

Schubert, Jens M.

Book

Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Monti-II-Verordnung - eine kritische Analyse unter Einbeziehung der Überlegungen zu der Enforcement-Richtlinie

HSI-Schriftenreihe, No. 6

Provided in Cooperation with:

Hugo Sinzheimer Institute for Labour and Social Security Law (HSI), Hans Böckler Foundation

Suggested Citation: Schubert, Jens M. (2012) : Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Monti-II-Verordnung - eine kritische Analyse unter Einbeziehung der Überlegungen zu der Enforcement-Richtlinie, HSI-Schriftenreihe, No. 6, ISBN 978-3-86194-115-6, Saarbrücker Verlag für Rechtswissenschaften, Saarbrücken

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/303082>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

Gutachterliche Stellungnahme

zu den Aktivitäten der EU-Kommission bezüglich der Urteile des Europäischen Gerichtshofes zum Verhältnis sozialer Grundrechte und Binnenmarktfreiheiten

erstattet von

Prof. Dr. Jens M. Schubert

apl. Professor für Arbeitsrecht und Europäisches Recht an der

Leuphana Universität Lüneburg

unter Mitarbeit von

Ass. jur. Kerstin Jerchel

September 2012

VORWORT

Am 21. März 2012 hatte die EU-Kommission einen Entwurf für die sog. Monti-II-Verordnung vorgelegt. Hierdurch sollte das Recht auf Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit auf sekundärrechtlicher Ebene geregelt werden. Begleitet wurde dieser Entwurf durch einen Vorschlag zur Ergänzung der Entsende-Richtlinie (sog. Enforcement-RL). Beide Rechtssetzungsvorschläge sind Ausfluss der problematischen EuGH-Entscheidungen Viking und Laval, die europaweit für erhebliches Aufsehen gesorgt haben.

Der vorliegende Text, der auf einem für die Rosa-Luxemburg-Stiftung erstellten Gutachten basiert, setzt sich im Schwerpunkt kritisch der Monti-II-Verordnung auseinander. Auf der Basis einer gründlichen Analyse kommt der Verfasser zu dem Ergebnis, dass der Vorschlag der EU-Kommission an gravierenden Mängeln leidet. So fehlt es etwa an einer Rechtsgrundlage zur Regelung des Streikrechts auf EU-Ebene. Ferner verstößt der Entwurf gegen die EU-Grundrechtecharta, insbesondere gegen Art. 28, in dem das Streikrecht verbürgt ist.

Deshalb verwundert es auch nicht, dass die EU-Kommission am 12. September 2012 angekündigt hat, den Entwurf zurückzuziehen. Dies tut der Aktualität des Gutachtens jedoch keinen Abbruch. Gerade die Fragen nach der sekundärrechtlichen Regelung des Streikrechts oder der Notwendigkeit einer Sozialen Fortschrittsklausel zur Klarstellung des Verhältnisses von Grundfreiheiten und sozialen Grundrechten werden auch in künftigen rechtspolitische Debatten eine Rolle spielen.



Dr. Thomas Klebe, HSI



Prof. Dr. Marlene Schmidt, HSI

Inhaltsverzeichnis

VORWORT	3
1. Einführung / Kernfrage des Gutachtens	7
2. Vorstellung der Vorschläge der EU-Kommission	9
3. Folgefragen	10
4. Politische Entwicklungslinien	11
a) Der Monti-Bericht zur Zukunft des Binnenmarktes.....	11
b) Single Market Act (30.4.2011)	12
c) Vorentwürfe	13
5. Europarechtliche Vorgaben	14
a) Die EuGH-Rechtsprechungsentwicklung zum Verhältnis von Grundrechten zu Grundfreiheiten bis zum Vertrag von Lissabon	14
b) Grundprinzipien, Grundrechte und Grundfreiheiten im Vertrag von Lissabon.....	18
aa) Grundprinzipien	18
bb) Art. 153 Abs. 5 AEUV	21
cc) EU-Grundrechte-Charta.....	22
dd) Binnenmarktfreiheiten.....	25
ee) Abwägungsregeln	25
c) Rechtsprechungslinien aus jüngerer Zeit.....	27
d) Überlegungen zu einer Sozialen Fortschrittsklausel	29
6. Der Vorschlag zu einer Monti-II-Verordnung	31
a) Grundsätzliche Linien.....	31
aa) Geeignetheit des Vorschlages.....	31
bb) Bruch mit der Dogmatik zu Grundfreiheiten	32
cc) Grenzüberschreitende Fälle	32
b) Instrument Verordnung.....	33
c) Die einzelnen Artikel	34
d) Gesamtbetrachtung	41
7. Der Vorschlag für eine Enforcement-Richtlinie	42
a) Fehlerhafte Ausrichtung	42
b) Umgehungsmöglichkeiten	43
aa) Scheinentsendungen	44

bb) Briefkastenfirmen.....	45
cc) Fehlende Sanktionen.....	46
dd) Rückschritt bei Prüfmechanismen.....	46
ee) Kein ausreichender Zugang zu Informationen	47
c) Gesamtbetrachtung	47
8. Zusammenfassung der Ergebnisse – Folgerungen / Empfehlungen	48
a) Zum Vorschlag einer Monti-II-VO	48
b) Zum Vorschlag einer Enforcement-RL	48
c) Folgerungen/Empfehlungen.....	48
Literaturverzeichnis:.....	52
Anhang: Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission	57

1. Einführung / Kernfrage des Gutachtens

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).¹ 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).² Diese Richtlinie soll nicht den Kern der Entsende-Richtlinie 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 Arbeitnehmern³ und Gewerkschaften, weshalb er im Zentrum dieser gutachterlichen Überlegungen steht. Als Ermächtigungsgrundlage für die Verordnung ist Art. 352 AEUV⁴ vorgesehen, so dass aus deutscher Sicht das Integrationsverantwortungsgesetz zu beachten sein wird (hier § 8).⁵ Nicht eingegangen wird auf die Möglichkeit der Subsidiaritätsrüge bzw. der Subsidiaritätsklage.⁶

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 Lissabon⁷ könnte eine Zäsur eingetreten sein. Der Vertrag enthält im Primärrecht Vokabeln wie „soziale Marktwirtschaft“ und „sozialer Fortschritt“ (Art. 3 Abs. 3 EUV⁸) 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).⁹

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

¹ KOM(2012), 130 endg.

² KOM(2012), 131 endg.

³ Ausschließlich zur besseren Lesbarkeit des Textes wird die männliche Form von Arbeitnehmer verwandt.

⁴ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ Vertrag über die Europäische Union.

⁹ EuGH v. 22.11.2012, Rs. C-214/10 (KHS) Rn. 37, NZA 2011, 1333 ff; EuGH v. 3.5.2012, Rs. C-337/10 (Neidel), Rn. 40, AuR 2012, 260 ff.

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

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, 2009; a.A. v. Danwitz, EuZA 2010, 6 ff.

¹³ Vgl. auch Reich, EuZW 2007, 391 ff.

2. Vorstellung der 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 EuGH¹⁵ 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 GrCh 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, wo das Recht der Arbeitnehmer auf Arbeitskampfmaßnahmen innerhalb des Binnenmarkts angesiedelt ist und welchen Status es im Verhältnis zu den wirtschaftlichen Freiheiten genießt. Schließlich fordert er 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 aus²⁰:

1) Bezogen auf die Fälle Laval und Rüffert setzt er an der Entsenderichtlinie an. Allerdings soll diese nicht revidiert, sondern lediglich in Auslegung und Umsetzung verbessert werden. Um dies zu erreichen, fordert er konkret einen erleichterten Zugang zu Informationen, eine Stärkung der Zusammenarbeit der Verwaltungen der Mitgliedstaaten und eine schlagkräftigere Sanktionierung von Rechtsverletzungen.

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.

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. Hierfür sei eine Vertragsänderung erforderlich, die jedoch nach dem langwierigen Verfahren um den Vertrag von Lissabon kaum vorstellbar ist. Er hält sie dennoch für eine von zwei Möglichkeiten, ein Gleichgewicht zwischen wirtschaftlichen Freiheiten und Streikrecht herzustellen!²¹ Eine Alternative wäre, das Streikrecht auf Unionsebene zu regeln. Aber dies sei wegen der fehlenden Ermächtigungsgrundlage (Art. 153 Abs. 5 AEUV) gegenwärtig nicht möglich.

Montis 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."

An dieser Stelle weist der Bericht 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 wurde²³, legte die Kommission im April 2011 die 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“ dage-

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.

gen stärker binnenmarktlastig. Dort heißt es: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 Grundfreiheiten und sozialen Grundrechten auszutarieren. Nach Art. 2 des Vorentwurfs vom 22.11.2011²⁷ 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 aber 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.

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.

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 betrachten.

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 Menschenwürde³⁰) deutlich, dass sich Grundrechte auch gegenüber Grundfreiheiten durchsetzen können. In der Entscheidung Albany³¹ 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 lautet³²:

“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:

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: Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. § 11 Rn. 67 ff.; ergänzend Kokott, in: Scholz/Becker, Die Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH auf das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten, 2009.

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.

„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 Arbeitsk Kampfmaßnahmen 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 Binnenmarktfreiheit durch den Streik weniger attraktiv wird³⁸, 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

³³ EuGH v. 11.12.2007, Rs. C-438/05, Rn. 43 f. (Viking): Arbeitsk Kampfmittel Streik; EuGH v. 18.12.2007, Rs. C-341/05, Rn. 90 f. (Laval): Arbeitsk Kampfmittel Boykott. Vgl. auch Thüsing, RdA 2012, 65 ff.

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. Beispiel der Behandlung bürgerlicher Grundrechte aus jüngerer Zeit: EuGH v. 9.10.2010, Rs.C-92/09, Slg. 2010, I-11063 (Schecke), es ging um Datenschutz (Art. 8 GrCh).

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

und des Grundrechts auf Tatbestandsebene erteilt der EuGH eine Absage.⁴⁰

Nur scheinbar hat der EuGH dabei das Prüfungssystem aus der Schmidberger-Rechtsprechung fortgesetzt, 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 Grundfreiheiten⁴¹).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 worden ist (z.B. Verbraucherschutz, Lauterbarkeit des Handelsverkehrs, wirksame steuerliche Kontrolle) und betrachtet die geringeren Hürden bei der Annahme dieser im Vergleich zu den geschriebenen Rechtfertigungsgründen bei den Grundfreiheiten, so ist festzustellen, dass diese Interessen nicht das Niveau eines (sozialen) Grundrechts erreichen. 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. Das wiederum entspricht nicht der Struktur eines sozialen Grundrechts wie das der Kollektivverhandlungen nebst Streik (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, vielmehr sind auch kollektive Grundrechte der Gewerkschaften berührt (Artikel 12 und 28 der GrCh).⁴⁷

In den Entscheidungen Laval (Boykott) und Ruffert (Tariftreueregelungen) werden ursprünglich als Mindestrechte angelegte Arbeitnehmerrechte aus der Entsenderichtlinie⁴⁸ nunmehr als Höchstgrenze gewertet, um den Einfluss solcher

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).

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 v. 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

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), sofern sie allen sonstigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, genügen. Qualifiziert wurden diese Zielsetzungen als „besondere zusätzliche Bedingungen“.⁵¹ Etwas mehr als zehn Jahre später wurde die *Beentjes-Rechtsprechung* bestätigt⁵² und auf Umweltschutzaspekte erweitert.⁵³ Dies alles mündete in Art. 26 RL 2004/18/EG (Vergaberichtlinie).⁵⁴

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 der Ruffert-Entscheidung zustimmend 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. Zugunsten einer Tarifreuegung vgl. BVerfG v. 11.7.2006, 1 BvL 4/00, *NJW* 2007, 51 ff.

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.

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 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) finden. 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.

Die Wirkkraft der neuen sozialen Normen ist im Übrigen umstritten. Könnten 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 ergänzend in Auslegungsfragen 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

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.

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.

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 Gemeinschaftsrecht⁶⁶, 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 Ar-

⁶¹ Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 3 EUV, Rn. 28, 32.

⁶² *Bryde*, SR 2012, 2, 13f.

⁶³ *Bryde*, SR 2012, 2, 13f; Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim spricht in Art. 9 Rn. 11 vom europäischen Sozialmodell.

