

## Das soziale Defizit des Europäischen Integrationsprojekts<sup>1</sup>

*Die Urteile des EuGH vom Dezember 2007 in den Rechtssachen Viking und Laval zur Vereinbarkeit nationalen Arbeitskampfrechts mit primär- und sekundärrechtlichen europäischen Vorgaben sind von grundsätzlicher verfassungspolitischer Bedeutung. Der Beitrag erläutert diese Dimension in seinem ersten Abschnitt durch eine rechtliche Rekonstruktion der Thesen Fritz W. Scharpf's zur Abkopplung der wirtschaftlichen Integration von den wohlfahrtsstaatlichen Traditionen der Mitgliedstaaten. Verfassungspolitisch sei dieses Spannungsverhältnis brisant, weil es den Gehalt verfassungstaatlicher Demokratien zu halbieren drohe. Der zweite Abschnitt entwickelt als Antwort auf diese Gefahr die Perspektive einer »kollisionsrechtlichen« Rekonzeptualisierung des Europarechts, in der jene plurale Einheit realisierbar werden soll, die der Entwurf des Verfassungsvertrages als Motto der Union bezeichnet hat. In dieser Perspektive behandelt der dritte Teil zwei vermeintlich widersprüchliche Entwicklungen, nämlich die Wendung zu »soft modes of governance« in der Europäischen Sozialpolitik auf der einen Seite, und im Kontrast hierzu die Rückkehr zu einem orthodoxen Rechtsformalismus in der Rechtsprechung des EuGH bei der Auslegung der Grundfreiheiten und der Entsenderichtlinie in seinen Urteilen vom Dezember 2007.*

### Einführung

Unser Essay behandelt ein sehr breites Themenfeld. Er beginnt in Abschnitt I mit einer Rekonstruktion des »sozialen Defizits« der Europäischen Union und der These, dass eine glaubwürdige Reaktion auf dieses Defizit eine notwendige Bedingung für die demokratische Legitimation eines vertieften Integrationsprojekts ist. Konzeptionell ist dies im Rahmen einer Rekonzeptualisierung des Europarechts als eines neuen Typs supranationalen Kollisionsrechts erreichbar – diese These wird in Abschnitt II entwickelt. Sie wird im Abschnitt III mit zwei Reaktionen auf das soziale Defizit der Union kontrastiert: zunächst mit denen im Konvents-Entwurf des Verfassungsvertrags und dem hierauf beruhenden

<sup>1</sup> Der Beitrag fasst Argumente aus früheren Arbeiten zusammen, insbes.: Ch. Joerges/F. Rödl, The »Social Market Economy« as Europe's Social Model?, in: L. Magnusson/B. Stråth (Hrsg.), A European Social Citizenship? Preconditions for Future Policies in Historical Light, Brussels 2005, 125–158; F. Rödl, Europäisches Verfassungsziel »soziale Marktwirtschaft« – kritische Anmerkungen zu einem populären Modell, Integration 28 (2005), 150–161; Ch. Joerges, Integration durch Entrechtlichung? Ein Zwischenruf, Diskussionspapier 1/2007 des Zentrums für Europäische Rechtspolitik (ZERP), Bremen, <http://www.zerp.uni-bremen.de/>; Democracy and European Integration: A Legacy of Tensions, a Re-conceptualisation and Recent True Conflicts, EUI Working Paper LAW 27/2007; F. Rödl, Constitutional Integration of Labour Constitutions, in: E.O. Eriksen/Ch. Joerges/F. Rödl (Hrsg.), Law, Democracy, and Solidarity in a Post-national Union, London (im Erscheinen). Es geht aber nach den beiden im Vorspann genannten Urteilen des EuGH vom 11. Dezember 2007 (Rs. C-438/05) und vom 18. Dezember 2007 (Rs. C-341/05) notwendigerweise um mehr als um eine neue Synthese.

Reformvertrag von Lissabon und sodann mit denen der Urteile des EuGH in den Rechtssachen *Viking*<sup>2</sup> und *Laval*.<sup>3</sup> Es versteht sich von selbst, dass die theoretischen Prämissen unseres Arguments und erst recht seine mannigfaltigen interdisziplinären Dimensionen und empirischen Hintergründe oft nur ange deutet, aber nicht systematisch entwickelt werden können.

### I. Europäische Integration und Demokratie. Ein spannungsreiches Erbe

Das Projekt der europäischen Integration wurde nicht als ein Experiment supranationaler Demokratie, sondern unter dem Eindruck des Zweiten Weltkrieges und seiner verheerenden Auswirkungen auf die europäischen Volkswirtschaften auf den Weg gebracht. Es sollte dauerhaften Frieden zwischen ehemaligen Feinden sicherstellen. Es setzte auf eine Integrationsstrategie, die zwischen den sehr unterschiedlichen Zielen und Ängsten Deutschlands auf der einen Seite und denen der alliierten Siegermächte auf der anderen Seite vermitteln musste. Sie setzte, was kaum überraschen kann, auf primär ökonomische Ziele und eine technokratische Politik. Erst rückblickend werden die Auswirkungen dieser Strategiewahl offensichtlich, die vor einem halben Jahrhundert kaum vorhersehbar waren und jedenfalls kein gewichtiges Problem darstellten. Dies gilt in gleicher Weise für die beiden Fragen, auf die sich unsere Analyse bezieht.

Die erste betrifft den als »normative Tatsache« zu charakterisierenden Ausschluss des »Sozialen« aus den Zielen des Integrationsprozesses: Diese Option hat Fritz Scharpf treffend als Entkoppelung der sozialen Politik von der wirtschaftlichen Verfassung Europas gekennzeichnet.<sup>4</sup> Warum sollte diese Entkopplung problematisch sein? Diese Frage ist von verfassungspolitischer Bedeutung. Der Ausschluss des »Sozialen« aus dem Integrationsprojekt ist ein potenzielles Versäumnis für diejenigen, die davon ausgehen, dass die Bürgerinnen und Bürger moderner Demokratien berechtigt sein müssen, ihre Auffassungen zum Verhältnis von ökonomischer Rationalität und sozialer Gerechtigkeit zur Geltung zu bringen. Dies ist keineswegs eine triviale Prämisse, nicht einmal auf nationaler Ebene.<sup>5</sup> Von dieser demokratietheoretischen Kontroverse kann man eine zweite Frage analytisch trennen, die den Integrationsprozess selbst betrifft: In dem Maße, in dem im Zuge der Vertiefung des Integrationsprozesses die Sozialstaatlichkeit auf nationaler Ebene erodiert, muss das soziale Defizit des europäischen Projekts politisch virulent werden und Forderungen nach einer Eingrenzung der

2 Rs. C-438/05 *International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union gegen Viking Line ABP und OÜ Viking Line Eesti*, U. v. 11.12.2007, noch nicht in Slg.

3 Rs. C-341/05, *Laval un Partneri Ltd gegen Svenska Byggnadsarbetarförbundet, Svenska Byggnadsarbetarförbundets avdelning 1, Byggettan und Svenska Elektrikerförbundet*, U. v. 18.12.2007, noch nicht in Slg.

4 F.W. Scharpf, The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity, 2002, in: 40 Journal of Common Market Studies, 645-670. Es muss hervorgehoben werden, dass die Gründungsväter des Ordoliberalismus, denen wir die Theorie der ökonomischen Verfassung verdanken, auf der Interdependenz beider Sphären, der *Interdependenz der Ordnungen*, bestanden; siehe einschlägig W. Eucken, Grundzüge der Wirtschaftspolitik, Tübingen 1952, 6. Aufl. 1990, 180 ff.; aus der breiten Literatur zum Interdependenztheorem siehe für eine besonders subtile Rekonstruktion M. Wegmann, Früher Neoliberalismus und europäische Integration: Interdependenz der nationalen, supranationalen und internationalen Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (1932-1965), Baden-Baden 2002, bes. 369 ff.

5 Erinnert sei hier nur an Friedrich A. von Hayek und seine These, die Wende zum Wohlfahrtsstaat führe auf *The Road to Serfdom*, London 1944. Um diesen Fragenkomplex ging es in der legendären Auseinandersetzung zwischen Wolfgang Abendroth und Ernst Forsthoff um die Gestalt der neuen Bundesrepublik, siehe A. Fischer-Lescano/O. Eberl, Der Kampf um ein soziales und demokratisches Recht. Zum 100. Geburtstag von Wolfgang Abendroth, in: Blätter für deutsche und internationale Politik 51 (2006), 577-585, und sie kommt auch anderswo nicht zur Ruhe: Siehe etwa das Special Issue des Canadian Journal of Law and Jurisprudence on Social Democracy (Guest Editor: Colin Harvey) 2004, 17.

### *1. Europas Gleichgewicht in der formativen Phase des Integrationsprozesses*

Rechtswissenschaftliche Integrationstheorien sind Versuche, eine kontextuell (historisch, sozial und politisch) »angemessene« rechtliche Konzeption zur »Verfassung« der Europäischen Gemeinschaft (jetzt Union) zu finden. Zwei dieser Bemühungen, die »Natur der Sache« in seiner prägenden Phase zu erfassen, sind und bleiben wichtig:<sup>6</sup> Deutschlands Ordoliberalismus und Joseph Weilers Theorie des Supranationalismus.

