STUDIEN

JENS M. SCHUBERT

SOZIALE GRUNDRECHTE UND BINNENMARKT

GUTACHTEN ZU ZWEI VORSCHLÄGEN DER EU-KOMMISSION

ROSA LUXEMBURG STIFTUNG

Prof. Dr. Jens M. Schubert ist apl. Professor für Arbeitsrecht und Europäisches Recht an der Leuphana Universität Lüneburg und Leiter der Rechtsabteilung in der Bundesverwaltung der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di.

Das Gutachten wurde erstellt unter Mitarbeit von Ass. jur. Kerstin Jerchel.

IMPRESSUM
STUDIEN wird herausgegeben von der Rosa-Luxemburg-Stiftung
und erscheint unregelmäßig · ISSN 2194-2242
V. i. S. d. P.: Marion Schütrumpf-Kunze
Franz-Mehring-Platz 1 · 10243 Berlin · Tel. 030 44310-127 · Fax -122
m.schuetrumpf@rosalux.de · www.rosalux.de
Redaktionsschluss: Juli 2012

Layout und Satz: MediaService GmbH Druck und Kommunikation
Gedruckt auf Circleoffset Premium White, 100 % Recycling

INHALTSÜBERSICHT [1]

Vorwort 5

Geleitwort 6

1. Einführung 9

2. Vorschläge der EU-Kommission 10

3. Folgefragen 11

4. Politische Entwicklungslinien 12
a) Der Monti-Bericht zur Zukunft des Binnenmarktes
b) Single Market Act (30.4.2011)
c) Vorentwürfe

5. Europarechtliche Vorgaben 14
a) Die EuGH-Rechtsprechungsentwicklung zum Verhältnis von Grundrechten zu Grundfreiheiten bis zum Vertrag von Lissabon
b) Grundprinzipien, Grundrechte und Grundfreiheiten im Vertrag von Lissabon
aa) Grundprinzipien
bb) Art. 153 Abs. 5 AEUV
cc) EU-Grundrechte-Charta
dd) Binnenmarktfreiheiten
ee) Abwägungsregeln
c) Rechtsprechungslinien aus jüngerer Zeit
d) Überlegungen zu einer Sozialen Fortschrittsklausel

6. Der Vorschlag zu einer Monti-II-Verordnung 21
a) Grundsätzliche Linien
aa) Geeignetheit des Vorschlags
bb) Bruch mit der Dogmatik zu Grundfreiheiten
cc) Grenzüberschreitende Fälle
a) Instrument Verordnung
b) Die einzelnen Artikel
c) Gesamtbetrachtung

7. Der Vorschlag für eine Enforcement-Richtlinie 26
a) Fehlerhafte Ausrichtung
b) Umgehungsmöglichkeiten
aa) Scheinentsendungen
bb) Briefkastenfirmen
cc) Fehlende Sanktionen
dd) Rückschritt bei Prüfmechanismen
ee) Kein ausreichender Zugang zu Informationen
c) Gesamtbetrachtung

8. Zusammenfassung der Ergebnisse – Folgerungen/Empfehlungen 29
a) Zum Vorschlag zum Erlass einer Monti-II-VO
b) Zum Vorschlag zum Erlass einer Enforcement-RL
c) Folgerungen/Empfehlungen

Literaturverzeichnis 31

1 Diesem Hauptgutachten ging eine Projektion der Thematik vom Dezember 2011 voraus.

Klaus Sühl

VORWORT

Aufgrund der großen Bedeutung, die den EuGH-Urteilen zum Verhältnis von Binnenmarktfreiheiten und sozialen Grundrechten zukommt – und damit auch den Reaktionen auf diese Urteile durch die Europäische Kommission –, hat die Rosa-Luxemburg-Stiftung Prof. Jens Schubert, apl. Professor für Arbeitsrecht und Europäisches Recht an der Leuphana Universität Lüneburg sowie Leiter der Rechtsabteilung in der Bundesverwaltung der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di damit beauftragt, ein rechtliches Gutachten zu den beiden Kommissionsvorschlägen anzufertigen.

Gemeinsam mit Kerstin Jerchel, Ass. jur. und Mitarbeiterin der Rechtsabteilung in der ver.di-Bundesverwaltung, stellt Prof. Schubert kenntnisreich und detailliert dar, welches die Knackpunkte der vorliegenden Kommissionsvorschläge sind. Dem voraus geht eine Beschreibung der politischen Entwicklungslinien im Vorfeld dieser Vorschläge: Der Monti-Bericht zur Zukunft des Binnenmarktes sowie die Binnenmarktakte der Kommission. Im Gutachten ist ebenfalls eine genaue Analyse der Europarechtlichen Vorgaben enthalten: Die sozialen bzw. sozialpolitischen Neuerungen des Vertrags von Lissabon, insbesondere die Grundrechtecharta sowie die EuGH-Urteile zum Verhältnis von Grundrechten und Binnenmarktfreiheiten vor und nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon. Die Schlussfolgerung ist eindeutig: Auch nach Inkrafttreten des Vertrag stellt der EuGH die Binnenmarktfreiheiten über die Grundrechte und schränkt letztere damit ein. Eine soziale Fortschrittsklausel bleibt damit notwendig. Dies zeigt sich auch in der konkreten Begutachtung und Bewertung der beiden Kommissionvorschläge: Für die Monti-II-Verordnung empfiehlt Prof. Schubert, darauf hinzuwirken, dass die Bundesregierung dieser im Rat nicht zustimmt, bei der Durchsetzungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie wird deutlicher Nachbesserungsbedarf konstatiert, da sie teilweise leer läuft und an einigen Stellen unverhältnismäßig wird, weil sie Umgehungen der nationalen Arbeits- und Entlohnungsbedingungen nicht sanktioniert, sondern sogar erst ermöglicht.

Wir hoffen, dass dieses Gutachten dazu beiträgt, die öffentliche Diskussion zu diesen beiden Kommissionsvorschlägen und allgemein zu der Frage des Verhältnisses von sozialen Grundrechten und unternehmerischen Binnenmarktfreiheiten voranzutreiben und zu fundieren.

Klaus Sühl leitet das Brüsseler Büro der Rosa-Luxemburg-Stiftung

Thomas Händel, Jutta Krellmann, Alexander Ulrich

GELEITWORT

In den Jahren 2007 und 2008 fällte der Europäische Gerichtshof in schneller Folge vier skandalöse Urteile: In seinen Entscheidungen Viking, Laval, Rüffert und Kommission vs. Luxemburg stellte er die Binnenmarktfreiheiten über die sozialen Grundrechte und schränkte letztere damit ein. Dies löste vor allem bei Gewerkschaften, linken Parteien und sozialen Bewegungen heftige Proteste aus. Deren zentrale Forderung war, durch die Aufnahme einer sozialen Fortschrittsklausel in die Vertragswerke den Vorrang der sozialen Grundrechte vor den Binnenmarktfreiheiten festzuschreiben. Des weiteren wurde eine Revision der Entsenderichtlinie gefordert, die Gegenstand von drei der vier Urteile war. Passiert ist dann jedoch erst einmal nichts. Auch die (u. a. von vielen Sozialdemokraten gehegte) Hoffnung, dass nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon derartige Urteile nicht mehr möglich seien, ist spätestens durch das Urteil zur Entgeltumwandlung vom 15. Juli 2010 zunichte gemacht worden.

Nun hat die Kommission am 21.03.2012 zwei Rechtsetzungsvorschläge vorgelegt, mit denen angeblich eine neue Balance zwischen den sozialen Grundrechten und den Binnenmarktfreiheiten gefunden werden soll: Ein Vorschlag zum Verhältnis von Streikrecht und Binnenmarktfreiheiten (sog. Monti-II-Verordnung) sowie ein Vorschlag für eine Durchsetzungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie. Diese mit Spannung erwarteten Vorschläge lösen jedoch keine Freude aus, im Gegenteil: Sie würden an der durch den EuGH herbeigeführten Situation nichts ändern, sondern diese arbeitnehmerfeindlichen Urteile sogar noch festschreiben und die Situation für die Beschäftigten verschlechtern, anstatt sie zu verbessern!

MONTI-II-VERORDNUNG

Bei diesem Vorschlag geht es in erster Linie um die Folgen des Viking-Urteils. In diesem Fall war strittig, ob ein Streik gegen die Pläne der Reederei Viking Lines, eines ihrer Schiffe künftig unter estnischer anstatt unter finnischer Flagge fahren zu lassen (um der dann estnischen Crew geringere Löhne zahlen zu können) zulässig ist. Der EuGH erkannte in seinem Urteil zwar das Recht auf kollektive Maßnahmen als Gemeinschaftsrecht an, diese Anerkennung war jedoch rein rhetorisch, denn sie wurde im gleichen Urteil deutlich eingeschränkt, indem der EuGH argumentierte, dieses Recht könne sich nicht dem Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts und vor allem der Binnenmarktfreiheiten entziehen. Obwohl die EU nach den geltenden Verträgen keinerlei Zuständigkeit für das Arbeitskampfrecht besitzt, unterwarf der EuGH es mit dieser Argumentation dem europäischen Recht, konkret den Binnenmarktfreiheiten. Das ganze nannte der EuGH «Verhältnismäßigkeitsprüfung»: Kollektive Maßnahmen dürften nur dann durchgeführt werden, wenn sie (i) ein legitimes, mit dem Vertrag kompatibles Ziel verfolgten, (ii) einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellten und (iii) angemessen sind. Letzteres bezweifelte der EuGH im Fall Viking. Er hielt überdies fest, dass der Streik das Recht auf Niederlassungsfreiheit beschränkt habe, indem er die Unternehmensverlagerung «weniger attraktiv» machte. Für die Gewerkschaften ergibt sich daraus die Gefahr, dass Arbeitskämpfe gegen Produktionsverlagerungen in andere EU-Mitgliedstaaten als Verstoß gegen die Binnenmarktfreiheiten und damit gegen EU-Recht eingestuft und verboten werden, wodurch sogar Schadensersatzforderungen auf sie zukommen könnten!

Die Kommission schlägt nun in ihrer Verordnung scheinbar eine Gleichrangigkeit von Streikrecht und Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit vor – was zwar ein kleiner Fortschritt, aber immer noch inakzeptabel wäre: Das Streikrecht darf nicht durch die unternehmerischen Binnenmarktfreiheiten eingeschränkt werden! Ein genauerer Blick in die Verordnung zeigt jedoch, dass selbst diese Gleichrangigkeit nur ein Schein ist, da die Kommission weiter an der Verhältnismäßigkeitsprüfung festhält. Bei der Beurteilung nationaler streikrechtlicher Fragen ist eine zwingende Beachtung von EU-Regelungen jedoch strikt abzulehnen! Für Gewerkschaften ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung höchst gefährlich, da Arbeitgeber bei jedem Arbeitskampf mit grenzüberschreitendem Bezug mit dieser gerichtlichen Kontrolle drohen können und schlimmstenfalls Schadensersatzforderungen auf die Gewerkschaften zukommen. Die Gewerkschaften sind somit künftig gezwungen, bei ihren Tarifforderungen und den Maßnahmen zu ihrer Durchsetzung die Unternehmensinteressen zu beachten. Auch die Regelungen zu den alternativen Streitbeilegungsmechanismen und zum Warnmechanismus sind nicht akzeptabel.

Zusammenfassend kann man sagen, dass dieser Entwurf die durch die EuGH-Urteile entstandene Situation nicht verbessert, sondern im Gegenteil kodifiziert und sogar noch verschlechtert, weil er einen rechtlichen Rahmen für die Einschränkung des Streikrechts in grenzüberschreitenden Fällen schafft. Die Verordnung kann somit nur als Angriff gegen die Gewerkschaften, insbesondere gegen das Streikrecht, verstanden werden und muss entsprechend vehement bekämpft werden.

DURCHSETZUNGSRICHTLINIE ZUR ENTSENDERICHTLINIE

Die Entsenderichtlinie von 1996 bestimmt das Verhältnis von Arbeitsschutzrechten und Dienstleistungsfreiheit: Sie legt fest, welche Arbeits- und Entgeltbedingungen für entsandte Beschäftigte gelten müssen bzw. dürfen. Im Gegensatz zur Kommission hatten das Europäische Parlament und viele nationale Regierun-

gen – darunter auch die deutsche – die Richtlinie bei ihrer Verabschiedung als Minimalrichtlinie gesehen, welche eine Reihe von Arbeits- und Entlohnungsbedingungen definiert, die für entsandte Beschäftigte *mindestens* zu gewähren sind. In den Urteilen Laval, Rüffert und Luxemburg definierte der EuGH sie jedoch als «Maximalrichtlinie»: Die Mitgliedstaaten und die Gewerkschaften dürfen für entsandte Beschäftigte per Gesetz oder Tarifvertrag *nur* die in der Richtlinie festgelegten Bedingungen einfordern. Die Möglichkeit, entsandte mit heimischen Beschäftigten bei den Arbeitsbedingungen gleich zu stellen, wird dadurch stark eingeschränkt: Jeder Versuch, durch Streik, Tariftreueklauseln oder Ähnliches höhere Standards bzw. mehr als das für den Schutz der Beschäftigten «zwingend Erforderliche» einzufordern, kann derzeit vor dem EuGH beanstandet werden. Die Bemühungen der Mitgliedstaaten und vor allem der Gewerkschaften, Lohnkonkurrenz auszuschalten und Arbeitsbedingungen anzugleichen, wird konterkariert und unmöglich gemacht. Dies verschlechtert – durch den Wettbewerb – die Situation aller Beschäftigten. Insofern ist die Forderung klar: Die Entsenderichtlinie muss so geändert werden, dass sie als Minimalrichtlinie ausgelegt wird, um Lohn- und Sozialdumping zu verhindern.

Die Kommission hat sich jedoch für einen anderen Weg entschieden: Anstatt die Entsenderichtlinie selbst zu ändern, schlägt sie eine Richtlinie zur besseren Anwendung, Umsetzung und Durchsetzung der Entsenderichtlinie vor. Dabei finden sich durchaus einige sinnvolle Vorschläge wie die zur besseren Verwaltungszusammenarbeit und zur grenzüberschreitenden Durchsetzung von Rechten. Der eigentliche Zweck der Richtlinie scheint jedoch zu sein, zu strikte Kontrollen bzw. Anforderungen der Mitgliedstaaten im Bereich entsandter Beschäftigter zu erschweren oder zu verbieten, damit die Dienstleistungsfreiheit nicht «unverhältnismäßig» behindert wird. Besonders heikel ist hier die abschließende Aufzählung von Kontrollmaßnahmen, die die Mitgliedstaaten durchführen dürfen. Wenn dies durch kommt, gibt es nicht nur eine klare Obergrenze für Beschäftigtenrechte, sondern auch eine klare Obergrenze für Kontrollen. Der ÖGB merkt zu recht an, dass durch diese Regel der Sinn und Zweck dieser Richtlinie ad absurdum geführt wird: «nicht die Behördentätigkeit muss beschränkt und behindert werden, sondern die der Rechtsbrecher, die nicht bereit sind, rechtsstaatliche Verpflichtungen zu beachten.» Auch die Regelung, dass Prüfungen aufgrund von Risikobewertungen stattfinden sollen, ist kritisch zu sehen. Der Richtlinienentwurf ist mit Blick auf die Rechte der entsandten Beschäftigten in vielen Punkten nicht ausreichend, in einigen sogar kontraproduktiv.

In der vorliegenden Fassung ist die Durchsetzungsrichtlinie daher abzulehnen. Die Forderung nach einer Revision der Entsenderichtlinie bliebe jedoch auch nach einer grundlegenden, beschäftigungsfreundlichen Überarbeitung der Durchsetzungsrichtlinie aktuell.

FAZIT: WIR BRAUCHEN DIE SOZIALE FORTSCHRITTSKLAUSEL

Die beiden Vorschläge der Kommission zeigen deutlich, dass die Kommission nicht willens ist, eine beschäftigtenfreundliche Lösung der durch die EuGH-Urteile aufgeworfenen Situation vorzuschlagen. Anstatt die Rechte entsandter Beschäftigter zu schützen, gefährdet sie diese durch die beiden Vorschläge weiter. Damit forciert sie das Lohn- und Sozialdumping im Binnenmarkt, anstatt ihm endlich einen Riegel vorzuschieben.

Man kann die Schuld jedoch nicht allein bei der Kommission suchen. Selbst wenn diese sich stärker an den Interessen der Beschäftigten als an denen der Unternehmen orientieren würde, wären ihr durch den Vertrag von Lissabon die Hände gebunden, denn der Vertrag schreibt keinen Vorrang der sozialen Grundrechte vor den Binnenmarktfreiheiten fest, so interpretiert es auch der Europäische Gerichtshof. Daher fordert DIE LINKE. gemeinsam mit den Gewerkschaften schon seit langem, den Vertrag von Lissabon um eine soziale Fortschrittsklausel zu ergänzen, die den Vorrang der sozialen Grundrechte vor den Unternehmensfreiheiten klar und deutlich festschreibt.

Thomas Händel ist Mitglied des Europäischen Parlaments und gehört dem Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten an.
Jutta Krellmann ist Sprecherin für Arbeitsmarkt- und Mitbestimmungspolitik der Linksfraktion im Deutschen Bundestag.
Alexander Ulrich ist Parlamentarischer Geschäftsführer der Linksfraktion im Deutschen Bundestag.

1. EINFÜHRUNG

Am 21.3.2012 hat die Kommission den Vorschlag zu einer Verordnung über die Ausübung des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit vorgelegt (sog. Monti-II-VO).[2] Dieser Vorschlag wird begleitet durch einen weiteren Vorschlag vom gleichen Tage für eine Richtlinie zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (sog. Enforcement-Richtlinie).[3] Diese Richtlinie soll nicht den Kern der Entsenderichtlinie verändern, sondern will die Rahmenbedingungen verbessern, damit die hinter der Richtlinie stehende Binnenmarktfreiheit in ihrer tatsächlichen Ausprägung gestärkt wird.

Der Verordnungsvorschlag enthält grundsätzliche Erwägungen und berührt Grundrechtspositionen von Arbeitnehmern[4] und Gewerkschaften, weshalb er im Zentrum dieser gutachterlichen Überlegungen steht. Als Ermächtigungsgrundlage für die Verordnung ist Art. 352 AEUV[5] vorgesehen, so dass aus deutscher Sicht das Integrationsverantwortungsgesetz zu beachten sein wird (hier § 8).[6] Nicht eingegangen wird auf die Möglichkeit der Subsidiaritätsrüge bzw. der Subsidiaritätsklage.[7]

Kernfrage des Gutachtens ist, welche Vorgaben die Verordnung zum Verhältnis von sozialen Grundrechten und Binnenmarktfreiheiten vorsieht und ob diese Vorgaben im Einklang mit dem übrigen (primären) Unionsrecht stehen. Mit dem im Dezember 2009 in Kraft getretenen Vertrag von Lissabon[8] könnte eine Zäsur eingetreten sein. Der Vertrag enthält im Primärrecht Vokabeln wie «soziale Marktwirtschaft» und «sozialer Fortschritt» (Art. 3 Abs. 3 EUV[9]) bzw. «sozialer Schutz» (Art. 9 AEUV). Zudem erhebt er die EU-Grundrechte-Charta (GrCh) auf die gleiche Stufe wie die Verträge (Art. 6 Abs. 1 EUV).