⁶⁴ *Bryde*, SR 2012, 2, 14; so auch Frenz, NZS 2011, 81 ff., 86.

⁶⁵ *Bryde*, SR 2012, 2, 14.

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 Heuschmid/Schierle, EuZA 2009, 280. Der Wortlaut der neuen Verträge ist aber nun eindeutig anders.

beitsbedingungen“ 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, sodass eine strenge Wortlautauslegung hier in die falsche Richtung führen kann.⁷²

Die Zielsetzung „sozialer Fortschritt“ wird durch das übrige Unionsrecht konkretisiert (Art. 151 AEUV⁷³) 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 Ausgrenzung 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 die Vorschläge den Eindruck, dass auch weiterhin den Grundfreiheiten Vorrang vor den Grundrechten eingeräumt wird, so steht dem daher – nach diesseits vertretener Auffassung

⁶⁹ Bryde, SR 2012, 2, 14. 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.

– 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 geöffnet⁷⁹ 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 Inhalte⁸⁰ 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 gerade keinen überwiegenden Fokus auf Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit haben. Es wird daher in der Prüfung des Verordnungsvorschlages darauf zurück zu kommen sein, ob überhaupt eine Ermächtigungsgrundlage besteht.

⁷⁶ Die Kommission macht es sich in jedem Fall zu leicht, vgl. KOM(2012), 130 endg. S. 12; vgl. auch Rossi, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV Art. 352 AEUV, Rn. 89.

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: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV Art. 153 AEUV, Rn. 12; a.A. Rebhahn/Reiner, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl., Art. 153 AEUV Rn. 53.

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 Grundsätze (Art. 52 Abs. 5 GrCh) oder gar nur allgemeine Programmsätze 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 Art. 28 GrCh hat also wie Art. 9 Abs. 3 GG eine individualrechtlich und eine kollektivrechtliche Dimension. Beide stehen zu den soeben aufgeführten Grundsätzen aus EUV und AEUV (Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 9 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 Drittwirkung⁸⁷ und „praktischer Konkordanz“ innerhalb der Charta (auch bei mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen), hat sich allerdings noch nicht entwickelt.⁸⁸ Allerdings können hier völkerrechtliche Rechtsquellen Einfluss nehmen (hierzu sogleich).

Die Charta wirkt nur nach den Vorgaben der 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

⁸¹ Borowsky, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., Vor Titel IV Rn. 9; ErfK/Wißmann, 12. Aufl. 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. Grundsätze und Grundrechte unterscheiden sich in ihrem Wirkgrad (vgl. Art. 51 Abs.1 S. 2 GrCh: „achten“ und „einzuhalten“), allerdings fällt eine Einordnung schwer, liegen doch häufig Mischformen vor; Borowsky, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. Art. 52 Rn. 45 f. Bei eindeutigem Wortlaut wie in den Art. 22, 30 oder 31 GrCh kann an dem Grundrechtscharakter nicht gezweifelt werden.

⁸³ Vgl. Holoubek, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl., Art. 28 CrCh Rn. 17; Bryde, SR 2012, 2, 9.

⁸⁴ Holoubek, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl., 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. In jedem Fall wirkt er bei der unionskonformen Auslegung des Sekundärrechts und kann so mittelbar in horizontalen Fragestellungen wirken, Holoubek, in: Schwarze, EU-Kommentar 3. Aufl., Art. 28 GrCh Rn. 27; ErfK/Wißmann, 12. Aufl. Vorbem. zum AEUV Rn. 5. Dagegen 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. Aufl. 2012 Vorbem. zum AEUV Rn. 13 ff.

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 Für den Vorschlag entscheidend ist Art. 51 Abs. 1 HS 1 GrCh; 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 Gebot der Rücksichtnahme auf die mitgliedschaftlichen Sozialmodelle.⁹² Das Subsidiaritätsprinzip steht in engem Zusammenhang mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 2 EUV). 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-Kompetenz⁹³). 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 GrCh (“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 (allgemeine Schranken).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 Schrankenbestimmungen⁹⁶) 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

⁸⁹ Thüsing/Traut, RdA 2012, 65 ff., 66.

⁹⁰ Vgl. z.B. die Rechtssache Küçükdeveci, 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. Mittlerweile hat Kommissionspräsident Barroso dem Präsidenten des EP mitgeteilt, dass die Kommission den Vorschlag zur Monti-II-VO zurückziehen werde (KOM, MEMO/12/661, 12.9.2012). Gleichwohl ist mit einem ähnlichen Vorstoß zukünftig zu rechnen, sodass die hier angestellten Überlegungen nicht obsolet sind.

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: Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., § 11 Rn. 24; a.A. Kingreen in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 52 GrCh Rn. 38.

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 (EMRK ist nicht nur Rechtskenntnisquelle).

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 sind hiernach neben den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten eine Rechtserkenntnisquelle zur Ableitung der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts.

Mag auch 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 jedenfalls Maßstab für das Handeln der Union. Konkret: Bei der Abwägung von Grundrechten oder Grundfreiheiten ohne Entsprechung in der EMRK und Grundrechten mit Entsprechung in der EMRK neigt sich die Waagschale zu letzteren.¹⁰⁰

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.¹⁰¹ Kollektivverhandlungen sind von Art. 11 EMRK geschützt, Streik ist integraler Bestandteil des Art. 11 EMRK.¹⁰² Dabei zieht der EGMR klare Verbindungslinien zum Übereinkommen Nr. 87 der ILO.¹⁰³ Das Übereinkommen wirkt also über verschiedene Brücken ebenfalls in die EU-Grundrechtecharta ein.¹⁰⁴ Art. 11 EMRK erfasst in seinem Schutzbereich auch die kollektive Vereinigungsfreiheit und gewährleistet den Schutz von Gewerkschaften und ihrer Betätigung.¹⁰⁵

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

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.; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEU, Art. 53 GrCh Rn. 3; Zimmer, AuR 2012, 114ff. Vgl. politisch die Stellungnahme des EWSA v. 21.9.2011, SOC/401 (Bischoff/Pirvulescu-Bericht), Strategie zur Umsetzung der Grundrechtecharta, Pkt. 3.9.

¹⁰⁰ Borowsky, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. Art. 53 Rn. 20.

¹⁰¹ 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); EGMR 21.4.2009, Nr. 68959/01, AuR 2009, 274 ff. (Enerji Yapi-Yol Sen).

¹⁰² Vgl. Lörcher, AuR 2009, 229 ff.; Fütterer, EuZA 2011, 505 ff., 512; Franzen, EuZA 2010, 453 ff., 455.

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. § 23 Rn. 77 m.w.N.

sich aus dieser Formel Einschränkungen für das Grundrecht ergeben.¹⁰⁶

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.¹⁰⁷ In der Viking-Entscheidung hat der EuGH dagegen aus einer grundrechtsgewährenden eine grundrechtseinschränkende Regelung gemacht¹⁰⁸ und hat damit – wie auch in der Entscheidung zur Entgeltumwandlung¹⁰⁹ – ein Grundrecht ins Gegenteil verkehrt.

Art. 28 GrCh hat ausweislich der Erläuterungen zur Grundrechtecharta zudem seine Wurzeln in Teil II Art. 6 Abs. 4 der Europäischen Sozialcharta.¹¹⁰ 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 damit sogar von deutschen Vorgaben wie das Gewerkschaftsmonopol und die tarifliche Orientierung beim Streik.¹¹¹

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 hineinfließenden völkerrechtlichen Grundrechten stehen die Binnenmarktfreiheiten gegenüber. Diese haben nach der Rechtsprechung des EuGH ebenfalls Grundrechtsniveau.¹¹² Zudem wird ihnen Drittwirkung zwischen Privaten (etwa gegenüber Gewerkschaften) zugebilligt.¹¹³

ee) Abwägungsregeln

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ Bryde, SR 2012, 2, 10.

¹⁰⁸ Zwanziger, DB 2008, 294 ff., 296.

¹⁰⁹ EuGH v. 15.7.2010, C-271/08, NZA 2011, 564 ff.

¹¹⁰ Riedel, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. Art. 28 Rn. 2. Vgl. zur ESC Evju, AuR 2012, 276 ff.

¹¹¹ Czycholl/Frieling, ZESAR 2011, 322 ff., 325; Lörcher, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., § 10 Rn. 20 ff.; Evju, AuR 2012, 276 ff., 281, 283.

¹¹² 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.

¹¹³ St. Rspr. des EuGH mittlerweile zu allen Grundfreiheiten.

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.¹¹⁴ 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.¹¹⁵ 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 denn diese bewirkt eine Grenzziehung dahingehend, wie weit eine der Grundrechtspositionen im Rahmen der Abwägung zurückgedrängt werden darf (mildestes Mittel).¹¹⁶

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 zählen¹¹⁷ (wohl aber die vom EuGH präferierte Verhältnismäßigkeitsprüfung als Institut an sich¹¹⁸). Gleichwohl zeigt auch die Rechtsprechung des EuGH unausgesprochen (schwache) Elemente einer praktischen Konkordanz (und nicht nur eine Verhältnismäßigkeitsprüfung). In der Entscheidung Rosenblatt¹¹⁹ 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

¹¹⁴ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl., Rn. 72.

¹¹⁵ ErfK/Wißmann, 12. Aufl. 2012, Vorbem. AEUV Rn. 15; aA v. Danwitz, EuZA 2010, 6 ff., 8 (vgl. auch dessen interessanten Textvorschlag).

¹¹⁶ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl., Rn. 72.

¹¹⁷ Ein Rechtsvergleich ist hier 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.

¹¹⁸ Kokott, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. I, § 22 Rn. 99 mwN.

¹¹⁹ EuGH v. 12.10.2010, C-45/09, NZA 2010, 1167 ff. (Rosenblatt), Rn. 67 ff; gleiches gilt für die Entscheidung Schmidberger, EuGH C-112/00, NJW 2003, 3185ff (Schmidberger), Rn. 86 ff; vgl dazu: Heuschmid, Mitentscheidung durch Arbeitnehmer – ein europäisches Grundrecht? S.198 f.

aber einen Mindestschutz vor Diskriminierung.¹²⁰ Auch in der (deutschen) Literatur liegen Stimmen vor, die praktische Konkordanz im unionsrechtlichen Kontext wünschenswert finden.¹²¹

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.¹²² Die Folge ist, dass der EuGH eine Bewertung auch zu den Streikzielen und Tarifzielen abgeben muss, Bereiche, die eigentlich gerade dem Grundrechtsschutz unterliegen¹²³ 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. Insbesondere verwendet der EuGH ein Verhältnismäßigkeitsprinzip besonderer Prägung, das aus der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten bezogen auf von Mitgliedstaaten vorgebrachte Rechtfertigungsgründe entwickelt wurde.¹²⁴ Vor dem Hintergrund der dargestellten Bedeutung der EMRK müsste er allerdings seine Abwägungsmethode überdenken.

c) **Rechtsprechungslinien aus jüngerer Zeit**

Gelegentlich wird behauptet, Viking und Laval seien nur wegen der besonderen Fallgestaltung zustande gekommen.¹²⁵ 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 Entgeltumwandlung¹²⁶ 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.

¹²⁰ ErfK/Wißmann, 12. Aufl. 2012, Vorbem. AEUV Rn. 15.

¹²¹ ErfK/Wißmann, 12. Aufl. 2012, Vorbem. AEUV Rn. 15.

¹²² EuGH v. 11.12.2007, C-438/05, Slg. 2007, I-10779 (Viking), Rn. 90.

¹²³ Vgl. auch Heuschmid, in: Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., § 11 Rn. 76.

¹²⁴ Vgl. nur Khan/Eisenhut, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 36 AEUV Rn. 18.

¹²⁵ v. Danwitz, EuZA 2010, 6 ff., 12.

¹²⁶ EuGH v. 15.7.2010, Rs. C-271/08, NZA 2011, 564 ff.

9 Abs. 3 des deutschen Grundgesetzes dem 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 Prigge¹²⁷ 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.¹²⁸ Zur zitierten Prigge-Entscheidung führt GA Villalón¹²⁹ 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 deutlicher¹³⁰:

„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 Verhältnismäßig-

¹²⁷ EuGH v. 13.9.2011, Rs. C-447/09, EuZW 2011, 751 ff.