Der Ordoliberalismus ist eine wichtige theoretische Tradition in Deutschland und ein gewichtiger ideeller Faktor deutscher Politik. Die ordoliberalen Schule<sup>7</sup> rekonstruiert den rechtlichen Kern des europäischen Projekts als »Wirtschaftsverfassung«, für die keine Notwendigkeit demokratischer Legitimation besteht. Die im EWG-Vertrag garantierten Freiheiten, die Öffnung der nationalen Volkswirtschaften, die Anti-Diskriminierungsregeln und die Verpflichtung zu einem System ungehinderten Wettbewerbs wurden als eine »Entscheidung« interpretiert, die eine Wirtschaftsverfassung stützt und die in Einklang steht mit der ordoliberalen Konzeption der Rahmenbedingungen für eine Marktwirtschaft. Die Tatsache, dass Europa seinen Integrationsweg als eine bloße Wirtschaftsgemeinschaft begann, verlieh den ordoliberalen Argumenten Plausibilität – und machte sie sogar erforderlich: In ordoliberaler Perspektive erwarb die Gemeinschaft eigene Legitimität durch die Interpretation der einschlägigen Bestimmungen als Vorschriften für eine rechtsgebundene Ordnung, die wirtschaftliche Freiheiten und den Schutz des Wettbewerbs durch supranationale Institutionen gewährleistet. Diese Legitimation ist unabhängig von derjenigen staatlicher demokratischer Institutionen. Aus diesem Grund setzt sie der Gemeinschaft Grenzen: In einer solchen Sichtweise erscheinen diskretionäre Wirtschaftspolitiken grundsätzlich illegitim.<sup>8</sup> Das ordolibrale europäische Gemeinwesen besitzt eine Doppelstruktur: Auf supranationaler Ebene ist es wirtschaftlicher Vernunft und einem System des unverfälschten Wettbewerbs verpflichtet, während auf nationaler Ebene redistributive (Sozial-)Politiken verfolgt und weiterentwickelt werden können.

»Integration durch Recht« ist das rechtliche Paradigma, das außerhalb Deutschlands häufig mit der prägenden Ära der Europäischen Gemeinschaft in Zusammenhang gebracht wird.<sup>9</sup> Es ist kein Zufall, dass Generationen von Wissenschaftlern es zur Grundlage ihrer Untersuchungen nahmen oder versucht haben, seine soziologische Basis zu entschlüsseln.<sup>10</sup> Die Stärke des Paradigmas mag in Teilen darin liegen, dass es auf Annahmen beruht, die nur dann offensichtlich werden, wenn wir Sozial- und Wirtschaftspolitik aus seiner Perspektive betrach-

<sup>6</sup> *Viking* und *Laval* können sogar als ein Wiederaufleben ordoliberaler Ideen gelesen werden; siehe unten Abschnitt III.2.

<sup>7</sup> Innerhalb der ordoliberalen Schule war die europäische Integration zunächst keineswegs unumstritten (siehe M. Wegmann, Fn. 4). Wegmanns Analyse fügt sich hervorragend zur Untersuchung der politischen Dimension von Wettbewerbspolitik von Y. Karagiannis, Preference Heterogeneity and Equilibrium Institutions: The Case of European Competition Policy, PhD Thesis EUI Florence 2007, Kap. 7.

<sup>8</sup> Wichtig ist hier A. Müller-Armack, Die Wirtschaftsordnung des Gemeinsamen Marktes, in: ders., Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik, Freiburg i.Br. 1966, 401 ff.

<sup>9</sup> Siehe den bahnbrechenden Beitrag von J.H.H. Weiler, The Community system: the dual character of supranationalism, Yearbook of European Law 1 (1981), 257–306.

<sup>10</sup> Jüngst A. Vauchet, A Europe of Norms. A Political Sociology of a »Community of Law«, Manuscript Florenz 2007.

ten. Dann wird uns auch eine Affinität zum deutschen Ordoliberalismus bewusst: Sie besteht darin, dass Europas Verrechtlichung sich auf den Aufbau des europäischen Marktes konzentrierte, während das Soziale auf europäischer Ebene der intergouvernementalen Politik überlassen blieb.

Fritz Scharpf's Entkopplungsthese ist, zumindest an der Oberfläche, nicht als Beitrag zu den Debatten über die Konstitutionalisierung Europas gedacht. Aber sie beruht dennoch auf soziologischen Annahmen mit konstitutionellen Implikationen. Dies gilt insbesondere für das Argument, dass die soziale Integration kapitalistischer Gesellschaften ein Gleichgewicht zwischen sozialer und wirtschaftlicher Rationalität erfordere. Dies ist natürlich in erster Linie eine empirische Frage, aber mit offensichtlichen Folgen für die Legitimität des untersuchten Gemeinwesens.<sup>11</sup> Da wir davon ausgehen können, dass »Wohlfahrtsstaatlichkeit« – trotz seiner sehr unterschiedlichen Modi – ein gemeinsames europäisches Erbe ist,<sup>12</sup> wird es für das Integrationsprojekt dringlich, sich mit diesem »sozialen« Bereich zu beschäftigen.

Zusammenfassend kann man sagen: Europa wurde als duales Gemeinwesen begründet. Seine »wirtschaftliche Verfassung« war unpolitisch in dem Sinne, dass sie nicht Gegenstand politischer Intervention wurde. Dies war ihre konstitutionell-supranationale *raison d'être*. Sozialpolitik wurde als gänzlich andere Kategorie behandelt. Sie gehörte zum Bereich der politischen Gesetzgebung und als solche hatte sie national zu bleiben. Die soziale Einbettung des Marktes konnte – in der Tat – von den Mitgliedstaaten in differenzierter Weise erreicht werden – und für etwa ein Jahrzehnt schien die Balance ausgeglichen zu sein.<sup>13</sup>

## *2. Die Vollendung des Binnenmarktes, die Erosion der Wirtschaftsverfassung und das Entstehen eines »Sozialen Europa«*

Das ursprüngliche Gleichgewicht sollte jedoch nicht stabil bleiben. Ein wichtiger Grund für diese Instabilität ist der Fortschritt im Integrationsprozess. In Anbetracht der Erwägungen im vorigen Abschnitt ist dies keineswegs paradox, nicht einmal überraschend.

Das Weißbuch der Delors-Kommission an den Europäischen Rat von 1985<sup>14</sup> wird weithin als Wendepunkt und Durchbruch im Integrationsprozess gesehen. Jacques Delors' Initiative versprach, eine lange Phase der Stagnation zu überwinden; das Mittel zu diesem Zweck war die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit Europas. Von nun an war anstelle von »Recht« wirtschaftliche Rationalität als Leitmotiv Europas zu verstehen, als seine wichtigste Verpflichtung und regulatorische Idee. In diesem Sinne scheint es gerechtfertigt, Delors' Programmatik als einen bewussten Schritt hin zu einer Institutionalisierung wirtschaftlicher Rationalität zu charakterisieren. Das scheint noch plausibler, wenn wir die zwei sich ergänzenden institutionellen Innovationen des Vertrags von Maastricht betrachten, nämlich die Währungsunion und den Stabilitätspakt. Europa erschien, um Karl Polanyi variierend zu paraphrasieren, als eine »market embedded polity«.

<sup>11</sup> Vgl. die klassischen Studien von J. Habermas, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus, Frankfurt a.M. 1973; ders., Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus, Frankfurt a.M. 1976.

<sup>12</sup> Siehe T. Judt, Postwar. A History of Europe Since 1945, New York 2005, z.B. 777 ff.

<sup>13</sup> Dieses Argument fügt sich treffend in die Analyse des Übergangs (Von der nationalen zur post-nationalen Konstellation) von St. Leibfried/M. Zürn, in: dies. (Hrsg.), Transformationen des Staates, Frankfurt a.M. 2006, 19–68.

<sup>14</sup> Europäische Kommission, Vollendung des Binnenmarktes: Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat, KOM (85) 310 endg. vom 14. Juni 1985.

Diese Wahrnehmung erwies sich jedoch bald als viel zu simpel.<sup>15</sup> Was als ein Versuch zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit Europas begonnen hatte, führte zusammen mit den damit verbundenen (Deregulierungs-)Strategien schnell zur Verstrickung der EU in immer mehr Politikfelder und zur Entwicklung einer ausgefeilten Regulationsmaschinerie. Es war insbesondere das Interesse der europäischen Gesetzgebung und der Kommission an »sozialer Regulierung« (Verbraucher-, Arbeitnehmer- und Umweltschutz), die dies in aller Deutlichkeit belegt. Das Gewicht und die Dynamik dieser Politikfelder wurden von den Befürwortern einer bloßen »Wirtschaftsverfassung« gründlich unterschätzt. Ebenso wichtig und ebenso wenig überraschend war die Tatsache, dass sich der Integrationsprozess mit der Vollendung des Binnenmarktes vertiefte und immer mehr Politikbereiche beeinflusste. Dies war signifikant nicht so sehr im Hinblick auf sein tatsächliches Gewicht, aber mit Blick auf Europas »soziales Defizit« und damit in Bezug auf neue Bemühungen zur Stärkung der europäischen Präsenz in den Bereichen der Arbeits- und Sozialpolitik.

