

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK

Universität Bremen

ZERP

Christoph U. Schmid

Vom *effet utile* zum *effet neoliberal*

Eine Kritik des neuen judiziellen Expansionismus'
des Europäischen Gerichtshofs

IMPRESSUM

Herausgeber/ Redaktion/ Vertrieb:	Zentrum für Europäische Rechtspolitik Universität Bremen Universitätsallee, GW 1 28359 Bremen
Nachdruck:	Nur mit Genehmigung des Herausgebers
ISSN (Internet):	1868-7520

Bremen, im März 2009

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	1
II.	Der alte judizielle Expansionismus in der Entwicklung der europäischen Wirtschaftsverfassung.....	4
III.	Der neue judizielle Expansionismus mit neoliberalen Folgen	6
1.	Die Verknüpfung von Grundrechten und Grundfreiheiten durch den Gerichtshof.....	8
2.	Dienstleistungsfreiheit versus Streikgrundrechte von Gewerkschaften: Die Fälle Viking, Laval und Rüffert.....	11
a)	Sachverhalt	11
b)	Die Entscheidungen des Gerichtshofs.....	13
c)	Kritik	15
3.	Die exzessive Anwendung der Sperrwirkungsdoktrin im Sekundärrecht.....	18
a)	Die Arbeitnehmerentsenderichtlinie	19
b)	Die Auslegung der Arbeitnehmerentsenderichtlinie in Laval und Rüffert.....	21
c)	Kritik.....	23
4.	Auswertung.....	25
IV.	Ein Plädoyer für eine neue konstitutionell-prozedurale Rolle des EuGH im europäischen Mehrebenensystem	26

I. Einleitung

Die europäische Integration steckt in der Krise. Diese Krise betrifft nicht nur die politische Integration, wie sie mit dem Scheitern des Verfassungsvertrags und des Vertrags von Lissabon offenbar geworden ist. Weniger sichtbar, aber in ihren Auswirkungen ebenso schwerwiegend betrifft die Krise auch die rechtliche Integration, besonders die europäische Rechtsprechung als Gemeinschaftsprojekt europäischer und nationaler Gerichten, neuerdings „judicial governance“ genannt.¹ Die kritische Lage der judicial governance lässt sich vielleicht am besten anhand zweier sozial exponierter Felder der europäischen Wirtschaftsverfassung darlegen, dem Verbraucher- und Arbeitsrecht. Im Verbraucherrecht kann man den Europäischen Gerichtshof zunehmend dafür kritisieren, dass er dieses Rechtsgebiet als ein Recht der Wirtschaftsintegration interpretiert, ohne sein soziales Schutzanliegen hinreichend zu berücksichtigen. So hat der EuGH in einer Reihe von Fällen einschließlich *Gonzalez Sanchez*² und *Skov*³ die veraltete und stückwerkartige Produkthaftungsrichtlinie von 1985 zur Maximalharmonisierung erhoben, wonach strengere Verbraucherschutzvorschriften des nationalen Rechts präkludiert werden. Dadurch hat der Gerichtshof den Verbrauchern Rechtsbehelfe genommen, die ihnen nach nationalem Recht etwa im Fall verseuchter Nahrungsmittel oder Arzneien zustanden. Im Arbeitsrecht lässt sich gegenwärtig eine sogar noch schwerwiegendere Kollision der Grundfreiheiten mit gewerkschaftlichen Grundrechten, namentlich Streikrechten, feststellen. In seinen jüngsten Entscheidungen in den Fällen *Laval*⁴ und *Viking*⁵ erlaubte der Europäische Gerichtshof osteuropäischen Unternehmen, Lohnbedingungen, die in westeuropäischen Tarifverträgen festgelegt waren, zu unterbieten, und beschränkte überdies gewerkschaftliche Streikrechte gegen solche Formen sozialen Dumpings massiv. In der *Rüf-*

1 S. allgemein *M. Cappelletti*, *Giudici legislatori?*, Mailand 1984; *K. Alter*, *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford 2002; *M. Shapiro/ A. Stone Sweet*, *On Law, Politics, and Judicialisation*, Oxford 2002; *S. Frerichs*, *Judicial Governance in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*, Baden-Baden 2008; für den Bereich des Privat- und Wirtschaftsrechts *Günter H. Roth/ Peter Hilpold* (Hrsg.), *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten*, Wien 2008.

