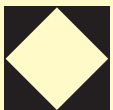


Olaf Scholz/Ulrich Becker (Hrsg.)

Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten



Nomos

Studien aus dem Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales Sozialrecht

Band 46

Olaf Scholz/Ulrich Becker (Hrsg.)

Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten



Nomos

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

Die Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliografie; detailed bibliographic data is available in the Internet at <http://www.d-nb.de>.

ISBN 978-3-8329-4965-5

1. Auflage 2009

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2009. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

This work is subject to copyright. All rights are reserved, whether the whole or part of the material is concerned, specifically those of translation, reprinting, re-use of illustrations, broadcasting, reproduction by photocopying machine or similar means, and storage in data banks. Under § 54 of the German Copyright Law where copies are made for other than private use a fee is payable to »Verwertungsgesellschaft Wort«, Munich.

Vorwort

Drei jüngere Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs, die Urteile in den Rechtssachen *Viking*, *Laval* und *Rüffert*, haben für großes Aufsehen gesorgt. Insofern lag es nahe, sie in den Mittelpunkt einer Tagung zu stellen, die sich im Sommer 2008 in Weiterführung der ein Jahr zuvor veranstalteten Tagung zu „50 Jahre Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Arbeits- und Sozialrecht“ mit der Entwicklung der Rechtsprechung beschäftigen sollte.

Die genannten drei Entscheidungen verdienen vor allem deshalb Aufmerksamkeit, weil sie zeigen, wie schwierig die Balance zwischen Unternehmerfreiheiten und Arbeitnehmerrechten innerhalb der Europäischen Union ist. Bei vielen Beobachtern ist der Eindruck entstanden, dass Europa die auf nationaler Ebene über mehr als ein Jahrhundert gewachsenen und von den Bürgerinnen und Bürgern erkämpften sozialen Rechte erneut in Frage stellt. Diesem Eindruck muss die Europäische Union begegnen, wenn sie eine Legitimationskrise ihrer Institutionen vermeiden will.

Wie ein angemessener Ausgleich zwischen wirtschaftlichen und sozialen Aspekten zu schaffen ist, bleibt eine schwierige Frage. Auch in den mittlerweile 27 Mitgliedstaaten existieren insofern unterschiedliche Vorstellungen. Dem in diesem Band abgedruckten *Andersson*-Bericht kommt für die weitere Diskussion eine besondere Bedeutung zu, weil sich mit ihm das Europäische Parlament klar für eine Stärkung des sozialen Europa ausgesprochen hat. Jedoch wird auch in Zukunft vor allem der Europäische Gerichtshof, für die Beachtung sozialer Rechte im Binnenmarkt zu sorgen haben. Dafür bedarf er der Unterstützung durch einen intensiven Diskurs mit Wissenschaftlern, Politikern und Verbänden.

Unser herzlicher Dank gilt allen, die an der Diskussion über "Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes auf das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten" mitgewirkt haben – auf dem Symposium ebenso wie in diesem Buch. Der Tagungsband soll einen Beitrag zur weiteren Diskussion über die Zukunft des sozialen Europa im Wechselspiel zwischen Politik und Rechtsprechung leisten, die wir unter Einbeziehung aller Betroffenen, der gesellschaftlichen Interessengruppen und vor allem der Sozialpartner, führen müssen.

Olaf Scholz
Ulrich Becker

im Mai 2009

Inhaltsverzeichnis

I. Analyse der aktuellen Rechtsprechung des EuGH

1. Aus wissenschaftlicher Sicht

Europäisches Marktrecht vs. soziales Europa <i>Antoine Lyon-Caen</i>	9
Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH vor dem Hintergrund des Verhältnisses von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten <i>Robert Rebhahn</i>	17
Die Auslegung der Entsenderichtlinie durch den EuGH in den Ent- scheidungen Laval und Rüffert <i>Juliane Kokott</i>	25
Diskussionsbericht	33

2. Aus richterlicher Sicht

Das Europäische Sozialrecht und die Rechtsprechung des EuGH <i>Egils Levits</i>	37
Das soziale Europa aus der Perspektive der deutschen Gerichtsbar- keit <i>Ulrich Koch</i>	45
Diskussionsbericht	57

II. Spielräume für die künftige Entwicklung

1. Auf europäischer Ebene

Scope of Action at the European Level <i>Brian Bercusson</i>	61
Scope of Action at the European and National Level from the Perspective of the European Commission <i>Armando Silva</i>	91
Diskussionsbericht	97

2. Auf nationaler Ebene

Gestaltungsspielräume aus deutscher Sicht <i>Wolfgang Däubler</i>	101
Replik der deutschen Sozialpartner Perspektive der Gewerkschaften <i>Helga Nielebock</i>	105
Perspektive der Arbeitgeberverbände <i>Roland Wolf</i>	109
Scope of Action from a Scandinavian (Nordic) Angle <i>Niklas Bruun</i>	113
Reply by the Swedish Social Partners View of the Swedish Trade Union Movement <i>Claes-Mikael Jonsson</i>	119
View of the Confederation of Swedish Enterprise <i>Lars Gellner</i>	123
Diskussionsbericht	125

III. Podiums- und Plenumsdiskussion 127

Autorenverzeichnis	141
--------------------	-----

Verzeichnis der Moderatoren und Diskussionsteilnehmer	143
---	-----

Anhänge:

Entschließung des Europäischen Parlaments vom 22. Oktober 2008 zu den Herausforderungen für Tarifverträge in der EU (2008/2085(INI)) <i>Jan Andersson</i>	145
--	-----

The recent jurisprudence of the ECJ viewed against the background of the relation between Fundamental Freedoms and Community Fundamental Rights <i>Robert Rebhahn</i>	157
--	-----

The ECJ's Interpretation of the Posting Directive in the Laval and Rüffert Judgements <i>Juliane Kokott</i>	165
--	-----

Europäisches Marktrecht vs. soziales Europa

Antoine Lyon-Caen

I. Einleitung	9
1. Zwischen Überraschung und vorhersehbarer Entscheidung	9
2. Ausblick	10
II. Die Trennung von Marktrecht und Arbeitsrecht	11
1. Die Gleichstellung des Arbeitsrechts	11
2. Die Trennung als Bestandteil der demokratischen Verfassung der Europäischen Staaten	12
3. Die demokratische Verfassung der Mitgliedsstaaten als Säule des Europäischen Einigungswerkes	13
III. Der Beginn einer gefährlichen Beziehung	14
1. Die Tendenz in Richtung einer neuen Unterordnung	14
2. Die Gefahren der Abhängigkeit	15

I. Einleitung

1. Zwischen Überraschung und vorhersehbarer Entscheidung

Es ist nicht sicher, dass jeder in ihnen das Gleiche sucht oder findet. Aber eines ist sicher: die drei Urteile des Europäischen Gerichtshofes, die unter den Namen Viking, Laval und Rüffert berühmt geworden sind¹, lösen auch über die Fachkreise der Juristen hinaus ein reges Interesse aus. Diese Urteile behandeln die schwierigen Beziehungen zwischen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit einerseits und dem Arbeitsrecht andererseits.

Aus praktischen Erwägungen und insbesondere, um sich der Fachsprache zu bedienen, wird vorgeschlagen vom *Marktrecht* zu sprechen. Dessen Komponenten sind, neben anderen Grundfreiheiten, die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit sowie das Wettbewerbsrecht; zusammen gefasst schaffen diese so bezeichneten Rege-

¹ EuGH vom 11. Dezember 2007, Viking C-488/05, Slg. 2007, I-10779; vom 18. Dezember 2007, Laval, C-341/05, Slg. 2007, I-11767; vom 3. April 2008, Rüffert, C-346/06.

lungen einen Markt mit dem Ziel, einen funktionierenden Wettbewerb zu gewährleisten. Das Kernstück dieser Urteile bildet die Kollision des Marktrechtes, als Teil des europäischen Einigungswerkes, mit dem Arbeitsrecht, das nationale Wurzeln hat.

Schon früher war der Gerichtshof in Luxemburg Schauplatz einer solchen Kollision.² Er legte sie jedoch nicht offen dar. Er hat den analytischen Rahmen festgelegt und die Denkweisen aufgezeigt, um die Modalitäten für eine solche Kollision festzulegen. Mit einem Geschick, um das andere ihn beneiden würden, scheint er in den Urteilen Viking, Laval und Rüffert das vorher zum Ausdruck gebrachte, wieder aufgenommen und fortgesetzt zu haben. Kurz gesagt, die Kontinuität ist gewahrt, jede Überraschung ausgeschlossen, sofern sie nicht gespielt ist.

Dieser erste Eindruck ist jedoch nicht gerechtfertigt, denn die Kollision, die er in den jüngsten Fällen zu beurteilen hat, weist neuartige Züge auf. Was der Gerichtshof glaubt, dem europäischen Marktrecht – mit seinen Komponenten Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit – gegenüberstellen zu können, ist das Rechtssystem, d.h. das nationale Rechtssystem der *industriellen Beziehungen*. Es wird vorgeschlagen, dieses als „Recht der industriellen Beziehungen“ zu bezeichnen. Der Begriff industrielle Beziehungen wird verwendet, um die gesamten Beziehungen zu bezeichnen, d.h. Konfrontation, Verhandlungen oder Zusammenarbeit, die sich zwischen Arbeitnehmern und ihren Organisationen sowie den Arbeitgebern und deren zuständigen Organisationen und teilweise auch mit den staatlichen Behörden entwickeln. Hinsichtlich der Regelungen zur Überwachung und Gestaltung dieser Beziehungen braucht wohl kaum daran erinnert zu werden, dass sie unterschiedlichsten Ursprungs sind: es handelt sich weder zwangsläufig um Heteronomie noch unbedingt um Autonomie, die Kombinationen sind je nach den nationalen, sektoriellen und lokalen Erfahrungen vielfältig und unterschiedlich.

Die Situation bei dieser Kollision ist ganz neu, denn was der Gerichtshof in seinen jüngsten Urteilen anspricht, ist das Rechtssystem der industriellen Beziehungen, auf das er bisher nicht offen eingegangen ist.

2. Ausblick

Durch die neuartigen Züge der Kollision entstehen bestimmte Anforderungen. Die erste betrifft die Art und Weise wie diese Urteile zu lesen und auszulegen sind. Es ist sicherlich erforderlich den Aufbau, den Zusammenhang und das rechtliche Regelwerk zu verstehen. Aber man muss sich auch bemühen zu verstehen, was der Gerichtshof tut,

2 S. insbesondere EuGH vom 5. Juni 1997, SETTG, C-398/95, Slg. 1997, I-3091, worin der Gerichtshof unvorsichtig erklärte, dass „die Wahrung des sozialen Friedens als Mittel, um einen Tarifkonflikt zu beenden keinen Grund im Allgemeininteresse darstelle, der eine Einschränkung eines Grundrechts rechtfertige, das durch den Vertrag garantiert sei“ (in diesem Falle handelte es sich um die Dienstleistungsfreiheit).

wenn er zum Verhältnis zwischen dem Recht der industriellen Beziehungen und dem Marktrecht Stellung bezieht.

Die hier vorgebrachte These hebt an erster Stelle hervor, was der Gerichtshof nicht für wesentlich erachtet, auf jeden Fall nicht (durch ihn) für unantastbar hält: die Trennung zwischen dem Recht der industriellen Beziehungen und dem Marktrecht. Wir haben den Eindruck, dass die Tragweite und Bedeutung dieser Urteile klarer zum Ausdruck kommen, wenn man die Bedeutung dieser Trennung unterstreicht.

II. Die Trennung von Marktrecht und Arbeitsrecht

1. Die Gleichstellung des Arbeitsrechts

In den westeuropäischen Gesellschaften hat sich das Arbeitsrecht durch die Gleichstellung gegenüber dem Marktrecht herausgebildet, das mit unterschiedlichen Begriffen bezeichnet wurde, die nicht in Vergessenheit geraten dürfen: hier Handelsfreiheit woanders freedom of trade. Es ist nicht so, als hätte es vor dieser Gleichstellung keine Regelungen im Bereich der Arbeit gegeben, aber sie fielen eher in den Zuständigkeitsbereich einer Arbeitspolizei, ein mehr oder weniger unabhängiger Teil der Polizei mit Zuständigkeiten für die Märkte. Wie hat sich diese Gleichstellung in großen Zügen abgespielt? Sie erfolgte aufgrund der institutionellen Neuerungen, die einen Bruch mit den Prinzipien und der dem Wettbewerbsmarkt eigenen Rationalität bedeuten; aus diesem Grund aber auch wegen der beispielhaften Rolle, die sie im Rahmen der Gleichstellung gespielt haben, bilden sie immer noch die historischen Säulen des Arbeitsrechts.

Zwei Neuerungen gilt es auf jeden Fall zu erwähnen. Die Erste ist die Schaffung oder Anerkennung eines Freiraums für kollektive Maßnahmen der Arbeitnehmer. Die Wege, über die diese Anerkennung erreicht wurde, sind vielfältig. Dazu zählt zweifellos auch der Rückgang von Strafverfahren im Zusammenhang mit Bündnissen und Zusammenschlüssen von Arbeitnehmern. Jedoch wurde in einigen europäischen Ländern Straffreiheit bei kollektiven Maßnahmen im Zusammenhang mit Schadensersatzklagen eingeführt. Im Allgemeinen fand an anderer Stelle etwas später, die Proklamation der Grundrechte statt, insbesondere des Streikrechts, als verfassungsmäßiges Recht mit allen Garantien, die dieses Recht begleiten; was offensichtlich der Ausdruck dieser Gleichstellung ist.

Eine zweite institutionelle Neuerung muss ebenfalls angesprochen werden und zwar: die Einführung von Verfahren oder Mechanismen zur Festlegung eines üblichen Tarifs oder Lohns, der tendenziell für alle Arbeitnehmer Anwendung finden sollte. Diese grundlegende Regelung erfolgte in einigen Fällen als Fortsetzung der vorausgegangenen institutionellen Neuerung. Dies trifft dort zu, wo der Tarifvertrag der Weg zur Einführung einer üblichen Entlohnung ist. Aber die Tarifverhandlung ist ganz und gar nicht

der alleinige Weg dorthin; insbesondere dann nicht, wenn für bestimmte Vorhaben oder gewisse Gruppen, die von jeglichen Tarifverhandlungen ausgeschlossen sind, eine übliche Entlohnung vereinbart werden muss. Aus dieser Situation heraus entstand Ende des 19. Jahrhunderts in Frankreich das Verfahren, das der Gerichtshof in der Rechtssache Rüffert kritisiert hat. Der Zwiespalt, der sich bei der Einhaltung einer üblichen Entlohnung für die Zuschlagsempfänger eines öffentlichen Auftrags ergibt, wurde damals schon erkannt und betont: es geht darum, einen fairen Wettbewerb durchzusetzen, dessen Anwendungsbereich eingegrenzt ist und bei dem vermieden wird, dass sich die Arbeits- und Entlohnungsbedingungen verschlechtern; aus rechtsgrundsätzlichen Erwägungen geht es auch darum, die Würde der Arbeitnehmer zu wahren.

Es ist nicht nötig, hier noch weiter auszuholen: die Gleichstellung gegenüber dem Marktrecht ist erfolgt, zu Gunsten des Arbeitsrechts, der Zulassung von Kollektivmaßnahmen und der Einführung einer üblichen Entlohnung – die häufig zum Mindestlohn geworden ist –, das Eine oder Andere entspricht nicht dem Prinzip der individualistischen Optimierung oder dem optimierenden Individualismus.

2. Die Trennung als Bestandteil der demokratischen Verfassung der Europäischen Staaten

In den westeuropäischen Gesellschaften hat die Trennung von Arbeitsrecht und Marktrecht, die bedingt ist durch Gleichstellung des Arbeitsrechts, eine tief greifende Bedeutung. Man kann sich logischer Weise vorstellen, dass der Aufschwung des Marktrechtes, das eine besondere Rationalität aufweist, durch einen Differenzierungseffekt möglich war. Aber der eigentliche Sinn dieser Trennung soll hier erläutert werden. Sie ist tatsächlich der Grundpfeiler der demokratischen Ordnung der westeuropäischen Gesellschaften. Um dies nachzuvollziehen, muss man sich das besondere Statut der Akteure, der Maßnahmen und Tätigkeiten, die unter das Arbeitsrecht fallen genauer ansehen. Der Arbeitnehmer als Person genießt einen Schutz, der keinem anderen Vertragspartner zuteil wird. Und dieser Schutz ist Bestandteil der demokratischen Ansprüche der europäischen Staaten. In den meisten Staaten ist die gewerkschaftliche Handlungsfreiheit, das Recht auf Tarifverhandlungen durch die Verfassung fest garantiert. Und seither sind die Tarifverhandlungen und die Kollektivmaßnahmen fest im Grundrecht der Vereinigungsfreiheit verankert, so wie es in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte in Artikel 11 proklamiert und garantiert wird. All diese Aussagen würden an Banalität grenzen, wenn man nicht auf den daraus resultierenden Schutz für die Arbeitnehmer, für ihre Organisationen und Aktionen vor der Übermacht der Marktregelungen hinweisen würde. Anders gesagt: der verfassungsmäßige Schutz des Arbeitnehmers als Person und das fundamentale Recht auf Organisationsfreiheit und auf Kollektivmaßnahmen haben logischerweise zur Folge – oder finden ihre notwendige Fortset-

zung dadurch –, dass die Handlungen und Aktionen der Arbeitnehmer und ihrer Organisationen gegenüber dem Einfluss der Marktregelungen abgeschirmt sind.

Diese Äußerung kann durch ihre Bestimmtheit eine skeptische Reaktion auslösen. Jedoch hat die Trennung im verfassungsmäßigen Sinne einen grundlegenden Charakter. Dadurch wird nicht vermieden, dass die Maßnahmen und Aktionen der Arbeitnehmer und ihrer Organisationen beobachtet und begrenzt werden, aber die Bedingungen und Beschränkungen erfolgen durch speziell für diesen Zweck ausgearbeitete Regelungen. Dadurch wird auch nicht verhindert, dass die Tarifverträge und Lohnvereinbarungen in unterschiedlichem Umfang die Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt berücksichtigen. Aber die Tatsache, dass die sozialen Protagonisten das Wettbewerbsumfeld berücksichtigen, bedeutet keinesfalls, dass sie sich den Regeln des Marktes unterwerfen.

3. Die demokratische Verfassung der Mitgliedsstaaten als Säule des Europäischen Einigungswerkes

Es soll hier nicht darum gehen, erneut die Beziehungen zwischen der Verfassung der Mitgliedsstaaten und der Verfassung der Union, man könnte sogar sagen - seiner politischen Verfassung - zu erörtern. Es soll nur daran erinnert werden, dass die Trennung von Arbeitsrecht und Marktrecht als Bestandteil der demokratischen Verfassung der Staaten ein Teilstück des europäischen Einigungswerkes ist; davon sollte das Gericht nicht abweichen können. Im Übrigen würdigt das Gemeinschaftsrecht bezeichnenderweise im Namen seines demokratischen Anspruchs, die normative Tätigkeit der Sozialpartner – oder das Recht der industriellen Beziehungen – so wie es von den Mitgliedsstaaten gestaltet wurde. Diese Wertschätzung wird nicht nachdrücklich betont, und es bedarf einer konstruktiven Interpretation, um aus der Achtung der Grundrechte gemäß den gemeinsamen verfassungsmäßigen Traditionen (Art. 6 EU) zu schließen, dass die im Verfassungsrecht der Mitgliedsstaaten verankerte Trennung von Arbeitsrecht und Marktrecht für die Institutionen der Gemeinschaft verbindlich ist. Aber das erstinstanzliche Gericht hat den Weg aufgezeigt; es hat nicht gezögert aufgrund des demokratischen Prinzips, auf dem die Europäische Union beruht, zu folgern, dass wenn keine parlamentarische Intervention erfolgt, die Beteiligung des Volkes an der Ausarbeitung einer Rechtsakte über die Sozialpartner stattfindet.³ Vom Artikel 137 des Vertrages geht eine doppelte Botschaft aus. Eine eindeutige Aussage, wenn er die Entlohnung und insbesondere die Vereinigungsfreiheit und das Recht auf Kollektivmaßnahmen außerhalb des Aktionsradius der Gemeinschaft ansiedelt. Diese erste Aussage könnte ausreichen, um einer Institution der Gemeinschaft jegliche Befugnis abzusprechen, das Recht und die nationalen Praktiken auf diesen Gebieten zu ändern. Aber der Text hat noch einen anderen Sinn. Denn die Entlohnungen und die Art ihrer Festlegung, sowie die Regelun-

3 EuGeI vom 17. Juni 1998, CGPME, T-135/96, Slg. 1998, II-2335 Rdnr. 89.

gen für die Organisation und für die Kollektivmaßnahmen sind die wesentlichen Bestandteile, welche entsprechend der demokratischen Verfassung der Mitgliedsstaaten, vom Marktrecht ausgenommen sind. Der Artikel 137 ist sozusagen das Markenzeichen einer Verpflichtung der Gemeinschaft, die darin besteht, die Gleichstellung des Arbeitsrechts zu respektieren. Und dennoch...

III. Der Beginn einer gefährlichen Beziehung

1. Die Tendenz in Richtung einer neuen Unterordnung

Durch die drei jüngsten Urteile zeichnet sich eine neue Beziehung zwischen Marktrecht und Arbeitsrecht ab und, was noch viel besorgniserregender ist, dies betrifft besonders die industriellen Beziehungen. Die Trennung bewegt sich in Richtung Unterordnung. Wie manifestiert sich diese Unterordnung?

Die Regelungen, die den Markt bestimmen, d. h. die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit haben, gemäß dem Diskurs des Gerichtshofes, den Status eines *Prinzips*. Der Begriff entfaltet nun seine ihm inhärente dreifache Bedeutung. Das heißt seine Stärke. Es handelt sich in erster Linie um Regelungen, die mit dem umfangreichsten Geltungsbereich ausgestattet sind. Nichts oder fast nichts entgeht ihnen. Vorbei ist es nun mit der ermutigenden Vorsicht, die der Gerichtshof bei den Verbotsregelungen für Absprachen walten ließ. Er hatte nämlich beschlossen, dass die Sozialpartner diesen nicht unterliegen, da anderenfalls die Ziele der Sozialpolitik, die ihre Absprachen rechtmäßig verfolgen, gefährdet werden.⁴ Folgt man den Urteilen Laval, Viking und Rüffert, so trifft dieser venünftige Vorbehalt nicht auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit zu, die jedoch auch auf die Organisation und das Funktionieren eines Wettbewerbsmarktes ausgerichtet sind. Dieser Bereich ist nach dem Prinzip der Allgemeingültigkeit gestaltet. Hinzu kommt noch der besondere Einfluss, den diese haben. Zur zweiten Bedeutung ist zu sagen, dass der Gerichtshof keine Neuerungen einführt und seine früheren Vorschläge wieder aufgreift. Er bereichert sie jedoch, indem er diesen Prinzipien umfassende Effizienz verleiht und die Möglichkeit hinzufügt, dass sie von allen geltend gemacht werden können.

Im Gegenzug werden die nationalen Regelungen, die Tarifverhandlungen und Kollektivmaßnahmen zulassen und garantieren sowie die Regelungen, die Lohnstandards festlegen, in ihren Beziehungen zu den gemeinschaftlichen Marktregelungen zu *Ausnahmen*. Was nicht heißt, dass sie ihre Anwendungsbestimmung verlieren. Aber im Falle eines angeblichen Widerspruchs zu den Marktregeln ist zu ihrer Aufrechterhaltung

⁴ EuGH vom 21. September 1999, Albany, C67/96, Slg. 1999, I-5751; vom 21. September 2000, Van der Wonde, C-222/98, Slg. 2000, I-7111.

der Nachweis zu erbringen, dass sie gerechtfertigt sind. Diese Nachweisforderung kann mehr oder weniger streng ausfallen; sie kann schonungslos sein oder als ein mehr oder weniger wesentlicher Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung berücksichtigt werden. Das Wesentliche ist dennoch die neue Aufsicht, die das Marktrecht gemeinschaftlichen Ursprungs über das Recht der industriellen Beziehungen ausübt.

2. Die Gefahren der Abhängigkeit

Um die europäische Integration beim Namen zu nennen, die im Wesentlichen durch die Grundfreiheiten erfolgt, zieht man die Idee der negativen Integration heran. Was die negative Integration auslöst, so wie sie durch die Urteile Laval, Viking und Rüffert dargestellt wurde, ist ein Prozess der Zersetzung der Fundamente des Arbeitsrechts. Und wenn man weiß, mit welcher Kraft diese Zersetzung auf anderen Gebieten stattfand, so ist vorherzusehen, dass der Zersetzungsprozess beträchtlich sein könnte. Gleichzeitig könnte dadurch das Gemeinschaftsrecht und auch das Marktrecht an Ansehen verlieren. Sein Eindringen in die industriellen Beziehungen, die in ihrer Gestaltung und ihren Auswirkungen auf Arbeit und Entlohnung dadurch beeinträchtigt werden, lösen soziale Proteste aus. Dies umso mehr, als seine Dynamik nur eine Einbahnstrasse ist: sie trägt niemals dazu bei, das Ungleichgewicht zwischen den Unternehmen, deren Macht durch die Erweiterung des Marktes gewachsen ist, und den geschwächten Arbeitnehmern zu verringern.

Aber die neue Bevormundung, die im Namen des Marktrechtes ausgeübt werden soll, hat eine noch tiefere Bedeutung. Wenn die Trennung des Arbeitsrechts, vor allem des Rechts der industriellen Beziehungen und des Marktrechts ein Bestandteil der demokratischen Verfassung der Mitgliedsstaaten der Union ist, wenn diese demokratische Verfassung eine Säule des europäischen Einigungswerkes ist, bzw. der politischen Verfassung Europas – wie das Suggestivwort einiger Autoren lautet –, dann bedeutet das Infragestellen dieser Trennung von Arbeitsrecht und Marktrecht, die demokratischen Ansprüche Europas noch weiter zurückzuschrauben.

Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH vor dem Hintergrund des Verhältnisses von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten

Robert Rebhahn

I. Einleitung	17
II. Grundrechte und Grundfreiheiten im Allgemeinen	18
III. Neue Urteile und Grundrechte	19
IV. Stellungnahme und Ausblick	21

I. Einleitung

Viele Mitgliedstaaten schützen Tarifaautonomie und Arbeitskampf durch Grundrechte. Der EuGH hat Gemeinschaftsrecht bislang jedoch nie hinter ein nationales Grundrecht zurücktreten lassen, weil dies die Einheit gefährdet. Im Gemeinschaftsrecht können nationale Grundrechte als solche nur relevant sein, soweit sie eine dem Mitgliedstaat eröffnete Möglichkeit zur Beschränkung ausfüllen.

Als Gegengewicht zu Grundfreiheiten kommen somit nur Grundrechte des Gemeinschaftsrechts in Betracht. Die Gemeinschaft hat bislang keinen verbindlichen Grundrechtskatalog zustande gebracht. Der Katalog wäre längst erforderlich, weil ohne ihn als fundamentale Werte im geschriebenen Primärrecht und in der Judikatur noch immer nur die Grundfreiheiten im Vordergrund stehen. Dies ist in Anbetracht des enormen Zuwachses an Kompetenzen und Regelungen nicht mehr angemessen. Der EuGH anerkennt aber zumindest ungeschriebene Grundrechte als allgemeine Grundsätze. Zum Grundrecht auf Tarifaautonomie hat das Urteil Albany jedoch noch 1999 beredt nicht Stellung genommen. Die Urteile Viking und Laval anerkennen nun ausdrücklich „das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme einschließlich des Streikrechts als Grundrecht“.¹ Dies ist an sich ein großer Schritt, mag auch die konkrete Ableitung

¹ Vgl. zum Urteil Viking zB *Rebhahn*, Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking, ZESAR 2008, 109 – 117.

durch den EuGH rechtsdogmatisch nicht recht überzeugen. Bejaht man dieses Gemeinschaftsgrundrecht, so wird man umso mehr jenes auf Tarifautonomie bejahen können. Allerdings spielt das Grundrecht auf kollektive Maßnahmen in der Argumentation der Urteile und für deren Ergebnis keine erkennbare Rolle. Auch zu diesem Grundrecht gibt es noch keine Grundrechtsdogmatik des EuGH. Der geringe Stellenwert liegt auf der bisherigen Linie der Judikatur.

II. Grundrechte und Grundfreiheiten im Allgemeinen

Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten bei Kollision ist eher dunkel. Es lässt sich weniger durch Thesen als durch die Praxis des EuGH bestimmen. Ein Urteil kann den Eingriff in eine Grundfreiheit oder in ein Grundrecht prüfen. Die bisherigen, wenigen Urteile zu Kollisionen betrafen die Beschränkung einer Grundfreiheit. Das Grundrecht kam nur als deren potentielle Einschränkung in den Blick. Kaum kam der EuGH in die Lage zu prüfen, ob der Eingriff in ein Gemeinschaftsgrundrecht seitens der Gemeinschaft oder eines Staates im Interesse einer Grundfreiheit gerechtfertigt werden kann. Auch in Viking und Laval wurde nicht verhandelt, ob das Recht zu streiken wegen der Grundfreiheit eingeschränkt werden kann, sondern das Gegenteil. Die Fragstellung beeinflusst aber stets die Sicht, die wiederum die Aussage zum Recht beeinflussen kann. Kommt eine Kollision vor allem in den Blick, wenn es um die Beschränkung einer Grundfreiheit durch Grundrechtsbetätigung geht, so kann dies leicht zur Grundrechtsausübung „nach Maßgabe“ der Grundfreiheit führen.

Gleich geordnet wären Grundfreiheit und Grundrecht nur, wenn man von einer Kollision primärrechtlich geschützter Interessen ausgeht, die dann entweder schon auf der Ebene des Schutzbereiches oder auf der Ebene der Eingriffsschranken miteinander „auszugleichen“ sind. Dies müsste das Gericht aber ausdrücklich artikulieren. Die Urteile des EuGH prüfen und berücksichtigen beide Positionen bislang jedoch nicht erkennbar auf derselben Ebene, sondern setzen die Grundfreiheit an den ersten Platz. Allein das Urteil Schmidberger schien die beiden Rechte zumindest sprachlich auf gleicher Ebene anzusiedeln.² In Viking und Laval ist von dieser Annäherung im Rang nichts zu bemerken. Denn das eben anerkannte Grundrecht auf kollektive Maßnahmen wird zur Rechtfertigung der Beschränkung der Grundfreiheit nicht ins Spiel gebracht. Wohl steht am Anfang der Überlegungen dazu, dass die „Ausübung des Rechts zu kollektiven Maßnahmen“ ein zwingendes Allgemeininteresse sein kann. Das Urteil spricht hier aber nicht von Grundrecht. Und es konkretisiert das Allgemeininteresse nur durch den Schutz der Arbeitsbedingungen und die Sozialpolitik der EG. Ausgeklammert bleibt hingegen der spezifische Gehalt von Tarifautonomie und Arbeitskampf – die kollektive Vertretung von Interessen –, falls erforderlich durch Druck.

2 EuGH vom 12.6.2003, Schmidberger, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659.

III. Neue Urteile und Grundrechte

Aus Viking und Laval folgt, dass jedenfalls kollektive Maßnahmen, die sich gegen eine Standortverlagerung in einen anderen Mitgliedsstaat oder eine Entsendung richten, an Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit zu messen sind. Die Ausübung des Gemeinschaftsgrundrechts kann die Gewerkschaften nicht vor der Unterwerfung unter die Grundfreiheiten bewahren. Dann müsste die Grundrechtsausübung aber in der Folge bei den Überlegungen berücksichtigt werden, was wie gesagt ausbleibt. Auch wenn man das Grundrecht beiseite lässt, wird die Unterwerfung der Arbeitnehmer und Gewerkschaften unter die Grundfreiheit wohl nicht schlüssig begründet. Einmal wird gesagt, es reiche aus, dass die Aktion auf eine normative Regelung – den Tarifvertrag – abzielt, dann wird gesagt, dass es darauf nicht ankomme. Schlüssig wäre nur die These, dass jede faktisch erhebliche Beeinträchtigung einer Grundfreiheit auch durch Private diese beschränkt und daher nur bei Rechtfertigung zulässig ist. Es mag sein, dass diese weite These den Urteilen zugrunde liegt – ausgesprochen wird sie aber nicht.

Die Beschränkung einer Grundfreiheit ist nur rechtmäßig, wenn sie gerechtfertigt werden kann. Sie unterliegt dem Gebot der Verhältnismäßigkeit. Bei Streiks bedeutet dieser Maßstab für viele Mitgliedsstaaten im Süden und Norden eine grundlegende Änderung, im Süden auch eine Einschränkung der nationalen Grundrechte. Bei Verhältnismäßigkeitsprüfungen weiß man leider meist erst nach dem Urteil, wie sie ausgeht. Die Unsicherheit belastet den, der agieren will, hier die Grundrechtsträger. Eine Rechtfertigung ist laut EuGH nicht nur für Streiks jener Arbeitnehmer denkbar, um deren Arbeitsbedingungen es geht, sondern auch für Unterstützungsboykotte und damit für Sympathiemaßnahmen. Auch dies ist für manche Staaten neu.

Als Rechtfertigungsgrund nennen die Urteile den Schutz der Arbeitnehmer und konkretisieren dies durch die Ziele der EG-Sozialpolitik. Die Grundfreiheit ist mit diesen Zielen abzuwägen. Ein Streik kann nach Viking aber wohl nur gerechtfertigt sein, wenn Arbeitsplätze oder Arbeitsbedingungen gefährdet oder ernstlich bedroht sind, was die Grenze enger zieht als manch nationale Grundrechte, u.zw. wohl nicht nur beim Streik um sozialpolitische Gesetze. Gemeinschaftsrechtlich ist es wohl ein Novum, dass der EuGH hier primär ökonomische Interessen zur Rechtfertigung akzeptiert. Dies ersetzt aber nicht das jedenfalls verbale Ausblenden des Grundrechts.

Auch wenn Gefährdung oder Bedrohung vorliegt ist zu prüfen, ob die Maßnahme zur Erreichung des Zieles geeignet und erforderlich ist. Die Erforderlichkeit soll fehlen, wenn das nationale Recht andere, die Niederlassungsfreiheit weniger beschränkende Mittel bereitstellt, um zu einem Tarifabschluss zu kommen. Daraus könnte folgen, dass zuerst eine freiwillige Schlichtung zu beschreiten sei, was die Grenze wieder enger zöge als nationale Grundrechte. Viking hat überdies gesagt, dass das in seiner Grundfreiheit verletzte Unternehmen daraus Rechte gegen die Gewerkschaft ableiten kann. In man-

chen Staaten wird dies erstmals wirksame Sanktionen gegen Streiks erfordern. Dass die Akteure Grundrechtsträger sind, kommt im Urteil diesbezüglich kaum zum Ausdruck.

Die Urteile Laval und Rüffert betreffen Entsendungen. Im Vordergrund steht die Entsenderichtlinie. Dazu wird im Urteil Laval erstmals klar vertreten, dass die Richtlinie die Möglichkeiten des Arbeitsstaates, sein Arbeitsrecht für Entsendungen vorzuschreiben, abschließend regelt. Ich hielt und halte diese Auslegung wegen der in Anspruch genommenen Binnenmarktkompetenz an sich für gut vertretbar, sie ist aber nicht zwingend und hätte daher wohl mehr an Begründung erfordert. Fraglich ist aber jedenfalls das Verhältnis zu den Grundrechten der Arbeitnehmer.

In Laval ging es nicht um einen Streik der Entsendeten, sondern um eine Blockade der schwedischen Arbeitnehmer gegen die Entsendung. Die Schweden sahen ihre Arbeitsbedingungen gefährdet. Das Urteil lässt grundsätzlich auch diesen Boykott, der kein Sympathiearbeitskampf mehr ist, in den Schutzbereich des Grundrechts fallen. Dies ist für viele Mitgliedsstaaten ein Novum. Spätestens hier fällt auf, dass das Urteil andere Interessen der Unternehmer als die Grundfreiheiten, die gegen einen Boykott sprechen und die in manchen Staaten grundrechtlich geschützt sind, (ebenfalls) ausblendet. Auch der Interessenkonflikt der Boykottierenden mit den entsendeten Arbeitnehmern wird nicht ausdrücklich thematisiert.

Der EuGH lässt die Zulässigkeit dieses Boykotts jedenfalls an der Entsenderichtlinie enden. Schweden hat allerdings nicht alle Möglichkeiten dieser Richtlinie genutzt, weil es für Entsender nicht auch jene Tarifverträge vorgeschrieben hat, die zwar nicht allgemein verbindlich, aber doch allgemein wirksam sind. Jedenfalls unzulässig ist es nach dem Urteil, wenn eine nationale Friedenspflicht nur durch nationale Tarifverträge ausgelöst wird, weil dann der ausländische Tarifvertrag nicht gleichbehandelt wird. Ebenso ist es jedenfalls unzulässig, wenn der Entsender die Mindestlöhne erst mit der Gewerkschaft verhandeln soll.

Das Urteil erscheint in sich geschlossen. Näheres Hinsehen erweckt Zweifel. So beruht schon die Entsenderichtlinie auf der Prämisse, dass ausländische Tarifverträge den inländischen nicht stets gleichgestellt werden. Ferner geht das Urteil davon aus, dass Tarifautonomie und Arbeitskampf nur nach Maßgabe der Entsenderichtlinie gewährleistet sind. Man hätte aber fragen können und wohl auch müssen, ob die Entsenderichtlinie die Gemeinschaftsgrundrechte auf kollektive Maßnahmen und Tarifautonomie ausreichend beachtet, insbesondere wenn man bedenkt, dass die Gemeinschaft auch das Tarifsysteem nach verbreiteter Auffassung nicht regeln darf. Das Urteil erwähnt zur Rechtfertigung der Beschränkung den Schutz des nationalen Tarifsystems aber nicht besonders, sondern fährt darüber hinweg.

Das Urteil Rüffert betrifft ein Tariftreuegesetz. Das in diesem Gesetz Verlangte geht über die Entsenderichtlinie hinaus. Laut EuGH widerspricht es auch der Dienstleistungsfreiheit, insbesondere weil nicht erkennbar sei, warum Entsendete bei öffentlichem Auftraggeber eines stärkeren Schutzes bedürften. Damit wird wohl gesagt, dass diese Unterscheidung keine sachliche Rechtfertigung sei. Mit dieser „Erwägung“ kann man

wohl alle arbeitsrechtlichen Regelungen in Frage stellen, die nur bestimmten Personen – etwa dem Staat – stärkere Pflichten als Arbeitgeber oder Auftraggeber auferlegen, etwa im Antidiskriminierungsrecht. Überdies erörtert auch Rüffert nicht, ob das Tariftreuegesetz der Tarifaufonomie und damit einem Gemeinschaftsgrundrecht dient. Das BVerfG hat hingegen 2006 zur Rechtfertigung des Tariftreuegesetzes vor der Erwerbsfreiheit ausgeführt, das Gesetz unterstütze die Ordnungsfunktion der Tarifverträge und die grundrechtlich geschützte Tarifaufonomie. Der EuGH geht darauf nicht ein, obwohl der Dialog mit nationalen Höchstgerichten häufig beschworen wird. Das Eingehen erübrigt sich auch nicht, weil es dem BVerfG um den Schutz der nationalen Tarifaufonomie ging. Ein Gemeinschaftsgrundrecht auf Tarifaufonomie könnte ja auch den Schutz der jeweils national bestehenden Möglichkeiten umfassen.

IV. Stellungnahme und Ausblick

Aus Sicht des Arbeitsrechts fällt auf, dass die Urteile kollektive Maßnahmen und Tarifvertrag nicht als Regelungsproblem und Institutionen des Arbeitslebens abhandeln, sondern als Randerscheinungen des Binnenmarktes. Man überlegt nicht erkennbar, inwieweit kollektive Regelungen und Aktionen wegen eines behaupteten Ungleichgewichtes am Arbeitsmarkt abstrakt und konkret sinnvoll oder erforderlich sind. Man sieht die Phänomene nur als Störfaktoren des Leistungsaustausches. Diese Sicht erscheint verkürzt. Die Verkürzung mag erklären, dass Blockaden dem Streik um eigene Arbeitsbedingungen einfach gleichgestellt werden, sodass andere Interessen der Arbeitgeber neben den Grundfreiheiten ausgeblendet werden.

Ausgeblendet wird auch folgender Widerspruch. Das Gemeinschaftsrecht beschränkt nun Aktionen der Arbeitnehmer in Lagen, die erst durch den Binnenmarkt geschaffen wurden. Die Aktionen sind oft Surrogat dafür, dass es keinen gesicherten Rechtsrahmen für Tarifvertrag und Streik über Binnengrenzen hinweg gibt, auch weil die Gemeinschaft Streik und vielleicht Tarifvertrag nicht regeln darf. Solange die Gemeinschaft diese Regelung nicht leistet, sollte sie sich jedoch bei Beschränkung der nationalen Möglichkeiten zurückhalten.

Gemessen an traditionellen Maßstäben nicht nur der Rechtsdogmatik, sondern allgemeiner Anforderungen an Begründung, erscheinen die Ausführungen zum Verhältnis von Grundfreiheit und Grundrecht in Viking und Laval wenig überzeugend. Aufmerksamkeit und Sorge des EuGH gelten nur der Grundfreiheit. Andere Aspekte werden an den Rand gedrängt. Zugunsten der Grundfreiheit wird alles als Argument verwertet. Das weite Verständnis der Grundfreiheit entspricht zwar dem Satz vom *effet utile*. Bei Gemeinschaftsgrundrechten fehlt hingegen ein ähnlicher Eifer zum *effet utile*, außer man sieht bereits in der Anerkennung ungeschriebener Gemeinschaftsgrundrechte einen Ausdruck dieses Auslegungstopos. Grundfreiheiten haben, jedenfalls im Effekt, bislang

einen höheren Rang als Grundrechte. Als Hüter der Grundrechte kann man den EuGH daher schwerlich sehen. Das ist zwar im bestehenden positiven Recht angelegt, aber dennoch wenig erfreulich.

Die Unterordnung des Grundrechts unter die Grundfreiheit zeigt sich auch, wenn man das Problem in nationales Verfassungsrecht transponiert. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit sind materiell Ausprägungen der Unternehmerfreiheit. Kein normaler Staat würde bestimmte Unternehmerrechte, nur weil sie ein Binnengrenzen überschreitendes Handeln betreffen, stets höher stellen als andere Grundrechte. Warum sollte eine Organisation, die nicht einmal Staat sein will, dies tun?

Es stehe hier dahin, ob man oder der EuGH zu den Ergebnissen der Urteile auch kommen würde, wenn man alle hier vermissten Aspekte einbezöge. Eine umfassende Argumentation hätte aber den Vorzug deutlich zu machen, dass der EuGH Fragen, die vielen Menschen und Mitgliedstaaten wichtig sind, ernst nimmt. Überdies würde sie es jenen leichter machen die Ergebnisse zu akzeptieren, welche sie nicht schon vorher rechtspolitisch wünschten. *Justice should not only be done, but should manifestly be seen to be done.*

Experten des Europarechts sagen allerdings, Urteile des EuGH dürften nicht an traditionellen Maßstäben gemessen werden. Man dürfe nicht bloße Rechtsdogmatik oder gar Orientierung an Absichten des Gesetzgebers erwarten, sondern müsse neben der juristischen Oberfläche die Tiefenstruktur bedenken und das Recht im politischen Kontext sehen. Die neuen Entscheidungen begünstigen nun klar den Wettbewerb mit geringen Arbeitskosten auch über die Grenze, und damit bestimmte Mitgliedsstaaten. Diese Wirkung ist insbesondere in der Entsenderichtlinie angelegt, wenn man sie so versteht wie der EuGH; diese Deutung ist aber nicht zwingend. Für das Verständnis der Urteile mag daher relevant sein, dass nach den Erweiterungen zwölf neue Mitgliedstaaten vertreten sind, auch im EuGH. Deren Mehrzahl wird erwarten, dass das Gemeinschaftsrecht ihre Wettbewerbsposition zumindest bei Entsendungen stützt, wenn sie schon bereit sein müssen Kapital, Waren und Manager einzulassen. Beobachter werden daher sagen, dass die Urteile diesen Erwartungen entgegenkommen und auch dadurch Integration fördern. Der EuGH fördere den Binnenmarkt, auch auf Kosten traditioneller Rechte der Arbeitnehmer. Die Anerkennung eines Grundrechts, das konkret folgenlos bleibt, erscheint dann als Mittel zur Erhöhung der Akzeptanz.

Ein Primat des Kontexts vor der Rechtsdogmatik wirft die Frage nach der Rolle des EuGH auf. Er wurde als Motor der Integration in Zeiten gerühmt, in denen politische Integration und Rechtssetzung auf der Stelle traten. Von Zurückhaltung der Gemeinschaftsgesetzgebung kann man aber seit Jahren nicht mehr sprechen. Es ist fraglich, ob der EuGH noch immer bemüht sein soll, die Integration durch Urteile auch dann voranzutreiben, wenn das Vorantreiben nicht aus zwingender Ableitung folgt. Treibt er auch dann voran, so läuft er Gefahr, von vielen nicht mehr als Garant des Rechts wahrgenommen zu werden, sondern als „mutiger“ Akteur der Politik. Als Gericht könnte er Vorbehalte gegen die Europapolitik verringern, die viele Unionsbürger hegen. Als pri-

mär politischer Akteur stärkt er diese Bedenken. Er verringert dann jedenfalls bei einem beträchtlichen Teil der Bevölkerung der EU Vertrauen anstatt Vertrauen aufzubauen.

Die Auslegung der Entsenderichtlinie durch den EuGH in den Entscheidungen Laval und Rüffert*

Juliane Kokott

I. Einleitung	25
II. Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	26
III. Auslegung der Entsenderichtlinie durch den Europäischen Gerichtshof	28
IV. Ausblick	31

I. Einleitung

Die Bedeutung der sozialen Dimension im Recht der Europäischen Union und in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist ein aktuelles und wichtiges Thema. Gerade auch im Anschluss an einige Entscheidungen des EuGH wird darüber gegenwärtig vehement diskutiert. Dies überrascht nicht. Gilt es hier doch, die verschiedenen miteinander im Wettstreit stehenden Interessen in einen gerechten Ausgleich zu bringen. Der Einladung zum heutigen Symposium bin ich sehr gerne gefolgt – nicht nur wegen der Bedeutung der aufgeworfenen Fragen, sondern auch weil ich meine, dass sich die Vertreter der Europäischen Institutionen dem Dialog mit der Wissenschaft und Öffentlichkeit stellen sollten.

Mein Amt gebietet mir gleichwohl eine gewisse Zurückhaltung. Zwar war ich an den Verfahren Rüffert und Laval, auf die ich näher eingehen werde, nicht als Generalanwältin beteiligt, doch künftig könnte ich möglicherweise mit ähnlichen Sachverhalten befasst sein. Daher werde ich den Schwerpunkt meiner Ausführungen auf die Darstellung der Grundlinien der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs legen und bei der Kommentierung der Urteile Zurückhaltung wahren.

