

## Der EuGH und das soziale Europa

### Für eine Aufwertung sozialer Grundrechte im EU-Rechtssystem

■ Der Europäische Gerichtshof (EuGH) ist in letzter Zeit mit einigen Urteilen (»Viking«, »Laval«, »Rüffert«) in die Kritik geraten: Der EuGH ordne soziale Grundrechte sowie die Tarifautonomie und das Streikrecht den Wirtschaftsfreiheiten unter. Ein Expertenworkshop der Friedrich-Ebert-Stiftung ist dieser Thematik nachgegangen. Neben einer rechtswissenschaftlichen Analyse der umstrittenen Urteile durch Prof. Dr. Franz Mayer (Universität Bielefeld) nehmen weitere renommierte Rechts- und Politikwissenschaftler Stellung und bewerten die Rechtsstreitigkeiten in Erörterung des Gutachtens aus ihrer Perspektive. Mit der Publikation möchte die Friedrich-Ebert-Stiftung eine Debatte über die Rolle der EuGH-Rechtsprechung mit Blick auf die Schaffung eines sozialen Europas eröffnen. Sie soll in der Folge um gesellschaftspolitische Kommentare sowie europäische Perspektiven ergänzt werden.

■ Zentrale Fragen in der Debatte: Überschreitet der Europäische Gerichtshof seine Kompetenzen und zerstört die demokratisch legitimierten Arbeits- und Sozialordnungen der EU-Mitgliedsstaaten? Oder geht der EuGH lediglich gegen nationale Egoismen vor und bewegt sich strikt innerhalb des Rechtsrahmens, den die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union selbst festgelegt haben?

■ Als Konsequenz aus den Urteilen des EuGH bietet sich im Hinblick auf die Schaffung eines sozialen Europas für die Mitgliedsstaaten der EU eine Doppelstrategie an: Auf nationaler Ebene könnten z. B. Mindestlöhne eingeführt sowie Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt werden, während auf europäischer Ebene die Aufwertung der sozialen Grundrechte im Rechtssystem der EU auf die politische Agenda gehört.

MAI 2009



## Inhalt

<b>1 Alexander Schulz: »Der Europäische Gerichtshof und das soziale Europa«</b> . . . . .	<b>3</b>
1.1 Die umstrittenen Urteile des EuGH. . . . .	3
1.2 Die Debatte um die Urteile und die Rolle des EuGH . . . . .	4
1.3 Schlussfolgerungen und Handlungsoptionen . . . . .	6
<b>2 Franz C. Mayer: Der EuGH und das soziale Europa</b> . . . . .	<b>7</b>
2.1 Leitthesen . . . . .	7
2.2 Einleitung . . . . .	7
2.3 Die rechtlichen Rahmenbedingungen: EG und EU als Wirtschafts- und Sozialunion . . . . .	9
2.4 Rechtsprechung – Das soziale Europa und der EuGH . . . . .	13
2.5 Die jüngere Rechtsprechung: »Viking«, »Laval«, »Rüffert«, »Kommission gegen Luxemburg« . . . . .	16
2.6 Perspektiven und Spielräume – der EuGH und das soziale Europa . . . . .	22
<b>3 Kurzkomentare zu Franz C. Mayer »Der EuGH und das soziale Europa«</b> . . . . .	<b>26</b>
3.1 Christian Heidfeld: Die Rechtsprechung zum Arbeitskampf- und Tarifrecht – Der EuGH in der Kritik . . . . .	26
3.2 Martin Höpner: Kein soziales Defizit? . . . . .	30
3.3 Christian Joerges: Bemerkungen zu dem Gutachten von Franz C. Mayer . . . . .	35
3.4 Eva Kocher: Das »Soziale« in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs . . . . .	38
3.5 Florian Rödl: Wirklich auf einem »guten Mittelweg«? . . . . .	42
3.6 Jörg Philipp Terhechte: Die Rolle des EuGH bei der Schaffung eines sozialen Europas und die gemeinschaftlichen Grenzen des europäischen Systemwettbewerbs . . . . .	44
<b>Rechtsprechung</b> . . . . .	<b>48</b>
<b>Anhang</b> . . . . .	<b>49</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> . . . . .	<b>51</b>



## 1 Alexander Schulz: »Der Europäische Gerichtshof und das soziale Europa«

Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) war zunächst kein Projekt zur Errichtung eines einheitlichen gemeinsamen Sozialraums. Allerdings war die EWG nie nur ein »Markt«, sondern auch ein politisches Projekt. In den EG- bzw. EU-Verträgen finden sich Abschnitte, die sich mit Sozialpolitik beschäftigen. Auch der Vertrag von Lissabon bekennt sich ausdrücklich zu einer sozialen Marktwirtschaft und verankert mit der Grundrechte-Charta erstmals auch soziale Grundrechte im europäischen Primärrecht.

Auf einem Expertenworkshop der Friedrich-Ebert-Stiftung »Der EuGH und das soziale Europa« im Februar 2009 ging es um die Rolle des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) und seine Bedeutung für ein soziales Europa. Auf Basis des in der vorliegenden Publikation veröffentlichten Gutachtens von Franz C. Mayer, Rechtswissenschaftler an der Universität Bielefeld, erörterten die Mitwirkenden des Workshops die Positionen der öffentlichen Diskussion zum Thema und die Frage, welche politischen Handlungsoptionen sich in Richtung auf ein soziales Europa aus der Rechtsprechung des EuGH ableiten lassen.

Der EuGH hat bei seiner Urteilsfindung die (wirtschaftlichen) Grundfreiheiten (Freiheiten des Waren-, Dienstleistungs-, Kapital- und Personenverkehrs) gegen die sozialen Grundrechte abzuwägen. Mehrere Urteile der letzten Jahre (vor allem »Viking«, »Laval« und »Rüffert«) haben in breiten Kreisen der Öffentlichkeit den Anschein erweckt, der EuGH löse das Spannungsverhältnis zwischen Wirtschaftsfreiheiten (konkret: der Dienstleistungsfreiheit) und sozialen Grundrechten einseitig zu Gunsten ersterer auf. Dies wurde im Verlauf des Workshops kontrovers diskutiert. Dabei ging es auch um die Frage, ob das (transnationale) Streikrecht geschwächt worden sei oder – im Gegenteil – sogar eine Stärkung erfahren habe.

Zudem wurde als zentraler Aspekt der Workshop-Debatte erörtert, ob seitens des EuGH eine vermeintliche Überbetonung der Wirtschaftsfreiheiten auf dem Wege einer richterlichen Rechtsfortbildung geschehe, die der EuGH gerade mit Blick auf die Rechtsprechung zu sozialen Fragen in einer Weise verfolge, die Text und Geist des Primärrechts widersprechen. Dabei schwang im Hintergrund auch die Frage mit, ob ein Wettbewerb um Lohnkosten zwischen den EU-Mitgliedstaaten als legitim oder illegitim anzusehen sei.

### 1.1 Die umstrittenen Urteile des EuGH

Die Urteile, die Kritik hervorriefen, kamen im Zuge der Rechtsstreitigkeiten »Viking«, »Laval« und »Rüffert« zustande. Bei den Rechtssachen »Viking« und »Laval« ging es um die Vereinbarkeit von nationalem kollektiven Arbeitsrecht mit den Vorgaben des Europarechts. Beim Urteil »Rüffert« waren Tariftreueklauseln im Vergaberecht Streitgegenstand.

#### 1.1.1 »Viking« (Dezember 2007)

Das Fährunternehmen Viking, das Fahrten zwischen Finnland und Estland organisiert, beschloss eine Umflaggung seiner Flotte. Statt unter finnischer Flagge sollten die Schiffe unter estnischer Flagge fahren, um die für die Arbeitnehmer ungünstigeren estnischen Tarifverträge anwenden zu können. Daraufhin reagierte die »Finnische Gewerkschaft für Seeleute« mit der Androhung von Arbeitskampfmaßnahmen, woraufhin sie von Viking verklagt wurde.

Der EuGH sah in seinem Urteil durch die angedrohten Arbeitskampfmaßnahmen die Niederlassungsfreiheit beschränkt. Die endgültige Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen der finnischen Gewerkschaft wurde allerdings dem vorlegenden nationalen Gericht überlassen.

#### 1.1.2 »Laval« (Dezember 2007)

Arbeitnehmer aus Lettland wurden von der lettischen Firma Laval zur Durchführung von Bauarbeiten nach Schweden entsandt. Laval hatte zwar mit einer lettischen Bauarbeitergewerkschaft einen Tarifvertrag abgeschlossen, nicht aber mit der schwedischen Gewerkschaft. Um einen solchen zu erzwingen, ergriffen die schwedischen Gewerkschaften im Einklang mit schwedischem Recht Arbeitskampfmaßnahmen. Laval reichte daraufhin Klage beim EuGH ein.

Nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes lässt sich eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, die festgestellt wurde, rechtfertigen, wenn »mit ihr ein berechtigtes und mit dem Vertrag zu vereinbarendes Ziel verfolgt wird und wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist« (Mayer: 17). Ein solch zwingender Grund des Allgemeininteresses liege bezüglich der Abwehr eines Sozialdumpings durchaus vor, sodass grundsätzlich Arbeitskampfmaßnahmen unternommen werden könnten. Im konkreten Fall kam der EuGH jedoch in Interpretation der Arbeitnehmerentsenderichtlinie zu dem Ergebnis, dass es einem Mitgliedstaat nicht er-

**Alexander Schulz** ist Mitarbeiter der Abteilung Zentrale Aufgaben der Friedrich-Ebert-Stiftung in Berlin.

laubt sei, »... die Erbringung einer Dienstleistung in seinem Hoheitsgebiet davon abhängig zu machen, dass Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen eingehalten werden, die über die zwingenden Bestimmungen über ein *Mindestmaß* an Schutz hinausgehen« (Mayer: 17). Ein solches Mindestmaß könne durch staatlich fixierte Mindestlöhne festgelegt werden. Existieren in dem betreffenden Land jedoch keine Mindestlohnvorschriften (in Schweden z. B. ist die Aushandlung der Löhne allein den Sozialpartnern im Rahmen von Kollektivverhandlungen überlassen), seien Arbeitskämpfmaßnahmen zum Arbeitnehmerschutz nicht legitim.

Der Sachverhalt, dass entsendende Unternehmen mit Arbeitskämpfmaßnahmen zum Abschluss eines Tarifvertrages gezwungen werden, obwohl sie in ihrem Herkunftsland bereits tarifvertraglich gebunden sind, stellt nach Ansicht des EuGH eine Diskriminierung der entsprechenden Firmen dar.

Das Urteil erkennt allerdings erstmals das Streikrecht als europäisches Grundrecht an. Im Einzelfall sei es aber mit den Grundfreiheiten des EG-Vertrages abzuwägen.

### 1.1.3 »Rüffert« (April 2008)

Ein deutsches Bauunternehmen beschäftigte beim Bau einer Justizvollzugsanstalt in Niedersachsen ein polnisches Subunternehmen, das weniger als den im Tarifvertrag vereinbarten Lohn zahlte. Diese Praxis befand sich im Widerspruch zum niedersächsischen Landesvergabegesetz. (Die Vergabe öffentlicher Aufträge war davon abhängig, ob am Ausführungsort das tarifvertraglich festgelegte Entgelt gezahlt wurde).

Laut EuGH-Urteil kann es mit der Arbeitnehmerentsenderichtlinie unvereinbar sein, »die Vergabe eines öffentlichen Auftrags von der Verpflichtung abhängig zu machen, das am Ausführungsort tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zu zahlen« (Mayer: 18), wenn nicht ein allgemeiner Mindestlohn existiert. Die niedersächsische Tariftreueklausel wurde damit gekippt.

Mitgliedstaaten können (bei staatenübergreifender Erbringung von Dienstleistungen) unter bestimmten Voraussetzungen ausländischen Firmen Mindestlöhne vorschreiben. Diese Bedingungen waren aber nicht erfüllt, da Niedersachsen von den Unternehmen verlangte, einen Lohn aus einem Tarifvertrag zu zahlen, der nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden war.

Der Europäische Gerichtshof störte sich zudem daran, dass diese Bestimmung nur den öffentlichen Sektor betraf. Auch eine Bedrohung der sozialen Sicherungssysteme wurde als Begründung verworfen.

## 1.2 Die Debatte um die Urteile und die Rolle des EuGH

Während des Expertenworkshops kristallisierten sich im Verlauf der Diskussion über die Urteile des EuGH drei Argumentationslinien heraus, primär charakterisiert durch eine juristische, eine gesellschaftspolitische oder eine sozialstaatliche Dimension.

### 1.2.1 Die juristische Dimension

Mit Blick auf die juristische Argumentation steht der Charakter des Europarechts im Sinne des Primärrechts im Vordergrund. Die Kritiker werfen dem Europäischen Gerichtshof vor, er überschreite seine Kompetenzen und regiere in Bereiche hinein, für die er nicht zuständig sei. Ihrer Meinung nach ignoriere der EuGH »Stoppsschilder« der europäischen Verträge, die bewusst im Bereich der Sozialstaatlichkeit zugunsten der Mitgliedstaaten aufgestellt worden seien. Seine Urteile wiesen schwerwiegende juristische Mängel auf. So sei eine »Überinterpretation« der Grundfreiheiten festzustellen. Niemand habe bei Gründung der EG erwartet, dass der freie Warenverkehr vom EuGH einmal in den Rang einer Grundfreiheit erhoben werde. Statt (wirtschaftlichen) Grundfreiheiten und (sozialen) Grundrechten ein gleiches Gewicht zuzubilligen würden soziale Rechte nur als Ausnahmebestände gelten und stets unter Rechtfertigungszwang stehen. Eine angemessene Abwägung von Grundrechten und Grundfreiheiten durch den EuGH finde nicht statt.

Dagegen können diejenigen, die auf Linie des EuGH argumentieren, keine Kompetenzüberschreitung erkennen. Die Urteile des EuGH seien juristisch nicht zu beanstanden: »Der EuGH ist nur so gut wie das Recht, das er anwendet« (Mayer: 7). Kritiker der EuGH-Entscheidungen sollten nicht die Institution »Europäischer Gerichtshof« angreifen, sondern Vorschläge zur Änderung des Europarechts unterbreiten: »Wer die Rechtsprechung beanstandet, der muss das Recht ändern« (Mayer: 22). Um ein soziales Europa zu schaffen, brauche es entsprechende politische Mehrheiten. Dass diese nicht vorliegen, sei nicht die Schuld des EuGH.

### 1.2.2 Die gesellschaftspolitische Dimension

Ist politische Kritik an Gerichten und damit am EuGH überhaupt legitim? In einer Teildebatte des Workshops über die Grenzen von Kritik an Richtern wurde zum einen die Meinung vertreten, dass ein Fachdiskurs zwingend erforderlich sei, der EuGH dabei aber

nicht als politischer Gegner dargestellt werden dürfe. Eine allzu aggressive Politisierung der EuGH-Rechtsprechung sei in einem Rechtsstaat hochproblematisch, weil sich die Richter dagegen nicht zur Wehr setzen könnten – schließlich sei der EuGH kein politischer Akteur und könne daher auch nicht politisch »austeilen«. Mit überzogen vorgebrachter Kritik am Europäischen Gerichtshof riskiere man eine Beschädigung des EuGH und lege die »Axt an die EU als Rechtsgemeinschaft«.

Gewerkschaftsvertreter und andere Workshop-Teilnehmer wiesen dagegen auf die Notwendigkeit hin, über einen reinen Fachdiskurs hinaus eine breite Debatte zu diesem europäischen Projekt in der Gesellschaft zu führen (Stichwort: »Was für ein Europa wollen wir?«). Kritik an den Urteilen des EuGH sei nötig und wichtig, aber eine Demontage solle vermieden werden. Gerade angesichts der umstrittenen Urteile müsse Kritik am Europäischen Gerichtshof erlaubt sein; Kritik am EuGH wurde in der Workshopdiskussion sogar als »Bürgerpflicht« bezeichnet.

Zentraler Anknüpfungspunkt der Kritiker in der kontroversen Diskussion des Workshops war der vom EuGH ihres Erachtens intendierte Rollenwandel vom »Hüter der Verträge« zum »Motor der Integration« im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung, die nicht demokratisch legitimiert sei. Der EuGH werde hiermit zum Spieler in politischen Regulierungskonflikten im europäischen Mehrebenensystem (vor allem im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten) und müsse sich insofern auch politische Kritik gefallen lassen. Rechtsstaats- und Demokratieprinzip seien hier also in Balance zu bringen.

In diesem Zusammenhang wurde auf das Demokratiedefizit der Europäischen Union verwiesen. Eine effektive demokratische Legitimation sei nur auf der Ebene des Nationalstaats vorhanden. Es müsse verhindert werden, dass die demokratisch legitimierten Sozialordnungen der Mitgliedstaaten durch den Einfluss der europäischen Ebene zerstört werden. Ein solcher Prozess der Transformation nationaler Rechtsbestände (die auch wirtschaftlich und sozial nicht folgenlos bleiben) durch die EuGH-Rechtsprechung erzeuge zudem Demokratiedefizite auf nationaler Ebene.

Geht man davon aus, dass der Europäische Gerichtshof seine Kompetenzen überschreitet, dann können die betreffenden Gerichtsentscheidungen als illegitim gedeutet werden. Dabei sei, so eine Extremposition, letztlich auch die Drohung der Mitgliedstaaten mit der »Nichtumsetzung« der Urteile legitim. Für den EuGH solle in Zukunft das Gebot richterlicher Zurückhaltung (*judicial self-restraint*) maßgebend sein.

### 1.2.3 Die sozialstaatliche Dimension

Die aus Sicht eines Teilnehmers des Workshops nicht die Autonomie schonende Umgangsweise des EuGH mit den nationalen Arbeits- und Sozialverfassungen (der EuGH fühle sich dazu berufen, die jeweiligen Sozialverfassungen auf ihre Verhältnismäßigkeit hin zu prüfen – dazu sei das Europarecht jedoch nicht berufen) deutet jener sogar als eine Art Kriegserklärung an den Bestand autonomer Arbeits- und Sozialverfassungen der Mitgliedstaaten. Dabei widerspreche die richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH dem Text und Geist der europäischen Verträge, in denen die soziale Dimension bewusst überwiegend ausgeklammert und die Ausgestaltung der Sozialsysteme den Mitgliedstaaten überlassen worden sei.

Als konkretes Beispiel für die Kompetenzüberschreitung des Europäischen Gerichtshofes wurde das Streikrecht genannt, in das sich die europäische Politik und der EuGH nicht einmischen dürften. Die Rechtsprechung des EuGHs bringe es dagegen mit sich, dass das Streikrecht nun gegen die Grundfreiheiten abgewogen werden müsse. Der Europäische Gerichtshof behandle das Streikrecht wie jede andere vermeintliche Störung des gemeinsamen Marktes. Nach Meinung der Kritiker, auch der Gewerkschaften, hat die Rechtsauslegung des EuGH, der eine enge Bindung transnationaler Streiks an das Kriterium der Verhältnismäßigkeit verlangt, zu einer Harmonisierung und Beschränkung des mitgliedstaatlichen Streikrechts geführt.

Im Gegensatz zu dieser Interpretation legten die im Sinne des EuGH argumentierenden Teilnehmer des Workshops Wert auf die Feststellung, dass eine Negierung des Streikrechts nicht stattgefunden habe. Ihrer Meinung nach sind die EuGH-Urteile dergestalt zu interpretieren, dass das Streikrecht auf der gleichen Stufe stehe wie die Grundfreiheiten, der EuGH also das Streikrecht zum ersten Mal in seiner grundsätzlichen Bedeutung anerkannt habe.

Auch insofern können die Verteidiger der Rechtsprechung des EuGH in dieser keine unzureichende Sozialsensibilität des Gerichtshofes erkennen. Die Jurisdiktion des EuGH befinde sich auf einem »mittleren Weg«, was die Abwägung der Grundfreiheiten gegen die sozialen Elemente des EU-Vertrags angeht. Im Zuge einer richterrechtlichen Rechtsfortbildung werde das Soziale auf die gleiche Stufe mit den (wirtschaftlichen) Freiheitsrechten gestellt. Zudem erkenne der EuGH das Soziale als Grenze des Marktes an. Im Allgemeinen sei gemäß Mayer bezüglich der Rechtsprechung des EuGHs vom »Beginn einer Rechtsprechungslinie« (Mayer: 7) auszugehen. Von einer »gefestigten Rechtsprechung« könne noch nicht ge-

sprochen werden. Konsens bestand unter allen Workshopteilnehmern in diesem Zusammenhang darin, dass der EuGH mit der Etablierung eines »Antidiskriminierungsstaates« in der Vergangenheit durchaus zur Stärkung sozialer Elemente in der EU beigetragen habe (z. B. im Fall »Mangold« zum Verbot einer Diskriminierung aus Altersgründen).

Mitgedacht werden müsse zudem die Frage, wie die Debatte über die Rechtssprechung des EuGH aus Sicht der Arbeitnehmer in den mittel- und osteuropäischen Staaten – z. B. Polen – gesehen werde. Aufgabe des EuGH sei es auch, gegen »nationale Egoismen« zu kämpfen. In der Vergangenheit habe sich der Gerichtshof »...tendenziell ... auf die Seite der schwächeren Arbeitnehmer aus den neueren Mitgliedstaaten gestellt und protektionistischen Strategien eine Absage erteilt«, so z. B. in der Rechtssache »Laval« (Mayer: 19).

Die Gefahr einer Zerstörung nationaler Sozialsysteme durch die europäische Ebene bestehe aus dieser Perspektive nicht. Darüber hinaus wurde aber die Frage aufgeworfen, was denn eigentlich Bestandteil nationaler Sozialordnungen sei. Gehören Verbandsmachtfragen dazu, die man auch protektionistisch deuten könne? Letztlich wurden in der Debatte um die sozialstaatliche Dimension der EuGH-Urteile zwei konkurrierende Solidaritätsverständnisse deutlich: Die der EuGH-Rechtssprechung zustimmenden Teilnehmer stellen faire Wettbewerbsbedingungen für schlechter abgesicherte osteuropäische Arbeitnehmer in den Vordergrund, während die Kritiker des EuGH sich gegen eine Aushöhlung der in den nationalen Sozialstaatsordnungen organisierten Solidarität wenden.

Trotz aller Kontroversen bestand im Workshop Einigkeit in dem Punkt, dass es nicht sinnvoll sei, dem Europäischen Gerichtshof, der kein monolithischer Block sei, neoliberale Motive zu unterstellen.

### 1.3 Schlussfolgerungen und Handlungsoptionen

Als Konsequenz aus den Urteilen bieten sich für die Mitgliedstaaten zur Vermeidung von Lohnkonkurrenz und Sozialdumping auf nationaler Ebene die Einführung von Mindestlöhnen sowie die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen an. Auf europäischer Ebene muss es zu einer Aufwertung der sozialen Grundrechte im Rechtssystem der EU kommen. Diesem Vorhaben stehen allerdings aufgrund der Interessendivergenzen in der 27 Mitgliedstaaten umfassenden Europäischen Union und angesichts der hohen Konsensbildungsschwellen in der EU erhebliche Hürden gegenüber.

Daher hielten es einige Diskutanten des Workshops für nahezu aussichtslos, dass auf europäischer Ebene eine Einigung auf marktregulierende Politiken möglich sei. Dagegen könnten marktliberale Politikziele auch ohne politischen Willen allein durch das Recht weiterentwickelt werden. Supranationales Recht könne als ein wirkungsvolles Instrument zur Beseitigung vermeintlicher Behinderungen der Marktfreiheiten sein, während gestalterische Politik (Steuerharmonisierung, umverteilende Sozialpolitik usw.) vor den hohen Hürden einer politischen Konsensfindung stünden. Angesichts dieses Befundes hätten Sozialdemokratie und Gewerkschaften jahrzehntelang die Augen verschlossen. Es drohe eine »Versteinerung des Europarechts in marktliberaler Form«.

Die sich teilweise diametral gegenüberstehenden Interessenlagen hätten u. a. in den unterschiedlichen sozioökonomischen Rahmenbedingungen (Unterschiede im wirtschaftlichen Entwicklungsstand, beim Lohnniveau, bei den Steuer- und Abgabenlasten etc.) der (alten und neuen) Mitgliedstaaten ihre Ursache. Dieser Befund könne Folgen für die Erweiterungspolitik der EU haben. So sei zu überlegen, Sozialstaatlichkeit zu den Beitrittskriterien hinzuzufügen. Dies sei jedoch gegenüber anderen Zielen der EU-Erweiterungspolitik abzuwägen.

Im Verhältnis von wirtschaftlichen Freiheiten auf der einen Seite und sozialen Grundrechten auf der anderen Seite wurde eine »fundamentale Asymmetrie in der politischen Ökonomie der EU« konstatiert. Für einen Liberalisierungsbias der europäischen Integration sprächen auch neueste empirische Studien, die zu dem Ergebnis kämen, »... dass der Steuerwettbewerb in der Europäischen Union ausgeprägter ist als außerhalb ihrer ...« (Höpner: 33).

Der Verfassungsvertrag von Lissabon wurde auch deswegen u. a. aufgrund der Aufnahme sozialer Grundrechte in die Charta als Fortschritt in Richtung auf ein soziales Europa begrüßt.\*

\* Vgl. als aktuellen politischen Beitrag zum Thema auch das gemeinsame Positionspapier von SPD und DGB »Für ein Europa des sozialen Fortschritts«, [www.dgb.de/themen/themen\\_a\\_z/abisz\\_doks/europa\\_sozialer\\_fortschritt\\_position\\_spd\\_dgb.pdf](http://www.dgb.de/themen/themen_a_z/abisz_doks/europa_sozialer_fortschritt_position_spd_dgb.pdf)

## 2 Franz C. Mayer: Der EuGH und das soziale Europa

### 2.1 Leitthesen

1. Die EG bzw. die EU waren nie nur Markt.
2. Das geltende Recht enthält bereits zahlreiche soziale Elemente. Der Vertrag von Lissabon würde das soziale Europa weiter stärken.
3. Der EuGH hat bisher durch seine Rechtsprechung zur Entwicklung zusätzlicher sozialer Elemente in der Union beigetragen.
4. Im Hinblick auf die Urteile »Viking«, »Laval«, »Rüffert«, »Kommission gegen Luxemburg« ist eher vom Beginn einer Rechtsprechungslinie auszugehen als von einer gefestigten Rechtsprechung.
5. Eine unzureichende Sozialsensibilität lässt sich dem EuGH dabei ebenso wenig nachweisen wie eine Negierung des Streikrechts. Letzteres wird vielmehr vom EuGH als auf der gleichen Stufe wie die Grundfreiheiten gesehen (Individualrechte).
6. Die Intensität der Kritik, die in den Entscheidungen so keine Stütze findet, führt auf die Frage, ob es möglicherweise ein Wahrnehmungsproblem mit der Rechtsprechung des EuGH gibt.
7. Hinter Konflikten stehen nicht selten die im Rahmen des geltenden Europarechts ausgetragenen Interessensgegensätze bis hin zu ökonomischen Verteilungskämpfen zwischen den alten und den neuen Mitgliedstaaten.
8. Der EuGH ist nur so gut wie das Recht, das er anwendet. Die Schlussfolgerungen zu Perspektiven und Spielräumen des EuGH und für den EuGH im Themenfeld Soziales Europa richten sich auf eine Änderung des vom EuGH anzuwendenden Rechts.

### 2.2 Einleitung

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ist immer wieder Gegenstand von Kritik gewesen. Von Anbeginn hat die durch den EuGH betriebene richterliche Rechtsfortbildung immer wieder sowohl mitgliedstaatliche Gerichte als auch die Fachöffentlichkeit herausgefordert.<sup>1</sup> Vergleichsweise selten waren dabei allerdings Fälle, in denen eine EuGH-Entscheidung auch jenseits der Fachkreise oder gar

jenseits der betroffenen Mitgliedstaaten Diskussionen ausgelöst hat.<sup>2</sup>

Mit einer Serie von Entscheidungen ab 2007 hat der EuGH nun aber das Entstehen einer bis dahin nicht gekannten breiten Front von Kritikern jenseits des europarechtlichen Fachdiskurses und jenseits der durch die Urteile unmittelbar betroffenen Mitgliedstaaten verursacht.<sup>3</sup> Von einem »Generalangriff des EUGH auf Tarifautonomie und Arbeitnehmerrechte«<sup>4</sup> ist die Rede, Grundrechte und »auch die Unabhängigkeit der Gewerkschaften« seien »in Gefahr«,<sup>5</sup> es drohe »Der europäische Weg zur Knechtschaft«, weil »der Europäische Gerichtshof das Streikrecht

2 Ein jüngeres Beispiel ist hier die EuGH-Entscheidung zur Zulassung von Unionsbürgern zum Studium in Österreich, die jedenfalls in Österreich intensiv diskutiert wurde.

3 Zur Kritik an den Urteilen »Viking«, »Laval«, »Rüffert« und »Kommission/Luxemburg« siehe insbesondere die Nachweise bei Blanke, Die Entscheidungen des EuGH in den Fällen Viking, Laval und Rüffert, Oldenburger Studien zur Europäisierung und zur transnationalen Regulierung Nr. 18/2008, u. a. auf Robin-Olivier, Liberté de l'action syndicale vs liberté d'établissement, Revue de Droit du Travail 2008, 8; Joerges/Rödl, Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischen Rechts im Umgang mit dem »sozialen Defizit« des Integrationsprojekts, KJ 2008, 133; Bercusson, The decision of the European Court of Justice. In: Viking: Paper presented to Catelene Passchier, ETUC Conderal Secretary, 11.12.2007; ders., The decision of the European Court of Justice. In: Laval: A preliminary analysis, paper presented to the ETUI Research Group an Transnational Trade Union Rights, 9.1.2008; ders., Viking and Laval. How to achieve a better Outcome? Strategic Options, Advice v. 15.2.2008, 4; Blanke, Thesis with regard to the decision of the ECJ in the cases Viking and Laval, paper presented to the ETUI Research Group an Transnational Trade Union Rights, 16.3.2008; Däubler, Gestaltungsspielräume aus deutscher Sicht, [www.bmas.de/coremedia/generator/27056/property=pdf/2008\\_07\\_16\\_symposium\\_eugh\\_daeubler.pdf](http://www.bmas.de/coremedia/generator/27056/property=pdf/2008_07_16_symposium_eugh_daeubler.pdf); Dorsemont, The right to take collective action versus fundamental economic freedoms after Laval and Viking, paper presented to the ETUI Research Group an Transnational Trade Union Rights, 16.3.2008; ETUC response to ECJ judgements Viking and Laval. Resolution adopted by the Executive Committee of the ETUC at its meeting of 4 March in Brussels, EC. 179, 3; Kocher, Kollektiverhandlungen und Tarifautonomie – welche Rolle spielt das europäische Recht?, AuR 2008, 13 ff. Roman Herzog und Lüder Gerken äußerten demgegenüber in ihrem in weiten Teilen unsachlichen EuGH-kritischen Rundumschlag »Stoppt den Europäischen Gerichtshof!«, FAZ vom 8.9.2008, 8, ausgerechnet an den hier in Rede stehenden EuGH-Urteilen keine Kritik.

1 Besonders kontrovers waren beispielsweise die Rechtsprechung zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien bzw. zur mitgliedstaatlichen Haftung bei Nichtumsetzung von Richtlinien oder der Ausbau der Berechtigungen aufgrund des Unionsbürgerstatus.

4 Hintergrundpapier, Die Linke., <http://dokumente.linksfraktion.net/pdfmdb/7798171565.pdf>.

5 Stellungnahme des EGB zu den Urteilen des EuGH in den Fällen »Viking« und »Laval«, EGB/EG179/CP/SP/em-26/2/2008

aushebelt«,<sup>6</sup> der EuGH »schränkte das Streikrecht ein« und sei durch seine »reaktionären Urteile« »Vorreiter der Missachtung politischer und sozialer Grundrechte«,<sup>7</sup> es wird sogar zum Rechtsbruch aufgerufen: »Der einzige Weg ist, dem EuGH nicht zu folgen«,<sup>8</sup> ein »Freifahrtschein für soziales Dumping« wird ausgemacht,<sup>9</sup> vom »Skandalösen dieser Urteile« geredet,<sup>10</sup> dem EuGH unterstellt, ihm schwebte »ein uniformes, sowjetisiertes Modell industrieller Beziehungen« vor,<sup>11</sup> überhaupt wird dem EuGH ganz offenbar eine Art geheimer Angriffsplan (»Kampfanzeige«) zur Vernichtung der Gewerkschaften oder Schlimmeres unterstellt, wenn er unter »Usurpation von Zuständigkeiten« »ein gewagtes strategisches Experiment« durchführt.<sup>12</sup> Sogar in den Klagen der Linkspartei gegen den Vertrag von Lissabon vor dem Bundesverfassungsgericht wurden die einschlägigen Urteile – die ja das geltende Recht betreffen – thematisiert.<sup>13</sup>

Wer all dies und Ähnliches liest, gruselt sich mehr und mehr und fragt sich irgendwann, ob diese schwerwiegenden Vorwürfe und dramatischen Einordnungen wirklich zutreffend sein können.

Ein erster Hinweis darauf, dass die Dinge auch etwas nüchterner betrachtet und differenzierter eingeordnet werden sollten, ergibt bemerkenswerter Weise der Blick in die betroffenen Staaten. Dort ist die Diskussion zum Teil sehr viel ruhiger als in Staaten, die kaum oder gar nicht von den Urteilen berührt werden. Dies belegt das Beispiel Schweden, soweit man sich dort schlicht überlegt, wie man die Vorgaben des Europarechts am besten umsetzt.<sup>14</sup>

In der Kritik stehen die EuGH-Entscheidungen in den Rechtssachen »Viking« und »Laval« aus dem Dezember 2007<sup>15</sup> zur Vereinbarkeit von nationalem kollektiven Arbeitsrecht mit europarechtlichen Vorga-

ben<sup>16</sup> und die Urteile »Rüffert«<sup>17</sup> und »Kommission gegen Luxemburg«,<sup>18</sup> in denen Tariftreueklauseln im Vergaberecht bzw. eine nationale Umsetzungsgesetzgebung der Entsenderichtlinie für gemeinschaftsrechtswidrig erklärt wurden.