2 S. die Fälle C-183/99 *González Sánchez*, Slg. 2002, I-3901; C-52/00 *Kommission/Frankreich*, Slg. 2002, I-3827 und C-154/00 *Kommission/Griechenland*, Slg. 2002, I-3879.

3 Fall C-402/03 nyr.

4 Fall C-341/05 nyr.

5 Fall C-438/05 nyr.

fert-Entscheidung⁶ zum öffentlichen Vergaberecht ging der Gerichtshof sogar so weit, die nach deutschem Landesrecht geforderte Einhaltung von Mindestlöhnen, die in Tarifverträgen festgeschrieben waren („Tariftreueklauseln“), zu verbieten.

Sollte sich jedoch der Arbeitskostenwettbewerb zulasten westeuropäischer Arbeiter, die in ihren Heimatländern mit niedrigen osteuropäischen Löhnen nicht überleben können, verstärken, könnte sich die Furcht vor dem polnischen Klempner, der durch die französische Ablehnung des Verfassungsvertrags so prominent wurde, letztlich als begründet erweisen. Noch nie in der Geschichte der europäischen Integration ist es geschehen, dass Arbeiter und Gewerkschaften der EU auf breiter Front zu misstrauen beginnen⁷ und dass angesehene Wissenschaftler krude Warnungen wie „Stoppt den Europäischen Gerichtshof!“ aussprechen.⁸

All diese Probleme sind vorrangig politischer Natur. Sie reflektieren unvermeidliche Spannungen zwischen legitimen Zielen des Integrationsprozesses, wie dem Freihandel gegenüber dem Schutz von Verbrauchern und Arbeitern, und osteuropäischen Bestrebungen, Zugang zu westeuropäischen Arbeitsmärkten zu finden, und westeuropäischen Bestrebungen, den Sozialstaat zu verteidigen. Unserer Überzeugung nach haben diese Spannungen jedoch nicht nur politische, wirtschaftliche und soziale Ursprünge. Genauso wie jeder andere Herrschaftsmodus hat auch die judicial governance eine zweifache Dimension, Input und Output, Verfahren und Inhalt. Obschon in der europäischen Praxis wenig reflektiert, hängt ein Großteil der Legitimität richterlicher Entscheidungen von der Input-Dimension ab, d. h. einem unvoreingenommenen, inklusiven, deliberativen, schnellen und effektiven Verfahren und einer integren richterlichen Argumentation und Methode. Jedoch werden in jüngerer Vergangenheit Argumentation und Methode des EuGH oft als defizitär angesehen. So ist der von der französischen Tradition inspirierte Urteilsstil des EuGH oft zu knapp und lässt zu wenig Raum für Argumentation und Überzeugung.⁹ Das wäre jedoch eine Voraussetzung für die Akzeptanz einer Entschei-

6 Fall C-346/06 nyr.

7 Vgl. z. B. European Trade Union Confederation, Resolution: ETUC response to ECJ Judgements Viking and Laval, verfügbar unter <<http://www.etuc.org>>.

8 R. Herzog/ L. Gerken, „Stoppt den Europäischen Gerichtshof“, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 8. Sept. 2008, verfügbar unter <<http://www.cep.eu>>; F. Scharpf, Mitbestimmung 7-8/2008, 18 ff. (Interview).

