

Andreas Fischer-Lescano/Florian Rüdli/
Christoph U. Schmid (Hrsg.)

Europäische Gesellschaftsverfassung

Zur Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa



Nomos

Schriftenreihe des
ZENTRUMS FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK
der Universität Bremen (ZERP)

Band 57

Inhaltsverzeichnis

Editorial	5
Vorwort	7
Konstitution ohne Emanzipation. Bemerkungen zum europäischen Verfassungsproblem <i>Alexander Somek</i>	11
Kapitel I: Europäisches Wirtschafts- und Privatrecht und die Verfassung privater Autonomie	
Vom effet utile zum effet neolibéral. Eine Kritik des neuen juristischen Expansionismus des Europäischen Gerichtshofs <i>Christoph U. Schmid</i>	33
DCFR, CFR, Common Core etc.: Wege oder Irrwege zu einem europäischen Privatrecht? <i>Brigitta Lurger</i>	55
Ein optionales Instrument für das Europäische Vertragsrecht: Rechtskollisionen und rechtspolitische Konflikte <i>Aurelia Colombi Ciacchi</i>	75
Soziale Konstitutionalisierung des europäischen Privatrechts <i>Isabell Hensel</i>	93
Binnenmarktintegration als postcardianisches Projekt. Entwicklungslinien des europäischen Wirtschaftsrechts <i>Moritz Renner</i>	111
Die Europäisierung sozialer Rechte <i>Thorsten Kingreen</i>	129
Kapitel II: Dienstleistungsfreiheit und Arbeitsverfassung	
Transnationale Lohnkonkurrenz: ein neuer Eckpfeiler der „sozialen“ Union? <i>Florian Rödl</i>	145
Stoppt den EuGH? Zum Ort der Politik in einer europäischen Arbeitsverfassung <i>Eva Kocher</i>	161
Wechselseitiges Misstrauen? – Die Grenzen der Europäischen Dienstleistungsfreiheit <i>Susanne K. Schmidt</i>	181

Stoppt den EuGH? Zum Ort der Politik in einer europäischen Arbeitsverfassung

Eva Kocher

Vorwürfe gegen den EuGH aus der Sicht mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen sind nichts grundlegend Neues. Neu ist jedoch, dass sich Sozialwissenschaftler nicht nur explizit zu Gerichtsurteilen äußern, sondern auch politische Folgen hinsichtlich der Stellung des EuGH ziehen.¹ Wer heute über eine europäische Arbeitsverfassung reden will, muss sich aber notgedrungen mit dem Verhältnis von Recht und Politik in der Arbeitsverfassung auseinandersetzen – wobei der Ort des Rechts auch den Ort bestimmen dürfte, der dem EuGH dabei zuzuweisen ist.

I. Das soziale Defizit und die Aufgaben einer transnationalen Arbeitsverfassung

Es ist wohl kein Zufall, dass Anlass für solche scharfen Auseinandersetzungen gerade arbeitsrechtliche Entscheidungen sind. Denn im Arbeitsrecht beschränkte sich die Tätigkeit der Gemeinschaft bislang weitgehend auf die „weiche“ Steuerung bzw. auf Gesetzgebung in Einzelfragen des Individualarbeitsrechts.² Nach Meinung des BVerfG muss dies so sein; in seiner Entscheidung zum Lissabon-Vertrag behauptet es, Entscheidungen über die sozialstaatliche Gestaltung von Lebensverhältnissen seien besonders sensibel für die demokratische Selbstgestaltungs- und Steuerungsfähigkeit der Mitgliedstaaten; eine Ausdehnung von Kompetenzen sei hier besonders problematisch.³

Spätestens die Entscheidungen „Viking“ und „Laval“ des Europäischen Gerichtshofs haben dieser Zurückhaltung aber Ende 2007 ein Ende gesetzt.⁴ Es dürfte kein Zufall sein, dass die Entscheidungen zu einem Zeitpunkt kommen, zu dem sich ein gemeinsamer Arbeitsmarkt tatsächlich zu verwirklichen beginnt. Grenzüberschreitende Betriebsverlagerungen sind im letzten Jahrzehnt eine reale unternehmerische Option geworden, deren Drohung den Ver-

- 1 M. Höpner, „Political answers to judicial problems? Europe after Viking, Laval and Ruffert“, in: Debate organised by Notre Europe and the European Trade Union Institute, 2008 (<<http://www.etui-rehs.org/en/Headline-issues/Viking-Laval-Rueffert-Luxembourg>>, zuletzt besucht am 18.12.2008); siehe auch F. Scharpf, „EuGH hebt wichtige nationale Rechtsgüter aus“, Interview in Mitbestimmung 7-8/2008; M. Höpner, „Usurpation statt Delegation. Wie der EuGH die Binnenmarktintegration radikalisiert und warum er politische Kontrolle bedarf“, MPIfG Discussion Paper 08/12, Köln 2008; siehe zu dieser Diskussion auch M. Höreth, „Warum sich der Europäische Gerichtshof *einjährig* nicht stoppen lässt. Eine Replik auf Roman Herzog und Lüder Gerken“, RuP 2008, 195-197.
- 2 Siehe den Überblick von M. Weiss, „Europa im Spannungsfeld zwischen Marktfreiheiten und Arbeitnehmerschutz“, in: Festschrift für Hromadka, München 2008, 493 ff.
- 3 BVerfG 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. (Lissabon), Rn. 252.
- 4 EuGH 11.12.2007 – C-438/05 (Viking); EuGH 18.12.2007 – C-341/05 (Laval/Vaxholm); E. Kocher, „Kollektivverhandlungen und Tarifautonomie – welche Rolle spielt das europäische Recht?“, AuR 2008, 13 ff.

drängungswettbewerb bei den Lohnkosten antreibt.⁵ Und spätestens die Erweiterung seit 2004 hat auch die Illusion zerstört, die Arbeitsrechtsordnungen innerhalb der Gemeinschaft seien soweit funktional äquivalent, dass sie transnationale Lohnkostenkonkurrenz gegenstandslos machen könnten.

Das soziale Defizit des europäischen Integrationsprozesses ist spätestens damit aus der Nische der Arbeitsrechtswissenschaft⁶ hinausgetreten.⁷

1. Das „Sozialthema“⁸ im Gemeinschaftsrecht

Die Verträge über die Europäische(n) Gemeinschaft(en) wiesen von Anfang an ein soziales Defizit auf. Im rechtlichen Mittelpunkt aller Verträge stand und steht das Ziel der ökonomischen Integration und Öffnung der Märkte aller Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft(en). Hauptziel des EG-Vertrags ist die Herstellung des Gemeinsamen Marktes, und diesem Ziel dienen eine Reihe unternehmerischer Freiheiten, nämlich die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EG⁹), die Niederlassungsfreiheit (Art. 43), die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49), die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56).

Auch die Verrechtlichung ökonomischer Integration durch den Europäischen Gerichtshof ging und geht von den unternehmerischen Grundfreiheiten aus. Er verhalf dabei der inneren Dynamik der unternehmerischen Freiheiten zu rechtlicher Wirksamkeit. Alle Freiheiten werden seit langem vom EuGH so ausgelegt, dass sie nicht nur Diskriminierungen ausländischer Unternehmen verbieten, sondern auch Beschränkungen des transnationalen Niederlassungs- oder Dienstleistungsverkehrs. Die Grundfreiheiten können so in ihrer wirtschaftlichen und sozialen Funktion dazu dienen, die grenzüberschreitende unternehmerische Tätigkeit von nationalstaatlichen Schranken zu befreien und Märkte zu öffnen.

Die Verträge stellen keineswegs ein Gleichgewicht zwischen den liberalisierenden Grundfreiheiten und kompensierenden sozialen Rechten her. Zwar gibt es mittlerweile eine Reihe von Programmsätzen und Zielbestimmungen, die das „Soziale“ symbolisch aufwerten.¹⁰ Auch auf den EuGH, lange Zeit allein verantwortlich für die Konstitutionalisierung des Gemeinschaftsrechts, richteten sich Hoffnungen auf einen sozialen Ausgleich im europäischen Kontext.

Diese Hoffnungen hat der EuGH nicht zuletzt in den Entscheidungen „Viking“ und „Laval“ wieder erfüllt. So beginnt die Sachentscheidung zu „Viking“ mit einem Bekenntnis zu europäischen sozialen Grundrechten. Das „Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme einschließlich des Streikrechts“ ist danach ein Grundrecht, „das fester Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ist“.¹¹ Der EuGH bestätigte so: Die

5 Zu diesen Mechanismen siehe z.B. E. Ahlers/F. Oez/A. Ziegler, Standortverlagerungen in Deutschland – einige empirische und politische Befunde, Düsseldorf 2007.

6 Vgl. U. Zacher, „EG-Binnenmarkt und Arbeitsrecht“, AuR 1989, 161, 167.

7 Das BVerfG (Fn. 3), Rn. 394 hält diesen „Ausschluss des Sozialen aus den Zielen des Integrationsprozesses“ sogar für legitim/notwendig.

