 C 303/26.

¹⁶² Vgl. dazu C. Grabenwarter/K. Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, § 23 Rn. 86 m. w. N. auf die EGMR-Rechtsprechung.

¹⁶³ EGMR, Urt. v. 12. 11. 2008 (Demir und Bakayara/Türkei), AuR 2009, 269 (272 f.); EGMR, Urt. v. 21. 4. 2009 (Enerji Yapi-Yol Sen), AuR 2009, 274 f.; ausführlich dazu: K. Lörcher, Internationale Rechtsgrundlagen des Streikrechts, in: W. Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 10 Rn. 40 ff.

durchzusetzen.¹⁶⁴ Daher enthält er ein insoweit Art. 28 GRCh entsprechendes Recht.

Die Tatsache, dass Art. 11 EMRK ein Art. 28 GRCh entsprechendes Recht enthält, eröffnet die Möglichkeit, auch Normen des internationalen Rechts in die Auslegung von Art. 28 GRCh einzubeziehen, weil Art. 11 EMRK durch eben diese Normen beeinflusst wird.¹⁶⁵ In der insoweit grundlegenden Entscheidung *Demir und Baykara* profiliert der EGMR diesen Zusammenhang sehr deutlich:

„Bei der Bestimmung der Bedeutung der Ausdrücke und Begriffe im Text der Konvention kann und muss der Gerichtshof Elemente des internationalen Rechts außerhalb der Konvention einbeziehen, ebenso die Auslegung dieser Normen durch die zuständigen Organe und Praxis der europäischen Staaten, die ihre gemeinsame Werte reflektiert“.¹⁶⁶

Daraus folgt, dass die Normen des Arbeitsvölkerrechts, also der Europäischen Sozialcharta und der ILO-Übereinkommen samt der dazu ergangenen Spruchpraxis, wie sie vom EGMR bei der Auslegung von Art. 11 EMRK berücksichtigt werden, über Art. 52 Abs. 3 GRCh auch bei der Auslegung von Art. 28 GRCh Relevanz erlangen.¹⁶⁷ Gerade die Rechtsquellen des Arbeitsvölkerrechts enthalten zahlreiche Anhaltspunkte für die Ausgestaltung auch des Schutzbereiches von Art. 28 GRCh.¹⁶⁸ Der EuGH sollte diese Verzahnung der Koalitionsbetätigungsfreiheit mit dem Arbeitsvölkerrecht deutlicher als bislang herausstellen.

Die Bedeutung und Tragweite von Art. 11 Abs. 1 EMRK kann indes nur so weit berücksichtigt werden wie sie reicht. Gleiches gilt für die völkerrechtlichen Bestimmungen, auf die der EGMR zur Ausformung der Koalitionsfreiheit Be-

¹⁶⁴ EGMR, Urt. v. 21. 4. 2009 (*Enerji Yapi-Yol Sen*), AuR 2009, 274 f., so auch die ganz h. M. in der Literatur, vgl. nur *C. Grabenwarter/K. Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, § 23 Rn. 86; *J. Heuschmid*, Der Arbeitskampf im EU-Recht, in: *W. Däubler* (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, 3. Aufl. 2011, § 11 Rn. 25; *H. D. Jarass*, EU-Grundrechte, 2005, § 29 Rn. 9 Fn. 22; *A. Peters/T. Altwicker*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 2012, § 16 Rn. 5.

¹⁶⁵ Vgl. etwa *P. Fütterer*, Das Koalitions- und Streikrecht im EU-Recht nach dem Wandel der Rechtsprechung des EGMR zur Koalitionsfreiheit gemäß Art. 11 EMRK (*Demir und Baykara* und andere), *EuZA* 2011, 505 (515 ff.).

¹⁶⁶ EGMR, Urt. v. 12. 11. 2008 (*Demir und Bakayara/Türkei*), AuR 2009, 269 (272).

¹⁶⁷ *J. Heuschmid/T. Klebe*, Die Normen der Internationalen Arbeitsorganisation und ihre Bedeutung im Richterrecht des Europäischen Gerichtshofs, in: *W. Däubler/R. Zimmer* (Hrsg.), *Arbeitsvölkerrecht*, Festschrift für Klaus Lörcher, 2013, S. 336 (348 f.).

¹⁶⁸ Zu den völkerrechtlichen Rechtsgrundlagen ausführlich: *K. Lörcher*, Internationale Rechtsgrundlagen des Streikrechts, in: *W. Däubler* (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, 3. Aufl. 2011, § 10.

zug nimmt.¹⁶⁹ Jeweils lässt sich aus diesen nämlich nur ableiten, dass aus der Koalitionsfreiheit auch das Recht folgt, Tarifverträge abzuschließen und die Interessen der Arbeitnehmer durch Streiks durchzusetzen. Das ist aber nicht das Problem der Ausgangsentscheidungen des EuGH, in denen diese Rechte nicht in Frage stehen: Art. 28 GRCh schützt unstreitig das Recht, Tarifverträge abzuschließen und ggf. auch Maßnahmen des Arbeitskampfes zu ergreifen.¹⁷⁰ Entscheidend ist vielmehr, unter welchen Voraussetzungen eine Einschränkung der Koalitionsbetätigungsfreiheit zulässig ist. Insoweit kann man aber dem allgemeinen Völkerrecht derzeit noch nicht viel entnehmen (was freilich an seinem Potenzial für die Auslegung des Grundrechts nichts ändert).

Immerhin hat aber der EuGH in der Entscheidung *Demir* und *Baykara* klargestellt, dass für Einschränkungen des Streikrechts ein tendenziell strenger Prüfungsmaßstab gilt.¹⁷¹

Auch das beantwortet aber die konkrete Frage, ob in den Ausgangsfällen die Koalitionsbetätigungsfreiheit oder die Grundfreiheiten überwiegen, nicht. Das liegt auch daran, dass hinter diesem Konflikt weniger die Spannung zwischen ökonomischer Freiheit und sozialen Rechten steht, sondern diejenige zwischen Mobilität und Mobilitätshindernissen.¹⁷² Dieses speziell unionsrechtliche Spannungsverhältnis können aber völkerrechtliche Bestimmungen, die nicht den spezifischen Kontext der supranationalen Rechtsordnung der Europäischen Union berücksichtigen, derzeit nach dem gegenwärtigen Stand der Dogmatik noch nicht auflösen.¹⁷³ Insoweit ist das Unionsrecht auf sich verwiesen.¹⁷⁴ Es ist aber zu erwarten, dass der EGMR sich spätestens mit dem Vollzug des Beitritts der Union zur EMRK auch mit diesem Spannungsverhältnis wird beschäftigen müssen. Ob die skizzierten Spezifika der Unionsrechtsordnung dann weitergehende Eingriffe in das Grundrecht der Koalitionsfreiheit legitimieren als bei staatlichen Maßnahmen, kann ohne hellseherische Fähigkeiten nicht prognostiziert werden.

¹⁶⁹ EGMR, Urt. v. 12. 11. 2008, Nr. 34503/97 (*Demir und Bakayara/Türkei*) = AuR 2009, 269 (273).

¹⁷⁰ M. Holoubek, in: J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 28 GRCh Rn. 17.

¹⁷¹ EGMR, Urt. v. 12. 11. 2008, Nr. 34503/97 (*Demir und Bakayara/Türkei*), AuR 2009, 269 (271).

¹⁷² Vgl. oben I. 5. a).

¹⁷³ Optimistischer insoweit J. Heuschmid, *Der Arbeitskampf im EU-Recht*, in: W. Däubler (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, 3. Aufl. 2011, § 11 Rn. 26 f.

¹⁷⁴ Zum Kongruenzproblem insoweit näher T. Kingreen, in: C. Callies/M. Ruffert (Hrsg.), *AEUV/EUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 52 GRCh Rn. 27 ff.

Zusammenfassend kann man daher festhalten, dass über Art. 52 Abs. 3 GRCh auch Art. 11 EMRK und die diesbezügliche Rechtsprechung des EGMR samt der Bezüge zum Arbeitsvölkerrecht in die Prüfung von Art. 28 GRCh inkorporiert werden kann. Art. 52 Abs. 3 GRCh reicht aber noch nicht so weit, dass er auch Maßstäbe für die konkrete Konfliktlösung in den Ausgangsfällen bereit hält. Es ist aber zu erwarten, dass der EGMR spätestens mit dem Beitritt der EU zur EMRK Maßstäbe für die spezifische Kollision zwischen Mobilitätsgarantien und -hindernissen entwickeln wird.

c) Art. 53 GRCh

Vorgeschlagen wird ferner, die Koalitionsbetätigungsfreiheit in Konfliktfällen über Art. 53 GRCh zu stärken.¹⁷⁵ Nach dieser sog. Schutzniveaunklausel darf keine Bestimmung der Charta als Einschränkung oder Verletzung der Grundrechte in den internationalen Menschenrechtspakten (und hier wiederum namentlich der EMRK) und den Verfassungen der Mitgliedstaaten ausgelegt werden.