Die beanstandeten Entscheidungen lassen sich im Themenfeld »Soziales Europa« verorten. Ein Kernvorwurf an den EuGH ist dabei, er berücksichtige die sozialen Verpflichtungen der EU in seinen Entscheidungen im Verhältnis zu den Wirtschaftsfreiheiten nicht angemessen und trage damit nicht zur Behebung eines »sozialen Defizits« des Integrationsprojekts bei. In die Kritik an dieser Rechtsprechung mischen sich Einwände gegen den Vertrag von Lissabon, dem – wie bereits dem Verfassungsvertrag – Markt radikalismus vorgeworfen wird.<sup>19</sup> Was genau sich mit »sozialem Europa« verbindet, ist dabei nicht immer eindeutig bestimmt.<sup>20</sup> In diesen Kontext lassen sich Fragen der Harmonisierung oder Koordinierung nationalen Arbeits- oder Sozialrechts ebenso bringen wie Fragen der Beschäftigungspolitik, der Daseinsvorsorge oder der nicht-ökonomischen Marktschranken.

Die Debatte um ein soziales Europa wird dabei nicht selten mit der Frage vermischt, wie der EuGH sich zur sozialen Dimension der europäischen Integration verhält. Im folgenden geht es vorrangig um diese letztgenannte Frage.

Um hier eine bessere Vorstellung von der Grundlage zu erlangen, auf der die jüngst in die Kritik geratene Rechtsprechung des EuGH fußt, ist ein Blick in die rechtlichen Grundlagen der EU erforderlich (dazu 2.3). Der Rückblick in die frühere Rechtsprechung des EuGH (2.4) ermöglicht es, die neueren Urteile, die die heftige Kritik auslösen (2.5), einordnen zu können. Vor diesem Hintergrund lassen sich Überlegungen dazu anstellen, welche Spielräume der EuGH im Hinblick auf das soziale Europa hat (2.6).

6 Sozialismus, 35, 7-8, S.28-33 (2008).

7 Dehm/Ulrich, Parteivorstand DIE LINKE – Entwurf für ein Europawahlprogramm.

8 Interview mit Fritz Scharpf, Magazin Mitbestimmung 07+08/2008.

9 Magazin Mitbestimmung 9/2008, 57.

10 Ebd.

11 Ebd.

12 Zitate bei M. Höpner, Usurpation statt Delegation. Wie der EuGH die Binnenmarktintegration radikalisiert und warum er politischer Kontrolle bedarf, MPIfG Discussion Paper 08/12, 30.

13 Organklage und Verfassungsbeschwerde.

14 Siehe dazu das Regierungsmemorandum Action in response to the Laval judgment, SOU 2008: 123.

15 EuGH, Rs. C-438/05, Viking, Slg. 2007, I-10779; EuGH, Rs. C-341/05, Laval, Slg. 2007, I-11767.

16 Vgl. hierzu Joerges/Rödl, Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem »sozialen Defizit« des Integrationsprojekts, ZERP-Diskussionspapier 2/2008.

17 EuGH, Rs. C-346/06, Rüffert, Urteil vom 3.4.2008.

18 EuGH, Rs. C-319/06, Kommission/Luxemburg, Urteil vom 19.6.2008.

19 Siehe dazu etwa die Klage der Fraktion DIE LINKE. gegen den Vertrag von Lissabon vor dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG.). Auch in der irischen Debatte nach dem gescheiterten Referendum spielt das Thema eine Rolle, siehe etwa den Bericht eines Unterausschusses des irischen Parlamentes zur Zukunft Irlands in der EU vom November 2008.

20 Das in jüngerer Zeit zunehmende Ausmaß an Befassung mit dem Thema »Soziales Europa« steht dabei im umgekehrt proportionalem Verhältnis zur Trennschärfe des Begriffs.

### 2.3 Die rechtlichen Rahmenbedingungen: EG und EU als Wirtschafts- und Sozialunion

Nicht leugnen lässt sich, dass die Gemeinschaft ursprünglich auf die Errichtung eines Binnenmarktes ausgerichtet war. Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) war zunächst kein Projekt zur Errichtung eines einheitlichen gemeinsamen Sozialraums. Fritz Scharpf hat einmal im europäischen Kontext von der Entkopplung der sozialen Politik von der wirtschaftlichen Verfassung gesprochen.<sup>21</sup> Diese Beobachtung darf indessen nicht dazu verleiten, der EU jegliche soziale Dimension abzusprechen und eine schematische Gegenüberstellung »Markt auf europäischer Ebene« versus »Soziales auf nationaler Ebene« vorzunehmen.

Die Reduktion auf eine bloße Wirtschaftsgemeinschaft, die ausschließlich am ökonomischen Eigennutz orientiert ist, war noch nie eine zutreffende Beschreibung der europäischen Integration. Die EU bzw. EG waren nie nur »Markt«. Bereits die Verständigung auf die Gründung der EWG 1957 kam letzten Endes nur zustande, weil von Anfang an mit der Vorgabe des heutigen Art. 141 EGV des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV – Gleiches Entgelt für Mann und Frau in der Arbeitswelt) ein Marktkorrektiv akzeptiert wurde. Die Aufnahme dieses Korrektivs geht übrigens auf Frankreich zurück, das sich in den Verhandlungen kurz vor dem Scheitern des gesamten Vertragswerkes gegen deutsche Bedenken wegen der mindestlohnartigen Vorgabe für die Entlohnung von Frauen als Eingriff in den Markt durchsetzte, weil es ansonsten einen Wettbewerbsnachteil wegen der in Frankreich bereits weiter als anderswo reichenden Lohngleichheit für Frauen befürchtete.<sup>22</sup>

Diese Konstellation, in der soziale Gesichtspunkte als Wettbewerbsnachteile erscheinen, ist ebenso paradigmatisch wie die seinerzeit von Frankreich in einer langen Verhandlungsnacht von Premierminister Mollet gegen Bundeskanzler Adenauer und gegen deutschen Widerstand, namentlich aus dem Bundeswirtschaftsministerium Ludwig Erhards, erzwungene Lösung der auf europäischer Ebene festgeschriebenen Verpflichtung auf gleiche Standards für alle.

Neben dem Gebot des gleichen Entgelts für Männer und Frauen enthält das derzeitige Primärrecht an etlichen Stellen weitere Elemente, die sich als soziale

Ausgestaltungen des Europarechts auffassen lassen (dazu 2.3.1). Diese sozialen Elemente der europäischen Integration im Primärrecht werden durch den Vertrag von Lissabon durchweg übernommen, vielfach verstärkt (2.3.2 und 2.3.3).

#### 2.3.1 Geltendes Primärrecht

Schon die Präambeln von EGV und EUV (Vertrag über die Europäische Union/Vertrag von Maastrich) setzen den Ton: Die Präambel zum EG-Vertrag enthält die Zielsetzung, den sozialen Fortschritt der Mitgliedstaaten zu sichern und die stetige Besserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen anzustreben. In der Präambel des EUV werden die sozialen Grundrechte und die Solidarität hervorgehoben. Dort bestätigen die Mitgliedstaaten die Bedeutung, die sie den sozialen Grundrechten beimessen, wie sie in der am 18. Oktober 1961 in Turin unterzeichneten Europäischen Sozialcharta und in der Unionscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989 festgelegt sind.

Die Zielsetzungen der Gemeinschaft in Art. 3 EGV umfassen u. a. die Förderung der Koordinierung der Beschäftigungspolitik der Mitgliedstaaten, eine Sozialpolitik mit einem Europäischen Sozialfonds, eine Stärkung auch des sozialen Zusammenhalts, Beiträge zur Erreichung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus, zu einer qualitativ hochstehenden allgemeinen und beruflichen Bildung und zur Entfaltung des Kulturlebens in den Mitgliedstaaten.

Das oben erläuterte französische Anliegen von 1957, das sich in Art. 141 EGV niedergeschlagen hat, findet seine konsequente Fortsetzung in Art. 13 EGV (vgl. Art. 19 des EU-Arbeitsweisevertrages/AEUV), der über die Thematik der geschlechtsbezogenen Diskriminierung weit hinausgeht und sich auch auf Thematiken wie Rasse, ethnische Herkunft, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexuelle Orientierung bezieht.

Art. 16 EGV stellt klar, dass die staatliche Daseinsvorsorge auch unter den Bedingungen der europäischen Integration gesichert bleiben muss.

Schon heute handelt der gesamte Titel XI im dritten Teil des EGV von Sozialpolitik (Art. 136 bis 150 EGV, Art. 158, 174 EGV). Im aus dem Vertrag von Lissabon hervorgehenden AEUV wird dies im Titel X weitergeführt.

Art. 136 EGV (vgl. Art. 151 AEUV) bestimmt für Union und Mitgliedstaaten unter Verweis auf die Europäische Sozialcharta von 1961 und die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989 als Ziele u. a. die Förderung der

21 Scharpf, *The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity*, 2002, 40 *Journal of Common Market Studies*, 645.

22 Dass es hier letztlich um eine Mindestlohnfrage geht, führt auf die Frage, ob eine solche europaweite Festschreibung eines bestimmten Lohnstandards heute denkbar wäre.

Beschäftigung, die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, einen angemessenen sozialen Schutz, den sozialen Dialog, die Entwicklung des Arbeitskräftepotenzials im Hinblick auf ein dauerhaft hohes Beschäftigungsniveau und die Bekämpfung von Ausgrenzungen.

Nach Art. 137 EGV (vgl. 153 AEUV) unterstützt und ergänzt die Union die Tätigkeit der Mitgliedstaaten auf folgenden Gebieten: Verbesserung insbesondere der Arbeitsumwelt zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer; Arbeitsbedingungen; soziale Sicherheit und sozialer Schutz der Arbeitnehmer; Schutz der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsvertrags; Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer; Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen; Beschäftigungsbedingungen der Staatsangehörigen dritter Länder; berufliche Eingliederung der aus dem Arbeitsmarkt ausgegrenzten Personen; Chancengleichheit von Männern und Frauen auf dem Arbeitsmarkt und Gleichbehandlung am Arbeitsplatz; Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung; Modernisierung der Systeme des sozialen Schutzes.

Die Mitgliedstaaten sind dabei weiter frei, die Grundprinzipien ihres Systems der sozialen Sicherheit festzulegen, sie sind insbesondere nicht gehindert, strengere Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu treffen, soweit dies mit dem EG-Vertrag vereinbar ist. Zu betonen ist hier, dass auf europäischer Ebene die Harmonisierung der nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften ausdrücklich untersagt ist.

Nach Art. 138 EGV (vgl. Art. 154 AEUV) hat die Kommission die Aufgabe, die Anhörung der Sozialpartner auf Unionsebene zu fördern und alle zweckdienlichen Maßnahmen zu erlassen, um den Dialog zwischen den Sozialpartnern zu erleichtern, wobei sie für Ausgewogenheit bei der Unterstützung der Parteien sorgen soll.

Nach Art. 139 EGV (vgl. Art. 155 AEUV) kann der Dialog zwischen den Sozialpartnern auf Unionsebene, falls diese es wünschen, zur Herstellung vertraglicher Beziehungen einschließlich des Abschlusses von Vereinbarungen führen.

Nach Art. 140 EGV (vgl. Art. 156 AEUV) fördert die Kommission die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten u. a. auf den Gebieten der Beschäftigung, des Arbeitsrechts und der Arbeitsbedingungen, der beruflichen Ausbildung und Fortbildung, der sozialen Sicherheit, der Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten, des Gesundheitsschutzes bei der Arbeit, des Koalitionsrechts und der Kollektivverhandlungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Nach einer klarstellenden Erklärung der Mitgliedstaaten zu Art. 156 AEUV dienen Maßnah-

men nach diesem Artikel der Stärkung der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und nicht der Harmonisierung einzelstaatlicher Systeme. Die in den einzelnen Mitgliedstaaten bestehenden Garantien und Gepflogenheiten hinsichtlich der Verantwortung der Sozialpartner bleiben unberührt.

Nach Art. 141 EGV, übernommen durch Art. 157 AEUV, haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass Männer und Frauen Anspruch auf gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit haben (siehe bereits oben zum historischen Hintergrund dieser Regelung).

Nach Art. 142 EGV (vgl. Art. 158 AEUV) sind die Mitgliedstaaten bestrebt, die bestehende Gleichwertigkeit der Ordnungen über die bezahlte Freizeit beizubehalten.

Nach Art. 143 EGV (vgl. Art. 143 AEUV) erstellt die Kommission jährlich einen Bericht über den Stand der Verwirklichung der in Art. 136 EGV genannten Ziele.

Nach Art. 144 EGV richtet der Rat einen Ausschuss für Sozialschutz ein, um die Zusammenarbeit im Bereich des sozialen Schutzes zwischen den Mitgliedstaaten und mit der Kommission zu fördern; diese Bestimmung wird in Art. 160 AEUV übernommen.

Nach Art. 145 EGV, mit dem Vertrag von Lissabon Art. 161 AEUV, hat der Jahresbericht der Kommission an das Europäische Parlament stets ein besonderes Kapitel über die Entwicklung der sozialen Lage in der Union zu enthalten. Das Europäische Parlament kann daneben die Kommission auffordern, Berichte über besondere, die soziale Lage betreffende Fragen auszuarbeiten.

Nach den Art. 146 bis 148, durch den Vertrag von Lissabon in den Art. 162 bis 164 AEUV übernommen, wird ein Europäischer Sozialfonds eingerichtet, um die Beschäftigungsmöglichkeiten der Arbeitskräfte im Binnenmarkt zu verbessern.

Schließlich enthalten die Art. 149 und 150 EGV (vgl. 165 und 166 AEUV) Bestimmungen zur »allgemeinen und beruflichen Bildung und Jugend«.

Jenseits des Titels zur Sozialpolitik finden sich Vorschriften wie Art. 158 EGV (vgl. Art. 174 AEUV), wonach die Union auch weiterhin ihre Politik zur Stärkung ihres wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts entwickelt und verfolgt, um eine harmonische Entwicklung der Union als Ganzes zu fördern. Ein weiteres Beispiel für die Thematisierung sozialer Belange findet sich im Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Dort wird festgehalten, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk in den Mitgliedstaaten u. a. mit den sozialen Bedürfnissen jeder Gesellschaft verknüpft ist.

Es ist ohne weiteres erkennbar, dass das Primärrecht europäische Sozialpolitik eher in weichen Kategorien behandelt; es geht um Koordinierung, Unter-

stützung und Ergänzung nationaler Maßnahmen,<sup>23</sup> nicht um eigenständige europäische Sozialpolitik. Dies zeigt auch ein Blick in das Sekundärrecht.

Typisch ist daher eine Vorschrift wie Art. 174 EGV (vgl. Art. 191 Abs. 3 AEUV). Danach »berücksichtigt« die Union bei der Erarbeitung ihrer Umweltpolitik u. a. die soziale Entwicklung der Union insgesamt. Nahezu Ausnahmecharakter hat demgegenüber Art. 87 Abs. 2 lit. a EGV, weil sich hier ganz unmittelbare Rechtsfolgen ergeben: Subventionen (Beihilfen) sozialer Art an einzelne Verbraucher sind danach, wenn sie ohne Diskriminierung nach der Herkunft der Waren gewährt werden, mit dem Binnenmarkt vereinbar. Diese Bestimmung wird im Vertrag von Lissabon als Art. 107 Abs. 2 lit. a AEUV übernommen.

### 2.3.2 Stärkung des sozialen Europa im Vertrag von Lissabon

Der Vertrag von Lissabon verstärkt die sozialen Elemente im Primärrecht, nimmt dabei aber keine Neuausrichtung<sup>24</sup> vor und belässt das Sozialthema damit in weiten Teilen auf der Stufe der weichen Kategorien.

Der Verfassungskonvent, der den Vorläufer des Vertrags von Lissabon, den Verfassungsvertrag, aus-

arbeitete, hatte mit der Arbeitsgruppe XI »Soziales Europa«<sup>25</sup> immerhin einen sehr konkreten Anlauf unternommen, das Sozialthema im Primärrecht sichtbar zu machen. Neben der Fortführung der oben aufgeführten sozialen Elemente aus dem geltenden Primärrecht bringt der Vertrag von Lissabon dann auch tatsächlich eine Reihe von genuinen Neuerungen im Bereich soziales Europa.

So erfolgt mit dem Vertrag von Lissabon erstmals auch im Wortlaut des Primärrechts ein Bekenntnis zur sozialen Dimension der Marktwirtschaft (soziale Marktwirtschaft). Wörtlich heißt es in Art. 3 EUV (Lissabon):

»Die Union errichtet einen Binnenmarkt. Sie wirkt auf die nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums und von Preisstabilität, eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt [...] hin. Sie bekämpft soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen und fördert soziale Gerechtigkeit und sozialen Schutz, die Gleichstellung von Frauen und Männern, die Solidarität zwischen den Generationen und den Schutz der Rechte des Kindes. Sie fördert den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten.«

Nach Art. 5 AEUV kann die Union Initiativen zur Koordinierung der Sozialpolitik der Mitgliedstaaten ergreifen. Eine Querschnittsklausel in Art. 9 AEUV bestimmt, dass die 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.

Nach Art. 21 Abs. 3 AEUV können zur Gewährleistung der Freizügigkeit der Unionsbürger durch den Rat auch Maßnahmen erlassen werden, die die soziale Sicherheit oder den sozialen Schutz betreffen.

Nach Art. 152 AEUV, einer mit dem Vertrag von Lissabon völlig neu formulierten Vorschrift, anerkennt und fördert die EU die Rolle der Sozialpartner auf europäischer Ebene unter Berücksichtigung der Unterschiedlichkeit der nationalen Systeme. Sie fördert den sozialen Dialog und achtet dabei die Autonomie der Sozialpartner.

Nach Art. 165 Abs. 2 AEUV trägt die Union zur Förderung der europäischen Dimension des Sports bei

23 Siehe dazu im Sekundärrecht die Regelungen zur Koordinierung der mitgliedstaatlichen Systeme der sozialen Sicherheit in der Verordnung 1408/71 über die Koordinierung der nationalen Sozialversicherungssysteme, in der Richtlinie 79/7 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit und in der Richtlinie 86/378 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit.

24 Vereinzelt scheint es, als sei eine Stärkung des sozialen Elements möglicherweise auch durch Streichungen zu bewirken: Der Hinweis auf den freien und unverfälschten Wettbewerb wurde aus den Zielbestimmungen des EUV gestrichen. Dies ist nicht nur eine kosmetische Maßnahme, sondern entfaltet beispielsweise für die Handhabung der Kompetenzabruderklausel in Art. 352 AEUV – vgl. heute Art. 308 EGV – konkrete rechtliche Wirkungen, weil dort an die Verwirklichung von Vertragszielen angeknüpft wird. Allerdings ermöglicht die ersatzweise in Protokoll Nr. 27 getroffene Regelung mit einer abgeschwächten Wettbewerbskonzeption mit Blick auf den Binnenmarkt weiterhin die Aktivierung von Art. 352 AEUV zwecks Wettbewerbsregulierung. Genau besehen erweist sich, dass es hier nicht um ein mehr oder weniger soziales Europa geht, im Kern geht es hier nicht zuletzt um die Kompetenzgrundlage für die Fusionskontrollverordnung, und dabei geht es zumindest um Verbraucherschutz – hier zeigt sich, dass die Erwähnung von Wettbewerb im Vertrag nicht selten Regulierung von Wettbewerb bedeutet.

25 Schlussbericht CONV 516/1/03 REV 1 v. 04.02.2003.

und berücksichtigt dabei u. a. dessen soziale und pädagogische Funktion.

Daseinsvorsorgeeinrichtungen werden durch das dem Vertrag beigefügte Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, das Art. 14 AEUV (vgl. heute Art. 16 EGV) ergänzt, gerade in ihrer Eigengeartetheit anerkannt. Zu den gemeinsamen Werten der Union in Bezug auf Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zählen danach die Vielfalt der jeweiligen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und die Unterschiede bei den Bedürfnissen und Präferenzen der Nutzer, die u. a. aus unterschiedlichen sozialen Gegebenheiten folgen können.

Manche Sicherungsmechanismen, die der Vertrag von Lissabon vorsieht, enthüllen sich erst auf den zweiten Blick: Art. 207 AEUV (vgl. heute Art. 133 EGV) sieht im Bereich der Gemeinsamen Handelspolitik für den Abschluss von Abkommen, die den Handel mit Dienstleistungen des Sozial-, des Bildungs- und des Gesundheitssektors betreffen, eine Vetomöglichkeit vor (Einstimmigkeitserfordernis), wenn diese Abkommen die einzelstaatliche Organisation dieser Dienstleistungen ernsthaft stören und die Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten für ihre Erbringung beeinträchtigen könnten. Diese Ausnahmeklausel ist für das WTO-Recht (World Trade Organization) von Bedeutung und gewährleistet, dass etwa im Bereich der sozialen oder der bildungsbezogenen Dienstleistungen die – für die EU verhandelnde – Kommission nicht gegen den Willen einzelner Mitgliedstaaten welthandelsrechtliche Verpflichtungen zur Öffnung der entsprechenden europäischen Märkte eingehen kann. Dieser Punkt ist bereits in Art. 133 Abs. 6 EGV angesprochen, er war indessen schon im Verfassungsvertrag umkämpft. Er bestätigt übrigens, wie die europäische Integration auch auf einer rechtlichen Ebene als gegenüber dem einzelnen Mitgliedstaat weitaus wirkmächtigeres Korrektiv und Schutzschild vor Globalisierungseffekten, die einseitig das Marktprinzip begünstigen, wirken kann.

Weitere Akzente setzen die Mitgliedstaaten durch die an sich nicht rechtsverbindlichen Erklärungen: In einer Erklärung zu Art. 126 AEUV betonen die Mitgliedstaaten, dass zu den Zielen der Lissabonner Strategie die Schaffung von Arbeitsplätzen, Strukturreformen und sozialer Zusammenhalt gehören. In einer Erklärung zu Art. 17 EUV betonen die Mitgliedstaaten, dass nach der Verkleinerung der Kommission mit der Folge, dass nicht mehr alle Mitgliedstaaten in der Kommission vertreten sind, die Kommission alle notwendigen Maßnahmen ergreifen sollte, um sicherzustellen, dass u. a. die sozialen Gegebenheiten in allen Mitgliedstaaten und eben auch in Mitgliedstaaten, die

kein Kommissionsmitglied stellen, in vollem Umfang berücksichtigt werden.

### 2.3.3 Soziale Grundrechte

Mit dem Vertrag von Lissabon wird die Charta der Grundrechte rechtsverbindlich (Art. 6 EUV). Damit werden erstmals auch soziale Grundrechte<sup>26</sup> im Primärrecht verankert. In der Präambel der Charta wird der Grundsatz der Solidarität als gleichrangiger Wert neben Werten wie Menschenwürde, Freiheit, Gleichheit, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit genannt. Ebenfalls wird dort die vom Europarat beschlossene Sozialcharta herausgestellt. Es folgen verstreut in verschiedenen Kapiteln einzelne soziale Grundrechte wie beispielsweise das Recht auf Bildung in Art. 14 oder das Recht zu arbeiten in Art. 15.

Der Kern der sozialen Grundrechte findet sich im Kapitel IV »Solidarität«.<sup>27</sup> Dort sind als Individualrechte aufgeführt

- das Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Unternehmen (Art. 27)
- das Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen (Art. 28)
- das Recht auf Zugang zu einem Arbeitsvermittlungsdienst (Art. 29)
- der Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung (Art. 30)
- Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen (Art. 31)
- das Verbot der Kinderarbeit und Schutz der Jugendlichen am Arbeitsplatz (Art. 32)
- das Familien- und Berufsleben (Art. 33)
- soziale Sicherheit und soziale Unterstützung (Art. 34)
- sowie das Recht auf Gesundheitsschutz (Art. 35).

Lediglich die Art. 36 bis 38 sind als Zielbestimmungen für das Handeln der EU ausgestaltet,<sup>28</sup> es geht darin um Umwelt- und Verbraucherschutz (Art. 37 und 38) sowie den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Art. 36). Zur Vermeidung übermäßiger Eingriffe in die Sozialsysteme der Mitgliedstaaten werden diese Rechte in na-

26 Siehe zu den Hintergründen das Braibant/Meyer-Papier, Dokument CHARTE 4401/00 vom 04.07.2000.

27 Vgl. ausführlich zum Inhalt der sozialen Grundrechte Hilbrandt. In: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 35 Rn. 1 ff. und § 39 Rn. 1 ff.

28 Vgl. Riedel. In: J. Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl. 2006, Vor Kapitel IV Rn. 33.

hezu identisch wiederkehrender Formulierung nach »den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten« gewährt.<sup>29</sup>

Die Grundrechte-Charta hat unabhängig vom Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon bereits heute ein hohes Maß an normativer Bedeutung, weil sie als Referenztext schon heute sowohl bei der Normsetzung als auch in Gerichtsentscheidungen in Bezug genommen wird, vom Europäischen Parlament, Rat und Kommission,<sup>30</sup> durch nationale Gerichte (etwa das BVerfG<sup>31</sup>), das EuGH und die Generalanwälte beim EuGH,<sup>32</sup> sogar den EGMR<sup>33</sup> und mittlerweile auch durch den EuGH.<sup>34</sup>

### 2.3.4 Zwischenergebnis

Insgesamt ergibt sich, dass das Primärrecht keineswegs eine einseitige Orientierung des europäischen Integrationsprozesses am Marktprinzip erkennen lässt.

29 Eine Schaffung einheitlicher, gemeinschaftsweit gültiger sozialrechtlicher Standards durch Grundrechte erfolgt also nicht, vgl. Grabenwarter, Die Charta der Grundrechte für die europäische Union, DVBl. 2001, 1 (9).

30 Siehe zur Beachtung der Charta durch das Europäische Parlament (EP) insbesondere Art. 58 GeschO EP (siehe auch die Hinweise im *Duff*-Bericht über die Wirkung der GRCh, EP-Dok. A5-332/2002); zur Selbstbindung der Kommission die Mitteilung der Kommission SEK(2001)380/3 vom 13.03.2001; zur Selbstbindung des Rates Beschlüsse und Entschlüsse, in denen auf die Charta verwiesen wird, etwa die Beschlüsse 2001/903/EG (Behinderungen); 2002/187/JI (Eurojust); 2002/475/JI (Terrorismus); 2002/584/JI (Haftbefehl) oder die Entschlüsse 2002/C50/01 (Sprachen); 2002/C163/01 (Lernen); zu Hinweisen des Gesetzgebers bei im Mitentscheidungsverfahren durch Rat und Europäisches Parlament angenommenen Rechtsakten die VO Nr. 1049/2001, den Beschluss 50/2002/EG, die Richtlinie 2002/47/EG; zur Berufung auf die Charta durch Mitgliedstaaten das Beispiel der Niederlande in EuGH, Rs. C-377/98, Biopatentrichtlinie, Slg. 2001, I-7079.

31 BVerfG, NPD-Verbot, 2 BvB 1-3/01, Beschluss vom 22.11.2001.

32 Siehe EuGH, Rs. T-54/99, max.mobil, Slg. 2000, II-1335 Rdnr. 57; GA *Alber*, Rs. C-340/99, Traco, Slg. 2001, I-4109, zu Art. 36 GRCh; GA *Mischo*, Rs. C-122/99, P u. a., Schweden/Rat u. Kom., Slg. 2001, I-4319, zu Art. 9 GRCh; GA *Tizzano*, Rs. C-173/99, *BECTU*, Slg. 2001, I-4881, zu Art. 31 Abs. 2 GRCh; GA *Jacobs*, Rs. C-377/98, Biopatentrichtlinie, Slg. 2001, I-7079 Rdnr. 197, 210, zu Art. 1 u. 3 Abs. 2.

33 EGMR, Urt. vom 11.07.2002, 25680/94, I / Großbritannien, Rdnr. 80 a. E.; EGMR, Urteil vom 11.07.2002, 28957/95, Goodwin / Großbritannien, Rdnr. 100 a. E., jeweils für Art. 9 GRCh.

34 EuGH, Rs. C-540/03, EP/Rat, Slg. 2006, I-5769 Rn. 38.

Die Konzeptualisierung der sozialen Gehalte im Europarecht ist sogar bis hin zu einer Beschreibung von Solidarität als Leitprinzip der Verträge unternommen worden,<sup>35</sup> was in die Nähe eines Sozialstaatsprinzips führt. Zugleich ist festzuhalten, dass soziale Elemente vorrangig unter dem Aspekt der Koordinierung und des Marktkorrektivs eine Rolle spielen, weniger unter dem Aspekt einer europaweiten Harmonisierung. Dass positive Integration nicht im Vordergrund steht, mithin das Beispiel des Art. 141 EGV eher als Ausnahme erscheint, belegt das Ausweichen europäischer Politik in die rechtlich nicht recht greifbaren weichen Instrumente informeller Koordinierung (offene Methode der Koordinierung).<sup>36</sup>

## 2.4 Rechtsprechung – Das soziale Europa und der EuGH

Der EuGH sichert nach Art. 220 EGV die Wahrung des Rechts. Er überwacht also die Anwendung der oben skizzierten Primärrechtsgehalte. Über die bloße Anwendung des bestehenden Rechts hinaus hat er aber in seiner bisherigen Rechtsprechung auch zur Entwicklung zusätzlicher sozialer Elemente in der Union beigetragen.<sup>37</sup>

Dies betrifft zunächst die nähere Ausgestaltung der Grundfreiheiten (dazu 2.4.1). Daneben lässt sich nachzeichnen, wie der EuGH mit der Weiterentwicklung der Grundfreiheiten ungeschriebene Rechtfertigungsgründe zur Einschränkung dieser Grundfreiheiten entwickelt hat, von denen sich nicht wenige dem sozialen Bereich zuordnen lassen (2.4.2). Ferner finden sich in der Grundrechtsrechtsprechung des EuGH (2.4.3) ebenso soziale Gehalte wie in der allgemeinen Rechtsprechung (2.4.4).

### 2.4.1 Soziale Zielsetzung und soziale Flankierung der Freizügigkeit

Die Personenfreizügigkeit, die zunächst als Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 39 EGV am Bedeutsamsten

35 Tomuschat, Solidarität in Europa In: *Liber amicorum Pierre Pescatore*, 1987, 729 (733).

36 Näher dazu D. M. Trubek/L. G. Trubek, *Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination*, *ELJ* 2005, 343.

37 Ewert, *Der Beitrag des Gerichtshofs der europäischen Gemeinschaften zur Entwicklung eines Europäischen Sozialrechts*, München 1987; Zuleeg, *Der Schutz sozialer Rechte in der Rechtsordnung der Gemeinschaft*, *EuGRZ* 1992, 329; EuGH, Rs. 126/86, *Giménez Zaera/Instituto Nacional de la Seguridad Social*, Slg. 1987, 3697 (3716).

geworden ist, lässt sich als soziales Freiheitsrecht interpretieren. Die Verordnung 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, mit der die Arbeitnehmerfreizügigkeit als eine der wichtigsten Grundfreiheiten konkretisiert wird, bringt dies auf den Punkt:

»Die Freizügigkeit ist ein Grundrecht der Arbeitnehmer und ihrer Familien; die Mobilität der Arbeitskräfte innerhalb der Gemeinschaft soll für den Arbeitnehmer eines der Mittel sein, die ihm die Möglichkeit einer Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen garantieren und damit auch seinen sozialen Aufstieg erleichtern.«

Entsprechend dieser Logik eines Freiheitsrechtes hat der EuGH die Grundfreiheiten nicht nur als Diskriminierungsverbote aufgefasst, die die Gleichbehandlung mit den Inländern anordnen, sondern als Beschränkungsverbote, die unabhängig von einer Diskriminierung mitgliedstaatliche Maßnahmen untersagen, die die Ausübung einer Grundfreiheit wie etwa der Arbeitnehmerfreizügigkeit behindern oder weniger attraktiv machen.

Daneben hat der EuGH aber einen weiteren Aspekt der personenbezogenen Grundfreiheiten sehr früh erkannt: Niemand wird von einem Freizügigkeitsrecht Gebrauch machen, wenn die sozialen Rahmenbedingungen nicht gesichert sind. Beispiele reichen hier von der Gleichstellung bei Vergünstigungen für kinderreiche Familien im Bahnverkehr bis zum gleichen Zugang zu Regelungen laut Bafög für die Kinder von Wanderarbeitnehmern.<sup>38</sup>

Der EuGH hat die Freizügigkeit zuletzt immer wieder von der Arbeitnehmereigenschaft abgekoppelt und ausschließlich vom Unionsbürgerstatus her argumentiert, dabei aber weiter den Zugang zu sozialen Vergünstigungen in die Berechtigung einbezogen. In der Rechtssache (Rs.) Grzelczyk führte dies beispielsweise zur übergangsweisen Zahlung von Sozialhilfe an einen Studenten, gestützt auf Art. 12 EG i. V. m.