8 So der Begriff des BVerfG (Fn. 3), Rn. 394.

9 Artikel-Nummern bezeichnen im Folgenden Artikel des EG-Vertrags.

10 Zur Entwicklung ausführlich Weiss (Fn. 2).

11 EuGH 11.12.2007 (Viking) (Fn. 4), Rz. 44.

kollektiven sozialen Rechte sind Bestandteil des Gemeinschaftsrechts. Diese Sätze waren auch der Grund für die anfänglich so positive Bewertung dieses Urteils vor allem durch gewerkschaftliche Akteure. Selbst ITF-Generalsekretär David Cockroft, „begrüßte“ die Bestätigung des Gerichts, dass das Recht auf kollektive Maßnahmen, einschließlich des Streikrechts, ein Grundrecht sei, das einen integralen Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts darstelle.¹²

Und dies ist tatsächlich nicht gering zu schätzen: Gerade im deutschen Arbeitskampfbereich ist eine internationalrechtliche und europarechtliche Reflektion der Beschränkungen des deutschen Arbeitskampfrechts erforderlich.¹³ In dem der EuGH auch Boykott (Viking) und Blockade (Laval) als legitime Arbeitskämpfformen anerkennt, fasst er die mögliche Reichweite des Grundrechts auf „Durchführung einer kollektiven Maßnahme“ im Grundsatz ebenfalls weiter als das bisherige deutsche Recht.¹⁴

Die gemeinschaftsrechtlichen Grundrechte weisen aber gegenüber den Grundfreiheiten systematische Schwächen auf: Während die Grundfreiheiten echte (unmittelbar einklagbare) subjektive Rechte darstellen, finden wir keine gleichwertige Behandlung „sozialer Rechte“ der Bürgerinnen und Bürger. Und: Während die mit den Grundfreiheiten verfolgten Politiken der Marköffnung durch rechtsetzende Maßnahmen der Gemeinschaft verstärkt, begleitet und abgedeckt werden können, hat die Gemeinschaft keine entsprechend weit reichenden Kompetenzen für eine gemeinschaftsrechtliche Sozialpolitik.

2. Arbeitsrecht und Beschäftigungspolitik

Das heißt nicht, dass die Gemeinschaft in der Sozialpolitik und im Arbeitsrecht nichts tun könnte. Tatsächlich ist die europäische Gemeinschaft mittlerweile zu einem einflussreichen Akteur in der Sozialpolitik geworden. Die Konturen dieses „sozialen Europas“ kann jedoch nur erkennen, wer Arbeitsrechtspolitik nicht allein in ihrer Funktion der Marktkorrektur, sondern auch in ihrer Funktion der Marktkonstituierung begreift. Arbeitsrechtspolitik und Beschäftigungspolitik stehen in einem engen funktionalen Zusammenhang. Die Europäische Gemeinschaft ist insofern seit längerem ein wichtiger eigenständiger Akteur¹⁵ in dem tiefgreifenden Strukturwandel, in dem sich die (bereits in sich heterogenen) Sozialordnungen aller Mitgliedstaaten seit Jahrzehnten befinden.

3. Sozialer Schutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Gemeinschaftsrecht

Das soziale Defizit der Gemeinschaft besteht also nicht in einem Mangel an sozialpolitischen Aktivitäten, sondern in einem Mangel an sozialem Schutz. Eine der wichtigsten Aufgaben von Arbeitsrechtspolitik liegt schließlich in der Marktkorrektur, in der Begrenzung

12 Presseerklärung vom 12.12.2007 auf <http://www.ifglobal.org> (zuletzt besucht am 18.12.2008); siehe auch Stellungnahme des EGB, unter: <http://www.etuc.org/4376>; S. Picard, Transfer 2008, 165 („some positive elements“); M. Sumnus, „Arbeitskampfrecht in Bewegung?“, AuR 2008, 11 f.

13 So jetzt auch BAG, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, DB 2007, 2038 ff.

14 Vgl. schon Zacher (Fn. 6), 166 f.

15 Siehe z.B. H.-J. Bieling, „Europäische Integration“, in: J. Beerhorst/A. Demirovic/M. Guggemos (Hrsg.), Kritische Theorie im gesellschaftlichen Strukturwandel, Frankfurt a.M. 2004, 128-152, 143 ff.

der Konkurrenzen unter den Arbeitskräften und Beschäftigten (von Umverteilung gar nicht zu reden).

a) Art. 137 Abs. 5 EGV

Das Konzept der Art. 136 ff. zeigt aber bei genauem Blick, dass diese Selbstbeschränkung der Gemeinschaft durchaus durchdacht ist. Die Gemeinschaft wurde bewusst nicht mit Instrumenten ausgestattet, um transnationale Lohnkostenkonkurrenzen selbst zu begrenzen. Denn die Mitgliedstaaten selbst nehmen nur begrenzt für sich in Anspruch, Lohnkostenkonkurrenzen zu regeln. Dies erfolgt vielmehr durch Systeme autonomer Kollektivverhandlungen, die in unterschiedlicher Weise mit Arbeitskämpfungen verknüpft sind und deren politökonomischer Zuschnitt historisch-kulturell stark unterschiedlich geprägt ist.

Die Sozialmodelle in Europa unterscheiden sich aber ganz wesentlich in diesem Kern, in den Kollektivvertragsordnungen.¹⁶ Die große Divergenz der nationalen Kollektivverhandlungs- und Entgeltaushandlungssysteme in den Mitgliedstaaten ist der Hauptgrund für die Kompetenzgrenze des Art. 137 Abs. 5. Danach erstrecken sich die Kompetenzen der Gemeinschaft nicht auf „das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrrrecht“.

Hoffnungen für das Entstehen eines „sozialen Europas“ über die unterschiedlichen Sozialmodelle hinweg richteten sich stattdessen auf eine Transnationalisierung der Kollektivverhandlungen. Eine Rechtsgrundlage für Ansätze eines äquivalenten transnationalen Kollektivverhandlungssystems bietet Art. 139. Die Tatsache, dass diese Entscheidung in Phantasie der Juristinnen und Juristen so beflügelt hat, zeigt das Ausmaß der Hoffnungen in ein soziales und zivilgesellschaftlich¹⁷ geprägtes Europa. Leider konnten transnationale Tarifpolitiken nicht herbei geschrieben werden; den wissenschaftlichen Auseinandersetzungen um die Formen und rechtlichen Bewertungen¹⁸ mangelt es weitgehend am tatsächlichen Gegenstand.

b) Sozialer Schutz als Eingriff in Grundfreiheiten

Die Europäische Gemeinschaft verfügt nicht über die Instrumente zur Begrenzung der transnationalen Lohnkostenkonkurrenz. Sie ist auch nicht deren Verursacher: Sie bietet aber mit den Grundfreiheiten Instrumente zur Beschleunigung der Konkurrenz an. Diese unternehmerischen Freiheiten haben nicht erst seit gestern und nicht erst im europäischen Recht

16 T. Blanke/J. Hoffmann, „Gibt es ein Europäisches Sozialmodell? Voraussetzungen, Schwierigkeiten und Perspektiven einer europäischen Sozialpolitik“, KJ 2006, 134-150, 147.

17 Zur zivilgesellschaftlichen Qualität der kollektivrechtlichen Regulierung der Arbeitsbeziehungen ausführlich A. Demirovic, Demokratie in der Wirtschaft, Münster 2007, 101 ff.; 188 ff.

18 Siehe E. Kocher, „§ 4 TVG“, in: O. E. Kempen/U. Zochert (Hrsg.), 4. Aufl., Frankfurt a.M. 2006, Rn 62; D. Schiek, „Einleitung G. Europäische Kollektivvereinbarungen“, in: W. Däubler (Hrsg.), TVG, 2. Aufl., Baden-Baden 2006; A. O. Avilés, „Sind europäische Tarifverträge ‚bloße Empfehlungen‘?“, in: Festschrift für Däubler, Frankfurt a.M. 1999, 523. Für europäische Kollektivverträge O. Deinert, Europäischer Kollektivvertrag, Baden-Baden 1999, 162 ff. Skeptisch hinsichtlich einer künftigen internationalen Tarifpolitik auch schon S. Walz, Multinationale Unternehmen und internationaler Tarifvertrag, Frankfurt a.M. 1980, 121 ff. Siehe jetzt E. Ales, „Der transnationale Kollektivvertrag zwischen Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft“, ZESAR 2007, 150 ff.

eine innere Dynamik, die jeglichen sozialen Schutz in Frage zu stellen vermag – und der EuGH hat die Freiheit der Ausnutzung von Lohnkostenvorteilen bereits vor langem zur unternehmerischen Freiheit erklärt. So interpretiert der Gerichtshof zum Beispiel die Dienstleistungsfreiheit in ständiger Rechtsprechung dahingehend, dass sie grundsätzlich das unternehmerische Recht umfasse, transnationalen Wettbewerb mit Lohnkostenvorteilen zu bestreiten.¹⁹

Im rechtlichen und wirtschaftlichen Kontext der Grundfreiheiten erscheinen so nationale Sozialpolitiken und Arbeitnehmerschutz in aller Regel als Beschränkungen grenzüberschreitender unternehmerischer Tätigkeit. Das „Soziale“ wird damit regelmäßig rechtfertigungsbedürftig. Die Reichweite mitgliedstaatlicher und gemeinschaftsrechtlicher Sozialpolitiken im Fall von marktkorrigierenden Eingriffen wird damit auch durch die Reichweite der unternehmerischen Grundfreiheiten bestimmt.

3. Die Aufgaben einer europäischen Arbeitsverfassung

Mit den EuGH-Entscheidungen Viking, Laval, Ruffert und Luxemburg²⁰ seit dem Dezember 2007 ist das Verhältnis von Grundfreiheiten und nationalen sowie transnationalen Sozialpolitiken in den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit getreten. Die Frage nach den notwendigen Elementen einer gemeinschaftsrechtlichen Arbeitsverfassung soll deshalb im Folgenden anhand einer Kritik an diesen Entscheidungen behandelt werden.

Denn eine transnationale (europäische) Arbeitsverfassung muss zwei Fragen beantworten: Sie muss zum einen das Verhältnis nationaler und europäischer Sozialordnungen klären, also insbesondere die Frage, inwieweit die Gemeinschaft in mitgliedstaatliche Sozialpolitiken und Arbeitsbeziehungen eingreifen darf. Darum ging es in den EuGH-Entscheidungen Laval, Ruffert und Luxemburg. Hier entschied der EuGH jeweils, inwieweit mitgliedstaatliche Regelungen über grenzüberschreitend wirkende Mindestentgelte gemeinschaftsrechtlich zulässig sind.