¹²⁸ Schlussanträge des GA, EuGH Rs. C-341/05, Rn. 76 f. u. 86.

¹²⁹ Schlussanträge des GA, EuGH Rs. C-447/09.

¹³⁰ Schlussanträge des GA, EuGH Rs. C-515/08.

keitsprüfung 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 Rosenblatt) 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.¹³¹

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.¹³² Diese soll als zwingende Vorschrift ausgestaltet sein und der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit dienen. Entscheidend ist zunächst, 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 berechnigte 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, sondern vielmehr, durch den Gerichtshof ausschließlich so verstanden werden.¹³³ Weiter überließe eine Soziale Fortschrittsklausel Kollisionsfälle zwischen den Marktfreiheiten

¹³¹ Dieses System dürfte sich nach dem Beitritt der Union in die EMRK verändern (Art. 6 Abs. 2 EUV). Überdies könnte im Rahmen eines neuen Verfahrens gefragt werden, ob Prüfungsmethode und -dogmatik des EuGH selbst an höherrangigem Recht zu messen sind, weil diese per se zu falschen oder jedenfalls ungenauen Ergebnissen führen müssen.

¹³² 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.“

¹³³ Man besehe die Rechtsprechungsentwicklung bei allen Grundfreiheiten von einem Diskriminierungsschutzkonzept hin zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot mit den unterschiedlichen Rechtfertigungsanforderungen.

und sozialen Grundrechten nicht länger allein der Rechtsprechung des EuGH; stattdessen würden diese Fälle dort behandelt werden, 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 Fortschrittsklausel nicht verwirklicht.

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 gleichzeitig deutlich gemacht, dass letztlich der EuGH seine Verhältnismäßigkeitsprüfung an die Stelle der nationalen Gerichte setzen kann.¹³⁴ Auch die Gewichtung der Grundfreiheiten zu sozialen Grundrechten ist nicht ausbalanciert und wird der Monti-Klausel nicht gerecht. Diesbezüglich ist exakt auf das Zusammenspiel von den einzelnen Artikeln, Erwägungsgründen 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)¹³⁵, allerdings ohne der Kommission die Kompetenz zu einem eigenen Vorschlagsrecht zu geben.

Anders als der Vorentwurf sieht der jetzige Vorschlag keine Pflicht der 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 er aber immer noch keine Korrektur an der Rechtsprechung vornehmen. Wörtlich¹³⁶:

„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

¹³⁴ 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.

¹³⁵ 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.

¹³⁶ KOM(2012), 130 endg., S. 11.

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) festzulegen¹³⁷, zweifeln. Unter Zugrundelegung des unionalen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (Art. 5 Abs. 1 u. 4 EUV) 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.¹³⁸ Diese sog. Keck-Formel ist vom EuGH in weiten Teilen auf alle Grundfreiheiten übertragen worden, auch auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit.¹³⁹

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.¹⁴⁰ 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 umschiff hat. So wird der

¹³⁷ KOM(2012), 130 endg., S. 11 unten.

¹³⁸ EuGH v. 24.11.2003, C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097.

¹³⁹ Vgl. Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 7. Aufl. 2010, Rn. 926, 938 (Niederlassungsfreiheit) sowie Rn. 970 ff. (jedenfalls für die aktive Dienstleistungsfreiheit).

¹⁴⁰ Holoubek, in: Schwarze, EU-Kommentar 3. Aufl., Art. 28 GrCh Rn. 25.

innergemeinschaftliche Handel allein dadurch von einer Beihilfe beeinflusst, dass diese die Stellung des Unternehmens gegenüber Konkurrenten stärkt.¹⁴¹ 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 betreuen zu können. Die Globalisierung tut ihr Übriges.

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.“¹⁴²

Verordnungen gehören zum sekundären Unionsrecht, welches sich einerseits am unionalen Primärrecht messen lassen muss (dieses ist höherrangig)¹⁴³, aber andererseits nach der Rechtsprechung des EuGH Vorrang vor dem nationalen Recht, auch dem nationalen Verfassungsrecht, genießt.¹⁴⁴ 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), könnte 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 berührt.¹⁴⁵

¹⁴¹ 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).

¹⁴² KOM(2012), 130 endg., S. 12.

¹⁴³ Biervert, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl., Art. 288 AEUV Rn. 11.

¹⁴⁴ 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.

¹⁴⁵ 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

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.¹⁴⁶

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).¹⁴⁷

Damit scheidet der Verordnungsvorschlag bereits am Fehlen einer Ermächtigungsgrundlage.¹⁴⁸ 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.

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.

¹⁴⁶ Ähnlich Bruun/Bücker, ETUI Policy Brief, 4/2012, S. 2.

¹⁴⁷ Bryde, SR 2012, 2, 11; 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.

¹⁴⁸ So auch BR-Drucksache 158/12 Nr. 1.

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 nach seinem Wortlaut ein Fortschritt im Vergleich zu den EuGH-Urteilen. Zudem wird eine direkte Verbindungslinie zur Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK gezogen (über Erwägungsgrund 2 u. 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 dafür, dass die Kommission eine wirkliche Gleichrangigkeit nicht will.

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 Erläuterungen¹⁴⁹, 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

¹⁴⁹ „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.

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“.¹⁵⁰ Diese formelhafte Anwendung erhält aber eine völlig andere Konnotation als das deutsche Verständnis und damit über die „Gepflogenheits-Formel“ das Verständnis von Art. 28 GrCh, wenn auch die Ziele einer Arbeitskampfmaßnahme in die Verhältnismäßigkeitsprüfung mit einbezogen werden (nochmals Erwägungsgrund 7).¹⁵¹ 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,- € fordert und der international tätige Unternehmer 850,- € 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.¹⁵² 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.¹⁵³

Bedeutsam ist aber nicht nur, dass die Verordnung das selbstgesteckte Ziel (Gleichrangigkeit) an anderen Stellen relativiert und damit ungeeignet zur Lösung von Kollisionen (und somit unverhältnismäßig) ist. Vielmehr entscheidend ist der Verstoß gegen die Vorgaben der in die EU-Grundrechte-Charta (Art. 28 GrCh) hineinwirkenden völkerrechtlichen Rechtsquellen. Diese Rechtsquellen,

¹⁵⁰ Vgl. KOM(2012), 130 endg., S. 15.

¹⁵¹ Kocher, APuZ 2011, Nr. 35.

¹⁵² In ähnlicher Richtung Bruun/Bücker, ETUI Policy Brief, 4/2012, S. 4.

¹⁵³ Bruun/Bücker, ETUI Policy Brief, 4/2012, S. 3.

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 Überwachungsgerichte bzw. Sachverständigenausschüsse¹⁵⁴ Einschränkungen der Koalitionsfreiheit (inkl. Streikrecht) zum Schutze grenzüberschreitender Wirtschaftstätigkeit kennen.¹⁵⁵ Einschränkungen solcher Art sind in Demokratien überhaupt nicht geboten.¹⁵⁶

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, sodass die Marktfreiheiten von vornherein nur unter dem Vorbehalt koalitionsfähiger Berechtigungen und Betätigungen von Arbeitnehmern gewährleistet sind.¹⁵⁷ Dass gewerkschaftliches Handeln Marktfreiheiten einschränken darf und soll, stellt auch eine Verfassungstradition der Mitgliedstaaten dar.¹⁵⁸

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.¹⁵⁹ Mit dem Vorschlag wird abschließend eine Vorgabe der Grundrechte-Charta übersehen. Nach Art. 51 Abs. 1 S. 2 GrCh haben die Organe der EU die Grundrechte, also auch Art. 28 GrCh, zu fördern (Förderungspflicht) und nicht nur zu beachten. Wenn auch unklar ist, was mit „fördern“ gemeint ist, eine Verengung des Schutzbereiches des Art. 28 GrCh sicher nicht.

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 unzu-

¹⁵⁴ Grds. Lörcher, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. § 17 Rn. 67.

¹⁵⁵ *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.

¹⁵⁶ *Fütterer*, EuZA 2011, 505 ff., 517; Zwanziger, DB 2008, 294 ff., 296; Kempen in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, Nomos 2010, S. 35.

¹⁵⁷ 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.

¹⁵⁸ Zu EuGH v. 11.12.2007, C-438/05, Slg. 2007, I-10779, Rn. 43 ff. (Viking).

¹⁵⁹ Stellungnahme des EWSA v. 21.9.2011, SOC/401 (Bischoff/Pirvulescu-Bericht), Strategie zur Umsetzung der Grundrechtecharta, Pkt. 3.4.

reichend. Schon allein die Unsicherheit, wie eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ausgehen kann bzw. in der Folge die Gefahr von Schadensersatzforderungen stört die Ausübung des kollektiven sozialen Grundrechts.¹⁶⁰

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 (Zie-

¹⁶⁰ Bruun/Bücker, ETUI Policy Brief, 4/2012, S. 3. Erinnert sei an die nationale Folgeentscheidung in Schweden in der Sache Laval, Arbeitsdomstolen, 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.

le) 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.“¹⁶¹

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.¹⁶²

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 es letztlich zu einer Zensur der Tarifziele kommen.¹⁶³ Dies ist vor dem Hintergrund des Art. 28 GrCh und der völkerrechtlichen Rechtsquellen unzulässig.¹⁶⁴

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 unverzüg-

¹⁶¹ KOM(2012) 130 endg., S. 14.

¹⁶² Vgl. hierzu Däubler, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. § 32 Rn. 44 ff.

¹⁶³ 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.

¹⁶⁴ Art. 3 Abs. 2 des Vorschlages ist nicht Gegenstand dieser Begutachtung, Art. 3 Abs. 3 wegen Art. 3 Abs. 1 nicht einschlägig.

lich 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 aus 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 rechtswidrig:

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.¹⁶⁵ Die staatliche Überwachung setzt zudem schon sehr früh, nämlich bei einer Berührung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, an. 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. Das ist dann der Fall, wenn das „System der Arbeitsbeziehungen“ mit Vorgaben der Verordnung über die Vermeidung und Korrektur makroökonomischer Ungleichgewichte (VO 1176/2011) verknüpft wird. 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 dieser 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 kann¹⁶⁶, 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

¹⁶⁵ Vgl. Holoubek, in: Schwarze, EU-Kommentar 3. Aufl., Art. 28 GrCh Rn. 16 f.; BR-Drucksache 158/12 Nr. 3.

¹⁶⁶ Vgl. zur (vorläufigen) Bewertung des Fiskalvertrages im Hinblick auf das Grundgesetz BVerfG v. 12.9.2012, 2 BvR 1390/12 u.a.

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 Solidaritätsstreiks¹⁶⁷ 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 rechtswidrig werden lassen. 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. Dies hätte die Kommission aufgreifen müssen.
- (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.

¹⁶⁷ 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 kann¹⁶⁸, die im hier vorliegenden Gutachten aber nur an höherrangigem Recht gemessen werden.

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. Wörtlich¹⁶⁹ 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 gleichrangige soziale Standards festzulegen.¹⁷⁰

¹⁶⁸ 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.

¹⁶⁹ KOM(2012) 131, S. 13.

¹⁷⁰ KOM(2012) 131, Fußnote 37.

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 (siehe oben: 5. b)).

Die Kommission erkennt, teilweise durchaus berechtigt, Defizite bei der bisherigen Anwendung der Richtlinie 96/71/EG. Hierzu heißt es in den Erläuterungen¹⁷¹:

„Angemessene Durchführung sowie wirksame Anwendung und Durchsetzung sind Schlüsselemente, 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; das gilt 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:

¹⁷¹ KOM(2012) 131, S. 14.

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 EuGH¹⁷² aufgestellten Anforderungen entsprechen.¹⁷³

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 vorübergehenden 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.¹⁷⁴ 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. 593/2008¹⁷⁵ 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.¹⁷⁶

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

¹⁷² 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).

¹⁷³ KOM(2012), 131 endg., S. 16.

¹⁷⁴ 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.

¹⁷⁵ VO (EG) Nr. 593/2008 des europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I).