Diese Tendenzen dominierten die Ausarbeitung des Maastricht-Vertrags, der 1992 verabschiedet wurde. Sie sind zugleich einer der Gründe dafür, dass die »Ergänzungen« des EG-Vertrags, die im offiziellen Sprachgebrauch eine Vertiefung und Konsolidierung des Integrationsprojekts bedeuteten, vehemente Kritik auslöste. Die schärfste Kritik kam nicht etwa von links, sondern von den Protagonisten einer strikt wirtschaftsrationalen Orientierung des Integrationsprozesses, das heißt von Deutschlands Ordoliberalen.<sup>16</sup> Tatsächlich ging es im Maastrichter Vertrag von 1992 um mehr als nur eine Institutionalisierung ökonomischer Vernunft. Diese Textstellen haben angelsächsische Pragmatiker weniger irritiert als die Exponenten der deutschen Ordnungspolitik: Es ist nach der ausdrücklichen Anerkennung und Stärkung neuer politischer Kompetenzen, wie sie durch Maastricht erreicht wurden, einfach nicht mehr plausibel, dem »System des ungehinderten Wettbewerbs« eine konstitutive Funktion für die Gesamtverfassung Europas zuzuweisen, weil dieses »System« nun gegenüber anderen, primärrechtlich beglaubigten Politikzielen keinen Vorrang mehr beanspruchen konnte. Darüber hinaus löste die Ausweitung der Kompetenzen im Arbeits- und Arbeitsförderungsrecht durch das Maastrichter Sozialprotokoll mit dem »Abkommen über die Sozialpolitik« die ehemals klare Abgrenzung zwischen Europas (unpolitischer) Wirtschaftsverfassung und der politischen Verantwortung der Mitgliedstaaten für ihre Sozial- und Arbeitspolitik auf.

Bis heute hat sich kein Konsens über die konstitutionelle Bedeutung dieser neuen Konstellation herausgebildet. War die Erosion der Vision einer konstitutiven Funktion des »Systems unverfälschten Wettbewerbs« für die EU das Ergebnis kontingenter Ereignisse oder eine unausweichliche Konsequenz des Integrationsprozesses? Sie war zumindest alles andere als überraschend, darf man mit Karl Polanyi argumentieren. Die Wirtschaft und ihre Märkte, so hatte er in seiner bahnbrechenden Studie »Great Transformation« aus dem Jahr 1944 argumentiert, seien immer »socially embedded«.<sup>17</sup> Polanyi hat die politischen

<sup>15</sup> Siehe zum Folgenden detaillierter Ch. Joerges, Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty, in: R. Dehoussé (Hrsg.), Europe after Maastricht: an Ever Closer Union?, München 1994, 29–62, sowie die Rekonstruktion in K.W. Nörr, Die Republik der Wirtschaft. Teil II. Von der sozial-liberalen Koalition bis zur Wiedervereinigung, Tübingen 2007, 44–60.

<sup>16</sup> Siehe insbes. M. Streit/W. Mussler, The Economic Constitution of the European Community. From »Rome« to »Maastricht«, 1995, European Law Journal 1 (1995), 5–30.

<sup>17</sup> K. Polanyi, The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time (1944), Boston 1992, bes. 45–58 und 71–80. Dt: The Great Transformation. Politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen, Frankfurt/M. 1978.

und normativen Implikationen seiner soziologischen Beobachtungen nicht detailliert entfaltet. Augenscheinlich ist dennoch, dass die europäischen Erfahrungen mit der Institutionalisierung des Gemeinsamen Marktes seine Einsichten bestätigen.<sup>18</sup> Nachdem sich erneut gezeigt hatte, dass real existierende Märkte nicht einfach Mechanismen bereitstellen, die automatisch und perfekt Angebot und Nachfrage regeln würden, ist auch für Europa »die Kernfrage nicht mehr, wie das Verhältnis von Markt und Staat quantitativ auszutarieren sei; wir müssen uns vielmehr zu der qualitativen Frage verhalten, aus welchen Gründen und in welcher Weise Markt und Staat zusammenwirken sollten und welche zivilgesellschaftlichen Strukturen und Praktiken eine produktive Synergie von Markt und Staat stützen.«<sup>19</sup>

Wir begnügen uns hier mit der Schlussfolgerung, dass uns die These von der »sozialen Einbettung« zu verstehen hilft, warum Europa eine immer anspruchsvollere ordnungspolitische Maschinerie entwickelt hat, der die Ordnung des Binnenmarkts anvertraut wurde – und warum die sozialen Defizite des europäischen Integrationsprojekts ein wichtiger Teil der europäischen Agenda geworden sind.

## *II. Kollisionsrecht als Form europäischer Verfassung*

Juristen sind kaum dazu qualifiziert, die historischen, politischen und soziologischen Faktoren der Rechtsentwicklung auszudeuten. Ihre Berufung ist es statt dessen zum einen, Rechtskonzepte zu entwickeln, die kompatibel sind mit dem, was wir über den Kontext des Rechts wissen, und zum anderen darüber Rechenschaft zu geben, ob und unter welchen Bedingungen eine bewusste Anpassung an diese Kontexte »Anerkennung verdient«.

Dies ist alles andere als eine idiosynkratisch-revolutionäre Vorstellung, sondern eine ständige Herausforderung, der die Rechtswissenschaft ausgesetzt ist, keineswegs nur, aber doch in besonders dramatischer Weise im europäischen Recht: Hier hat sie es mit einem sich ständig wandelnden Gegenstand zu tun; sie ist genötigt, um an den von Hans Peter Ipsen geprägten Begriff zu erinnern, eine »Wandelverfassung« zu konzipieren.<sup>20</sup> Die Idee, dass dies in der Form eines supranationalen Kollisionsrechts gelingen könne, reagiert auf die Wirklichkeit des Integrationsprozesses in normativer Absicht. Sie soll eine kontinuierliche Rechts-Produktion diskursiv-prozedural verfassen. Der Ausgangspunkt unseres Vorschlags ist eine Überlegung, die Jürgen Neyer und Christian Joerges unter dem Titel »deliberativer Supranationalismus« zur Diskussion gestellt haben.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Dazu jetzt James Caporaso/Sidney Tarrow, Polanyi in Brussels. European Institutions and the Embedding of Markets in Society, RECON Online Working Paper 2008/01, <http://www.reconproject.eu/main.php/RECON>.

<sup>19</sup> Siehe F. Block, Towards a New Understanding of Economic Modernity, in: Ch. Joerges/B. Sträth/P. Wagner (Hrsg.), *The economy as a policy. The political construction of modern capitalism – an interdisciplinary perspective*, London 2005, 3 (Übersetzung der Verf.); zum Ganzen jüngst J. Beckert, The Great Transformation of Embeddedness: Karl Polanyi and the New Economic Sociology, MPiG Discussion Paper 07/1.

<sup>20</sup> H.P. Ipsen, Die Verfassungsrolle des Europäischen Gerichtshofs für die Integration, in: J. Schwarze (Hrsg.), *Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz*, Baden-Baden 1982, 29 ff.

<sup>21</sup> Ch. Joerges/J. Neyer, From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes, European Law Journal 3 (1997), 273–299 [Von intergouvernementalem Bargaining zur deliberativen Politik: Gründe und Chancen für eine Konstitutionalisierung der europäischen Komitologie, in: Beate Kohler-Koch (Hrsg.), *Regieren in entgrenzten Räumen*, PVS-Sonderheft 28/1998, Opladen 1998, 207–233].

»dass die Legitimität von einzelstaatlichem demokratischem Regieren insofern mit strukturellen Mängeln behaftet [sei], als sie notwendigerweise einseitig und selbstsüchtig bleib[e]. Die Zähmung des Nationalstaats durch demokratische Institutionen hat ihre Grenzen. Wenn und weil Demokratien eine kollektive Identität voraussetzen und repräsentieren, enthalten sie nur wenige Mechanismen, die sicherstellen, dass ‚fremde‘ Identitäten und deren Interessen in ihrem Entscheidungsfindungsprozess berücksichtigt werden«.<sup>22</sup>

Wenn die normative Funktion der supranationalen Institutionen danach entworfen werden kann, diese Mängel zu beheben – gleichermaßen als eine Korrektur von Staatsversagen im Sinne eines Legitimitätsversagens nationaler Demokratien –, dann kann Legitimität aus eben dieser kompensatorischen Funktion entstehen. Wir sollten – mit anderen Worten – Europa als eine Alternative zum nationalstaatlichen Konstitutionalismus so verfassen, dass es die Legitimität jener Staaten zwar grundsätzlich respektiert, gleichzeitig aber die Verpflichtungen verbindlich klärt, die sich aus der wechselseitigen Abhängigkeit demokratisch legitimierter Gemeinwesen ergibt und deshalb supranationale Vorgaben formuliert, die eine Institutionalisierung dieser Verbindlichkeiten erfordert.<sup>23</sup>

Gewiss, dies sind nicht die Formeln, mit denen die supranationale Geltung des europäischen Rechts ursprünglich verstanden und gerechtfertigt wurde. Glücklicherweise jedoch kann die methodisch wie theoretisch so gewagte und praktisch so erfolgreiche EuGH-Entscheidung zugunsten einer europäischen rechtlichen Verfassung<sup>24</sup> auf diese Weise rationalisiert werden. Die europäische »Föderation« hat so eine rechtliche Verfassung gefunden, die nicht darauf abzielen muss, Europa in einen Staat zu transformieren, sondern stattdessen ihre Legitimität daraus herleiten kann, dass sie Demokratie-Defizite der europäischen Nationalstaaten kompensiert. Bestehendes europäisches Recht habe, so lautete das Argument, Prinzipien und Regeln zur Geltung gebracht, die Anerkennung verdienen, weil sie die Interdependenz der Mitgliedstaaten in ein rechtlich ausgestaltetes Gemeinschaftsprojekt überführen: Mitglieder der Gemeinschaft können ihre Interessen oder Gesetze nicht rücksichtslos verfolgen, sondern sind gehalten, auf die Interessen ihrer Nachbarn Rücksicht zu nehmen, und sind verpflichtet, die europäischen Freiheiten zu respektieren; es ist ihnen verboten zu diskriminieren, und sie dürfen nur legitime, regulative Maßnahmen verfolgen, die durch die Gemeinschaft abgesegnet wurden; bei den Zielen, die sie durch Regulierung anstreben, müssen sie sich miteinander abstimmen, und sie müssen ihre nationalen Systeme in eine möglichst gemeinschaftsfreundliche Form bringen.