* Meiner Rechtsreferentin Frau Ioanna Dervisopoulos danke ich herzlich für die Unterstützung bei der Erstellung des Manuskripts.

Grundgedanke der Europäischen Integration ist es, den wirtschaftlichen Fortschritt zu fördern, indem nationale Hürden für den Personen-, sowie Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr abgebaut werden und so ein Gemeinsamer Markt geschaffen wird. Von diesem Fortschritt profitieren im Ergebnis *alle* Bürgerinnen und Bürger in *allen* Mitgliedstaaten.

Das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes bringt jedoch auch Spannungen mit sich. Mit der Stärkung des innergemeinschaftlichen Wettbewerbs, der volkswirtschaftlich für die Union im Ganzen gewinnbringend ist, können für den Einzelnen – zumindest vorübergehend – auch Nachteile verbunden sein. Der vergrößerte Wettbewerbsdruck bringt für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Gefahr mit sich, geänderte Arbeitsbedingungen akzeptieren zu müssen oder sogar ihre Stelle zu verlieren. Ihre Interessen gilt es daher in besonderem Maße zu schützen.

Auch und gerade vor dem Hintergrund des derzeit noch bestehenden erheblichen Wohlstandsgefälles in der Union stellt es eine bedeutsame Herausforderung für die Fortentwicklung des Europarechts dar, einen gerechten Ausgleich zwischen der Verwirklichung der Grundfreiheiten einerseits und dem Schutz und dem Ausbau sozialer Standards andererseits herbeizuführen. Gemäß Artikel 2 des EU-Vertrages ist die Förderung des wirtschaftlichen *und* des sozialen Fortschritts eines der grundlegenden Ziele der Union. Ein wesentliches Anliegen des Lissabonner Vertrages ist es zudem, die soziale Dimension der Europäischen Union deutlicher zu betonen.

II. Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

Bevor ich mich dem Gegenstand meines heutigen Vortrags zuwende, möchte ich zunächst die vielfältigen Beiträge in Erinnerung rufen, die der Europäische Gerichtshof in den vergangenen Jahrzehnten zum Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geleistet hat.

Der Europäische Gerichtshof hat früh erkannt, dass es auf dem Weg zu einem Gemeinsamen Markt der Stärkung sozialer Rechte bedarf. Er hat mit der Betonung sozialer Rechte als unverzichtbarem Bestandteil der Rechtsordnung der Europäischen Union ein Gegengewicht zu den Kräften des Marktes gestärkt und damit die soziale Dimension der Europäischen Union entscheidend mitgestaltet.

Zu erwähnen ist insofern zunächst die umfassende Rechtsprechung zum Arbeitnehmerschutz in den unterschiedlichsten Bereichen. Beispielhaft möchte ich die Entscheidungen zur Arbeitszeit¹, zur Urlaubsgewährung², zur befristeten Beschäftigung³ und

1 Siehe u.a. Urteile vom 3. Oktober 2000, Simap, C-303/98, Slg. 2000, I-7963; vom 9. September 2003, Jaeger, C-151/02, Slg. 2003, I-8389; vom 5. Oktober 2004, Pfeiffer u.a., C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835; und vom 7. September 2006, Kommission/Vereinigtes Königreich,

zur Teilzeitbeschäftigung⁴ nennen. Oder denken Sie an die Rechtsprechung des Gerichtshofs, mit der er die Gleichbehandlung von männlichen und weiblichen Arbeitnehmern durchgesetzt hat.⁵

Auch die Grundzüge der Behandlung entsandter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wurden ursprünglich in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs entwickelt. Danach verwehrt es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedsstaaten grundsätzlich *nicht*, ihre Rechtsvorschriften oder die von den Sozialpartnern geschlossenen Tarifverträge hinsichtlich der Mindestlöhne auf jedermann zu erstrecken, der einer nichtselbstständigen Arbeit in ihrem Hoheitsgebiet nachgeht.⁶ Die Anwendung derartiger Vorschriften muss allerdings dem Schutz der Arbeitnehmer dienen und verhältnismäßig sein.⁷

Diese Rechtsprechung hat Eingang gefunden in den 12. Erwägungsgrund der Entsenderichtlinie⁸, der ich mich nun zuwenden möchte. Bereits der langwierige Gesetzgebungsprozess dieser Richtlinie bestätigt nochmals, dass wir uns hier mit schwierigen Fragen konfrontiert sehen: Die Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit⁹ will in Einklang gebracht werden mit dem Schutz der Arbeitnehmer¹⁰ und einem fairen Wettbewerb¹¹ und somit der Verhinderung von Sozialdumping.

C-484/04, Slg. 2006, I-7471, sowie *meine* Schlussanträge vom 9. März 2006 in letzterer Rechtssache.

2 Siehe u.a. Urteile vom 26. Juni 2001, BECTU, C-173/99, Slg. 2001, I-4881; vom 6. April 2006, Federatie Nederlandse Vakbeweging, C-124/05, Slg. 2006, I-3423, sowie *meine* Schlussanträge vom 12. Januar 2006 in letzterer Rechtssache.

3 Siehe u.a. Urteile vom 4. Juli 2006, Adeneler u.a., C-212/04, Slg. 2006, I-6057; und vom 15. April 2008, Impact, C-268/06, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, sowie *meine* Schlussanträge vom 27. Oktober 2005 bzw. vom 9. Januar 2008 in diesen Rechtssachen.

4 Siehe u.a. Urteile vom 13. Juli 1989, Rinner-Kühn, C-171/88, Slg. 1989, 2743; und vom 6. Dezember 2007, Voß, C-300/06, Slg. 2007, I-10573.

5 Siehe u.a. Urteile vom 8. April 1976, Defrenne, 43/75, Slg. 1976, 455; und vom 21. Juni 2007, Jonkman u.a., C-231/06 bis C-233/06, Slg. 2007, I-5149, sowie *meine* Schlussanträge vom 29. März 2007 in letzterer Rechtssache.

6 Vgl. u.a. Urteile vom 3. Februar 1982, Seco und Desquenne & Giral, 62/81 und 63/81, Slg. 1982, 223, Rdnr. 14; und vom 24. Januar 2002, Portuguesa Construções, C-164/99, Slg. 2002, I-787, Rdnr. 21.

7 Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 23. November 1999, Arblade u.a., C-369/96 und C-376/96, Slg. 1999, I-8453, Rdnr. 36, und vom 14. April 2005, Kommission/Deutschland, C-341/02, Slg. 2005, I-2733, Rdnr. 24.

8 Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997, L 18, S. 1, im Folgenden: Entsende-Richtlinie oder Richtlinie 96/71.

9 Siehe den ersten Erwägungsgrund der Richtlinie 96/71.

10 Siehe den fünften Erwägungsgrund der Richtlinie 96/71.

11 Siehe den fünften Erwägungsgrund der Richtlinie 96/71.

III. Auslegung der Entsenderichtlinie durch den Europäischen Gerichtshof

In der Rechtssache Rüffert hatte das vorlegende Gericht den Gerichtshof gefragt, ob eine Tariftreueklausel wie sie das niedersächsische Vergabegesetz vorsah, eine nicht gerechtfertigte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt. In der Rechtssache Laval ging es abgesehen von der Streikproblematik um die Frage, ob das schwedische System zur Festlegung der Löhne und weiterer Arbeitsbedingungen im Einklang mit den Vorgaben der Entsenderichtlinie und mit der Dienstleistungsfreiheit steht.

Gemäß Artikel 3 der Entsenderichtlinie sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern bestimmte Arbeitsbedingungen garantieren, die im Aufnahmemitgliedstaat durch Gesetz oder durch für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge festgelegt sind. Die Richtlinie zählt dann verschiedene Arbeitsbedingungen auf, z.B. Höchstarbeitszeiten oder Mindestlöhne. Artikel 3 Absatz 7 der Entsenderichtlinie bestimmt, dass die Anwendung von für die Arbeitnehmer günstigeren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen möglich ist.

Wie ich eingangs bereits betont hatte, war ich als Generalanwältin *nicht* an den zu besprechenden Fällen beteiligt. In der Rechtssache Rüffert hat mein Kollege Generalanwalt *Bot* die Schlussanträge vorgelegt. Generalanwalt *Bot* hatte dafür plädiert, die Entsenderichtlinie so auszulegen, dass sie einem *verstärkten* nationalen Schutz der entsandten Arbeitnehmer nicht entgegensteht.¹² Vergleichbar argumentierte Generalanwalt *Mengozzi* in der Rechtssache Laval.¹³ Auch ich habe eine große Sympathie für dieses Verständnis der Entsenderichtlinie.

Generalanwalt *Bot* versteht die Richtlinie als „harten Kern“ von Schutzbestimmungen, die nur als *Mindestgarantie* zugunsten der entsandten Arbeitnehmer zu verstehen sind. Die Richtlinie habe eine den Mitgliedsstaaten bis dahin zur Verfügung stehende *Regelungsmöglichkeit* in eine *Regelungsverpflichtung* umgewandelt. Wie ich bereits dargelegt habe, hatte der Gerichtshof ja schon vor Erlass der Entsende-Richtlinie festgestellt, dass die Mitgliedstaaten unter bestimmten Bedingungen ihre Rechtsvorschriften auch auf entsandte Arbeitnehmer anwenden durften. Aus dieser *Erlaubnis* machte die Entsende-Richtlinie nach Auffassung des Generalanwalts nun im Hinblick auf bestimmte *Mindestbestimmungen* zum Schutz der Arbeitnehmer eine *Verpflichtung*.¹⁴ Dass die Mitgliedstaaten den entsandten Arbeitnehmern auch einen darüber hinaus gehenden Schutz gewähren können, folgt nach Ansicht des Generalanwalts aus ihrem Artikel 3 Absatz 7.

12 Schlussanträge des Generalanwalts *Bot* vom 20. September 2006 in der Rechtssache Rüffert, C-346/06, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht.

13 Schlussanträge des Generalanwalts *Mengozzi* vom 23. Mai 2007 in der Rechtssache Laval un Partneri, C-341/05, Slg. 2007, I-11767, insbesondere Nrn. 147 und 151.

14 Schlussanträge des Generalanwalts *Bot* in der Rechtssache Rüffert (zitiert in Fn. 12, Nr. 70).

Eine Tariftreueklausel stellt daher nach der Ansicht von Generalanwalt *Bot* einen zulässigen verstärkten nationalen Schutz im Sinne von Artikel 3 Absatz 7 der Entsenderichtlinie dar.¹⁵ Eine gegenüber der Richtlinie verstärkte Schutzmaßnahme der Mitgliedstaaten muss allerdings auch mit den Grundfreiheiten vereinbar sein. Dass eine solche Regelung eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs ist, steht nach Ansicht von *Bot* außer Zweifel. Er sieht diese Beschränkung jedoch aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes und zur Verhinderung von Sozialdumping als gerechtfertigt an.¹⁶ Im Ergebnis hatte Generalanwalt *Bot* daher dem Gerichtshof vorgeschlagen, die Entsenderichtlinie und die Dienstleistungsfreiheit dahin auszulegen, dass sie eine Tariftreueklausel erlauben, sofern diese das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie den Grundsatz der Transparenz beachtet.

Der Gerichtshof ist den Schlussanträgen des Generalanwalts nicht gefolgt. Nach dem Verständnis des Gerichtshofs sieht die Richtlinie ein begrenztes Regularium für den Schutz entsandter Arbeitnehmer vor. Die Richtlinie zähle diejenigen Modalitäten auf, mit denen der nationale Gesetzgeber seine Bestimmungen über Arbeitsbedingungen auf entsandte Arbeitnehmer erstrecken kann. Nach diesem Verständnis kann ein Mindestlohn entweder gesetzlich festgelegt oder aber über den Weg der Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines Tarifvertrags bestimmt werden.¹⁷

Nach Auffassung des Gerichtshofs ermächtigt Artikel 3 Absatz 7 der Entsenderichtlinie die Mitgliedstaaten nicht, Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen durchzusetzen, die nicht in Absatz 1 aufgelistet sind. Nur diese Auslegung der Richtlinie verhindere, dass die Richtlinie leer laufe. Die Aufzählung von bestimmten Bereichen und bestimmten Modalitäten, mit denen Arbeitsbedingungen auf entsandte Arbeitnehmer erstreckt werden könnten, wäre bedeutungslos, wenn über den Absatz 7 auch günstigere Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen wie beispielsweise Tariflöhne, die über Mindestlohnsätzen liegen, durch Tariftreueklauseln einseitig durchgesetzt werden könnten. Eine andere Auslegung liefe darauf hinaus, der Entsenderichtlinie ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen.¹⁸ Ein über Artikel 3 Absatz 1 der Entsenderichtlinie hinausgehender Schutz scheint nach dem Verständnis des Gerichtshofs somit nur ausnahmsweise nach Artikel 3 Absatz 10 zulässig zu sein, wenn es sich bei ihnen um Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung handelt.¹⁹

Die Entsenderichtlinie berechtigt daher nach Ansicht des Gerichtshofs einen Mitgliedstaat nicht zum Erlass einer Tariftreueklausel. Im Anschluss hieran prüfte der Ge-

15 Schlussanträge des Generalanwalts *Bot* in der Rechtssache Rüffert (zitiert in Fn. 12, Nr. 94).

16 Schlussanträge des Generalanwalts *Bot* in der Rechtssache Rüffert (zitiert in Fn. 12, Nrn. 114ff).

17 Falls die nationale Rechtsordnung kein System zur Allgemeinverbindlicherklärung kennt, können die Mitgliedstaaten gem. Artikel 3 Absatz 8 der Richtlinie 96/71 folgende Mittel wählen: allgemein wirksame Tarifverträge oder repräsentative Tarifverträge.

18 Urteil vom 18. Dezember 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05, Slg. 2007, I-11767; und Urteil vom 3. April 2008, *Rüffert*, C-346/06, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rdnr. 33.

19 Urteil *Laval un Partneri* (zitiert in Fn. 18, Rdnr. 82) und Urteil vom 19. Juni 2008, *Kommission/Luxemburg*, C-319/06, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rdnr. 27.

richtshof, ob diese Auslegung der Richtlinie durch deren Würdigung im Lichte der Dienstleistungsfreiheit bestätigt werde.²⁰ Der Gerichtshof prüft die Tariftreueklausel noch einmal an der Grundfreiheit. Zwar bejaht er wie Generalanwalt *Bot* eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit. Anders als der Generalanwalt verneint der Gerichtshof aber die Rechtfertigung der Beschränkung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses. Hierbei stützt er sich insbesondere darauf, dass die Tariftreueklausel nur für öffentliche Auftraggeber gelte und nicht auch für private Auftraggeber.²¹ Diese Argumentation ist sicherlich nicht zwingend.

Die Ausführungen des Gerichtshofs in den Urteilen *Laval* und *Rüffert* deuteten bereits darauf hin, dass er die in der Entsende-Richtlinie enthaltenen Regelungsmöglichkeiten als abschließend ansieht und darüber hinausgehende Maßnahmen grundsätzlich für unzulässig erachtet. Für den Gerichtshof scheint mir somit die Richtlinie die abschließend kodifizierte Abwägung zwischen Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz darzustellen.

In seinem Urteil *Kommission/Luxemburg* von letzter Woche scheint der Gerichtshof seine Auffassung vom abschließenden Charakter der Entsende-Richtlinie zu verfestigen.²² In dieser Rechtssache ging es unter anderem um eine luxemburgische Bestimmung, die die automatische Anpassung der Entlohnung an die Entwicklung der Lebenshaltungskosten auch auf entsandte Arbeitnehmer erstreckte. Die Kommission beanstandete nicht, dass die Mindestlöhne an die Lebenshaltungskosten angepasst werden. Dies sei nach der Entsende-Richtlinie zulässig. Dass die Indexierung aber sämtliche Löhne betreffe, also auch solche, die keine Mindestlöhne sind, verstoße gegen die Richtlinie. Dies hat der Gerichtshof bestätigt.²³ Eine solche Maßnahme der Indexierung sei in der Entsende-Richtlinie nicht vorgesehen, die abschließend die Aspekte nenne, hinsichtlich derer die Mitgliedstaaten ihre nationalen Bestimmungen auf entsandte Arbeitnehmer erstrecken können. Luxemburg habe auch nicht hinreichend nachgewiesen, dass es sich bei dieser Bestimmung um eine Vorschrift im Bereich der öffentlichen Ordnung im Sinne der Entsende-Richtlinie handele.²⁴ In seinem Urteil prüft der Gerichtshof die Maßnahme nur mehr an der Richtlinie, anders als bei *Rüffert* nicht zusätzlich noch am Maßstab der Grundfreiheit.

Welcher Gestaltungsspielraum steht den Mitgliedstaaten nach dem Verständnis des Gerichtshofs für den Schutz entsandter Arbeitnehmer folglich noch zur Verfügung? Unzweifelhaft zulässig sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs Regelungen in Bezug auf diejenigen Aspekte der Arbeitsbedingungen, die die Richtlinie explizit aufzählt. Bezüglich der Art und Weise wie diese Arbeitsbedingungen auf entsandte Arbeitnehmer erstreckt werden können, stehen den Mitgliedstaaten zwei Optionen zur Verfü-

20 Urteil *Rüffert* (zitiert in Fn. 18, Rdnr. 36ff).

21 Urteil *Rüffert* (zitiert in Fn. 18, Rdnr. 40).

22 Urteil *Kommission/Luxemburg* (zitiert in Fn. 19, Rdnr. 26).

23 Urteil *Kommission/Luxemburg* (zitiert in Fn. 19, Rdnr. 47).

24 Urteil *Kommission/Luxemburg* (zitiert in Fn. 19, Rdnr. 54).

gung: die gesetzliche Festlegung oder ein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag.²⁵

Für die entsendenden Unternehmen hat die Auslegung des Gerichtshofs sicher den Vorteil einer größeren Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der Löhne, die bei Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat zu entrichten sind. Gleichwohl besteht die Gefahr einer Entwicklung der Löhne im Aufnahmemitgliedstaat in Richtung auf die Mindestgewährleistungen.

IV. Ausblick

Die Urteile des Gerichtshofs *Viking*²⁶, *Laval* und *Rüffert* werden gegenwärtig stark kritisiert. Auch meine Vorredner haben heute verschiedene Bedenken formuliert. Bereits die Schlussanträge der Generalanwälte *Bot* und *Mengozzi* zeigen, dass auch innerhalb des Gerichtshofs kein einhelliges Meinungsbild herrscht.

Ich möchte in diesem Zusammenhang vor allem einen Gesichtspunkt betonen, der mir von vielen kritischen Stimmen, die etwa durch das Urteil *Laval* das Ende des Streikrechts eingeläutet sehen, nicht hinreichend berücksichtigt wird. Man sollte sich bewusst sein, dass der Gerichtshof in den betreffenden Urteilen nur über die jeweilige spezifische Vorlagefrage entschieden hat. Deren Ausgangspunkt sind jeweils ganz konkrete, durch zahlreiche Besonderheiten gekennzeichnete Rechtsstreite. Eine genaue Lektüre der Urteile zeigt, dass der Gerichtshof gerade diese Besonderheiten hervorhebt und an ihnen sein Urteil festmacht. So betonte er im Urteil *Laval* den nationalen Kontext, in den sich die kollektiven Maßnahmen einfügten. Für diesen spezifischen Kontext war kennzeichnend, dass es keine Vorschriften gab, die hinreichend genau und zugänglich waren, um einem Unternehmen zu ermöglichen, festzustellen, welche Verpflichtung es hinsichtlich des Mindestlohns beachten muss.²⁷

Der Gerichtshof hat keine *allgemeine* Aussage zum Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten getroffen. Insbesondere hat er in den aktuellen Urteilen nicht entschieden, dass das Streikrecht oder gar die Menschenwürde grundsätzlich hinter den Grundfreiheiten zurückzustehen hat. Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechte stehen vielmehr auf einer Ebene und müssen miteinander in Einklang gebracht werden.

Indem der Gerichtshof besonders die spezifischen Charakteristika der Fälle betont, signalisiert er meines Erachtens unmissverständlich, anhand der Besonderheiten künftiger Vorlageverfahren seine Rechtsprechung weiter ausdifferenzieren zu wollen.

25 Falls das nationale Rechtssystem keine Allgemeinverbindlicherklärung kennt, können die Mitgliedstaaten gem. Artikel 3 Absatz 8 der Richtlinie 96/71 folgende Mittel wählen: allgemein wirksame Tarifverträge oder repräsentative Tarifverträge.

26 Urteil vom 11. Dezember 2007, *International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union* („*Viking Line*“), C-438/05, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht.

27 Urteil *Laval un Partneri* (zitiert in Fn. 18, Rdnr. 110).

Lassen Sie mich zum Abschluss betonen: Bei aller Kritik an den konkreten Urteilen darf nicht übersehen werden, dass der Gerichtshof darin im Grundsatz aus sozialer Perspektive auch positiv zu bewertende Ausführungen macht: Er erkennt das Streikrecht als Grundrecht an. Und bemerkenswerterweise greift er im Urteil *Laval* den Begriff des Sozialdumpings auf und sieht im Streikrecht zum Schutz der Arbeitnehmer gegen Sozialdumping ein zwingendes Allgemeininteresse.²⁸

Ich komme zum Ende meiner Ausführungen. Meines Erachtens läuft insbesondere die öffentliche Diskussion Gefahr, die Entscheidungen *Rüffert* und *Laval* überzubewerten. Beide Entscheidungen sind kein Wendepunkt am Ende einer langen Kette von Entscheidungen des Gerichtshofs, die sich im Spannungsfeld von Grundfreiheiten und sozialen Rechten bewegen. Wie sicherlich auch dieses Symposium zeigen wird, ist vielmehr festzuhalten, dass diese Entscheidungen Pendelausschläge der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs darstellen, in dem Bemühen, in einer sich rasch entwickelnden Union die dargestellten schwierigen Abwägungsfragen auszudifferenzieren und von Fall zu Fall weitere Aspekte zu berücksichtigen.

Soviel ist sicher: Der Gerichtshof wird seine Rechtsprechung noch weiter entwickeln und präzisieren. Auch der Diskurs in der Fachöffentlichkeit und Diskussionsveranstaltungen wie die heutige leisten insofern einen wichtigen Beitrag. Dass die heutige Veranstaltung die Möglichkeit eröffnet, nicht lediglich die deutsche Perspektive, sondern dank zahlreicher Teilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten auch deren Sichtweise kennen zu lernen, stellt eine wertvolle Chance dar.

28 Wörtlich heißt es im Urteil *Laval un Partneri* (zitiert in Fn. 18) in Randnr. 103: „... dass im Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme, die den Schutz der Arbeitnehmer des Aufnahmemitgliedstaates gegen ein etwaiges Sozialdumping zum Ziel hat, ein zwingender Grund des Allgemeininteresses“ liegen kann. Siehe hierzu bislang nur Urteil vom 19. Januar 2006, Kommission/Deutschland, C-244/04, Slg. 2006, I-885, Rdnr. 61.

Diskussionsbericht

Diskussionsleitung: *Christa Peutl*

In der Diskussion wurde zunächst die Entscheidung Ruffert aufgegriffen und darauf aufmerksam gemacht, dass vom EuGH und auch von *Kokott* zu Recht betont worden sei, dass die Auslegung der Entsenderichtlinie als Maximalregelung nur damit erklärbar sei, dass sie einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit darstellt. Jedoch habe für die betroffenen polnischen Arbeitnehmer damals noch gar keine Dienstleistungsfreiheit bestanden, da Polen zu diesem Zeitpunkt noch nicht Mitglied der Europäischen Union gewesen sei und die vollständige Freizügigkeit für polnische Arbeitnehmer erst im Jahre 2009 eingeführt werde. Insoweit wurde um Aufklärung gebeten. *Kokott* erklärte, dass der EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens entschieden habe. Das vorliegende OLG Celle habe den EuGH nach der Auslegung der Entsenderichtlinie gefragt und plausibel dargelegt, dass seine Antwort für den nationalen Rechtsstreit entscheidend sei. Für den EuGH seien keine Anhaltspunkte erkennbar gewesen, die der Zulässigkeit entgegen gestanden hätten.

Das Ruffert-Urteil gab außerdem zu der entscheidenden und zugleich schwierigen Frage Anlass, wie sich der Mindestlohn definieren lässt. *Kokott* wies zunächst auf den mit dem Urteil verfolgten Zweck hin, einen Ausgleich zwischen Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz zu erreichen. Im Rahmen dieses Ausgleichs sei zu berücksichtigen, dass die Dienstleistungsfreiheit nicht durch Mindestlöhne eingeschränkt werden dürfe, die nur in bestimmten Regionen oder nur bei einzelnen privaten Arbeitgebern gelten. Ein Kennzeichen für Mindestlöhne sei daher, dass sie durch Gesetz festgelegt werden oder Allgemeingültigkeit besitzen. Im Rahmen weiterer Vorlagefragen könne eine nähere Konkretisierung von Mindestlöhnen erfolgen. *Rebhahn* ergänzte, dass es durchaus verschiedene Mindestlohnsätze geben könne, je nach der Art der Tätigkeit und der Qualifikation der betroffenen Arbeitnehmer, jedoch ohne Berücksichtigung ihres Dienstalters und ihrer Jahre der Betriebszugehörigkeit. *Lyon-Caen* war der Ansicht, dass die von *Kokott* vorgeschlagene Abwägung die Problematik nicht vollständig erfasse, da Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz keine einseitig protektionistischen Regelungen, sondern selbst schon Kompromisse seien, die die Notwendigkeiten eines funktionierenden Marktes berücksichtigten. Die Interessen der Unternehmen seien bereits eingeflossen und würden bei der von *Kokott* geforderten Abwägung ein zusätzliches Mal berücksichtigt werden, so dass einflussreiche Unternehmen gegenüber den vom Markt geschwächten Arbeitnehmern noch mehr Macht erhielten.

Die internationale Anerkennung des Grundrechts auf Kollektivvertragsfreiheit durch den EuGH zog die Frage nach dem transnationalen Gehalt einer Kollektivvertragsfreiheit nach sich, zumal das Kollektivvertragssystem durch nationales Recht geregelt sei

und Fragen des Arbeitskampfes in vielen nationalen Rechtsordnungen noch ungeklärt seien. *Kokott* wies darauf hin, dass der EuGH das Streikrecht im Fall Laval relativ weit ausgelegt habe, indem er sogar Boykotte in grenzüberschreitenden Konstellationen durch das Streikrecht grundsätzlich gedeckt angesehen habe. Entscheidend sei letztlich immer die Abwägung im konkreten Einzelfall.

Von Zuhörerseite wurde angemerkt, dass eine solche Abwägung auffällig häufig zugunsten der Grundfreiheiten und zulasten nationaler Grundrechte ausfalle. So hätte der EuGH im Urteil Laval das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme zwar als nationales Grundrecht anerkannt, aber dieses hätte sich gegenüber der Dienstleistungsfreiheit nicht durchsetzen können. Im EuGH-Urteil Schmidberger¹ sei die Abwägung lediglich zugunsten des nationalen Grundrechts auf Versammlungsfreiheit und nicht zugunsten des freien Warenverkehrs ausgefallen, weil der deutsche Spediteur auf einer anderen Autobahn hätte nach Italien fahren können. Diese Entwicklung könne zu einer Legitimitätskrise der Europäischen Union, ja sogar zu einer fundamentalen Krise Europas führen.

Auch *Rebhahn* sah diese Problematik und sprach sich daher dafür aus, dass sich die Gemeinschaft mit Eingriffen in nationale Regelungen zurückhalten sollte, solange noch keine Gemeinschaftsgrundrechte mit einer eigenen Grundrechtsdogmatik existierten. Er stellte klar, dass das von ihm in seinem Vortrag postulierte Gemeinschaftsgrundrecht auf Tarifautonomie lediglich eine Perspektive darstelle, denn es dürfe nicht vergessen werden, dass für noch kein Rechtsrahmen für transnationale Tarifverträge existiere.

Lyon-Caen zeigte sich besorgt über das strukturelle Ungleichgewicht in der Gemeinschaft: Während die unternehmerische Freizügigkeit und die individuelle Freizügigkeit der Arbeitnehmer von Anfang an bestanden hätten, habe es bislang noch keine Freiheit eines transnationalen kollektiven Handelns gegeben. Dem EuGH sei ein Ausgleich dieses Ungleichgewichts in den Fällen Laval und Viking nicht gelungen, obwohl es von ihm erwartet worden sei. Was ist das für eine Europäische Union, in der die Unternehmen eine weite internationale Freizügigkeit genießen, die Rechte der Arbeitnehmer dagegen dahinter zurückbleiben?

Aus Anlass eines aktuellen Verfahrens wurde die Verordnung (EU) Nr. 1370/2007 vom 23. Oktober 2007 angesprochen und nach ihrem Verhältnis zur Entsenderichtlinie gefragt. Die Verordnung betrifft die Vergabe öffentlicher Verkehrsdienstleistungsaufträge auf Schiene und Straße und beinhaltet den Schutz spezieller Arbeitnehmerrechte. *Rebhahn* sah keine Parallele zum Fall Rüffert und nahm keinen Vorrang der Entsenderichtlinie an, da die betreffende Verordnung eine gegenüber der Entsenderichtlinie speziellere und damit vorrangige Regelung darstelle. Dies gelte jedoch nur, wenn diese Verordnung eine abschließende Regelung biete; ansonsten kämen die Grundfreiheiten wieder zum Tragen. Es bliebe dann jedoch immer noch die nicht klar beantwortete Frage, inwieweit ein Sekundärrechtsakt am Primärrecht zu prüfen ist.

1 EuGH vom 12.6.2003, Schmidberger, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659.

Schließlich wurde über den praktischen Umgang mit der Entsenderichtlinie diskutiert. Es wurde davon ausgegangen, dass die Liste in Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie nicht als abschließend zu betrachten ist. Der Fall Rüffert hätte dann allerdings zur Konsequenz, dass jede Einzelregelung im Arbeitsrecht eines jedes Mitgliedstaates in die Liste aufzunehmen wäre, damit nicht die Gefahr bestehe, dass über ein Fehlen in der Liste ein Sozialdumping erfolgt. Selbst wenn jedoch eine entsprechende Regelung existiere, habe der Fall Rüffert auch gezeigt, dass nicht davon ausgegangen werden könne, dass der EuGH diese dann tatsächlich in seine Abwägung einbezieht, da er für seine Entscheidung ungünstige Regelungen gerne ausblende.

Kokott gab zu bedenken, dass im Fall Rüffert ein Konflikt zwischen Entsenderichtlinie und Dienstleistungsfreiheit bestanden habe. Dieser sei auch in der Richtlinie selbst zum Ausdruck gekommen, da diese laut Präambel eine Beseitigung der Hindernisse für den freien Dienstleistungsverkehr zum Ziel habe. Während der EuGH die Richtlinie aus der Perspektive der Dienstleistungsfreiheit ausgelegt habe, hätten die Generalanwälte sie aus der Perspektive des Arbeitnehmerschutzes ausgelegt. Beides sei grundsätzlich vertretbar, wobei der EuGH seine Entscheidung durchaus klarer hätte formulieren können. Auch *Rebhahn* sprach sich für eine eingehendere juristische Begründung durch den EuGH aus, da er dadurch mehr Vertrauen schaffen könne und seine Urteile dann eine höhere Akzeptanz finden würden. Er wies außerdem darauf hin, dass es im Rat Stimmen gegeben haben soll, die von einer abschließenden Regelung des Art. 3 Absatz 1 der Entsenderichtlinie ausgegangen seien.

Lyon-Caen war dagegen der Ansicht, dass man unter Berücksichtigung der Sozialgeschichte nicht zur Annahme einer Maximalregelung gelangen könne. Gleichwohl könne vom EuGH nicht verlangt werden, dass er die Sozialgeschichte sämtlicher Mitgliedstaaten in seine Überlegungen einbeziehe. *Lyon-Caen* erwartete, dass in Zukunft dem sozialen Schutz im Verhältnis zu den Grundfreiheiten ein stärkeres Gewicht eingeräumt werde, auch wenn dieser Schutz in der Europäischen Gemeinschaft eher mit Stillstand als mit Fortschritt in Verbindung gebracht werde.

Simone Gräfin von Hardenberg

Das Europäische Sozialrecht und die Rechtsprechung des EuGH

Egils Levits

I. Hintergrund	37
II. Zur Aufgabe des EuGH und den Besonderheiten des europäischen Gemeinschaftsrechts	38
III. Begegnung sozialer und wirtschaftlicher Ziele	39
1. Zielkonflikte	39
2. Verwirklichung sozialer Rechte	39
3. Diskriminierungsverbote	40
IV. Zur Methode des EuGH	40
1. Die Rolle der Entscheidungsbegründung	40
2. Zwischen judicial activism und self-restraint	41
3. Orientierung am Gesamtinteresse und Erforderlichkeit des gesamt-europäischen Diskurses	42

Vielen Dank für die Einladung zu diesem sehr interessanten Thema. Bitte haben Sie auch Verständnis, dass ich nicht direkt auf die hier genannten Urteile näher eingehen werde. Diese werde ich vielmehr am Rande streifen, und in erster Linie etwas zum Ziel des sozialen Europas aus der Perspektive der Europäischen Gerichtsbarkeit sagen.

I. Hintergrund

Zunächst gilt es sich daran zu erinnern, dass die Europäische Gemeinschaft aus der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft entstanden ist, was sich in unseren vertraglichen Grundlagen bis heute widerspiegelt. Erst nach und nach hat man das Ziel des sozialen Europas als ein wichtiges politisches Ziel erkannt und versucht dieses zu emanzipieren. Die Rechtsprechung ist an die bestehenden Rechtsnormen gebunden, aus denen sich ergibt, dass die Verträge in erster Linie auf die Verwirklichung des Binnenmarktes zugeschnitten sind. Ferner gilt es festzuhalten, dass beide Ziele von den Verträgen nicht als völlig gleichwertig angesehen werden, sondern der Schwerpunkt auf der Verwirkli-

chung des Binnenmarktes liegt. Das Ziel des sozialen Europas kommt insbesondere als wichtiges Korrektiv zur Verwirklichung des Binnenmarktes zur Geltung, um soziale Verwerfungen und andere unerwünschte Ergebnisse in Folge der Verwirklichung des Binnenmarktes zu unterbinden. Im gewärtigen Stadium der Integration gibt es aber noch keine Europäische Sozialgemeinschaft, die in dieser Intensität mit der Wirtschaftsgemeinschaft vergleichbar wäre.

Wir versuchen auf dem Wege der Rechtsprechung die soziale Dimension Europas vorwärts zu bringen, aber in erster Linie ist dies eine Aufgabe der Politik. Aber auch der Europäische Gerichtshof leistet seinen Beitrag dazu, insbesondere, wenn es im Rahmen der primärrechtlich festgelegten Ziele – Verwirklichung des Binnenmarktes und soziales Europa – zu Zielkonflikten kommt. Der Gerichtshof muss dabei einen gerechten Ausgleich zwischen den beiden Zielen herstellen.

II. Zur Aufgabe des EuGH und den Besonderheiten des europäischen Gemeinschaftsrechts

Die Aufgabe des Europäischen Gerichtshofs ist die Wahrung des Rechts der Europäischen Gemeinschaft. Dieses Recht zeichnet sich im Vergleich zum nationalen Recht durch zwei Eigenschaften aus.

Einerseits gibt es auf einem sehr hohen Abstraktionsniveau formulierte Rechtsnormen, die das Resultat politischer Uneinigkeiten darstellen und daher nicht näher konkretisiert sind. So zeichnen sich zum Beispiel die zwei Ziele – Verwirklichung des Binnenmarktes und soziales Europa – durch eine derartige Abstraktheit und Unbestimmtheit aus, dass der Gerichtshof oft gezwungen ist, rechtspolitische Entscheidungen oder Wertentscheidungen zu treffen. Schließlich kann sich der Europäische Gerichtshof an dieser Stelle keine Rechtsverweigerung leisten, sondern muss, bei gegebener Zuständigkeit, einen ihm vorgelegten Fall auch entscheiden.

Auf der anderen Seite versucht insbesondere das Sekundärrecht, wenn auch auf einer Ebene mit geringerer Bedeutung, sehr präzise und sehr detailliert zu sein. Daher bringen wir mitunter sehr kleinteilige Entscheidungen zu Sachverhalten von eher beschränkter Bedeutung hervor.

Wir haben es also einerseits mit großen Entscheidungen zu tun, die eine Rechtsauslegung und –fortbildung auf einem hohen Abstraktionsniveau leisten, und andererseits mit sehr präzisen Entscheidungen, die auf konkreterem Niveau Auslegungsschwierigkeiten klären.

III. Begegnung sozialer und wirtschaftlicher Ziele

Bei Betrachtung der Ziele Verwirklichung des Binnenmarktes und soziales Europa fällt auf, dass diese Ziele in drei verschiedenen Konstellationen aufeinander treffen.

1. Zielkonflikte

Zunächst finden wir als umstrittenste und meist diskutierte Konstellation einen Konflikt zwischen den beiden Zielen vor. Dieser Konflikt kann sich dergestalt manifestieren, dass die Verwirklichung des sozialen Europas eine Beschränkung des Binnenmarktes zur Folge hätte oder umgekehrt. Das heißt, dass durch die Verwirklichung des Binnenmarktes das soziale Europa nicht zur Geltung kommen würde. Dies ist die schwierigste oder jedenfalls am häufigsten diskutierte, konfliktbehaftete Begegnung der beiden Zielvorstellungen.

Bei genauer Betrachtung gibt es innerhalb dieser Konstellation viele verschiedene Interessen, die zum Ausgleich gebracht werden müssen. Ein Beispiel dafür geben die hier bereits angesprochenen Entsendefälle. In jenen Fällen können die Interessenlagen zweier Mitgliedstaaten, aber auch die Interessen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Entsende- und Aufnahmeland konträr sein. Wiederum können in beiden betroffenen Ländern die Interessen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern miteinander kollidieren. Auf der anderen Seite kann die Interessenlage der Arbeitgeber im Aufnahmeland durchaus ähnlich oder gar deckungsgleich mit dem Interesse der Arbeitnehmer aus dem Entsendeland sein. Auf diese Art und Weise ergeben sich durchaus interessante, aber gleichzeitig sehr komplizierte Interessenlagen, die in Einklang gebracht werden müssen.

Bei diesem Ausgleich muss der Europäische Gerichtshof als supranationale Instanz immer das gesamte Europa im Blick haben. So gilt es zum Beispiel die Interessen von zwei Arbeitnehmern, der eine aus dem Entsendeland, der andere aus dem Aufnahmeland, zum Ausgleich zu bringen.

Wie meine Vorrednerin und Kollegin Frau Kokott erklärt hat, gibt es dafür das juristische Instrument der Abwägung. Genauso wie jedes andere Gericht wägen wir ebenfalls ab. Das Ergebnis einer solchen Abwägung kann natürlich kritisiert werden, wobei die Kritik üblicherweise von der Seite kommt, zu deren Ungunsten der individuelle Abwägungsprozess ausgefallen ist.

2. Verwirklichung sozialer Rechte

Interessanterweise gibt es auch Konstellationen, in denen der Aspekt des sozialen Europas gerade durch die Beseitigung der Beschränkung einer Europäischen Grundfrei-

heit verwirklicht werden kann und muss. Als Beispiel lässt sich hier das Urteil im Fall Watts anführen, worin entschieden worden ist, dass sich Patienten, die in einem Mitgliedstaat zur medizinischen Behandlung berechtigt sind, zur Inanspruchnahme dieser medizinischen Behandlung in einen anderen Mitgliedstaat begeben dürfen und dann Ausgleich der Kosten von der entsprechenden Einrichtung ihres Heimatstaates verlangen können.¹ Diese Konstellation birgt, im Gegensatz zum zuvor Erläuterten, keinen Konflikt der beiden Ziele in sich. Die Förderung des einen Ziels verwirklicht zugleich auch das andere. Dies ist ebenfalls eine Situation, in der der Gerichtshof die Stärkung des sozialen Aspektes in Europa vorantreibt.

3. Diskriminierungsverbote

Drittens gibt es Fälle, in denen das soziale Europa durch die Verwirklichung eines im Primärrecht oder Sekundärrecht verankerten Diskriminierungsverbotes zur Geltung kommt. So verhält es sich etwa bei der Entscheidung in der Rechtssache *Mangold*, die im übrigen gerade wegen der Stärkung des sozialen Aspekts einer gewissen Kritik ausgesetzt war.² Hier kam der soziale Aspekt in der Verwirklichung des Diskriminierungsverbotes wegen Alters zum Vorschein.

IV. Zur Methode des EuGH

1. Die Rolle der Entscheidungsbegründung

Im Folgenden möchte ich noch auf die Methoden eingehen, die der Europäische Gerichtshof anwendet, um in den zuvor beschriebenen Konstellationen den sozialen Aspekt Europas zu stärken.

An erster Stelle stehen dabei die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die vom Gerichtshof zu den Grundrechten und insbesondere den sozialen Rechten entwickelt worden sind. Wir ziehen jedoch auch die Rechtsvergleichung der verschiedenen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen heran, was zugegebenermaßen wenig transparent erscheinen mag. Ein Vorredner sagte, dass die Begründung der Urteile des Europäischen Gerichtshofs oft zu wünschen übrig lässt, dass oftmals nicht alle die Entscheidung tragenden Erwägungen dargestellt werden. Das ist auch aus meiner Sicht bedauerlich und rührt nach meiner Einschätzung wohl auch daher, dass sich der Europäische Gerichtshof von Beginn an der französischen Tradition verpflichtet sah, in der die Begründung seit jeher sehr kurz

1 EuGH v. 16.05.2006, Watts, Rs. C-372/04, Slg. 2006, I-4325.

2 EuGH v. 22.11.2005, Mangold, Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981.

und sehr oberflächlich gehalten war. Daran hat sich aber nach meiner Anschauung schon seit geraumer Zeit viel geändert, so dass die Urteile jetzt deutlich tiefergehender begründet sind im Vergleich zu früheren Entscheidungen. Weiterhin ist auf die besondere Rolle der Schlussanträge der Generalanwälte für das Verständnis der Urteile hinzuweisen. Dennoch besteht in der Urteilsbegründungspraxis des EuGH aus meiner persönlichen Sicht nach wie vor ein gewisser Unterschied zur deutschen Tradition. Dies führt dazu, dass viele Erwägungen und Abwägungen, die der Gerichtshof tatsächlich anstellt, sich nicht in der Urteilsbegründung wiederfinden lassen, so dass es am Ende aussehen könnte, als habe sich der Gerichtshof überhaupt nicht damit befusst. Das kann zu Missverständnissen führen. Dennoch ist aus meiner Sicht eine durchaus positive Entwicklung hin zu sehr eingehenden Urteilsbegründungen zu verzeichnen, in denen die Überlegungen des Gerichtshofs – auch die verworfenen – ausführlich dargestellt werden.

Gesondert möchte ich in diesem Zusammenhang noch auf die rechtsvergleichende Analyse hinweisen, die oftmals einen wichtigen Bestandteil in den das jeweilige Urteil tragenden Überlegungen darstellt. Lediglich in der früheren Rechtsprechung taucht diese rechtsvergleichende Analyse auch tatsächlich im Urteil auf. Gegenwärtig wird oftmals nur das Ergebnis einer derartigen ausführlichen Analyse, die intern angefertigt wurde, lapidar in zwei Sätzen im Urteil festgestellt.

2. *Zwischen judicial activism und self-restraint*

Was die Rechtsfortentwicklung des europäischen Gemeinschaftsrechts angeht, sollte ich noch erwähnen, dass der Europäische Gerichtshof nur notdürftig in den Verträgen wurzelnde Mängel durch Anwendung gewisser rechtlicher Instrumente, Hilfskonstruktionen und der allgemeinen Rechtsgrundsätze beheben bzw. abmildern kann. Denn stets muss er den Vorwurf des *judicial activism* fürchten, wenn er sich zu sehr in die eigentliche Sphäre des Gemeinschaftsgesetzgebers einmischt oder einzumischen scheint. Der EuGH ist daher sehr vorsichtig in seinen Formulierungen. Auf der Skala zwischen *judicial activism* und *self-restraint* befindet sich der EuGH meiner Meinung nach näher am *self-restraint*. Das ist jedoch meine subjektive Einschätzung und mir ist sehr wohl bewusst, dass man das von außerhalb auch anders beurteilen kann. Wenn wir beispielsweise eine notwendige Abwägung vornehmen, ist es klar, dass man eine solche Abwägung kritisieren kann und auch das aus ihr folgende Ergebnis durchaus nicht kritiklos hingenommen werden muss. Jedoch halte ich es doch für fragwürdig, dass man in dem Abwägungsergebnis oft einen Fall von *judicial activism* sieht, nur weil man nach seiner Einschätzung die Abwägung für unrichtig hält.

Der tiefere Grund für dieses Problem liegt freilich darin, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber viele Entscheidungen, auch auf dem Gebiet der sozialen Gestaltung Europas,

wegen Uneinigkeit nicht selbst trifft, was seine Aufgabe wäre, sondern diese Arbeit auf die Rechtsprechung abwälzt.

3. *Orientierung am Gesamtinteresse und Erforderlichkeit des gesamteuropäischen Diskurses*

Jene Arbeit, derer sich der Gemeinschaftsgesetzgeber in der dargestellten Weise entledigt, ist für den Gerichtshof wiederum schwierig. Man darf hier nicht aus den Augen verlieren, dass es nicht nur in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Meinungen, sondern dass es in Europa auch unterschiedliche nationale Diskurse gibt. Wir zum Beispiel nehmen hier in Berlin an einem nationalen Diskurs teil, in dem die Urteile des Gerichtshofs auch aus einem nationalen Blickwinkel heraus beurteilt werden. Es gibt aber 27 solcher Diskurse und die Schwerpunkte können durchaus unterschiedlich sein. So ist zum Beispiel der Meinungsstand im Diskurs zu *Laval*³ in Polen und in Lettland, aber auch in Großbritannien ganz anders als hier in Deutschland. Mein Wunsch wäre es, einen stärker integrierten, öffentlichen wie juristischen gesamteuropäischen Diskurs zu führen, der bereits in der Lage ist, die unterschiedlichen Interessenlagen der Mitgliedstaaten zu berücksichtigen. Dies wäre für den Gerichtshof von herausragender Bedeutung. Ein solcher Diskurs existiert zwar bereits, ist jedoch von relativ geringer Intensität. Das ist eine Frage der stärkeren Integration der Öffentlichkeit in Europa, die bisher nur langsam vorangekommen ist.

In der Praxis stellt sich das oft so dar, dass der Gerichtshof versucht so wenig wie möglich weitgehende Grundsatzentscheidungen zu treffen. Es wird wirklich nur das entschieden, was in dem konkreten Fall unbedingt nötig ist und der Rest bleibt den Mitgliedstaaten und den anderen Gemeinschaftsorganen überlassen.