Den Ausgangspunkt und Anlass der gesamten Gesetzesinitiative bilden zwei Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) aus dem Jahre 2007. Die Entscheidungen in Sachen Viking und Laval gefolgt von den Rechtssachen Rüffert und Luxemburg (beide 2008)[10] haben eine gewaltige Resonanz sowohl in der juristischen Fachwelt als auch auf politischer Ebene erfahren.[11] Weit verbreitete Auffassung ist dabei, dass in diesen den Binnenmarktfreiheiten der Vorrang vor sozialen Grundrechten eingeräumt wird.[12] Uneins ist man sich dagegen in der Bewertung, ob diese Gewichtung zu Recht erfolgt ist oder nicht. Dies hängt von der jeweiligen politischen Verortung ab. Auf politischer Ebene haben sich estnische und lettische Gewerkschaften anders eingelassen als z. B. deutsche, schwedische oder englische.[13]

2 KOM(2012), 130 endg. **3** KOM(2012), 131 endg. **4** Ausschließlich zur besseren Lesbarkeit des Textes wird die männliche Form von Arbeitnehmer verwandt. **5** Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. **6** BGBl. I 2009, 3022. Die Norm lautet: «Der deutsche Vertreter im Rat darf einem Vorschlag zum Erlass von Vorschriften gemäß Artikel 352 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union nur zustimmen oder sich bei einer Beschlussfassung enthalten, nachdem hierzu ein Gesetz gemäß Artikel 23 Absatz 1 des Grundgesetzes in Kraft getreten ist. Ohne ein solches Gesetz muss der deutsche Vertreter im Rat den Vorschlag zum Erlass von Vorschriften ablehnen.»; BVerfG v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u. a. Rn. 326 ff., 328. **7** Vgl. Art. 6 u. 8 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit vom 13.12.2007, ABl. Nr. C 306, S. 150. **8** Zu den Schwierigkeiten im Umfeld des Inkrafttretens des Vertrages von Lissabon vgl. Schubert/Schwithal, NJ 2008, 337 ff.; vgl. im Übrigen Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. Einführung; Terhechte, EuR 2008, 143 ff. **9** Vertrag über die Europäische Union. **10** EuGH v. 11.12.2007, Rs. C-438/05 (Viking), NZA 2008, 124 ff.; EuGH v. 18.12.2007, Rs. C-341/05 (Laval), NZA 2008, 159 ff.; EuGH v. 3.4.2008, Rs. C-346/06 (Rüffert), EuZW 2008, 306 ff.; EuGH v. 19.6.2008, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), NZA 2008, 865 ff. **11** Vgl. nur die unter juris im Abschnitt «Doktrin» jeweils aufgeführten zahlreichen Anmerkungen und Aufsätze. S.a. v. Danwitz, EuZA 2010, 6 ff. m.w.N. **12** ErfK/Wißmann, 12. Aufl. 2012, Vorbem. zum AEUV Rn. 14 f.; ders. AuR 2009, 149 ff.; Rebhahn, ZESAR 2008, 109 ff.; Wendeling-Schröder, GS für Zachert, S. 147 ff.; Blanke, Liber Amicorum Wendeling-Schröder, S. 131 ff., Scholz/Becker: Die Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH auf das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten, a. A. v. Danwitz, EuZA 2010, 6 ff. **13** Vgl. auch Reich, EuZW 2007, 391 ff.

2. VORSCHLÄGE DER EU-KOMMISSION

Die beiden von der EU-Kommission veröffentlichten Vorschläge sind sowohl im Umfang als auch bezogen auf ihre Bedeutung sehr unterschiedlich: Der Vorschlag für die Verordnung (Art. 288 Abs. 2 AEUV) des Rates über die Ausübung des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit umfasst lediglich fünf Artikel, 16 Erwägungsgründe und wenige Seiten Begründung. Gegenstand der Verordnung ist allerdings die bedeutsame Frage, in welchem Verhältnis das Grundrecht auf die Durchführung kollektiver Maßnahmen (z. B. Streik, Art. 28 GrCh) und die wirtschaftlichen Grundfreiheiten Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) und Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) zueinander stehen (Art. 1 des Verordnungsentwurfes). Dabei geht es nur um grenzüberschreitende Sachverhalte.[14] Rein nationale Sachverhalte würden durch die Verordnung nicht geregelt. Die Hürde für die Annahme einer grenzüberschreitenden Sachlage ist allerdings recht niedrig, da auch mittelbare Auswirkungen ausreichen.

Neben Regelungen zu diesem Verhältnis enthält der Vorschlag zudem Bestimmungen zu Streitbeilegungsverfahren (Art. 3) sowie Meldepflichten, falls das Funktionieren des Binnenmarktes durch kollektive Maßnahmen schwerwiegend beeinträchtigt wird (Art. 4). Die Meldepflichten wären gegenüber der Kommission und dem anderen betroffenen Mitgliedstaat zu erfüllen.

Insgesamt berührt der VO-Vorschlag eine Kernmaterie des europäischen und regelmäßig auch des nationalen Verfassungsrechts.

Die Enforcement-Richtlinie, also die Richtlinie (Art. 288 Abs. 3 AEUV) zur Stärkung der Umsetzung und Anwendung der Entsenderichtlinie 96/71/EG besteht aus 23 Artikeln, die überwiegend Verwaltungsregelungen enthalten, flankiert durch 34 Erwägungsgründe und verbunden mit einem umfangreichen Begründungsteil. Anders als die Verordnung stützt sich die Richtlinie nicht auf Art. 352 AEUV, der Einstimmigkeit im Rat verlangt, sondern auf die Ermächtigungsgrundlagen Art. 53 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 62 AEUV. Art. 53 Abs. 1 AEUV verweist auf das ordentliche Gesetzgebungsverfahren nach Art. 294 AEUV, das keine Einstimmigkeit fordert. Die unterschiedlichen Ermächtigungsgrundlagen zeigen bereits, dass es bei der Monti-II-VO um Grundsätzliches, bei dem Richtlinien-Vorschlag lediglich um (gleichwohl gewichtige) Ausgestaltungsfragen bezogen auf eine Richtlinie (hier: 96/71/EG) geht.

14 Vgl. die Begründung zum Verordnungsvorschlag sowie den dortigen Art. 3 Abs. 1.

3. FOLGEFRAGEN

Der oben aufgeworfenen Kernfrage des Verhältnisses von sozialen Grundrechten zu Binnenmarktfreiheiten sind folgende weitere Fragen hinzuzufügen:

- Auf welcher Ebene stehen die Rechtsakte und welche Rechtsqualität weisen sie auf?
- Können die postulierten Ziele durch die Maßnahmen überhaupt erreicht werden (Frage der Geeignetheit)?
- Ist eine Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen Grundlagen (Europäische Menschenrechtskonvention [EMRK], Europäische Sozialcharta [ESC], oder ILO-Übereinkommen) gegeben?
- Kann die Keck-Rechtsprechung des EuGH[15] zum freien Warenverkehr übertragen werden, wonach mitgliedstaatliche Verkaufsmodalitäten nicht den Schutzbereich des freien Warenverkehrs berühren?[16]

Bezüglich der Enforcement-Richtlinie stellen sich folgende weitere Fragen:

- Ändert der Richtlinienentwurf etwas an der Interpretation des EuGH, dass die Mitgliedstaaten und Gewerkschaften für entsandte Beschäftigte nicht mehr als die in Art. 3 der Entsenderichtlinie aufgeführten Beschäftigungsbedingungen einfordern dürfen (Interpretation als Maximalrichtlinie)?[17]
- Ändert der Richtlinienentwurf etwas hinsichtlich der Voraussetzung der Entsendung selbst durch Definition des Arbeitnehmerbegriffs oder durch zeitliche Grenzen der Entsendung?

15 EuGH v. 24.11.2003, Rs. C-267/91, Slg. 1993, I-06097 (Keck und Mithouard). **16** Vgl. bereits hier Holoubek, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl., Art. 28 Charta Rn. 25. **17** Der EuGH versteht seit der Rüffert-Entscheidung die in Art. 3 RL 96/71/EG aufgeführten Arbeitsbedingungen als Höchstgrenzen (er entfernt sich also vom Mindestschutzkonzept) und legt Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie eng aus, vgl. EuGH v. 19.6.2008, Rs. C-319/06, Nr. 30 (Kommission/Luxemburg).

4. POLITISCHE ENTWICKLUNGSLINIEN

A) DER MONTI-BERICHT ZUR ZUKUNFT DES BINNENMARKTES

Mario Monti hat am 9.5.2010 einen von Kommissionspräsidenten Barroso in Auftrag gegebenen Bericht unter dem Titel «Eine neue Strategie für den Binnenmarkt – im Dienste der Wirtschaft und Gesellschaft in Europa» vorgelegt.[18] Nach dem Scheitern der Lissabon-Strategie, nach der Europa bis 2010 der stärkste Markt weltweit für Waren und Dienstleistungen werden sollte, soll nun der Binnenmarkt innerhalb des Konzeptes Europa 2020 neu justiert werden. In seinem Bericht greift Monti auch den durch die Entscheidungen Viking und Laval aufgetretenen Konflikt zwischen den Grundfreiheiten (insbesondere Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit) und den Rechten der Arbeitnehmer auf (S. 68 des Berichtes). Er stellt fest:

«Von 2007 bis 2008 rissen die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs in den Rechtssachen Viking Line, Laval, Rüffert und Kommission vs. Luxemburg eine alte, nie verheilte Wunde auf: die Spaltung zwischen den Befürwortern eines stärker integrierten Markts und jenen, die befürchten, dass der Ruf nach wirtschaftlichen Freiheiten und dem Niederreißen aufsichtsrechtlicher Barrieren ein Codewort für den Abbau auf nationaler Ebene geschützter sozialer Rechte ist.»

Monti sieht durch diese Entwicklung in der Rechtsprechung des EuGH die ursprünglich im Grundsatz bestehende europafreundliche Haltung von Gewerkschaften schwinden und erkennt eine deutliche Entfremdung vom Binnenmarkt. Er stellt die Frage danach, wo das Recht der Arbeitnehmer auf Arbeitskampfmaßnahmen innerhalb des Binnenmarkts angesiedelt ist und welchen Status es im Verhältnis zu den wirtschaftlichen Freiheiten genießt. Er fordert eine politische Lösung, die dem Vertragsziel der sozialen Marktwirtschaft gerecht wird, damit zukünftig diese Frage nicht der Rechtsprechung überlassen bleibt.[19]
Konkret gibt Monti zwei Empfehlungen aus[20]:

1) Bezogen auf die Fälle Laval und Rüffert setzt er an der Entsenderichtlinie an. Allerdings soll diese nicht revidiert, sondern lediglich ihre Auslegung und Umsetzung verbessert werden. Konkret fordert er dazu einen erleichterten Zugang zu Informationen, eine Stärkung der Zusammenarbeit der Verwaltungen der Mitgliedstaaten und eine schlagkräftigere Sanktionierung von Rechtsverletzungen;
2) In den entsprechenden Umsetzungsmaßnahmen zur Entsenderichtlinie soll dann eine Regelung analog Art. 2 der VO 2679/98 (sog. Monti-I-VO) zu finden sein.

Als unrealistisch schätzt Monti die Einführung einer sozialen Fortschrittsklausel ein, weil hierfür eine Vertragsänderung erforderlich sei, die nach dem langwierigen Verfahren um den Vertrag von Lissabon kaum vorstellbar ist. Er hält sie aber für eine von zwei Möglichkeiten, ein Gleichgewicht zwischen wirtschaftlichen Freiheiten und Streikrecht herzustellen![21] Eine Alternative wäre, das Streikrecht auf Unionsebene zu regeln, was aber wegen fehlender Ermächtigungsgrundlage (Art. 153 Abs. 5 AEUV) gegenwärtig verboten sei.

Sein Vorschlag zur Einführung eines «Schlichtungsverfahrens» zur Beilegung von Tarifstreitigkeiten bei Anwendung der Entsenderichtlinie (S. 71 des Berichts) lautet:

«Eine derartige Bestimmung könnte durch ein System zur informellen Beilegung von Streitigkeiten über die Anwendung der Entsenderichtlinie ergänzt werden, wenn die Gefahr besteht, dass diese Streitigkeiten das Funktionieren des Binnenmarktes gravierend behindern.»

Der Bericht weist hier eine Tendenz auf, nach der Grundfreiheiten doch letztlich schützenswerter als soziale Grundrechte sind.

B) SINGLE MARKET ACT (30.4.2011)[22]

Dem Monti-Bericht folgen verschiedene Berichte, die diesen einzuordnen und umzusetzen versuchen. Ein wichtiger Schritt stellt die Binnenmarktakte dar. Nach der Mitteilung der Kommission vom 27.10.2010, in der der Weg zu einer Binnenmarktakte beschrieben wurde[23], legte im April 2011 die Kommission sog. 12 Hebel zur Förderung von Wachstum und Vertrauen vor. Unter 2.10 wird als Leitaktion ausgeführt:

«Erlass einer Rechtsvorschrift zur Verbesserung und Verstärkung der Umsetzung, Anwendung und praktischen Einhaltung der ‹Entsenderichtlinie›, die Maßnahmen zur Prävention und Sanktionierung von Missbrauch und Umgehung geltender Vorschriften enthält, sowie einer Rechtsvorschrift, mit der die Wahrnehmung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im Verhältnis zu den sozialen Rechten geklärt werden soll.»[24]

Während diese Leitaktion zunächst noch von einem gleichberechtigten Verhältnis spricht, ist die Pressemitteilung der Kommission zu den «12 Hebeln» dagegen stärker binnenmarktlastig, wenn es dort heißt:[25]

«In einem zweiten Vorschlag soll klargestellt werden, wie die sozialen Grundrechte in Fällen wahrgenommen werden können, in denen die Unternehmen von ihren wirtschaftlichen Freiheiten Gebrauch machen.»

C) VORENTWÜRFE[26]

In verschiedenen Vorentwürfen zu einer Monti-II-VO versuchte die Kommission das Verhältnis von Grund-

18 Bericht an den Präsidenten der Europäischen Kommission vom 9.5.2010. Vgl. auch die Stellungnahme des EWSA vom 14.7.2010 (Janson-Bericht), SOC/360 («Die soziale Dimension des Binnenmarktes»). **19** Monti-Bericht S. 83. **20** Monti-Bericht S. 85. **21** Monti-Bericht S. 83. **22** Mitteilung KOM(2011), 206 endgültig. **23** KOM(2010), 608 endg. (Vorschläge 29, 30) **24** Dabei wird unter KOM(2011), 206 endgültig S. 19 in FN 56 ausdrücklich auf Art. 2 VO 2679/98 verwiesen. **25** Pressemitteilung IP/11/469 v. 13.4.2011 (Nr. 10). **26** Vgl. zur Vorgeschichte auch die Rede von Kommissar Andor, Speech/11/478, Brüssel 27.6.2011; allg. KOM(2012), 130 endg., S. 5 ff. **27** 2011/EMPL/093.

freiheiten und sozialen Grundrechten auszutarieren. Nach Art. 2 des Vorentwurfs vom 22.11.2011[27] hatte das Grundrecht auf Streik die Binnenmarktfreiheiten, insbesondere die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, zu respektieren. Der folgende Satz ordnete dasselbe im umgekehrten Verhältnis an. Keine Seite könne Vorrang beanspruchen. Artikel 2 hätte also für alle Binnenmarktfreiheiten gegolten. Eine Gewichtung wäre in der Weise interpretierbar gewesen, dass die Norm mit dem Schutz der Binnenmarktfreiheit begonnen hätte, diese also als Ersterwähnte höher bewertet worden wäre. Zudem wurde behauptet, dass es keinen inhärenten Konflikt zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten gebe (Erwägungsgrund 13). In Art. 3 des Vorentwurfes wurde den nationalen Gerichten im Ergebnis das Prüfschema vorgegeben. Art. 4 des Vorentwurfes sollte alternative Streitlösungsmechanismen einführen. Unklar wäre gewesen, ob solche auch in den Ländern neu einzuführen gewesen wären, die – wie Deutschland – «Zwangsschlichtungen» nicht kennen.[28] Artikel 5 hätte einen sog. Warnmechanismus eingeführt. Immer dann, wenn Streikmaßnahmen das Funktionieren des Binnenmarktes stark beschränken oder soziale Unruhen auslösen, hat der Mitgliedstaat, in welchem der Streik stattfindet, die Kommission und andere betroffene Mitgliedstaaten unverzüglich zu informieren. Die Kommission wäre ermächtigt gewesen, angemessene Maßnahmen zur Beendigung des Arbeitskampfes vorzutragen.

Wie zu erwarten, wurde, trotz der Tendenz, Grundrechte und Grundfreiheiten gleichwertig zu behandeln, große Kritik an diesem Vorentwurf geübt, weil der gesamte Rechtstext immer noch den starken Eindruck des Vorrangs aller Grundfreiheiten vermittelte, zumal im Begründungsteil davon gesprochen wurde, die EuGH-Rechtsprechung nicht umkehren zu wollen. Diese Kritik veranlasste zum jetzt vorliegenden Vorschlag.

28 BAG v. 21.4.1971, GS 1/68, BAGE 23, 292 ff.

5. EUROPARECHTLICHE VORGABEN

Zunächst sollen die europarechtlichen Vorgaben dargestellt werden, um anhand dieser sodann die konkreten Vorschläge zu begutachten.

A) DIE EUGH-RECHTSPRECHUNGSENTWICKLUNG ZUM VERHÄLTNIS VON GRUNDRECHTEN ZU GRUNDFREIHEITEN BIS ZUM VERTRAG VON LISSABON

In der Rechtsprechung des EuGH hat es in den letzten Jahren eine deutliche Veränderung hin zu einer binnenmarktfreundlichen Rechtsprechung gegeben. Davor (und teilweise im Individualarbeitsrecht auch noch heute) konnte man durchaus davon sprechen, dass der EuGH die Rolle des Hüters der sozialen Belange in Europa einnimmt.[29] Auch zu Grundrechten und deren Verhältnis zu Grundfreiheiten wie dem freien Warenverkehr hatte er sich geäußert. Konkret machte der EuGH in den Entscheidungen Schmidberger und Omega Spielhallen (hier ging es um die Versammlungsfreiheit und um die Menschenwürde[30]) deutlich, dass sich Grundrechte auch gegenüber Grundfreiheiten durchsetzen können. In der Entscheidung Albany[31] hatte der EuGH Tarifverträge zudem von einer kartellrechtlichen Überprüfung ausgenommen.

Flankiert wurde diese Denkweise von Art. 2 der VO 2679/98 (sog. Monti-Verordnung zum freien Warenverkehr = Monti-I-VO), welcher lautet[32]:

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

In ähnlicher Richtung, wenn auch abgeschwächt, formuliert die Dienstleistungsrichtlinie in Art. 1 Abs. 7 2006/123/EG:

«Diese Richtlinie berührt nicht die Ausübung der in den Mitgliedstaaten und durch das Gemeinschaftsrecht anerkannten Grundrechte. Sie berührt auch nicht das Recht, gemäß nationalem Recht und nationalen Praktiken unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts Tarifverträge auszuhandeln, abzuschließen und durchzusetzen sowie Arbeitskampfmaßnahmen zu ergreifen.»