Die Auslegung dieser Vorschrift ist umstritten.¹⁷⁶ Der EuGH hat aber nunmehr mit seiner Entscheidung *Melloni* etwas zur Klarstellung beigetragen.¹⁷⁷ Danach ist Art. 53 GRCh nicht als allgemeine Günstigkeitsklausel auszulegen, der es den Mitgliedstaaten generell erlauben würde, den in seiner Verfassung garantierten Schutzstandard auch dann anzuwenden, wenn er höher ist als der Standard der Charta.¹⁷⁸ Eine solche Auslegung würde nämlich im Anwendungsbereich des Unionsrechts den Vorrang desselben unterminieren, wenn unter Berufung auf einen höheren nationalen Grundrechtsstandard die Maßgeblichkeit des Sekundärrechts bestritten wird.¹⁷⁹

Im Schrifttum wird auch nach der *Melloni*-Entscheidung weiterhin die Ansicht vertreten, dass Art. 53 GRCh als Optimierungsgebot bzw. Schutzverstärkungs-

¹⁷⁵ Vgl. namentlich *J. Heuschmid*, Der Arbeitskampf im EU-Recht, in: W. Däubler (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, 3. Aufl. 2011, § 11 Rn. 29 f.; vgl. allgemein zum Verständnis der Vorschrift als Optimierungsgebot etwa auch *T. von Danwitz*, in: P. J. Tettinger/K. Stern (Hrsg.), *Europäische Grundrechtecharta*, 2006, Art. 53 Rn. 19 ff.

¹⁷⁶ Übersicht über den Meinungsstand: Schlussantrag GA Bot v. 2. 10. 2012, Rs. C-399/11, Rn. 88 ff. (*Melloni*); ferner bereits *T. Kingreen*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), *AEUV/EUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 53 GRCh Rn. 2 ff.

¹⁷⁷ EuGH, Urt. v. 26. 2. 2013, Rs. C-399/11, Rn. 55 ff. (*Melloni*).

¹⁷⁸ EuGH, Urt. v. 26. 2. 2013, Rs. C-399/11, Rn. 56 (*Melloni*).

¹⁷⁹ EuGH, Urt. v. 26. 2. 2013, Rs. C-399/11, Rn. 58 (*Melloni*); ebenso bereits *T. Kingreen*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), *AEUV/EUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 53 GRCh Rn. 5.

klausel fungiere.¹⁸⁰ Letztlich lässt sich diese Interpretation aber wohl nur außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts durchhalten. Insoweit ist Art. 53 GRCh eine im Grundrechtsföderalismus typische Vorschrift, die die Eigenständigkeit der (mit-)gliedstaatlichen Grundrechtsordnung gegenüber den Grundrechten des Gesamtverbandes sicherstellen will. Art. 53 GRCh stellt damit zwar klar, dass „die Charta im Rahmen des Nebeneinanderbestehens der verschiedenen Quellen des Grundrechtsschutzes selbst nicht zu einer Verringerung des Niveaus des Schutzes dieser Rechte in den verschiedenen Rechtsordnungen führen kann. Diese Vorschrift soll somit bekräftigen, dass die Charta nur im Anwendungsbereich des Unionsrechts das Schutzniveau der Grundrechte vorgibt.“¹⁸¹ Außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts steht die Charta aber auch einem höheren Schutzniveau nicht entgegen.

Art. 53 GRCh ist daher anders als Art. 52 Abs. 3 GRCh auch keine Transferklausel,¹⁸² denn er regelt nicht die Auslegung der Grundrechte der Grundrechte-Charta, sondern der völkerrechtlichen Menschenrechtspakte und der Grundrechte in den mitgliedstaatlichen Verfassungen. Insoweit stellt er klar, dass das Unionsrecht den Mitgliedstaaten außerhalb seines Anwendungsbereiches nicht ein bestimmtes Schutzniveau vorschreibt und dass die Charta die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Union und ihrer Mitgliedstaaten unberührt lässt; Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 11 EMRK können insoweit also ein Mehr an Schutz vorsehen als Art. 28 GRCh.

3. Zwischenfazit

Der für die Ausgangsentscheidungen de iure noch nicht maßgebende Lissabonner Vertrag verstärkt die bereits zuvor in der Rechtsprechung des EuGH angelegte Tendenz zur Profilierung der Europäischen Union als Sozialunion. Das neue ordnungspolitische Leitbild der sozialen Marktwirtschaft wird durch eine Vielzahl von Normen konkretisiert, die insgesamt geeignet sind, sozialpolitische Anliegen und namentlich Arbeitnehmerinteressen auf der Ebene des Unionsrechts stärker als bislang zur Geltung zu bringen. Allerdings sind die einzelnen Bestimmungen rechtsdogmatisch noch wenig ausgeleuchtet, so dass sich derzeit kaum prognostizieren lässt, welche Rolle sie in konkreten Konfliktsituationen spielen werden. Problematisch ist insoweit vor allem, dass die Sozialpartner-

¹⁸⁰ J. Heuschmid/T. Klebe, Die Normen der Internationalen Arbeitsorganisation und ihre Bedeutung im Richterrecht des Europäischen Gerichtshofs, in: W. Däubler/R. Zimmer (Hrsg.), Arbeitsvölkerrecht, Festschrift für Klaus Lörcher, 2013, S. 336 (351).

¹⁸¹ Schlussantrag GA Bot v. 2. 10. 2012, Rs. C-399/11, Rn. 133 (Melloni).

¹⁸² M. Borowsky, in: J. Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2011, Art. 53 Rn. 8.

schaft und die aus ihr folgenden Rechte zu kollektiven Vereinbarungen und Maßnahmen anders als andere sozialpolitische Ziele in der Querschnittsklausel des Art. 9 AEUV nicht genannt sind, die zudem ihrerseits schwächer formuliert ist als andere Querschnittsklauseln.

Eine zweite wichtige Erkenntnis folgt aus der Analyse der allgemeinen Bestimmungen der Grundrechte-Charta (Art. 51 ff. GRCh). Sie verzahnen nämlich die Einzelgrundrechte und damit namentlich auch Art. 28 GRCh mit anderen Rechtsquellen, die für die Auslegung der Grundrechte von erheblicher Bedeutung sind. Herauszuheben ist insoweit die EMRK, die Reichweite und Gewicht der Koalitionsbetätigungsfreiheit in Zukunft maßgeblich steuern wird, für die konkrete Abwägung mit den Grundfreiheiten und den Wettbewerbsregeln derzeit aber mangels einschlägigem case-law noch wenig ergiebig ist. Deshalb dürfte es aktuell für Art. 28 GRCh die Tatsache bedeutsamer sein, dass die Koalitionsbetätigungsfreiheit u. a. nach Maßgabe des Unionsrechts und damit neben dem Primärrecht flankierend auch im Sekundärrecht gewährleistet wird.

III. De lege ferenda: Reformoptionen im europäischen Unionsrecht

Auf der Grundlage der Analysen der Rechtsprechung des EuGH und des diesbezüglichen Reformpotenzials des Lissabonner Vertrages ist nunmehr in einem dritten Schritt zu prüfen, welche Möglichkeiten es gibt, das Recht der Sozialpartner im Unionsrecht zu stärken.

1. Soziales Fortschrittsprotokoll

An erster Stelle steht insoweit der Vorschlag des Europäischen Gewerkschaftsbundes für ein Soziales Fortschrittsprotokoll. Es ist schon deshalb von besonderem Interesse, weil es gezielt im Hinblick auf die vorstehend unter I. analysierte Rechtsprechung des EuGH formuliert wurde und, obwohl bereits im März 2008 verabschiedet, das Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages bereits unterstellt hat. Das ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil die Handlungsform des Protokolls seinerzeit bewusst gewählt worden ist, um den Ratifizierungsprozess des Vertrages von Lissabon nicht zu gefährden. Aus heutiger Perspektive ist es formellen und materiellen Bedenken ausgesetzt, die es angezeigt erscheinen lassen, es fortzuentwickeln.

a) Formelle Bedenken

Ein wesentliches Bedenken richtet sich gegen die Handlungsform des Protokolls.

Gemäß Art. 51 EUV sind Protokolle grundsätzlich Bestandteil der Verträge, d. h. sie teilen deren Rechtsnatur und sind daher Bestandteil des primären Unionsrechts.¹⁸³ Ihre praktische Bedeutung ist enorm: Derzeit sind 37 Protokolle in Rechtsgeltung, die sehr unterschiedliche Funktionen erfüllen: Zum Teil dienen sie dazu, umfangreiche Verfahrensregelungen aus dem AEUV/EUV auszulagern, teilweise enthalten sie aber auch Sonderregelungen für einzelne Mitgliedstaaten, die die Rechtsbindung an bestimmte Vertragsbestimmungen ausschließen oder modifizieren.

Es gibt zwar auch Protokolle, die der authentischen Interpretation von Vertragsvorschriften dienen.¹⁸⁴ Diese beziehen sich aber, wie etwa das sog. Barber-Protokoll, auf die Auslegung sehr spezieller Einzelfragen: Der EuGH hatte in der Barber-Entscheidung klargestellt, dass Betriebsrenten „Entgelt“ i. S. d. heutigen Art. 157 Abs. 1 AEUV sind und daher dem diesbezüglichen Gleichbehandlungsgebot unterfallen, das unterschiedliche Altersgrenzen für Männer und Frauen verbietet.¹⁸⁵ Er hatte aber die zeitliche Rückwirkung in einer freilich viele Auslegungsfragen aufwerfenden Weise beschränkt. Die Mitgliedstaaten sind daraufhin, trotz anhängiger Verfahren, im Protokoll Nr. 33 zu Art. 157 AEUV¹⁸⁶ übereingekommen, dass Leistungen aufgrund eines betrieblichen Systems der sozialen Sicherheit grundsätzlich nicht als Entgelt gelten, wenn und soweit sie auf Beschäftigungszeiten vor dem 17. 5. 1990 (dem Tag des Barber-Urteils) zurückzuführen sind.

