

Ulber, Daniel; Wiegandt, Karoline

Book

Die Bindung von Arbeitnehmervereinigungen an die europäischen Grundfreiheiten

HSI-Schriftenreihe, No. 24

Provided in Cooperation with:

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

Suggested Citation: Ulber, Daniel; Wiegandt, Karoline (2018) : Die Bindung von Arbeitnehmervereinigungen an die europäischen Grundfreiheiten, HSI-Schriftenreihe, No. 24, ISBN 978-3-7663-6761-7, Bund-Verlag, Frankfurt a. M.

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/303100>

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.

Daniel Ulber/Karoline Wiegandt

Die Bindung von Arbeitnehmervereinigungen an die europäischen Grundfreiheiten

HSI-Schriftenreihe
Band 24

Daniel Ulber/Karoline Wiegandt

Die Bindung von Arbeitnehmervereinigungen an die europäischen Grundfreiheiten

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2018 by Bund-Verlag GmbH, Frankfurt am Main

Herstellung: Kerstin Wilke

Umschlaggestaltung: Neil McBeath, Stuttgart

Satz: Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany 2018

ISBN 978-3-7663-6761-7

Alle Rechte vorbehalten,
insbesondere die des öffentlichen Vortrags, der Rundfunksendung
und der Fernsehausstrahlung, der fotomechanischen Wiedergabe,
auch einzelner Teile.

www.bund-verlag.de

Vorwort

Nachdem die Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen Viking und Laval 2007 ein sozialpolitisches Erdbeben ausgelöst hatten, das im Nachgang auch das juristische Schrifttum in nennenswertem Umfang beschäftigte, haben Prof. Daniel Ulber (Universität Halle) und Karoline Wiegandt das Thema Grundfreiheiten und Sozialpolitik unter einem spezifischen Gesichtspunkt erneut untersucht.

Namentlich untersuchen die Autoren die Frage, ob eine Bindung von Arbeitnehmervereinigungen an die Grundfreiheiten vor dem Hintergrund des Unionsrechts rechtlich überhaupt begründet werden kann. Bejaht man eine solche Bindung, hat dies – wie in Viking und Laval gesehen – zur Konsequenz, dass die Grundfreiheiten kollektive Maßnahmen von Gewerkschaften beschränken können. Die Autoren legen substantiiert dar, dass eine solche Bindung weder methodisch noch aufgrund der dadurch ausgelösten Folgeprobleme überzeugen kann. Demzufolge bietet die vorliegende Abhandlung weitergehende Argumente, um die Rechtsprechung des EuGH kritisch zu reflektieren und in künftigen Fällen andere Akzente zu setzen.

Wir danken den beiden Autoren für die Überlassung des Textes und wünschen eine angenehme Lektüre.



Dr. Thomas Klebe



Dr. Johannes Heuschmid

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
I. Einführung	9
II. Der Kontext der Entscheidungen <i>Viking</i> und <i>Laval</i>	12
III. Problemstellung	15
1. Vertikale Wirkung der Grundfreiheiten	16
2. Horizontale Wirkung der Grundfreiheiten	17
a) Die Entscheidungen <i>Viking</i> und <i>Laval</i>	17
b) Die Bindung Privater an die Grundfreiheiten	18
c) Die Adressatenstellung als Problem	19
IV. Die Rechtsprechung des EuGH zur Bindung Privater an die Grundfreiheiten	21
1. Horizontalwirkung der einzelnen Grundfreiheiten	21
2. Die Kritik an der Horizontalwirkung der Grundfreiheiten	23
a) Auseinandersetzung um die Horizontalwirkung an sich	24
b) Mitgliedstaatliche Schutzpflicht als Alternative zur Horizontalwirkung?	25
c) Befund	27
3. Keine Beschränkung der Horizontalwirkung auf Diskriminierungsfälle	27
4. Fallgruppen zur Wirkung der Grundfreiheiten gegenüber Privaten	30
a) Privates Handeln ist dem Staat zurechenbar/„Buy Irish“	31
b) Intermediäre Gewalten/„Walrave“, „Bosman“ u.a.	31
c) Private ergreifen (individuelle) diskriminierende Maßnahmen	34
d) Daneben: Schutzpflichtenkonstellation	36
e) Bindung der Tarifvertragsparteien an die Grundfreiheiten	38
f) Zwischenergebnis	39
g) Arbeitnehmervereinigungen im Arbeitskampf als Adressaten der Grundfreiheiten?	40
5. Fazit	42

V. Die Horizontalwirkung in den Fällen <i>Viking</i> und <i>Laval</i>	45
1. Der Argumentationsgang in <i>Viking</i> und <i>Laval</i>	46
a) <i>Laval</i>	46
b) <i>Viking</i>	49
2. Analyse.....	51
VI. Kritik	55
1. Horizontale Wirkung in einem besonderen Verhältnis.....	55
a) Fehlende Heteronomität der angestrebten Regelungen in <i>Viking</i> und <i>Laval</i>	56
c) Arbeitskampf und Parität.....	59
d) Horizontalwirkung und Schutz des sozial Schwächeren.....	60
e) Vorrang der Grundfreiheiten vor der Koalitionsfreiheit.....	63
f) Stärkung der Arbeitnehmervereinigungen durch <i>Viking</i> und <i>Laval</i>	64
g) Fazit	66
2. Faktische Macht statt „Rechtssetzungsmacht“?.....	66
a) Arbeitskampfmaßnahme und/oder Tarifvertrag als Bezugspunkt der Prüfung des EuGH?.....	68
b) Gleichsetzung von kollektiver Regelung und einseitiger (kollektiver) Maßnahme	70
c) Uferlose Ausdehnung der Grundfreiheiten auf Kollektivmaßnahmen führt zu Aushöhlung der Kollektivautonomie	71
d) Effektive private Machtausübung	74
e) Fazit	76
3. Keine Schutzpflichtenlösung.....	78
VII. Zusammenfassung	82
1. Die Aussagen des EuGH.....	82
2. Abschließende Bewertung.....	82
a) Mangelhafte Begründung der Horizontalwirkung bei Arbeitskampfmaßnahmen.....	83
b) Ungelöste Folgeprobleme der Rechtsprechung.....	83
c) Zukunftsperspektiven.....	87

I. Einführung

Die Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *Viking*¹ und *Laval*² haben zu Eruptionen³ im arbeitsrechtlichen Schrifttum geführt, die auch nach einer Dekade noch spürbar sind. Das größte Augenmerk der Kritiker wurde dabei auf die Konstruktion und Auflösung einer Kollision zwischen Arbeitskampfrecht und Grundfreiheiten durch den EuGH gelegt. Zugespitzt wird kritisiert, dass die Grundrechtsausübung nunmehr „nach Maßgabe der Grundfreiheiten“⁴ zu erfolgen habe. Zudem habe es der EuGH versäumt, in methodisch vertretbarer Weise die widerstreitenden Rechtspositionen zu einem Ausgleich zu bringen.⁵ Diese Diskussion hat eine weitere Grundsatzfrage in den Hintergrund treten lassen, die in den Entscheidungen gleichwohl eine erhebliche Rolle spielt: Die Frage, ob Private unmittelbar an die Grundfreiheiten gebunden werden können, im Allgemeinen und die Frage, ob dies gleichermaßen für die Sozialpartner gilt, im Besonderen. Diese Vorfrage entscheidet aber darüber, ob der EuGH, ohne dass eine Kompetenzgrundlage dafür auf Unionsebene besteht,⁶ Entscheidungen zum Arbeitskampfrecht treffen kann. Erst die Weichenstellung des EuGH hin zu dieser Adressatenstellung der Sozialpartner führt zu dem Folgeproblem,

¹ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 – *Viking*; sofern nicht auf bestimmte Passagen des Urteils Bezug genommen wird, bezieht sich „*Viking*“ stets auf das genannte Urteil.

² EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 – *Laval*; sofern nicht auf bestimmte Passagen des Urteils Bezug genommen wird, bezieht sich „*Laval*“ stets auf das genannte Urteil.

³ Um nur einige der Entscheidungsanalysen im deutschsprachigen Schrifttum zu nennen: *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 91ff.; *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109; *Temming*, ZESAR 2008, 231; die Beiträge von *Kocher*, *Zwanziger*, *Krebber* in RdA-Beilage 2009; *Kocher*, AuR 2009, 332; für die englischsprachige Literatur siehe nur *Azoulai*, CML 2008, 1335; *Bercusson*, ELJ 2007, 279; *Davies*, ILJ 2008, 126, 137. Weitere Nachweise über CELEX:62005CJ0438.

⁴ *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 114.

⁵ *Fuchs*, in: Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 470; *Barnard*, NZA-Beilage 3/2011, 122, 123; *Däubler*, AuR 2008, 409, 414; *Kamanabrou*, EuZA 2010, 157, 169; *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 115.

⁶ Art. 153 AEUV stellt die bedeutendste Ermächtigungsgrundlage zum Erlass von Richtlinien im Kapitel über die Sozialpolitik dar. Art. 153 Abs. 5 AEUV (ex. Art. 137 Abs. 5 EG) lautet: „Dieser Artikel gilt nicht für das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht.“

die die Entscheidungen *Viking* und *Laval* verursacht haben und der streckenweise heftigen Kritik⁷ an den Überlegungen des EuGH zum Arbeitskampfrecht.

Die Entscheidungen sind auch politisch hoch brisant. Denn das Ziel der Union seit dem Lissaboner Vertrag, soziale Werte und Binnenmarktpolitik in einen Einklang zu bringen, musste in beiden Fällen verwirklicht werden. Der EuGH hat, ungeachtet der Kritik an Ergebnis und methodischem Vorgehen in *Viking* und *Laval*, bei der konkreten Falllösung, die Herausforderung angenommen, das viel beschworene „soziale Defizit“ der Union anzugehen, indem er soziale Werte und Binnenmarktziele als plurale Einheit betrachtet. Der Konflikt konnte in dieser Schärfe nur zu Tage treten, weil der EuGH die Maßnahmen der Arbeitnehmervereinigungen⁸ unmittelbar an den Grundfreiheiten maß.

Der EuGH nimmt damit aber zugleich eine interventionistische Haltung ein, weil er in konkrete Auseinandersetzungen der Sozialpartner eingreift und über den Umweg über die Grundfreiheiten Grenzen für Arbeitskämpfe zieht. Dass die Grundfreiheiten gleichwohl auf Arbeitskämpfe mit grenzüberschreitendem Bezug anwendbar sein sollen, begründet der EuGH wie folgt: Er geht davon aus, dass Arbeitnehmervereinigungen im Verhältnis zu Unternehmen, die sich auf die Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit berufen, an die Grundfreiheiten gebunden sind und ihre Handlungen an ihnen messen lassen müssen. Dass der EuGH diesen extensiven Ansatz gewählt hat, um eine Prüfkompetenz zu erhalten, ist wenig überraschend. Revolutionär ist allerdings, dass der EuGH die Horizontalwirkung der Grundfreiheiten auch auf den Arbeitskampf erstreckt hat.⁹

Angesichts der massiven Kritik an Begründung und Ergebnis der Entscheidungen des EuGH in den Fällen *Viking* und *Laval* stellt sich die Frage, ob die vom EuGH angenommene Horizontalwirkung der Grundfreiheiten auch im Arbeitskampfrecht überzeugt. Dazu müssen Vorfragen geklärt werden: Zunächst stellt sich die Frage, auf welcher Grundlage sich eine Horizontalwirkung der Grund-

⁷ Kocher, AuR 2009, 332, 338, spricht etwa von „einem Tiefpunkt des Gemeinschaftsrechts“.

⁸ Im deutschsprachigen Schrifttum wird im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des EuGH zum Streikrecht nahezu durchgehend der Begriff „Gewerkschaft“ verwendet. Da dieser Begriff jedoch von der Rechtsprechung in Deutschland mit der Tariffähigkeit einer Arbeitnehmerkoalition gleichgesetzt wird und darüber hinaus auch mit anderen Rechtsfolgen verknüpft ist, soll hier der allgemeinere Begriff der Arbeitnehmervereinigung verwendet werden.

⁹ Joerges/Rödl, ELJ 2009, 1, 13 mit Fn. 59; Mestree, ELR 2008, 2, 8; Temming, ZESAR 2008, 231, 237.

freiheiten überhaupt begründen lässt. Sodann stellt sich die Frage, ob diese Überlegungen auf die Sozialpartner übertragen werden können.

Der vorliegende Beitrag analysiert, wie der EuGH die Bindung von Arbeitnehmervereinigungen – auch und gerade hinsichtlich von Arbeitskampfmaßnahmen – an die Grundfreiheiten in den Entscheidungen *Viking* und *Laval* herleitet und ob und wenn ja welche Voraussetzungen sich für eine Bindungswirkung daraus ableiten lassen. Dazu bedarf es nach einer kurzen Einführung (II. und III.) zunächst eines Blicks auf die bisherige Rechtsprechung des EuGH zur Horizontalwirkung der Grundfreiheiten (IV.), um anschließend die Argumentation des EuGH für eine Bindungswirkung der Arbeitnehmervereinigungen in *Laval* und *Viking* darzustellen (V.) und diese schließlich vor dem Hintergrund der Stimmen im Schrifttum und der bisherigen Judikatur kritisch zu würdigen (VI.).

II. Der Kontext der Entscheidungen *Viking* und *Laval*

Der Kontext der Entscheidungen *Viking* und *Laval* ist bemerkenswert. Beide Entscheidungen fallen in eine Zeit kurz nach der Osterweiterung, nach der das sozioökonomische Gefälle zwischen einzelnen Mitgliedstaaten besonders deutlich wurde.¹⁰ Die *Viking* und *Laval* zu Grunde liegenden Sachverhalte zeigen exemplarisch, worum es dabei gehen kann: Standortverlagerungen in das europäische Ausland oder Entsendung von Arbeitnehmern von Niedriglohn- in Hochlohnländer ohne Anpassung des Lohnniveaus. Aber auch bei Unternehmen mit mehreren Standorten in mehreren Mitgliedstaaten erscheinen grenzüberschreitende Wirkungen nicht unrealistisch zu sein. Paradigmatisch spiegelt sich der dadurch vorgezeichnete Konflikt in *Viking* und *Laval* wider. Zum einen ging es um die Verlagerung eines Betriebes in das europäische „Niedriglohn-Ausland“ (*Viking*), zum anderen um die Entsendung von Arbeitnehmern in Mitgliedstaaten mit einem höheren Lohnniveau (*Laval*).¹¹ Es klagten jeweils transnational tätige Unternehmen gegen Arbeitnehmervereinigungen unter Verweis auf eine Verletzung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten. Diese hingegen hatten versucht die Interessen der Arbeitnehmer daran zu schützen, dass ein Standortwettbewerb nicht zu ihren Lasten geht. Das setzt voraus, dass Einfluss auf die Sozialstandards bei grenzüberschreitenden Aktivitäten von Unternehmen genommen werden kann. Es stehen sich somit Parteien gegenüber, die sich typischerweise in einem gravierenden ökonomischen Interessenkonflikt befinden. Das im Unionsrecht angelegte Spannungsverhältnis zwischen sozialpolitischen Belangen und Binnenmarktzielen¹² tritt hier in aller Schärfe zu Tage.

¹⁰ Joerges/Rödl, ELJ 2009, 1, 10.

¹¹ Eine Zusammenfassung der beiden Sachverhalte findet sich etwa bei Schubert, RdA 2008, 289, 290.

¹² In Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV heißt es, dass die Union auf eine „in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt“, hinwirkt, die „soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen“ bekämpft und die „soziale Gerechtigkeit und sozialen Schutz“ fördert.

Die Tragweite der Entscheidungen wird auch daran deutlich, dass das ILO-Expertenkomitee für die Anwendungen und Empfehlungen von Konventionen in seinem Bericht kritisiert, dass die Grundsätze, die der EuGH in den Fällen *Viking* und *Laval* aufstellt, geeignet sind, das Streikrecht in einer so drastischen Weise einzuschränken, dass es der ILO-Konvention Nr. 98 entgegensteht. Es wird darauf verwiesen, dass im Kontext der Globalisierung die Konstellation, die *Viking* und *Laval* zu Grunde liegen, zukünftig vermehrt auftreten werden.¹³ In einer Schlussfolgerung („Decision“) über die Rechtslage in Schweden hat auch der Europäische Ausschuss für Soziale Rechte, der die Einhaltung der Europäischen Sozialcharta kontrolliert, festgestellt, dass die schwedische Gesetzgebung, die aufgrund des *Laval*-Urteils des EuGH eingeführt wurde, grundlegende Rechte aus der Europäischen Sozialcharta – wie das Recht auf Kollektivverhandlungen und das Streikrecht – verletzt.¹⁴

Nun kommt auch der EuGH nicht umhin, den grundsätzlichen Widerspruch zwischen den Binnenmarktfreiheiten und der Funktion von Tarifverträgen und Streiks aufzugreifen, die gerade darauf gerichtet sind, dem freien Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt Grenzen zu setzen.¹⁵ Nur geht der EuGH nicht den einfachen Weg über eine Bereichsausnahme, der ihm durchaus offen gestanden hätte, sondern will selbst entscheiden. Zur Begründung einer Bereichsausnahme der Streiksituation aus dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten hätte ihm eine Argumentation zur Seite gestanden, die er bereits gute zehn Jahre zuvor in dem Fall *Albany* entwickelt hatte. Der EuGH entschied, dass Tarifverträge grundsätzlich nicht unter das Kartellverbot aus Art. 105 AEUV (ex. Art. 85 EG) fallen. Mit Tarifverträgen zwischen Organisationen, die die Arbeitgeber und die Arbeitnehmer vertreten, seien zwar „zwangsläufig gewisse den Wettbewerb beschränkende Wirkungen verbunden“. Der Erreichung der mit derartigen Verträgen angestrebten sozialpolitischen Ziele sei aber ernsthaft gefährdet, wenn die Sozialpartner bei der gemeinsamen Suche nach Maßnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen dem Kartellverbot

¹³ Report III (1A), Bericht des ILO-Expertenkomitees für die Anwendungen und Empfehlungen von Konventionen, 24. 2. 2010, 99. Sitzung 2010, 208–209.

¹⁴ Europäischer Ausschuss für Soziale Rechte, Schwedischer Gewerkschaftsbund (LO) und Schwedische Zentralorganisation der Angestellten und Beamten (TCO)/Schweden, Beschwerde Nr. 85/2012, Entscheidung vom 3. 7. 2013.

¹⁵ Darauf wiesen die Arbeitnehmervereinigungen den EuGH ausdrücklich in *Viking*, vgl. EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 48 – *Viking* hin.

unterlägen.¹⁶ Mit anderen Worten: Tarifverträge können ihre sozialpolitische Aufgabe nicht erfüllen, wenn sie dem Wettbewerbsverbot unterliegen.¹⁷

Diese Ausnahme wollte der EuGH in *Viking* und *Laval* nicht übertragen.¹⁸ Die abstrakte Wertung, dass sozialpolitische Aushandlungssysteme durch die Anwendung des Wettbewerbsrechts gefährdet sind, ließ er in den beiden Fällen nicht gelten.¹⁹ Durch die Annahme einer Bindung der Sozialpartner an die Grundfreiheiten auch im Bereich des Arbeitskampfrechts hat der EuGH damit mit aller Gewalt seine Beteiligung am Diskurs über dieses Problem auch auf diesem Feld erzwungen. Dabei ist es ihm – ungeachtet der Frage, über die Berechtigung der Kritik an den Entscheidungen – grundlegend misslungen, Akzeptanz für seinen Lösungsweg zu erreichen. Die Entscheidungen haben dabei durchaus die Schlagkraft, den EuGH als Institution zu diskreditieren, jedenfalls aber die Frage aufgeworfen, ob seine gegenwärtige organisatorische Struktur verändert werden muss.²⁰

¹⁶ EuGH 21. 9. 1999 – C-60/96 Rn. 59 – *Albany*.

¹⁷ *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 100.

¹⁸ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 52,53 – *Viking* unter Verweis auf EuGH 16. 9. 2004 – C-400/02 – *Merida*; EuGH 15. 1. 1998 – C-15/96 Rn. 28 – *Schöning-Kougebotopoulou*; EuGH 24. 9. 1998 – C-35/97 – *Kommission/Frankreich*, wonach einzelne Regelungen in Tarifverträgen nicht dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten entzogen sind.

¹⁹ Sehr kritisch *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 100 f.

²⁰ *Jacobs/Münder/Richter*, Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht, 2017.

III. Problemstellung

Die beiden Entscheidungen *Viking* und *Laval* haben bei allen Unklarheiten im Detail zur Folge, dass Arbeitnehmervereinigungen bei ihren Kollektivmaßnahmen die Grundfreiheiten beachten müssen und sich Klagen von Unternehmen ausgesetzt sehen, die sich durch diese in ihrer grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Aktivität beeinträchtigt fühlen.²¹ Der Arbeitskampf steht damit auf dem unionsrechtlichen Prüfstand.

Die Entscheidungen *Viking* und *Laval* sind bekanntermaßen auch in anderer Hinsicht bedeutungsvoll: Die Arbeitnehmervereinigungen werden zwar an die Grundfreiheiten der bestreikten Unternehmen gebunden und ihre Maßnahmen daran gemessen. Der EuGH entwickelte jedoch zugleich das Recht auf Durchführung kollektiver Maßnahmen als ein Gemeinschaftsgrundrecht.²² Die Weichenstellung des EuGH, Kollektivmaßnahmen an den Grundfreiheiten zu messen, weist damit weit über die beiden Fälle hinaus. Sie führt zu der brisanten Frage, wie der Konflikt zwischen Grundfreiheiten und nationaler bzw. in Art. 28 der Europäischen Grundrechtecharta festgelegter Koalitionsfreiheit aufzulösen ist.²³

Weder in *Viking* noch in *Laval* stellt der EuGH in Frage, dass es sich bei den Arbeitnehmervereinigungen um private Akteure handelt.²⁴ Die Bindung der Arbeitnehmervereinigungen erfolgt dann aber „staatsähnlich“ in dem Sinne, dass sich die beteiligten Unternehmen ihnen gegenüber unmittelbar auf die Grundfreiheiten berufen können (Horizontalwirkung). Fest steht aber, dass sowohl die Auseinandersetzungen der Sozialpartner im Rahmen des Arbeitskampfes als auch ihre Vereinbarungen einer privatautonomen Sphäre zuzuordnen sind. Eine Arbeitsniederlegung ist kein staatliches Handeln, der Abschluss

²¹ Franzen, in: FS Buchner, 231, 237; Junker, SAE 2008, 209, 211.

²² EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 43 – *Viking*; EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 Rn. 91 – *Laval*; zu früheren Begründungsversuchen vgl. Sagan, Das Gemeinschaftsgrundrecht auf Kollektivmaßnahmen, 2008.

²³ Allgemein zur Auflösung des Konflikts zwischen europäischen Grundrechten und Grundfreiheiten: Kahl/Schwind, EuR 2014, 170.

²⁴ Implizit EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 60 – *Viking*; EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 Rn. 98 – *Laval*.

eines Kollektivvertrags grundsätzlich ebenso wenig. Die Annahme, dass die Grundfreiheiten in diesem Verhältnis Geltung beanspruchen können, ist daher keineswegs selbstverständlich. Vielmehr muss sie mit dem bestehenden System der Wirkung der Grundfreiheiten kompatibel gemacht werden. Daher sei hier zunächst der Stand der Rechtsprechung des EuGH dargestellt, bevor darauf eingegangen wird, ob die Bindung von Arbeitnehmervereinigungen an die Grundfreiheiten – gerade auch mit Blick auf den Arbeitskampf – tatsächlich überzeugt.

1. Vertikale Wirkung der Grundfreiheiten

Das unionsrechtliche Primärrecht, zu dem auch die Grundfreiheiten zählen, bindet zunächst nur die Mitgliedstaaten.²⁵ Dies ist nicht ausdrücklich im EUV oder AEUV so bestimmt,²⁶ ergibt sich jedoch aus dem zentralen Ziel der Union, den freien Waren-, Dienstleistungs-, Personen- und Kapitalverkehr unter fairen Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten.²⁷ Denn es sind typischerweise und in erster Linie staatliche Stellen, die in der Lage sind, den Marktteilnehmern wirkungsvolle Beschränkungen ihrer wirtschaftlichen Betätigung aufzuerlegen.²⁸ Die Grundfreiheiten wirken somit grundsätzlich und unstrittig *vertikal*, also zwischen dem Marktteilnehmer und dem Mitgliedstaat bzw. dem jeweiligen EU-Organ.²⁹ Dennoch kann auch in einem Rechtsstreit zwischen Privaten das

²⁵ EuGH 5. 2. 1962 – Rs. 26/62 – *van Gend & Loos* markiert den entscheidenden Schritt zur Anerkennung der unmittelbaren Anwendbarkeit des Primärrechts gegenüber nationalen Gerichten und Verwaltungsbehörden; diese gilt für sämtliche Träger von Staatsgewalt, gleichgültig auf welcher Organisationsebene, vgl. nur EuGH 8. 9. 2005 – C-554/03 und C-545/03 Rn. 28 – *Mobistar* zur Bindung auch von Gebietskörperschaften. Auf die staatliche Handlungsform kommt es nicht an, EuGH 24. 11. 1982 – Rs. 249/81 Rn. 3 – „*Buy Irish*“; EuGH 28. 9. 2006 – C-282/04 Rn. 22 – *Kommission/Niederlande*.

²⁶ Die textliche Fassung des Art. 30, 34 und 63 AEUV geht von einem Verbot von Beschränkungen „zwischen den Mitgliedstaaten aus“, identifiziert aber nicht den genauen Urheber der Maßnahme.

²⁷ *Pache*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 10 Rn. 43.

²⁸ Für die Warenverkehrsfreiheit etwa *Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEUV, AEUV, Art. 34 Rn. 25 f.

²⁹ Zur Frage der Horizontalwirkung ein umfängliches kontroverses Schrifttum: bejaht wird sie etwa von: *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, 2000; *Löwisch*, Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten, 2009; jüngst, allerdings einschränkend mit Blick auf den jeweiligen Zweck der Grundfreiheit: *Müller-Graff*, EuR 2014, 3. Demgegenüber wird die Direktwirkung teilweise auf die Rechts-

Unionsrecht relevant werden. Denn die nationalen Gerichte sind zur unionsrechtskonformen Auslegung verpflichtet.³⁰

2. Horizontale Wirkung der Grundfreiheiten

Eine der zentralen Aussagen der Urteile des EuGH in den Rechtsachen *Viking*³¹ und *Laval*³² ist, dass sich ein Unternehmen auch gegenüber einer Arbeitnehmervereinigung, die einen Arbeitskampf durchführt, auf die Grundfreiheiten aus Art. 49 AEUV (Niederlassungsfreiheit) bzw. Art. 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit) berufen kann.³³

a) Die Entscheidungen *Viking* und *Laval*

Normadressat der Grundfreiheiten sind also Subjekte des Privatrechts, in diesem Fall Arbeitnehmervereinigungen. Dazu heißt es im Urteil *Viking*:³⁴ „In Anbetracht dieser Erwägungen ist auf die zweite Frage zu antworten, dass Art. 43 EG geeignet ist, einem privaten Unternehmen Rechte zu verleihen, auf die es sich gegenüber einer Gewerkschaft oder einem Gewerkschaftsverband berufen kann.“ Und, weniger deutlich und mehr auf die konkreten Umstände des vorliegenden Falles abstellend in der Formulierung beim Gesamtergebnis der Ausführungen im Urteil *Laval*:³⁵ „...ist auf die erste Frage zu antworten, dass Art. 49 EG und Art. 3 der Richtlinie 96/71 dahin auszulegen sind, dass sie dem entgegenstehen, dass (...) eine gewerk-

setzung privater Verbände beschränkt, so dass rechtsgeschäftliche und faktische Verhaltensweisen nicht an den Grundfreiheiten gemessen werden können: *Jaensch*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 1997; *Jarass*, EuR 2000, 705, 715; *Roth*, in: FS Everling II, 1231, 1245 f.; *Röthel*, EUR 2001, 908; teilweise wird die unmittelbare Horizontalwirkung gänzlich abgelehnt, etwa von *Birkemeyer*, EuR 2010, 662, 667; *Kluth*, AöR 122, 557, 568 ff.; differenzierend *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, 2005; *Löwisch*, Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten, 2009, 30 ff.; *Canaris*, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle, Umwelt, Wirtschaft und Recht, 29, 32 f.

³⁰ Dieses Gebot wurde vor allem durch die Unionsgerichtsbarkeit konkretisiert, vgl. EuGH 10. 4. 1984 – Rs. 14/83 Rn. 26 – *von Colson und Kamann*; EuGH 30. 11. 1990 – C-106/89 Rn. 8 – *Marleasing*.

³¹ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 – *Viking*.

³² EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 – *Laval*.

³³ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 66 – *Viking*; EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 Rn. 97 f. – *Laval*.

³⁴ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 66 – *Viking*.

³⁵ EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 Rn. 97 f. – *Laval*.

schaftliche Organisation versuchen kann, durch eine kollektive Maßnahme in Form einer Baustellenblockade (...) einen in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleister dazu zu zwingen, mit ihr über die den entsandten Arbeitnehmern zu zahlenden Lohnsätze zu verhandeln und einem Tarifvertrag beizutreten (...)“.

Mit anderen Worten: Auch privat organisierte Arbeitnehmerverbände, die Arbeitskampfmassnahmen durchführen, sind an die Grundfreiheiten gebunden.³⁶

b) Die Bindung Privater an die Grundfreiheiten

Das Phänomen, dass neben den Mitgliedstaaten auch Private verpflichtet sein können, die Grundfreiheiten einzuhalten, und umgekehrt andere Private sich diesen gegenüber direkt auf die entsprechenden Vertragsbestimmungen des AEUV berufen können, ist dem Unionsrecht freilich nicht unbekannt.³⁷ Zur Umschreibung dieser Wirkungsweise der Grundfreiheiten werden üblicherweise Begriffe wie „unmittelbare Drittwirkung“ oder „unmittelbare Horizontalwirkung“ verwendet.³⁸ Der Begriff „Drittwirkung“ entstammt allerdings der deutschen Grundrechtslehre³⁹ und ist in nicht-deutschen Sprachräumen kaum verbreitet.⁴⁰ Daher soll im Folgenden der Begriff der Horizontalwirkung verwendet werden. Der EuGH selbst verwendet keinen dieser Begriffe, sondern umschreibt die Bindung lediglich.