Das führt zu Weilen zu einer erschwerten Lesbarkeit des Urteilstenors, aber wir versuchen zum Beispiel in den Vorabentscheidungsverfahren stets soviel als möglich den nationalen Gerichten zu überlassen, da gerade die nationalen Gerichte die primären Gemeinschaftsgerichte sind. Soweit wir jedoch nicht auf die nationale Ebene zurückverweisen können, sind wir gezwungen doch zu entscheiden, zum Beispiel um einen Ausgleich zwischen verschiedenen Zielrichtungen einer Gemeinschaftsnorm zu erreichen. Dabei sind wir als Gericht natürlich an die Verträge gebunden und wir versuchen mit Augenmaß einen möglichst gerechten Ausgleich zu finden. Eine Aufgabe, die manchmal besser und manchmal vielleicht schlechter gelingt.

Wir wollen uns jedoch keinesfalls einer in der Öffentlichkeit stattfindenden Kritik verschließen und haben auch durchaus Anlass das eine oder andere selbstkritisch zu betrachten. Nicht nur, dass wir, wie jedes andere Gericht auch, mit Kritik leben können

3 EuGH v. 18.12.2007, *Laval*, Rs. C-341/05, Slg. 2007, I-11767.

müssen, wir sind im Gegenteil auch dankbar für eine sachgerechte Kritik. Denn sie ermöglicht es das Problembewusstsein zu schärfen.

Ich möchte jedoch an dieser Stelle nochmals betonen, dass der Gerichtshof immer das gesamte Europa im Blick hat und haben muss und daher auf einen Ausgleich auf gesamteuropäischer Ebene hinwirken muss. Diese Tatsache gilt es, meiner persönlichen Überzeugung nach, bei nationalen Diskursen und Streitständen stets zu berücksichtigen. Denn der Ausgleich muss ein Ausgleich sein, der dann in allen 27 Mitgliedstaaten als mehr oder weniger gerecht empfunden werden kann. Fokussiert man eine Diskussion jedoch lediglich auf eine nationale Ebene, gelangt man im Rahmen des Findungsprozesses für einen gerechten Ausgleich häufig zu einem anderen Ergebnis, das, vom europäischen Standpunkt aus gesehen, verzerrt wäre.

Da wir als Europäischer Gerichtshof immer Gesamteuropa im Blick haben, wäre es für uns daher auch sehr nützlich, ein gesamteuropäisches Feedback zu bekommen.

Es wird schließlich häufig angeführt, dass Europa an einem Mangel an politischer Öffentlichkeit leidet. Das ist in der Tat ein wichtiges politisches und legitimatorisches Problem für die Europäische Union. Aber es wäre meiner Meinung nach auch wichtig und ein Schritt in die richtige Richtung, wenn es uns gelänge, wenigstens die juristische Öffentlichkeit auf europäischer Ebene zu stärken und einen entsprechenden integrierten juristischen Diskurs zu schaffen, was für die europäische Juristenwelt und für unseren Gerichtshof ein großer Fortschritt wäre.

Das soziale Europa aus der Perspektive der deutschen Gerichtsbarkeit

Ulrich Koch

Erste These	46
Zweite These	47
1. Vorbemerkung	48
2. Fehlende Verankerung in den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten	48
3. Mögliche Berücksichtigung des nationalen Rechts bei der gemeinschaftsrechtlichen Ausgestaltung des Streikrechts	49
4. Widersprüche in der Ausgestaltung des Streikrechts durch den europäischen Gerichtshof gegenüber dem nationalem Recht	50
5. Die Abwägung zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten	50
6. Die Prüfung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit	51
7. Die Konkurrenzsituation zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht	52
Dritte These	53
1. Die Entscheidung Werhof	54
2. Der Super-GAU – der Konflikt zwischen Gemeinschafts- und nationalem Verfassungsrecht	54

Mit meinen Ausführungen werde ich nicht in das teilweise in der Politik und bei den Verbänden zu vernehmende Klagelied darüber einstimmen, dass der Europäische Gerichtshof einem Sozialdumping Vorschub leistet. Eine solche Bewertung der Rechtsprechung des Gerichtshofs, noch dazu im Rahmen dieser Veranstaltung, steht mir nicht zu. Ich werde mich im Folgenden auf drei Themen mit einem Bezug zu meiner richterlichen Tätigkeit beschränken, die ich auch wegen der mir zur Verfügung stehenden Zeit nur kurz anreißen kann, von denen ich aber hoffe, dass sie interessant genug sind, von Ihnen in der Diskussion aufgegriffen zu werden.¹

Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts eröffnet der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit die Möglichkeit, das nationale Recht und seine vermeintlich nicht mehr zeitgemäßen Regelungen unbeachtet zu lassen. Kommt es aber zu einem Nebeneinander

1 Auf Grund der mir zur Verfügung stehenden Zeit sind lediglich die Ausführungen zur Zweiten These - und diese auch nur in einer verkürzten Form - vorgetragen worden.

besser noch - zu einem Miteinander von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht - werden sowohl der Europäische Gerichtshof wie auch die deutschen Arbeitsgerichte immer wieder vor neue Herausforderungen gestellt. Über drei aus meiner Sicht aktuelle Bauvorhaben im Rahmen der Großbaustelle „Gemeinschaftsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit“ möchte ich gerne sprechen.

Es geht zunächst um die Frage der Anwendbarkeit der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts im nationalen Recht. Anschließend werde ich im Bereich des kollektiven Rechts auf mögliche Friktionen zwischen den beiden Rechtsquellen eingehen und mit Ausführungen zu zwei aktuellen Konfliktfällen zwischen dem Gemeinschaftsrecht und dem nationalen Recht schließen. Den Schwerpunkt der Betrachtungen werden dabei die Entscheidungen des Gerichtshofs in den Rechtssachen Mangold, Viking und Werhof bilden. Die Urteile in den Verfahren Rüffert und teilweise auch Laval mögen zwar für die Politik einen Handlungsbedarf begründen, sie haben aber – anders als die erstgenannten Entscheidungen – für die Gerichtsbarkeit keine herausragende Wirkung.

Erste These

Es fehlen präzise Kriterien, nach denen ein nationales Gericht beurteilen kann, ob ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts auf den von ihm zu beurteilenden Sachverhalt anzuwenden ist.

Ausgangspunkt für diese These ist der Sachverhalt, der der Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache Mangold zugrunde lag. Zwei offenbar gut miteinander bekannte Rechtsanwälte hatten einen befristeten Arbeitsvertrag geschlossen und seine Rechtfertigung ausschließlich auf § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG in der bis zum 30. April 2007 geltenden Fassung gestützt, und damit auf eine Vorschrift, die sie beide für unwirksam hielten. Das Arbeitsgericht München hatte zumindest Zweifel an der Vereinbarkeit von § 14 Abs. 3 TzBfG mit dem Gemeinschaftsrecht und legte diese Frage dem Gerichtshof im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens vor.

Der Gerichtshof hat auf den Sachverhalt, in der es ausschließlich um die Rechtfertigung einer sachgrundlosen Befristung zwischen zwei Privatpersonen ging, den primärrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf herangezogen, der Diskriminierungen in Hinblick auf das Alter entgegensteht. Der Gerichtshof hat sich bei seinen Aussagen zum Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts auf die Feststellung beschränkt, dass die in § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG aF enthaltene Regelung in den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt, weil der nationale Gesetzgeber mit dem TzBfG die Vorgaben der Richtlinie 1999/70 umsetzen wollte. Der Gerichtshof hat dazu weiter ausgeführt, dass damit alle nationalen Maßnahmen erfasst seien, die die Erreichung des mit der (Befristungs-)Richtlinie verfolgten Zieles gewährleisten sollen, ein-

schließlich derjenigen, mit denen nach der eigentlichen Umsetzung die bereits erlassenen nationalen Rechtsvorschriften ergänzt oder geändert werden.

Die Befristungsrichtlinie dient aber nur dazu,

- durch die Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung die Qualität befristeter Arbeitsverhältnisse zu verbessern;
- einen Rahmen zu schaffen, der den Missbrauch durch aufeinander folgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse verhindert.

Keines der beiden Ziele steht mit dem in der Entscheidung Mangold behandelten Sachverhalt in Beziehung. Bei dem zur Prüfung gestellten befristeten Arbeitsvertrag handelte es sich um den erstmaligen Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags, so dass ein Missbrauch durch aufeinander folgende befristete Arbeitsverträge ausgeschlossen war. Auch eine Diskriminierung von Herrn Mangold gegenüber einem unbefristet beschäftigten Arbeitnehmer ist nach dem mitgeteilten Sachverhalt nicht geltend gemacht worden. Die einzige Verbindung, die ich sehe, ist der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags, dessen Rechtfertigung sich nach den Bestimmungen des TzBfG bestimmte.²

Wie hätte ein nationales Gericht bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist der Gleichbehandlungsrichtlinie entscheiden müssen, wenn die Bundesrepublik innerhalb der Umsetzungsfrist der Gleichbehandlungsrichtlinie § 1 des Kündigungsschutzgesetzes um einen Absatz ergänzt hätte, nach dem für die Zeit von drei Jahren unbefristet eingestellte Arbeitnehmer, die das 52. Lebensjahr vollendet haben, erst nach Ablauf von 24 Monaten Kündigungsschutz erwerben? Wäre eine solche Regelung auch in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts gefallen?

Zweite These

Der Einfluss des nationalen Rechts auf Arbeitskämpfe mit Gemeinschaftsbezug ist für die deutschen Arbeitsgerichte durch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs nur teilweise geklärt.

Der Europäische Gerichtshof hat in der Entscheidung in der Rechtssache Viking das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme einschließlich des Streikrechts als Grundrecht anerkannt, welches fester Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts sei.³ Ich werde nachfolgend darauf eingehen, welche Vorgaben diese

2 Zweifel an der Reichweite des Grundsatzes der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf haben den Dritten Senat des BAG zu einem Vorabentscheidungsersuchen veranlasst, BAG vom 27. Juni 2006, 3 AZR 352/05 (A), BAGE 118, 340 = AP BetrAVG § 1b Nr. 6 = EzA Richtlinie 2000/78 EG-Vertrag 1999 Nr. 2, Rn. 29.

3 EuGH vom 11. Dezember 2007, C-438/05 (Viking), EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 141 = NZA 2008, 124, Rn. 44.

und die nachfolgende Entscheidung Laval für die deutschen Arbeitsgerichte enthält und ob dieses „Rüstzeug“ für eine Streitentscheidung ausreichend bemessen ist.

1. Vorbemerkung

Die Anerkennung eines Grundrechts auf kollektive Maßnahmen einschließlich des Streikrechts ist meines Erachtens zu begrüßen. Dies gilt aber nur eingeschränkt für seine dogmatische Herleitung und die inhaltliche Ausgestaltung des Grundrechts. Allerdings können die genannten Entscheidungen wegen der Besonderheiten in den zugrunde liegenden Sachverhalten wohl nur ein erster Fingerzeig auf die zukünftige gemeinschaftsrechtliche Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts sein. In beiden Entscheidungen ging es nicht um einem gewerkschaftlich getragenen Streik von Arbeitnehmern gegen ihren eigenen Arbeitgeber zur Verbesserung ihrer Arbeitsbedingungen. Bei den Kollektivmaßnahmen handelte es sich ausschließlich oder zumindest in der Hauptsache um Boykottmaßnahmen, die sich gegen grenzüberschreitende Marktaktivitäten eines Dritten richteten.⁴

2. Fehlende Verankerung in den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten⁵

Trotz des Vorbehalts in Art. 137 Abs. 5 des EG-Vertrags, der von der Regelungskompetenz der Gemeinschaft ua. das Koalitionsrecht, das Streikrecht und das Ausspernungsrecht ausnimmt, hat der Europäische Gerichtshof das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme einschließlich des Streikrechts als Grundrecht anerkannt, welches fester Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts sei.⁶

Der Gerichtshof hat in der Vergangenheit ungeschriebene Gemeinschaftsgrundrechte aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und den völkerrechtlichen Verträgen insbesondere der EMRK abgeleitet. Dies beruht letztlich auf Art. 6 Abs. 2 des Vertrags über die Europäische Union, mit dem die vorangegangene Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Herleitung von Gemeinschaftsgrundrechten übernommen worden ist.⁷ Von diesen Vorgaben scheint sich der Gerichtshof in seinen Urteilen in den Rechtssachen Viking und Laval zumindest teilweise gelöst zu haben. Er hat das Grundrecht nicht auf die gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten ge-

⁴ *Rebhahn* ZESAR 2008, 109, 114.

⁵ An dieser Stelle sei ausdrücklich auf die im Rahmen des Symposiums gehaltenen Ausführungen von Frau *Kokott* (S. 23 ff.) und Herrn *Rebhahn* (S. 17 ff.) verwiesen.

⁶ EuGH vom Dezember 2007, Viking, C-438/05, EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 141 = NZA 2008, 124, Rn. 44.

⁷ EuGH 14. Mai 1974, Nold, Rs. 4/73, EuGHE 1974, 491.

stützt,⁸ sondern auf vier internationale Abkommen, von denen eines – die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – noch nicht rechtsverbindlich ist. Auch in den weiteren vom Gerichtshof angeführten Abkommen haben nicht alle Mitgliedstaaten das Streikrecht für sich als verbindlich anerkannt.⁹

3. Mögliche Berücksichtigung des nationalen Rechts bei der gemeinschaftsrechtlichen Ausgestaltung des Streikrechts

Weil der Gerichtshof das Streikrecht ua. aus Art. 28 der Grundrechtscharta herleitet, der neben dem Gemeinschaftsrecht auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten Bezug nimmt, geht er in den Entscheidungen *Viking* und *Laval* auf den Inhalt des finnischen¹⁰ bzw. schwedischen¹¹ Rechts ein und stellt fest, dass sich das Gemeinschaftsrecht bei gemeinschaftsbezogenen Arbeitskämpfen wegen des jeweils im nationalen Recht vorhandenen Vorbehalts durchsetzt. Dass man einen solchen Vorbehalt auch für das deutsche Recht anerkennen muss, kann vom Ergebnis her schwerlich in Frage gestellt werden.¹² Allerdings ist der Gerichtshof – stärker als bisher erkennbar – gehalten, bei der Ausgestaltung des Grundrechts auf kollektive Maßnahmen dem Arbeitskampfrecht des jeweiligen Mitgliedstaats einen größeren Einfluss einzuräumen. Dies folgt aus dem in Art. 137 Abs. 5 EG ausdrücklichen enthaltenen Vorbehalt zu Gunsten der Mitgliedstaaten.¹³

-
- 8 Der dabei gebotene Rekurs auf die Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts in den Mitgliedstaaten hätte möglicherweise auch keinen gemeinschaftsweit anerkannten Mindestanstandart ergeben, auf dessen Grundlage ein Gemeinschaftsgrundrecht hätte hergeleitet werden können.
- 9 Dazu ausführlich *Rebhahn* ZESAR 2008, 109, 110 ff.; die Herleitung und die inhaltliche Ausgestaltung eines so bedeutenden Gemeinschaftsgrundrechts, dass sich nicht mehr – und insbesondere nicht in der vom Gerichtshof gegebenen Form – an gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und den von ihnen abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträgen orientiert, wird – wie schon die Herleitung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf – die Frage nach einer entsprechenden Kompetenz des Gerichtshofs aufwerfen.
- 10 EuGH vom 11. Dezember 2007, *Viking*, C-438/05, EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 141 = NZA 2008, 124, Rn. 44: „Außerdem kann das Streikrecht, wie aus Randnr. 5 des vorliegenden Urteils hervorgeht, nach finnischem Recht u. a. dann nicht ausgeübt werden, wenn der Streik gegen die guten Sitten, das innerstaatliche Recht oder das Gemeinschaftsrecht verstoßen würde.“
- 11 EuGH vom 18. Dezember 2007, *Laval*, C-341/05, EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 142 = NZA 2008, 159, Rn. 92: „Es trifft zwar zu, wie die schwedische Regierung in Erinnerung ruft, dass das Recht auf Durchführung kollektiver Maßnahmen in Schweden ebenso wie in anderen Mitgliedstaaten den Schutz der Verfassung genießt, doch ändert dies nichts daran, dass, wie sich aus Randnr. 10 des vorliegenden Urteils ergibt, dieses Recht, das in diesem Mitgliedstaat die Blockade von Baustellen umfasst, nach der schwedischen Verfassung ausgeübt werden kann, wenn gesetzliche oder vertragliche Bestimmungen dem nicht entgegenstehen.“
- 12 Dafür auch *Zwanziger*, DB 2008, 294, 295, der Art. 23 Abs. 1 GG als ausreichende Ermächtigungsnorm ansieht.
- 13 Im Rahmen meines Vortrags habe ich hierzu die Frage nach der dogmatischen Verankerung des Vorbehalts und seiner Existenz im nationalen Recht aufgeworfen.

4. Widersprüche in der Ausgestaltung des Streikrechts durch den europäischen Gerichtshof gegenüber dem nationalem Recht

Nach der Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache Viking ist die durch das Grundrecht auf kollektive Maßnahmen geschützte gemeinschaftsrechtliche Position teilweise weiter gehend als nach nationalem Recht. Der Gerichtshof hat weder die Übernahme der Arbeitskampfmaßnahmen durch eine Gewerkschaft gefordert noch hervorgehoben, dass die kollektiven Maßnahmen auf ein tariflich regelbares Ziel gerichtet sein müssen. Daher müssten – anders als nach nationalem Recht – auch ein wilder, d.h. gewerkschaftlich nicht getragener Streik und andere kollektive Maßnahmen zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen wie zB. die Ausübung eines kollektiven Zurückbehaltungsrechts oder ein kollektiver Widerspruch gegen einen Betriebsübergang von dem Gemeinschaftsgrundrecht geschützt sein. Gleiches könnte für einen reinen Sympathie- oder einen politischen Streik gelten.

Insoweit ist die Anerkennung des Streikrechts für die Verbände durchaus ambivalent: die Ausgestaltung des Arbeitskampfes durch Art. 9 Abs. 3 GG schützt den Arbeitgeber vor unzulässigen Kampfformen und -mitteln der Gewerkschaft. Er müsste aber einen auf ein tariflich nicht regelbares Ziel gerichteten Arbeitskampf hinnehmen, wenn der Arbeitskampf wegen der gewerkschaftlichen Forderung in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt und die geltend gemachte Forderung den Anforderungen des gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips genügt.

Zu diesen Friktionen gegenüber dem nationalen Recht kommt eine weitere Problematik hinzu, die der dogmatischen Herleitung des Streikrechts geschuldet ist. Art. 28 der Grundrechtscharta gewährt das Recht auf Kollektivmaßnahmen ua. nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Wird daher das Streikrecht bei gemeinschaftsrechtsrelevanten Arbeitskämpfen einer doppelten Schranke unterworfen? Müssen die kämpfenden Verbände bei der Wahrnehmung des „Grundrechts“ danach sowohl die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben als auch die des nationalen Rechts beachten?

5. Die Abwägung zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten

Zu den zu Recht als problematisch angesehenen Teilen der Entscheidung Viking gehört das Verhältnis der Grundfreiheiten zu den Gemeinschaftsgrundrechten. Dabei wählt der Gerichtshof bei seiner Prüfung einen gegenüber seiner Entscheidung in der Rechtssache Schmidberger veränderten Ansatz. Dort hatte er noch ausgeführt, dass die Anwendung der dort betroffenen Grundrechte der Meinungs- und Versammlungsfreiheit mit den Erfordernissen hinsichtlich der durch den Vertrag geschützten Rechte in

Einklang gebracht werden und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen muss.¹⁴ Dies konnte als Anzeichen für die Gleichrangigkeit der widerstreitenden Interessen angesehen werden. Ähnliche Formulierungen verwendet er zwar auch in der Rechtssache Viking,¹⁵ eine Einschränkung der Grundfreiheiten im Lichte der Grundrechte und eine Abwägung zwischen „wirtschaftlichen Freiheiten“ und „sozialen Grundrechten“ im Sinne einer praktischen Konkordanz unterbleibt jedoch.¹⁶ Ein solcher Ansatz zu Gunsten der Grundfreiheiten wirkt sich jedoch notwendigerweise auf die inhaltliche Prüfung des Eingriffs und ihr Ergebnis aus. Ist die Tarifforderungen erhebende Arbeitnehmerseite bei einem Arbeitskampf in Zukunft nach Europarecht stets gezwungen, ihre Forderungen und Kampfmittel – ggf. vor den Arbeitsgerichten – zu rechtfertigen?

6. Die Prüfung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit

Steht fest, dass der Arbeitskampf in eine oder vielleicht sogar mehrere Grundfreiheiten eingreift, ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs über die „Rechtfertigung“ dieses Eingriffs nach Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten zu entscheiden. Die Rechte aus den Grundfreiheiten müssen gegen die mit der Sozialpolitik verfolgten Ziele abgewogen werden.¹⁷ Im Rahmen dieser Abwägung wird vom Gerichtshof der Inhalt des Gemeinschaftsgrundrechts nicht mehr erwähnt. Diese Beurteilung obliegt dem nationalen Gericht, das „allein für die Beurteilung des Sachverhalts und die Auslegung der nationalen Rechtsvorschriften zuständig ist, zu bestimmen, ob und inwieweit die genannte kollektive Maßnahme diesen Anforderungen entspricht“.¹⁸

Für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit macht der Gerichtshof dem nationalen Gericht in der Entscheidung Viking nur wenige Vorgaben, lediglich dass es an einem legitimen Ziel für die Arbeitskampfmaßnahmen fehlt, wenn „die fraglichen Arbeitsplätze oder Arbeitsbedingungen nicht gefährdet oder ernstlich bedroht waren“.¹⁹ Diese Ein-

14 EuGH vom 12. Juni 2003, Schmidberger, C-112/00, EuGHE I 2003, 5659, Rn. 74.

15 EuGH vom 11. Dezember 2007, Viking, C-438/05, EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 141 = NZA 2008, 124, Rn. 79.

16 *Blanke*, Die Entscheidungen des EuGH in den Fällen Viking, Laval und Rueffert – Domestizierung des Streikrechts und europaweite Nivellierung der industriellen Beziehungen, in: Oldenburger Studien zur Europäisierung und zur transnationalen Regulierung, S. 12, abzurufen unter <http://www.uni-oldenburg.de/etro/31251.htm>; *Kocher* ArbuR 2008, 13, 14 f.; *Zwanziger*, DB 2008, 294, 295 f.

17 EuGH vom 18. Dezember 2007, Laval, C-341/05, EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 142 = NZA 2008, 159, Rn. 104 f.; 11. Dezember 2007, Viking, C-438/05, EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 141 = NZA 2008, 124, Rn. 78 f.

18 EuGH 11. Dezember 2007, Viking, C-438/05, EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 141 = NZA 2008, 124, Rn. 85.

19 EuGH 11. Dezember 2007, Viking, C-438/05, EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 141 = NZA 2008, 124, Rn. 81.

schränkung ist für Tarifauseinandersetzungen um bessere Arbeitsbedingungen oder den Erhalt von gefährdeten Arbeitsplätzen nicht von Bedeutung.

7. Die Konkurrenzsituation zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht

Nach den Entscheidungen Viking und Laval wird zukünftig zwischen Arbeitskämpfen zu differenzieren sein, in denen die Grundfreiheiten der betroffenen Unternehmen beeinträchtigt werden und die deshalb in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen und solchen ohne Gemeinschaftsbezug, die sich wie bisher nach nationalem Recht beurteilen. Maßgeblich ist danach, ob auf Seiten der betroffenen Unternehmen durch die erhobenen Forderungen in die Grundfreiheiten des EG-Vertrags eingegriffen werden soll.

Als solche kommen nach der Entscheidung des Gerichtshofs insbesondere die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG), die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG) und wohl auch die Warenverkehrsfreiheit des Art. 28 EG in Betracht.²⁰ Die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG) wird nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs beeinträchtigt, wenn es sich um eine kollektive Maßnahme handelt, die im Fall ihrer Durchsetzung geeignet wäre, es für das betroffene Unternehmen weniger attraktiv und sogar zwecklos zu machen, von seiner Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen.²¹ Die Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EG ist betroffen, wenn die geforderten Arbeitsbedingungen für die entsandten Arbeitnehmer über die in dem anderen Mitgliedstaat für die dort beschäftigten Arbeitnehmer geltenden Mindestarbeitsbedingungen hinausgehen.²²

Zumindest die vom Gerichtshof verwandte Formulierung des Eingriffs in die Niederlassungsfreiheit erlaubt keine trennscharfe Abgrenzung von Arbeitskämpfen, die sich nach Gemeinschaftsrecht bzw. nach nationalem Recht beurteilen. So dürfte die Niederlassungsfreiheit noch nicht bei einer gewerkschaftlichen Forderung auf Abschluss eines Tarifsozialplans betroffen sein, der die Verlagerung eines Unternehmens in einen anderen Mitgliedstaat „verteuert“. ²³ Eindeutig ist das aber nicht. Ebenso bleibt fraglich, ob eine gegenüber einer ausländischen Gesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat oder ihrer deutschen Tochter erhobene Tarifforderung zu einem Gemeinschaftsbezug führt, weil der mit einem Tarifvertragsabschluss verbundene Anstieg der Personalkosten die Attraktivität des hiesigen Standorts schmälert.

Ist für ein nationales Arbeitsgericht zweifelhaft, ob ein Arbeitskampf, dessen Rechtmäßigkeit es zu beurteilen hat, in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts

20 Dazu *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 116 f.

21 EuGH vom 11. Dezember 2007, Viking, C-438/05, EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 141 = NZA 2008, 124, Rn. 72.

22 EuGH 18. Dezember 2007, Laval, C-341/05, EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 142 = NZA 2008, 159, Rn. 99.

23 Ebenso *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 115; anders wohl *Temming*, ZESAR 2008, 231, 241.

fällt, ist es im Rahmen des Art. 243 EG berechtigt bzw. verpflichtet, über die Reichweite der Grundfreiheiten den Gerichtshof im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens anzurufen. Dieses könnte zB. die Frage betreffen, ob ein Streik bei Eisenbahngesellschaften die Warenverkehrsfreiheit beeinträchtigt oder auch ein politischer Streik von dem Grundrecht auf kollektive Maßnahmen geschützt wird.

Korrigiert der Gerichtshof seine umstrittene Dogmatik zum Verhältnis von Grundfreiheiten und „Grundrechten“ nicht, so bleibt für die Berücksichtigung der bisherigen Grundsätze des nationalen Arbeitskampfrechts nur die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Rechtfertigung des Eingriffs in die Grundfreiheiten. An dieser Stelle ist – spätestens – der Vorbehalt des Art. 137 Abs. 5 EG von Bedeutung. Dieser ermöglicht den nationalen Gerichten eine gemeinschaftsrechtsgeleitete Prüfung unter Heranziehung der in der Vergangenheit von Bundesverfassungsgericht und Bundesarbeitsgericht entwickelten Grundsätze. Die gerichtliche Kontrolle des Umfangs der erhobenen Tarifforderungen oder die Wahl der zu ihrer Durchsetzung eingesetzten Mittel würde danach – von Extremfällen abgesehen – auch zukünftig unterbleiben.

Dritte These

Der Europäische Gerichtshof sollte in Entscheidungen, die das Recht der Mitgliedstaaten erstmals dem Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts unterwerfen, einen nachvollziehbaren Begründungsansatz wählen.²⁴

Die teilweise auf die Mitteilung des Ergebnisses und eine aus sich heraus nur schwer nachvollziehbare Begründung beschränkte Darstellung der Entscheidungen des Gerichtshofs stellen die nationalen Gerichte vor Probleme. Eine etwas ausführlicher begründete Entscheidung des Gerichtshofs würde vielfach ihre Akzeptanz erhöhen und erneute Vorabentscheidungsverfahren vermeiden, die für alle an einem solchen Verfahren beteiligten Personen und Stellen einen beträchtlichen Aufwand bedeuten. Dies gilt insbesondere, wenn der Gerichtshof den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausweitet oder neue und ausfüllungsbedürftige Rechtsgrundsätze aufstellt. Ansonsten läuft die betreffende Entscheidung des Gerichtshofs Gefahr, von den Gerichten der Mitgliedstaaten nicht oder nicht zutreffend gewürdigt zu werden. Dazu zwei aktuelle Beispiele:

24 Auch dieser Teil konnte aus Zeitgründen nicht mündlich vorgetragen werden.

1. Die Entscheidung Werhof

Das Vorabentscheidungsersuchen des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf betraf – kurz zusammengefasst – die Auslegung einer vertraglichen Bezugnahmeklausel auf einen Tarifvertrag im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang. In diesem Zusammenhang führte der Gerichtshof sinngemäß und ohne weitere Begründung aus, dass eine Auslegung der vertraglichen Verweisklausel als „dynamisch“ für den Betriebserwerber zu einer Beeinträchtigung seines Grundrechts auf negative Koalitionsfreiheit führen könnte.²⁵ Die Vorstellung von einem Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit des Arbeitgebers durch Bindung eben dieses Arbeitgebers an den von ihm vorformulierten Arbeitsvertrag erscheint – nicht nur mir – nicht mehr nachvollziehbar. Möglicherweise hat der Gerichtshof bei seiner Entscheidungsfindung nicht hinreichend bedacht, dass es im Streitfall nicht um eine besondere Form von Tarifbindung, sondern schlicht um Vertragsfreiheit geht. Dass diese Verpflichtung aus dem Arbeitsvertrag dann auch den Betriebserwerber trifft, ist Folge des Art. 3 Abs. 1 der Betriebsübergangsrichtlinie. So stehen weitere Nachfragen der deutschen Gerichte zu erwarten.

2. Der Super-GAU – der Konflikt zwischen Gemeinschafts- und nationalem Verfassungsrecht

Die gleichermaßen in der Begründung knapp abgefasste Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache Mangold ist auf breite Kritik gestoßen, die dem Gerichtshof ua. eine Überschreitung seiner Kompetenzen vorwarf und sich für die Unverbindlichkeit des Unanwendbarkeitsausspruchs aussprach.²⁶ Der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts ist dem nicht gefolgt. Er hat versucht, die Entscheidungsgründe seinerseits auszulegen und hat angenommen, dass der Gerichtshof die ihm durch die deutschen Zustimmungsgesetze zu den Europäischen Verträgen übertragenen Kompetenzen nicht überschritten hat.²⁷ Vor der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist diskutiert worden, ob der erkennende Senat den Europäischen Gerichtshof erneut anzurufen sollte, um ihn Gelegenheit zur Ergänzung seines primärrechtlichen Prüfungsansatzes zu geben. Bei einer etwas breiteren und nachvollziehbareren Darstellung des primärrechtlichen Prüfungsansatzes wäre diese Diskussion sicherlich nicht oder nicht in dieser Schärfe geführt worden. Gegen diese Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts hat die unterlegene Arbeitgeberin Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht eingelegt.²⁸ Ich

25 EuGH vom 9. März 2006, Werhof, C-449/04, EuGHE I 2006, 2397 = AP Richtlinie 77/187/EWG Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 44, Rn. 34.

26 Bauer/Arnold, NJW 2006, 6, 8; wohl auch Nicolai, DB 2005, 2641, 2642.

27 BAG 26. April 2006, 7 AZR 500/04, BAGE 118, 76 = AP TzBfG § 14 Nr. 23 = EzA TzBfG § 14 Nr. 28, Rn. 17.

28 Az. 2 BvR 2661/06.

bin mir bis heute nicht im Klaren darüber, welchen Inhalt ein erneutes Vorabentscheidungsverfahren hätte haben können. Über die Frage, ob der Europäische Gerichtshof eine von den deutschen Zustimmungsgesetzen zu den Europäischen Verträgen nicht mehr gedeckte Rechtsfortbildung vorgenommen hat, kann nach meinem Dafürhalten – wenn überhaupt – nur das Bundesverfassungsgericht verbindlich entscheiden. Art. 100 des Grundgesetzes lässt aber nach seinem Wortlaut eine so begründete Richtervorlage an das Bundesverfassungsgericht nicht zu. Dieser Zustand ist aus meiner Sicht unbefriedigend.

Möglicherweise hat das Bundesverfassungsgericht bei seiner Entscheidung über die gegen die Entscheidung des Siebten Senats eingelegte Verfassungsbeschwerde Veranlassung, für die Konfliktfälle bei der Abgrenzung von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht klare Vorgaben aufzustellen. Dann allerdings wäre der fragwürdige befristete Arbeitsvertrag zwischen den Rechtsanwälten Werner Mangold und Rüdiger Helm nicht nur durch die denkwürdige Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs, sondern auch noch durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, durch die das Verhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht austariert würde, ein weiteres Mal geädelt.

Diskussionsbericht

Diskussionsleitung: *Ulrich Becker*

Die erste Frage richtete sich an *Levits* und bezog sich darauf, ob die in den einzelnen Mitgliedstaaten geführten Diskussionen über die ergangenen Urteile des EuGH bei den EuGH-Richtern Beachtung fänden. *Levits* betonte, dass der EuGH allen 27 Mitgliedstaaten die gleiche Beachtung schenke. Politische Diskussionen, die nur in einzelnen Mitgliedstaaten geführt werden, spielten für die Richter bei ihrer Entscheidung keine gewichtige Rolle, da die EuGH-Richter streng nach juristischer Methode entscheiden würden und dabei der europäischen Gesamtperspektive verpflichtet seien. Sie seien keine Vertreter ihrer Staaten. Jedoch würden die verschiedenen fachlichen Diskurse, die durch die unterschiedliche Interessenlage der einzelnen Mitgliedsstaaten oder auch der betroffenen Sozialpartner bedingt seien, den EuGH-Richtern wertvolle Anregungen geben.

In der Diskussion wurde *Levits'* These aufgegriffen, dass die Europäische Gemeinschaft zunächst eine Wirtschaftsgemeinschaft gewesen sei und sich das Ziel eines sozialen Europas erst nach und nach entwickelt habe. Dem wurde entgegengehalten, dass soziale Fragestellungen von Anfang an Beachtung gefunden hätten, nur eben im Rahmen der nationalen Sozialpolitik. Auch der sehr differenzierte Zuständigkeitskatalog im heutigen Artikel 137 EG-V zum kollektiven Arbeitsrecht solle nicht bedeuten, dass kollektives Arbeitsrecht für die Gemeinschaft unwichtig sei, sondern dass dieses in erster Linie weiterhin durch die Mitgliedstaaten gewährleistet werden solle. Die Mitgliedstaaten hätten sich zu dieser Konzeption bekannt. Der EuGH müsse daher diese Aufteilung achten und den Mitgliedstaaten ausreichend Raum für ihre nationale Sozialpolitik lassen. Dies gelte umso mehr, als der EuGH als Erster in der Entscheidung *Rush Portuguesa*¹ im Fall der Entsendung ausländischer Arbeitnehmer die Bedeutung nationaler Regelungen hervorgehoben und der Entsenderichtlinie damit den Weg bereitet habe. Daher sei es nicht akzeptabel und mit der Tradition des EuGH auch nicht vereinbar, wenn Art. 3 Absatz 7 der Entsenderichtlinie, der eine weitergehende nationale Sozialpolitik ermögliche, nicht ausreichend Beachtung geschenkt werde. Auch die Diskussion um einen Mindestlohn zeige, dass nationale Besonderheiten berücksichtigt werden müssten. Während das Tarifentgelt in manchen Staaten gleichzeitig das Höchstentgelt sei, gebe es in Deutschland zusätzlich zum Tarifentgelt übertarifliche Zulagen, so dass in Deutschland ein Tariftreuegesetz ein Gesetz nur über den tariflichen Mindestlohn sei. Unter

1 EuGH vom 27.3.1990, *Rush Portuguesa/Office national d'immigration*, Rs. C-113/89, Slg. 1990, I-1417.

Wahrung solcher nationaler Besonderheiten müsse ein offener Diskurs geführt werden, der die wirtschaftliche und sozialpolitische Situation in den Mitgliedstaaten einbeziehe.

Wenn das Gleichgewicht zwischen Wirtschaftsverfassung auf Europaebene und Sozialverfassung auf nationaler Ebene gestört sei, komme es zu einer erneuten Diskussion über das Demokratiedefizit Europas. Dieses Gleichgewicht sei Teil der demokratischen Verfassung, denn die nationale Zuordnung des Sozialen sei Teil der politischen Konstruktion Europas insgesamt. *Levits* sprach die Problematik des Demokratiedefizits an, konnte im Rahmen der gegebenen Zeit jedoch nicht auf dieses große Thema näher eingehen. Er gab zu bedenken, dass der Vertrag in bestimmten Bereichen zwar durchaus ein Gleichgewicht zwischen Binnenmarkt und nationaler Sozialordnung vorgesehen habe, dabei seien die Grundfreiheiten auf die Verwirklichung des Binnenmarktes ausgerichtet. Die sozialen Aspekte dienten dabei als Korrektive, wobei sie im Einzelfall auch überwiegen könnten. Es handle sich um einen Zielkonflikt, der zum Ausgleich gebracht werden müsse.

Dem EuGH wurde in der weiteren Diskussion vorgeworfen, in den Fällen *Viking* und *Laval* – im Gegensatz zur Entscheidung *Schmidberger* – „judicial activism“ betrieben zu haben. Im Urteil *Viking* nehme der EuGH eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor, die theoretisch dazu führen könne, dass nicht einmal ein politischer Streik zulässig wäre. Darüberhinaus gebe es für den EuGH nur die Grundrechtsausübung soweit sie dem Arbeitnehmerschutz diene. Diese Rechtsprechung stelle „judicial activism“ dar und stehe im massiven Gegensatz zum *Schmidberger*-Urteil, in dem immer wieder von einem weiten Ermessen der Mitgliedstaaten gesprochen worden sei.

Ein zweites Beispiel für „judicial activism“ sei die Entsenderichtlinie, die eigentlich dem Arbeitnehmerschutz dienen solle. Der Richtlinie werde vom EuGH jedoch nur dann praktische Wirksamkeit zugesprochen, wenn und soweit sie den freien Dienstleistungsverkehr gewähre. Dieser sei zwar bei der Konzeption der Richtlinie zu beachten gewesen, jedoch sei seine Verwirklichung nicht das erklärte Ziel der Richtlinie. Die Entsenderichtlinie sei daher in ihr absolutes Gegenteil verkehrt worden.

Levits verstand unter „judicial activism“ das Erschließen neuer Kompetenzen oder das Aufstellen neuer Grundsätze, z. B. die Einführung von neuen Rechtsgrundsätzen – oder auch Grundrechten – auf dem Wege allgemeiner Rechtsprinzipien. Dies sei auch manchmal erforderlich, wenn die Politik versage. So habe der EuGH Grundrechte über allgemeine Rechtsgrundsätze einführen müssen. Er sah in der EuGH-Rechtsprechung jedoch weder bei der Abwägung zwischen zwei konkurrierenden Zielen noch bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung Anlass, von „judicial activism“ zu sprechen.

In die Diskussion wurde das einige Tage zuvor ergangene Luxemburg-Urteil² eingebracht. Die nationale Kompetenz zur Definition öffentlicher Ordnung sei darin ausgesprochen eng ausgelegt worden, da diese nur auf den Bereich Polizei und Sicherheit bezogen worden sei.

2 EuGH vom 16.6.2008, Kommission/Luxemburg, Rs. C-319/06, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht.

Nach Auffassung von *Levits* relativiert sich diese Feststellung aber dadurch, dass das Urteil weniger auf einer inhaltlichen als vielmehr auf einer prozessualen Entscheidung beruhe, da in diesem Verfahren keine Tatsachen angeführt worden seien, die eine Beurteilung der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit der erlassenen Maßnahme ermöglichen. Das Urteil mache deutlich, dass eine Einschränkung der Grundfreiheiten nur dann unter Berufung auf die öffentliche Ordnung gerechtfertigt sein könne, wenn diese mit Tatsachen hinreichend begründet worden sei. Die alleinige Berufung auf die öffentliche Ordnung könne nicht per se eine Grundfreiheit beseitigen.

Simone Gräfin von Hardenberg

Scope of Action at the European Level

Brian Bercusson †

I. Executive Summary	62
1. Strategies in the short-term	63
2. Strategies in the medium-term	63
3. Strategies for the long-term	64
II. Introduction: The price of not remembering history is to repeat it	64
III. The ECJ invents a new EU law on collective action	66
1. Uncertain criteria for the legality of collective action	66
2. Horizontal direct effect against trade unions	67
3. Unequal treatment of workers on grounds of nationality	68
4. Violation of international labour law standards	68
5. Violation of the principle of subsidiarity	69
6. A charter for “social dumping”	70
7. In sum...	70
IV. Scope of action at European level after the Lisbon Treaty	73
V. Strategies in the short-term	73
1. Legal form	73
2. A Protocol	74
3. Enhanced cooperation	74
4. The “Schengen” model	74
5. A non-binding Social Declaration	74
6. An interpretative instrument (inverse “opt-out”)	75
7. Content	75
8. An “anti-social dumping principle” against abuse of the exercise of economic freedoms	76
9. A non-regression clause	77
10. A more favourable treatment clause	77
11. An interpretative framework for economic freedoms	78
a) A rebuttable presumption in favour of collective action	78
b) Interpreting “proportionality” in light of the <i>acquis communautaire</i> social	79
c) Human rights are not mere derogations from economic freedoms; rather the reverse	79
12. The Agency Workers Directive: Equal treatment of agency workers includes cross-border workers	79
VI. Strategies in the medium-term	80
1. “Update” the “explanations” to the EU Charter	80
2. A standard social safeguard clause in directives	81

3. Monitoring transposition of the Services Directive	81
4. Social impact assessments	81
5. Operationalising the Lisbon Treaty's horizontal social clause	82
6. Revise the Posting Directive	82
VII. Strategies for the long-term	83
1. Revise Treaty provisions on economic freedoms	83
2. Revise the Treaty to prevent employers using economic freedoms against trade unions taking collective action (horizontal direct effect)	84
3. Revise the subsidiarity principle to exclude EC competence to regulate collective action	85
4. Reform the European Court of Justice	85
a) Structure of the ECJ	85
b) Competences of the ECJ	85
c) Procedures of the ECJ	86
d) Composition of the ECJ	86
5. Reinforce international labour law in the Treaties	87
a) The European Social Charter	87
b) ILO Conventions	87
c) Interpreting "proportionality" in light of international labour law	87
VIII. Conclusion	88
1. National labour law	88
2. The balance of power in the EU economy	88
3. The law on workers' collective action	89
4. Transnational collective action and EU law	89

I. Executive Summary

The paper begins with an analysis of the decisions of the European Court of Justice in *Viking*, *Laval* and *Rüffert*. The decisions are criticised as inventing an EU law on workers' collective action. This new law establishes uncertain criteria for the legality of collective action, introduces horizontal direct effect against trade unions, allows for unequal treatment of workers on grounds of nationality, violates international labour law standards, infringes the principle of subsidiarity and is tantamount to a charter for "social dumping". This new EU law is already being invoked by employers at national level to block otherwise lawful collective action. It poses a threat to the stability of national industrial relations systems and to European integration.

The paper then explores the scope for action at European level to address this new EU law created by the ECJ which was not envisaged when the Lisbon Treaty was proposed. It suggests short, medium and long-term strategies in the context of the Irish rejection of the Lisbon Treaty.

1. Strategies in the short-term

In light of this new law, not foreseen by the Lisbon Treaty, Member States may now undertake a commitment to a stronger social dimension. Suggestions are made as to the *legal form* and the *substantive content* of such a commitment.

As to *legal form*: Some Member States could adopt a *Protocol* on a stronger social dimension as a condition to final ratification of the Lisbon Treaty. All Member States could agree to this Protocol binding only those Member States who accept the Protocol.

If at least 14 Member States agreed, in the course of ratifying the Lisbon Treaty, that they wanted stronger social provisions, the mechanism of *enhanced cooperation* (Article 43 TEU) allows this, leaving it open to other Member States to join later.

A “*Social Schengen*” agreement between an initially small number of Member States, which more may gradually join, could be adopted in the course of ratification of the Lisbon Treaty, eventually to be incorporated into the legal framework of the EU.

A commonly agreed “*social declaration*”, though not legally binding, could have a future impact on the political agenda of the EU institutions.

An *interpretative instrument* could be attached to the ratification in the form of an “opt-out” opposite to that of the UK and Poland: prohibiting any court from holding that national laws or practices regulating collective bargaining and collective action are inconsistent with the economic freedoms in the Treaties.

As to the *content*: An “*anti-social dumping principle*”: exercise of economic freedoms without a guarantee of jobs and working conditions is an abuse which justifies collective action.

The social policy objective of “improved living and working conditions” (Article 136 EC) allows for a general *principle of “non-regression”* in EC law and extends to the freedom of Member States to require *more favourable treatment* of workers.

An interpretative framework for economic freedom to include the freedom of action of collective labour (trade unions) would include a rebuttable presumption in favour of collective action, and a criterion of “proportionality” based on the *acquis communautaire* social protecting workers. The exercise of economic freedoms derogating from fundamental rights is only permitted if justified as “proportionate”.

The proposed Agency Workers Directive should guarantee *equal treatment of cross-border agency workers*.

2. Strategies in the medium-term

The “*explanations*” to the *EU Charter* should be “updated” to reflect a stronger social dimension.

A *standard social safeguard clause for directives* could include protection of fundamental rights and collective agreements, and a clearer non-regression principle allowing more favourable provisions.

Transposition of the Services Directive may allow for challenges to the ECJ's interpretation of Article 49 in *Laval* by requiring service providers to respect fundamental rights to collective action, collective bargaining and collective agreements. Commission proposals should include a "*social impact assessment*".

The Lisbon Treaty's *horizontal social clause*, (new Article 5a EC) should be elaborated to make it effectively operational, given more precise meaning and adapted to specific Commission proposals. For example, to *revise the Posting Directive* to reverse the ECJ's interpretation in *Laval*.

3. Strategies for the long-term

The Treaty *provisions on economic freedoms need to be re-drafted*: to reduce their negative impact on fundamental rights of collective action and to protect workers; to prevent employers using economic freedoms against trade unions taking collective action (*no horizontal direct effect*), and the *principle of subsidiarity should be reworked* to reflect explicitly the protection of collective action.

Reform of the European Court of Justice includes establishment of a specialist tribunal: the *chambre social*, excluding competence to override fundamental rights (to collective action) protected in Member States, authorising the social partners to intervene in cases before the ECJ, and reconsidering the composition of the Court.

Reinforcing international labour law in the Treaties would mean ratification by the EU of the *European Social Charter*, explicit recognition of specific *ILO Conventions* as interpreted by the Freedom of Association Committee, and *interpreting "proportionality" in light of international labour law*.

II. Introduction: The price of not remembering history is to repeat it

A crucial element in maintaining a balance of economic power within EU Member States is the legal right of workers and their organisations to take collective action. A specific legal problem arises where *national laws* on collective action encounter *EU law* on free movement of goods, services, capital or workers.