38 Siehe dazu EuGH, Rs. 152/73, Sotgiu, Slg. 1974, 153; EuGH, Rs. 32/75, Cristini/SNCF, Slg. 1975, 1085; EuGH, Rs. 137/84, Mutsch, Slg. 1985, 2681; EuGH, Rs. C-315/94, Vos/Bielefeld, Slg. 1996, I-1417; zum Sonderfall Berufsausbildung EuGH, Rs. C-293/83, Gravier, Slg. 1985, 593; EuGH, Rs. C-39/86, Lair, Slg. 1988, 3161; EuGH, Rs. 235/87, Matteucci, Slg. 1988, 5589; zu den Rechten der Kinder nach Art. 12 Verordnung 1612/68 EuGH, Rs. 9/74, Casagrande, Slg. 1974, 773; EuGH, Rs. C-308/89, Carmina di Leo, Slg. 1990, I-4185; EuGH, Rs. C-7/94, NRW/Gaal, Slg. 1995, I-1031; EuGH, verb. Rs. C-11/06, C-12/06, Morgan, Slg. 2007, I-9161. Zum Sonderfall Koordinierungsrecht bei Leistungen der sozialen Sicherheit nach der Verordnung 1408/71 siehe etwa EuGH, Rs. 67/79, Fellinger, Slg. 1980, 535 oder EuGH, verb. Rs. C-245/94, C-312/94, Hoever und Zachow, Slg. 1996, I-4895.

dem Unionsbürgerstatus aus Art. 18 EG.<sup>39</sup> In dieser Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft wird das Element der Solidarität betont.<sup>40</sup>

Insgesamt erscheinen damit soziale Rechte als nachgerade notwendige Ergänzung der Grundfreiheiten<sup>41</sup> und der Unionsbürgerschaft, sie werden vom EuGH im Dienste dieser Vorschriften gewährt.<sup>42</sup>

Abzuschichten ist all dies vom europäischen Kollisionsrecht in Fragen der sozialen Sicherheit: Auch nach der Rechtsprechung des EuGH bleiben für die Ausgestaltung der sozialen Sicherheitssysteme die Mitgliedstaaten zuständig.<sup>43</sup> Europäisches Sozialrecht muss also zuvörderst die Vielfalt der Sozialrechtsordnungen der Mitgliedstaaten koordinieren.<sup>44</sup> Damit ist eine gemeinschaftsrechtliche und an den Regelungszwecken des EG-Rechts ausgerichtete Auslegung der sozialrechtlichen Systembegriffe unvermeidlich.<sup>45</sup> Dies darf aber nicht mit einer positiven Harmonisierung verwechselt werden.

#### 2.4.2 Soziale Aspekte als Grenzen von Grundfreiheiten und Binnenmarkt

Wird in der soeben geschilderten Rechtsprechungslinie das Soziale als Verstärker oder gar Grundlage für die weit verstandenen Grundfreiheiten aufgefasst, so lässt sich daneben eine andere Rechtsprechungslinie

39 Siehe hier im Einzelnen EuGH, Rs. C-85/96, Martinez Sala, Slg. 1998, I-2691; EuGH, Rs. C-274/96, Bickel und Franz, Slg. 1998, I-7637; EuGH, Rs. C-184/99, Grzelczyk, Slg. 2001, I-6391; EuGH, Rs. C-413/99, Baumbast, Slg. 2002, I-7091; EuGH, Rs. C-224/98, D'Hoop, Slg. 2002, I-6191; EuGH, Rs. C-456/02, Trojani, Slg. 2004 I-7573; EuGH, Rs. C-406/04, De Cuyper, Slg. 2006, I-6947; EuGH, Rs. C-192/05, Tas-Hagen, Slg. 2006, I-10451; EuGH, Rs. C-318/05, KOM/D (Auslandsschulgeld), Slg. 2007, I-6597.

40 Siehe etwa EuGH, Rs. C-209/03, Bidar, Slg. 2005, I-2119; vgl. auch EuGH, Rs. C-499/06, Nerkowska, Urteil vom 22.05.2008.

41 So auch Dausies, Die neuere Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitsrecht, NZA Beilage 3/1986, 11 (14).

42 So zur Koordinierung der nationalen Sozialversicherungssysteme, Borhardt. In: Dausies, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, D.II. Sozialrecht, Rn. 64.

43 EuGH Rs. C-157/99, Smits, Slg. 2001, I-5473; EuGH, Rs. C-70/95, Sodemare, Slg. 1997, I-3395; EuGH Rs. 238/82, Duphar, Slg. 1984, 523.

44 Vgl. dazu Eichenhofer, Das zum Europäischen Sozialrecht ergangene Richterrecht, ZAS 1995, 6.

45 Vgl. EuGH, Rs. 53/8, Levin, Slg. 1982, 1035, zum Arbeitnehmerbegriff; EuGH, Rs. 149/79, Kommission/Belgien, Slg. 1982, 1845, zum Begriff des öffentlichen Dienstes, EuGH, Rs. 1/72, Frilli, Slg. 1972, 457; Rs. 139/82, Piscitello, Slg. 1983, 1427; Rs. 249/83, Hoeckx, Slg. 1985, 973, sämtlich ergangen zum Begriff der »sozialen Sicherheit« i. R. d. Verordnung 1408/71.

nachzeichnen, in der das Soziale den Grundfreiheiten entgegengestellt wird. Der EuGH hat in gleichem Maße, wie er die Reichweite der Grundfreiheiten ausgedehnt hat, auch die Möglichkeiten ausgebaut, diesen Grundfreiheiten staatlicherseits Schranken zu setzen. Es bestehen etliche ungeschriebene, durch den EuGH richterrechtlich entwickelte Rechtfertigungsgründe zur Einschränkung von Grundfreiheiten, die sich dem sozialen Bereich zuordnen lassen. Anschauliches Beispiel ist hier die Anerkennung des Schutzes der Arbeitnehmer als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls zur Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten durch den EuGH. Wörtlich heißt es dazu:<sup>46</sup>

»... ist darauf hinzuweisen, dass im Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme, die den Schutz der Arbeitnehmer des Aufnahmemitgliedstaats gegen ein etwaiges Sozialdumping zum Ziel hat, ein zwingender Grund des Allgemeininteresses im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs liegen kann, der grundsätzlich eine Beschränkung einer der vom Vertrag gewährleisteten Grundfreiheiten zu rechtfertigen vermag.«

Weitere Beispiele für solche zwingenden Erfordernisse des Gemeinwohls, die dem Binnenmarkt Grenzen zu setzen vermögen, betreffen das finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit,<sup>47</sup> die Erfordernisse des Systems der Sozialhilfe<sup>48</sup> sowie der Schutz der Sozialordnung.<sup>49</sup>

Man sollte sich bewusst machen, was diese Möglichkeit der Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten genau besehen bedeutet: Es stehen sich letztlich Individuen gegenüber, die auf der einen Seite Grundfreiheiten wie etwa die Arbeitnehmerfreizügigkeit geltend machen, auf der anderen Seite Arbeitnehmerschutz wegen Sozialdumpings fordern. Und der Gerichtshof spricht im konkreten Fall letzterem – im Grundsatz – den Vorrang zu. Damit wird das an sich im Vertrag vorgesehene Verhältnis von Grundsatz (Gewährleistung von Grundfreiheiten) und Aus-

nahme (ausnahmsweise Rechtfertigung von Einschränkungen dieser Grundfreiheiten) nahezu umgekehrt.

Der Binnenmarkt und seine Grundfreiheiten werden demnach weder durch die Gründungsverträge noch durch den EuGH als Markt ohne Grenzen konzipiert. Grundfreiheiten haben gerade nicht automatische Vorrang vor anderen Belangen.

### 2.4.3 Soziale Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze

Jenseits der Grundfreiheiten bestehen durch den EuGH entwickelte soziale Elemente in den richterrechtlich entwickelten allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts, zu denen der EuGH auch die Grundrechte zählt. Diese Grundrechte bestehen schon heute, unabhängig von der Grundrechte-Charta, sie werden auch bei Verbindlichkeit der Charta nach Art. 6 Abs. 3 EUV in der Fassung des Vertrags von Lissabon neben der Charta fortbestehen.

Schon seit den 70er Jahren entnimmt der EuGH den Erwägungsgründen der Präambeln des EGV und heute auch des EUV, dass die Gemeinschaft nicht auf eine Wirtschaftsunion beschränkt ist, sondern auch auf eine Verbesserung der sozialen Lage abzielt.<sup>50</sup> Für Art. 141 EGV hat dies dazu geführt, dass der Gerichtshof aus dieser Bestimmung auch Rechte für Privatpersonen ableitet, obwohl sich der Artikel seinem Wortlaut nach nur an die Mitgliedstaaten wendet.<sup>51</sup> Dem Urteil Defrenne III lässt sich entnehmen, dass dem Recht des Art. 141 EGV gar die Qualität eines Grundrechts zukommt.<sup>52</sup>

Ein jüngeres Beispiel für die Vergrundrechtlichung sozialer Gehalte ist das vom EuGH als Grundrecht konzipierte Verbot einer Diskriminierung aus Altersgründen in der Rs. Mangold, in der es um vereinfachte Kündigung älterer Arbeitnehmer im Kontext der Hartz-IV-Gesetze ging.<sup>53</sup> Gerade diese Entscheidung ist übrigens heftig kritisiert worden. Dass der EuGH im Sozialbereich eine Gratwanderung leisten muss, ist in der anschließenden Rechtsprechung deutlich geworden, in der der Gerichtshof dem Gebot der Zurückhaltung der Gemeinschaft im Sozialbereich gegenüber den Mitgliedstaaten dadurch Rechnung trägt, dass er in der Rs. Bartsch die Reichweite der Mangold-Rechtsprechung ausdrücklich klarstellt, in-

46 EuGH, Rs. C-341/05, Laval, Slg. 2007, I-11767 Rn. 103; vgl. auch EuGH, Rs. C-438/05, Viking, Slg. 2007, 10779 Rn. 77; EuGH, Rs. C-165/98, Mazzoleni und ISA, Slg. 2001, I-2189, Rn 27; EuGH, verb. Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98, Finalarte Sociedade de Construção Civil Lda u.a., Slg. 2001, I-7831, Rn. 33.

47 EuGH, Rs. C-385/99, Müller-Fauré und van Riet, Slg. 2003, I-4509 Rn. 73; EuGH, Rs. C-157/99, B.S.M. Smits und Peerbooms, Slg. 2001, I-5473 Rn. 72; EuGH, Rs. C-158/96, Kohll, Slg. 1998, I-1931 Rn. 41; EuGH Rs. C-120/95, Decker, Slg. 1998, I-1831.

48 EuGH, Rs. C-70/95, Sodemare SA, Slg. 1997, I-3395 Rn. 32.

49 EuGH, Rs. C-275/92, Schindler, Slg. 1994, I-1039 Rn. 58; EuGH, Rs. 67/98, Zenatti, Slg. 1999, I-7289 Rn. 31.

50 EuGH, Rs. 43/75, Defrenne/Sabena, Slg. 1976, 455 (473) (Defrenne II).

51 Ebd., 472–476.

52 EuGH, Rs. 149/77, Defrenne/Sabena, Slg. 1978, 1365 (1379) (Defrenne III).

53 EuGH, Rs. 144/05, Mangold, Slg. 2005, I-9981 Rn. 75.

dem er sie auf Fälle mit gemeinschaftsrechtlichem Bezug beschränkt.<sup>54</sup>

#### 2.4.4 Sonstiges

In etlichen weiteren Zusammenhängen lässt die Rechtsprechung des EuGH eine Orientierung an sozialen Leitgedanken erkennen.

Zu den bekannteren Beispielen zählt in diesem Kontext die Francovich-Rechtsprechung. Hier verhalf der EuGH europarechtlich vorgesehenen sozialen Vergünstigungen zur Wirksamkeit, indem er einem Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers einen Schadensersatzanspruch gegen den Staat zusprach, wenn dieser entgegen seiner Pflicht aus der Richtlinie über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, durch Nichtschaffung entsprechender Einrichtungen das Entstehen eines Rechts des Arbeitnehmers vereitelt hat.<sup>55</sup>

Ein anderes, weniger bekanntes Beispiel ist das EuGH-Urteil zur Unternehmenstransferrichtlinie (Richtlinie 77/187). Hier hatte der EuGH nach mehreren Vorabentscheidungsverfahren dänischer und niederländischer Gerichte zu entscheiden, ob die Richtlinie auch für die Unternehmensveräußerung im Konkursfall heranzuziehen war. In seinem Leiturteil Abels<sup>56</sup> verneinte der EuGH dies unter der Erwägung, dass keine abschließende Klarheit über die Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt bestehe, so dass sich für den Fall der Bejahung der Anwendbarkeit die ernsthafte Gefahr einer im Widerspruch zu den sozialen Zielen des Vertrags stehenden allgemeinen Verschlechterung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitskräfte nicht ausschließen lasse.

Ein letztes Beispiel, das auch die Grenzen der Macht des EuGH gegenüber den Mitgliedstaaten aufzeigt, ist die Barber-Entscheidung, die die Mitgliedstaaten sogar dazu veranlasste, die Rechtsprechung des EuGH anhand des sogenannten Barber-Protokolls zu korrigieren.<sup>57</sup> Hier ging es um die zeitliche Beschränkung der Rückwirkung eines EuGH-Urteils.

#### 2.4.5 Zwischenbefund

Die Rechtsprechung des EuGH weist kein eindeutiges Ungleichgewicht im Sinne einer Ausblendung oder Reduktion der im Primärrecht vorgegebenen sozialen Elemente aus, im Gegenteil. Dass der EuGH sich in der längerfristigen Betrachtung wohl doch auf einem Mittelweg befindet, wird an der zu unterschiedlichen Zeiten von unterschiedlichen Seiten geäußerten Kritik erkennbar. Zum einen erhielt der EuGH Beifall,<sup>58</sup> als er urteilte, dass es nicht gegen Gemeinschaftsrecht verstoße, wenn den Reedern gestattet wird, Seeleute zu schlechteren Vergütungs- und Sozialschutzbedingungen einzustellen, als sie für nach deutschem Recht angeheuerte Seeleute gelten.<sup>59</sup> Heftig kritisiert wurde dann aber,<sup>60</sup> dass der EuGH in der Rs. Paletta die Bindung an ausländische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen erklärte<sup>61</sup>, sich für die Vergütung teilzeitbeschäftigter Betriebsratsmitglieder aussprach<sup>62</sup> und die unterschiedliche Bezahlung von Männern und Frauen bei gleichwertiger Tätigkeit auf Grund unterschiedlicher Tarifverhandlungen kippte.<sup>63</sup>

#### 2.5 Die jüngere Rechtsprechung: »Viking«, »Laval«, »Rüffert«, »Kommission gegen Luxemburg«

Die vielfältig kritisierten Urteile »Viking«, »Laval«, »Rüffert« und »Kommission gegen Luxemburg« aus den Jahren 2007 und 2008 (dazu 2.5.1) können die Grundeinschätzung der Rechtsprechung des EuGH als in der Gesamtbetrachtung ausgewogen nicht entkräften (2.5.2).

##### 2.5.1 Die Urteile

»Viking«

Der Rs. »Viking«<sup>64</sup> lag eine Vorlage aus Großbritannien zugrunde. Das finnische Fährunternehmen Viking Line hatte zur Kostenersparnis das Umflaggen eines Fährschiffes von Finnland nach Estland ange-

54 »Das Gemeinschaftsrecht enthält kein Verbot der Diskriminierung aus Gründen des Alters, dessen Schutz die Gerichte der Mitgliedstaaten zu gewährleisten haben, wenn die möglicherweise diskriminierende Behandlung keinen gemeinschaftsrechtlichen Bezug aufweist.«, EuGH, Rs. C-427/06, Urteil vom 23.9.2008, Rn. 25.

55 EuGH, Rs. C-6 und 9/90, Francovich, Slg. 1991, I-5357.

56 EuGH, Rs. 135/83, Abels, Slg. 1985, I-469.

57 Dazu Ukrow, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, 1995, 184 f.

58 Kommentar. In: Informationsdienst Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EuroAS) 1993, Heft 1, 6; Däubler, Die EG auf dem Weg zur Sozialunion?, EWS 1993, 272 (274).

59 EuGH, Rs. C-72/91, C-73/9, Sloman/Neptun, Slg. 1993, I-887.

60 Schiefer, DB 1993, 38.

61 EuGH, Rs. C-45/90, Paletta, Slg. 1992, I-3423.

62 EuGH, Rs. C-360/90, Bötzel, Slg. 1992, I-3589.

63 EuGH, Rs. C-127/92, Enderby, Slg. 1993, I-5535.

64 EuGH, Rs. C-438/05, Viking, Urteil vom 11.12.2007.

kündigt. Für die Beschäftigten hätte dies ungünstigere estnische Tarifverträge zur Folge gehabt. Die Internationale Föderation der Gewerkschaften für Transportarbeiter (ITF) – übrigens durch die estnische Gewerkschaft unterstützt – wies als Dachverband ihre Mitgliedsgewerkschaften an, Verhandlungen mit Viking zu unterlassen. Die Finnische Gewerkschaft für Seeleute (FSU) drohte Arbeitskampfmaßnahmen an. Viking erhob in der Folge Klage in London gegen die ITF und die FSU. Die erste Instanz gab dem Antrag von Viking statt und befand, die gewerkschaftlichen Arbeitskampfmaßnahmen seien Verstöße gegen die Grundfreiheiten des EG-Vertrags. Die Rechtsmittelinstanz (Court of Appeal) rief den EuGH im Wege des Vorlageverfahrens an. Der Generalanwalt war der Meinung, dass Gewerkschaften Arbeitskampfmaßnahmen ergreifen dürfen, um eine Standortverlagerung zu verhindern. Der EuGH sah in den angedrohten Arbeitskampfmaßnahmen tatbestandlich eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EGV. Die letztendliche Entscheidung darüber, ob die Maßnahmen der ITF und der FSU allerdings europarechtlich gerechtfertigt sind, weil sie wirklich dem Schutz der Arbeitnehmer galten und auch tatsächlich Arbeitsplätze bedroht waren, überließ der EuGH in dessen dem vorlegenden Gericht.

#### »Laval«

In der eine Woche später ergangenen EuGH-Entscheidung in der Rs. »Laval«<sup>65</sup> überließ der EuGH die Frage einer Rechtfertigung nicht mehr dem vorlegenden Gericht, allerdings erkannte er zugleich das Streikrecht erstmals als europäisches Grundrecht an. Hier hatte das lettische Unternehmen Laval Arbeitnehmer aus Lettland zur Durchführung von Bauarbeiten nach Schweden entsandt. Diese Konstellation fällt unter die Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie (Richtlinie 96/71). Danach können die Beschäftigungsbedingungen, die den entsandten Arbeitnehmern im Aufnahmemitgliedstaat garantiert werden, durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder – in der Baubranche – durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche festgelegt werden. Das schwedische Arbeitnehmer-Entsendegesetz präziserte mit Ausnahme der Mindestlohnsätze die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für die in der Richtlinie 96/71 aufgeführten Sachgebiete. Das Gesetz enthielt aber keine Bestimmungen über das Entgelt, dessen Festlegung in Schweden traditionell den Sozialpartnern im Wege von Kollektivverhandlungen überlassen bleibt. Damit war keine staatliche Mindest-

lohnregelung getroffen. Das schwedische Recht gestattet den Gewerkschaften, unter bestimmten Voraussetzungen Arbeitskampfmaßnahmen zu ergreifen, um einen Arbeitgeber zur Aufnahme von Lohnverhandlungen und zum Beitritt zu einem Tarifvertrag zu zwingen.

Laval verhandelte zunächst mit der schwedischen Bauarbeitergewerkschaft über den Beitritt zum schwedischen Bautarifvertrag, schloss dann aber einen Tarifvertrag mit der lettischen Bauarbeitergewerkschaft ab, der auch die Mehrheit der Bauarbeiter bei Laval angehörten. Daraufhin ergriffen schwedische Gewerkschaften Arbeitskampfmaßnahmen u. a. in Form von Baustellenblockaden. Nach schwedischem Recht dürfen die Gewerkschaften nämlich Arbeitskampfmaßnahmen gegen einen ausländischen (nicht aber gegen einen inländischen) Arbeitgeber vornehmen, um diesen zum Beitritt zu einem Tarifvertrag zu zwingen, auch wenn der Arbeitgeber (wie Laval) bereits an einen anderen Tarifvertrag gebunden ist. Diese Konstellation findet sich so nicht ohne weiteres in anderen Mitgliedstaaten. Laval klagte darauf vor einem schwedischen Arbeitsgericht. Dieses Gericht legte dem EuGH die Frage vor, ob die Dienstleistungsfreiheit durch Arbeitskampfmaßnahmen dieser Art verletzt werde.

Der EuGH nahm eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs an, die sich allerdings rechtfertigen lässt, wenn mit ihr ein berechtigtes und mit dem Vertrag zu vereinbarendes Ziel verfolgt wird und wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist.

Der EuGH wies ausdrücklich darauf hin, dass im Recht auf Durchführung einer Arbeitskampfmaßnahme, die den Schutz der Arbeitnehmer des Aufnahmemitgliedstaats gegen ein etwaiges Sozialdumping zum Ziel hat, ein solcher zwingender Grund des Allgemeininteresses (Arbeitnehmerschutz) liegen kann. In der Rs. »Laval« hielt er jedoch auch fest, dass die Richtlinie 96/71 es dem Aufnahmemitgliedstaat nicht erlaubt, die Erbringung einer Dienstleistung in seinem Hoheitsgebiet davon abhängig zu machen, dass Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen eingehalten werden, die über die zwingenden Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz hinausgehen.

Zwar können die Mitgliedstaaten die Beachtung von Mindestlohnvorschriften mit geeigneten Mitteln durchsetzen. Entsprechende kollektive Maßnahmen (Arbeitskampfmaßnahmen) können jedoch nicht mit dem (grundsätzlich legitimen) Ziel des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt werden, wenn es im aufnehmenden Staat gar keine Vorschriften zum Mindestlohn gibt. Die Aushandlung von Löhnen durch die

65 EuGH, Rs. C-341/05, Laval, Urteil vom 18.12.2007.

Sozialpartner in Schweden ist eben gerade keine staatliche Mindestlohnregelung.

Der EuGH hielt ferner fest, dass die schwedische Regelung, nach der entsendende Unternehmen durch Arbeitskämpfmaßnahmen zum Abschluss von Tarifverträgen gebracht werden dürfen, obwohl sie bereits in ihrem Herkunftsmitgliedstaat tarifvertraglich gebunden sind, eine Diskriminierung darstellt, da die Regelung den Gewerkschaften zugunsten schwedischer Unternehmen eine Friedenspflicht vorschreibt, und zwar sowohl wenn die schwedischen Arbeitgeber keinen Tarifvertrag abgeschlossen haben als auch wenn sie an einen anderen Tarifvertrag gebunden sind. Solche diskriminierenden Vorschriften können nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein. Dies war hier nicht in Sicht.

#### »Rüffert«

Das Urteil in der Rs. »Dirk Rüffert/Land Niedersachsen« erging wenige Monate später im April 2008.<sup>66</sup> Hier ging es wieder vor allem um die Entsenderichtlinie. Der EuGH stellte fest, dass es mit der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie unvereinbar sein kann, die Vergabe eines öffentlichen Auftrags von der Verpflichtung abhängig zu machen, das am Ausführungsort tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zu zahlen, wenn nicht von der Möglichkeit Gebrauch gemacht wurde, einen allgemeinen Mindestlohn festzulegen. Das Niedersächsische Landesvergabegesetz sieht u. a. vor, dass Aufträge für Bauleistungen nur an solche Unternehmen vergeben werden dürfen, die sich schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmern mindestens das tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zu zahlen, diese Verpflichtung erstreckt sich auch auf Subunternehmer. Beim Bau einer Justizvollzugsanstalt beschäftigte der deutsche Bauunternehmer ein polnisches Subunternehmen, das weniger als den tarifvertraglich vorgesehenen Lohn bezahlte und es kam zu einem Rechtsstreit. Das deutsche Gericht legte dem EuGH die Frage vor, ob der freie Dienstleistungsverkehr einer gesetzlichen Regelung entgegenstehe, nach der der Zuschlag für einen öffentlichen Bauauftrag nur dann erteilt wird, wenn der Bauunternehmer sich verpflichtet, seinen Arbeitnehmern mindestens den (örtlich) vorgesehenen Tariflohn zu zahlen.

Nach der Entsenderichtlinie können die Mitgliedstaaten bei einer staatenübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen den in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen Mindestlohnsätze vorschreiben. Diese Vo-

oraussetzungen waren in Niedersachsen aber nicht erfüllt: Die Besonderheit der Ausgangskonstellation bestand nämlich darin, dass Niedersachsen verlangte, einen Lohnsatz aus einem nicht für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag einzuhalten, obgleich die Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung (AEV) in Deutschland besteht; zudem betraf die Bindung nur den öffentlichen Sektor. Damit war mit Blick auf die Dienstleistungsfreiheit eine Rechtfertigung aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes nicht mehr gegeben; es war nämlich nicht nachweisbar, dass ein im Bausektor tätiger Arbeitnehmer nur bei seiner Beschäftigung im Rahmen eines öffentlichen Auftrags für Bauleistungen und nicht auch bei seiner Tätigkeit im Rahmen eines privaten Auftrags des Schutzes bedarf, der sich aus Mindestlohnregeln ergibt. Auch den Rechtfertigungsgrund der finanziellen Stabilität der sozialen Sicherungssysteme erkannte der EuGH zwar an, sah aber aus den übersandten Akten eine Bedrohung dieser Systeme nicht als dargetan. Er verneinte daher die Geeignetheit der Tariftreueklausel sowohl für den Schutz der Arbeitnehmer als auch für die Tarifordnung selbst deshalb, weil durch sie nur die auf Baustellen für öffentliche Stellen beschäftigten Arbeitnehmer begünstigt werden. Damit fordert der EuGH, wie beispielsweise auch schon in den Entscheidungen *Cassis de Dijon* und zum Reinheitsgebot für Bier, lediglich »gesetzgeberische Konsequenz«.<sup>67</sup>

#### »Kommission gegen Luxemburg«

Das Urteil in der Rs. »Kommission gegen Luxemburg« (Entsendegesetz)<sup>68</sup> erging Mitte 2008 in einem Vertragsverletzungsverfahren, in dem die Europäische Kommission die Umsetzung der Entsenderichtlinie in Luxemburg beanstandete. Insbesondere wurde die Geltung des luxemburgischen Arbeitsrechts für entsandte Arbeitnehmer gerügt, soweit dies auch den sozialen Mindestlohn und die automatische Anpassung jeglicher Entlohnung – also nicht nur der Mindestlöhne – an die Entwicklung der Lebenshaltungskosten umfasste. Wiederum betonte der EuGH, dass die Regelungsbestände, deren Einhaltung entsendenden Arbeitgebern durch das Empfängerland auferlegt werden dürften, durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses zu rechtfertigen<sup>69</sup> und in Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie nahezu (Art. 3 Abs. 10) abschließend aufgezählt seien.<sup>70</sup> Neben einigen anderen

67 Siehe Becker, Anmerkung zur Entscheidung Rüffert, JZ 2008, 889 (893).

68 EuGH, C-319/06, Kommission/Luxemburg, Urteil vom 19.06.2008.

69 Ebd., Rn. 43.

70 Ebd., Rn. 26, 31.

66 EuGH, Rs. C-346/06, Rüffert, Urteil vom 3.4.2008.

Regelungen verwarf der EuGH damit die Erstreckung indexierter Löhne auf entsandte Arbeitnehmer (über den Mindestlohn hinaus) wegen Unvereinbarkeit mit der europäischen Dienstleistungsfreiheit – insbesondere weil Luxemburg in seiner Prozessstrategie versäumt hatte, dem EuGH Nachweise für zwingende Gründe des Allgemeininteresses zu liefern und mit der Berufung auf den Schutz der öffentlichen Ordnung (Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie) – es gehe um die Wahrung des sozialen Friedens in Luxemburg – nicht durchdrang. Wörtlich heißt es:<sup>71</sup>

»Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber mit Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. c der Richtlinie 96/71 die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, in die Löhne einzugreifen, auf die Mindestlohnsätze begrenzen wollte. Folglich gehört die Bestimmung des Gesetzes vom 20. Dezember 2002 betreffend die automatische Anpassung anderer Löhne als der Mindestlöhne an die Entwicklung der Lebenshaltungskosten nicht zu den Aspekten im Sinne des Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 96/71.«

### 2.5.2 Analyse

Drei Ausgangsüberlegungen sind einer Analyse der Urteile voranzustellen. Erstens: In Anbetracht der geringen Zahl an Urteilen ist es schon deswegen verfrüht, zu der hier interessierenden Frage von einer gefestigten Rechtsprechung des EuGH auszugehen. Man wird dem EuGH noch mehr Zeit und Fallmaterial geben müssen. Zweitens: Kennzeichnend ist fast durchgehend die Frontstellung zwischen altem Mitgliedstaat (Finnland, Schweden, Deutschland/Niedersachsen und neuem Mitgliedstaat (Estland, Lettland, Polen). Es geht also in Wirklichkeit in den Fällen weniger um einen marktradikalen EuGH als vielmehr um ökonomische Interessensgegensätze zwischen Staaten mit unterschiedlichem Lohnniveau.<sup>72</sup> Dies lässt sich auf Gegensätze zwischen den betroffenen Individuen zurückführen, beispielsweise in der Rs. »Rüffert« beim Bau der Justizvollzugsanstalt zwischen den deutschen Bauarbeitern und den durch Subunternehmer eingesetzten polnischen Arbeitern: Es werden hier weniger die entsandten Arbeitnehmer als eher die heimischen Unternehmer vor unliebsamer Konkurrenz geschützt.<sup>73</sup> Der Gegensatz wird besonders deutlich, wenn man sich bewusst macht, dass die pol-

nischen Arbeiter aller Wahrscheinlichkeit nach in Niedersachsen niemals eingesetzt würden, wenn sie genauso teuer wären wie die deutschen Arbeiter. Es geht also weniger um einen Rechtsamok laufenden marktradikalen EuGH, als vielmehr um ökonomische Verteilungskämpfe, in denen die einen ein Interesse haben, ihren kompetitiven Vorteil im Lohnkostenniveau auszuspielen, die anderen genau diesen Vorteil als Existenzbedrohung wahrnehmen müssen. Die Konstellation ist aus vergangenen Erweiterungsrounden bekannt, der EuGH hat sich hier tendenziell auch in der Vergangenheit auf die Seite der schwächeren Arbeitnehmer aus den neueren Mitgliedstaaten gestellt und protektionistischen Strategien eine Absage erteilt.<sup>74</sup>

Drittens: Argumentativer Ausgangspunkt ist die aus Grundfreiheiten, namentlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit oder der Dienstleistungsfreiheit gewährte Berechtigung – ein Individualrecht. Dieses Individualrecht wird im Dienste der Bekämpfung von Protektionismus oder noch grundsätzlicher gegen nationale Egoisten eingesetzt. Die diesem Individualrecht gegenübergestellten Gesichtspunkte wie etwa das Streikrecht oder die Regelungen der Entsenderichtlinie sind demgegenüber a priori Durchbrechungen der Grundfreiheiten und als solche eng und einzelfallbezogen auszulegen. Festzuhalten ist dabei aber auch, dass der EuGH solche Durchbrechungen überhaupt zulässt. Hier ist auch auf den Unterschied zur Rechtsprechung des BVerfG aufmerksam zu machen, die beim »Rüffert«-Fall aufzutreten scheint: Das BVerfG hatte die Verfassungswidrigkeit von Tariftreueklauseln mit den Argumenten Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und Erhalt der finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherung sowie der Ordnungsfunktion der Tarifverträge abgelehnt.<sup>75</sup> Das BVerfG hat aber auch nicht die Aufgabe, Protektionismus und nationale Egoisten zu bekämpfen.

Auf die an den Entscheidungen geäußerte heftige Kritik<sup>76</sup> gibt es zunächst einmal sehr einfache Antworten: Die Festsetzung von Mindestlöhnen in den betroffenen Mitgliedstaaten, die Berücksichtigung von in den anderen Staaten getroffenen Tarifvereinbarungen (»Viking«, »Laval«) sowie die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen (»Rüffert«).

Einen Schritt grundsätzlicher ist die Forderung, die Entsenderichtlinie zu korrigieren. Die Diskussion dar-

71 Ebd., Rn. 47.

72 Vgl. Reich (2008): 125 (156, 160).

73 Klumpp, Dienstleistungsfreiheit vs. Tarifreue, NJW 2008, 3473 (3475).

74 Siehe etwa EuGH, Rs. C-113/89, Rush Portuguesa Lda/Office National d'Immigration, Slg. 1990, I-1417.

75 BVerfG, Urteil vom 11.7.2006, 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202. Siehe auch BayVerfGH, Entscheidung vom 20.6.2008, EuZW 2008, 650.

76 Diese Kritik kann hier nicht in allen Einzelheiten nachgezeichnet werden.

über, ob die Entsenderichtlinie einen Maximalschutz (diese Deutung wird dem EuGH unterstellt) oder einen Mindestschutz der Arbeitnehmer vorsieht (so Generalanwalt Bot in der Rs. »Rüffert« und etliche Kritiker des Urteils), über den die Mitgliedstaaten hinausgehen könnten, verkennt indessen den Kern der Richtlinie: Ihr geht es um Gleichstellung der entsandten Arbeitnehmer mit den Einheimischen in bestimmten Bereichen – die Entgegensetzung von Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz ist daher unzutreffend, es geht um beides.<sup>77</sup> Daher ist eine Auslegung des Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie – danach stehen die Abs. 1 bis 6 »der Anwendung von für die Arbeitnehmer günstigeren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht entgegen« –, der zufolge die im Detail in Abs. 1 bis 6 niedergelegten Mindestbedingungen durch diese völlig offene Regelung wieder negiert werden können, kaum plausibel.<sup>78</sup> Zu Recht wird hier auf Erwägungsgrund 17 der Richtlinie hingewiesen,<sup>79</sup> wonach die im Gastland geltenden zwingenden Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz nicht der »Anwendung von Arbeitsbedingungen«, die für die Arbeitnehmer günstiger sind, entgegenstehen dürfen.