³⁶ *Danwitz* ist allerdings der Auffassung, dass der EuGH in der Rechtssache *Viking* (lediglich) zu entscheiden hatte, ob sich ein Unternehmen gegenüber einer Arbeitnehmervereinigung auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann. Im „Wege der Perspektivumkehr“ habe das deutsche Schrifttum dann daraus die Frage der Bindung von Arbeitnehmervereinigungen an die Grundfreiheiten gemacht, *Danwitz*, EuZA 2010, 6, 10.

³⁷ Vgl. dazu die Nachweise oben in Fn. 20.

³⁸ Ebenda.

³⁹ Namentlich der Grundrechtskontroverse zwischen *H. C. Nipperdey* und *G. Dürig*, vgl., *Müller-Graff*, EuR 2014, 3, 7 m.w.N. Grundlegend zur objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte: BVerfG 15. 1. 1958, BVerfGE 7, 198 – *Lüth*.

⁴⁰ So findet sich in der englischsprachigen Literatur ausschließlich der Begriff „horizontal (direct) effect“. Darüber hinaus ist die Drittwirkung ein Thema, welches vor allem in der deutschen Rechtswissenschaft diskutiert wird, *Pötters*, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, § 2 Rn. 31.

c) Die Adressatenstellung als Problem

Die Annahme einer Horizontalwirkung müsste eigentlich überraschen. Denn auf den ersten Blick besteht kein Bedürfnis, private Akteure zu Adressaten der Grundfreiheiten zu machen. Im Gegensatz zum Staat haben sie keine legislative oder administrative Machtfülle, durch die sie gleichermaßen marktbeschränkend tätig werden können.⁴¹

Gleichwohl macht es sich eine solche Betrachtung zu einfach. Denn die Grenzen von hoheitlicher und privater Funktionsausübung sind fließender geworden.⁴² Private Akteure, insbesondere wenn sie in Interessenverbänden organisiert sind oder in anderer Form organisiert vorgehen, können durchaus wirtschaftliche Einflussmöglichkeiten besitzen und auf den Markt spürbaren Einfluss nehmen.⁴³ Zudem läuft die Grenzlinie zwischen öffentlichem und privatem Sektor auch in den Mitgliedstaaten unterschiedlich, so dass eine einheitliche Anwendung der Grundfreiheiten dadurch erschwert sein kann, dass dieselbe Aufgabe in einem Staat von privaten Akteuren, im anderen aber von staatlichen Stellen wahrgenommen wird. So verweist der EuGH in seiner Entscheidung in der Sache *Bosman* darauf, dass sich die Gefahr einer ungleichen Anwendung des Unionsrechts bei Beschränkungen der Anwendbarkeit auf behördliche Maßnahmen daraus ergebe, dass „die Arbeitsbedingungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten teilweise durch Gesetze oder Verordnungen und teilweise durch von Privatpersonen geschlossene oder vorgenommene Verträge oder sonstige Akte geregelt sind.“⁴⁴ Deswegen wird die Differenzierung zwischen privatem und öffentli-

⁴¹ *Pießkalla*, NZA 2007, 1144.

⁴² Das tritt besonders deutlich in den Entscheidungen des EuGH zu Sportverbänden als „privaten Normgebern“ zu Tage, wo Verbände als Wirtschaftssubjekte auf Grundlage eigener Initiative Normen setzen, die sich als für den Binnenmarkt relevant erweisen, etwa zuletzt EuGH 13. 4. 2000 – C-176/96 – *Lethonen* und EuGH 16. 3. 2010 – C-325/08 – *Olympique Lyonnais*; vgl. auch *Azoulay*, CML 2008, 1335, 1344 f.

⁴³ Dies zeigt sich anschaulich in den vom EuGH entschiedenen Fällen in den Sachen EuGH 9. 12. 1997 – C-265/95 – *Kommission/Frankreich* und EuGH 12. 6. 2003 – C-112/00 – *Schmidberger*. In der Sache *Kommission/Frankreich* führte ein gewalttätiger Protest französischer Landwirte zu massiven Einschränkungen des Warenverkehrs, in der Sache *Schmidberger* kam es auf Seiten des klagenden Transportunternehmens durch die Blockade der Brenner-Autobahn durch Umweltaktivisten zu hohen Verlusten.

⁴⁴ EuGH 15. 12. 1995 – C-415/93 Rn. 83 – *Bosman*; ebenso EuGH 16. 3. 2010 – C-325/08 Rn. 31 – *Olympique Lyonnais*: „Da die Arbeitsbedingungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten teilweise durch Gesetze oder Verordnungen und teilweise durch Tarifverträge und sonstige Maßnahmen, die von Privatpersonen geschlossen bzw.

chem Sektor, die letztendlich eine Zuordnungsentscheidung des nationalen Rechts ist, als Anknüpfungspunkt für die Bindung an die Grundfreiheiten abgelehnt.

In dieser Rechtsprechung kommt ein tiefes Misstrauen des EuGH gegenüber den Mitgliedstaaten zum Ausdruck. Die Rechtsprechung ist durch die Sorge beeinflusst, dass die effektive Durchsetzbarkeit des Unionsrechts beeinträchtigt wird, wenn die Mitgliedstaaten sich ins Privatrecht flüchten und sich so von der Pflicht zur Einhaltung des Unionsrechts befreien könnten. Vor diesem Hintergrund zeigt sich die Notwendigkeit, unter bestimmten Voraussetzungen auch Private an die Grundfreiheiten zu binden. Es stellt sich allerdings die Frage, ob diese Rechtsprechung auch mit Blick auf die Sozialpartner angewandt werden kann.

vorgenommen werden, geregelt sind, bestünde die Gefahr, dass eine Beschränkung der in Art. 45 AEUV vorgesehenen Verbote auf behördliche Maßnahmen zu Ungleichheiten bei seiner Anwendung führen würde.“

IV. Die Rechtsprechung des EuGH zur Bindung Privater an die Grundfreiheiten

Dazu muss die Rechtsprechung des EuGH zur Horizontalwirkung der Grundfreiheiten zwischen Privaten auf Handlungen der Sozialpartner übertragbar sein. Um zu klären, ob eine solche Annahme überzeugt, ist es erforderlich, sich zunächst die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zur Horizontalwirkung der Grundfreiheiten zu vergegenwärtigen. Denn der EuGH hat die Bindung Privater an die Grundfreiheiten sukzessive entwickelt und schrittweise ausgeweitet. Die diesen Entscheidungen zugrundeliegenden Konstellationen müssen daher im Blick behalten werden, wenn sich die Frage stellt, ob sich die Rechtsprechung auf die Situation eines Arbeitskampfes und die Beziehung der Sozialpartner zueinander übertragen lassen. Auch fragt sich, wie weit die Bindungswirkung reicht. Daher sollen hier zunächst noch einmal die Grundlagen für das „ob“ und „wie“ der Bindung Privater an die Grundfreiheiten herausgearbeitet werden.

1. Horizontalwirkung der einzelnen Grundfreiheiten

In der Rechtsprechung des EuGH lässt sich in Bezug auf die Anwendung der Horizontalwirkung anders als früher eine Differenzierung zwischen den einzelnen Grundfreiheiten nicht mehr deutlich erkennen. Der EuGH hat schon früh der Arbeitnehmerfreizügigkeit⁴⁵ und der Dienstleistungsfreiheit⁴⁶ sowie schließlich auch der Niederlassungsfreiheit⁴⁷ horizontale Wirkung zugeschrieben. Für die Warenverkehrsfreiheit hat er dies zunächst abgelehnt.⁴⁸ Später ließ er aber

⁴⁵ EuGH 12. 12. 1974 – Rs. 36/74 – *Walrave*, NJW 1975, 1093, Rn. 16/19; EuGH 14. 7. 1976 – Rs. 13/76 – *Dona*; EuGH 15. 12. 1995 – C-415/93 – *Bosman*; vgl. dazu Sagan in: *Preis/Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht 2015, § 1 Rz. 48.

⁴⁶ EuGH 11. 4. 2000 – verb. Rs. C-51/96 u. C-191/97 – *Deliège*.

⁴⁷ EuGH 19. 2. 2002 – C-309/99 – *Wouters* u.a.

⁴⁸ EuGH 1. 10. 1987 – Rs. 311/85 Rn. 30 – *VVR/Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*.

eine Tendenz in Richtung auf eine solche Bindung erkennen.⁴⁹ Für den freien Kapital- und Zahlungsverkehr ist über die Bindung von Privaten noch nicht entschieden.⁵⁰ Die Arbeitnehmerfreizügigkeit erweist sich aufgrund der hohen Anzahl an Fällen, die den EuGH erreicht haben, als die mit Abstand relevanteste Grundfreiheit, sofern es um die Frage der Horizontalwirkung geht.⁵¹

Nachdem der EuGH zumindest hinsichtlich aller Personenverkehrsfreiheiten eine Horizontalwirkung bejaht und sich dieser nun auch im Hinblick auf die Warenverkehrsfreiheit nicht mehr gänzlich verschlossen zeigt, wird nunmehr verbreitet davon ausgegangen, dass die Frage nach dem „ob“ der Horizontalwirkung, im Grunde für alle Grundfreiheiten gleich zu beantworten ist,⁵² und von einer „Konvergenz der Grundfreiheiten“ gesprochen.⁵³

Davon ist freilich die Frage zu unterscheiden, *inwieweit* der EuGH den Grundfreiheiten Horizontalwirkung zukommen lässt. Dies betrifft zum einen die Beschränkungsform (privatautonome Regelungen und faktisches Verhalten bzw. diskriminierende oder auch nicht-diskriminierende Beschränkung), zum ande-

⁴⁹ EuGH 12. 7. 2012, C-171/11 – *Fra.bo/DVGW*. Dazu ausf.: *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607; skeptisch *Schweitzer*, EuZW 2012, 765, 767; gegen eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung zur fehlenden Horizontalwirkung des Art. 34 bzw. Art. 35 AEUV auch *Kingreen*, in: *Callies/Ruffert*, AEUV, Art. 36 Rn. 112; *Schiek*, in: *Däubler*, TVG, Teil D Rn. 534. Die Fälle zur Warenverkehrsfreiheit hatte der EuGH bislang so gelöst, dass er bei dem Handeln Privater aus den Grundfreiheiten eine staatliche Schutzpflicht abgeleitet hatte, EuGH 9. 12. 1997 – C-265/95 – *Kommission/Frankreich*; EuGH 12. 6. 2003 – C-112/00 – *Schmidberger*, dazu sogleich unter II.3.d.

⁵⁰ Die Rechtsprechung zur Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit auf eine private Norm- und Zertifizierungsstelle EuGH 12. 7. 2012, C-171/11 – *Fra.bo/DVGW*, Rn. 21 ff. u. 27 ff. könnte aber durchaus so gedeutet werden; *Ress/Ukrow*, in: *GHN*, AEUV, Art. 63 Rn. 119.

⁵¹ EuGH 12. 12. 1974 – Rs. 36/74 – *Walrave*, NJW 1975, 1093, Rn. 16/19; EuGH 14. 7. 1976 – Rs. 13/76 – *Dona*; EuGH 15. 12. 1995 – C-415/93 – *Bosman*; EuGH 13. 4. 2000 – C-176/96 – *Lethonen*; EuGH 6. 6. 2000 – C-281/98 – *Angonese*; EuGH 17. 7. 2008 – C-94/07 – *Raccanelli*; EuGH 16. 3. 2010 – C-325/08 – *Olympique Lyonnais*.

⁵² *Franzen*, in: *FS Buchner*, 231, 236, der darauf hinweist, dass die Rechtsprechung des EuGH nicht auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit beschränkbar, sondern auf andere Grundfreiheiten übertragbar ist.

⁵³ *Burgi*, EWS 2009, 327, 328 m.w.N.; jüngst *Ludwigs/Weidermann*, Jura 2014, 152; dagegen etwa *Pießkalla*, NZA 2007, 1144, 1146; *Skouris*, DÖV 2006, 89 ff.; *Streinz*, SpuRt, 2000, 221, 225. Der EuGH sprach in EuGH 30. 4. 1998 – C-24/97 Rn. 11 – *Kommission/Deutschland* selbst davon, dass die Art. 48, 52, 59 EGV (Arbeitnehmerfreizügigkeit, Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit) auf „denselben Grundsätzen beruhen“.

ren die beschränkenden Akteure (kollektive und individuelle Beschränkungsformen).⁵⁴

Denn eine kollektive Maßnahme in Form eines Arbeitskampfes ist für sich genommen ein rein faktisches Handeln. Daraus folgt zwar eine Beschränkung in kollektiver Form. Dies wirkt sich allerdings meistens nicht-diskriminierend aus, so dass die Diskriminierungsverbote regelmäßig unanwendbar sind. Erforderlich, um hier zu einer Bindung zu kommen, ist also der Rückgriff auf die Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote. Diese hat der EuGH in *Viking* und *Laval* auch aktiviert. Die Kritik an den Entscheidungen betrifft mehrere Fragestellungen. Zunächst wird ganz prinzipiell die Lösung des EuGH über die Horizontalwirkung der Grundfreiheiten kritisiert (dazu 2.). Sodann wird geltend gemacht, diese müsse – grundsätzlich oder doch jedenfalls gegenüber Arbeitnehmervereinigungen – auf Diskriminierungsfälle begrenzt bleiben (dazu 3.), und schließlich lässt sich trefflich darüber streiten, ob sich die bisherige Rechtsprechung des EuGH zur Horizontalwirkung überhaupt auf die Konstellation eines Arbeitskampfes übertragen lässt (dazu 4.).

2. Die Kritik an der Horizontalwirkung der Grundfreiheiten

Die Kritik, die an der Rechtsprechung in *Viking* und *Laval* geübt wurde, ist auch vor dem Hintergrund einer allgemeinen Sorge hinsichtlich der Folgen einer horizontalen Wirkung der Grundfreiheiten im Privatrechtsverhältnis zu sehen.⁵⁵ So wirft etwa die Einordnung von Arbeitnehmervereinigungen als sog. „intermediäre Gewalten“ die Frage auf, ob und in welchem Umfang sich diese dann im Rahmen der Rechtfertigung von dem Vorwurf der Verletzung einer Grundfreiheit befreien können.⁵⁶ Außerdem muss man sich mit der Frage auseinan-

⁵⁴ *Kingreen*, in: Callies/Ruffert, AEUV, Art. 36 Rn. 112, spricht in diesem Zusammenhang von „partieller Grundrechtswirkung“. Zur Differenzierung zwischen Beschränkungsadressat und Beschränkungsform, vgl. *Müller-Graff*, EuR 2014, 3, 16 f. und 21 f.

⁵⁵ *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 94; *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EUArbR, GRC, Art. 28 Rn. 66; zu den einzelnen Einwänden *Müller-Graff*, EuR 2014, 3, 12 f.; eine ausführliche, über die Horizontalwirkung hinausgehende grundsätzliche Kritik an der Grundfreiheiten-Rechtsprechung des EuGH findet sich bei *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 112 f.; kritisch auch *Pache*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 10 Rn. 47.

⁵⁶ Vgl. zur Problematik *Azoulai*, CML 2008, 1335, 1346, sowie unten IV.1.e).

dersetzen, ob es nicht vorzugswürdig gewesen wäre, statt der Arbeitnehmervereinigungen den Staat in die (Schutz-)Pflicht zu nehmen.

a) Auseinandersetzung um die Horizontalwirkung an sich

Bekanntermaßen reicht die Bewertung der Annahme einer Horizontalwirkung der Grundfreiheiten von genereller Ablehnung⁵⁷ über differenzierende Lösungen⁵⁸ bis hin zum Befürworten der Horizontalwirkung.⁵⁹

Gegen die Annahme einer Horizontalwirkung wird neben dem Wortlaut der Grundfreiheiten, der Private nicht als Adressaten nennt, ein Umkehrschluss aus Art. 106 Abs. 2 AEUV angeführt.⁶⁰ Denn nur diese Vorschrift und die daran anknüpfenden Wettbewerbsregeln verpflichteten ausdrücklich Private, während dies dem Wortlaut der Grundfreiheiten nicht zu entnehmen sei.

Überdies passe die Konzeption der Horizontalwirkung nicht auf den Zuschnitt der Grundfreiheiten: Private seien gerade nicht dem Gemeinwohlinteresse verpflichtet und könnten sich daher nicht auf die Rechtfertigungsgründe, etwa die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit im Sinne der Art. 36, 44 und 52 AEUV oder zwingende *Allgemeininteressen* im Sinne der *Cassis*-Rechtsprechung berufen.⁶¹ Die genannten Rechtfertigungsgründe sind auf die Mitgliedstaaten als Adressaten zugeschnitten: Bei der öffentlichen Ordnung, der Sicherheit und der Sittlichkeit handelt es sich um klassische Gemeinwohlinteressen, zur deren Verteidigung Private grundsätzlich nicht aufgerufen sind. Sie verfolgten in aller Regel ausschließlich Individualinteressen. Schließlich seien die Konsequenzen dieser Rechtsprechung nicht absehbar und führten damit zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit. Jedes nur erdenkliche Privathandeln⁶² könne der Prüfung

⁵⁷ *Birkemeyer*, EuR 2010, 662, 667; *Kluth*, AöR 122, 557, 568 ff.

⁵⁸ *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, 2005. *Jaensch*, Die unmittelbare DRITTWIRKUNG der Grundfreiheiten, 1997; *Roth*, FS Everling II, 1231, 1245 f.; *Jarass*, EuR 2000, 705, 715; *Röthel*, EUR 2001, 908.

⁵⁹ *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, 2000; *Löwisch*, Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten, 2009; jüngst, allerdings einschränkend mit Blick auf den jeweiligen Zweck der Grundfreiheit: *Müller-Graff*, EuR 2014, 3.

⁶⁰ *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 97.

⁶¹ *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 97, der betont, dass sich die UEFA in der Rechtssache *Bosman* zu Recht auf dieses Argument gestützt hatte; *Streinzi/Leible*, EuZW 2000, 459, 461.

⁶² *Müller-Graff*, EuR 2014, 3, 18, „Der praktischen Phantasie beunruhigender Fragen sind insoweit keine Grenzen gesetzt.“

durch den EuGH ausgesetzt werden und für Private unabsehbare Haftungsfolgen auslösen.⁶³

Die Befürworter einer unmittelbaren Horizontalwirkung machen demgegenüber geltend, dass es bei der Beschränkung des Binnenmarkts vornehmlich auf die Wirkung einer Maßnahme ankomme und nicht auf deren Urheberchaft. So könnten sich auch Private an die Grundfreiheiten gebunden sehen, allerdings nur im Rahmen der jeweiligen Zielrichtung ihres Handelns.⁶⁴ Letztlich zielen diese Argumente, ebenso wie der *effet utile* Gedanke des EuGH, auf eine effektive und umfassende Beseitigung von Marktzugangshindernissen. Der Wortlaut der Grundfreiheiten sei neutral, so dass sich daraus keine exklusive Adressatenstellung der Mitgliedstaaten herleiten lasse.⁶⁵ Auch könne daraus, dass die Rechtfertigungsgründe nicht exakt passten, nicht per se geschlossen werden, dass eine Horizontalwirkung nicht in Frage komme.⁶⁶

b) Mitgliedstaatliche Schutzpflicht als Alternative zur Horizontalwirkung?

Da die Horizontalwirkung, insbesondere im Hinblick auf den weitreichenden Eingriff in die Privatautonomie, Kritik hervorgerufen hat,⁶⁷ stellt sich die Frage, ob es nicht eine behutsamere Möglichkeit gibt, privates Verhalten, welches sich der Ausübung der Grundfreiheiten in den Weg stellt, zu sanktionieren. Denn angesichts des Zwecks der Verträge, Handelshemmnisse umfassend zu beseitigen, kann privates Handeln nicht völlig aus dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ausgeklammert werden.

Der EuGH hat mit den Entscheidungen *Schmidberger* und *Kommission/Frankreich* über die Schutzpflichtenlösung⁶⁸ bereits ein Konzept entwickelt, welches ihm ermöglicht, die Grundfreiheiten auf privates Handeln anzuwenden, ohne dabei die beteiligten privaten Akteure unmittelbar als Adressaten der Grundfreiheiten einzuordnen. Im Schrifttum wurden die Entscheidungen *Schmidberger* und *Kommission/Frankreich* daher teilweise als Abkehr von der Rechtsprechung zur

⁶³ *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 98; *Davies*, ILJ 2008, 126, 137.

⁶⁴ *Müller-Graff*, EuR 2014, 3 ff.

⁶⁵ *Ludwigs/Weidermann*, Jura 2014, 152, 155; *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 461.

⁶⁶ *Burgi*, EWS 1999, 327, 329; *Ludwigs/Weidermann*, Jura 2014, 152, 155.

⁶⁷ *Birkemeyer*, EuR 2010, 662, 667; *Kluth*, AöR 122, 557, 568 ff.

⁶⁸ Dazu auch ausführlich unter III.4.d).

Horizontalwirkung angesehen.⁶⁹ Die fortlaufende Rechtsprechung zur Horizontalwirkung widerlegt indes eine solche Abkehr⁷⁰, weil der EuGH auch nach jenen Entscheidungen immer wieder auf das Konzept der Horizontalwirkung zurückgegriffen hat.

Gleichwohl wird teilweise an der Schutzpflichtenlösung als Alternative zur Horizontalwirkung festgehalten.⁷¹ Diese wahre die privatautonome Selbststeuerung⁷², verhindere also Eingriffe in die nationale Privatrechtsordnung, und trage außerdem dem Umstand Rechnung, dass so weiterhin nur die Mitgliedstaaten, wie von der Gemeinschaftsrechtsordnung und der Zielrichtung der Grundfreiheiten vorgegeben, in die Pflicht genommen werden könnten.⁷³ Außerdem werde so das Kompetenzgefüge nicht zu Lasten der Mitgliedstaaten verschoben: diesen bleibe es überlassen, ihre Privatrechtsordnung so auszugestalten, dass sie gemeinschaftskonform sei und derartige Beschränkungen nicht vorkämen.⁷⁴ Die Entscheidung darüber, welche Maßnahmen erlassen und angewendet werden müssen, um die Grundfreiheiten auf nationalem Hoheitsgebiet zu wahren, bliebe so dem nationalen Gesetzgeber und nicht der Rechtsprechung des EuGH überlassen.⁷⁵ Schließlich wird davor gewarnt, dass bei der Anerkennung der Horizontalwirkung der nationale Grundrechtsschutz letztlich durch einen unionsrechtlichen Grundrechtsschutz abgelöst würde.⁷⁶

Andere Stimmen in der Literatur halten dem entgegen, dass die Schutzpflichtenlösung weniger effektiv als die Annahme einer Horizontalwirkung sei.⁷⁷ Es wird daher dafür geworben, die Schutzpflichtenlösung als sinnvolle

⁶⁹ *Burgi*, EWS 1999, 327, 330 ff.; *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459; *Szczekalla*, DVBl. 1998, 219, 220.

⁷⁰ Vgl. nur EuGH 11. 4. 2000 – verb. Rs. C-51/96 u. C-191/97 – *Deliège*; EuGH 13. 4. 2000 – C-176/96 – *Lethonen*.

⁷¹ *Kingreen*, in: Callies/Ruffert, AEUV, Art. 36 Rn. 116; *Pache*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 10 Rn. 31; *Bachmann*, AcP 2010, 424, 472, der die Horizontalwirkung allerdings als *ultima ratio* zulassen möchte; *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 114 f.

⁷² *Pache*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 10 Rn. 31; *Bachmann*, AcP 2010, 424, 472, der die Horizontalwirkung allerdings als *ultima ratio* zulassen möchte.

⁷³ *Pache*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, § 10 Rn. 31; *Burgi*, EWS 1999, 327, 330 ff.

⁷⁴ *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 466.

⁷⁵ *Burgi*, EWS 1999, 327, 330 ff.; *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 466.

⁷⁶ *Forsthoff*, in: GHN, AEUV, Art. 45 Rn. 172.

⁷⁷ *Müller-Graff*, EuR 2014, 22.

Ergänzung und nicht als Alternative zur Horizontalwirkung zu sehen.⁷⁸ Im Sinne des *effet utile* könnten beide Ansätze, je nach Konstellation und Adressat, „wahlweise“ ins Spiel gebracht werden.⁷⁹

c) Befund

Ungeachtet der Frage, ob man die Rechtsprechung des EuGH zur Horizontalwirkung nun gänzlich ablehnt oder sie prinzipiell begrüßt, bleibt diese in der Welt und es ist nicht absehbar, dass der EuGH sie aufgibt. Die Diskussion schärft aber den Blick dafür, dass die Rechtsprechung alles andere als unproblematisch ist und erhebliche Folgeprobleme verursacht, insbesondere bei einer extensiven Handhabung. Darüber hinaus sollte davon Abstand genommen werden, die Diskussion auf eine Einzelfallperspektive zu verengen. Die Diskussion zeigt, dass aus der Perspektive einer kohärenten Rechtsordnung die Schutzpflichtenlösung Vorteile aufweist. Insofern sollte es zumindest zu einer Kontrollüberlegung kommen, ob eine Fragestellung nicht besser dem Gesetzgeber zur Lösung übergeben werden sollte, um eine stabile gesetzliche Regelung zu erreichen. Zu konstatieren ist allerdings auch, dass der EuGH darauf verweisen kann, dass sich einige Mitgliedstaaten renitent weigern, ihren Umsetzungsverpflichtungen aus EU-Richtlinien nachzukommen. Warum sollte er die Grundfreiheiten einem vergleichbaren Risiko des Leerlaufens ausliefern?

Jedenfalls dann, wenn man die Horizontalwirkung nicht prinzipiell ablehnt, stellt sich aber die Frage nach ihrer Ausgestaltung, insbesondere nach der Anwendung des Beschränkungsverbotes auch im Bereich der Horizontalwirkung.

3. Keine Beschränkung der Horizontalwirkung auf Diskriminierungsfälle

Der EuGH hat die Anwendung des Beschränkungsverbots der jeweiligen Grundfreiheit⁸⁰ auf Arbeitnehmervereinigungen weder in *Viking* noch in *Laval*

⁷⁸ *Ludwigs/Weidermann*, Jura 2014, 152, 162; *Müller-Graff*, EuR 2014, 22, der darauf hinweist, dass auch der EuGH selbst dies in der Rechtssache *Viking* so sehe; vgl. den Verweis auf EuGH, 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 72 – *Viking* (Fn. 147); *Röthel*, EUR 2001, 913; *Streinz*, SpuRt 2000, 221, 225.

⁷⁹ *Röthel*, EUR 2001, 914, die diese Alternativlösung aber auf Fälle von Verbandsnormen begrenzt.

⁸⁰ Diskriminierungsverbote aus Gründen der Staatsangehörigkeit stellen den Kern aller Grundfreiheiten dar. Beschränkungsverbote hingegen betreffen Hindernisse,

problematisiert.⁸¹ Er geht schlicht davon aus, dass diese beiden Grundfreiheiten auch in ihrer Eigenschaft als Beschränkungsverbote horizontale Wirkung entfalten.⁸² In beiden Entscheidungen stellt der EuGH darauf ab, dass die Aktionen der jeweils beteiligten Arbeitnehmervereinigungen die Ausübung der Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit „weniger attraktiv“ und „sogar zwecklos“ machen, bzw. die Aktionen geeignet sind den Gebrauch dieser Freiheiten „zu erschweren“. Dieses Kriterium der „Attraktivitätsverminderung des Marktzugangs“ verwendet der EuGH in ständiger Rechtsprechung für die Beschränkung der Dienstleistungs- bzw. Niederlassungsfreiheit,⁸³ sofern keine nach Staatsangehörigkeit differenzierende Regelung im Raume steht.

Man mag die Entscheidungen in dieser Hinsicht als Beispiele für eine nicht unproblematische extensive Grundfreiheiten-Rechtsprechung des EuGH auffassen.⁸⁴ Sie reihen sich jedoch nahtlos ein in eine Rechtsprechung, die schon seit langem Beschränkungen der Grundfreiheiten erfasst.⁸⁵ Bereits in der Sache *Bos-*

die sich aus der Vielfalt nationaler Regelungen oder Maßnahmen ergeben, die den Freiverkehr allein deshalb behindern, weil sie inhaltlich verschieden, nicht aber diskriminierend sind. Das bedeutet, dass nicht nur Benachteiligungen von Staatsangehörigen anderer Mitgliedsstaaten, sondern jede Einschränkung des Binnenmarktes an den Grundfreiheiten zu messen ist, vgl. EuGH, 11. 7. 1974 – Rs. 8/74 Rn. 5 – *Dassonville*. Den Grundstein dafür legte EuGH, 1. 7. 1969 – Rs. 24/68 Rn. 14 – *Statistikgebühr*.

⁸¹ Das schließt freilich nicht aus, dass der EuGH in *Laval* letztlich das schwedische Gesetz, welches eine Friedenspflicht nur gegenüber schwedischen Unternehmen vorsah, eindeutig als diskriminierend im Sinne des Gemeinschaftsrechts bewertet hat, EuGH, 18. 12. 2007 – C-341/05 Rn. 112 f. – *Laval*.

⁸² EuGH, 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 72 – *Viking*; EuGH, 18. 12. 2007 – C-341/05 Rn. 99 – *Laval*. In der Entscheidung wird ab Rz. 96 ff. die Kollektivmaßnahme als Beschränkung geprüft (ausdrücklich Rz. 99), gleiche Bewertung *Temming*, ZESAR 2008, 231, 237, 242.