Aufgrund dieser Entwicklungen gab es die Vermutung, dass sich das Streikrecht ebenfalls gegen wirtschaftliche Grundfreiheiten wird durchsetzen können, dass es jedenfalls grundsätzlich dazu in der Lage ist. Der EuGH erkennt in den Entscheidungen Viking und Laval zunächst auch das Recht auf Arbeitskampf als allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, mithin im Ergebnis als europäisches Grundrecht an (weswegen die Viking-Entscheidung zu Beginn auch von Gewerkschaften begrüßt wurde).[33] Allerdings – und dies ist ein neuer Weg – bewertet er soziale Grundrechte geringer als allgemeine (bürgerliche) Grundrechte im Verhältnis zu den Binnenmarktfreiheiten.[34] Es scheint nach der jetzigen Rechtsprechung des EuGH eine Hierarchie der folgenden Art zu geben: 1. Wirtschaftliche Grundfreiheiten (zu denen der EuGH eine langjährige Rechtsprechung aufweisen kann, quasi gesichertes Terrain), 2. bürgerliche Grundrechte (Meinungsfreiheit – Demonstrationsfreiheit), 3. Soziale (kollektive) Grundrechte.[35]

Methodisch werden soziale Grundrechte in der Weise unterbewertet, dass sie nicht im Rahmen einer echten gleichberechtigten Abwägung zur Geltung kommen, geschweige denn, dass diese vorgehen. Vielmehr werden sie lediglich im Ablauf der Prüfung eines Eingriffs in eine Grundfreiheit unter dem Punkt «Verhältnismäßigkeit» (Rechtfertigungsebene) verortet. Kollektivrechtliche Maßnahmen sind hiernach nur zulässig (so Leitsatz 3 der Viking-Entscheidung), wenn sie ein legitimes, mit dem Vertrag kompatibles Ziel verfolgen, einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen und angemessen sind.[36] Ausgangspunkt der Prüfung ist also nicht das Grundrecht, sondern die Grundfreiheit/Binnenmarktfreiheit.[37] Der EuGH lässt es genügen, dass die Binnemarktfreiheit durch den Streik weniger attraktiv wird[38], er fragt aber nicht danach, ob durch diese Rechtsprechung das Grundrecht auf Streik nicht nur weniger «attraktiv», sondern ausgehöhlt wird.[39] Einer Begegnung der Grundfreiheit und des Grundrechts auf Tatbestandsebene erteilt der EuGH eine Absage.[40]

Nur scheinbar hat der EuGH dabei das Prüfungssystem aus der Schmidberger-Rechtsprechung fort-

29 Man denke nur an die vom EuGH entwickelten Grundsätze des Gemeinschaftsrechts und die Entscheidungen Defrenne (EuGH v. 8.4.1976, Rs. 43/75, Slg. 1976, 455 ff.) und Mangold (EuGH v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981); EuGH v. 20.1.2009, C-350/06, Slg. 2009, I-00179 (Schultz-Hoff) und (trotz Einschränkung) EuGH v. 22.11.2011, C-214/10, NZA 2011, 1333 (KHS) vgl. grds. Schubert/Jerchel, EuZW 2010, 687 ff., Heuschmid in: Arbeitskampf, 3. Aufl., § 11 Rn. 67 ff., ergänzend: Kokott in: Scholz/Becker, a.a.O. **30** EuGH v. 12.6.2003, Rs. C-112/00 (Schmidberger), NJW 2003, 3185 ff.; EuGH v. 18.3.2004, Rs. C-36/02 (Omega Spielhallen), EuZW 2004, 753 ff. **31** EuGH v. 21.9.1999, Rs. C-67/96 (Albany), AuR 2000, 26 ff.; jüngst EuGH v. 3.3.2011, Rs. C-437/09 (AG2R), zitiert nach juris. **32** Die Monti-I-VO ist noch in Kraft. Die beiden Vorschläge der Kommission sehen nicht etwa eine Streichung oder Änderung jener vor. Art 2 der Monti-I-VO kann als kleine soziale Fortschrittsklausel bezeichnet werden, allerdings nur bezogen auf den Geltungsbereich der Verordnung. **33** EuGH v. 11.12.2007, Rs. C-438/05 Rn. 43 f. (Viking): Arbeitskampfmittel Streik; EuGH v. 18.12.2007, Rs. C-341/05, Rn. 90 f. (Laval): Arbeitskampfmittel Boykott. Vgl. auch Thüsing, RdA 2012, 65 ff., 66. **34** HK-ArbR/Schubert 2. Aufl., AEUV Rn. 173 ff.; ErfK/Wißmann, 12. Aufl. 2012, Vorbem. AEUV Rn. 15. **35** Ähnlich Rebhahn, zitiert nach Heuschmid/Schierle, EuZA 2009, 279. **36** Dies führt letztlich zu einer Tarifzensur, vgl. HK-ArbR/Schubert 2. Aufl. AEUV Rn. 180; Vgl auch ErfK/Wißmann, 12. Aufl. 2012, Vorbem. AEUV Rn. 14. **37** Krebber, RdA 2009, 224 ff., 233. Dies schon früher verteidigend Skouris, DÖV 2006, 85 ff., 95. **38** So im Fall Viking a.a.O. (Rn. 72). **39** Zur Gefahr des Schadensersatzes für Gewerkschaften vgl. Reich, EuZW 2010, 454 ff., der den Fall Laval in Schweden weiter verfolgt hat. Zur Illustration der Behinderung des Streikrechts dient auch der Fall BALPA (British Air Line Pilots´ Association) in England, in welchem die Gewerkschaft eine Streikmaßnahme unterlassen musste, weil British Airways erfolgreich in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes auf die Viking-Entscheidung hinweisen konnte, vgl. Bell, Understanding Viking and Laval: AN IER Briefing Note, Institute of Employment Rights, Liverpool 2008; Ewing/Hendy Industrial Law Journal (ILJ) 2010, 2, 44. **40** Krebber, RdA 2009, 224 ff., 233 mwN; vgl. auch Wendeling-Schröder AiB 2008, 179 ff., 182; Zwanziger, DB 2008, 294 ff., 296 (der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt jedenfalls in beide Richtungen).

gesetzt, denn anders als bei diesem Verfahren wägt der EuGH nicht ab, sondern behandelt das soziale Recht lediglich als einen Fall der ohnehin schillernden «zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses» (besondere Form eines Rechtfertigungsgrundes bei Grundfreiheiten[41]).[42] In der Dogmatik der Grundfreiheiten stellt der «Arbeitnehmerschutz» – wenn verhältnismäßig verfolgt – ein anerkanntes Allgemeininteresse dar, weswegen es der EuGH auch aufgreift. Er wird aber damit der Bedeutung des sozialen Grundrechts nicht gerecht und setzt seine Herabstufung des sozialen Rechts folglich auch strukturell um.[43] Besieht man überdies, was in anderen Fällen vom EuGH als zwingende Erfordernisse angesehen wird (z. B. Verbraucherschutz, Lauterbarkeit des Handelsverkehrs, wirksame steuerliche Kontrolle) und die geringeren Hürden bei der Annahme dieser im Vergleich zu den geschriebenen Rechtfertigungsgründen bei Grundfreiheiten, erreichen diese Interessen nicht das Niveau eines (sozialen) Grundrechts. Allein deshalb hätte das Grundrecht auf Streik nicht lediglich als zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses behandelt werden dürfen.[44] Überdies geht es um Allgemeininteressen *der Mitgliedstaaten,* um die Grundfreiheiten gerechtfertigt einschränken zu können, was der Struktur eines sozialen Grundrechts wie das der Kollektivverhandlungen nebst Streik wiederum nicht entspricht (hier geht es um Arbeitnehmerinteressen im Konflikt Kapital – Arbeit und Interessen der Sozialpartner).[45] Der EuGH bleibt dagegen in der Logik der Grundfreiheiten verhaftet.

Zudem wird die kollektive Bedeutung nicht gesehen, wenn nur auf den Schutz der Arbeitnehmer abgestellt wird.[46] Betroffen ist eben nicht nur die individualrechtliche Ebene, sondern es sind auch kollektive Grundrechte der Gewerkschaften berührt (Artikel 12 und 28 der GrCh).[47]

In den Entscheidungen Laval (Boykott) und Rüffert (Tariftreueregelungen) werden ursprünglich als Mindestrechte angelegte Arbeitnehmerrechte aus der Entsenderichtlinie[48] nunmehr als Höchstgrenze gewertet, um den Einfluss solcher Rechte auf Marktfreiheiten gering zu halten.[49] Die restriktive Auslegung der Entsenderichtlinie wurde in der Entscheidung Luxemburg gegen Kommission aufrecht erhalten.[50]

Auch hier gab es Vorentscheidungen, die ein anderes Vorgehen des EuGH haben erwarten lassen. In der Entscheidung GebroedersBeentjes BV ließ der EuGH sozialpolitische Zielsetzungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu (Pflicht zur Beschäftigung von Langzeitarbeitslosigkeit), wenn sie allen sonstigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts genügen, insbesondere der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit. Qualifiziert wurden diese Zielsetzungen als «besondere zusätzliche Bedingungen».[51] Etwas mehr als zehn Jahre später wurde die Beentjes-Rechtsprechung bestätigt[52] und auf Umweltschutzaspekte erweitert.[53] Dies alles mündete in Art. 26 RL 2004/18/EG (Vergaberichtlinie).[54] Gleichwohl löste sich der EuGH hiervon.[55]

B) GRUNDPRINZIPIEN, GRUNDRECHTE UND GRUNDFREIHEITEN IM VERTRAG VON LISSABON

aa) Grundprinzipien

Der Vertrag von Lissabon hat an herausgehobenen Stellen soziale Gesichtspunkte jedenfalls im Wortlaut gestärkt. Diese lassen sich finden in Art. 3 Abs. 3 EUV «soziale Marktwirtschaft» und «sozialer Fortschritt» (Abschnitt Gemeinsame Bestimmungen) und in Art. 9 AEUV «soziale Querschnittsklausel» (Abschnitt Grundsätze, Allgemein geltende Bestimmungen). Der Vertrag löst sich aber nicht generell von einem Bekenntnis zum Marktprinzip.[56] Auch ist die europäische Wirtschaftsverfassung, anders als das Grundgesetz, nicht neutral.[57] So spricht Art. 119 Abs. 1 AEUV vom Grundsatz einer «offenen» Marktwirtschaft. Diese Vorschrift stellt allerdings durch eine andere systematische Verortung (nicht im Abschnitt Gemeinsame Bestimmungen des EUV) eine Norm dar, die nur für einen Ausschnitt des Handelns der Union gilt (Wirtschafts- und Währungspolitik). Art. 3 Abs. 3 EUV durchdringt also auch die Artikel 119 ff. AEUV.

41 St. Rspr. des EuGH seit Cassis de Dijon, EuGH v. 20.2.1979, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649. **42** aA v. Danwitz, EuZA 2010, 6 ff., 14.; klarer im Vorgehen GA Trstenjak in den Schlussanträgen vom 14.4.2010 in der Rs C-271/08, Rn. 75 ff. **43** Krebber, RdA 2009, 224 ff., 233. **44** Krebber, RdA 2009, 224 ff., 233. **45** Vgl. Krebber, RdA 2009, 224 ff., 233. **46** Zu EuGH v. 11.12.2007, Rs. C-438/05 Rn. 77 (Viking); EuGH v. 18.12.2007, Rs. C-341/05, Rn. 103 (Laval). **47** Der EuGH hat in den Fällen Viking und Laval ausdrücklich auf die damals noch unverbindliche Grundrechtecharta Bezug genommen. Der Verordnungsvorschlag verweist im Erwägungsgrund 9, KOM(2012), 130 endg. auf die nunmehr verbindliche GrCh. **48** Art. 3 RL 96/71/EG lautet auszugsweise: (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. (7) Die Absätze 1 bis 6 stehen der Anwendung von für die Arbeitnehmer günstigeren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht entgegen. (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. **49** Dies wird auch von Thüsing gesehen, Stellungnahme zur Anhörung des Europa-Ausschusses des Deutschen Bundestages am 6.10.2010 unter III. 1 b). Vgl. im Übrigen Blanke, in: liber amicorum Wendeling-Schröder, S. 131 ff., 142; HK-ArbR/Schubert, 2. Aufl., AEUV Rn. 116 f.; teilweise aA Seifert EuZA 2008, 526 ff., 532; besser: Schlussantrag des GA Yves Bot v. 20.9.2007, Nr. 83, 98. Es ist zu konzedieren, dass die Regelung in Art. 3 Abs. 7 der RL 96/71/EG besser an den Schluss der Richtlinie gehörte. **50** EuGH v. 19.6.2008, Rs. C-319/06, Nr. 30 (Kommission/Luxemburg); hierzu Heuschmid, jurisPR-ArbR 51/2008, Anm. 5. **51** EuGH v. 20.9.1988, Rs. 31/87, Slg. 1988, 4635 Rn. 20 ff. (Beentjes). **52** EuGH v. 26.9.2000, C-225/98, Slg. 2000, I-7445 Rn. 50 ff. (Kommission/Frankreich). **53** EuGH v. 17.9.2002, C-513/99, Slg. 2002, I-7213, Rn. 53 ff. (Concordia Bus Finland); EuGH v. 4.12.2003, C-448/01, Slg. 2003, I-4527, Rn. 30 ff. (EVN AG und Wienstrom). **54** Fütterer, EuZA 2011, 505 ff., 510. **55** Vgl. dagegen das (von Deutschland nicht ratifizierte) ILO Übereinkommen Nr. 94 und hierzu Fütterer, EuZA 2011, 505 ff., 518. Im Vergaberecht hat der EuGH jüngst strenge Kriterien an das Aufstellen sozialer Vorgaben angelegt, EuGH v. 10.5.2012, C-368/10 (Transparenzverpflichtung). **56** Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 3 EUV, Rn. 25. **57** Rodi, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht Art. 119 Rn. 8.

Die Wirkkraft der neuen sozialen Normen ist im Übrigen umstritten. Können diese zum verbindlichen Unions-Rechtskanon gezählt werden, wären sie in der Lage, die Vorschläge der Kommission einzuschränken. Handelt es sich dagegen lediglich um unverbindliche Programmsätze, wären die Vorschriften allenfalls in Auslegungsfragen ergänzend von Bedeutung. Klar dürfte dagegen sein, dass sowohl Art. 3 Abs. 3 EUV wie auch Art. 9 AEUV nicht isoliert von Art. 151 AEUV stehen.

Diese Verbindung wird gelegentlich als Relativierung verstanden. Weil Art. 9 AEUV als Norm aus dem Abschnitt «Grundsätze, Allgemein geltende Bestimmungen» enger gefasst ist als Art. 151 AEUV, sei – nach *Krebber* – jener weniger geeignet, Wirkung zu entfalten.[58] Diese Unterschiede im Wortlaut wären Beleg für eine Vorrangstellung des Binnenmarkts im Vergleich zur Sozialpolitik.[59] Überdies komme Art. 9 AEUV als Querschnittsklausel ohnehin kaum praktische Bedeutung zu.[60] Im gleichen Kommentar wird zu Art. 3 Abs. 3 EUV eine ähnlich beschränkte Wirkung konstatiert.[61]

Eine stärkere Bedeutung sieht dagegen der ehemalige Richter des Bundesverfassungsgerichts *Bryde.*[62] Nach seiner Auffassung konstituieren die genannten Vorschriften ein «europäisches Sozialstaatsprinzip».[63] Dabei sieht er in Art. 9 AEUV die (nicht wortgleiche) Umsetzungsnorm zu Art. 3 Abs. 3 EUV. Durchsetzungskraft erhält dieses System dadurch, dass Querschnittsklauseln (man denke auch an Umweltschutz und Kultur) keine unverbindlichen Absichtserklärungen darstellen, sondern bei allen Politiken zu berücksichtigen sind.[64] Die Bedeutung von Querschnittsklauseln liege auch darin, wichtige Aufgabenfelder in einer stark ausdifferenzierten Organisation (zahlreiche Generaldirektionen in der Kommission) zur Geltung zu bringen.[65] Auch *Gassner,* der die Durchschlagskraft von Art. 9 AEUV grundsätzlich eher gering einschätzt, sieht deren Bedeutung vor allem im Verhältnis zum sekundären Gemeinschaftsrecht[66], zu denen die beiden hier untersuchten Vorschläge gehören.

Der Auffassung von *Bryde* ist zuzustimmen. Die Aussagen des Art. 3 Abs. 3 EUV werden fälschlich oftmals aus dem Zusammenhang gerissen. Die Norm stellt aber entscheidende Verknüpfungen her:

«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,* sowie ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität hin. Sie fördert den wissenschaftlichen und technischen Fortschritt.» [Hervorhebung nur hier].

Die Zielbestimmung gibt den Begriffen «Binnenmarkt», «Wirtschaftswachstum», «wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft» eine spezifische Ausrichtung und zeigt auf, wie die Union die Begrifflichkeiten verstanden wissen will. Wohl richtig ist, dass Art. 3 EUV keine neuen Kompetenzen begründet, sondern nur für die Felder gilt, in denen andere Ermächtigungsgrundlagen Kompetenzen vermitteln.[67] Unbestreitbar will der Vertrag aber eine Marktwirtschaft, die sozial ist.[68]

Die Wortlaute des Art. 9 AEUV und Art. 151 AEUV mögen tatsächlich unterschiedlich sein. In Art. 9 AEUV sind die «Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen» nicht aufgeführt. In keinem Falle kann hieraus aber geschlossen werden, dass der Querschnittsklausel überhaupt keine Bedeutung zukommt und im Falle einer Abwägung von Binnenmarktregeln mit sozialen Bestimmungen letztere vollständig ausfallen.[69] Das BVerfG weist den Sozialvorschriften des EUV und AEUV (inklusive Präambel) die Qualität eines rechtlichen Handlungsrahmens zu.[70]

Art. 9 AEUV enthält zudem die weitergehende Formulierung des «angemessenen sozialen Schutzes», welcher die Lebens- und Arbeitsbedingungen mit umfassen dürfte.[71] Im Übrigen ist auch die Genese der sozialen Normen zu bedenken, die Kompromissen und politischen Ausgleichsgeschäften unterlag, so dass eine strenge Wortlautauslegung hier in die falsche Richtung führen kann.[72]

Die Zielsetzung «sozialer Fortschritt» wird durch das übrige Unionsrecht konkretisiert (Art. 151 AEUV[73]) und von Normen der Grundrechte-Charta (insbesondere Sozialpolitik) flankiert.

Für die rechtliche Akzeptanz der Monti-II-VO sind daher die Artikel 3 Abs. 3 EUV und 9 AEUV nicht ohne Bedeutung, auch wenn im Unionsrecht die letzte Kohärenz in der Sozialpolitik fehlt.[74] Für eine Bedeutung spricht auch die Einschätzung des Generalanwaltes Villalón in der Sache Palhota.[75] Dieser verknüpft sogar Art. 9 AEUV mit Art. 31 GrCh (würdige Arbeitsbedingungen). Zu Art. 9 AEUV formuliert er:

«Mit Art. 9 AEUV wurde eine übergreifende soziale Schutzbestimmung eingeführt, die die Organe verpflichtet, ‹den Erfordernissen im Zusammenhang mit der Förderung eines hohen Beschäftigungsniveaus, mit der Gewährleistung eines angemessenen sozialen Schutzes, mit der Bekämpfung der sozialen Ausgren-

58 Krebber, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 9 AEUV, Rn. 2; ebenfalls (etwas schwächer) einschränkend Frenz, NZS 2011, 81 ff., 82. **59** Krebber, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 9 AEUV, Rn. 1 f. **60** Krebber, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 9 AEUV, Rn. 2. Ähnlich Gassner, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 9 Rn. 15. **61** Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 3 EUV, Rn. 28, 32. **62** Bryde, Gutachten «Das Grundrecht der Tarifautonomie als Schranke europäischer Wirtschaftsregulierung, S. 33. **63** Bryde, Gutachten «Das Grundrecht der Tarifautonomie als Schranke europäischer Wirtschaftsregulierung, S. 33; Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim spricht in Art. 9 Rn. 11 vom europäischen Sozialmodell. **64** Bryde, Gutachten «Das Grundrecht der Tarifautonomie als Schranke europäischer Wirtschaftsregulierung, S. 34. So auch Frenz, NZS 2011, 81 ff., 86. **65** Bryde, Gutachten «Das Grundrecht der Tarifautonomie als Schranke europäischer Wirtschaftsregulierung, S. 34. **66** Gassner, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 9 AEUV Rn. 18. **67** Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 3 EUV Rn. 37. **68** Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 3 EUV Rn. 38. Dies mag vor dem Vertrag von Lissabon noch anders gewesen sein, vgl. Levits, zitiert nach Heuschmied/Schierle, EuZA 2009, 280. Der Wortlaut der neuen Verträge ist aber nun eindeutig anders. **69** Bryde, Gutachten «Das Grundrecht der Tarifautonomie als Schranke europäischer Wirtschaftsregulierung, S. 35. So auch letztlich die Einschätzung der Kommission, KOM(2012), 130 endg., S. 3. **70** BVerfG v. 30.6.2009, 2 BvE 2, 5/08 u. a., BVerfGE 123, 267 ff., 428 f. **71** Zur Durchdringungsweite des Art. 9 AEUV vgl. Gassner, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 9 AEUV Rn. 9: Bezugsfeld ist der AEUV, also auch Art. 352 AEUV. **72** Vgl. zur Genese Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 3 EUV, Rn. 26. **73** Die Norm war früher wortgleich unter Art. 136 EG-V zu finden. Sie verweist auf die Europäische Sozialcharta und Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer. **74** Vgl. Krebber, RdA 2009, 224 ff. **75** Schlussanträge in Sachen C-515/08, Rn. 51.

zung sowie mit einem hohen Niveau der allgemeinen und beruflichen Bildung und des Gesundheitsschutzes Rechnung› zu tragen. Diese Verpflichtung wird aufgestellt, nachdem es in Art. 3 Abs. 3 EUV heißt, dass der Binnenmarkt durch Politiken errichtet wird, die ‹eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt›, zur Grundlage haben.»