9 S. schon J. H. H. Weiler, „The Function and Future of European Law“ in: Heiskanen/Kulovesi (Hrsg.), Function and Future of European Law, 1999, 9, 17 ff.; ähnlich S. Leible, „Die Rolle der Rechtsprechung des EuGH bei der europäischen Privat-

dung durch die Verliererseite und durch den Mitgliedstaat, dessen nationale Rechtsordnung von der Entscheidung negativ beeinträchtigt wird. Darüber hinaus ist die Argumentation des Gerichtshofs normalerweise sehr formalistisch geprägt, und anders als das Gesetzgebungsverfahren, in dem das impact assessment eine feste Größe ist, werden die Folgen richterlicher Entscheidungen in der sozialen und wirtschaftlichen Realität nationaler Rechtssysteme selten bis nie reflektiert. Ein noch bedeutsamerer Kritikpunkt betrifft die inhaltliche Ausrichtung des EuGH. In der Tat nimmt der Gerichtshof oft die Rolle eines Hausgerichts der EU ein, wobei die Maximierung des *effet utile* sein wichtigstes Auslegungskriterium darstellt. Damit angesprochen ist ein expansionistischer Ansatz, bei dem Reichweite und Effektivität des Europarechts ständig vergrößert werden.

Der vorliegende Beitrag möchte den judiziellen Expansionismus des Gerichtshofs theoretisch rekonstruieren, mithilfe repräsentativer Beispiele illustrieren und eine Alternative zu ihm vorstellen. Im ersten Teil wird die These vorgestellt, dass der richterliche Expansionismus der letzten Dekaden trotz seines methodisch revolutionären Charakters vor allem im Bereich des Verfassungsrechts oft akzeptable Ergebnisse zutage gefördert hat. Das wird auf seine grundlegende Stoßrichtung zurückgeführt, die EG/EU – was die inhaltliche Reichweite, Tiefe und Effektivität ihrer Herrschaft anlangt – in ein quasi föderales Verfassungssystem zu überführen, das sich an wesentliche Elemente anderer föderaler Systeme hält. Diese These wird unter Rückgriff auf wichtige richterliche Rechtsfortbildungen in der strukturellen und materialen Verfassung illustriert (II.). In den letzten Jahren praktiziert der Gerichtshof, so die weitere Argumentation, jedoch vermehrt eine neue Art judiziellen Expansionismus, der nicht länger mit dem föderalen Verfassungsparadigma kompatibel ist, sondern über dieses hinausführt. Dieser Neuansatz ist vielmehr durch methodische Schwächen und Einseitigkeiten charakterisiert, die zu einem ernsten Ungleichgewicht in der europäischen Wirtschaftsverfassung führen, bei dem der *effet utile* zum *effet néolibéral* wird. Dieser Trend soll durch die Rekonstruktion zweier repräsentativer Beispielskonstellationen von methodischen Defekten im Arbeitsrecht veranschaulicht werden: die Bevorzugung der Grundfreiheiten im Konflikt mit Grundrechten im Primärrecht sowie die exzessive Anwendung der Sperrwirkungsdoktrin im Sekundärrecht. Dieses verfassungsmäßige Ungleichgewicht gefährdet nicht nur die methodische Integrität der europäischen *judicial governance*, sondern auch die soziale und politische Legitimität des europäischen Systems schlechthin (III.) Vor diesem Hintergrund, so lautet die Schlussfolgerung unter Anlehnung an Christian Joer-

rechtsentwicklung“ in: D. Martiny/ N. Witzleb (Hrsg.), *Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch*, Berlin 1999, 55, 73 ff.

ges¹⁰, bedarf es nichts weniger als einer Abkehr vom judiziellen Expansionismus und einer Reorientierung an einem alternativen methodologischen Meta-Prinzip. Dieses wird hier als reflexiver Abwägungsansatz bezeichnet, der darauf abzielt, eine methodisch unvoreingenommene und politisch sensible Koordination von europäischem und nationalem Recht herbeizuführen (IV.).