⁸³ Vgl. nur exemplarisch für die st. Rspr. EuGH 9. 7. 1997 – C-222/95 Rn. 18 – *Parodi*; EuGH 23. 11. 1999 – C-369/96 Rn. 33 – *Arblade*, wonach die Dienstleistungsfreiheit auch unterschiedslose Beschränkungen erfasst, wenn sie „geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden (...) zu unterbinden, zu behindern oder *weniger attraktiv* zu machen“, Herv. durch Verf.

⁸⁴ *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 94, 124 f.

⁸⁵ Schon lange ist mit der *Dassonville*-Formel geklärt, dass jede nationale Regelung, die „geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“, einen Eingriff in die Grundfreiheiten darstellen kann, EuGH 11. 7. 1974 – Rs. 8/74 Rn. 5 – *Dassonville*; *Kingreen*, in: Calles/Ruffert, AEUV, Art. 36 Rn. 37 f.; *Leible/Strein*, in: GHN, AEUV, Art. 34 Rn. 62 f.; zur Reichweite der Entscheidung in Bezug auf kollektive Maßnahmen, *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 67 f.

man hatte der EuGH klargestellt, dass auch das in der Arbeitnehmerfreizügigkeit verankerte Beschränkungsverbot Horizontalwirkung entfalten kann.⁸⁶ Diese Rechtsprechung hat der EuGH in der Sache *Olympique Lyonnais*⁸⁷ und *Lethonen*⁸⁸ für die Arbeitnehmerfreizügigkeit fortgeführt und so dieser Grundfreiheit auch außerhalb von Diskriminierungen eine Horizontalwirkung zukommen lassen.⁸⁹

Insgesamt deutet die Rechtsprechung des EuGH nicht darauf hin, dass einzelne Grundfreiheiten aus der Bindungswirkung ausgenommen werden sollen, auch nicht in ihrer Eigenschaft als Beschränkungsverbote.⁹⁰ Der EuGH differenziert nicht zwischen diskriminierendem und diskriminierungsfreiem aber beschränkendem Privatverhalten. Diese Vorgehensweise hat er auch im Hinblick auf die Bindung der Arbeitnehmervereinigungen in *Viking* und *Laval* konsequent fortgeführt. Arbeitskampfmaßnahmen, die regelmäßig diskriminierungsfrei sind, können somit nicht unter diesem Gesichtspunkt dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten entzogen werden.⁹¹

Da die Grundfreiheiten sich durch die Rechtsprechung des EuGH mehr und mehr zu Beschränkungsverboten entwickelt haben,⁹² verschärft dies zugleich – nicht nur für den Arbeitskampf⁹³ – das Problem der Horizontalwirkung.⁹⁴ Denn

⁸⁶ EuGH 15. 12. 1995 – C-415/93 Rn. 96 – *Bosman*.

⁸⁷ EuGH 16. 3. 2010 – C-325/08 – *Olympique Lyonnais*.

⁸⁸ EuGH 13. 4. 2000 – C-176/96 – *Lethonen*.

⁸⁹ *Wißmann*, in: ErfK, AEUV, Art. 45 Rn. 16.

⁹⁰ *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 95; *Müller-Graff*, EuR 2014, 3, 14 f. Vgl. auch Schlussanträge des GA *Mengozi* vom 23. 5. 2007 – C-341/05 Rn. 224 m.w.N. In der Literatur mehren sich indes Stimmen, die die Wirkung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote generell zurückdrängen möchten, vgl. die Nachweise bei *Kingreen*, in: *Callies/Ruffert*, AEUV, Art. 36 Rn. 60, der auch darauf verweist, dass dies der Sichtweise von Generalanwalt *Maduro* entspreche, GA *Maduro*, Schlussanträge zu verb. Rs. C-158/04 und C-159/04, Ziff. 34, 41 f., 46 – *Alfa Vita Vassilopoulos*.

⁹¹ Es sei hier nochmals darauf hingewiesen, dass der EuGH in *Laval* die Maßnahme der Gewerkschaft am Beschränkungsverbot misst (s.o. Fn. 55, 56), sowie *Temming ZESAR* 2008, 231, 237, 242.

⁹² Vgl. *Schiek*, in: Däubler, TVG, Teil D Rn. 533 f.; *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EUArbR, GRC, Art. 28 Rn. 65; vgl. zur Ausprägung der Beschränkungsverbote bei den einzelnen Grundfreiheiten ausführlich: *Forsthoff*, in: GHN, AEUV, Art. 45 Rn. 264, Art. 49 Rn. 88 f. u. Art. 57 Rn. 97 ff. Zu einer umfassenden Kritik an der Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbot *Kluth*, in: *Callies/Ruffert*, AEUV, Art. 57 Rn. 57 f.

⁹³ *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 68, 94. Sowohl Niederlassungs- als auch Dienstleistungsfreiheit können mit Streikaktionen in Konflikt geraten, da der EuGH diese beiden als Beschränkungsverbote auffasst, *Fütterer*, EuZA 2011, 505,

so kann ein weit größeres Spektrum privaten Handelns in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten fallen. Zugespitzt wird angemerkt, dass einerseits der Arbeitnehmerfreizügigkeit eine „unionsrechtliche Garantie“ grenzüberschreitender Berufsfreiheit und andererseits der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit eine Garantie „grenzüberschreitender unternehmerischer Betätigung“ zukommt.⁹⁵ Die Kollisionspotentiale sind bei dieser Sichtweise erheblich. Wenn Maßnahmen Privater auch bei einer reinen, nicht nach der Staatsangehörigkeit differenzierenden Beschränkung an den Grundfreiheiten zu messen sind, stellt sich dringlichst die Frage nach der Eingrenzung dieser Vorgabe, sei es auf Tatbestands- oder Rechtfertigungsebene.⁹⁶

Die Brisanz⁹⁷ der Rechtsprechung ist erheblich, daher soll hier hinterfragt werden, ob die Anwendung des Beschränkungsverbots auf Arbeitskämpfmaßnahmen einer Arbeitnehmervereinigung mit Blick auf die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit nicht eigentlich einen systemischen Bruch mit der vorhergehenden Rechtsprechung des EuGH darstellt.

4. Fallgruppen zur Wirkung der Grundfreiheiten gegenüber Privaten

Die Analogie, die der EuGH in *Viking* und *Laval* zu seiner vorhergehenden Rechtsprechung zur Horizontalwirkung zieht, ist überaus fragwürdig. Um das zu zeigen, sei hier diese Rechtsprechung noch einmal nachgezeichnet und sodann auf ihre Übertragbarkeit überprüft.

Zu der Frage, ob auch private Akteure an die Grundfreiheiten gebunden sind, hat der EuGH drei Fallgruppen herausgebildet. Die erste betrifft Maßnahmen von Beliehenen, d.h. mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteten, oder staatlich kontrollierten Organisationen.⁹⁸ In der zweiten Fallgruppe geht es um kollektive

507. Auch bei der Warenverkehrsfreiheit ist durchaus denkbar, dass kollektive Maßnahmen, wie etwa die Weigerung einer Hafendarbeiter-Arbeitnehmervereinigung ein Schiff mit bestimmten Gütern nicht zu entladen, diese beeinträchtigen können, Beispiel von *Müller-Graff*, EuR 2014, 3, 15, Fn. 91.

⁹⁴ *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EUArbR, GRC, Art. 28 Rn. 65; speziell im arbeitsrechtlichen Kontext dazu *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 68; *Fütterer*, EuZA 2011, 505, 508; *Schubert*, RdA 2008, 289, 292.

⁹⁵ *Schiek*, in: Däubler, TVG, Teil D Rn. 535.

⁹⁶ *Kingreen*, in: Callies/Ruffert, AEUV, Art. 36 Rn. 61 f.; *Müller-Graff*, EuR 2014, 3, 19.

⁹⁷ *Temming ZESAR* 2008, 231, 241.

⁹⁸ Dazu unter a).

Regelwerke rein privater Einrichtungen, die von einer an sie delegierten oder autonomen Rechtssetzungsmacht Gebrauch machen.⁹⁹ Schließlich hat der EuGH Fälle zur Horizontalwirkung entschieden, bei denen ein einzelner Privater (Arbeitgeber), unabhängig von einer kollektiven Regelung, eine diskriminierende Individualvereinbarung getroffen hatte.¹⁰⁰

Daneben steht eine Rechtsprechungslinie, die Fälle über die „Schutzpflichtenlehre“ löst.¹⁰¹ Es handelt sich hier um Konstellationen, in denen zwar das faktische Handeln Privater die Ausübung der Grundfreiheiten behindert, allerdings der Staat Adressat der Grundfreiheiten bleibt.

a) Privates Handeln ist dem Staat zurechenbar/„Buy Irish“

Fälle, in denen das Handeln Privater dem Staat zurechenbar ist, betreffen Einrichtungen, die formal privatrechtlich organisiert sind, die sich hingegen bei näherer Betrachtung als „langer Arm“ des Staates herausstellen: sie werden von ihm finanziert, aufsichtsrechtlich kontrolliert oder sonst beherrscht.¹⁰² Diese Fallgruppe ist, sofern man einen funktionalen Staatsbegriff zu Grunde legt, streng genommen gar keine Frage der Horizontalwirkung, da hier dem Staat die privaten Verhaltensweisen zugerechnet werden können.¹⁰³ Vielmehr dürfte man sie in erster Linie mit dem Rechtsgedanken des Umgehungsverbots und dem Effektivitätsgrundsatz erklären können.

b) Intermediäre Gewalten/„Walrave“, „Bosman“ u.a.

Die zweite Fallgruppe betrifft privatrechtlich organisierte Einrichtungen, die kollektive Regelungen im Bereich des Wirtschaftslebens treffen. Die Entscheidungen betrafen mit den Fällen *Walrave*¹⁰⁴, *Doná*¹⁰⁵, *Bosman*¹⁰⁶, *Deliège*¹⁰⁷, *Letho-*

⁹⁹ Dazu unter b).

¹⁰⁰ Dazu unter c).

¹⁰¹ Dazu unter d).

¹⁰² *Pießkalla*, NZA 2007, 1144; EuGH 5. 11. 2002 – C-325/00 – *Kommission/Deutschland*, EuZW 2003, 23; EuGH 24. 11. 1982 – Rs. 249/81 – „*Buy Irish*“, NJW 1983, 2755. Eine solche Beherrschung hat der EuGH beispielsweise bei der deutschen CMA (Centrale Marketing-Gesellschaft der deutschen Agrarwirtschaft mbH) angenommen.

¹⁰³ Ausdrücklich von Zurechnung zum Staat spricht der EuGH in EuGH 5. 11. 2002 – C-325/00 Rn. 20 – *Kommission/Deutschland*; *Kingreen*, in: Callies/Ruffert, AEUV, Art. 36 Rn. 111; *Müller-Graff*, EuR 2014, 3, 6.

¹⁰⁴ EuGH 12. 12. 1974 – Rs. 36/74 – *Walrave*, NJW 1975, 1093, Rn. 16/19.

¹⁰⁵ EuGH 14. 7. 1976 – Rs. 13/76 – *Doná*, NJW 1976, 2068 (Ls.), BeckRS 2004, 71499 Rn. 17/18.

nen¹⁰⁸ und schließlich *Olympique Lyonnais*¹⁰⁹ überwiegend Sportverbände (Fußball, Rad-, Judo- und Basketballsport). In den Fällen ging es um Regelungen verschiedenster Art, die in den vereins- oder verbandsinternen Regelwerken verankert waren. So etwa die Regelung, dass beim Radrennen Schrittmacher und Radfahrer nur dieselbe Staatsangehörigkeit haben dürfen,¹¹⁰ oder Satzungsregelungen, die die Zahlung einer Ablösesumme beim Wechsel vom einen zu einem anderen Fußballverein verlangten.¹¹¹

In der Sache *Wouters* ging es um die kollektive Regelung der niederländischen Rechtsanwaltskammer, also eines Standesverbandes, die einen Zusammenschluss von Rechtsanwaltssozietäten mit bestimmten anderen Berufsgruppen verbot. Kernaussage der genannten Entscheidungen ist, dass die Personenverkehrsfreiheiten (Art. 45, 49 und 56 AEUV) sich auch auf Regelwerke kollektiver Art erstrecken, die die abhängige Erwerbstätigkeit, die selbstständige Arbeit und die Erbringung von Dienstleistungen regeln. Für diese Fallgruppe, für die kennzeichnend ist, dass der jeweiligen Einrichtung eine der staatlichen Rechtssetzung vergleichbare Rechtssetzung möglich ist, hat sich vornehmlich im deutschen juristischen Sprachgebrauch der Begriff der „intermediären Gewalten“ etabliert.¹¹²

Der EuGH begründet die Anwendung der Grundfreiheiten in diesen Fällen damit, dass die Beseitigung der Hindernisse für den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr gefährdet wäre, wenn die Wirkung der Beseitigung staatlicher Schranken dadurch wieder aufgehoben würde, dass nicht dem öffentlichen Recht unterliegende Vereinigungen und Einrichtungen kraft ihrer rechtlichen Autonomie derartige Hindernisse wieder aufrichten könnten.¹¹³

Grundlage dieser Rechtsprechung des EuGH ist der Grundsatz des *effet utile*. Die Beschränkungsverbote sind so konzipiert, dass sie auf einen funktionieren-

¹⁰⁶ EuGH 15. 12. 1995 – C-415/93 Rn. 83 – *Bosman*.

¹⁰⁷ EuGH 11. 4. 2000 – verb. Rs. C-51/96 u. C-191/97 – *Deliège*, EuZW 2000, 371 Rn. 47.

¹⁰⁸ EuGH 13. 4. 2000 – C-176/96 – *Lethonen*.

¹⁰⁹ EuGH 16. 3. 2010 – C-325/08 – *Olympique Lyonnais*.

¹¹⁰ EuGH 12. 12. 1974 – Rs. 36/74 – *Walrave*, NJW 1975, 1093.

¹¹¹ EuGH 15. 12. 1995 – C-415/93 – *Bosman*.

¹¹² Der Begriff wurde geprägt von *Roth*, in: FS Everling II, 1246.

¹¹³ EuGH 12. 12. 1974 – Rs. 36/74 – *Walrave*, NJW 1975, 1093, Rn. 16/19; EuGH 14. 7. 1976 – Rs. 13/76 – *Dona*, NJW 1976, 2068 (Ls.), BeckRS 2004, 71499 Rn. 17/18; EuGH 15. 12. 1995 – C-415/93 Rn. 83 – *Bosman*; EuGH 11. 4. 2000 – verb. Rs. C-51/96 u. C-191/97 – *Deliège*, EuZW 2000, 371 Rn. 47; EuGH 19. 2. 2002 – C-309/99 – *Wouters u.a.*, EuZW 2002, 172, Rn. 120.

den Binnenmarkt zielen. So soll die Geltung der Grundfreiheiten aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht nicht an der Grenzziehung zwischen staatlicher und privater Funktionsausübung scheitern.¹¹⁴ Spitzt man diese Sichtweise zu, ist es letztlich unerheblich, ob der Staat, ein privater Verband oder ein Einzelner Urheber einer Beschränkung ist.¹¹⁵ Im Grunde zeigt sich hier die Besorgnis des EuGH, die Mitgliedstaaten könnten private Verbände nutzen, um das Unionsrecht in seiner Effektivität zu beeinträchtigen.

Andererseits argumentiert der EuGH mit der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts: In den Fällen, in denen es um Arbeitsbedingungen ging, stützt sich der EuGH auch darauf, dass (gerade) die Arbeitsbedingungen je nach Mitgliedstaat in unterschiedlicher Weise und auf unterschiedlicher Ebene durch Gesetze und Verordnungen oder durch Verträge und sonstige Rechtsgeschäfte, die von Privatpersonen geschlossen oder vorgenommen werden, geregelt werden. So bestünde bei einer Beschränkung des Diskriminierungs- bzw. Beschränkungsverbots auf staatliche Maßnahmen die Gefahr, dass es zu einer uneinheitlichen Anwendung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten kommt.¹¹⁶

Im Bereich der Personenverkehrsfreiheiten entspricht es gefestigter Rechtsprechung des EuGH, dass sich nicht nur staatliche Maßnahmen, sondern auch sonstige (private) Regelwerke kollektiver Art an den Grundfreiheiten messen lassen müssen. Diese Fallgruppe betrifft mit Sport- und Berufsverbänden „private Normgeber“, die ihr Innenrecht durch Satzung regulieren. Gleichzeitig verfügen diese Verbände über wirtschaftliche Macht, die sich aus einer sachlich-räumlichen Monopolstellung ergab.¹¹⁷ Daraus ergibt sich eine Differenzierung bei der Begründung der Anwendbarkeit der Grundfreiheiten: Zum einen stellt der EuGH auf die quasi-legislative Befugnis der Verbände ab. Die Regelungen sind zwar privater Natur, die Verbandsautonomie garantiert jedoch die (rechtliche) Befugnis zur Rechtssetzung in eigenen (inneren) Angelegenheiten („... kraft ihrer rechtlichen Autonomie“).¹¹⁸ Zum anderen müssen die internen Verbands-

¹¹⁴ Heuschmid, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 94; Röthel, EUR 2001, 911.

¹¹⁵ Müller-Graff, EuR 2014, 3, 9.

¹¹⁶ EuGH 12. 12. 1974 – Rs. 36/74 – *Walrave*, NJW 1975, 1093, Rn. 16/19; EuGH 15. 12. 1995 – C-415/93 Rn. 84 – *Bosman*.

¹¹⁷ Herdegen, Europarecht, Rn. 284; Ehlers, Jura 2001, 266, 274; Röthel, EUR 2001, 912.

¹¹⁸ EuGH 12. 12. 1974 – Rs. 36/74 – *Walrave*, NJW 1975, 1093 Rn. 16/19; EuGH 15. 12. 1995 – C-415/93 Rn. 83 – *Bosman*; EuGH 11. 4. 2000 – verb. Rs. C-51/96 u. C-191/97 Rn. 47 – *Deliege*; EuGH 13. 4. 2000 – C-176/96 Rn. 35 – *Lethonen*; EuGH 19. 2. 2002 – C-309/99 Rn. 120 – *Wouters u.a.* Die Vereinsautonomie ist auch auf europäischer Ebene anerkannt, vgl. Art. 12 GRC, Art. 11 EMRK, Röthel, EUR 2001, 908, 913.

normen auch staatsgleiche *Wirkung* erzeugen können („... *derartige* Hindernisse“).¹¹⁹ Es ist nicht verwunderlich, dass auch im Schrifttum immer wieder auf die „(soziale) Macht“ der Verbände abgestellt und gefordert wird, dass die Bindungswirkung nur solche privaten Verbände erfassen soll, die anstelle des Staates oder mit vergleichbarer Wirkung tätig werden.¹²⁰ Allerdings wird Letzteres durch die *effet-utile*-Argumentation des EuGH nur impliziert; auf die Monopolstellung der Verbände, also den faktischen Machtfaktor, wird in den Entscheidungen nicht ausdrücklich Bezug genommen.¹²¹

Die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten folgt in den hier geschilderten Konstellationen daraus, dass die angesprochenen (Wirtschafts-)Verbände kraft der ihnen verliehenen (rechtlichen) Autonomie quasi-staatlich agieren können und gleichzeitig das Potential haben, die Freiheit des Einzelnen gleichermaßen wie die Mitgliedstaaten selbst zu beeinträchtigen. Allerdings betrafen diese Fälle ausnahmslos Konstellationen, in denen Verbände gegenüber ihren Mitgliedern wirkende interne Regularien festlegten.

c) Private ergreifen (individuelle) diskriminierende Maßnahmen

Des Weiteren ist noch auf eine Rechtsprechungslinie einzugehen, die im Wesentlichen in den Rechtssachen *Angonese*¹²², *Raccanelli*¹²³ und *Erny*¹²⁴ entwickelt wurde. Dabei ging es um die Bindung Privater an die Grundfreiheiten, ohne dass es dabei um kollektive Maßnahmen ging. Betroffen waren individualvertragliche Vereinbarungen, die von Einzelnen (Arbeitgeber) vorgegeben worden waren.

In der Sache *Angonese*¹²⁵ entschied der EuGH, dass das in der Arbeitnehmerfreizügigkeit verankerte Diskriminierungsverbot nicht nur privat geführte Verbän-

¹¹⁹ *Kingreen*, in: Callies/Ruffert, AEUV, Art. 36 Rn. 112: Tragend sei insoweit die Begründung, dass die private der staatlichen Normsetzung funktional entspricht.

¹²⁰ *Streinz*, Europarecht, Rn. 850 („Ungleichgewicht durch Verbandsmacht“); *Kainer*, JuS 2000, 431, 432 („marktbeherrschend oder staatsähnlich“); *Birkemeyer*, EuR 2010, 662, 667; *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 465; *Jaensch*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 1997, 266, 285; „Kriterium der Unentrinnbarkeit“: *Ludwigs/Weidermann*, Jura 2014, 152, 156.

¹²¹ *Röthel*, EUR 2001, 912.

¹²² EuGH 6. 6. 2000 – C-281/98 – *Angonese*.

¹²³ EuGH 17. 7. 2008 – C-94/07 – *Raccanelli*.

¹²⁴ EuGH 28. 6. 2012 – C-172/11 – *Erny*.

¹²⁵ EuGH 6. 6. 2000 – C-281/98 – *Angonese*.

de, sondern auch einzelne Arbeitgeber verpflichten kann.¹²⁶ In dem Fall hatte sich der Kläger gegen die Praxis einer Privatbank in Bozen gewandt, die zum Nachweis der Zweisprachigkeit nur eine in Bozen ausgestellte Bescheinigung akzeptierte. Der EuGH bezog sich dabei auf die *Defrenne II*-Entscheidung¹²⁷, die zum Diskriminierungsverbot aus Art. 157 AEUV erging. In dieser sah der EuGH das Gebot der Entgeltgleichheit für Männer und Frauen durch eine arbeitsvertragliche Regelung verletzt, nach der das weibliche Bordpersonal mit dem 40. Lebensjahr aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden musste. Das in Art. 157 Abs. 1 AEUV (ex. Art. 119 Abs. 1 EGWV) verankerte Diskriminierungsverbot ist seither nicht nur für die öffentlichen Behörden verbindlich, sondern erstreckt sich „auf alle Tarifverträge und privatrechtlichen Verträge, die abhängige Erwerbstätigkeit kollektiv regeln“.¹²⁸ Der EuGH begründet die unmittelbare Anwendung des Verbots mit dem „zwingenden Charakter“¹²⁹ der Vorschrift. Außerdem schliesse „die Tatsache, dass bestimmte Vertragsvorschriften ausdrücklich die Mitgliedstaaten ansprechen, nicht aus, dass zugleich allen an der Einhaltung der so umschriebenen Pflichten interessierten Privatpersonen Rechte verliehen sein können.“¹³⁰

Diese Rechtsprechung hat der EuGH im Urteil in der Rechtssache *Angonese*¹³¹ auch auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit ausgeweitet. Eine Bindung Privater müsse „erst Recht“ hinsichtlich Art. 45 AEUV und dem dortigen Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit bestehen, weil diese Vorschrift gleichermaßen eine Nichtdiskriminierung auf dem Arbeitsmarkt gewährleisten wolle.¹³² In der Entscheidung *Raccanelli*¹³³ wurde diese Rechtsprechung bestätigt.¹³⁴ In beiden Fällen hat der EuGH somit die Wirkung der Arbeitnehmerfrei-

¹²⁶ Das Urteil hat eine Welle der Kritik und eine Diskussion unter dem Stichwort der unmittelbaren DRITTWIRKUNG der Grundfreiheiten ausgelöst, vgl. dazu *Birkemeyer*, EuR 2010, 662, 664.

¹²⁷ EuGH 8. 4. 1976 – Rs. 43/75 – *Defrenne II*.

¹²⁸ EuGH 8. 4. 1976 – Rs. 43/75 Rn. 38/39 – *Defrenne II*.

¹²⁹ EuGH 8. 4. 1976 – Rs. 43/75 Rn. 38/39 – *Defrenne II*.

¹³⁰ EuGH 8. 4. 1976 – Rs. 43/75 Rn. 30/34 – *Defrenne II*.

¹³¹ EuGH 6. 6. 2000 – C-281/98 – *Angonese*.

¹³² EuGH 6. 6. 2000 – C-281/98 Rn. 35 – *Angonese*, EuZW 2000, 468.

¹³³ EuGH 17. 7. 2008 – C-94/07 – *Raccanelli*.

¹³⁴ Das methodische Vorgehen des EuGH, der scheinbar von einer unmittelbaren Drittwirkung des allgemeinen Diskriminierungsverbots ausgeht und diesen auf die speziellen Diskriminierungsverbote (aufgrund des Geschlechts oder der Staatsangehörigkeit) ungeachtet dessen ausdehnt, ob sie in einer Grundfreiheit formuliert sind, hat sich erheblicher Kritik ausgesetzt gesehen, vgl. nur *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 94; *Repasi*, EuZW 2008, 529, 532 rügt ebenfalls das methodische Vorgehen und wirft dem EuGH vor, Rechtspolitik zu betreiben, da er bei

zügigkeit auf Einzelmaßnahmen Privater (also nicht privatrechtlich organisierte Verbände, sondern „einfache“ einzelne Arbeitgeber) ausgedehnt.¹³⁵

Die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten folgt hier also aus dem diskriminierenden Charakter einer Regelung im Bereich abhängiger Erwerbstätigkeit. Der jeweilige Kläger befand sich als abhängig Beschäftigter bzw. als Bewerber für eine abhängige Erwerbstätigkeit in dem im Arbeitsverhältnis typischen Über-/Unterordnungsverhältnis zu dem Beklagten und nicht in dem für Privatrechtsverhältnisse typischen Austauschverhältnis.

d) Daneben: Schutzpflichtenkonstellation

Schließlich sind Entscheidungen des EuGH von Bedeutung, die sich unter dem Stichwort der Schutzpflichtenkonstellation oder Schutzpflichtenlösung zusammenfassen lassen. Eine solche Konstellation liegt vor, wenn ein den freien Binnenmarkt behinderndes Verhalten Privater vorliegt, hier allerdings der Mitgliedstaat, auf dessen Hoheitsgebiet die Beschränkung stattfindet, in die Pflicht genommen wird. Außerdem ist die Behinderung des Binnenverkehrs nicht, wie in den oben unter b) beschriebenen Fällen „normkausal“, d.h. geht nicht von einer privaten Normsetzung, sondern von rein faktischem Verhalten Privater aus.

Zu nennen sind hier die Fälle *Schmidberger*¹³⁶ und *Kommission/Frankreich*¹³⁷ (*Obstkriege*) in denen es um Blockaden ging. Im Fall *Kommission/Frankreich*, der Gegenstand eines durch die Kommission eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens war, ging es um gewaltsame Proteste französischer Landwirte, die sich gegen die Einfuhr ausländischer Agrarprodukte richteten. Im Fall *Schmidberger* blockierten Umweltaktivisten die Brenner-Autobahn. Die Blockaden waren jeweils von den zuständigen Behörden nicht unterbunden worden.

Der EuGH entschied, dass die Mitgliedstaaten grundsätzlich die Grundfreiheiten auch vor Betätigungen Privater schützen müssen.¹³⁸ Die Warenverkehrsfreiheit sei nicht nur dann anwendbar, wenn der Staat selbst Handelshemmnisse

der staatlich geförderten Max-Planck-Gesellschaft durchaus auf das Zurechnungsmodell hätte zurückgreifen können.

¹³⁵ *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 94; *Pießkalla*, NZA 2007, 1144, 1146.

¹³⁶ EuGH 12. 6. 2003 – C-112/00 – *Schmidberger*.

¹³⁷ EuGH 9. 12. 1997 – C-265/95 – *Kommission/Frankreich*.

¹³⁸ EuGH 9. 12. 1997 – C-265/95 Rn. 30/31 – *Kommission/Frankreich*; EuGH 12. 6. 2003 – C-112/00 Rn. 59 f. u. 79 – *Schmidberger*.

hervorrufe, sondern auch, wenn er gegenüber Behinderungen durch Private untätig bleibe. Hergeleitet wurde diese Schutzpflicht aus der Grundfreiheit selbst in Verbindung mit dem Prinzip der Unionstreue gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV (ex. Art. 5 EGV). Allerdings besitzen die Mitgliedstaaten hinsichtlich der zu ergreifenden Maßnahmen und bei der Berücksichtigung entgegenstehender Grundrechte der Störer einen weiten Ermessensspielraum.¹³⁹ Zudem können in solchen Fällen die nationalen Grundrechte als ungeschriebene Rechtfertigungsgründe aktiviert werden, sofern sie im Unionsrecht eine Entsprechung finden.¹⁴⁰ Als solche Rechtfertigungsgründe hat der EuGH im Fall *Schmidberger* die Meinungsäußerungsfreiheit und das Recht auf friedliche Versammlung anerkannt.¹⁴¹

Diese Rechtsprechung ist für die Sozialpartner durchaus von Relevanz. Denn auf den ersten Blick könnten die vom EuGH angenommene staatliche Interventionspflicht und ihre Grenzen bei dem rein faktischen Verhalten Privater bei Streiks eine Rolle spielen.¹⁴² Die Frage wäre dann, ob das Nichteinschreiten des Staates gegen eine Arbeitsniederlegung (Unterlassen) bzw. gegen eine Blockade (Handeln) durch das grundrechtlich garantierte Recht auf Koalitionsmaßnahmen gerechtfertigt sein kann.¹⁴³

Die genannten Entscheidungen stehen insoweit „neben“ den Fallgruppen zur Horizontalwirkung, als sie gerade nicht zu einer Verpflichtung Privater auf die Grundfreiheiten führen, sondern darauf abstellen, dass die Handlungen privater Akteure Grundfreiheiten beschränken können und damit die Schutzpflichtdimension der Grundfreiheiten betreffen.¹⁴⁴

¹³⁹ EuGH 12. 6. 2003 – C-112/00 Rn. 74 ff. – *Schmidberger*.