Die Zersplitterung des Unionsrechts durch die Vielzahl von Protokollen ist schon generell problematisch. Sie stellt die Einheitlichkeit des Unionsrechts in Frage und potenziert die ohnehin schon vorhandenen Auslegungsprobleme.¹⁸⁷ Im konkreten Fall ist die Handlungsform des Protokolls aber auch unangemessen. Denn das Soziale Fortschrittsprotokoll soll eben nicht nur eine spezielle Einzelfrage klären, sondern strebt an, das für die Statik der Europäischen Union fundamentale Verhältnis zwischen Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln auf

¹⁸³ U. Becker, in: J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 51 EUV Rn. 2.

¹⁸⁴ O. Dörr, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Begr./Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 51 EUV [2011] Rn. 13; K. Schmalenbach, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 51 EUV Rn. 2 f.

¹⁸⁵ EuGH, Urt. v. 17. 5. 1990, Rs. C-262/88, Rn. 40 ff. (Barber).

¹⁸⁶ ABl. 2010 C 83/319.

¹⁸⁷ U. Becker, in: J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 51 EUV Rn. 4.

der einen und sozialen Grundrechten auf der anderen Seite sehr grundlegend neu zu ordnen, indem nach Art. 3 des Protokolls den sozialen Rechten im Konfliktfall ein unbedingter Vorrang eingeräumt wird. Das Protokoll ginge damit über die Klärung einzelner Auslegungsfragen hinaus, sondern würde insgesamt die durch Art. 3 Abs. 3 EUV radizierte Wirtschaftsverfassung neu justieren. Eine solche grundstürzende Änderung würde das europäische Unionsrecht als autonome Rechtsordnung zwischen dem Völkerrecht und dem mitgliedstaatlichen Recht relativieren. Sie würde damit zugleich das Demokratieprinzip in der Europäischen Union schwächen, weil sie das in Art. 48 Abs. 2–5 EUV vorgesehene ordentliche Vertragsänderungsverfahren umgehen und damit die für die demokratische Rechtsetzung in der Union zuständigen Organe, namentlich also auch das Europäische Parlament, formal von der Mitwirkung ausschließen würde.

Die Bedenken werden noch dadurch vertieft, dass Art. 4 des Sozialen Fortschrittsprotokolls der Union die Aufgabe zuweist, für den Zweck der Gewährleistung des sozialen Fortschritts tätig zu werden und die dafür erforderliche Kompetenz auf Art. 352 AEUV stützt. Mit diesem einen Satz wird die sorgsam austarierte Kompetenzverteilung für die Sozialpolitik (vgl. Art. 4 Abs. 2 lit. b), 153 AEUV) gleichsam auf den Kopf gestellt. Denn Art. 352 AEUV ermächtigt zwar zur Abrundung vorhandener, nicht aber zur Begründung neuer Kompetenzen („im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche“).¹⁸⁸ Das Soziale Fortschrittsprotokoll bezieht sich aber nun ausgerechnet auf den Bereich der kollektiven Maßnahmen, für den Art. 153 Abs. 5 AEUV die Zuständigkeit der Union kategorisch ausschließt. Dieser Vorbehalt kann nicht dadurch umgangen werden, dass die für notwendig erachteten Maßnahmen auf Art. 352 AEUV gestützt werden.¹⁸⁹ Selbstverständlich würden diese Bedenken entfallen, wenn Art. 4 des Sozialen Fortschrittsprotokolls in das primäre Unionsrecht integriert und dort als Kompetenzbestimmung formuliert würde. Insoweit bedürfte es dann aber auch einer Abstimmung mit Art. 153 Abs. 5 AEUV.

Insgesamt kann man festhalten, dass für die spezielle Handlungsform des Protokolls 2008 die politisch nachvollziehbare Überlegung maßgebend war, dass der Ratifizierungsprozess des Lissabonner Vertrages in Frage gestellt werden soll. Nach seinem Inkrafttreten ist aber unzweifelhaft, dass fundamentale Verfassungsänderungen in der Union wie Neujustierungen der Wirtschaftsverfassung oder der Kompetenzordnung nicht im Wege des „Neben-Unionsrechts“

¹⁸⁸ Vgl. dazu etwa *M. Rossi*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 352 AEUV Rn. 37 ff.

¹⁸⁹ So ausdrücklich *M. Rossi*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 352 AEUV Rn. 41.

erfolgen können, sondern nur in den geregelten Verfahren der Vertragsänderung.

b) Materielle Bedenken

Zu diesen formellen gesellen sich materielle Bedenken. Sie betreffen vor allem das in Art. 3 des Vorschlags normierte Verhältnis zwischen Grundrechten und wirtschaftlichen Freiheiten.

Unklar ist in welchem Verhältnis diese Bestimmung zu dem bereits vorhandenen Bestand sozialpolitisch relevanter Normen im Unionsrecht stehen soll. Damit ist zunächst die Querschnittsklausel des Art. 9 AEUV angesprochen, die – ungeachtet ihrer Schwächen¹⁹⁰ – grundsätzlich das Potenzial hat, die sozialen Rechte in der Abwägung mit den Grundfreiheiten und den Wettbewerbsregeln zu stärken. Hier kommt es insoweit zu einer Normkonkurrenz, als Art. 9 AEUV für die dort genannten sozialen Rechte ein Berücksichtigungsgebot, Art. 3 Abs. 1 S. 2 des Protokollvorschlags hingegen einen absoluten Vorrang dieser Rechte vorsieht. Räumte man letzterem den Vorrang ein, wäre zwar das Problem der Unvollständigkeit des Art. 9 AEUV gelöst, dieser wäre aber auch weitgehend funktionslos, weil er ein Weniger gegenüber Art. 3 Abs. 1 S. 2 des Vorschlags regelte. Schon jetzt fehlt es an einem kohärenten Konzept sozialpolitischer Normen im primären Unionsrecht. Das Nebeneinander dieser beiden einander widersprechenden Normen würde dieses Problem noch verschärfen. In diesem Zusammenhang ist auch vor der Fehlvorstellung zu warnen, dass mit der inflationären Wiederholung sozialpolitischer Werte deren Bedeutung in der Abwägung steigt. Das illustriert etwa der Fall *Kommission/Deutschland*,¹⁹¹ in dem der EuGH eine ganze Palette sozialpolitisch relevanter Normen, die die Anwendung des Vergaberechts ausschließen könnten, erwähnt, die dann aber im Ergebnis doch nicht durchschlagen. Man darf vermuten, dass daran auch weitere Hundertschaften sozialpolitischer Bestimmungen nichts geändert hätten.

Art. 3 Abs. 1 des Vorschlags fügt sich auch in den europäischen Grundrechtskatalog nicht nahtlos ein. Wenn dort von „sozialen Rechten“ die Rede ist, so ist davon auszugehen, dass damit auch die sozialen Grundrechte der Art. 27 ff. GRCh gemeint sind. Für diese gelten aber, wie für grundsätzlich alle Grundrechte,¹⁹² die Schranken-Schranken des Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh, d.h. dass Eingriffe nicht generell unzulässig sind, aber dem Grundsatz der Verhältnismäßig-

¹⁹⁰ Dazu oben II. 1. a) und nachfolgend 2.

¹⁹¹ Vgl. oben I. 4.

¹⁹² Vgl. zu den Ausnahmen *T. Kingreen*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 52 GRCh Rn. 60.

keit genügen müssen, was insbesondere auch eine Abwägung mit entgegenstehenden Grundrechten impliziert. Art. 3 Abs. 1 S. 2 des Vorschlags sieht nun aber vor, dass die sozialen Grundrechte generell (und das kann nur heißen: unabhängig von einer solchen Abwägung!) den wirtschaftlichen Freiheiten vorgehen. Wirtschaftliche Freiheit gewährleisten aber nicht nur die Grundfreiheiten, sondern etwa auch die in Art. 15–17 GRCh garantierten Wirtschaftsgrundrechte. Insoweit stellt sich dann die Frage, ob Art. 52 Abs. 1 GRCh für dieses Verhältnis dann nicht gelten soll.