Eine Konkretisierung der Richtlinie wäre aber in der folgenden Richtung denkbar: Man müsste dann in die Richtlinie hineinschreiben, dass auch bei nicht für verbindlich erklärten Tarifverträgen eine Bindung bestehen soll. Die Vereinbarkeit mit dem Primärrecht wäre dann zwar immer noch zu prüfen, aber im Ergebnis wohl zu bejahen. Die Beschränkung der Tariftreueklausel auf die öffentlichen Aufträge findet der EuGH nicht geeignet für das Ziel des Arbeitnehmerschutzes, insoweit fordert er einmal mehr »gesetzgeberische Konsequenz« ein:<sup>80</sup> Wenn der Arbeitnehmerschutz so wichtig ist, dann muss er für alle gelten: »Auch in Europa ist es Aufgabe des Gesetzgebers, für den Ausgleich kollidierender Rechtsgüter [Vergaberecht, Entsenderecht] zu sorgen«.<sup>81</sup>

Der Hinweis auf eine Änderung der Entsenderichtlinie macht indessen sogleich deutlich, worin das Problem bei den soeben skizzierten einfachen Lösungen besteht: Sie erfordern politische Mehrheiten, teils in den Mitgliedstaaten, teils auf europäischer Ebene, die

derzeit nicht in Sicht sind – ob die 1996 – übrigens gegen Portugal und Großbritannien – beschlossene Richtlinie in der heutigen, zwölf Mitgliedstaaten größeren EU überhaupt eine Mehrheit fände, ist bereits fraglich. Insbesondere lässt sich fragen, warum die Mitgliedstaaten mit Lohnkostenvorteilen diesen Vorteil preisgeben sollten, solange er noch besteht.<sup>82</sup>

Eine Reihe von Einzelpunkten aus den Urteilen verdient eine intensivere Betrachtung:

#### *Horizontale Wirkung der Grundfreiheiten?*

Grundfreiheiten gelten normalerweise nur gegenüber der öffentlichen Gewalt und nicht zwischen Privaten. In der Rs. »Viking« erläutert der EuGH allerdings, dass weil 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, die Gefahr bestehe, dass eine Beschränkung der in den genannten Artikeln vorgesehenen Verbote auf Maßnahmen der öffentlichen Gewalt bei ihrer Anwendung zu Ungleichheiten führe.

Der Sache nach schließt der EuGH hier an die Rechtsprechung zur Bindung von Sportverbänden seit 1974 an.<sup>83</sup> Und wahrscheinlich ist die Argumentation, die auf die Macht, kollektive Regelungen zu setzen abstellt, und hinter der das Argument gesellschaftlicher Macht im Allgemeinen steht, durchaus von den mächtigen Sportverbänden auf mächtige Gewerkschaftsverbände übertragbar. Gleichwohl ist die Einbeziehung von nichtstaatlichen Akteuren in die Bindungen durch die Grundfreiheiten eine der angreifbarsten Stellen der EuGH-Rechtsprechung, weil das gesamte System der Rechtfertigungsmöglichkeiten für Beeinträchtigungen von Grundfreiheiten auf Staaten – konkret: auf Wahrung von Gemeinwohlbelangen – zugeschnitten ist und nicht auf Private.<sup>84</sup>

Der EuGH hat freilich in einzelnen Bereichen ohnehin die Bindung nicht nur des Staates, sondern auch Privater an das Europarecht weiter vorangetrieben.<sup>85</sup> Die perspektivisch danach denkbare Bindung grenzüberschreitend tätiger Konzerne (wie etwa der Deutschen Telekom) an die Grundfreiheiten des EG-Vertrags erscheint danach jedenfalls nicht ausge-

77 Klumpp 3475 f., Anm. 73. Siehe auch Reich 151, Anm. 72, der unterstreicht, dass die Entsenderichtlinie aus rechtssystematischen Gründen nicht auf die üblichen Löhne in einem Aufnahmestaat abzielen kann, sondern wirklich Mindestlöhne meinen muss, will man nicht die Regelungsgrundlage der Richtlinie infrage stellen.

78 Becker (Fn. 67), 892.

79 Ebd.

80 Becker (Fn. 67), 893.

81 Ebd.

82 Ähnlich Becker, a. a. O.

83 EuGH, Rs. 36/74, *Walrave und Koch*, Slg. 1974, 1405; Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I- 4921.

84 Vgl. dazu auch Azoulai, *The Court of Justice and the Social Market Economy: The Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realization*, 45 CMLRev. 2008, 1335.

85 EuGH, Rs. C-281/98, *Angonese*, Slg. 2000, I-4139.

geschlossen und wäre das Korrelat zur Bindung der Gewerkschaften.

#### *Unzureichende Sozialsensibilität des EuGH?*

Eine unzureichende Sozialsensibilität lässt sich dem EuGH letztlich nicht vorwerfen. So heißt es in der Rs. »Viking« (Rn. 77), dass das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme, die den Schutz der Arbeitnehmer zum Ziel hat, ein berechtigtes Interesse darstellt, das grundsätzlich eine Beschränkung einer der vom Vertrag gewährleisteten Grundfreiheiten rechtfertigen kann und dass der Schutz der Arbeitnehmer zu den bereits vom EuGH anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zählt. Weil die Gemeinschaft nicht nur eine wirtschaftliche, sondern auch eine soziale Zielrichtung hat, müssten die sich aus den Bestimmungen des Vertrags über den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr ergebenden Rechte gegen die mit der Sozialpolitik verfolgten Ziele abgewogen werden, zu denen, wie aus Art. 136 I EG hervorgehe, insbesondere die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen (um dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen), ein angemessener sozialer Schutz und der soziale Dialog zählen.

Schließlich stellt der Gerichtshof ausdrücklich klar:

»Die Tätigkeit der Gemeinschaft [umfasst, d. Verf.] nach dem Wortlaut von Art. 3 I Buchst. c und j EG nicht nur »einen Binnenmarkt, der durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gekennzeichnet ist«, sondern auch »eine Sozialpolitik« ...

Art. 2 EG bestimmt nämlich, dass es u. a. Aufgabe der Gemeinschaft ist, »eine harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens« sowie »ein hohes Beschäftigungsniveau und ein hohes Maß an sozialem Schutz« zu fördern.« »Da die Gemeinschaft somit nicht nur eine wirtschaftliche, sondern auch eine soziale Zielsetzung hat, müssen die sich aus den Bestimmungen des Vertrags über den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr ergebenden Rechte gegen die mit der Sozialpolitik verfolgten Ziele abgewogen werden, zu denen, wie aus Art. 136 I EG hervorgeht, insbesondere die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, um dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen, ein angemessener sozialer Schutz und der soziale Dialog zählen.«<sup>86</sup>

Auch in der »Rüffert«-Entscheidung nennt der

EuGH mögliche Rechtfertigungsgründe für eine Einschränkung der Marktfreiheiten, hier der Dienstleistungsfreiheit: »Schutz der Arbeitnehmer, Schutz der autonomen Ordnung des Arbeitslebens durch Koalitionen« und »die finanzielle Stabilität der sozialen Versicherungssysteme«. Um den Schutz des Tarifvertrags als Regelungsinstrument<sup>87</sup> geht es in der »Rüffert«-Entscheidung aus Sicht der Betroffenen aber übrigens nicht, sondern um den Schutz eines bestimmten Tarifergebnisses.<sup>88</sup>

#### *Negiert der EuGH das Streikrecht?*

Das Gegenteil ist der Fall. Der EuGH hat in der Rs. »Laval« das Streikrecht als Grundrecht anerkannt, das freilich im Einzelfall mit den Grundfreiheiten des EG-Vertrages abzuwägen ist. Auch das deutsche Grundgesetz gewährleistet das Streikrecht nicht ohne jede Schranke.

In der Rs. »Laval« heißt es, »das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme einschließlich des Streikrechts [ist, d. Verf.] als Grundrecht anzuerkennen, das fester Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ist, deren Beachtung der Gerichtshof sicherstellt [...]«.<sup>89</sup> Die dann folgende Passage ändert daran nichts. Zwar heißt es dort: »[Es, d. Verf.] genügt der Hinweis, dass es den Mitgliedstaaten in den Bereichen, für die die Gemeinschaft nicht zuständig ist, zwar grundsätzlich weiterhin freisteht, die Bedingungen für den Bestand der fraglichen Rechte und die Modalitäten ihrer Ausübung festzusetzen, dass sie aber gleichwohl gehalten sind das Gemeinschaftsrecht bei der Ausübung dieser Befugnis zu beachten.«<sup>90</sup> Damit zieht der EuGH aber nur die allgemein anerkannten Kriterien für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Einschränkungen durch nationales Recht heran.

Ferner wiederholt er die schon aus den Urteilen Schmidberger<sup>91</sup> und Omega<sup>92</sup> bekannte Formel, der zufolge »der Grundrechtsschutz ein berechtigtes Interesse ist, das grundsätzlich geeignet ist, eine Beschränkung der Verpflichtungen zu rechtfertigen, die nach dem Gemeinschaftsrecht, auch kraft einer durch den EG-Vertrag gewährleisteten Grundfreiheit [...] bestehen.«<sup>93</sup>

87 In diese Richtung Kocher, Die Tarifreueerklärung vor dem EuGH, DB 2008, 1042 (1045).

88 Zutreffend Klumpp, 3477, Anm. 73.

89 EuGH, Rs. C-438/05, Viking, Slg. 2007, I-10779 Rn. 44.

90 Ebd., Rn. 40.

91 EuGH, Rs. C-112/00, Schmidberger, Slg. 2003, I-5659.

92 EuGH, Rs. C-36/02, Omega, Slg. 2004, I-9609.

93 EuGH, Rs. C-438/05, Viking, Slg. 2007, I-10779 Rn. 45.

86 EuGH, Rs. C-438/05, Viking, Slg. 2007, I-10779 Rn. 78-79; Rs. C-341/05, Laval, Slg. 2007, 11767 Rn. 104-105.

### *Gibt es ein Wahrnehmungsproblem?*

Wenn die Zusammenhänge so sind, wie bis hierher geschildert, dann erscheint die Intensität der Kritik besonders erstaunlich. Dies führt auf die Frage, ob es möglicherweise ein Wahrnehmungsproblem angesichts der Rechtsprechung des EuGH gibt, weil die Details der Rechtsprechung nicht mehr einfach erklärbar und verständlich sind. Sicherlich ist zuzugestehen, dass die Entscheidungen komplex sind, weil die infrage stehende Rechtslage komplex ist. Daraus aber beispielsweise abzuleiten, dass der EuGH sich in den hier in Rede stehenden Fragen eine Selbstbeschränkung auferlegen sollte, eine Art »*social self restraint*«, wäre wohl nicht angemessen. In Anbetracht der oben skizzierten Interessensgegensätze zwischen alten und neuen Mitgliedstaaten, die hinter den Fällen stehen, kann der EuGH sich allenfalls dann, wenn es keine Anhaltspunkte für die protektionistischen Motivationen gibt, zurücknehmen. Genau dies ist aber in der Rs. »Viking« der Fall gewesen, bei deren Bearbeitung der EuGH das durch einen europaweit organisierten Gewerkschaftsverband vorgebrachte Argument durch das nationale Gericht prüfen und entscheiden ließ. Diese Besonderheit des »Viking«-Falls wird in der Diskussion nicht selten übersehen.

Dem Wahrnehmungsproblem lässt sich entgegenwirken, indem die Interessenlagen klar angesprochen und die Konsequenzen der verschiedenen Argumentationslinien deutlich gemacht werden: Es geht gar nicht so sehr um den EuGH. Es geht vielleicht in weiten Teilen um Frustrationsabbau im Angesicht der immer weniger beeinflussbaren ökonomischen Verhältnisse, für den der EuGH sich als Ziel besonders eignet, weil er außerhalb des eigenen politischen Bezugssystems steht (Sündenbockfunktion). Es geht möglicherweise auch schlicht um die im Rahmen des geltenden Europarechts ausgetragenen Interessensgegensätze bis hin zu ökonomischen Verteilungskämpfen zwischen den alten und den neuen Mitgliedstaaten. Es geht auch um die Frage, ob man die Grundfreiheiten weiter erst nehmen will oder ob man in nationale Egoismen zurückfällt. Gerade letztere Frage wird sich in Zeiten zunehmender ökonomischer Probleme immer drängender stellen.<sup>94</sup>

<sup>94</sup> Dann wird auch zwischen den alten Mitgliedstaaten der protektionistisch-egoistische Reflex wieder aufbrechen, s. zwischen Italien und Großbritannien *Refinery strikes spread across UK*, <http://news.bbc.co.uk/1/hi/uk/7859968.stm>

## **2.6 Perspektiven und Spielräume – der EuGH und das soziale Europa**

Aus den oben gemachten Beobachtungen lassen sich Schlussfolgerungen zu Perspektiven und Spielräumen des EuGH und für den EuGH im Themenfeld »Soziales Europa« ableiten. Institutionelle Folgerungen im Sinne einer Veränderung der institutionellen Rolle des EuGH sind dabei wenig perspektivreich (dazu 2.6.1). Wer die Rechtsprechung beanstandet, der muss das Recht ändern: sei es auf der Mikroebene der Rechtssetzung wie beispielsweise der Entsenderichtlinie (2.6.2) oder auf der Makroebene der Grundfreiheitenstruktur (2.6.3) bzw. Erweiterungsvoraussetzungen (2.6.4). Es zeigt sich, dass der EuGH nur begrenzt Akteur oder gar Motor der sozialen Integration sein kann (2.6.5).

### **2.6.1 Institutionelle Folgerungen**

Der EuGH ist letztlich nur so gut oder schlecht wie das Europarecht, das er auszulegen und fortzuentwickeln hat. Die Kritik am EuGH als Institution geht daher schon im Ansatz in die falsche Richtung. Die Institution des EuGH steht nicht zur Disposition. Die bei Kritik am EuGH immer wieder hervorgeholten Konzepte eines neu zu schaffenden europäischen Kompetenzgerichts o. ä.<sup>95</sup> erweisen sich bei näherem Nachdenken als nutzlos. Frontale Richterschelte ist gegenüber dem EuGH noch weniger hilfreich. Der gelegentlich unterbreitete Vorschlag, den EuGH als politischen Akteur anzusehen, mit einer bestimmten eigenen Agenda, und ihn entsprechend politisch anzugehen, geht an der Realität der alles andere als monolithischen Institution vorbei. Ab einem bestimmten Punkt und in einer bestimmten Form ist politische Richterschelte – nicht die sachlich-fachliche Kritik, die selbstverständlich möglich sein muss – ein Ausweis unzureichender Rechtsstaatssensibilität: Weil sich Richter gegen politische Vorwürfe nicht öffentlich wehren können, sind politische Angriffe auf Gerichte und Urteile ab einem bestimmten Grad ein äußerst gefährliches Spiel.

<sup>95</sup> Siehe zuletzt etwa den Beitrag von Gerken mit Herzog in der FAZ (siehe oben Fn. 33). In diesem Beitrag fällt übrigens auf, dass ausgerechnet die Urteile »Viking«, »Laval« etc. nicht beanstandet werden, wohl weil diese als arbeitgeberfreundliche missverstanden wurden. Zugleich besteht damit ein weiterer Beleg dafür, dass Kritik von allen Seiten darauf hindeutet, dass der EuGH sich auf einem Mittelweg befindet.

Frontale politische Angriffe auf den EuGH z. B. im Wahlkampf<sup>96</sup> legen die Axt an das Verständnis der europäischen Integration als Rechtsgemeinschaft. Es lässt sich beobachten, dass fast nur in Deutschland, an sich ja kaum unmittelbar von den fraglichen Fällen betroffen, von Gewerkschaftsseite fast schon kampagnenartig auf den EuGH losgegangen wird. Dabei hat der Grundkonsens über den Vorrang des Rechts in der europäischen Integration gerade Deutschland, das als größter Mitgliedstaat grundsätzlich unter Hegemonieverdacht steht, gute Dienste geleistet. Hier stehen sowohl Parteien wie auch Gewerkschaften in der Verantwortung, erhoffte kurzfristige Wählersympathien durch populistische Vereinfachungen der europäischen Zusammenhänge nicht zu übertreiben. Die Integrität der Rechtsgemeinschaft und der europäischen Gerichtsbarkeit lässt sich, einmal zerstört, nicht ohne weiteres wiederherstellen.

Kritik am EuGH durch bestimmte Interpretations- und durch Interessengemeinschaften folgt einem wiederkehrenden Muster: die Verfassungsrechtler, die Verwaltungsrechtler, die Zivilrechtler und jüngst die Strafrechtler mussten die Erfahrung machen, dass das Europarecht ihren Bereich nicht unberührt lässt und haben sich nach anfänglichen Protesten, bis hin zum Widerstand, nach einiger Zeit mit diesem Umstand arrangiert. Jenseits der juristischen Interpretationsgemeinschaften sind die Sportverbände, die zunächst vehement die Einwirkung des Europarechts auf ihren Bereich bekämpften, ein Beispiel für diesen Verlauf. Die Gewerkschaften weisen freilich in etlichen Mitgliedstaaten die Besonderheit auf, dass sie in viel größerem Maße als etwa die Sportverbände eine Politisierung ihrer Sicht durchsetzen und beispielsweise auch politische Parteien stärker zu instrumentalisieren versuchen können. Gleichwohl dürfte auch hier die Perspektive einer zunehmenden Akzeptanz der europäischen Dimension mit ihrer spezifischen Einwirkungslogik nicht unrealistisch sein.

Banal ist der Hinweis darauf, dass die Rechtsprechung des EuGH davon abhängt, welche Personen im Gericht tätig sind. Dies berührt das Thema der Richterauswahl und einer möglichen Vorabklärung der Haltungen von Richterandidaten beispielsweise zum Thema »Soziales Europa«. Ein weiterer Faktor ist schließlich mittlerweile die Heterogenität des Gerichts, in der sich die Anzahl der Mitgliedstaaten spiegelt. Will man an der Institution Veränderungen vornehmen, um die Brisanz bestimmter Urteile besser hervortreten zu lassen, dann ließe sich allenfalls über die Einführung von Sondervoten nachdenken, die bis-

her nicht bestehen. Hier würden sich möglicherweise dann Konflikte auch innerhalb des Gerichts deutlicher nachvollziehen lassen, um den Preis freilich des nach außen einheitlichen Auftretens des Gerichts. Möglicherweise wird die Funktion von Sondervoten schon durch die Generalanwälte übernommen, wenn diese in ihren Schlussanträgen vom späteren Urteil abweichende Einschätzungen und Empfehlungen geben.<sup>97</sup>

## 2.6.2 Die Mikroebene der Rechtsetzung

Wer mit der Rechtsprechung nicht einverstanden ist, muss also versuchen, das Europarecht zu ändern, anstatt die Institution anzugreifen. Das betrifft auf einer Mikroebene die in drei der vier in jüngster Zeit in der Diskussion stehenden EuGH-Entscheidungen. Dabei ist zu beachten, dass die Entsenderichtlinie ihrerseits mit dem Primärrecht vereinbar sein muss. Gerade deswegen ist von Bedeutung, dass der EuGH im Grundsatz den Arbeitnehmerschutz als Rechtfertigung zur Beschränkung der Grundfreiheiten anerkannt hat, so dass mit der Entsenderichtlinie entsprechende Ausnahmen zur Dienstleistungsfreiheit überhaupt möglich sind.

## 2.6.3 Die Makroebene der Grundfreiheitenstruktur

Es steht den Mitgliedstaaten stets die Möglichkeit offen, EuGH-Urteile durch Änderung der Verträge zu korrigieren. Dies ist in der Vergangenheit durchaus erfolgt.<sup>98</sup>

Auf einer allgemeineren Betrachtungsebene lässt sich die Frage stellen, ob die durch den EuGH entwickelte Rechtsstruktur im Bereich der Grundfreiheiten sich nicht zu sehr von dem, worum es eigentlich bei Grundfreiheiten und Binnenmarkt gehen sollte, entfernt hat.<sup>99</sup> Konkret ist dies die Frage, ob mit Blick auf die Abwehr von Protektionismus ein Verständnis der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote – und nicht als bloße Diskriminierungsverbote – womöglich zu weit geht. Diskriminierungsverbote fordern im Grundsatz lediglich die Gleichbehandlung mit Inländern, Beschränkungsverbote dagegen entsprechen echten Freiheitsrechten und fragen nach der Beeinträchtigung bei der Ausübung einer Grundfreiheit,

97 So beispielsweise auch GA Maduro in der Rs. »Viking«, s. O.

98 Siehe das Barber-Protokoll zu Art. 141 EG (zu Rs. 268/88 – Barber).

99 Krit. z. B. Kingreen, Grundfreiheiten. In: v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., i. E.

96 Im Europawahlkampf 2009 wird man auf entsprechende populistische Vereinfachungen achten müssen.

unabhängig davon, wie Inländer behandelt werden. Das Problempotenzial eines Beschränkungsverbot ist dabei, dass tendenziell jeder Unterschied zwischen den Rechtsordnungen zunächst als Problem interpretiert werden kann. Der EuGH hat im Bereich des Warenverkehrs dieses Problem so gelöst, dass er nach der Keck-Rechtsprechung bestimmte mitgliedstaatliche Maßnahmen von vornherein aus dem Anwendungsbereich des Europarechts herausnimmt.<sup>100</sup> Im Kern geht es dabei um sozio-ökonomische Besonderheiten. Allerdings ist es dafür eine Voraussetzung, dass die mitgliedstaatlichen Maßnahmen diskriminierungsfrei operieren. Dies war in der Rs. »Laval« gerade nicht der Fall. Aber auch unabhängig davon ist nicht in Sicht, dass der EuGH seine Konzeption der Grundfreiheiten auf bloße Diskriminierungsverbote zurückführt.

Beachtung verdient in diesem Kontext indessen nochmals die Besonderheit in der Rs. »Viking«: Dort wurden die Beschränkungen durch den europäischen Gewerkschaftsdachverband auf europäischer Ebene bewirkt, was die Vermutung zumindest nahe legt, dass es eher nicht um Protektionismus oder nationalen Wirtschaftsegoismus ging. Folgerichtig überließ der EuGH die Entscheidung dem vorlegenden Gericht.

Eine andere grundsätzlich-strukturelle Überlegung betrifft die Frage, ob die in der Charta verankerten und damit sichtbaren sozialen Grundrechte den Mitgliedstaaten bei der Geltendmachung von Ausnahmen zu den Grundfreiheiten im Anwendungsbereich des Europarechts weitere Schranken setzen werden. Bei hier denkbaren Konflikten zwischen Grundfreiheiten der einen und (sozialen) Grundrechten der anderen wird der EuGH Gelegenheit haben, die soziale Komponente des europäischen Rechts weiter zu entwickeln.

#### 2.6.4 Die Makroebene der Erweiterungsstrategie

Zu guter Letzt veranlasst der Hintergrund der Rs. »Viking«, »Laval« und »Rüffert« zu der Überlegung, dass für künftige Beitritte die derzeitigen Probleme mit Mitgliedstaaten sehr unterschiedlicher ökonomischer Entwicklungsstände Lehren sein sollten.<sup>101</sup> Das Binnenmarktkonzept erträgt offenbar ökonomische Di-

vergenz zwischen den Mitgliedstaaten nur begrenzt. Zu überlegen wäre in diesem Kontext, ob nicht das Solidaritätsprinzip in die Selbstbeschreibung der EU in Art. 6 EU aufgenommen werden müsste. Damit wäre nicht nur für den Fall einer gravierenden Verletzung des Sozialprinzips die Drohkulisse der Sanktionen nach Art. 7 EUV denkbar. Es wäre auch sichergestellt, dass Sozialstaatlichkeit Beitrittskriterium ist.<sup>102</sup>

#### 2.6.5 Schlussbetrachtung

Insgesamt ergibt sich, dass der EuGH nur begrenzt prospektiv Akteur der sozialen Integration in der EU sein kann. Er hat das bestehende Europarecht auszuüben und weiterzuentwickeln. Damit kommt es für ein Mehr an sozialem Europa auf die Weiterentwicklung des Rechts an, und dies erfordert eben entsprechende Mehrheiten und bestimmte sozio-ökonomische Konstellationen in und zwischen den Mitgliedstaaten.

Angriffe auf den EuGH, wie sie im Kontext der hier diskutierten Entscheidungen zu beobachten sind, bergen Risiken für das Konzept der Rechtsgemeinschaft, soweit sie den EuGH beschädigen können und ihm eine Rolle zuweisen, die er nicht ausfüllen kann: Der EuGH hat nicht die Primärverantwortung für das soziale Europa.

An vielen Stellen hat der EuGH immerhin Spielräume genutzt oder geschaffen, die als soziale Abfederung des Binnenmarktes wirken und hat damit soziales Europa für den einzelnen greifbar gemacht (siehe oben 2.3).<sup>103</sup> Viel mehr kann man von einem Gericht vielleicht erträumen, aber nicht verlangen.

<sup>100</sup> EuGH, Verb. Rs. 267/91 und 268/91, Keck & Mithouard, Slg. 1993, 6097.

<sup>101</sup> Dazu, dass vergleichbare Probleme auch bei vergangenen Beitrittsrunden aufkamen, siehe etwa EuGH, Rs. C-113/89, Rush Portuguesa Lda/Office National d'Immigration, Slg. 1990, I-1417, die Entscheidung, die übrigens Ausgangspunkt für die Ausarbeitung einer Entsenderichtlinie war.

<sup>102</sup> Der Vertrag von Lissabon nennt immerhin in Art. 2 EUV Solidarität im Kontext der Werte der Union.

<sup>103</sup> Siehe nur als jüngstes Beispiel das Urteil vom 20. Januar 2009, Rs. C-350/06, Schultz-Hoff/Deutsche Rentenversicherung, zum Urlaubsanspruch bei Krankheit (bejaht).

*Literaturnachweis*

- Azoulai, The Court of Justice and the Social market Economy: The Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realization, 45 CMLRev. 2008, 1335
- Becker, Anmerkung zur Entscheidung Rüffert, JZ 2008, 889
- Bercusson, The decision of the European Court of Justice in Viking: Paper presented to Catelene Passchier, ETUC Conderal Secretary, 11.12.2007
- Bercusson, The decision of the European Court of Justice in Laval: A preliminary analysis, paper presented to the ETUI Research Group an Transnational Trade Union Rights, 9.1.2008
- Bercusson, Viking and Laval. How to achieve a better Outcome? Strategic Options, Advice v. 15.2.2008, S.4
- Blanke, Thesis with regard to the decision of the ECJ in the cases Viking and Laval, paper presented to the ETUI Research Group an Transnational Trade Union Rights, 16.3.2008
- Blanke, Die Entscheidungen des EuGH in den Fällen Viking, Laval und Rüffert, Oldenburger Studien zur Europäisierung und zur transnationalen Regulierung Nr. 18/2008
- Borchardt, in: Dausas, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, D.II. Sozialrecht
- Däubler, Die EG auf dem Weg zur Sozialunion?, EWS 1993, 272
- Däubler, Gestaltungsspielräume aus deutscher Sicht, [www.bmas.de/coremedia/generator/27056/property=pdf/2008\\_07\\_16\\_symposium\\_eugh\\_daeubler.pdf](http://www.bmas.de/coremedia/generator/27056/property=pdf/2008_07_16_symposium_eugh_daeubler.pdf)
- Dausas, Die neuere Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitsrecht, NZA Beilage 3/1986, 11
- Dorsemont, The right to take collective action versus fundamental economic freedoms after Laval and Viking, paper presented to the ETUI Research Research Group an Transnational Trade Union Rights, 16.3.2008
- Eichenhofer, Das zum Europäischen Sozialrecht ergangene Richterrecht, ZAS 1995, 6
- ETUC response to ECJ judgements Viking and Laval. Resolution adopted by the Executive Committee of the ETUC at its meeting of 4 March in Brussels, EC. 179, 3
- Ewert, Der Beitrag des Gerichtshofs der europäischen Gemeinschaften zur Entwicklung eines Europäischen Sozialrechts, München 1987
- Grabenwarter, Die Charta der Grundrechte für die europäische Union, DVBl. 2001, 1
- Herzog/Gerken, Stoppt den Europäischen Gerichtshof!, FAZ vom 8.9.2008, 8
- M. Höpner, Usurpation statt Delegation. Wie der EuGH die Binnenmarktintegration radikalisiert und warum er politischer Kontrolle bedarf, MPfG Discussion Paper 08/12.
- Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europ. GrundR, 2006, § 35–§ 39
- Joerges/Rödl, Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem »sozialen Defizit« des Integrationsprojekts, ZERP-Diskussionspapier 2/2008, KJ 2008, 133
- Kingreen, Grundfreiheiten, in: v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Auflage, i. E.
- Klumpp, Dienstleistungsfreiheit vs. Tariftreue, NJW 2008, 3473
- Kocher, Kollektivverhandlungen und Tarifautonomie – welche Rolle spielt das europäische Recht?, AuR 2008, 13
- Kocher, Die Tariftreueerklärung vor dem EuGH, DB 2008, 1042
- Reich (2008): Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union: The Laval and Viking Cases before the European Court of Justice. In: German Law Journal 2008, 125
- Riedel in: J. Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl. 2006, vor Kapitel IV
- Robin-Olivier, Liberté de l'action syndicale vs liberté d'établissement, Revue de Droit du Travail 2008, 8
- Scharpf, The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity, 2002, 40 Journal of Common Market Studies, 645
- Schiefer, Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf das nationale Arbeitsrecht, DB 1993, 38
- Steinmeyer, Die Berücksichtigung der wirtschaftlichen, finanziellen und sozialpolitischen Folgen in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der EG, in: Eichenhofer/Zuleeg (Hrsg.), Die Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs zum Arbeits- und Sozialrecht im Streit, 93
- Tomuschat, Solidarität in Europa, in: Liber amicorum Pierre Pescatore, 1987, 729
- Trubek, D. M. und L. G. Trubek, Hard and Soft Law in the construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Coordination, ELJ 2005, 343
- Ukrow, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, 1995
- Zuleeg, Der Schutz sozialer Rechte in der Rechtsordnung der Gemeinschaft, EuGRZ 1992, 329

### 3 Kurzkomentare zu Franz C. Mayer »Der EuGH und das soziale Europa«

#### 3.1 Christian Heidfeld: Die Rechtsprechung zum Arbeitskampf- und Tarifrecht – Der EuGH in der Kritik

Die jüngere Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitskampf- und Tarifrecht in den Rechtssachen »Viking«<sup>104</sup>, »Laval«<sup>105</sup>, »Rüffert«<sup>106</sup> und »Kommission/Luxemburg«<sup>107</sup> hat sowohl eine Debatte um die soziale Ausgestaltung der Europäischen Union als auch Befürchtungen um Sozialdumping entfacht, wodurch eine fundierte Analyse sowohl dieser Rechtsprechung als auch der ihr zugrunde liegenden Rechtsordnung erforderlich wird. Hier setzt das vorliegende Gutachten »Der EuGH und das soziale Europa« an. Um dieses Gutachten zu kommentieren, soll auf drei besonders in der Diskussion stehende Punkte dieser Rechtsprechung, namentlich das Verhältnis der Grundfreiheiten und der Grundrechte (1), die Auslegung der Entsenderichtlinie (2) und die Drittwirkung der Grundfreiheiten (3), eingegangen werden, bevor abschließend in einem Ausblick (4) Möglichkeiten des Umgangs mit jener Judikatur aufgezeigt werden.

#### *Das Verhältnis der Grundfreiheiten zu den Grundrechten in der Rechtsprechung des EuGH*

Weder das Primärrecht noch die Rechtsprechung des EuGH sind, wie das Gutachten richtigerweise verdeutlicht, einseitig am Marktprinzip orientiert. Vielmehr enthält das geltende Primärrecht soziale Elemente, die mit den binnenmarktorientierten Grundfreiheiten abzuwägen sind. Die soziale Zielrichtung des Primärrechts wird durch den Vertrag von Lissabon zudem noch gestärkt werden. Auch ist die Rechtsprechung des EuGH nicht auf eine Ungleichgewichtung von Marktfreiheiten und sozialen (Grund-)Rechten ausgerichtet. Gerade die Urteile Schmidberger<sup>108</sup> und Omega<sup>109</sup> verdeutlichen, dass Grundfreiheiten und (soziale) Grundrechte auf einer Stufe stehen und vom EuGH gleichrangig gegeneinander abgewogen werden. Dies wird auch im Urteil »Viking« deutlich: Der EuGH bejaht hier zwar eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, überlässt jedoch die Frage nach de-

ren Rechtmäßigkeit und damit nach der Abwägung der Grundfreiheit mit dem Recht auf Durchführung von kollektiven Maßnahmen zum Schutz der Arbeitnehmer dem nationalen Gericht. Auch im Urteil »Laval« weist der EuGH auf die soziale Zielrichtung der Gemeinschaft hin, mit der die Grundfreiheiten abzuwägen sind.<sup>110</sup>

Bei der Abwägung von Grundfreiheiten und Grundrechten ist aber, entgegen einigen zu vernehmenden Behauptungen, zu beachten, dass die Menschenwürde auch nach der EuGH-Rechtsprechung keinerlei Beschränkungen unterliegt. Dies wird nicht zuletzt im Urteil Schmidberger deutlich, wenn der EuGH ausführt:

»So können auch das Recht auf freie Meinungsäußerung und das Recht, sich friedlich zu versammeln, die durch die EMRK [Europäische Menschenrechtskonvention, d. V.] gewährleistet sind – anders als andere durch diese Konvention gewährleistete Grundrechte wie das Recht jedes Menschen auf Leben oder das Verbot der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe, die keinerlei Beschränkung unterliegen –, keine uneingeschränkte Geltung beanspruchen, sondern müssen im Hinblick auf ihre gesellschaftliche Funktion gesehen werden.«<sup>111</sup>

Hier wird deutlich, dass auch der EuGH anerkennt, dass bestimmte Grundrechte keinerlei Beschränkungen unterliegen und damit Vorrang vor den Grundfreiheiten beanspruchen. Wenn der EuGH im Urteil Schmidberger das Recht jedes Menschen auf Leben oder das Verbot der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe als unbeschränkbare Grundrechte aufzählt, so ist diese Aufzählung ausweislich des Wortes »wie« nicht abschließend. Vielmehr macht die Nennung dieser Grundrechte deutlich, dass der EuGH solche Grundrechte als keinerlei Beschränkung unterliegend ansieht, die in Deutschland unter den Begriff der Menschenwürde zu fassen sind. An dieser Stelle sei zudem auf Art. 1 der Grundrechte-Charta verwiesen, in dem es heißt: »Die Würde des Menschen ist unantastbar.«<sup>112</sup>

110 EuGH, Rs. C-341/05, Laval, Slg. 2007, I-11767 Rn. 105.

111 EuGH, Rs. C-112/00, Schmidberger, Slg. 2003, I-5659 Rn. 80. Möglich ist dagegen die Einschränkung einer Grundfreiheit durch die Menschenwürde, wie in der Rs. »Omega«. Die sich darauf beziehende Passage in »Laval«, die zugegebenermaßen undeutlich formuliert ist, führt wohl zu dem derzeit vereinzelt vertretenen Missverständnis über die Ansicht des EuGH zur Menschenwürde.