The decisions of the European Court of Justice (ECJ) in *Viking*,¹ *Laval*² and *Rüffert*³ share a common premise: collective action which restricts the economic freedom of employers may violate EU law (on free movement, on posted workers and on public procurement). Although recognising the right to collective action as a fundamental right, the reasoning of the ECJ reflects doctrines long superseded in national legal discourse. Nineteenth century doctrinal ghosts of the dominance of market freedoms, long since revised to reflect the social model of industrial relations in twentieth century European welfare states, have returned to haunt EU labour law of the twenty-first century.

The decisions reveal a conflict between the ECJ's doctrine on collective action and the express policy choices of the EU legislature. In contrast to the decision in *Viking*, the EU legislature in Council Regulation (EC) No. 2679/98 of 7 December 1998 declared that free movement of goods was not to affect the right to strike.⁴ In the Services Directive, the EU legislature explicitly provided that fundamental rights to collective action, collective bargaining and collective agreements were not to be subject to EU law on free movement of services.⁵ In contrast to the decision in *Laval*, the EU legislature adopted the Posting Directive 96/71/EC in which Recital 22 states: "...this Directive is without prejudice to the law of the Member States concerning collective action to defend the interests of trades and professions".⁶ In contrast to the ECJ decision in *Rüffert*, the EC directives on public procurement, revised in 2004, reflected the policy allowing

-
- 1 Case C-438/05, International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti, decided 11 December 2007.
 - 2 Case C-341/05, Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundet, avd. 1, Svenska Elektrikerförbundet, decided 18 December 2007.
 - 3 Case C-346/06, Rechtsanwalt Dr. Dirk Rüffert v. Land Niedersachsen, decided 3 April 2008.
 - 4 The "Monti" Regulation. Council Regulation (EC) No. 2679/98 of 7 December 1998 on the functioning of the internal market in relation to the free movement of goods among the Member States. OJ L337/8 of 12.12.98; Article 2: "This Regulation may not be interpreted as affecting in any way the exercise of fundamental rights as recognised in Member States, including the right or freedom to strike. These rights may also include the right or freedom to take other actions covered by the specific industrial relations systems in Member States".
 - 5 Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market, OJ L376/26 of 27.12.2006. Article 1(7) provides: "This Directive does not affect the exercise of fundamental rights as recognised in the Member States and by Community law. Nor does it affect the right to negotiate, conclude and enforce collective agreements and to take industrial action in accordance with national law and practices which respect Community law". Recital 15 provides: "This Directive respects the exercise of fundamental rights applicable in the Member States and as recognised in the Charter of fundamental Rights of the European Union and the accompanying explanations, reconciling them with the fundamental freedoms laid down in Articles 43 and 49 of the Treaty. Those fundamental rights include the right to take industrial action in accordance with national law and practices which respect Community law".
 - 6 Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services. OJ 1996, L18/1.

public authorities to make compliance with collective agreements a contract performance condition, duly acknowledged by Advocate General Bot in his Opinion.⁷

Unless the ECJ's doctrines are rejected and the decisions reversed, the EU will pay the price of years of painful struggle to lay these doctrinal ghosts to rest. The price of not remembering history is to repeat it.

III. The ECJ invents a new EU law on collective action

1. Uncertain criteria for the legality of collective action

The European Court has spectacularly failed to establish clear rules of European labour law governing collective action. The Opinions of each of the Advocates General and each of the judgments of the ECJ in *Viking* and *Laval* prescribe very different principles for determining the legality of collective action. This does not produce certainty, nor inspire confidence in a judicial role in the regulation of collective action. The widely different propositions may be summarised very succinctly as follows.

For Advocate General Mengozzi in *Laval*, the lawfulness of primary collective action is subject to the criterion of “proportionality”, which requires a *real advantage* which contributes *significantly* to workers’ protection. The lawfulness of solidarity action depends on the lawfulness of primary action.

In complete contrast, for Advocate General Maduro in *Viking*, to be lawful, primary collective action must be taken *before* relocation. Solidarity action depends on whether it is *voluntary*.

The ECJ in *Viking* disregards Maduro’s Opinion and, like Mengozzi, invokes the criterion of “proportionality”. This requires a *serious threat* to jobs and conditions (not present where there is a legally binding guarantee of statutory provisions and collective agreements). But also, collective action must be *suitable* to achieve the objective, not go beyond what is *necessary* and any other less restrictive means have been *exhausted*. Solidarity action cannot be objectively justified, though it is to be balanced with workers’ protection.

7 Paras. 58-60. The Preamble of Directive 2004/18/EC confirms that: “Contract performance conditions are compatible with this Directive provided that they are not directly or indirectly discriminatory and are indicated in the contract notice or in the contract documents (Recital 33). The Advocate General concluded that there was little doubt that a restriction on the freedom to provide service exists (para. 102). But the public authority was not violating Article 49 because it sought to ensure the protection of posted workers (para. 118). This was an appropriate means of preventing social dumping as it ensures that local workers and posted workers on the same site will be treated equally (para. 119).

In contrast, the same ECJ in *Laval* looks to the Posting Directive for the criterion of lawful collective action. Collective action is lawful only to secure standards stipulated in the Posting Directive: legislation and collective agreements declared universally applicable in the construction sector. These are maximum standards. Transnational collective action to impose higher standards is unlawful as violating the Treaty's economic freedoms. Member States may extend this to include other collective agreements, other terms of employment and other sectors. But not negotiation at the workplace, which prevents transnational undertakings from ascertaining labour standards with certainty.

A superficially common criterion of "proportionality" masks real differences.

Advocate General Mengozzi in *Laval* explicitly invokes "proportionality", but this is not to be applied to primary collective action in support of pay claims, even if "excessive", though such action may be unlawful if linked to other terms of collective agreement. Similarly for solidarity action.

This is contradicted by the ECJ in *Laval*, for whom the criterion of "proportionality" is implicit: collective action is lawful only up to the maximum standards allowed by the Posting Directive. But not if standards are uncertain, as in negotiation at the workplace.

For Advocate General Maduro in *Viking*, the criterion of "proportionality" is, at best, implicit: primary action is lawful if before relocation; solidarity action is lawful if voluntary.

These concepts disappear in the ECJ's judgment in *Viking*, which evokes the criterion of "proportionality" explicitly. Primary action is lawful if suitable to meet a serious threat, is not more than necessary and less restrictive means available are exhausted. Solidarity action is not proportionate, though it may protect workers.

In sum, there are two broadly opposing principles in the judgments of *Laval* and *Viking*, positing two different legal outcomes for the legality of collective action.

In *Viking*, legality depends on whether the action satisfies a general anti-social dumping principle (but subject to "proportionality").

In *Laval*, legality is subject to the maximum standards principle of the Posting Directive (which may be extended, but subject to "certainty").

So much for predictability... The outcome is deeply unsatisfactory.

2. Horizontal direct effect against trade unions

Trade unions are singled out by the Court as subject to complaints that their collective action violates the economic freedoms of others. The formulation is extremely wide: the economic freedoms may be invoked by "any individual who has an interest in compliance with the obligations laid down and... applies in particular to all agreements

intended to regulate paid labour collectively”.⁸ Moreover, the Court focuses such complaints on trade unions.

Doctrinal objections to horizontal direct effect include:

- collective agreements are not restrictions on freedom to provide services (as declared explicitly in the Services Directive);
- collective action is not a regulatory measure;
- trade unions are not regulatory bodies as “emanations of the State”;
- horizontal direct effect violates freedom of association; and
- horizontal direct effect harmonises EC law on collective action.

Practical objections to horizontal direct effect include:

- a potential flood of complaints against collective agreements, and
- there are no practical criteria which distinguish agreements having regulatory effect.

3. *Unequal treatment of workers on grounds of nationality*

The fundamental principle of equal treatment regardless of nationality means that workers are entitled to the same terms and conditions regardless of nationality. The decision in *Viking* proposes restrictive criteria for lawful collective action against service providers aimed at ensuring the application to their employees in the host country of collective agreements equally applicable to workers in the host country. *Laval* and *Rüffert* go even further in restricting the kinds of collective agreements which may be applied only to agreements prescribing legally binding national minimum standards. The decisions of the ECJ challenge the principle of equal treatment of workers by distinguishing migrant workers from those employed temporarily by service providers.

4. *Violation of international labour law standards*

It is questionable whether the international labour law obligations of Member States are compatible with the constraints imposed by the ECJ on the right to collective action. These obligations are incumbent on them not only as signatories to a number of international law instruments (*inter alia*, ILO Conventions 87 and 98, the European Social Charter, Article 6(4)), but as a general principle of Community law.

⁸ *Viking*, para. 58.

5. Violation of the principle of subsidiarity

The ECJ's decisions deal a potentially mortal blow to the national industrial relations systems of the EU Member States. The decisions restrict the right to collective action, restrict national collective bargaining systems and restrict labour standards to the minimum. Taken together, the decisions in *Laval* and *Rüffert* define a uniform model of industrial relations mandatory for all Member States. The ECJ's model of national industrial relations has the following characteristics as regards collective action, collective bargaining and collective agreements:

- national constitutional protection of the fundamental right of workers to take collective action is subordinate to economic freedoms of employers protected by the EC Treaty; the legality of collective action is subject to the criterion of “proportionality”;⁹
- only legally binding collective agreements fixing national minimum standards can be enforced against employers (from other Member States and, probably, to avoid discrimination, also against domestic employers);
- flexible collective bargaining arrangements at local level are not enforceable against employers from other Member States as setting standards so uncertain as to constitute obstacles to free movement.

Few national systems currently conform to this model. Nobody can have expected the EU, let alone the ECJ, to arrogate to itself the competence to impose a uniform model of industrial relations radically altering systems developed over centuries in accordance with very different national histories, cultures and social partnership institutions.¹⁰

9 The criterion of “proportionality” is indeterminate. For example, according to the ECJ in *Viking*, it disaggregates into a number of indicators: (i) there must be a “serious threat” to jobs and working conditions; (ii) there is no legally binding undertaking by the employer to maintain existing collective agreements; (iii) the collective action must be suitable to achieve its ends; (iv) no other means less restrictive of economic freedoms is available; and (v) all alternative methods of achieving the union's objective have been exhausted.

10 Providing an overarching historical perspective, the ETUC stated in its letter attached to the ITF written submission in *Viking*: (paras. 4 and 6): “The precise contours of the rules governing collective action in each Member State are the outcome of different national historical experience... In the Member States of the EU the rules governing collective industrial action reflect an established equilibrium in the balance of forces between the social partners. It would produce a shock of incalculable magnitude if this equilibrium, carefully constructed over time in different Member States, were to be destabilised by an intervention reflecting Viking's interpretation of Community law”.

6. A charter for “social dumping”

Beyond this devastation wrought on national industrial relations systems, the ECJ in *Viking* also condemns transnational solidarity action which interferes with free movement of employers, despite acknowledging its objective to protect workers.¹¹ It thereby established a legal framework for a balance of power which decidedly favours transnational employers against the protection of workers.

The proposed re-configuration of the legal framework of Member States’ industrial relations systems by restricting collective action and collective agreements to limit labour standards to the minimum amount to a charter for “social dumping”.

7. In sum...

The ECJ’s doctrine on the EU law on collective action:

- subordinates collective action to the economic freedoms of employers,
- requires collective action to be justified by public policy,
- in accordance with a criterion of “proportionality” which requires, among other conditions,
- a “serious threat” to jobs and working conditions,
- suitability to achieve its ends,
- lack of other less restrictive means of action,
- exhaustion of all alternative methods, and
- is enforceable against trade unions through the doctrine of horizontal direct effect.

The Court’s doctrine adopts the premise that fundamental social rights are to be interpreted narrowly where they restrict economic freedoms guaranteed by the Treaty. This doctrinal approach is fatal to the purpose and function of collective action of workers, which is precisely to restrict the economic freedom of employers.¹²

The question is not whether the fundamental right to take collective action can be justified where it restricts employers’ economic freedom. Rather, the Treaty’s provi-

11 The ECJ condemns the ITF’s Flags-of-Convenience (FOC) policy which: (para. 88) “results in shipowners being prevented from registering their vessels in a State other than that of which the beneficial owners of those vessels are nationals, the restrictions on freedom of establishment resulting from such action cannot be objectively justified”. This is either a misunderstanding or a misrepresentation of the FOC policy which was previously clearly stated to concern negotiating rights and not registration (para. 8). This is offset by positive statement that immediately follows: “the objective of that policy is also to protect and improve seafarers’ terms and conditions of employment”.

12 As suggested above, it is questionable whether the international labour law obligations of Member States are compatible with the constraints imposed by the ECJ on the right to collective action.

sions on economic freedoms should be interpreted to ensure respect for fundamental rights of workers, protected as a general principle of Community law.

The decisions threaten to overturn national industrial systems in Member States. The immediate victims are Finland, Sweden and Germany. But the same fate awaits others. The future of national industrial relations systems in the EU depends on whether these decisions and their consequences are reversed.

Aggressive employers have already sought to exploit the new EU legal doctrine to stop collective action protected by national laws. Early in 2008, the uncertain application of the criteria laid down by the ECJ to assess whether collective action which restricts economic freedom is lawful enabled British Airways to exploit this uncertainty to threaten legal action against Balpa, the pilots' trade union, which had voted by a large majority to take collective action.¹³

13 The Financial Times (12 March 2008, page 2) included the following report (*Kevin Done*), "BA uses EU law to prevent strike by pilots": "British Airways is looking to use competition law and a threat to seek 'unlimited damages' against the UK pilots' union in order to stop them going on strike. An overwhelming majority of BA's 3,200 pilots voted last month in favour of taking strike action over BA's plans to set up OpenSkies, a new airline subsidiary, with a pilot workforce separate to its mainline operations, which fly to and from Heathrow and Gatwick airports. Conciliation talks aimed at resolving the bitter dispute over future pilot staffing at BA subsidiary airlines in Europe collapsed on Friday. Balpa, the pilots' union, had planned to issue dates for its first strikes, which would ground the airline, but was forced to postpone the move when BA warned the union it had 'a valid legal claim' against it, if it 'took the disproportionate step of calling a strike'. The union said yesterday that BA was claiming its pilots could not legally pursue their concerns over job security because of European legislation. Balpa said BA was claiming it had a fundamental right under article 43 of the EC Treaty to establish operations in another European Union member state. The right included both establishing new airline services in other EU states, as well as acquiring existing operations from other airlines. BA was claiming that Balpa was seeking to limit that right by insisting that there should be a single pilot workforce with a shared seniority list to determine pilot employment. BA has already begun to recruit pilots for OpenSkies. Jim McAuslan, Balpa general-secretary, said BA 'should be at the negotiating table' and not using European legislation, designed to ensure free competition between companies, in order to restrict the freedoms of trades unions in industrial disputes. He said that Balpa was seeking a High Court hearing to clarify whether the European legislation could be used in an industrial dispute and whether the union could rely on the strike ballot to avoid a claim for unlimited damages. The union has won court backing for the strike vote to remain valid beyond the normal 28-day limit until applicability of European law is clarified. It rules out taking any strike action during the Easter holiday period. BA said yesterday it was 'pleased' Balpa had recognised it had 'a strong legal case'. It said that 'any strike action would be unlawful', and the union had therefore decided not to issue strike dates. OpenSkies is BA's most ambitious attempt to take advantage of the US/European Union 'open skies' treaty liberalising transatlantic aviation". On 15 March 2008, more than 1,000 British Airways pilots marched on BA's Heathrow headquarters over plans to use non-BA pilots in a new subsidiary after pilots had voted for industrial action, but BA applied for a legal injunction to prevent it going ahead. A spokesman said given that roughly 2,000 of BA's 3,000 pilots are usually either on duty or resting before or after flights, the turnout was very high. "Every pilot who could be there was there, which was quite remarkable," the spokesman said.

The potential cost of defending against such legal threats forced Balpa to withdraw from collective action.¹⁴ The lesson is clear. The uncertain application of the criteria laid down by the ECJ to assess whether collective action which restricts economic freedom is lawful enables employers (here British Airways) to exploit this uncertainty to threaten and thereby possibly obtain an interim injunction.¹⁵ The cost and delay entailed in defending against such legal threats effectively deters collective action. In prac-

14 The union's legal action was heard by the High Court in London over four days, from 19-22 May 2008. The outcome was immediately reported in the on-line edition of the Financial Times of 22 May 2008: "British Airways' new transatlantic airline has been cleared for take-off after the carrier's pilots on Thursday unexpectedly abandoned a High Court review of their right to strike. BA's launch of OpenSkies – an upmarket carrier that will fly between Europe and the US – had been marred by the threat of a crippling work stoppage at its mainline operations during the peak summer travel season. Members of the British Air Line Pilots Association overwhelmingly voted to strike over the initiative in February, claiming that it could be used as a 'Trojan horse' to usher less favourable working conditions across the airline. The union's decision to withdraw its challenge over the legality of industrial action means that OpenSkies remains on track to operate its first flight from Paris to New York on June 19. Balpa has agreed not to rebalot its members to authorise a strike. The volte face came on the fourth day of a judicial review hearing over whether a walkout by pilots were to violate Article 43 of the Treaty of Rome, which gives any European Union-based company the right to set up a business in other EU states. John Hendy QC, for Balpa, on Thursday told the High Court the union simply could not afford to pursue the case through an exhaustive series of appeals. "It is very clear that win, lose or draw this case, there will be further litigation by way of appeals and further appeals, the House of Lords and perhaps the European Court of Justice as well, which will have the effect of increasing exposure to costs of whichever party ultimately loses", he said. "It would plainly be madness to embark on industrial action with the risk that, in the end, it would be declared unlawful". The first tickets for OpenSkies flights between Paris Orly airport and New York's JFK went on sale on Thursday. BA said it 'welcomed' Balpa's decision to withdraw the proceedings, reaffirming its stance that the new carrier posed no threat to the jobs, pay or working conditions of its mainline pilots. Balpa said it now planned to embark on an EU-wide campaign to clarify the purpose of Article 43, to ensure it could not be used to undermine workers' right to strike. The High Court tussle was being closely watched by unions throughout Europe, who feared that a ruling against Balpa would give multinationals another weapon to block industrial action. "We shall be pressing for a review of this law which has prevented British trade union members from protecting their careers", said Jim McAuslan, Balpa general secretary. BA set up the OpenSkies subsidiary to take advantage of the liberalisation of transatlantic aviation agreed last year by the US and the EU. The carrier's Paris-New York flights this June will be the first occasion when BA has operated long-haul services that do not begin or end in the UK".

15 The option of Balpa seeking to refer the legal issues to the ECJ was not pursued. Questions could include, e.g.: (i) Does compliance with domestic law on collective industrial action constitute a criterion for national courts assessing whether the fundamental right to take collective action restricts the economic freedom of employers in accordance with EC law? (ii) What further criteria does EC law provide to enable judges to determine whether the fundamental right to take collective action restricts the economic freedom of employers in accordance with EC law? (iii) What, if any, are the circumstances in which domestic courts may issue injunctions restraining the exercise of the fundamental right to take collective action which allegedly restricts the economic freedom of employers in accordance with EC law? (iv) Is it consistent with EC law for a domestic court to provide an interim remedy on the basis of the "proportionality" of collective action in changing circumstances and future and unforeseeable events?

tice, the exercise of the fundamental right to strike, ostensibly protected as a general principle of EU law, is denied.

IV. Scope of action at European level after the Lisbon Treaty

This new EU law on collective action was not envisaged when the Lisbon Treaty was proposed. In the aftermath of the rejection of the Lisbon Treaty in the Irish referendum of 12 June 2008, the main objective of this paper is to explore the scope for action at European level, looking to short, medium and long-term strategies.

V. Strategies in the short-term

Apart from giving legally binding effect to the EU Charter of Fundamental Rights, the Lisbon Treaty did not contribute greatly to the social dimension of the EU. And, of course, the new EU law on collective action was not foreseen. Some Member States would have preferred a stronger social dimension. It is possible to reverse some of the negative consequences of the ECJ's decisions and to enable those Member States to undertake a commitment to a stronger social dimension.¹⁶

Two issues arise:

- what would be the *legal form* of such a commitment;
- what would be the *substantive content* of such a commitment?

1. Legal form

A number of alternatives may be envisaged.

16 The following draws on some of the ideas prepared for the ETUC Congress in Seville in May 2007 by a group of European labour law professors, the Research Group on Transnational Trade Union Rights of the ETUI-REHS. *B. Bercusson (ed) Manifesto for a Social Constitution: 8 options for the European Union*, European Trade Union Institute (ETUI-REHS), Brussels, 2007, (133 pp.) also available in French and German.

2. *A Protocol*¹⁷

A number of Member States could adopt a Protocol (attached to the Lisbon Treaty) on a stronger social dimension. These Member States would undertake to persuade all Member States to agree to attach this Protocol to the Treaties, though it would only bind those Member States which adopted it.

3. *Enhanced cooperation*¹⁸

Article 43 TEU allows for enhanced cooperation by a majority of the Member States. If at least 14 Member States agreed that, alongside the Lisbon Treaty, they wished to adopt provisions for a stronger social dimension, the mechanism of enhanced cooperation could allow this, leaving it open to other Member States to join later.

4. *The “Schengen” model*¹⁹

A stronger social dimension could follow the road of the Schengen model. The Schengen Agreement harmonising border controls was made initially by only 5 Member States in 1985. More Member States gradually joined, so that it now includes 25 Member States (except Ireland and the UK, but including also Iceland, Norway and Switzerland). In 1997, a Protocol attached to the Treaty of Amsterdam incorporated these advances into the legal framework of the EU. A “Social Schengen Agreement” could be adopted alongside the Lisbon Treaty.

5. *A non-binding Social Declaration*²⁰

Member States desiring a stronger social dimension could attach to their ratification of the Lisbon Treaty a commonly agreed “social declaration”. Though not legally binding, this could have a future impact on the political agenda of the EU institutions, including the Commission’s action programme and the Court’s interpretation of the EU Charter’s social provisions.

17 See B. Bercusson, “Option 2: A ‘Social Protocol’ to the Constitutional Treaty”, *ibid.*, pp.30-31 and 63-73.

18 See Antoine Jacobs, “Option 3: Enhanced cooperation”, *ibid.*, pp.32-33 and 75-63.

19 See Isabelle Schömann, “Option 4: The Schengen Model: ‘Variable Geometry’”, *ibid.*, pp.33-34 and 85-94.

20 See Yota Kravaritou, “Option 6: A Non-Binding Social Declaration”, *ibid.*, pp.36-37 and 105-110.

6. An interpretative instrument (inverse “opt-out”) ²¹

The UK and Poland attached an “opt-out” to the Lisbon Treaty excluding application of the EU Charter to their laws. An inverse “social opt-out” could be modelled on Article 1 of this opt-out: “The Treaties do not extend the ability of the Court of Justice or any court or tribunal to find that the laws or practices of the Member States regulating collective bargaining and collective action are inconsistent with the economic freedoms that they affirm”.²² Member States desiring a stronger social dimension could attach this formula to their ratification of the Lisbon Treaty as an interpretative guide.

7. Content²³

The Lisbon Treaty proposes to replace the present Article 2 of the Treaty on European Union with a new Article 2, including references to “social progress” and “social justice”.²⁴ The new Article 2 affirms that “The Union shall establish an internal market”.²⁵ But the internal market is only a means towards achieving a “social market economy, *aiming at full employment and social progress*” and the Union “shall *promote social justice and protection*”.²⁶

It may be necessary to redress the imbalance in Community law, as presently interpreted by the ECJ (and also the present Commission), by challenging the primacy given to the internal market over all other Community policies.

In *Laval* and *Viking*, the ECJ regarded collective action primarily in terms of its impact on the economic freedoms of the common market.²⁷ What was shocking, if not

21 See B. Bercusson, “Option 7: An Interpretative Instrument”, *ibid.*, pp.37-38 and 111-123.

22 Cf. Council Regulation (EC) No. 2679/98 of 7 December 1998 on the functioning of the internal market in relation to the free movement of goods among the Member States. OJ L337/8 of 12.12.98; Article 2, quoted above.

23 What follows are only a few illustrative suggestions among many possibilities.

24 Replacement Article 2(3) TEU. “The Union shall establish an internal market. It shall work for the sustainable development of Europe based on balanced economic growth and price stability, a highly competitive social market economy, *aiming at full employment and social progress*, and a high level of protection and improvement of the quality of the environment. It shall promote scientific and technological advance. It shall combat social exclusion and discrimination, and shall *promote social justice and protection, equality between women and men, solidarity between generations and protection of the rights of the child*”. (italics added) Formerly in the Constitutional Treaty, Part I, Article I-3(3).

25 *Ibid.*

26 *Ibid.*

27 Sophie Robin-Olivier, “Son raisonnement est, dans les grandes lignes, empreint du plus grand classicisme”. “Liberté de l’action syndicale vs liberté d’établissement”, *Revue de Droit du Travail*, Janvier 2008, p. 8.

surprising, is how little weight was given by the ECJ to other, arguably equal if not more prominent, EU policies. These include fundamental rights (the EU Charter's freedom of association, collective bargaining and collective action), improvement of working conditions (Article 136 EC), the public policy of protection of workers against unfair competition (social dumping), and so on. Each of these was mentioned in the judgments in *Laval* and *Viking*, but ultimately subordinated to the economic freedoms of employers in the common market.

This is a threat to the entire *acquis communautaire social*. If economic freedoms override collective action, they could be invoked to circumscribe the rest of the *acquis communautaire social*.²⁸ The following are only a few proposals which could be reflected in one of the legal forms suggested above to accompany ratification of the Lisbon Treaty.

8. An "anti-social dumping principle" against abuse of the exercise of economic freedoms

Laval and *Viking* both contain expressions of concern by the Advocates General and the ECJ about "social dumping". The unrestrained exercise of economic freedom of movement may threaten existing jobs and working conditions. This may be characterised as an "abuse" of the exercise of economic freedoms. A condition of the exercise of economic freedom is that there is a guarantee of existing jobs and working conditions. Failure to provide such a guarantee justifies collective action against such an abuse.

28 For example, economic freedoms may be invoked against the many directives requiring information and consultation of workers and their representatives. Such requirements restrict the economic freedom of management to make speedy decisions in re-structuring undertakings. An item in the *Financial Times* of 28 February 2008 (page 24) reported: "A new power struggle has broken out between Gaz de France and Suez, this time between the two companies' European works councils, which are crucial to breaking the union impasse that has repeatedly delayed the creation of the E 75bn (\$113bn) energy giant. GdF's European unions are demanding that they represent the enlarged group when the merger is complete before they will give the non-binding opinion that is required under French law before the companies' board can approve the deal. Suez is resisting the demand and both sides are seeking agreement ahead of the next works council meeting on March 11. Failure to find a compromise could throw the merger timetable off track, further delaying a deal that has already been two years in the making. GdF's French unions also have yet to give their opinion and have been using efficient delaying tactics against the merger. Jean-Francois Cirelli, GdF chief executive, said he remained 'reasonably confident' that the deadline of June 30 could still be met, and that the European unions would give their opinion at the March meeting. Discussions with unions had entered a more positive phase, he said".

9. A non-regression clause

The references in the social policy objectives listed in Article 136 EC to “improved living and working conditions” and “harmonisation while the improvement is being maintained” argue for a general principle of “non-regression” in Community social policy. This could be made more explicit and elaborate as a principle of Community law.²⁹

10. A more favourable treatment clause

The ECJ adopted a bizarre interpretation in *Laval* of Article 3(7) of the Posting Directive to restrict the freedom of Member States to require more favourable treatment of workers. This was in order to support its view of the Directive as a stipulating a “maximum standard”.³⁰ This could be addressed by amending the Posting Directive. But this

29 The proposed revision of the Working Time Directive exemplifies the need for such a principle. Amended proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time – Political agreement on a common position. SOC 357, CODEC 758, Brussels, 11 June 2008.

30 Article 3(7) of the Posting Directive 96/71/EC appeared to support this principle: “Paragraphs 1 to 6 shall not prevent the application of terms and conditions of employment which are more favourable to workers”. The ECJ interpreted this provision as follows (paras. 79-80; italics added): “It is true that Article 3(7) of Directive 96/71 provides that ‘paragraphs 1 to 6 are not to prevent the application of terms and conditions of employment which are more favourable to workers’. In addition, according to recital 17, the mandatory rules for minimum protection in force in the host country must not prevent the application of such terms and conditions. Nevertheless, Article 3(7) of Directive 96/71 cannot be interpreted as allowing the host Member State to make the provision of services in its territory conditional on the observance of terms and conditions of employment which go beyond the *mandatory* rules for *minimum* protection. As regards the matters referred to in Article 3(1), first paragraph, (a) to (g), Directive 96/71 expressly lays down the degree of protection for workers of undertakings established in other Member States who are posted to the territory of the host Member State which the latter State is entitled to require those undertakings to observe. Moreover, such an interpretation would amount to depriving the directive of its effectiveness”. Reiterated in *Rüffert*, paras. 32-33. Contrast the Opinion of Advocate General Bot in *Rüffert*: (paras. 81-83, italics added) “In addition, I would remind the Court that the 17th recital in the preamble to that Directive provides that ‘the mandatory rules for minimum protection in the host country must not prevent the application of terms and conditions of employment which are more favourable to the workers’. The first subparagraph of Article 3(7) of the directive translates this *intention of the Community legislature* by stating that ‘[p]aragraphs 1 to 6 shall not prevent the application of terms and conditions of employment which are more favourable to workers’. In my view, there are two aspects to this last provision. First, it means that the mandatory nature of the protective rules in force in the Member State where the services are performed may be eclipsed by application of the rules in force in the State in which the provider is established if those rules provide for terms and conditions of employment that are more favourable to the posted workers. Secondly, and it is this aspect which is relevant in the present case, Article 3(7) of Directive 96/71 also, in my view, permits the Member State where the services are performed to improve, for the matters referred to in Article 3(1) of the

principle is found in many other legislative provisions and the ECJ's interpretation may be dangerous more generally. An attempt could be made to clarify and extend the principle.

11. *An interpretative framework for economic freedoms*

The market economy is not limited to the economic freedoms of enterprises only. Market freedom includes the freedom of action of collective actors both of capital (enterprises) and labour (trade unions).³¹ The economic freedom of movement of one side should not be invoked to restrain the economic freedom of action of the other side, as the ECJ has done in *Viking* and *Laval*.³² This should be remedied by amendments providing a more even-handed interpretative framework for economic freedoms. For example:

a) *A rebuttable presumption in favour of collective action*

A rebuttable presumption that collective action is presumed to be in response to a serious threat to jobs and working conditions. This may be rebutted when challenged by the employer.³³

directive, the level of social protection which it wishes to guarantee to workers employed in its territory and which it can therefore apply to workers posted there. Hence in principle, this provision authorises the implementation of enhanced national protection". See also paragraphs 90-98 of the Opinion.

31 As stated by Miguel Poiarés Maduro: "...the system requires a set of social rights that can be said to guarantee participation and representation in market decisions and, by internalizing costs which tend to be ignored in those decisions, increase efficiency... rights of participation and representation such as the freedom of association, the right to collective bargaining, and the right to collective action should be considered as instrumental to a fully functioning integrated market which can increase efficiency and wealth maximization". "Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the EU", in P. Alston (ed), *The EU and Human Rights* (Oxford University Press, 1999), pp. 449-472, at 470.

32 In a parallel case of alleged conflict between the Treaty's provisions on competition and collective agreements, the ECJ had refused to outlaw collective agreements in order to preserve competition. *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, Case C-67/96; with Joined cases C-115/97, C-116/97 and C-117/97; [1999] ECR I-5751. Unfortunately, the ECJ rejected this approach in *Laval* and *Viking*, distinguishing the Treaty's competition provisions from free movement provisions.

33 As stated in *Viking*, the presumption may be rebutted if the employer gives a legally binding undertaking providing guarantees in the form of a collective agreement. In the absence of such a collective agreement, judges should not intervene to restrain collective action in the course of collective bargaining. As stated by Advocate General Mengozzi in his Opinion in *Laval*.

*b) Interpreting “proportionality” in light of the *acquis communautaire social**

The lawfulness of collective action is conditional on “proportionality” (*Viking*) and is explicitly linked to the Posting Directive (*Laval*). Why the Posting Directive? Collective action is proportionate where the employer fails to comply with obligations under the general *acquis communautaire social* protecting the rights of workers as an objective of general interest recognised by the Union.³⁴

c) Human rights are not mere derogations from economic freedoms; rather the reverse

The ECJ regards the fundamental right to collective action as a derogation from the Treaty’s guarantee of economic freedoms. As such, collective action must be justified.³⁵ The ECJ also declares the fundamental right to collective action to be protected as a general principle of Community law. The Lisbon Treaty provides that the EU Charter is to have the same legal status as the Treaties and proposes that the EU ratifies the European Convention on Human Rights. The ECJ’s approach should be reversed: economic freedoms may exceptionally derogate from fundamental rights guaranteed by Community law, but this has to be justified, and any derogation from fundamental rights is only permitted if “proportionate” (necessary and no alternative available).³⁶

12. The Agency Workers Directive: Equal treatment of agency workers includes cross-border workers

The decisions in *Laval* and *Viking* threaten the principle of equal treatment of cross-border workers. The Commission’s proposal on Temporary Agency Workers included a requirement that agency workers be treated equally to comparable workers employed by

34 In doctrinal terms, this is a specifically EU criterion based on the *acquis communautaire social* reflected in Articles 27 and 28 of the EU Charter: protection by EU law of the transnational economic freedom of employers is balanced with protection of transnational collective action by workers who should be properly informed and consulted before decisions affecting them are made. The common element is the prevention of “social dumping”.

35 This approach, also applied by the ECJ to freedom of assembly and association in *Schmidberger* (Case C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzuge v. Republic of Austria*, [2003] ECR I-5659, 12 June 2003) and to human dignity in *Omega* (Case C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, [2004] ECR I-9609, 14 October 2004) is offensive to fundamental human rights.

36 This is the approach proposed by Advocate General Stix-Hackl in her Opinion in *Omega*.

the user employer.³⁷ This could apply to temporary agencies who post workers to other Member States.³⁸ The principle of equal treatment could be applied to posted workers generally. For example, where posted by employers to work alongside comparable workers employed by other employers, or in sectors regulated by collective agreements covering comparable workers.

VI. Strategies in the medium-term³⁹

The viability of strategies in the medium-term depends on the political context; not least, the elections to the European Parliament and of a new Commission in 2009.

The following proposals aiming for a stronger social dimension may involve new or revised directives, but may have wider institutional implications.

1. “Update” the “explanations” to the EU Charter

These “explanations” were “updated” by the Convention on the Future of Europe and again by the Member States at the summit of June 2004. In particular, the explanations accompanying Article 28 on collective action were “updated” at the initiative of the UK government in an attempt to reduce its scope and impact. These “explanations” could be revisited, not least since the UK has opted out of the Charter. They could be revised to reflect a more satisfactory equilibrium between the fundamental right “to take collective action” and economic freedoms.⁴⁰

37 Commission of the European Communities, *Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on working conditions for temporary workers*, COM(2002) 149 final, Brussels, 20 March 2002; *Amended Proposal*, COM(2002) 701 final, Brussels, 28 November 2002. See now the Amended proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on working conditions for temporary workers - Political agreement on a common position, Brussels, 11 June 2008. SOC 358, CODEC 761.

38 For a discussion of transnational temporary agency work (excluded from the Services Directive) and the need for a directive, see B. Bercusson and N. Bruun, “Free movement of services, transnational temporary agency work and the *acquis communautaire*”, in K. Ahlberg, B. Bercusson, N. Bruun, H. Kountouros, C. Vigneau, L. Zappalà, *Transnational Labour Regulation: A Case Study of Temporary Agency Work*, Peter Lang, Brussels, 2008.

39 Of course, some of the proposed short-term strategies become medium-term if they do not succeed in the short-term, and so on...

40 Revision of the “explanations” to Article 28’s “right to negotiate and conclude collective agreements at the appropriate levels” might also assist the social dialogue, not least at EU level. There is no need to limit this to Article 28. The ECJ’s reasoning in *Schmidberger* might attract support from human rights lobbies for a revision of the “explanations” to Article 12: Freedom of assembly and of

2. *A standard social safeguard clause in directives*

Directives already contain standard clauses; for example, regarding obligations of Member States as regards effective enforcement. A standard social safeguard clause could be formulated for inclusion in directives.⁴¹ This could include the following provisions:

- explicitly protecting national standards (e.g. as in the “Monti” Regulation);
- substantive provisions protecting fundamental rights and collective agreements *per se* (as in the Services Directive);
- a non-regression principle, following Article 136 EC, made more explicit and elaborate; or
- allowing national provisions more favourable to workers;⁴²
- specifying obligations on Member States to provide information to employers on labour standards.⁴³

3. *Monitoring transposition of the Services Directive*

Laval, by asserting the power of Article 49 EC, implicitly challenges the attempt in the Services Directive to protect fundamental rights to collective action and collective bargaining and collective agreements from liberalisation of services.⁴⁴ Member States transposing the Services Directive may offer an opportunity to promote legislation challenging the ECJ’s interpretation of Article 49. This may allow for litigation enabling the ECJ to reconsider its decision in *Laval*.

4. *Social impact assessments*

Commission proposals should include a “social impact assessment”. The content should assess the proposal not only in terms of specific social benchmarks, such as minimum standards required, but in terms of its potential impact on industrial relations

association. Similarly, Article 27: Workers’ right to information and consultation within the undertaking could also be revisited.

41 The proposed Lisbon Treaty includes a horizontal social clause, Article 5A.

42 Overriding the ECJ’s bizarre interpretation of Article 3(7) of the Posting Directive.

43 A requirement in the public procurement directives, said to promote the transparency of the single market.

44 E.g. in Articles 1(7)), 4(7) 16(3), Recital 15....

systems and, in particular, collective bargaining and collective agreements. The formulation of this assessment could engage the social partners.⁴⁵

5. Operationalising the Lisbon Treaty's horizontal social clause

The Lisbon Treaty's horizontal social clause, Article 5A, provides:

"In defining and implementing its policies and activities, the Union shall take into account requirements linked to the promotion of a high level of employment, the guarantee of adequate social protection, the fight against social exclusion, and a high level of education, training and protection of human health".

This could be elaborated so as to make it more effectively operational. Its terms could acquire more precise meaning and adapted to specific Commission proposals. Examples follow.

6. Revise the Posting Directive

The ECJ's interpretation of the Posting Directive in *Laval* is unorthodox, if not wrong as contradicting the aim of the EU legislator. The EU legislator could amend the Posting Directive in a number of ways; e.g.:

- extending the scope of collective agreements establishing standards binding foreign enterprises which post workers, and making mandatory what are currently only options under Article 3(8) of the Directive (amending the definitions of applicable collective agreements determining conditions applicable to foreign service providers);⁴⁶
- make clear that both legislative sanctions and collective action are available to enforce these standards;
- expanding the scope of "public policy" provisions which may be extended to apply to foreign services providers under Article 3(10) of the Directive;⁴⁷
- making clear the power of Member States to require more favourable conditions, reversing the ECJ's bizarre interpretation of Article 3(7) of the Directive;

45 Indeed, it might be a subject for social dialogue. This extends the Interinstitutional Agreement on Better Lawmaking of December 2003 between the Commission, Council and Parliament to include the social partners, recognising their privileged position. The "opinion" foreseen in Article 138(3) EC could include a social impact assessment

46 This could introduce criteria of decentralisation and flexibility to provide for articulation between national/sectoral and local/enterprise/workplace agreements. This could accommodate the flexible qualities of the Nordic systems advocated by the Commission.

47 Not least in anticipation of the pending decision in Case C-319/06, *Commission v. Luxembourg*, Opinion of Advocate-General Trstenjak, 13 September 2007.

- making the equal treatment principle applicable to migrant workers applicable to posted workers; if necessary, by declaring that posted workers are to be treated equally to domestic workers after working for a specified (short) period in the host Member State.

By legitimizing collective agreements specifically applicable to transnational movement of labour, this would reinforce the principle of non-discrimination/equal treatment of workers, collective bargaining systems which are decentralised but articulated, legislative mechanisms available to enforce these standards and the right to collective action to support these standards.

VII. *Strategies for the long-term*

The ECJ in *Viking* and *Laval* relied on the EC Treaty's provisions guaranteeing economic freedoms. These were characterised as equivalent, and indeed potentially superior to fundamental rights.⁴⁸ Action at European level is required for a stronger social dimension in the long-term by revising the Treaties.

The attack could be on the *substance* of the ECJ's approach to EC law (market primacy), or on the exercise by the EU of its *competences* (subsidiarity), and hence the scope of the ECJ's jurisdiction; or indeed both.⁴⁹ Three specific proposals may be suggested.

1. *Revise Treaty provisions on economic freedoms*

The task is to re-draft the provisions on economic freedoms in such a way as to reduce or eliminate their negative impact on fundamental rights; specifically, on collective action, and so as to protect workers.

For example, the primacy of economic freedoms could be attacked by reformulating the provisions to include the statement that economic freedoms may not be interpreted

48 Unfortunately, at present, the formal supremacy of EU law is often translated into, and reinforces, the substantive primacy of promoting economic freedoms in the common market.

49 Or a combination, focussing on the limitation to transnational matters? The ECJ may determine rules on transnational collective action, but not on matters purely internal to Member States not affected by EC law. What is the consequence if there are radically different rules on transnational and national collective action, and between the national rules in different Member States? Do such differences inherently impede free movement, deterring employers, and hence violate the Treaty? Such differences might impede free movement of workers, as some might avoid moving to Member States where their rights to take collective action are more restricted. What are the criteria of "transnationality"? Is national action caught only if there is actual obstruction of a transnational market relationship, or is it sufficient if it merely (potentially) impedes market access?

as affecting in any way the exercise of fundamental rights based on the “common constitutional traditions” of the Member States; specifically, as regards protection of the right to collective action.⁵⁰ This also removes the primary obligation of Member States (and national law) to comply with the EU internal market objective.⁵¹

The fundamental economic freedoms of employers are usually exercised through the collective organisational form of corporate capital. The Treaty’s economic freedom of workers applies only to individual workers. Another approach would be to draft a fifth fundamental economic freedom of collective organisations of workers.⁵² This would promote an interpretation of the Treaty recognising that collective action by workers is consistent with the effective functioning of the internal market. Workers and trade unions, as market participants, may take collective action to ensure their voice is heard and their interests are taken into account, a feature essential to the effective functioning of the internal market. Collective bargaining, collective agreements and collective action are essential to the effective and equitable functioning of the labour market. This balances the discrepancy between the power of employers benefiting from European transnational economic integration, and the relative weakness of a labour movement largely confined to national boundaries in its collective bargaining and collective action.

Finally, as proposed under short-term measures, the Treaties could explicitly provide for an “anti-social dumping principle” against abuse of the exercise of economic freedoms.

2. Revise the Treaty to prevent employers using economic freedoms against trade unions taking collective action (horizontal direct effect)

EC Treaty Articles 43 (freedom of establishment) and 49 (freedom of services) were aimed at regulatory action by public authorities (vertical direct effect) or professional associations regulating access to the labour market. This is not the case with trade unions engaging in collective action in pursuance of a collective agreement which regulates substantive terms and conditions of employment, not free movement.

To apply horizontal direct effect to collective agreements means the ECJ will be flooded with endless references from national courts asking whether a specific collective agreement in a particular Member State’s collective bargaining system possessed the requisite regulatory effect.

50 As in the “Monti” Regulation, Council Regulation (EC) No. 2679/98 of 7 December 1998 on the functioning of the internal market in relation to the free movement of goods among the Member States. OJ L337/8 of 12.12.98; Article 2, quoted above.

51 Thus reinforcing the ECJ’s jurisprudence establishing a general principle of substance that EC law protects fundamental rights.

52 This could build on the precedent of the recognition of management and labour as institutional actors in the Maastricht Agreement’s provisions on social dialogue.

The Treaty should be revised to clarify that economic freedoms may not be invoked against trade unions taking collective action.

3. Revise the subsidiarity principle to exclude EC competence to regulate collective action

National laws on collective action by workers and trade unions reflect an equilibrium carefully constructed over time. It is an area of law jealously guarded by Member States. The principle of subsidiarity aims to preclude EC law intervening as EU intervention could be destabilising. Transnational collective action raises difficult questions in private international law: which national court has jurisdiction and the law of which Member State applies. Different laws and different courts take different views regarding the legality of cross-border collective action.

The Services Directive rejected the “country of origin” principle to protect national social models, in particular, as regards collective bargaining, collective agreements and collective action: “the exercise of fundamental rights as recognised in the Member States and Community law... the right to negotiate, conclude and enforce collective agreements and to take industrial action in accordance with national law and practices...” (Article 1(7)). The principle of subsidiarity could be reworked to reflect explicitly the protection of collective action.

4. Reform the European Court of Justice

a) Structure of the ECJ

There have been reforms to the structure of the ECJ in the past.⁵³ The decisions in *Viking*, and particularly in *Laval* with its bizarre interpretation of the Posting Directive and dramatic consequences for the entire Swedish system of industrial relations, make a powerful case for establishment of a specialist tribunal: the *chambre social* of the European Court.

b) Competences of the ECJ

The ECJ (and the EU) should not have competence to override fundamental rights (to collective action) protected in Member States.⁵⁴ This could be reinforced, for example,

⁵³ The Single European Act 1986 created the European Court of First Instance. The Treaty of Nice 2000 allows for the creation of specialist tribunals; the first is the European Civil Service Tribunal.

⁵⁴ As in the “Monti” Regulation, quoted above.

specifically as regards collective action, by curtailing the jurisdiction of the ECJ.⁵⁵ Article 234 EC could be amended to limit the discretion of national courts to make preliminary references to the ECJ on matters concerned with collective action.⁵⁶

c) Procedures of the ECJ

The ETUC's experience in *Viking* demonstrated that, although cases before the ECJ may be of vital concern to trade unions, the rules of procedure before the Court make it difficult for trade unions to make representations. The consequence is that the ECJ may not be alerted to important issues. In particular, the rules of procedure should acknowledge that the privileged status of the social partners as institutional actors in the EU Treaty authorises them, like the Member States, to intervene before the ECJ.⁵⁷

d) Composition of the ECJ

The legislative institutions of the EU, Council and Parliament (and in the future, even the Commission) reflect the relative weight of different Member States. The European Court does not: each Member State appoints one judge. The latest enlargement means there are 15 judges from the "old" Member States and 12 from the "new" Member States.⁵⁸

55 This was the effect of the decision in *Albany*, where the ECJ ruled that collective agreements fell outside the competition provisions of the Treaty.

56 In *European Social Policy: Between fragmentation and integration*, (eds. Stephan Liebfried and Paul Pierson, The Brookings Institution, Washington, 1995), the editors offer insights into the role of the courts in EC labour law: (p. 26) "...joint-decision traps in the United States helped push national initiatives for social reform in a rights-based, court-led direction, with disappointing results... the relatively activist role of the European Court of Justice in social policy stems in part from a similar desire of European federalists to avoid the daunting problems associated with joint decision-making through the European Council". And pp. 36-37: "...the dilemmas of shared decision-making in the EU lead to strategies of circumvention... the efforts of actors to escape the gridlock in social policy-making is a central theme. For advocates of social integration, institutional constraints within the Union have made court-led policy development an important path of social reform... [However] multi-tiered systems make centralized policymaking difficult for a reason - to protect local interests - and circumvention of these protections is likely to generate resentment... one aspect of the current disquiet over the Union's 'democratic deficit'..."