Die Vorschläge der Kommission, auch die Monti-II-VO, haben sich an den neuen sozialpolitischen Vorgaben zu orientieren. Begünstigen daher die Vorschläge den Eindruck, dass auch weiterhin den Grundfreiheiten Vorrang vor den Grundrechten eingeräumt wird, so steht dem – nach diesseits vertretener Auffassung – der Vertrag von Lissabon entgegen.

bb) Art. 153 Abs. 5 AEUV

Das Primärrecht sieht in Art. 153 Abs. 5 AEUV vor, dass keine Kompetenz der Union im Hinblick auf das Streikrecht besteht. Damit belässt das Unionsrecht diesen Bereich den Mitgliedstaaten bzw. den dortigen Sozialpartnern.

Die Reichweite der Norm ist umstritten, eine Entscheidung hierüber aber von außerordentlicher Bedeutung. Ohne Ermächtigungsgrundlage könnte eine Monti-II-VO nicht ergehen, auch nicht über Art. 352 AEUV (ausdrücklich in Art. 352 Abs. 3 AEUV geregelt).[76]

Der Wortlaut des Art. 153 Abs. 5 AEUV begrenzt die Wirkung auf die vorstehenden Absätze der Norm (Art. 153 Abs. 1 bis 4 AEUV). Hieraus könnte gefolgert werden, dass andere Ermächtigungsgrundlagen (insbesondere mit Binnenmarktbezug) weiter zur Verfügung stehen (z. B. 114 f. AEUV, 352 AEUV).[77]

Aber nach richtiger Ansicht hat die Norm Ausstrahlungswirkung auf das gesamte Primärrecht und beeinflusst andere Ermächtigungsgrundlagen, auch solche zur Regelung des Binnenmarktes.[78] Andernfalls wären Umgehungsmöglichkeiten Tür und Tor geöffnet[79] und damit der Telos der Norm unterminiert. Nur wenn der Binnenmarktbezug klar im Vordergrund steht und das inhaltliche Übergewicht hat, können hiernach andere Ermächtigungsgrundlagen herangezogen werden. Ein Beispiel dafür stellt Art. 3 Abs. 3 der Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG dar. Hier werden zwar tarifrechtliche Inhalte[80] geregelt, aber nicht als Schwerpunkt. Ermächtigungsgrundlage für die Richtlinie war Art. 94 EG, jetzt 115 AEUV. Nach eigenem Bekenntnis der Kommission soll der hier gegenständliche Vorschlag dagegen kein Schwergewicht auf Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit haben. Es wird daher in der Prüfung des Verordnungsvorschlages darauf zurück zu kommen sein, ob überhaupt eine Ermächtigungsgrundlage besteht.

cc) EU-Grundrechte-Charta

Weitere gewichtige Neuerung im Hinblick auf ein soziales Europa stellt Art. 6 Abs. 1 EUV dar, der die Charta der Grundrechte in der Union gleichrangig zu den Verträgen erklärt. Damit ist zugleich deutlich gemacht, dass die Charta zum Primärrecht gehört, nicht aber den Verträgen vorgeht.[81]

Die Charta enthält vor allem unter dem Abschnitt «Solidarität» soziale Grundrechte. Auch diese stellen nicht lediglich Programmsätze (Art. 52 Abs. 5 GrCh) oder allgemeine Ziele dar, sondern sind vollwertige Grundrechte.[82] Hierzu gehört z. B. das Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen in Art. 28 GrCh (i.V.m. Art. 12 GrCh, Vereinigungsfreiheit).[83] Hierzu gehört aber auch der Schutz der Gewerkschaften im Rahmen ihres kollektiven Grundrechtes.[84] Beide stehen zu den soeben aufgeführten Grundsätzen aus EUV und AEUV in einer sich wechselseitig verstärkenden Beziehung.[85]

Gleichzeitig bestehen aber auch wirtschaftsverfassungsrechtliche Garantien wie Art. 16 der GrCh (unternehmerische Freiheit).[86] Eine saubere und gefestigte Dogmatik beispielsweise zur Drittwirkung[87] und «praktischer Konkordanz» innerhalb der Charta (auch bei mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen) hat sich allerdings noch nicht entwickelt.[88]

Die Charta wirkt nur nach den Vorgaben Artikel 51 ff. (Anwendungsbereich). Sie gilt nach Art. 51 Abs. 1 GrCh für die Organe der Union und für die Mitgliedstaaten nur bei der Durchführung des Rechts der Union. Gerade letztere Regelung wird je nach Thematik als Begrenzung des Anwendungsbereichs der Grundrechte (insbesondere sozialer) verstanden.[89] Andererseits wird aber insbesondere vom EuGH ein unionsrechtlicher Bezug recht schnell begründet.[90] Das Handeln der Kommission in Bezug auf die beiden Vorschläge unterliegt eindeutig dem Anwendungsbereich der Grundrechte-Charta.

Oftmals übersehen wird dabei, dass Art. 51 Abs. 1 GrCh die Union (neben Art. 5 Abs. 3 EUV) an das Subsidiaritätsprinzip bindet.[91] Aus diesem folgt auch ein Ge-

76 Die Kommission macht es sich in jedem Fall zu leicht, vgl. KOM(2012), 130 endg. S. 12. **77** Rebhahn/Reiner, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. Art. 153 AEUV Rn. 23, 63; Jansen, NZA Beilage 2/2006, 59 ff., 59. **78** Heuschmid, in: Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. § 11 Rn. 7 f. u. 143; Langenfeld/Bendecke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (2009), Art. 137 EG Rn. 97 ff.; weitergehend Thüsing/Traut, RdA 2012, 65 ff., 68. **79** Thüsing/Traut, RdA 2012, 65 ff., 68. **80** Das Tarifrecht fällt ebenfalls unter Art. 153 Abs. 5 AEUV, vgl. Krebber, in: Callies/Ruffert, 2. Aufl. Art. 137 Rn. 9 (ebenfalls umstritten). **81** Borowsky, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., Vor Titel IV Rn. 9; ErfK/Wißmann, 12. Auf. 2012 Vorbem. zum AEUV Rn. 13. Die Charta ist eine Art extravertragliches Primärrecht. **82** Riedel, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., Vor Titel IV Rn. 6, 33. **83** Vgl. Holoubek, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. Art. 28 GrCh Rn. 17. **84** Holoubek, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 28 GrCh Rn. 15. **85** Zu negativ Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 3 EUV, Rn. 28. **86** Art. 16 der Charta ist als Abwehrrecht ausgestaltet, Berndsdorff, in: Meyer Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., Art. 16 Rn. 9. Es unterliegt den gleichen Einschränkungen wie Art. 28 der Charta. Der Text des Art. 16 der Charta könnte auch den Schluss zulassen, dass es sich bei diesem lediglich um einen Grundsatz und nicht um ein Grundrecht handelt – dies dürfte aber sehr umstritten sein; vgl. Schwarze, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl., Art. 16 GrCh Rn. 1 f. **87** Selbst zu Art. 28 der Charta ist unklar, ob dieser Drittwirkung entfaltet. Wohl aber entfalten die Binnenmarktfreiheiten Drittwirkung, die auch voll gegen das Streikrecht durchschlägt; vgl. Hatje, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl., Art. 51 GrCh Rn. 22; Heuschmid, in: Arbeitskampf, 3. Aufl. § 11 Rn. 32 f. **88** Folz, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 51 GrCh Rn. 10 f.; ErfK/Wißmann, 12. Auf. 2012 Vorbem. zum AEUV Rn. 13 ff. **89** Thüsing/Traut, RdA 2012, 65 ff., 66. **90** Vgl. z. B. die Rechtssache Kücükdeveci, EuGH v. 19.1.2010, C- 555/07, mit Anmerkung Schubert, EuZW 2010, 180 ff. **91** Borowsky, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. Art. 51 Rn. 22 ff. Vgl. die Auflistung der Länder, die Subsidiaritätsrügen erhoben haben, Vermerke der Bundestagsverwaltung, PA 1-5012-5 v. 21.5.2012 u. 23.5.2012. Damit dürfte die Einstimmigkeit im Rat stark gefährdet sein.

bot der Rücksichtnahme auf die mitgliedschaftlichen Sozialmodelle.[92] Das Subsidiaritätsprinzip steht eng mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 2 EUV) im Zusammenhang. Beide Prinzipien wirken einschränkend auf das Handeln der Union ein und haben insbesondere Bedeutung für Art. 352 AEUV, wie der dortige Absatz 2 zeigt (keine Kompetenz-Kompetenz[93]). Dies muss zusammen mit der Wertung in Art. 153 Abs. 5 AEUV betrachtet werden.

Relevant ist zudem die wichtige Querverbindung zur EMRK in Art. 52 Abs. 3 («Soweit diese Charta Rechte enthält, die den durch die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten garantierten Rechten entsprechen, haben sie die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der genannten Konvention verliehen wird.»). Art. 52 Abs. 3 GrCh ist lex specialis zu Art. 52 Abs. 1 GrCh.[94] Art. 28 der Charta gehört zwar nicht zu den in den Erläuterungen des Präsidiums aufgeführten Artikeln, wohl aber gehört Art. 12 GrCh (Vereinigungsfreiheit) zu den Grundrechten, die jedenfalls in weiten Teilbereichen denjenigen der EMRK entsprechen.[95] Die Rechtsprechung des EGMR zur Vereinigungsfreiheit des Art. 11 EMRK (und dessen Schrankenbestimmungen[96]) wirkt also in die EU-Grundrechtecharta hinein.[97] Aber auch aus anderen Gründen bleibt die EMRK nicht ohne Effekt.[98] Zum einen bestimmt Art. 53 GrCh in einer Art Meistbegünstigungsklausel, dass immer dann, wenn sich Anwendungsbereiche der Charta mit Grundrechten aus anderen völkerrechtlichen Quellen überschneiden, die Charta das andere Grundrecht ergänzt, und das jeweils günstigere Recht Anwendung findet.[99] Da in Art. 53 GrCh die EMRK als einzige Rechtsquelle ausdrücklich genannt wird, erlangt diese noch größeres Gewicht. Zusätzlich gilt Art. 6 Abs. 3 EUV. Die Grundrechte der EMRK gehören hiernach zu den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts (derselbe Abschnitt wie Art. 3 Abs. 3 EUV).

Mag der Umfang der Wirkung der EMRK im Gefüge der Grundrechte-Charta umstritten sein ebenso wie die Frage der Rangfolge der Rechtsquellen, die EMRK (auch ohne Beitritt der Union, Art. 6 Abs. 2 EUV) ist Maßstab für das Handeln der Union.

Für den Untersuchungsgegenstand ist daher Art. 11 EMRK und die Rechtsprechung des EGMR in Sachen Demir und Baykara sowie Enerji Yapi-Yol Sen von außerordentlicher Bedeutung.[100] Kollektivverhandlungen sind von Art. 11 EMRK geschützt, Streik ist integraler Bestandteil des Art. 11 EMRK.[101] Dabei zieht der EGMR klare Verbindungslinien zum Übereinkommen Nr. 87 der ILO.[102] Das Übereinkommen wirkt also über verschiedene Brücken ebenfalls in die EU-Grundrechtecharta ein.[103] Art. 11 EMRK erfasst in seinem Schutzbereich auch die kollektive Vereinigungsfreiheit und gewährleistet den Schutz von Gewerkschaften und ihrer Betätigung.[104]

Hinzu kommt eine Klausel, die in der hier relevanten Grundrechtsbestimmung selbst verankert ist. Das Recht auf Kollektivverhandlungen und -maßnahmen aus Art. 28 der Charta wird «im Rahmen des Unionsrechts und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten» gewährt. Es wird behauptet, dass sich aus dieser Formel Einschränkungen für das Grundrecht ergeben.[105]

Nach richtiger Ansicht stellt der Verweis auf die nationalen Gepflogenheiten keine Schwächung der Garantie des Art. 28 GrCh dar, das Gegenteil ist der Fall. Mit dem Verweis auf die nationalen Gepflogenheiten inkorporiert die Charta bei Ländern mit einem hohen verfassungsrechtlichen Schutzniveau bezüglich des Streikrechts dieses direkt in die unionsrechtliche Verfassungsnorm hinein.[106] In der Viking-Entscheidung hat der EuGH dagegen aus einer grundrechtsgewährenden Regelung eine grundrechtseinschränkende gemacht.[107] Er hat damit – wie auch in der Entscheidung zur Entgeltumwandlung[108] – ein Grundrecht ins Gegenteil verkehrt.

Art. 28 GrCh hat zudem seine Wurzeln in Teil II Art. 6 Abs. 4 der Europäischen Sozialcharta.[109] Eine weitere völkerrechtliche Rechtsquelle, die mindestens bei der Auslegung des Art. 28 GrCh Bedeutung erlangt, unabhängig davon, dass Deutschland die revidierte Fassung nicht ratifiziert hat. Teil II Art. 6 Abs. 4 ESC enthält eine dem einzelnen zustehende Rechtsposition und löst sich sogar von deutschen Vorgaben wie das Gewerkschaftsmonopol und die tarifliche Orientierung beim Streik.[110]

dd) Binnenmarktfreiheiten

Den sozialen Prinzipien und Grundrechten aus Art. 28 GrCh, Art. 3 Abs. 3 EUV, Art. 9 AEUV und Art. 151 AEUV verknüpft mit den Vorgaben des Artikels 153 Abs. 5 AEUV und den über Art. 52 Abs. 3 GrCh hineinfließen-

92 Streinz, EUV/EGV Art. 51 Charta, Rn. 6. **93** Auch BVerfG v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267 ff., 392. **94** Borowsky, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. Art. 52 Rn. 29, Heuschmid, in: Arbeitskampf, 3. Aufl. § 11 Rn. 24. **95** Becker, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl., Art. 52 GrCh Rn. 14 f. Für nicht überschneidende Teile gilt die Schranke des Art. 52 Abs. 1 GrCh, Borowsky, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. Art. 52 Rn. 32 ff. **96** Borowsky, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. Art. 52 Rn. 33. **97** Fütterer, EuZA 2011, 505 ff., 506 u. 515; ebenso Bruun/Bücker, ETUI Policy Brief, 4/2012, S. 4. **98** Nach Grabenwarter sogar Vorrang der EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. § 4 Rn. 12, s. a. Zimmer AuR 2012, 114 ff., 117. **99** Borowsky, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. Art. 53 Rn. 14; Streinz, EUV/EGV, Art. 53 GrCh Rn. 3; Heuschmid, in: Däubler, Arbeitskampfrecht 3. Aufl. § 11 Rn. 29 f. Vgl. politisch die Stellungnahme des EWSA v. 21.9.2011, SOC/401 (Bischoff/Pirvulescu-Bericht), Strategie zur Umsetzung der Grundrechtecharta, Pkt. 3.9. **100** Vgl. Borowsky, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. Art. 52 Rn. 37. EGMR v. 12.11.2008, Nr. 34504/97, AuR 2009, 269 ff. (Demir und Baykara); EGNR 21.4.2009, Nr. 68959/01, AuR 2009, 274 ff. (Enerji Yapi-Yol Sen). **101** Vgl. Lörcher, AuR 2009, 229 ff.; Fütterer, EuZA 2011, 505 ff., 512; Franzen, EuZA 2010, 453 ff., 455. **102** EGMR v. 12.11.2008, Nr. 34504/97, AuR 2009, 269 ff. (Demir und Baykara); EGMR 21.4.2009, Nr. 68959/01, AuR 2009, 274 ff. (Enerji Yapi-Yol Sen); vgl. auch die vom Sachverständigenausschuss der ILO geäußerte ernste Besorgnis, dass durch die Rechtsprechung des EuGH eine effektive Gewährleistung des Streikrechts beeinträchtigt wird, zitiert nach Fütterer, EuZA 2011, 505 ff., 510 (FN 28). Hierauf nimmt auch die Kommission Bezug: KOM(2012), 130 endg. S. 10. **103** Zumal alle Mitgliedstaaten die ILO-Übereinkunft 87 ratifiziert haben, vgl. auch Bruun/Bücker, ETUI Policy Brief, 4/2012, S. 2; Zimmer AuR 2012, 114 ff., 117. **104** Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. § 23 Rn. 77 m.w.N. **105** Riedel, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. Art. 28 Rn. 27 f.; schärfer Thüsing/Traut, RdA 2012, 65 ff., 69 mit Verweis auf Art. 52 Abs. 6 GrCh. Vgl. die Nachweise bei Heuschmid, in: Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., § 11 Rn. 54. **106** Bryde, Gutachten «Das Grundrecht der Tarifautonomie als Schranke europäischer Wirtschaftsregulierung, S. 26. **107** Zwanziger, DB 2008, 294 ff., 296. **108** EuGH v. 15.7.2010, C-271/08, NZA 2011, 564 ff. **109** Riedel, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. Art. 28 Rn. 2. **110** Czycholl/Frieling, ZESAR 2011, 322 ff., 325; Lörcher, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., § 10 Rn. 20 ff.

den völkerrechtlichen Grundrechten stehen die Binnenmarktfreiheiten gegenüber. Diese haben nach der Rechtsprechung des EuGH ebenfalls Grundrechtsniveau.[111] Zudem wird ihnen Drittwirkung (zwischen Privaten) zugebilligt.[112]

ee) Abwägungsregeln

Nach deutscher Verfassungsdogmatik würde zur Lösung der Kollision von Grundrechten das Prinzip der praktischen Konkordanz angewendet werden. Hiernach besteht das Ziel darin, beide ranggleichen «Grundrechtspositionen» zu optimaler Wirksamkeit gelangen zu lassen.[113] Dabei sind zwei Fragen zu stellen (bezogen auf den Untersuchungsgegenstand):

1. Können die Dienstleistungsfreiheit bzw. Niederlassungsfreiheit auch unter Gewährung des Streikrechts bestehen?

und umgekehrt:

2. Kann das Streikrecht unter den aktuellen Bedingungen grundsätzlich zur Entfaltung gelangen?

Nach der Idee der praktischen Konkordanz müssen beide Fragen mit «ja» beantwortet werden, um beiden Grundrechtspositionen gerecht zu werden. Auf Null darf im Regelfall keines der beiden reduziert werden – im Einzelfall wäre abzuwägen. Vor diesem Hintergrund würden die Entscheidungen Viking und Laval den Anforderungen an eine praktische Konkordanz nicht genügen.[114] Praktische Konkordanz verbietet zudem auch, dass eine Grundrechtsposition (hier die Grundfreiheit) der Ausgangspunkt ist und die andere Grundrechtsposition (hier das soziale Grundrecht) lediglich ein Prüfungspunkt unter anderen darstellt. Praktische Konkordanz ist ferner nicht gleichzusetzen mit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung. Verhältnismäßigkeit bewirkt eine Grenzziehung dahingehend, wie weit eine der Grundrechtspositionen im Rahmen der Abwägung zurückgedrängt werden darf (mildestes Mittel).[115]

Fraglich ist, ob dieses Prinzip auch im Unionsrecht gilt, denn nur dann kann es bei der Prüfung der Monti-II-VO herangezogen werden. Zu den gemeinsamen Verfassungstraditionen dürfte die praktische Konkordanz nicht zählen[116] (wohl aber die vom EuGH präferierte Verhältnismäßigkeitsprüfung als Institut an sich[117]). Gleichwohl zeigt auch die Rechtsprechung des EuGH unausgesprochen (schwache) Elemente einer praktischen Konkordanz (und nicht nur eine Verhältnismäßigkeitsprüfung). In der Entscheidung Rosenbladt[118] ging es um die Kollision von Tarifautonomie (Inhalt eines Tarifvertrags) und Diskriminierungsschutz (Alter), beides allerdings soziale Grundrechtspositionen. Der EuGH entwickelt eine Lösung, die die oben aufgeführten Fragen beide zu einem «ja» führen – die Tarifvertragsparteien haben ein weites Ermessen, der Einzelne erhält aber einen Mindestschutz vor Diskriminierung.[119] Auch in der (deutschen) Literatur liegen Stimmen vor, die praktische Konkordanz im unionsrechtlichen Kontext wünschenswert finden.[120]

In der Viking-Entscheidung verfolgt der EuGH dagegen seine «klassische» Linie, indem er Verhältnismäßigkeit nicht als Grenzmarkierung versteht, sondern zum eigentlichen Abwägungsmittel erhebt. So fragt der EuGH, ob ein legitimes Ziel verfolgt werde.[121] Die Folge ist, dass der EuGH eine Bewertung auch zu den Streikzielen und Tarifzielen abgeben muss, Bereiche, die eigentlich gerade dem Grundrechtsschutz unterliegen[122] und einer Bewertung durch Gerichte entzogen sind (bis zur Grenze von Willkür, Straftaten, ordre public).