112 Die Behauptung, dass im Wege des Art. 52 Abs. 1 Grundrechte-Charta auch deren Art. 1 beschränkbar sei, ist mit Wortlaut sowie Sinn und Zweck des Begriffs »unantastbar« nicht vereinbar: Die Möglichkeit einer Einschränkung von Grundrechten durch Art. 52 Grundrechte-Charta kann sich nicht auf explizit »unantastbare« Grundrechte

104 EuGH, Rs. C-438/05, Viking, Slg. 2007, I-10779.

105 EuGH, Rs. C-341/05, Laval, Slg. 2007, I-11767.

106 EuGH, Rs. C-346/06, Rüffert, Urteil vom 3.4.2008.

107 EuGH, Rs. C-319/06, Kommission/Luxemburg, Urteil vom 10.7.2008.

108 EuGH, Rs. C-112/00, Schmidberger, Slg. 2003, I-5659.

109 EuGH, Rs. C-36/02, Omega, Slg. 2004, I-9609.

### Die Auslegung der Entsenderichtlinie

Die im vorliegenden Gutachten vorgenommene Auslegung des Art. 3 Abs. 7 der Entsenderichtlinie<sup>113</sup> ist zutreffend: Durch Art. 3 Abs. 7 werden die Mitgliedstaaten nicht zur Einräumung eines verstärkten nationalen Schutzes ermächtigt.<sup>114</sup> Andernfalls wäre die Richtlinie, insbesondere Art. 3 Abs. 1–6, kaum plausibel und wohl auch nicht mit dem Primärrecht vereinbar.

Ergänzend sei dazu noch angemerkt, dass diese Auslegung aber nicht bedeutet, dass die Entsenderichtlinie verstärkten nationalen Schutz, insbesondere für Arbeitnehmer des Aufnahmemitgliedstaates gegen etwaiges Sozialdumping, verbietet: Einen solchen verstärkten Schutz regelt die Richtlinie schlicht nicht. Nationale Schutzmaßnahmen, die über den in der Entsenderichtlinie vorgegebenen Mindestschutz hinausgehen, sind grundsätzlich am Primärrecht zu prüfen.<sup>115</sup> Diese Ansicht teilen sowohl der EuGH als auch Generalanwalt Paolo Mengozzi im Fall »Laval«; sie verfolgen nur für das Ergebnis nicht relevante differenzierte Ausgangsfragestellungen. Sowohl Generalanwalt Mengozzi als auch der EuGH beginnen mit der Prüfung der Entsenderichtlinie, wobei der Generalanwalt feststellt, dass die angegriffenen Maßnahmen der Richtlinie nicht zuwiderlaufen, während der EuGH in der Richtlinie keine Erlaubnis für diese Maßnahmen sieht.<sup>116</sup> Beide sagen damit aber noch nichts über die Vereinbarkeit der Maßnahmen mit dem EG-Recht, sondern prüfen diese im Folgenden an Art. 49 EGV. Diese Prüfung wäre nicht plausibel, wenn die Entsenderichtlinie einen abschließenden Ausgleich zwischen den Grundfreiheiten und dem Arbeitnehmerschutz

darstellen würde. Die Divergenz zwischen Generalanwalt und EuGH im Fall »Laval« ist somit ausschließlich eine solche über die Auslegung des Primärrechts, da im Gegensatz zum EuGH der Generalanwalt die angegriffenen Maßnahmen für gerechtfertigte Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit hält. Nahezu identisch stellt sich die Situation in der Rechtsache »Rüffert« dar: Während Generalanwalt Yves Bot zunächst feststellt, dass die Tariftreueklausel der Entsenderichtlinie nicht entgegensteht, kommt der EuGH zu dem Ergebnis, dass die Richtlinie nicht zu einer solchen Tariftreueklausel ermächtigt.<sup>117</sup> Daraufhin setzen beide ihre Prüfung am Maßstab des Primärrechts fort. Generalanwalt Bot stellt dabei wie der EuGH eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit fest, die er aber im Gegensatz zum EuGH für gerechtfertigt hält. Die unterschiedlichen Ergebnisse kommen somit auch in der Rechtssache »Rüffert« nur durch differenzierte Ansichten bei der Rechtfertigungsprüfung der Beschränkung der Grundfreiheit zustande.<sup>118</sup> Insofern ist die Aussage des EuGH, dass »das Schutzniveau, das den entsandten Arbeitnehmern im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaates garantiert wird, grundsätzlich auf das beschränkt [ist], was Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. a bis g der Richtlinie 96/71 vorsieht«<sup>119</sup>, wohl nur so zu verstehen, dass dies grundsätzlich zwar für Maßnahmen hinsichtlich des Schutzes von entsandten Arbeitnehmern gilt, nicht aber für solche Maßnahmen, die den Schutz der Arbeitnehmer des Aufnahmestaates vor Sozialdumping bezwecken. Der Schutz von Arbeitnehmern des Aufnahmestaates vor Sozialdumping wird schließlich vom EuGH ausdrücklich als zwingender Grund des Allgemeininteresses und somit als Rechtfertigungsgrund für Beschränkungen der Grundfreiheiten anerkannt.<sup>120</sup> Würde nunmehr die Entsenderichtlinie auch diesen Schutz abschließend regeln, wäre ihre Vereinbarkeit mit dem Primärrecht, zu dem schließlich auch die Rechtfertigungsgründe zählen, fraglich.

Diese Betrachtung der Urteile »Rüffert« und »Laval« lässt somit den Schluss zu, dass weder der EuGH noch die beteiligten Generalanwälte die Entsenderichtlinie als abschließende Abwägung zwischen Grundfreiheiten und Arbeitnehmerschutz begreifen: Über die Entsenderichtlinie hinausgehender Schutz, jedenfalls solcher für Arbeitnehmer des Aufnahmemitgliedstaates gegen etwaiges Sozialdumping, ist

beziehen. Auch im deutschen Grundgesetz (GG) sind schließlich schrankenlose Grundrechte im Wege praktischer Konkordanz durch andere Grundrechte beschränkbar. Auf die Idee, dass dies dann auch für Art. 1 GG gelten müsse, ist freilich – richtigerweise – noch niemand gekommen.

113 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.

114 Ebenso auch Becker, JZ 2008, 891 (892); Klumpp, NJW 2008, 3473 (3475); Bungenberg, EuR 2008, 397 (404).

115 So auch ausdrücklich GA Bot, Rs. C-346/06, Rüffert, Rn. 84: »Klarzustellen ist jedoch, dass die Verwirklichung eines solchen verstärkten nationalen Schutzes in den Grenzen des Art. 49 EG zu erfolgen hat.« Vgl. auch GA Mengozzi, Rs. C-341/05, Laval, Rn. 203: »Eine derartige Sachlage muss jedoch im Hinblick auf Art. 49 EG geprüft werden.«

116 GA Mengozzi, Rs. C-341/05, Laval, Rn. 203, 218; EuGH, Rs. C-341/05, Laval, Slg. 2007, I-11767 Rn. 85.

117 GA Bot, Rs. C-346/06, Rüffert, Rn. 98; EuGH, Rs. C-346/06, Rüffert, Rn. 35.

118 So wohl auch Kocher, DB 2008, S. 1042 (1043).

119 EuGH, Rs. C-341/05, Laval, Slg. 2007, I-11767 Rn. 81 und EuGH, Rs. C-346/06, Rüffert, Rn. 34.

120 EuGH, Rs. C-341/05, Laval, Slg. 2007, I-11767 Rn. 103.

allein am Primärrecht, namentlich den Grundfreiheiten, zu messen.<sup>121</sup>

#### *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten*

Die Drittwirkung der Grundfreiheiten im horizontalen Verhältnis zwischen Privaten stellt keine neue Entwicklung dar, sondern ist vielmehr die Fortsetzung einer lange etablierten, wenn auch nicht unkritisierten Rechtsprechung des EuGH.<sup>122</sup> Auch ist in »Viking« und »Laval« die Bindung von Gewerkschaften an die Grundfreiheiten die Fortsetzung eben dieser Rechtsprechung, in der der EuGH bislang insbesondere darauf abgestellt hat, ob ein Privater über die Macht verfügt, kollektive Regelungen zu erlassen. Dies ist sowohl bei mächtigen Sportverbänden als auch bei Gewerkschaften der Fall. Dass diese, auch wenn sie den Grundfreiheiten unterliegen, freilich nicht auf eine Stufe zu stellen sind, wird auf der Ebene der Rechtfertigung deutlich: Dort können sich Gewerkschaften auf den Schutz der Arbeitnehmer als zwingenden Grund des Allgemeininteresses, der vom EuGH anerkannt ist,<sup>123</sup> und soziale gemeinschaftsrechtliche Grundrechte bzw. Art. 27 ff. Grundrechte-Charta berufen. Im Übrigen ist, wie das Gutachten zutreffend ausführt, auch die Bindung von größeren Konzernen an die Grundfreiheiten möglich. Denkbar ist beispielsweise eine solche Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit dann, wenn Automobilkonzerne Fahrern von Automobilen fremder Marken den Zutritt zu ihrem Firmengelände verwehren.<sup>124</sup>

In Anbetracht dessen, dass die Grundfreiheiten das Funktionieren des Binnenmarktes gewährleisten sol-

len, ist ihre Drittwirkung auch nicht überraschend. Der Binnenmarkt wäre schließlich gefährdet, wenn die durch die Grundfreiheiten abgebauten staatlichen Schranken durch private Hindernisse ersetzt werden würden. Dies gilt heute umso mehr, als staatliche Befugnisse immer öfter privatisiert werden.

#### *Ausblick*

Sind den Mitgliedstaaten nach den Urteilen »Viking«, »Laval«, »Rüffert« und »Kommission/Luxemburg« nunmehr hinsichtlich Regelungen zur Arbeitnehmerentsendung die Hände gebunden, insbesondere wenn es um die Vermeidung von zu befürchtendem Sozialdumping geht? Die Antwort hierauf kann, wie auch das Gutachten zutreffend ausführt, nur ein klares Nein sein: Die Mitgliedstaaten, im konkreten Fall Schweden und Deutschland, können Mindestlöhne festsetzen oder Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklären. Alternativ sind es auch die Mitgliedstaaten, welche die Entsenderichtlinie bzw. damit gegebenenfalls notwendig werdend das Primärrecht ändern können. Der EuGH wendet dagegen das ihm von den Mitgliedstaaten vorgegebene Gemeinschaftsrecht an, sodass institutionelle Kritik an ihm in die falsche Richtung weist. Deshalb sollten diejenigen Kritiker, die aufgrund der jüngeren Urteile die Möglichkeit von Sozialdumping befürchten, ihre Anstrengungen besser auf die Politik der Mitgliedstaaten und damit auf die Schaffung von Mindestlöhnen<sup>125</sup> und als allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen konzentrieren, als ein Gericht anzugreifen, dessen Rechtsprechung letztlich nur so gut oder schlecht sein kann, wie das Recht, das es auszulegen und anzuwenden hat.

121 Dass der EuGH in der jüngsten Entscheidung »Kommission/Luxemburg« Regelungen zur Arbeitnehmerentsendung in Luxemburg allein an der Entsenderichtlinie gemessen hat, ist wohl der Tatsache geschuldet, dass es sich dort um ein Vertragsverletzungsverfahren wegen mangelnder Umsetzung eben dieser Richtlinie handelte und sich zudem Luxemburg nicht mit dem Primärrecht, insbesondere dem zwingenden Grund des Schutzes der Arbeitnehmer vor Sozialdumping, verteidigt hat.

122 Vgl. EuGH, Rs. 36/76, Walrave, Slg. 1974, 1405 Rn. 17 f.; EuGH, Rs. 13/76, Donà, Slg. 1976, 1333 Rn. 17 f.; EuGH, C-415/93, Bosman, Slg. 1995, I-4921 Rn. 83 f.; EuGH, Rs. C-281/98, Angonese, Slg. 2000, I-4139 Rn. 36; EuGH, Rs. 309/99, Wouters, Slg. 2002, I-1577 Rn. 120. Diese Rechtsprechung als »sportlich« zu bezeichnen, kann sich deshalb wohl nur darauf beziehen, dass die Entwicklung der horizontalen Wirkung der Grundfreiheiten mit Sportverbänden begonnen hat.

123 Vgl. EuGH, Rs. C-341/05, Laval, Slg. 2007, I-11767 Rn. 103; EuGH, Rs. 244/04, Kommission/Deutschland, Slg. Slg. 2006, I-885 Rn. 61.

124 Vgl. Meldung bei *Spiegel Online* (2009) »VW-Werk verweigert Nicht-VW-Fahrern den Zutritt«.

125 Mindestlöhne sind sowohl mit dem Primärrecht als auch mit der Entsenderichtlinie vereinbar; vgl. nur EuGH, Rs. C-244/04, Kommission/Deutschland, Slg. 2006, I-885 Rn. 61 und EuGH, verb. Rs. C-369/96 und C-376/96, Arblade, Slg. 1999, I-8453 Rn. 41. Anzudenken wäre vielmehr, ob in einigen Branchen nicht gar vom Europarecht, namentlich dem Beihilfenrecht, Mindestlöhne zu fordern wären. Schließlich ist es nicht abwegig, in einigen Konstellationen Kombilöhne als Beihilfe i. S. d. Art. 87 EGV anzusehen, da dadurch Unternehmen, die ihren Arbeitnehmern so geringe Löhne zahlen, dass diese auf staatliche Zuschüsse angewiesen sind, einen Wettbewerbsvorteil erlangen. Zu beachten ist dabei freilich die Verordnung 2204/2002 über die Anwendung der Art. 87 und 88 EGV auf Beschäftigungsbeihilfen.

*Literaturnachweis*

Becker, Ulrich (2008): Anmerkung zur Entscheidung Ruffert, JZ 2008, 889

Bungenberg, Marc (2008): Die Europarechtswidrigkeit des schwedischen Alkoholeinfuhrmonopols, *Europarecht* 2/2008

Kocher, Eva (2008): Die Tariftreueerklärung vor dem EuGH, *Der Betrieb* (DB) 19/2008, 1042–1045

Klumpp, Steffen (2008): Dienstleistungsfreiheit vs. Tariftreue, *NJW* 2008, 3473

*Spiegel Online* (2009): 4.2.2009, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,605597,00.html>

### 3.2 Martin Höpner: Kein soziales Defizit?

Franz Mayers anregendes Diskussionspapier konstruiert ein Zerrbild der völlig zu Recht mit Empörung geäußerten Kritik an der jüngeren EuGH-Rechtsprechung. Der EuGH könne nicht das Soziale Europa bauen, sagt Mayer, und wer sich dieses Soziale Europa herbeiwünsche, der solle sich an Kommission und Mitgliedstaaten wenden. Richtig: Der EuGH kann das Soziale Europa nicht bauen. Denn dass es auf absehbare Zeit keinen Sozialstaat auf europäischer Ebene, keine europaweiten Mitbestimmungsregeln und kein europäisches Tarifvertragssystem geben wird, hat politische und politökonomische, nicht aber juristische Ursachen. Solche Integrationsprojekte setzen Einstimmigkeit im Rat voraus, die nicht nur angesichts der enormen Wohlstandsunterschiede zwischen den Ländern der EU-27, sondern auch angesichts der höchst unterschiedlichen Interessenlagen, Traditionen und Kulturen mittelfristig nicht erreichbar ist. Versuche einer europäischen Harmonisierung würden zwangsläufig scheitern und werden von der Kommission deshalb auch nicht in Angriff genommen (oder auch nur für grundsätzlich sinnvoll erachtet). Jeder, der sich hierfür beim EuGH beschwerte, würde sich in der Adresse irren.

Jedoch zielen die Kritiker in eine völlig andere Richtung. Sie kritisieren nämlich, dass der EuGH mit großem Engagement eigenständige Rechtsfortbildung, mit anderen Worten: Integrationspolitik betreibt und dabei nicht autonomieschonend mit den nationalen Arbeits- und Sozialverfassungen umgehe. Dasselbe ließe sich vom Umgang mit Steuersystemen oder Unternehmensrecht sagen. Die europäischen Verträge beinhalten gut sichtbare »Stoppschilder« (Eva Kocher) für den Umgang mit Bereichen wie dem des Streikrechts, in die sich europäische Politik nicht einmischen darf. Der EuGH kümmert sich um diese Stoppschilder nicht. Er benutzt die europäischen Grundfreiheiten, um in Bereiche wie den des Streikrechts hineinzuregieren, die – so der politische Wille der vertragsschließenden Staaten – europäischer Harmonisierung nicht anheim gestellt wurden. Umsetzen und politisch verantworten müssen diese Integrationspolitik aber die Regierungen der Mitgliedstaaten. Die Kritiker beanstanden also vorrangig zwei problematische Punkte, die sich aus der Vorgehensweise des EuGH ergeben. Erstens: Der EuGH betreibt Politik, für die ihn die Mitgliedstaaten nicht legitimiert haben. Und zweitens: Er nutzt seine Spielräume in einer Weise, die einer Kriegserklärung an den Bestand autonomer Arbeits- und Sozialverfassungen der Mitgliedstaaten gleichkommt. Die Forderung an den EuGH lautet also nicht, er solle das Soziale Europa bauen. Sondern: So lange

die EU nicht über die Instrumente verfügt, einen europäischen Sozialstaat oder ein gemeinschaftsweites Tarifvertragssystem zu etablieren und dessen Bestand sicherzustellen, muss sich der EuGH auf seine ihm zugedachten Aufgaben beschränken und die höchst unterschiedlichen nationalen Lösungen zum Ausgleich von Kapitalismus und sozialer Demokratie unangetastet lassen.

Ich werde nachfolgend auf einige ausgewählte Aspekte vertiefend eingehen.

#### *Multiple Konfliktlinien*

Franz Mayer ist zuzustimmen, dass es einer eingehenden Analyse der Konfliktlinien bedarf, die durch die jüngere EuGH-Rechtsprechung tangiert werden. Sie lassen sich in drei Gruppen unterteilen:

(1) Kompetenzkonflikte zwischen nationaler und europäischer Ebene.

(2) Intergouvernementale Verteilungskonflikte: Liberale versus »organisierte«, »koordinierte« Ökonomien, Konflikte zwischen Mitgliedstaaten mit unterschiedlichen Lohnniveaus.

(3) Sozio-ökonomische Verteilungskonflikte innerhalb von Mitgliedstaaten: Arbeit versus Kapital, Konsumenten versus Beschäftigte, Sektor versus Sektor.

Zu Konflikttyp (1): Es scheint keine Uneinigkeit darüber zu bestehen, dass der EuGH in der Geschichte seiner Rechtsprechung den politischen Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten sukzessive über das in den Verträgen festgelegte Maß hinaus eingeschränkt, den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts hingegen erweitert hat. Die jüngste Urteilsreihe knüpft an diese Tradition an, indem sie eine in dieser Form vorher nicht gekannte Bindewirkung der europäischen Grundfreiheiten gegenüber Gewerkschaften etabliert, von den Mitgliedstaaten politisch gewollte Gestaltungsräume durch Uminterpretation der Entsenderichtlinie einengt und das Streikrecht dabei wie jede andere vermeintliche Störung des gemeinsamen Markts behandelt.<sup>126</sup> Der systematische »Integrationsdrall« der EuGH-Rechtsprechung darf zum gesicherten Forschungsstand gerechnet werden. Das Gericht ist vom »Hüter der Verträge« zum »Motor der Integration« geworden.<sup>127</sup> Auf die hierdurch erzeugten Probleme und ihre Veränderung im Zeitverlauf komme ich im Folgenden zu sprechen.

Kompetenzkonflikte zwischen Ebenen der Regulierung sind genuin politisch. In dieser Hinsicht – aber eben auch: *nur* in dieser Hinsicht – erscheint es gebo-

**Dr. Martin Höpner**  
ist wissenschaftlicher  
Mitarbeiter am  
Max-Planck-Institut  
für Gesellschaftsfor-  
schung in Köln.

<sup>126</sup> Siehe in der vorliegenden Publikation die Kommentare von Kocher und Rödl sowie Joerges/Rödl 2008 und Rödl 2008.

<sup>127</sup> Pollack 2003

ten, den EuGH als Spieler in einem politischen Mehrebenenkonflikt zu modellieren. Nicht sinnvoll ist hingegen, einzelnen EuGH-Richtern oder dem Gerichtsorgan als Ganzem »neoliberale« Motive zu unterstellen. Die Liberalisierungswirkungen sind, soweit sie existieren, nicht intendierte, aber gleichwohl systematische Folgewirkungen eines »Pro-Europa-Dralls« der Rechtsprechung.

Zu den Konflikttypen (2) und (3): Franz Mayer rückt Konflikttyp (2), die intergouvernementalen Verteilungskonflikte, in den Fokus seines Gutachtens, mit dem Hauptaugenmerk auf unterschiedliche Interessen der Mitgliedstaaten entlang ihrer Lohnniveaus. Ich teile die Auffassung, dass die Virulenz solcher Gegensätze zunimmt. Hierfür sehe ich zwei Ursachen:

Erstens: Wie der Autor des Gutachtens zu Recht herausstellt, hat die Heterogenität der EU mit der Osterweiterung drastisch zugenommen. Diese Heterogenität betrifft nicht nur Lohnniveaus, sondern auch institutionelle Unterschiede wie Steuer- und Abgabenlasten, Sozialniveaus und institutionelle Voraussetzungen der Sozialpartnerschaft (Deckungsrate von Tarifverträgen, Organisationsquoten der Sozialpartner).<sup>128</sup> Sie geht mit einer zunehmenden Heterogenität der Interessen an europäischer Regulierung einher.<sup>129</sup>

Zweitens: Die Wirtschaftsintegration hat eine Tiefe erreicht, in der sie die historisch gewachsenen »Spielarten des Kapitalismus«<sup>130</sup> nicht mehr unberührt lässt, sondern transformativ auf diese einwirkt (vom Recht feindlicher Übernahmen über das Streikrecht bis hin zum Mitbestimmungsrecht). Das ist eine neue Entwicklung, die von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich perzipiert wird. Historisch hatte die europäische Integration den Wettbewerb zwischen »Spielarten des Kapitalismus« verschärft, die Spielräume für unterschiedliche Wege zur Erlangung von Wettbewerbsvorteilen aber im Prinzip intakt gelassen. Diese Spielräume für das Nebeneinander unterschiedlicher Kapitalismusmodelle in der EU werden nunmehr enger.

Die Gleichzeitigkeit zunehmender Heterogenität einerseits und zunehmender Tiefe der Integration andererseits veranlasst manche Beobachter, von einem

drohenden »Clash of Capitalisms« in Europa zu sprechen<sup>131</sup>. Es erscheint denkbar, dass die Vertiefung der Wirtschaftsintegration nicht, wie erhofft, eine vertiefte politische Integration nach sich zieht – insbesondere als Entstehen eines transnationalen europäischen »politischen Raums« entlang der Links-Rechts-Achse, als Voraussetzung für die Entstehung eines europäischen Parteiensystems –, sondern in nationale, parteienübergreifende Koalitionen zur Verteidigung eigener Produktions- und Verteilungsmuster sowie Wettbewerbsvorteile mündet. Aus einer solchen Konstellation würde kein europäisches Parteiensystem, kein europäischer »politischer Raum« entstehen.<sup>132</sup>

Trotz grundsätzlicher Akzeptanz der zunehmenden Wichtigkeit dieser Gruppe von Konfliktlinien möchte ich aber davor warnen, Konflikte des Typs (3), also sozio-ökonomische Verteilungskonflikte innerhalb von Mitgliedstaaten, vorschnell unter den Typ (2) zu subsumieren. Meine Vermutung ist, dass die Verteilungswirkungen der jüngsten Rechtsprechung im Wesentlichen innerstaatlicher Natur sein werden. Ein realistisches Szenario scheint mir, dass vor allem die Drohung mit dem Einsatz entsandter Arbeitnehmer Wirkungen entfalten wird; und in der Erwartung, dass der Gesetzgeber auf die Urteile mittelfristig mit der Einführung von Mindestlöhnen reagieren wird, steht im Ergebnis zu befürchten, dass das lokale Arbeitskräfteangebot in den betroffenen Segmenten nur noch schwerlich über einen Mindestlohn hinauskommen wird.<sup>133</sup>

Kurz: Die innerstaatlichen Verteilungswirkungen sollten nicht unterschätzt werden, und ich vermute, dass Mayer die Akzente zu einseitig auf Konflikte des Typs (2), also intergouvernementale Verteilungskonflikte setzt. Allerdings ist einzuräumen, dass wir dies nicht im Einzelnen voraussehen können. Gesetzt den Fall, es handelt sich um einen Verteilungskampf zwischen Ländern: Gehen wir davon aus, dass bald Arbeitnehmerentsendung auf einem Niveau stattfinden wird, das messbare makroökonomische Konsequenzen in den betroffenen Volkswirtschaften nach sich ziehen wird? Und falls ja: Welche Verwerfungen, vor allem »am unteren Ende« des Arbeitsmarkts, wären die Folge?

128 Vgl. die aktuellen Daten in Höpner/Schäfer (2008): 15–20.

129 Wahrscheinlich begünstigt diese Heterogenität per se den Liberalisierungsbias der europäischen Integration. Denn die Heterogenität erschwert sowohl koordinierten Widerspruch gegen die Beseitigung von vermeintlichen Behinderungen des Binnenmarkts durch Anwendung der Grundfreiheiten auf immer neue Sachverhalte als auch die Einigung im Rat auf Projekte der marktkorrigierenden Integration.

130 Siehe Hall/Soskice (2001).

131 Siehe z. B. Callaghan (2009).

132 Mit anderen Worten: Rechtlich forcierte Angleichung oder ihre vorschnelle Billigung mag unter Umständen das Gegenteil dessen bewirken, was sie in den Augen vieler eigentlich bewirken soll: politische und soziale Integration.

133 Darüber hinaus sind die Probleme der kaum zu kontrollierenden Scheinentsendung zu bedenken.

### *Zur Legitimität von Rechtsfortbildung und Kritik*

Mayer bestreitet nicht, dass der EuGH in seiner Geschichte über die ihm ursprünglich zugeordnete Funktion, eine in den Verträgen vereinbarte Kompetenzaufteilung zu hüten, hinausgegangen ist: dass er »über die bloße Anwendung des bestehenden Rechts hinaus«<sup>134</sup> Integrationspolitik betrieben hat.<sup>135</sup> Uneinigkeit besteht vielmehr über die Bewertung hinsichtlich der Legitimität (Input) und der materiellen, insbesondere der sozialen Folgen (Output). Der Autor des Gutachtens scheint dem EuGH eine politische Aufgabe zudem explizit zuzuschreiben: Das Gericht habe das Europarecht fortzuentwickeln (Mayer 2009: 22), konkret: es habe »gegen nationale Egoismen zu kämpfen« (Mayer 2009: 19). Als »natürliche« Aufgabe des EuGH erscheint dies nur, wenn man davon ausgeht, dass nationale Interessen im Mehrebenenkonflikt illegitime Interessen sind und sich die sukzessive Usurpation nationaler Rechtsbestände deshalb aus sich selbst heraus legitimiert. Warum aber sollte das so sein?

Die Kritik an der richterrechtlichen Integrationspolitik, gegen die Mayer sich wendet, ist in der vorliegenden Deutlichkeit in der Tat neu. Sie liegt in der Vertiefung der Integration, in der Veränderung der Integrationsgegenstände begründet: Integrationspolitik ist Innenpolitik (auch: Verteilungspolitik) geworden und wird nicht mehr wie in der Vergangenheit unhinterfragt durch einen außenpolitischen Konsens getragen. Für mich als Politikwissenschaftler ist interessant, dass auch Integrationstheoretiker, die Integrationspolitik schon früh als Innenpolitik erkannten, dem judikativen Aktivismus auch dann Legitimität zuschreiben, wenn er erkennbar über sowohl Wortlaut als auch Geist der Verträge hinausgeht.<sup>136</sup> Diese Argumentationsfigur stellt heraus, dass die Mitgliedstaaten die entsprechenden Urteile – insbesondere: zum Vorrang und zur unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts, zur Umdeutung von Diskriminierungs- in Beschränkungsverbote – ja letztlich stets akzeptierten. Womit gemeint ist: Sie setzten die Urteile um.<sup>137</sup> Der Fakt der Umsetzung wird somit als Ex-post-

134 Mayer (2009): 13.

135 Der Autor des Gutachtens nennt im Text unter anderem die Rechtsprechung zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts (vgl. Mayer 2009: 7; Anm. 1), die Uminterpretation von Diskriminierungs- in Beschränkungsverbote, die eigenständige Definition von (engen) Grenzen dieser Beschränkungsverbote (ders.: 13–14) sowie die Entwicklung sozialer Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze der Gemeinschaft (ders.: 13–15).

136 Siehe Moravcsik (1994).

137 Autoren wie Moravcsik verweisen darauf, dass der EuGH über keine eigenen Vollzugsorgane verfügt und dass seine

Legitimation richterlicher Integrationspolitik interpretiert. Ich halte diese Argumentationsfigur für gewagt, weil Nichtprotest und Umsetzung neben der materiellen Akzeptanz der Kompetenzverschiebungen zahlreiche weitere Ursachen haben können. Aber selbst wenn wir diese Argumentation für einen Augenblick akzeptieren: Bleibt nicht gerade dann die Kritik an richterlicher Rechtsfortbildung legitim? Und bleibt im Speziellen nicht gerade dann die Drohung mit Nichtumsetzung legitim? Welche Mittel bleiben den vertragsschließenden Staaten darüber hinaus? Oder besteht etwa ein Anrecht auf sukzessive Usurpation von Gestaltungskompetenzen? Wie würden wir den Sachverhalt beurteilen, würde er sich innerhalb von Föderalstaaten wie der Bundesrepublik abspielen?

Ich stelle diese Fragen in Reaktion auf Mayers derbes Wort vom »mangelnden Rechtsstaatsbewusstsein« (!) der Kritiker<sup>138</sup>. Darf man Gerichtsentscheidungen kritisieren? Ja, selbstverständlich! Der Fakt der sukzessiven Einschränkung mitgliedstaatlicher Handlungskompetenzen – durch Usurpation, nicht durch Delegation – ist demokratietheoretisch fragwürdig genug. Sollte das Gericht darüber hinaus vom demokratischen Diskurs abgeschottet sein, weil es nicht statthaft ist, Judikatur zu kritisieren? Diese Argumentationsfigur ist mir unbegreiflich. Es mögen im Detail unterschiedliche Auffassungen darüber bestehen, wo die Grenzen zwischen legitimer Fortentwicklung des Rechts im Sinne einer Füllung von »Lücken der Verträge« einerseits, illegitimen Zugriffen auf die Rechtsbestände der Mitgliedstaaten andererseits verlaufen. Es mögen auch unterschiedliche Auffassungen darüber bestehen bleiben, in wieweit materielle, kollektiv verbindliche Entscheidungen in Demokratien dem Recht überantwortet werden sollten. Wir sollten diese Fragen in aller Sachlichkeit diskutieren, ohne uns gegenseitig mangelndes Rechtsbewusstsein einerseits, mangelndes Demokratieverständnis andererseits vorzuwerfen.

### *Der Liberalisierungsbias der europäischen Integration*

Eine Evaluation der europäischen Integration zwischen Marktschaffung und sozialem Europa erfordert die Beachtung von sowohl Sozial- als auch Binnen-

Urteile stets Gefahr liefen, von den Mitgliedstaaten nicht akzeptiert und nicht befolgt zu werden. Um solche Situationen nicht entstehen zu lassen, bewege sich der EuGH – so diese Sicht – stets im Bereich der »wahren« Präferenzen der Mitgliedstaaten. Nur deshalb würden die Urteile befolgt. Im Ergebnis erfolge Legitimitätszufuhr »ex post« über die Umsetzung.