Warum sollte nun diese Art von Recht als eine neue Art von Kollisionsrecht verstanden werden? Der Begriff selbst erinnert uns an die innere Vielfalt Europas; er repräsentiert die Anstrengungen, in Vielfalt zu leben anstatt nach Uniformität zu streben, und die Tatsache, dass Vielfalt auch eine Ursache von Interessenkonflikten ist – sowohl horizontal (zwischen den Mitgliedstaaten und gesellschaftlichen Akteuren) als auch vertikal (zwischen den verschiedenen Ebenen des Regierens und den institutionellen Akteuren, die auf diesen Ebenen handeln).<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Ebd., ELJ (Fn. 21), 293; PVS (Fn. 21), 227

<sup>23</sup> Ch. Joerges, »Deliberative Political Processes« Revisited: What Have we Learnt About the Legitimacy of Supranational Decision-Making, Journal of Common Market Studies 44 (2006), 779–802, 790.

<sup>24</sup> Rs. 26/62, Slg. 1963, 1 – NV *Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos J. Nederlandse Finanzverwaltung*.

<sup>25</sup> R. Mayntz, The Architecture of Multi-level Governance of Economic Sectors. MPIfG Discussion Paper 07/13, 22–24.

Auf der anderen Seite hat sich Kollisionsrecht traditionell – in all seinen Subdisziplinen: dem internationalen Privatrecht, internationalen Verwaltungsrecht, dem internationalen Arbeitsrecht etc. – geweigert, ausländischem öffentlichen Recht unterliegende Rechtsverhältnisse in das eigene Rechtssystem zu integrieren; denn jeder Staat, so sah es die Tradition, sei für den internationalen Geltungsbereich seines eigenen öffentlichen Rechts ebenso wie für dessen Durchsetzung allein zuständig. Traditionelles Kollisionsrecht ist deshalb ein paradigmatisches Beispiel für das, was Michael Zürn als »methodologischen Nationalismus« charakterisiert.<sup>26</sup> Das »neue« europäische Kollisionsrecht muss diese Feindseligkeit natürlich überwinden.<sup>27</sup> Und die eben genannten Grundsätze tun genau das: Sie leiten die Suche nach Antworten auf sich widersprechende Forderungen, wenn kein höheres materielles Recht verfügbar ist. »Ausländischen« Belangen eine Stimme zu verleihen, bedeutet in der EU in erster Linie, dass Mitgliedstaaten ihre Gesetze gegenseitig »anerkennen« (dass sie bereit sind, ausländisches Recht »anzuwenden«), dass sie rechtliche Unterschiede tolerieren und darauf verzichten, auf ihre eigene *lex fori* und ihren nationalen Interessen zu bestehen. Das europäische Kollisionsrecht ist »deliberativ«, wenn und weil es sich nicht mit der Berufung auf die Überlegenheit des europäischen Rechts begnügt; es ist »europäisch«, weil es versucht, Prinzipien und Regeln herauszustellen, die die verschiedenen Gesetze innerhalb der EU miteinander kompatibel machen.<sup>28</sup> Der Ansatz des Kollisionsrechts zielt auf einen horizontalen Konstitutionalismus. Er distanziert sich sowohl von der Orthodoxie des überkommenen nationalen Kollisionsrechts als auch vom orthodoxen Supranationalismus, der mit tendenziell uniformisierenden *top down*-Vorgaben auf die Vielfalt Europas reagiert. Es versucht zu erreichen, was der Entwurf des Verfassungsvertrags als »Leitspruch der Union«<sup>29</sup> benannte, nämlich die Vision eines »in Vielfalt geeinten« Europas. Erschließt sich so eine neue Perspektive zur Behebung von Europas sozialem Defizit?

### *III. Weiche und harte Antworten auf die Frage nach einem sozialen Europa*

In einem neueren Essay über den Zustand der Europäischen Union nach der Unterzeichnung des Reformvertrags hat Jürgen Habermas die Tendenz der

<sup>26</sup> M. Zürn, Politik in der postnationalen Konstellation, in: Ch. Landfried (Hrsg.), Politik in der entgrenzten Welt, Opladen 2001, 181–204.

<sup>27</sup> Für die Disziplin des Internationalen Privatrechts wird der hier angesprochene Formwandel vom überkommenen nationalen zu einem supranationalen Kollisionsrecht entfaltet bei F. Rödl, Weltbürgerliches Kollisionsrecht. Über die Form des Kollisionsrechts und seine Gestalt im Recht der Europäischen Union, PhD Thesis EUI Florence 2008.

<sup>28</sup> Wir müssen hier davon absehen, zwei weitere Implikationen zu erläutern. Eine davon ist methodologischer Natur: Europäisches Kollisionsrecht bedarf einer Prozeduralisierung der Kategorie Recht. Es muss als ein 'law of law-making' verstanden werden (i.S. von F.I. Michelman, Brennan and Democracy, NJ: Princeton UP, 1999, 34), als ein Rechtfertigungs-Recht (R. Wiethölter, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in Ch. Joerges/G. Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht, Baden-Baden 2005, 13–21). Die zweite Implikation betrifft die Notwendigkeit für eine zweite Ordnung des Kollisionsrechts. Diese Notwendigkeit gründet im Governance-turn, der sich auf europäischer, aber auch auf nationalstaatlicher Ebene beobachten lässt. Ebenso wie die Nationalstaaten lernen mussten, mit komplexen Konfliktsituations umzugehen, Expertisen in die rechtliche Entscheidungsfindung einzubinden und mit Nichtregierungsorganisationen zu kooperieren, so musste die EU Governance-Arrangements etablieren, die ihr Primär- und Sekundärrecht ergänzt. 'Second order conflict of laws' versuchen diese Sphäre in erster Linie durch eine Prozeduralisierung des Rechts zu konstitutionalisieren; siehe detaillierter Ch. Joerges, 'Integration durch Entrechtlichung?' (Fn. 1).

<sup>29</sup> Artikel I-8 des Vertrags über eine Verfassung für Europa, ABL. C310/1, 16/12/2004, der im Reformvertrag keine Entsprechung mehr findet.

deutschen Sozialdemokraten problematisiert, auf die Risiken der wirtschaftlichen Globalisierung mit den Mitteln des nationalen Sozialstaats zu antworten. Wäre es nicht vorzuziehen, fragte er, nach koordinierten Antworten innerhalb des gesamten Europäischen Wirtschaftsraums zu suchen?<sup>30</sup> Diese Fragestellung erkennt implizit die Bedeutung des europäischen sozialen Defizits an. Aber welche Antworten gibt es? Wir erleben derzeit zwei scheinbar widersprüchliche, in der Tat aber komplementäre Reaktionen, nämlich die Hinwendung zu Formen der »soft governance« auf der einen und die Rückkehr zum orthodoxen Supranationalismus auf der anderen Seite.

### *1. »Soziale Marktwirtschaft«, soziale Rechte und weiche Koordination*

Die erste Alternative war die Option, die im Entwurf des Verfassungsvertrages<sup>31</sup> verfolgt und von einer großen Zahl seiner Anhänger unterstützt wurde und die sich weitgehend unverändert im so genannten Reformvertrag von Lissabon findet. Ein »soziales Europa« sollte auf drei Pfeilern ruhen: der Verpflichtung zu einer »soziale[n] Marktwirtschaft«,<sup>32</sup> den sozialen Rechten<sup>33</sup> und den neuen *soft law*-Techniken für die Koordinierung der Arbeits(markt)- und Sozialpolitik.<sup>34</sup> Joschka Fischer und Domenique de Villepin, denen wir die verfassungsmäßige Relevanz des Konzepts der »sozialen Marktwirtschaft« verdanken, gaben damit ein politisches Signal. Aber sie waren sich der Abhängigkeit von wirtschaftlicher und sozialer Verfassung in der Theorie der »sozialen Marktwirtschaft« kaum bewusst. Ihr Erbe hätte erfordert, was noch keine Notwendigkeit in der prägenden Phase der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft war, nämlich einen Ausgleich für die Entkoppelung der beiden Sphären im europäischen Vertragswerk.<sup>35</sup> So ruhten alle Hoffnungen auf eine Besserung auf der Einführung neuer sozialer Rechte und Koordinationskompetenzen.<sup>36</sup> Aber diese Erwartungen waren nie substantiell begründet.<sup>37</sup> Tritt der Reformvertrag von Lissabon eines Tages wirklich in Kraft, werden jene Institutionen, Verfassungsziel »soziale Marktwirtschaft«, soziale Rechte und das offene Koordinierungsverfahren für Arbeits- und Sozialpolitik, zum Bestand der europäischen Verfassung gehören, doch sind ihre Erträge aus heutiger Sicht höchst ungewiss. Im gegenwärtigen Kontext aber können und brauchen wir die intrinsischen Verdienste und Fehler dieser Optionen nicht im Einzelnen zu untersuchen, da die jüngste Rechtsprechung des EuGH die Tagesordnung erneut geändert hat. Nach den Urteilen in den Rechtssachen *Viking* und *Laval* muss gefragt werden, was das Ziel sanfter Methoden der Koordinierung in Konfrontation mit den harten Gesetzen der negativen Integration sein kann.