Insgesamt wird man bei Betrachtung der jüngeren Rechtsprechung des EuGH nicht davon ausgehen können, dass dieser eine Dogmatik i.S. einer praktischen Konkordanz verfolgt. Aber auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip selbst ist eines anderer Prägung, nämlich zunächst entwickelt aus den Grundfreiheiten bezogen auf von Mitgliedstaaten vorgebrachte Rechtfertigungsgründe.[123] Grundfreiheiten sind aber in ihrer dogmatischen Ausgestaltung ein aliud zu Grundrechten.

C) RECHTSPRECHUNGSLINIEN AUS JÜNGERER ZEIT

Gelegentlich wird behauptet, Viking und Laval seien nur wegen der besonderen Fallgestaltung zustande kommen.[124] Mittlerweile muss man aber davon ausgehen, dass der EuGH seinen Pflock bewusst gesetzt hat. Trotz der Kritik an Viking und Laval sowie politischen Äußerungen hierzu hat sich in jüngerer Zeit kein Wandel in der Dogmatik des EuGH eingestellt. Im Gegenteil: In der Entscheidung des EuGH zur Entgeltumwandlung[125] werden nicht nur Streikmaßnahmen, sondern auch Inhalte von Tarifverträgen den Marktfreiheiten unterworfen. Darüber hinaus sieht der EuGH in den Grundrechten der EU-Grundrechte-Charta ein Begrenzungspotential gegenüber nationalen Grundrechten. Wörtlich heißt es:

«43 Außerdem kann die Ausübung eines Grundrechts wie des Rechts auf Kollektivverhandlungen bestimmten Beschränkungen unterworfen werden (vgl. in diesem Sinne Urteile Viking Line, Randnr. 44, und vom 18. Dezember 2007, Laval unPartneri, C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Randnr. 91). Insbesondere genießt zwar das Recht auf Kollektivverhandlungen in Deutschland den verfassungsrechtlichen Schutz, der allgemein durch Art. 9 Abs. 3 des deutschen Grundgesetzes dem

111 Becker, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl., Art. 34 AEUV Rn. 5; zur Dienstleistungsfreiheit vgl. deren hohe Einordnung durch den EuGH in EuGH v. 9.7.1997, Rs. C-222/95 Rn. 21 (Parodi), Slg. 1997 I-3899; EuGH v. 19.1.1999, Rs. C-348/96 Rn. 16 (Calfa), EuZW 1999, 345 f. Vgl. auch Erwägungsgrund 6 des Vorschlages zur Monti-II-VO. **112** St. Rspr. des EuGH mittlerweile zu allen Grundfreiheiten. **113** Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl., Rn. 72. **114** ErfK/Wißmann, 12. Aufl. 2012, Vorbem. AEUV Rn. 15; aA v. Danwitz, EuZA 2010, 6 ff., 8 (vgl. auch dessen interessanten Textvorschlag). **115** Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl., Rn. 72. **116** Ein Rechtsvergleich ist allerdings nicht vorgenommen worden. Immerhin haben einige Länder diese deutsche Dogmatik übernommen, vgl. Kokott, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. I, § 22 Rn. 60. **117** Kokott, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. I, § 22 Rn. 99 mwN. **118** EuGH v. 12.10.2010, C-45/09, NZA 2010, 1167 ff. (Rosenbladt), Rn. 67 ff. **119** ErfK/Wißmann, 12. Aufl. 2012, Vorbem. AEUV Rn. 15. **120** ErfK/Wißmann, 12. Aufl. 2012, Vorbem. AEUV Rn. 15. **121** EuGH v. 11.12.2007, C-438/05, Slg. 2007, I-10779 (Viking), Rn. 90. **122** Vgl. auch Heuschmid, in: Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., § 11 Rn. 76. **123** Vgl. nur Khan/Eisenhut, in Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 36 AEUV Rn. 18. **124** v. Danwitz, EuZA 2010, 6 ff., 12. **125** EuGH v. 15.7.2010, Rs. C-271/08, NZA 2011, 564 ff.

Recht verliehen wird, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, doch ist dieses Recht nach Art. 28 der Charta im Einklang mit dem Unionsrecht auszuüben.»

In der Entscheidung Prigge[126] führt der EuGH aus: «47. Denn das in Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union proklamierte Recht auf Kollektivverhandlungen muss im Geltungsbereich des Unionsrechts im Einklang mit diesem ausgeübt werden (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 11. Dezember 2007, International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union, ‹Viking Line›, C-438/05, Slg. 2007, I-10779, Randnr. 44, und vom 18. Dezember 2007, Laval un Partneri, C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Randnr. 91).»

In den Schlussanträgen einiger Generalanwälte lassen sich dagegen Tendenzen erkennen, die andere Interpretationsmöglichkeiten aufzeigen. Auf die Schlussanträge von Yves Bot im Fall Rüffert wurde bereits hingewiesen (Fußnote 49). Auch im Laval-Verfahren hatte GA Mengozzi ein Abwägen von Grundfreiheiten mit Grundrechten gefordert.[127] Zur zitierten Prigge-Entscheidung führt GA Villalón[128] aus:

82. «Meines Erachtens ist diese Rechtsprechung nur dann ganz verständlich, wenn man berücksichtigt, dass sie sich auf eine Maßnahme bezieht, die das Ergebnis von Kollektivverhandlungen ist, was ihre Legitimität erhöht. Daher schlage ich dem Gerichtshof ausgehend von dieser Rechtsprechung vor, anzuerkennen, dass es unter bestimmten Umständen ein rechtmäßiges sozialpolitisches Ziel sein kann, einen Bereich zu wahren, der Kollektivverhandlungen vorbehalten ist.»

Im Verfahren Santos Palhota wird der gleiche Generalanwalt deutlicher[129]:

«53 (…) Der neue Primärrechtsrahmen räumt, soweit er zwingend einen hohen Grad an Sozialschutz vorschreibt, den Mitgliedstaaten die Befugnis ein, zum Schutz eines bestimmten Niveaus des Sozialschutzes eine Freiheit zu beschränken, ohne dass das Unionsrecht dies als etwas Außergewöhnliches betrachtet, dem restriktiv zu begegnen wäre. Dieser in den soeben zitierten neuen Vertragsbestimmungen verankerte Gedanke kommt in der Praxis bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zum Ausdruck.»

Die jüngsten Rechtsprechungslinien zeigen, dass der EuGH trotz verändertem Primärrechts keine Veranlassung sieht, seine Dogmatik einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unionaler Prägung bzw. insgesamt zum Verhältnis von Grundfreiheiten zu sozialen Grundrechten zu verändern. Hieraus muss gefolgert werden, dass er z. B. den Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 9 AEUV keine verändernde Bedeutung zumisst. Gleichzeitig gibt es aber Ausnahmen (Entscheidung Rosenbladt) und bei den Generalanwälten sogar andere Ansatzpunkte. Jedoch verwenden auch diese nicht das deutsche System der praktischen Konkordanz, sondern wollen die neuen «Sozialnormen» als Gewicht innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung wirken lassen.[130]

D) ÜBERLEGUNGEN ZU EINER SOZIALEN FORTSCHRITTSKLAUSEL

Vor diesem Hintergrund und der Tatsache, dass es bislang praktisch keine soziale Verfassung für Europa gibt, wird von verschiedenen Seiten eine primärrechtlich zu verankernde (z. B. in einem Protokoll) soziale Fortschrittsklausel gefordert.[131] Sie soll als zwingende Vorschrift ausgestaltet sein. Eine solche Klausel soll der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit dienen. Entscheidend ist einmal, dass eine Soziale Fortschrittsklausel die Akzeptanz Europas nachhaltig verbessern würde. Auf eben diese großen Akzeptanzprobleme hatte Mario Monti in seinem Bericht vom 9.5.2010 bereits deutlich hingewiesen. Es darf aber nicht nur um Akzeptanz gehen. Die Klausel soll berechtigte Interessen der Beschäftigten schützen und könnte dies auch.

Eine Soziale Fortschrittsklausel wäre nicht mehr und nicht weniger als das Gegengewicht zu den wirtschaftlichen Grundfreiheiten, die ja nicht als reine Unternehmensfreiheiten in das Unionsrecht eingebracht wurden, durch den Gerichtshof nunmehr ausschließlich so verstanden werden.[132] Eine Soziale Fortschrittsklausel überließe weiter Kollisionsfälle zwischen den Marktfreiheiten und sozialen Grundrechten nicht länger allein der Rechtsprechung des EuGH, sondern würde diese Fälle dort behandeln, wo sie aufgrund ihrer verfassungsrechtlichen Stellung jedenfalls politisch zu behandeln sind, nämlich im Primärrecht, mit einem grundsätzlichen Vorrang sozialer Grundrechte.

In den hier untersuchten Vorschlägen wird eine soziale Fortschrittklausel nicht verwirklicht.

126 EuGH v. 13.9.2011, Rs. C-447/09, EuZW 2011, 751 ff. **127** Schlussanträge des GA, EuGH Rs. C-341/05, Rn. 76 f. u. 86. **128** Schlussanträge des GA, EuGH Rs. C-447/09. **129** Schlussanträge des GA, EuGH Rs. C-515/08. **130** Dieses System könnte sich nach dem Beitritt der Union in die EMRK verändern (Art. 6 Abs. 2 EUV). **131** Vorschlag des EGB v. 4.3.2008, abgedruckt in BT-Drucksache 17/902: «Keine Regelung der Verträge und insbesondere nicht die Grundfreiheiten oder Wettbewerbsregeln sollten Vorrang vor den sozialen Grundrechten und dem sozialen Fortschritt haben. Im Fall eines Konflikts sollten die sozialen Grundrechte Priorität erhalten. Die Auslegung wirtschaftlicher Freiheiten darf nicht so ausfallen, als ob sie die Unternehmen dazu berechtigten, sie zu nutzen, um die nationalen Arbeits- und Sozialrechte zu umgehen und ihnen auszuweichen oder sie für Sozialdumping einzusetzen. Die in den Verträgen festgelegten wirtschaftlichen Freiheiten sind so auszulegen, dass sie kein Hemmnis für die Ausübung der sozialen Grundrechte darstellen, wie sie von den Mitgliedstaaten und vom Gemeinschafts-/Unionsrecht anerkannt sind, einschließlich des Rechts, Tarifverträge auszuhandeln, abzuschließen und durchzusetzen sowie Arbeitskampfmaßnahmen zu ergreifen. Demnach sollte die Unabhängigkeit der Sozialpartner bei der Wahrnehmung dieser Grundrechte für soziale Interessen und zum Schutz der Arbeitnehmer also nicht beeinträchtigt werden. Der Arbeitnehmerschutz bedarf einer Auslegung, die den Gewerkschaften und Arbeitnehmern das Recht zuerkennt, für den Schutz der existierenden Standards und für die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer in der Union über die bestehenden (minimalen) Standards hinaus einzutreten, insbesondere im Kampf gegen unfairen Wettbewerb über Löhne und Arbeitsbedingungen sowie bei der Einforderung der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, unabhängig von ihrer Nationalität oder anderer Gründe.» **132** Man besehe die Rechtsprechungsentwicklung bei allen Grundfreiheiten von einem Diskriminierungsschutzkonzept hin zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot mit den unterschiedlichen Rechtfertigungsanforderungen.

6. DER VORSCHLAG ZU EINER MONTI-II-VERORDNUNG

A) GRUNDSÄTZLICHE LINIEN

Kernstück des Vorschlags stellt die Monti-Klausel dar, Art. 1 Abs. 2 (Schutz vor Beeinträchtigung des Streikrechts). Die darauf folgenden Bestimmungen schränken aber die Klausel sogleich ein. So wird u. a. die wichtige Rolle der nationalen Gerichte bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung unterstrichen, aber sogleich deutlich gemacht, dass letztlich der EuGH seine Verhältnismäßigkeitsprüfung an die Stelle der nationalen Gerichte setzen kann.[133] Auch die Gewichtung zwischen Grundfreiheiten und sozialen Grundrechten ist nicht ausbalanciert und wird der Monti-Klausel nicht gerecht. Diesbezüglich ist exakt auf das Zusammenspiel von Artikel, Erwägungsgründe und Begründung zu achten.

Der Vorschlag enthält in Artikel 3 Streitbeilegungsverfahren, also nicht mehr alternative Streitlösungsmechanismen. Enthalten ist dagegen immer noch der Warnmechanismus (Art. 4)[134], allerdings ohne der Kommission die Kompetenz zu einem eigenen Vorschlagsrecht zu geben.

Anders als der Vorentwurf sieht der jetzige Vorschlag keine Pflicht mehr für die Kommission zur Berichterstattung nach Ablauf von fünf Jahren nach Inkrafttreten vor. Diese Berichtspflicht hätte gegenüber dem Parlament, dem Rat und dem EWSA bestanden. Der Wegfall dieser Vorschrift kann als Mangel an Kontrollmöglichkeiten begriffen werden.

aa) Geeignetheit des Vorschlages

Der nun vorliegende Vorschlag enthält Änderungen zum Vorentwurf. Inhaltlich will der Vorschlag aber immer noch keine Änderungen an der Rechtsprechung vornehmen. Wörtlich[135]:

«Daher ist der vorliegende Vorschlag Teil eines Pakets. Zusammen mit dem Vorschlag für eine Durchsetzungsrichtlinie stellt er eine gezielte Maßnahme dar, um das Verhältnis zwischen der Ausübung der sozialen Rechte und der im Vertrag niedergelegten Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit zu klären, und zwar in Einklang mit einem der Kernziele des Vertrags, nämlich einer ‹in hohem Maße wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft›, *und ohne die Rechtsprechung des Gerichtshofs umzustoßen.»* [Hervorhebung nur hier].

Dies lässt bereits am Gesamtvorhaben, die auf EU-Ebene geltenden allgemeinen Grundsätze und Bestimmungen für die Ausübung des Grundrechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit (neu) festzulegen[136], zweifeln. Unter Zugrundelegung des unionalen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (Art. 5 Abs. 1 und 4 EUV) mit seiner ersten Stufe der Geeignetheit führt diese Aussage und die Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH – die eindeutig einen Vorrang der Binnenmarktfreiheiten enthielt – zu einem Widerspruch zum eigenen Bekenntnis, Grundrechte und Grundfreiheiten gleichrangig wirken zu lassen (Erwägungsgrund 13).

bb) Bruch mit der Dogmatik zu Grundfreiheiten

Der Verordnungsvorschlag bricht auch mit der Dogmatik des EuGH zu den Grundfreiheiten. Zum freien Warenverkehr hat der EuGH die Formel entwickelt, dass der Schutzbereich einer Grundfreiheit dann nicht berührt ist, wenn es bei den staatlichen Maßnahmen lediglich um (nichtdiskriminierende) Modalitäten des Verkaufs oder Vertriebs geht.[137] Diese sog. Keck-Formel ist vom EuGH in weiten Teilen auf alle Grundfreiheiten übertragen worden, also auch auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit.[138]

Kollektive Aktionen wirken nun für inländische wie für ausländische Sachverhalte gleichermaßen. Sie greifen auch nicht die unternehmerische Existenz als solches an (in der Sprache des EuGH: sie sind nicht produktbezogen). Damit berühren Streiks nicht einmal die Schutzbereiche der Art. 49 und 56 AEUV. Dies ist für eine Kollision des Streikrechts mit dem freien Warenverkehr längst anerkannt.[139] Wenn daher nach Ansicht des EuGH alle Grundfreiheiten horizontal wirken, also auch durch Private der Schutzbereich einer Grundfreiheit berührt sein kann, dann muss es innerhalb dieser Logik auch denkbar sein, dass unter Anwendung der Keck-Formel der Schutzbereich durch einen Privaten (Gewerkschaft) gerade nicht berührt wird. Wohl aber ist umgekehrt der Schutzbereich des Art. 28 GrCh betroffen.

cc) Grenzüberschreitende Fälle

Die Festlegung, dass die Verordnung nur in grenzüberschreitenden Fällen wirken würde, kann nicht beruhigen, da in anderen Fallgestaltungen (z. B. Beihilfenrecht), der EuGH dieses Kriterium sehr großzügig umschifft hat. So wird der innergemeinschaftliche Handel allein dadurch von einer Beihilfe beeinflusst, dass diese die Stellung des Unternehmens gegenüber Konkurrenten stärkt.[140] Eine Streikmaßnahme kann – diese Denkweise übertragend – bereits dann die Dienstleistungsfreiheit beeinflussen, wenn sie sich gegen ein inländisches Unternehmen richtet, das behauptet, durch den Streik ausländische Kunden nicht wie früher betreuen zu können. Die Globalisierung tut ihr Übriges.

133 KOM(2012), 130 endg., S. 15. Im Fall Viking wurde die Sache zwar an das nationale Gericht zwecks Verhältnismäßigkeitsprüfung zurückverwiesen. Allerdings waren die Vorgaben des EuGH so dicht, dass an dem Ergebnis einer solchen Prüfung nicht gezweifelt werden konnte. Die Sache endete mit einem Vergleich, vgl. Heuschmid, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., § 11 Rn. 76. **134** Nach BAG gibt es keine ausdrückliche Pflicht zur Ankündigung eines Streiks, BAG v. 22.9.2009, 1 AZR 972/08 (Flashmob), Rn. 47, NZA 2009, 1347 ff. **135** KOM(2012), 130 endg., S. 11. **136** KOM(2012), 130 endg., S. 11 unten. **137** EuGH v. 24.11.2003, C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097. **138** Vgl. Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 7. Aufl. 2010, Rn. 926, 938 (Niederlassungsfreiheit) sowie Rn. 970 ff. (jedenfalls für die aktive Dienstleistungsfreiheit). **139** Holoubek, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl., Art. 28 GrCh Rn. 25. **140** Bär-Bouyssière, in Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl., Art. 107 AEUV Rn. 53, 56 mit Verweis auf EuGH v. 15.12.2005, C-148/04, Slg. 2005 I-11137, Rn. 55 (Unicredito Italiano).