138 Siehe Mayer (2009): 22.

marktpolitik (die ja nicht selten auf dieselben Gegenstände zugreifen). Der politökonomische Forschungsstand zum Thema legt nahe, dass deutliche Anzeichen für einen systematischen Liberalisierungsbias existieren, der aus dem einfachen Umstand resultiert, dass das supranationale Recht ein wirkungsvolles Instrument zur Beseitigung (vermeintlicher) Behinderungen der Marktfreiheiten ist, während gestalterischer Politik (Steuerharmonisierung, umverteilende Sozialpolitik usw.) hohe Hürden politischer Konsensfindung aufliegen, die weder von der Kommission noch vom EuGH unter Umgehung der heterogenen Interessen der Mitgliedsländer beseitigt werden können.<sup>139</sup> Der Autor des Gutachtens tendiert dazu, die Ansätze sozialpolitischer Koordination stark, die liberalisierenden Wirkungen der Binnenmarktpolitik und -rechtsprechung hingegen schwach zu betonen (oder sogar unerwähnt zu lassen). Daraus entsteht eine lange Liste von Erwähnungen des Sozialen im europäischen Primär- und Sekundärrecht, aber eben kein Gesamtbild.

Das Problem sei anhand von drei Beispielen illustriert:

Erstens: Franz Mayer verdeutlicht, dass die Union nach Art. 137 EGV die Tätigkeit der Mitgliedstaaten unter anderem auf dem Gebiet der Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer unterstützt. Das erweckt den Eindruck, die europäische Integration festige die Mitbestimmung. Würde man die Auswirkungen der Binnenmarktrechtsprechung in die Betrachtung einbeziehen, sähe der Befund anders aus. Durch seine extensive Interpretation der Niederlassungsfreiheit (Urteile zu *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*)<sup>140</sup> hat der EuGH Möglichkeiten zur Flucht aus der Unternehmensmitbestimmung geschaffen, die vorher nicht bestanden und die im Fall *Air Berlin* bereits genutzt wurden.<sup>141</sup> Vieles spricht dafür, dass die langfristigen Auswirkungen dieser Rechtsprechung, die in Mayers Betrachtung unerwähnt bleibt, auf lange Sicht schwerer wiegen als die genannte Bestimmung aus Art. 137 EGV.

Zweitens: Der Autor des Gutachtens erwähnt die Nennung der öffentlichen Daseinsvorsorge in Art. 16 EGV und das Protokoll zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Im Saldo aber hat die extensive Interpretation der wettbewerbsrechtlichen Kompetenzen durch Kommission und EuGH in den ehemals »staatsnahen« Sektoren öffentlicher Daseinsvorsorge Deregulierungen angestoßen, die auf nationalstaatlicher Ebene niemals durchsetzbar gewesen wären.

Drittens: Allgemein betont der Autor des Gutachtens die »soziale Schlagseite« der EuGH-Rechtsprechung, lässt aber die Wirkungen des europäischen Steuerwettbewerbs auf der Einnahmeseite der europäischen Wohlfahrtsstaaten unerwähnt. In einer Reihe von Urteilen hat der EuGH Praktiken der Steuervermeidung als von der Binnenmarktlogik getragen legitimiert, versuchte Begrenzungen dieser Praxis durch den nationalen Gesetzgeber hingegen als nicht von »zwingenden Gründen des Allgemeininteresses« gedeckt verworfen (was könnte ein zwingender Grund sein als das Interesse der Allgemeinheit an der Finanzierung der öffentlichen Aufgaben?).<sup>142</sup> So kommen empirische Studien dann auch zu dem Ergebnis, dass der Steuerwettbewerb in der Europäischen Union ausgeprägter ist als außerhalb ihrer.<sup>143</sup> Wegen ihrer *backstop*-Funktion drücken sinkende Körperschaftsteuersätze auch den Spitzensteuersatz und unterminieren damit das Hauptinstrument, das dem modernen Wohlfahrtsstaat zur sozialen Umverteilung von Einkommen zur Verfügung steht.

Kurz: Die Evaluation des Sozialen Europas bedarf der Beachtung der positiven und der negativen Integration. Nicht nur demokratietheoretisch, auch hinsichtlich der wirtschaftlichen und sozialen Folgewirkungen erscheint die Transformation nationaler Rechtsbestände durch immer extensivere Interpretationen der Grundfreiheiten problematisch. Aus diesem Grund möchte ich davor warnen, Versuche des Bestandschutzes nationaler Produktions- und Umverteilungspraktiken vorschnell als vermeintlich illegitime »nationale Egoismen« zu qualifizieren.

*Fazit: Gibt es das Soziale Europa?*

Die Frage, ob es das Soziale Europa gibt, kann nur normativ gemeint sein: Wie könnte ein Soziales Europa mittelfristig aussehen, was kann von der europäischen Integration in Sachen Sozialpolitik realistisch erwartet werden? Und welche Aufgabe würde dabei dem EuGH zufallen? Mayer betont zu recht, dass der EuGH mit seiner Rechtsprechung zur Etablierung eines Antidiskriminierungsstaats beigetragen hat. Diese Dimension des Sozialen Europa ist ernst zu nehmen. Die Erwartung aber, nationale Umverteilungsgemeinschaften oder etwa das skandinavische Modell der Sozialpartnerschaft seien auf ein Europa von Schweden bis Rumänien zu übertragen,

<sup>142</sup> Vgl. hierzu auch das Interview mit EuGH-Richter Thomas von Danwitz in der *Börsen-Zeitung* vom 11.10.2008.

<sup>143</sup> In dieser Hinsicht ist die Europäische Union somit kein »Schutzschild vor Globalisierungseffekten« (Ganghof/Genschel 2008: 316–320), sondern ein Durchlauferhitzer, der die Wirkungen der Globalisierung potenziert.

<sup>139</sup> Siehe Scharpf (1999).

<sup>140</sup> C-212/97, C-208/00 und C-167/01.

<sup>141</sup> Eine Dokumentation mitbestimmungsrelevanter Fälle findet sich bei Sick (2008).

erscheint nicht realistisch.<sup>144</sup>

Ein Soziales Europa kann vor diesem Hintergrund nur eines sein, das die Transnationalisierung des Sozialen behutsam fördert, gleichzeitig aber autonomieschonend mit nationalen Produktionskulturen, Umverteilungspraktiken und Sozialpartnerschaften umgeht. Hierfür wäre eine EuGH-Rechtsprechung vonnöten, die sensibel ist für die Rückwirkungen der Binnenmarktjudikatur auf eben diese Institutionen, Kulturen und Praktiken. Das aber kann nur bedeuten: Der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten darf durch Richterrecht nicht uferlos ausgedehnt werden.<sup>145</sup> Was wir derzeit beobachten, ist das genaue Gegenteil. Der EuGH bekundet seine Bereitschaft, mit Überinterpretationen der Grundfreiheiten in Bereiche hineinzuregieren, die die Mitgliedstaaten aus gutem Grund durch Art. 137 (5) EGV vor dem Zugriff der supranationalen Institutionen schützen wollten. Er manövriert den regulierten Kapitalismus in eine institutionalisierte Defensive, in eine Situation, in der jedes Element der nationalen Arbeits- und Sozialverfassungen in jedem Einzelfall vor Gericht als von zwingenden Gründen des Allgemeininteresses getragen und als verhältnismäßig legitimiert werden muss. Das ist politisch nicht akzeptabel. Und bedarf deshalb einer politischen Antwort.

### Literaturnachweis

- Callaghan, Helen, 2009: How Multilevel Governance Affects the Clash of Capitalisms. In: *Journal of European Public Policy* (im Erscheinen).
- Ganghof, Steffen/Philipp Genschel, 2008: Deregulierte Steuerpolitik: Körperschaftssteuerwettbewerb und Einkommensbesteuerung in Europa. In: Martin Höpner/Armin Schäfer (Hrsg.), *Die Politische Ökonomie der europäischen Integration*. Frankfurt/New York: Campus, 311–334.
- Hall, Peter A./David Soskice, 2001: An Introduction to Varieties of Capitalism. In: Peter A. Hall/David Soskice (Hrsg.), *Varieties of Capitalism. Institutional Foundations of Comparative Advantage*. Oxford: Oxford University Press, 1–68.
- Höpner, Martin/Armin Schäfer, 2008: Grundzüge einer politökonomischen Perspektive auf die europäische Integration. In: Martin Höpner/Armin Schäfer (Hrsg.), *Die Politische Ökonomie der europäischen Integration*. Frankfurt/New York: Campus, 11–45.
- Joerges, Christian/Florian Rödl, 2008: Das soziale Defizit des Europäischen Integrationsprojekts. In: *Kritische Justiz* 41, 149–165.
- Mayer, Franz C. (2009): Der EuGH und das soziale Europa. In: *Der EuGH und das soziale Europa. Für eine Aufwertung sozialer Rechte im EU-Rechtssystem*. Internationale Politikanalyse. Friedrich-Ebert-Stiftung, 7–25.
- Moravcsik, Andrew, 1994: *Why the European Community Strengthens the State: Domestic Politics and International Cooperation*. Harvard University CES Working Paper. Cambridge: Center for European Studies.
- Pollack, Mark A., 2003: *The Engines of European Integration: Delegation, Agency, and Agenda Setting in the EU*. Oxford: Oxford University Press.
- Rödl, Florian, 2009: *Arbeitsverfassung*. In: Armin von Bogdandy (Hg.), *Europäisches Verfassungsrecht*. Zweite Auflage. Berlin: Springer (im Erscheinen).
- Scharpf, Fritz W., 1999: *Regieren in Europa: Effektiv und demokratisch?* Frankfurt/New York: Campus.
- Sick, Sebastian, 2008: *Mitbestimmungsrelevante Unternehmen mit ausländischen/kombiniert ausländischen Rechtsformen*. Düsseldorf: Hans Böckler Stiftung. ([http://www.boeckler.de/pdf/mbf\\_2008\\_06\\_19\\_sick.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/mbf_2008_06_19_sick.pdf))
- Weiler, Joseph H. H., 1986: Eurocracy and Distrust: Some Questions about the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental European Rights within the Legal Order of the European Communities. In: *Washington Law Review* 61, 1103–1142.

144 Wohlgemerkt unterstelle ich Mayer diese Erwartung nicht. Meine Beobachtung ist aber, dass sie als Prämisse vieler gewerkschaftlichen und sozialdemokratischen Stellungnahmen zum Thema dient. In den Gewerkschaften, insbesondere ver.di und IG Metall, hat eine kritische Debatte über diese Prämissen eingesetzt (vgl. beispielsweise die Stellungnahme von Hans-Jürgen Urban in Ausgabe 3/2009 der Mitbestimmung, im Erscheinen).

145 Es existiere »kein Lebensbereich«, der von den europäischen Grundfreiheiten unberührt bliebe, sagt EuGH-Präsident Vassilios Skouris im Interview mit *Capital* vom 19.7.2007, 46.

### 3.3 Christian Joerges: Bemerkungen zu dem Gutachten von Franz C. Mayer

#### Vorbemerkung zur grundsätzlichen Bedeutung des Streitgegenstandes

Das von Franz Mayer vorgelegte Gutachten und dessen kritische Erörterung während des Workshops in Berlin sind Anzeichen dafür, dass sich eine Debatte abzeichnet, die von ebenso grundsätzlicher Bedeutung sein wird wie die erste große Kontroverse um die Verfassung der Bundesrepublik. Damals, nämlich im Jahre 1954, stritten Ernst Forsthoff und Wolfgang Abendroth um die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes.<sup>146</sup> Forsthoff behauptete, die Form der Rechtsstaatlichkeit sei mit einer Deutung der Sozialstaatlichkeit als verbindliches Rechtsprinzip unverträglich. Abendroth knüpfte an Hermann Heller an: Das Rechtsstaatsprinzip sei auf einen materialen Gerechtigkeitsbegriff verpflichtet, den die Demokratie zu realisieren habe.

Dieser Anknüpfungspunkt liegt lange zurück und ist dennoch nicht weit hergeholt. Dies möchte ich an drei Fragenkomplexen verdeutlichen, und zwar an:

(1) dem Prinzip der rechtsstaatlichen Bindung des Regierens, das in den »Neuen Formen des Regierens«, insbesondere der sogenannten Offenen Koordinierungsmethode zu erodieren droht

(2) der systematischen Vernachlässigung von Wirtschaft und Gesellschaft in der Europarechtswissenschaft, die zu verkürzten Wahrnehmungen der verfassungspolitischen Problematik institutioneller Festlegungen geführt hat – die Rezeption des Maastricht-Urteils des Bundesverfassungsgerichts ist ein Beispiel von exemplarischer Bedeutung –

(3) der Handhabung des Suprematieprinzips in den Rechtssachen »Viking«, »Laval« und »Rüffert«, mit der sich der EuGH zur *pouvoir constituant* erhebt.

Zu (1): Rechtsstaatlichkeit

Europa ist nach dem berühmten Wort Walter Hallsteins eine Rechtsgemeinschaft. »Integration durch Recht« hieß nicht von ungefähr das erst große Projekt des (damals noch jungen) Hochschulinstituts in Florenz.<sup>147</sup> Diese Tradition ist nun allerdings in eine Schiefelage geraten, in der die Kernthese von Forsthoffs über die Unverträglichkeit von Rechts- und Sozialstaatlichkeit eine irritierende Aktualität gewonnen hat. In der EU hat sich seit dem Governance-Weißbuch von 2001<sup>148</sup> im großen Stil eine Wendung zu »Neuen Formen des Regierens« vollzogen, in denen

das Recht sich nicht nur, wie Niklas Luhmann sagen würde, nach allen Richtungen hin »kognitiv öffnet«, sondern in denen auch das Regieren einer diffusen, von den Bürgern nicht mehr bestimmbaren Schar von Partizipanten überantwortet wird.<sup>149</sup> Die Offene Koordinierungsmethode gehört in diesen Zusammenhang. Franz Mayer spricht hier vom »Ausweichen europäischer Politik in die rechtlich nicht recht greifbaren weichen Instrumente informeller Koordinierung (offene Methode der Koordinierung)«. <sup>150</sup> Er sieht darin das Bestreben nach einer Stärkung der sozialen Dimension des europäischen Projekts. Dies ist in der Tat die Begründung, die in den Diskussionen um das Weißbuch von 2001 und um die Offene Koordinierungsmethode immer wieder zur Rechtfertigung politischer Projekte in rechtlich ungebundenen oder »sanften« Formen des Regierens angeführt wird. Man muss jedoch hinzufügen, dass gerade auch die von Franz Mayer zitierten Protagonisten der Koordinierungsmethode unterstreichen, dass man über deren Effektivität grundsätzlich nichts aussagen könne.<sup>151</sup> Das mag hier dahinstehen. Klar ist freilich, dass man mit der These, die Wahrnehmung sozialer Belange zwingt zum Ausweichen in rechtsstaatlich nicht kontrollierbare Formen des Regierens, zum Parteigänger Forsthoffs wird, der dem Sozialen die Rechtlichkeit absprechen wollte. Auf nationalstaatlicher Ebene demgegenüber ist darauf zu bestehen, dass man das Sozialstaatsprinzip nicht durch unverbindliche und in ihrer Wirkung unklaren Koordinationsmechanismen ersetzen darf. Wenn es auf europäischer Ebene nicht möglich sein sollte, das *proprium* der Rechtsstaatlichkeit, nämlich die rechtliche Bindung politischer Herrschaft und deren durch Recht vermittelten Legitimität in sozialen Fragen durchzuhalten, so ist dies ein Anzeichen institutioneller Schwierigkeiten, denen das Europarecht Rechnung tragen muss. Hierauf wird im dritten Fragenkomplex zurückzukommen sein. Es sollte dabei auch deutlich werden, warum Franz Mayer die Problemlage erkennt, wenn er zwar die Offene Koordinierungsmethode hinnimmt, den Kritikern des EuGH aber ein »unzureichendes Rechtsstaatsbewusstsein« vorhält.<sup>152</sup>

Zu (2): Die Europäische Wirtschaftsverfassung nach dem Urteil zum Vertrag von Maastricht

In der Verfassungstheorie der Bundesrepublik haben sich die Wege der Wirtschaftsrechtler und der Staatsrechtler sehr früh getrennt. Die Wirtschaftsrechtler verschrieben sich ganz überwiegend ordoli-

149 Näher Joerges, Christian (2008/41) 213–237.

150 Mayer (2009): 13.

151 Vgl. den bei Mayer (2009): 13, Anm. 36 zitierten Beitrag von D. M. Trubek/L. G. Trubek.

152 Mayer (2009): 22.

146 Forsthoff, E. (1954) 279 ff.

147 Cappelletti, M./Secombe, J. H. H. Weiler, (Hrsg.) (1989).

148 Europäische Kommission (2001/428).

beralen Leitvorstellungen – die Staatsrechtler haben sich im Namen der parlamentarischen Demokratie gegen die These verwahrt, das Grundgesetz habe eine ordnungspolitische Festlegung getroffen. Im Europarecht hat dieses Schisma sich fortgesetzt. An den Universitäten wurde das neue Fach den Kollegen des Öffentlichen Rechts zugewiesen. Die Wirtschaftsrechtler dominierten freilich in Teilgebieten wie dem Wettbewerbsrecht und waren innerhalb der Kommission in Brüssel lange Zeit sehr einflussreich. Sie haben hier wie dort unbeirrbar die Theorie einer europäischen Wirtschaftsverfassung verfochten.<sup>153</sup>

Im Zuge des dynamischen Wachstums des Europäischen Sekundärrechts und des sich steigernden Einflusses des Primärrechts und der Europäischen Rechtsprechung ist aus der Binnendifferenzierung der Europarechtswissenschaft eine Fragmentierung in Sektoren geworden, die einander kaum noch zur Kenntnis nehmen können und grundsätzlich wichtige Dimensionen der Rechtsentwicklungen im jeweiligen Nachbargebiet übersehen oder nicht verstehen. Ein Beispiel hierfür ist das Maastricht-Urteil des BVerfG.<sup>154</sup>

Das Urteil des BVerfG zum Vertrag von Maastricht hat wegen seiner europaskeptischen Passagen sehr viel Kritik erfahren. Franz C. Mayer hat diese Diskussion sehr verdienstvoll aufgearbeitet.<sup>155</sup> Erstaunlich und bedauerlich ist nun allerdings, dass im Lager der Verfassungstheoretiker nicht bemerkt wurde, dass sich das BVerfG in seinem Urteil der Sache nach auf die Wirtschaftsverfassungstheorie des Ordoliberalismus festgelegt hat. Es hat dabei insbesondere dessen wirtschaftsverfassungsrechtliche *essentials* für die Wirtschafts- und Währungsunion zur Voraussetzung für die Ratifizierbarkeit des Maastrichter Vertrages erhoben und so die Entwicklung Europas zum »Markt ohne Staat« fortgeschrieben. Es hat damit aber gleichzeitig eine entsprechende Einbindung der nationalen Wirtschaftspolitik den Weg bereitet und so die Umbildung der Mitgliedstaaten zu »Staaten ohne Märkte« gefördert. Weder die Verteidiger noch die Kritiker des Bundesverfassungsgerichts haben sich danach der Frage gestellt, warum Europapolitik in ihrer Praxis die ihr vom Maastrichter Vertrag, dem Stabilitätspakt und dem BVerfG auferlegten stringenten Bindungen nicht wirklich ernst genommen hat.<sup>156</sup> Wie dieses Versäumnis im Umgang mit der gegenwärtigen Finanzkrise nachwirkt, muss hier dahinstehen. Festgehalten sei lediglich, dass im Zuge der Integration Erosionen der nationalstaatlichen Handlungsfähigkeit zu

beobachtet sind, die nicht durch neue Europäische Handlungskompetenzen kompensiert werden konnten.

Es ist zwar richtig, dass sich im Europäischen Recht auch gegensätzliche Tendenzen finden, nämlich Elemente eines Europäischen Sozialmodells, die in der Entwicklung nach Maastricht an Bedeutung gewonnen haben. Nun muss man freilich mit Ernst-Wolfgang Böckenförde auch fragen, wie es um die Einlösbarkeit wohlklingender Formeln bestellt ist.<sup>157</sup> Immer wieder muss man erkennen, dass sozialstaatliche Programmatiken rechtlich nicht hinlänglich abgesichert sind.<sup>158</sup> Die These oder Hoffnung, aus den sozialen Elementen des Primär- und Sekundärrechts werde sich ein Äquivalent zur nationalstaatlichen Sozialstaatlichkeit auf europäischer Ebene entwickeln, steht auf allzu töneren Füßen.

Zu 3: Der EuGH als »pouvoir constituant«?

Ein systematisches Hindernis für die konsequente Entwicklung europäischer Sozialstaatlichkeit hat Franz Mayer mit der von Fritz Scharpf diagnostizierten »Entkoppelung der sozialen Politik von der wirtschaftlichen Verfassung« angedeutet,<sup>159</sup> die der Aussage von Ernst-Wolfgang Böckenförde entspricht. Wenn Mayer hinzufügt, diese Diagnose dürfe »nicht dazu verleiten, der EU jegliche soziale Dimension abzusprechen und eine schematische Gegenüberstellung Markt auf europäischer Ebene versus Soziales auf nationaler Ebene vorzunehmen«<sup>160</sup>, so sehe ich genau hierin eine Bestätigung meiner These von der Abkoppelung des vorherrschenden Europäischen Konstitutionalismus von Wirtschaft und Gesellschaft. Mayer stellt die sozialpolitischen Implikationen der Integration als eine praktisch-politische Frage dar, die sich »so oder so« lösen ließe. Die Überwindung des in der Konstruktion Europas angelegten sozialen Defizits wird deshalb nicht als konstitutive Voraussetzung für eine Demokratisierung der Union, die zu einer europäischen Sozialstaatlichkeit führen könnte, begriffen. Stattdessen begrüßt man, was nur textlich einen inkrementeller Fortschritt anzeigt, als Beleg realer Änderungen oder Entwicklungsmöglichkeiten.

Eben wegen dieser viel zu engen Sichtweise wird auch nicht deutlich, warum der EuGH keineswegs einfach anerkannte Rechtsgrundsätze »anwendet«, warum wir bloß – mit Christian Heidfeld – zur Kenntnis zu nehmen hätten, wie man das Recht »auszulegen und anzuwenden hat«<sup>161</sup>. Die grundsätzliche Bedeu-

153 Statt aller Mestmäcker, E.-J. (2003)

154 Urteil vom 12.10.1993, BVerfGE 89, 155.

155 Mayer, Franz C. (2000)

156 Dazu näher: Joerges, Christian (2005):187 ff.

157 Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1979): 23 ff.

158 Näher Joerges, Ch.; Rödl, F. (2005).

159 Mayer (2009): 9, Anm. 21.

160 Mayer (2009): 9.

161 Heidfeld (2009): 28.

tung und Problematik dieser Urteile lässt sich mit Hilfe der Verfassungstheorie des Ordoliberalismus verdeutlichen. Jedenfalls der ältere Ordoliberalismus (Eucken, Böhm, Müller-Armack) hat die Wirtschafts- und Sozialverfassung als interdependente Ordnungen verstanden. Zwischen ihnen galt gerade kein Verhältnis der Suprematie, sondern der Komplementarität und praktischen Konkordanz. Zweimal, nämlich in seinem Investitionshilfe-Urteil<sup>162</sup> und dann nochmals im Mitbestimmungsurteil<sup>163</sup> hat das BVerfG die Vorstellung, die Sozialverfassung habe sich an Geboten der Wirtschaftsverfassung auszurichten, in aller Klarheit zurückgewiesen. Dementsprechend wäre es ein grundsätzliches Missverständnis, wenn man aus der Diagnose einer Abkoppelung von Wirtschafts- und Sozialverfassung im Integrationsprozess die normative Folgerung herleiten wollte, das Suprematieprinzip des Europäischen Rechts bedeute, dass die Wirtschaftsverfassung Europas Vorrang vor den Sozialverfassungen erhalten sollte. Das wäre mit der Kompetenzordnung der Gemeinschaft/Union und dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gänzlich unverträglich. Stattdessen ist davon auszugehen, dass es ein Gebot der Achtung wohlfahrtsstaatlicher Bestände der nationalen Verfassungen gibt. Dies bietet keinen Schutz gegen faktische Erosionen, wohl aber gegen die Inanspruchnahme einer Kompetenz des EuGH zur Revision wohlfahrtsstaatlich geprägter Verfassungen. Wer dem EuGH solche Kompetenzen zuschreiben möchte, ernennt das Gericht zu Europas *pouvoir constituant*.

Erzliberale Auffassungen zur Wirtschafts- und Sozialpolitik treffen freilich auf starke, wenn auch nicht einheitlich formierte rechtstaatliche und demokratische Traditionen in der EU. Man darf aber nicht verkennen, dass sie in anderem Gewande durchaus praktisch-politisch bedeutsam sind. Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung »nur« die Emanzipation des Arbeitsrechts von den Marktgesetzen relativiert. Wenn man dem das Bestreben der Kommission an die Seite stellt, den Schutz der Arbeitnehmer über *employability* und *flexicurity* sowie die Offene Koordinierungsmethode zu bewerkstelligen, so werden die Konturen eines »Sozialmodells« sichtbar, in dem nicht mehr staatliche Politik die Sozialverträglichkeit des Marktgeschehens gewährleisten soll, sondern die Politik sich an dem ausrichten soll, was den Anforderungen der Märkte entgegenzukommen scheint.

### Literaturnachweis

- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1979): Welchen Weg geht Europa? München: Carl-Friedrich-von-Siemens-Stiftung.
- Cappelletti, M./Secombe, J. H. H. Weiler (Hrsg.) (1989): Integration through Law: Europe and the American Federal Experience, Berlin/New York 1986.
- Europäische Kommission (2001/428): Regieren in Europa – Ein Weißbuch, KOM (2001) 428 endg. v. 25.7.2001.
- Forsthoff, E. (1954): Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 12 (1954), 8 ff.; W. Abendroth, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, Festschrift Ludwig Bergsträßer, Düsseldorf: Droste.
- Heidfeld, Christian (2009): Die Rechtsprechung zum Arbeitskampf- und Tarifrecht – Der EuGH in der Kritik. In: Der EuGH und das soziale Europa. Für eine Auswertung sozialer Rechte im EU-Rechtssystem. Internationale Politikanalyse. Friedrich-Ebert-Stiftung, 26–29.
- Joerges, Christian (2005): Macht Europa seiner Wirtschaftsverfassung den Prozess? – Ein melancholischer Rückblick. In: G. Brüggemeier (Hrsg.), Liber Amicorum Eike Schmidt, Heidelberg: C. F. Müller.
- Joerges, Christian/Rödl, F. (2005): The »Social Market Economy« as Europe's Social Model? In: L. Magnusson /B. Stråth (Hrsg.), A European Social Citizenship? Preconditions for Future Policies in Historical Light, Brussels: Lang (abrufbar als EU Working Paper Law 2005/4).
- Joerges, Christian (2008/41): Integration durch Entrechtlichung? In: G. F. Schuppert/M. Zürn (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, PVS Sonderheft 41/2008; abrufbar unter <http://www.zerp.uni-bremen.de/>
- Mayer, Franz C. (2000): Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, München: C.H. Beck.
- Mayer, Franz C. (2009): Der EuGH und das soziale Europa. In: Der EuGH und das soziale Europa. Für eine Aufwertung sozialer Rechte im EU-Rechtssystem. Internationale Politikanalyse. Friedrich-Ebert-Stiftung, 7–25.
- Mestmäcker, E.-J. (2003): Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union. Beiträge zu Recht, Theorie und Politik der europäischen Integration, Baden-Baden: Nomos.

162 BVerfG, Urteil vom 20.7.1954.

163 BVerfG, Urteil vom 4.5.1979.

### 3.4 Eva Kocher: Das »Soziale« in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

#### *Die notwendige Marktradikalität der Grundfreiheitsrechtsprechung*

Die Verträge über die Europäische(n) Gemeinschaft(en) wiesen von Anfang an ein soziales Defizit auf.<sup>164</sup> Im rechtlichen Mittelpunkt aller Verträge stand und steht das Ziel der ökonomischen Integration und Öffnung der Märkte aller Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft(en). Der EG-Vertrag gewährleistet zur Herstellung des Gemeinsamen Marktes außer der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EG) eine Reihe unternehmerischer Freiheiten, nämlich die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EG), die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG), die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG), die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 EG).

Zwar handelt es sich bei den Grundfreiheiten formal um Individualrechte. Will man die polit-ökonomischen Wirkungen beurteilen, muss es auf die ökonomischen Funktionen der Rechte ankommen. Und hier kann kaum zweifelhaft sein, dass der Schutzbereich der Grundfreiheiten fast ausschließlich wirtschaftliche Tätigkeiten auf privatwirtschaftlich organisierten Märkten erfasst. Diese Grundfreiheiten waren und sind Ausgangspunkt und wesentlicher Gegenstand der Tätigkeit des Europäischen Gerichtshofs. Der Europäische Gerichtshof agierte von Beginn an als Motor einer »Integration durch Recht« und leistete damit eine Verrechtlichung ökonomischer Integration, die vor allem von den unternehmerischen Grundfreiheiten ausging. Der Europäische Gerichtshof verhalf dabei der inneren Dynamik der unternehmerischen Freiheiten zu rechtlicher Wirksamkeit. Die Grundfreiheiten dienen so in ihrer wirtschaftlichen und sozialen Funktion dazu, die grenzüberschreitende unternehmerische Tätigkeit von nationalstaatlichen Schranken zu befreien und Märkte zu öffnen. Diese Funktionsweise beschreibt der Begriff »marktradikal« sachlich durchaus zutreffend.

#### *Das »Soziale« im Gemeinschaftsrecht*

Gleichzeitig bewirkte die Verrechtlichung bis hin zur Konstitutionalisierung des Gemeinschaftsrechts<sup>165</sup> eine gesellschaftliche und politische Einbindung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten auf einer europäischen Ebene.

Die Verträge stellten und stellen aber keineswegs ein Gleichgewicht zwischen den liberalisierenden Grundfreiheiten und kompensierenden sozialen Rechten her. Zwar gibt es (insbesondere im Lissabonner Vertrag) mittlerweile eine Reihe von Programmsätzen und Zielbestimmungen, die das »Soziale« symbolisch aufwerten.<sup>166</sup> Auch auf den EuGH, der lange Zeit allein verantwortlich war für die Konstitutionalisierung des Gemeinschaftsrechts, richteten sich Hoffnungen auf einen sozialen Ausgleich im europäischen Kontext.<sup>167</sup> Denn die Konstitutionalisierung war und ist unlösbar mit der Anerkennung subjektiver Grundrechte verbunden, die im Gegensatz zu den Grundfreiheiten mit ihrer ökonomischen Funktion menschenrechtliche und bürgerschaftliche Funktionen erfüllen.

Die 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. Eine gemeinschaftsrechtliche oder mitgliedschaftliche Maßnahme könnte also nicht unmittelbar daraufhin rechtlich kontrolliert werden, ob sie die Grenzen der Grundrechte wahrt.<sup>168</sup> Und: Während die mit den Grundfreiheiten verfolgten Politiken der Marktöffnung durch rechtsetzende Maßnahmen der Gemeinschaft praktisch in vollem Umfang verstärkt, begleitet und abgefedert werden können, hat die Gemeinschaft keine entsprechend weitreichenden Kompetenzen für eine gemeinschaftsrechtliche Sozialpolitik (Art. 136 ff. EG).

Der rechtliche Kern der Rechtsprechung des EuGH zur Zulässigkeit eines sozialen Ausgleichs ist jenseits allgemeiner Programmsätze und symbolischer Anerkennung von Rechten zu suchen. Im rechtlichen und wirtschaftlichen Kontext der Verträge erscheinen nationale Sozialpolitiken, Verbraucherschutz oder Arbeitnehmerschutz in der Regel als »Beschränkungen« grenzüberschreitender unternehmerischer Tätigkeit. Das »Soziale« ist damit rechtssystematisch regelmäßig rechtfertigungsbedürftig. Der rechtliche Kern der EuGH-Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Sozialpolitiken liegt deshalb in der Anerkennung »sozialer« Rechtfertigungen der Beschränkung der Grundfreiheiten.<sup>169</sup> In der Entsenderechtsprechung betont der EuGH insofern, dass Beschränkungen der Grundfrei-

<sup>166</sup> Siehe dazu ausführlich bei Mayer (2009): 11 ff.

<sup>167</sup> Vgl. Zachert, NZA (2000): 623; Weiss, FS Hromadka (2008): 493 ff.

<sup>168</sup> Zur Rechtsqualität der Grundrechte siehe z. B. Schiek (2007): 30 ff.; Kocher (2008): 385 ff.

<sup>169</sup> So im Ergebnis auch die Darstellung bei Mayer (2009): 14 f.

<sup>164</sup> Siehe zum Beispiel schon Zachert, AuR 1989: 167; zur Entwicklung genauer Weiss (2008): 493 ff.; vgl. auch Thüsing (2008): Rn 5 ff.

<sup>165</sup> Zur Entwicklung kritisch z. B. Buckel (2007).

heiten zulässig seien, wenn sie auf »zwingenden Gründen des Allgemeininteresses« beruhten und einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung standhielten. Als zwingenden Grund des Allgemeininteresses erkennt der EuGH den Schutz der Arbeitnehmer an, »insbesondere im Bausektor«. Die Entsenderichtlinie, nationale Entsendegesetze und nationale Mindestarbeitsbedingungen und ihre Erstreckung auf entsandte Arbeitnehmer wurden so grundsätzlich für zulässig erklärt und nur jeweils in Einzelfragen korrigiert.<sup>170</sup>

### *Kontinuitäten der EuGH-Rechtsprechung*

Die neuere Rechtsprechung (von »Viking« bis »Luxemburg«) steht in der Kontinuität dieser langjährigen Rechtsprechung. Die Annahme des EuGH, dass auch ein grenzüberschreitender »Dumping«-Wettbewerb hinsichtlich der Arbeitsbedingungen grundsätzlich in den Schutzbereich der Grundfreiheiten falle, ist keineswegs neu.<sup>171</sup>

Darüber hinaus setzt der EuGH in den Urteilen »Viking« und »Laval« seine Konstitutionalisierungsrechtsprechung durch die Anerkennung sozialer kollektiver Grundrechte fort.<sup>172</sup> So erklärt sich die anfänglich so positive Bewertung der Urteile durch gewerkschaftliche Akteure. David Cockroft, der Generalsekretär der International Transport Workers' Federation (Internationale Transportarbeiter-Föderation/ITF; eine der Parteien des »Viking«-Verfahrens) 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.<sup>173</sup> Insofern ist auch das Streikrecht mehr als ein »Gesichtspunkt«, der als Durchbrechung der Grundfreiheiten dem Individualrecht der Grundfreiheit gegenübersteht und eng und einzelfallbezogen auszulegen ist.<sup>174</sup> Wie der EuGH zu Recht betont, handelt es sich vielmehr um ein (subjektives) Grundrecht.