<sup>30</sup> »Erste Hilfe für Europa«, DIE ZEIT Nr. 49/2007; s. jetzt »Europapolitik in der Sackgasse. Plädoyer für eine Politik der abgestuften Integration«, in: J. Habermas, Ach, Europa, Frankfurt a.M. 2008, 96–130.

<sup>31</sup> Der Vertrag von Lissabon, unterzeichnet am 13. Dezember 2007, vertieft diese Agenda nicht weiter.

<sup>32</sup> Artikel 3 Absatz 3 Unterabsatz 1 Vertrag von Lissabon.

<sup>33</sup> Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Titel IV: Solidarität.

<sup>34</sup> Siehe vor allem Art. 5 Abs. 2, 3 AEUV. Der rechtliche Effekt dieser angeblichen Konstitutionalisierung des Offenen Koordinierungsverfahrens (dazu Rödl, Europäisches Verfassungsziel »soziale Marktwirtschaft« (Fn. 1)), gegenüber den seit der Reform von Amsterdam im EG-Vertrag enthaltenen Vorschriften der Art. 147 Abs. 1 AEUV [ex 127 EG] und Art. 153 Abs. 2 Litera a) AEUV [ex Art. 137 EG] ist indes noch nicht aufgeklärt.

<sup>35</sup> Siehe detaillierter Ch. Joerges/F. Rödl, The »Social Market Economy« as Europe's Social Model? (Fn. 1).

<sup>36</sup> Siehe die Beiträge in G. de Búrca/B. de Witte (Hrsg.), Social Rights in Europe, Oxford 2005; G. de Búrca/J. Scott (Hrsg.), Law and New Governance in the EU and the US, Oxford 2006.

<sup>37</sup> Siehe Ch. Joerges/F. Rödl, The »Social Market Economy« as Europe's Social Model? (Fn. 1).

## 2. Die EuGH-Entscheidungen in den Fällen *Viking* und *Laval*<sup>8</sup>

Die beiden Fälle haben in den letzten Jahren große Aufmerksamkeit auf sich gezogen. Die Konflikte, mit denen sie zu tun haben, stehen in direktem Zusammenhang zur neuen sozioökonomischen Vielfalt in der Union nach der Osterweiterung. In beiden Fällen verteidigen »alte« (Hochlohn-)Mitgliedstaaten den Grundsatz, dass ihr Lohnniveau nicht durch niedrige Lohnangebote aus den neuen Mitgliedstaaten ausgeöhlt werden darf. In beiden Fällen berufen sich diese Staaten auf die wirtschaftlichen Freiheiten, die durch den Vertrag garantiert sind und nicht zuletzt von Unternehmen in alten Mitgliedstaaten, die zu Hause auf dem Lohnniveau ihrer östlichen Nachbarn arbeiten wollen, strategisch eingesetzt werden. »It is a bracing reminder to EU lawyers of the power of political and economic context to influence legal doctrine«, bemerkt Brian Bercusson,<sup>39</sup> »that the new Member States making submissions were unanimous on one side of the arguments on issues of fundamental legal doctrine (horizontal direct effect, discrimination, proportionality) and the old Member States virtually unanimous on the other.«

### a. *Viking*: Primärrechtliche Freiheiten und einzelstaatliche Arbeitsverfassungen

Die Kläger im *Viking*-Fall<sup>40</sup> sind eine finnische Reederei (*Viking*) und ihre estnische Tochtergesellschaft. *Viking* ist ein großer Fährunternehmer, der unter anderem die Fähre *Rosella* betreibt, die in Finnland registriert war. Ihre Besatzung war zudem überwiegend finnisch. Ein von der finnischen Seefahrergewerkschaft ausgehandelter Tarifvertrag sah vor, dass die Löhne und Arbeitsbedingungen dem finnischen Niveau entsprachen. Da der Betrieb der *Rosella* aber keinen hinreichenden Gewinn einbrachte, beschloss *Viking*, die Fähre nach Estland umzuflaggen. Die finnische Mannschaft sollte durch nach estnischem Arbeitsrecht erheblich billigere estnische Seeleute ersetzt werden. Hierauf reagierte die finnische Seemannsgewerkschaft mit Streikdrohungen. Darüber hinaus sind sowohl die finnische als auch die estnische Seemanns-Gewerkschaft Mitgliedsorganisationen der Internationalen Transportarbeiter-Föderation (ITF). Eine der politischen Hauptangriffspunkte der ITF sind »Billigflaggen«. Es ist das Ziel der ITF zu erreichen, dass Tarifverträge nach dem Recht des Ortes geschlossen werden, an dem das wirtschaftliche Eigentum und die unternehmerische Kontrolle des Schiffes situiert sind. Auf diese Weise versucht sie, Seeleute gegen Niedriglohnstrategien von Arbeitgebern wie *Viking* zu schützen, die ihre Seeleute mit einer Belegschaft aus Niedriglohnländern ersetzen. Im Falle der *Viking* lagen Eigentum und Kontrolle in Finnland, weshalb nach den internen Regeln der ITF allein finnische Gewerkschaften zu Tarifabschlüssen mit *Viking* berufen waren. Dementsprechend übersandte die ITF ihren Mitgliedsgewerkschaften die schriftliche Aufforderung, keine Tarifverhandlungen mit *Viking* aufzunehmen, ein Ansinnen, das namentlich die estnische Gewerkschaft auch befolgte.

<sup>38</sup> Für eine ausführliche Analyse beider Urteile, die im Fall *Viking* zu einigen ähnlichen, im Fall *Laval* jedoch zu entgegen gesetzten Ergebnissen führt, siehe N. Reich, Free movement vs. Social Rights in an Enlarged Union – The *Laval* and *Viking* Cases before the ECJ, German Law Journal 9 (2008), 125–161.

<sup>39</sup> The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day, European Law Journal, 13 (2007), 279–308.

<sup>40</sup> Rs. C-438/05 *International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union* gegen *Viking Line ABP* und *OÜ Viking Line Eesti*. Für eine detaillierte Analyse siehe B. Bercusson (Fn. 39) und ders., »Six Scenarios in Search of an Author ...« Or »Solutions for the European Court in the Cases of *Laval* and *Viking*, (Manuscript, London 2007).

Viking klagte darum gegen jene gewerkschaftlichen Aktivitäten, zunächst in Helsinki und in einem zweiten Verfahren unter Berufung auf den Sitz der ITF in London beim High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court), ein strategisches *forum shopping*, das die europäischen zivilprozessualen Zuständigkeitsregeln (Art. 6 Nr. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1, 60 Abs. 1 Lit. a) EuGVVO)<sup>41</sup> möglich machten. Viking argumentierte unter anderem, dass die Streikdrohungen der finnischen Gewerkschaft und die politischen Aktivitäten der ITF mit Vikings Niederlassungsfreiheit, wie sie Artikel 43 EG garantieren, unvereinbar seien.

Zwei Aussagen sind in der Entscheidung des EuGH von besonderem Interesse. Vollmundig heißt es da: »[D]as Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme einschließlich des Streikrechts [ist] als Grundrecht anzuerkennen, das fester Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ist, deren Beachtung der Gerichtshof sicherstellt [...].«<sup>42</sup> Dieser schönen Bestätigung der Existenz eines Grundrechts der Arbeitnehmer auf Streik verdankt sich der Beifall, der der Entscheidung nicht zuletzt von Seiten der europäischen Gewerkschaften gezollt wurde.<sup>43</sup> Alles andere als Beifall hat aber jedenfalls der dann folgende Schritt verdient, mit dem der EuGH das überlieferte Gleichgewicht zwischen den wirtschaftlichen Freiheiten auf europäischer und der sozialen Rechte auf nationaler Ebene grundlegend re-konfiguriert:

»[Es] genügt der Hinweis, dass es den Mitgliedstaaten in den Bereichen, für die die Gemeinschaft nicht zuständig ist, zwar grundsätzlich weiterhin freisteht, die Bedingungen für den Bestand der fraglichen Rechte und die Modalitäten ihrer Ausübung festzusetzen, dass sie aber gleichwohl gehalten sind, das Gemeinschaftsrecht bei der Ausübung dieser Befugnis zu beachten.«<sup>44</sup>

Es ist ein vermeintlich marginaler Schritt, den das Gericht hier unternimmt. Der EuGH zieht scheinbar nur die weithin bekannten und anerkannten gemeinschaftlichen Kriterien bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Einschränkungen durch nationales Recht heran. Allerdings geht es im vorliegenden Fall um eine grundrechtlich geschützte Autonomie, zu deren Ausgestaltung die Union eigentlich nicht berufen ist, wie sich nicht zuletzt an Art. 137 Abs. 5 EG ablesen lässt, der das »Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht« grundsätzlich bei den Mitgliedstaaten verortet.