¹⁷⁶ 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.

bb) Briefkastenfirmen

Eine weitere Umgehungsmöglichkeit bei der Entsendung besteht in sogenannten Briefkastenfirmen¹⁷⁷, 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.¹⁷⁸ Noch in ihrer Pressemitteilung vom 21.03.2012¹⁷⁹ 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 Hinweis¹⁸⁰, der aber mit der Verhinderung des Missbrauchs in der derzeitigen Entsendepraxis nicht in direkter Verbindung steht. Dieses Phänomen hätte als Verstoß gegen die ordnungsgemäße 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.¹⁸¹

¹⁷⁷ So schon im Monti-Bericht S. 82.

¹⁷⁸ Hierzu Streinz/Leible, in: Schlachter/Ohler, Einleitung Rn. 30 ff.

¹⁷⁹ Pressemitteilung der EU-Kommission, IP/12/267.

¹⁸⁰ 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.“

¹⁸¹ 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 sowie die entsprechende Stellungnahme der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di von August 2012.

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 helfen, die Durchsetzung der Entsenderichtlinie zu verbessern. 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 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 zufällige, stichprobenartige Kontrollen umfasst oder nicht.¹⁸² 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 abschließenden 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.¹⁸³

¹⁸² 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 sowie die entsprechende Stellungnahme der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di von August 2012.

¹⁸³ 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 sowie die entsprechende Stellungnahme der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di von August 2012.

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) ist sicher nicht für alle in der Union entsandten Arbeitnehmer ausreichend. 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:

- (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 mittelbar die Bedingungen für entsandte Beschäftigte, da er die Kontrollmöglichkeiten der Mitgliedstaaten einschränkt.

8. Zusammenfassung der Ergebnisse – Folgerungen / Empfehlungen

a) Zum Vorschlag 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 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. Dies hätte die Kommission aufgreifen müssen.
- (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 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 mittelbar 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 verweigert.

- 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.¹⁸⁴
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 (...).

¹⁸⁴ BVerfG v. 30.6.2009, 2 BvE 2, 5/08 u.a., BVerfGE 123, 267 ff., 353, 354 (Rn. 240).

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 Ermächtigungsgrundlage (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 ausgeführt¹⁸⁵:

„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 Ergebnis¹⁸⁶:

„In Anbetracht der geschilderten Rechtslage, der Entwicklungen und der

¹⁸⁵ BVerfG v. 30.6.2009, 2 BvE 2, 5/08 u.a., BVerfGE 123, 267 ff., 429 (Rn. 398).

¹⁸⁶ BVerfG v. 30.6.2009, 2 BvE 2, 5/08 u.a., BVerfGE 123, 267 ff., 430 (Rn. 399).

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.¹⁸⁷

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.

¹⁸⁷ BVerfG v. 6.7.2010, 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 ff.

Literaturverzeichnis:

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, Europäisches Grundrecht der Tarifautonomie und europäisches Sozialstaatsprinzip als Schranken europäischer Wirtschaftsregulierung, SR 2012, 2 ff.

Calliess/Ruffert

EUV/AEU, 4. Aufl., 2011 (zitiert mit Bearbeiter).

Czycholl/Frieling

Auswirkungen der Europäischen Sozialcharta auf das Arbeitskampfrecht, ZESAR 2011, 322 ff.

Däubler

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

v. Danwitz

Grundfreiheiten und Kollektivautonomie, EuZA 2010, 6 ff.

Erfurter Kommentar

12. Aufl. 2012 (zitiert mit Bearbeiter).

Evju

Das Recht auf kollektive Maßnahmen unter der Sozialcharta des Europarates, AuR 2012, 276 ff.

Ewing/Hendy

The Dramatic Implications of *Demir and Baykara*, ILJ 2010, 2 ff.

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.

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).

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

Mitentscheidung durch Arbeitnehmer – ein europäisches Grundrecht? 2009.

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).

Jansen

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

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.

Lörcher

Das Menschenrecht auf Kollektivverhandlung und Streik - auch für Beamte, AuR 2009, 229 ff.

Merten/Papier

Handbuch der Grundrechte, Band I, 2004 (zitiert mit Bearbeiter).

Meyer

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

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.

Schlachter/Ohler

Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008 (zitiert mit Bearbeiter)

Scholz/Becker

Die Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH auf das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten, 2009 (zitiert 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 19.01.2010, 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).

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.

Vedder/Heintschel von Heinegg

Europäisches Unionsrecht, 2012 (zitiert mit Bearbeiter).

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.

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.

Anhang:



EUROPÄISCHE KOMMISSION

Brüssel, den 21.3.2012
COM(2012) 130 final

2012/0064 (APP)

Vorschlag für

VERORDNUNG DES RATES

**über die Ausübung des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext
der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit**

(Text von Bedeutung für den EWR)

{SWD(2012) 63}

{SWD(2012) 64}

BEGRÜNDUNG

Allgemeiner Kontext

In seinen Urteilen in den Rechtssachen Viking-Line¹⁸⁸ und Laval¹⁸⁹ anerkannte der Gerichtshof erstmals, dass das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahmen, einschließlich des Streikrechts, als Grundrecht fester Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des EU-Rechts ist, deren Beachtung der Gerichtshof sicherstellt¹⁹⁰. Er hielt zudem ausdrücklich Folgendes fest: Da die Europäische Union nicht nur eine wirtschaftliche, sondern auch eine soziale Zielrichtung hat, müssen die sich aus den Bestimmungen des Vertrags über den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr ergebenden Rechte gegen die mit der Sozialpolitik verfolgten Ziele abgewogen werden, zu denen die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, ein angemessener sozialer Schutz und der soziale Dialog zählen¹⁹¹. Des Weiteren räumte er ein, dass das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme, die den Schutz der Arbeitnehmer zum Ziel hat, ein berechtigtes Interesse darstellt, das grundsätzlich Beschränkungen der durch den Vertrag gewährleisteten Grundfreiheiten rechtfertigen kann. Der Schutz der Arbeitnehmer zählt somit zu den bereits vom Gerichtshof anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses¹⁹².

Trotz dieser Klarstellung lösten die Gerichtsurteile eine umfassende, intensive Debatte aus über ihre Auswirkungen auf den Schutz der Rechte entsandter Arbeitnehmer und generell über die Frage, inwieweit die Gewerkschaften weiterhin die Rechte der Arbeitnehmer in grenzüberschreitenden Situationen schützen können. Insbesondere entfachten sie eine kontroverse Diskussion darüber, ob die bestehenden EU-Bestimmungen angemessen sind, um die Arbeitnehmerrechte im Kontext der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit zu schützen¹⁹³.

An der Debatte beteiligte sich ein breites Spektrum von Stakeholdern, u. a. Sozialpartner, Politiker, Rechtswissenschaftler und Vertreter anderer Rechtsberufe. Während einige Diskussionsteilnehmer die durch die EuGH-Rechtsprechung herbeigeführte Klarstellung der Binnenmarktregeln begrüßten, vertraten viele die Meinung, in den Urteilen werde ein Vorrang der wirtschaftlichen Freiheiten gegenüber der Ausübung der Grundrechte anerkannt; damit werde die Gefahr eines „Sozialdumpings“ und unlauteren Wettbewerbs heraufbeschworen, ja geradezu herausgefordert. Ein besonderer Kritikpunkt war der, dass der Gerichtshof zwar anerkannte, dass das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme, einschließlich des Streikrechts, ein Grundrecht ist, das fester Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des EU-Rechts ist, er jedoch ausdrücklich festhielt, dass jedoch „seine Ausübung bestimmten Beschränkungen unterworfen werden [kann]“¹⁹⁴. Dadurch würde vor allem die Möglichkeit der Gewerkschaften beeinträchtigt, Maßnahmen zum Schutz der Arbeitnehmerrechte durchzuführen.

Laut Professor Monti¹⁹⁵ offenbarten die Gerichtsurteile von 2007 und 2008¹⁹⁶ die Verwerfungslinien, die zwischen dem Binnenmarkt und der auf der nationalen Ebene

¹⁸⁸ Urteil vom 11.12.2007, Rechtssache C-438/05.

¹⁸⁹ Urteil vom 18.12.2007, Rechtssache C-341/05.

¹⁹⁰ Randnr. 44 (Viking-Line) und Randnr. 91 (Laval).

¹⁹¹ Randnr. 79 (Viking-Line) und Randnr. 105 (Laval).

¹⁹² Randnr. 77 (Viking-Line); siehe Randnr. 103 (Laval).

¹⁹³ Bericht über die gemeinsame Arbeit der europäischen Sozialpartner zu den EuGH-Urteilen in den Rechtssachen Viking, Laval, Rüffert/Luxemburg vom 19. März 2010.

¹⁹⁴ Ende des ersten Satzes von Randnr. 44 (Viking-Line) bzw. Randnr. 91 (Laval).

¹⁹⁵ Bericht an den Präsidenten der Europäischen Kommission „Eine neue Strategie für den Binnenmarkt“ vom 9. Mai 2010, S. 80 und 81.

verwirklichten sozialen Dimension verlaufen. Sie rissen „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“. Und Professor Monti weiter: „Durch die Neubelebung dieser Spaltung könnte sich ein Teil der öffentlichen Meinung – die Arbeiterbewegung und die Gewerkschaften, die lange Zeit wichtige Befürworter der wirtschaftlichen Integration waren – vom Binnenmarkt entfremden.“

Der Vertrag von Lissabon

Gemäß Artikel 3 Absatz 3 des Vertrags über die Europäische Union errichtet die Union einen Binnenmarkt und wirkt auf eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft hin, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt. Bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen trägt die Europäische Union den Erfordernissen im Zusammenhang mit der Förderung eines hohen Beschäftigungsniveaus, mit der Gewährleistung eines angemessenen sozialen Schutzes und mit der Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung Rechnung¹⁹⁷. Darüber hinaus ist mit dem Vertrag von Lissabon die Anerkennung der Grundrechte im Primärrecht dadurch gestärkt worden, dass die Charta der Grundrechte der Europäischen Union und der Vertrag nun rechtlich gleichrangig sind¹⁹⁸.

Die soziale Dimension ist ein zentrales Element des Binnenmarkts, der ohne eine ausgeprägte soziale Dimension und ohne Rückhalt bei den Bürgerinnen und Bürgern nicht ordnungsgemäß funktionieren kann¹⁹⁹.

Der Gerichtshof hat ebenfalls festgestellt, dass die Union nicht nur eine wirtschaftliche, sondern auch eine soziale Zielrichtung hat. Daher sind die sich aus den Bestimmungen des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) über den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr ergebenden Rechte in Einklang mit den mit der Sozialpolitik verfolgten Ziele auszuüben, zu denen, wie aus Artikel 151 Absatz 1 AEUV hervorgeht, u. a. die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, ein angemessener sozialer Schutz und der soziale Dialog zählen.

Darüber hinaus ist die Union nach Artikel 152 AEUV bestrebt, die Rolle der Sozialpartner auf EU-Ebene anzuerkennen, zu fördern und zu stärken sowie den Dialog zwischen ihnen zu fördern, wobei sie die Unterschiedlichkeit der nationalen Systeme berücksichtigt und die Autonomie der Sozialpartner achtet.

In seiner Feierlichen Erklärung zu den Rechten der Arbeitnehmer, zur Sozialpolitik und zu anderen Angelegenheiten vom 18./19. Juni 2009 bekräftigte der Europäische Rat, dass die Verträge in der durch den Vertrag von Lissabon geänderten Fassung vorsehen, dass die Europäische Union die Rolle der Sozialpartner auf Ebene der Europäischen Union anerkennt und fördert.

Das Recht auf Kollektivverhandlungen – das Recht auf Durchführung kollektiver Maßnahmen – das Streikrecht oder die Streikfreiheit

¹⁹⁶ Neben den bereits erwähnten Urteilen Viking-Line und Laval siehe auch Rechtssache Rüffert und Kommission gegen Luxemburg.

¹⁹⁷ Artikel 9 AEUV.

¹⁹⁸ Artikel 6 EUV.

¹⁹⁹ Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Die soziale Dimension des Binnenmarktes“ (Initiativstellungnahme), Berichterstatter: Thomas Janson, ABl. C 44 vom 11.2.2011, S. 90.