57 This should be extended to allowing the social partners to take legal action against the Member States or the other EU institutions for failing to observe Community law (e.g. against the Commission for failure to observe Treaty provisions on the social dialogue process).

58 The *Viking* and *Laval* cases were illustrations of the fact that the disparity in labour costs among "new" and "old" Member States and the willingness of enterprises to exploit economic freedoms has the potential of social dumping as between "old" and "new" Member States. There was a clear difference between the submissions to the ECJ of the "old" (except for the UK) and "new" Member States. See B. Bercusson, "The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day", (2007) 13 *European Law Journal* (No. 3, May), pp. 279-308. The Court deciding *Laval* and *Viking*

5. Reinforce international labour law in the Treaties

a) The European Social Charter

The Lisbon Treaty proposes that the EU ratifies the European Convention on Human Rights. Article 136 EC already refers to the Community “having in mind” the European Social Charter (ESC) of 1961. The Treaty should allow for ratification by the EU of the ESC, which includes the right to strike in Article 6(4).

b) ILO Conventions

All Member States, as members are bound by the ILO Declaration of Principles of 1998, and have ratified ILO Conventions 87 and 98. Article 307 EC means that the obligations under these Conventions “shall not be affected by the provisions of this Treaty”. This could be made explicit as regards specific Conventions of the ILO, as interpreted by the ILO’s Freedom of Association Committee. ILO Convention 87 has been interpreted to include the right to strike. Rights under international labour law are not to be affected by the free movement provisions of the Treaty.

c) Interpreting “proportionality” in light of international labour law

The criterion used by the ECJ to assess the lawfulness of collective action is “proportionality”.⁵⁹ This is not the standard used in international labour law, either by the Committee on Social Rights interpreting Article 6(4) of the European Social Charter (ESC) (which the Community is to be “having in mind” under Article 136 EC) or by the Freedom of Association Committee interpreting ILO Convention No. 87, ratified by all Member States (usually before accession to the EC, hence “shall not be affected” by the Treaty (Article 307 EC)).

The principles established under the ESC and ILO should be invoked to shape the criterion of “proportionality” invoked by the ECJ.

included 9 judges from the “old” Member States (Austria, Belgium, Denmark, Finland, Greece, Ireland, Luxembourg, Spain and the United Kingdom), and 4 judges from the “new” Member States (Estonia, Latvia, Lithuania, Poland). There was no judge from France, Germany or Italy. The *juge rapporteur* in *Viking* was from Luxembourg; the *juge rapporteur* in *Laval* was from Estonia. Submissions broadly supporting the employer in *Viking* were made to the ECJ by representatives of all 4 “new” Member States on the Court and the Czech Republic, Hungary, and the United Kingdom. Submissions broadly supporting the trade unions were made by representatives of 5 of the “old” Member States on the Court (Austria, Belgium, Denmark, Finland and Ireland), and France, Germany, Italy, Norway and Sweden.

⁵⁹ In *Viking*, the standard is whether the threat to jobs and conditions is “serious” and the action is “suitable”; in *Laval*, the standard is that stipulated in the Posting Directive.

VIII. Conclusion

1. National labour law

National labour law in the EU Member States emerged to redress the imbalance of power between employer and employee in national labour markets. It did this through two principal mechanisms: national legislation protecting employment and working conditions and national organisations of workers, trade unions, engaging in collective bargaining and collective action.⁶⁰

The labour law on national organisations of workers developed in the Member States through successive stages of repression, recognition and promotion. Although courts in the nineteenth century initially invoked legal doctrines protecting economic freedom to repress collective action by trade unions “in restraint of trade”,⁶¹ legislative policy and judicial doctrine eventually recognised and even promoted the rights of workers and their organisations to collective bargaining and collective action.

2. The balance of power in the EU economy

The transnational economy of the European Union, like the national economies of the Member States, requires an economic balance of power between employers and workers. In the Member States, this balance is achieved, in part, through the collective action of trade unions and organisations of employers. The social partners at EU level have not achieved this balance of power.

EU law on free movement transforms the balance of economic power in the EU. The freedom of enterprises to move throughout the single European market has shifted the balance of economic power towards employers. This is particularly evident in the overwhelming economic power of multinational enterprises, the magnitude of transnational capital movements and the social dumping effects of global trade. The changing balance of economic power, together with competition over labour standards, weakens European economic integration and undermines support for the European political project.

60 B.A. Hepple (ed), *The Making of Labour Law in Europe: A Comparative Study of Nine Countries up to 1945*, London, Mansell, 1986.

61 An example is the British experience, see K.D. Ewing (ed), *The Right to Strike: From the Trade Disputes Act 1906 to a Trade Union Freedom Bill 2006*, Liverpool, The Institute of Employment Rights, 2007.

3. *The law on workers' collective action*

One response to the shift in the economic balance of power resulting from the growth of the transnational economy is workers' traditional defence of collective action. As stated in the first sentence of this paper, a crucial element in maintaining a balance of economic power *within* Member States is the legal right to take collective action. National labour laws include the right to collective action. Though legal systems differ, no Member State outlaws collective action.

Under the pressure of EU law, Member States adapted their law to the requirements of free movement in the single market. The EU law of the common market transformed national rules governing the free movement of goods, services, capital or workers. However, national laws have not yet adapted to trade unions' response in the form of collective action which impacts on the transnational economy.⁶²

4. *Transnational collective action and EU law*

Globalisation means that collective action frequently has an impact beyond national borders. National rules on collective action are inadequate to regulate transnational collective action having an impact on free movement in the EU. The decisions of the European Court of Justice in *Laval*, *Viking* and *Rüffert*, although not repressing collective action, indeed recognising it as a fundamental right, conspicuously failed to rise to the challenge of accommodating labour law doctrine to the new balance of power in a transnational European economy.⁶³ Action on the European level is required to compensate for this failure.

62 B. Bercusson, "Foreword", to F. Dorssemont, T. Jespers, A. van Hoek (eds), *Cross-Border Collective Actions in Europe: A Legal Challenge*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2007.

63 I concluded my article of May 2007 in the *European Law Journal* on an earlier stage of this litigation by speculating that the future of the European trade union movement but also of the EU could be at stake. Now that the decisions have come out, it may be necessary to add the future of the European Court to this list...

Scope of Action at the European and National Level from the Perspective of the European Commission

Armando Silva

I. The ECJ Rulings	92
II. Consequences of the ECJ rulings	93
III. Difficulties with the application of the POW Directive	95

First, let me thank the Federal Ministry of Employment and Social Affairs for the opportunity given to the Commission to express our views in such an important debate.

I am afraid however that I shall not be able to comment on most points raised in Prof. Bercusson's very challenging paper. He suggests a number of fundamental changes in the Treaty, in the wake of the Irish referendum, as a remedy for the difficulties in conciliating the economic freedoms with the social rights that the recent rulings of the ECJ made more apparent. For the Commission, as it was clearly stated before the European Council last week by President Barroso, the priority is to carry on the ratification of the Lisbon Treaty as it stands, while opening a period of reflection on the reasons and consequences of the Irish vote with the purpose of finding an institutional and political solution. The contribution of the Irish government to this reflection is fundamental.

In the meantime, the policy-making process should continue, on the basis of the existing Treaty, with a particular emphasis on those dossiers that are important for meeting the social concerns of EU citizens, such as employment, social inclusion, anti-discrimination, health, and education. The social package that the Commission intends to adopt next Wednesday, 2nd July, under the heading of a renewed Social Agenda, shall include legislative and non-legislative policy proposals in these areas and will make therefore a major step towards reviving the confidence of citizens in the EU capacity to deliver in those areas that are closest to the citizen.

In my presentation, I shall focus on three questions:

- How does the Commission consider the recent ECJ rulings on Viking, Laval, Rüffert and Luxembourg?
- What consequences do we attach to such rulings ?

- What difficulties does the Commission identify in the application of the POW Directive 96/71 and how can we solve them?

I. The ECJ Rulings

The rulings on Viking, Laval and Rüffert, and now the most recent one on the case Commission vs Luxembourg, deal with the issue of how to balance the protection of workers' rights and working conditions with the safeguard of fundamental freedoms as established by primary and secondary EU law.

- The Viking case is about whether it is legitimate for an international trade union to use collective action in order to force a ferry company to drop its plans to re-flag a ship from Finland to Estonia.
- The Laval case is about whether it is legitimate for a Swedish trade union to use collective action to force a Latvian company to enter a collective agreement setting work and pay conditions that go beyond the core mandatory rules established in the Posting of Workers Directive:
- The Rüffert case is about whether public procurement rules in a German Land can impose to a Polish undertaking higher wages than those set by the federal collective agreement that is universally applicable.
- The Luxembourg case is about whether it is legitimate for a member State to impose to foreign service providers employment conditions that go well beyond the same core of mandatory rules on the grounds that they are necessary for public order, as well as the obligation to have a domiciled representative or to issue an ex ante declaration.

The two first rulings recognize the right to take collective action as a fundamental right which forms an integral part of the general principles of Community law. They also confirm that the trade unions will continue to be able to take action to protect workers' interests and combat social dumping. However, the exercise of such right should be done in compliance with the Treaty and the fundamental freedoms of establishment and of service provision.

Collective trade union action does not fall outside the scope of the Treaty despite the lack of competence of the Community to legislate on these matters, by virtue of Article 137.5. Member States must therefore comply with Community law when exercising their competence in setting rules in the area of industrial relations. This confirms existing jurisprudence in the areas of taxation and social security, such as in Walrave and Koch, Bosman, and Wouters et al.

The way the Court dealt with the issue of the horizontal effect of EU primary law is in our view relatively more innovative and will certainly deserve a far-reaching debate, which will stress its legal as well as political consequences. In Viking and in Laval, Ar-

articles 43 and 49 of the Treaty were considered as not applying only to the actions of public authorities, but also to any rules that aim at regulating employment conditions in a collective manner, such as those established by the social partners in their role of agents to which national authorities delegate the task to implement EU directives.

The Court found therefore that the classical tests of necessity and proportionality should be applied in both cases in order to determine whether the restriction imposed to the freedom of establishment or the freedom to provide services was justified. However, while in the Viking case, the Court considered that it was for the national Court to judge on that matter, in the Laval case, it carried out directly such verification and found out that the union action was not proportionate in relation to the objective of upholding the protection of workers.

Another innovative aspect in the Court rulings, also deserving wide debate, is the interpretation in the Laval ruling, of Article 3.7 of the Posting of Workers Directive as meaning that the scope of employment conditions guaranteed to posted workers should be limited to the core of mandatory rules defined in Article 3.1. This question should be discussed against the background of the twofold purpose of the Directive: to ensure a level-playing field between domestic and foreign providers of services; and to offer minimum protection to workers who are temporarily posted to a country without participating permanently in its labour market.

In the Rüffert ruling, the Court declared illegitimate a legislative measure that did not fix a rate of pay in accordance with any of the procedures laid down in the POW Directive: whereas Germany has a system for declaring collective agreements universally applicable and has used this faculty for the construction sector, the law in question applies only to public contracts and not to private ones, and enforces a collective agreement which has not been declared generally applicable.

Finally, in the Luxembourg case, the Court recognized all the items of non-conformity raised by the Commission. It confirmed that Member States should not unilaterally interpret the concept of public policy provisions used in Article 3.10 of the POW Directive in order to apply to undertakings employment conditions on top of those included in the hard core. Especially when some of such conditions are ruled by laws whose verification falls upon the authorities of the country of origin. It also confirmed that Member States should not impose control measures that are disproportionate to the objective of protecting workers, in line with previous case law and the guidelines set out by the Commission in 2006.

II. Consequences of the ECJ rulings

The rulings will affect most directly the countries involved: Sweden, Germany and Luxembourg. They should bring their legislation in line with Article 49 of the Treaty

and the POW Directive. This, in our view, does not appear as an impossible task. The rulings do not oblige to review the fundamental principles on which the industrial relations systems of these countries are based. Also, the rulings make it clear that the POW directive is not intended to harmonise the employment rules, but rather to coordinate them in order to establish a level-playing field. In particular, Articles 3.1 and 3.8 allow for a multiple choice of possibilities to determine the way by which minimum rates of pay are determined.

However, it is clear that the rulings will have consequences that extend well beyond these three countries. First, because other countries, where minimum wages are set neither by law nor by universally applicable collective agreements, may find themselves in the same situation. It is the case of Denmark, where a consultative tripartite commission already proposed an amendment to Danish legislation which aims at ensuring that the POW directive could be fully implemented in Denmark while maintaining the specific characteristics of the Danish model of industrial relations.

Second, and more importantly, because significant sectors of the public opinion call for measures to reverse what they see as the two major consequences of the rulings: to subordinate the fundamental right to collective action by trade unions to economic considerations and to facilitate social dumping.

We have difficulty in seeing these rulings as reversing a long established tradition of EU jurisprudence in favour of social rights. In the *Laval* case, the collective action was considered as non-proportionate because the obstacle that it created to the free provision of services could not be justified by its goal which was to impose employment conditions going beyond what the Directive considers as necessary to grant protection to workers. In other cases, such as in *Schmidberger* and in *Omega*, the Court considered that the protection of fundamental rights is a legitimate interest that justifies a restriction of the obligations imposed by Treaty-based economic freedoms. And the right to launch a collective action to protect host country workers from social dumping is recognised by case law, since *Arblade*, as an imperative reason of general interest that can justify a restriction of economic freedoms. This is not deadwood.

As to social dumping, I would like to underline that the POW Directive is the most effective instrument in the EU legal framework to prevent social dumping. It is based on the principle of primacy of the law and collective agreements in the host country as the regulating framework for the employment conditions of posted workers, who can benefit automatically from such conditions without having to bargain. However, such primacy only applies to a core of mandatory rules defined in Article 3.1. What is the reason for such limitation? The temporary nature of posted work. Posted workers are not part of the host country labour market. They have not made the choice to establish themselves and to follow a professional career there. He/she was posted by a decision of his/her employer which is part of the material conditions ensuring the provision of a service.

The application to posted workers of the whole range of employment conditions in force in the host country would create far more costs for the service provider, who would have to become aware of all employment legislation in force in every EU country in which he would like to do business. Would that be justified in terms of workers' protection? Would such obligation entail more benefits for workers who are temporarily posted across borders? This is the key question around which the necessary debate should turn. It is fair to say that, so far, the cases that have been examined by the Court – the compulsory contributions for the national training funds (in Laval) or the obligation to have a written statement from the employer (in Luxembourg) - have not provided sufficiently convincing justifications. . In the first case (Laval), because the posted workers would not have the possibility to benefit from such training. In the second case (Luxembourg) , because it is for the national authorities of the home country to control the respect of an obligation that is established by EU directive 91/533.

III. Difficulties with the application of the POW Directive

The Commission recognizes that the application of the POW Directive has given rise to a number of difficulties. For instance,

- Abuses in the form of successive postings of the same worker, who, for that reason would tend to have a quasi-permanent connection with a certain labour market;
- Abuses in the form of undertakings functioning as letter-box companies with the sole purpose of posting workers to a certain destination, as a way to evade from the application of national rules;
- Insufficient respect of host country rules as regards wages and health and safety conditions by foreign undertakings;
- Non-respect of social security obligations in the home country;
- Insufficient information of workers and companies about their rights and obligations in the context of posting;
- Insufficient administrative cooperation between national authorities of home and host countries;
- Lack of effective cross-border enforcement mechanisms in case of unlawful behaviour by undertakings.

These difficulties can be overcome by an efficient working of the labour inspectorates and other bodies responsible for a correct enforcement of the legislation, provided their action is proportionate and non-discriminatory. Also important is a more effective administrative cooperation between such authorities.

These difficulties, as well as those created for some countries by the recent Court rulings, can be handled in the context of the present POW Directive. Priority should be

given to remedy shortcomings in the implementation and enforcement of the Directive. With this purpose the Commission adopted on 3 April a recommendation which aims at enhancing administrative cooperation between Member States in order to ensure better protection of posted workers' rights and more effective cross-border enforcement. It sets the basis for enhanced fight against disrespect of workers' rights and undeclared work.

We are satisfied that the EPSCO Council on 9 June has endorsed this recommendation, and on this basis we are ready to carry on with its practical consequences: the creation of an expert Committee on posting of workers, with the participation of social partners, which will be responsible for the exchange of good practice, and within this setting, a working group to start developing an electronic information exchange system.

We are very much aware of the political and legal importance of the recent Court rulings. It is therefore important to give sequence to open debates such as this one, here in Berlin. The Commission is planning a Forum in October involving major stakeholders, such as member States, social partners and legal and economic experts, to debate key issues about the new challenges raised by increased workers mobility for fundamental social rights, including collective bargaining and collective action, and will continue to address their concerns in a constructive and balanced way.

Diskussionsbericht

Diskussionsleitung: *Christoph Schumacher-Hildebrand*

In der Diskussion richtete zunächst Andersson seine Fragen an Silva. *Andersson* erklärte, dass er vor Inkrafttreten der Dienstleistungsrichtlinie mit Vertretern der Kommission über das Thema „Herkunftsland“ diskutiert habe. Die Kommission hätte ihre Position vertreten, aber als Gesetzgeber hätten das Parlament und der Rat die Sache entschieden.

Anschließend stellte *Andersson* die Frage, wie gleiche Voraussetzungen für alle geschaffen werden können. Er fragte, ob dies der Fall sei, wenn Unternehmen in einem anderen Land tätig würden und eines von ihnen einen Tarifvertrag auf dem landesüblichen Niveau unterschreibe, das andere Unternehmen sich dagegen mit der Begründung weigere, dass die Vereinbarung nicht auf dem Mindeststandard beruhe. Diejenigen, die den Mindeststandard unterschrieben, würden gewinnen. Er stellte daher die Frage, wie es sich auf den Arbeitsmarkt auswirken werde, wenn ein ausländisches Unternehmen nach dem anderen zum Zuge komme, indem es einen Tarifvertrag unterschreibe, der nur den Mindeststandard absichert.

Von Zuhörerseite wurde zum Ausdruck gebracht, dass die Vertreter des EuGH zwar sagten, dass sie den vorgegebenen rechtlichen Rahmen einhalten würden, jedoch würden die Entscheidungen des EuGH am Ende auch politische Vorgaben setzen. Es rufe daher Erstaunen hervor, dass die Kommission jetzt schon sage, sie sehe z.B. bei der Entsenderichtlinie keine Notwendigkeit, etwas zu ändern, und ausführe, dass mit den betreffenden Urteilen kein Sozialdumping betrieben werden könne. Diese Reaktion der Kommission sei nicht nachvollziehbar, zumal *Bercusson* nachgewiesen habe, welche Auswirkungen dies auf die nationalen Standards der jeweiligen Mitgliedstaaten habe. Bislang hätten die Mitgliedstaaten immer noch ihre Souveränität, diese werde jedoch durch die Rechtsprechung des EuGH angegriffen.

Auch von anderer Seite wurde der Position der Kommission mit Unverständnis begegnet und deutlich gemacht, dass eine Debatte über die grundlegenden Probleme gewünscht werde, die sich aus den vier EuGH-Urteilen ergeben würden. Dabei handle es sich um das Spannungsfeld Grundfreiheiten, Grundrechte, öffentliche Ordnung, nationale und gemeinschaftliche Grundordnung. Hinsichtlich der Lösung dieser Probleme, die hier aufeinander treffen würden, sei die Kommission noch eine grundlegende Antwort schuldig. Insoweit genüge es nicht und werde nicht zum Ziel führen, wenn die Kommission dazu auffordere, die nationalen Gesetze zu ändern und die Kontrolle der Arbeitsbedingungen effizienter zu gestalten. Notwendig sei eine grundlegende Debatte auf politischer Ebene mit einer klaren Stellungnahme, was die Kommission nun unternehme.

Silva erklärte, dass die Entsenderichtlinie bestimme, dass Löhne dann auf entsandte Arbeitnehmer anwendbar seien, wenn sie gesetzlich oder durch Allgemeinverbindlichkeitserklärung festgelegt seien. Dabei handle es sich nicht um den Vorrang der Regelungen des Herkunftsstaates, sondern um diejenigen des Aufnahmestaates. Nun stelle sich die Frage, was als Lohn verstanden werden könne, der durch Tarifverträge festgelegt worden ist, die für allgemeinverbindlich erklärt werden können. In den meisten Ländern bereite dies keine Schwierigkeiten, da die Löhne entweder gesetzlich festgelegt seien oder auf Allgemeinverbindlichkeitserklärungen beruhen würden. Es führe nur in einzelnen Mitgliedstaaten zu Problemen, die kein nationales System hätten, Tarifverträge für allgemeinverbindlich zu erklären. Daher gebe es in diesen Ländern Arbeitnehmer, deren Löhne nicht auf diese Weise geschützt seien und die geringere Löhne erhalten könnten, als sie in den Tarifverträgen festgelegt seien. Wenn entsandten Arbeitnehmern Löhne gewährt würden, die in Tarifverträgen festgelegt seien, die nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden sind, bedeute dies, dass wir gezwungen wären, Löhne zu bezahlen, die über den Löhnen anderer Wettbewerber im gleichen Arbeitsmarkt liegen.

Schweden zähle sicherlich zu den Ländern, die in ihrer Gesetzgebung Raum lassen sollten, um Regelungen anzunehmen, wie sie die Entsenderichtlinie verlange. Die Richtlinie biete drei verschiedene Möglichkeiten, Mindestlöhne festzulegen. Die Laval-Rechtsprechung werde von der Kommission so verstanden, dass zur Bestimmung der Mindestlöhne keiner dieser Wege zwingend vorgeschrieben sei. Es sei eine Frage der Sichtweise, wie nationale Regelungen an die Richtlinienvorgaben angepasst werden könnten.

Silva führte weiter aus, es reiche nicht aus, dass die Kommission eine Überarbeitung der Tarifverträge vorschlage, sondern es sei notwendig, Hinweise darüber zu erhalten, dass der Rat mit einer Überarbeitung der Richtlinie einverstanden wäre. Die Kommission kenne die Situation im Rat und die dortigen Diskussionen zum Thema Arbeitszeiten. Auch sei sie der Öffentlichkeit bekannt. Dazu werde er jetzt nichts sagen. Es sei zu bedenken, dass hier Teilnehmer aus Luxemburg, Schweden und Deutschland anwesend seien, was sehr nützlich sei, aber eben nur eine Seite der Streitfrage wiedergebe.

Silva erklärte, dass er mit der jetzigen Situation im Rat zufriedener als vorher sei, unabhängig davon, was über die am 10. Juni 2008 erreichte Übereinstimmung zur Arbeitszeit gedacht werde. Es sei der Kommission gelungen, einen langwierigen Streit im Rat zu beenden. Wenn nun ein neuer Konflikt eröffnet werde, habe er keinerlei Zweifel, dass es sich um einen größeren Konflikt handeln werde. Vielleicht irre er sich auch. Deshalb sei eine Diskussion so wichtig. Aus diesem Grund würde die Kommission im Oktober 2008 Vertreter aus allen Mitgliedstaaten einladen, um zu hören, was etwa Polen, Lettland und Italien hierzu zu sagen hätten. Bevor die Kommission in dieser Sache einen Vorschlag präsentiere, müsste abgeschätzt werden, ob es im Rat zu einer gewissen Art der Übereinstimmung darüber kommen könne, weiter voran zu schreiten und das

Thema politisch zu debattieren, wie es vom Repräsentanten Luxembourgs vorgeschlagen werde. Damit beschäftige sich die Kommission gegenwärtig.

Andersson ergriff noch einmal das Wort und bat darum, für weitere Einzelheiten seinen Bericht zu lesen. Darin habe er einige detaillierte Vorschläge ausgeführt, wie die Entsenderichtlinie geändert werden könnte, um die Probleme zu umgehen, die die Rechtsprechung des EuGH hervorgerufen habe. Er sei von *Silvas* Ausführungen zum Kompromiss vom 10. Juni 2008 über die Arbeitszeitrichtlinie beeindruckt, der eine deutliche Abkehr von den Entscheidungen des EuGH zur Arbeitszeitrichtlinie zum Ziel habe. Offensichtlich habe die Kommission kein Problem damit, in manchen Bereichen Änderungen vorzunehmen. In änderungsbedürftigen Bereichen sollte daher vielleicht die Kommission die Führung übernehmen, um die Mitgliedstaaten zu einem Fortschritt zu bewegen.

Simone Gräfin von Hardenberg

Gestaltungsspielräume aus deutscher Sicht

Wolfgang Däubler

Das Thema „Gestaltungsspielräume aus deutscher Sicht“ wäre früher ein sehr schönes und populäres gewesen. Die EG-Richtlinien zum Arbeitsrecht enthalten typischerweise Günstigkeitsklauseln. Inhaltlich fügen sie dem nationalen Arbeitsrecht Gleichheitsrechte hinzu, z. B. die Antidiskriminierungsrichtlinien, aber nicht nur diese. Weiter bringen sie neue Verfahrensmöglichkeiten wie die Chance, einen europäischen Betriebsrat zu bilden. Dies hatte zur Folge, dass man sich zwar über Einzelheiten oft uneins war; insgesamt aber stand der europäische Gesetzgeber, speziell der Europäische Gerichtshof bei Arbeitnehmern und Gewerkschaften in hohem Ansehen. Wenn man Kritik übte, riskierte man, als schlechter Mensch betrachtet zu werden.

Das hat sich schlagartig geändert. Die Entscheidungen „Viking“ und „Laval“ haben große Unsicherheit im Arbeitskampfrecht geschaffen. Wir hatten vor einiger Zeit in Deutschland den Konflikt um Nokia, das seine Niederlassung von Bochum nach Rumänien verlagerte. Die Beteiligten haben den Konflikt ohne Arbeitskampf gelöst, aber man kann natürlich nachträglich die Frage stellen: Wäre es zulässig gewesen, wenn die Belegschaft erklärt hätte: „Wir streiken für die Erhaltung des Standorts Bochum“ und wenn sie dies in die Tat umgesetzt hätte? Und man kann weiter fragen, ob ein Streik um einen Tarifsozialplan eventuell eine Maßnahme gewesen wäre, die die Ausübung der Niederlassungsfreiheit „weniger attraktiv“ gemacht hätte – der erreichte Tarifvertrag wäre ja für den Arbeitgeber automatisch mit bestimmten Nachteilen verbunden gewesen. Im französischen Recht gibt es z. B. eine Regel, wonach ein Unternehmen, das sich aus einer strukturschwachen Gegend zurückzieht, für jeden wegfallenden Arbeitsplatz eine Ausgleichsabgabe bezahlen muss. Wäre nicht vielleicht auch das eine nationale Regelung, die die Ausübung der Niederlassungsfreiheit „weniger attraktiv“ macht? Ich würde diese Fragen keineswegs bejahen, aber ich weise darauf hin, dass der Europäische Gerichtshof hier ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit geschaffen hat.

Noch mehr als diese Rechtsunsicherheit beunruhigt uns der Umgang mit den Grundrechten. Die Grundrechte sind nach den Urteilen „Viking“ und „Laval“ nur ein Legitimationstitel für Eingriffe in Grundfreiheiten. Sie sind nicht – wie andere schon gesagt haben – das Primäre. In beiden Entscheidungen heißt es sinngemäß, man müsse abwägen zwischen der Versammlungsfreiheit, der Meinungsfreiheit und der Menschenwürde auf der einen Seite und den Grundfreiheiten auf der anderen Seite. Mit diesen Aussagen stellt sich in Deutschland eine spezielle Frage. Das Bundesverfassungsgericht hat auf die Kontrolle von Gemeinschaftsrechtsakten am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes nur verzichtet, „solange“ ein äquivalenter Grundrechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof oder auf andere Weise gewährleistet ist. Der Verzicht auf den

Schutz durch deutsche Grundrechte hängt also davon ab, dass man einen gleichwertigen Schutz auf der Ebene der Gemeinschaft besitzt. Bisher konnte man mit Recht den Eindruck gewinnen, dass bei allen Abweichungen im Detail die Gleichwertigkeit gewährleistet war. Wenn man nunmehr die Grundrechte unter den Vorbehalt der Grundfreiheiten stellt, wenn man sie nur insoweit gelten lässt, als die Grundfreiheiten nicht übermäßig beschränkt werden, also die Abwägung zugunsten der Grundrechte ausfällt, dann ist das nicht mehr dieselbe Form von Grundrechtsschutz, die wir im Grundgesetz haben. Im deutschen Recht wäre es völlig undenkbar, zu sagen oder zu schreiben: „Der Schutz der Menschenwürde ist zu gewährleisten, soweit dadurch nicht in unverhältnismäßiger Weise in Marktfreiheiten eingegriffen wird.“ Das wäre eine völlig unverständliche, aus dem allgemeinen Konsens herausfallende Aussage. Das Bundesverfassungsgericht wird Gelegenheit haben, zu dieser Problematik Stellung zu nehmen. Es gibt heute schon ein anhängiges Verfahren, in dem es um die Qualität des Grundrechtsschutzes durch den Europäischen Gerichtshof geht. Möglicherweise werden weitere Verfahren dieser Art hinzu kommen. Ich bin mir nicht sicher, ob sich die Große Kammer des EuGH, die die beiden Entscheidungen „Viking“ und „Laval“ erlassen hat, dieser Problematik wirklich bewusst war.

Ich bin nun aber gefragt, was die Reaktionen auf nationaler Ebene sein könnten außer der Einleitung oder Fortführung von Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht. Die Rüffert-Entscheidung hat die Tariftreuerregeln der deutschen Bundesländer für unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht erklärt. Dies hat viele kritische Stellungnahmen provoziert, doch will ich diese jetzt nicht aufgreifen. Handlungsmöglichkeiten bestehen „noch“ – so muss man sagen – insoweit, als man die Mindestlöhne über den Sektor der Bauwirtschaft hinaus auf andere Bereiche ausdehnen kann. Ein solcher Schritt wäre rechtlich möglich und auch sinnvoll. Angesichts der deutschen Tarifpraxis wäre es in hohem Maße vernünftig, insoweit nicht nur zentrale sondern auch dezentrale Kompetenzen zu schaffen. Nicht nur der Bundesarbeitsminister sondern auch die einzelnen Landesarbeitsminister sollten die Möglichkeit erhalten, Tarifverträge nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz für allgemeinverbindlich zu erklären. Wir haben nun einmal ein dominierendes Modell von Flächentarifen in einzelnen Teilen unseres Territoriums. Von daher wäre es nur konsequent, das Arbeitnehmerentsendegesetz insoweit zu ändern, dass eine Delegation der dort vorgesehenen Befugnisse auf Landesarbeitsminister möglich oder auch geboten ist. Dies ist ein Vorschlag, den ich allerdings aus Zeitgründen nicht näher begründen kann.

Ich gehe davon aus, dass trotz der Entscheidung in Sachen Kommission gegen Luxemburg eine solche Regelung noch möglich wäre. Allerdings muss man sich fragen, wie eigentlich der Begriff „Mindestlohn“ zu bestimmen ist. Die Frage ist schon angesprochen, aber im Grunde nicht eindeutig beantwortet worden. Die These eines Kollegen, wonach es auch zehn Mindestlöhne sein könnten je nach Tätigkeit und Qualifikation der betroffenen Menschen, aber ohne Berücksichtigung ihres Dienstalters, ihrer Jahre der Betriebszugehörigkeit, findet meine Zustimmung, aber es gibt hier natürlich

Schwierigkeiten, weil niemand beurteilen kann, wie sich der Europäische Gerichtshof zu einer solchen Ausdehnung stellen würde. Wir finden in der Entscheidung Kommission gegen Luxemburg eine geradezu akribische Analyse aller potentiellen Einwände gegen Einzelregelungen des luxemburgischen Entsendegesetzes. So hatte beispielsweise Luxemburg in ganz harmloser Weise festgeschrieben, dass die Vorgaben der Nachweisrichtlinie sowie der Richtlinien über Teilzeit und Befristung auch von den entsendenden Unternehmen einzuhalten waren, was im Einzelfall überprüft werden konnte. Es gab damit also eine doppelte Kontrolle – eine durch den Entsendestaat und eine durch den Aufnahmestaat. Man sollte denken, dass das keine Einwände provoziert: Das Ziel der Gemeinschaft, den Richtlinien möglichst viel Durchschlagskraft zu verschaffen, ist auf diese Weise doch nur besser sichergestellt. Nein, meinte der Europäische Gerichtshof, dies sei nicht „erforderlich“, das stelle einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit dar. Damit ist eine Lösung präferiert, die der Dienstleistungsrichtlinie in ihrer ursprünglichen Fassung zugrunde lag, die dann aber aufgrund politischer Entscheidungen wieder rückgängig gemacht wurde. Was politisch nicht erreichbar war, wird bestimmten Leuten vom Europäischen Gerichtshof geschenkt; dies hinterlässt einen wenig erfreulichen Beigeschmack. Gerade im Hinblick darauf muss man heute jeden rechtspolitischen Vorschlag im Anwendungsbereich des EG-Rechts mit einem Fragezeichen versehen; man kann nie garantieren, ob die gewählte Lösung auch Bestand hat, wenn der Europäische Gerichtshof mit der Sache befasst werden sollte.

Ein weiterer Vorschlag betrifft den Bereich Vergaberecht. Wäre es nicht sinnvoll, sich nicht nur auf die Frage der Einhaltung von Tarifverträgen zu konzentrieren, sondern auch andere sozialpolitisch relevante Vergabekriterien heranzuziehen? Es gibt eine interessante Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs im Fall „Nord – Pas-de-Calais“ aus dem Jahr 2000. Danach ist es zulässig, Aufträge nur an solche Firmen zu erteilen, die bereit sind, eine gewisse Anzahl an Arbeitslosen einzustellen. Dies ist ein sehr interessanter Ansatz, den man vielleicht auch bei uns aufgreifen könnte – das Kriterium würde natürlich in gleicher Weise für deutsche wie für ausländische Interessenten an dem fraglichen Auftrag gelten. Auch letztere können ja 10 oder 15 oder 20 Prozent an bisher Arbeitslosen beschäftigen. Als Vergabekriterium könnte man sich weiter eine besondere Förderung von Auszubildenden vorstellen – nicht im Sinne des Berufsbildungsgesetzes, das ja nur für Deutschland gilt, sondern in dem Sinn, dass jeder Interessent bestimmte Ausbildungsleistungen erbringen muss, die ggf. auch in der Beschäftigung von Berufsanfängern liegen können. Weiter könnte man daran denken, solche Auftragnehmer gezielt zu fördern, die Angehörige von Problemgruppen beschäftigen: Behinderte, ethnische Minderheiten und andere, die in der Gefahr sind, vom Arbeitsmarkt ausgeschlossen zu werden. Auch dies ist eine Möglichkeit, die nach der bisherigen Rechtsprechung wohl noch Bestand haben würde.

Schließlich müsste man sich überlegen, ob es nicht sinnvoll wäre, dem Europäischen Gerichtshof nach einiger Zeit die Möglichkeit zu geben, sich die ganze Sache noch einmal zu überlegen. Wir sind Optimisten, was die Lernfähigkeit anderer Menschen an-

geht. Es wurde mit Recht der fehlende europäische Diskurs angesprochen. Diesen Mangel kann man in den nächsten Jahren beheben; man kann sehr viel mehr miteinander reden, als man dies in der Vergangenheit getan hat. Dann könnte möglicherweise der Vorrang der Grundrechte vor den Grundfreiheiten ein sehr viel wichtigerer Topos als in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH werden. Ein neues „Rüffert-Verfahren“ müsste meines Erachtens auch das ILO-Übereinkommen Nr. 94 berücksichtigen, wonach die öffentliche Hand bei der Auftragsvergabe bestimmte Bedingungen stellen, insbesondere auch die Einhaltung von Tarifverträgen verlangen kann. Das Übereinkommen Nr. 94 ist zwar von allen Mitgliedstaaten unterzeichnet, aber nur von 10 Mitgliedstaaten ratifiziert worden. Es stellt aber inhaltlich der Sache nach eine Ergänzung zum ILO-Übereinkommen Nr. 87 über Koalitionsfreiheit und kollektive Maßnahmen dar. Es hat diesem gegenüber flankierende Wirkung, weil es einen spezifischen Durchsetzungsmechanismus vorsieht. Das Übereinkommen 87 gehört seinerseits zu den Kernarbeitsnormen, auf die auch der Europäische Gerichtshof zurückgegriffen hat, als es in der Viking-Entscheidung um die Streikgarantie ging. Das Übereinkommen 87 steht dort neben der Europäischen Sozialcharta, der Gemeinschaftscharta von 1989 und der Grundrechtscharta von Nizza. Unter diesen Umständen wäre es naheliegend, sich beim Thema „Umsetzungsmechanismen von Tarifverträgen“ auch auf das Übereinkommen 94 zu stützen. Als Ergänzung des Übereinkommens 87 ist dieses genauso ein „Rechtserkennismittel“ in der Terminologie des EuGH, das die Basis für die Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts darstellt.

In einem weiteren Verfahren könnte man auch die Frage aufwerfen, weshalb man bei der Warenverkehrsfreiheit nach der Keck-Rechtsprechung den Mitgliedstaaten das Recht einräumt, die Ausübungsformen selbst zu bestimmen und ihnen so einen beträchtlichen Spielraum eröffnet. Warum gilt Vergleichbares nicht auch bei der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit? Weiter wäre die Bereichsausnahme für die Tarifautonomie zu erörtern, die vom Europäischen Gerichtshof in der Albany-Entscheidung bejaht wurde.

Die neueste Rechtsprechung stellt die Loyalität der Arbeitnehmer in den Kernländern der EU auf eine harte Probe. Es ist erstaunlich, dass der Europäische Gerichtshof dies tut in einer Zeit, wo die Zukunft des europäischen Projekts sehr prekär geworden ist. Man hat dies zuletzt an der Volksabstimmung in Irland gesehen, man konnte es vorher an den Referenden in Frankreich und den Niederlanden ablesen. In einer solchen Situation sollte man die Loyalität der EG-Bürger nicht weiter strapazieren. Deshalb ist dem EuGH zu raten, wieder jene kluge Zurückhaltung zu üben, die seine Rechtsprechung in der Vergangenheit ausgezeichnet hat.

Perspektive der Gewerkschaften

Helga Nielebock

I. Grundsätzliches	105
II. Vorschläge	106
1. Vorschläge für die europäische Ebene	106
2. Vorschläge für die nationale Ebene	107

I. Grundsätzliches

Dem DGB ist ein soziales Europa wichtig, da nur ein solches Europa ein Zusammenleben in Frieden ermöglicht.

Unverzichtbar sind soziale Rechte für die Beschäftigten. Sie schaffen mit ihrer Arbeit erst die Werte für einen wirtschaftlichen Erfolg.

Wir treten für ein politisch gestaltetes soziales Europa ein, das nicht nur von Marktkräften bestimmt wird, und erwarten eine Respektierung der nationalen Grundrechte wie der Gemeinschaftsgrundrechte gegenüber den Grundfreiheiten – zumindest in einem angemessenen Verhältnis – in Deutschland durch die sog. praktische Konkordanz hergestellt.

Zum Ausgleich widerstreitender Interessen, insbesondere mit wirtschaftlichen und sozialen Rechten, sind also beide Seiten gleichwertig in die Waagschale zu werfen. Dafür muss das betroffene Grundrecht – in diesem Fall jeweils die Tarifautonomie – einmal in ihrer wichtigen Form der Durchsetzung, dem Streik, im anderen Fall als die übliche Entgeltkategorie, als dem Ergebnis der kollektiven Ausübung von Rechten, die der Staat akzeptiert und im Wege der Selbsthilfe der Ausgestaltung der Tarifparteien überlässt, dieses Grundrecht muss in seiner ihm eigenen Gänze und Tragweite beachtet werden.

Dabei ist das Agieren (die Freiheit der Wahl der Mittel) und die Zielsetzung der Akteure (Freiheit der Tarifziele) als ein zu schützendes Recht an sich anzusehen bei Beachtung der Waffengleichheit. Es kann nicht einfach, wie der EuGH dies tut, ein Grundrecht als Rechtfertigungsgrund herangezogen werden. Es hat vielmehr einen eigenen

Schutzbereich. Und dieser muss eigenständig berücksichtigt werden. Zudem dürfen nicht unter den zwingenden Allgemeininteressen die Arbeitnehmerinteressen aus einer individualistischen Perspektive des Arbeitnehmerschutzes heraus betrachtet werden.

Wir unterstützen eine Politik der Angleichung durch soziale Mindeststandards auf dem Weg des Fortschritts für alle in Europa und meinen, dass in einem sozialen Europa dies auch in dessen Grundrechtecharta und Vertrag deutlicher als bislang und in Korrektur der Rechtsprechung des EuGH zum Ausdruck gebracht werden muss. Deshalb ist es angebracht, dies deutlich zu verstärken und im Primärrecht festzulegen, dass es jedenfalls keinen Vorrang der Grundfreiheiten vor klar definierten sozialen Grundrechten des Gemeinschaftsrechts und der Mitgliedstaaten geben kann.

Dieser Weg muss beschritten werden. Es gibt zugleich auch Chancen, dass der EuGH seine Rechtsprechung noch einmal, wenn die EU-Charta dann voll in Kraft ist, überdenkt.

Die Rechtsprechung des EuGH wurde vom DGB oft, wenn auch nicht immer geteilt, jedenfalls aber akzeptiert ebenso wie die Institution selbst und die Reichweite ihrer Entscheidungen. Wir haben aber auch erfahren, dass der EuGH Argumenten gegenüber offen ist, manchmal auch unter Einschränkung seiner bisherigen Rechtsprechung und leider auch zuungunsten des Arbeitnehmers.

II. Vorschläge

1. Vorschläge für die europäische Ebene

Unter Berücksichtigung der Vorgaben durch die Rechtsprechung des EuGH, also quasi systemimmanent, müssen sich die Bundesregierung, die nationalen Abgeordneten und die Mitglieder des Europäischen Parlaments in den EU-Gremien für folgende Punkte einsetzen:

- Unsere in der Verfassung verbrieften Rechte müssen vertreten und im Rahmen der eigenen Bindung an die Grundrechte für die Tarifautonomie eingetreten werden und
- für eine entsprechende klarstellende Verankerung der Gleichgewichtigkeit von sozialen Schutzrechten und Grundfreiheiten, z.B. durch eine entsprechende Verankerung eines sozialen Fortschrittsprotokolls im Vertrag, muss – wie bereits ausgeführt – eingetreten werden.

Zudem muss in der Arbeitnehmerentsenderichtlinie klargestellt werden, dass die dortigen Mindeststandards keine Höchststandards sind, somit eine verbesserte Anwendung national (Günstigkeitsprinzip, tarifliche Verbesserung) auch mit Wirkung für EU-

Ausländer zum Tragen kommen kann, sofern dies nicht diskriminierend geschieht und auch weitergehende Regelungsbereiche, die im Arbeitsverhältnis eine Rolle spielen, unter Berücksichtigung der Dienstleistungsfreiheit verlangt werden können, denn ansonsten wäre die Tarifaufonomie empfindlich betroffen.

Alle europäischen Richtlinien im Arbeitsrecht sind von allen Unternehmen überall wo sie tätig sind in der EU einzuhalten und müssen auch überall überprüft werden können. Der enge Begriff, wonach eine Begrenzung der Dienstleistungsfreiheit nur ausnahmsweise auf der Basis der Entsenderichtlinie durch eine Kontrolle im Aufnahme-staat erfolge, muss ebenfalls angegangen werden.

In beiden Staaten (Aufnahme- wie Herkunftsland) sollte die Einhaltung von europäischem Recht je nach den unterschiedlichen Möglichkeiten und zu den unterschiedlichen Zeiten der Anwesenheit von Arbeitnehmern und Unternehmensvertretern kontrolliert werden dürfen.

2. Vorschläge für die nationale Ebene

Ziel für das Vergaberecht ist es eine Legitimationsbasis für Tariftreueerklärungen zu schaffen, die alle – und nicht nur die im erstreckten Mindestlohntarifvertrag vereinbarten – Entgeltgruppen umfasst und die alle in- und ausländischen Arbeitgeber bindet.

Dies wäre zum einen möglich durch eine erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) bzw. Rechtsverordnung (RVO) auf der Basis des AEntG (ggf. allein) zu diesem Zweck. Damit wäre den Anforderungen der Entsenderichtlinie Genüge getan.

Der Bund könnte diese Legitimation auch auf die Länder übertragen, z. B. im laufenden Gesetzgebungsverfahren zum Vergaberecht, oder in der AEntG-Novelle. Der Ansatz des BMAS im neuen Entwurf auch regionale Tarifverträge vorzusehen, war also richtig und sollte unter diesem Aspekt erneut berücksichtigt werden.

Andere soziale Kriterien wie Vorhandensein einer Interessenvertretung, Quote bei Ausbildung und Einstellung Arbeitsloser wären möglich, weil öffentliches Interesse an diesen Maßnahmen gegeben ist. Tariftreue ist auch im öffentlichen Interesse, da die Unterbietung im Wettbewerb über Löhne und daraus resultierende Arbeitslosigkeit verhindert werden sollen, wie auch die sozialen Sicherungssysteme gesichert werden sollen.

Die bereits durch AVE oder RVO nach dem AEntG erstreckten Tarifverträge können in die Ländervergabegesetze und das Bundesrecht übernommen werden. Und damit auch bestehende Überwachungs- und Sanktionsmöglichkeiten weiterhin genutzt werden. Die einfache Unanwendbarkeitserklärung einiger Länder ist ohne Not erfolgt und muss korrigiert werden.

Für das Problem der öffentlichen Aufträge gilt: die Differenzierung ist ein Ausdruck des verkürzten Ansatzes des EuGH in diesem Zusammenhang nach dem jeweils zwin-

genden Mindestschutz zu fragen, also Ausdruck, dass er nicht nach der Erforderlichkeit des Eingriffs sondern der des Schutzes fragt. In der EuGH-Entscheidung „Finalarte“ war hingegen ein höherer tariflicher Urlaubsanspruch gegenüber gesetzlich festgelegtem möglich.¹

1 EuGH v. 25.10.2001, Finalarte, Rs. C-49/98, Slg. 2001, I-7831.

Perspektive der Arbeitgeberverbände

Roland Wolf

I. EuGH und Arbeitsmarkt	109
II. EuGH und Tarifrecht	109
III. Entsendung in der EuGH-Rechtsprechung	110
IV. Arbeitskampf mit grenzüberschreitendem Charakter	110
V. Zusammenfassung	111

I. EuGH und Arbeitsmarkt

In vielen Bereichen hat der EuGH mit seinen Entscheidungen tief in die Gestaltungskompetenz des nationalen Gesetzgebers eingegriffen und damit Richtlinienumsetzungen ad absurdum geführt. Aus jüngster Zeit sei an dieser Stelle nur erinnert an die missglückten Entscheidungen in der Rechtssache Mangold, der Rechtssache Pfeiffer und der Rechtssache Jaeger.