II. Der alte judizielle Expansionismus in der Entwicklung der europäischen Wirtschaftsverfassung

Bekanntlich waren wichtige Teile der strukturellen und materialen Verfassung der EG nicht in den Römischen Verträgen enthalten, sondern wurden vom Europäischen Gerichtshof in jahrzehntelanger Rechtsprechung entwickelt. In dieser Rechtsprechung wurden die Kernbestimmungen zum freien Verkehr von Waren, Dienstleistungen, Arbeitskräften, Unternehmen und Kapital von an den Staat gerichteten Geboten, orientiert am GATT 1947, in einem ersten Schritt zu subjektivrechtlichen Diskriminierungsverboten umgewandelt; in weiteren Schritten wurden sie zu Beschränkungsverboten aller Art, zu positivrechtlichen Pflichten und schließlich auch zu horizontal, d. h. zwischen privaten Parteien geltenden Geboten, ausgedehnt.¹¹ Obgleich diese Rechtsprechungslinie wahrlich revolutionär war und sicherlich von den Gründungsvätern der EG im Jahr 1958 nicht vorhergesehen wurde, hat sie die Freiverkehrsbestimmungen in konventionelle rechtliche Instrumente übersetzt, nämlich in Wirtschaftsgrundrechte, die auch in nationalen Verfassungen enthalten sind. Solche Rechte genießen definitionsgemäß Direktwirkung und schützen ihre Inhaber nicht nur gegen Diskriminierungen, sondern auch gegen andere ungerechtfertigte, insbesondere unverhältnismäßige Beschränkungen; selbst ihre horizontale Anwendbarkeit zwischen Bürgern und Unternehmen stellt eine weit verbreitete Entwicklung in den meisten europäischen Staaten dar.¹²

Was die strukturelle Verfassung anlangt, so kann auch diese letztlich als relativ ähnlich zu der existierender föderaler Systeme gelten. Zwar sind die rechtsfortbildenden Doktrinen des Gerichtshofs zur Direktwirkung, zum Vorrang und zur Staatshaftung ebenfalls revolutionär, wenn man den völkerrecht-

10 Vgl. *Ch. Joerges*, Rethinking European Law's Supremacy, EUI Working Paper Law No. 2005/12; *ders.*, „Der Europäisierungsprozess als Herausforderung des Privatrechts: Plädoyer für eine neue Rechts-Disziplin“, ZERP-Diskussionspapier 1/2006.

11 S. stellvertretend für viele andere *J. H. H. Weiler*, „The Constitution of the Common Marketplace“, in: P. Craig/ G. De Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, 1999, 349.

12 *S. A. Colombi Ciacchi/ G. Brüggemeier/ G. Comandé*, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, 2 vol., Cambridge University Press 2009 (i. E.).

lichen Ursprung der Gemeinschaft bedenkt. Das Gleiche gilt für ihr prozedurales Komplement, die Transformation des Vorabentscheidungsverfahrens, das ursprünglich nur als Instrument zur Sicherung einheitlicher Auslegungen des EG-Rechts gedacht war, zu einem Mechanismus der konkreten Normenkontrolle. Jedoch stellt das daraus folgende Resultat – nämlich dass ein „higher law of the land“ existiert, das direkt anwendbar ist und niederrangigem Recht, regionalem oder nationalem Recht vorgeht – keine Anomalie, sondern vielmehr den Normalzustand in föderalen Systemen dar. Sogar die Doktrin zur Direktwirkung von Richtlinien stellt hier keine größere Ausnahme dar. Zwar beinhaltet das Konzept von Richtlinien, die nach Art. 249 EG-Vertrag direkte Gebote, die an die Mitgliedstaaten adressiert sind, enthalten, eine europäische Besonderheit; jedoch ist die Direktwirkungsdoktrin des Gerichtshofs auf das universell anerkannte Rechtsprinzip des *venire contra factum proprium* in der römisch-rechtlichen Tradition, bzw. das Estoppel-Prinzip im Common Law gegründet, wonach niemand daraus Vorteile ziehen soll, dass er das Recht nicht beachtet. Im Ergebnis entspricht also auch diese Doktrin mehr oder weniger der europäischen Verfassungstradition.