In der Sache ist der abstrakte Vorrang bestimmter Rechte vor anderen ohnehin äußerst fragwürdig. Das Verfassungsrecht kann angesichts seines hohen Abstraktionsgrades Konflikte zwischen Grundrechten nicht abstrakt, sondern stets nur unter besonderer Berücksichtigung und Gewichtung des Einzelfalls lösen. Eine abstrakte Rangordnung existiert, sieht man einmal von der nach überwiegender Ansicht schrankenlos gewährleisteten Menschenwürde (Art. 1 GRCh, Art. 1 Abs. 1 GG) ab, nicht. Vielmehr ist der Konflikt zwischen verschiedenen Grundrechtsträgern „nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz zu lösen, der fordert, dass nicht eine der widerstreitenden Rechtspositionen bevorzugt und maximal behauptet wird, sondern alle einen möglichst schonenden Ausgleich erfahren.“¹⁹³

2. Primärrechtliche Stärkung der Sozialpartnerschaft

Aus heutiger Sicht ist das Soziale Fortschrittsprotokoll damit zwar nicht geeignet, die Koalitionsbetätigungsfreiheit im Primärrecht substantiell zu stärken. Dennoch ist der Ansatz richtig, die Sozialpartnerschaft auch im Primärrecht stärker als bislang hervorzuheben. Deshalb bietet es sich an, das Soziale Fortschrittsprotokoll im Rahmen des Primärrechts moderat fortzusetzen. Das verspricht in denjenigen Bereichen Vorteile, in denen die Union (in Ermangelung von Kompetenzen und/oder politischen Willens) kein Sekundärrecht erlassen hat und es daher auf Abwägungsprozesse auf der Ebene des Primärrechts ankommt. Paradebeispiel ist insoweit der Fall Viking,¹⁹⁴ weil es zwar für die Entsendung von Arbeitnehmern (Fälle Laval, Rüffert), nicht aber für die Verlagerung von Unternehmen einschlägiges Sekundärrecht gibt. Von Bedeutung war die primärrechtliche Abwägung aber auch in der Entscheidung Kommission/Deutschland,¹⁹⁵ weil davon wesentlich die (vom EuGH zu Unrecht bejahte) Anwendung des Vergaberechts abhing.

¹⁹³ BVerfGE 93, 1 (21).

¹⁹⁴ Dazu oben I. 1.

¹⁹⁵ S. I. 4.

Es ist eher schwierig, die Sozialpartnerschaft durch Vertragsänderungen bei den Grundfreiheiten und den Wettbewerbsregeln zu stärken. Nicht von vornherein aussichtslos dürfte aber sein, die Sozialpartnerschaft außerhalb der primärrechtlichen Binnenmarktnormen als Gegengewicht zu diesen zu implementieren. Allerdings enthält das primäre Unionsrecht kein Sozialstaatsprinzip, das sich etwa im Grundgesetz (Art. 20 Abs. 1 GG) als Gegengewicht zu den Freiheitsrechten etabliert hat.¹⁹⁶ Es operiert vielmehr mit sog. Querschnittsklauseln („Allgemein geltende Bestimmungen“, Art. 7 ff. AEUV), die die Funktion haben, bestimmte Allgemeininteressen (wie den Umwelt-, Verbraucher- und eben auch den Sozialschutz) in allen Politikbereichen zum verbindlichen Handlungsmaßstab für alle Organe zu erheben, also für die Schaffung des Rechts ebenso wie für dessen Auslegung.¹⁹⁷ Diese Querschnittsklauseln können, wie namentlich das Beispiel der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (Art. 14 AEUV) zeigt, die sich zum wirkungsvollen Gegengewicht im Kartell- und Beihilferecht entwickelt haben,¹⁹⁸ Akzentverschiebungen auch in der Rechtsprechung des EuGH bewirken.

In diesem besagten Abschnitt des AEUV wird die Sozialpartnerschaft, die in vielen Mitgliedstaaten ein bedeutender Baustein des sozialstaatlichen Arrangements ist, nicht erwähnt. Zwar werden die Sozialpartner durch die Koalitionsbetätigungsfreiheit (Art. 28 GRCh) geschützt. Doch greift das Grundrecht nicht bei staatlichen Rechtsakten, weil Hoheitsträger nicht grundrechtsberechtigt sind.¹⁹⁹ Im Fall Ruffert²⁰⁰ konnten sich die Länder zur Rechtfertigung der Tariftreuevorschriften also nicht auf das Grundrecht berufen, sondern allenfalls darauf, dass sie das Grundrecht für die Sozialpartner schützen. Für einen Regelungsbedarf gerade in den Art. 7 ff. AEUV spricht zudem, dass man aus der Nichterwähnung der Sozialpartnerschaft den – methodisch naheliegenden, in der Sache aber hochproblematischen – Umkehrschluss ziehen könnte, dass diese nicht die Bedeutung hat wie die anderen dort genannten Rechtsgüter.

Es ist also zu empfehlen, die Sozialpartnerschaft gerade in diesem prominenten Abschnitt des AEUV zu implementieren. Dabei ist allerdings insoweit Vorsicht geboten als der vorhandene Normbestand die jeweiligen Gemeinwohlziele mit

¹⁹⁶ Näher *T. Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund. Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2003, S. 141 ff.

¹⁹⁷ Zur Bedeutung der Sozialklausel für die „Sozialstaatlichkeit“ der Union *B.-O. Bryde*, Europäisches Grundrecht der Tarifautonomie und europäisches Sozialstaatsprinzip als Schranken europäischer Wirtschaftsregulierung, *Soziales Recht* 2012, 2 (13 f.).

¹⁹⁸ Vgl. dazu oben I. 5. a).

¹⁹⁹ Vgl. oben I. 5. b).

²⁰⁰ S. I. 3.

sehr unterschiedlichen Graden an Verbindlichkeit ausstattet. Insbesondere die Sozialklausel des Art. 9 AEUV entfaltet mit der Verpflichtung, sozialen Belangen Rechnung zu tragen, nur eine geringe Direktionskraft,²⁰¹ verglichen etwa mit Art. 14 AEUV, der Union und Mitgliedstaaten verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse insbesondere in wirtschaftlicher und finanzieller Hinsicht ihre Aufgaben erfüllen können – also eine Art Gewährleistungsverantwortung, die sogar im Sinne eines Optimierungsgebotes interpretiert wird.²⁰² Es gibt also durchaus Werthierarchien unter den Gemeinwohlsgütern der Art. 7 ff. AEUV, so dass es wichtig erscheint, dass die Sozialpartnerschaft nicht durch zu weiche Formulierungen am unteren Ende dieser Hierarchie landet.

Der systematisch beste Standort für eine Neuregelung wäre Art. 9 AEUV. Denn die Zuständigkeiten der Sozialpartner sind im Kapitel über die Sozialpolitik prominent erwähnt (Art. 152, 154, 155 AEUV), so dass es sich gut begründen lässt, ihren materiell-rechtlichen Schutz in die diesbezügliche Querschnittsklausel zu integrieren. Zwar könnte man einwenden, dass Art. 9 AEUV wegen seiner schwachen Direktionskraft kein guter Regelungsstandort ist. Allerdings wäre es auch nicht sonderlich überzeugend, den Schutz der Tarifpartner stärker auszugestalten als den allgemeinen sozialen Schutz. Daher kann und sollte die Einfügung der Sozialpartnerschaft in Art. 9 AEUV Anlass sein, die Norm insgesamt zu stärken.

Die Neuregelung sollte neben der Bezeichnung des Schutzgutes und der geschützten Maßnahmen vor allem den Hinweis auf die unterschiedliche Ausgestaltung des mitgliedstaatlichen Rechts enthalten, um den Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten zu stärken und die Kontrolldichte des EuGH zu schwächen. Zu erwägen ist darüber hinaus, den Bedenken gegen eine (vermeintliche) Präponderanz der Grundfreiheiten vor den sozialen Rechten dadurch Rechnung zu tragen, dass ihre Gleichrangigkeit hervorgegeben wird.²⁰³ Dabei könnte auf einen Formulierungsvorschlag in Art. 2 der aus Kompetenzgründen gescheiterten Monti-II-Verordnung²⁰⁴ zurückgegriffen werden. Man könnte folglich, in Anlehnung an diese Vorschrift sowie an Formulierungen in Art. 3 Abs. 3 des Vorschlags eines sozialen Fortschrittsprotokolls, in Art. 28 GRCh und Art. 13 AEUV

²⁰¹ Vgl. oben II. 1. a).

²⁰² Dazu C. Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Begr./Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 14 AEUV [2010] Rn. 44 ff.

²⁰³ Vgl. in diesem Sinne etwa GA Trstenjak, Schlussantrag v. 14. 4. 2010, Rs. C-271/08, Rn. 186 ff. (Kommission/Deutschland).

²⁰⁴ Dazu J. Schubert, Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Monti-II-Verordnung, 2012, S. 35; vgl. näher unten 3. a).