Der EuGH hat gerade mit seiner Entscheidung in der Rechtssache Mangold Beschäftigungschancen vertan. Allenfalls insoweit ließe sich die Behauptung rechtfertigen, „das soziale Europa finde nicht statt“. Eine solche Aussage ist aber geradezu absurd unter dem Gesichtspunkt, der EuGH schränke Arbeitnehmerrechte ein.

II. EuGH und Tarifrecht

Wenn man die Diskussion auf die jüngsten vier Entscheidungen zum Tarifrecht im weiteren Sinne fokussiert (wobei Vergaberecht nicht mit Tarifrecht gleichzusetzen ist), ist festzustellen, dass der EuGH maßvoll widerstreitende Interessen zum Ausgleich gebracht hat. Anders, als es auf den ersten Blick scheinen mag, muss man dabei die Entscheidungen Luxemburg, Rüffert und Laval auf der einen und Viking auf der anderen Seite betrachten.

III. Entsendung in der EuGH-Rechtsprechung

Bei den Entscheidungen Luxemburg, Rüffert und Laval geht es darum, wie ein Mitgliedsstaat der Europäischen Union in die Dienstleistungsfreiheit von Unternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten eingreifen darf. Zu Recht betont der EuGH, dass dies grundsätzlich nur zulässig ist, soweit Primär- oder Sekundärrecht einen solchen Eingriff zulassen. Beim Einsatz entsandter Arbeitnehmer ist ein solcher Eingriff durch das Sekundärrecht vorgesehen, nämlich durch die Entsenderichtlinie.

Der Europäische Gerichtshof arbeitet in den drei vorbezeichneten Entscheidungen den Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit am Kanon der Entsenderichtlinie ab. Dies ist – ob man die Entsenderichtlinie für richtig befindet oder nicht – nachvollziehbar. Mitgliedsstaaten dürfen danach nicht aus protektionistischen Erwägungen unter dem Deckmantel des Arbeitnehmerschutzes eigenständige Regelungen erfinden, die den Einsatz von entsendeten Arbeitnehmern entweder unzulässig oder aber doch wirtschaftlich sinnlos machen.

IV. Arbeitskampf mit grenzüberschreitendem Charakter

In der Rechtssache Viking handelt es sich demgegenüber um eine Entscheidung zum Arbeitskampfrecht. Schon aus diesem Grunde muss gefragt werden, ob die Entscheidung überhaupt vor dem Hintergrund von Artikel 137 Abs. 5 EG-Vertrag hätte ergehen dürfen. Wenn aber der EuGH die Niederlassungsfreiheit durch einen Arbeitskampf berührt sieht, der nach nationalen Vorschriften zulässig ist, muss er dieses nationale Recht in Einklang bringen mit der Grundfreiheit (hier der Niederlassungsfreiheit) des Europarechts.

Der EuGH postuliert sehr klar, dass der bei Viking relevante Boykott als Arbeitskampfmaßnahme der finnischen Gewerkschaft – verstärkt durch die internationale Seearbeitergewerkschaft – nur das mildeste Mittel sein darf, um in Grundfreiheiten einzugreifen. Dabei ist der Arbeitskampf nicht gerechtfertigt als eigenständiges Recht der Gewerkschaft, sondern er wird gerechtfertigt im Verhältnis von Niederlassungsfreiheit zum Schutz der Arbeitnehmerrechte. Anders gewendet: Wo es einen ausreichenden Schutz der Arbeitnehmerrechte auf andere Weise gibt, darf kein Arbeitskampf stattfinden.

Der nationale Gesetzgeber ist daher aufgefordert klarzustellen, dass Arbeitskämpfe um Regelungsmaterien unzulässig sind, die dem Betriebsrat abschließend vorbehalten sind – so in den §§ 111 ff. BetrVG.

V. Zusammenfassung

Aus den Entscheidungen Luxemburg, Rüffert und Laval ergibt sich für den deutschen Gesetzgeber keinerlei Handlungsbedarf. Die Entscheidungen machen noch einmal deutlich, wie behutsam mit dem Instrument des Mindestlohns umgegangen werden muss. Aus der Entscheidung Viking ergibt sich Handlungsbedarf, wenn das Bundesarbeitsgericht weiter die Grundfreiheiten des europäischen Einigungswerks zu wenig berücksichtigen und Tarifsozialpläne und Streiks um diese weiter für zulässig erachten sollte.

Scope of Action from a Scandinavian (Nordic) Angle

Niklas Bruun

I. Laval and Viking	113
II. Rüffert	114
III. Conclusion: ILO 94 and the Rüffert case	116

My understanding is that I am expected to discuss the new case-law from the ECJ (Laval C-341/05, Viking C-438/05 and Rüffert C-346/06) and the problems they pose for the labour market system in the Scandinavian countries.

I take it for granted that the main content of these cases are known by the audience, I therefore go straight on and discuss what we should do about this and what problems we face from a Scandinavian point of view and even on a more general level.

I. Laval and Viking

These judgments deal with a peace-obligation for transnational industrial action that has an impact on one of the four EC freedoms (free movement for goods, labour, services and capital).

The judgments do have a clear impact on Scandinavian law. This impact is partly common for all the Scandinavian or even Nordic countries. The impact of the Viking-judgment restricting collective action in situations of crossborder establishment is clearly similar for all Nordic countries and will certainly have implications on how trade unions and their international organisations take use of industrial action in such situations. The Laval-judgment again will clearly bring about changes to the law in force in these countries. In this respect there are however also several different features in the situation of the respective states: Sweden has a special situation with its unique Lex Britannia that has to be dealt with since the ECJ declared that it is not compatible with EC law. Finland, Denmark and Norway have ratified ILO Convention 94 on Social Clauses in Public Contracts (public procurement). Sweden has not ratified that Conven-

tion. Finland has a well established system for making collective agreements binding “*erga omnes*”, which makes the situation regarding the implementation of the Posting of Workers Directive (96/71/EC) less problematic for Finland.

For both Denmark and Sweden the national Acts on Posting of workers must be amended as least regarding *minimum wages*. There is in the author’s view no need to change the system fundamentally, but the question is how the new legislation can build upon the national branch level collective agreements (covering a vast majority of the workers in the sector) and at the same time fulfil the EC requirements concerning coverage, non discrimination and transparency? If the social parties cannot solve the issue of minimum wages in collective agreements, there is in the end no other solution than legislated minimum wages.

The necessary legislative amendments are in a preparatory stage both in Denmark and Sweden. In both countries tripartite bodies have been appointed to prepare for amendments in legislation and collective agreements. In Denmark this tripartite body presented its proposals on 19 June 2008 and the responsible Minister Claus Hjort Fredriksen has declared that the Danish government will take action accordingly. The tripartite body suggests an amendment to the Danish Act on posting of workers which explicitly would state that industrial action can be undertaken against foreign service providers in the same way as action can be taken against Danish ones. An explicit new condition for such industrial action is that the representative national collective agreement applicable in the branch contains clear stipulations on the minimum wages that a foreign service provider has to pay. This again creates a responsibility for the social partners to amend the collective agreements accordingly.

In Sweden the preparation of legal measures to be undertaken is still in a preparatory phase and it is not self-evident what solutions will be proposed.

II. Rüffert

In the *Rüffert* case a company, Objekt und Bauregie, was awarded a public contract. The company employed as a subcontractor another undertaking established in Poland. In summer 2004 this undertaking came under suspicion of having employed workers on the building site at a wage below that provided for in the ‘Buildings and public works’ collective agreement.¹ Following investigation, Land Niedersachsen terminated the con-

1 Paragraph 3(1) of the Landesvergabegesetz, headed ‘Declaration that the collective agreement will be complied with’ states:

“Contracts for building services shall be awarded only to undertakings which, when lodging a tender, undertake in writing to pay their employees, when performing those services, at least the remuneration prescribed by the collective agreement at the place where those services are performed and at the time prescribed by the collective agreement. For the purposes of the first sentence, the term

tract with Objekt und Bauregie based on the fact, inter alia, that Objekt und Bauregie had failed to fulfil its contractual obligation to comply with the wage provision in a collective agreement which it was bound to by law. A penalty notice was issued against the person primarily responsible at the undertaking established in Poland, accusing him of paying 53 workers engaged on the building site only 46.57% of the prescribed minimum wage.

The issue went at first instance to the regional court in Hannover and then to the higher regional court, which stayed the proceedings and referred the following question to the European Court of Justice (ECJ):

“Does it amount to an unjustified restriction on the freedom to provide services under the EC Treaty if a public contracting authority is required by statute to award contracts for building services only to undertakings which, when lodging a tender, undertake in writing to pay their employees, when performing those services, at least the remuneration prescribed by the collective agreement in force at the place where those services are performed?”

The ECJ read the Posting of Workers' Directive 96/71/EC² in the light of Article 49 EC. The ECJ held that the German federal legislation did not satisfy the conditions regarding minimum wages in the host country which are binding on a service provider as regards payment of posted workers. According to the court, the legislation did not declare collective agreements generally applicable, and applied only to a part of the sector (public contracts), although in fact it did also apply to the main part of the private sector. Nor did the legislation satisfy the criteria laid down in Article 3(8) of the Directive. The ECJ gave a very restrictive interpretation of Article 3(7) of the Directive, which states that paragraphs 1 to 6 shall not prevent application of terms and conditions of employment which are more favourable to workers. In sum, the Court came to the conclusion that a Member State is not entitled to impose such legislation on contractors. Directive 96/71, interpreted in the light of Article 49 EC, precludes a Member State from adopting legislation such as that in force in Land Niedersachsen.

The ECJ judgment is in many ways problematic from a legal point of view. Here I do not present any general critique of the conclusions in the *Rüffert* case and only discuss some issues related to ILO 94. It has, however, to be stated that in *Rüffert*, contrary to what was argued to be the case in the *Laval* judgment³, the wage level was transparent and easy to ascertain in advance. It is also clear that the legislation is valid on national level and binds German companies that take part in a public procurement procedure in

‘services’ means services provided by the principal contractor and by subcontractors. The first sentence shall also apply to the award of transport services in local public transport.”

2 Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services. OJ 1996, L18/1.

3 Case C-341/05, *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, Svenska Byggnadsarbetareförbundet, avd. 1, Svenska Elektrikerförbundet, Opinion of Advocate General Paolo Mengozzi, 23 May 2007, ECJ decision, 18 December 2007.

Land Niedersachsen. The *Rüffert* judgment is, in my view, the first where the ECJ no longer requires that competition be on equal terms between national and foreign service providers. Rather, the Court takes the position that foreign service providers are to be allowed a competitive advantage by paying lower wages, contrary to what is provided by the federal law referring to the wage level in the sectoral collective agreement.

III. Conclusion: ILO 94 and the Rüffert case

The federal legislation in Land Niedersachsen complies precisely with the obligation imposed by ILO Convention 94 on those states that have ratified it. Article 2 of Convention 94 states:

“Contracts to which this Convention applies shall include clauses ensuring to the workers concerned wages (including allowances), hours of work and other conditions of labour which are not less favourable than those established for work of the same character in the trade or industry concerned where the work is carried on – (a) by collective agreement...”.

Germany has not ratified Convention ILO 94. However, the Convention has been ratified by a considerable number of Member States: Austria (1951), Belgium (1952), Denmark (1955), Finland (1951), France (1951), The Netherlands (1952), Italy (1952), Spain (1971) and the UK (1950, though it was denounced by the UK in 1982). Among the new Member States, at least Bulgaria (1955) and Cyprus (1960) have ratified the Convention.

In light of this, the ECJ’s interpretation of the Posting Directive in the *Rüffert* case is remarkable. When both adopting and implementing the Posting Directive, the Commission declared that the Directive was fully consistent with ILO Convention 94. The position after *Rüffert* is that the legal situation will vary among Member States. Those Member States that have ratified ILO 94 before being bound by the Treaty can, according to Article 307 EC, still apply ILO 94, at least during a lengthy transitory period if it is to be denounced. From a Scandinavian angle one may ask whether this means that Finland and Denmark are in a different position than Sweden, because the latter has not ratified the Convention.

The conflict between the *Rüffert* judgment and ILO 94 is clear but of limited scope. It does not apply to public procurement exclusively within a Member State (where there is no cross-border posting of workers); it does not apply when posting is of workers from a non-EU Member State; and it does not apply when cross-border work is performed in the context of public procurement in forms which do not involve posting of workers.

The starting point for regulation of public procurement in the European Union has been that the Member States should be free to stipulate national standards, including for

wage regulation, provided there is equal treatment and no discrimination whatsoever is allowed in respect of foreign serviceproviders. This starting point is fully compatible with the ILO 94.

The *Rüffert* case has created confusion, uncertainty and the risk of different rules applying in Member States. The conclusion is that the Posting Directive 96/71/EC, as interpreted by the ECJ in the light of Article 49, must be clarified in order to be in harmony with ILO Convention 94.

This could quite easily be done by inserting a clause into the Directive clearly stating that either the public sector (procurement) can be regarded as a separate sector within the meaning of the Directive (Article 3(8)) or that wage standards linked to or clearly defined in collective agreements in a specific sector, at national or federal level, can be considered as part of the minimum standard that foreign service providers are obliged to apply under condition that this is a general requirement under the EC Public Procurement regime.

It is important that the European Union Member States defend the freedom of all Member States to continue to adhere to ILO Convention 94 and apply the principles on equal treatment of employers that is the fundament of this instrument.

View of the Swedish Trade Union Movement

Claes-Mikael Jonsson

First of all, thank you for giving the Swedish Trade Union movement the opportunity to comment on recent developments in Community Law here today.

I share most of the views expressed by professor Bruun, but also much of what professors Lyon-Caen, Rebhahn and Bercusson said this morning, in particular concerning the problems caused by the new interpretation of the Posting Directive and the new restrictions on collective actions introduced on Community level by the European Court of Justice.

It is our belief that the ECJ, through its recent case law, has planted a time-bomb under the European Union. The fire will start when workers see their wages undercut by posted workers. It might even be so that the fire has already started. The “no” in the referendum in Ireland could be interpreted in such a way. Community law cannot only be interpreted narrowly through contradictory legal texts. Political and social realities must always be a factor.

The EU was at a crossroad six months ago. The ECJ could have chosen another path. The Court had alternative routes, which the Advocate Generals showed in all four cases. The road chosen was neither “the only one” nor “necessary”. Free movement without responsibility was not the answer to all the questions ECJ had been asked.

The EU is founded upon compromises. One important compromise, if not the most important one, is the balance between two conflicting views – EU as an instrument for companies to compete on an international arena with free movement as the primary tool – and the other view – EU as an instrument for Trade Unions and Governments to create a countervailing force to companies and capital which acts on a global scene. These two perspectives could also be described as EU’s economic and social dimensions.

A sound balance between the social and economic dimensions is crucial for the EU. Jaques Delors struck a compromise with the European Trade Union movement when he relaunched the Internal Market in the late 80’s. The European Trade Union movement promised not to oppose the Internal Market and got an “Espace social” in return. This “gentlemen’s agreement” was simple – no internal market without a social dimension. This agreement has been revoked by the ECJ through its recent case law. The social dimension has been severely undermined.

Swedish Trade Unions fought for equal treatment in Laval. But instead of “equal pay for equal work” we got “minimum pay for equal work”. We expected double demands to be forbidden, and had already started our work to prevent this. We knew that our system had some transparency problems, but we had also initiated a process to improve the situation. But the ECJ did much more than necessary in the Laval case. Carefully devel-

oped balances in national industrial relations systems have been distorted. One should keep in mind that the EU has 27 different labour market models. They all reflect different balances of power between Capital and Labour. The ECJ will become largely unpopular as it moves delicately balanced power between the social partners in the Member States.

Let me also in this context comment on the German employers' representative who claimed that Laval went bankrupt. This claim is not true. It was their letter box company, Baltic Bygg, without employees or assets, their "door-opener" to undercut conditions on the Swedish labour market that went bankrupt. Laval is still doing business in Latvia. Let me also, as a comment to the German employers' representative concerning Lex Britannia, state that this law is not remarkable or protectionist in any way, it is not more than a functional equivalent to a mechanism which declares collective agreements generally binding. An industrial relations system, such as the Swedish, based on the autonomy of the social partners must have such a mechanism.

All recent case law from the ECJ can be analysed both from a narrower national perspective and a more overarching European perspective. For example the horizontal direct effect for trade union activities which was introduced in the Viking and Laval cases. The ECJ could have given, as for Competition law, a larger scope of autonomy to the social partners in line with the Albany judgement.

The ECJ does not appear to trust Member States, as the recent Luxemburg case illustrates well. Neither can regional authorities be trusted by the ECJ, what the rationale of the Rüffert case seems to be. The ECJ has also redefined the Posting of Workers directive into a maximum Directive. And the Court also struck an illusory balance between free movement and fundamental rights, which in practise subordinates fundamental rights to free movement. However, I will not have time to discuss this further now.

I will stick to the Swedish perspective, but one should keep in mind, that even though many consequences can be solved on national basis, structural general problems on European level remain – if equal treatment of workers, the rationale under article 39, should be restored also for posted workers. The new industrial relations system constructed by the ECJ on Community level, which restricts the right to collective action in the Member States should also be abolished. The recommendation by Professor Bercuson, to use the Keck-option should be seriously considered by the ECJ. If not, The Court will have to deal with a potential flood of cases where political, economical and social tensions are very high. The EU runs a great risk of getting even more unpopular. This would be ironic in a time when EU is needed more than ever to face challenges on a global scale.

The Swedish autonomous collective bargaining model consists of strong social partners, who regulate the labour market more or less independently of the State. This is in contrast with the so called continental models where the State have a more primary role in the regulation of the labour market. It appears as if the ECJ measures the Swedish (or Scandinavian) autonomous labour market models through a lens shaped by a continental

view. This has created a number of problems in Sweden. Let me name some, beside the fact that the right to industrial action has been restricted by Community law.

Collective wage formation on the Swedish labour market might be severely disturbed. Decentralized and local bargaining will probably become difficult. Many sectors and branches do not have minimum wages, and where such are to find, they are seldom in use due to local and flexible collective bargaining. It is ironic that the rationale of the ECJ, a naïve concept of minimum wages, is most likely to create a less flexible and more rigid wage formation, as there will be a pressure upwards on minimum wages in the years to come, this while the legislative institutions in Brussels cherish the Scandinavian flexicurity models. Posted workers, which constitute a minor part of the labour market, could thus affect the whole system for wage formation in Sweden.

Another problem is to restore collective agreements as the primary regulatory instrument also for posted workers. We don't want the state to interfere with the labour market. No matter if it is the Swedish or the European State. The social partners should be the principal actors when it comes to the regulation of relations between workers and their employers.

The social dimension of the EU has been severely damaged. Political action is needed. A first step must be to open the Posting of Workers directive for revision. It needs a broader legal base, a pluralistic view on national labour market systems and to re-establish its character as a minimum Directive. Secondly, Heads of States and Prime Ministers need to adopt the Social Progress Clause which the ETUC have proposed. Action is needed urgently.

A Europe built solely on free movement, where Member States are prevented from protecting its own and foreign workers have no future. The EU is needed and it is too important to be jeopardized through bad judgements. Future challenges must be met with both a social and economic dimension.

View of the Confederation of Swedish Enterprise

Lars Gellner

I. The Rüffert ruling	123
II. The Laval ruling	124

I. The Rüffert ruling

Professor Bruun thinks the ECJ's interpretation of the Posting Directive in the Rüffert case is astonishing. The reason is that, according to the ECJ's interpretation, the Directive is in conflict with ILO Convention No 94.

I cannot understand this reaction. A possible conflict between EU legislation and agreements that Member States have made is not an unanticipated situation. It is foreseen in the Treaty, article 307. And that article establishes the fact that a Member State that has produced an agreement in conflict with the Treaty must make efforts to remove elements in conflict with the Treaty.

The 97th ILO-session in Geneva in June this year was – among other things – about the issue of integrating labour clauses into public procurement contracts. According to the provisional record from the session the basic assumption by the Committee of Experts seemed to be that competition on the basis of labour costs is socially unhealthy and should always be avoided.

When we talk about public procurement contracts it is important to evaluate whether or not competition eliminates corruption, increases productivity and transparency and procures goods and services at the best value for money or best quality for the price.

In my opinion these are important factors to be considered.

There is a number of concerns related to the Convention. There are about 60 countries that have ratified the Convention, but only one quarter of them are actually applying it. The Committee of Experts in the ILO-session has noted that Member States of ILO are unwilling to take the necessary action to implement the Convention. One conclusion is that the principle that the State should act as a model employer by offering the

most advantageous conditions to workers paid indirectly through public funds does not seem to be popular.

Furthermore the prevailing view of governments is that workers employed under procurement contracts are not in need of special protection over and above national labour and employment laws. The idea of including labour clauses in public contracts is not widely accepted among Member States of ILO.

Against this background perhaps the Rüffert ruling is not very alarming.

II. The Laval ruling

In Sweden the ruling in the Laval case has led to a widespread debate regarding trade union rights. From trade unions and some politicians on the left wing there have been claims to change the Swedish legislation in order to guarantee that the system with collective agreements can be used against foreign EU-employers. Efforts are even made by trade unions to postpone Sweden's approval of the Lisbon Treaty due to the consequences of the Laval ruling.

Maybe a solution including collective agreement is good. The alternative is, roughly speaking, minimum pay determined by the legislator, directly or indirectly. The Confederation of Swedish Enterprise has not yet made a choice what solution to promote.

However, there is one legal problem with the collective agreement-solution. According to Swedish labour law there is no guarantee, in my opinion, that the foreign employees will get the pay regulated by the agreement. They are not members of the Swedish trade union that is part of the collective agreement and their employment contracts will not be filled out by a collective agreement at the workplace - because there is no such agreement at the workplace.

As the Rüffert ruling establishes, it is not enough if a Member State in the national Posting of Workers legislation only refers to a collective agreement for setting the pay. It is, in other words, not allowed to in blank delegate the establishing of pay to the social partners at the national level. This is not a legislation in accordance with article 3.1, first paragraph.

There are drawbacks also with the legislator-solution as well. I do admit that letting a question of setting wages be solved by politicians is not the common way in Sweden. It must however be considered that we do not have a tradition of regulating wages for foreign employees.

Let me finish by declaring that Sweden and other states have joined the EU because they think that a membership best promotes economic development and increased welfare. The freedom to provide services is one of the fundamental principles of the Community and therefore one of great importance for employers all over Europe. It would have been remarkable if ECJ should not have defended that principle.

Diskussionsbericht

Diskussionsleitung: *Horstpeter Kreppel*

Ausgangspunkt der Diskussion bildete die mehrfach geäußerte Kritik an der EuGH-Rechtsprechung, die ökonomischen Grundfreiheiten zu stark zulasten der Grundrechte zu betonen und die Grundrechte lediglich als Rechtfertigungsgrund zu berücksichtigen. Dieser Kritik wurde entgegen gehalten, dass der EuGH die Grundrechte nur aus prozessualen Gründen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit prüfe, diese dadurch jedoch nicht als Rechtfertigungsgründe materiell degradiere. Nach anderer Ansicht habe in den Entscheidungen *Viking* und *Laval* prozessual keine Notwendigkeit bestanden, die Grundrechte lediglich als Ausnahmetatbestand zu behandeln. Sie seien daher in diesen beiden Urteilen in völlig vermeidbarer Weise relativiert worden. Als positives Gegenbeispiel wurde erneut das *Schmidberger*-Urteil hervorgehoben, in dem der EuGH ausdrücklich gesagt habe, dass es uneinschränkbare und einschränkbare Grundrechte gebe und eine Abwägung nur in Bezug auf einschränkbare Grundrechte vorgenommen werde. Dieser Ansatz sei korrekt und daher weiterzuverfolgen.

Es wurde grundsätzlich davon ausgegangen, dass die Grundrechte und die Grundfreiheiten auf gleicher Stufe stehen, denn beide seien im Primärrecht verankert und würden vom EuGH anerkannt werden. Uneinigkeit bestand jedoch über ihre konkrete Ausgestaltung. Eine Seite stufte die Grundfreiheiten nicht lediglich als ökonomische Rechte, sondern als grundrechtsgleiche oder grundrechtsähnliche Rechte ein, da sie das Freizügigkeitsrecht und das Verbot der Diskriminierung beinhalten würden und diese beiden Rechtsgüter auch nach deutschem Verfassungsrecht Grundrechte seien.

Von anderer Seite wurde vorgebracht, dass der EuGH die Grundfreiheiten zu Unrecht grundrechtsgleich behandle. Die Grundfreiheiten seien lediglich Regelungen, die dazu dienen würden, dass Europa ökonomisch zusammenwächst, d.h. sie seien darauf begrenzt, Protektionismus zu verhindern und daher restriktiv auszulegen. Dagegen müssten die verfassungsrechtlich garantierten Grundrechte so ausgestaltet werden, dass sie sich möglichst weitgehend entfalten können.

Darüber hinaus wurde auf die unterschiedliche Durchschlagskraft abgestellt. Die Durchschlagskraft der Grundfreiheiten sei nach der EuGH-Rechtsprechung eine universelle, da sie auch unter Privatleuten uneingeschränkt gelten würden; eine vergleichbare Drittwirkung gebe es bei den Grundrechten nicht. Das Verhältnis der Durchschlagskraft sei allerdings eine noch zu klärende Frage.

Zur Dienstleistungsfreiheit wurde angemerkt, dass ein Mittelweg zwischen dem Recht des Herkunftsstaates und dem Recht des Aufnahmestaates gefunden werden müsse, denn die Dienstleistungsfreiheit betreffe Arbeitnehmer, die lediglich vorübergehend im Aufnahmestaat tätig seien, d.h. auch noch dem Recht ihres Herkunftsstaates unter-

worfen seien. In ihrem Herkunftsland würden regelmäßig Renten- und Krankenversicherungsbeiträge für sie entrichtet. Wenn sie vollständig dem Recht des Aufnahmestaats unterstellt würden, würde man den im Vertrag angelegten Unterschied zwischen Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit vermischen. Dann gäbe es ein Problem mit dem Primärrecht, das die Verfassung der Gemeinschaft darstelle.

Zum Verhältnis Europäische Gemeinschaft und Soziales wurde vorgebracht, dass die Sozialstandards in Europa nach Gründung der Europäischen Gemeinschaft gestiegen seien, da Länder mit einem hohen Sozialstandard (wie z.B. Frankreich) zur Supranationalisierung bereit gewesen seien. Auch die Löhne seien gestiegen und würden weiter steigen. So wären z.B. bei den drei baltischen Staaten Erhöhungen des durchschnittlichen Lohnniveaus um über 20 % zu verzeichnen, bei anderen Staaten über 10 %. In Deutschland sei es nicht zum Rückschritt gekommen. Daher wäre es nicht gerechtfertigt, den EuGH so hinzustellen, als ob er den Raubtierkapitalismus unterstütze, denn – wie bereits in den Vorträgen angeklungen – seien auch die Arbeitnehmer und die Gewerkschaften vielfach doch recht zufrieden mit seiner Rechtsprechung. So habe der EuGH z.B. den Bereitschaftsdienst in die Höchstarbeitszeit eingeschlossen und Raumpfleger/-innen im Fall eines Betriebsübergangs in ihren Arbeitsverhältnissen geschützt.

Vor dem Hintergrund des veränderten Gleichgewichts zwischen Grundfreiheiten und nationalen Grundrechten wurde die Frage gestellt, ob nun Europa oder die einzelnen Mitgliedstaaten für ein Auspendeln dieser veränderten Gewichte zuständig seien. Wenn ein Arbeitnehmer aus einem Mitgliedstaat mit einem niedrigen Sozialstandard in einen Mitgliedstaat mit einem höheren Sozialstandard entsandt werde, dann sei für ihn das Minimum gleichzeitig das Maximum, denn er könne in seinem Herkunftsland nicht auf bessere Arbeitsbedingungen zurückgreifen. Daher stelle sich die Frage, ob es sich dabei um eine Problematik handle, die national oder auf europäischer Ebene gelöst werden müsse.

Es bestand einheitlich der Wunsch nach einer Verbesserung der gegenwärtigen Situation. Es wurde u.a. vorgeschlagen, die Entsenderichtlinie zu ändern, auch wenn eine Änderung nicht leicht durchzusetzen sei. Daher lag die Hoffnung vorrangig auf einer Änderung der EuGH-Rechtsprechung, indem sich der EuGH in Zukunft selbst Grenzen setzt und auf weitere Eingriffe in nationale Kompetenzen verzichtet.

Simone Gräfin von Hardenberg

Podiums- und Plenumsdiskussion

Moderation: *Karl-Dieter Möller*

I. Podiumsdiskussion

Möller:

Ein wichtiger Aspekt, den wir vertiefen sollten, ist die politische Dimension. Wie kann man politisch auf die Auswirkungen der Urteile reagieren, die sich auf das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten niedergeschlagen haben? Es wurde gesagt, den Entscheidungen ist die Tendenz zu entnehmen, die unternehmerische Freiheit im Binnenmarkt zu betonen und gleichzeitig den sozialpolitischen Spielraum der Mitgliedsstaaten einzuschränken, ohne dabei eine Kompensation auf politischer Ebene vorzusehen. Herr Minister Scholz, verschiebt der Europäische Gerichtshof tatsächlich die Balance zwischen Dienstleistungsfreiheit und sozialen Schutzrechten der Arbeitnehmer?

Scholz:

Wir haben zu dieser Veranstaltung mit so vielen Experten eingeladen, um zu lernen. Diese Veranstaltung ist getragen von der Sorge, dass eine Verschiebung der Sozialbeziehungen zu Lasten der Arbeitnehmer und Arbeitgeber stattfindet und Dinge nicht so funktionieren, wie wir uns das in unseren nationalen Staaten vorstellen. Ein Blick auf die abstrakten rechtlichen Regelungen reicht dazu sicherlich nicht aus. Als in Deutschland das Bürgerliche Gesetzbuch geschrieben wurde, kam der Arbeitsvertrag darin nicht vor. Gesetze, die damals geschaffen wurden, haben sich allmählich im Rahmen von rechtlichen Bewegungen und Demokratisierungsprozessen weiterentwickelt. Die Frage ist, ob wir bei der Notwendigkeit der wirtschaftlichen Integration Mittel und Wege gefunden haben, die selbstverständlichen Rechte der Arbeitnehmer und Arbeitgeber zum Ausdruck zu bringen. Wenn die politischen Institutionen in Europa mit dem erreichten Stand im Bereich Arbeitsbeziehungen nicht Schritt halten können, dann kann es auf Dauer zu einer Legitimationskrise kommen.

Möller:

Wie aber kann es gelingen, den die Mitgliedstaaten verbindenden politischen Willen in Gesamteuropa so zum Ausdruck zu bringen, wie es innerhalb der einzelnen Mitgliedstaaten im Wege von politisch-demokratischen Prozessen geschieht? Wie reagiert die deutsche Politik, wenn sie merkt, dass dies auf Europaebene nicht gelingt, sondern vielmehr der EuGH seinen eigenen Weg geht, der von Deutschland nicht geteilt wird? Es wurde vorhin der Vorschlag gemacht, die Entsenderichtlinie zu ändern. Gibt es hier-

zu Überlegungen auf deutscher Seite und Gespräche mit ihren Kolleginnen und Kollegen auf europäischer Ebene?

Scholz:

Wir haben das Gefühl, dass wir etwas tun müssen, denn das, was dem Willen der demokratisch Gewählten und dem Willen der deutschen Bevölkerung entspricht, kann nicht so umgesetzt werden, wie wir uns das gedacht haben. Wie wir darauf konkret reagieren sollen und können, das wollen wir gerade auch durch diese Veranstaltung und ihre Auswertung lernen. Insofern kann ich während der Veranstaltung noch kein Ergebnis verkünden. Wir haben diese Veranstaltung auch durchgeführt, um unseren Handlungsrahmen besser einschätzen zu können und um eine europäische Diskussion über die Handlungsnotwendigkeiten und das Erreichbare zu entfachen.

Möller:

Das war eine schöne politische Antwort. Herr Hoffmann, die Frage an Sie, vorhin wurde gesagt, egal, welche Lösung es gibt, es wird immer Probleme geben. Teilen Sie diese Ansicht?

Hoffmann:

Sicher, es wird immer Probleme geben, die Frage ist, wie wir uns dieser Probleme annehmen und welche Lösungen dazu zur Verfügung gestellt werden. Wir haben heute viel aus juristischer Perspektive erfahren, jedoch sollte die politische Diskussion, aber auch die politischen Prozesse und der politische Wille mehr in den Vordergrund gerückt werden, damit mehr bei den Bürgerinnen und Bürgern ankommt. Wir brauchen eine politische Debatte nicht nur im Lichte der jüngsten EuGH-Rechtsprechung, sondern müssen auch die Frage klären, welches Europa wir in der Zukunft anstreben. Welchen Stellenwert haben wirtschaftliche Freiheiten gegenüber sozialen Grundrechten? Das irische Referendum hat gezeigt, dass hier noch viel Diskussionsbedarf besteht. Wir als Europäischer Gewerkschaftsbund haben den Verfassungsvertrag – also auch den Reformvertrag – unterstützt, aber nicht deshalb, weil er der beste Vertrag ist, sondern weil die Grundrechtscharta damit rechtverbindlich wäre und die Rechtsprechung des EuGH dann möglicherweise etwas anders ausgefallen wäre.

Möller:

Herr Levits, was nehmen Sie aus der heutigen Diskussion mit? Wird die Kritik an der EuGH-Rechtsprechung von den Richtern ernst genommen oder fühlen sich die Richter davon nicht angesprochen?

Levits:

Der Richter spricht durch seine Urteile, auch wenn bei Urteilen, die wie bei uns kollektiv verfasst werden, die einzelne Richtermeinung nicht erkennbar wird. Jedes Gericht, insbesondere die höchsten Gerichte, müssen sich der Kritik und der Diskussion stellen. Das gilt auch für den EuGH, der diese Kritik keineswegs als eine Art Majestätsbeleidigung auffasst, sondern den intellektuellen Dialog innerhalb einer interessierten

juristisch-politischen Öffentlichkeit schätzt. Insoweit hat Bundesverfassungsrichter Di Fabio die maßgebliche Öffentlichkeit treffend formuliert. Dialoge, Kritiken und Diskussionen in den einzelnen Mitgliedstaaten sind für das Gericht und für mich persönlich sehr wichtig, damit das Gericht nicht im „luftleeren Raum“ agiert. Ich kann nicht sagen, ob und welche Auswirkungen damit verbunden sein werden, sondern nur, dass jedes Argument für den Richter von Belang ist, denn ein Teil seines Berufes besteht darin, Argumente anzuhören und zu verarbeiten.

Möller:

Kurze Nachfrage, Herr Levits: Kommt die Kritik nur aus Deutschland oder kommt sie auch aus anderen Ländern? Gibt es so etwas wie eine Presseschau beim Europäischen Gerichtshof, aus der sich diese öffentlichen Kritiken oder Meinungen erkennen lassen?

Levits:

Ja, es gibt eine wöchentliche Pressezusammenstellung über die Reaktionen zu unseren Urteilen. Die Kritiken und Debatten der besprochenen Urteile waren sehr unterschiedlich und zeigten – ganz grob gesagt – ein eher ausgewogenes Bild, d.h. in einigen der 27 Mitgliedstaaten wurden diese Urteile eher kritisiert, in anderen wiederum sehr positiv aufgenommen. Verschiedene Staaten und auch einzelne soziale Gruppen innerhalb eines Mitgliedstaates vertraten unterschiedliche Interessen.

Möller:

Das ist möglicherweise aus Ihrer Sicht, Herr Andersson, etwas anders. Es wurde bereits angesprochen, dass Sie einen Bericht vorgelegt haben, in dem Sie das Europäische Parlament auffordern, in dieser Sache tätig zu werden. Vielleicht könnten sie uns ein paar Stichworte daraus nennen und mitteilen, was das Europäische Parlament aus Ihrer Sicht nach diesen Urteilen unternehmen sollte. Teilen Sie die Einschätzung von Herrn Levits, dass es in den 27 Mitgliedstaaten diese Ausgewogenheit gibt?

Andersson:

Das Gericht hat sein Urteil gefällt. Es hat seine Funktion in der Europäischen Gemeinschaft. Nun ist es Aufgabe der Kommission, des Parlaments und des Rates, zu handeln. Wir sind der Gesetzgeber und wir müssen die Verantwortung übernehmen. Nicht zu handeln, bedeutet zuzustimmen.

Bevor ich auf meinen Bericht – den Entwurf – eingehe, müssen wir diese Beurteilung in einem breiten politischen Zusammenhang sehen. Zum Beispiel, wie sehen dies die Bürger und Bürgerinnen heute? Irland ist nicht das einzige Beispiel. Wenn wir im Mai nach Schweden kommen, findet dort eine Abstimmung über den Lissaboner Vertrag statt. Es ist mit einer Ablehnung von 60 bis 70 % zu rechnen, die vor allem auf die Laval-Entscheidung zurückzuführen ist. Warum? Weil es um das Gleichgewicht geht. Und was ist unser Thema in Europa? Geht es nur um den offenen Binnenmarkt, den Binnenmarkt für Unternehmen? Nein, es geht in erster Linie um Menschen und ihre

Lebensbedingungen, d.h. um ein gutes Sozialsystem, um ein angemessenes Einkommen und darum, einen Job zu haben usw. Die gesamte Politik dreht sich um diese Fragen. Wenn wir als Politiker diese Bedürfnisse vergessen, werden uns die Menschen den Rücken kehren. Wir haben eine breite Diskussion darüber, wie wir mit der Globalisierung umgehen. Was aber unternimmt die Politik? Es geht nicht darum, ein Einkommen auf indischem oder chinesischem Niveau zu haben. Wir sollten durch Forschung und Entwicklung, durch Investitionen in menschliche Arbeitskraft und durch angemessene Arbeit, gutes Einkommen und durch gute Arbeitsbedingungen in den Wettbewerb treten. Da haben wir die Flexibilität, wir sprechen von „flexicurity“. Das dänische System ist nicht das einzige, das wir ansehen können, aber es ist ein sehr flexibles System mit einer großen Verantwortung für die Sozialpartner und ihre Verhandlungen. Die Rechtsprechung geht insoweit in eine völlig andere Richtung. Das beunruhigt mich und ich hoffe, es beunruhigt auch das Europäische Parlament. Die Kommission scheint es nicht zu beunruhigen, aber es sollte sie beunruhigen, denn es geht um die Zukunft Europas und um seine Akzeptanz unter den Bürgerinnen und Bürgern. Als Gesetzgeber müssen wir reagieren. Wir müssen das Gleichgewicht zwischen Dienstleistungsfreiheit und nationalen Rechten wie Tarifverhandlungen und betrieblichen Wahlen finden. Die Lösung sehe ich im sozialen Fortschritt. Ich bin nicht ganz sicher, das erkennen zu können, da wir im Bereich des Sekundärrechts die Dienstleistungsrichtlinie, Entsenderichtlinie und die Monty Regelung haben. Es wurde gesagt, dass diese nicht in die nationalen Systeme der Tarifverhandlungen und in die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberrechte eingreifen sollten, aber das scheint nicht auszureichen. Und warum nicht? Der Grund liegt vielleicht darin, dass es sich hier um Sekundärrecht handelt und die Dienstleistungsfreiheit zum Primärrecht zählt. Dagegen müssen wir etwas tun. Das ist die eine Sache.

Die andere Sache, die ich in meinem Bericht behandelt habe, betrifft die Mindeststandards, die für bestimmte Gruppen verpflichtend sind. Es sollte nicht nur für einzelne Nationalitäten zur allgemeinen Regel werden. Die Gleichbehandlung ist wichtiger. Wenn ein polnischer, ein deutscher, ein schwedischer oder ein dänischer Arbeitnehmer die gleiche Arbeit im gleichen Arbeitsmarkt verrichten, dann müssen sie auch gleich behandelt werden. Das sollte die Hauptrolle spielen. Wir haben viele Mindeststandards in der europäischen Gesetzgebung, so z.B. im Bereich Umwelt, Gesundheit und Sicherheit. Man kann überall noch bessere Bedingungen einführen, als sie im Herkunftsland vorhanden sind. Denken Sie darüber nach, was passieren würde, wenn diese Bedingungen in allen anderen Bereichen eingeführt würden. Das ist das Problem.

Der letzte Punkt: Wir haben verschiedene Modelle von Tarifverhandlungen, Gesetzgebung, Arbeitsmarktpolitiken etc. Wir können diese nicht alle harmonisieren, aber sie sollten gleich behandelt werden, wenn die Art von Regelungen eingeführt wird, wie wir sie in der Entsenderichtlinie haben. Das ist der wesentliche Inhalt meines Berichts.

Möller:

Herzlichen Dank. Frau Koskelo, würden oder hätten in Ihrem Land aufgrund der Laval, Rüffert oder Viking-Rechtsprechung auch 60 bis 70 % gegen den Lissaboner Ver-

trag gestimmt? Gibt es in Ihrem Land einen Konflikt zwischen nationalem Verfassungsrecht und europäischem Recht?

Koskelo:

Ich glaube nicht, dass in Finnland eine Abstimmung über den Lissaboner Vertrag derart negativ ausgefallen wäre und das sicherlich nicht wegen den Entscheidungen Laval, Viking und Rüffert.

Ihre zweite Frage hat sich bei uns noch nicht konkret gestellt. Wenn wir uns z.B. die heutigen Vorträge in Erinnerung rufen, dann sehen wir, dass Arbeitskampfmaßnahmen und Streik als Grundrechte in vielen nationalen Rechtssystemen – so auch in Finnland – anerkannt sind. Selbst wenn sie mit dem Grundrecht auf Koalitionsfreiheit verbunden sind, handelt es sich nicht um ein absolutes Recht. Die verfassungsmäßige Auslegung durch den Gesetzgeber sagt sehr deutlich, dass der genaue Inhalt des Rechts auf Arbeitskampfmaßnahmen und die Ausübung dieses Rechts dem Gesetz unterworfen sind. Es handelt sich daher nicht um ein schrankenloses Recht wie es bei einigen Grundrechten der Fall ist. Die Europäische Menschenrechtskonvention enthält einige Rechte, die schrankenlos gelten, aber einige der zentralen Grundrechte der Konvention sind Schranken unterworfen. Eine Schranke sind z.B. die Rechte Dritter.

Der entscheidende Punkt, der heute mehrfach angesprochen wurde, besteht darin, wie wir mit dem Gleichgewicht umgehen. Dieser Punkt betrifft die nationale Ebene ebenso wie die Gemeinschaftsebene. Nach der bisherigen Diskussion habe ich den Eindruck, dass der Gerichtshof etwas zu hart und unangemessen für Dinge getadelt wird, die nicht wirklich Probleme des Gerichts sind. Das Problem ist ein anderes. Es besteht darin, dass wir innerhalb der Europäischen Union, innerhalb des Binnenmarktes, sehr viele verschiedene Sozialstandards haben. Daher ist die Wahrung des Gleichgewichts schwieriger geworden. Wir müssen die Prinzipien des Binnenmarktes mit dem Wunsch nach einem guten Sozialstandard für jedermann in Einklang bringen.

Möller:

Sie haben die sozialen Unterschiede in Europa angesprochen. Meine Frage zielt auf die deutschen Verhältnisse. Ich glaube, Professor Däubler hat bereits gesagt, dass das deutsche Bundesverfassungsgericht sich vorbehält, selbst zu entscheiden, wenn Grundrechte der Deutschen durch Europäisches Recht tangiert werden. Bisher hat das Bundesverfassungsgericht immer gesagt, der Europäische Gerichtshof hat diese Aufgabe in unserem Sinne übernommen. Unter Umständen kann es aber zu einem Konflikt zwischen dem Europäischen Gerichtshof und dem Bundesverfassungsgericht kommen. Mir ist in letzter Zeit aufgefallen, dass zahlreiche Delegierte von Verfassungsgerichten aus neuen Mitgliedstaaten unser Bundesverfassungsgericht besuchen, um sich über seine Arbeitsweise und Rechtsprechung zu informieren. Gibt es eine vergleichbare Tendenz auch bei Ihnen in Finnland?

Koskelo:

Sicherlich können wir eine solche Möglichkeit nicht ausschließen, aber – wie ich bereits gesagt habe – ist es bei uns aktuell noch kein Thema. Die eigentlichen Probleme liegen nach meiner Ansicht im Umgang mit dem Gleichgewicht. Dann kann es zu dem Problem kommen, dass wir anders mit diesem Gleichgewicht umgehen als der EuGH. Dieses Problem existiert bislang nur theoretisch.

Möller:

Herr Dreesen, was halten Sie von den heute angesprochenen Entscheidungen, die ja doch sehr unterschiedlich aufgenommen werden? Halten Sie diese Entscheidungen für reinen Protektionismus, wie Herr Wolf andeutete?

Dreesen:

Ich teile die Meinung von Herrn Wolf. Es ist aber möglich, eine lange und fruchtbare Verbindung zum Binnenmarkt zu haben. Wie andere Teilnehmer möchte auch ich Fragen stellen. Ist es fair, dass eine in London ansässige Gewerkschaft Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmer aus Estland regelt, die auf einer finnischen Fähre arbeiten? Ist es fair, dass die Europäische Union ein finnisches Unternehmen daran hindern kann, nach Estland zu gehen? Ist es fair, dass schwedische Arbeitnehmer lettische Arbeitnehmer daran hindern können, eine Arbeit in Schweden zu finden? Möglicherweise ist ihr Lohn in Schweden höher als in Lettland. Ist es fair, dass öffentliche Arbeitgeber mehr bezahlen als der Markt fordert? Ist es fair gegenüber deutschen Arbeitnehmern? Ist es fair gegenüber dem Steuerzahler? Ich bin der Ansicht, dass es unter der Prämisse der Fairness sehr schwierig ist, das Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Prinzipien herzustellen.

Möller:

Kommen wir zu Herrn Combrexelle. Die Ratspräsidentschaft läuft auf Sie zu. Werden die Franzosen auch an die Fairness, an die deutschen und auch an die französischen Steuerzahler denken? Wird man an die Stärkung der sozialen Rechte denken?

Combrexelle:

Sicher wird es ein Überdenken der Gerichtsurteile geben. Ich würde einfach fragen, was war der Auftrag des Binnenmarktes? Es geht darum, zu klären, wie der Binnenmarkt mit der Idee einer qualitativen Beschäftigung vereinbar ist. Und bei dieser Frage gibt es offene Punkte. Jeder ist für seine Antwort verantwortlich, die er geben möchte. Der Gerichtshof und die Richter haben große Freiheiten geschaffen. Und nun geht es um die sehr sensiblen Fragen des Arbeitsrechts. Mein Gefühl ist, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Fragen des Arbeitsrechts noch nicht völlig unausgewogen ist. Die heutigen Debatten haben jedenfalls gezeigt, dass es noch Bedarf an Gesprächen zwischen den EuGH-Richtern, den nationalen Richtern und den Gerichten gibt. Es ist wichtig, dass man in diesen Dialogen eine klare Vorstellung über die richterliche Antwort gewinnt zu der Frage der Vereinbarkeit des Binnenmarktes mit den sozialen Aspekten, mit dem Beschäftigungsschutz und mit der Sicherung qualitativer Arbeitsplätze.