Zum anderen muss eine transnationale Arbeitsverfassung die institutionellen und rechtlichen Voraussetzungen für ein „soziales Europa“ schaffen, und dies bedeutet im Bereich des Arbeitsrechts vor allem die Anerkennung und Absicherung transnationaler Kollektivverhandlungsrechte und die Herstellung von „Waffengleichheit“ zwischen Arbeitgeber und Gewerkschaften auf der transnationalen Ebene. Dies war Gegenstand der EuGH-Entscheidungen Viking und Laval vom Dezember 2007. Dort ging es jeweils um die Frage, welchen gemeinschaftsrechtlichen Grenzen das transnationale Handeln einer Gewerkschaft begegnet.

Die Entscheidungen behandeln nicht zufällig auch diejenigen Grundkonstellationen, in denen eine transnationale Lohnkostenkonkurrenz auftritt: Zum einen die Arbeitnehmerentsendung (Laval, Ruffert, Luxemburg), zum anderen die Standortverlagerung (Viking). Im

19 Vgl. EuGH 3.2.1982 – C-62/81 und 63/81 (Seco/Desquenne & Giral); EuGH 27.3.1990 – C-113/89 (Rush Portuguesa); EuGH 9.8.1994 – C-43/93 (Vander Elst); EuGH 28.3.1996 – C-272/94 (Guiot); EuGH 23.11.1999 – C-369/96 und C-376/96 (Arblade u.a.); EuGH 25.10.2001 – C-49/98 (Finalarte); EuGH 24.1.2002 – C-164/99 (Portugaia Construções); EuGH 12.10.2004 – C-60/03 (Wolff & Müller); EuGH 14.4.2005 – C-341/02 (Kommission/Deutschland).

20 EuGH 3.4.2008 – C-346/06 (Ruffert); EuGH 19.6.2008 – C-319/06 (Kommission./Luxemburg); zu Laval und Viking siehe die Nachweise oben (Fn. 4).

Folgender wird die Kritik exemplarisch an den Entscheidungen Rüffert und Viking ausgeführt.

II. Die arbeitsverfassungsrechtliche Rechtsprechung des EuGH

1. Die mitgliedstaatliche Festlegung grenzüberschreitender Mindeststandards

Kollisionsrechtlich gilt im Arbeitsverhältnis das Recht am Ort der Arbeitsleistung. Der Fall der Migration von Arbeitskräften ist damit arbeitsrechtlich gesehen kein Problemfall transnationaler Arbeitsmarktbewegungen, denn für diesen Fall haben die Mitgliedstaaten die Festlegung arbeitsrechtlicher Mindeststandards jeweils für ihr Hoheitsgebiet in der Hand.

Eine gesonderte Regelung der grenzüberschreitende Wirkung von Mindeststandards ist deshalb nur im Fall der Entsendung erforderlich. Diese findet in der Regel im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienstleistungen statt, also im Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit. Die Entsendung, d. h. das „Mitbringen“ eigener Beschäftigter ist für das Unternehmen dabei umso wirtschaftlicher, je größer das Lohnkostengefälle ist. Bei den durch den EuGH entschiedenen Fällen ging es deshalb in den ersten Jahren fast ausschließlich um portugiesische Unternehmen, die in Deutschland, Italien oder Frankreich tätig wurden, und in den letzten Jahren überwiegend um Unternehmen aus den osteuropäischen Beitrittsländern.

In der Entscheidung „Rüffert“ erklärte der EuGH eine Tarifreueerklärung nach niederländischem Recht für unwirksam. Die Tarifreueerklärung führte dazu, dass ein polnisches Bauunternehmen sich für seine nach Deutschland entsandten Beschäftigten nicht nur an den allgemein verbindlichen Tarifvertrag-Mindestlohn zu halten gehabt hätte, sondern auch (ohne selbst tarifgebunden zu sein) an den nicht allgemein verbindlichen BRTV Bau.²¹

Für Entsendefälle wie diesen hat der EuGH seit den 1980er Jahren Kriterien entwickelt, unter welchen Voraussetzungen ein Mitgliedstaat nationale Mindeststandards auf entsandte Arbeitnehmer erstrecken und so die Ausschöpfung eines Lohnkostenvorteils erschweren darf. Diese ständige Rechtsprechung geht davon aus, dass es sich hierbei um Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit zu sozialen Zwecken handelte. Solche Beschränkungen seien gerechtfertigt, wenn sie

- auf zwingenden Gründen des Allgemeininteresses beruhen,
- für alle im Hoheitsgebiet des Bestimmungsstaats tätigen Personen oder Unternehmen gelten,
- geeignet sind, die Verwirklichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten,
- und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.²²

Als zwingenden Grund des Allgemeininteresses in diesem Sinne erkennt der EuGH den Schutz der Arbeitnehmer an, „insbesondere im Bausektor“ (damit ist vermutlich gemeint:

-
- 21 Ausführlich zu diesem Urteil schon E. Koehler, „Die Tarifreueerklärung vor dem EuGH“, DB 2008, 1042 ff.
 22 EuGH 24.1.2002 – C-164/99 (Portugaia Construções), Rz. 19; EuGH 9.8.1994 – C-43/93 (Vander Elst), Rz. 16.

„insbesondere bei transnationaler Lohnkostenkonkurrenz“).²³ Dazu erfolgt herkömmlich eine Art „Günstigkeitsprüfung“: Das heißt: Der EuGH erkennt Arbeitnehmerschutz nur dann als „zwingenden Grund“ an, wenn er wirklich „erforderlich“ ist. Gefragt wird dabei nicht nach der Erforderlichkeit des Eingriffs, sondern nach der Erforderlichkeit des Schutzes. Der EuGH untersucht, ob die Beschränkung für die geschützten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer tatsächlich einen Vorteil erbringt im Vergleich zu dem, was ihnen ohnehin (etwa nach ihrem „Heimatrecht“) schon zusteht.

In der Vergangenheit hat das Gericht die Entsende-Richtlinie 96/71/EG und das deutsche Arbeitnehmerentendengesetz (AEntG) weitestgehend akzeptiert bzw. in die jetzige Fassung hinjudiziert.²⁴ Mangels einer gesetzlichen Mindestgeltregelung erfüllt in Deutschland das AEntG die Funktion eines Mindestentgeltgesetzes. Ihm liegt ein besonderes Merkmal des deutschen Tarifrechts zugrunde: Tarifverträge gelten im deutschen Recht zwar normativ, d. h. unmittelbar und zwingend, jedoch lediglich für die beiderseits Tarifgebundenen, also nur in Unternehmen, die Mitglied des tarifschließenden Verbandes sind, und nur im Verhältnis zu Beschäftigten, die Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft sind (§ 4 Abs. 1 Satz 1 TVG). Das Mindestgelt nach dem AEntG beruht insofern auf Mindestlohtarifverträgen, die durch staatliche Behörden für allgemeinverbindlich erklärt und nur dadurch auf alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Geltungsbereich des Tarifvertrags anwendbar sind. Diese Mindestentgelte dürfen nach der Rechtsprechung des EuGH auf entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erstreckt werden.

Wie schwierig im deutschen Recht eine Mindestentgeltsetzung ist, verdeutlicht nicht zuletzt die aktuelle rechtspolitische Diskussion um die Änderung des AEntG.²⁵ Das Gesetz ist nur auf ausgewählte Branchen anwendbar, die jeweils ins Gesetz aufgenommen werden. Hierzu bedarf es nicht nur komplizierter Kompromisse auf der politischen Ebene; Voraussetzung ist auch ein bundesweiter Tarifvertrag, der nur im Einverständnis des zuständigen Arbeitgeberverbands mit der zuständigen Gewerkschaft abgeschlossen werden kann. Mit der Rechtskonstruktion des AEntG steht das deutsche Sozialmodell grenzüberschreitender Lohnkostenkonkurrenz relativ hilflos gegenüber. Die Politik hat sich deshalb in den vergangenen zehn Jahren auf ein anderes Instrument gestützt, um eine Ausdehnung von Tarifwirkungen zu erreichen: Mit der Tarifreueerklärung werden Unternehmen, die öffentliche Aufträge erhalten, vertraglich darauf verpflichtet, den einschlägigen Tarifvertrag einzuhalten, auch wenn sie arbeitsrechtlich hierzu mangels Tarifbindung nicht verpflichtet wären. Diese Politik gewann noch an Popularität, als das BVerfG im Juli 2006 das Instrument der Tarifreueverpflichtung für verfassungsrechtlich zulässig erklärte.²⁶ Der Eingriff in das Grundrecht des Arbeitgebers auf Berufsfreiheit sei durch verfassungsrechtlich legitime Ziele gerechtfertigt. Das BVerfG erkannte dabei eine ganze Reihe sozialpolitischer Ziele als legitim an. Der Gesetzgeber dürfe durch die Tarifreueverpflichtung

-
- 23 EuGH 27.3.1990 – C-113/89 (Rush Portuguesa), Rz. 18; EuGH 28.3.1996 – C-272/94 (Guiot); vgl. auch G. Britz, in: dies./U. Volkmann (Hrsg.), Tarifautonomie in Deutschland und Europa, Tübingen 2003, 52.
 24 EuGH 14.5.2005 – C-341/02; EuGH 12.10.2004 – C-60/03 (Wolff & Müller); EuGH 27.3.1990 – C-113/89 (Rush Portuguesa); EuGH 24.1.2002 – C-164/99 (Portugaia Construções); EuGH 25.10.2001 – C-49/98 (Finalarte); siehe auch BAG 20.7.2004, AP Nr. 18 zu § 1 AEntG.
 25 Regierungsentwurf eines MindArbBedG, BT-Drs. 16/10485 und Regierungsentwurf eines AEntG, BT-Drs. 16/10486.
 26 BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202 ff. (Tarifreueerklärung).

- einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenwirken,
- zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit im Bausektor beitragen,
- die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer tarifgebundener Unternehmen schützen,
- die Systeme der sozialen Sicherheit entlasten und
- das Tarifvertragssystem als Mittel zur Sicherung sozialer Standards unterstützen.

Man kann dieser Aufzählung schon entnehmen, worin das Problem der Tarifreueerklärung liegen mag: So genau kann niemand sagen, welche sozialpolitischen Ziele sie denn erreichen soll; sie ist nicht zuletzt Ausdruck der Hilflosigkeit der Politik in der Mindestentgeltspolitik. Letztlich geht es bei der Tarifreueerklärung darum, das Tarifsystem dadurch zu unterstützen, dass den tarifgebundenen Unternehmen ein möglicher Wettbewerbsnachteil im Verhältnis zu nicht-tarifgebundenen Unternehmen genommen wird. In den Wirtschaftszweigen, in denen die Tarifreueerklärung eine reale Rolle spielt (insbesondere in der Bauwirtschaft) ist den beteiligten Akteurinnen und Akteuren auch klar, dass diese staatliche Unterstützung für ein legitimes Regelungssystem unabdingbar ist, um ein weiteres Aushöhlen der bereits geschwächten Tarifbindung zu verhindern.

Das BVerfG entzog sich in der Tarifreue-Entscheidung einer solchen genaueren Zielbestimmung durch den Verweis auf die Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers: Es erkennt eine Bandbreite sozialpolitischer Ziele des Gesetzgebers an, ohne sie im Einzelnen auf ihre Legitimität zu überprüfen. Umso größer war der Schlag, als das EuGH dann kaum zwei Jahre später in der Ruffert-Entscheidung die Tarifreueerklärung für gemeinschaftswidrig erklärte. Diese Entscheidung orientiert sich nur auf den ersten Blick an einer Auslegung der Entsende-Richtlinie; letztlich ist die Entscheidung primärrechtlich begründet, denn der Europäische Gerichtshof hält seine Auslegung der Entsende-Richtlinie für die einzige Auslegung, die mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar sei. So sehe die Entsende-Richtlinie das Instrument der Tarifreueerklärung nicht als zulässiges Regelungsmittel vor, da eine grenzüberschreitende Verbindlicherklärung voraussetze, dass die entsprechenden „Mindest“-Arbeitsbedingungen auch schon am Arbeitsort „allgemein“ verbindlich seien, also für alle Beschäftigten der jeweiligen Branche gelten. Dies ist im Fall der Tarifreueverpflichtung tatsächlich nicht der Fall, denn sie wird ja nur für die Auftragnehmer öffentlicher Aufträge angewandt.

Der EuGH prüft die Tarifreueerklärung allerdings fast ausschließlich an seiner etablierten Rechtsprechung zur Entsendung, die als Rechtfertigungsgrund für grenzüberschreitende Verbindlicherklärungen allein den „Schutz der (entsandten) Arbeitnehmer“ kennt. Damit misst er dieses Instrument an einem Ziel, das es gar nicht verfolgt. Nicht zufällig kommt dieses sozialpolitische Ziel in der Prüfung durch das BVerfG gar nicht vor, denn zum Schutz der entsandten Arbeitnehmer gibt es bessere und zielgenauere Instrumente.

Anders als das BVerfG geht der EuGH auf andere sozialpolitische Ziele nicht im Einzelnen ein. Die kurze Bemerkung, aus den übersandten Akten gehe nicht hervor, dass die Tarifreueerklärung erforderlich wäre, um eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit zu verhindern, ist eine recht offene Missachtung der sozialpolitischen Einschätzungsprerogative von Mitgliedstaaten. Zum Ziel des „Schutzes der autonomen Ordnung des Arbeitslebens durch Koalitionen“ heißt es lediglich, dieser sei nur zulässig, soweit es dem konkreten Schutz der entsandten Arbeitnehmer diene. Und hier wird es nun wirklich problematisch: Der Stellenwert und die Ausgestaltung der Tarifautonomie in den Mitgliedstaaten unterscheidet sich äußerst stark. Nur wenige

Mitgliedstaaten kennen eine so enge Fassung der ausschließlich durch die Mitgliedschaft legitimierten Tarifbindung wie das deutsche Tarifrecht. Die Tarifreueerklärung versucht dies in gewisser Weise und in gewissen Bereich zu kompensieren. Dieses Modell wird vom EuGH hier einerseits für illegitim erklärt. Zum zweiten wird der „Schutz der entsandten Arbeitnehmer“ als das einzig zulässige Ziel einer grenzüberschreitenden Unterstützung der nationalen verfassten Tarifautonomie festgelegt. Mit diesen beiden Aussagen beansprucht der EuGH, eigene Maßstäbe dafür aufzustellen, welche nationalstaatlichen Tarifsysteme auch grenzüberschreitend geschützt werden dürfen.

Spätestens seit der Luxemburg-Entscheidung, mit der diese Grundsätze bestätigt wurden,²⁷ dürfte klar sein, dass nach Meinung des EuGH nur zwei Instrumente verwendet werden können, um Mindestentgelte grenzüberschreitend verbindlich zu machen: ein staatlich festgesetztes Mindestentgelt oder die staatliche Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen. Die Möglichkeiten zur Erstreckung von Mindeststandards beschränken sich damit auf den Nationalstaat. Zivilgesellschaftliche und autonome Regelungselemente erkennt der EuGH jedenfalls auf der nationalen Ebene nicht als legitim an.

2. Transnationale Sozialordnung durch transnationale Gewerkschaftsrechte?

Damit wären wir bei der Frage, wie der EuGH denn das Verhältnis von Staat und autonomem Handeln auf der europäischen Ebene sieht. Auf die geringe tatsächliche Bedeutung von transnationalem autonomem Handeln wurde bereits hingewiesen. Allein die Europäischen Betriebsräte haben mangels anderer Politiken in der Praxis eine Bedeutung für die transnationalen Arbeitsbeziehungen gehabt, die gar nicht überschätzt werden kann. Sie und die transnationalen Unternehmen sind bislang die eigentlichen Träger einer transnationalen europäischen Arbeitsverfassung.²⁸

Die Transnationalisierung von Kollektivverhandlungen scheiterte bislang vor allem an der mangelnden Struktur und der Verweigerung von Arbeitgeberverbänden in Europa. Aber auch mit der Internationalisierung der Arbeiterbewegung ist es keineswegs zum Besten bestellt.²⁹ Die Konkurrenz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ist zunehmend eine globale.³⁰ Transnationale Lernprozesse bleiben unabdingbar, wenn die Kollektivverhandlungsfreiheiten und -systeme den Globalisierungsdruck überleben sollen.³¹

Eine wenige Beispiele gelingender transnationaler Koordination gewerkschaftlicher Tarifpolitik gibt es aber doch. Es war insofern ein Glücksfall für den EuGH, dass mit „Vi-

27 Zur entsprechenden Interpretation der Entscheidung Laval siehe ausführlich F. Temming, „Das ‚schwedische Modell‘ auf dem Prüfstein in Luxemburg – der Fall Laval“, ZESAR 2008, 231 ff.; zur Vorgeschichte (Reederei, philippinischer Tarifvertrag, der vom schwedischen Gericht nach philippinischem Recht beurteilt worden war) P. A. Köhler, „Vaxholm“ – „Gustafsson“ – „Ewaldsson“; Das kollektive Arbeitsrecht Schwedens auf dem europarechtlichen Prüfstand“, ZESAR 2008, 65-74, 69.

28 Siehe schon Kocher (Fn. 4).

29 Siehe schon Zichert (Fn. 6), 167; ausführlich J. Beerhorts/H.-J. Urban (Hrsg.), Handlungsfeld europäische Integration, Hamburg 2005.

30 Zum Stand auch Kocher (Fn. 18), Rn. 62.

31 Siehe auch zur Problematik der „Diskriminierung“ ausländischer Tarifverträge durch die Lex Britannia im Fall Laval N. Reich, „Gemeinschaftliche Verkehrsfreiheiten versus Nationales Arbeitskämpfrecht“, EuZW 2007, 391 ff.; Kocher (Fn. 4), 18.

king“ gerade ein transnational geführter Arbeitskampf zur Entscheidung anstand, den die ITF zusammen mit der finnischen Seearbeiter-Gewerkschaft FSU organisiert hatte. Denn die Internationale Transportarbeiter-Vereinigung ITF ist in der Praxis fast die einzige Organisation, die eine effektive internationale Tarifpolitik betreibt.

In der Seeschifffahrt ist der globale Lohnkostenwettbewerb ständig präsent. Da sich kollisionsrechtlich die Arbeitsstandards nach dem Recht der jeweiligen Flagge richten sollen,³² kann eine Standortverlagerung durch Umflagung zu „Billigflaggen“ stattfinden.³³ So können nationale Arbeitsrechtsordnungen und Lohnkosten einfach und schnell in Konkurrenz gegeneinander gesetzt werden. Die ITF agiert hier auf zwei Ebenen: Sie führt einerseits seit 1948 eine Kampagne gegen Billigflaggschiffe und entsprechende Umflagungen.³⁴ Andererseits bemüht sich die Organisation um eine transnationale Tarifpolitik. Sie hat Verfahren für eine international koordinierte Tarifpolitik institutionalisiert, es gibt eine multinationale Tarifkommission, die den ITF-Tarifvertrag verabschiedet³⁵ und nationale Tarifabschlüsse kontrolliert.