(Querschnittsklausel Tierschutz), Art. 9 AEUV um die folgenden Sätze 2 und 3 ergänzen:

„Die Union achtet die Autonomie der Sozialpartner und das Recht, Tarifverträge auszuhandeln, abzuschließen und durchzusetzen sowie auf kollektive Verteidigung ihrer Interessen unter Einschluss von Streiks; hierbei berücksichtigt sie die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Bei der Ausübung der im Vertrag verankerten Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit wird das Grundrecht auf Durchführung kollektiver Maßnahmen, einschließlich des Streikrechts oder der Streikfreiheit gewahrt; umgekehrt werden bei der Ausübung des Grundrechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen, einschließlich des Streikrechts oder der Streikfreiheit, diese wirtschaftlichen Freiheiten gewahrt.“

Damit wäre der Ansatz der praktischen Konkordanz im Verhältnis zwischen sozialen Grundrechten und Grundfreiheiten im Primärrecht verankert.²⁰⁵ Die Notwendigkeit, die Gleichrangigkeit zwischen sozialen Grundrechten und Grundfreiheiten explizit im Primärrecht zu regeln, wird durch die schwedische Gesetzgebung nach dem Laval-Urteil belegt, wonach nur noch bestimmte tarifliche Mindestbedingungen für entsandte Arbeitnehmer durch kollektive Maßnahmen durchgesetzt werden können. Dass der Europäische Ausschuss für Soziale Rechte darin weitgehend einstimmig einen Verstoß gegen die Art. 6 Abs. 2 und 4 sowie Art. 19 Abs. 4 RESC sieht, belegt den auch unionsrechtlichen Handlungsbedarf²⁰⁶. Dementsprechend betont auch der Koalitionsvertrag der die neue deutsche Bundesregierung tragenden Parteien, „dass die Gleichrangigkeit sozialer Grundrechte der Europäischen Union gegenüber den Marktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt“ durchgesetzt werden muss.²⁰⁷

Die Implementierung der Sozialpartnerschaft an derart prominenter Stelle wird zwar mit dem Nachteil erkaufte, dass das vereinfachte Vertragsänderungsverfahren nach Art. 48 Abs. 6 EUV, das nur für Änderungen des Dritten Teils des AEUV (Art. 26 ff. AEUV) gilt, nicht zur Anwendung kommt. Vielmehr müsste das ordentliche Änderungsverfahren nach Maßgabe von Art. 48 Abs. 2–5 EUV durchgeführt werden. Allerdings steht ein Ausbau der sozialen Dimension der

²⁰⁵ J. Heuschmid, Der Arbeitskampf im EU-Recht, in: W. Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, S. 11 Rn. 92 f.; zum Begriff in der Rechtsprechung des EuGH: R. Winter, Deutliche Worte des EuGH im Grundrechtsbereich, NZA 2013, 473 (477).

²⁰⁶ Europäischer Ausschuss für soziale Rechte v. 3.7.2013, Beschwerdeverfahren Nr. 85/2012 – Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) v. Sweden.

²⁰⁷ Deutschlands Zukunft gestalten. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 164.

Wirtschafts- und Währungsunion ohnehin auf der politischen Agenda.²⁰⁸ Da dieser ohne Änderungen des Primärrechts nicht möglich sein wird, liegt es nahe, dann auch Art. 9 AEUV entsprechend anzupassen.

3. Sekundärrechtliches Reformpotenzial

Flankierend zu den Änderungen des Primärrechts bietet es sich an, die Konsequenzen aus der EuGH-Rechtsprechung auch auf der Ebene des Sekundärrechts zu ziehen. Das hat den Vorteil der Zielgenauigkeit: Während im Primärrecht aufgrund seiner Qualität als Verfassungsrecht der Union nur die allgemeinen Parameter für Abwägungen festgesetzt werden können und daher angesichts der methodischen Unsicherheiten bei Abwägungen nicht sicher ist, was der EuGH aus diesen Änderungen machen wird, ist das Sekundärrecht der Ort für konkrete und ggfs. auch detaillierte Konfliktlösungsregelungen. Als weiteres Argument für ein Ansetzen im Sekundärrecht lässt sich anführen, dass namentlich die Koalitionsbetätigungsfreiheit nach Art. 28 GRCh nicht nur unter Berücksichtigung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten, sondern auch des Unionsrechts gewährleistet wird.²⁰⁹ Das Grundrecht wird daher auch durch das sekundäre Unionsrecht näher ausgestaltet,²¹⁰ so dass es auch für die Grundrechtsauslegung darauf ankommt, wie das Sekundärrecht das Streikrecht rechtlich absichert.

a) Das Kompetenzdilemma: Die gescheiterte Monti II-Verordnung

Die Suche nach sekundärrechtlichem Reformpotenzial ist freilich konfrontiert mit dem Kompetenzdilemma als dem eigentlichen primärrechtlichen Problem: Die Union hat sozialpolitische Kompetenzen nach wie vor nur insoweit sie dazu dienen, das Metaprinzip des Binnenmarktes, die transnationale Integration, zu implementieren.²¹¹ Man kann von einer akzessorischen Sozialpolitik sprechen, weil sie stets in Abhängigkeit von den Funktionsbedingungen des Binnenmarktes operiert, aber keinen darüber hinausgehenden eigenständigen Bedeutungsgehalt hat.²¹² Zwar haben das Diskriminierungsverbot und die Freizügigkeit (Art. 18, 21 AEUV) eine Emanzipation von der Marktbürgerschaft ermöglicht,

²⁰⁸ Dazu unten IV.

²⁰⁹ Dazu oben II. 2. a).

²¹⁰ Zu den diesbezüglichen Grenzen und der Abgrenzung zwischen Eingriff und Ausgestaltung *T. Kingreen*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 52 GRCh Rn. 56.

²¹¹ Dazu bereits oben I. 5. a).

²¹² *T. Kingreen*, Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht, *EuR Beiheft* 1/2007, 43 (43 f.).

was dazu geführt hat, dass nicht mehr nur „Kaufleute und Krämer“ (Georges Pompidou), sondern auch Sozialhilfeempfänger in den Genuss der Unionsrechte kamen.²¹³ Aber auch das ändert nichts daran, dass die europäische Sozialpolitik keinen eigenständigen Gestaltungsanspruch erhebt, sondern eindimensional auf die Mobilität von Personen und Produktionsfaktoren ausgerichtet ist.²¹⁴ Es existieren daher nur punktuelle Regelungen, aber keine konzeptionell entwickelte Sozialpolitik.

Dieser Tunnelblick der europäischen Sozialpolitik ist allerdings eine Folge der Kompetenzverteilung.²¹⁵ Der Union werden in den Art. 151 ff. AEUV nur marginale sozialpolitische Kompetenzen zugestanden (die nach deutschem Begriffsverständnis im Übrigen weitgehend das Arbeits- und nicht das Sozialrecht betreffen). Ausdrücklich schließt Art. 153 Abs. 5 AEUV namentlich eine eigenständige Rechtsetzungskompetenz der Union in weiten Teilbereichen des kollektiven Arbeitsrechts aus. Die wichtigsten arbeits- und sozialrechtlichen Rechtsakte beruhen dementsprechend durchweg auf binnenmarktbezogenen Kompetenznormen, von der Wanderarbeitnehmerverordnung²¹⁶ über die Entsende-Richtlinie²¹⁷, die Freizügigkeits-Richtlinie²¹⁸ bis hin zur Patienten-Richtlinie²¹⁹. Lediglich im Bereich der auf Art. 19 AEUV beruhenden Antidiskriminierungspolitik kann man von eigenständigen sozialpolitischen Ansätzen sprechen,²²⁰ wobei zu

²¹³ Vgl. nochmals oben I. 5. a).

²¹⁴ Treffend A. Somek, Sozialpolitik in Europa: Von der Domestizierung zur Entwaffnung, EuR Beiheft 1/2013, 49 (51).

²¹⁵ Vgl. bereits oben II. 1. b).

²¹⁶ Verordnung (EG) 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. 4. 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2004 Nr. L 166 S. 1.

²¹⁷ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997, Nr. L 18 S. 1.

²¹⁸ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. 4. 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. 2004 Nr. L 158 S. 77.

²¹⁹ Richtlinie 2011/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. 4. 2011 über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, ABl. Nr. L 88 S. 45.

²²⁰ Die diesbezüglichen Rechtsakte sind aber wegen der nur schwachen Beteiligung des Europäischen Parlaments (Art. 19 Abs. 2 AEUV) exekutivlastig: (1) Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. 6. 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. 2000 Nr. L 180 S. 22; (2) Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 Nr. L 303 S. 16; (3) Richtlinie 2004/113/EG des

betonen ist, dass das Unionsrecht diesen Bereich systematisch nicht der Sozialpolitik zuordnet.²²¹

Aufgrund dieser Kompetenzverteilung ist auch der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine sog. Monti II-Verordnung nicht weiterverfolgt worden.²²² Diese sollte, als Konsequenz aus der hier analysierten Rechtsprechung des EuGH, Regelungen für die Ausübung des Grundrechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit festlegen. Einschlägige Rechtsgrundlage sollte Art. 352 AEUV sein. Dieser ermächtigt aber nur zur abrundenden Rechtsetzung in denjenigen Politikbereichen, für die die Union grundsätzlich zuständig ist.²²³ Zwar sollte die Verordnung auch der Durchsetzung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit dienen, doch lag der Regelungsschwerpunkt auf den Voraussetzungen und Verfahren in Bezug auf kollektive Maßnahmen. Darin konnte man durchaus einen eigenständigen Gestaltungsanspruch der Union für das Streikrecht ableiten, für das aber nach Art. 153 Abs. 5 AEUV ein expliziter Kompetenzausschluss besteht. Ungeachtet auch inhaltlicher Unzulänglichkeiten musste eine eigenständige Regelung des Koalitionsrechts durch die Union daher schon an der insoweit fehlenden Kompetenz scheitern.²²⁴

b) Lösung: Gegengift im mobilitätsorientierten Sekundärrecht

Die Kompetenzverteilung in der Sozialpolitik bedeutet aber nicht, dass es keine Möglichkeiten gäbe, der Koalitionsbetätigungsfreiheit im Sekundärrecht zur Durchsetzung zu verhelfen. Entscheidend ist lediglich, dass die durch die Kompetenzverteilung bedingte Logik der europäischen Sozialpolitik berücksichtigt wird, nach der soziale Schutzinteressen nur im Rahmen des mobilitätsorientierten Sekundärrechts zur Geltung gebracht werden können. Es sind diese mobilitätsorientierten Rechtsakte, in denen gezielt sozialpolitisches Gegengift gesetzt

Rates über Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. 2004 Nr. L 373 S. 37.