Auch wenn die relevanten Instrumente nicht immer ausdrücklich auf das Streikrecht oder die Streikfreiheit verweisen, so wird das Recht auf Durchführung von Kollektivmaßnahmen, das sich vom Recht auf Kollektivverhandlungen ableitet, durch verschiedene internationale Instrumente anerkannt, die von den Mitgliedstaaten unterzeichnet wurden bzw. an denen sie mitgewirkt haben²⁰⁰. Niedergelegt ist dieses Recht in von diesen Mitgliedstaaten auf EU-Ebene erarbeiteten Instrumenten²⁰¹ und in der am 7. Dezember 2000 in Nizza verkündeten Charta der Grundrechte der Europäischen Union²⁰², in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angenommenen Fassung²⁰³. In verschiedenen Mitgliedstaaten genießt es überdies den Schutz der Verfassung.

In diesem Kontext hält Artikel 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union²⁰⁴ das Recht auf Kollektivverhandlungen fest, das bei Interessenkonflikten das Recht beinhaltet, zur Verteidigung dieser Interessen kollektive Maßnahmen, einschließlich Streiks, zu ergreifen.

Laut dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte stellt das Recht auf Eintritt in Kollektivverhandlungen bzw. Abschluss von Kollektivverträgen ein inhärentes Element des Vereinigungsrechts dar, d. h. des in Artikel 11 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten garantierten Rechts der Arbeitnehmer, zum Schutz ihrer Interessen Gewerkschaften zu bilden und diesen beizutreten²⁰⁵.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte²⁰⁶ anerkannte ebenfalls, dass im Bereich der gewerkschaftlichen Freiheit wegen der Sensibilität der sozialen und politischen Fragen, die bei einem angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen zu beantworten sind, und angesichts der starken Abweichungen zwischen den nationalen Systemen in diesem Bereich, die Vertragsstaaten bei der Frage, wie die Freiheit der Gewerkschaften, die beruflichen Interessen ihrer Mitglieder zu schützen, gewährleistet werden kann, einen weiten Beurteilungsspielraum haben. Er hielt jedoch fest, dass dieser Spielraum nicht unbegrenzt ist, sondern Hand in Hand mit der europäischen Kontrolle des EGMR geht, dessen Aufgabe es ist, endgültig zu entscheiden, ob eine Einschränkung mit der durch Artikel 11 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten garantierten Vereinigungsfreiheit vereinbar ist.

Gleichwohl hat, wie vom Gerichtshof und vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte anerkannt,²⁰⁷ das Streikrecht keinen absoluten Charakter und kann seine Ausübung bestimmten Beschränkungen unterworfen sein, die sich auch aus den nationalen verfassungsrechtlichen Bestimmungen, Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten ergeben können. Wie in Artikel 28 der Charta bekräftigt, muss es nach dem Recht der Europäischen Union sowie nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten wahrgenommen werden.

²⁰⁰ Etwa die am 18. Oktober 1961 in Turin unterzeichnete Europäische Sozialcharta, die in Artikel 151 AEUV ausdrücklich erwähnt ist, sowie das Übereinkommen Nr. 87 vom 9. Juli 1948 der Internationalen Arbeitsorganisation über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechts.

²⁰¹ Etwa die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, die der Europäische Rat auf seiner Tagung vom 9. Dezember 1989 in Straßburg angenommen hat und auf die ebenfalls in Artikel 151 AEUV Bezug genommen wird.

²⁰² ABl. C 364 vom 18.12.2000, S. 1.

²⁰³ Artikel 6 des Vertrags über die Europäische Union.

²⁰⁴ Durch den generellen Verweis auf die Charta in Artikel 6 EUV ist das Recht auf Kollektivverhandlungen nunmehr ausdrücklich in das Primärrecht aufgenommen (vgl. Schlussantrag von Generalanwältin Trstenjak in der Rechtssache C-271/08, Europäische Kommission /Bundesrepublik Deutschland, Randnr. 79).

²⁰⁵ Urteil EGMR vom 12. November 2008, Demir, Randnrn. 153/154 mit 145.

²⁰⁶ Urteil des EGMR, 27. April 2010, Rechtssache Vördur Olafsson/Island, Randnrn. 74/75.

²⁰⁷ Siehe beispielsweise Urteil vom 21.4.2009, Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei (68959/01), Randnr. 32.

Somit kommt den Gewerkschaften in diesem Zusammenhang eine wichtige Rolle zu und sie sollten, wie vom Gerichtshof bestätigt, weiterhin in der Lage sein, Maßnahmen zum Schutz der Arbeitnehmerrechte zu ergreifen, u. a. die Möglichkeit, ihre Mitglieder zum Streik aufzurufen und Boykotts oder Blockaden zu organisieren, um die Interessen und Rechte der Arbeitnehmer zu schützen und den Schutz von Arbeitsplätzen oder Arbeitsbedingungen zu gewährleisten, vorausgesetzt diese Maßnahmen erfolgen in Einklang mit dem EU-Recht und den nationalen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.

Wirtschaftliche Freiheiten – Beschränkungen – Schutz der Arbeitnehmerrechte

Die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit gehören zu den Grundprinzipien des EU-Rechts. Eine Beschränkung dieser Freiheiten ist entsprechend der Rechtsprechung des Gerichtshofs nur zulässig, wenn mit ihr ein berechtigtes und mit dem Vertrag zu vereinbarendes Ziel verfolgt wird und wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. In diesem Fall muss sie zur Verwirklichung des mit ihr verfolgten Ziels geeignet sein und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.

Der Schutz der Arbeitnehmer, insbesondere ihr sozialer Schutz und der Schutz ihrer Rechte, sowie das Bemühen, Störungen auf dem Arbeitsmarkt zu verhindern, stellen anerkanntermaßen zwingende Gründe des Allgemeininteresses dar, die Beschränkungen der durch das EU-Recht gewährleisteten Grundfreiheiten rechtfertigen.

Des Weiteren hat der Gerichtshof anerkannt, dass die Mitgliedstaaten über einen Ermessensspielraum verfügen, wenn es darum geht, Hindernisse für den freien Verkehr abzuwenden, die sich aus dem Vorgehen privater Akteure ergeben.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass wirtschaftliche Freiheiten und Grundrechte sowie deren effektive Ausübung somit Beschränkungen und Begrenzungen unterliegen können.

2. ERGEBNISSE DER ANHÖRUNGEN INTERESSIERTER KREISE UND DER FOLGENABSCHÄTZUNGEN

2.1. Anhörung interessierter Kreise

Wie bereits erwähnt, haben die Gerichtsurteile in den Rechtssachen Viking-Line, Laval, Ruffert und Kommission/Luxemburg (2007/2008) zu einer intensiven Debatte geführt, die im Wesentlichen die Frage betraf, wie sich die Dienstleistungs- und die Niederlassungsfreiheit auf den Schutz der Arbeitnehmerrechte und die Rolle der Gewerkschaften beim Schutz der Arbeitnehmerrechte in grenzüberschreitenden Fällen auswirken.

Die europäischen Gewerkschaften halten diese Urteile für unsozial. Sie streben eine Änderung der Rechtsvorschriften an, um die Rechtslage zu klären und in Zukunft Urteile zu verhindern, die ihrer Ansicht nach den Arbeitnehmerinteressen zuwiderlaufen. In diesem Kontext haben sie zwei Hauptforderungen gestellt:

- Überarbeitung der Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern (Richtlinie 96/71/EG) dahingehend, dass ein Verweis auf den Grundsatz „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ aufgenommen wird und dem „Aufnahmeland“ die Möglichkeit gegeben wird, günstigere Bedingungen als den Kernbereich der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gemäß Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie anzuwenden;

- Aufnahme eines „Protokolls über den sozialen Fortschritt“ in den Vertrag, um grundlegenden Sozialrechten den Vorrang gegenüber wirtschaftlichen Freiheiten einzuräumen.

Andere Stakeholder vertreten einen anderen Standpunkt. BusinessEurope hat die Klarstellung durch die EuGH-Rechtsprechung begrüßt und hält eine Überarbeitung der Richtlinie nicht für erforderlich. Zahlreiche Mitgliedstaaten haben sich ebenfalls in diesem Sinne geäußert. Einige Mitgliedstaaten (SE, DE, LU und DK) haben ihre Rechtsvorschriften geändert, um sie mit den Urteilen in Einklang zu bringen.

Im Oktober 2008 nahm das Europäische Parlament eine Entschließung²⁰⁸ an, in der es alle Mitgliedstaaten zur ordnungsgemäßen Durchsetzung der Entsenderichtlinie aufforderte und sich dafür aussprach, dass die Kommission nach einer sorgfältigen Analyse der Probleme und Herausforderungen eine teilweise Überarbeitung der Entsenderichtlinie nicht ausschließen sollte. Gleichzeitig unterstrich es, „dass die Dienstleistungsfreiheit ein Grundpfeiler des europäischen Einigungswerkes ist“; es vertrat jedoch die Ansicht, „dass dies einerseits gegen die in den Verträgen dargelegten Grundrechte und sozialen Ziele und andererseits gegen das Recht der öffentlichen und sozialen Partner, Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung und Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen sicherzustellen, abgewogen werden sollte“²⁰⁹. Am 2. Juni 2010 organisierte der Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten eine Konsultation mit drei Experten, die die Kommission, den EGB und BE vertraten; Abgeordnete von S&D, den Linken und den Grünen übten Druck auf die Kommission aus und argumentierten dabei ähnlich wie der EGB.

Im Nachgang der Aufforderung, die Kommissar Špidla und Minister Bertrand in seiner Funktion als Ratspräsident im Rahmen des Forums vom Oktober 2008 an die europäischen Sozialpartner gerichtet hatten, einigten sich diese darauf, gemeinsam die Auswirkungen der EuGH-Urteile in den Bereichen Mobilität und Globalisierung zu analysieren. Im März 2010²¹⁰ legten die europäischen Sozialpartner einen Bericht über die Folgen der einschlägigen EuGH-Urteile vor. In dem Dokument spiegeln sich die großen Meinungsunterschiede zwischen den Sozialpartnern wider. Während BusinessEurope gegen eine Überarbeitung der Richtlinie ist (jedoch den Klärungsbedarf bestimmter Aspekte der Durchsetzung akzeptiert), möchte der EGB eine grundlegende Änderung.

Im Jahr 2010 nahm der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss eine Stellungnahme zur „sozialen Dimension des Binnenmarktes“²¹¹ an, in der er eine wirksamere Durchführung der Richtlinie 96/71/EG forderte und zum Ausdruck brachte, dass er eine Initiative der Kommission – einschließlich einer teilweisen Überarbeitung der Richtlinie – zur Klärung der rechtlichen Verpflichtungen der nationalen Behörden, der Unternehmen und der Arbeitnehmer befürwortet. In der Stellungnahme wird die Kommission zudem ermutigt, das Streikrecht vom Binnenmarkt auszunehmen und der Idee einer Art „Europäischer Interpol für den Sozialbereich“ zur Unterstützung der Arbeitsaufsichten in den Mitgliedstaaten nachzugehen.

²⁰⁸ Entschließung vom 22. Oktober 2008 zu den Herausforderungen für Tarifverträge in der EU (2008/2085(INI)), Punkte 25 und 30.

²⁰⁹ Punkt 1; siehe auch Punkte 17 und 31.

²¹⁰ Der Bericht wurde auf der vom Spanischen Ratsvorsitz organisierten Konferenz in Oviedo im März 2010 präsentiert. Die Diskussionen zeigten einmal mehr die unterschiedlichen Auffassungen der Stakeholder.

²¹¹ Stellungnahme 2011/C 44/15.

Angesichts der durch die EuGH-Urteile entfachten Auseinandersetzung sprach Professor Monti in seinem Bericht „Eine neue Strategie für den Binnenmarkt“ folgende Empfehlungen aus:

- Klarstellung der Umsetzung der Entsenderichtlinie und verstärkte Verbreitung von Informationen über die Rechte und Pflichten von Arbeitnehmern und Unternehmen, verstärkte Verwaltungszusammenarbeit und Sanktionen im Rahmen von Freizügigkeit und grenzüberschreitender Erbringung von Dienstleistungen;
- Aufnahme einer Bestimmung zur Gewährleistung des Streikrechts nach dem Modell des Artikels 2 der Verordnung (EG) Nr. 2679/98 des Rates (sogenannte Monti-II-Verordnung) und eines Mechanismus zur informellen Beilegung von Tarifstreitigkeiten hinsichtlich der Anwendung der Richtlinie.