¹⁴⁰ EuGH 12. 6. 2003 – C-112/00 Rn. 79 – *Schmidberger*, BeckEuRS 2003, 277526.

¹⁴¹ EuGH 12. 6. 2003 – C-112/00 Rn. 69 ff. u. 79 – *Schmidberger*.

¹⁴² Verneinend unter Berufung auf Art. 2 VO 2679/98 (Binnenmarktverordnung), der vorsieht, dass die Verordnung nicht so ausgelegt werden darf, dass Streiks oder andere im jeweiligen Mitgliedstaat zulässige Arbeitskämpfmaßnahmen beschränkt werden, *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 132; *Holoubek*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, GRC, Art. 28 Rn. 25.

¹⁴³ *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EUArbR, GRC, Art. 28 Rn. 80 f., die darauf hinweist, dass nur Arbeitskämpfe, die gezielt oder bewusst die Ausfuhrfreiheit beschränken und somit diskriminierende Folgen haben, die Warenverkehrsfreiheit verletzen könnten. Ähnlich *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 116 f.

¹⁴⁴ Auf die vom EuGH entwickelte Konzeption der „Schutzpflichtenkonstruktion“ aus dem Fall *Kommission/Frankreich* verweist *Temming*, ZESAR 2008, 231, 237.

Die Lösung über die Schutzpflichten findet sich auch in der deutschen Grundrechtsdogmatik.¹⁴⁵ Danach strahlen die Grundrechte auf die Privatrechtsordnung aus bzw. wirken im Wege ihre Schutzgebotsdimension auf diese ein.¹⁴⁶ Eine unmittelbare Adressatenstellung der Grundrechtsträger wird dadurch vermieden. Bezeichnenderweise ergingen vom EuGH mit der Schutzpflichtenlösung entschiedene Fälle zur Warenverkehrsfreiheit, also einer Grundfreiheit, der der EuGH erst nach anfänglich ablehnender Haltung zögerlich eine Horizontalwirkung zuerkannt hat. In den genannten Entscheidungen wurde die nach Ansicht des EuGH fehlende Horizontalwirkung durch die Schutzpflichtenlösung ausgeglichen. Überdies hatte der EuGH bislang nur in diesen beiden Entscheidungen – bis auf die hier zur Diskussion stehenden Fälle *Viking* und *Laval* – über die Behinderung durch Private ohne jeglichen normativen Charakter zu urteilen.¹⁴⁷

e) Bindung der Tarifvertragsparteien an die Grundfreiheiten

Allerdings hat sich der EuGH bereits speziell mit Regelungen befasst, die Sozialpartner im Rahmen ihrer rechtlichen Autonomie aufstellten. Der EuGH hat daher Tarifverträge schon seit längerer Zeit etwa im Hinblick auf Vorgaben für Altersgrenzen¹⁴⁸, berücksichtigungsfähige Zeiten für Betriebsrenten¹⁴⁹ oder Regelungen zu Lebensaltersstufen¹⁵⁰ zum Gegenstand seiner Prüfung gemacht. Tarifverträge sind nach dieser Rechtsprechung an das unmittelbar wirkende unionsrechtliche Primärrecht und damit an die Grundfreiheiten sowie an unmittelbar wirkende Verordnungen gebunden.¹⁵¹ Auch im Hinblick auf Beschränkungen hat der EuGH in seiner bisherigen Rechtsprechung, insbesondere zur Dienstleistungsfreiheit, keinen Zweifel daran gelassen, dass Art. 56 und 57

¹⁴⁵ Forsthoff, in: GHN, AEUV, Art. 45 Rn. 172; ähnlich Temming, ZESAR 2008, 231, 237, der allerdings darauf hinweist, dass der EuGH in *Viking* und *Laval* gerade nicht den Weg der mittelbaren Drittwirkung bzw. Schutzpflichtenlösung gewählt hat; weiterführend Burgi, EWS 1999, 327, 329.

¹⁴⁶ Frieling, in: NK-GA, GG, Art. 3 Rn. 50.

¹⁴⁷ Aus diesem Grund war dem EuGH in den Fällen *Viking* und *Laval* der Weg über die Schutzpflichtenlösung eröffnet, vgl. Temming, ZESAR 2008, 231, 237; dazu unten IV.3.

¹⁴⁸ EuGH 13. 9. 2011 – C-447/09 – Prigge.

¹⁴⁹ EuGH 15. 1. 1998 – C-15/96 – Schöning-Kougebetopoulou.

¹⁵⁰ EuGH 9. 11. 2011 – C-297/10 – Hennigs.

¹⁵¹ Grundlegend BAG 6. 7. 1974, AP EWG-Vertrag Art. 177 Nr. 7; EuGH 12. 2. 1974, AP EWG-Vertrag, Art. 177 Nr. 6; Franzen, in: ErfK, TVG, § 1 Rn. 8; Löwisch/Rieble, in: TVG, § 1 Rn. 676.

AEUV nicht nur die Beseitigung von Diskriminierungen eines in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden verlangen, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen, sofern sie geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden weniger attraktiv zu machen.¹⁵² Das gilt auch für Gesamtbetriebsvereinbarungen, die etwa im Fall *Erny* geprüft und im Hinblick auf eine Regelung, die geringere Aufstockungsbeträge für sog. Grenzgänger vorsah, für unionsrechtswidrig gehalten wurden.¹⁵³ Tarifverträge bzw. Betriebsvereinbarungen, die (ungerechtfertigte) Diskriminierungen enthalten oder Arbeitnehmer in ihrer Freizügigkeit beschränken, können die Grundfreiheiten bzw. die sekundärrechtlichen Anti-Diskriminierungsrichtlinien verletzen.¹⁵⁴

Diese Sichtweise entspricht auch der Rechtsprechung des BAG.¹⁵⁵ Das BAG erkennt allerdings im Rahmen der Prüfung der Rechtfertigung einen Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien an, der aus der Tarifautonomie resultiert. Dieser Beurteilungsspielraum ist bei mittelbaren Diskriminierungen weiter.¹⁵⁶ Der EuGH hat diese Vorgehensweise akzeptiert.¹⁵⁷

f) Zwischenergebnis

Die geschilderten Fallgruppen zeigen, dass Regelungen im Rahmen kollektiver Normsetzung, d.h. insbesondere verbandsinterne Satzungen, unmittelbar unter Verweis auf die Grundfreiheiten angegriffen werden können. Es kommen dabei Regelungen mit diskriminierender als auch (bloß) beschränkender Wirkung in Betracht. Im Rahmen abhängiger Erwerbstätigkeit können jedenfalls in Fällen einer Diskriminierung auch Maßnahmen von einzelnen Personen Horizontalwirkung auslösen.

Rein faktische Maßnahmen, die keinerlei normative Regelungswirkung haben, wie die Blockaden der französischen Landwirte im Rahmen der Obstkriege oder

¹⁵² EuGH 25. 7. 1991 – C-76/90 Rn. 13 – *Säger/Dennemeyer*.

¹⁵³ EuGH 28. 6. 2012 – C-172/11 – *Erny*.

¹⁵⁴ *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EUArbR, GRC, Art. 28 Rn. 95 f.; Gleiches gilt für die anderen Grundfreiheiten, vgl. *Zwanziger*, RdA 2009, 10, 12 f.

¹⁵⁵ Vgl. etwa BAG 15. 2. 2012, BeckRS 2012, 69244 zu einer tariflichen Altersgrenze für Flugzeugführer; BAG 10. 11. 2012, NZA 2012, 161 zu dem Verstoß der im BAT angeordneten Bemessung der Grundvergütungen in den Vergütungsgruppen des BAT nach Lebensaltersstufen gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters.

¹⁵⁶ BAG 19. 1. 2011, NZA 2011, 860.

¹⁵⁷ Angedeutet schon in EuGH 16. 10. 2007 – C-411/05 Rn. 68 – *Palacio de la Villa*; schließlich bestätigt etwa in EuGH 13. 9. 2011 – C-447/09 Rn. 75, 79 ff. – *Prigge*; EuGH 9. 11. 2011 – C-297/10 Rn. 65, 73, 98 – *Hennigs*.

die Brenner-Blockade, hat der EuGH bislang so gelöst, dass dem Staat eine Schutzpflicht zu Gunsten der Grundfreiheiten auferlegt wurde. In jenen Fällen ging es bislang nur um die Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit. Darüber hinaus hat der EuGH bei der Überprüfung von bestimmten Tarifvertragsklauseln auch eine Bindung der Tarifvertragsparteien an das Unionsprimärrecht anerkannt.¹⁵⁸

Betrachtet man die Rechtsprechung des EuGH zur Wirkung der Grundfreiheiten gegenüber Privaten, so zeigt sich ein bemerkenswerter Befund. Keine der Fallgruppen, die sich in der EuGH-Rechtsprechung zur Horizontalwirkung der Grundfreiheiten herausgebildet haben, passt auf den Arbeitskampf.

Das gilt nicht nur im Hinblick auf die Umstände, die eine horizontale Wirkung auslösen (kollektive einseitige [verbands-]interne Regelung, diskriminierende Einzelmaßnahme), sondern auch in Bezug auf die Parteien. Denn wo sich bislang ein einzelner Kläger aus einer Schwächeposition heraus gegen ein mächtiges Kollektiv wandte, ziehen bei der Aktivierung der Grundfreiheiten gegen Arbeitskämpfe global agierende Unternehmen gegen Arbeitnehmervereinigungen vor Gericht. Diese Unterschiede zeigen, dass die Annahme einer Übertragbarkeit der bisherigen Rechtsprechung des EuGH auf diese Konstellation nicht unproblematisch ist. Es ist wichtig, sich dies noch einmal vor Augen zu führen, weil der EuGH die Analogie zu den vor *Viking* und *Laval* entschiedenen Fällen mit einer Selbstverständlichkeit zieht, die der Situation von Arbeitskämpfen weder in methodischer noch in rechtspolitischer Hinsicht gerecht wird.

g) Arbeitnehmervereinigungen im Arbeitskampf als Adressaten der Grundfreiheiten?

Vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung des EuGH war bis zu den Entscheidungen *Viking* und *Laval* offen, wie der EuGH Arbeitskampfmaßnahmen von Arbeitnehmervereinigungen einordnen und behandeln würde. Denn der Arbeitskampf passt unmittelbar in keine der Fallgruppen und lässt sich auch nicht mit einem Tarifvertrag gleichsetzen.

Arbeitskampfmaßnahmen haben für sich genommen keine Regelungswirkung. Sie stellen lediglich ein faktisches Hindernis für die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit dar, wirken in der Regel nicht-diskriminierend und

¹⁵⁸ *Schiek*, in: Däubler, TVG, Teil D Rn. 532; in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EUArbR, GRC, Art. 28 Rn. 82, 92 f.

gehen von einem Kollektiv aus, welches sich gegen einen außenstehenden Dritten wendet. Dieser Dritte ist nicht ein beliebiger Dritter, sondern der soziale Gegenspieler. Das Verhältnis der Sozialpartner zueinander ist in der Arbeitskampsituation, anders als in den Verbandsfällen, nicht von einer Über-/Unterordnung geprägt. Es geht auch nicht um Innenrecht.

Auch wenn es sich bei einem Arbeitskampf um Auseinandersetzungen über die Regelungen abhängiger Erwerbstätigkeit handeln kann, so tritt gerade hier das sonst bestehende Subordinationsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zurück.

Die bisherigen Entscheidungen zur Bindung der Tarifvertragsparteien sind nicht einschlägig; sie bezogen sich auf den Inhalt der Tarifverträge und vor allem auf primärrechtliche Diskriminierungsverbote (aus Gründen des Alters bzw. der Staatsangehörigkeit bzw. des Lohngleichheitssatzes¹⁵⁹); es ging dort nicht um aus den Grundfreiheiten resultierende Vorgaben für kollektive Maßnahmen. Auch wurden entsprechende Klauseln aus Anlass von Rechtsstreitigkeiten zwischen einem klagenden Arbeitnehmer gegen seinen Arbeitgeber geprüft. Die Arbeitnehmervereinigungen standen damit auch formal nicht als unmittelbarer Adressat der unionsrechtlichen Ge- bzw. Verbote im Vordergrund. Die geltend gemachte „ranghöhere“ Norm war, im Gegensatz zu *Viking* und *Laval*, nicht ein subjektives Recht des Arbeitgebers.

Der EuGH musste also in den Entscheidungen *Viking* und *Laval* vor dem Hintergrund seiner bisherigen Rechtsprechung begründen, weshalb die Dienstleistungs- bzw. Niederlassungsfreiheit auf Arbeitnehmervereinigungen, die Arbeitskampsmaßnahmen durchführen, Anwendung finden. Denn die Umstände, die in den vorherigen Fällen zu einer Bindungswirkung geführt haben, lagen hier nicht vor.

Ungeachtet dessen hat sich der Gerichtshof im Wesentlichen darauf beschränkt, auf seine bisherige Rechtsprechung zu verweisen. Nicht nur die Besonderheiten der Fälle *Viking* und *Laval*, sondern die Besonderheiten des Arbeitskampfes überhaupt werden damit übergangen. Damit sind die Entscheidungen in dieser Hinsicht insuffizient begründet. Das ist nicht nur deshalb unbefriedigend, weil damit eine zentrale Weichenstellung in den Entscheidungen keine intersubjektiv vermittelbare Begründung hat. Auf seine vorhergehende Rechtsprechung konnte sich der EuGH jedenfalls nicht stützen.

¹⁵⁹ EuGH 9. 9. 1999 – C-281/97 – *Andrea Krüger*.

5. Fazit

Die Rechtsprechung des EuGH zur Frage der Horizontalwirkung ist geprägt durch Einzelfallentscheidungen. Die Horizontalwirkung wird im Grunde auf alle Personenverkehrsfreiheiten und unabhängig davon angewandt, ob sich die zu Grunde liegende Maßnahme diskriminierend oder lediglich beschränkend auswirkt. Zahlreiche Fälle sind zu Verbänden (zumeist Sportverbänden) mit Rechtssetzungsbefugnissen entschieden worden und die Grundfreiheiten im Verhältnis zu einzelnen Verbandsmitgliedern gegen den Verband gerichtet worden.

Andererseits zeigt die Rechtsprechung in *Angonese*, *Raccanelli* und *Erny*, dass auch andere Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr an die Grundfreiheiten gebunden sein können. Tarifvertragsparteien unterliegen zumindest mittelbar der Kontrolle durch den EuGH, da sich die von ihnen in Tarifverträgen getroffenen Regelungen an den Grundfreiheiten messen lassen müssen. Bemerkenswert ist auch, dass man den Eindruck nicht los wird, die Rechtsprechung habe zumindest häufig „Opferkonstellationen“ betroffen, also Fälle, in denen Personen, die sich faktisch oder rechtlich nicht wehren konnten, von einer anderen übermächtigen Partei beeinträchtigt wurden.

Der EuGH bemüht letztendlich bei allen Fallkonstellationen einen Umgehungs-gedanken. Dieses Argument ist nicht zwingend, weil die Mitgliedstaaten letztendlich gehalten sind, die Einhaltung der Grundfreiheiten auch durch private Rechtsetzer sicher zu stellen. Alles andere wäre eine Vertragsverletzung. Die Sichtweise des EuGH führt auch nur auf den ersten Blick zu einer besseren Durchsetzung des Unionsrechts. Zweifelsohne wird diese dadurch gestärkt, dass der EuGH private Normsetzer unmittelbar an die Grundfreiheiten bindet. Zugleich entbindet er aber die Mitgliedstaaten partiell von der Verantwortung, den privaten Akteuren gegenüber transparente und rechtsklare Vorschriften zum Schutz der Normunterworfenen zu schaffen. Damit beeinträchtigt er letztendlich möglicherweise sogar den Schutz der Grundfreiheiten, weil er diese an den Mitgliedstaaten vorbei durchsetzt. Die Entscheidungspraxis geht letztendlich auch zu Lasten der Rechtssicherheit, ein Umstand der insbesondere auch mit Blick auf die Entscheidungen *Viking* und *Laval* beklagt wird.¹⁶⁰

Die Rechtsprechung des EuGH ist auch deshalb nicht unkritisch zu sehen, weil sie einerseits tatbestandlich den Kreis der erfassten privatrechtlichen Hand-

¹⁶⁰ ILO- Expertenkomitee für die Anwendungen und Empfehlungen von Konventionen Report III (1A), 24. 2. 2010, 99. Sitzung 2010, 208–209

lungsformen immer weiter ausgeweitet hat, andererseits aber keine Rechtfertigungsmaßstäbe entwickelt hat, die den Unterschieden zwischen staatlichem und privatem Handeln Rechnung tragen.¹⁶¹ Deswegen überrascht es auch nicht, dass ein Großteil des Schrifttums hier Kritik übt, weil eine Schieflage in der Prüfungsstruktur droht.¹⁶² Der den Tarifvertragsparteien gewährte Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum reicht hier nicht aus, weil diese nur im Rahmen der anerkannten Rechtfertigungstatbestände tätig werden können, die auch dem Staat gegenüber gelten.

Jedenfalls solange diese Ergänzung nicht vorgenommen ist, ist die Rechtsprechung des EuGH nicht überzeugend. Gerade die Entscheidungen in den Rechts-sachen *Viking* und *Laval* zeigen, wie insuffizient diese Ebene der Prüfung noch ausgestaltet ist. Hier soll daher nicht eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung gefordert werden. Aber der EuGH kann nicht einerseits die Bindungswirkung der Grundfreiheiten entgegen ihrer Grundkonzeption auf Private ausweiten und andererseits anschließend eine Modifikation der Rechtfertigungstatbestände unterlassen. Ansonsten droht ihm auch ein Konflikt mit den nationalen Verfassungsgerichten, die es nicht dulden können, wenn der EuGH, unter dem Deckmantel der Grundfreiheiten, den nationalen Grundrechtsschutz niedertrampeln sollte.¹⁶³ Die *Rüffert*-Entscheidung des EuGH zeigt, dass derartige Konstellationen nicht unrealistisch sind.¹⁶⁴ Denn hier hat der EuGH einem Mitgliedstaat faktisch verboten bestimmte Maßnahmen zum Grundrechtsschutz der kollektiven Akteure zu ergreifen, weil er diesen Aspekt im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung schlicht ignoriert hat.

¹⁶¹ *Müller-Graff*, EuR 2014, 3, 12 stellt, obschon er die fehlende Passfähigkeit der Rechtfertigungsgründe als Gegenargument einer Horizontalwirkung keinesfalls gelten lassen möchte fest, dass der EuGH in seiner Rechtsprechung zur Rechtfertigung privater Beschränkungen zwischen „sachlichen Gründen“ (*Angonese*) und „zwingenden Allgemeininteressen“ (u.a. *Laval*) „mäandert“; vgl. zur Kritik an der Rechtfertigungsprüfung auch *Jacobs/Münder/Richter*, Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht, 2017, S. 37; siehe zur Kritik auch oben unter IV.2.a).

¹⁶² *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 97, der betont, dass sich die UEFA in der Rechtssache *Bosman* zu Recht auf dieses Argument gestützt hatte; *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 461.

¹⁶³ Vgl. jüngst zum europäischen Haftbefehl BVerfG, Beschluss vom 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14, NJW 2016, 1149.

¹⁶⁴ Vgl. dazu EuGH 3. 4. 2008 – C-346/06 – *Rüffert*, und BVerfG 1. 7. 2006 – 1 BvL 4/00, NZBau 2007, 53.

Auch vor dem Hintergrund dieser Kritik ändert sich allerdings nichts daran, dass eine generelle Abkehr der Rechtsprechung des EuGH zur Horizontalwirkung der Grundfreiheiten nicht zu verzeichnen ist.¹⁶⁵ Dass er diese auch auf Arbeitskampfmaßnahmen ausgedehnt hat, stellt allerdings einen weiteren Ausbau dieser Rechtsprechung dar. Diese soll hier nunmehr in ihren Folgen für die Arbeitnehmervereinigungen analysiert werden.

¹⁶⁵ Ehlers, in: Ehlers, EuGR, § 7 Rn. 60 f.; Kocher, Europäisches Arbeitsrecht, § 1 IV; Steinmeyer, in: Franzen/Gallner/Oetker, EUArbR, AEUV, Art. 45 Rn. 84, der darauf hinweist, dass die Rechtsentwicklung bereits über die systematischen Bedenken hinweggegangen ist; Müller-Graff, EuR 2014, 3 ff. Demgegenüber hat sich der EuGH kürzlich noch einmal in aller Deutlichkeit gegen eine Horizontalwirkung von Richtlinien ausgesprochen, auch wenn deren in einem Privatrechtsverhältnis geltend gemachte Bestimmung klar, genau und unbedingt ist, vgl. EuGH 15. 1. 2014 – C-176/12 Rn. 36 – *Association de médiation sociale/Union locale des syndicats CGT*. Die EuGH-Rechtsprechung zur unmittelbaren Bindung vom Staat beherrschter Unternehmen an die Grundfreiheiten bestätigend jüngst BVerfG 19. 7. 2016 – 2 BvR 470/08 Rn. 58.

V. Die Horizontalwirkung in den Fällen *Viking* und *Laval*

Die Erstreckung der Horizontalwirkung auf kollektive Maßnahmen in den Fällen *Viking*¹⁶⁶ und *Laval*¹⁶⁷ basierte auf folgenden Besonderheiten:

Erstens waren es hier jeweils Unternehmen, die sich gegenüber einer Arbeitnehmervereinigung auf die Grundfreiheiten beriefen. Es standen sich also nicht eine Einzelperson als Mitglied und ein Berufs- oder Sportverband gegenüber. Es bestand daher kein vertikales Verhältnis zwischen den Parteien und eine etwaige Erstreckung der Grundfreiheiten musste gegenüber dem außenstehenden Arbeitgeber begründet werden.

Zweitens war nicht unmittelbar über den Tarifvertrag zu entscheiden, sondern vielmehr ging es um die ihn vorbereitende kollektive Maßnahme.

Drittens ging es – zumindest nicht ausschließlich – um einen Fall von Diskriminierung, sondern um die Behinderung der Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit durch rein faktisches Handeln.¹⁶⁸ Die Bindungswirkung in Bezug auf die Arbeitnehmervereinigungen wurde durch den EuGH auf das Beschränkungsverbot erstreckt.

Viertens fand dieses Beschränkungsverbot im Verhältnis zu einem außenstehenden Dritten – das jeweils gegen die Kollektivmaßnahme klagende Unternehmen – und nicht bloß im Innenverhältnis innerhalb eines (Sport-)Verbandes Anwendung.

¹⁶⁶ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 62 – *Viking*.

¹⁶⁷ EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 Rn. 98 – *Laval*.

¹⁶⁸ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 72 – *Viking*; EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 Rn. 99 – *Laval*. In der Entscheidung wird ab Rn. 96 ff. die Kollektivmaßnahme als Beschränkung geprüft (ausdrücklich Rn. 99), gleiche Bewertung *Temming*, ZESAR 2008, 231, 237, 242.

Eine weitere Besonderheit ist, dass die Entsende-Richtlinie¹⁶⁹ zumindest in *Laval* eine strategische Bedeutung für den EuGH hatte, um die Möglichkeiten der Arbeitnehmervereinigungen, soziale Schutzstandards für entsandte Arbeitnehmer festzulegen, zu begrenzen. Die Entsende-Richtlinie wird damit nicht nur zur Grundlage, sondern auch zur Grenze für den Arbeitnehmerschutz.¹⁷⁰ Im Folgenden soll nachgezeichnet werden, wie der EuGH in *Viking* und *Laval* die Horizontalwirkung begründet. Es zeigt sich dabei, dass der Rückgriff auf die bisherige Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten das offenbar vom EuGH gewünschte Ergebnis (Bindung der Arbeitnehmervereinigungen) nicht trägt. Zudem lässt der EuGH im Unklaren, ob es ihm auf die Regelungsfunktion des Tarifvertrages oder doch allein auf die kollektive faktische Maßnahme ankommt. Die Schutzpflichtenlösung bleibt unerwähnt. Schließlich zeigt sich, dass der EuGH bislang nicht in der Lage ist, Kriterien zu entwickeln, aus denen Arbeitnehmervereinigungen erkennen können, dass mit ihren Aktionen das Tor zu den Grundfreiheiten aufgestoßen ist.

1. Der Argumentationsgang in *Viking* und *Laval*

a) *Laval*

In der Rechtssache *Laval* hat der EuGH sich bekanntermaßen stark auf die Entsende-Richtlinie gestützt. Dies betraf die Frage, ob es sich bei der Richtlinie um Mindest- oder Höchstbedingungen für entsandte Arbeitnehmer handelt.¹⁷¹ Das erstaunt freilich. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung und einhelliger Auffassung in der Literatur, dass eine Richtlinie keine Horizontalwirkung entfalten kann.¹⁷² Über die Horizontalwirkung der Richtlinie verliert der EuGH

¹⁶⁹ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 12. 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

¹⁷⁰ *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EUArbR, GRC, Art. 28 Rn. 62; *Schumacher*, in: NK-GA, Entsende-Richtlinie 96/71/EG Rn. 226; *Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUUV, Art. 57 Rn. 56; *Coen*, jurisPR-ArbR 15/2008 Anm. 3; *Temming*, ZESAR 2008, 231, 236; vgl. auch die Fortführung der Rechtsprechung des EuGH zur restriktiven Auslegung der Entsende-Richtlinie in: EuGH 3. 4. 2008 – C-346/06 – *Rüffert*, und EuGH 19. 6. 2008 – C-319/06 – mit Anm. *Heuschmid*, jurisPR-ArbR 51/2008 Anm. 5.

¹⁷¹ EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 Rn. 62 f. – *Laval*.

¹⁷² *Forsthoff*, in: GHN, AEUUV, Art. 45 Rn. 154 m.w.N. zur ständigen Rechtsprechung; deutlich die fehlende Horizontalwirkung von Richtlinien bestätigend jüngst: EuGH

indes kein Wort: es geht ihm vielmehr darum, seine Ausführungen vorauszuschicken,¹⁷³ um sodann den Art. 49 AEUV, den er dann tatsächlich an die Arbeitnehmervereinigungen adressiert, „im Lichte der Richtlinie“ zu interpretieren.¹⁷⁴

In diesem Zusammenhang stellt der EuGH zunächst klar, dass die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 49 AEUV auch für „*Regelwerke nicht-öffentlicher Art gilt, die die Erbringung von Dienstleistung kollektiv regeln sollen.*“¹⁷⁵ Der EuGH begründet die so verstandene Horizontalwirkung des Art. 49 AEUV mit dem *effet utile*:¹⁷⁶ Die Beseitigung der Hindernisse für den freien Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten wäre gefährdet, wenn die Abschaffung der Schranken staatlichen Ursprungs durch Hindernisse neutralisiert werden könnte, die nicht dem öffentlichen Recht unterliegende Vereinigungen und Einrichtungen im Rahmen ihrer rechtlichen Autonomie setzten.¹⁷⁷ Die Entscheidungen, auf die sich der EuGH bei seiner Argumentation stützt, sind *Walrave*¹⁷⁸, *Bosman*¹⁷⁹ und *Wouters*¹⁸⁰.

Sodann erklärt der EuGH, dass das Recht der Arbeitnehmervereinigungen zur Durchsetzung kollektiver Maßnahmen, also hier des Abschlusses des Bautarifvertrages, „*geeignet ist, für diese Unternehmen die Durchführung von Bauarbeiten im schwedischen Hoheitsgebiet weniger attraktiv zu machen, ja sogar zu erschweren und daher eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne von Art. 49 EG darstellt.*“¹⁸¹ Erst recht gelte dies für den Umstand, dass die Unternehmen sich „*durch kollektive Maßnahmen gezwungen sehen können*“, mit den Arbeitnehmervereinigungen „*Verhandlungen von unbestimmter Dauer am Ort der Erbringung der Dienstleistung zu führen.*“¹⁸²

15. 1. 2014 – C-176/12 Rn. 36 – *Association de médiation sociale/Union locale des syndicats CGT*.

¹⁷³ Tatsächlich kommt der EuGH immer wieder auf die Entsende-Richtlinie zurück, auch wenn er sich in Rn. 72 f. und 85 f. Art. 49 AEUV zuwendet.

¹⁷⁴ Vgl. *Davies*, ILJ 2008, 126, 128; *Temming*, ZESAR 2008, 231, 233; *Schiek*, in: Däubler, TVG, Teil D Rn. 539 spricht davon, dass es bei *Laval* „streng genommen um die Horizontalwirkung von Richtlinien geht, die der EuGH sonst ablehnt“.

¹⁷⁵ EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 Rn. 98 – *Laval*, Herv. durch Verf.

¹⁷⁶ Vgl. *Müller-Graff*, EuR 2014, 3, 10.

¹⁷⁷ EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 Rn. 98 – *Laval*.

¹⁷⁸ EuGH 12. 12. 1974 – Rs. 36/74 Rn. 16 – *Walrave*.

¹⁷⁹ EuGH 15. 12. 1995 – C-415/93 – *Bosman*.

¹⁸⁰ EuGH 19. 2. 2002 – C-309/99 – *Wouters*.

¹⁸¹ EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 Rn. 99 – *Laval*.

¹⁸² EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 Rn. 100 – *Laval*, Herv. durch Verf.