### *Brüche seit »Viking«: Kollektivverhandlungsautonomie?*

Leider zieht der EuGH aber keine Konsequenzen aus dieser Feststellung – und diese Brüche, die sich in der Entscheidung finden und durch sie entstanden sind, sind im Ergebnis wichtiger als die Kontinuitäten. Denn der EuGH führt in diesen Fällen seine Entsenderechtsprechung unreflektiert fort, ohne zu erkennen, dass sich aus grenzüberschreitendem sozialen und kollektiven Handeln neue Anforderungen an das Gemeinschaftsrecht ergeben. In den neuen Fallgestaltungen spielte die autonome Aushandlung von Arbeitsbedingungen in Formen der Tarifautonomie sowie mit Mitteln des Arbeitskampfs eine entscheidende Rolle. Alle Entscheidungen offenbaren demgegenüber ein grundsätzlich etatistisches Verständnis von Arbeitnehmerschutz, das die sozialen Grundrechte des Streikrechts und der Tarifautonomie systematisch vernachlässigt und weder in ihrem wirtschaftlichen noch in ihrem sozialen und demokratischen Gehalt als Handlungs- und Verhandlungskompetenzen versteht.

In »Viking« und »Laval« kann sich der EuGH als soziale Rechtfertigung für kollektives Handeln nur »Arbeitnehmerschutz« vorstellen. Kollektive Maßnahmen sollen nach seinem Willen gerichtlich streng daraufhin kontrolliert werden, ob sie wirklich Ziele eines Mindest-Arbeitnehmerschutzes verfolgen; die Bestimmung der zulässigen Ziele und Mittel von autonomem Handeln wird enger gerichtlicher Kontrolle unterworfen. Von gesellschaftlicher Autonomie, Spielräumen für Kollektivverhandlungen, Einschätzungs- und Bewertungsprärogativen ist keine Rede. Die Anerkennung der sozialen Grundrechte (Kollektivverhandlungsfreiheit und Recht auf kollektive Maßnahmen) verbleibt damit auf einer symbolischen Ebene. Grundfreiheiten und (soziale) Grundrechte werden vom EuGH gerade nicht (und schon gar nicht gleichrangig) gegeneinander abgewogen.<sup>175</sup>

Durch die Konstruktion der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten geraten zudem die Handlungsoptionen der Nationalstaaten aus dem Blick. Denn durch die vom EuGH gewählte Konstruktion werden private Eingriffe an denselben Maßstäben gemessen wie staatliche Eingriffe: Private werden auf ein Allgemeininteresse verpflichtet, obwohl ihr Handeln in der Regel wirtschaftlichen oder kollektiven Interessen dient, die mit den Grundrechten als legitime Interessen anerkannt sind. Anders würde die Konstruktion der mittelbaren Drittwirkung funktionieren,

170 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).

171 Siehe Nachweise in Fußnote 170.

172 EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 (Viking), Rn 44 f; EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 (Laval), Rn 90 f.

173 Presseerklärung vom 11.12.2007; <http://www.itfglobal.org>

174 So aber die Formulierung bei Mayer (2009): 19.

175 So schon Kocher, AuR 2008: 15 ff; Wedl, DRdA 2008: 7; zum Ganzen ausführlich Kocher (o. J.); Kocher (2009).

für die jedenfalls im deutschsprachigen Raum wohl die Mehrheit der Literaturstimmen spricht.<sup>176</sup> Nach dieser Konstruktion entschied der EuGH in den Fällen »Kommission/Frankreich« bzw. die Entscheidung »Schmidberger« (Brenner-Blockade).<sup>177</sup> Danach haben die Mitgliedstaaten die Pflicht, die Grundfreiheiten in ihrer Gesetzgebung zu schützen und sie mit den Grundrechten abzuwägen. Und der EuGH hatte die Gelegenheit, die Abwägung von Grundfreiheiten und Grundrechten zu überprüfen. Dadurch gerieten auch der staatliche Regelungsrahmen für die Kollektivverhandlungsfreiheiten in den Blick sowie entsprechende Abwägungsprärogativen der Mitgliedstaaten.<sup>178</sup> Ordnungspolitisch hat diese Lösung den Vorzug, dass sie die Handlungskompetenz zum Ausgleich unterschiedlicher privater Interessen in die Hände der Mitgliedstaaten legt. So lassen sich direkte Eingriffe in die nationalen Privatrechtssysteme vermeiden<sup>179</sup> und Lösungen ermöglichen, die das eingespielte nationalrechtliche Instrumentarium nutzen<sup>180</sup>. Gerade im Bereich der Sozialpolitik ist dies ein unschätzbare Wert.

In »Rüffert« und »Luxemburg«<sup>181</sup> ging es unmittelbar um staatliche Gesetzgebung über Tarifierstreckungen. Auch hier denkt der EuGH ernsthaft nur über Mindest-Arbeitnehmerschutz als mögliche »soziale Rechtfertigung« nach. Der Staat unterstützt mit den Tarifierstreckungen jedoch nicht einfach nur einen konkreten Tarifvertrag oder einen konkreten Tarifinhalt,<sup>182</sup> sondern in erster Linie das nationale Tarifverhandlungssystem als solches – und damit soziale Grundrechte.<sup>183</sup> Hier wäre sogar in der vom EuGH gewählten Rechtskonstruktion Raum gewesen für eine unmittelbare Gegenüberstellung von Grund-

freiheiten und Grundrechten: Wenn schon das Bundesverfassungsgericht meint, der durch die Tarifierklärung erfolgende Eingriff sei unter anderem durch den intendierten Schutz der Tarifautonomie gerechtfertigt,<sup>184</sup> dann hätte es dem EuGH gut angestanden, ebenfalls ernsthaft über eine solche Abwägung nachzudenken. Auch dieser Raum wird nicht genutzt.

#### *Zum Gewicht der »Viking«-/»Laval«-Entscheidungen: Art. 137 Abs. 5 EG*

Beim Versuch, Entwicklungen zu Durchschnittsbewegungen zusammenzufassen, besteht die Gefahr, Entwicklungen, Kurven, Wendungen und Strömungen zu übersehen. Gerade die juristische Analyse kann sich nicht damit begnügen, einige unzutreffende mit anderen zutreffenden Entscheidungen aufzurechnen, sondern muss sich auf die Analyse der konkreten Entscheidungsbegründungen und entsprechenden Brüche konzentrieren.

Bei genauem Blick auf die Vorgehensweise des EuGH in den erwähnten Fällen tritt die Notwendigkeit der Skandalisierung der Brüche klar zutage. Denn der Europäische Gerichtshof missachtet hier eine zentrale Norm der europäischen Sozialordnung: Nach Art. 137 Abs. 5 EG erstrecken sich die Kompetenzen der Gemeinschaft nicht auf »das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrensrecht«. Arbeitskampf- und Koalitionsrecht sollen als Kern der nationalen Arbeitsrechtsordnungen gemeinschaftsrechtlich unantastbar sein.

Hintergrund dieser Norm war zum einen die große Divergenz der nationalen Kollektivverhandlungs- und Entgeltaushandlungssysteme in den Mitgliedstaaten, zum anderen die Hoffnung auf das Entstehen eines äquivalenten transnationalen Kollektivverhandlungssystems im Rahmen eines »sozialen Europas«. <sup>185</sup> Gerade die Entscheidung »Viking«<sup>186</sup> bezieht ihre Tragik auch daraus, dass die dort vom EuGH so heftig kritisierte ITF bislang die einzige Organisation geblieben ist, in deren Rahmen tatsächlich schon ansatzweise eine transnationale Koordination von Kollektivverhandlungen entwickelt wurde.

Das Stoppschild des Art. 137 Abs. 5 EG ist damit von fundamentaler Bedeutung für das Verhältnis der gemeinschaftsrechtlichen und der nationalen Sozialordnungen.<sup>187</sup> Seine Missachtung durch den EuGH

176 Jarass, EuR 2000: 705, 716; Streinz/Leible, EuZW 2000: 459, 465; Burgi, EWS 1999: 327, 330; Kainer, JuS 2000: 431, 432; Kingreen in: Calliess/Ruffert, Art. 28/29/30 EG, Rn. 116; Röthel, EuR 2001: 908, 914; Kluth in: Calliess/Ruffert, Art. 50 EG, Rn. 47; genauso für Arbeitskampffälle Thüsing, RdA 2007: 308; eingehend zur Debatte Pießkalla, NZA 2007: 1144 ff.

177 EuGH, 9.12.1997 – C-265/95 (Kommission./Frankreich); EuGH, 12.6.2003 – C-112/00 (Schmidberger).

178 Kocher, in: Fischer-Lescano/Schmid/Rödl (Fußnote 175); Streinz/Leible, EuZW 2000: 459, 464 f; Kingreen in: Calliess/Ruffert, Art. 28/29/30 EG, Rn. 116; Kluth, AöR 122, 1997: 557, 570.

179 Streinz/Leible, EuZW 2000: 459, 466.

180 Burgi, EWS 1999: 327, 330.

181 EuGH, 3.4.2008 – C-346/06 (Rüffert); EuGH, 19.6.2008 – C-319/06 (Kommission/Luxemburg).

182 So missversteht aber Mayer (2009): 22 den Hinweis auf die Tarifautonomie.

183 So auch das BVerfG in seiner Entscheidung zum Berliner Vergabegesetz (BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007: 51); vgl. Kocher, DB 2008:1042 ff.

184 BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 (Berliner Vergabegesetz), NJW 2007: S. 51 ff.

185 Vgl. Art. 139 EG.

186 EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 (Viking), Rn 44 f; EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 (Laval), Rn 90 f.

187 Leider kommt diese grundlegende Norm in Mayers um-

wiegt auch deshalb so schwer, weil in diesem Fall der Hinweis nicht zieht, es müssten eben politische Mehrheiten gefunden werden.<sup>188</sup> Der europäische Gesetzgeber hat gerade keine Kompetenz, im Bereich des Arbeitskamps Regeln aufzustellen, wie sie der EuGH entwickelt.<sup>189</sup> Und selbst die vorgeschlagene »Konkretisierung« der Entsende-Richtlinie<sup>190</sup> weist in eine Sackgasse: Der EuGH hält seine Auslegung für eine zwingende Konsequenz der Dienstleistungsfreiheit<sup>191</sup>, sodass auf der Basis seiner Rechtsprechung die vorgeschlagene Änderung der Entsende-Richtlinie als primärrechtswidrig anzusehen wäre.

Die Frage, wie ein solches politisches Stoppschild rechtlich wirksam werden kann, stellt eine Kernfrage der weiteren Auseinandersetzung mit diesen Urteilen dar. Hier ist nicht der Ort, um im Einzelnen darzulegen, wie Art. 137 Abs. 5 EG in juristische Konstruktionen übersetzt werden könnte. An anderer Stelle habe ich ausgeführt, dass dieses Stoppschild den EuGH hätte davon abhalten müssen, die Grundfreiheiten unmittelbar auf privates autonomes Handeln anzuwenden wie in »Viking«/»Laval«. Es hätte den EuGH davon abhalten müssen, jegliche soziale Kompensation, selbst wenn sie durch privates, grundrechtgeschütztes Handeln erfolgt, in enger Verhältnismäßigkeitsprüfung an ein gerichtlich vorgegebenes Verständnis von Arbeitnehmerschutz zu binden, und damit arbeitskampfrechtliche Vorgaben zu setzen, zu der der europäische Gesetzgeber wegen Art. 137 Abs. 5 EG nicht befugt wäre.

### Literaturnachweis

- Buckel, Sonja (2007): Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts.
- Burgi, Martin (1999): Mitgliedstaatliche Garantienpflicht statt unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten; in: *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, Nr. 9, S. 327 ff.
- Jarass, Hans (2000): Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II; in: *Europarecht*, Nr. 5, 705 ff.
- Kainer, Friedemann (2000): Grundfreiheiten und staatliche Schutzpflichten- EuGH; in: *JuS*, Nr. 5, 431 ff.
- Kingreen, Thorsten (2006): Kommentierung Art. 1–9 (Grundrechte), S. 157 ff., Art. 28/29/30 EG in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hg.): *Verfassung der Europäischen Union*, 2006, 568 ff.
- Kocher, Eva (erscheint demnächst): Stoppt den EuGH? Zum Ort der Politik in einer europäischen Arbeitsverfassung. In: Fischer-Lescano; Schmid; Rödl, *Europäische Gesellschaftsverfassung*.
- Kocher, Eva (2008): Fundamental Social Rights in Community Law and in the German Constitution – Equivalent Rights?; in: *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Nr. 3, 2008, 385 ff.
- Kocher, Eva (2008): Kollektivverhandlungen und Tarifautonomie – Welche Rolle spielt das europäische Recht?; in: *Arbeit und Recht*, Nr. 1, 2008, 13 ff.
- Kocher, Eva (2008): Die Tariftreuerklärung vor dem EuGH, *Der Betrieb (DB)* 19/2008, 1042–1045
- Kocher, Eva (2009): Wer schützt die Beschäftigten im transnationalen Standortwettbewerb? In: Dieterich; Kezuka; Lefriant (Hrsg.): *Festschrift für Zachert* (demnächst).
- Kluth, Winfried (1997): Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages. Eine Analyse am Beispiel des Bosman-Urteil des EuGH; in: *AöR* 122, 1997, 557 ff.
- Kluth, Winfried (2006): Kommentierung Art. 50 EG; in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hg.): *Verfassung der Europäischen Union*, 2006.
- Mayer, Franz C. (2009): Der EuGH und das soziale Europa. In: *Der EuGH und das soziale Europa. Für eine Aufwertung sozialer Rechte im EU-Rechtssystem*. Internationale Politikanalyse. Friedrich-Ebert-Stiftung, 7–25.
- Pießkalla, Michael (2007): Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten des EG-Vertrages bei Boykottaufrufen durch Gewerkschaften; in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2007, 1144 ff.
- Röthel, Anne (2001): Grundfreiheiten und private Normgebung; in: *Europarecht*, 2001, Nr. 6, 908 ff.
- Schiek, Dagmar (2007): *Europäisches Arbeitsrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 3. Aufl., 2007, 377 S.
- Streinz, Rudolf/Leible, Stefan (2000): Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten; in: *EuZW* 2000, Nr. 15, 459 ff.
- Thüsing, Gregor (2007): *Europäisches Arbeitsrecht*; C.H. Beck Verlag, München, 2007.
- Thüsing, Gregor (2007): Blick in das europäische und ausländische Arbeitsrecht, *RdA* 2007, 307–312.
- Wedl, Valentia (2008): Gewerkschaftliche Arbeitskampfmaßnahmen versus Grundfreiheiten des Binnenmarktes – Grundsatzurteile des EuGH; in: *Das Recht der Arbeit*, Nr. 3, 2008.
- Weiss, Manfred (2008): Europa im Spannungsfeld zwischen Marktfreiheiten und Arbeitnehmerschutz. In: Frank Maschmann (Hrsg.) *Festschrift für Wolfgang Hromadka zum 70. Geburtstag*.
- Zachert, Ulrich (1989): EG-Binnenmarkt und Arbeitsrecht, *AuR* 1989, 161 ff.

fangreicher Zusammenstellung der Rechtsgrundlagen nicht vor; siehe Mayer (2009): 11 ff.

188 Mayer (2009): 20.

189 So auch die Kritik von Thüsing, *RdA* 2007: 308 und *Europäisches Arbeitsrecht*, 2008: Rn 12: Wenn Europa sich nicht positiv stützend vor das Arbeitskampsrecht stellen kann, dann ist es auch nicht sinnvoll, dass es hier beschränkend eingreift.

190 Mayer (2009): a. a. O.

191 Vgl. Art. 49 EG.

### 3.5 Florian Rödl: Wirklich auf einem »guten Mittelweg«?

Das Folgende konzentriert sich auf eine Stellungnahme zu Franz Meyers Darstellung der Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen »Viking«, »Laval« und »Rüffert«. Jene Darstellung lässt allenfalls in Ansätzen erkennen, dass der Europäische Gerichtshof methodisch angreifbare und rechtsdogmatisch gewagte Schritte unternehmen musste, um seine umstrittenen Ergebnisse zu begründen. Ungeachtet der polit-ökonomischen, institutionellen und verfassungstheoretischen Probleme, die das »soziale Europa« aufwirft, hat der EuGH darum durchaus einen eigenständigen Anteil an der Zuspitzung der jetzigen Situation.

#### *Restriktive Auslegung der Entsenderichtlinien*

Der EuGH hat die Entsenderichtlinien zum einen so ausgelegt, dass sie die mitgliedstaatlichen Regelungen zu Entsendearbeitsverhältnissen keiner Mindest- sondern einer Vollharmonisierung unterwirft; zum anderen hat er sie zu einer Richtlinie zur Begrenzung des Streikrechts gemacht.

Unter dem Gesichtspunkt der Begrenzung des Streikrechts hat der EuGH in der Entscheidung »Laval« verfügt, dass Gewerkschaften nur dann für gleiche Arbeitsbedingungen entsandter Arbeitnehmer kämpfen dürfen, wenn es a) um Kernarbeitsbedingungen nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie geht, wenn b) dazu keinerlei gesetzliche Regelung besteht und wenn schließlich c) die Gewerkschaften dazu generell vom eigenen Gesetzgeber ausdrücklich ermächtigt werden. Diese Auslegung kann man – nicht zuletzt angesichts des 22. Erwägungsgrundes zur Entsenderichtlinie, demzufolge die Richtlinie mitgliedstaatliches Recht zur kollektiven Interessensvertretung unberührt lassen soll – durchaus »sportlich« nennen. Um die Tragweite der neuen Vorgaben des EuGH für das Streikrecht zu veranschaulichen folgende Überlegung: Ein Bundesgesetz mit diesem Inhalt wäre wegen offensichtlichen Verstoßes gegen Art. 9 Abs. 3 GG verfassungswidrig.

In der Entscheidung »Rüffert« hat der EuGH zu Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie, der zufolge auf das Arbeitsverhältnis auch günstigere Regelungen Anwendung finden können als sie die Richtlinie vorschreibt, behauptet, diese Regelung beziehe sich nur auf günstigere Bedingungen, die der entsandte Arbeitnehmer aus dem Entsendestaat mitbringe, während das Gastland nicht über den in Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie vorgeschriebenen Schutz hinausgehen dürfen solle (also: Vollharmonisierung). Dieses Ergebnis ist eben-

falls schon methodisch höchst angreifbar, weil der EuGH der Vorschrift auf diese Weise jede praktische Bedeutung nimmt: Denn ohnehin hat und hätte kein mitgliedstaatliches Arbeitsrecht sein zwingendes Entsenderecht so ausgestaltet, dass es günstigere Bedingungen nach dem Recht des Entsendestaat ausgeschlossen hätte. Praktischen Sinn hat die Vorschrift darum nur, wenn sie auch dem Empfangsstaat den Erlass günstigerer Regelungen erlaubt als diejenigen, zu denen er nach Art. 3 Abs. 1 verpflichtet ist.

Es ist nach alledem nicht verwunderlich, dass inzwischen wichtige am Gesetzgebungsverfahren zur Entsenderichtlinie beteiligte Akteure die Auslegung als Vollharmonisierung kritisiert haben, darunter das Europäische Parlament (Andersson-Report, Ziff. 32) und die deutsche Bundesregierung (BT-Drs. 16/9721: 6).

#### *Unkontrollierte Ausdehnung der Horizontalwirkung der Grundfreiheiten*

Die deutsche Europarechtswissenschaft hat die unmittelbare Bindung Privater an die Grundfreiheiten überwiegend mit einer gewissen Sorge betrachtet und zwar mit Blick auf die damit verbundenen Einschränkungen grundrechtlich geschützter individueller und kollektiver Autonomien. Akzeptiert hat man darum vor allem die Konstellation, in der Verbänden eine Autonomie für den Erlass von Regelungen übertragen ist, denen ein Grundfreiheitsberechtigter in vergleichbarer Weise ausgesetzt ist wie einer staatlichen Regelung (Walrave und Koch). Dass Arbeitgeber solchen Verbänden gleichgestellt werden (Angonese), hat man aufgrund der strukturellen Überlegenheit der Arbeitgeber auch noch hingenommen, sich allerdings zugleich bemüht, die Verpflichtungen der Arbeitgeber geringer und ihre Rechtfertigungsmöglichkeiten einfacher als die des Staates zu konzipieren.

Insofern war bereits die in »Viking« und »Laval« vollzogene unmittelbare Bindung der Gewerkschaften an die Grundfreiheiten im Lichte der bisherigen Rechtsprechung zur Horizontalwirkung ein erstaunlicher Schritt. Denn die Tarifforderung einer Gewerkschaft gegenüber einem Unternehmen ist der kollektiven Regelung eines Verbandes mit bindender Wirkung für Mitglieder oder gar Außenstehende gerade nicht gleichzustellen: Eine Tarifforderung wird aufgestellt, um über sie zu verhandeln – eine Satzungsregelung eines Verbandes gilt; der Arbeitgeber ist sozialer Gegenspieler der Gewerkschaften – nicht ihr Mitglied oder unwillentlich gebundener Außenstehender.

Um aber neben den finnischen Gewerkschaften auch noch den internationalen Dachverband in die Haftung einzubeziehen, hat der EuGH darüber hinaus

jede Eingrenzung der Horizontalwirkung auf Verbände mit verliehener Regelungsautonomie explizit zurückgewiesen, ohne auch nur ansatzweise eine alternative Begrenzungslinie zu zeichnen. Die Konsequenzen dieses letzten Schrittes sind kaum absehbar, wenn er denn ernst gemeint ist. Gut möglich ist freilich auch, dass der EuGH so weit nicht gehen wollte, sondern allein das Ergebnis in der Rechtssache »Viking« – die Beschneidung gewerkschaftlicher Rechte – vor Augen hatte.

#### *Normative Entwertung der sozialen Rechte der Grundrechte-Charta*

Noch bevor die Grundrechte-Charta mit dem Vertrag von Lissabon förmlich verbindlich geworden ist, hat der EuGH in seinen Entscheidungen »Viking« und »Laval« für die kollektiven sozialen Rechte einige der von der Verbindlichkeit erhofften Rechtswirkungen anscheinend schon heute ausgeschlossen.

Dies verdient schon deswegen Hervorhebung, weil die Aussicht auf eine primärrechtliche Verankerung der Grundrechte-Charta mit ihren sozialen Rechten ein wesentlicher Grund für die deutschen Gewerkschaften und die deutsche Sozialdemokratie war, sowohl den Verfassungsvertrag als auch den Lissabon-Vertrag nach Kräften zu unterstützen. Dies geschah, obgleich die generellen Kritiker der sozialen Rechte vor allem aus Großbritannien bei der konkreten Formulierung insbesondere der so wichtigen kollektiven Rechte (Mitbestimmung, Streik: Art. 27, 28 GR-Ch) erfolgreich einige Vorkehrungen eingefügt hatten, um mögliche Wirkungen auf das nationale Recht so gering wie möglich zu halten. Doch davon unabhängig blieb für die Befürworter immer noch die Aussicht bestehen, dass die in der verfassungsrechtlichen Asymmetrie der Union vielleicht sogar wichtigeren Funktionen sozialer Rechte davon unbeschadet bleiben würden, nämlich: a) der Schutz der mitgliedstaatlich ausgestalteten sozialen Rechte vor dem europäischen Gesetzgeber und b) die Stärkung mitgliedstaatliches Recht, das seinerseits soziale Rechte ausgestaltet, bei seiner Rechtfertigung im Lichte der Grundfreiheiten vor dem EuGH.

Diese Aussichten auf die rechtlichen Wirkungen der sozialen Rechte in der Grundrechte-Charta erscheinen zumindest erheblich getrübt: In der Rechtssache »Laval« hat der EuGH die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Entsenderichtlinie am Maßstab einer Schrankenregelung (etwa Art. 53 GR-Ch) schlicht unterlassen. Mit der Anerkennung von Schranken steht und fällt aber der Schutz vor ungerechtfertigten Eingriffen des europäischen Gesetzgebers durch das Grundrecht. In der Rechtssache »Viking« hat der

EuGH dem Vorbehalt der Ausgestaltung des Streikrechts durch mitgliedstaatliches Recht (Art. 28 GR-Ch) entnommen, dass bei dieser mitgliedstaatlichen Ausgestaltung ebenso wie sonst auch bei der mitgliedstaatlichen Gesetzgebung die Grundfreiheiten zu achten sind. Damit ist die eigentlich erhoffte Stärkung des mitgliedstaatlichen Rechts gegenüber den Grundfreiheiten dahin.

Abschließend sei noch eine Bemerkung angebracht zur häufig und auch von Franz Mayer geäußerten Überzeugung, die unternehmerische Nutzung von internationalen Lohnkostenunterschieden sei im europäischen Markt legitim, ihre Verhinderung durch nationale Entsendegesetzgebung u. ä. sei darum gewöhnlicher Protektionismus. Will man diese Überzeugung verteidigen, sollte man bedenken, dass die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft unter der Voraussetzung gegründet wurde, dass der Gemeinsame Markt gerade nicht zu transnationaler Lohnkostenkonkurrenz führen würde. Weiterhin sollte man gewärtig sein, dass ganz generell ein Wettbewerb auf der Basis von Lohnkosten – sei er nun intern oder transnational – ökonomisch ineffizient und unproduktiv ist. Und schließlich stellt erfolgreiche Eingrenzung von Lohnkonkurrenz vor allem durch die Gewerkschaften wohl nicht nur historisch sondern auch gegenwärtig die Basis moderner Sozialstaatlichkeit dar. Die nicht weiter ausgewiesene Rede von der angeblichen Legitimität unternehmerischer Nutzung von Lohnkostenunterschieden erscheint daher höchst zweifelhaft.

Es ist unbestreitbar vor diesem Hintergrund problematisch genug, dass die heutige Wirtschaftsverfassung der Union faktisch in vielen Bereichen die unmittelbare Lohnkonkurrenz eröffnet hat. Es ist aber ein weiterer problematischer Schritt von großem ökonomischem und politischem Gewicht, wenn den Mitgliedstaaten ihre Möglichkeiten zur Eingrenzung transnationaler Lohnkonkurrenz nun auch noch durch das Europarecht beschnitten werden. Genau dies aber ist mit der Rechtsprechung des EuGH geschehen.

#### *Literaturnachweis*

- F. Rödl, Arbeitsverfassung. In: A. v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., im Erscheinen; als ZERP-Diskussionspapier 1/2009 verfügbar unter: <http://www.zerp.eu>.

### 3.6 Jörg Philipp Terhechte: Die Rolle des EuGH bei der Schaffung eines sozialen Europas und die gemeinschaftlichen Grenzen des europäischen Systemwettbewerbs

Die Rolle der sozialen Dimension der europäischen Integration wird insbesondere im Kontext einiger jüngerer Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) intensiv diskutiert, wenn auch die wesentlichen Argumente schon länger auf dem Tisch liegen.<sup>192</sup> Die Urteile in den Rechtssachen »Viking«<sup>193</sup>, »Laval«<sup>194</sup> und »Rüffert«<sup>195</sup> markieren weder neue Ansätze in der europäischen Rechtsprechung noch sind sie überraschend. Vielmehr spiegeln sie einen grundsätzlichen Konflikt wider, der wie nur wenige den gesamten europäischen Integrationsprozess bestimmt – den unauflösbaren Widerstreit zwischen unitarisierenden Gemeinschaftsinteressen auf der einen Seite und der Frage nach den (noch) verbleibenden Spielräumen staatlicher Lebens- und Sozialgestaltung auf der anderen Seite. Insofern ist es erstaunlich, dass sich die Diskussion momentan in erster Linie an der Rechtsprechung des EuGH abarbeitet, ganz so, als hätte ein Gericht (sei es national oder supranational) jemals die Möglichkeit, im Alleingang ein vermeintlich marktradikales Wirtschaftsintegrationsprojekt in eine soziale Veranstaltung umzutaufen. Dass dies sicher nicht der Fall ist, wird in dem Gutachten von Franz Mayer überaus deutlich. Das soziale Europa ist – zumindest im ersten Zugriff – keine Gestaltungsaufgabe der europäischen Gerichtsbarkeit, sondern in erster Linie eine Aufgabe des europäischen Gesetzgebers.

Wie konnte es überhaupt zu dieser Diskussion kommen? Wie konnte der EuGH so in die Kritik geraten? Die Antworten auf diese Fragen sind einerseits im Lichte der überaus prominenten Rolle, die der EuGH seit Anbeginn der europäischen Integration eingenommen hat, und andererseits im Lichte des Bedürfnisses der europäischen Bürgerschaft, das europäische Integrationsprojekt mit einem (stärkeren) demokratischen<sup>196</sup> und insbesondere auch sozialen Profil zu versehen<sup>197</sup>, zu geben. Auf diese Kernfragen

soll im Folgenden eingegangen werden. Zunächst (1) wird kurz die Rolle des EuGH im Rahmen der europäischen Integration umrissen, der ihr Antlitz durch eine Reihe wegweisender Entscheidungen unbestreitbar mitgeprägt hat. Im zweiten Schritt soll dann die Rechtsprechung in den Urteilen »Viking«, »Laval« und »Rüffert« aus der Perspektive eines aufkommenden europäischen Systemwettbewerbs näher gewürdigt werden (2), um schließlich einen Blick auf das »Soziale Europa« im Lichte des Vertrags von Lissabon zu werfen (3).

#### *Die (exponierte) Rolle des Europäischen Gerichtshofes im Rahmen der europäischen Integration als Ursache der Kritik*

Die Rolle, die der EuGH gegenwärtig für die Entwicklung der europäischen Rechtsordnung spielt, ist nur schemenhaft im EG-Vertrag umrissen. Hier heißt es in Art. 220 EG, dass er die Aufgabe habe, im Rahmen seiner Zuständigkeiten die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrags zu sichern. Schon aus der Formulierung des Art. 220 EG ergeben sich mindestens zwei explizite Schranken für die Rechtsprechung des EuGH: Zum einen hat er seine eigene Zuständigkeit zu respektieren und zum anderen hat sich seine Tätigkeit zunächst nur auf diesen, d. h. den EG-Vertrag, zu beschränken. Dennoch wäre es verfehlt, dem EuGH schon aufgrund dieser Schranken eine reine Schiedsrichterrolle zuzuweisen. Schon 1985 konstatierte Werner von Simson zu Recht (und recht nachdenklich): »Ich frage mich manchmal, was wohl ohne den Gerichtshof aus der Europäischen Gemeinschaft geworden wäre.«<sup>198</sup> Mit dieser Frage will von Simson dem Phänomen nachgehen, dass der EuGH immer wieder in Zeiten der politischen Stagnation durch wegweisende Entscheidungen neue Impulse für die Vertiefung des Integrationsprozesses geliefert hat.<sup>199</sup> Genannt seien in diesem Zusammenhang seine Rechtsprechung zum Vorrang<sup>200</sup> und der unmittelbaren Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts<sup>201</sup>, zum gemeinschaftlichen Staatshaftungsanspruch<sup>202</sup> bzw. zur Ausgestaltung der Grundprinzipien des europäischen Verwaltungsrechts<sup>203</sup> sowie der Grundrechte<sup>204</sup>. Ausdrücklich angelegt sind die Ant-

192 Grundsätzlich zu den sozialen Dimensionen der europäischen Integration etwa Kingreen, Thorsten (2003): 285 ff.; Haverkate, Görg; Huster, Stefan (1999); Kuhn, Heike (1995); Lyon-Caen, Gérard; Lyon-Caen, Antoine (1999); Watson, Philippa (2008); kritisch etwa Joerges, Christian; Rödl, Florian (KJ 2008): 149 ff.

193 EuGH, Rs. C-438/05, Viking, Slg. 2007, I-10779.

194 EuGH, Rs. C-341/05, Laval, Slg. 2007, I-11767.

195 EuGH, Rs. C-346/06, Rüffert, Urteil vom 3.4.2008 (noch nicht in Slg. veröffentlicht).

196 Siehe dazu etwa Terhechte, Jörg Philipp (2008): 495 ff.

197 Siehe dazu bereits Müller-Graff, Peter-Christian (2002): 7 ff.; Ziegler, Katja (2004): 13 ff.

198 von Simson, Werner (1985): 55 (71).