Auch die Umflagung des Fährschiffs Rosella von der finnischen unter die estnische Flagge wurde nach diesen Richtlinien als Bedrohung der Arbeitsbedingungen und Arbeitsverhältnisse gewertet. Die ITF wies alle ihre Mitgliedsgewerkschaften an, keine Verhandlungen mit Viking zu führen. Diese blieben der finnischen FSU vorbehalten, die forderte, dass die Besatzung auch nach der Umflagung weiterhin nach finnischem Recht und den Bedingungen des finnischen Tarifvertrags beschäftigt würde. Sie drohte hierzu auch mit Streik und Boykott.

Auch auf diesen Fall wandte der EuGH nun die Grundsätze seiner Entsenderechtsprechung an. Der Eingriff in die Niederlassungsfreiheit der Reederei könne gerechtfertigt sein, soweit er auf zwingenden Gründen des Allgemeininteresses beruhe, wozu auch der Arbeitnehmerschutz zähle. Im Fall „Viking“ kamen nach Meinung des EuGH als Ziele des Arbeitnehmerschutzes einerseits der Schutz der Arbeitsplätze und andererseits die Erhaltung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen in Betracht. Der EuGH erlegte es im Ergebnis dem nationalen Gericht (im vorliegenden Fall dem englischen Court of Appeal) auf zu prüfen,

- ob der angestrebte Tarifvertrag dem Schutz der Arbeitnehmer wirklich diene und einen zusätzlichen Schutz gewährleiste, der nicht durch andere Instrumente erreichbar sei,
- ob die kollektive Arbeitskampfmäßnahme zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sei
- und ob sie nicht über das dazu Erforderliche hinausgehe.

32 Vgl. Kocher (Fn. 18), Rn. 76. Siehe jetzt auch Art. 8 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I).

33 Zu deutschen „Billigflaggen“ siehe W. Däubler, Das zweite Schiffsregister: Völkerrechtliche und verfassungsrechtliche Probleme einer deutschen „Billig-Flagge“, Baden-Baden 1988.

34 Ausführlich U. Zacher, „Tarifverträge in globalisierter Wirtschaft“, NZA 2000, 121 ff. Vgl. auch B. Zwanziger, Die ITF-Kampagne gegen Billigflaggschiffe im System des deutschen Arbeitskampfrechts unter Einschluss des Kollisionsrechtes, Diss. Göttingen 1994.

35 Zur Tariffähigkeit der ITF Zacher (Fn. 33), 122 f.; W. Däubler, „Einkl.“, in: ders. (Hrsg.), TVG (Fn. 18), Rn. 674; a.A. G. Thüsing/A. Goertz, zustimmende Anmerkung zu BAG, AP Nr. 54 zu § 2 TVG.

Nun ist die Vorgabe, Beschränkungen der Grundfreiheiten müssten einem „Mindestschutz“ der Beschäftigten dienen, ständige Rechtsprechung. Und verlangt der EuGH wirklich zu viel, wenn er kollektive Maßnahmen daran misst, ob und inwieweit sie dem Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dienen? Um das Problem zu verstehen, lohnt es sich, einen Schritt zurück zu treten. Wie kommt der EuGH denn überhaupt darauf, dass das Handeln der finnischen FSU sowie der ITF möglicherweise nicht im Interesse des Erhalts von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen liege? Schließlich gesteht er ja zu, „dass die genannte Politik [...] auch das Ziel des Schutzes und der Verbesserung der Arbeitsbedingungen der Seeleute verfolgt“.³⁶ Bedenken scheinen bei ihm mit der Überlegung wach zu werden, dass die ITF-Politik gegen Billigflaggen unabhängig davon sei, ob die Umflagung tatsächlich „schädliche Auswirkungen auf die Arbeitsplätze oder die Arbeitsbedingungen seiner Arbeitnehmer haben kann“. Der EuGH hat anscheinend den Verdacht, dass die Organisation auch dort handelt, wo gar kein Verlust sozialen Schutzes drohe.

„Wie Viking in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat, ohne dass die ITF dem widersprochen hätte, kommt somit die Politik, die darin besteht, das Recht auf Tarifverhandlungen des Gewerkschaften des Staats, dessen Staatsangehöriger der wirtschaftliche Eigentümer eines Schiffes ist, vorzubehalten, auch dann zur Anwendung, wenn das Schiff in einem Staat registriert ist, der den Arbeitnehmern einen höheren sozialen Schutz als denjenigen gewährleistet, in dessen Genuss sie in dem erstgenannten Staat kämen.“

Formal mag dies zutreffen. Allerdings beruhten die gewerkschaftliche Forderung und die mit ihr verbundene Arbeitskampfdrohung auf tatsächlichen Annahmen, früheren kollektiven Erfahrungen und wirtschaftlichen Überlegungen. Eine Umflagung dient tatsächlich in aller Regel dem unternehmerischen Zweck, die transnationale Lohnkostenkonkurrenz zu mobilisieren und im Ergebnis eine Rechtsordnung mit geringerem Arbeitnehmerschutz zur Anwendung zu bringen.³⁷ Ausflaggen werden in aller Regel mit dem sozialpolitischen Ziel der Absenkung von Arbeitsstandards in Angriff genommen. Solche kollektiven Erfahrungen können mittels der kollektiven Organisation für den konkreten Fall nutzbar gemacht werden. Auch im vorliegenden Fall war die Vermutung durchaus nicht sachwidrig, der Statutenwechsel könne sich „schädlich“ für die Beschäftigten auswirken. Der EuGH delegiert nun solche kollektiven Erfahrungen und entsprechende Einschätzungsprärogativen autonomer Akteure (die insofern in Ausübung von Grundrechten handeln).

Andererseits stellt er eine unmöglich zu erfüllende Anforderung. Der EuGH geht offensichtlich davon aus, dass die ITF im Vorhinein zu überprüfen habe, ob die Umflagung tatsächlich zu konkreten Nachteilen für die auf dem Schiff beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer führe. Aber wie soll das festgestellt werden? Rechtlich hat der Flaggenwechsel lediglich die kollisionsrechtliche Folge, dass das Arbeitsvertragsstatut wechselt. Was dies im Einzelnen und konkret bedeutet, ist schwer abzuschätzen. Wer mag sich schon anmaßen, eine Rechtsordnung im Vergleich mit einer anderen insgesamt als „besser“ oder „schlechter“ zu bilanzieren? Man kann dem Court of Appeal nur viel Freude dabei wünschen. Dazu kommt, dass der EuGH irrt, wenn er meint, der „soziale Schutz“ der Beschäftigten stünde von vornherein fest. Dies ist jedenfalls nach den bisherigen Sozialpoli-

36 EuGH 11.12.2007 (Viking), (Fn. 4), Rz. 88 f.

37 So auch C. Schubert, „Europäische Grundfreiheiten und nationales Arbeitskampfrecht im Konflikt“, RdA 2008, 289-297, 295.

ken fast aller Mitgliedstaaten nicht der Fall, denn die konkreten Entgeltbedingungen werden fast überall in Tarifverhandlungen ausgehandelt. Man kann vermuten (wie es die Reederei Viking auch getan hat), dass mit Gewerkschaften in Niedriglohnländern niedrigere Entgelte auszuhandeln sein werden als mit Gewerkschaften in Hochlohnländern. Aber mit Rechtsqualität sollte man diese Vermutung nicht adeln. Auch der Arbeitskampf gegen Viking bezweckte ja gerade, ein Absinken des sozialen Schutzes durch die Umflagung zu verhindern.

Die ITF geht die Definition von „Billigflaggen“ stattdessen formal an. Ihre Billigflaggen-Politik beschränkt sich letztlich darauf, „das Recht auf Tarifverhandlungen den Gewerkschaften des Staats, dessen Staatsangehöriger der wirtschaftliche Eigentümer eines Schiffes ist, vorzubehalten“. Reeder sollen veranlasst werden, Schiffe, die „ausgeflaggt“ wurden, zur Herkunftsflagge zurückzuführen. Die ITF musste hierfür definieren, welcher Flagge ein Schiff „eigentlich“ zugehören sollte; sie orientiert sich dabei am Staat, in dem das wirtschaftliche („nutznießende“) Eigentum am Schiff und die Kontrolle des Schiffes liegen³⁸ und geht somit davon aus, dass eine Ausflagung in ein anderes Land als das wirtschaftlichen Eigentums vermutlich der Lohnkostenabsenkung diene. Auch dieser Einschätzung liegen kollektive Erfahrungen zugrunde. Nur die Gewerkschaften im Staat des wirtschaftlichen Eigentums haben dann nach der Politik der ITF das Recht, Kollektivvereinbarungen in Bezug auf dieses Schiff zu treffen. Die ITF schreibt also lediglich die verbandsternere Zuständigkeit einer bestimmten Gewerkschaft fest.

Indem der EuGH sich gegen diese Zuständigkeitsregel wendet, da nicht in jedem Einzelfall nachgewiesen sei, inwiefern sie dem Schutz der Beschäftigten diene, geht er offensichtlich selbst von einer gemeinschaftsrechtlichen Zuständigkeitsregel für Tarifparteien aus, für die es keine rechtliche Grundlage gibt.³⁹

Leichter zugänglich ist ein anderer Teil der Entscheidung, in dem der EuGH ganz unmittelbar deutlich macht, wie eng er die Kollektivverhandlungen und Arbeitskampsmaßnahmen an ein rechtlich zu definierendes Ziel des „Arbeitnehmerschutzes“ binden will. Nach Meinung des EuGH reicht es keinesfalls aus festzustellen, „dass die genannte Politik [...] auch das Ziel des Schutzes und der Verbesserung der Arbeitsbedingungen der Seeleute verfolgt.“ Er verlangt eine gerichtliche Inhaltskontrolle der Streikforderungen und ihrer Erforderlichkeit.⁴⁰ Anders als das BAG in seiner Entscheidung zum Tarifsozialplan⁴¹ beschränkt sich der EuGH nicht darauf zu prüfen, ob tariflich regelbare Forderungen gestellt wurden.