Mit ihrer Mitteilung „Auf dem Weg zu einer Binnenmarktakte – Für eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft – 50 Vorschläge, um gemeinsam besser zu arbeiten, zu unternehmen und Handel zu treiben“²¹² leitete die Kommission im Oktober 2010 eine öffentliche Anhörung zur Frage ein, wie dem Binnenmarkt neue Impulse verliehen werden können. Sie unterbreitete zwei Vorschläge (Nrn. 29 und 30), die das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger wiederherstellen sowie ihre Unterstützung gewährleisten sollen; einer betraf das Gleichgewicht zwischen sozialen Grundrechten und wirtschaftlichen Freiheiten, der andere die Entsendung der Arbeitnehmer.

- Vorschlag 29: „Auf der Grundlage ihrer neuen Strategie zur wirksamen Umsetzung der Charta der Grundrechte durch die Europäische Union wird die Kommission darüber wachen, dass den durch die Charta garantierten Rechten, einschließlich des Rechts auf Kollektivmaßnahmen, Rechnung getragen wird. ...“
- Vorschlag 30: „Die Kommission wird im Jahr 2011 einen Legislativvorschlag annehmen, der auf eine bessere Umsetzung der Entsenderichtlinie abzielt, indem in die Richtlinie eine klärende Bestimmung zur Ausübung der sozialen Grundrechte im Kontext der wirtschaftlichen Freiheiten des Binnenmarkts aufgenommen wird oder die Richtlinie entsprechend ergänzt wird.“

Die öffentliche Anhörung stieß bei Gewerkschaften, Bürgern und NRO auf großes Interesse und zeigte, dass diese entsprechende Maßnahmen unterstützen.

Aus 740 (der mehr als 800) eingegangenen Antworten ging hervor, dass Vorschlag 29 über die wirksame Umsetzung der Charta der Grundrechte und die soziale Folgenabschätzung als eine der wichtigsten Fragen angesehen wird.

Die europäischen Sozialpartner blieben in der Anhörung bei ihren bereits bekannten Standpunkten. Der EGB forderte erneut ein „Protokoll über den sozialen Fortschritt“ zur Änderung des Vertrags und vertrat weiterhin die Auffassung, die Kommission solle nicht nur die Durchführung der Entsenderichtlinie klären und verbessern, sondern die Richtlinie auch gründlich überarbeiten. BusinessEurope sprach sich für den Ansatz der Kommission aus, also für eine bessere Durchführung und Durchsetzung der geltenden Richtlinie.

Neben einem „Protokoll über den sozialen Fortschritt“ wurde der Gedanke einer sogenannten Monti-II-Verordnung vom EGB als positiver Schritt in die richtige Richtung begrüßt (und auch in mehreren Antworten nationaler Gewerkschaften ausdrücklich erwähnt). BusinessEurope hat dazu nicht klar Stellung bezogen; allerdings scheint man den Mehrwert

²¹² KOM(2010) 608 endg./2 vom 11.11.2010.

einer solchen Verordnung zu bezweifeln, was sich aus der eindeutig geäußerten Meinung ergibt, sie solle den Ausschluss des Streikrechts aus der Zuständigkeit der EU nicht in Frage stellen.

Im Anschluss an die umfassende öffentliche Debatte und auf der Grundlage der einschlägigen Beiträge nahm die Kommission am 13. April 2011 die Mitteilung „Binnenmarktakte – Zwölf Hebel zur Förderung von Wachstum und Vertrauen“²¹³ an. Legislativinitiativen betreffend die Entsendung von Arbeitnehmern finden sich in den 12 Leitaktionen des Kapitels zum sozialen Zusammenhalt: **„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.“**

Nach der Verabschiedung der Binnenmarktakte nahm das Europäische Parlament am 6. April 2011 drei Entschlüsse²¹⁴ an. Im Gegensatz zu der allgemeineren Frage der Mobilität (und der Übertragbarkeit von Rentenansprüchen) gehörte die Entsendung der Arbeitnehmer nicht zu den darin genannten Prioritäten.

Dagegen gehören die Entsendung der Arbeitnehmer und die wirtschaftlichen Freiheiten zu den Prioritäten des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses²¹⁵.

In seinen Schlussfolgerungen zu den Prioritäten für die Neubelebung des Binnenmarkts hielt der Rat Folgendes fest:

„14. IST DER AUFFASSUNG, dass die ordnungsgemäße Um- und Durchsetzung der Entsenderichtlinie den Schutz der Rechte der entsandten Arbeitnehmer verbessern, mehr Klarheit über die Rechte und Pflichten der Dienstleistungserbringer sowie der einzelstaatlichen Behörden schaffen und zudem dazu beitragen kann, die Umgehung geltender Vorschriften zu verhindern; IST darüber hinaus DER AUFFASSUNG, dass das Verhältnis zwischen der Wahrnehmung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit einerseits und den sozialen Grundrechten andererseits geklärt werden sollte“²¹⁶.

Anlässlich der Konferenz über die sozialen Grundrechte und die Entsendung von Mitarbeitern (27.-28. Juni 2011) kamen Minister, Sozialpartner, Vertreter der EU-Institutionen und Wissenschaftler zusammen, um sich über die Regelungsoptionen und den möglichen Inhalt von Legislativinitiativen auszutauschen und dazu beizutragen, gangbare Lösungen zu ermitteln²¹⁷. Zweck der Konferenz war es, durch eine offene und konstruktive Debatte zu einer Annäherung der Sichtweisen zu gelangen und die Ergebnisse der jüngsten Studien vorzustellen.

Darüber hinaus wurde in der Krakauer Erklärung²¹⁸ bekräftigt, dass die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen und die Mobilität entsandter Arbeitskräfte wichtige Aspekte

²¹³ KOM(2011) 206 endg.

²¹⁴ Zu einem Binnenmarkt für Unternehmen und Wachstum [2010/2277(INI)], zum Binnenmarkt für die europäischen Bürger [2010/2278(INI)] und zu Governance und Partnerschaft im Binnenmarkt [2010/2289(INI)].

²¹⁵ Stellungnahme von Frau Federspiel, Herrn Siecker und Herrn Voles, INT 548, vom 15. März 2011.

²¹⁶ 3094. Tagung des Rates (Wettbewerbsfähigkeit) vom 30. Mai 2011.

²¹⁷ Weitere Informationen, Beiträge und sonstige Unterlagen unter:

<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=de&catId=471&eventsId=347&furtherEvents=yes>.

²¹⁸ Binnenmarktforum, Krakau, 3.-4. Oktober 2011, insbesondere Absatz 5 der Erklärung und Punkt 5 der Schlussfolgerungen.

des Binnenmarkts sind. Die Erleichterung der befristeten grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen sollte mit der Gewährleistung eines angemessenen Schutzes für diejenigen Arbeitnehmer einhergehen, die in einen anderen Mitgliedstaat entsandt werden, um diese Dienstleistungen zu erbringen.

2.2 Folgenabschätzung

Im Rahmen ihrer Politik für bessere Rechtsetzung hat die Kommission auf der Grundlage einer externen Studie²¹⁹ eine Folgenabschätzung zu den verschiedenen Handlungsalternativen vorgenommen.

Die ermittelten Problempunkte sind in vier Rubriken gegliedert, wobei Problem 4 („Spannungsverhältnis zwischen Dienstleistungsfreiheit /Niederlassungs-freiheit und Arbeitsbeziehungen auf nationaler Ebene“) für den vorliegenden Vorschlag unmittelbar von Belang ist. Die EuGH-Urteile zur Auslegung der Bestimmungen der Richtlinie und des Vertrags in den Rechtssachen Viking und Laval verwiesen auf das Spannungsverhältnis zwischen Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit einerseits und der Ausübung der Grundrechte, wie des Rechts auf Kollektivverhandlungen und des Rechts auf Arbeitskampfmaßnahmen, andererseits. Insbesondere wurden die Urteile von den Gewerkschaften dahingehend aufgefasst, dass sie eine Prüfung der Arbeitskampfmaßnahmen durch die EU oder die nationalen Gerichte auferlegen, wenn diese Maßnahmen die Ausübung der Dienstleistungs- oder der Niederlassungsfreiheit berühren oder ihr abträglich sind. Diese Sichtweise hat in jüngster Zeit negative Auswirkungen gehabt, wie einige transnationale arbeitsrechtliche Streitigkeiten gezeigt haben. Die Tragweite des Problems ist im Bericht des IAO-Sachverständigenausschusses für die Durchführung der Übereinkommen und Empfehlungen (2010) zum Ausdruck gekommen, der erhebliche Bedenken bezüglich der praktischen Einschränkungen der effektiven Ausübung des Streikrechts durch die EuGH-Urteile äußerte. Das Streikrecht ist im IAO-Übereinkommen Nr. 87 verankert, das von allen EU-Mitgliedstaaten unterzeichnet wurde.

Die politischen Optionen für den Umgang mit den ursächlichen Faktoren des Problems sehen ein Basisszenario (Option 5), einen nicht-gesetzgeberischen Eingriff (Option 6) und einen gesetzgeberischen Eingriff auf EU-Ebene (Option 7) vor.

Die Optionen 6 und 7 wurden in Bezug auf das Basisszenario dahingehend analysiert, ob sie es erlauben, den ursächlichen Faktoren, die dem Problem 4 zugrunde liegen, zu begegnen und die allgemeinen Zielsetzungen zu erreichen, nämlich nachhaltige Entwicklung des Binnenmarkts auf der Grundlage einer in hohem Maße wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft, Dienstleistungsfreiheit und Förderung gleicher Ausgangsbedingungen, Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen und Wahrung der unterschiedlichen Systeme der Arbeitsbeziehungen in den Mitgliedstaaten sowie Förderung des sozialen Dialogs. Doch auch speziellere (und damit zusammenhängende operationelle) Ziele wurden berücksichtigt, vor allem eine größere Rechtssicherheit im Hinblick auf den Ausgleich zwischen sozialen Rechten und wirtschaftlichen Freiheiten, insbesondere im Rahmen der Entsendung von Arbeitnehmern. Auf der Grundlage der Strategie zur wirksamen Umsetzung der Charta der Grundrechte durch die Europäische Union wurde im Rahmen der Folgenabschätzung ermittelt, auf welche Grundrechte der betreffende Vorschlag Auswirkungen haben könnte, inwieweit in das betreffende Recht eingegriffen wird und

²¹⁹ Mehrfach-Rahmenvertrag VT/2008/87, Vorbereitende Studie für eine Folgenabschätzung zur möglichen Überarbeitung des Rechtsrahmens für die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (VT/2010/126).

inwieweit dieser Eingriff im Hinblick auf die Handlungsmöglichkeiten und die angestrebten Ziele erforderlich und verhältnismäßig ist²²⁰.

Die Folgenabschätzung ergab negative wirtschaftliche und soziale Auswirkungen des Basisszenarios. Eine anhaltende Rechtsunsicherheit könnte dazu führen, dass ein wichtiger Teil der Stakeholder dem Binnenmarkt seine Unterstützung versagt und ein ungünstiges wirtschaftliches Umfeld mit dem Risiko von protektionistischem Verhalten entsteht. Das Risiko von Schadenersatzforderungen und Zweifel an der Rolle der nationalen Gerichte könnten die Gewerkschaften davon abhalten, ihr Streikrecht wahrzunehmen. Dies würde sich negativ auf den Schutz der Arbeitnehmerrechte und Artikel 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auswirken. Die Optionen 6 und 7 hätten positive wirtschaftliche und soziale Auswirkungen, da sie den Umfang der Rechtsunsicherheit reduzieren würden. Die positive Auswirkung von Option 7 wäre signifikanter, da eine Legislativmaßnahme (Verordnung) mehr Rechtssicherheit bietet als eine nicht verbindliche Regelung (Option 6). Eine weitere positive Auswirkung würde mit einem Warnmechanismus erzielt. Zudem würde eine Legislativmaßnahme einen entschlosseneren politischen Ansatz der Kommission zum Ausdruck bringen, um einem Problem zu begegnen, das den Gewerkschaften und Teilen des Europäischen Parlaments sehr am Herzen liegt.