Die zweite Aussage des EuGH betrifft die gemeinschaftsrechtlichen Grenzen der vom mitgliedstaatlichen Recht grundrechtlich garantierten Freiheiten im Bereich der mitgliedstaatlichen Arbeits- und Sozialverfassungen. Denn zunächst einmal wird die eben herausgestellte bemerkenswerte Reichweite des Artikels 43 EG zumindest scheinbar abgemildert. Der Gerichtshof zieht seine aus den Rechtssachen *Schmidberger*<sup>45</sup> und *Omega*<sup>46</sup> bekannte Formel heran, der zufolge

<sup>41</sup> Die nach englischem internationalen Zivilprozessrecht im Fall wohl eigentlich angezeigte und auch in den Instanzen erörterte Verneinung der Zuständigkeit der englischen Gerichte und Verweis auf die finnischen Gerichte auf der Grundlage der *forum non conveniens*-Doktrin kann unter der EuGVVO nicht mehr greifen (EuGH, Urt. v. 1.03.2005 – Rs. C-281/02 (Owusu), Tenor in: ABl. C 106/2, 30.04.2005).

<sup>42</sup> Rs. C-438/05 (Fn. 2), Rz. 44.

<sup>43</sup> Presseerklärung des Europäischen Gewerkschaftsbundes vom 11.12.2007, verfügbar unter <http://www.etuc.org/a/4376>, zuletzt besucht am 4.2.2008. Ob die Verneinung eines europäischen Grundrechts auf Streik nicht nur, aber auch mit Blick auf die Entscheidung EuGH, Urt. v. 21.09.1999 – Rs. C 67/96 (Albany), Slg. 1999, I-5751 tatsächlich so sehr im Bereich des Realistischen lag, dass sich eine Konzentration auf diesen Aspekt rechtfertigte, möchten wir an dieser Stelle doch bezweifeln.

<sup>44</sup> C-438/05 (Fn. 2), Rz. 40.

<sup>45</sup> EuGH, Urt. v. 12.06.2003 – Rs. C-112/00 (*Schmidberger*), Slg. 2003, I-5659.

<sup>46</sup> EuGH, Urt. v. 14.10.2005 – Rs. C 36/02 (*Omega*), Slg. 2004, I-9609.

»der Grundrechtsschutz ein berechtigtes Interesse ist, das grundsätzlich geeignet ist, eine Beschränkung der Verpflichtungen zu rechtfertigen, die nach dem Gemeinschaftsrecht, auch kraft einer durch den EG-Vertrag gewährleisteten Grundfreiheit [...] bestehen.«<sup>47</sup>

Doch es folgt:

»Allerdings hat der Gerichtshof in den Urteilen *Schmidberger* und *Omega* entschieden, dass die Ausübung der dort betroffenen Grundrechte, nämlich der Meinungs- und Versammlungsfreiheit sowie der Menschenwürde, nicht außerhalb der Bestimmungen des Vertrags liegt und dass sie mit den Erfordernissen hinsichtlich der durch den Vertrag geschützten Rechte in Einklang gebracht werden und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen muss.«<sup>48</sup>

Mit dieser asymmetrischen (diagonalen) Kurzschiebung der Grundfreiheiten der europäischen Wirtschaftsverfassung mit den Grundrechten nationaler Arbeitsverfassung wird freilich die über das Prinzip enumerativer Kompetenzen eigentlich zu sichernde Autonomie der mitgliedstaatlichen Arbeits- und Sozialordnung überrollt. Dieser bemerkenswerte Zug wird noch zusätzlich effektiviert, indem die Pflicht zur Achtung unternehmerischer Freiheiten nicht nur dem mitgliedstaatlichen Arbeitsrecht aufgegeben wird. Sie trifft vielmehr auch unmittelbar die nach diesem Recht berechtigten Gewerkschaften<sup>49</sup> – und dies, obgleich sie mit den fraglichen Streikdrohungen gerade keine einseitige Regulierung vornehmen, welche staatlicher Rechtsetzung vergleichbar wäre.<sup>50</sup>

Nach diesen Paukenschlägen schlägt der EuGH versöhnlichere Töne an, die im Falle *Laval* nochmals zu hören sein werden:

»[D]ie Tätigkeit der Gemeinschaft [umfasst] nach dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 Buchst. c und j EG nicht nur ‚einen Binnenmarkt, der durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gekennzeichnet ist‘, sondern auch ‚eine Sozialpolitik‘ ... Art. 2 EG bestimmt nämlich, dass es u. a. Aufgabe der Gemeinschaft ist, ‚eine harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens‘ sowie ‚ein hohes Beschäftigungsniveau und ein hohes Maß an sozialem Schutz‘ zu fördern.

Da die Gemeinschaft somit nicht nur eine wirtschaftliche, sondern auch eine soziale Zielrichtung hat, müssen die sich aus den Bestimmungen des Vertrags über den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr ergebenden Rechte gegen die mit der Sozialpolitik verfolgten Ziele abgewogen werden, zu denen, wie aus Art. 136 Abs. 1 EG hervorgeht, insbesondere die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, um dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen, ein angemessener sozialer Schutz und der soziale Dialog zählen«.<sup>51</sup>

Was folgt aus all dem? Grundsätzlich legitimiere dieser »soziale Zweck« Streikaktionen, die den »Schutz der Arbeitsplätze und der Arbeitsbedingungen« zum Ziel haben. Bedingung hierfür sei aber zum einen, »dass die fraglichen Arbeits-

<sup>47</sup> C-438/05 (Fn. 2), Rz. 45.

<sup>48</sup> Ebd., Rz. 46.

<sup>49</sup> Unhaltbar erscheint uns die Erweiterung privater »grundfreiheitlicher Haftung« auf die Politik der ITF, die sich im Streitfall in der Versendung eines Schreibens materialisierte. Sie geht mutmaßlich zurück auf Ausführungen von GA Maduro (GA Maduro, Schlussanträge v. 23.05.2007 - Rs. C-438/05 (*Viking*), Rn. 71, 72), der die bemerkenswerte Auffassung zu vertreten scheint, dass eine effektive trans nationale gewerkschaftliche Organisation einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten darstelle. Die ITF nimmt selbst aber ohnehin keine gewerkschaftlichen Rechte in Anspruch, sondern Rechte politischer Organisations- und Handlungsfreiheit. Wir können diesen Aspekt hier nicht eingehend entfalten. Bemerkt sei jedoch, dass hier (Rs. C-438/05 (Fn. 2), Rz. 64 f.) eine Entgrenzung horizontaler Grundfreiheitswirkung droht, die in höchstem Maße kritische Aufmerksamkeit verdient.

<sup>50</sup> Ebd., Rz. 57. Wir müssen davon abschließen, das Fallrechte zu analysieren, auf das sich der Gerichtshof be ruft. Es mag genügen, daran zu erinnern, wie umsichtig Gemeinschaftsrecht und Gemeinschaftspolitik gegen die Beschränkungen des freien Warenverkehrs durch nicht-staatliche Normen vorgegangen sind. Vgl. dazu H. Schepel, *The Constitution of Private Governance. Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford 2005, 37 ff.

<sup>51</sup> Rs. C-438/05 (Fn. 2), Rz. 78–79; dies wird in *Laval* wortgleich bestätigt (Rs. C-341/05, (Fn. 2), Rz. 104–105).

plätze oder Arbeitsbedingungen ... gefährdet oder ernstlich bedroht waren«, und zum anderen, dass die ergriffene Maßnahme »geeignet ist, die Erreichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten,« und »nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist«.<sup>52</sup>

Der Gerichtshof überlässt diese Bewertung dem zuständigen nationalen – in diesem Falle pikanteweise: englischen<sup>53</sup> – Gericht. Freilich gibt der Gerichtshof noch Hinweise, die dafür sprechen würden, dass die Maßnahmen der finnischen Gewerkschaft mutmaßlich nicht »erforderlich« gewesen waren.<sup>54</sup> Viking hatte nämlich angeboten, im Zuge der Ausflaggung keine finnischen Arbeitnehmer zu entlassen. Geplant war seitdem offenbar, die teure finnische Besatzung nicht mehr mit einem Schlag, sondern nur mehr schrittweise – über das Auslaufen von befristeten Arbeitsverträgen und durch Umsetzungen – durch eine billige estnische Besatzung abzulösen. Dieses Zugeständnis hätte also lediglich bedeutet, die ökonomische Rendite des Ausflaggens für Viking zu strecken. In Gestalt jener unbestimmten Hinweise des Gerichtshofes wird also abschließend – nach der europäischen Usurpation der mitgliedstaatlichen Arbeitsverfassung durch die europäische Wirtschaftsverfassung und einer unmittelbaren Verpflichtung der Gewerkschaft auf deren Imperative – das gewerkschaftliche Grundrecht noch zu einem Recht zum Schutz bestehender Arbeitsverträge ausgedünnt.

Im Ergebnis bedeuten die Wendungen des EuGH nichts anderes als eine Entmachtung der finnischen Gewerkschaften, eine Relativierung ihres Streikrechts durch eine Unternehmerfreiheit von verfassungsmäßigem Rang. Sie revidieren das finnische Sozialmodell freilich nicht im Namen einer Europäischen Wirtschaftsverfassung – eine entsprechende Argumentation wäre im Hinblick auf die Herabstufung »des Systems eines unverfälschten Wettbewerbs« von einem Ziel zu einem reinen Instrument durch den Vertrag von Lissabon<sup>55</sup> schwer nachvollziehbar –, sondern im Namen einer unvollständigen europäischen Sozialverfassung und ungeachtet der den Mitgliedstaaten durch Art. 137 Abs. 5 EG vorbehaltenen Kompetenzen.