Diese knappen Ausführungen sind die einzigen, die der EuGH ausdrücklich zur Horizontalwirkung macht. Er kommt dann sogleich zur Prüfung der konkreten (Arbeitskampf-)Maßnahme bzw. zu deren Rechtfertigung. Hier aber schließt sich der Kreis zu den Feststellungen im Hinblick auf die Entsende-Richtlinie: Die Arbeitnehmervereinigung dürfe nichts erstreiten, was günstiger ist als das in der Entsende-Richtlinie festgelegte Mindestmaß¹⁸³, und nichts, was über die dort festgelegten Aspekte¹⁸⁴ hinausgeht.¹⁸⁵ Schließlich könne die kollektive Maßnahme auch nicht ein Unternehmen zwingen, sich auf die spezifische Methode der schwedischen Lohnverhandlungen in der Baubranche einzulassen, da diese es dem Unternehmen praktisch unmöglich machten oder übermäßig erschweren zu erkennen, welche Verpflichtungen es einzuhalten habe.¹⁸⁶ Bereits zuvor hatte der EuGH festgestellt, dass in Schweden im Hinblick auf Mindestlohnsätze weder Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt werden, wie es Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 2. Gedankenstrich RL 96/71 vorsieht, noch dass in Schweden von den in Art. 8 RL 96/71 vorgesehenen Ersatzmöglichkeiten Gebrauch gemacht worden ist.¹⁸⁷ Vielmehr sei es in Schweden den Unternehmen der Baubranche und den jeweiligen Arbeitnehmervereinigungen überlassen, die Lohnsätze von Fall zu Fall, unter Berücksichtigung von Aufgaben und Qualifikationen der Arbeitnehmer vor Ort zu verhandeln. Eine solche Verpflichtung könne den ausländischen Unternehmen aber nicht auf Grundlage der Richtlinie abverlangt werden, da diese Vorgehensweise keiner der in der Richtlinie vorgegeben Modalitäten entspreche.¹⁸⁸

¹⁸³ EuGH, 18. 12. 2007 – C-341/05 Rn. 108, auch Rn. 81 und 83 – *Laval*.

¹⁸⁴ Diese sind gemäß Art. 3 a) - g) RL 96/71/EG: Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten; bezahlter Mindestjahresurlaub; Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze; dies gilt nicht für die zusätzlichen betrieblichen Altersversorgungssysteme; Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen; Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz; Schutzmaßnahmen im Zusammenhang mit den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Schwangeren und Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen; Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie andere Nichtdiskriminierungsbestimmungen.

¹⁸⁵ EuGH, 18. 12. 2007 – C-341/05 Rn. 108, auch Rn. 81 und 83 – *Laval*.

¹⁸⁶ EuGH, 18. 12. 2007 – C-341/05 Rn. 79, 89, 92, 109 – *Laval*.

¹⁸⁷ EuGH, 18. 12. 2007 - C-341/05 Rn. 67 – *Laval*.

¹⁸⁸ EuGH, 18. 12. 2007 - C-341/05 Rn. 71 – *Laval*.

b) *Viking*

Die Begründung der horizontalen Wirkung von Art. 49 AEUV nimmt in dem Urteil in der Rechtssache *Viking* einen etwas größeren Raum ein. Der Unterschied zur Rechtssache *Laval* bestand darin, dass die Entsende-Richtlinie mangels Entsende-Konstellation keine Rolle spielte. Daher war der EuGH in *Viking* stärker darauf konzentriert, die Horizontalwirkung zu begründen, statt Unionssekundärrecht im Hinblick auf kollektive Maßnahmen auszulegen. Zudem hatte die finnische Arbeitnehmervereinigung *Finnish Seamen's Union* (FSU) noch nicht mit dem Streik begonnen, sondern diesen für den Fall angedroht, dass *Viking* nicht in Verhandlungen über die Beibehaltung des finnischen Tarifvertrags treten und von ihrem Umfluggungsvorhaben Abstand nehmen würde.¹⁸⁹ Darüber hinaus musste der EuGH auch die Maßnahme der *Internationale Transportarbeiter-Föderation* (ITF) in den Blick nehmen, die, in Ausübung ihrer „Billigflaggenpolitik“, ein Rundschreiben an ihre angeschlossenen Mitglieder verschickt hatte. Danach waren diese gehalten, keine Verhandlungen mit *Viking* zu führen.¹⁹⁰

Eingangs stellt der EuGH klar, dass Art. 49 AEUV und Art. 56 AEUV nicht nur für Akte der staatlichen Behörden, sondern auch auf „**Regelwerke anderer Art, die die abhängige Erwerbstätigkeit, die selbstständige Arbeit und die Erbringung von Dienstleistungen kollektiv regeln**“ anwendbar sind.¹⁹¹ Auch hier verweist das Gericht auf sein *effet utile*-Argument und die Entscheidungen, *Walrave, Bosman, Deliège, Angonese* und *Wouters*.¹⁹² Daraus leitet der EuGH ab, dass Art. 49 AEUV „so auszulegen ist, dass er unter Umständen wie denen im Ausgangsverfahren unmittelbar von einem privaten Unternehmen gegenüber einer Gewerkschaft oder einem Gewerkschaftsverband geltend gemacht werden kann.“¹⁹³ Zugleich betont der EuGH, dass das Verbot eine Grundfreiheit anzutasten „insbesondere für alle **Verträge gilt, die die abhängige Erwerbstätigkeit kollektiv regeln sollen**“.¹⁹⁴ Der EuGH verweist im Zusammenhang mit dieser Überlegung auf die *Defrenne II*-Entscheidung¹⁹⁵. Freilich ging es dort gerade nicht um die horizontale Wirkung einer Grundfreiheit, sondern um den Grundsatz der Gleichbehandlung von Mann und Frau gemäß Art. 157 AEUV (früher Art. 141 EGV). Dies erkennt der EuGH und er-

¹⁸⁹ EuGH, 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 13 – *Viking*.

¹⁹⁰ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 13 – *Viking*.

¹⁹¹ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 12 – *Viking*, Herv. durch Verf.

¹⁹² EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 57 – *Viking*.

¹⁹³ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 61 – *Viking*.

¹⁹⁴ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 58 – *Viking*.

¹⁹⁵ EuGH 8. 4. 1976 – Rs. 43/75 Rn. 38/39 – *Defrenne II*.

klärt, ohne dies jedoch zu begründen, dass die Erwägungen in *Defrenne II* auch für Art. 49 AEUV (ex. Art. 43 EG) gelten, in dem eine *Grundfreiheit* verbürgt ist.¹⁹⁶

Dies wiederum hat nach Ansicht des EuGH zur Folge, dass die kollektiven Maßnahmen von FSU und ITF, die „den Abschluss eines Vertrags bezwecken, der kollektiv die Arbeit der Arbeitnehmer von Viking regeln soll“¹⁹⁷, in den Anwendungsbereich dieser (vorherigen) Rechtsprechung zur Horizontalwirkung fallen. Die beteiligten Arbeitnehmervereinigungen werden als Einrichtungen angesehen, „die nicht öffentlich-rechtlich verfasst sind und die Gebrauch von der rechtlichen Autonomie machen, die ihnen insbesondere vom nationalen Recht zuerkannt wird.“¹⁹⁸ Die Annahme, dass sich auch ein Unternehmen „unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens“ gegenüber einer Arbeitnehmervereinigung auf die Niederlassungsfreiheit berufen könne, sieht der EuGH auch durch seine Rechtsprechung zum freien Warenverkehr bestätigt.¹⁹⁹ Dort werden Beschränkungen „nicht-staatlichen Ursprungs“ anerkannt.²⁰⁰ Der EuGH bezieht sich dabei ausdrücklich auf die Entscheidung *Schmidberger*²⁰¹ und *Kommission/Frankreich*²⁰².

Der Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit stünde auch nicht entgegen, dass die Anwendung des Art. 49 AEUV nur auf solche privatrechtlichen Vereinigungen beschränkt sei, die Regelungsfunktionen wahrnehmen und über quasi-legislative Befugnisse verfügen.²⁰³ Eine solche Einschränkung, so der EuGH, lasse sich seiner Rechtsprechung nicht entnehmen. Außerdem wirkten die Arbeitnehmervereinigungen unter Ausübung ihrer (nach nationalem Recht) zustehenden „autonomen Befugnis“ bei der Gestaltung von Verträgen zur kollektiven Regelung der abhängigen Erwerbstätigkeit mit.²⁰⁴ Die FSU und die ITF bezweckten mit ihren Maßnahmen „den Abschluss eines Vertrages, der kollektiv die Arbeit der Arbeitnehmer von Viking regeln soll“ und dass sie „Gebrauch von der rechtlichen Autonomie machen, die ihnen insbesondere vom nationalen Recht zuerkannt wird.“²⁰⁵ Die rechtliche Autonomie bezieht sich also auf die im nationalen Recht

¹⁹⁶ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 59 – *Viking*.

¹⁹⁷ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 60 – *Viking*.

¹⁹⁸ EuGH, ebenda; zuvor bereits in Rn. 35.

¹⁹⁹ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 62 – *Viking*.

²⁰⁰ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 62 – *Viking*.

²⁰¹ EuGH 12. 6. 2003 – C-112/00 – *Schmidberger*, BeckEuRS 2003, 277526.

²⁰² EuGH 9. 12. 1997 – C-265/95 – *Kommission/Frankreich*.

²⁰³ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 64 – *Viking*.

²⁰⁴ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 58 – *Viking*.

²⁰⁵ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 60 – *Viking*.

garantierte Koalitionsfreiheit einschließlich der Möglichkeit, kollektive Maßnahmen zu ergreifen. Sie umfasst also die Möglichkeit – und dies in denkbar weitestem Sinn – an der Schaffung von Regelungen mitzuwirken.

Bereits zuvor hatte der EuGH erklärt, weshalb die Organisation kollektiver Maßnahmen Ausübung der rechtlichen Autonomie der Arbeitnehmervereinigungen sei und unter den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten falle: die von der FSU und ITF durchgeführten Maßnahmen seien „als untrennbar mit dem Tarifvertrag anzusehen, auf dessen Abschluss die FSU hinarbeitet“.²⁰⁶ Diese Aussage hat besondere Bedeutung für die Frage, ob es dem EuGH bei seiner Rechtsprechung im Grunde nur oder zumindest auch auf den Tarifvertrag ankommt, den die Arbeitnehmervereinigungen mit der Arbeitskämpfmaßnahme durchzusetzen versuchen.

Sodann, allerdings bereits unter dem Gesichtspunkt der Beschränkung, kommt der EuGH mit einer ähnlichen Formulierung wie im Fall *Laval* zu dem Ergebnis einer Beeinträchtigung durch die Arbeitnehmervereinigung, da diese es mit ihren Maßnahmen bezwecke, es für *Viking* „weniger attraktiv oder sogar zwecklos zu machen“ von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen, da die kollektive Maßnahme *Viking* daran „hindert in den Genuss der gleichen Behandlung wie die anderen in diesem Staat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer zu kommen.“²⁰⁷

2. Analyse

Die Ausführungen des EuGH zur Erstreckung der Bindungswirkung auf die Arbeitnehmervereinigungen haben in all ihren Facetten Kritik hervorgerufen. Eine positive Begründung für die Erstreckung der Bindungswirkungen der Grundfreiheiten auf Arbeitnehmervereinigungen wird nur spärlich geliefert. Daher muss man sich an dieser Stelle noch einmal vor Augen führen, welche Positionen der EuGH im Hinblick auf die Horizontalwirkung einnimmt.

Der EuGH zieht Fälle heran, die zwar im weitesten Sinne alle die Verpflichtung Privater auf die Grundfreiheiten zum Gegenstand hatten, allerdings in ihrer Ausprägung höchst unterschiedlich sind.

²⁰⁶ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 36 – *Viking*.

²⁰⁷ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 72 – *Viking*.

Der EuGH bezieht sich sowohl in *Viking*²⁰⁸ als auch in *Laval*²⁰⁹ auf Entscheidungen zur Horizontalwirkung, die nicht nur die klassische und mittlerweile allgemein anerkannte partielle Horizontalwirkung bei „kollektiven Regelwerken“ zum Gegenstand hatten: *Wouters*²¹⁰, *Bosman*²¹¹, *Deliège*²¹² und *Walrave*²¹³. Er zitiert außerdem mit *Angonese*²¹⁴ eine Entscheidung, die einen einzelnen Arbeitgeber als Beschränkungsadressaten im Verhältnis zum Arbeitnehmer in die Pflicht nahm und zudem ausdrücklich nur das in der Arbeitnehmerfreizügigkeit verankerte Diskriminierungsverbot betraf. Mit *Defrenne II*²¹⁵ nimmt der EuGH Bezug auf eine Entscheidung zur Horizontalwirkung, die ein primärrechtlich verankertes Diskriminierungsverbot und keine Grundfreiheit zum Gegenstand hatte. Auch in *Walrave* stellte der EuGH nur auf das Diskriminierungsverbot ab. Im Gegensatz dazu hatte der EuGH in *Bosman* die Horizontalwirkung erstmals auf das Beschränkungsverbot der Arbeitnehmerfreizügigkeit ausgedehnt und dies für das Beschränkungsverbot der Dienstleistungsfreiheit in *Deliège*²¹⁶ bestätigt. Schließlich stützt sich der EuGH in der Entscheidung *Viking*²¹⁷ auf die Entscheidungen *Schmidberger*²¹⁸ und *Kommission/Frankreich*²¹⁹, denen ein rein faktisches Handeln von Privatpersonen zu Grunde lag und die er dort über die sog. Schutzpflichtenkonstellation gelöst hatte.

Insgesamt scheint der EuGH die Unterschiede dieser Fälle zu denen einer Kollektivmaßnahme sehr schnell wegzuwischen. Das gewünschte Ergebnis scheint hier wichtiger gewesen zu sein, als eine nachvollziehbare Begründung. Es bleibt der Befund, dass keine dieser Entscheidungen unmittelbar passt.

Des Weiteren hat sich der EuGH in Ansehung dieser bisherigen Entscheidungen zur Ausweitung seiner Rechtsprechung zur Horizontalwirkung entschieden und auch Arbeitnehmervereinigungen im Falle von beschränkenden (und nicht

²⁰⁸ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 – *Viking*.

²⁰⁹ EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 – *Laval*.

²¹⁰ EuGH 19. 2. 2002 – C-309/99 – *Wouters*.

²¹¹ EuGH 15. 12. 1995 – C-415/93 – *Bosman*.

²¹² EuGH 11. 4. 2000 – verb. Rs. C-51/96 u. C-191/97 – *Deliège*.

²¹³ EuGH 12. 12. 1974 – Rs. 36/74 – *Walrave*.

²¹⁴ EuGH 6. 6. 2000 – C-281/98 – *Angonese*.

²¹⁵ EuGH 8. 4. 1976 – Rs. 43/75 – *Defrenne II*.

²¹⁶ EuGH 11. 4. 2000 – verb. Rs. C-51/96 u. C-191/97 – *Deliège*.

²¹⁷ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 62 – *Viking*.

²¹⁸ EuGH 12. 6. 2003 – C-112/00 – *Schmidberger*.

²¹⁹ EuGH 9. 12. 1997 – C-265/95 – *Kommission/Frankreich*.

diskriminierenden)²²⁰ kollektiven Maßnahmen an die Dienstleistungs- bzw. Niederlassungsfreiheit gebunden. Besonders deutlich wird das in der Rechtssache *Viking*: „Daraus folgt, dass Art. 43 EG so auszulegen ist, dass er unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens unmittelbar von einem privaten Unternehmen gegenüber einer Gewerkschaft oder einem Gewerkschaftsverband geltend gemacht werden kann.“²²¹ Der EuGH hat sich somit zur Lösung des Konflikts gegen die in *Schmidberger* und *Kommission/Frankreich* zum Tragen kommende Schutzpflichtenlösung entschieden. Obschon er beide Urteile zur Begründung seiner Entscheidung zur Bindungswirkung heranzieht,²²² geht der EuGH nicht darauf ein, dass dort die Wirkung zwischen Privaten nicht über die Horizontalwirkung erreicht wurde.²²³

Zudem stellt der EuGH klar, dass die bisherige Rechtsprechung nicht auf quasi-öffentliche Einrichtungen oder solche Vereinigungen beschränkt werden darf, die eine Regelungsfunktion wahrnehmen und über quasilegislative Befugnisse verfügen. Nicht nur der Tarifvertrag, sondern auch die ihn vorbereitende kollektive Maßnahme selbst könne daher an den Grundfreiheiten gemessen werden. Es reicht also offensichtlich die *Beteiligung an der Schaffung* einer kollektiven Regelung im Rahmen einer rechtlich garantierten Autonomie (Koalitionsfreiheit). Mit dieser Aussage ist der Weg frei, die Anwendung der Grundfreiheiten aufgrund der faktischen (Aus-)Wirkung einer Maßnahme zu begründen. Denn *mitgewirkt* an einer hypothetischen kollektiven Regelung haben die Arbeitnehmervereinigungen in diesem Sinne bereits, indem sie Maßnahmen mit dem Ziel ergriffen haben, eine kollektive Regelung zu schaffen. Dass diese Rechtsprechung eine Gefahr der Uferlosigkeit in sich trägt, bedarf keiner weiteren Erläuterung.

Den Entscheidungen des EuGH lässt sich nicht eindeutig entnehmen, ob es ihm als Argument für diese Prüfung anhand der Grundfreiheiten auf die Regelungsfunktion des noch abzuschließenden Tarifvertrages oder doch um die wirk-

²²⁰ Allerdings stellt der EuGH am Ende des Urteils *Laval* in Beantwortung der zweiten Vorlagefrage fest, dass es über die in Schweden geltende sog. *lex britannia* zu einer Diskriminierung ausländischer Unternehmen kommt, vgl. EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 Rn. 112 f. – *Laval*. Dieses Gesetz ordnet an, dass bei bestehenden Tarifverträgen auch gegenüber Dritten eine Friedenspflicht besteht. Dies gilt allerdings nicht gegenüber ausländischen Unternehmen, die Tarifverträge in ihrem Heimatstaat unterliegen.

²²¹ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 61 – *Viking*.

²²² EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 62 – *Viking*.

²²³ Der EuGH habe hier die Schutzpflichtenlösung „in signifikanter Weise“ unerwähnt gelassen, *Forsthoff*, in: GHN, AEUV, Art. 45 Rn. 174.

mächtige kollektive Maßnahme der Arbeitnehmervereinigungen im Vorfeld ankommt, bzw. ob eine Streikmaßnahme auch losgelöst von einer damit bezweckten Regelung der Bindungswirkung unterfallen könnte.

Schließlich ist auch nicht erkennbar, wo die Schwelle zu einer Beeinträchtigung der Grundfreiheit überschritten ist, das heißt, welches Ausmaß eine solche Maßnahme haben muss, bzw. ob es nur auf die objektive Wirkung der Maßnahme oder auch auf die Absicht der Arbeitnehmervereinigung ankommt.

VI. Kritik

Es ist fraglich, ob der EuGH eine tragfähige Begründung dafür liefert, dass Arbeitnehmervereinigungen an die Grundfreiheiten der Arbeitgeber gebunden sind, gegen die sie eine kollektive Maßnahme richten. Dem EuGH wird zu Recht vorgeworfen, dass die von ihm zur Begründung angeführten Entscheidungen und Erwägungen aus verschiedenen Gründen nicht auf die Konstellation kollektiver gewerkschaftlicher Maßnahmen übertragbar seien.²²⁴

Es stellt sich die Frage, ob sich das Verhältnis der Sozialpartner untereinander und das Verhältnis von Arbeitnehmervereinigungen zu einzelnen Arbeitgebern nicht grundlegend von den Fällen unterscheidet, in denen der EuGH eine Horizontalwirkung angenommen hat (dazu unter 1.).

Zum anderen stellt sich die Frage, ob der eigentliche Grund für die Bindung der Arbeitnehmervereinigungen an die Grundfreiheiten weniger in der jeweils angestrebten tariflichen Regelung, sondern vielmehr in ihrer sozialen Macht liegt (dazu unter 2.).

Schließlich stellt sich die Frage, ob nicht die Schutzpflichtenlösung vorzugswürdig gewesen wäre.

1. Horizontale Wirkung in einem besonderen Verhältnis

Kritiker werfen dem EuGH vor, dass die hier dargestellten vor *Viking* und *Laval* entschiedenen Fälle nicht mit der besonderen Situation der Koalitionen vergleichbar seien und auf dieses Verhältnis nicht passen: die angestrebte Regelung sei nicht einseitig durch die Arbeitnehmervereinigung auferlegt, der Arbeitskampf werde in seinem eigentlichen Zweck verkannt und gleichsam im Keim erstickt und die soziale Schutzfunktion, die dem Konzept der Horizontalwirkung zu Grunde liege, werde ausgehebelt.

²²⁴ Dazu sogleich unter 1.

a) Fehlende Heteronomität der angestrebten Regelungen in *Viking* und *Laval*

Zunächst fällt auf, dass sich der EuGH in beiden Entscheidungen auf Urteile bezieht, bei denen die diskriminierende oder freiheitsbeschränkende Wirkung von einer kollektiven vertraglichen Regelung ausging²²⁵, die Bestandteil eines feststehenden Regelwerkes war, welches ohne Mitspracherechte des jeweiligen Klägers zustande gekommen war.²²⁶

Zugleich bezieht sich der EuGH zur Begründung der Horizontalwirkung in der Sache *Viking* auf die Entscheidungen *Defrenne II*²²⁷ und *Angonese*²²⁸. In diesen Fällen hatte der EuGH auch eine einzelvertragliche Regelung,²²⁹ die von einem einzelnen (nicht in Verbandsform organisierten) privaten Akteur ausging, an dem Gebot der Entgeltgleichheit von Männern und Frauen (Art. 157 AEUV) bzw. der Arbeitnehmerfreizügigkeit²³⁰ gemessen. Hier hatte der EuGH einer einzelvertraglichen Regelung gleiche „Wirkmacht“ verliehen.²³¹ Es ging dabei aber um Diskriminierungen im Rahmen von einem bestehenden bzw. sich anbahnenden Arbeitsverhältnis. Wie bei den Fällen zu den „kollektiven Regelwerken“²³² stand auf der Klägerseite eine Einzelperson, die sich vor dem Hintergrund des strukturellen Ungleichgewichts im Arbeitsverhältnis einer diskriminierenden Regelung ausgesetzt sah. Die Fälle, die der EuGH bislang zur Horizontalwirkung der Grundfreiheiten entschieden hat, zeichneten sich also

²²⁵ Das betrifft die Entscheidungen in den Rechtssachen *Walrave, Bosman, Deliège* und *Wouters*. Siehe dazu oben unter II.3b).

²²⁶ In EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 57 – *Viking* nimmt der EuGH namentlich Bezug auf *Walrave, Bosman, Deliège* und *Wouters*, aber auch *Angonese*, und in EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 Rn. 98 – *Laval* auf *Walrave, Bosman* und *Wouters*.

²²⁷ EuGH 8. 4. 1976 – Rs. 43/75 – *Defrenne II*.

²²⁸ EuGH 6. 6. 2000 – C-281/98 – *Angonese*, EuZW 2000, 468.

²²⁹ Es ist allerdings nicht eindeutig, ob sich im Fall *Defrenne II* die Diskriminierung der Frau Defrenne nach Ansicht des EuGH aus dem Einzelarbeitsvertrag oder aus einem auf sie anwendbaren Kollektivvertrag ergab, EuGH 8. 4. 1976 – Rs. 43/75 Rn. 38 f. – *Defrenne II*.

²³⁰ Die Horizontalwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit hat der EuGH in dem Urteil *Raccanelli* (EuGH 17. 7. 2008 – C-94/07 – *Raccanelli*) und *Erny* (EuGH 28. 6. 2012 – C-172/11 – *Erny*) bestätigt, dieses aber nicht zur Unterstützung seiner Entscheidung in *Viking* bzw. *Laval* zitiert.

²³¹ Freilich hatte der EuGH im Fall *Angonese* festgestellt, dass die Beibringung eines Zweisprachigkeitsnachweises aus der Provinz Bozen eine feststehende regionale Praxis war und damit ein kollektives Element eingebracht, vgl. EuGH 6. 6. 2000 – C-281/98 Rn. 7 – *Angonese*.

²³² Dazu oben unter III.3.b).

dadurch aus, dass die im Streit stehenden vertraglichen Vereinbarungen entweder durch die Regelungsmacht eines Verbandes oder durch einen einzelnen Arbeitgeber in diskriminierender Weise, asymmetrisch zum Nachteil eines privaten Akteurs ausgestaltet waren.²³³ Damit waren die Regelungen, gegenüber denen Rechtsschutz gewährt wurde, für ihren Adressaten (faktisch) heteronom gesetzt.

Gegen einen Gleichlauf mit den bisherigen Horizontalwirkungs-Fällen wird deshalb vorgebracht, es läge ein struktureller Unterschied darin, dass tarifliche Regelungen, anders als sonstige kollektive Regelungen, gerade aus Verhandlungen mit den Arbeitgebern hervorgegangen seien, so dass auf Seiten des Arbeitgebers ein erhebliches Mitwirkungsrecht bestanden habe.²³⁴ Im Falle des Firmentarifvertrages ist das offenkundig. Ohne die Zustimmung des Arbeitgebers kommt der Tarifvertrag nicht zustande. Es wäre aus grundrechtlicher Perspektive auch desaströs, wenn man annehmen würde, diese Freiwilligkeit würde prinzipiell dadurch in Frage gestellt, dass der Arbeitgeber durch einen Streik zum Abschluss des Tarifvertrages bewegt wird. Dadurch wird nicht seine Autonomie beeinträchtigt, sondern ein funktionsfähiges vertragliches Verfahren, bei dem zwei Parteien auf Augenhöhe verhandeln, erst erzeugt.

Zudem wird kritisiert, dass bei den sonstigen Fällen, die der EuGH im Sinne der Horizontalwirkung entschieden habe, die Personen, die sich auf die Grundfreiheiten berufen hatten, gerade nicht Partei der strittigen Vereinbarung gewesen seien bzw. sie hätten (faktisch) keine Möglichkeit gehabt, diese inhaltlich zu beeinflussen. Demgegenüber sollte in den Fällen *Viking* und *Laval* die Maßnahme gerade den Arbeitgeber treffen, der sich kollektivvertraglich binden sollte, so dass sich hier die beiden Privaten auf einer Ebene begegneten.²³⁵ Daher passen die vom EuGH herangezogenen Entscheidungen nicht auf die Konstellation eines Arbeitskampfes.²³⁶

Der Kritik an der Rechtsprechung des EuGH ist darin zuzustimmen, dass die Analogie, die der EuGH zu den übrigen Fällen der Horizontalwirkung zieht, tatsächlich nicht überzeugt. Eine Arbeitnehmervereinigung ist soziologisch,

²³³ *Azoulai*, CML 2008, 1335, 1345, die exemplarisch aufzeigt, wie sehr diese Asymmetrie im Verhältnis von Arbeitnehmer und Arbeitgeber im Fall *Defrenne II* zu Tage tritt; *Joerges/Rödl*, ELJ 2009, 1, 14; *Kamanabrou*, EuZA 2010, 157 f.

²³⁴ *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 96; *Joerges/Rödl*, ELJ 2009, 1, 14.

²³⁵ *Joerges/Rödl*, ELJ 2009, 1, 14; *Kamanabrou*, EuZA 2010, 157, 169.

²³⁶ Zur Kritik vgl. auch *Jacobs/Münder/Richter*, Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht, 2017, S. 35 ff.

strukturell und auch in ihrer Rechtsposition nicht mit einem kommerziellen Sportverband wie der UEFA oder einer Privatbank zu vergleichen.

Überdies zeigt die Argumentation des EuGH gerade mit Blick auf die in Rede stehenden Firmentarifverträge Defizite. Der Arbeitgeber stand hier keinesfalls in einem Verhältnis struktureller Unterlegenheit gegenüber der Arbeitnehmervereinigung. Die Annahme, alleine deshalb, weil ein Arbeitskampf geführt wird, entstehe eine solche Situation, wird auch der EuGH nicht ernsthaft vertreten wollen. In diesem Fall wäre nämlich aus nationaler verfassungsrechtlicher Sicht wohl auch die ultra-vires-Grenze erreicht. In diesem Fall würde nämlich der Streik immer deshalb unzulässig, wenn er den Arbeitgeber zum Abschluss eines Tarifvertrages bewegt hat, was im Grunde das Streikrecht seiner Funktion berauben würde. Vielmehr ist der Streik ein Mittel zur Herstellung eines Verhandlungsgleichgewichts zwischen den Parteien.²³⁷

Vor diesem Hintergrund ist die Begründung des EuGH substanzlos, soweit sie auf Entscheidungen rekurriert, die an eine Situation struktureller Unterlegenheit anknüpfen. Des Weiteren missachtet der EuGH auch die Vertragsfreiheit des betroffenen Unternehmers. Denn soweit dieser zur Befriedung eines Konflikts mit einer Arbeitnehmervereinigung auf die Ausübung seiner Grundfreiheit verzichten *will*, um dadurch Zugeständnisse an anderer Stelle zu erreichen, steht ihm diese Entscheidung zu.²³⁸ Insoweit hat der EuGH in überschießender Weise eine paternalistische Lesart der Grundfreiheiten entwickelt, die dem Arbeitgeber faktisch die Möglichkeit nimmt, seine Handlungsmöglichkeiten in Tarifverhandlungen zu kommerzialisieren. Darüber hinaus missachtet der EuGH das fundamentale Interesse von Sozialpartnern an Standortsicherungsvereinbarungen, die in Gefahr geraten, wegen Verstoßes gegen die Grundfreiheiten unzulässig zu werden.²³⁹ Wenn es einem Arbeitgeber möglich ist, sich nachträglich gegen eine solche Zusage zu wenden, ist diese in den Verhandlungen mit der Arbeitnehmervereinigung nichts mehr wert.

Darüber hinaus erweist sich der Rückgriff auf die Rechtsprechung zu den Satzungen von Sportverbänden als wenig überzeugend. Zwar ist nicht zu bestreiten, dass die Sozialpartner eine Regelungsbefugnis haben. Allerdings kann diese nicht ohne die Zustimmung des jeweiligen sozialen Gegenspielers ausgeübt werden. Das führt jedenfalls beim Firmentarifvertrag dazu, dass eine Berufung auf die Grundfreiheiten ausscheiden muss, weil die jeweilige Regelung nur

²³⁷ Joerges/Rödl, ELJ 2009, 1, 14.