Die Antwort darf nicht einseitig juristisch ausfallen, sondern sie muss auch politisch sein. Es wurde heute bei den vielen Debatten deutlich, dass das Thema des kollektiven Arbeitsrechts einen untergeordneten Rang einnimmt. Sie wissen, Frankreich war schon immer sehr mit der Frage des Kollektivvertragsrechts verbunden. Ich sage voraus, dass die französische Präsidentschaft ebenso fühlt und natürlich auch die Minister, die sehr aufmerksam die Positionen der Mitgliedstaaten verfolgen. Dies gilt besonders für diejenigen Staaten, die von dieser Rechtsprechung unmittelbar betroffen sind. Ich glaube, dass die Sorge Frankreichs dazu beigetragen hat, zuzuhören, zu sehen und einen Befund über die Konsequenzen der Rechtsprechung des Gerichtshofs für die verschiedenen nationalen Gesetzgeber zu verfassen. Diese Fragen werden auf der Tagesordnung der nächsten Sitzung des Ministerrats stehen, so dass man einen klaren Bericht darüber hat und erkennen kann, was man gemacht hat.

Noch einen letzten Punkt möchte ich erwähnen und die Gelegenheit nutzen, da so viele universitäre Rechtsgelehrte anwesend sind. Ich habe wahrgenommen, dass von ihnen die Aspekte des kollektiven Arbeitsrechts verteidigt werden. Die Universität ist der Ort, an dem man sich mit dem Gleichschritt im kollektiven Arbeitsrecht beschäftigt. Gleichzeitig versuchen die Mitgliedsstaaten und die Kommission, das Arbeitsrecht weiter zu entwickeln für den Fall, dass man sich auf die „Flexicurity“ berufen kann. Ich bin der Meinung, das Gefühl der Verantwortung sollte auch die Universitäten erfassen, damit sie ihren Einsatz zur Weiterentwicklung des Arbeitsrechts im Schoße der europäischen Union verstehen und auch verstehen, was „Flexicurity“ bedeutet. Wenn man deshalb in gewisser Weise von der Qualität der Beschäftigung spricht, dann in Verbindung mit den Urteilen Laval und Viking, aber auch in Verbindung mit „Flexicurity“.

Möller:

Vielen Dank für Ihre Ausführungen. Herr Minister Scholz, ich möchte Sie doch noch nicht aus der Verantwortung entlassen und stelle meine Frage daher ein weiteres Mal. Ist man in Ihrem Ministerium nicht schon einen Schritt weiter als nur zu sagen, wir tragen Verantwortung? Stichwort Mindestlöhne: Gibt es Überlegungen, die gegenwärtige politische Auseinandersetzung auch auf die europäische Ebene zu übertragen? Wie sehen die Pläne des Ministeriums für die nächsten Jahre, sagen wir mal bis 2009 aus?

Scholz:

In Deutschland sind die Entscheidungen getroffen. Wir haben uns in der Regierung darauf verständigt, dass wir in Deutschland mehr Mindestlöhne einführen und dass wir das auf der Basis zweier schon vorhandener Gesetze tun. Das erste Gesetz betrifft das deutsche Entsendegesetz, das wir weiter entwickeln werden und das auch schon bisher die Grundlage für mehrere Tarifbereiche bildet, in denen wir Mindestlöhne festsetzen. Dies gilt im Wesentlichen für den Baubereich, die Gebäudereiniger und die Briefdienstleistungen. Wir werden das in diesem Jahr noch gesetzgeberisch für weitere Branchen ergänzen, die sich bei uns gemeldet haben und mit denen wir uns politisch verständigt haben. Voraussetzung soll sein, dass mehr als 50 % der Arbeitnehmer bei tarifgebunde-

nen Arbeitgebern beschäftigt werden. Darüber hinaus existiert das Mindestarbeitsbedingungs-gesetz von 1952. In diesem Gesetz wollen wir Mindestregelungen festsetzen für Beschäftigungsbereiche, in denen die Beschäftigten durch keine Gewerkschaft und keinen Arbeitgeberverband vor Ausbeutung geschützt werden können. Diese Vorhaben bewegen sich im Rahmen des Europäischen Rechts. Selbstverständlich gelten die Regelungen für In- und Ausländer gleichermaßen.

Für Europa planen wir keine eigenständige Mindestlohninitiative, da es sich hierbei um nationales Recht handelt und die Lohnniveaus in den einzelnen Ländern sehr unterschiedlich sind, so dass eine gemeinsame Regelung noch lange nicht möglich sein wird. Wir vergleichen uns zwar gerne mit den Vereinigten Staaten von Amerika, in denen es einen gesetzlichen Mindestlohn von \$ 7,20 gibt, aber das für Europa allgemein vorzuschreiben, würde sicherlich manchen Mitgliedstaat noch überfordern. Von daher steht das nicht auf der Tagesordnung.

Ein Satz noch zur Verknüpfung der europäischen und der nationalen Debatte. Wenn wir das Rüffert-Urteil bisher richtig verstanden haben, dann bedeutet es, dass allgemeinverbindliche Tarifverträge als Grundlage für Entscheidungen bei der Vergabe von Aufträgen genommen werden können. Das beinhaltet in jedem Fall die Zulässigkeit von allgemein gesetzlichen Mindestlöhnen, so dass es eine Lösung gibt, die der nationale Gesetzgeber, wenn er sich dazu durchringen kann, in der eigenen Hand hat. Das macht uns zwar nicht weniger skeptisch gegenüber der ergangenen Entscheidung, aber es ist jedenfalls ein Argument, das wir auch ernst nehmen müssen und das wir auch ernst nehmen.

Möller:

Herr Levits, können Sie die Interpretation durch Minister Scholz bestätigen?

Levits:

Ich bitte um Verständnis, dass ich die Urteile nicht interpretiere.

Möller:

Dann darf ich aber doch noch eine Frage zum Rüffert-Urteil nachschieben. Bei dieser Entscheidung haben die deutsche, die belgische, die dänische und die französische Regierung sowie Irland, Zypern, Österreich, Finnland, Norwegen und Polen Erklärungen abgegeben. Bis auf Polen haben alle gesagt, dass eine Tarifklausel möglich ist. Haben diese Erklärungen die EuGH-Richter überhaupt nicht beeindruckt?

Levits:

Ich habe bereits erwähnt, dass im Urteil nicht alle Erwägungen in Erscheinung treten. Mehr kann ich als Richter dazu leider nicht sagen.

Möller:

Dafür haben wir Verständnis. Herr Dreesen, Minister Scholz hat angedeutet, dass wir die Entsenderichtlinie verbessern müssen. Das hat auch die Diskussion ergeben. Wie stehen die Arbeitgeber in Europa dazu?

Dreesen:

Aus dänischer Sicht bin ich der Auffassung, dass wir eine Lösung gefunden haben. Die europäische Wirtschaft wird es in der hier diskutierten Weise wohl nicht unterstützen. Wir werden abwarten, was passiert.

Möller:

Herr Minister Scholz, es gibt verschiedene Möglichkeiten auf Europa, auf den EuGH einzuwirken. Deshalb eine Frage zur Wahl der Richter. In Deutschland erfolgt die Wahl nach Parteiproporz. Nach sechs Jahren kommt der nächste Richter oder die nächste Richterin, obwohl in so kurzer Zeit noch nicht einmal eine richtige Einarbeitung möglich ist. Daher habe ich den Eindruck, dass deutsche Richter nie Einfluss auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ausüben können. In der kurzen Zeit können sie nicht einmal Kammerpräsident werden. Bei anderen Ländern, wie etwa Spanien und Griechenland, sieht es anders aus. Warum verwendet die deutsche Regierung, die deutsche Politik so wenig Mühe auf die Auswahl deutscher Richter am Europäischen Gerichtshof und warum endet das so häufig im Parteienstreit?

Scholz:

Erstens, ich habe auch gehört, dass es diese Kritik gibt. Zweitens, das Auswahlverfahren ist seriös und findet ordnungsgemäß statt. Und drittens, dass Parteien sich an den Diskussionen beteiligen, ist kein Parteienstreit, sondern Demokratie.

Möller:

Frau Koskelo, was halten Sie von der jetzigen Wahl der Richter und Richterinnen zum Europäischen Gerichtshof?

Koskelo:

Jeder Mitgliedstaat entscheidet selbst, in welchem Verfahren er seine Richter wählt. In Finnland hatten wir eine Diskussion darüber. Es wurde vorgeschlagen, das Auswahlverfahren breiter und transparenter zu gestalten. Die Regierung hat darauf noch nicht reagiert. Aber ich möchte betonen, dass jeder EuGH-Richter seine Loyalität nicht den Mitgliedstaaten, nicht einem einzigen Staat und auch nicht seinem Mitgliedstaat schuldet, sondern nur den europäischen Verträgen. Wie Richter Levits bereits angedeutet hat, ist der gesamteuropäische Blick entscheidend. Wenn wir uns die Rechtsprechung des EuGH anschauen, dann wird leicht erkennbar, dass sie sehr durch die vorangegangene Rechtsprechung geprägt ist. Das hat auch unsere Diskussion ergeben. Die Rechtsprechung steht nicht für eine radikale Periode des EuGH, sondern ist vielmehr als eine kontinuierliche Entwicklung zu verstehen. Am Anfang standen die Grundfreiheiten, die wirtschaftlichen Freiheiten. Die wichtigste Entwicklung in der Rechtsprechung des EuGH ist in erster Linie die Tatsache, dass soziale Aspekte, die soziale Dimension und Grundrechte eine immer wichtigere Rolle spielen. Die heutigen Konsequenzen dieser kontinuierlichen Entwicklung sind auf eine veränderte Wirklichkeit zurückzuführen.

Darüber hinaus muss das Gericht Entscheidungen treffen, obwohl Europa letztlich in den Händen der Mitgliedstaaten liegt. In der Hand des EuGH liegen sie nur dann, wenn die Mitgliedstaaten die Vorgaben nicht eingehalten haben.

Möller:

Da der europäische Gerichtshof auch bei dieser Diskussion im Mittelpunkt steht, möchte ich Ihnen, Herr Levits, als EuGH-Richter, das Schlusswort geben. Zuvor möchte ich aber gerne noch die etwas saloppe Frage anschließen: Warum sind Urteile des Europäischen Gerichtshof eigentlich nur zu verstehen, wenn man vorher die Schlussanträge der Generalanwälte liest?

Levits:

Die Generalanwälte haben ihre eigene Sicht der Dinge und sind insoweit wissenschaftlich und rechtlich viel freier. Sie können verschiedene Aspekte in ihre Überlegungen einbeziehen und sich auch auf Literaturmeinungen stützen. Das Gericht kann sich dagegen nicht auf Literatur stützen, denn welche sollen wir zitieren? Die deutschen Richter würden die deutsche Literatur zitieren, aber die griechische Literatur ist vielleicht ganz anderes. Daher ist die Institution der Generalanwälte wichtig, um die Rechtssache umfassend beleuchten zu können. Das Gericht folgt häufig den Generalanwälten, manchmal aber auch nicht, denn es ist in seiner Entscheidung frei.

Ich möchte noch auf die Frage eingehen, wie man den Gerichtshof beeinflussen kann. Durch den Richter ist es sicherlich nicht möglich, denn er ist kein Agent des Mitgliedstaates, sondern er ist dem Gesamteuropäischen, der Union verpflichtet und nicht dem Mitgliedstaat. Den Gerichtshof kann man vielmehr – wie mein Sitznachbar schon richtig angemerkt hat – durch eine entsprechende Gesetzgebungsinitiative beeinflussen, da das Gericht im Rahmen der juristischen Methodik an die Gemeinschaftsgesetzgebung gebunden ist. Das Recht liegt in den Händen der Politik, in den Händen der Mitgliedstaaten, die das Recht setzen. Dies kann geschehen, wenn sich die Politik z.B. in Folge dieser Diskussion aktiv wird und auf europäischer Ebene eine Gesetzgebungsinitiative einbringt, um das Anliegen, das hier vorgetragen wurde, in Recht umzusetzen. Dann wird auch das Gericht diesem Recht gemäß der juristischen Methode Beachtung schenken. Dieser politische Weg über die Gesetzgebung ist die richtige Art, den Gerichtshof zu beeinflussen.

Möller:

Herzlichen Dank. Eine klare Aufforderung an die Politik, die Sie zum Schluss formuliert haben. Meine Damen und Herren, ich möchte Ihnen nun Gelegenheit geben, Fragen an das Podium zu richten.

II. Plenumsdiskussion

Im Rahmen der nun folgenden Plenumsdiskussion wurde an Herrn Levits die Frage gestellt, ob es tatsächlich nur Zufall sei bzw. von der prozessualen Situation abhängen, dass die Grundrechte als Rechtfertigungsgrund herangezogen würden. Es könne doch auch damit zusammenhängen, dass der EuGH als Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft von den Marktfreiheiten ausgehe und dann entscheide, inwieweit der einzelne Staat die Grundfreiheiten beschneiden könne.

Levits erklärte, dass dies in der Tat von der vorgelegten Fragestellung abhängen und daher von Fall zu Fall unterschiedlich sei. Abstrakt gedacht, stünden die Grundrechte grundsätzlich auf der gleichen Stufe wie die Grundfreiheiten. Die Grundrechte seien zwar nicht geschrieben, aber im Rahmen allgemeiner Rechtsgrundsätze anerkannt worden. Das habe der Gerichtshof auch mehrfach betont. Es wäre allerdings viel besser gewesen, wenn die Charta in Kraft gewesen wäre. Nach Ablehnung der Verfassung habe sich der Gerichtshof mit der Zitierung der Grundrechtscharta bewusst zurückgehalten, um nicht in den laufenden politischen Prozess einzugreifen. Kurz vor dem irischen Referendum habe man Mut gefasst und sie in einem Fall beiläufig zitiert, wohl in der Erwartung, dass der Lissaboner Vertrag zustande komme. Wenn die Fragestellung es erfordere, müsse der EuGH seine Pflicht tun. Die Tendenz gehe aber stets dahin, die Sache zurück an die nationalen Gerichte zu verweisen.

Von Zuhörerseite wurde angemerkt, dass die Politik auf das Gemeinschaftsrecht auf der europäischen Ebene nicht in derselben Weise einwirken könne wie im nationalen Bereich, wenn sie das Recht ändere. Wenn der EuGH die Ansicht vertrete, dass das Gemeinschaftsrecht, das Primärrecht nun gemäß „a“ und nicht mehr gemäß „b“ zu beurteilen sei, dann müssten alle 27 Mitgliedstaaten zustimmen, um wieder von „a“ zu „b“ zurückzukehren. Auf nationaler Ebene genüge dagegen die einfache Mehrheit und im nationalen Verfassungsrecht eine 2/3-Mehrheit. Das sei ein ganz großer Unterschied. Daher wurde die Frage gestellt, ob nicht dieser Unterschied dazu führen sollte, dass der EuGH bei der Auslegung des Rechts zurückhalternder als nationale Gerichte vorgeht. Seine Rechtsprechung erwecke aber den Eindruck, dass er großzügiger und vorantreibender als nationale Gerichte mit dem geschriebenen Recht umgehe.

Levits war der Ansicht, dass dieser interessante Gesichtspunkt – die europäische Gesetzgebung sei viel schwieriger zu ändern – genauer diskutiert werden sollte, denn das juristische Gerichtsverständnis auf Europaebene sollte ein anderes sein als das eines nationalen Verfassungsgerichts. In der Literatur sei diese Frage noch nicht genügend diskutiert worden. Letztlich würde es bedeuten, dass der Gerichtshof politischer urteilen sollte und dagegen würden wieder andere ihre Stimmen erheben.

Scholz war ebenfalls der Ansicht, dass die Entscheidungsprozesse der europäischen Institutionen mühsamer seien als auf nationaler Ebene. Daraus müssten Konsequenzen gezogen werden, weil es sonst zu riesigen Legitimationskrisen kommen könne. Er habe

schon seit langem folgenden Eindruck: Würde man die Bevölkerung Europas jeweils national fragen, ob sie der Meinung sind, dass Europa bedeute, dass in ihrem eigenen Land soziale Rechte abgebaut werden könnten, würde es 27mal ein „Ja“ geben. Dies gelte auch für Länder, die aus der Perspektive eines deutschen Ministers den Eindruck erweckten, dass sie nur von Europa profitieren können. Dennoch existiere dieses Selbstverständnis mehrheitlich. Die sehr unterschiedlichen Arbeitsrechtskulturen, Sozialbeziehungskulturen würden für etwas besonders Gutes gehalten. Daher werde davon ausgegangen, es könne nur schlechter werden. Gleichzeitig sei der institutionelle Prozess besonders mühselig. Es sei ähnlich wie beim Bundesrat. Ein Ministerpräsident werde nicht wegen seines Abstimmungsverhaltens in den Bundesrat entsandt, sondern für das, was er als Ministerpräsident in der Tätigkeit als Regierungschef eines Landes vorschlage. So ähnlich sei es auch auf der deutschen Gesamtebene. Es gebe keine europäische Öffentlichkeit, die wirklich durchdringe. Es gebe keinen Diskussionsprozess, der bei den Bürgern das Gefühl hinterlasse, zu wissen, was getan werden könne, wenn man der Rechtsprechung des EuGH entgegenwirken möchte. Keiner könne genau sagen, was zu tun sei und wie lange es dauern werde. Dies müsse das Gericht bedenken, damit es mit seinen Entscheidungen keine Legitimationskrisen auslöse. Solche Legitimationskrisen würden ansonsten bewirken, dass die Unvollständigkeit des demokratischen Willensprozesses auf europäischer Ebene, seine Kompliziertheit, Langsamkeit und die vielfältigen Verästelungen dazu führten, dass der Gesetzgeber in vielen Fällen ausfalle, in denen der Bürger erwarte, dass er eine Regelung darüber treffe, was die Bürger als Mindestbestand erwarteten und was sie vom EuGH abgesichert wissen wollten. Der EuGH solle keine Politik betreiben und die europäische Integration Europas nicht nach eigenem Gusto herstellen, aber er müsse sich der möglichen Schwierigkeiten bewusst sein. Das sei vielleicht ein Ergebnis der Diskussion. Und wenn Levits zum Ausdruck bringe, dass dies ein interessanter Gedanke sei, dann sei dies Grund zur Freude.

An Hoffmann und Scholz wurde eine Frage zur Bewertung des sogenannten Kompromisses zum Arbeitszeitrecht gestellt. Dort stelle sich die Situation nämlich umgekehrt dar. Der EuGH habe mit seiner Entscheidung eine neue Rechtssetzung bewirkt. Wie ist der jetzige Tatbestand zu bewerten?

Scholz erläuterte, dass der EuGH eine Richtlinie anders als der Richtliniengeber ausgelegt habe. Der EuGH habe die Meinung vertreten, dass Bereitschaftszeit im deutschen Sprachgebrauch Arbeitszeit sei, die bezahlt werden müsse. Einige Mitgliedstaaten (wie z.B. die Bundesrepublik Deutschland sowie Spanien und Polen) hätten dies umgesetzt. Alle Mitgliedstaaten seien davon bedroht, dass die Kommission sie im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH verklagt und sie auffordert, diese Richtlinie so einzuhalten, wie sie der EuGH interpretiert hat. In diesem Fall sei zu erwarten, dass die Mitgliedstaaten unterliegen. Daher gebe es eine Mehrheit im Rat dafür, die Richtlinie abzuändern. Insoweit habe der demokratische Willensbildungsprozess funktioniert, auch wenn möglicherweise falsch herum. Es stehe also fest, dass es im Europäischen Rat eine Mehrheit

dafür geben werde, die Richtlinie so zu ändern, dass jedenfalls ein Teil der Bereitschaftszeit in den Mitgliedstaaten als unbezahlte Arbeitszeit bewertet werden könne. Aus der Sicht eines deutschen Arbeitsministers bedeute dies, dass jedenfalls sicherzustellen sei, dass der Fortschritt, der hierzulande erreicht worden sei, festgehalten werden könne. Deshalb habe er sich als Minister bei dem Kompromiss in Luxemburg bemüht, eine Regelung zu finden, die sagt, dass dies durch Tarifverträge geregelt werden könne. Dies sei gelungen. Daher seien Tarifverträge weiter zulässig, die die deutschen Gewerkschaften mit den Arbeitgebern (z.B. im Krankenhausbereich) geschlossen hätten. Solange er Arbeitsminister sei, werde es keine Gesetzgebung geben, die in Deutschland hinter den erreichten Stand zurückfalle. Bereitschaftszeit werde in Deutschland bezahlte Arbeitszeit bleiben. Damit dies durchgesetzt werden könne, sei die Richtlinie notwendig, so wie sie jetzt geplant sei. Bei der Mehrheit der Mitgliedstaaten stehe jetzt schon fest, dass sie sich von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs distanzieren, indem sie erlauben, was dieser verboten habe.

Hoffmann erläuterte, dass dies für Deutschland der Fall sein möge, für Europa sei diese Arbeitszeitrichtlinie eine Katastrophe. Er zeigte sich empört darüber, dass die Mitgliedstaaten nicht aufgefordert werden, das bestehende europäische Arbeitszeitgesetz umzusetzen, wenn der Europäische Gerichtshof aus Sicht des Gewerkschaftsbundes eine richtige und progressive Rechtsprechung vornehme. Das Arbeitszeitgesetz werde nicht an die Rechtsprechung angepasst, sondern versucht, eine andere Rechtsgrundlage zu schaffen. Wenn dieses umgekehrte Vorgehen öffentlich diskutiert würde, würden die Bürger und Bürgerinnen Europa nicht verstehen. Wenn Arbeiter bei Ford am Band auf einmal die Bänder für drei Stunden still legten, dann handle es sich um inaktive Arbeitszeit, die nicht bezahlt werde. Das könne nicht im Sinne des Gesetzgebers gewesen sein. Die Lösung sei für Europa ungeeignet. Dieser Weg habe auch wenig mit Demokratie zu tun. Daher hoffe er, über das Europäische Parlament mehr Öffentlichkeit schaffen zu können, möglicherweise auch für Korrekturen, die dann dem Arbeitszeitgesetz von seinem Ursprung her gerecht werden.

Andersson stellte klar, dass im Europäischen Parlament über die Arbeitszeit diskutiert werden wird. Die Kommission habe auf die geänderte Rechtsprechung zur Arbeitszeit reagiert. Wenn jetzt keine Reaktion erfolge, dann würde dies bedeuten, dass es akzeptiert werde. Man müsse reagieren und hätte letztlich schon viel früher reagieren müssen.

In seinem Schlusswort betonte *Scholz*, dass Europa eine europäische und auch eine juristische Öffentlichkeit brauche. Die Probleme sollten erörtert werden, wie sie sind, wie sie sich bewegen und wie sie sich weiterentwickeln sollen. Die Referate, Diskussionen und die Äußerungen des Publikums hätten wesentlich zu einer weiteren Meinungsbildung beigetragen, aus denen nun Schlüsse zu ziehen seien.

Simone Gräfin von Hardenberg

Autorenverzeichnis

ANDERSSON, Jan, Mitglied des Europäischen Parlaments, Sozialdemokratische Fraktion, Stuvaregatan 11, SE-252 67 Helsingborg, Schweden

BERCUSSON†*, Brian, Professor, Chair in European Social and Labour Law at King's College London, Strand, London WC2R 2LS, England, Vereinigtes Königreich

BRUUN, Niklas, Professor in Private Law, University of Helsinki, Director IPRUniversity Center, P.O. Box 479, 00100 Helsinki, Finnland

DÄUBLER, Wolfgang, Prof. Dr., Professor für Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen, Fachbereich Rechtswissenschaft, 28353 Bremen

GELLNER, Lars, Head of Labour Law at the Confederation of Swedish Enterprise, Storgatan 19, SE-114 82 Stockholm, Schweden

JONSSON, Claes-Mikael, Legal adviser at the Swedish Trade Union Confederation (LO-Sweden), Landesorganisationen i Sverige, 105 53 Stockholm

KOCH, Ulrich, Richter am Bundesarbeitsgericht, Hugo-Preuß-Platz 1, 99084 Erfurt

KOKOTT, Juliane, Prof. Dr., Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Cabinet Kokott, Th.M. 2214, L-2925 Luxembourg, Luxemburg

LEVITS, Egils, Dr.h.c., Dipl.Pol., Richter am Europäischen Gerichtshof, 47 Rue Nicolas Martha, L-2133 Luxembourg, Luxemburg

LYON-CAEN, Antoine, Prof. Dr. à l'Université Paris Ouest, Directeur d'études à l'EHESS – Nanterre La Défense Institut International pour les Etudes Comparatives, 4, rue de la Michodière, 75002 Paris, Frankreich

* Professor Brian Bercusson verstarb am 17. August 2008.

NIELEBOCK, Helga, Bereichsleiterin, Deutscher Gewerkschaftsbund, Henriette-Herz-Platz 2, 10178 Berlin

REBHAHN, Robert, Univ. Prof. Dr., Professor für Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Wien, Schenkenstraße 8-10, 1010 Wien, Österreich

SILVA, Armindo, EMPL/F – Social dialogue, social rights, working conditions, adaption to change DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, European Commission, B-1049 Bruxelles, Belgien

WOLF, Roland, Geschäftsführer Arbeitsrecht, Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Breite Straße 29, 10178 Berlin

Verzeichnis der Moderatoren und Diskussionsteilnehmer

ANDERSSON, Jan, siehe Autorenverzeichnis

BECKER, Ulrich, Prof. Dr., LL.M. (EHI), Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht, Honorarprofessor an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München, Amalienstr. 33, 80799 München

BERCUSSON, Brian, siehe Autorenverzeichnis

COMBREXELLE, Jean-Denis, Directeur des Relations du Travail, Ministère de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion sociale, 39-43, quai André Citroën, 75902 Paris cedex 15, Frankreich

DREESEN, Fleming, BusinessEurope und Direktor für Arbeitsrecht bei der Vereinigung dänischer Arbeitgeber, Dansk Arbejdsgiverforening, Vester Voldgade 113, 1790 København V, Dänemark

HOFFMANN, Reiner, stellvertretender Generalsekretär des DGB, Deutscher Gewerkschaftsbund, Henriette-Herz-Platz 2, 10178 Berlin

KOBERSKI, Wolfgang, Ministerialdirigent, Leiter der Abteilung Europäische Union, Europäische Beschäftigungs- und Sozialpolitik, Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Wilhelmstr. 49, 10117 Berlin

KOKOTT, Juliane, siehe Autorenverzeichnis

KOSKELO, Pauliine, Präsidentin des Obersten Gerichts Finnlands, PL 301, 00171 Helsinki, Finnland

KREPPEL, Horstpeter, Richter am Gericht für den öffentlichen Dienst der Europäischen Union, L-2925 Luxembourg, Luxemburg

LEVITS, Egils, siehe Autorenverzeichnis

LYON-CAEN, Antoine, siehe Autorenverzeichnis

MÖLLER, Karl-Dieter, Leiter der ARD-Fernsehredaktion Recht und Justiz, SWR Fernsehen, Redaktion ARD-Ratgeber Recht, 76037 Karlsruhe

PEUTL, Christa, Dr., Bundeskanzleramt, Ballhausplatz 2, 1014 Wien, Österreich

REBHAHN, Robert, siehe Autorenverzeichnis

SILVA, Armino, siehe Autorenverzeichnis

SCHOLZ, Olaf, Bundesminister für Arbeit und Soziales, Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Wilhelmstr. 49, 10117 Berlin

SCHUMACHER-HILDEBRANDT, Christoph, Ministerialdirigent, Leiter der Unterabteilung Europäische Union, Europäische Beschäftigungs- und Sozialpolitik, Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Wilhelmstr. 49, 10117 Berlin

Anhänge

Entschließung des Europäischen Parlaments vom 22. Oktober 2008 zu den Herausforderungen für Tarifverträge in der EU (2008/2085(INI))

Das Europäische Parlament ,

- unter Hinweis auf Artikel 2, insbesondere Spiegelstrich 1, und Artikel 3 Buchstabe j des Vertrags über die Europäische Union,
- unter Hinweis auf die Artikel 136, 137, 138, 139 und 140 des EG-Vertrags,
- unter Hinweis auf die Artikel 12, 39 und 49 des EG-Vertrags,
- unter Hinweis auf den Vertrag über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon vom 13. Dezember 2007, insbesondere seinen Artikel 3,
- unter Hinweis auf Artikel 152 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, in dem die Bedeutung des sozialen Dialogs und der Tarifverhandlungen für die Entwicklung anerkannt wird,
- unter Hinweis auf Artikel 27, 28 und 34 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union¹,
- unter Hinweis auf die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, insbesondere ihren Artikel 11,
- unter Hinweis auf die Europäische Sozialcharta, insbesondere ihre Artikel 5, 6 und 19,
- unter Hinweis auf das Europäische Übereinkommen über die Rechtsstellung der Wanderarbeitnehmer,
- unter Hinweis auf die Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen² (Entsenderichtlinie),
- unter Hinweis auf den Bericht der Dienststellen der Kommission über die Durchführung der Richtlinie 96/71/EG (SEK(2006)0439) (Dienstleistungsbericht),
- unter Hinweis auf die Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge³ (Vergaberichtlinie),

1 ABl. C 364 vom 18.12.2000, S. 1.

2 ABl. L 18 vom 21.1.1997, S. 1.

3 ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 114.

- unter Hinweis auf die "Monti-Klausel" in der Verordnung (EG) Nr. 2679/98 des Rates vom 7. Dezember 1998 über das Funktionieren des Binnenmarktes im Zusammenhang mit dem freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten⁴,
- unter Hinweis auf die Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt⁵,
- unter Hinweis auf das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vom 27. März 1990 in der Rechtssache C-113/89, Rush Portuguesa Lda gegen Office National d'Immigration⁶,
- unter Hinweis auf die Urteile des EuGH vom 9. August 1994 in der Rechtssache C-43/93, Vander Elst⁷, 23. November 1999 in den verbundenen Rechtssachen C-369/96 und C-376/96, Arblade⁸, 25. Oktober 2001 in den verbundenen Rechtssachen C-49/98, C-50/98, C-52/98, C-54/98, C-68/98 und C-71/98, Finalarte⁹, 7. Februar 2002 in der Rechtssache C-279/00, Kommission/Italien¹⁰, 12. Oktober 2004 in der Rechtssache C-60/03, Wolff & Müller GmbH¹¹, 21. Oktober 2004 in der Rechtssache C-445/03, Kommission/Luxemburg¹², und 19. Januar 2006 in der Rechtssache C-244/04, Kommission/Deutschland¹³,
- unter Hinweis auf das Urteil des EuGH vom 11. Dezember 2007 in der Rechtssache C-438/05, International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union/Viking Line ABP¹⁴ (Rechtssache Viking),
- unter Hinweis auf das Urteil des EuGH vom 18. Dezember 2007 in der Rechtssache C-341/05, Laval un Partneri Ltd¹⁵,
- unter Hinweis auf das Urteil des EuGH vom 3. April 2008 in der Rechtssache C-346/06, Rüffert¹⁶,
- unter Hinweis auf die folgenden Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO): Übereinkommen Nr. 94 Arbeitsklauseln (Öffentliche Verträge), Nr. 87 Vereinigungsfreiheit und Schutz des Vereinigungsrechtes, Nr. 98 Vereinigungsrecht und Recht zu Kollektivverhandlungen, Nr. 117 Grundlegende Ziele und Normen der Sozialpolitik, insbesondere Teil IV, Nr. 154 Tarifverhandlungen,

4 ABl. L 337 vom 12.12.1998, S. 8.

5 ABl. L 376 vom 27.12.2006, S. 36.

6 Slg. 1990, I-1417.

7 Slg. 1994, I-3803.

8 Slg. 1999, I-8453.

9 Slg. 2001, I-7831.

10 Slg. 2002, I-1425.

11 Slg. 2004, I-9553.

12 Slg. 2004, I-10191.

13 Slg. 2006, I-885.

14 Slg. 2007, I-10779.

15 Slg. 2007, I-11767.

16 Noch nicht in der Sammlung der Rechtsprechung veröffentlicht.

- unter Hinweis auf seine Entschließung vom 26. Oktober 2006 zur Anwendung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern¹⁷,
- unter Hinweis auf seine Entschließung vom 15. Januar 2004 zur Durchführung der Richtlinie 96/71/EG in den Mitgliedstaaten¹⁸,
- unter Hinweis auf seine Entschließung vom 23. Mai 2007 zur Förderung einer menschenwürdigen Arbeit für alle¹⁹,
- unter Hinweis auf die vom Europäischen Rat auf seiner Tagung vom 12./13. Dezember 2007 angenommenen gemeinsamen Grundsätze beim Flexicurity-Ansatz sowie seine Entschließung vom 29. November 2007 zu gemeinsamen Grundsätzen für den Flexicurity-Ansatz²⁰,
- gestützt auf Artikel 45 seiner Geschäftsordnung,
- in Kenntnis des Berichts des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten sowie der Stellungnahmen des Rechtsausschusses und des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz (A6-0370/2008),

A. in der Erwägung, dass der EG-Vertrag die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, in den Verfassungen der Mitgliedstaaten und in diversen internationalen Verträgen und Übereinkommen verankerten Grundrechte als wichtigste Bezugswerte des Gemeinschaftsrechts und der in der Gemeinschaft üblichen Praxis anerkennt,

B. in der Erwägung, dass der EG-Vertrag eine Reihe einschlägiger Grundsätze festlegt; in der Erwägung, dass zu den wichtigsten Zielen der Gemeinschaft ein Binnenmarkt gehört, der durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gekennzeichnet ist und eine soziale Dimension hat,

C. in der Erwägung, dass einer dieser Grundsätze darin besteht, die verfassungsmäßigen Grundrechte der Bürger anzuerkennen, wozu das Recht, Gewerkschaften zu bilden, das Streikrecht und das Recht, Tarifverträge auszuhandeln, gehören,

D. in der Erwägung, dass die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die Niederlassungsfreiheit und der freie Dienstleistungsverkehr fundamentale Prinzipien des Binnenmarktes sind,

E. in der Erwägung, dass gemäß Artikel 39 des EG-Vertrags die Freizügigkeit der Arbeitnehmer die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden Diskriminierung der Arbeitnehmer in den Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen mit sich bringt,

F. in der Erwägung, dass der EG-Vertrag Beschränkungen der Grundfreiheiten zulässt, sofern sie einen mit dem Vertrag vereinbaren legitimen Zweck verfolgen, aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind, zur Erreichung der

17 ABl. C 313 E vom 20.12.2006, S. 452.

18 ABl. C 92 E vom 16.4.2004, S. 404.

19 ABl. C 102 E vom 24.4.2008, S. 321.

20 Angenommene Texte, P6_TA(2007)0574.

verfolgten Zwecke geeignet sind und nicht über das zur Erreichung dieser Ziele Erforderliche hinausgehen; in der Erwägung, dass parallel dazu Artikel 52 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vorsieht, dass Einschränkungen bei der Ausübung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nur dann erfolgen dürfen, wenn sie notwendig sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen,

G. in der Erwägung, dass der EuGH das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme als Grundrecht anerkennt, das damit fester Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ist; in der Erwägung, dass dieses Recht mit der Ratifizierung des Vertrags von Lissabon auch in den Verträgen verankert werden wird,

H. in der Erwägung, dass die Kommission mehrfach hervorgehoben hat, welche Bedeutung die bestehenden nationalen Rahmenregelungen für Beschäftigung und Tarifverhandlungen für den Schutz der Arbeitnehmerrechte haben,

I. in der Erwägung, dass der Bericht der Kommission "Arbeitsbeziehungen in Europa 2006" zeigt, dass hoch entwickelte Tarifverhandlungen einen positiven Einfluss auf die soziale Eingliederung haben können,

J. in der Erwägung, dass die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten gemäß Artikel 136 des EG-Vertrags (...) "folgende Ziele verfolgen: (...) die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, um dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen", und in der Erwägung, dass zur Erreichung dieses Ziels die Kommission gemäß Artikel 140 des EG-Vertrags die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten im Bereich der Sozialpolitik fördert, insbesondere auf dem Gebiet des Koalitionsrechts und der Kollektivverhandlungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern,

K. in der Erwägung, dass gemäß der Präambel der Entsenderichtlinie Bedingungen eines freien und fairen Wettbewerbs sowie Maßnahmen, die die Wahrung der Rechte der Arbeitnehmer entsprechend dem Rechtsrahmen für die Beschäftigung im jeweiligen Land und die Arbeitsbeziehungen in den Mitgliedstaaten garantieren, Voraussetzung für eine Förderung des länderübergreifenden Dienstleistungsverkehrs sind,

L. in der Erwägung, dass die Entsenderichtlinie in Erwägung 12 unmissverständlich besagt, dass "das Gemeinschaftsrecht (...) die Mitgliedstaaten nicht daran (hindert), ihre [nationalen] Gesetze oder die von den Sozialpartnern abgeschlossenen Tarifverträge auf sämtliche Personen anzuwenden, die - auch nur vorübergehend - in ihrem Hoheitsgebiet beschäftigt werden, selbst wenn ihr Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist", und dass "das Gemeinschaftsrecht (...) es den Mitgliedstaaten nicht (verbietet), die Einhaltung dieser Bestimmungen mit angemessenen Mitteln sicherzustellen",

M. in der Erwägung, dass das Ziel der Entsenderichtlinie – ein fairer Wettbewerb sowie Maßnahmen, die die Wahrung der Rechte der Arbeitnehmer garantieren – in einer Ära, in der sich die länderübergreifende Erbringung von Dienstleistungen ausweitet, wichtig ist für den Schutz der betroffenen Arbeitnehmer, und zwar unter Einhaltung des

Beschäftigungsrechts und der Arbeitsbeziehungen in den Mitgliedstaaten, sofern damit nicht gegen die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften verstoßen wird,

N. in der Erwägung, dass gemäß der Entsenderichtlinie die Gesetze der Mitgliedstaaten einen Kern zwingender Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz für die entsandten Arbeitnehmer festlegen, das im Gastland zu gewährleisten ist, der aber nicht der Anwendung von Arbeitsbedingungen, die für die Arbeitnehmer günstiger sind, entgegenstehen darf,

O. in der Erwägung, dass gemäß Artikel 3 Absatz 8 der Entsenderichtlinie die Richtlinie entweder durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften oder durch Tarifverträge umgesetzt werden kann, die für allgemein verbindlich erklärt wurden oder die allgemein verbindlich sind für alle vergleichbaren Unternehmen in dem betreffenden Industriezweig oder die von den auf nationaler Ebene repräsentativsten Organisationen der Tarifvertragsparteien geschlossen und auf dem gesamten nationalen Hoheitsgebiet angewandt werden; der EuGH bestätigt ebenfalls, dass die Mitgliedstaaten, da die Entsenderichtlinie nicht darauf abzielt, die Systeme zur Festlegung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu harmonisieren, ihre Freiheit behalten, auf nationaler Ebene ein System zu wählen, das die genannte Richtlinie nicht ausdrücklich vorsieht,

P. in der Erwägung, dass die Kernbestimmungen in Artikel 3 Absatz 1 der Entsenderichtlinie aus international zwingenden Bestimmungen bestehen, die die Mitgliedstaaten gemeinsam beschlossen haben; mit der Feststellung, dass die Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung in Artikel 3 Absatz 10 ebenfalls aus international zwingenden Bestimmungen bestehen, dass sie aber insofern einen Rahmen darstellen, als die Mitgliedstaaten über einen gewissen Ermessensspielraum verfügen, wie sie sie in ihrem nationalen Recht festlegen; ferner mit der Feststellung, dass Artikel 3 Absatz 10 für die Mitgliedstaaten insofern von Bedeutung ist, als dass er die Berücksichtigung verschiedener arbeitsmarktpolitischer, sozialpolitischer und anderer Belange einschließlich des Schutzes der Arbeitnehmer unter Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ermöglicht,

Q. in der Erwägung, dass die Mobilität der Arbeitnehmer in hohem Maße zu Beschäftigung, Wohlstand und EU-Integration beigetragen und den Bürgern neue Möglichkeiten zum Erwerb von Wissen und Erfahrung sowie zur Erreichung eines besseren Lebensstandards geboten hat,

R. in der Erwägung, dass Artikel 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union das Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen kodifiziert,

S. in der Erwägung, dass die Entsenderichtlinie mehr als einer Million Arbeitnehmer die Möglichkeit zur Arbeit im Ausland unter sicheren Bedingungen ohne Probleme oder Konflikte gegeben hat,

T. in der Erwägung, dass die einheitliche Anwendung und Durchsetzung der Bestimmungen der Entsenderichtlinie von entscheidender Bedeutung für die Erreichung ihrer Ziele ist, insbesondere für die Einhaltung von in den Mitgliedstaaten bestehenden Regelungen betreffend die Tarifverträge,

U. in der Erwägung, dass es in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a der Dienstleistungsrichtlinie ausdrücklich heißt, dass sie die Entsenderichtlinie nicht ersetzen soll und diese unberührt lässt,

V. in der Erwägung, dass für den freien Warenverkehr die folgende Klausel (bekannt als "Monti-Klausel") in die Verordnung (EG) Nr. 2679/98 aufgenommen wurde - Artikel 2: "Diese Verordnung darf nicht so ausgelegt werden, dass sie in irgendeiner Weise die Ausübung der in den Mitgliedstaaten anerkannten Grundrechte, einschließlich des Rechts oder der Freiheit zum Streik, beeinträchtigt. Diese Rechte können auch das Recht oder die Freiheit zu anderen Handlungen einschließen, die in den Mitgliedstaaten durch die spezifischen Systeme zur Regelung der Beziehungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern abgedeckt werden",

W. in der Erwägung, dass Artikel 1 Absatz 7 der Dienstleistungsrichtlinie festlegt: "Diese Richtlinie berührt nicht die Ausübung der in den Mitgliedstaaten und durch das Gemeinschaftsrecht anerkannten Grundrechte. Sie berührt auch nicht das Recht, gemäß nationalem Recht und nationalen Praktiken unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts Tarifverträge auszuhandeln, abzuschließen und durchzusetzen sowie Arbeitskämpfmaßnahmen zu ergreifen",

X. in der Erwägung, dass der Europäische Rat Grundsätze für die Schaffung von Arbeitsmarktmodellen festgelegt hat, die zusätzlich zu einem hohen Maß an Sicherheit auch einen hohen Grad von Flexibilität aufweisen (bekannt als "Flexicurity-Modell"); in der Erwägung, dass anerkannt wird, dass ein wichtiger Aspekt eines erfolgreichen Flexicurity-Modells starke Sozialpartner mit beträchtlichem Spielraum für Tarifverhandlungen sind,

Y. in der Erwägung, dass es in der Zuständigkeit des EuGH liegt, das Gemeinschaftsrecht unter Berücksichtigung der Grundrechte und -freiheiten auszulegen und die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des EG-Vertrags zu sichern,

Z. in der Erwägung, dass es Aufgabe nationaler Gerichte ist, im Einzelfall zu prüfen, ob die Kriterien betreffend die Beschränkung von Grundfreiheiten und deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht erfüllt sind,

AA. in der Erwägung, dass das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme und auf Abschluss von Tarifverträgen ein Grundrecht ist, das fester Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ist; in der Erwägung, dass sich der EuGH in diesem Zusammenhang nicht auf eine vom Parlament (als Mitgesetzgeber) nicht angenommene Erklärung des Rates und der Kommission vom 24. September 1996 stützen sollte, die die Auslegung der Begriffe "Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung" und "für die politische Ordnung entscheidende nationale Vorschriften" nur auf in der Gesetzgebung festgelegte verbindliche Vorschriften beschränken würde,

AB. in der Erwägung, dass das Urteil des EuGH vom 21. September 1999 in der Rechtssache Albany International BV²¹ auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts den

21 Slg. 1999, I-5751.

Gewerkschaften in Bezug auf Arbeitsmarktfragen einen beträchtlichen Ermessensspielraum eingeräumt hat,

AC. in der Erwägung, dass festgestellt worden ist, dass es beim EuGH und zwischen dem Gerichtshof und seinen Generalanwälten in mehreren Rechtssachen betreffend die Entsenderichtlinie, insbesondere in den genannten Rechtssachen Laval und Rüffert, unterschiedliche Ansichten und Auslegungen gab; in der Erwägung, dass angesichts solcher unterschiedlichen Ansichten und Auslegungen möglicherweise eine Klarstellung betreffend das Gleichgewicht zwischen Grundrechten und Grundfreiheiten erforderlich ist,

1. unterstreicht, dass die Dienstleistungsfreiheit ein Grundpfeiler des europäischen Einigungswerkes ist; ist jedoch der Ansicht, dass dies einerseits gegen die in den Verträgen dargelegten Grundrechte und sozialen Ziele und andererseits gegen das Recht der öffentlichen und sozialen Partner, Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung und Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen sicherzustellen, abgewogen werden sollte; erinnert daran, dass das Recht auf Kollektivverhandlungen und das Recht auf Kollektivmaßnahmen Grundrechte sind, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannt werden, und dass die Gleichbehandlung ein Grundprinzip der Europäischen Union darstellt;

2. ist der Meinung, dass jeder EU-Bürger das Recht haben sollte, überall in der Europäischen Union zu arbeiten, und dabei ein Recht auf Gleichbehandlung haben sollte; bedauert daher, dass dieses Recht nicht einheitlich in der gesamten EU angewandt wird; ist der Auffassung, dass die noch bestehenden Übergangsbestimmungen einer genauen Überprüfung durch die Kommission unterzogen werden sollten, um festzustellen, ob sie wirklich notwendig sind, um Verzerrungen auf den nationalen Arbeitsmärkten zu verhindern, und dass sie, wo dies nicht der Fall ist, so rasch wie möglich abgeschafft werden sollten;

3. betont, dass die Dienstleistungsfreiheit weder dem Grundrecht der Sozialpartner, den sozialen Dialog voranzutreiben und Arbeitskampfmaßnahmen zu ergreifen, widerspricht noch über diesem steht, zumal dies in mehreren Mitgliedstaaten ein verfassungsmäßiges Recht ist; betont, dass die Monti-Klausel die verfassungsmäßigen Grundrechte im Rahmen des Binnenmarktes schützen wollte; erinnert gleichzeitig daran, dass die Freizügigkeit der Arbeitnehmer eine der vier Freiheiten des Binnenmarktes ist;

4. begrüßt den Vertrag von Lissabon und die Tatsache, dass die Charta der Grundrechte der Europäischen Union rechtsverbindlich werden soll; stellt fest, dass dies das Recht der Gewerkschaften, Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und abzuschließen sowie bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen (z. B. Streik) zur Verteidigung ihrer Interessen zu ergreifen, einschließen würde;