38 Durch den EuGH in Viking missverständlich beschrieben als das Ziel, „eine echte Verbindung zwischen der Flagge eines Schiffes und der Staatsangehörigkeit des Eigners zu schaffen“ (EuGH 11.12.2007 (Viking) (Fn. 4), Rz 8).

39 Zu den Rechtsfragen der Tarifzuständigkeit im deutschen Recht siehe U. Wendeling-Schröder, „§ 2 TVG“, in: Kempen/Zachert (Fn. 18), Rn. 147 ff.

40 B. Zwanziger, „Arbeitskampff- und Tarifrecht nach den EuGH-Entscheidungen ‚Laval‘ und ‚Viking‘“, DB 2008, 294, 297, ist der Meinung, dies entspräche den Maßstäben des BAG vom April 2007; ähnlich F. Bayreuther, „Das Verhältnis zwischen dem nationalen Streikrecht und der EU-Wirtschaftsverfassung“, EuZA 2008, 395-408, 402 ff.; anders Kocher (Fn. 4), 16; F. Temming, „Mit wie viel Verlust muss eine Fähre betrieben werden?“, ELR 2008, 190-205, 202.

41 BAG 24.4.2007, NZA 2007, 987; T. Blanke, „Streikende Wikinger vor dem Europäischen Gerichtshof. Streikrecht und wirtschaftliche Grundfreiheiten im EU-Recht“, AuR 2006, 1-6, 5 f. hatte dem EuGH vorgeschlagen, diesen Maßstab auch hier anzuwenden.

Wenn erwiesen wäre, dass die fraglichen Arbeitsplätze oder Arbeitsbedingungen nicht gefährdet oder ernstlich bedroht waren, diene die Kollektivmaßnahme nach Meinung des EuGH nicht dem Ziel des Arbeitnehmerschutzes.⁴² Mehr noch: Wären Arbeitsplätze oder Arbeitsbedingungen zwar bedroht, habe das Unternehmen aber eine rechtlich ausreichend wirksame Zusage angeboten, dass weder Entlassungen stattfinden noch Arbeitsbedingungen verschlechtert würden, wäre der Arbeitskampf nach Meinung des EuGH nicht mehr gerechtfertigt. Es schreibt damit nicht nur eine enge Verhältnismäßigkeitsprüfung anhand des Ziels des Arbeitnehmerschutzes vor, sondern auch eine enge Kontrolle der Ziele kollektiver Maßnahmen vor. Beim nationalen Gericht verblieb lediglich die Aufgabe zu klären, welche rechtliche Tragweite die Verpflichtung gehabt hätte, die der Arbeitgeber im vorliegenden Fall angeboten hatte sowie zu prüfen, ob nach nationalem Recht die ergriffene Maßnahme einem „ultima ratio“-Prinzip genügte.⁴³

III. Die juristischen Mängel der Rechtsprechung

Nun ist es keineswegs so, dass der EuGH sich mit den genannten Entscheidungen völlig von seiner bisherigen Rechtsprechung entfernt hätte. Der EuGH bewegt sich in der langjährigen Kontinuität der Entsende-Rechtsprechung. Der Bruch liegt woanders, nämlich in der Tatsache, dass der EuGH sich mit diesen Entscheidungen erstmals auf das Feld der Arbeitsverfassung im engeren Sinn bewegt. In allen Fällen ging es um das Verhältnis von Staat und autonomen Akteuren der Arbeitsbeziehungen. Und in keiner der Entscheidungen hat der EuGH ein Verständnis davon entwickelt, wie zivilgesellschaftliches Handeln und staatliches Handeln zueinander ins Verhältnis zu setzen wären.

So zeigen die Entscheidungen arbeitsverfassungsrechtlich zunächst ein problematisches etatistisches Verständnis von Arbeitnehmerschutz. Eine grenzüberschreitende Festlegung von Mindeststandards durch die Mitgliedstaaten erlaubt der EuGH nur noch in Form von gesetzlichen oder durch staatliche Erklärung für allgemein verbindlich erklärte Standards.

Zum Zweiten bleibt für autonomes Handeln im Rahmen eines „sozialen Europas“ nicht mehr viel Raum, wenn jegliche gewerkschaftliche Aktion gerichtlich strikt auf die Verhältnismäßigkeit in Hinblick auf einen eng verstandenen „Arbeitnehmerschutz“ kontrolliert werden soll.

Letztlich scheidet der EuGH daran, dass er soziale Schutzzwecke nicht auf die (kollektiven) Grundrechte, sondern auf die Aufgabe der Gemeinschaft zurückführt, eine harmonische und ausgewogene Entwicklung des Wirtschaftslebens, ein hohes Beschäftigungsniveau und ein hohes Maß an sozialem Schutz zu fördern. Die „sozialen Ziele“ des EG-Vertrags werden damit nicht nur zum Grund, sondern auch zur Grenze kollektiver Grundrechte.⁴⁴

Aus der juristischen Analyse der Urteile heraus sollen im Folgenden die Elemente einer europäischen Arbeitsverfassung skizziert und mit juristischem Leben gefüllt werden. Ihr Kern liegt im positiven Recht bereits vor: Es handelt sich einerseits um die europäischen

42 EuGH 11.12.2007 (Viking) (Fn. 4), Rz. 81-83.

43 Zu entsprechenden Ergebnissen im Fall Laval siehe Kocher (Fn. 4); Köhler (Fn. 31), 67 f.

44 V. Wedi, „Gewerkschaftliche Arbeitskampsmaßnahmen versus Grundfreiheiten des Binnenmarktes – Grundsatzurteile des EuGH“, DRdA 2008, 6, 7.

kollektiven Grundrechte, die kollektivem Handeln in den Arbeitsbeziehungen zu rechtlicher Legitimität verhelfen (a). Und es handelt sich andererseits um die Kompetenzregelung des Art. 137 Abs. 5, der die Grenze zwischen europäischen und mitgliedstaatlichen Sozialordnungen bezeichnet (b).

1. Europäische Grundrechte

Wie der EuGH selbst anerkennt, sind diese kollektiven Handlungskompetenzen auch im europäischen Recht grundrechtlich abgesichert. Dies muss rechtliche Konsequenzen haben. Die Kollektivverhandlungsautonomie stellt den Kern jedes Arbeitsverfassungsrechts dar; die Tarifautonomie ist insofern die Grundnorm eines reflexiven Regelungsprozesses, der seine gleichen sucht. Kollektivverhandlungsautonomie setzt Freiräume bzw. Beurteilungs- und Einschätzungsprärogativen voraus.

Dies muss nicht bedeuten, dass man die Wahrnehmung von Kollektivverhandlungsfreiheiten automatisch und notwendig als Ausnahmebereich der Grundfreiheiten definiert. Eigenen solchen automatischen Vorrang oder Ausnahmebereich hatte das Gericht vor einigen Jahren im Fall „Albany“ angenommen.⁴⁵ Damals ging es um die Rechtfertigung der Kartellwirkungen, die ein Tarifvertrag im Wettbewerb der Arbeitsbedingungen notwendigerweise mit sich bringt. Es ging also um das Verhältnis von Wettbewerbsfreiheit und Kollektivverhandlungsfreiheit. Dies ist jedoch eine ganz spezifische Konstellation. Tarifverträge beschränken notwendig den Wettbewerb; ihre Existenzberechtigung liegt ja gerade darin, die Arbeitsbedingungen nicht dem freien Spiel des Wettbewerbs zu überlassen. Sie müssen also außerhalb des Kartellrechts stehen. Dieses Argument gilt aber nicht für die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit.⁴⁶ Hier ist den prozeduralen Qualitäten der Kollektivverhandlungsfreiheit in anderer Weise Geltung zu verschaffen.

2. Art. 137 Abs. 5: Ein juristisches Stopp-Schild

Die Ergebnisse des EuGH sind in Hinblick auf die Kompetenz der Gemeinschaft problematisch. Denn nach Art. 137 Abs. 5 fehlt der Gemeinschaft „im Bereich des Arbeitsentgelts, des Koalitionsrechts, des Streikrechts sowie des Aussperrungsrechts“ die Harmonisierungs- und Regelungskompetenz. Angesichts der Tatsache, dass die Europäische Gemeinschaft gemäß Art. 137 Abs. 5 keine Harmonisierungskompetenz im Bereich des „Arbeitsentgelts“ hat, erscheint es erstens als recht weitgehende Festlegung, wenn der EuGH eine grenzüberschreitende Festlegung von Mindeststandards durch die Mitgliedstaaten nur noch in Form von gesetzlichen oder durch staatliche Erklärung für allgemein verbindlich erklärten Standards erlauben will.⁴⁷ Und wenn zweitens jegliche gewerkschaftliche Aktion gerichtlich strikt auf die Verhältnismäßigkeit in Hinblick auf einen eng verstandenen „Arbeitnehmer-

45 EuGH 21.9.1999 – C-60/96 (Albany); N. Bruun/J. Hellsten, *Collective Agreement and Competition in the EU*, Stockholm 2001, Rn. 63 ff.; Britz (Fn. 23), 43 ff.

46 EuGH 11.12.2007 (Viking) (Fn. 4), Rz. 48-53; so auch Weiss (Fn. 2); T. Blanke, *AuR* 2007, 252; a. A. W. Däubler, „ITF-Aktionen gegen Billig-Flaggen-Schiffe – im Widerspruch zum EG-Recht?“, *AuR* 2008, 409-417, 413; siehe auch ausführlich Bruun/Hellsten (Fn. 45), Rn. 84 ff.; T. Mühlbach, *Tarifverträge in der europäischen Kartellkontrolle*, Baden-Baden 2007.