²²¹ Daher auch in einer separaten Querschnittsklausel geregelt (Art. 10 AEUV).

²²² Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Ausübung des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit v. 21. 3. 2012, KOM(2012) 130 endg. Der Vorschlag wurde im September 2012 aufgrund von massiver Kritik wieder zurückgezogen; ausführlich: *J. Schubert*, Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Monti II-Verordnung, Bd. 6 HSI-Schriftenreihe, 2012.

²²³ Vgl. bereits oben 1. a).

²²⁴ *N. Bruun/A. Bücker*, Der Monti II Verordnungsvorschlag der EU-Kommission, NZA 2012, 1136 (1138); *J. Schubert*, Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Monti II-Verordnung, 2012, S. 21, 34.

werden kann. Dabei könnte man bei denjenigen Rechtsakten angesetzt werden, die in den Ausgangsentscheidungen eine Rolle gespielt haben: der Entsende-Richtlinie und der Vergabe-Richtlinie.

aa) Entsende-Richtlinie

Die Auslegung der Entsende-Richtlinie war in den Fällen Laval und Rüffert maßgebend.²²⁵ Dabei ging es vor allem um die Frage, wie die Wendung der „für die Arbeitnehmer günstigeren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen“ in Art. 3 Abs. 7 RL 96/71/EG zu verstehen war. Die Interpretation durch den EuGH führt hier dazu, dass die Gewerkschaften die Anwendung solcher Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen auf entsandte Arbeitnehmer nicht durchzusetzen vermögen, die in nicht allgemeinverbindlichen Tarifverträgen vereinbart sind und oberhalb des nach Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG maßgeblichen Standards liegen. Auch können derartige Tarifverträge nicht zum Gegenstand von Tariftreueerklärungen in öffentlichen Ausschreibungen gemacht werden. Daraus erwächst die Möglichkeit der Unternehmen, sich die transnationale Lohnkonkurrenz durch Bevorzugung entsandter Arbeitnehmer gezielt zunutze zu machen.

Eine Möglichkeit, diesem Problem zu begegnen, ist die Ergänzung der Entsende-Richtlinie um eine an Art. 2 der Monti I-Verordnung²²⁶ angelehnte Formulierung, die in Art. 1 Abs. 5 RL 96/71/EG integriert werden könnte:

„Diese Verordnung darf nicht so ausgelegt werden, dass sie in irgendeiner Weise die Ausübung der in den Mitgliedstaaten anerkannten Grundrechte, einschließlich des Rechts oder der Freiheit zum Streik, beeinträchtigt. Diese Rechte können auch das Recht oder die Freiheit zu anderen Handlungen einschließen, die in den Mitgliedstaaten durch die spezifischen Systeme zur Regelung der Beziehungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern abgedeckt werden.“

Eine ähnliche, aber zurückhaltendere Formulierung enthält Art. 1 Abs. 7 RL 2006/123/EG der sog. Dienstleistungs-Richtlinie.²²⁷

²²⁵ Dazu oben I. 2. Und 3.

²²⁶ Verordnung (EG) Nr. 2679/98 des Rates vom 7. Dezember 1998 über das Funktionieren des Binnenmarktes im Zusammenhang mit dem freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. Nr. L 337 S. 8.

²²⁷ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. 2006 Nr. L 376 S. 36; vgl. dazu auch J. Heuschmid, Der Arbeitskampf im EU-Recht, in: W. Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 11 Rn. 134.

Alternativ könnte man auch unmittelbar bei Art. 3 Abs. 7 RL 96/71/EG ansetzen und klarstellen, dass sich der Vergleichsbegriff „günstiger“ (auch) auf die nach Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG maßgeblichen Rechtsvorschriften/Tarifverträge/Schiedsprüche bezieht. Das hätte den Vorteil, dass genau die Vorschrift geändert wird, die der EuGH zum Dreh- und Angelpunkt seiner zweifelhaften Rechtsprechung gemacht hat. Eine Formulierung könnte etwa wie folgt aussehen:

„(7) Die Absätze 1 bis 6 stehen der Anwendung von Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht entgegen, die für die Arbeitnehmer günstiger sind als Rechts- oder Verwaltungsvorschriften, Tarifverträge oder Schiedsprüche nach Absatz 1.“

Rechtsgrundlage ist Art. 62 i. V. m. Art. 53 Abs. 1 AEUV.²²⁸ Eine Beschlussfassung erfolgt nach Art. 53 Abs. 1 AEUV im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (Art. 294 AEUV), was namentlich bedeutet, dass das Europäische Parlament mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen entscheidet (Art. 294 Abs. 13 S. 1 i. V. m. Art. 231 UAbs. 1 AEUV) und im Rat die qualifizierte Mehrheit (Art. 294 Abs. 13 S. 1 i. V. m. Art. 238 Abs. 3 AEUV) erforderlich, aber auch ausreichend ist.

bb) Vergabe-Richtlinie

In der Entscheidung Kommission/Deutschland war die Frage aufgeworfen worden, ob das Vergaberecht auf Tarifverträge Anwendung finden soll. Der EuGH hat dies im Ergebnis bejaht, was wegen der damit verbundenen erheblichen Einschränkung der Tarifautonomie abzulehnen ist.²²⁹

Dieses Problem lässt sich vergleichsweise einfach durch eine Änderung von Art. 16 RL 2004/18/EG lösen. Danach findet die Vergabe-Richtlinie keine Anwendung auf die in der Vorschrift aufgezählten öffentlichen Dienstleistungsaufträge. Dazu zählen nach Art. 16 lit. e) RL 2004/18/EG auch Arbeitsverträge. Dem ließen sich die Worte „und Tarifverträge“ hinzufügen. Für die Rechtsgrundlagen und das Rechtsetzungsverfahren gilt das zur Entsende-Richtlinie Gesagte entsprechend.²³⁰

²²⁸ Das war seinerzeit streitig, ist aber mittlerweile anerkannt, vgl. *W. Kluth*, in: *C. Calliess/M. Ruffert* (Hrsg.), *AEUV/EUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 59 AEUV Rn. 54.

²²⁹ Vgl. näher I. 4.

²³⁰ Vgl. vorstehend aa).

IV. Ausblick: Die soziale Dimension der Wirtschafts- und Währungsunion

Das Soziale Fortschrittsprotokoll ist bereits 2008 und damit vor Ausbruch der europäischen Wirtschafts- und Finanzkrise erarbeitet worden. Änderungen des Primärrechts schienen kurz vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon zunächst nicht mehr auf der politischen Tagesordnung zu stehen.

Nach den Erfahrungen der vergangenen fünf Jahre dürften die Karten indes auch in der Sozialpolitik schneller neu gemischt werden als das noch 2008 zu erwarten war. Hintergrund sind fundamentale Konstruktionsfehler der Wirtschafts- und Währungsunion. Diese ist „unter den modernen Währungsunionen insofern einmalig, als sie eine zentralisierte Währungspolitik mit dezentralisierter Verantwortung für die meisten wirtschaftspolitischen Bereiche verbindet“²³¹, auch für die Sozialpolitik. Auch die großen sozialpolitischen Sicherungssysteme der Mitgliedstaaten sind indes in mehrfacher Hinsicht „systemrelevant“. Sie bilden in allen Mitgliedstaaten einen der größten, wenn nicht den größten Haushaltsposten, sind aber zugleich Garanten politischer Stabilität in wirtschaftlichen Krisenzeiten. Die Krisenstaaten, namentlich Griechenland haben zur Krisenbewältigung mit der sog. Troika „Memoranda of Understanding“ vereinbart, in denen Finanzhilfen mit konkret bezeichneten Auflagen verknüpft werden.²³² Dazu zählen neben sozial- auch tarifpolitische Maßnahmen, die erheblich in die Gestaltungsfreiheit der Sozialpartner eingreifen.²³³ Die strikten Reformvorgaben mögen zwar langfristig der Stabilisierung der Staatshaushalte der Krisenstaaten dienen, führen aber dazu, dass die sozialen Sicherungssysteme zur kurzfristigen politischen Krisenbewältigung weitgehend ausfallen. Das ist vor allem deshalb bemerkenswert, weil die demokratische Legitimation der sozial- und tarifpolitischen Auflagen nur schwach ausgeprägt ist. Rechtsgrundlage der „Memoranda of Understanding“ ist Art. 13 Abs. 3 des ESM-Vertrages,

²³¹ Europäische Kommission, Ein Konzept für eine vertiefte und echte Wirtschafts- und Währungsunion. Auftakt für eine europäische Diskussion, KOM(2012), 777 endg. v. 28. 11. 2012, S. 2.

²³² Dazu ausführlich und kritisch A. Fischer-Lescano, Austeritätspolitik und Menschenrechte. Rechtspflichten der Unionsorgane beim Abschluss von Memoranda of Understanding, Rechtsgutachten im Auftrag der Kammer für Arbeiter/innen und Angestellte Wien, November 2013, http://media.arbeiterkammer.at/PDF/Austeritaetspolitik_und_Menschenrechte.pdf.