²³⁸ Vgl. dazu ausf. Ulber in: Däubler, TVG 4. Aufl. 2016, Einl. Rn. 333.

²³⁹ Löwisch/Rieble, § 1 TVG Rn. 676.

unter Beteiligung des Arbeitgebers zustande kommen kann. Wenn der Arbeitgeber sich vertraglich dazu verpflichten will, diese nicht auszuüben, um einen Arbeitskampf abzuwenden, dann ist das seine Entscheidung. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass es sich bei Tarifverträgen nicht um interne Regelwerke handelt, denen man sich notwendigerweise unterwerfen muss, um in einem bestimmten Wirtschaftssektor zu agieren. Niemand ist gezwungen, Tarifverträge zu schließen, um sich unternehmerisch zu betätigen.

Letztendlich bleibt von den Argumenten des EuGH nur die Erwägung, dass Tarifverträge aufgrund ihrer Bindungswirkung eine Wirkungsähnlichkeit mit staatlichen Gesetzen haben und gegenüber dem staatlichen Recht, je nach System der kollektiven Rechtsbeziehungen, eine Ersatzfunktion haben können. Selbst dann stellt sich allerdings die Frage, ob vor diesem Hintergrund auf Arbeitskampfmaßnahmen durchgegriffen werden kann.

c) **Arbeitskampf und Parität**

Die Entscheidungen *Viking* und *Laval* werden auch unter dem Aspekt kritisch gesehen, dass sich die den Arbeitnehmervereinigungen verliehene rechtliche Autonomie von der (satzungs-)Autonomie sonstiger privatrechtlicher Verbände unterscheidet. Während Sport- und andere professionelle Berufsverbände kraft ihrer rechtlichen Autonomie Regelungen für einen bestimmten Bereich wirtschaftlicher Betätigung einseitig setzen können, haben Arbeitnehmervereinigungen (nur) das Recht, kollektive Maßnahmen zur Unterstützung ihrer Verhandlungsposition einzusetzen.²⁴⁰ Arbeitskampfmaßnahmen dienen demnach dem Zweck, eine fehlende einseitige Rechtssetzungsmacht zur Feststellung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu kompensieren.²⁴¹ Die Analogie, die der EuGH zwischen Arbeitnehmervereinigungen und sonstigen Verbänden ziehe, sei auch deshalb nicht zulässig, weil das Kräfteverhältnis zwischen Arbeitnehmervereinigung und Arbeitgeber, anders als zwischen einem Einzelnen und einem Verband, stark variieren könne. Daraus lasse sich folgern, dass die *ratio* der vorangegangenen Entscheidungen zur Horizontalwirkung bei Arbeitnehmerorganisationen nicht greift.

Zudem war das Rundschreiben der ITF nicht auf den Abschluss eines Tarifvertrages gerichtet, sondern sollte die FSU in ihrer Verhandlungsposition unter-

²⁴⁰ *Azoulai*, CML 2008, 1335, 1344; *Davies*, ILJ 2008, 126, 136.

²⁴¹ *Joerges/Rödl*, ELJ 2009, 1, 14.

stützen. Es handelte sich also trotz allem nicht um den „Normalfall“ kollektivvertraglicher Beziehung.

Darüber hinaus wird in Frage gestellt, ob es dem EuGH überhaupt auf die hinter dem Arbeitskampf stehende tarifvertragliche Regelung ankam oder er nicht eher einen Umweg gesucht hat, um besonders effektive gewerkschaftliche Maßnahmen zu unterbinden.²⁴² Dieser letztere Gedanke unterstellt dem EuGH freilich eine extrem einseitige Parteinahme gegen Arbeitnehmerinteressen. Möglicherweise hat der EuGH Konsequenzen seiner Entscheidung lediglich nicht richtig durchdacht.²⁴³ Denn in der Tat kann die Argumentation des EuGH darauf hinauslaufen, dass Arbeitskampfmaßnahmen immer dann unzulässig sind, wenn sie erfolgreich sind. Das kann nicht gemeint sein. Überdies würde diese Sichtweise das BVerfG in erhebliche Loyalitätsprobleme gegenüber dem EuGH bringen.

Deswegen wird der EuGH seine Rechtsprechung wohl insoweit klarstellen müssen. Insgesamt scheint der EuGH die Abläufe und Funktionsweise von Arbeitskämpfen in *Viking* und *Laval* auch nicht vollständig durchdrungen zu haben.²⁴⁴ Das ist bei zukünftigen Entscheidungen nicht zu erwarten – jedenfalls das dürfte die Kritik an der Rechtsprechung in *Viking* und *Laval* bewirkt haben. Es bleibt bis dahin aber dabei, dass die Ausführungen des EuGH gerade mit Blick auf das Verhältnis von Arbeitnehmervereinigung und Einzelarbeitgeber bei Abschluss eines Tarifvertrages und einem vorausgehenden Arbeitskampf überaus bedenklich sind.

d) Horizontalwirkung und Schutz des sozial Schwächeren

Hieran anknüpfend wird an den Entscheidungen *Viking* und *Laval* auch Kritik unter Verweis auf die Schutzfunktion der Horizontalwirkung geübt. Diese verfehle ihre Wirkung, wenn sie gegen Arbeitnehmervereinigungen gewandt werde, da sie statt des sozial Schwächeren, transnational tätige Unternehmen vor unliebsamer Regulierung schützte.²⁴⁵ Von einem „Machtungleichgewicht“ bei kollektiven Maßnahmen einer Arbeitnehmervereinigung gegen den Arbeitgeber

²⁴² Hierzu unter IV.2.

²⁴³ Zu den inhaltlichen Schwächen der Begründung vgl. auch *Jacobs/Münder/Richter*, Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht, 2017, S. 38 ff.

²⁴⁴ Vgl. auch *Jacobs/Münder/Richter*, Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht, 2017, S. 43.

²⁴⁵ *Schiek*, in: Däubler, TVG, Teil D Rn. 541, spricht von einer Pervertierung der Horizontalwirkung.

ist grundsätzlich nicht auszugehen.²⁴⁶ Gemeint ist mit dieser Kritik, dass durch die Horizontalwirkung die Gegenmachtbildung auf Arbeitnehmervereinigungsseite erschwert wird und dadurch die Funktionsvoraussetzungen für einen privatautonomen, kontradiktorischen Interessenausgleich angetastet werden. Dann allerdings wirft man dem EuGH vor, durch die Entscheidungen das soeben erst von ihm ausführlich hergeleitete Grundrecht auf Kollektivmaßnahmen in seinem Kerngehalt antasten zu wollen. Ob der EuGH so weit gehen wollte, erscheint allerdings fraglich.

Die Ansicht, die auf den in *Viking* und *Laval* verkannten Schutzzweck der Grundfreiheiten in Horizontal-Konstellationen abstellt, beruht vor allem auch auf der Annahme, der EuGH habe die Horizontalwirkung zum Schutz des Einzelnen vor Eingriffen in seine Grundfreiheiten durch sozial oder wirtschaftlich übermächtige Privatakteure entwickelt.²⁴⁷ Durch die Horizontalwirkung habe der EuGH die Schutzbedürftigkeit des Einzelnen anerkannt, der sich der geballten Regelungsmacht eines professionell organisierten Verbandes gegenübersee, dessen einseitig auferlegten Regelungen er nicht ausweichen könne.²⁴⁸ Der EuGH habe in seinen Entscheidungen zur Horizontalwirkung mit seiner Argumentation zunächst darauf abgezielt, angesichts des Ungleichgewichts zwischen einzelnen Privaten einerseits und der Macht von Verbänden andererseits ein Leerlaufen der Grundfreiheiten zu verhindern.²⁴⁹ Die horizontale Wirkung sei entwickelt worden, um auch dem Einzelnen ein wirkungsvolles Instrument zur Verteidigung seiner Rechte in der sozialen Wirklichkeit an die Hand zu geben.

Dabei wird allerdings übersehen, dass der EuGH selbst kaum mit einer etwaigen Schutzbedürftigkeit argumentiert, sondern regelmäßig auf den *effet utile* Gedanken abhebt.²⁵⁰ Das Kriterium der „Unentrinnbarkeit“²⁵¹ einer Regelung für den Einzelnen, welche sich aus einem Über-/Unterordnungsverhältnis ergibt, mag vielfach der tatsächliche Hintergrund der EuGH-Entscheidungen und charakteristisch für das Verhalten der jeweiligen Einrichtung gewesen sein. Es ändert aber nichts daran, dass die Grundfreiheiten aus Sicht des EuGH keine soziale Schutzfunktion haben. Dies gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass die

²⁴⁶ *Junker*, SAE 2009, 212.

²⁴⁷ Kritisch *Junker*, SAE 209, 212.

²⁴⁸ *Röthel*, EUR 2001, 910 f. m.w.N.

²⁴⁹ *Schiek*, in: Däubler, TVG, Teil D Rn. 541, spricht von einer Pervertierung der Horizontalwirkung, die so statt des sozial schwächeren Tarifvertragspartners multinationale Konzerne schütze.

²⁵⁰ *Röthel*, EUR 2001, 908, 911.

²⁵¹ *Ludwigs/Weidermann*, Jura 2014, 152, 156.

Grundfreiheiten – im Gegensatz zu Grundrechten – von je her der Liberalisierung der Märkte und der Annäherung der Lebensverhältnisse dienen.²⁵² Zwar ist nicht zu leugnen, dass die „soziale Macht“ der Arbeitnehmervereinigungen sowohl in *Viking* als auch in *Laval* eine zentrale Rolle bei der Argumentation des EuGH spielt.²⁵³ Letztendlich scheint der EuGH aber eine undifferenzierte Handhabung der Grundfreiheiten zu präferieren, die nicht auf die Schutzbedürftigkeit der Betroffenen abstellt. Der Kritik ist aber zuzugeben, dass es im zweiten Schritt sehr wohl darauf ankommt, ob die Grundfreiheit beeinträchtigt ist, wenn Sozialpartner ihren Interessenausgleich durch Arbeitskampf organisieren. An dieser Stelle wären durchaus Zweifel angebracht.

In die gleiche Richtung geht die Kritik daran, dass der EuGH sich auf die Entscheidung *Defrenne II* beruft.²⁵⁴ Denn in *Defrenne II* ging es darum, einer strukturell unterlegenen Arbeitnehmerin ein wirksames Mittel zur Abwehr einer diskriminierenden Regelung ihres Arbeitgebers zu verschaffen. Der Ausgleich ihrer strukturellen Unterlegenheit und der faktischen Macht (auf Seiten des Arbeitgebers) sei zu Gunsten der Arbeitnehmerin über das Instrument der Horizontalwirkung erreicht worden.²⁵⁵ Stehen sich Arbeitnehmervereinigungen und Unternehmen gegenüber, so ist das Verhältnis zwar formell so ausgestaltet, dass die Arbeitnehmervereinigungen die kollektive Gegenmacht bilden, die eine Parität im Verhältnis zum wirtschaftlich überlegenen Arbeitgeber schaffen soll. Dahinter steht jedoch nach wie vor ein Arbeitnehmer-Arbeitgeber-Verhältnis – Parteien, die in einem Über-/Unterordnungsverhältnis stehen. So enthalte das Verhältnis der Sozialpartner jedenfalls auch Elemente „vertikaler“ Natur.²⁵⁶ Jedenfalls stehen sich hier im Regelfall zwei gleichgewichtige Akteure gegenüber, die ihren Interessenausgleich autonom bewältigen. Der EuGH wendet die Rechtsprechung zur Horizontalwirkung aber auch in diesem Verhältnis an – und zwar zulasten der Arbeitnehmervereinigungen. Dieser Umstand hat im Schrifttum zu größeren Irritationen geführt²⁵⁷, weil der EuGH hier die Grundlagen der *Defrenne II*-Rechtsprechung völlig außer Acht lässt. Die Annahme, ein Arbeitskampf führe zu einer strukturellen Unterlegenheit des Arbeitgebers, wäre ein Fehlverständnis des Arbeitskampfrechts (s.o.).

²⁵² *Skouris*, DÖV 2006, 89.

²⁵³ Hierzu unten IV.2.

²⁵⁴ *Azoulai*, CML 2008, 1335, 1345 f.; *Kamanabrou*, EuZA 2010, 157, 170.

²⁵⁵ *Azoulai*, ebenda.

²⁵⁶ So *Azoulai*, CML 2008, 1335.

²⁵⁷ Vgl. nur *Fuchs*, in: *Fuchs/Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht, 458, 467; *Bercusson*, *European Labour Law*, 667 f.; *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109.

e) Vorrang der Grundfreiheiten vor der Koalitionsfreiheit

Die Kritik, die auf die Schutzfunktion der Horizontalwirkung verweist, beruht auf einer eher eigenwilligen Interpretation der Grundlagen der EuGH-Rechtsprechung zur Horizontalwirkung. Dahinter steht jedoch ein anderer Gedanke, der wie der Vorwurf eines „Vorrangs der Grundfreiheiten“ vielmehr die Frage betrifft, wie der Kontrollmaßstab des EuGH zu verstehen ist.

So wird kritisiert, dass, übertragen auf das nationale Recht, die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit durch den EuGH eine „herausgehobene Grundrechtsqualität“ erhalten würden.²⁵⁸ Wenn man grundsätzlich davon ausgehe, dass die Arbeitnehmervereinigungen an die Grundfreiheiten gebunden seien, müsse sich jeder Arbeitskampf an den Grundfreiheiten messen lassen.²⁵⁹ Für die Prüfung einer Verletzung bedeute dies, dass die Position der Arbeitgeber somit „gesetzt“ und demgegenüber die Streikmaßnahme als rechtfertigungsbedürftiger Eingriff zu qualifizieren sei, der einer Proportionalitätsprüfung standhalten müsse.²⁶⁰ Den Arbeitnehmervereinigungen falle die „Beweislast“ für die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen zu.²⁶¹ Es entstehe somit eine „rechtliche Garantie freier unternehmerischer Betätigung“.²⁶² Dies widerspreche jedoch fundamental dem paritätischen Verhandlungssystem, auf das die Koalitionsfreiheit angelegt sei.²⁶³

Letztlich geht es dieser Kritik um die Auseinandersetzung damit, wie der EuGH die Abwägung der Grundfreiheit mit dem Grundrecht auf kollektive Maßnahmen in *Viking* und *Laval* ausgestaltet hat. Dieser Vorwurf setzt aber – was insbesondere aus deutscher rechtsdogmatischer Sicht einleuchtet – bereits bei der Horizontalwirkung an. Das liegt daran, dass die Drittwirkungs-Lehre darauf abzielte, die Verfassungsabhängigkeit des einfachen Rechts zu betonen.

²⁵⁸ *Däubler*, AuR 2008, 409, 414, der in der Konsequenz die Berufung auf Art. 12 Abs. 1 oder Art. 14 Abs. 1 GG als „überflüssig“ und die Sozialbindung nach Art. 14 Abs. 2 GG durch das Gemeinschaftsrecht „überlagert“ sieht; *Fuchs*, in: Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 470; *Joerges/Rödl*, ELJ 2009, 1, 15, spricht von der Relativierung des Streikrechts mit Hilfe einer unternehmerischen Freiheit von Verfassungsrang („entrepreneurial freedom of constitutional rank“).

²⁵⁹ *Kamanabrou*, EuZA 2010, 157, 169; *Däubler*, AuR 2008, 409, 414.

²⁶⁰ *Fuchs*, in: Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 470; *Barnard*, NZA-Beilage 3/2011, 122, 123; *Kamanabrou*, EuZA 2010, 157, 169; *Däubler*, AuR 2008, 409, 414.

²⁶¹ *Fuchs*, in: Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 470.

²⁶² *Barnard*, NZA-Beilage 3/2011, 122, 123; *Däubler*, AuR 2008, 409, 414; *Kamanabrou*, EuZA 2010, 157, 169.

²⁶³ *Däubler*, AuR 2008, 409, 414; *Zwanziger*, RdA 2009, 10, 18.

Indem der EuGH die Horizontalwirkung der vorrangig wirtschaftlich orientierten Grundfreiheiten nun auf die „sozial schwächeren“ Tarifvertragsparteien anwendet, ergibt sich vor dem Hintergrund der durch *Lüth* angestoßenen Entwicklung der deutschen Verfassungslehre das Bild, dass die auf Liberalisierung angelegte „Verfassung des Binnenmarkts“ der „sozialen Verfassung“ vorgeht. Diese Schlussfolgerung lässt sich relativieren, wenn man Grundfreiheiten und Grundrechten eine weitreichende Konvergenz bescheinigt.²⁶⁴ Letztlich geht es darum, ob die hinter den Grundfreiheiten der Unternehmen und dem korrespondierenden Recht der Arbeitnehmervereinigungen auf Durchführung kollektiver Maßnahmen stehenden jeweiligen Interessen zu einem bestmöglichen Ausgleich gebracht werden.

Wäre der EuGH hingegen tatsächlich der Auffassung, es bestünde ein hierarchisches Verhältnis von Grundfreiheiten und dem Grundrecht auf Kollektivmaßnahmen, wäre das in der Tat überaus problematisch. Diese Einschätzung ist jedoch nicht zwingend. Teilweise wird sie auch im Schrifttum mit einem viel schlichteren Argument abgelehnt: Die Einstufung der Arbeitskampfmaßnahmen als rechtfertigungsbedürftigen Eingriff sei nicht als „Überhöhung“ der Grundfreiheit anzusehen, sondern vielmehr dem prozessualen Umstand geschuldet, dass der EuGH (ausgehend von der Vorlagefrage) gezwungen war aus dieser Perspektive (derjenigen der Grundfreiheit) zu prüfen, ohne dass damit eine Aussage zu einem Rangverhältnis verbunden wäre.²⁶⁵

f) **Stärkung der Arbeitnehmervereinigungen durch *Viking* und *Laval***

Unter Hinweis auf das Grundrecht auf Kollektivmaßnahmen in Art. 28 GRC wird teilweise eine Stärkung der Arbeitnehmervereinigungen gesehen.²⁶⁶ Wenn der EuGH die Arbeitnehmervereinigungen in *Viking* und *Laval* unmittelbar an

²⁶⁴ *Skouris*, DÖV 2006, 90 ff.

²⁶⁵ *Holoubek*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, GRC, Art. 28 Rn. 24; *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EUArbR, GRC, Art. 28 Rn. 58.

²⁶⁶ *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EUArbR, GRC, Art. 28 Rn. 67; in diese Richtung auch *Holoubek*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, GRC, Art. 28 Rn. 28, der die Bindungswirkung für die Geltendmachung des Grundrechts aus Art. 28 GRC gegenüber Arbeitgebern fruchtbar machen möchte; befürwortend *Thüsing/Traut*, RdA 2012, 65, 72; *Bücker*, NZA 2008, 212, 214 f. begrüßt allerdings auch die unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten im Verhältnis zu den Arbeitnehmervereinigungen unter dem Aspekt der besonderen Stärke und Strategie der Maßnahmen, die auf Unternehmerseite keine „Marktalternative“ gelassen habe.

die Grundfreiheiten binde, dann sei in einem zweiten Schritt auch die Bindung der Arbeitgeberseite an das Grundrecht aus Art. 28 GRC denkbar, wenn nicht sogar zwingend erforderlich.²⁶⁷ Die Rechtsprechung des EuGH kann also nach dieser Auffassung Art. 28 GRC zu einer Schutzpflicht erweitern, indem sie den Kreis der Verpflichteten auf den direkten sozialen Gegenspieler, also die Arbeitgeberseite ausdehnt. So ließe sich insbesondere vermeiden, dass der Arbeitgeber im Falle eines Streiks kündigen und Schadensersatz verlangen könnte, die Arbeitnehmer zur Geltendmachung ihrer Rechte aber erst den Umweg über die öffentliche Gewalt nehmen müssten.²⁶⁸ Arbeitnehmer oder deren Verbände könnten so im Falle von Beschränkungen des Rechts auf Kollektivmaßnahmen durch Arbeitgeberverbände oder Konzerne aus Art. 28 GRC unmittelbar Rechte gegenüber diesen Akteuren herleiten.²⁶⁹

Die Erweiterung der Bindungswirkung sei auch ein wesentlicher Faktor für die praktische Wirksamkeit der Binnenmarktpolitik. Wenngleich die Rechtsprechung des EuGH noch verbesserungswürdig sei, so habe er bereits in den Entscheidungen *Schmidberger* und *Omega* deutlich gemacht, dass der Vorrang der Grundfreiheiten kein „Automatismus“ sei.²⁷⁰ Letztlich sei es vor allem eine politische Aufgabe, dass diese Erstreckung der Bindungswirkung der Grundfreiheiten auf Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen nicht als Bedrohung sozialstaatlicher Strukturen wahrgenommen werde.²⁷¹

Soweit unter dem Eindruck der konkreten Entscheidungen in *Viking* und *Laval* teilweise sehr stark auf die Schwächung der Arbeitnehmervereinigungen und ihrer Rechtsposition durch die Bindungswirkung abgestellt wird, ist diese Sichtweise daher nicht zwingend. Wenn Grundfreiheiten wie die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit von Unternehmen unmittelbare Wirkung entfalten, dann ist es auch denkbar, dass das unionsrechtliche Grundrecht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen einen horizontal wirkenden Gegenläufer darstellen kann. Indes ist dieser Schritt in der Rechtsprechung des

²⁶⁷ *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 33; *Holoubek*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, GRC, Art. 28 Rn. 28; *Pötters*, in: Preis/Sagan, § 2 Rn. 35; *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EUArbR, GRC, Art. 28 Rn. 67; *Thüsing/Traut*, RdA 2012, 65, 71 f.; zum Ganzen und mit weiteren Argumenten für eine Horizontalwirkung der Chartagrundrechte des Arbeitslebens: *Heuschmid/Lörcher*, in: NK-GA, GRC, Art. 51 Rn. 27 f.; siehe auch *Seifert*, EuZW 2011, 696.

²⁶⁸ *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 33.

²⁶⁹ Diese Möglichkeit offen, aber für überlegenswert erachtet *Holoubek*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, GRC, Art. 28 Rn. 28.

²⁷⁰ *Temming*, ZESAR 2008, 231, 238.

²⁷¹ *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EUArbR, GRC, Art. 28 Rn. 67.

EuGH noch nicht vollzogen, zum anderen ist auch fraglich, ob diese Bindung in gleicher Weise aktiviert werden kann. Solange das unklar ist, ist die Kritik berechtigt.

g) Fazit

Der EuGH lässt eine positive Begründung der Bindung der Arbeitnehmervereinigungen an die Grundfreiheiten vermissen. Seine vor *Viking* und *Laval* ergangene Rechtsprechung vermag diesen Schritt nicht zu rechtfertigen. Überzeugender wäre es gewesen, wenn der EuGH auf die Besonderheiten der Beziehungen der Sozialpartner eingegangen wäre und damit die Unterschiede zu den Horizontalwirkungsfällen aufgedeckt hätte. Als möglicher Ansatzpunkt für eine Erstreckung der Bindungswirkung hätte hier die besondere, die faktische Macht der Arbeitnehmervereinigungen dienen können.²⁷²

Schließlich ist nicht zu übersehen, dass die Kritik an der Bindungswirkung bereits auf die Ebene der Rechtfertigung abzielt, wo dem EuGH eine unzureichende Berücksichtigung der Arbeitnehmerrechte vorgeworfen wurde. Diese Kritik hat durchaus große Berechtigung, sollte aber nicht darüber hinwegsehen, dass sich – auf der Ebene der (unmittelbaren) Anwendbarkeit der Grundfreiheiten – die Überlegungen zu kollektiven Regelwerken auf Arbeitskämpfe übertragen lassen könnten.

2. Faktische Macht statt „Rechtssetzungsmacht“?

Neben dem besonderen Verhältnis der Sozialpartner gibt es noch einen weiteren Aspekt, der sich nicht recht in die bisherigen Entscheidungen zur Horizontalwirkung einreihen lässt: Schließlich war es der Boykott bzw. die Streikandrohung und nicht eine tarifliche Regelung, die im Mittelpunkt der Prüfung des EuGH stand. So fragt sich, ob der EuGH seine Prüfung tatsächlich unter Hinweis auf seine bisherige Rechtsprechung auf kollektive Maßnahmen erstrecken kann. Eine Begründung dafür, dass eine überkommene Rechtsprechung dieses Ergebnis stützt²⁷³, so seine Kritiker, sei der EuGH schuldig geblieben.

²⁷² Hierzu sogleich unter 2.

²⁷³ EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 Rn. 98 – *Laval*; EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 57 f. – *Viking*.

Kommt es indes gar nicht auf die von den Arbeitnehmervereinigungen bezweckte kollektive Regelung an, so fragt sich auch, welche Schwelle ein Arbeitskampf erreicht haben muss, um ihn als „grundfreiheitsrelevant“ einstufen zu können. Reicht schon die bloße Drohung mit einer Maßnahme, wie etwa das Rundschreiben eines Arbeitnehmervereinigungsbandes im Fall *Viking*? Oder kann man schlicht von einer durchschlagenden Wirkung irgendeiner Maßnahme auf deren grundfreiheitsliche Unzulässigkeit schließen? Dann wären am Ende etwa nur solche Maßnahmen „zulässig“, die keine Beeinträchtigung der Arbeitgeberinteressen bewirken können. Somit hat der EuGH eine zentrale Frage aufgeworfen und letztlich offen gelassen: Kommt es ihm auf die faktische Wirkungsmacht kollektiver Maßnahmen an oder doch auf die normative Wirkung der Tarifverträge, auf deren Abschluss sie funktional gerichtet sind?²⁷⁴

Mit dieser Fragestellung hängen weitere Probleme zusammen. Sollte es nach der Auffassung des EuGH auf den bezweckten Tarifvertrag ankommen, so fragt sich: Muss der Arbeitskampf nach seiner Auffassung einen Tarifbezug haben? Dies ist relevant, weil grundsätzlich auch Arbeitskämpfe denkbar sind, die nicht auf den Abschluss eines Tarifvertrages gerichtet sind. Im Gegensatz zu Deutschland, wo bislang, wenn auch umstritten, davon ausgegangen wird, dass ein Tarifbezug des Arbeitskampfes erforderlich ist,²⁷⁵ ist in vielen anderen Mitglied-

²⁷⁴ *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 95; *Azoulai*, CML 2008, 1335, 1344; *Davies*, ILJ 2008, 126, 137. Diese Frage wurde im Übrigen auch bei dem im Anschluss an die *Laval*-Entscheidung des EuGH vor dem schwedischen Arbeitsgericht anhängig gemachten Rechtsstreit über Schadenersatzforderungen diskutiert. Nachdem das schwedische Arbeitsgericht verschiedene Sprachfassungen der *Laval*-Entscheidung und die bisherige EuGH-Rechtsprechung zur Horizontalwirkung ausgewertet hatte, kam es zu dem Schluss, dass auch vorgelagerte Handlungen zum Abschluss einer Kollektivvereinbarung zur Horizontalwirkung führen könnten. Leider hat das Gericht diesen Aspekt dem EuGH nicht wieder vorgelegt, vgl. hierzu *Reich*, EuZW 2010, 454, 455.

²⁷⁵ Vgl. etwa für die st. Rspr. des BAG nach der – basierend auf der Annahme der Arbeitskampf sei Annexinstrument der in Art. 9 Abs. 3 GG festgelegten Tarifautonomie – grundsätzlich Arbeitskämpfe nur zur Durchsetzung von Tarifforderungen (oder deren Abwehr) zulässig sind, also nur auf kollektivvertraglich Regelbares gerichtet sein können, BAG 28. 1. 1955 – GS 1/54, BAGE 1, 291, 300 ff.; BAG 21. 4. 1971 – GS 1/68, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 10. 6. 1980 – 1 AZR 822/79, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 5. 3. 1985 – 1 AZR 468/83, EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 57; so sieht es auch das BVerfG, BVerfG 2. 3. 1993 – 1 BvR 1231/85, BVerfGE 88, 103, 114; BVerfG 4. 7. 1995 – 1 BvF 2/86 u.a., BVerfGE 92, 365, 394. Das entspricht der h.M. im Schrifttum, *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, § 22 I 4 a, 1071; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, § 24 Rn. 1 ff.; *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, § 4 Rn. 21, § 5 Rn. 2; *Linsenmaier*, in: ErfK, GG, Art. 9 Rn. 114; *Ha-*

staaten ein Arbeitskampf auch ohne tariflich oder anderweitig vertragsrechtlich regelbares Ziel denkbar.²⁷⁶ Jedenfalls ist unter Art. 28 GRC der Streik nicht notwendig auf die Herbeiführung eines Tarifvertrages beschränkt.²⁷⁷

a) **Arbeitskampfmaßnahme und/oder Tarifvertrag als Bezugspunkt der Prüfung des EuGH?**

In *Viking* und *Laval* wird nicht klar, ob der EuGH bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Marktzugangsbeschränkung auf die konkrete Arbeitskampfmaßnahme oder die damit angestrebte Regelung abstellt. In seiner bisherigen Rechtsprechung zur Horizontalwirkung ging der EuGH von einer Gleichstellung von staatlichen Vorschriften und kollektiven Regelungen aus. Diese Überlegung hat er aber in *Viking* und *Laval* nicht eindeutig übertragen und allein auf die Regelungswirkung des Tarifvertrages abgestellt, auf dessen Abschluss die gewerkschaftlichen Maßnahmen zielten.²⁷⁸ Anders konnte er auch nicht vorgehen, da nicht nur die jeweiligen Kläger die Arbeitskampfmaßnahme an sich angegriffen hatten, sondern die Arbeitskampfmaßnahmen auch – mangels Abschluss eines Tarifvertrages – der einzig mögliche Prüfungsgegenstand waren. Im Fokus standen Arbeitskampfmaßnahmen im *Vorfeld* eines Tarifvertragsabschlusses.