B) INSTRUMENT VERORDNUNG

Die Kommission verwendet das Instrument der Verordnung (Art. 288 Abs. 2 AEUV),

«um Klarheit herzustellen, damit die Ausübung der Grundrechte mit den wirtschaftlichen Freiheiten in grenzüberschreitenden Situationen miteinander in Einklang gebracht werden können. Aufgrund ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit verringert eine Verordnung die Komplexität der Regulierung und erhöht die Rechtssicherheit für alle, die unionsweit den betreffenden Rechtsvorschriften unterliegen, indem die anwendbaren Bestimmungen auf einheitlichere Weise verdeutlicht werden. Dies lässt sich nicht im Wege einer Richtlinie erreichen, die ihrem Wesen nach nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich ist, den nationalen Behörden jedoch die Wahl der Form und der Mittel überlässt.»[141]

Verordnungen gehören zum sekundären Unionsrecht, welches sich einerseits am unionalen Primärrecht messen lassen muss (dieses ist höherrangig)[142], aber andererseits nach der Rechtsprechung des EuGH Vorrang vor dem nationalen Recht, auch dem nationalen Verfassungsrecht, genießt.[143] Die Nutzung des Instruments einer Verordnung zur Regelung von verfassungsrechtlichen Sachverhalten mag daher aus deutscher Verfassungssicht fremd erscheinen, ist aber unionsrechtlich möglich. Die Verordnung unterliegt gleichwohl einer Kontrolle aus Sicht des Primärrechts einschließlich der Grundrechte-Charta. Nur dann, wenn die Verordnung außerhalb der von den Mitgliedstaaten vermittelten Übertragung von Hoheitsrechten läge (Art. 23 GG), würde das BVerfG zu einer sog. ultra-vires-Kontrolle ansetzen. Das BVerfG könnte darüber hinaus eine Identitätskontrolle durchführen, wenn die Verordnung den unantastbaren Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.Vm. Art. 79 Abs. 3 GG unzulässig berührte.[144]

Aus Sicht des EuGH stellt sich dies anders dar. Dieser wendet zuvörderst Primärrecht an. Er könnte die Verordnung «im Lichte» der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit auslegen und zum selben Ergebnis wie in Viking und Laval kommen. Das Instrument Verordnung ist vor diesem Hintergrund – unabhängig vom Inhalt – ungeeignet.[145]

Art. 352 AEUV wiederum eignet sich nur dann als Ermächtigungsgrundlage, wenn man Art. 153 Abs. 5 AEUV nur für Art. 153 Abs. 1–4 AEUV wirken lassen will. Diesseits wird – wie erläutert – ein Ausstrahlungseffekt auch auf andere Ermächtigungsgrundlagen gesehen, und da die Kommission von einer Gleichrangigkeit von Grundfreiheit und Grundrecht ausgeht (an dieser Stelle unabhängig davon, ob dies auch tatsächlich verwirklicht wurde), also kein Übergewicht des Binnenmarktes vorliegt, besteht kein Zweifel, dass der Union die Kompetenz zum Erlass einer solchen Verordnung nicht zusteht. Mehr noch: Ein Verstoß gegen die Kompetenzregel ist gleichzeitig ein Grundrechtsverstoß (über Art. 28 GrCh).[146]

Damit scheitert der Verordnungsvorschlag bereits am Fehlen einer Ermächtigungsgrundlage.[147] Da die Reichweite des Art. 153 Abs. 5 AEUV allerdings umstritten ist, sollen auch die einzelnen Artikel betrachtet werden.

C) DIE EINZELNEN ARTIKEL

Art. 1 – Gegenstand

1. Diese Verordnung legt die auf EU-Ebene geltenden allgemeinen Grundsätze und Bestimmungen für die Ausübung des Grundrechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit fest.

2. Diese Verordnung darf in keiner Weise die Ausübung der in den Mitgliedstaaten anerkannten Grundrechte beeinträchtigen, einschließlich des Rechts oder der Freiheit zum Streik oder zu anderen Handlungen, die in den Mitgliedstaaten gemäß den nationalen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten durch die speziellen Systeme zur Regelung der Arbeitsbeziehungen vorgesehen sind. Sie berührt auch nicht das Recht, gemäß den nationalen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten Tarifverträge auszuhandeln, abzuschließen und durchzusetzen sowie kollektive Maßnahmen zu ergreifen.

Artikel 1 Absatz 1 enthält zunächst zwei im Verhältnis zum Vorentwurf veränderte Inhalte: Zum einen lässt der Text an dieser Stelle scheinbar keine Wertigkeit im Verhältnis Grundrecht zu Grundfreiheit erkennen. Zum anderen rekurriert die Norm nicht mehr auf Binnenmarktfreiheiten insgesamt, sondern ist auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit fokussiert. Absatz 2 (Monti-Klausel) ist dem Wortlaut nach ein Fortschritt im Vergleich zu den EuGH-Urteilen. Zudem wird eine direkte Verbindungslinie zu der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK gezogen (über Erwägungsgrund 2 und 3).

Die Monti-Klausel durchdringt allerdings nicht das gesamte Unionsrecht, sondern ist beschränkt auf den Geltungsbereich der Verordnung. Wie die Kommission die Monti-Klausel verstehen will, zeigt zudem bereits Absatz 1, wenn es um die Ausübung kollektiver Grundrechte geht, «im Kontext» der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit. Im englischen Text heißt es etwas weitergehender «within the context», was bedeuten könnte, dass die beiden Binnenmarktfreiheiten den Rahmen für die Ausübung kollektiver Grundrechte bilden. Ein weiteres Zeichen, dass die Kommission eine wirkliche Gleichrangigkeit nicht will.

141 KOM(2012), 130 endg., S. 12. **142** Biervert, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl., Art. 288 AEUV Rn. 11. **143** St. Rspr. seit EuGH v. 15.7.1964, Rs 6/64, NJW 1964, 2371 (Costa./.ENEL). Zum Stichwort Anwendungsvorrang vgl. HK-ArbR, Schubert, AEUV, Rn. 38 ff. Im Übrigen Biervert in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl., Art. 288 AEUV Rn. 5 ff. **144** BVerfG v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u. a., BVerfGE 123, 267 ff. (Lissabon). Das gegenwärtige Unions-Arbeitsrecht versteht das BVerfG allerdings nicht als ausbrechenden Rechtsakt (unter Erwähnung der Viking-Entscheidung, BVerfG v. 30.6.2009, 2 BvE u. a. Rn. 399); vgl. auch die Honeywell-Entscheidung des BVerfG v. 6.7.2010, 2 BvR 2661/06, NJW 2010, 3422 ff. **145** Ähnlich Bruun/Bücker, ETUI Policy Brief, 4/2012, S. 2. **146** Bryde, Gutachten «Das Grundrecht der Tarifautonomie als Schranke europäischer Wirtschaftsregulierung, S. 27; Schubert, in: liber amicorum Hartwig Donner, S. 91. Nach Heuschmid hat die Formulierung «nach dem Unionsrecht …» keinerlei Auswirkung auf die Auslegung des Art. 28 GrCh, in: Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. § 11 Rn. 56 mit Bezug auf v. Bogdandy/Rödl, Europäisches Verfassungsrecht, 871. **147** So auch BR-Drucksache 158/12 Nr. 1

Art. 2 – Allgemeine Grundsätze
Bei der Ausübung der im Vertrag verankerten Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit wird das Grundrecht auf Durchführung kollektiver Maßnahmen, einschließlich des Streikrechts oder der Streikfreiheit gewahrt; umgekehrt werden bei der Ausübung des Grundrechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen, einschließlich des Streikrechts oder der Streikfreiheit, diese wirtschaftlichen Freiheiten gewahrt.

Auch diese Formulierung lässt zunächst keinen Vorrang erkennen. Im Verhältnis zu den Entscheidungen des EuGH könnte bereits hierin ein Fortschritt zu sehen sein. Jedoch zeigen die Erwägungsgründe 7 (Verweis auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung) und 11 (Einklang des Streikrechts mit Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit entsprechend dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) sowie grundsätzlich S. 13 der allgemeinen Erläuterungen[148], dass es der Kommission nur um eine Annäherung der kollektiven Grundrechte an die Grundfreiheiten geht, nicht aber um eine tatsächliche Gleichrangigkeit. Diese Gleichrangigkeit ist nach den Vorgaben der Grundrechte-Charta und der Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 9 AEUV nach dem oben aufgezeigten Verständnis das Minimum, das zu erfüllen gewesen wäre [diesseits wird sogar eine soziale Fortschrittsklausel für unionsrechtlich vertretbar und geboten gehalten].

Art. 28 GrCh verhindert das Aufstülpen eines europäischen Verständnisses des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf nationale Gegebenheiten. Zwar verweist die Kommission auf den klassischen Dreiklang «Geeignet – Erforderlichkeit – Angemessenheit».[149] Diese formelhafte Anwendung erhält aber eine völlig andere Konnotation als das deutsche Verständnis und damit über die «Gepflogenheit-Formel» das Verständnis von Art. 28 GrCh, wenn auch die Ziele einer Arbeitskampfmaßnahme in die Verhältnismäßigkeitsprüfung mit einbezogen werden (nochmals Erwägungsgrund 7).[150] Zur Verdeutlichung:

Wie verhält es sich beispielsweise, wenn in einer grenzüberschreitenden Situation über Umzugspauschalen verhandelt wird und die Gewerkschaft einen Betrag in Höhe von 1 000 Euro fordert und der international tätige Unternehmer 850 Euro anbietet. Dürfte dann die Gewerkschaft nicht mehr zum Streik aufrufen, weil es nach unionsrechtlicher Anschauung unverhältnismäßig ist, wegen 150 Euro Differenz zu streiken? Dies führt letztlich zu einer Zensur der Gewerkschaftstätigkeit.

Die Einbindung des Ziels der Maßnahme in die Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgt zudem nicht deckungsgleich. Beim Streik wird das Streikziel insgesamt überprüft (berechtigtes Ziel, das zudem nur in angemessener Weise verfolgt werden darf – Erwägungsgrund 7). Bei den Grundfreiheiten wird Art. 52 Abs. 1 GrCh zitiert (Erwägungsgrund 12). Zum «Gemeinwohl» des Art. 52 Abs. 1 GrCh wird sicherlich die Ausübung der Grundfreiheiten gehören. Bei der Verhältnismäßigkeit an dieser Stelle wird wohl niemals gefragt, ob z. B. eine Sitzverlegung sinnvoll ist oder nur aus Gründen des Sozialdumpings erfolgt.[151] Und nochmals: Art. 52 Abs. 1 GrCh wird von Art. 52 Abs. 3 GrCh (jedenfalls im oben beschriebenen Umfang) verdrängt. Diese Verdrängungswirkung wird nicht zugestanden (trotz der allgemeinen Bekenntnisse auf völkerrechtliche Quellen), worin sich zeigt, dass eine wirkliche Gleichstellung von sozialen Grundrechten und Grundfreiheiten nicht gewollt ist.

Für mehr Rechtsklarheit und damit Rechtssicherheit sorgt der Vorschlag nicht, zumal der Ausgang der verlangten Verhältnismäßigkeitsprüfung nur in den seltensten Fällen vorhersehbar ist.[152]

Bedeutsam ist aber nicht nur, dass die Verordnung das selbstgesteckte Ziel (Gleichrangigkeit) an anderen Stellen relativiert und damit ungeeignet zur Lösung von Kollisionen ist (und somit unverhältnismäßig). Vielmehr entscheidend ist der Verstoß gegen die Vorgaben der in die EU-Grundrechte-Charta hineinwirkenden völkerrechtlichen Rechtsquellen. Diese Rechtsquellen, insbesondere die EMRK in der Ausgestaltung durch den EGMR, haben materielle Rechtswirkung und nicht nur ergänzende Randbedeutung. *Fütterer* weist völlig zu Recht darauf hin, dass weder die Rechtsprechung zu Art. 11 EMRK noch die ESC oder das Übereinkommen Nr. 87 der ILO oder Entscheidungen der Überwachungsgremien bzw. Sachverständigenausschüsse[153] Einschränkungen der Koalitionsfreiheit (inkl. Streikrecht) zum Schutze grenzüberschreitender Wirtschaftstätigkeit kennen.[154] Einschränkungen solcher Art sind in Demokratien überhaupt nicht geboten.[155]

Es ist auch gar nicht einzusehen, das Streikrecht wegen wirtschaftlicher Interessen einzuschränken, denn die Herstellung freier Märkte in Europa stellt keinen Selbstzweck dar. Es sind vielmehr Freiheit, Wohlstand und Sicherheit aller Einwohner zu fördern (vgl. die Werte und Ziele der Union in Artikel 2 und 3 EUV). Insofern unterliegt jedes Unternehmen auf diesen Märkten permanent auch potentiellen Tarifverhandlungen und Arbeitskämpfen, so dass die Marktfreiheiten von vornherein nur unter dem Vorbehalt koalitionärer Berechtigungen und Betätigungen von

148 «In Artikel 2 wird bekräftigt, dass es keinen inhärenten Konflikt zwischen der Ausübung des Grundrechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen und der im Vertrag verankerten und durch diesen geschützten Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit und keinen Vorrang der einen Rechtsposition über die andere gibt. Es wird festgehalten, dass es zu Situationen kommen kann, in denen die Wahrnehmung dieses Rechts mit der Ausübung der genannten Freiheiten bei Vorliegen einer Kollision in Einklang zu bringen ist und dabei dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gemäß der üblichen Praxis der Gerichte und der EU Rechtsprechung entsprochen werden muss.» Bislang ist es der EuGH schuldig geblieben, in einem Fall einmal zugunsten des sozialen Grundrechtes zu entscheiden. Gelegenheiten hätte es gegeben. **149** Vgl. KOM(2012), 130 endg., S. 15. **150** Kocher, APuZ 2011, Nr. 35. **151** In ähnlicher Richtung Bruun/Bücker, ETUI Policy Brief, 4/2012, S. 4. **152** Bruun/Bücker, ETUI Policy Brief, 4/2012, S. 3. **153** Grds. Lörcher, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. § 17 Rn. 67. **154** Fütterer, EuZA 2011, 505 ff., 516; auch Bruun/Bücker, ETUI Policy Brief, 4/2012, S. 4. Was die EMRK angeht, kommt es, wie oben gesehen, (nur) auf die Schranken des Art. 11 EMRK an. Wirtschaftserwägungen dürfen in diesem Zusammenhang nicht vorgebracht werden; vgl. nochmals zu den Schranken Borowsky, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. Art. 52 Rn. 33. **155** Fütterer, EuZA 2011, 505 ff., 517; Zwanziger, DB 2008, 294 ff., 296; Kempen in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, Nomos 2010, S. 35.

Arbeitnehmern gewährleistet sind.[156] Dass gewerkschaftliches Handeln Marktfreiheiten einschränken darf und soll, stellt auch eine Verfassungstradition der Mitgliedstaaten dar.[157]

Ein sozialer Fortschritt (Art. 3 Abs. 3 EUV) wird mit dem Vorschlag dagegen nicht verwirklicht. Ein solcher ist nur mit einer Sozialen Fortschrittsklausel (im obigen Sinne) zu erreichen. Im Übrigen verkennen sowohl der EuGH wie auch der Vorschlag, dass soziale Grundrechte und bürgerliche, politische Rechte miteinander verbunden sind, eine Differenzierung in der Wirkkraft daher unangebracht ist.[158]

Art. 2 des Verordnungsvorschlages verstößt gegen höherrangiges Primärrecht. Er bewirkt keine Gleichrangigkeit zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten und beachtet zudem bei seiner Gewichtung die völkerrechtliche Lage nur unzureichend. Schon allein die Unsicherheit, wie eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ausgehen kann bzw. in der Folge die Gefahr von Schadensersatzforderungen stört die Ausübung des kollektiven sozialen Grundrechts.[159]

Artikel 3 – Streitbeilegungsverfahren

1. Die Mitgliedstaaten, die in Einklang mit ihren nationalen Rechtsvorschriften, Traditionen oder Gepflogenheiten alternative Verfahren für die außergerichtliche Beilegung arbeitsrechtlicher Streitigkeiten vorsehen, sorgen für einen gleichberechtigten Zugang zu diesen alternativen Streitbeilegungsverfahren in Situationen, in denen sich derartige Streitigkeiten aus der Ausübung des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen, einschließlich des Streikrechts oder der Streikfreiheit, in transnationalen Situationen oder Situationen mit einem grenzüberschreitenden Charakter im Kontext der Ausübung der Niederlassungs- oder der Dienstleistungsfreiheit ergeben, einschließlich der Anwendung 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.

2. Unbeschadet des Absatzes 1 können die Sozialpartner auf europäischer Ebene im Rahmen ihrer Rechte, Zuständigkeiten und Aufgaben gemäß dem Vertrag Vereinbarungen auf EU-Ebene schließen oder Leitlinien betreffend die Modalitäten und Verfahren für Schlichtungs-, Vermittlungs- oder sonstige Mechanismen für die außergerichtliche Beilegung von Streitigkeiten aufstellen, die sich aus der wirksamen Ausübung des Rechts auf Durchführung von Kollektivmaßnahmen, einschließlich des Streikrechts oder der Streikfreiheit, in transnationalen Situationen oder Situationen mit einem grenzüberschreitenden Charakter ergeben.

3. Die Modalitäten und Verfahren für die außergerichtliche Streitbeilegung dürfen die betroffenen Parteien nicht daran hindern, Rechtsbehelfe für die Beilegung ihrer Streitigkeiten oder Konflikte in Anspruch zu nehmen, falls die in Absatz 1 genannten Mechanismen nicht innerhalb eines angemessenen Zeitraums zu einer Lösung führen.

4. Die Inanspruchnahme alternativer Verfahren für die außergerichtliche Streitbeilegung erfolgt unbeschadet der Rolle der nationalen Gerichte bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten in den Situationen nach Absatz 1, insbesondere um den Sachverhalt zu beurteilen und das nationale Recht auszulegen und, sofern der Geltungsbereich dieser Verordnung betroffen ist, um zu bestimmen, ob und inwieweit kollektive Maßnahmen gemäß den nationalen Bestimmungen und Tarifrechtsvorschriften, die auf diese Maßnahmen anwendbar sind, nicht über das zur Erreichung des (der) verfolgten Ziels (Ziele) erforderliche Maß hinausgehen, unbeschadet der Rolle und der Zuständigkeiten des Gerichtshofs.

Art. 3 Abs. 1 des Verordnungsvorschlages ist dem deutschen Recht fremd, welches keine Zwangsschlichtung kennt und die Errichtung von Schlichtungssystemen den Tarifvertragsparteien überlässt. Nimmt man die Kommission beim Wort, würde sich für Deutschland keine negative Konsequenz aus der Norm ergeben. Die Kommission führt aus:

«Der vorliegende Vorschlag führt keine Änderungen bei diesen auf nationaler Ebene bestehenden Verfahren für die außergerichtliche Streitbeilegung ein; außerdem sieht er weder ausdrücklich noch implizit vor, dass Mitgliedstaaten, in denen es keine solchen Verfahren gibt, diese einführen müssen.»[160]

Dies korrespondiert mit Erwägungsgrund 14. Würde einer anderen Interpretation gefolgt werden, wäre Art. 3 Abs. 1 wegen Verstoßes gegen Art. 28 GrCh unwirksam. Dieser enthält nämlich – wie oben erläutert – eine Schranke, die vom nationalen Verständnis geprägt wird und für Deutschland die zwangsweise Einführung eines Streitbeilegungsrechts verbietet. Die Vorschrift stellt auch keine Ergänzung des Internationalen Privatrechts dar und damit eine zweite Vorschrift zum Streikrecht neben Art. 9 der Rom-II-VO (Nr. 864/2007). Vielmehr gilt das Schlichtungsrecht, welches sich durch das Kollisionsrecht ergibt, und zwar nach dem Arbeitskampfstatut.[161]

Interessanter und ein Fremdkörper in dieser Vorschrift ist Absatz 4. Trotz des Bezuges zu Absatz 1 wird hier die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Sinne des EuGH ganz grundsätzlich in einer Verordnung verankert. Die Mängel einer so verstandenen Verhältnismäßigkeitsprüfung wurden bereits erläutert. Auch hier kann

156 Zutreffend Kempen, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, Nomos 2010, S. 35. Es geht dagegen nicht um die Herstellung eines «Supergrundrechts», welches sich sachgrundlos immer durchsetzte, wie Thüsing formuliert, in Stellungnahme zur Anhörung des Europa-Ausschusses des Deutschen Bundestags am 6.10.2010 unter V. 1. a). In ähnlicher Richtung wie hier vgl. Bruun/Bücker, ETUI Policy Brief, 4/2012, S. 3; BR-Drucksache 158/12 Nr. 2. **157** Zu EuGH v. 11.12.2007, C-438/05, Slg. 2007, I-10779, Rn. 43 ff. (Viking). **158** Stellungnahme des EWSA v. 21.9.2011, SOC/401 (Bischoff/Pirvulescu-Bericht), Strategie zur Umsetzung der Grundrechtecharta, Pkt. 3.4. **159** Bruun/Bücker, ETUI Policy Brief, 4/2012, S. 3. Erinnert sei an die nationale Folgeentscheidung in Schweden in der Sache Laval, Arbetsdomstolen, Urt. v. 2.12.2009, Rs. 89/09, zitiert nach Reich, «Laval vierter Akt», EuZW 2010, 454 ff.; Schubert/Jerchel, EuZW 2010, 687 ff., 691. **160** KOM(2012) 130 endg., S. 14. **161** Vgl. hierzu Däubler, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. § 32 Rn. 44 ff.

es letztlich zu einer Zensur der Tarifziele kommen.[162] Dies ist vor dem Hintergrund des Art. 28 GrCh und der völkerrechtlichen Rechtsquellen unzulässig.[163]

Artikel 4 – Warnmechanismus

1. Bei gravierenden Handlungen oder Umständen, die die effiziente Ausübung der Niederlassungs- oder der Dienstleistungsfreiheit berühren und die das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarkts schwerwiegend beeinträchtigen, das System der Arbeitsbeziehungen schwer schädigen oder ernsthafte soziale Unruhen auf seinem Hoheitsgebiet oder auf dem anderer Mitgliedstaaten hervorrufen könnten, setzt der betroffene Mitgliedstaat unverzüglich den Niederlassungs- oder Herkunftsmitgliedstaat des Dienstleisters und/oder andere betroffene Mitgliedstaaten sowie die Kommission in Kenntnis.