²³³ Vgl. etwa speziell für Griechenland N. Bruun, Economic Governance of the EU Crisis and its Social Policy Implications, in: N. Bruun/K. Lörcher/I. Schömann (Hrsg.), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, 2012, S. 261 (267 ff.); B. Waas, Tarifvertragsrecht in Zeiten der Krise, in: J. M. Schubert (Hrsg.), *Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht*. Festschrift für Otto Ernst Kempfen, 2013, S. 38 (44 ff.).

also ein Rechtsakt intergouvernementaler Krisenbewältigung, der außerhalb der Rechtsetzungsverfahren des Unionsrechts und damit ohne Parlamentsbeteiligung vereinbart worden ist.²³⁴

Aber auch unabhängig von der akuten Katastrophenhilfe werden Haushalts- und Finanzpolitik der Mitgliedstaaten durch zunehmend engmaschige europäische Vorgaben gesteuert, deren Einhaltung insbesondere durch die Kommission überwacht wird. Das im Zuge der „Europa2020“-Strategie eingeführte Europäische Semester bindet die Kommission, den Europäischen Rat und den Rat frühzeitig und im Rahmen eines festen Ablaufplans in die Aufstellung der Haushaltspläne der Mitgliedstaaten ein und soll sie dadurch in die Lage versetzen, länderspezifisch makroökonomische Ungleichgewichte zu erkennen, entsprechende Gegenmaßnahmen vorzuschlagen und bei übermäßigen Ungleichgewichten die notwendigen Korrekturmaßnahmen zu überwachen.²³⁵ Die Steuerung der mitgliedstaatlichen Haushaltspolitik hat naturgemäß auch Auswirkungen auf die sozialpolitischen Handlungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten. Immerhin beruht dieser reguläre Kontrollmechanismus auf „echten“ unionsrechtlichen Vorgaben im sog. „Six-Pack“, insbesondere die VO 1176/2011 über die Vermeidung und Korrektur makroökonomischer Ungleichgewichte.²³⁶

Die Kommission möchte diesen Mechanismus durch ein Scoreboard von sozial- und zwar vor allem beschäftigungspolitischen Schlüsselindikatoren und das makroökonomische Monitoring durch sozialpolitische Überwachungsmechanismen ergänzen.²³⁷ Sie hält darüber hinaus mittelfristig auch finanzielle Unterstützungsprogramme für den Fall sog. asymmetrischer Schocks und langfristig eine „schrittweise Zusammenführung von Hoheitsrechten und damit Verantwortung sowie Solidaritätsbefugnissen auf europäischer Ebene“ für möglich, die in einen autonomen Haushalt für das Euro-Währungsgebiet einmünden

²³⁴ Vgl. zur grundrechtsschonenden Funktion der Kompetenzordnung *J. Bast/F. Rödl, Jenseits der Koordinierung? Zu den Grenzen der EU-Verträge für eine Europäische Wirtschaftsregierung*, EuGRZ 2012, 269 (278).

²³⁵ Vgl. dazu die VO(EG) 1176/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16. 11. 2011 über die Vermeidung und Korrektur makroökonomischer Ungleichgewichte.

²³⁶ ABll.EU Nr. L 306/25 v. 23. 11. 2011.

²³⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat. Stärkung der sozialen Dimension der Wirtschafts- und Währungsunion, KOM(2013), 690 endg. v. 2. 10. 2013, S. 5 ff.

soll, aus dem dann Transferleistungen für den Fall asymmetrischer Schocks geleistet werden könnten.²³⁸

Die Kommission weiß, dass ihr für dieses ehrgeizige Programm die notwendigen Kompetenzen fehlen.²³⁹ Das verweist allerdings auf ein grundlegendes Dilemma: Einerseits hat sich gezeigt, dass eine Wirtschafts- und Währungsunion ohne zentrale Vorgaben auch in der Sozialpolitik auf Dauer nicht überlebensfähig ist, die aber auf Dauer nicht auf exekutivlastige völkerrechtliche Vereinbarungen gestützt werden können. Andererseits fehlen der Union die Zuständigkeiten für sozialpolitische Regelungen, die die Wirtschafts- und Währungsunion flankieren und etwa Vorkehrungen für den Fall sog. asymmetrischer Schocks treffen können; das hängt aber wiederum damit zusammen, dass der politische Wille für Kompetenzübertragungen fehlt und die Europäische Union nicht die notwendige demokratische Verfasstheit aufweist, die jedenfalls nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts erforderlich wäre, um ihr diese Kompetenzen zu übertragen.²⁴⁰

Die Wirtschafts- und Finanzkrise ist damit auch eine politische Krise, die die Sozial- und Tarifpolitik massiv in Mitleidenschaft ziehen könnte: Die Mitgliedstaaten haben aufgrund der durch die Wirtschafts- und Währungsunion notwendig gewordenen europäischen Vorgaben eine zunehmend geringere sozial- und tarifpolitische Gestaltungsfreiheit, die Union hingegen hat (noch) keine Kompetenz zu einer aktiv gestaltenden Sozial- und Tarifpolitik. Soll diese in dieser Zwischenschicht nicht unter die Räder kommen, sind Kompetenzübertragungen auf die Union und die Stärkung der Sozialpartner auf europäischer Ebene (Art. 152 AEUV) unerlässlich. In das daher anstehende Vertragsänderungsverfahren können dann auch die in dieser Untersuchung vorgeschlagenen Änderungen des Primärrechts Eingang finden. Zudem wären in einem solchen Vertragsänderungsverfahren über den besonderen Schutz der Koalitionsbetätigungsfreiheit hinaus noch zusätzliche soziale Absicherungen erforderlich, um den Sozialabbaumaßnahmen deutliche Grenzen zu setzen. Dazu bieten auch die im Sozialen Fortschrittsprotokoll in Artikel 2 genannten Vorgaben nicht unwichtige Ansatzpunkte, die entsprechend weiter zu entwickeln wären.

²³⁸ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat. Stärkung der sozialen Dimension der Wirtschafts- und Währungsunion, KOM(2013), 690 endg. v. 2. 10. 2013, S. 14.

²³⁹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat. Stärkung der sozialen Dimension der Wirtschafts- und Währungsunion, KOM(2013), 690 endg. v. 2. 10. 2013, S. 14 f.

²⁴⁰ BVerfGE 123, 267 (362 f.).

C. Wesentliche Ergebnisse

- (I) Die Ergebnisse der Analyse der vier Ausgangsurteile können wie folgt zusammengefasst werden:
 - (1) Die Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH ist zwar in allen vier Fällen angreifbar. Die Abwägung zwischen Grundfreiheit und Koalitionsbetätigungsfreiheit im Fall Viking begünstigt ebenso wie die eigenwillige Interpretation der Entsende-Richtlinie in den Fällen Laval und Rüffert eine transnationale Lohnkonkurrenz, die im Widerspruch zum Prinzip des fairen Wettbewerbs in der Union steht. Zudem schränkt die Entscheidung Kommission/Deutschland die Tarifautonomie in unangemessener Weise ein. Dennoch ergeben die Entscheidungen kein einheitliches und auch noch kein klares Bild. Zum Teil waren es nur die speziellen Umstände des Einzelfalls, die zu einem Zurücktreten der Koalitionsbetätigungsfreiheit geführt haben. Keine Entscheidung lässt sich dahingehend interpretieren, dass die Grundfreiheiten generell Vorrang vor der Koalitionsbetätigungsfreiheit hätten.
 - (2) Alle vier Urteile beruhen auf einem für das europäische Unionsrecht typischen Konflikt. Es geht dabei rechtlich nicht um das Spannungsverhältnis zwischen unternehmerischer Freiheit und sozialen Rechten, sondern zwischen transnationaler Mobilität und nationaler Regulierung. Das europäische Unionsrecht ist geprägt durch das Meta-Prinzip transnationaler Integration, das nicht nur ökonomische, sondern auch soziale Rechte transnational und transterritorial erweitert.
 - (3) Obwohl allen vier Fällen ein gemeinsames Konfliktschema zugrunde liegt, sind die Rechtsfragen sehr unterschiedlich: Während es insbesondere in der Entscheidung Viking, partiell aber auch in der Entscheidung Kommission/Deutschland um die Abwägung primärrechtlich gleichermaßen geschützter Rechtsgüter ging (Grundfreiheiten contra Koalitionsbetätigungsfreiheit), kam es in den Fällen Laval und Rüffert entscheidend auf die Auslegung der Entsende-Richtlinie und in Kommission/Deutschland zumindest primär des Vergaberechts an. Zudem waren Gegenstand der Entscheidung teils Maßnahmen der Gewerkschaften (Viking und Laval), teils beider Sozialpartner (Kommission/Deutschland), teils aber auch eines staatlichen Gesetzgebers (Rüffert).