Um bei den ursächlichen Faktoren anzusetzen, die dem Problem 4 zugrunde liegen, ist Option 7 die zu bevorzugende Option. Sie wird als die effektivste und effizienteste Lösung erachtet, um das spezifische Ziel „Verringerung von Spannungen zwischen den nationalen Systemen der Arbeitsbeziehungen und der Dienstleistungsfreiheit“ zu erreichen, und lässt sich auch am besten mit den allgemeinen Zielsetzungen vereinbaren. Diese Option bildet somit die Grundlage des vorliegenden Vorschlags.

Der Entwurf der Folgenabschätzung wurde zweimal vom Ausschuss für Folgenabschätzung geprüft, dessen Verbesserungsempfehlungen in den endgültigen Bericht aufgenommen wurden. Die Stellungnahme des Ausschusses für Folgenabschätzung sowie die endgültige Folgenabschätzung sowie deren Zusammenfassung werden zusammen mit diesem Vorschlag veröffentlicht.

3. RECHTLICHE ASPEKTE

3.1. Allgemeiner Kontext – Zusammenfassung der vorgeschlagenen Maßnahme

Die bereits erwähnten Rechtssachen offenbarten die Verwerfungslinien, die zwischen dem Binnenmarkt und der sozialen Dimension in zweierlei Hinsicht verlaufen. Erstens verdeutlichten sie, dass die richtige Balance zu finden ist zwischen der Ausübung des Rechts auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme durch die Gewerkschaften, einschließlich des Streikrechts, und den im Vertrag verankerten wirtschaftlichen Freiheiten, nämlich der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit. Zweitens warfen sie die Frage auf, ob die Entsenderichtlinie angesichts der unterschiedlichen sozial- und arbeitsrechtlichen Bedingungen in den Mitgliedstaaten noch eine angemessene Grundlage für den Schutz der Arbeitnehmerrechte darstellt. Vor allem ihre Anwendung und Durchsetzung in der Praxis wurden in Frage gestellt.

Wie im erwähnten Bericht von Professor Monti festgehalten, sind die beiden Aspekte eng miteinander verknüpft, erfordern jedoch unterschiedliche Strategien zur Herstellung eines Gleichgewichts zwischen Binnenmarkt und sozialen Erfordernissen. Wie in der Strategie zur

²²⁰ KOM(2010) 573 endg., S. 6-7.

wirksamen Umsetzung der Charta der Grundrechte durch die Europäische Union²²¹ hervorgehoben, müssen Personen, die sich in einer Situation mit Bezug zum EU-Recht befinden, die in der Charta festgeschriebenen Rechte in Anspruch nehmen können. Eine Klärung dieser Fragen sollte nicht künftigen Rechtsstreitigkeiten vor dem EuGH oder nationalen Gerichten überlassen bleiben²²². Auch sollte das Streikrecht oder die Streikfreiheit kein bloßer Slogan und keine Rechtsmetapher sein.

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 umzustößen.

Mit dem vorliegenden Vorschlag wird eine Klärung der allgemeinen Grundsätze und auf EU-Ebene geltenden Bestimmungen betreffend die Wahrnehmung des Grundrechts auf Durchführung einer kollektiven Maßnahmen im Kontext der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit angestrebt, wobei dem Erfordernis, die Rechte und Freiheiten in der Praxis in grenzüberschreitenden Situationen miteinander zu vereinbaren, Rechnung getragen wird. In seinen Anwendungsbereich fällt nicht nur die vorübergehende Entsendung von Arbeitnehmern zur Erbringung von Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat, sondern auch jede geplante Umstrukturierung und/oder Standortverlagerung, die mehr als einen Mitgliedstaat betrifft.

3.2. Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage der vorgeschlagenen Maßnahme ist Artikel 352 AEUV, der immer dann als Rechtsgrundlage in Frage kommt, wenn ein Tätigwerden der Union im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche erforderlich erscheint, um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen, und in den Verträgen die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen sind.

Eine Verordnung ist als Rechtsinstrument am besten geeignet, um Klarheit in Bezug auf die allgemeinen Grundsätze und der auf EU-Ebene geltenden Bestimmungen 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. Klare und einfache rechtliche Rahmenbedingungen sind für KMU besonders wichtig. 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.

3.3. Subsidiaritätsprinzip und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Da der Vertrag nicht ausdrücklich die erforderlichen Befugnisse vorsieht, basiert die vorliegende Verordnung auf Artikel 352 AEUV.

²²¹ KOM(2010) 573 endg.

²²² Monti-Bericht, S. 81.

Artikel 153 Absatz 5 AEUV nimmt das Streikrecht von den Bereichen aus, die in der EU durch Richtlinien, die Mindestvorschriften vorsehen, geregelt werden können. Allerdings haben die Gerichtsurteile deutlich gemacht, dass kollektive Maßnahmen dadurch, dass Artikel 153 nicht für das Streikrecht gilt, nicht dem Geltungsbereich des EU-Rechts entzogen werden.

Das Ziel der Verordnung, die allgemeinen Grundsätze und EU-Bestimmungen betreffend die Ausübung des Grundrechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit, einschließlich des Erfordernisses, die Rechte und Freiheiten in der Praxis in grenzüberschreitenden Situationen miteinander in Einklang zu bringen, zu klären, erfordert Maßnahmen auf Ebene der Europäischen Union und kann von den Mitgliedstaaten allein nicht erreicht werden.

In Übereinstimmung mit dem Vertrag muss zudem jede Initiative in diesem Bereich nicht nur die Autonomie der Sozialpartner, sondern auch die verschiedenen Sozialmodelle und die unterschiedlichen Systeme der Arbeitsbeziehungen in den Mitgliedstaaten berücksichtigen.

Was den Inhalt des Vorschlags betrifft, so wird das Subsidiaritätsprinzip zudem gewahrt, indem die Rolle der nationalen Gerichte bei der Feststellung des Sachverhalts und bei der Beurteilung anerkannt wird, ob die betreffenden Maßnahmen Ziele verfolgen, die ein berechtigtes Interesse darstellen, sich für die Erreichung dieser Ziele eignen und nicht über das für die Erreichung der Ziele erforderliche Maß hinausgehen. In dem Vorschlag wird auch die Bedeutung geltender nationaler Gesetze und Verfahren für die Wahrnehmung des Streikrechts anerkannt, einschließlich vorhandener Gremien für die außergerichtliche Streitbeilegung, die nicht verändert bzw. beeinträchtigt werden. Der Vorschlag sieht in der Tat keinen Mechanismus für die informelle Beilegung arbeitsrechtlicher Streitigkeiten auf nationaler Ebene zwecks Einführung einer Form der vorgerichtlichen Kontrolle gewerkschaftlicher Maßnahmen vor (wie im Monti-Bericht 2010 vorgeschlagen), sondern beschränkt sich darauf, auf die Rolle alternativer Mechanismen für die informelle Streitbeilegung zu verweisen, die es in einer Reihe von Mitgliedstaaten gibt.

Der Vorschlag geht nicht über das für die Erreichung der angestrebten Ziele erforderliche Maß hinaus.

3.4. Detaillierte Erläuterung des Vorschlags

3.4.1. Gegenstand und sogenannte Monti-Klausel

Neben der Beschreibung der Ziele der Verordnung enthält Artikel 1 das, was häufig als „Monti-Klausel“ bezeichnet wird. Er kombiniert den Wortlaut des Artikels 2 der Verordnung (EG) Nr. 2679/98 des Rates²²³ und des Artikels 1 Absatz 7 der Dienstleistungsrichtlinie²²⁴. Er steht auch in Einklang mit dem Wortlaut ähnlicher Bestimmungen, etwa des jüngsten Vorschlags für eine Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung der Verordnung

²²³ Verordnung (EG) Nr. 2679/98 des Rates vom 7. Dezember 1998 über das Funktionieren des Binnenmarktes im Zusammenhang mit dem freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten (ABl. L 8 vom 12.12.1998, S. 98).

²²⁴ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl. L 376 vom 27.12.2006, S. 36); siehe Erwägungsgrund 22 der Richtlinie 96/71/EG.

Brüssel I)²²⁵ und der kürzlich erlassenen Verordnung über makroökonomische Ungleichgewichte²²⁶.

3.4.2. *Beziehung zwischen Grundrechten und wirtschaftlichen Freiheiten – allgemeine Grundsätze*

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 muss²²⁷.

Die prinzipielle Gleichrangigkeit der Grundrechte und der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit bedeutet, dass diese Freiheiten im Interesse des Schutzes der Grundrechte beschränkt werden können. Sie impliziert aber auch, dass die Ausübung dieser Freiheiten eine Beschränkung der effektiven Ausübung der Grundrechte rechtfertigen kann.

Um zu vermeiden, dass wegen drohender Schadenersatzansprüche aufgrund des Viking-Line-Urteils seitens von Arbeitgebern, die sich auf grenzüberschreitende Tatbestandsmerkmale berufen, die Gewerkschaften daran gehindert werden, ihre kollektiven Rechte wirksam auszuüben oder ihnen dies de facto sogar untersagt wird,²²⁸ sollte daran erinnert werden, dass in Situationen, in denen grenzüberschreitende Tatbestandsmerkmale fehlen oder hypothetisch sind, davon auszugehen ist, dass eine kollektive Maßnahme keinen Verstoß gegen die Niederlassungs- oder die Dienstleistungsfreiheit darstellt. Letzteres gilt unbeschadet der Übereinstimmung der kollektiven Maßnahme mit den nationalen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.

In der Tat würde ein derart weitgefasstes Haftungsrisiko aufgrund einer eher hypothetischen Situation oder einer Situation, in der keine grenzüberschreitende Tatbestandsmerkmale vorliegen, die Ausübung des Streikrechts durch die Gewerkschaften in Situationen, in denen die Niederlassungs- oder die Dienstleistungsfreiheit gar nicht zum Tragen kommen, recht schwierig, wenn nicht sogar unmöglich machen.

3.4.3. *Streitbeilegungsverfahren*

²²⁵ KOM(2010) 748 endg. vom 14.12.2010, Artikel 85.

²²⁶ Artikel 1 Absatz 3 letzter Satz der Verordnung (EU) Nr. 1176/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. November 2011 über die Vermeidung und Korrektur makroökonomischer Ungleichgewichte (ABl. L 306 vom 23.11.2011, S. 25).

²²⁷ Schlussantrag des Generalanwalts Cruz Villalón, Rechtssache C-515/08, dos Santos Palhota und andere, Randnr. 53. Siehe EuGH-Urteil in der Rechtssache C-438/05, Viking-Line, Randnr. 46, Rechtssache C-341/05, Laval, Randnr. 94 und Rechtssache C-271/08, Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Randnr. 44. Siehe auch Vortrag von Prof. Dr. M. Schlachter „Reconciliation between fundamental social rights and economic freedoms“ unter: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=471&eventsId=347&furtherEvents=yes>

²²⁸ Siehe Näheres hierzu in dem Bericht des IAO-Sachverständigenausschusses (http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_123424.pdf) sowie „The dramatic implications of Demir and Baykara“, K. Ewing und J. Hendy QC, Industrial Law Journal, Band. 39, Nr. 1, März 2010, S. 2-51, insbesondere Seiten 44-47.

In Artikel 3 werden Rolle und Bedeutung der bestehenden nationalen Gepflogenheiten in Bezug auf die Ausübung des Streikrechts in der Praxis unterstrichen, u. a. von vorhandenen Gremien für die außergerichtliche Streitbeilegung, etwa im Rahmen von Vermittlungs-, Schlichtungs- und/oder Schiedsverfahren. 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. Allerdings legt er für Mitgliedstaaten, in denen es solche Verfahren gibt, den Grundsatz des gleichberechtigten Zugangs in grenzüberschreitenden Fällen fest und sieht Anpassungen durch die Mitgliedstaaten vor, damit dessen Anwendung in der Praxis gewährleistet ist.

Der Vorschlag sieht keinen Mechanismus für die informelle Beilegung arbeitsrechtlicher Streitigkeiten betreffend die Anwendung der Entsenderichtlinie auf nationaler Ebene vor²²⁹. Ein solcher Mechanismus würde eine Art vorgerichtlicher Kontrolle über Gewerkschaftsmaßnahmen einführen, was nicht nur ein zusätzliches Hindernis für die effektive Ausübung des Streikrechts schaffen bzw. ein solches darstellen würde, sondern sich auch als unvereinbar mit Artikel 153 Absatz 5 AEUV erweisen würde, demzufolge Gesetzgebungsbefugnisse in diesem Bereich auf EU-Ebene ausdrücklich ausgeschlossen sind.