47 Siehe oben II.1.

schutz“ kontrolliert werden kann, werden damit arbeitskampfrechtliche Grundsätze festgesetzt,⁴⁸ für die es der Gemeinschaft nach Art. 137 Abs. 5 ebenfalls an der Kompetenz fehlt. Rat, Kommission und Parlament können sich eben nicht positiv stützend vor das Arbeitskampfrecht stellen und die Ergebnisse der Entscheidungen des EuGH durch Rechtsetzung beeinflussen.⁴⁹

Es ist insofern enttäuschend und zynisch, dass dem BVerfG im Lissabon-Urteil an der Viking-Entscheidung nur die Feststellung der „Existenz eines europäischen Streik-Grundrechts“ aufgefallen war⁵⁰ – zumal wenn man bedenkt, dass das BVerfG sich in diesem Urteil zwar mit der Kompetenzverteilung zwischen Mitgliedstaaten und Union beschäftigt, aber die Diskrepanz zwischen Viking-Entscheidung und Art. 137 Abs. 5 nicht sah.

Allerdings lässt sich auch im Anwendungsbereich des Art. 137 Abs. 5 nicht eine automatische Bereichsausnahme zu den Grundfreiheiten begründen.⁵¹ Schließlich geht es in Art. 137 nur um den Umfang der eigenständigen „positiven“ Regelungskompetenzen der Gemeinschaft, nicht aber um die Reichweite des Europarechts in seiner negativen Integrationswirkung.⁵² Der in Art. 137 Abs. 5 repräsentierte politische Wille ist in eine rechtliche Logik zu übersetzen. Es bleibt also genauer zu untersuchen, welche rechtlichen Konsequenzen sich aus dem Gebot der „Zurückhaltung“⁵³ in Art. 137 Abs. 5 ergeben.

IV. Rechtsrahmen einer europäischen Arbeitsverfassung

Sowohl die Grundrechtsgarantien der Gewerkschaften als auch das Zurückhaltungsgebot des Art. 137 Abs. 5 müssen Folgen für das Verhältnis von Recht und Politik in der europäischen Arbeitsverfassung haben. Welche rechtliche Verkopplung sinnvoll und möglich ist, soll im Folgenden anhand der Drittwirkung der Grundfreiheiten sowie an der Auslegung der grundfreiheitlichen Beschränkungsverbote gezeigt werden.

1. Mittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten

Der EuGH hält in Viking und Laval die Gewerkschaften für verpflichtet, sich unmittelbar und in gleicher Weise wie die Mitgliedstaaten an den Grundfreiheiten zu orientieren.⁵⁴ Er knüpft dabei an früherer Rechtsprechung an, in der z. B. eine unmittelbare Drittwirkung der

48 Siehe oben II.2.

49 G. Thüsing, *Europäisches Arbeitsrecht*, München 2008, Rn. 12.

50 BVerfG 30.6.2009 (Fn. 3), Rn. 398; siehe auch A. Fisahn, „BVerfG friert die europäische Demokratie national ein!“, *KJ* 2009 (i. E.).

51 So aber Däubler (Fn. 46), 411 f.

52 Ausführlich J. Jousen, „Schritte zum europäischen Streikrecht – die Entscheidung Laval“, *ZESAR* 2008, 333-339, 334.

53 G. Thüsing, *RdA* 2007, 308; siehe aber auch K. Ahlberg/N. Bruun/J. Malmberg, „The Vaxholm case from a Swedish and European perspective“, *Transfer* 2006, 155-166, 163.

54 Lediglich das Problem der Diskriminierung durch die schwedische Lex Britannia im Fall Laval wurde als eines der mittelbaren Drittwirkung adressiert; hier nahm der EuGH zu Recht den schwedischen Gesetzgeber in die Pflicht (vgl. oben in Fn. 31).

Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit für private Organisationen bejaht wurde, die abstrakt-generelle private Regelungen im Bereich des Wirtschaftslebens setzen (insbesondere Wirtschafts-, Berufs- oder Sportverbände).⁵⁵ Entsprechend gibt der EuGH nun in Viking und Laval als Begründung für die unmittelbare Drittwirkung an, dass „[alle Verträge...], die die abhängige Erwerbstätigkeit kollektiv regeln sollen“, faktische Regelungsmacht hätten.⁵⁶

Letztlich steht dahinter wohl die Überlegung, dass die Geltung der Grundfreiheiten im Interesse des „effet utile“ nicht an der aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts eher zufälligen Grenzziehung zwischen privater und staatlicher Funktionsausübung scheitern solle. Schließlich ist das Verhältnis zwischen Kollektivvertrag und Gesetz in den Mitgliedstaaten ganz unterschiedlich geregelt; ein und derselbe Sachverhalt wird in manchen Mitgliedstaaten durch staatliche Gesetze, in anderen durch kollektive Verträge geregelt.⁵⁷

Leider wird aber nicht deutlich, worauf es dem EuGH eigentlich ankommt: Auf die *faktischen* Wirkungen kollektiver Regelungsmacht? Oder auf die *rechtliche* Gestaltungswirkung, die durch Tarifverträge erreicht werden kann?⁵⁸ (die aber in den Mitgliedstaaten ganz unterschiedlich ausgestaltet ist?) Denn vorliegend ging es jeweils nicht um die beschränkenden Wirkungen rechtswirksamer Tarifverträge,⁶⁰ sondern um faktische Grundfreiheitsbeschränkungen durch Arbeitskämpfe. Der EuGH behauptet hier eine „Untrennbarkeit“ von Kollektivmaßnahmen und gegebenenfalls nachfolgendem Kollektivvertrag. Daran ist richtig, dass in den meisten Rechtsordnungen beides funktional aufeinander bezogen ist; als Untrennbarkeit lässt sich dies aber schwerlich bezeichnen.⁶¹ Und in Hinblick auf die Bindung an das Gemeinschaftsrecht müsste es von Relevanz sein, dass die faktischen Arbeitskampfwirkungen anders als die Beschränkungen durch rechtliche Gestaltungswirkungen nicht auf vorherigem staatlichem Handeln beruhen, sondern allein von der gewerkschaftlichen Organisation ausgehen. Ihre faktische Wirkung ist dem Staat allenfalls als Unterlassen zuzurechnen.

Diese Schutzpflichtverletzung des Staates lässt sich besser als mittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten konstruieren und begründen.⁶² Die Annahme einer unmittelbaren Drittwirkung in diesen Fällen wirft ohnehin eine Reihe rechtlicher Folgeprobleme auf, mit denen der

55 EuGH 12.12.1974 – C-36/74 (Wairave); EuGH 14.7.1976 – C-13/76 (Donà); EuGH 15.12.1995 – C-415/93 (Bosman); EuGH 11.4.2000 – C-51/96 und C-191/97 (Deligé); EuGH 13.4.2000 – C-176/96 (Lehtonen).

56 EuGH 11.12.2007 (Viking) (Fn. 4)), Rz. 56–66. Vgl. Temming (Fn. 27), 237: Diese Aussage sei „keine große Überraschung und doch gleichzeitig revolutionär“.

57 A. Röthel, „Grundfreiheiten und private Normgebung – Zur unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten auf Verbandsnormen“, EuR 2001, 908–921, 910 f.

58 Genauer schon Kocher (Fn. 4), 15.

59 Siehe zum Beispiel U. Zacher, ZIAS 1992, 1 ff.

60 Seit EuGH 8.4.1976 – C-43/75 (Defrenne II) werden Tarifverträge unmittelbar an das Gemeinschaftsrecht gebunden, insbesondere bei Verstößen gegen den Entgeltgleichheitsgrundsatz des Art. 141 EG und andere Gleichbehandlungsrechte wie auch das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG.

61 EuGH 11.12.2007 (Viking) (Fn. 4), Rz. 36; kritisch Wedl (Fn. 44), 6 ff.; C. Joerges/F. Rodl, KJ 2008, 160; R. Rebhahn, „Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking“, ZESAR 2008, 109–117, 113.

62 Vgl. R. Streinz/S. Leible, „Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten – Überlegungen aus Anlass von EuGH Angonese“, EuZW 2000, 459–467, 464 f.