- (II) Der Vertrag von Lissabon, dessen Bestimmungen *ratione temporis* auf keine der Ausgangsfälle anwendbar waren, profiliert die Europäische Union als soziale Marktwirtschaft. Dieses neue Leitbild kommt zum Ausdruck in einer substantiellen Stärkung sozialer Rechte und Interessen:
- (1) Art. 9 AEUV enthält eine Querschnittsklausel, der alle Organe der Union zur Berücksichtigung der dort genannten sozialen Grundwerte verpflichtet. Sie ist damit grundsätzlich auch geeignet, als „Gegengift“ in primärrechtlichen Abwägungen zu fungieren. Sie weist aber zwei wesentliche Schwachpunkte auf: Erstens ist ihre Direktionskraft schwächer ausgeprägt als bei den anderen Querschnittsklauseln. Zweitens erfasst sie die Sozialpartner und ihre Rechte nicht. Der ebenfalls neue Art. 152 AEUV kann dieses Defizit nicht kompensieren, weil er die Sozialpartnerschaft nur institutionell im Kontext der Sozialpolitik der Union absichert, ihr aber nicht ein materiell-rechtliches Gegengewicht im Verhältnis zu den Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln verleiht.
 - (2) Eine bedeutende Ausprägung des europäischen Sozialmodells sind die sozialen Grundrechte in den Art. 27–38 GRCh, die nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 EUV unmittelbar geltendes Primärrecht sind. Das gilt auch für die Koalitionsbetätigungsfreiheit (Art. 28 GRCh), die mithin normhierarchygleichrangig ist mit den Grundfreiheiten. Die allgemeinen Bestimmungen der Grundrechte-Charta (Art. 51 ff. GRCh) verzahnen die Einzelgrundrechte und damit namentlich auch Art. 28 GRCh mit anderen Rechtsquellen, die für die Auslegung der Grundrechte von erheblicher Bedeutung sind. Herauszuheben ist insoweit die EMRK, die Reichweite und Gewicht der Koalitionsbetätigungsfreiheit in Zukunft maßgeblich steuern wird, für die konkrete Abwägung mit den Grundfreiheiten und den Wettbewerbsregeln derzeit aber nur wenig ergiebig ist. Wesentlich bedeutsamer ist die Tatsache, dass die Koalitionsbetätigungsfreiheit u. a. nach Maßgabe des Unionsrechts und damit vor allem auch des Sekundärrechts gewährleistet wird. Nachjustierungen des Sekundärrechts wirken sich dadurch unmittelbar auf die Auslegung der Koalitionsbetätigungsfreiheit aus.
- (III) Der Vertrag von Lissabon enthält zwar schon *de lege lata* substantielle Verbesserungen für den Schutz sozialer Rechte und Interessen in der Europäischen Union. Sie reichen aber nicht aus, um eine Akzentverschiebung zwischen mobilitätsorientierten Vorschriften auf der einen und der Koalitionsbetätigungsfreiheit auf der anderen Seite herbeizuführen.
- (1) Der Vorschlag eines Europäischen Sozialprotokolls ist aus heutiger Perspektive nicht mehr geeignet, die Sozialpartnerschaft im europäischen

Unionsrecht zu stärken. In formeller Hinsicht ist die Wahl der völkerrechtlichen Handlungsform des Protokolls fragwürdig. Protokolle führen zu einer ohnehin problematischen Zersplitterung des Primärrechts und sind für eine derart fundamentale Neujustierung des europäischen Verfassungsrechts ungeeignet, weil sie das reguläre Verfahren demokratischer Rechtsetzung aushöhlen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass das Protokoll seinerzeit nur deshalb als Handlungsform vorgeschlagen wurde, um den politischen Ratifizierungsprozess des Lissabonner Vertrages nicht zu gefährden. Materiell wirft der Protokollvorschlag Abgrenzungsfragen zum bestehenden Primärrecht auf und implementiert zudem mit dem Vorrang sozialer Rechte ein dem allgemeinen Grundrechtsverständnis fremdes Prinzip. Gleichwohl enthält er auch Regelungsansätze, die durchaus zur Integration in das Primär- und Sekundärrecht geeignet sind. Diese könnten bei einer künftigen Revision der Verträge berücksichtigt werden.

- (2) Zu empfehlen ist dementsprechend die Stärkung der Sozialpartnerschaft in den Verträgen selbst, um das Gewicht der Koalitionsbetätigungsfreiheit in primärrechtlichen Abwägungsprozessen zu stärken und ihre Gleichrangigkeit mit den Grundfreiheiten zu unterstreichen. Geeigneter Regelungsstandort ist der Abschnitt über die Querschnittsklauseln (Art. 7 ff. AEUV), die eine Zusammenstellung der wesentlichen, dem Mobilitäts- und Wettbewerbsprinzip entgegenstehender Gemeinwohlsgüter im Unionsrecht enthalten. Es wird vorgeschlagen, Art. 9 AEUV um die folgenden Sätze 2 und 3 zu ergänzen und zugleich die Direktionskraft der Sozialklausel insgesamt zu stärken:

„Die Union achtet die Autonomie der Sozialpartner und das Recht, Tarifverträge auszuhandeln, abzuschließen und durchzusetzen sowie auf kollektive Verteidigung ihrer Interessen unter Einschluss von Streiks; hierbei berücksichtigt sie die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Bei der Ausübung der im Vertrag verankerten Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit wird das Grundrecht auf Durchführung kollektiver Maßnahmen, einschließlich des Streikrechts oder der Streikfreiheit gewahrt; umgekehrt werden bei der Ausübung des Grundrechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen, einschließlich des Streikrechts oder der Streikfreiheit, diese wirtschaftlichen Freiheiten gewahrt.“

Eine solche Änderung muss im ordentlichen Vertragsänderungsverfahren nach Art. 48 Abs. 2–5 EUV erfolgen. Das ist aber kein unüberwindbares Hindernis, weil zur Stärkung der sozialen Dimension der Wirt-

schafts- und Währungsunion auch nach Meinung der Kommission Vertragsänderungen ohnehin erforderlich werden. Die notwendigen Änderungen des Art. 9 AEUV könnten in diesen Prozess eingebunden werden.

- (3) Die notwendigen Konsequenzen aus der EuGH-Rechtsprechung sollen darüber hinaus auch im Sekundärrecht gezogen werden. Dafür spricht, dass hier zielgenauere Konfliktlösungsvorgaben gemacht werden können und die Ausgestaltung des Sekundärrechts Einfluss auch auf die Auslegung der Koalitionsbetätigungsfreiheit hat (vgl. II. 2.). Es besteht zwar das Problem, dass die Union nur binnenmarktakzessorische Kompetenzen in der Sozialpolitik hat. Daher war auch der Versuch, die Problematik durch eine eigenständige Verordnung über Umfang und Grenzen des Streikrechts zu regeln (Monti II) zum Scheitern verurteilt. Erfolg versprechender ist es daher, gezielt in denjenigen Rechtsakten Gegengift zu setzen, die der EuGH in seinen Entscheidungen zu Lasten der Koalitionsbetätigungsfreiheit interpretiert hat.

Für die Entsende-Richtlinie sind zwei Alternativen denkbar, wobei die zweite den Vorteil der noch größeren Zielgenauigkeit hat. Entweder könnte die Richtlinie um einen neuen Art. 1 Abs. 5 RL 96/71/EG mit folgendem Wortlaut ergänzt werden:

„Diese Verordnung darf nicht so ausgelegt werden, dass sie in irgendeiner Weise die Ausübung der in den Mitgliedstaaten anerkannten Grundrechte, einschließlich des Rechts oder der Freiheit zum Streik, beeinträchtigt. Diese Rechte können auch das Recht oder die Freiheit zu anderen Handlungen einschließen, die in den Mitgliedstaaten durch die spezifischen Systeme zur Regelung der Beziehungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern abgedeckt werden.“

Alternativ ist folgende Neuformulierung von Art. 3 Abs. 7 RL 96/71/EG denkbar:

„Die Absätze 1 bis 6 stehen der Anwendung von Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht entgegen, die für die Arbeitnehmer günstiger sind als Rechts- oder Verwaltungsvorschriften, Tarifverträge oder Schiedssprüche nach Absatz 1.“

Zudem sollten im Hinblick auf die Entscheidung Kommission/Deutschland die Ausnahmetatbestände des Art. 16 RL 2004/18/EG (Vergabe-Richtlinie) ergänzt und der schon bestehenden Ausnahme für Arbeitsverträge die Tarifverträge hinzugefügt werden.

Weitere Veröffentlichungen aus der Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht:

- Band 7** *Ulrike Wendeling-Schröder*, Leibniz Universität Hannover
Kritik der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag unter besonderer Berücksichtigung der Tarifverträge tarifunfähiger Gewerkschaften in der Leiharbeit
- Band 6** *Jens Schubert*
Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Monti-II-Verordnung – eine kritische Analyse unter Einbeziehung der Überlegungen zu der Enforcement-Richtlinie
- Band 5** *Wolfgang Däubler*, Universität Bremen
Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht – eine unantastbare Größe?
- Band 4** *Bernd Waas*, Goethe-Universität Frankfurt a. M.
Betriebsrat und Arbeitszeit – Pauschale Abgeltung und Freistellungen über das Gesetz hinaus
- Band 3** *Bernd Waas*, Goethe-Universität Frankfurt a. M.
Geschlechterquoten für die Besetzung der Leitungsgremien von Unternehmen – Bewertung der aktuellen Entwürfe aus unionsrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht
- Band 2** *Rüdiger Krause*, Georg-August-Universität Göttingen
Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung von Equal Pay
- Band 1** *Britta Rehder/Olaf Deinert/Raphaël Callsen*
Arbeitskampfmittelfreiheit und atypische Arbeitskämpfformen – Rechtliche Bewertung atypischer Arbeitskämpfformen und Grenzen der Rechtsfortbildung