Darüber hinaus anerkennt der Vorschlag in Einklang mit Artikel 155 AEUV die spezifische Rolle der Sozialpartner auf EU-Ebene und fordert sie auf, falls sie es wünschen, Leitlinien für die Modalitäten und Verfahren solcher alternativer Streitbeilegungsverfahren aufzustellen.

3.4.4. *Rolle der nationalen Gerichte*

Artikel 3 Absatz 4 präzisiert die Rolle der nationalen Gerichte. Wenn in einem konkreten Fall infolge der Ausübung eines Grundrechts eine wirtschaftliche Freiheit beschränkt wird, müssen sie nach einem angemessenen Ausgleich zwischen den betreffenden Rechten und Freiheiten suchen²³⁰ und diese miteinander in Einklang bringen. Gemäß Artikel 52 Absatz 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union muss jede Einschränkung der Ausübung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten. Ferner dürfen unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie notwendig sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen²³¹. Der Gerichtshof anerkannte auch, dass die zuständigen nationalen Behörden diesbezüglich über einen erheblichen Ermessensspielraum verfügen. In Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist ein dreistufiges Prüfungsschema erforderlich, bei welchem 1. die Geeignetheit, 2. die Erforderlichkeit und 3. die Angemessenheit der betreffenden Maßnahme zu kontrollieren sind. Der angemessene Ausgleich zwischen Grundrecht und Grundfreiheit ist im Falle einer Kollision nur dann sichergestellt, „wenn die Beschränkung einer Grundfreiheit durch ein Grundrecht nicht über das hinausgehen darf, was zur Durchsetzung des Grundrechts geeignet, erforderlich und angemessen ist. Umgekehrt darf jedoch auch die Beschränkung eines Grundrechts durch eine Grundfreiheit nicht weiter gehen, als zur Durchsetzung der Grundfreiheit geeignet, erforderlich und angemessen ist.“²³²

²²⁹ Wie im Monti-Bericht empfohlen.

²³⁰ Vgl. Schlussantrag von Generalanwältin Trstenjak in der Rechtssache C-271/08, Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Randnrn. 188-190. Vgl. auch allgemeiner C. Barnard, „Proportionality and collective action“, ELR 2011.

²³¹ Schlussantrag des Generalanwalts Cruz Villalón, Rechtssache C-515/08, dos Santos Palhota und andere, Randnr. 53. Vgl. Urteil des EuGH vom 12.10.2004, Rechtssache C-60/03, Wolff & Müller, Randnr. 44.

²³² Schlussantrag von Generalanwältin Trstenjak in der Rechtssache C-271/08, Randnr. 190.

Dies gilt unbeschadet der Möglichkeit, dass der Gerichtshof selbst erforderlichenfalls dem nationalen Gericht klärende Hinweise in Bezug auf die zu berücksichtigenden Elemente geben kann²³³.

3.4.5. *Warnmechanismus*

Mit Artikel 4 wird ein Frühwarnsystem eingeführt, das vorsieht, dass die Mitgliedstaaten die betroffenen Mitgliedstaaten und die Kommission unverzüglich über gravierende Handlungen oder Umstände in Kenntnis setzen, die entweder das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts schwerwiegend beeinträchtigen oder ernsthafte soziale Unruhen hervorrufen. Ziel ist es, potenzielle Schäden soweit wie möglich zu vermeiden bzw. zu begrenzen.

4. AUSWIRKUNGEN AUF DEN HAUSHALT

Der Vorschlag hat keine Auswirkungen auf den EU-Haushalt.

²³³ Vgl. Urteil vom 11.12.2007 in der Rechtssache C-438/05, Viking-Line, Randnrn. 80 ff.

Vorschlag für

VERORDNUNG DES RATES

über die Ausübung des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit

(Text von Bedeutung für den EWR)

DER RAT DER EUROPÄISCHEN UNION –

gestützt auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, insbesondere auf Artikel 352,

auf Vorschlag der Europäischen Kommission,

nach Zuleitung des Entwurfs des Gesetzgebungsakts an die nationalen Parlamente,

nach Zustimmung des Europäischen Parlaments²³⁴,

gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren,

in Erwägung nachstehender Gründe:

- (1) Das Recht auf Durchführung kollektiver Maßnahmen, das sich vom Recht auf Kollektivverhandlungen ableitet, wird durch verschiedene internationale Instrumente anerkannt, die von den Mitgliedstaaten unterzeichnet wurden bzw. an denen sie mitgewirkt haben, wie die am 18. Oktober 1961 in Turin unterzeichnete Europäische Sozialcharta, die Übereinkommen Nr. 87 und Nr. 98 der Internationalen Arbeitsorganisation über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechts bzw. des Rechts zu Kollektivverhandlungen, sowie durch die von diesen Mitgliedstaaten auf EU-Ebene erarbeiteten Instrumente, wie die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, die der Europäische Rat auf seiner Tagung vom 9. Dezember 1989 in Straßburg angenommen hat, und die am 7. Dezember 2000 in Nizza verkündete Charta der Grundrechte der Europäischen Union, in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angenommenen Fassung, die dieselbe Rechtsverbindlichkeit wie die Verträge hat. In verschiedenen Mitgliedstaaten genießt dieses Recht überdies den Schutz der Verfassung.
- (2) Das Recht auf Eintritt in Kollektivverhandlungen bzw. Abschluss von Kollektivverträgen stellt ein inhärentes Element des Vereinigungsrechts dar, wie in Artikel 11 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten niedergelegt („Konvention“)²³⁵.
- (3) Der Gerichtshof hielt ebenfalls fest, dass das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme als Grundrecht anzuerkennen ist, das fester Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des EU-Rechts ist, deren Beachtung er sicherstellt²³⁶. Gleichwohl hat das Streikrecht keinen absoluten Charakter und die Ausübung dieses Rechts kann bestimmten Bedingungen und Beschränkungen unterworfen sein, die sich

²³⁴ ABl. C [...] vom [...], S.

²³⁵ Urteil des EGMR vom 12. November 2008, Demir.

²³⁶ Urteil vom 11. Dezember 2007, Rechtssache C-438/05, Viking-Line, Randnr. 44, und Urteil vom 18. Dezember 2007, Rechtssache C-341/05, Laval, Randnr. 91.

auch aus den nationalen verfassungsrechtlichen Bestimmungen, Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten ergeben können.

- (4) Wie in Artikel 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union dargelegt, ist das Recht auf Kollektivmaßnahmen nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten zu schützen.
- (5) Gemäß Artikel 152 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union soll die Rolle der Sozialpartner auf Ebene der Union unter Berücksichtigung der Unterschiedlichkeit der nationalen Systeme anerkannt und gefördert werden. Außerdem soll der soziale Dialog gefördert und dabei die Autonomie der Sozialpartner geachtet werden.
- (6) Es steht den Mitgliedstaaten nach wie vor frei, die Bedingungen für die Existenz und Inanspruchnahme der in Frage stehenden sozialen Rechte festzulegen. Die Mitgliedstaaten müssen jedoch bei der Ausübung dieser Befugnis das Unionsrecht beachten, insbesondere die Bestimmungen des Vertrags über die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit, die im Vertrag verankerte Grundrechte der Union sind.
- (7) Eine Beschränkung dieser Freiheiten ist nur zulässig, wenn mit ihr ein berechtigtes und mit dem Vertrag zu vereinbarendes Ziel verfolgt wird und wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. In diesem Kontext muss sie zur Verwirklichung des mit ihr verfolgten Ziels geeignet sein und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.
- (8) Der Schutz der Arbeitnehmer, insbesondere ihr sozialer Schutz und der Schutz ihrer Rechte vor Sozialdumping, sowie das Bemühen, Störungen auf dem Arbeitsmarkt zu verhindern, stellen anerkanntermaßen zwingende Gründe des Allgemeininteresses dar, die eine Beschränkung der Wahrnehmung einer der vom EU-Recht gewährleisteten Grundfreiheiten rechtfertigen.
- (9) Die Gewerkschaften sollten weiterhin kollektive Maßnahmen durchführen können, um die Interessen, die Beschäftigungsbedingungen und die Rechte der Arbeitnehmer zu gewährleisten und zu schützen, vorausgesetzt dies erfolgt in Einklang mit dem EU-Recht und den nationalen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.
- (10) Sowohl die wirtschaftlichen Grundfreiheiten als auch die Grundrechte sowie ihre effektive Ausübung können daher Beschränkungen und Begrenzungen unterliegen.
- (11) Die Ausübung des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen, einschließlich des Streikrechts oder der Streikfreiheit, muss demnach gegebenenfalls mit den Erfordernissen in Zusammenhang mit der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit entsprechend dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Einklang gebracht werden, was häufig komplexe Bewertungen der nationalen Behörden erfordert oder beinhaltet.
- (12) Jede Einschränkung der Ausübung der in dieser Grundrechtecharta der Europäischen Union anerkannten Rechte und Freiheiten muss gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfen Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.
- (13) Ein angemessener Ausgleich zwischen Grundrecht und Grundfreiheit ist im Fall einer Kollision nur dann sichergestellt, wenn die Beschränkung einer Grundfreiheit durch ein Grundrecht nicht über das hinausgehen darf, was zur Durchsetzung des

Grundrechts geeignet, erforderlich und angemessen ist. Umgekehrt darf die Beschränkung eines Grundrechts durch eine Grundfreiheit nicht weiter gehen, als zur Durchsetzung der Grundfreiheit geeignet, erforderlich und angemessen ist. Um die erforderliche Rechtssicherheit zu schaffen, Unklarheiten zu vermeiden und zu verhindern, dass auf nationaler Ebene einseitig nach Lösungen gesucht wird, ist es notwendig, verschiedene Aspekte insbesondere in Zusammenhang mit der Ausübung des Rechts auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme, einschließlich des Streikrechts oder der Streikfreiheit, sowie in welchem Umfang die Gewerkschaften die Arbeitnehmerrechte in grenzüberschreitenden Situationen verteidigen und schützen können, zu klären.

- (14) Die Schlüsselrolle der Sozialpartner als Hauptakteure bei der Beilegung von Streitigkeiten, die das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer betreffen, hat sich im Laufe der Zeit gefestigt und sollte anerkannt werden. Des Weiteren sollte die Rolle von Verfahren für die außergerichtliche Streitbeilegung, wie Schlichtungs-, Vermittlungs- und/oder Schiedsverfahren, die in einer Reihe von Mitgliedstaaten vorgesehen sind, anerkannt und beibehalten werden.
- (15) Ein Melde- und Warnmechanismus sollte einen angemessenen und schnellen Informationsaustausch zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission in Situationen ermöglichen, die das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarkts schwerwiegend beeinträchtigen und/oder für die betroffenen Personen oder Einrichtungen ernsthafte Schäden verursachen.
- (16) Diese Verordnung steht in Einklang mit den Grundrechten und beachtet die Grundsätze, die mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannt wurden, namentlich die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Artikel 12), die Berufsfreiheit und das Recht zu arbeiten (Artikel 15), die unternehmerische Freiheit (Artikel 16), das Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen (Artikel 28), gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen (Artikel 31), das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht (Artikel 47), und ist gemäß diesen Rechten und Grundsätzen anzuwenden

HAT FOLGENDE VERORDNUNG ERLASSEN:

Artikel 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 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.

Artikel 3

Streitbelegungsverfahren

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 Streitbelegungsverfahren 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 Dienstleistungen²³⁷.
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.

²³⁷ ABl. L 18 vom 21.1.1997, S. 1.

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 Auskunftersuchen der Kommission und anderer Mitgliedstaaten zur Art der Behinderung oder der drohenden Behinderung. Zwischen den Mitgliedstaaten ausgetauschte Informationen werden auch der Kommission übermittelt.

Artikel 5

Inkrafttreten

Diese Verordnung tritt am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung im *Amtsblatt der Europäischen Union* in Kraft.

Diese Verordnung ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.

Geschehen zu Brüssel am 21.3.2012

Im Namen des Rates
Der Präsident