In *Laval* erklärt der EuGH zur Frage der Beurteilung der kollektiven Maßnahmen anhand des Art. 56 AEUV, dass dieser „auch für **Regelwerke** nicht öffentlicher Art gilt“ und dass das „**Recht der gewerkschaftlichen Organisationen eines**

nau, in: NK-GA, GG, Art. 9 Rn. 108 f.; kritisch: *Däubler*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 13 Rn. 5; seit dem Jahr 2002 deutet sich jedoch in der BAG-Rechtsprechung ein Wandel an, vgl. BAG 10. 12. 2002 – 1 AZR 96/02, NZA 2003, 735, 740. Danach äußert das BAG Vorbehalte gegenüber der Ansicht, dass Arbeitskämpfe stets nur zur Durchsetzung tariflich regelbarer Ziele zulässig sein sollten. Diesen Vorbehalt bekräftigend BAG 24. 4. 2007 – AZR 252/06, NZA 2007, 987, 994; wohl auch BAG 19. 6. 2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055; vgl. zu dieser Entwicklung *Preis*, Kollektivarbeitsrecht, Rz. 1175 ff.; aktuell und ausführlich zum Tarifbezug unter Berücksichtigung auch des internationalen Rechts *Gooren*, Der Tarifbezug des Arbeitskampfes, 2014.

²⁷⁶ So sind in Frankreich, Belgien, Dänemark, Griechenland, Italien und Spanien alle Arten von Streikforderungen zulässig, die auf die Änderung von Arbeitsbedingungen gerichtet sind, *Rebhahn*, NZA 2001, 763, 769; vgl. auch *Buchholtz*, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, 60 m.w.N. zu den zulässigen Streikzielen in den einzelnen Mitgliedstaaten.

²⁷⁷ *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 37; *Rixen*, in: Tettinger/Stern, GRC, Art. 28 Rn. 13; *Rudolf*, in: Meyer, GRC, Art. 28 Rn. 28; *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EUArbR, GRC, Art. 28 Rn. 67.

²⁷⁸ Vgl. dazu die Ausführungen oben unter IV.1.

Mitgliedstaates“ zur Durchführung kollektiver Maßnahmen, durch die sich Unternehmen gezwungen sehen können, einem Baurarifvertrag beizutreten, der günstigere und auch von der Entsende-Richtlinie nicht vorgesehene Arbeitsbedingungen enthält, „geeignet ist, die Durchführung von Bauarbeiten in diesem Mitgliedstaat weniger attraktiv zu machen, ja sogar zu erschweren, und daher eine Beschränkung von Art. 56 AEUV darstellt.“²⁷⁹

In *Viking* spricht der Gerichtshof unter dem Gesichtspunkt der Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit auf kollektive Maßnahmen einerseits von der Untrennbarkeit von Tarifvertrag (also kollektivem Regelungswerk) und kollektiver Maßnahme.²⁸⁰ Hinsichtlich der Anwendbarkeit des Art. 49 AEUV stellt er auf die von den Arbeitnehmervereinigungen bezweckte kollektive Regelung ab,²⁸¹ andererseits erklärt er aber, dass es auf die Regelungsfunktion oder quasi-legislativ Befugnis einer Einrichtung für die Horizontalwirkung nicht ankomme.²⁸² „Im Übrigen“, so der EuGH, sei aber festzustellen, dass die gewerkschaftlichen Organisationen durch ihre „autonome Befugnis“ an der „Gestaltung der Verträge zur kollektiven Regelung der abhängigen Erwerbstätigkeit mitwirken“.²⁸³ Kurzum: Der EuGH windet sich um eine Entscheidung des Prüfungsgegenstandes herum.

In seinen Schlussanträgen in *Laval*, hat auch Generalanwalt Mengozzi darauf verwiesen, dass es, anders als in den vorherigen Urteilen des EuGH zur Anwendung der Grundfreiheiten auf Private, nicht um die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Verordnungen oder anderen Regelungen gehe, die diese aufgestellt hatten.²⁸⁴ Vielmehr sei es die Durchführung kollektiver Maßnahmen (mit dem Ziel den Abschluss eines Tarifvertrages zu erzwingen), um die es den Arbeitnehmervereinigungen gehe. Dies, so der Generalanwalt, sei indes nur bei der Frage bedeutsam, ob die entsprechenden Arbeitskämpfmaßnahmen eine Behinderung des freien Verkehrs darstellten. Der Unterschied spiele keine Rolle „so weit es um die Frage geht, ob gewerkschaftliche Organisationen grundsätzlich verpflich-

²⁷⁹ EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 Rn. 99 – *Laval*.

²⁸⁰ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 36 – *Viking*: „Zum anderen sind (...) kollektive Maßnahmen (...) als untrennbar mit dem Tarifvertrag anzusehen, auf dessen Abschluss die FSU hinarbeitet“.

²⁸¹ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 60 – *Viking*.

²⁸² EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 64 – *Viking*; auch *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 113, weist auf die Inkonsistenz der Rechtsprechung des EuGH in diesem Punkt hin.

²⁸³ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 61 – *Viking*.

²⁸⁴ Schlussanträge des GA Mengozzi vom 23. 5. 2007 – C-341/05 Rn. 159.

tet sind, die in Art. 49 EG aufgestellten Verbote zu beachten.“²⁸⁵ Bedauerlicherweise hat der EuGH dies nicht so deutlich herausgestellt. Somit bleibt es dabei, dass unklar ist, ob der EuGH auf die normative Geltung des Tarifvertrages oder die kollektive Maßnahme selbst abstellt.

b) Gleichsetzung von kollektiver Regelung und einseitiger (kollektiver) Maßnahme

In der Literatur ist dem EuGH daher vorgeworfen worden, er habe seine bisherige Rechtsprechung zu kollektiven Regelwerken in fehlerhafter Weise auf kollektive Maßnahmen ausgedehnt.²⁸⁶ Der EuGH habe bereits der Streikdrohung eine Regelungsfunktion unterstellt, selbst wenn der Abschluss eines Tarifvertrages erst deren Konsequenz ist²⁸⁷ bzw. dass er kollektive Regelungen und kollektive Maßnahmen ohne Begründung gleichsetze.²⁸⁸ Es sei aber begründungsbedürftig, weshalb eine rechtliche Regelung und die Aktion, um diese zu erreichen, dasselbe sein sollten.²⁸⁹ Zudem wird darauf verwiesen, dass die Regelungsmechanismen von Staat und Sozialpartnern vollkommen unterschiedlich sind: Während der Erfolg eines Arbeitskampfes unsicher bleibe, sei eine staatliche Norm rechtsverbindlich und könne mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden.²⁹⁰ Unklar bleibe auch, wie aus Sicht des EuGH Arbeitskämpfmaßnahmen zu behandeln sind, die nicht auf den Abschluss eines Tarifvertrages gerichtet sind.²⁹¹

In der Tat gibt der EuGH für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf kollektive Maßnahmen keine ausreichende Begründung. Der Grund, aus dem der EuGH nicht gänzlich auf einen „Durchgriff“ auf den in beiden Fällen bezweckten Tarifvertrag, also eine Form der „Rechtssetzungsbefugnis“ der Arbeitnehmervereinigungen, verzichten will, ist klar. Nur so kann er über seine Recht-

²⁸⁵ Vgl. Schlussanträge des GA *Mengozzi* vom 23. 5. 2007 – C-341/05 Rn. 159, zum Ganzen Rn. 158 f.

²⁸⁶ *Fuchs*, in: *Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht*, 468; *Heuschmid*, in: *Däubler, Arbeitskampfrecht*, § 11 Rn. 95; *Bercusson*, *European Labour Law*, 668; *Rebhahn*, *ZESAR* 2008, 109, 113.

²⁸⁷ *Heuschmid*, in: *Däubler, Arbeitskampfrecht*, § 11 Rn. 95.

²⁸⁸ *Fuchs*, in: *Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht*, 468; *Bercusson*, *European Labour Law*, 668; *Rebhahn*, *ZESAR* 2008, 109, 113.

²⁸⁹ *Rebhahn*, *ZESAR* 2008, 109, 113.

²⁹⁰ *Zwanziger*, *RdA* 2009, 10, 18.

²⁹¹ *Heuschmid*, in: *Däubler, Arbeitskampfrecht*, § 11 Rn. 23, 86; *Rebhahn*, *ZESAR* 2008, 209, 214.

sprechung zu den privaten Regelwerken (siehe oben)²⁹² seine Prüfungs-kompetenz begründen. Der EuGH verweist zur Begründung auf den *effet utile*, wonach die Beseitigung staatlicher Schranken nicht durch die Errichtung von Schranken neutralisiert werden dürfe, die nicht dem öffentlichen Recht unterliegende Vereinigungen kraft ihrer rechtlichen Autonomie setzten. Damit ist klar, worum es eigentlich geht: jede potentielle Beschränkung des freien Verkehrs soll unmittelbar vom EuGH kontrolliert werden können, auch eine kollektive Maßnahme zum Schutz von Arbeitnehmerinteressen. Das Ergebnis des EuGH ist damit eher Ausdruck eines ganz stark ausgeprägten rechtspolitischen Wollens, als Folge rationaler Argumentation.²⁹³ Offenkundige Unterschiede in den Konstellationen werden übergangen, die rechtliche Unterschiedlichkeit von Kollektivmaßnahme und dem potentiellen Tarifvertrag werden verwischt. Die Rechtsprechung des EuGH ist auch vor dem Hintergrund der Entwicklung neuer Maßnahmen zur wirtschaftspolitischen Steuerung in der Europäischen Union (sog. „six-pack“) durch die Europäische Kommission zu sehen, die für die Tarifautonomie in vielfacher Hinsicht Gefährdungen beinhalten.²⁹⁴

c) Uferlose Ausdehnung der Grundfreiheiten auf Kollektivmaßnahmen führt zu Aushöhlung der Kollektivautonomie

Darüber hinaus wird befürchtet, dass die Gleichsetzung von der Vorfeldmaßnahme „Streik“ mit der angestrebten Regelung zu einer uferlosen Ausdehnung der Horizontalwirkung führen würde.²⁹⁵ Wann immer sich international tätige Konzernunternehmen durch tarifliche Regelungen eingeschränkt sähen, könnten sie sich unter Hinweis auf ihre Grundfreiheiten zur Wehr setzen.²⁹⁶ So könne jede politische Forderung²⁹⁷ (die potentiell gemeinschaftswidrige Regelungen anstrebe oder Grundfreiheiten beeinträchtige) oder jedes noch so lose Agieren

²⁹² EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 33 – *Viking*; EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 Rn. 98 – *Laval*.

²⁹³ Dazu auch *Höpner*, Grundfreiheiten als Liberalisierungsgebote?, MPIfG Discussion Paper 17/10.

²⁹⁴ Dazu ausf. *Bryde*, SR 2012, 2 ff.

²⁹⁵ *Davies*, ILJ 2008, 126, 137; *Joerges/Rödl*, ELJ 2009, 1, 14; *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 113.

²⁹⁶ *Däubler*, AuR 2008, 409, 414.

²⁹⁷ *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 113, der allerdings annimmt, dass aus den Urteilen *Laval* und *Viking* nicht zwingend eine Ausdehnung der Grundfreiheiten auf alle Streiks um eigene Arbeitsbedingungen abzuleiten ist.

Privater an den Grundfreiheiten zu messen sein.²⁹⁸ Es wird darauf verwiesen, dass der EuGH etwa auch das ITF-Rundschreiben im Fall *Viking* in den Anwendungsbereich des Art. 49 AEUV mit einbezieht, obwohl dieses ein rein interner, politischer Akt gewesen ist.²⁹⁹

Es sei auch nicht auszumachen, was überhaupt noch ein rein innerstaatlicher Sachverhalt sei, da bei der heutigen globalen Aktivität von Konzernen kaum ein Sachverhalt mehr ohne internationale Dimension denkbar sei.³⁰⁰ Auch sei unter dem Aspekt der Inländerdiskriminierung zu bedenken, dass etwa ein deutsches mittelständisches Unternehmen nicht darauf verwiesen werden könne, es habe sich dem Arbeitskampf unter anderen Bedingungen auszusetzen als die Tochter eines französischen Unternehmens „im selben Industriepark gegenüber.“³⁰¹

Gerade im Hinblick auf die Tätigkeit von Arbeitnehmervereinigungen führe die Gleichsetzung einer Regelung mit deren vorbereitenden Maßnahmen zu einem „disparitätischen Verhandlungssystem“³⁰²: Die Möglichkeit, ihre Mitglieder zu mobilisieren, sei gerade Kernaufgabe der Arbeitnehmervereinigungen³⁰³ – darin liege zugleich ihre größte Wirkmacht. Somit werde jede Tarifverhandlung „im Keim“ erstickt, da der Mobilisierung zunächst die Streikforderung vorausgehe, die in aller Regel nicht identisch mit dem abgeschlossenen Tarifvertrag sei.³⁰⁴

Andere Autoren machen dagegen darauf aufmerksam, dass nicht jeder Streik um eigene Arbeitsbedingungen dem Anwendungsbereich der Dienstleistungs- bzw. Niederlassungsfreiheit unterfallen müsse, da es bei *Viking* und *Laval* um einen Boykott gegangen sei, der sich direkt gegen die grenzüberschreitende

²⁹⁸ *Davies*, ILJ 2008, 126, 137, der als Beispiel den Boykott einer losen Verbraucherkoalition anführt, die sich aus Protest gegen dessen menschenunwürdige Herstellungsbedingungen gegen die Niederlassung eines bestimmten Unternehmens aus einem anderen Mitgliedstaat wendet.

²⁹⁹ *Bercusson*, European Labour Law, 668; *Joerges/Rödl*, ELJ 2009, 1, 14; *Kamanabrou*, EuZA 2010, 157, 169.

³⁰⁰ *Franzen*, in: FS Buchner, 231, 241; *Däubler*, AuR 2008, 409, 414.

³⁰¹ *Zwanziger*, RdA 2009, 10, 12; auf diesen Aspekt verweist auch *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 117.

³⁰² *Däubler*, AuR 2008, 409, 414.

³⁰³ *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 96.

³⁰⁴ *Schiek*, in: Däubler, TVG, Teil D Rn. 542; ähnlich argumentiert *Zwanziger*, RdA 2009, 10, 18: Ein Arbeitskampf könne, müsse indes nicht erfolgreich sein. Eine gesetzliche Regelung sei demgegenüber unmittelbar verbindlich und mit Zwangsmitteln durchsetzbar. Siehe auch *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 101. Einen massiven Eingriff in die Rechte aus der ILO-Konvention Nr. 87 erblickt auch das ILO-Expertenkomitee für die Anwendungen und Empfehlungen von Konventionen Report III (1A), 24. 2. 2010, 99. Sitzung 2010, 208–209.

Marktaktivität Dritter gerichtet habe.³⁰⁵ Wenn Arbeitnehmer einzig gegen den eigenen Arbeitgeber streikten, sei die Grundfreiheit nicht anwendbar.³⁰⁶ Es müsse ein grenzüberschreitender Bezug gegeben sein, was bei Arbeitsk Kampfmaßnahmen insbesondere heiÙe, dass ein „grenzüberschreitender Zuzug oder Wegzug“ durch diese behindert werde.³⁰⁷ Weiter wird dafür plädiert danach zu unterscheiden, ob die Maßnahme der Arbeitnehmervereinigungen die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten als Hauptfolge (dann wäre der Anwendungsbereich eröffnet) oder bloÙe Nebenfolge (dann wäre der Anwendungsbereich nicht eröffnet) bewirkt bzw. bezweckt.³⁰⁸ Die vom EuGH entschiedenen Fallkonstellationen in *Viking* und *Laval* sind allerdings nicht auf einen Boykott beschränkt. Im Fall *Viking* stand auch ein Streik der finnischen Besatzung bevor. Der EuGH differenziert in den Entscheidungen nicht.

In der Tat wird der Prozess, den es braucht, um einen Tarifvertrag oder eine andere Regelung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen auszuhandeln, nicht unwesentlich gestört, wenn bereits die bloÙe potentielle Gefährdung einer Grundfreiheit durch eine Forderung der Arbeitnehmerseite ausreicht, um die Grundfreiheiten gegen den sozialpartnerschaftlichen Interessenausgleich in Stellung zu bringen. Denn dies kann bereits den Versuch der Interessenwahrnehmung vereiteln. Die Abschreckungswirkung ergibt sich für Arbeitnehmervereinigungen nicht zuletzt aufgrund der unabsehbaren Haftungsfolgen, die eine Ausdehnung der Grundfreiheiten auf das Verhältnis der Sozialpartner bewirkt.³⁰⁹ So hatte auch das ILO-Expertenkomitee anlässlich der Beschwerde der britischen Pilotenvereinigung („BALPA-Entscheidung“) festgestellt, dass exzessive Schadensersatzforderungen, wie sie nun im Lichte der Entscheidungen *Viking* und *Laval* gegenüber Arbeitnehmervereinigungen möglich seien und denen sie sich bei ihren Verhandlungen mit der Arbeitgeberseite nunmehr jederzeit ausgesetzt sehen, nicht mit Art. 3 Nr. 87 der ILO-Konvention vereinbar sind.³¹⁰

³⁰⁵ *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 114; *Schubert*, RdA 2008, 289, 292; kritisch zu dieser Einschätzung *Zwanziger*, RdA 2009, 10, 12.

³⁰⁶ *Franzen*, in: FS Buchner, 231, 242.

³⁰⁷ *Schubert*, RdA 2008, 289, 292.

³⁰⁸ *Franzen*, in: FS Buchner, 231, 242; *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EuArbR, GRC, Art. 28 Rn. 80, spricht davon, dass bei der Warenverkehrsfreiheit nur „bewusste oder gezielte Beschränkungen“, die zwischen In- und Ausländern diskriminieren unter den Anwendungsbereich fallen könnten.

³⁰⁹ *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 98.

³¹⁰ Beschwerde der British Air Line Pilots Association (BALPA) gegen das Vereinigte Königreich bei dem ILO-Expertenkomitee für die Anwendungen und Empfehlun-

d) Effektive private Machtausübung

Einige Autoren verweisen schließlich darauf, dass es dem EuGH nicht so sehr um Gleichsetzung von kollektiver Regelung und kollektiver Arbeitskampfmaßnahme gegangen sei.³¹¹ Vielmehr habe er auf die (konkrete) Machtposition der Arbeitnehmervereinigungen abgestellt, so dass aus Sicht des EuGH der Grund für die Gleichstellung von kollektiver Regelung und (einseitiger) Arbeitskampfmaßnahme in der Gleichsetzung staatlicher Autorität und privater Machtausübung gelegen habe.³¹²

Dabei gilt es zu bedenken, dass die Aktionen der Arbeitnehmervereinigungen in beiden Fällen effektiv waren.³¹³ Beide Male sahen sich die Unternehmen derart an ihrer wirtschaftlichen Betätigung gehindert, dass sie diese vor Gericht (im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes) verteidigten. Zudem erlitten sie hohe wirtschaftliche Einbußen. Im Fall *Laval* kam es sogar zur Insolvenz.

Der EuGH hat sich freilich, im Gegensatz zu Generalanwalt *Maduro*,³¹⁴ nicht zu der Aussage hinreißen lassen, dass nur die besonders hohe Wirksamkeit der Maßnahmen die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auslöst. Zweifelsohne hat der EuGH jedoch sowohl in *Viking* als auch in *Laval* die Wirkmacht der Maßnahmen hervorgehoben und zumindest implizit auf diesen Gesichtspunkt abgestellt. Arbeitnehmervereinigungen werden von ihm aufgrund des Drucks, den sie durch die Androhung oder Durchführung von Arbeitskampfmaßnahmen ausüben, wie staatliche Einrichtungen oder Verbände behandelt, die quasi-einseitig agieren können. Diese Annahme soll über die fehlende regulatorische

gen von Konventionen wegen Verletzung der ILO-Konvention Nr. 87 vom 5. 10. 2009, Report III (1A), Bericht des ILO-Expertenkomitees für die Anwendungen und Empfehlungen von Konventionen, 24. 2. 2010, 99. Sitzung 2010, 208–209.

³¹¹ *Fuchs*, in: Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 468; sowie *Azoulai*, CML 2008, 1335, 1345 f.

³¹² Auf diesen Aspekt verweist *Fuchs*, in: Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 468. Ausschlaggebend für die vom EuGH angenommene Analogie zu den bisherigen Fällen hält die tatsächliche gewerkschaftliche Macht, *Azoulai*, CML 2008, 1335, 1345 f.; so auch offenbar *Franzen*, in: FS Buchner, 231, 237, der betont, dass nach Ansicht des EuGH die „Druckausübung“ der Arbeitnehmervereinigung, um die Arbeitgeber zum Beitritt zum Tarifvertrag zu bewegen, den Ausschlag für deren Bindung an die Grundfreiheiten gegeben habe.

³¹³ *Davies*, ILJ 2008, 126, 136; *Rebhahn*, ZESAR 2008, 209, 214.

³¹⁴ *Maduro* erklärt in seinem Schlussantrag, dass die Tätigkeiten privater Akteure nur dann an den Bestimmungen über den freien Verkehr zu messen sind, wenn sie auf Grund ihrer allgemeinen Wirkung geeignet sind, Beschränkungen für die Inhaber der Grundfreiheiten aufzustellen, die diese nicht in zumutbarer Weise umgehen könnten, Schlussanträge des GA *Maduro* vom 23. 5. 2007 Rn. 48.

Rechtssetzungsmacht hinweghelfen. Sie ist indes keineswegs verallgemeinerungsfähig. Denn eine solch durchschlagende Wirkung gewerkschaftlicher Maßnahmen wie in den Fällen *Viking* und *Laval* wird eher die Ausnahme als die Regel darstellen.³¹⁵ Allerdings ist nicht zu leugnen, dass die internationale Zusammenarbeit von Arbeitnehmern zur Wahrnehmung ihrer sozialen Belange ebenso zunimmt wie die internationale Verflechtung und Mobilität des Kapitals.³¹⁶

Generalanwalt *Maduro* hatte in seinen Schlussanträgen im Fall *Viking* vorgeschlagen, darauf abzustellen, ob eine Maßnahme Privater „effektiv“ von der Ausübung der Verkehrsfreiheit abhalten kann. Es könne nicht jede Maßnahme Privater erfasst sein, sondern nur solche, die „aufgrund ihrer allgemeinen Wirkung auf die Inhaber der Verkehrsfreiheiten geeignet sind, für diese Person Beschränkungen bei der Ausübung dieser Freiheiten dadurch aufzustellen, dass ein Hindernis geschaffen wird, das die Betroffenen nicht in zumutbarer Weise umgehen können.“³¹⁷ Der EuGH geht beim Prüfungspunkt Beschränkungen darauf ein, dass es für *Viking* durch die gewerkschaftlichen Aktionen „weniger attraktiv und sogar zwecklos“ ist, von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen.³¹⁸ Der EuGH folgt aber nicht dem einschränkenden Formulierungsvorschlag des Generalanwalts, der die horizontale Wirkung zwischen einem Unternehmen und einer Arbeitnehmervereinigung nur für „nationale Gerichtsverfahren“ festgestellt wissen möchte und nur „unter Umständen wie denen, die im Ausgangsverfahren in Rede stehen“. Stattdessen belässt es der EuGH bei der generellen Aussage, dass „Art. 43 EG geeignet ist, einem privaten Unternehmen Rechte zu verleihen, auf die es sich gegenüber einer Gewerkschaft oder einem Gewerkschaftsverband berufen kann“.³¹⁹

Man kommt nicht umhin festzustellen, dass der EuGH seine Hand auf der Büchse der Pandora hat, wenn er auf die Effektivität der Arbeitskampfmaßnahmen abstellt. Kontrolliert würden demnach vor allem Streiks, die nachträglich zu Erfolgen der Arbeitnehmervereinigungen geführt haben. Der Arbeitge-

³¹⁵ *Davies*, ILJ 2008, 126, 137; *Rebhahn*, ZESAR 2008, 209, 214.

³¹⁶ *Joerges/Rödl*, KJ 2008, 149, 164, beschreiben die Strategie der Arbeitnehmervereinigungen in *Laval* als „post-national“. Einen guten Überblick über die Rolle und Einflussnahme von Arbeitnehmervereinigungen auf globaler Ebene geben u.a. *Koch-Baumgarten/Kryst*, in: Marx/Wouters/Rayp/Beke, *Global Governance of Labour Rights*, 150–169.

³¹⁷ Schlussanträge des GA *Maduro* vom 23. 5. 2007 Rn. 48.

³¹⁸ Der EuGH unternimmt die Prüfung der Beschränkung unter einem neuen Gliederungspunkt „Beschränkungen“, vgl. EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 67 f. – *Viking*.

³¹⁹ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 2. Leitsatz/Rn. 66 – *Viking*.

ber kann also zunächst selbst gegen die Arbeitnehmervereinigung kämpfen, und wenn er dabei nicht vollständig obsiegt, hilft ihm der EuGH? Das kann nicht die Lösung sein und es steht zu hoffen, dass es hier zu einer Klarstellung in der Rechtsprechung des EuGH kommt.

e) Fazit

Der EuGH hat seine Entscheidung hinsichtlich des Bezugspunkts seiner Prüfung sprunghaft gestaltet. Einerseits stellt er fest, dass die Streik- bzw. Boykottmaßnahmen geeignet sind, die Grundfreiheiten der Unternehmen *Viking* und *Laval* effektiv zu beeinträchtigen (Beschränkungsebene). Andererseits verweist er aber zur Frage der *Anwendbarkeit* dieser Grundfreiheiten gegenüber den beteiligten Arbeitnehmervereinigungen auf seine Rechtsprechung zu kollektiven Regelwerken. In der letztlichen Abwägung der beteiligten Rechtspositionen greift der EuGH dann jedoch auf die *angestrebte Regelung* zurück. Besonders deutlich wird dies in der Entscheidung *Laval*, in der der EuGH auf die Entsende-Richtlinie zurückgreift und schließlich die Entsende-Richtlinie zur Grenze für den Arbeitnehmerschutz macht.³²⁰

Darüber hinaus ist die Parallele, die der EuGH zu seiner bisherigen Rechtsprechung zur Horizontalwirkung zieht, methodisch unsauber. Mangels Tarifvertrag oder anderer vertraglicher Einigung konnte nur schwer auf die normative Rechtssetzungsmacht der Arbeitnehmervereinigungen abgestellt werden. Der „Durchgriff“ auf das (aus seiner Sicht unzulässige) Regelungsziel, den der EuGH dennoch vornimmt, suggeriert einen Gleichlauf mit den Entscheidungen der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung zur Horizontalwirkung von *Verbandsnormen*. Dort wurden jedoch bestehende kollektive Regelungen einseitig auferlegt und stellten zudem im Regelfall Innenrecht dar; die Arbeitnehmervereinigung ist mit ihren durch kollektive Maßnahmen hinterlegten Forderungen nur an der späteren Schaffung einer solchen, zum Zeitpunkt der Kollektivmaßnahme noch gänzlich offenen Regelung beteiligt. Das ergibt sich schon daraus, dass in beiden Fällen bloße Forderungen im Raume standen, die (noch lange)

³²⁰ *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EUArbR, GRC, Art. 28 Rn. 62; Schumacher, in: NK-GA, Entsende-Richtlinie 96/71/EG, Rn. 226; *Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV, Art. 57 Rn. 56; *Coen*, jurisPR-ArbR 15/2008 Anm. 3; *Temming*, ZESAR 2008, 231, 236; vgl. auch die Fortführung der Rechtsprechung des EuGH zur restriktiven Auslegung der Entsende-Richtlinie in: EuGH 3. 4. 2008 – C-346/06 – *Rüffert*, und EuGH 19. 6. 2008 – C-319/06 mit Anm. *Heuschmid*, jurisPR-ArbR 51/2008 Anm. 5.

keinen Eingang in eine Einigung, etwa in Form eines Tarifvertrages, gefunden hatten. Damit setzt sich der EuGH nicht auseinander.

Weiterhin wird deutlich, dass die Rechtsprechung des EuGH dringend einer Klarstellung bedarf, wie weit er seine Kontrollbefugnisse von der hypothetisch beeinträchtigenden Regelung vorverlagern will. Denn es stellt sich die Frage, wie die Einbeziehung privater, rein faktischer Maßnahmen in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten begrenzt werden kann. Wäre dies bereits ausreichend, dann wären in letzter Konsequenz vielleicht auch lose organisierte Verbraucherinitiativen an die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gebunden.³²¹ Wenn jedes noch so ferne Regelungsziel einer Maßnahme ausreichend wäre, könnte im Extremfall auch jede politische Forderung in einem Gesetz enden und damit der Grundfreiheit unterfallen.³²²

Gerade bei gewerkschaftlicher Betätigung muss zwischen verschiedenen Formen der Machtausübung unterschieden werden: Die Arbeitnehmervereinigung kann gegenüber ihren Mitgliedern oder im Falle eines Spitzenverbandes dieser gegenüber den ihm angeschlossenen Arbeitnehmervereinigungen tätig werden, etwa durch Aufrufe und Bekanntmachungen (intern) oder gegenüber dem sozialen Gegenspieler, den eine Maßnahme treffen soll (extern).³²³ Unklar ist, ob nach Auffassung des EuGH bereits eine interne Mobilisierung als ausreichend anzusehen wäre. Für eine weite Vorverlagerung spricht jedenfalls, dass der EuGH in *Viking* bereits das von der ITF veröffentlichte Rundschreiben in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit einbezogen sah.³²⁴ Damit wäre unter Umständen bereits der Beschluss eines Arbeitnehmervereinigungskongresses, sich politisch gegen Standortverlagerungen zu wenden, erfasst. Zugleich wäre der Kern der Tarifautonomie betroffen, denn die Mobilisierung der Arbeitnehmervereinigungsmitglieder ist elementare Voraussetzung für jeden Arbeitskampf. Schon der erste Schritt hin zu einem in Intensität, Ausmaß und Dauer völlig offenen Arbeitskampf wäre durch ein Unternehmen unter Berufung auf die Grundfreiheiten angreifbar. All das führt erkennbar zu weit.