### *b. Laval: Europäisches Sekundärrecht und mitgliedstaatliche Streikautonomie*

Im Fall *Laval*<sup>56</sup> klagt eine Gesellschaft nach lettischem Recht mit Sitz in Riga. Lavals vormalige schwedische Tochtergesellschaft (Bygg AB) – später waren beide Unternehmen nur noch über die Identität ihrer Kapitaleigner, Geschäftsführer und Marke verbunden<sup>57</sup> – hatte die Ausschreibung für den Bau einer Schule am Stadtrand von Stockholm gewonnen. Zur Erlangung der Ausschreibung hatte Bygg davon profitiert, Arbeitnehmer mit erheblich niedrigerem Lohnniveau aus Lettland nach Schweden zu entsenden. Im Mai 2004 schickte Laval mehrere Dutzend seiner Mitarbeiter zu den Arbeiten an die schwedische Baustelle.

Zur primärrechtlichen Frage nach der Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) hat sich der EuGH ganz so verhalten wie in seiner Entschei-

<sup>52</sup> Rs. C-438/05 (Fn. 2), Rz. 81, 84.

<sup>53</sup> Aufgrund des Ausschlusses der britischen Rechtsordnung aus der Grundrechte-Charta des Reformvertrages (vgl. »Protokoll über die Anwendung der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich«) ergeben sich nach einem Inkrafttreten des Reformvertrages unter Umständen weitere Komplikationen.

<sup>54</sup> Rs. C-438/05 (Fn. 2), Rz. 81-83.

<sup>55</sup> Vgl. Art. 4 EG und Art. 3 Abs. 2 VVE einerseits und Art. 2 EUV andererseits.

<sup>56</sup> Rs. C-341/05, *Laval un Partneri Ltd gegen Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetarförbundets avdelning 1, Byggettan und Svenska Elektrikerförbundet*.

<sup>57</sup> Ebd., Rz. 43.

dung in *Viking*.<sup>58</sup> Zusätzliche Erkenntnisse bietet *Laval* für das Sekundärrecht, nämlich die Richtlinie 96/71/EG<sup>59</sup> über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen aus dem Jahr 1996. Diese Richtlinie harmonisiert die materiell-rechtlichen Bestimmungen zur Beschäftigung entsandter Arbeitnehmer nicht, sondern sie schreibt den Mitgliedstaaten vor, die Arbeitsverhältnisse der in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmer für eine Reihe von so genannten Kernarbeitsbedingungen (Art. 3 Abs. 1 Entsende-RiLi) den eigenen gesetzlichen und tariflichen Mindestarbeitsbedingungen zu unterstellen.<sup>60</sup>

Schweden hatte die Entsenderichtlinie im Jahr 1999 umgesetzt. Die umsetzenden Rechtsvorschriften enthielten einige gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen etwa zur Arbeitszeit, aber insbesondere nicht zum Mindestlohn, und sie hatten auch kein System der internen Allgemeinverbindlicherklärung eingeführt. Letzteres setzt aber Art. 3 Abs. 1 2. Spiegelstrich der Richtlinie voraus, um tarifliche Normen auch auf Entsendearbeitsverhältnisse anzuwenden. Schweden hatte statt dessen Gebrauch von der Sonderregelung in Art. 3 Abs. 8 Unterabsatz 2 der Richtlinie machen wollen, der zufolge auch faktisch allgemein verbindliche Tarifnormen mit international zwingender Wirkung versehen werden können. Allerdings sollte die Belegung von Mindestvorschriften, die sich aus solchen Tarifverträgen ergeben, mit international zwingender Wirkung nicht kraft staatlichem Recht erfolgen, sondern dies sollte offenbar den Tarifparteien überlassen bleiben – eine Entscheidung, die erneut die Stärke der Gewerkschaften im schwedischen Sozialmodell belegt. In diesem Kontext entfaltete eine so genannte *Lex Britannia* des schwedischen Arbeitskampfrechts ihre Bedeutung, der zufolge nach ausländischem Recht geschlossene Tarifverträge keine Friedenspflicht auslösen. Auch dies erscheint konsequent: Wenn die gewerkschaftlich-autonome Erzwingung inländischer tariflicher Löhne funktional äquivalent zu gesetzlichen Mindestarbeitsbedingungen sein soll – und dies war der Wille des schwedischen Gesetzgebers –, dann darf ein fremder Tarifvertrag den Einsatz gewerkschaftlicher Kampfrechte ebenso wenig sperren wie er die Anwendung schwedischer gesetzlicher Mindestarbeitsbedingungen sperrt.<sup>61</sup>

Diese vom schwedischen Recht garantierte transnationale Reichweite ihrer gewerkschaftlichen Autonomie wollte die schwedische Bauarbeitergewerkschaft mit tatkräftiger Unterstützung der Elektrikergewerkschaft mit Entschlossenheit und Intensität gegenüber *Laval* durchsetzen. Insbesondere kam es zu effektiven Blockaden der Baustelle, so dass *Laval* am Ende aufgeben musste.

Doch der Europäische Gerichtshof beurteilte die Forderungen und daran geknüpften Aktivitäten der schwedischen Gewerkschaften in allen Bereichen als rechtswidrig. Denn er legte die Entsenderichtlinie, deren von der politischen Öffentlichkeit wahrgenommene Funktion die Begrenzung eines reinen Lohnko-

<sup>58</sup> S. den vorangegangenen Abschnitt, Text zu Fn. 46 ff.

<sup>59</sup> Richtlinie 96/71/EG, ABl. L 18/1996, 1.

<sup>60</sup> Diese Verpflichtung zur Erstreckung von Mindestarbeitsbedingungen auf Entsendearbeitsverhältnisse muss im Lichte der bis zum Erlass der Richtlinie bereits gefestigten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes gesehen werden, der zufolge das Recht der Grundfreiheiten bereits eine entsprechende Erlaubnis enthielt und auch etwa von Frankreich und Deutschland genutzt worden war (vgl. W. Eichhorst, Europäische Sozialpolitik zwischen nationaler Autonomie und Marktfreiheit. Die Entsendung von Arbeitnehmern in der EU, Frankfurt a.M. 2000, 185 ff.). Zur systematischen Rekonstruktion der Direktive im Kollisionsrecht in F. Rödl, Weltbürgerliches Kollisionsrecht (Fn. 27), Teil 2, B II.2.

<sup>61</sup> Vgl. die Leitentscheidung EuGH, Urt. v. 27.03.1990 – Rs. C-113/89 (*Rush Portuguesa*), Slg. 1990, I-1417, Nr. 18, nach der die Zulässigkeit einer gesetzlichen Erstreckung von gesetzlichen oder tariflichen Mindestarbeitsbedingungen auf Entsendearbeitsverhältnisse natürlich nicht davon abhängt, ob die Entsendearbeitsverhältnisse einem heimischen Tarifvertrag unterliegen.

stenwettbewerbs darstellte, als Richtlinie zur umfangreichen Einschränkung mitgliedstaatlichen Streikrechts aus. Die Richtlinie verbietet nunmehr gewerkschaftliche Aktivität für andere als die in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie genannten Kernarbeitsbedingungen, sie verbietet gewerkschaftliche Aktivität für günstigere als bereits gesetzlich festgelegte Kernarbeitsbedingungen,<sup>62</sup> und sie verbietet gewerkschaftliche Aktivität für andere als die Lohnsätze der untersten Lohngruppe.<sup>63</sup> Dabei hält sich der Gerichtshof nicht mit methodisch eigentlich angezeigten Einwänden auf, von denen der Erwägungsgrund 22 der Richtlinie besondere Hervorhebung verdient, insofern er besagt, die Richtlinie berühre »nicht das Recht der Mitgliedstaaten über kollektive Maßnahmen zur Verteidigung beruflicher Interessen«.

Hatten Schwedens Vertreter in den Verhandlungen um die Entsenderichtlinie erkannt, dass die Richtlinie einen europäischen Eingriff in das grundrechtlich geschützte gewerkschaftliche Streikrecht bedeutet? Hatte man in Schweden gesehen, dass die Richtlinie eine grundlegende Modifikation des schwedischen Systems kollektiver Arbeitsbeziehungen erfordern würde, indem zumindest im internationalen Zusammenhang gesetzliche Allgemeinverbindlicherklärungen von Tarifverträgen eingeführt werden müssen? Und selbst wenn Schwedens tüchtige Beamte das Regelungsgeflecht durchschaut und die Gefahr erkannt hätten: Konnten sie nicht darauf setzen, dass europäische Eingriffe in mitgliedstaatliches Arbeitskampfrecht angesichts der negativen Kompetenznorm in Art. 137 Abs. 5 EG zumindest einer sorgfältigen und sensiblen Kompetenzprüfung unterliegen müssen, wofür sich bei GA Mengozzi wenigstens ein zaghafter Ansatz<sup>64</sup> fand? Konnten sie nicht, statt die Verhandlungen mit schwedischen Bedenken zu erschweren, darauf setzen, dass, wie ja auch der EuGH betont, die Entsende-Richtlinie nicht darauf abzielt, »die Systeme zur Festsetzung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen in den Mitgliedstaaten zu harmonisieren«?<sup>65</sup>

Die Aussagen des EuGH legen die Suprematie-Ansprüche des europäischen Rechts sehr weit aus: Gewiss ist die Richtlinie 96/71 eine bedeutsame arbeitsrechtliche Regelung. Sie behandelt indessen lediglich eine binnenmarktspezifische Konfliktlage und ist nicht etwa Baustein einer umfassenden europäischen Arbeits- und Sozialverfassung, während die Reichweite der schwedischen Garantie gewerkschaftlicher Autonomie als ein integraler Bestandteil des schwedischen Sozialmodells verstanden werden muss.<sup>66</sup> Ist die Europäische Union berechtigt, auf Grund einer höchst gewagten Auslegung einer europäischen Richtlinie darauf zu bestehen, dass Schweden die Rolle der Gewerkschaften und die Kompetenzen des Staates, die einen Teil der schwedischen Verfassung ausmachen, neu festlegt?