2. Der (die) betroffene(n) Mitgliedstaat(en) beantwortet (beantworten) so bald wie möglich das Auskunftsersuchen der Kommission und anderer Mitgliedstaaten zur Art der Behinderung oder der drohenden Behinderung. Zwischen den Mitgliedstaaten ausgetauschte Informationen werden auch der Kommission übermittelt.

Artikel 4 ist in mehrfacher Hinsicht bedenklich. Legt man die oben gefundenen Kriterien beruhend auf Art. 28 GrCh und den völkerrechtlichen Rechtsquellen zugrunde, so ist die Norm aus folgenden Gründen unwirksam:

Die Vorgaben der Norm stören die Ausübung des Grundrechts auf Streik durch staatliche Überwachung. Art. 28 GrCh und die völkerrechtlichen Bestimmungen schützen aber nicht nur vor einem Totalverbot, sondern auch vor Einschränkungen in der Ausübung des Grund- und Menschenrechts.[164] Die staatliche Überwachung setzt zudem sehr früh an, nämlich bei einer *Berührung* der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit. Die Norm suggeriert zudem, dass mit Arbeitskämpfen (beabsichtigt) Situationen entstehen können, die, nach deutschem Verständnis, Züge von Landesverrat aufweisen («ernsthafte soziale Unruhen»). Dies stellt Verknüpfungen her, die mit einem sozialen Grundrecht nicht vereinbar sind. «Effiziente Ausübung» als unbestimmter Rechtsbegriff ist extensiv auslegbar. Hinzu kommt die Möglichkeitsform «könnten». Auch dies lässt an der Verhältnismäßigkeit des Vorschlags zweifeln.

Ebenso schwerwiegend ist aber, dass die Norm zusammen mit einer anderen Rechtsmaterie zu einer starken Behinderung des Streikrechts führen kann, nämlich immer dann, wenn das «System der Arbeitsbeziehungen» verknüpft wird mit Vorgaben der Verordnung über die Vermeidung und Korrektur makroökonomischer Ungleichgewichte (VO 1176/2011). Zwar enthält Art. 1 Abs. 3 dieser Verordnung eine Klausel dahingehend, dass Art. 152 AEUV und Art. 28 GrCh beachtet werden (ähnlich Art. 6 Abs. 3 der VO), gleichzeitig spricht aber der Erwägungsgrund 20 klar aus, dass es auch um die Beeinflussung der Lohnpolitik gehen soll. Die Austeritätspolitik, die sich auch aus dem Fiskalpakt (Völkerrecht) ergeben kann, kann dazu führen, Art. 4 des Verordnungsvorschlages anders verstehen zu müssen. Konkret: Ein makroökonomisches Ungleichgewicht bewirkt stets, dass Streikhandlungen das System der Arbeitsbeziehungen schwer schädigt. Nach Art. 4 des Vorschlages kommt es wie gesagt nur auf die Möglichkeit an («könnten»). Es ist nicht ausgeschlossen, dass ein Mitgliedstaat Streikhandlungen unter Berufung auf VO 1176/2011 untersagt, oder ein nationales Gericht die Verordnung in der Verhältnismäßigkeitsprüfung bezüglich der Arbeitskampfhandlung gegen diese in die Waagschale wirft. Da die Norm auch einen grenzüberschreitenden Ansatz hat («auf seinem Hoheitsgebiet oder auf dem anderer Mitgliedstaaten») kann sie zulässige grenzüberschreitende Solidaritätsstreiks[165] behindern.

Auffällig ist abschließend, dass die Norm entgegen Artikel 1 des Verordnungsvorschlags den gesamten Binnenmarkt in den Blick nimmt. Damit ist auch der freie Warenverkehr erfasst und Art. 2 der Monti-I-VO insoweit quasi ausgehebelt.

D) GESAMTBETRACHTUNG

Der auf den ersten Blick scheinbar ausgewogene Verordnungsvorschlag zeigt gravierende Mängel, die ihn insgesamt unzulässig werden lässt. Zusammenfassend:

1) Durch widersprüchliche Bestimmungen fehlt dem Vorschlag die Geeignetheit, er ist damit unverhältnismäßig.
2) Art. 352 AEUV kommt als Ermächtigungsgrundlage nicht in Frage, Art. 153 Abs. 5 AEUV blockiert ein Handeln der Union. Es gilt Art. 352 Abs. 3 AEUV.
3) Der Vorschlag verstößt gegen höherrangiges Recht, konkret gegen Art. 28 GrCh (auch wegen des Verstoßes gegen Art. 153 Abs. 5 AEUV) und gegen Art. 52 Abs. 3 GrCh in Verbindung mit völkerrechtlichen Quellen, insbesondere Art. 11 EMRK, der vor allem über Art. 12 GrCh Eingang in das unionale Verfassungsrecht erhält. Der Vorschlag beachtet zudem nicht die Vorgaben der Artikel 3 Abs. 3 EUV und 9 AEUV.
4) Der EuGH folgt nicht der eigenen Keck-Formel. Der Schutzbereich der Grundfreiheiten dürfte in den meisten Fällen gar nicht betroffen sein.
5) Zusammen mit den gesetzgeberischen Akten im Umfeld der Wirtschafts- und Finanzkrise erhalten die Inhalte des Vorschlags mit Umsetzung eine Dynamik und eine Wirkkraft, die unverhältnismäßig (und kaum beherrschbar) ist.

162 Vgl. auch Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zum Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Ausübung des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit (Monti II) v. 21. März 2012, S. 5. **163** Art. 3 Abs. 2 des Vorschlages ist nicht Gegenstand dieser Begutachtung, Art. 3 Abs. 3 wegen Art. 3 Abs. 1 nicht einschlägig. **164** Vgl. Holoubek, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. Art. 28 GrCh Rn. 16 f.; BR-Drucksache 158/12 Nr. 3. **165** Vgl. zu diesem Wolter, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. § 17 Rn. 153; Heuschmid, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. § 11 Rn. 40 (Der Unterstützungsstreik fällt in den Schutzbereich von Art. 28 GrCh).

7. DER VORSCHLAG FÜR EINE ENFORCEMENT-RICHTLINIE

Bei dem Vorschlag «für eine Richtlinie zur Durchsetzung der RL 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen» handelt es sich überwiegend um Verwaltungsregelungen, deren Mehrwert diskutiert werden kann[166], im hier vorliegende Gutachten aber nur an höherrangigem Recht gemessen wird.

A) FEHLERHAFTE AUSRICHTUNG

Der Vorschlag hat sich zum Ziel gesetzt, zusammen mit der Monti-II-VO, die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen zum Zweck eines Wirtschaftswachstums der Union zu erleichtern. Wörtlich[167] heißt es:

«Zusammen mit dem Vorschlag für eine Verordnung zur Klarstellung des Rechts auf Kollektivmaßnahmen im Rahmen der wirtschaftlichen Freiheiten des Binnenmarkts, insbesondere der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, ist dies eine gezielte Maßnahme, die mit einem der Hauptziele des Vertrages im Einklang steht, nämlich der Errichtung eines Binnenmarkts im Interesse einer in hohem Maße wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt. *Mit dieser Initiative wird die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen erleichtert und das Klima für fairen Wettbewerb verbessert, sodass das Wachstumspotenzial, das die Entsendung von Arbeitnehmern und Arbeitsplätze für entsandte Arbeitnehmer bieten, als ein zentraler Aspekt bei der Erbringung von Dienstleistungen im Binnenmarkt erschlossen werden kann.* Dadurch trägt sie zu einer intelligenten, nachhaltigen und integrativen Erholung des Wirtschaftswachstums gemäß den Zielen und Prioritäten der Strategie Europa 2020 bei.» [Hervorhebungen nur hier]

Einmal ist daran zu erkennen, dass der Vorschlag für eine Enforcement-Richtlinie den durch die Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen Laval, Rüffert und Kommission gegen Luxemburg (hier speziell zu Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie) entwickelten Auslegungskriterien der Entsenderichtlinie als eine «Maximalrichtlinie» nicht entgegenwirken will. Denn der Fokus der vorgeschlagenen Maßnahme liegt eindeutig auf den Zielen und Prioritäten der Strategie Europa 2020 für nachhaltiges Wirtschaftswachstum, ohne gleichrangig soziale Standards zu hinterlegen.[168]

Zum anderen – und dies ist wichtiger – ist der Vorschlag mit seiner Fixierung auf Wirtschaftswachstum zu einseitig, da er Art. 3 Abs. 3 EUV nur formaliter berücksichtigt. Wirtschaftswachstum ist aber am sozialen Fortschritt auszurichten.

Die Kommission erkennt, teilweise durchaus berechtigt, Defizite bei der bisherigen Anwendung der Richtlinie 96/71/EG. Hierzu heißt es in den Erläuterungen[169]:

«Angemessene Durchführung sowie wirksame Anwendung und Durchsetzung sind Schlüsselelemente, die die Wirksamkeit des geltenden EU-Rechts gewährleisten. Unterschiede und Diskrepanzen in der Art und Weise, wie die Richtlinie 96/71/EG in den verschiedenen Mitgliedstaaten durchgeführt, angewendet und durchgesetzt wird, beeinträchtigen das ordnungsgemäße Funktionieren der Richtlinie. Damit *besteht die Gefahr, dass es sehr schwierig, wenn nicht sogar unmöglich wird, für Dienstleister die erforderlichen gleichen Ausgangsbedingungen zu schaffen und dafür zu sorgen, dass zur Erbringung von Dienstleistungen entsandte Arbeitnehmer EU-weit dasselbe, im Rahmen der Richtlinie garantierte Schutzniveau genießen.* Unter diesen Umständen lässt sich die erforderliche Rechtsklarheit und -sicherheit nur auf EU-Ebene herstellen.» [Hervorhebungen nur hier]

Blickrichtung der Kommission ist der Dienstleister, *selbst* für die Arbeitnehmerrechte. Das Schutzniveau der Arbeitnehmer wird als Anhängsel der Dienstleistung verstanden. Der Vorschlag ändert auch (deshalb) nichts an den Vorgaben der Rüffert-Entscheidung.

Die fehlerhafte Ausrichtung bewirkt, dass die Enforcement-Richtlinie, gemessen an höherrangigem Recht (Art. 3 Abs. 3 EUV), scheitern würde.

B) UMGEHUNGSMÖGLICHKEITEN

Artikel 3 trägt die Überschrift «Verhinderung von Missbrauch und Umgehung von Bestimmungen». Diese Vorschrift entfaltet entgegen ihrer scheinbaren Ausrichtung (bzw. Artikel 1 UA 2 des Vorschlages) aber keine konkrete Arbeitnehmerschutzwirkung. Dies liegt an zahlreichen Umgehungsmöglichkeiten, die die Vorschrift gar nicht erfasst. Damit fehlt der Norm die Geeignetheit. Sie ist deshalb unverhältnismäßig. Im Einzelnen:

aa) Scheinentsendungen

In Art. 3 Abs. 2 des Vorschlags werden beispielhaft Kriterien aufgezählt, die einen entsandten Arbeitnehmer und dessen «vorübergehende Tätigkeit» üblicherweise charakterisieren. Dabei wird zur Abgrenzung auf einen «begrenzten Zeitraum» (Art. 3 Abs. 2 lit. a) abgestellt, den der entsandte Arbeitnehmer in einem anderen Mitgliedstaat tätig ist. Damit soll der vorübergehende Charakter der Entsendung im Rahmen von Dienstleistungen deutlicher als bisher zum Ausdruck gebracht werden. Dies soll den von der Rechtsprechung des EuGH[170] aufgestellten Anforderungen entsprechen.[171]

Allerdings ist der Begriff «begrenzter Zeitraum» ein unbestimmter Rechtsbegriff (wie auch «vorübergehend»), dessen Ausfüllung durch die Vorschrift ungeklärt bleibt. Der Vorschlag trägt damit an dieser Stelle nicht zur Klarheit bei der Feststellung des vorüberge-

166 Z. B. kann diskutiert werden, warum die gesamtschuldnerische Haftung aus Art. 12 des Vorschlages nur auf die Baubranche beschränkt wurde. Positiv ist dagegen Art. 5 Abs. 2 lit. b des Vorschlages. **167** KOM(2012) 131, S. 13. **168** KOM(2012) 131, Fußnote 37. **169** KOM(2012) 131, S. 14. **170** EuGH v. 11.12.2003, C-215/01, EuZW 2004, 94 ff. (Schnitzer) und v. 30.11.1995, C-55/94, Slg. 1995, I-4165 (Gebhard). **171** KOM(2012), 131 endg., S. 16.

henden Charakters der Tätigkeit einer entsandten Person bei. Einen erhöhten Schutzmechanismus für die Beschäftigten löst dieses Kriterium keinesfalls aus. Vergleicht man die Diskussionen um den Begriff «vorübergehend» im Umfeld der Leiharbeitsrichtlinie, ist vorstellbar, welche Schwierigkeiten bestehen.[172] Klarer wäre es gewesen, eine Entsendung konkret zeitlich zu begrenzen bzw. mit zusätzlichen Anforderungen für eine Fristüberschreitung zu versehen.

Ähnlich offen bleibt auch das weitere Kriterium in Artikel 3 Abs. 2 lit. b, wonach eine vorübergehende Entsendung dann vorliegt, wenn diese in einen anderen Mitgliedstaat erfolgt als der, in dem bzw. von dem aus der Arbeitnehmer seine Tätigkeit üblicherweise nach VO (EG) Nr. 593/2008[173] ausübt. Die Norm begünstigt «Kettenentsendungen», denn die entscheidende Frage, ob der entsandte Arbeitnehmer im Niederlassungsstaat bereits für das entsendende Unternehmen tätig war, wird nicht beantwortet.[174]

Artikel 3 des Richtlinienvorschlags ist nicht geeignet, mehr Rechtssicherheit bei der Entsendung zu verwirklichen.

bb) Briefkastenfirmen

Eine weitere Umgehungsmöglichkeit bei der Entsendung besteht in sogenannten Briefkastenfirmen[175], die in einem Mitgliedstaat mit geringem Lohnniveau errichtet werden, um mit Hilfe des Entsenderechts Lohndumping zu betreiben. Hierzu existieren die Firmen nur auf dem Papier, es findet aber kein Geschäftsverkehr in diesen Firmen statt. Folglich kommen die schlechteren Beschäftigungsbedingungen des Niederlassungsstaates zur Anwendung. Dies kombiniert mit dem Verständnis des EuGH zu Art. 3 RL 96/71/EG führt zu einer Art Herkunftslandprinzip, das im Konzept der Dienstleistungsrichtlinie für den sozialen Bereich gerade ausgeschlossen wurde.[176] Noch in ihrer Pressemitteilung vom 21.03.2012[177] hatte die EU-Kommission erklärt, die Enforcement-Richtlinie werde u. a. Folgendes bewirken:

«Elemente für eine bessere Durchführung und Überwachung des Begriffs Entsendung, um so *die Ausbreitung von Briefkasten-Firmen zu unterbinden,* die die Entsendung zur Umgehung von Beschäftigungsvorschriften nutzen» [Hervorhebungen nur hier].

Allerdings gelingt dies durch den Vorschlag nicht ernsthaft. Auch in der ausführlichen Begründung findet sich zu dem Phänomen der Briefkastenfirmen nur an einer Stelle ein Hinweis[178], der aber mit der Verhinderung des Missbrauchs in der derzeitigen Entsendepraxis nicht in direkter Verbindung steht. Dieses Phänomen hätte als Verstoß gegen die ordnungsmäße Entsendung in Artikel 3 des Vorschlags, der Missbrauchsverhinderung und die Umgehung von Bestimmungen regelt, aufgenommen und sanktioniert werden müssen. Die in Artikel 3 Abs. 2 aufgeführten Beispiele als Charakteristika für eine vorübergehende Entsendung erfassen die Problematik der Briefkastenfirmen hingegen gar nicht. Außerdem fehlen Sanktionierungsmechanismen gegen die derzeitige Ausbreitung der Briefkastenfirmen, die diesen Trend umkehren könnten. An dieser Stelle bleibt der Vorschlag weit hinter seinem Ziel einer Durchsetzungsrichtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen Entsandter zurück.[179]

cc) Fehlende Sanktionen

Insgesamt problematisch an der Wirkkraft von Artikel 3 erscheint, dass er nach seinem Titel zwar dazu dient, Missbrauch zu verhindern, allerdings keinerlei Sanktionsmöglichkeiten vorsieht. Artikel 3 ist nur dazu geeignet, Kriterien und Abgrenzungen vorzunehmen. Damit kann aber die bisherige Praxis der Entsendung von Arbeitnehmern nicht verbessert werden. Die Sanktionierung missbräuchlicher Entsendungspraktiken bleibt den Mitgliedstaaten vorbehalten (Art. 17). Dies ist weder geeignet, bisherige Praktiken missbräuchlicher Anwendung der Entsenderichtlinie zu beheben, noch führt es zu einer Vereinheitlichung der Entsendung innerhalb der Union – was nach Artikel 1 Abs. 1 des Vorschlags ebenfalls ein Gegenstand des Rechtsaktes sein soll. Genau diese beiden Ziele würden aber die Durchsetzung der Entsenderichtlinie verbessern helfen. Eine Verbesserung der Effektivität der Kontrollen und Sanktionen und der Möglichkeiten der entsandten Beschäftigten, ihre Rechte zu verteidigen, ergibt sich deshalb aus dem Richtlinienvorschlag nicht.

dd) Rückschritt bei Prüfmechanismen

Artikel 10 sieht zwar vor, dass geeignete Kontroll- und Überwachungsmechanismen in den Mitgliedstaaten eingesetzt und auf ihrem Hoheitsgebiet wirksame und angemessene Prüfungen durchgeführt werden. Hierzu soll eine sogenannte Risikobewertung vorgenommen werden. Offen ist aber, ob diese Risikobewertung auch noch zufällige, stichprobenartige Kontrollen umfasst oder nicht.[180] Wenn nicht, wäre dies ein Rückschritt zu den bisher bereits bestehenden Kontrollmöglichkeiten in Deutschland (vgl. die Aufgaben des Zolls).