³²¹ *Davies*, ILJ 2008, 126, 137; *Rebhahn* führt als Beispiel die organisierte Weigerung von deutschen Konsumenten an, finnische Handys oder Waren zu kaufen, weil ein finnisches Unternehmen einen Betrieb nach Rumänien verlegt, *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 114.

³²² *Rebhahn*, ZESAR 2008, 209, 213 f.

³²³ *Azoulai*, CML 2008, 1335, 1346; *Müller-Graff*, EuR 2014, 3, 21.

³²⁴ Vgl. EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 73 – *Viking*.

Sicherlich hat der Umstand, dass die jeweiligen Arbeitnehmervereinigungsaktionen besonders effektiv waren, die Entscheidung des EuGH in Richtung einer Horizontalwirkung beeinflusst. Nicht zuletzt stand hinter der „Billigflaggen-Politik“ der ITF eine globale Strategie.³²⁵ Eine Einschränkung im Sinne einer Untergrenze für Kollektivmaßnahmen lässt sich den Entscheidungen aber nicht entnehmen. Zugespielt ließe sich formulieren, dass der EuGH Kollektivmaßnahmen möglicherweise nur solange bzw. soweit für nicht grundfreiheitsrelevant hält, wie sie „nichts bringen“, also keine effektive Beeinträchtigung herbeiführen können. Umgekehrt und noch drastischer formuliert: Der EuGH hält Arbeitskampfmaßnahmen dann für grundfreiheitsrelevant, wenn es Arbeitnehmern gelingt, ihre Interessen durchzusetzen. Freilich, der EuGH hat auch in *Schmidberger* und *Kommission/Frankreich* die drastische Behinderung der Grundfreiheiten durch Private als staatsgleiche Beeinträchtigung klassifiziert. Anders als dort führte dies aber, wie dargetan, nicht dazu, dass auch die privaten Akteure an den Grundfreiheiten gemessen wurden.

3. Keine Schutzpflichtenlösung

Der EuGH hat sich dazu entschieden, die Arbeitnehmervereinigungen im Wege der Horizontalwirkung an die Grundfreiheiten zu binden.³²⁶ Wie gezeigt, hätte dem EuGH über die sog. Schutzpflichtenlösung auch noch ein anderer Weg zur Verfügung gestanden, um Kollektivmaßnahmen in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten einzubeziehen, ohne allerdings die Arbeitnehmervereinigungen unmittelbar zu verpflichten.³²⁷

In *Viking* bezieht er sich auch ausdrücklich auf die Entscheidungen *Schmidberger* und *Kommission/Frankreich*.³²⁸ In diesen Fällen ging es um rein faktische Macht privater Akteure, die geeignet war, den freien Binnenmarkt, namentlich die Warenverkehrsfreiheit, zu beeinträchtigen. Hier hatte der EuGH allerdings eine Klage zu behandeln, die sich gegen den – untätig gebliebenen – Staat richtete. Interessanterweise stellt der EuGH in *Laval* fest, dass die Entsende-Richtlinie es einem *Mitgliedstaat* nicht erlaubt, sein Recht so auszugestalten, dass einem Arbeitgeber aus einem anderen Mitgliedstaat günstigere oder andere Arbeitsbe-

³²⁵ Vgl. ausführlich zu globalen Strategien von Arbeitnehmervereinigungen Marx/Wouters/Rayp/Beke insbesondere den Beitrag von Koch/Baumgarten/Kryst, 150–169.

³²⁶ Vgl. dazu unter III.

³²⁷ Vgl. dazu unter II.3.d).

³²⁸ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 2. Leitsatz/Rn. 62 – *Viking*.

dingungen auferlegt werden können als es die Richtlinie vorsieht.³²⁹ Das in Schweden geltende „*Recht der gewerkschaftlichen Organisationen*“³³⁰ beschränkte daher die Dienstleistungsfreiheit. Es klingen darin durchaus Elemente an, die darauf schließen lassen, dass es hier aus Sicht des EuGH eher um staatliches „Versagen“ geht, um eine aus seiner Sicht zu weitgehende *rechtliche Befugnis* der Arbeitnehmervereinigungen. Darauf deutet auch hin, dass sich der EuGH in *Viking* auf die Urteile *Schmidberger* und *Kommission/Frankreich* stützt³³¹ – jene Fälle, in denen die klagenden Unternehmen ihre Rechte gerade nicht gegen die eigentlichen privaten Verursacher geltend machen konnten.

Generalanwalt *Maduro*, der sich in seinem Schlussantrag ebenfalls auf die Fälle *Schmidberger* und *Omega* berief, hatte diesen Umstand aufgegriffen und darauf verwiesen, dass dies am Wesensgehalt des Problems nichts geändert hätte: Auch wenn *Viking* den finnischen Staat verklagt hätte, wäre es schließlich darum gegangen, beide Rechte – das Recht auf Kollektivmaßnahmen einerseits und das Recht auf freien Verkehr andererseits – in Einklang zu bringen.³³² Es sei unerheblich, ob die Abwägung beider Rechtspositionen, dem Streikrecht einerseits und der Grundfreiheit andererseits, im Wege der mittelbaren oder unmittelbaren Horizontalwirkung erfolge.³³³ Auch wenn *Viking* gegen den finnischen Staat geklagt hätte, hätte das am Ergebnis nichts geändert.

Der EuGH greift dies an keiner Stelle auf, so dass man davon ausgehen muss, dass ihm dieses Problem zwar durch den Schlussantrag bewusst gewesen sein musste, er aber den Weg über die Horizontalwirkung gehen wollte oder jedenfalls auch von einer „Ergebnisäquivalenz“ ausging. Darüber hinaus kann der Verweis auf *Schmidberger* und *Kommission/Frankreich* so gedeutet werden, dass der EuGH betonen wollte, dass auch Private in der Lage sind, Grundfreiheiten ebenso effektiv einzuschränken wie der Staat.

Es ist indes ein Unterschied, wer Adressat der Grundfreiheiten ist. Die Ausgangslage ist nicht nur rein prozessual oder formal eine andere:³³⁴ Bleibt der Staat Adressat der Grundfreiheiten, so trifft ihn die Aufforderung zur Gesetz-

³²⁹ Letzteres ist jedenfalls nur dann zulässig, wenn abweichende Arbeits- oder Beschäftigungsbedingungen auf eine staatliche Initiative zurückzuführen sind, vgl. Art. 3 Abs. 10 Entsende-Richtlinie.

³³⁰ EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 Rn. 99 – *Laval*.

³³¹ EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 62 – *Viking*.

³³² Schlussanträge des GA *Maduro* vom 23. 5. 2007 Rn. 40.

³³³ Schlussanträge des GA *Maduro* vom 23. 5. 2007 Rn. 39 f.

³³⁴ So *Maduro*, ebenda; vgl. hierzu die kritischen Ausführungen von *Reich*, EuZW 2007, 391, 392.

gebung, zu ordnungspolitischem Handeln und letztlich zur richtigen Umsetzung des Unionsrechts bzw. zur gemeinschaftskonformen Anwendung des nationalen Rechts. Der privatrechtliche „Störer“ kann nach umfassender Abwägung aller Rechtspositionen vom (nationalen) Richter bzw. der (nationalen) Verwaltung im Einzelfall in die Pflicht genommen werden für den Fall, dass die genannten Instrumente versagen.

Indes wird von Privaten „nur“ eine subjektive Rechtsposition geltend gemacht. Arbeitnehmervereinigungen vertreten die Interessen ihrer Mitglieder, Arbeitgeberverbände jene der Arbeitgeber – keine Seite muss bei rechtlichen Abwägungen die soziale Balance im Allgemeinen berücksichtigen. Dennoch überantwortet der EuGH den Arbeitnehmervereinigungen eine weitreichende Abwägungspflicht, wenn er am Ende fragt, ob diese mit ihren Aktionen „*zwingende Gründe des Allgemeininteresses*“ verfolgen.³³⁵ Zugleich war es den Arbeitnehmervereinigungen aber verwehrt, sich, wie für die Mitgliedstaaten in Art. 3 Abs. 10 der Entsende-Richtlinie vorgesehen, auf den Rechtfertigungsgrund der Wahrung der öffentlichen Ordnung zu berufen.³³⁶ Zu ihren Gunsten können damit Umstände, die dem Staat zur Rechtfertigung dienen können, nicht berücksichtigt werden. Diese Weichenstellung zeigt, wie problematisch die Rechtsprechung des EuGH wirken kann, wenn der mit der Horizontalwirkung verbundenen Adressatenstellung der Arbeitnehmervereinigungen auf Rechtfertigungsebene nicht Rechnung getragen wird.

Gleiches gilt auch auf Haftungsebene: Die beteiligte Arbeitnehmervereinigung kann sich wohl nicht darauf berufen, dass sie die nationalen Gesetze bei ihrem Arbeitskampf eingehalten hat, sondern muss weitreichende Ausführungen zu der von ihr vorzunehmenden Interessenabwägung machen. Selbst wenn das Verhalten der Arbeitnehmervereinigungen nationalem (Arbeitskampf-)Recht entspricht, könnte es dann eine Haftung gegenüber dem in seinen Grundfreiheiten beeinträchtigten Arbeitgeber auslösen. Das beeinträchtigt bereits heute Arbeitnehmervereinigungen massiv, wie etwa der Fall *Balpa* zeigt.³³⁷ Eine Lösung dieses Problems kann möglicherweise in der Gewährung von Vertrauensschutz

³³⁵ Nur die Mitgliedstaaten können nach Ansicht des EuGH, im Gegensatz zu den Sozialpartnern, die „öffentliche Ordnung“ anführen, um den Arbeitnehmern der Herkunftsstaaten andere als in der Richtlinie genannte Mindestarbeitsbedingungen vorzuschreiben, EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 Rn. 103 – *Laval*.

³³⁶ EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 Rn. 84 – *Laval*.

³³⁷ Report III (1A), Bericht des ILO-Expertenkomitees für die Anwendungen und Empfehlungen von Konventionen, 24. 2. 2010, 99. Sitzung 2010, 208–209.

gesucht werden, der unmittelbar in Art. 28 Grundrechtecharta verortet werden könnte.

Die Horizontalwirkung wirft also weitreichende Fragen zu Umfang und Grenzen der Privatautonomie auf. Hätte der EuGH die Fälle *Schmidberger* und *Kommission/Frankreich* konsequent auf *Viking* und *Laval* übertragen (was freilich besonders dann naheliegt, wenn man sich von einer erstrebten Regelung oder einer Regelungsfunktion des Kollektivs löst und rein auf die faktische Beeinträchtigung abstellt), hätte er eine staatliche Schutzpflicht herleiten müssen, die mit dem Abwehrrecht von *Viking* bzw. *Laval* aus der jeweiligen Grundfreiheit gleichläuft. Dann hätte er fragen müssen, ob das staatliche Eingreifen bzw. Unterlassen (Verletzung des Untermaßverbots) hinsichtlich der Durchführung der kollektiven Maßnahme rechtswidrig war.

VII. Zusammenfassung

1. Die Aussagen des EuGH

Aus den Entscheidungen *Viking* und *Laval* lässt sich vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung zur Horizontalwirkung Folgendes festhalten:

Arbeitnehmervereinigungen, die Arbeitskampfmaßnahmen durchführen, werden durch den EuGH an die Niederlassungsfreiheit bzw. Dienstleistungsfreiheit gebunden. Eine Beschränkung der Bindungswirkung auf diskriminierende Maßnahmen ist in den Entscheidungen nicht erkennbar.³³⁸ Beide Male „klebt“ der EuGH dabei mit seiner Argumentation an der „Regelungswirkung“ des Tarifvertrages, rekuriert aber letztlich auf die tatsächliche Behinderung der Marktaktivitäten, die sich in beiden Fällen bereits realisiert hatte. Die Ursache der Dominanz und Durchschlagskraft der beteiligten Arbeitnehmervereinigungen ist in beiden Fällen unterschiedlich: In *Laval* war es das „Schlupfloch“, das der schwedische Gesetzgeber den Arbeitnehmervereinigungen gewährt hatte (Aushandlungen der Mindestarbeitsbedingungen – auch zu besseren Bedingungen und anderen Aspekten als in der Entsende-Richtlinie vorgesehen), in *Viking* stand mit der ITF auch eine globale Arbeitnehmervereinigungsstrategie hinter der erfolgreichen Interessenvertretung gegenüber dem Fährunternehmen. Schließlich hat der EuGH sich für die Horizontalwirkung entschieden, ohne der Schutzpflichtenlösung ausdrücklich eine Absage zu erteilen.

2. Abschließende Bewertung

Insgesamt zeigt sich, dass sich die Annahme einer Horizontalwirkung der Grundfreiheiten bei Arbeitskampfmaßnahmen nicht widerspruchsfrei in die Rechtsprechung des EuGH einfügt. Der EuGH hat sie vielmehr mit aller Gewalt

³³⁸ Der EuGH hat zwar auch angenommen, dass die in Schweden geltende *lex britannia* diskriminierend ist, da sich die dort enthaltene Friedenspflicht nicht auf Tarifverträge erstreckt, an die ein Unternehmen im Ausland gebunden ist, vgl. EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 Rn. 112 f. – *Laval*. Allerdings kann dies nicht als entscheidend angesehen werden, da im Fall *Viking* eindeutig keine diskriminierende, sondern eine unterschiedslose Maßnahme vorlag.

erzwungen. Man kann das rechtspolitisch begrüßen oder kritisieren, aber ungeachtet des Standpunkts kann die Art und Weise der Entscheidungsfindung nur Besorgnis begründen. Das umso mehr, als der EuGH sich weitestgehend blind für die Folgeprobleme seiner Rechtsprechung gezeigt hat bzw. unklar ist, ob ihm diese überhaupt bewusst waren. Zudem lässt die Entscheidung an einigen Stellen eine problematische Sichtweise auf den Zweck und die Funktionsweise von Arbeitskämpfen erkennen.

a) Mangelhafte Begründung der Horizontalwirkung bei Arbeitskampfmaßnahmen

Die unmittelbare Anwendbarkeit der Grundfreiheiten gegenüber Arbeitnehmervereinigungen, die Arbeitskampfmaßnahmen durchführen, ist methodisch nur schwer haltbar. Denn der EuGH begründet diese nicht, sondern behauptet sie. Er geht dabei von seiner Rechtsprechung zur Horizontalwirkung aus, die dadurch gekennzeichnet war, dass kollektive Einrichtungen einseitig Regelungen für einen bestimmten Wirtschaftszweig setzten bzw. „einfachen“ Privaten in diskriminierender Weise verbindliche Regelungen aufoktroierten. Die Entscheidung für die Horizontalwirkung der Grundfreiheiten in Bezug auf die Arbeitnehmervereinigungen suggeriert eine logische Transformation des bisherigen „case-law“, ist aber letztlich ergebnisorientiert. Auch wenn man nicht abgeneigt ist, dieses Ergebnis (unter weiteren Voraussetzungen) mitzutragen, so hätte es vermutlich erheblich zur Akzeptanz der Entscheidungen *Viking* und *Laval* beigetragen, wenn der EuGH offen gelegt hätte, dass es gerade nicht seine bisherige Rechtsprechung ist, die sein Ergebnis trägt.

b) Ungelöste Folgeprobleme der Rechtsprechung

Noch bedenklicher aber sind die Konsequenzen, die sich aus der vom EuGH angenommenen Bindung von Arbeitnehmervereinigungen an die Grundfreiheiten ergeben, und die damit zusammenhängenden ungelösten Fragen.

Im entscheidenden Punkt, welche Schwelle erreicht sein muss, damit eine kollektive Maßnahme in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten fällt, bleiben die Entscheidungen unklar und liefern so nur sehr begrenzt verlässliche Kriterien, um andere Fallkonstellationen zu beurteilen. Gleiches gilt für mögliche Haftungsfolgen, insbesondere Schadensersatzforderungen, deren Unabsehbarkeit eine massive Rechtsunsicherheit für die beteiligten Arbeitnehmerverei-

nigungen bedeuten.³³⁹ Für andere Szenarien, wie etwa Streikmaßnahmen im Zusammenhang mit Unternehmensverlagerungen in das Ausland oder auch Arbeitskämpfmaßnahmen in der Transportbranche, fehlen damit Anhaltspunkte. Einzig der Umstand, dass die Beeinträchtigungen sowohl in *Viking* als auch in *Laval* effektiv waren, spricht dafür, dass solche Arbeitskämpfmaßnahmen, die sich in ihren Auswirkungen unter diesem Level bewegen, keine Relevanz für die Grundfreiheiten haben könnten.

Nun ist es allerdings arbeitnehmerseitigen Kollektivmaßnahmen immanent, dass sie, um die Arbeitnehmer zu schützen und ihre Interessen durchzusetzen, zu Beeinträchtigungen wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit führen. Darin liegt gerade ihr Zweck.³⁴⁰ Daher ist der Zugriff des EuGH eigentlich immer gegeben, wenn Arbeitnehmervereinigungen wirksam tätig werden.

Zu kritisieren bleibt zudem, dass es nicht Sache des EuGH ist, den Sozialpartnern kraft besserer Einsicht vorzugeben, wie Interessenkonflikte zu lösen sind und was sie sich wechselseitig zusagen, um zu einer Einigung zu gelangen.

Es ist, zumal der EuGH selbst an keiner Stelle eine „Untergrenze“ definiert, bis auf weiteres davon auszugehen, dass der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten selbst bei durch Arbeitskämpfmaßnahmen marginalen oder nicht beachteten Hindernissen eröffnet sein könnte. Das kann aber nur dann legitim sein, wenn der EuGH den Arbeitnehmervereinigungen Rechtfertigungsmöglichkeiten zur Verfügung stellt, die das Arbeitskampfrecht nicht zum zahnlosen Tiger werden lassen. Das erscheint gegenwärtig nicht gesichert.

Problematisch ist darüber hinaus, dass unklar bleibt, ob der Arbeitskampf aus Sicht des EuGH einen Tarifbezug haben muss. In beiden Urteilen erklärt der EuGH zwar, dass die Grundfreiheiten auch für Regelwerke nicht-öffentlicher Art gelten, die die Erbringung von Dienstleistung kollektiv regeln sollen. Dann aber, bei der Feststellung, dass sich die Unternehmen *Viking* bzw. *Laval* gegenüber der Arbeitnehmervereinigung auf die Niederlassungs- bzw. Dienstleis-

³³⁹ *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 98, sowie die Ausführungen des ILO-Expertenkomitees für die Anwendungen und Empfehlungen von Konventionen wegen Verletzung der ILO-Konvention Nr. 87 vom 5. 10. 2009 anlässlich der Beschwerde der British Air Line Pilots Association (BALPA) gegen das Vereinigte Königreich. Report III (1A), Bericht des ILO-Expertenkomitees für die Anwendungen und Empfehlungen von Konventionen, 24. 2. 2010, 99. Sitzung 2010, 208–209.

³⁴⁰ *Hanau*, in: NK-GA, GG, Art. 9 Rn. 183; *Linsenmeier*, in: ErfK, GG, Art. 9 Rn. 100; näher zu den wirtschaftlichen Schäden als Streikfolge *Däubler*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 8 Rn. 26 ff.

tungsfreiheit berufen können, kommt es auf eine Regelungsfunktion oder quasi-legislative Befugnisse nicht mehr an.³⁴¹ Somit bleibt offen, ob sich auch kollektive Maßnahmen, die nicht auf einen Tarifvertrag gerichtet sind, an den Grundfreiheiten messen müssen, oder umgekehrt, ob nur jene Aktionen, die ein tarifvertragsbezogenes Ziel haben, den Grundfreiheiten unterfallen. Diese (zu denken wäre etwa an die Besetzung eines Betriebs, der seine Produktion in ein Niedriglohnland verlagern möchte) Fallkonstellationen sind indes praktisch durchaus relevant und im Moment für Arbeitnehmervereinigungen mit nicht abschätzbaren Risiken verbunden.

Überdies hat der EuGH die Schutzpflichtenlösung schlicht unter den Tisch fallen lassen. Dabei liegt das Problem letztendlich darin, dass es weitaus schwieriger ist, das Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten durchsetzen zu lassen, als es unmittelbar auf Sachverhalte zur Anwendung zu bringen, die durch Private gestaltet werden. Der EuGH bekommt bei der letzteren Lösung einen stärkeren Zugriff und eine größere Steuerungsmöglichkeit. Letztendlich darf man die Rechtsprechung des EuGH daher wohl auch als machtpolitisch motiviert betrachten. Auf der anderen Seite spielt sicherlich auch eine Rolle, dass der EuGH keine offene Flanke für Umgehungsstrategien durch die Mitgliedstaaten eröffnen wollte. Es ist aber weder prozessual noch im Hinblick auf das Kompetenzgefüge im Mehrebenensystem unwichtig, ob der Staat oder ein Privater Adressat der Grundfreiheiten ist. Das gilt umso mehr, wenn das Rechtfertigungssystem nicht auf die Umadressierung der Grundfreiheit ausgelegt ist und auch nicht substantiell modifiziert wird.

Indem der Gerichtshof sich dafür entscheidet, kollektive Maßnahmen nicht aus dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten auszunehmen, hat er aber auch einen Schritt getan, der weit über die Fälle *Viking* und *Laval* hinausweist: Denn er hat damit jedenfalls aufgezeigt, dass sozialpolitische Ziele und Binnenmarktziele aus seiner Sicht nicht in getrennte, autonome Sphären gehören, sondern zu einem normativen Ausgleich gebracht werden können. Damit hat der Gerichtshof auch das ambitionierte Ziel der Europäischen Union bestätigt, welches seit dem Lissabonner Vertrag noch deutlicher zu Tage tritt: die soziale Einhegung

³⁴¹ Ausdrücklich verzichtet der EuGH auf Regelungsfunktion oder quasi-legislative Befugnisse in *Viking*, EuGH 11. 12. 2007 – C-438/05 Rn. 64 – *Viking*; in *Laval* stellt der EuGH auf die Wirkkraft der kollektiven Maßnahme ab, die schlicht geeignet ist, die Durchführung der von *Laval* geplanten Bauarbeiten zu erschweren oder weniger attraktiv zu machen („Attraktivitätsminderungskriterium“), EuGH 18. 12. 2007 – C-341/05 Rn. 99 f. – *Laval*.

des Binnenmarktes.³⁴² In Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV heißt es, dass die Union auf eine „in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt“, hinwirkt, die „soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen“ bekämpft und die „soziale Gerechtigkeit und sozialen Schutz“ fördert. Die Notwendigkeit einer aktiven Sozialpolitik, das Bedürfnis nach Sozialschutz, wird hier mit der Herstellung und Verwirklichung des Binnenmarktes in „einem normativen Atemzug“³⁴³ genannt. Die beiden so auf hohem Abstraktionsniveau gehaltenen Werte der Gemeinschaft prallen in *Viking* und *Laval*, in denen Arbeitskämpfe als Folge einer grenzüberschreitenden unternehmerischen Aktivität geführt wurden, aufeinander. Dass der EuGH die Frage aufgreift und versucht sich mit diesem Spannungsverhältnis auseinanderzusetzen, muss man anerkennen. Ob es dem EuGH letztlich gelungen ist, ein methodisch überzeugendes Konzept zu entwickeln, die beiden Gegensätze, *in concreto* das Grundrecht auf Kollektivmaßnahmen und die Grundfreiheit, zu einem Ausgleich zu bringen, steht auf einem anderen Blatt. Positiv zu werten ist aber, dass so ein Schritt hin zu einer Europäisierung des Arbeitskampfrechts³⁴⁴ vollzogen ist. Nur wäre zu wünschen gewesen, dass der EuGH dann auch zu erkennen gibt, dass dieses am Ende funktionsfähig ist. Daran wecken *Viking* und *Laval* Zweifel.

Offen ist, wie sich die Bindung der Arbeitnehmervereinigungen an die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit auf der Rechtfertigungs- oder Schutzbereichsebene auswirkt: Denn akzeptieren kann man die EuGH-Rechtsprechung *in puncto* Horizontalwirkung nur, wenn die sich daraus ergebende unmittelbare Kollision von Grundrechten und Grundfreiheiten in einem methodisch vertretbaren Verfahren zu einem bestmöglichen Ausgleich gebracht wird und nicht die Grundrechtsausübung sich „nach Maßgabe“ der Grundfreiheiten vollzieht.³⁴⁵ Dass zwischen den binnenmarktbezogenen, wirtschaftlich orientierten Grundfreiheiten und den individualschützenden Grundrechten kein Hierarchieverhältnis zu Ungunsten der Grundrechte entsteht, ist eine Aufgabe, die dann erst noch gelöst werden muss.

³⁴² Allgemein zu der Achtungsverpflichtung des Unionsrechts in Bezug auf soziale Rechte *Kingreen*, in: Ehlers, EuGR, § 22 Rn. 16 f.

³⁴³ *Kingreen*, in: Ehlers, EuGR, § 22 Rn. 17.

³⁴⁴ *Schubert*, RdA 2008, 289, 291; *Azoulai*, CML 2008, 1335, 1346.

³⁴⁵ *Rebhahn*, ZESAR 109, 114.

c) Zukunftsperspektiven

Einen Versuch, dieses Hierarchieverhältnis im Falle eines Konflikts zwischen sozialen Rechten und Freiheitsrechten bzw. Wettbewerbsregeln stets durch einen Vorrang der sozialen Grundrechte festzuschreiben, enthält das vom Europäischen Gewerkschaftsbund 2008 vorgelegte Soziale Fortschrittsprotokoll.³⁴⁶ Dieser Vorschlag zielt darauf ab, das Hierarchieverhältnis im Wege einer Primärrechtsänderung so auszugestalten, dass eine Unterordnung sozialer Grundrechte ausgeschlossen ist. Gegen eine solche Festschreibung bestehen allerdings verfassungsrechtliche Bedenken, da das Ergebnis eines Abwägungsvorgangs schlicht nicht vorprogrammiert werden kann.³⁴⁷ Allerdings ist im Zuge der EU-Reformdebatte, insbesondere nach den Urteilen *Viking* und *Laval* auch im Schrifttum eine weitreichende Diskussion zur Änderung des Primärrechts angestoßen worden,³⁴⁸ um der extensiven Grundfreiheiteninterpretation durch den EuGH entgegen zu treten.³⁴⁹ Dazu zählt unter anderem der Vorschlag, im Primärrecht eine Bereichsausnahme für die Tarifautonomie u.a. im Wege der Kodifizierung der oben angesprochenen *Albany*-Rechtsprechung zu schaffen.³⁵⁰ Solange das nicht der Fall ist, kann man der Ausdehnung der Horizontalwirkung durch den EuGH nur mit höchster Skepsis gegenüber stehen.

³⁴⁶ „Protokoll zum Verhältnis zwischen wirtschaftlichen Freiheiten und sozialen Grundrechten im Lichte des sozialen Fortschritts“, abrufbar unter http://www.etuc.org/IMG/pdf_social_progress_protocol_DE.pdf; vgl. dazu *Kingreen*, Der Vorschlag des Europäischen Gewerkschaftsbundes für ein Soziales Fortschrittsprotokoll – Potenzial und Alternativen, 2014.

³⁴⁷ *Höpner*, Grundfreiheiten als Liberalisierungsgebote?, MPfG Discussion Paper 17/10 S. 7.

³⁴⁸ Dazu ausf. *Höpner*, Grundfreiheiten als Liberalisierungsgebote?, MPfG Discussion Paper 17/10.

³⁴⁹ Eine grundsätzliche und ausführliche Kritik an der Grundfreiheitenrechtsprechung des EuGH findet sich bei *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 112 ff.

³⁵⁰ *Höpner*, Grundfreiheiten als Liberalisierungsgebote?, MPfG Discussion Paper 17/10 S. 14 ff.

In der Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht sind zuletzt erschienen:

- Band 23** Claudia Schubert
**Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit
Matrixorganisation**
ISBN 978-3-7663-6713-6
- Band 22** Bernd Waas / Wilma B. Liebman / Andrew Lyubarsky / Katsutoshi Kezuka
Crowdwork – A Comparative Law Perspective
ISBN 978-3-7663-6697-9
- Band 21** Holger Brecht-Heitzmann / Judith Reuter
**Perspektiven zur rechtlichen Stärkung des Ehrenamts in der sozialen
Selbstverwaltung**
ISBN 978-3-7663-6658-0
- Band 20** Ulrich Preis / Alberto Povedano Peramato
**Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung im
Tarifautonomiestärkungsgesetz**
ISBN 978-3-7663-6657-3
- Band 19** Eva Kocher / Jürgen Kädtler / Ulrich Voskamp / Laura Krüger
**Noch verfassungsgemäß?
Fernwirkungen bei Arbeitskämpfen in der Automobilindustrie
und die Verfassungsmäßigkeit des § 160 Abs. 3 SGB III**
ISBN 978-3-7663-6466-1
- Band 18** Marita Körner
**Wirksamer Beschäftigtendatenschutz im Lichte
der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)**
ISBN 978-3-7663-6637-5
- Band 17** Matthias Jacobs / Matthias Münder / Barbara Richter
**Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht –
Fachkammer für Arbeitsrecht am EuGH**
ISBN 978-3-7663-6585-9
- Band 16** Wolfgang Däubler
**Tarifverträge zur Unternehmenspolitik?
Rechtliche Zulässigkeit und faktische Bedeutung**
ISBN 978-3-7663-6465-4
- Band 15** Raimund Waltermann
**Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft
aufbauenden Tarifautonomie**
ISBN 978-3-7663-6469-2

Weitere Informationen zur Schriftenreihe: www.hugo-sinzheimer-institut.de