5. betont, dass die Dienstleistungsfreiheit nicht über den in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union dargelegten Grundrechten steht und insbesondere nicht über dem Recht der Gewerkschaften, Arbeitskampfmaßnahmen zu ergreifen, zumal dies

in mehreren Mitgliedstaaten ein verfassungsmäßiges Recht ist; betont daher, dass die EuGH-Urteile in den Rechtssachen Rüffert, Laval und Viking zeigen, dass unbedingt geklärt werden muss, dass wirtschaftliche Freiheiten, wie sie in den Verträgen verankert sind, so ausgelegt werden sollten, dass sie nicht die Wahrnehmung grundlegender Sozialrechte beeinträchtigen, wie sie in den Mitgliedstaaten und vom Gemeinschaftsrecht anerkannt werden, einschließlich des Rechts, Tarifverträge auszuhandeln, abzuschließen und durchzusetzen und kollektive Maßnahmen zu ergreifen, und nicht gegen die Autonomie der Sozialpartner verstoßen, wenn diese Grundrechte in Verfolgung der sozialen Interessen und des Schutzes der Arbeitnehmer ausgeübt werden;

6. betont, dass die Entsenderichtlinie den staatlichen Behörden und den Sozialpartnern erlaubt, für die Arbeitnehmer günstigere Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen entsprechend den unterschiedlichen Traditionen in den Mitgliedstaaten festzulegen;

7. verweist darauf, dass Erwägung 22 der Entsenderichtlinie feststellt, dass die Richtlinie das Recht der Mitgliedstaaten in Bezug auf kollektive Maßnahmen zur Verteidigung beruflicher Interessen, das durch Artikel 137 Absatz 5 des EG-Vertrags bestätigt wird, unberührt lässt;

8. betont deshalb, dass Gleichbehandlung und gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Arbeitsplatz, wie dies die Artikel 39 und 12 des EG-Vertrags vorsehen, gewährleistet und verstärkt werden müssen; ist der Auffassung, dass im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit oder der Niederlassungsfreiheit die Staatsangehörigkeit des Arbeitgebers bzw. der Arbeitnehmer oder der entsandten Arbeitnehmer Ungleichheiten in Bezug auf Arbeitsbedingungen, Entgelt oder die Wahrnehmung von Grundrechten wie des Streikrechts nicht rechtfertigen darf;

9. unterstreicht, dass es wichtig ist, negative Folgen für Arbeitsmarktmodelle zu verhindern, die bereits ein hohes Maß an Flexibilität auf dem Arbeitsmarkt mit einem hohen Maß an Sicherheit verbinden können, und diesen Ansatz weiter voranzutreiben;

Allgemeine Auswirkungen

10. weist darauf hin, dass die horizontale Wirkung bestimmter Vorschriften des EG-Vertrags von der Erfüllung konkreter Bedingungen abhängt, so u. a. davon, dass diese Vorschriften einer natürlichen Person, die ein Interesse an der Einhaltung der betreffenden Verpflichtungen hat, Rechte verleihen; äußert seine Besorgnis darüber, dass die horizontale Wirkung von Artikel 43 des EG-Vertrags unter den speziellen Umständen der jüngsten Urteile des EuGH klar nachgewiesen wurde, und ist der Ansicht, dass die Zahl der Verfahren beim Gerichtshof infolgedessen zunehmen könnte;

11. begrüßt, dass entsprechend den Prinzipien und Traditionen der Europäischen Union viele Mitgliedstaaten in Zusammenarbeit mit den Sozialpartnern hohe Standards bei den Arbeitsbedingungen eingeführt haben, die das Wohlergehen aller Arbeitnehmer verbessern und das Wirtschaftswachstum sowie die Wettbewerbsfähigkeit steigern;

12. ist der Ansicht, dass die mit der Entsenderichtlinie und der Dienstleistungsrichtlinie verfolgte Absicht des Gesetzgebers nicht mit Auslegungen vereinbar ist, die als Aufforderung zu unlauterem Wettbewerb zwischen Unternehmen verstanden werden könn-

ten; stellt fest, dass Unternehmen, die Tarifverträge unterzeichnen und einhalten, im Wettbewerb mit Unternehmen, die dies nicht tun, benachteiligt sein könnten;

13. ist der Auffassung, dass die korrekte Anwendung und Durchsetzung der Bestimmungen der Entsenderichtlinie wesentlich ist, um das Erreichen ihrer Ziele zu gewährleisten, d.h. die Erleichterung der Erbringung von Dienstleistungen bei gleichzeitiger Gewährleistung eines angemessenen Schutzes der Arbeitnehmer und die uneingeschränkte Einhaltung bestehender Tarifverträge in den Mitgliedstaaten, in die Arbeitnehmer im Rahmen dieser Richtlinie entsandt werden;

14. ist ferner der Ansicht, dass die Freiheit, grenzüberschreitende Dienstleistungen im Binnenmarkt anzubieten, weiter dadurch gestärkt wird, dass sichergestellt ist, dass für inländische und ausländische Dienstleister am Ort der Erbringung der Dienstleistung ähnliche Wirtschafts- und Arbeitsmarktbedingungen herrschen;

15. spricht sich für eine Förderung der Wettbewerbsfähigkeit mit Hilfe von Wissen und Innovation aus, so wie dies die Lissabon-Strategie vorsieht;

16. äußert Bedenken an der Einführung eines Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bei Maßnahmen gegen Unternehmen, die sich auf das Niederlassungsrecht oder das Recht auf Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen berufen, um bewusst die Arbeitsbedingungen zu unterlaufen; ist der Ansicht, dass das Recht auf Arbeitskampfmaßnahmen zur Aufrechterhaltung der Gleichbehandlung und zur Sicherung menschenwürdiger Arbeitsbedingungen nicht in Frage gestellt werden darf;

17. betont, dass die wirtschaftlichen Freiheiten in der EU nicht so ausgelegt werden dürfen, dass die Unternehmen das Recht hätten, nationalen sozial- und arbeitsrechtlichen Bestimmungen und Verfahren auszuweichen oder diese zu umgehen oder einen unlauteren Wettbewerb bei Löhnen und Arbeitsbedingungen durchzusetzen; ist daher der Auffassung, dass länderübergreifende Maßnahmen von Unternehmen, die die Beschäftigungsbedingungen im Gastland möglicherweise unterlaufen, verhältnismäßig sein müssen und nicht automatisch mit den Bestimmungen des EG-Vertrags z. B. über den freien Dienstleistungsverkehr oder die Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt werden können;

18. betont, dass das Gemeinschaftsrecht den Grundsatz der Nichtdiskriminierung beachten muss; betont ferner, dass der gemeinschaftliche Gesetzgeber gewährleisten muss, dass keine Hürden für Tarifverträge aufgebaut werden, u.a. für solche, mit denen der Grundsatz des gleichen Entgelts für gleiche Arbeit für alle Arbeitnehmer am Arbeitsplatz unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit bzw. der ihres Arbeitgebers am Ort der Erbringung der Dienstleistung umgesetzt wird, oder für Arbeitskampfmaßnahmen zur Unterstützung eines solchen Vertrags entsprechend den einzelstaatlichen Gesetzen oder Praktiken;

19. räumt ein, dass die Urteile des EuGH in den Rechtssachen Laval, Rüffert und Luxemburg für große Beunruhigung hinsichtlich der Auslegung der Richtlinien für eine Mindestharmonisierung gesorgt haben;

20. stellt fest, dass aufgrund der sozialen Aspekte, auf die in Artikel 26 und 27 der Vergaberichtlinie Bezug genommen wird, die Mitgliedstaaten faire Wettbewerbsbedingungen schaffen können, indem sie Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen festlegen, die über die zwingenden Bestimmungen für ein Mindestmaß an Schutz hinausgehen;

21. ist der Auffassung, dass die eingeschränkte Rechtsgrundlage der Freizügigkeit in der Entsenderichtlinie möglicherweise dazu führt, dass die Entsenderichtlinie als ausdrückliche Aufforderung zu unlauterem Wettbewerb in Bezug auf Löhne und Arbeitsbedingungen verstanden wird; vertritt daher die Auffassung, dass die Rechtsgrundlage der Entsenderichtlinie dahingehend ausgeweitet werden könnte, dass sie auch auf die Freizügigkeit der Arbeitnehmer Bezug nimmt;

22. betont, dass die jetzige Situation im Ergebnis dazu führen könnte, dass Arbeitnehmer in Gastländern in einen Niedriglohnwettbewerb gezwungen werden; ist daher der Auffassung, dass in allen Mitgliedstaaten für eine konsequente Umsetzung der Entsenderichtlinie gesorgt werden muss;

23. erinnert daran, dass neun Mitgliedstaaten das ILO-Übereinkommen Nr. 94 über Arbeitsklauseln (Öffentliche Verträge) ratifiziert haben; bedauert, dass auch in der Rechtsprechung das ILO-Übereinkommen Nr. 94 nicht angemessen beachtet wird, und ist beunruhigt darüber, dass die Anwendung dieses Übereinkommens in den betreffenden Mitgliedstaaten im Widerspruch zur Anwendung der Entsenderichtlinie stehen könnte; fordert die Kommission auf, diesen Sachverhalt dringend zu klären und auch weiterhin die Ratifizierung dieses Übereinkommens zu fördern, um die Einführung von Sozialklauseln in vergaberechtlichen Vorschriften, die ihrerseits ein Ziel der Vergaberichtlinie ist, weiter voranzutreiben;

24. stellt fest, dass nicht anerkannt worden ist, dass gemäß den ILO-Übereinkommen Nr. 87 und 98 Einschränkungen des Rechts auf Arbeitskampfmaßnahmen und von Grundrechten nur aus Gründen der Gesundheit, der öffentlichen Ordnung und anderer ähnlicher Faktoren gerechtfertigt werden können;

Forderungen

25. fordert alle Mitgliedstaaten zur ordnungsgemäßen Durchsetzung der Entsenderichtlinie auf; betont ferner, dass die Arbeitsmarktvorschriften und die Vorschriften betreffend Verhandlungen und Tarifverträge in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten und der Sozialpartner fallen; weist diesbezüglich darauf hin, dass es Aufgabe der Mitgliedstaaten ist, gemäß dem Subsidiaritätsprinzip die Präventiv-, Kontroll- und Sanktionsmaßnahmen in vollem Maße auszuschöpfen und zu verbessern;

26. ist der Auffassung, dass die geltenden gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften sowohl Schlupflöcher als auch Unstimmigkeiten aufweisen und sich daher für Auslegungen der Entsenderichtlinie angeboten haben, die nicht in der Absicht des gemeinschaftlichen Gesetzgebers lagen, der ein faires Gleichgewicht zwischen der Dienstleistungsfreiheit und dem Schutz der Arbeitnehmerrechte anstrebte; fordert die Kommission auf, die notwendigen Legislativvorschläge auszuarbeiten, die dazu beitragen würden, widersprüchlichen Auslegungen künftig vorzubeugen;

27. begrüßt deshalb die Erklärung der Kommission vom 3. April 2008, in der sie sich nicht nur dazu verpflichtet hat, auch weiterhin einen auf niedrigen Sozialstandards beruhenden Wettbewerb zu bekämpfen, sondern auch betont hat, dass die Dienstleistungsfreiheit nicht im Widerspruch zum Grundrecht auf Streik und Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft steht und in keiner Weise über diesem Grundrecht steht; spricht sich für die unverzügliche Umsetzung der Schlussfolgerungen des Rates vom 9. Juni 2008 aus, um Mängel bei der Umsetzung zu beheben, weitere problematische Situationen und Missbrauch zu verhindern und das angestrebte Klima gegenseitigen Vertrauens zu schaffen; fordert die Kommission und die Mitgliedstaaten auf, eine engere Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten, den nationalen Behörden und der Kommission mit Blick auf die Überwachung und den Austausch bewährter Verfahren zu fördern; ist der Auffassung, dass dies ein wirksames Mittel wäre, um Missbrauch zu bekämpfen;

28. stellt fest, dass es wichtig ist, dass die Regeln auf dem EU-Arbeitsmarkt transparent und für alle gleichwertig sind, dass es aber aufgrund der unterschiedlichen politischen Traditionen sehr schwierig ist, ein einheitliches Arbeitsmarktmodell zu schaffen; vertritt deshalb die Auffassung, dass in den Fällen, in denen bestimmte Mitgliedstaaten in besonderem Maße betroffen sind, auf nationaler Ebene in Konsultation mit den Sozialpartnern eine detaillierte Folgenabschätzung der oben genannten Urteile vorgenommen werden sollte;

29. begrüßt die Aussage der Kommission, dass sie nun bereit ist, die Auswirkungen des Binnenmarkts auf die Arbeitnehmerrechte und die Tarifverhandlungen einer erneuten Prüfung zu unterziehen;

30. spricht sich dafür aus, dass dabei eine teilweise Überarbeitung der Entsenderichtlinie nicht ausgeschlossen werden sollte. Eine etwaige Überarbeitung dieser Richtlinie sollte erst nach einer sorgfältigen Analyse der tatsächlichen Herausforderungen für die unterschiedlichen Systeme der Tarifverhandlungen auf nationaler Ebene erfolgen. Die Überarbeitung sollte, sofern sie für sinnvoll erachtet wird, insbesondere Fragen betreffen wie die geltenden Arbeitsbedingungen, die Lohnniveaus, den Grundsatz der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit, die Einhaltung der unterschiedlichen Arbeitsmodelle und die Dauer der Entsendung;

31. ist der Ansicht, dass die Ausübung der in den Mitgliedstaaten, in den ILO-Übereinkommen und in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannten Grundrechte einschließlich des Rechts, Tarifverträge auszuhandeln, abzuschließen und durchzusetzen sowie Arbeitskampfmaßnahmen zu ergreifen, nicht gefährdet werden sollte;

32. betont, dass unmissverständlich klargestellt werden muss, dass die Entsenderichtlinie und andere Richtlinien die Mitgliedstaaten und Sozialpartner nicht daran hindern, günstigere Bedingungen mit Blick auf die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer zu verlangen, und dass gewährleistet ist, dass die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften auf der Grundlage aller bestehenden Arbeitsmarktmodelle angewandt werden können;

33. fordert die Kommission auf, die Beschlüsse des Rates betreffend die Schaffung eines elektronischen Systems für den Austausch von Informationen dringend umzusetzen, da es die Mitgliedstaaten in die Lage versetzen könnte, Missbrauch wirksamer zu bekämpfen;

34. fordert die Mitgliedstaaten und die Kommission auf, Maßnahmen zu ergreifen, um den Missbrauch zu bekämpfen, insbesondere bezüglich der Tätigkeit von Briefkastenfirmlen, die im Niederlassungsland keine echte und effektive Geschäftstätigkeit entfalten, sondern - manchmal sogar direkt vom Hauptauftragnehmer im Gastland - ausschließlich zu dem Zweck gegründet wurden, eine Geschäftstätigkeit im Gastland auszuüben, um die uneingeschränkte Anwendung der Vorschriften und Regelungen des Gastlandes, insbesondere im Hinblick auf Löhne und Arbeitsbedingungen, zu umgehen; fordert die Kommission auf, in ihrem Verhaltenskodex für Unternehmen im Rahmen der Dienstleistungsrichtlinie eindeutige Vorschriften zur Bekämpfung von Briefkastenfirmlen festzulegen;

35. bekräftigt, dass die grundlegenden sozialen Rechte nicht in einer Hierarchie der Grundfreiheiten unterhalb der wirtschaftlichen Rechte anzusiedeln sind; fordert deshalb, dass im Primärrecht das Gleichgewicht zwischen den Grundrechten und den wirtschaftlichen Freiheiten erneut festgestellt wird, um so ein Wettrennen um niedrigere Sozialstandards zu verhindern;

36. begrüßt den Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf eine neue Richtlinie über Leiharbeitnehmer, die eine nichtdiskriminierende Behandlung ab dem ersten Tag der Beschäftigung vorsehen würde, sofern die Sozialpartner nicht etwas anderes vereinbaren;

37. fordert die Kommission auf, die seit langem erwartete Mitteilung über länderübergreifende Tarifverhandlungen vorzulegen, in der die Schaffung eines Rechtsrahmens für länderübergreifende Tarifvereinbarungen vorgeschlagen wird;

38. beauftragt seinen Präsidenten, diese Entschließung dem Rat und der Kommission sowie den Regierungen und Parlamenten der Mitgliedstaaten zu übermitteln.

The recent jurisprudence of the ECJ viewed against the background of the relation between Fundamental Freedoms and Community Fundamental Rights

Robert Rebhahn

I. Introduction	157
II. Fundamental Rights and Freedoms in General	158
III. Recent Decisions and Fundamental Rights	159
IV. Assessment and Outlook	161

I. Introduction

Many Member States protect collective bargaining and industrial dispute by making them fundamental rights. However, the ECJ has so far never allowed Community law to be subordinated to national fundamental rights since this would threaten unity. In Community law, national fundamental rights as such can only be relevant in so far as they give Member States the possibility of restrictions.

Hence, only Community fundamental rights qualify as a counterweight to fundamental freedoms. To date, the Community has not succeeded in producing a binding catalogue of fundamental rights. Such a catalogue is long overdue since without it, fundamental freedoms continue to occupy the front stage when it comes to fundamental values, both in written primary legislation and in court practice. However, with regard to the enormous increase in competencies and provisions, this is no longer adequate. The ECJ at least recognises unwritten fundamental rights as general principles. However, the absence of any statement on the fundamental right to free collective bargaining in the Albany decision of 1999 is telling in itself. Recently, the decisions in the cases Viking and Laval expressly acknowledge “the right to take collective action including the right to strike as a fundamental right”.¹ This is a major step in its own right, although the

¹ cf. on the judgement in the Viking case e.g. Rebhahn, *Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking*, ZESAR 2008, 109-117

ECJ's reasoning in these specific cases may not be found to be fully convincing from a legal doctrine point of view. An affirmation of this fundamental right of Community law makes it all the more compelling to also affirm free collective bargaining as a similar right. Admittedly, the fundamental right to collective measures does not seem to play a noticeable role in the reasoning of the judgements and the results. For this fundamental right, no legal doctrine has been established by the ECJ to date, either. The – albeit minor – significance that this right does have is fully attributable to court practice as established thus far.

II. Fundamental Rights and Freedoms in General

The relationship between fundamental freedoms and fundamental rights of Community law in case of collision is a rather obscure one. It is not so much theoretical propositions that help determine this relationship but rather the ECJ's practice. A judgement may examine interventions in fundamental freedoms or fundamental rights. The few judgements on collisions available to date relate to restrictions of a fundamental freedom. Fundamental rights have featured only as a potential restriction of the fundamental freedom in question. There have hardly been any cases where the ECJ had to examine whether the interference in a Community fundamental right may be justified by the Community or an individual state in the interest of a fundamental freedom. Even in *Viking* and *Laval* the issue under review was not whether the right to strike could be restricted on account of a fundamental freedom but rather the contrary. However, the way a problem is presented will always have an impact on perception, which may in turn influence the legal statements that are to be made. If collisions are perceived mostly in the context of a restriction of fundamental freedoms through the exercising of fundamental rights, this may soon lead to an exercising of fundamental rights only “in accordance with the requirements of” fundamental freedoms.

Fundamental freedoms and fundamental rights would be treated on an equal footing only if, in case of a collision, both were assumed to be interests protected under primary legislation which would then have to be “balanced“, either on the level which defines the extent of protection or on the level where barriers to intervention are identified. However, this would have to be stated expressly by the court. Decisions taken by the ECJ to date have not visibly reviewed and considered both positions on the same level but have placed fundamental freedoms first. The *Schmidberger* judgement alone seemed to place both rights on the same level, at least linguistically.² This approximation in ranking is not discernible at all in either *Viking* or *Laval*, as the fundamental right to collective action that has just been acknowledged is not brought into play to justify the restriction of the fundamental freedom concerned. At the beginning of the deliberations

2 ECJ of 12/6/2003, *Schmidberger*, Case C-112/00, Rec. 2003, I-5659.

on the issue it is indeed stated that the “exercising of the right to collective action” may well be of overriding general interest. However, the judgement does not designate this as a fundamental right. Only protection of working conditions and the EC's social policy are mentioned as concrete examples of general interest, whereas the specific significance of free collective bargaining and industrial dispute – thus, collective representation of interests, by application of pressure if necessary – is being left aside.

III. Recent Decisions and Fundamental Rights

The conclusion from Viking and Laval is that at least collective measures targeted against relocation of plants to a different Member State or against the posting of workers are to be measured against freedom of establishment and freedom to provide services. Exercising a Community fundamental right cannot protect trade unions against being subordinated to fundamental freedoms. If that is the case, the exercising of a fundamental right would have to be considered subsequently, which is not done. Even leaving aside the fundamental right, there is arguably no conclusive justification for submitting workers and trade unions to the fundamental freedom concerned. At one point it is being said that it were sufficient for action to be targeted at a normative provision – the collective agreement – whereas later it is being stated that this were irrelevant. A conclusive proposition would be that any factually substantial impairment of a fundamental freedom, also by private entities, leads to a restriction of that freedom which is only admissible if it can be justified. It may well be that the judgements are indeed based on this rather broad proposition – if so, this is not made explicit, however.

Restriction of a fundamental freedom is legitimate only if it can be justified. It is also subject to the imperative of proportionality. Applied to strikes, this criterion amounts to a profound alteration of national fundamental rights for many northern and southern Member States, and for some southern Member States it even means that national fundamental rights are being curtailed. Unfortunately, when it comes to reviewing for proportionality there is, in most cases, no way of telling what the result will be before the judgement is pronounced. This uncertainty places a burden on those wishing to take action, in this case the bearers of fundamental rights. According to the ECJ a justification is conceivable not only for strikes of those employees whose working conditions are at stake, but also for supportive boycotts and thus for sympathetic measures. This, again, is a novelty for some states.

The grounds of justification named in the judgements are protection of employees, and, in more concrete terms, the aims of EC social policy. The fundamental freedom is to be balanced against these aims. It seems, however, that, in accordance with the Viking judgement, a strike can only be justified if jobs or working conditions are in danger or under serious threat, which is a narrower definition than found in many national fun-

damental rights, and this appears to be the case not only for strikes related to social policy legislation. It probably is a novelty in Community law that the ECJ accepts interests that are primarily economic in nature for justification in this case. However, this does not compensate for the fundamental right being eclipsed at least verbally.

Even if there is a danger or a threat, the national court must review whether the measure is suitable and necessary to ensure attainment of the objective. Presumably, the imperative of necessity is to be neglected if national law offers other means to attain a collective agreement, which restrict the freedom of establishment to a lesser extent. This could lead to the conclusion that the parties are to submit themselves to voluntary arbitration first, which would, again, mean stricter limits than those set out in national fundamental rights. Moreover, the Viking decision states that the enterprise whose fundamental freedom is being infringed may confer rights against trade unions from this. In some countries, this will, for the first time ever, necessitate effective sanctions against strikes. The fact that the persons acting are bearers of fundamental rights is hardly expressed in the judgement.

The decisions in *Laval* and *Rüffert* relate to the posting of workers, thus putting the Posting Directive in the foreground. The *Laval* judgement is the first to expressly state in this context that the Directive exclusively regulates the possibilities of the state of work to make its labour law compulsory for posted workers. I was and still am of the opinion that this interpretation is easily justifiable on account of the competence for the internal market claimed by the EC. However, it is not compelling and some more justification would have been necessary. It is at any rate doubtful how this relates to employees' fundamental rights.

In *Laval*, the matter under review was not a strike of posted workers but a blockade of Swedish workers against posting, since the Swedes considered their working conditions to be in danger. In essence, the judgement places this boycott, which is more than an industrial struggle out of sympathy, into the sphere of protection of the fundamental right as well. This is a novelty for many Member States. At this point, at the very latest, it becomes apparent that the decision (also) neglects entrepreneurial interests other than the fundamental freedoms, which may be arguments against a boycott. The conflict of interest between boycotters and posted employees is not expressly mentioned either.

The ECJ, in any case, restricts its review of whether the boycott is admissible to the Posting Directive. However, Sweden did not make use of all possibilities offered by the Directive as it has not prescribed for posting companies also those collective agreements which are not generally binding but are indeed generally applicable. In accordance with the judgement it is at any rate inadmissible for the national peace obligation to be triggered by national collective agreements alone since this would amount to unequal treatment of foreign collective agreements. It is also inadmissible to impose an obligation on posting companies to negotiate minimum wages with trade unions first.

The judgement appears to be coherent. However, certain doubts arise upon closer scrutiny. The Posting Directive itself relies on the principle that foreign collective

agreements and national collective agreements will not always be treated equally. Moreover, the judgement assumes that free collective bargaining and industrial dispute are guaranteed only in accordance with the requirements set out in the Posting Directive. However, the question could have been asked and indeed should have been asked whether Community fundamental rights to collective measures and free collective bargaining are sufficiently considered in the Posting Directive, in particular taking into account that, according to the prevailing opinion, the Community is not allowed to regulate the collective bargaining system. The judgement does not specifically mention protection of national collective bargaining systems as a justification for the restriction but essentially leaves the issue aside.

The Rüffert judgement relates to a law on compliance with collective agreements. The requirements of the law in question go beyond those of the Posting Directive. The ECJ finds this to be in contradiction with the freedom to provide services, in particular because it were not clear why a posted worker would require stronger protection when working for a public employer. Apparently, this is to say that this distinction does not constitute a factual justification. This kind of "consideration" may well be used to question all labour legislation provisions which assign more duties exclusively to certain entities - such as the state - when they act as an employer or customer, as is the case for example in anti-discrimination law. Moreover, the Rüffert decision also fails to deliberate whether the law requiring compliance with collective agreements serves the purpose of collective bargaining and thus a Community fundamental right. The German Federal Constitutional Court, in contrast, explained in justifying the law on compliance with collective agreements against freedom of occupation that this kind of legislation supported the regulatory function of collective agreements and the right to free collective bargaining as a protected fundamental right. The ECJ has not reacted to this, despite the much-praised dialogue with national supreme courts. The need to deal with this is not rendered obsolete, either, by claiming that the Federal Constitutional Court's concern was to protect the national right to collective bargaining. After all, a Community fundamental right to collective bargaining could also encompass protection of the different options existing nationally.

IV. Assessment and Outlook

From a labour law point of view, it is conspicuous that the judgements referred to do not treat collective action and collective agreements as a regulatory problem and as institutions of working life but as marginal phenomena of the internal market. There is no discernible effort to deliberate in how far collective arrangements and actions may be reasonable or necessary in either abstract or concrete terms on account of an asserted imbalance in the labour market. These phenomena are seen as mere disturbances in the

exchange of services. This seems to be a simplistic view of things which may explain why blockades are simply treated in the same way as strikes for peoples' own working conditions, meaning that employers' interests other than the fundamental freedoms are ignored.

Neither is the following contradiction taken into account: Community law restricts only actions by employees in situations created by the internal market. These actions often function as a surrogate for the lack of a secure legal framework for collective agreements and strikes across internal borders, not least because the Community is not authorised to regulate strikes and may not be authorised to regulate collective agreements either. However, for as long as the Community fails to regulate these areas it should exercise constraint in restricting national possibilities.

Measured against traditional standards of not only legal doctrine but also general requirements with regard to statement of reasons, the deliberations on the relationship between fundamental freedoms and fundamental rights in *Viking* and *Laval* are little convincing. The ECJ's attention and concern is focused exclusively on the fundamental freedom in question whereas other aspects are relegated to the fringe and all possible arguments are used in favour of the fundamental freedom. This broad understanding of fundamental freedoms does indeed correspond to the phrase of *effet utile*. However, with regard to Community fundamental rights a similar eagerness for *effet utile* seems to be missing, unless even the acknowledgement of unwritten Community fundamental rights were to be seen as an expression of this principle of interpretation. Fundamental freedoms rank higher than fundamental rights up until this day, at least in terms of their effect. The ECJ can thus hardly be considered a guardian of fundamental rights. This is barely desirable for as much as it may be inherent to existing positive law.

A subordination of fundamental rights to fundamental freedoms also becomes apparent when the problem is transposed to national constitutional law. Freedom of establishment and freedom to provide services are material forms of entrepreneurial freedom. No normal state would consistently favour certain entrepreneurial rights above fundamental rights simply because they affect action that goes beyond internal borders. Why, then, should an organisation that does not even aspire to be a state do it?

This paper will leave aside the question whether the ECJ would come to the same conclusions of its judgements if all missing aspects that have been indicated were to be included. However, a comprehensive reasoning would have to make obvious the merit of the ECJ taking seriously the problems that affect many people in the Member States. Moreover, this would also make it easier to accept the results even for those who do not wish them to turn out exactly as they do for reasons of legal policy in the first place. Justice should not only be done, but should manifestly be seen to be done.

European law experts admittedly claim that the ECJ's decisions should not be measured by traditional standards. It is said that no mere legal doctrine or even orientation towards the intentions of the legislature should be expected, but that, apart from the legal surface, the deep structure should be considered and law should be perceived within

its political context. These recent decisions clearly favour competition with low labour costs, also across borders, thereby benefiting certain Member States. This effect is inherent in the Posting Directive in particular, if understood in the same way as done by the ECJ. However, this is not a compelling interpretation. The fact that after enlargement twelve new Member States are now represented, also in the ECJ, may thus be relevant for a better understanding of these decisions. The majority of these states will expect Community law to support their competitive position, at least where postings are concerned, now that they are after all requested to open up to an inflow of capital, goods and managers. Observers will therefore claim that these decisions tie in with the expectations of these countries and thus promote integration and that the ECJ would thus be seen to promote integration and the internal market, even at the expense of traditional workers' rights. Acknowledgement of a fundamental right void of concrete consequences then seems to be a means of increasing acceptance.

The primacy of context before legal doctrine raises questions about the role of the ECJ. At a time when political integration and legislative action stalled the ECJ was hailed as a motor of integration. However, for a number of years now there can be no talk of constraint in Community legislation. The question is whether the ECJ should continue to focus its efforts on promoting integration through its decisions even if that promotion does not result from a compelling inference. If it continues to drive integration regardless, there is a danger that it will no longer be perceived as a guarantor of law but as a "courageous" actor in politics. As a court, the ECJ would be in a position to reduce the reservations against European policy maintained by many citizens of the Union. When acting primarily as a political player, however, it will only increase these concerns. In doing so, it will reduce trust and confidence among a substantial share of the EU population rather than building it.

Übersetzung: Nele Faßnacht

The ECJ's Interpretation of the Posting Directive in the Laval and Rüffert Judgements*

Juliane Kokott

I. Introduction	165
II. Protection of workers in the rulings of the European Court of Justice	166
III. Interpretation of the Posting Directive by the European Court of Justice	167
IV. Outlook	171

I. Introduction

The relevance of the social dimension in European Union law and in the jurisprudence of the European Court of Justice is a topical and important issue, which is currently being keenly discussed, especially in the aftermath of some judgments delivered by the ECJ. This is not surprising. What matters in this respect is to find a fair balance between the diverse competing interests. It is with great pleasure that I have accepted the invitation to today's symposium – not only because of the relevance of the questions raised – but also because I am of the opinion that the representatives of the European Institutions should face a dialogue with science and the public.

However, the office I hold demands a certain reserve. Although I was not involved as an Advocate General in the Rüffert and Laval proceedings, which I am going to elaborate on, I may in future handle similar cases. Therefore, I will focus my deliberations on the basic ideas of the rulings of the European Court of Justice and refrain from commenting too much on the judgments.

The fundamental idea of European integration is to promote economic progress by diminishing national hurdles for the movement of persons, goods, services and capital, thus creating a Common Market. Ultimately, this progress is for the benefit of *all* citizens in *all* Member States.

* The author would like to thank her Référendaire Ms Ioanna Dervisopoulos for her support in preparing the manuscript.

However, smooth operation of this Common Market is a difficult undertaking. The strengthening of competition within the Community, despite being profitable for the national economies of the Union as a whole, may entail – at least temporary – disadvantages for individual players. The increased competitive pressure involves a risk for workers to have to accept changed terms and conditions of work or even to lose their jobs. It is therefore important to make specific efforts to protect their interests.

Especially when viewed against the background of the considerable gap in prosperity that currently still exists within the Union, the process of further developing European law involves particular challenges such as striking a fair balance between the realisation of fundamental freedoms on the one hand and the protection and further development of social standards on the other hand. According to Article 2 of the EU Treaty, the promotion of economic *and* social progress is one of the Union's basic objectives. Furthermore, it is an essential concern of the Lisbon Treaty to place more emphasis on the social dimension of the European Union.

II. Protection of workers in the rulings of the European Court of Justice

Before I embark on the subject of my lecture today, I would like to call to mind the diverse contributions that the European Court of Justice has made in the past decades to the protection of workers.

The European Court of Justice realised early on that social rights need strengthening on the way to a common market. In underlining social rights as an indispensable element of the European Union's legal order, it has strengthened a counterbalance to the market forces and thus played a vital part in shaping the social dimension of the European Union.

Worth mentioning in this respect are firstly the comprehensive rulings on the protection of workers in the different areas. I would like to quote as examples the Court's decisions on working hours¹, on the granting of holidays², on fixed-term employment³

-
- 1 See, inter alia, Case C-303/98 Simap [2008] ECR I-7963; Case C-151/02 Jaeger [2003] ECR I-8389; Joined cases C-397/01 to C-403/01 Pfeiffer and Others [2004] ECR I-8835; Case C-484/04 Commission v United Kingdom [2006] ECR I-7471; and my Opinion of 9 March 2006 in the latter case.
 - 2 See, inter alia, Case C-173/99 BECTU [2008] ECR I-4881; Case C-124/05 Federatie Nederlandse Vakbeweging [2006] ECR I-3423; and my Opinion of 12 March 2006 in the latter case.
 - 3 See, inter alia, Case C-212/04 Adeneler and Others [2006] ECR I-6057; Case C-268/06 Impact [2008], not yet published in the ECR; as well as my Opinions of 27 October 2005 and 9 January 2008 respectively in these cases.

and on part-time employment⁴. Or think of the rulings of the Court of Justice, by which it imposed equal treatment of male and female workers.⁵

Also the basic principles of the treatment of posted workers were originally developed in rulings of the European Court of Justice. According to these, Community law does *not* in principle preclude the Member States from applying their legal provisions or the collective agreements on minimum wages concluded between trade unions and employers to any person who is employed, even temporarily, within their territory.⁶ However, the application of such provisions must serve the protection of workers and be proportionate.⁷

This jurisprudence has been considered in the 12th recital of the Posting Directive⁸, which I would now like to turn to. As was reconfirmed through the lengthy legislative procedure connected with this directive, we are faced with difficult issues: the realisation of the free movement of services⁹ must be harmonised with the protection of workers¹⁰ and fair competition¹¹, and thus with the prevention of social dumping.

III. Interpretation of the Posting Directive by the European Court of Justice

In the Rüffert case, the referring court had asked the Court of Justice whether a clause guaranteeing that collective wage rates are respected, as provided for in the Public Procurement Act of Lower Saxony, constitutes an unjustified limitation of the free movement of services. The Laval case, apart from touching upon the issue of workers' strikes, treated the question of whether the Swedish system for determining wage rates and other terms and conditions of work is in accordance with the guidelines of the Posting Directive and with the free movement of services.

According to Article 3 of the Posting Directive, Member States shall ensure that undertakings guarantee workers posted to their territory specific terms and conditions of

4 See, inter alia, Case 171/88 Rinner-Kühn [1989] ECR 2743, and Case C-300/06 Voß [2008], not yet published in the ECR.

5 See, inter alia, Case 43/75 Defrenne [1976] ECR 455; Joined Cases C-231/06 to C-233/06 Jonkmann and Others [2007] ECR I-5149; and my opinion of 29 March 2007 in the latter case

6 See, in particular, Joined Cases 62/81 and 63/81 Seco and Desquenette & Giral [1982] ECR 223, paragraph 14, and Case C-164/99 Portuguesa Construções [2002] ECR I-787, paragraph 21.

7 Cf. in this respect Joined Cases C-369/96 and C-376/96 Arblade and Others [1999] ECR I-8453, paragraph 36, and Case C-341/02 Commission v Germany [2005] ECR I-2733, paragraph 24.

8 Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, OJ 1997, L 18, p. 1, hereafter: Posting Directive or Directive 96/71.

9 See first recital of Directive 96/71.

10 See first recital of Directive 96/71.

11 See first recital of Directive 96/71.

work, which, in the recipient Member State, are laid down by law or collective agreements which have been declared universally applicable. Several terms and conditions of work are then listed in the directive, e.g. maximum work periods or minimum wages. Article 3, paragraph 7 of the Posting Directive states that it is possible to apply terms and conditions of work and employment that are more favourable to workers.

As I underlined at the beginning, I was *not* involved as an Advocate General in the cases under discussion. My colleague Advocate General *Bot* delivered the opinion in the Rüffert case. Advocate General *Bot* had pleaded that the Posting Directive be interpreted in such a way that it does not prevent a Member State from providing *improved* protection of the posted workers at national level¹². Advocate General *Mengozzi* argued in a similar way in the *Laval* case.¹³ I also strongly sympathise with this interpretation of the Posting Directive.

Advocate General *Bot* sees the directive as a “hard core” of protection provisions that must be regarded as mere *minimum* guarantees to the benefit of posted workers. In his view, the directive transformed an *option* for regulation, as it was given to the Member States until then, into an *obligation* for regulation. As I have set forth, the Court of Justice had found even before the Posting Directive was adopted that Member States may on certain conditions apply its legal provisions to posted workers as well. In the Advocate General’s opinion, the Posting Directive now turned this *permission* into an *obligation* with regard to certain *minimum* provisions for the protection of workers.¹⁴ In the Advocate General’s view, it can be concluded from the directive’s Article 3, paragraph 7 that Member States may grant posted workers protection exceeding these requirements.

A clause guaranteeing that collective wage rates are respected therefore constitutes, according to Advocate General *Bot*, an admissible additional means of protection at national level as defined by Article 3, paragraph 7 of the Posting Directive.¹⁵ Any protection measure taken by Member States that reaches beyond the directive’s provisions must, however, be compatible with fundamental freedoms as well. It is, in *Bot*’s view, beyond doubt that such a regulation is a limitation of the free movement of services. However, he regards this limitation as justified because it guarantees the protection of workers and prevents social dumping.¹⁶ Ultimately, Advocate General *Bot* had therefore proposed to the Court of Justice to interpret the Posting Directive and the free movement of services to allow a clause guaranteeing that collective wage rates are respected, provided that this clause respect the prohibition of discrimination based on nationality as well as the principle of transparency.

12 Opinion of Advocate General Bot in Case C-346/06 Rüffert [2008], not yet published in the ECR.

13 Opinion of Advocate General Mengozzi in Case C- 341/05 Laval [2007], not yet published in the ECR, in particular at points 147 and 151.

14 Opinion of Advocate General Bot in Rüffert (cited in footnote 13, point 70).

15 Opinion of Advocate General Bot in Rüffert (cited in footnote 13, point 94).

16 Opinion of Advocate General Bot in Rüffert (cited in footnote 13, points 114 et seq.).

The Court of Justice did not follow the Advocate General's suggestion. In the Court of Justice's opinion, the directive provides for a limited set of rules for the protection of posted workers. In its view, the directive lists those modalities that allow national legislators to extend their provisions on terms and conditions of work to include posted workers. According to this interpretation, a minimum wage can be determined either by law or by declaring a collective agreement universally applicable.¹⁷

In the Court of Justice's opinion, Article 3, paragraph 7 of the Posting Directive does not authorise Member States to impose terms and conditions of work and employment that are not listed in paragraph 1. In its view, only such interpretation of the directive prevents the directive from being to no avail. The listing of certain areas and certain modalities by which terms and conditions of work could be extended to include posted workers would be meaningless if, by means of paragraph 7, more favourable terms and conditions of work and employment, such as collective wage rates exceeding the minimum wage rates, could be imposed unilaterally using clauses guaranteeing that collective wage rates are respected. A different interpretation would result in depriving the Posting Directive of its effectiveness.¹⁸ According to the Court of Justice, any protection reaching beyond the provisions of Article 3, paragraph 1 of the Posting Directive seems therefore to be admissible only in exceptional cases pursuant to Article 3, paragraph 10 if they are provisions relating to the area of public order.¹⁹

Therefore, in the Court of Justice's opinion, the Posting Directive does not entitle a Member State to decree a clause guaranteeing that collective wage rates are respected. The Court subsequently examined whether this interpretation of the directive was confirmed by its appreciation in the light of the free movement of services.²⁰ The Court re-examines the clause guaranteeing that collective wage rates are respected once again on the basis of the free movement of services. Like Advocate General Bot, it affirms a limitation of the free movement of services. However, unlike the Advocate General, the Court denies the justification of the limitation for compelling reasons of the general good. It bases its arguments in particular on its opinion that the clause guaranteeing that collective wage rates are respected only applies to public contract awarders and not to private principals at the same time.²¹ This line of reasoning is certainly not compulsive.

It can be concluded from the Court of Justice's deliberations in the *Laval* and *Rüffert* judgments that it regards the options for regulation listed in the Posting Directive as final and considers in principle inadmissible any measures reaching beyond them. It

17 In case the national legal system does not provide for a declaration of universal application, Member States, pursuant to Article 3, paragraph 8 of Directive 96/71, can choose the following means: universally applicable collective agreements or representative collective agreements.

18 Case C-341/05 *Laval* [2007], not yet published in the ECR, paragraph 80, and Case C-346/06 *Rüffert* [2008], not yet published in the ECR, paragraph 33.

19 See *Laval* (cited in footnote 19, paragraph 82) and Case C-319/06 *Commission v Luxembourg* [2008], not yet published in the ECR, paragraph 27.

20 *Rüffert* (cited in footnote 18, paragraph 36 et seq.).

21 *Rüffert* (cited in footnote 18, paragraph 40).

therefore seems to me that, in the view of the Court of Justice, the directive constitutes a final codified weighing up of the free movement of services on the one hand and the protection of workers on the other hand.

In its *Commission/Luxembourg* judgment of last week the Court of Justice seems to substantiate its view of the final nature of the Posting Directive.²² This case was, among other things, about a Luxembourg provision which extended the automatic adjustment of wages to the level of the cost of living to include posted workers. The Commission did not find fault with the minimum wage rates being adjusted to the cost of living. In its view, this is admissible pursuant to the Posting Directive. However, it considered the fact that the indexation concerned all wages, including those that were not minimum wages, to violate the directive. This was confirmed by the Court of Justice.²³ In its view, such indexation measure is not provided for in the Posting Directive, which gives an exhaustive list of those aspects with regard to which Member States can extend their national provisions to include posted workers. Furthermore, the Court states that Luxembourg has not provided sufficient proof of the fact that this provision is a rule pertaining to the area of public order as defined by the Posting Directive.²⁴ In its judgment the Court of Justice now examines the measure only on the basis of the directive and, unlike in the *Rüffert* case, not additionally on the basis of the free movement of services.

What room for manoeuvre for the protection of workers does the Court of Justice's interpretation consequently leave to the Member States? What is undoubtedly admissible according to rulings of the Court of Justice are regulations regarding those aspects of the terms and conditions of work that are explicitly listed in the directive. As regards the manner in which these terms and conditions of work may be extended to include posted workers, Member States have two options to choose from: statutory regulation or a collective agreement declared universally applicable.²⁵

Posting undertakings certainly benefit from the Court of Justice's interpretation insofar as it provides increased legal certainty and predictability of the wages to be paid for services rendered in another Member State. There is, however, the risk of wages in the recipient Member State to drop to a minimum standard.

22 *Commission v Luxembourg* (cited in footnote 20, paragraph 26).

23 *Commission v Luxembourg* (cited in footnote 20, paragraph 47).

24 *Commission v Luxembourg* (cited in footnote 20, paragraph 54).

25 In case the national legal system does not provide for a declaration of universal application, Member States, pursuant to Article 3, paragraph 8 of Directive 96/71, can choose the following means: universally applicable collective agreements or representative collective agreements.

IV. Outlook

The Court of Justice's judgments in the *Viking*, *Laval* and *Rüffert* cases are currently strongly criticised. Previous speakers have also voiced various concerns today. Furthermore, the submissions of Advocates General *Bot* and *Mengozzi* show that there is no unanimous opinion even within the Court of Justice.

In this respect, I would like to emphasise one particular aspect to which many critics, who, for example, consider the *Laval* judgment an indicator of the demise of the right to strike, do not pay sufficient attention in my view. One should be aware of the fact that the Court of Justice, in the relevant judgments, ruled only on the particular question referred for a preliminary ruling. The origin of a preliminary ruling procedure is always a concrete legal dispute with its various particularities. When reading the judgments carefully, one establishes that the Court of Justice puts particular emphasis on these particularities and bases its judgment on them. For example, in the *Laval* judgment it underlined the national context in which the collective measures were embedded. It was characteristic of this specific context that there were no provisions that would have been sufficiently detailed and accessible to allow for an undertaking to establish which obligation it has to respect with regard to the minimum wage.²⁶

The Court of Justice has not made a *general* statement on the relation between fundamental freedoms and fundamental rights. In particular, it has not found in its recent rulings in question that the right to strike or, worse, human dignity must in principle take second place to fundamental freedoms. Rather, fundamental freedoms and fundamental Community rights are at the same level and must be harmonised.

By placing particular emphasis on the specific characteristics of the cases, the Court of Justice, in my view, clearly shows its intention to diversify its rulings on the basis of the particularities of future proceedings referred for preliminary rulings.

Let me stress the following in conclusion: in spite of all the criticism concerning the discussed judgments it must not be overlooked that in them the Court of Justice makes in principle also positive statements from a social point of view: it recognises the right to strike as a fundamental right. And, remarkably, in the *Laval* judgment it takes up the concept of social dumping and regards the right to strike for the protection of workers against social dumping as an overriding reason of public interest.²⁷

I am now coming to my concluding remarks. In my opinion, there is a risk, especially in public discussion, of overrating the *Rüffert* and *Laval* decisions. Both decisions are not turning points at the end of a long line of decisions by the Court of Justice per-

²⁶ *Laval* (cited in footnote 19, paragraph 110).

²⁷ Paragraph 103 of *Laval* (cited in footnote 19) states verbatim: "... that the right to take collective action for the protection of the workers of the host State against possible social dumping may constitute an overriding reason of public interest". In this respect, see currently only Case C-244/04 *Commission v Germany* [2006] ECR I-885, paragraph 61.

taining to the area of fundamental freedoms and social rights. As this symposium will also certainly show, it must rather be established that these decisions are examples of the European Court of Justice's rulings, striving to strike the right balance in a fast-evolving Union and to take new aspects into account on a case-by-case basis.

If we know one thing for sure, it is that the Court of Justice will further develop and differentiate its rulings. The public discussion among experts and discussion forums as we are having one here today make an important contribution in this respect. It is a valuable prospect that this event today opens up the opportunity to get to know not only the German point of view but, thanks to numerous participants from other Member States, also that of others.

Übersetzung: Bundesministerium für Arbeit und Soziales