Problematischer stellt sich allerdings Art. 9 des Richtlinienvorschlages dar, der nationale Kontrollmöglichkeiten limitiert («dürfen nur»). Mit einer abschlie-

172 Zur Leiharbeitsrichtlinie 2008/13/EG und zum Begriff «vorübergehend» vgl. z. B. Schuster/Grüneberg, AiB 2012, 81 ff.; Thüsing/Stiebert, DB 2012, 632 ff.; Giesen, FA 2012, 66 ff. **173** VO (EG) Nr. 593/2008 des europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I). **174** Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vom 21. März 2012. **175** So schon im Monti-Bericht S. 82. **176** Hierzu Streinz/Leible, in: Schlachter/Ohler, Einleitung Rn. 30 ff. **177** Pressemitteilung der EU-Kommission, IP/12/267. **178** Auf Seite 12 der Vorschlagsbegründung heißt es: Im Hinblick auf den vorliegenden Vorschlag können Kleinstunternehmen nicht vom Geltungsbereich ausgenommen werden, weil dies eine der zentralen Zielsetzungen des Vorschlags – den Kampf gegen Briefkastenfirmen – unterlaufen und beträchtliche neue Schlupflöcher entstehen lassen würde. **179** So auch Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vom 21. März 2012. **180** Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vom 21. März 2012.

ßenden Liste von vier Punkten zeigt der Vorschlag auch auf der Ebene der Verwaltungsanforderungen, dass die hinter der Enforcement-RL stehende Entsenderichtlinie als Begrenzung, nicht als Mindestschutz verstanden werden soll. Weitergehende, in den Mitgliedstaaten bereits etablierte Kontrollmechanismen wären nach diesem System nicht zulässig. So fehlt z. B. in Art. 9 Abs. 1 lit. a des Vorschlages das Merkmal «Entgelt». Nationale Vorschriften zur Überprüfung von öffentlich-rechtlichen Entgeltvorgaben würden so ausgehebelt werden. Hieran ändern auch Pflichten zur nachträglichen Bereithaltung von Arbeitspapieren nach Art. 9 Abs. 1 lit. b kaum etwas.[181]

ee) Kein ausreichender Zugang zu Informationen

Weitere Artikel des Vorschlags sollen dazu dienen, die Verwaltungsabläufe der Entsendung zu vereinfachen, um so den entsandten Beschäftigten die notwendigen Informationen im Aufnahmestaat zu erleichtern. So sollen die Artikel 4 und 5 den besseren Zugang zu Informationen ermöglichen, während Artikel 6 bis 8 die Zusammenarbeit zwischen den Verwaltungen der Mitgliedstaaten in Form der Amtshilfe regeln. Sowohl beim besseren Zugang zu Informationen als auch bei der Amtshilfe wird keine abschließende Lösung des Sprachproblems der Entsendung gegeben. Denn ein «kurzes Merkblatt» in «anderen Sprachen» (Artikel 5 Abs. 2 lit. c) genügt sicher nicht für alle in der Union entsandten Arbeitnehmern. Wenn auf die Verbesserung der Informationen auf nationalen Websites abgestellt wird (Artikel 5 Abs. 3 lit. d), kann dies die Informationslage auch nur bedingt optimieren. Nicht alle Entsandten haben Internetzugang und die Sprachhürde wird damit ebenso wenig gelöst – die meisten Websites bieten lediglich Englisch oder Französisch als Fremdsprache an.

C) GESAMTBETRACHTUNG

Insgesamt enthält der Vorschlag, der die bessere und einheitlichere Durchsetzung der bestehenden Entsenderichtlinie zum Inhalt hat, an einigen Stellen Konflikte mit höherrangigem Recht. Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten:

Der Vorschlag ist unverhältnismäßig, weil er Umgehungen ermöglicht, die dem Ziel der Stärkung der Durchsetzung der Entsenderichtlinie entgegenstehen. Der Vorschlag ist zudem nicht an Art. 3 Abs. 3 EUV ausgerichtet.

Im Übrigen geht der Vorschlag am eigentlichen Problem vorbei, da er eine Klarstellung der Wirkungsweise des Art. 3 RL 96/71/EG nicht vornimmt. Die Interpretation der Entsenderichtlinie durch den EuGH als Maximalrichtlinie bleibt somit bestehen. Er ändert auch nichts an den Voraussetzungen der eigentlichen Entsendung.

Der Vorschlag verschlechtert die Bedingungen für entsandte Beschäftigte, da er die Kontrollmöglichkeiten der Mitgliedstaaten einschränkt.

181 Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vom 21. März 2012.

8. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE – FOLGERUNGEN/EMPFEHLUNGEN

A) ZUM VORSCHLAG ZUM ERLASS EINER MONTI-II-VO

1) Durch widersprüchliche Bestimmungen fehlt dem Vorschlag die Geeignetheit, er ist damit unverhältnismäßig.
2) Art. 352 AEUV kommt als Ermächtigungsgrundlage nicht in Frage, Art. 153 Abs. 5 AEUV blockiert ein Handeln der Union. Es gilt Art. 352 Abs. 3 AEUV.
3) Der Vorschlag verstößt gegen höherrangiges Recht, konkret gegen Art. 28 GrCh (auch wegen des Verstoßes gegen Art. 153 Abs. 5) und gegen Art. 52 Abs. 3 GrCh in Verbindung mit völkerrechtlichen Quellen insbesondere Art. 11 EMRK, der vor allem über Art. 12 GrCh Eingang in das unionale Verfassungsrecht erhält. Der Vorschlag beachtet zudem nicht die Vorgaben der Artikel 3 Abs. 3 EUV und 9 AEUV.
4) Der EuGH folgt nicht der eigenen Keck-Formel. Der Schutzbereich der Grundfreiheiten dürfte in den meisten Fällen gar nicht betroffen sein.
5) Zusammen mit den gesetzgeberischen Akten im Umfeld der Wirtschafts- und Finanzkrise erhalten die Inhalte des Vorschlags mit Umsetzung eine Dynamik und eine Wirkkraft, die unverhältnismäßig ist.

B) ZUM VORSCHLAG ZUM ERLASS EINER ENFORCEMENT-RL

1) Der Vorschlag ist unverhältnismäßig, weil er Umgehungen ermöglicht, die dem Ziel der Stärkung der Durchsetzung der Entsenderichtlinie entgegenstehen. Der Vorschlag ist zudem nicht an Art. 3 Abs. 3 EUV ausgerichtet.
2) Im Übrigen geht der Vorschlag am eigentlichen Problem vorbei, da er eine Klarstellung der Wirkungsweise des Art. 3 RL 96/71/EG nicht vornimmt. Die Interpretation der Entsenderichtlinie durch den EuGH als Maximalrichtlinie bleibt somit bestehen. Er ändert auch nichts an den Voraussetzungen der eigentlichen Entsendung.
3) Der Vorschlag verschlechtert die Bedingungen für entsandte Beschäftigte, da er die Kontrollmöglichkeiten der Mitgliedstaaten einschränkt.

C) FOLGERUNGEN/EMPFEHLUNGEN

– Die Monti-II-Verordnung verstößt gegen höherrangiges Recht. Es wird empfohlen, darauf hinzuwirken, dass im Rat der deutsche Vertreter nicht zustimmt bzw. einem entsprechendem Gesetz nach § 8 Integrationsverantwortungsgesetz die Zustimmung zu verweigern.
– Die Enforcement-Richtlinie hält weitestgehend nicht, was sie verspricht, läuft damit teilweise leer und wird sogar an einigen Stellen unverhältnismäßig, wenn sie Umgehungen ermöglicht und nicht sanktioniert. Es wird empfohlen, Einfluss in den kommenden Beratungen bezüglich der angesprochenen Inhalte zu nehmen.
– Will man die Ziele, die der Vertrag von Lissabon vorgibt, tatsächlich verwirklichen, bleibt nur der Weg, primärrechtlich eine Soziale Fortschrittsklausel zu verankern (die Kommission zielt nur auf Gleichrangigkeit ab, ohne selbst diese zu erreichen). Die Soziale Fortschrittsklausel bliebe also auch nach einer Monti-II-VO in der Vorschlagsversion als politisches Ziel bestehen.
– Stellt sich abschließend die Frage, ob eine Verfassungsbeschwerde gegen die Monti-II-VO (nach Inkrafttreten) Sinn machen würde. Hierzu folgende Überlegungen:

In der Lissabon-Entscheidung hat das BVerfG seine Befugnis für eine sog. ultra-vires-Kontrolle unterstrichen. Die Union könne nur insoweit einen Anwendungsvorrang vor dem deutschen (Verfassungs-)Recht beanspruchen, wie Deutschland Hoheitsrechte an die Union vermittelt hat. Handelt die Union außerhalb ihrer vom Nationalstaat vermittelten Kompetenzen und kann Rechtsschutz auf europäischer Ebene nicht erlangt werden, so verbleibt es bei der Prüfungskompetenz des BVerfG einschließlich einer Verwerfungskompetenz.[182] Wörtlich:

«Innerhalb der deutschen Jurisdiktion muss es zudem möglich sein, die Integrationsverantwortung im Fall von ersichtlichen Grenzüberschreitungen bei Inanspruchnahme von Zuständigkeiten durch die Europäische Union (…) und zur Wahrung des unantastbaren Kerngehalts der Verfassungsidentität des Grundgesetzes im Rahmen einer Identitätskontrolle einfordern zu können. Das Bundesverfassungsgericht hat hierfür bereits den Weg der Ultra-vires-Kontrolle eröffnet, die im Fall von Grenzdurchbrechungen bei der Inanspruchnahme von Zuständigkeiten durch Gemeinschafts- und Unionsorgane greift. Wenn Rechtsschutz auf Unionsebene nicht zu erlangen ist, prüft das Bundesverfassungsgericht, ob Rechtsakte der europäischen Organe und Einrichtungen sich unter Wahrung des gemeinschafts- und unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 Abs. 2 EGV; Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 EUV-Lissabon) in den Grenzen der ihnen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte halten (…).

Sowohl die Ultra-vires- als auch die Identitätskontrolle können dazu führen, dass Gemeinschafts- oder künftig Unionsrecht in Deutschland für unanwendbar erklärt wird.»

Wie festgestellt, würde der Monti-II-VO wegen der Wirkung des Art. 153 Abs. 5 AEUV eine Ermächti-

182 BVerfG v. 30.6.2009, 2 BvE 2, 5/08 u. a., BVerfGE 123, 267 ff., 353, 354 (Rn. 240).

gungsgrundlage (vgl. Art. 352 Abs. 3 AEUV) fehlen. Dies würde den Weg zu einer Verfassungsbeschwerde frei machen. Allerdings hat das BVerfG in der Lissabon-Entscheidung auch ausgeführt[183]:

«Schließlich ist die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu berücksichtigen, die zwar bis in die jüngste Zeit hinein auch Anlass für die Kritik an einer ‹einseitigen Marktorientierung› der Europäischen Union war, zugleich aber eine Reihe von Elementen für ein ‹soziales Europa› aufgezeigt hat. Der Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung Grundsätze entwickelt, die die soziale Dimension der Europäischen Union stärken. So hat der Gerichtshof zahlreiche wichtige soziale Anliegen als zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls anerkannt, die Einschränkungen der Marktfreiheiten des Gemeinschaftsrechts rechtfertigen können. Zu ihnen gehören beispielsweise der Schutz der Arbeitnehmer (EuGH, Urteil vom 15. März 2001, Rs. C-165/98, Mazzoleni, Slg. 2001, S. I-2189 Rn. 27), das finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit (EuGH, Urteil vom 13. Mai 2003, Rs. C-385/99, Müller-Fauré, Slg. 2003, S. I-4509 Rn. 73), die Erfordernisse des Systems der Sozialhilfe (EuGH, Urteil vom 17. Juni 1997, Rs. C-70/95, Sodemare, Slg. 1997, S. I-3395 Rn. 32) und der Sozialordnung (EuGH, Urteil vom 21. Oktober 1999, Rs. C-67/98, Zenatti, Slg. 1999, S. I-7289 Rn. 31) sowie der Schutz vor Sozialdumping (EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2007, Rs. C-341/05, Laval, Slg. 2007, S. I-11767 Rn. 103). In der Entscheidung vom 11. Dezember 2007 stellte der Gerichtshof sogar die Existenz eines europäischen Streik-Grundrechts fest (EuGH, Rs. C-438/05, Viking, Slg. 2007, S. I-10779 Rn. 44; zur Kritik vgl. Rebhahn, Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking, ZESAR 2008, S. 109 ff.; Joerges/Rödl, Informal Politics, Formalised Law and the ‹Social Deficit› of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval, ELJ 2009, S. 1 ff.; sowie die Beiträge auf dem Symposium ‹Die Auswirkung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes auf das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten› des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales am 26. Juni 2008, http://www.bmas.de/).»

In Kenntnis der Rechtsprechung des EuGH in Sachen Viking kommt das BVerfG zu dem Ergebnis[184]:

«In Anbetracht der geschilderten Rechtslage, der Entwicklungen und der politischen Grundrichtung in der Europäischen Union ist der weit bemessene Gestaltungsfreiraum, der in sozialen Fragen auch auf europäischer Ebene besteht, jedenfalls nicht überschritten.»

Dies lässt die Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde in einem schwächeren Licht erscheinen, zumal das BVerfG an anderer Stelle (Honeywell-Entscheidung) ausgeführt hat, dass der ultra-vires-Verstoß «hinreichend qualifiziert» zu sein hat.[185]

Es wird empfohlen, eine in Kraft getretene Monti-II-VO einer verfassungsrechtlichen Prüfung zu unterziehen. Hierfür spricht, dass die Lissabon-Entscheidung zu einem Zeitpunkt ergangen ist, zu dem es noch keinen Anwendungsfall des Art. 352 Abs. 1 AEUV gegeben hat, also abstrakt bleiben musste. Art. 153 Abs. 5 AEUV im hier verstandenen Sinne ist Beleg für ein Überschreiten der Kompetenz. Gleichwohl zeigen die Anforderungen aus der Honeywell-Entscheidung und die Gegenstimmen zu der hier vorgenommenen Interpretation des Art. 153 Abs. 5 AEUV, dass für eine Verfassungsbeschwerde nicht eindeutig ein Erfolg prognostiziert werden kann.

183 BVerfG v. 30.6.2009, 2 BvE 2, 5/08 u. a., BVerfGE 123, 267 ff., 429 (Rn. 398). **184** BVerfG v. 30.6.2009, 2 BvE 2, 5/08 u. a., BVerfGE 123, 267 ff., 430 (Rn. 399). **185** BVerfG v. 6.7.2010, 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 ff.

LITERATURVERZEICHNIS

B

Bell: Understanding Viking and Laval: AN IER Briefing Note, Institute of Employment Rights, Liverpool 2008.

Blanke: Die Entscheidungen des EuGH in den Fällen Viking, Laval und Rüffert – Domestizierung des Streikrechts und europaweite Nivellierung der industriellen Beziehungen, liber amicorum Ulrike Wendeling-Schröder, 131 ff.

Bruun/Bücker: Critical assessment of the proposed Monti II regulation – more courage and strength needed to remedy the social imbalance, ETUI Policy Brief 4/2012, 4 ff.

Bryde: Das Grundrecht der Tarifautonomie als Schranke europäischer Wirtschaftsregulierung, Gutachten.

Calliess/Ruffert: EUV/AEUV, 4. Aufl., 2011 (zitiert mit Bearbeiter).

C

Czycholl/Frieling: Auswirkungen der Europäischen Sozialcharta auf das Arbeitskampfrecht, ZESAR 2011, 322 ff.

D

Däubler: Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., 2011 (zitiert als Arbeitskampfrecht mit Bearbeiter).

v. Danwitz: Grundfreiheiten und Kollektivautonomie, EuZA 2010, 6 ff.

E

Erfurter Kommentar: 12. Aufl. 2012 (zitiert mit Bearbeiter).

Ewing/Hendy: The Dramatic Implications of Demir and Baykara, ILJ 2010, 2 ff.

F

Franzen: Arbeitskampf und Europa, EuZA 2010, 453 ff.

Frenz: Soziale Grundlagen in EUV und AEUV, NZS 2011, 81 ff.

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

G

Giesen: Vorübergehend unklar, FA 2012, 66 ff.

Grabenwarter: Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., 2009.

Grabitz/Hilf/Nettesheim: Das Recht der Europäischen Union, 2009 (zitiert mit Bearbeiter).

H

Haratsch/Koenig/Pechstein: Europarecht, 7. Aufl. 2010.

Hesse: Grundzüge des Verfassungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl., 1990.

Heuschmid: Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht durch Umsetzung der Entsende-Richtlinie in Luxemburg, jurisPR-ArbR 51/2008, Anm. 5.

Heuschmid/Schierle: Symposium zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Kurzreferat, EuZA 2009, 279

HK-Arbeitsrecht (Däubler u. a.): 2. Aufl. 2010 (zitiert mit Bearbeiter).

J

Jansen: Arbeitskampf in Europa und grenzüberschreitende Auswirkungen – Bewertung aus der Sicht des europäischen Rechts, NZA Beilage 2/2006, 59 ff.

K

Kempen: Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit vor dem Europäischen Gerichtshof, GS Ulrich Zachert, 15 ff.

Kocher: Bundesverfassungsgericht und Verrechtlichung auf europäischer Ebene: Das kollektive Arbeitsrecht, APuZ, 2011, Nr. 35.

Krebber: Soziale Rechte in der Gemeinschaftsrechtsordnung, RdA 2009, 224 ff.

L

Lörcher: Das Menschenrecht auf Kollektivverhandlung und Streik – auch für Beamte, AuR 2009, 229 ff.

M

Merten/Papier: Handbuch der Grundrechte, Band I, 2004 (zitiert mit Bearbeiter).

Meyer: Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., 2011.

R

Rebhahn: Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking, ZESAR 2008, 109 ff.

Reich: Gemeinschaftliche Verkehrsfreiheiten versus Nationales Arbeitskampfrecht, EuZW 2007, 391 ff.

Reich: Laval «Vierter Akt», EuZW 2010, 454 ff.

S

Schlachter/Ohler: Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008 (zitiert mit Bearbeiter).

Scholz/Becker: Die Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH auf das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten, 2009 (zitiert mit Bearbeiter, in:).

Schubert: Kollektives Arbeitsrecht und Grundrechte-Charta – Aktuelle Problemfelder, liber amicorum Hartwig Donner, 83 ff.

Schubert: Europarechtswidrigkeit von § 622 Abs. 2 S. 2 BGB – Anmerkung zum EuGH-Urteil vom 19.1.2010, Az: C-555/07, EuZW 2010, 180 ff.

Schubert/Schwithal: Das Nein der Iren zum Vertrag von Lissabon – Konsequenzen, Lösungswege, Chancen, NJ 2008, 337 ff.

Schubert/Jerchel: Das europäische Arbeitsrecht (2009/2010), EuZW 2010, 687 ff.

Schuster/Grüneberg: Neu geregeltes AÜG, AiB 2012, 81 ff.

Schwarze: EU-Kommentar 3. Aufl., 2012 (zitiert mit Bearbeiter).
Seifert: Die vergaberechtliche Tariftreuepflicht vor dem Europäischen Gerichtshof, EuZA 2008, 526 ff.
Skouris: Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht, DÖV 2006, 85 ff.
Streinz: EUV, EGV-Kommentar, 2003 (zitiert mit Bearbeiter).

T
Terhechte: Der Vertrag von Lissabon: Grundlegende Verfassungsurkunde der europäischen Rechtsgemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag?, EuR 2008, 143 ff.
Thüsing/Traut: Zur begrenzten Reichweite der Koalitionsfreiheit im Unionsrecht, RdA 2012, 65 ff.
Thüsing/Stiebert: Equal Pay in der Arbeitnehmerüberlassung zwischen Unionsrecht und nationalem Recht, DB 2012, 623 ff.

V
Vedder/Heintschel von Heinegg: Europäisches Unionsrecht, 2012 (zitiert mit Bearbeiter).

W
Wendeling-Schröder: Das soziale Ideal des Europäischen Gerichtshofs, GS Zachert, S. 147 ff.
Wendeling-Schröder: Streikrecht und gemeinschaftsrechtliche Grundfreiheiten, AiB 2008, 179 ff.
Wißmann: Zwischenruf: Viking und Laval: EG-Grundfreiheiten über alles?, AuR 2009, 149 ff.

Z
Zimmer: Soziale Grundrechte in der EU, AuR 2012, 114 ff.
Zwanziger: Arbeitskampf- und Tarifrecht nach den EuGH-Entscheidungen «Laval» und «Viking», DB 2008, 294 ff.