199 Siehe dazu Wyatt & Dashwood's, (2006): Rn. 12–002 ff.

200 EuGH, Rs. 6/64, Costa/ENEL, Slg. 1964, 1141.

201 EuGH, Rs. 26/62, van Gend & Loos, Slg. 1963, 1.

202 EuGH, Rs. verb. Rsen. C-6/90 und C-9/90, Francovich, Slg. 1991, I-5357.

203 EuGH, verb. Rsen. 205/82 bis 215/82, Deutsche Milchkontor, Slg. 1983, 2633.

204 Dazu ausführlich etwa Heselhaus, Sebastian; Nowak, Cars-

worten, die der EuGH in den grundlegenden Urteilen zu diesen Fragen gibt, zumeist nicht: Das Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zum nationalen Recht wird im EG-Vertrag nicht erwähnt (Stichwort: Vorrang); dies gilt auch für seinen Wirkungsmodus im Bereich der Mitgliedstaaten (Stichwort: unmittelbare Anwendbarkeit). Darüber hinaus finden sich keine Sanktionen für die Nicht- oder Fehlbeachtung des Gemeinschaftsrechts (Stichwort: Haftung) oder Regeln für die Ausgestaltung seines Vollzugs (Stichwort: europäisches Verwaltungsrecht) noch Anhaltspunkte über die Rolle des Einzelnen im europäischen Integrationsprozess (Stichwort: Grundrechte). Insofern ist die Rolle des EuGH wiederholt von zentraler Bedeutung für die Entwicklung der europäischen Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft gewesen; ohne ihn hätte Europa heute sicher ein anderes Gesicht.

In der zentralen Rolle des EuGH liegt aber auch der Schlüssel für manche Polemik und Kritik, die insbesondere in jüngerer Zeit und im Zusammenhang mit dem Themenfeld »Soziales Europa« geäußert wurde. Gerade indem der EuGH in Zeiten der Stagnation von einer Position des Bewahrers (»Hüters«) des Gemeinschaftsrechts zu einer Position des innovateur (»Motors«) überwechselt, rückt er sich selbst in das Geschehen und damit auch in die Kritik. Mit anderen Worten: Die mitunter erfolgte »Selbstautorisierung des Agenten«<sup>205</sup> fordert ihren Preis. Franz Mayer ist allerdings auch in der Hinsicht Recht zu geben, dass Inhalt und Form der Kritik nur selten zu überzeugen vermögen.<sup>206</sup> Auch wenn der EuGH eine zentrale Position als supranationales Verfassungs-, Verwaltungs- und Zivilgericht ausfüllt, so kann er immer nur so gut sein wie das Recht, das er auszulegen und mitunter fortzubilden hat. Die Verantwortung liegt hier bei der Europäischen Kommission und beim Rat (und damit letztlich bei den Mitgliedstaaten). So prominent die Rolle des EuGH damit auch ist, so unberechtigt ist die Unterstellung, er sei sozial blind. Der EuGH kann sozial nur dann gut sehen, wenn er Vorschriften mit sozialem Gehalt hat, die ihm den Durchblick ermöglichen.

### *Wettbewerb der sozialen Systeme*

Der Wettbewerbstopos vermag im Kontext der europäischen Integration zuweilen ein hilfreiches Erklärungsmuster für Problemlagen abzugeben.<sup>207</sup>

ten (2006).

205 Vgl. Höreth, Marcus (2008).

206 Siehe Mayer (2009): 7, Anm. 3.

207 Siehe dazu etwa Becker, Ulrich; Schön, Wolfgang (Hrsg.), (2006); Van den Bergh, Roger (2000): 435 ff.; Mehde, Veith (2005); Søndergaard Birkmose, Hanne (2006):1075

Dies belegt auch indirekt Franz Mayer in seinem Gutachten, indem er die Urteile in den Rechtssachen »Viking«, »Laval« und »Rüffert« als Konflikte zwischen neuen und alten Mitgliedstaaten deutet<sup>208</sup> – man könnte auch verkürzend formulieren: als Konflikte zwischen armen und reichen Mitgliedstaaten oder eben als Wettbewerb zwischen verschiedenen (Sozial-)Rechtsordnungen. Diese Beobachtung ist recht treffend – die alten Mitgliedstaaten versuchen in den genannten Fällen jeweils über den Weg der spezifischen nationalen Sozialgestaltung (etwa im Rahmen des Vergaberechts oder des kollektiven Arbeitsrechts) die komparativen Kostenvorteile der neuen Mitgliedstaaten zu minimieren bzw. auszuschalten.<sup>209</sup> Wie verhält sich das Gemeinschaftsrecht zu diesen Ansätzen? Hält es Alternativstrategien bereit? Haben die Grundfreiheiten überhaupt die Aufgabe, im Systemwettbewerb zu vermitteln bzw. auf soziale Interessen Bedacht zu nehmen?

Hierzu ist zunächst anzumerken, dass der Systemwettbewerb – abgesehen von einigen Ausnahmen im Steuer- und Gesellschaftsrecht – keine gewünschte Entwicklung im Gemeinschaftsrecht darstellt. Im Gegenteil: Das Gemeinschaftsrecht ist überwiegend an Einheitsbildung interessiert. Sofern diese nicht durch die sogenannte positive Integration verwirklicht werden kann (etwa im Wege von Richtlinien zur Rechtsangleichung etc.), so versucht doch der EuGH im Weg der sogenannten negativen Integration die Grenzwirkungen des nationalen Rechts in jenen Bereichen abzuschleifen, in denen der Gemeinschaft Kompetenzen zukommen.

Insofern die Grundfreiheiten in diesem Zusammenhang ein Hauptanliegen des Binnenmarktes – die Schaffung der Freiheit nach innen – zu verwirklichen helfen, so sorgen sie auch für einen Zustand, der in der deutschen Grundrechtstheorie wiederholt mit dem Slogan: »Die Freiheit des Einen ist das Risiko des Anderen« auf den Punkt gebracht wird. Zwar erlauben die Grundfreiheiten Ausnahmen (und sie sind auch nicht völlig »blind auf dem sozialen Auge«), ihr Gravitationszentrum befindet sich aber nicht im Bereich der Schaffung sozialen Ausgleichs.

ff.; Rebhan, Robert ; Reiner, Michael (2009): Art. 136 Rn. 16 ff.; Terhechte, Jörg Philipp (2009) (im Erscheinen).

208 Terhechte, Jörg Philipp (2009) (im Erscheinen).

209 Siehe dazu etwa EuGH Rs. C-346/06, Rüffert, Urteil vom 3. 4. 2008, Rn. 15 a. E.: »Für die ausländischen Arbeitnehmer bewirke die Tariftrueverpflichtung gerade nicht ihre faktische Gleichstellung mit den deutschen Arbeitnehmern, sondern sie verhindere die Beschäftigung von Arbeitnehmern aus einem anderen Mitgliedstaat als der Bundesrepublik Deutschland im deutschen Hoheitsgebiet, da ihr Arbeitgeber seinen Kostenvorteil nicht in den Wettbewerb einbringen könne.«

Welche gemeinschaftlichen Regelungen können hier helfen? Kennt das Gemeinschaftsrecht auch den berühmten Tropfen des sozialen Öls, auf den Kodifikationen im Allgemeinen angewiesen sind? Um es kurz zu machen: Die Gemeinschaft ist nicht nur auf barrierefreien Wirtschaftsverkehr gerichtet, sondern stellt auch ein soziales Projekt dar. Neben den von Franz Mayer erschöpfend dargestellten Grundlagen des sozialen Europa kennt das Gemeinschaftsrecht weitere soziale Mechanismen, die insbesondere im Zusammenhang mit dem – grundsätzlich unerwünschten – Wettbewerb der sozialen Systeme stehen. Zu nennen ist hier als allgemeiner Ansatz des Gemeinschaftsrechts das Prinzip der Solidarität, das nach der Rechtsprechung des EuGH sowohl den Mitgliedstaaten untereinander als auch der Gemeinschaft im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten Maßnahmen untersagt, die zu einer einseitigen Bevorzugung auf Kosten der anderen Seite führen könnten.<sup>210</sup> Schon hiermit ist angedeutet, dass die europäische Integration eben nicht auf einen unbegrenzten sozialen Wettbewerb ausgerichtet ist. Zudem kennt das Gemeinschaftsrecht Ausgleichsmechanismen, die helfen sollen, Nachteile, die durch einen Wettbewerb entstehen, auszugleichen, wie etwa Geldzahlungen und weitere Maßnahmen im Rahmen der Strukturfonds der Gemeinschaft (Art. 158 ff. EG).<sup>211</sup> Hierfür wendet die Gemeinschaft immerhin ein gutes Drittel ihres gesamten Haushalts auf.

Es bleibt daher festzuhalten, dass der Konflikt zwischen Neu und Alt, Arm und Reich zwar unleugbar besteht, die Gemeinschaft aber danach strebt, ihn auszugleichen. Die Lösung dieser Aufgabe gründet sich aber nicht speziell auf die Grundfreiheiten, sondern zumindest vorrangig auf andere Rechtsprinzipien und Instrumente des Gemeinschaftsrechts.

#### *Ausblick: Das soziale Europa und der Vertrag von Lissabon*

Der Vertrag von Lissabon wird die soziale Zielrichtung des Gemeinschaftsrechts (dann: Unionsrechts) noch stärker betonen.<sup>212</sup> So wird künftig von einer »sozialen Marktwirtschaft« die Rede sein (Art. 3 Abs. 3 EUV n. F.) und damit die soziale Komponente der Wirtschaft noch deutlicher in den Vordergrund gerückt, als dies bislang der Fall ist. Zudem wird durch die Rechtsverbindlichkeit der Charta der Grundrechte auch eine neue Dimension der Grundrechtsidee stär-

ker entfaltet, die sogenannten sozialen Grundrechte (Art. 27–38 GRCh). Besonders bedeutsam dürften aber die Änderungen im Bereich der Sozialpolitik sein (siehe Art. 151 ff. AEUV). Durch eine neue horizontale – stark erweiterte und systematisch prominent platzierte – Sozialklausel (Art. 3 Abs. 3 U Abs. 2 EUV n. F.) sowie die Anerkennung der Bedeutung der Sozialpartner (Art. 154 ff. AEUV) wird das soziale Europa ein Stück weit mehr Realität.<sup>213</sup>

Freilich wird auch der Vertrag von Lissabon keine endgültige Lösung für die hier angesprochenen Probleme liefern; der ewige Konflikt zwischen dem Anspruch autonomer staatlicher Sozialgestaltung und dem Anliegen des europäischen Binnenmarkts wird auch weiterhin eine große Rolle spielen. Letztlich wird es darauf ankommen, die verantwortlichen Akteure an ihre Verpflichtungen zu erinnern: Der EuGH hat weder die Aufgabe noch die Macht, für ein soziales (oder sozialeres) Europa zu sorgen, sondern hat zunächst im Rahmen des ihm gegebenen Rechts über Streitigkeiten zu entscheiden. Gefordert sind vielmehr die nationalen Regierungen, die über den Rat und in Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission letztlich mehr bewegen könnten.

<sup>210</sup> EuGH Rs. 39/72, *Kommission/Italien*, Slg. 1973, 101 Rn. 25; ausführlich dazu Calliess, Christian (1999): 187 ff.

<sup>211</sup> Siehe Schöndorf-Haubold, Bettina (2005).

<sup>212</sup> Siehe dazu ausführlich Terhechte, Jörg Philipp (2008a): 143 ff.; Dougan, Michael (2008): 617 ff.

<sup>213</sup> Terhechte, Jörg Philipp (2008a): 173. Insbesondere die horizontale Sozialklausel wird eine Berücksichtigung sozialer Belange auch im Bereich der Grundfreiheiten insgesamt erleichtern.

*Literaturnachweis*

- Becker, Ulrich; Schön, Wolfgang (Hrsg.) (2006) *Steuer- und Sozialstaat im europäischen Systemwettbewerb*, Tübingen.
- Callies, Christian (1999): *Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union*, 2. Aufl., Baden-Baden.
- Dougan, Michael (2008): *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, Not Hearts*, CMLRev. 45.
- Haverkate, Görg; Huster, Stefan (1999): *Europäisches Sozialrecht*, Baden-Baden.
- Heselhaus, Sebastian; Nowak, Carsten (Hrsg.) (2006): *Handbuch der europäischen Grundrechte*, München.
- Höreth, Marcus (2008): *Die Selbstautorisierung des Agenten*, Baden-Baden.
- Joerges, Christian; Rödl, Florian (KL 2008): *Das soziale Defizit des europäischen Integrationsprojekts*.
- Kingreen, Thorsten (2003): *Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund*, Tübingen.
- Kuhn, Heike (1995): *Die sozialen Dimensionen der Europäischen Gemeinschaft*, Berlin.
- Lyon-Caen, Gérard; Lyon-Caen, Antoine (1999): *Droit social international et européen*, 8. Aufl., Paris.
- Mayer, Franz (2009): *Der EuGH und das soziale Europa*. In: *Der EuGH und das soziale Europa. Für eine Aufwertung sozialer Rechte im EU-Rechtssystem*. Internationale Politikanalyse. Friedrich-Ebert-Stiftung, 7–25.
- Mehde, Veith (2005): *Wettbewerb zwischen Staaten*, Baden-Baden.
- Müller-Graff, Peter-Christian (2002): *Die Verdichtung des Binnenmarktrechts zwischen Handlungsfreiheit und Sozialgestaltung*. In: Hatje, A. (Hrsg.), *Das Binnenmarktrecht als Daueraufgabe*, Europarecht Beiheft 1/2002.
- Rebhan, Robert; Reiner, Michael (2009): In: J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 2. Aufl., Baden-Baden.
- Schöndorf-Haubold, Bettina (2005): *Die Struktur der Europäischen Gemeinschaft: Rechtsformen und Verfahren europäischer Verbundverwaltung*, München.
- Søndergaard Birkmose, Hanne (2006): *Regulatory Competition and the Harmonisation Process*, *European Business Law Review*.
- Terhechte, Jörg Philipp (2008): *Die demokratische Verfasstheit der Europäischen Union – Undurchsichtig, kompliziert und ablehnungswürdig?* In: *Wirtschaftsdienst – Zeitschrift für Wirtschaftspolitik*.
- Terhechte, Jörg Philipp (2008a): *Der Vertrag von Lissabon: Grundlegende Verfassungsurkunde der Europäischen Rechtsgemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag?* *EuR*.
- Terhechte, Jörg Philipp (2009): *Wettbewerb der Regulierungen als Integrationsstrategie in der Europäischen Union? – Der europäische Regulierungsverbund zwischen Zentralismus und Subsidiarität*. In: Scherzberg, A.; Wegner, G.; Wobbe, T. (Hrsg.): *Dimensionen des Wettbewerbs – Europäische Integration zwischen Eigendynamik und politischer Gestaltung*, Tübingen 2009 (im Erscheinen).
- Van den Bergh, Roger (2000): *Towards an Institutional Framework for Regulatory Competition in Europe*, *KYKLOS* 53.
- von Simson, Werner (1985): *Rechtsetzungsaufträge in der Europäischen Gemeinschaft*. In: Jürgen Schwarze (Hrsg.), *Gesetzgebung in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden.
- Watson, Philippa (2008): *EU Social and Employment Law*, Oxford.
- Wyatt & Dashwood's (2006): *European Union Law*, London.
- Ziegler, Katja (2004): *Grundfreiheiten und soziale Dimensionen des Binnenmarktes – die Verfassung als Impuls?* In: Hatje, A.; Terhechte, J. P. (Hrsg.): *Das Binnenmarktziel in der europäischen Verfassung*, *Europarecht Beiheft* 3/2004.

## Rechtsprechung

- BayVerfGH, Entscheidung v. 20.06.2008, EuZW 2008, 650  
 BVerfG, Urteil vom 20.7.1954  
 BVerfG, Urteil vom 4.5.1979  
 BVerfG, 2 BvB 1-3/01, NPD-Verbot, Beschluss vom 22.11.2001  
 BVerfG, Urteil vom 11.7.2006, 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202  
 BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 (Berliner Vergabegesetz), NJW 2007  
 EGMR, Urteil v. 11.07.2002, 25680/94, I/Großbritannien  
 EGMR, Urteil v. 11.07.2002, 28957/95, Goodwin/Großbritannien  
 EuGH, Rs. T-54/99, max mobil, Slg. 2000, II-1335  
 EuGH, Rs. 6/64, Costa/ENEL, Slg. 1964, 1141  
 EuGH, Rs. 26/62, van Gend & Loos, Slg. 1963, 1  
 EuGH, Rs. 1/72, Frilli, Slg. 1972, 457  
 EuGH, Rs. 39/72, Kommission/Italien, Slg. 1973, 101 Rn. 25  
 EuGH, Rs. 152/73, Sotgiu, Slg. 1974, 153  
 EuGH, Rs. 9/74, Casagrande, Slg. 1974, 773  
 EuGH, Rs. 36/74, Walrave und Koch, Slg. 1974, 1405  
 EuGH, Rs. 32/75, Cristini/SNCF, Slg. 1975, 1085  
 EuGH, Rs. 43/75, Defrenne/Sabena, Slg. 1976, 455  
 EuGH, Rs. 36/76, Walrave, Slg. 1974, 1405  
 EuGH, Rs. 13/76, Donà, Slg. 1976, 1333  
 EuGH, Rs. 149/77, Defrenne/Sabena, Slg. 1978, 1365  
 EuGH, Rs. 67/79, Fellinger, Slg. 1980, 535  
 EuGH, Rs. 149/79, Kommission/Belgien, Slg. 1982, 1845  
 EuGH, Rs. 53/80, Levin, Slg. 1982, 1035  
 EuGH, Rs. C-62/81 und 63/81 vom 3.2.1982 (Seco/Desquenne & Giral)  
 EuGH, Rs. 139/82, Piscitello, Slg. 1983, 1427  
 EuGH, verb. Rsen. 205/82 bis 215/82, Deutsche Milchkontor, Slg. 1983, 2633  
 EuGH, Rs. 238/82, Duphar, Slg. 1984, 523  
 EuGH, Rs. 135/83, Abels, Slg. 1985, I-469  
 EuGH, Rs. 249/83, Hoeckx, Slg. 1985, 973  
 EuGH, Rs. C-293/83, Gravier, Slg. 1985, 593  
 EuGH, Rs. 137/84, Mutsch, Slg. 1985, 2681  
 EuGH, Rs. 126/86, Giménez Zaera/Instituto Nacional de la Seguridad Social, Slg. 1987, 3697  
 EuGH, Rs. 235/87, Matteucci, Slg. 1988, 5589  
 EuGH, Rs. C-39/86, Lair, Slg. 1988, 3161  
 EuGH, Rs. C-113/89, Rush Portuguesa Lda / Office National d'Immigration, Slg. 1990, I-1417  
 EuGH, Rs. C-308/89, Carmina di Leo, Slg. 1990, I-4185  
 EuGH, Rs. C-6 und 9/90, Francovich, Slg. 1991, I-5357  
 EuGH, Rs. C-45/90, Paletta, Slg. 1992, I-3423.  
 EuGH, Rs. C-360/90, Bötzel, Slg. 1992, I-3589  
 EuGH, Rs. C-72/91, C-73/91, Sloman/Neptun, Slg. 1993, I-887  
 EuGH, verb. Rs. 267/91, 268/91, Keck & Mithouard, Slg. 1993, 6097  
 EuGH, Rs. C-127/92, Enderby, Slg. 1993, I-5535  
 EuGH, Rs. C-275/92, Schindler, Slg. 1994, I-1039  
 EuGH, Rs. C-43/93 vom 9.8.1994 (Vander Elst)  
 EuGH, Rs. C-415/93, Bosman, Slg. 1995, I-4921  
 EuGH, Rs. C-7/94, NRW/Gaal, Slg. 1995, I-1031  
 EuGH, verb. Rs. C-245/94, C-312/94, Hoever und Zachow, Slg. 1996, I-4895  
 EuGH, C-272/94 28.3.1996 (Guiot)  
 EuGH, Rs. C-315/94, Vos/Bielefeld, Slg. 1996, I-1417  
 EuGH, Rs. C-70/95, Sodemare SA, Slg. 1997, I-3395  
 EuGH, Rs. C-120/95, Decker, Slg. 1998, I-1831  
 EuGH, Rs. C-265/95 9.12.1997 (Kommission/Frankreich)  
 EuGH, Rs. C-85/96, Martinez Sala, Slg. 1998, I-2691  
 EuGH, Rs. C-158/96, Kohll, Slg. 1998, I-1931  
 EuGH, Rs. C-274/96, Bickel und Franz, Slg. 1998, I-7637  
 EuGH, verb. Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98, Finalarte Sociedade de Construção Civil Lda u.a., Slg. 2001, I-7831  
 EuGH, Rs. C-376/96, Arblade, Slg. 1999, I-8453  
 EuGH, Rs. C-212/97, C-208/00 und C-167/01  
 EuGH, Rs. C-49/98, 25.10.2001 (Finalarte)  
 EuGH, Rs. C-67/98, Zenatti, Slg. 1999, I-7289  
 EuGH, Rs. C-165/98, Mazzoleni und ISA, Slg. 2001, I-2189  
 EuGH, Rs. C-224/98, D'Hoop, Slg. 2002, I-6191  
 EuGH, Rs. C-281/98, Angonese, Slg. 2000, I-4139  
 EuGH, Rs. C-157/99, B.S.M. Smits und Peerbooms, Slg. 2001, I-5473  
 EuGH, Rs. C-164/99, 24.1.2002 (Portugaia Construções)  
 EuGH, Rs. C-184/99, Grzelczyk, Slg. 2001, I-6391  
 EuGH, Rs. C-385/99, Müller-Fauré und van Riek, Slg. 2003, I-4509  
 EuGH, Rs. C-413/99, Baumbast, Slg. 2002, I-7091  
 EuGH, Rs. 309/99, Wouters, Slg. 2002, I-1577  
 EuGH, Rs. C-112/00, Schmidberger, Slg. 2003, I-5659  
 EuGH, Rs. C-36/02, Omega, Slg. 2004, I-9609  
 EuGH, Rs. C-341/02, 14.4.2005  
 EuGH, Rs. C-456/02, Trojani, Slg. 2004 I-7573  
 EuGH, Rs. C-60/03, 12.10.2004 (Wolff & Müller)  
 EuGH, Rs. C-209/03, Bidar, Slg. 2005, I-2119  
 EuGH, Rs. C-540/03, EP/Rat, Slg. 2006, I-5769  
 EuGH, Rs. 244/04, Kommission/Deutschland, Slg. 2006, I-885  
 EuGH, Rs. C-244/04, Kommission/Deutschland, Slg. 2006, I-885  
 EuGH, Rs. C-406/04, De Cuyper, Slg. 2006, I-6947  
 EuGH, Rs. C-144/05, Mangold, Slg. 2005, I-9981  
 EuGH, Rs. C-192/05, Tas-Hagen, Slg. 2006, I-10451  
 EuGH, Rs. C-318/05, KOM/D (Auslandsschulgeld), Slg. 2007, I-6957  
 EuGH, Rs. C-438/05, Viking, Slg. 2007, I-10779  
 EuGH, Rs. C-341/05, Laval, Slg. 2007, I-11767  
 EuGH, verb. Rs. C-11/06, C-12/06, Morgan, Slg. 2007, I-9161  
 EuGH, Rs. C-346/06, Rüffert, Urteil vom 3.4.2008  
 EuGH, Rs. C-499/06, Nerkowska, Urteil vom 22.5.2008  
 EuGH, Rs. C-319/06, Kommission/Luxemburg, Urteil vom 19.6.2008  
 EuGH, Rs. C-319/06, Kommission/Luxemburg, Urteil vom 10.7.2008  
 EuGH, Rs. C-346/06, 3.4.2008 (Rüffert)  
 EuGH, Rs. C-427/06, Bartsch, Urteil vom 23.9.2008  
 GA Jacobs, Rs. C-377/98, Biopatentrichtlinie, Slg. 2001, I-7079  
 GA Mischa, Rs. C-122/99, P u.a., Schweden/Rat u. Kom., Slg. 2001, I-4319  
 GA Tizzano, Rs. C-173/99, BECTU, Slg. 2001, I-4881  
 GA Mengozzi, Rs. C-341/05, Laval  
 GA Mengozzi, Rs. C-341/05, Laval  
 GA Bot, Rs. C-346/06, Rüffert  
 GA Bot, Rs. C-346/06, Rüffert  
 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.

## Anhang

### Artikel 39 EG (ex-Art. 48) EGV

- (1) Innerhalb der Gemeinschaft ist die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet.
- (2) Sie umfaßt die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen.
- (3) Sie gibt - vorbehaltlich der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen - den Arbeitnehmern das Recht,
  - a) sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben;
  - b) sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen;
  - c) sich in einem Mitgliedstaat aufzuhalten, um dort nach den für die Arbeitnehmer dieses Staates geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften eine Beschäftigung auszuüben;
  - d) nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats unter Bedingungen zu verbleiben, welche die Kommission in Durchführungsverordnungen festlegt.
- (4) Dieser Artikel findet keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung.

### Artikel 49 (ex-Art. 59) EGV

Die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten.

Der Rat kann mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission beschließen, dass dieses Kapitel auch auf Erbringer von Dienstleistungen Anwendung findet, welche die Staatsangehörigkeit eines dritten Landes besitzen und innerhalb der Gemeinschaft ansässig sind.

### Artikel 3 der 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

## Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen

- (1) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, daß unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht die in Artikel 1 Absatz 1 genannten Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern bezüglich der nachstehenden Aspekte die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird,
  - durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder
  - durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche im Sinne des Absatzes 8, sofern sie die im Anhang genannten Tätigkeiten betreffen, festgelegt sind:
    - a) Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten;
    - b) bezahlter Mindestjahresurlaub;
    - c) Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze; dies gilt nicht für die zusätzlichen betrieblichen Altersversorgungssysteme;
    - d) Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen;
    - e) Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz;
    - f) Schutzmaßnahmen im Zusammenhang mit den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Schwangeren und Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen;
    - g) Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie andere Nichtdiskriminierungsbestimmungen.

Zum Zweck dieser Richtlinie wird der in Unterabsatz 1 Buchstabe c) genannte Begriff der Mindestlohnsätze durch die Rechtsvorschriften und/oder Praktiken des Mitgliedstaats bestimmt, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird.

- (2) Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstaben b) und c) gilt nicht für Erstmontage- und/oder Einbauarbeiten, die Bestandteil eines Liefervertrags sind, für die Inbetriebnahme der gelieferten Güter unerlässlich sind und von Facharbeitern und/oder angelernten Arbeitern des Lieferunternehmens ausgeführt werden, wenn die Dauer der Entsendung acht Tage nicht übersteigt. Dies gilt nicht für die im Anhang aufgeführten Bauarbeiten.
- (3) Die Mitgliedstaaten können gemäß ihren üblichen Verfahren und Praktiken nach Konsultation der Sozialpartner beschließen, Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe c) in den in Artikel 1 Absatz 3

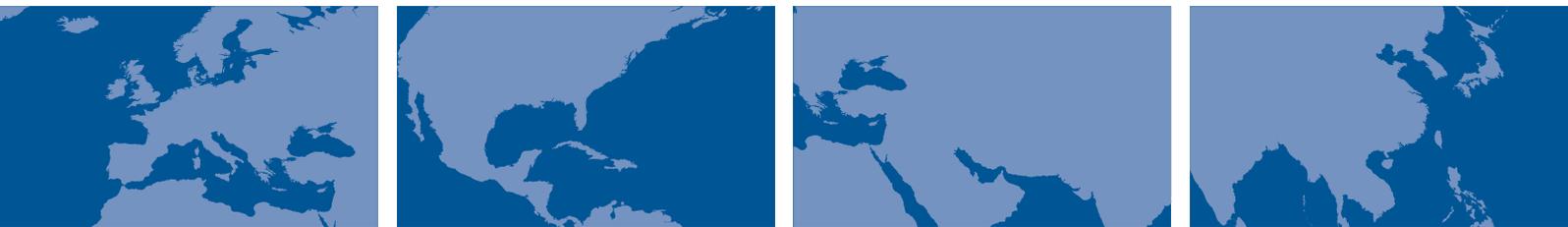
- Buchstaben a) und b) genannten Fällen nicht anzuwenden, wenn die Dauer der Entsendung einen Monat nicht übersteigt.
- (4) Die Mitgliedstaaten können gemäß ihren Rechtsvorschriften und/oder Praktiken vorsehen, daß durch Tarifverträge im Sinne des Absatzes 8 für einen oder mehrere Tätigkeitsbereiche in den in Artikel 1 Absatz 3 Buchstaben a) und b) genannten Fällen von Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe c) sowie von dem Beschluß eines Mitgliedstaats nach Absatz 3 abgewichen werden kann, wenn die Dauer der Entsendung einen Monat nicht übersteigt.
- (5) Die Mitgliedstaaten können in den in Artikel 1 Absatz 3 Buchstaben a) und b) genannten Fällen eine Ausnahme von Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstaben b) und c) vorsehen, wenn der Umfang der zu verrichtenden Arbeiten gering ist. Die Mitgliedstaaten, die von der in Unterabsatz 1 gebotenen Möglichkeit Gebrauch machen, legen die Modalitäten fest, denen die zu verrichtenden Arbeiten entsprechen müssen, um als Arbeiten von geringem Umfang zu gelten.
- (6) Die Dauer der Entsendung berechnet sich unter Zugrundelegung eines Bezugszeitraums von einem Jahr ab Beginn der Entsendung. Bei der Berechnung der Entsendungsdauer wird die Dauer einer gegebenenfalls im Rahmen einer Entsendung von einem zu ersetzenden Arbeitnehmer bereits zurückgelegten Entsendungsdauer berücksichtigt.
- (7) Die Absätze 1 bis 6 stehen der Anwendung von für die Arbeitnehmer günstigeren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht entgegen. Die Entsendungszulagen gelten als Bestandteil des Mindestlohns, soweit sie nicht als Erstattung für infolge der Entsendung tatsächlich entstandene Kosten wie z. B. Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten gezahlt werden.
- (8) Unter »für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen oder Schiedssprüchen« sind Tarifverträge oder Schiedssprüche zu verstehen, die von allen in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden Unternehmen einzuhalten sind.
- Gibt es kein System zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen oder Schiedssprüchen im Sinne von Unterabsatz 1, so können die Mitgliedstaaten auch beschließen, folgendes zugrunde zu legen:
- die Tarifverträge oder Schiedssprüche, die für alle in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden gleichartigen Unternehmen allgemein wirksam sind, und/oder die Tarifverträge, die von den auf nationaler Ebene repräsentativsten Organisationen der Tarifvertragsparteien geschlossen werden und innerhalb des gesamten nationalen Hoheitsgebiets zur Anwendung kommen, sofern deren Anwendung auf die in Artikel 1 Absatz 1 genannten Unternehmen eine Gleichbehandlung dieser Unternehmen in bezug auf die in Absatz 1 Unterabsatz 1 genannten Aspekte gegenüber den im vorliegenden Unterabsatz genannten anderen Unternehmen, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden, gewährleistet.
- Gleichbehandlung im Sinne dieses Artikels liegt vor, wenn für die inländischen Unternehmen, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden, am betreffenden Ort oder in der betreffenden Sparte hinsichtlich der Aspekte des Absatzes 1 Unterabsatz 1 dieselben Anforderungen gelten wie für die Entsendeunternehmen und diese Anforderungen ihnen gegenüber mit derselben Wirkung durchgesetzt werden können.
- (9) Die Mitgliedstaaten können vorsehen, daß die in Artikel 1 Absatz 1 genannten Unternehmen Arbeitnehmern im Sinne von Artikel 1 Absatz 3 Buchstabe c) diejenigen Bedingungen garantieren, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird, für Leiharbeitnehmer gelten.
- (10) Diese Richtlinie berührt nicht das Recht der Mitgliedstaaten, unter Einhaltung des Vertrags für inländische und ausländische Unternehmen in gleicher Weise
- Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für andere als die in Absatz 1 Unterabsatz 1 aufgeführten Aspekte, soweit es sich um Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung handelt,
  - Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die in Tarifverträgen oder Schiedssprüchen nach Absatz 8 festgelegt sind und andere als im Anhang genannte Tätigkeit betreffen, vorzuschreiben.

**Abkürzungsverzeichnis**

		FSU	Finnische Gewerkschaft für Seeleute
Abs.	Absatz	GeschO	Geschäftsordnung
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz	ITF	Internationale Föderation der Gewerkschaften für Transportarbeiter
AEUV	EU-Arbeitsweisevertrag		
Art.	Artikel	i. R. d.	im Rahmen des/der
AVE	Allgemeinverbindlicherklärung	i. V. m.	in Verbindung mit
Bafög	Bundesausbildungsförderungsgesetz	lit.	Buchstabe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht	o. ä.	oder Ähnliche(s)
bzw.	beziehungsweise	Rdnr.	Randnummer
d. V.	der Verfasser	Rn.	Randnummer
ebd.	ebenda	Rs.	Rechtssache
ECJ	European Court of Justice	Slg.	Sammlung
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft	s. o.	siehe oben
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft	vgl.	vergleiche
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	VO	Verordnung
EP	Europäisches Parlament	WTO	World Trade Organization
etc.	et cetera		
ETUC	European Trade Union Confederation		
ETUI	European Trade Union Institute		
EU	Europäische Union		
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz		
EuGH	Europäischer Gerichtshof		
EuroAS	Europäisches Arbeits- und Sozialrecht		
EUV	Vertrag über die Europäische Union (Vertrag von Maastricht)		
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft		







#### Impressum

Friedrich-Ebert-Stiftung  
Internationale Politikanalyse  
Abteilung Internationaler Dialog  
D-10785 Berlin

[www.fes.de/ipa](http://www.fes.de/ipa)  
E-Mail: [info.ipa@fes.de](mailto:info.ipa@fes.de)

ISBN 978-3-86872-081-5

#### Bestellungen

Friedrich-Ebert-Stiftung  
Internationale Politikanalyse  
Nora Neye  
D-10785 Berlin

E-Mail: [info.ipa@fes.de](mailto:info.ipa@fes.de)  
Fax: +49 (30) 2 69 35-92 48

#### Alle Texte sind online verfügbar:

[www.fes.de/ipa](http://www.fes.de/ipa)

Die in dieser Publikation zum Ausdruck kommenden Meinungen sind die des Autors/der Autorin und spiegeln nicht notwendigerweise die Meinung der Friedrich-Ebert-Stiftung wider.