EuGH sich nicht auseinandersetzt. In der rechtswissenschaftlichen Literatur ist oft kritisiert worden, dass der EuGH lediglich die Grundrechte als Schranke der Grundfreiheiten betrachtet und übersehen habe, dass auch umgekehrt das Grundrecht auf kollektive Maßnahmen durch die Grundfreiheiten beschränkt werde. Es sei keine Abwägung vorzunehmen, sondern ein Verhältnis praktischer Konkordanz herzustellen.⁶³ Diese Kommentare übersehen aber, dass der EuGH in seinen Entscheidungen die geforderte Abwägung von Grundfreiheiten und Grundrechten noch nicht einmal vornahm: In der konkreten Frage der Rechtfertigung des Eingriffs in die Grundfreiheiten geht der EuGH nicht mehr auf das Grundrecht auf kollektive Maßnahmen ein.⁶⁴ Der EuGH misst die Eingriffe in die Grundfreiheiten ausschließlich daran, ob sie „Schutz der Arbeitnehmer“ als einen „zwingenden Grund des Allgemeininteresses“ verfolgen und setzt so nur seine Entsende-Rechtsprechung fort.⁶⁵

Dies ist eine Konsequenz aus der Annahme einer unmittelbaren Drittwirkung, die verlangte, dass die Rechtfertigung der kollektiven Maßnahme selbst zu prüfen war – und diese dürfte eben keineswegs dem Schutz der Grundrechte, sondern verwirklichte ein Grundrecht.⁶⁶ Eine unmittelbare Abwägung zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten oder eine Herstellung praktischer Konkordanz hätte eine grundlegende Weiterentwicklung der bisherigen Dogmatik verlangt – insbesondere der bestehenden, lediglich am Arbeitnehmer-schutz orientierten Schrankensystematik.⁶⁷ Gewerkschaften können nicht wie der Staat auf ein „Allgemeininteresse“ verpflichtet werden; sie handeln häufig im wirtschaftlichen oder kollektiven Interesse, und diese Interessen sind als legitime Interessen eben nicht zuletzt durch die Grundrechte anerkannt.⁶⁸

Zu einer Schrankensystematik, die Grundrechte unmittelbar in die Abwägung einstellen könnte, käme man jedoch bei einer mittelbaren Drittwirkung⁶⁹ bzw. bei Annahme einer mitgliedstaatlichen Schutz- bzw. Garantspflicht.⁷⁰ Dies zeigen die Entscheidungen „Kommission/Frankreich“ und „Schmidberger“, in denen es ebenfalls um kollektives Handeln (politische Demonstrationsblockaden) ging. In der Rechtssache „Kommission/Frankreich“ hatte der EuGH Blockade-, Boykott- und Vernichtungsaktionen französischer Bauern gegenüber landwirtschaftlichen Produkten aus anderen Mitgliedstaaten nicht unmittelbar mit der Warenverkehrsfreiheit konfrontiert, sondern den Mitgliedstaat Frankreich in die Pflicht genommen.⁷¹ Bei Schmidberger⁷² ging es um eine umweltpolitische Demonstration, die zeitweilig

63 U. Wendeling-Schröder, „Streikrecht in Europa – nicht mehr, aber auch nicht weniger Rechte!“, AiB 2007, 617; Bayreuther (Fn. 40), 400.

64 Wedl (Fn. 44), 7. Auch Schubert (Fn. 37), 293 f. übersieht dies.

65 So schon die Kritik in Kocher (Fn. 4), 15 ff.; Wedl a. a. O.

66 Anders ist dies im Fall Ruffert (Tariftreuerklärung), siehe Kocher (Fn. 21), 1042 ff.

67 Röthel (Fn. 57), 921; in diese Richtung auch Bayreuther (Fn. 40), 401.

68 Thüsing (Fn. 49), 52; Temming (Fn. 27), 238.

69 Für eine lediglich mittelbare Drittwirkung in den Arbeitskämpfen fallen auch Thüsing (Fn. 53), 308.

70 Streinz/Leible (Fn. 62), 465; M. Burgi, „Mitgliedstaatliche Garantienpflicht statt unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten“, EWS 1999, 327–332, 330; T. Kingreen, „Art. 28/29/30 EG“, in: C. Callies/M. Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl., München 2007, Rn. 116; W. Kluth, „Art. 50 EG“, ebd., Rn. 47; Röthel (Fn. 57), 914.

71 EuGH 9.12.1997 – C-265/95 (Kommission/Frankreich).

zu einer Blockade des Verkehrs auf der Brenner-Autobahn führt. Hier wurde ebenfalls ein Unterlassen durch Österreich geprüft, im Ergebnis jedoch verneint mit der Begründung, der Mitgliedstaat habe die Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit zulassen dürfen, um die Meinungsäußerungs- und Versammlungsfreiheit zu schützen.

Ordnungspolitisch hat die Lösung der mittelbaren Drittwirkung den Vorzug, dass sie die Handlungskompetenz zum Ausgleich unterschiedlicher privater Interessen in die Hände der Mitgliedstaaten legt.⁷³ So lassen sich direkte Eingriffe in die nationalen Privatrechtssysteme vermeiden⁷⁴ und flexible Lösungen ermöglichen, die das eingespielte nationalrechtliche Instrumentarium nutzen.⁷⁵ So wäre Raum gewesen, bei der Frage, ob die Mitgliedstaaten den betreffenden Arbeitskämpfe erlauben dürften, die Autonomie der Tarifvertragsparteien im Kontext des jeweiligen nationalen Rechts zu berücksichtigen.

Diese Konstruktion würde also sowohl eine Berücksichtigung des Vorbehaltsbereichs der Mitgliedstaaten (Art. 137 Abs. 5) als auch eine unmittelbare Gegenüberstellung von Grundfreiheiten und kollektiven Grundrechten ermöglichen.

2. *Prozedurales Verständnis der Kollektivverhandlungsfreiheit*

Das heißt natürlich noch nicht, dass damit auch eine zufriedene stellende „Abwägung“ garantiert wäre. Dies zeigen insbesondere die EuGH-Entscheidungen Riffert und Luxemburg, in denen der EuGH zwar die Berücksichtigung der Tarifautonomie angedacht hat, diese jedoch als eindimensionales Instrument des Schutzes entsandter Arbeitnehmer missverstand. Der prozedurale Charakter der Kollektivverhandlungsfreiheit wird damit grundsätzlich verkannt. Dieser liegt darin, dass die Kollektivverhandlungspartner durch Verhandlungen Tarifpolitik machen, um zu Ergebnissen zu kommen, die unterschiedlichen, weitgehend gegenläufigen Interessen gerecht werden müssen.

Anerkennung des Grundrechts der Kollektivvereinbarungautonomie bedeutet damit nicht notwendigerweise Anerkennung eines Freiheitsbereichs, der nicht im Einzelnen rechtlich determiniert sein darf. Private Organisationen, die von Grundrechten der kollektiven Organisation Gebrauch machen, müssen über Bewertungs- und Beurteilungsprärogativen verfügen.

Die Mitgliedstaaten müssen wiederum im Rahmen ihres Vorbehaltsbereichs in Fragen des Arbeitskampf- und Koalitionsrechts (Art. 137 Abs. 5) befugt sein, dieses Grundrecht in seinem prozeduralen Gehalt zu schützen. Dies bedeutet, dass die Befugnis sich nicht darauf beschränken darf, einzelne Tarifverträge zu schützen, soweit diese einem rechtlich determinierten Arbeitnehmerschutz dienen. Die Mitgliedstaaten müssen das jeweilige Kollektivverhandlungssystem als solches schützen dürfen.

Der Schutz der Tarifautonomie als solche ist ein legitimes sozialpolitisches Ziel, und die Ausübung von Kollektivverhandlungsfreiheit muss als solche respektiert werden – was

bedeutet, dass den gesellschaftlichen Organisationen eine Entscheidungsprärogative überantwortet wird.

Bei einem solchen Grundverständnis wäre es auch im Rahmen eines Ansatzes der unmittelbaren Drittwirkung möglich, für die Arbeitskämpfungsfälle zu Ergebnissen zu kommen, welche der im jeweiligen nationalen Kontext der Mitgliedstaaten ausgestaltete Kollektivvereinbarungautonomie zu ihrem Recht verhilft.⁷⁶ Wenn das Grundrecht einen Freiheitsbereich der Kollektivverhandlungspartner begründet, dann muss das dogmatisch bedeuten: Die Frage, ob eine bestimmte kollektive Maßnahme dem Schutz der Arbeitnehmer dient, darf aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht nur eingeschränkt kontrolliert werden – dies ist zu vermuten und darf nur auf Willkür überprüft werden. Im Prüfungsschema des EuGH hätte man die Tarifautonomie bei der Bestimmung des notwendigen Schutzmaßes berücksichtigen können. Hier müssen die Gewerkschaften über eine Einschätzungsprärogative verfügen, in deren Rahmen kollektive Erfahrungen und wirtschaftliche Bewertungen zur Geltung kommen können.

3. *Stoppt den EuGH?*

Die Darstellung sollte gezeigt haben, dass es bereits ein Stopp-Schild für den EuGH gibt: Art. 137 Abs. 5. Die Auseinandersetzung damit zeigt aber auch, wie hilflos Versuche enden können, die Rechtsprechung zu stoppen, wenn solche politischen Stopp-Schilder nicht in rechtliche Konstruktionen übersetzt werden. Ohne eine solche Übersetzung wird sich auch das BVerfG kaum in Dienst nehmen lassen können. Hierfür bedarf es im Falle des Art. 137 Abs. 5 einer rechtlichen Zusammenschau mit der Kollektivvereinbarungautonomie, und das heißt eine Verkoppelung der zivilgesellschaftlichen Politik mit den rechtlichen Vorgaben in Form einer Anerkennung von Freiheitsbereichen und autonomen Prärogativen. Die Durchsetzung solcher Politiken wird auf lange Sicht nur mit Hilfe einer Stärkung der europäischen Grundrechtsebene gelingen können⁷⁷ – und nicht ohne juristisch verankerte kollektive soziale Grundrechte.⁷⁸

⁷⁶ Die beiden Ansätze könnten insofern tatsächlich ergebnisäquivalent sein; vgl. Temming (Fn. 27), 238 unter Hinweis auf Alexy.

⁷⁷ Für eine primärrechtliche Verankerung der Grundrechte siehe z.B. die vom EGB geforderte „Monti-Klausel auf der Ebene der Verträge“; ETUC, Die Fälle Viking und Laval. Begründung (für den Exekutiv-ausschuss des EGB, 4. März 2008), <http://www.etuc.org/IMG/pdf_ExplanatoryMemorandumDE.pdf>; siehe auch Manifest der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di, Grundzüge eines alternativen Wirtschafts- und Sozialmodells für die EU vom 13.10.2008, auszugsweise abgedruckt in AuR 2008, 440.

⁷⁸ So aber wohl Joerges/Rödl (Fn. 61), 164 f.; Höpner (Fn. 1), MPiFG Discussion Paper 08/12.