### *3. Viking, Laval und der verfassungspolitische Beruf des EuGH*

In unserem kollisionsrechtlichen Exkurs in Abschnitt II haben wir die Problematik einer transnational agierenden Judikative ausgeklammert. Der amerikani-

<sup>62</sup> Rs. C-341/05 (Fn. 3), Rz. 99.

<sup>63</sup> Ebd., Rz. 70.

<sup>64</sup> GA Mengozzi, Schlussanträge v. 23.05.2007 – Rs. C-341/05 (*Laval*), Rz. 57 f. Im Ergebnis fällt freilich auch Mengozzis Prüfung nicht überzeugend aus. Problematisch ist in diesem Zusammenhang weniger, dass er das Eingreifen der Sperre aus Art. 137 Abs. 5 EG ausdrücklich verneint, sondern die in Anspruch genommene Kompetenz nach Art. 47 Abs. 2 EG nicht beanstandet.

<sup>65</sup> EuGH, C-341/05 (Fn. 2), Rz. 68.

<sup>66</sup> Siehe Rechtssache C-341/05 (Fn. 2), Rz. 10, 92.

sche Kollisionsrechtler Brainerd Currie, Wegbereiter der sog. American Conflicts Revolution, hatte dieser Frage einen zentralen Stellenwert in seiner Theorie zugewiesen. Diese Theorie war auf das »interlokale« (föderale) Kollisionsrecht der USA zugeschnitten. Curries Einwände gegen eine judizielle Beurteilung »echter« zwischenstaatlicher Konflikte waren eine Provokation:

»Die Entscheidung über konkurrierende Interessen koordinativ verbundener Staaten betrifft politisch hoch sensible Fragen und sollte in einer Demokratie nicht der Judikative anvertraut werden. ... Gerichte sind dieser Aufgabe nicht gewachsen, der Verfassung zufolge ist sie vom Kongress wahrzunehmen.«<sup>67</sup>

Das föderale System der USA, auf das Currie sich bezieht, und die quasi-föderale Ordnung der EU unterscheiden sich erheblich.<sup>68</sup> Eine europäische Besonderheit wurde im ersten Abschnitt besonders unterstrichen, nämlich die Entkoppelung der Sozial- von der Wirtschaftsverfassung und die sich hieraus ergebenden Schwierigkeiten für die Schaffung eines einheitlichen europäischen *Sozialstaats*. Die Argumentation des EuGH impliziert, dass die europäischen wirtschaftlichen Freiheiten, nur rhetorisch gezähmt von einer unbestimmten »sozialen Dimension« der Union, die Arbeits- und Sozialverfassung eines Mitgliedstaates übertrumpfen. In Anbetracht der Hindernisse für die Schaffung eines umfassenden europäischen Sozialstaates scheint die Achtung vor dem gemeinsamen europäischen Erbe der Sozialstaatlichkeit zu fordern, die europäische Vielfalt zu akzeptieren und rechtliche Zurückhaltung zu üben, wo die europäischen Wirtschaftsfreiheiten mit nationalen Wohlfahrtsstaatstraditionen in Konflikt geraten. Der EuGH ist kein Verfassungsgericht mit umfassenden Kompetenzen. Er ist nicht legitimiert, die wechselseitige Abhängigkeit der europäischen wirtschaftlichen und sozialen Verfassung zu reorganisieren, geschweige denn die Vielfalt der europäischen Sozialmodelle durch einen einheitlichen Hayekschen Rechtsstaat zu ersetzen. Er sollte es daher vermeiden, die Werte der Sozialstaatlichkeit gegen den Wert des freien Marktzugangs abzuwagen. Seine rechte Funktion, so haben wir argumentiert, sei die Entwicklung von supranationalem Recht, das das »Demokratievergessen« der Nationalstaaten ausgleicht. Nationale Wohlfahrtstraditionen repräsentieren kein solches Versagen, sondern sind ein integraler Bestandteil des europäischen Konstitutionalismus. Deshalb bedeutet die Verkürzung sozialstaatlicher Rechtspositionen durch supranationales Recht vor dem von uns entfalteten Hintergrund (Abschnitt I) nicht etwa eine hinzunehmende Korrektur von nationalem Demokratievergessen, sondern vielmehr einen ersatzlosen Abbau verfassungsrechtlich gewährleisteter Errungenschaften, eine Verkürzung des Niveaus demokratischer Selbstbestimmung. Das Problem der Fälle *Laval* und *Viking* bestand in der unternehmerischen Nutzung von schieren Lohnunterschieden, auf die die Gewerkschaften im *Laval*-Fall mit nationalen oder im *Viking*-Fall mit post-nationalen Strategien reagieren wollten. Die Gewerkschaften griffen damit zu ihren Mitteln, um der Zunahme der Macht der Arbeitgeber aufgrund der europäischen wirtschaftlichen Freiheiten zu begegnen.

67 B. Currie, The Constitution and the Choice of Law: Governmental Interests and the Judicial Function, (1958), in: ders., Selected Essays, Durham 1963, 188–282, 272 »[C]hoice between the competing interests of co-ordinate states is a political function of a high order, which ought not, in a democracy, to be committed to the judiciary: ... the court is not equipped to perform such a function; and the Constitution specifically confers that function upon Congress«.

68 F. Rödl, Weltbürgerliches Kollisionsrecht (Fn. 27, Teil 2, A II.2) schlägt für die zwischenstaatliche Situation vor, Curries Einwand gegen ein Abwegen von Regierungsinteressen in Fällen von echten Konflikten im Licht der Präsenz eines föderalen Gesetzgebers zu betrachten. Ch. Joerges ist demgegenüber der Ansicht, dass Curries Zurückhaltung gegenüber gerichtlichem Aktivismus in nicht-föderalen oder internationalen Kontexten sogar noch ernster genommen werden muss.

nen. Zu argumentieren, dass das Recht auf kollektive Aktionen in nationalen Konstellationen Gegenstand eines europäischen Rechts ist, verschleiert die *de facto* Entkopplung der sozialen von der wirtschaftlichen Verfassung, um erstere *de jure* der letzteren zu unterwerfen.

165

#### IV. »Ach, Europa«

Was ist aus all dem zu lernen? Wir haben an den Anfang des dritten Abschnitts unseres Beitrags das *monitum* von Habermas gestellt, es komme darauf an, auf die Risiken der wirtschaftlichen Globalisierung statt mit nationalstaatlichen Mitteln durch europäisch abgestimmte Politiken zu reagieren.<sup>69</sup> Seinem Plädoyer möchten wir nicht die »Ohnmacht des Sollens« entgegenhalten. Es ist – glücklicherweise – noch zu früh für eine endgültige Bewertung der Auswirkungen von *Viking* und *Laval*. Es ist aber – bedauerlicherweise – hinreichend klar, dass diese Rechtsprechung einen (Rück-)Schritt zum »hard law« der bloß negativen Integration bedeutet. Können wir demgegenüber auf das Bekenntnis zur »sozialen Marktwirtschaft«, auf die Anerkennung »sozialer Rechte« oder die sanften Modi der offenen Koordinierung der mitgliedstaatlichen Arbeits- und Sozialpolitiken hoffen? Es erscheint uns bezeichnend, dass der Auslöser für den neuen Rechtsstreit um die Sozialstaatlichkeit Europas in beiden von uns besprochenen Fällen das »alte« Arbeitsrecht von Hochlohnländern war. Den Interessensbekundungen der Beitrittsstaaten kommen die Urteile des EuGH entgegen. Liegt es tatsächlich in deren langfristigem Interesse, das kollektive Arbeitsrecht ihrer west- und nordeuropäischen Nachbarn zu unterminieren? Was würde dies für ihre langfristigen Wettbewerbsvorteile und ihre Chancen auf ähnliche Entwicklungen bedeuten? So mag Habermas normativ immer noch im Recht sein. Die realen Chancen für die Verwirklichung seiner Hoffnungen haben sich jedoch weiter verringert.

#### Summary

Der Beitrag entfaltet Grund und Genese des »sozialen Defizits« der Europäischen Union. Es wird gezeigt, dass jenes Defizit gegenwärtig Europas verfassungspolitische Kernproblematik darstellt, für deren Bewältigung eine kollisionsrechtliche Re-Konzeptualisierung des Europarechts erforderlich wäre. Im Kontrast dazu stehen die aktuellen, nur scheinbar widersprüchlichen Tendenzen einer Entformalisierung der europäischen Politik im Bereich des Sozialen einerseits und eines neuen Formalismus der EuGH-Rechtsprechung andererseits, wie er sich eindrucksvoll in den hier eingehend kritisierten Entscheidungen »Viking« und »Laval« präsentiert hat. Beide Entscheidungen haben die Problematik des »sozialen Defizits« durch ihre nachhaltige Verschärfung deutlich sichtbar gemacht.

69 J. Habermas, Europapolitik in der Sackgasse (Fn. 30), 126.