Die Staatshaftungsdoktrin schließlich, die der EuGH in der *Francovich*-Entscheidung¹³ und den Nachfolgeentscheidungen aus nichts mehr als dem System des Vertrags ableitete, hat zwar in der Tat europäische strukturelle Besonderheiten. So war der EuGH aufgrund der beschränkten Zahl der an ihn gerichteten Vorabentscheidungsersuchen noch nicht in der Lage, diese in einen umfassenden kohärenten Rahmen zu bringen. Vielmehr ist unter den Voraussetzungen für einen Staatshaftungsanspruch bisher nur das Tatbestandsmerkmal der Rechtsverletzung auf der Ebene des EU-Rechts konkretisiert, wohingegen Kausalität und Umfang des ersatzfähigen Schadens immer noch vom nationalen Recht zu bestimmen sind, das zum Zweck der Lückenfüllung berufen ist. Insgesamt stellt das Staatshaftungsrecht in Europa somit ein komplexes und wahrscheinlich typisch europäisches Mischstatut aus europäischem und nationalem Recht dar. Jenseits dieser strukturellen Besonderheiten stellt eine Staatshaftungsdoktrin, die auch legislatives Unrecht abdeckt, ein typisches rechtliches Instrument aller europäischen Staaten dar.

Insgesamt lässt sich also festhalten, dass wichtige Wesensmerkmale sowohl der strukturellen als auch der materialen Verfassung vom Gerichtshof durch eine mutige und teilweise revolutionäre Rechtsprechung entwickelt wurden, die in beträchtlicher Weise über das ursprüngliche Modell der Römischen Verträge hinausgingen und die EG/EU zu einem quasi föderalen Verfassungssys-

13 Fall C-6/90 und C 9/90, *Francovich*, Slg. 1991, 5537. dazu etwa *R. Caranta*, „Judicial Protection against Member States: A New Jus Commune, takes Shape“, CMLR 32 (1995), 703.

tem entwickelt haben. Wenn man dieses jedoch mit anderen föderalen Systemen vergleicht und einmal von dem Umstand absieht, dass kein anderes System durch richterliche Rechtsfortbildung in einem ähnlich großen Umfang geschaffen wurde, dann haben die strukturelle und materiale Verfassung der EG/EU nur beschränkte Besonderheiten. Da die föderale Transformation der EG von den Mitgliedstaaten im Lauf der Jahre implizit anerkannt wurde, konnte diese Art des alten judiziellen Expansionismus' schließlich Legitimität beanspruchen.

III. Der neue judizielle Expansionismus mit neoliberalen Folgen

In den vergangenen Jahren ist die europäische Integration allerdings in eine neue Ära eingetreten, und dies gleich in mehrerlei Hinsicht. Was die Form der Integration anlangt, so wurde das erfolgreiche Modell einer politisch wenig sichtbaren inkrementellen Integration ersetzt durch eine Integration der *grands projets*, die bisher freilich weit weniger erfolgreich gewesen sind – man denke nur an die Grundrechtecharta von Nizza, das Weißbuch zur Governance¹⁴, das für sich in Anspruch nimmt, eine neue Form der Ausübung politischer Herrschaft in der EU zu begründen, den Verfassungsvertrag und, was man als sein gesellschaftliches Gegenstück ansehen kann, das Projekt eines europäischen Zivilgesetzbuchs. Was ihre inhaltliche Ausrichtung betrifft, scheint die europäische Integration ebenfalls in eine neue Phase eingetreten zu sein, in der die Koexistenz verschiedener nationaler Formen des Kapitalismus nicht mehr akzeptiert wird.¹⁵ Vielmehr scheinen radikale Liberalisierungsanstrengungen auf europäischer Ebene systematisch die Institutionen des organisierten Kapitalismus kontinentaleuropäischer Prägung zu gefährden, in denen bisher ein gewisses Gleichgewicht zwischen ökonomischer Effizienz und sozialstaatlichen Anliegen erreicht war. Dieser Trend lässt sich in den Auseinandersetzungen um die Übernahme- und die Dienstleistungsrichtlinie feststellen, die auch die Ratifikationsdebatte des Verfassungsvertrags negativ beeinträchtigt haben.

Dieser Wechsel in der inhaltlichen Ausrichtung der Wirtschaftsintegration wird schließlich durch eine neue Art judiziellen Expansionismus' des EuGH begleitet. Dieser ist nicht nur durch eine zweifelhafte rechtliche Methode gekennzeichnet, wofür sich auch in der Vergangenheit viele bekannte Beispiele finden. Gefährlicher sind vielmehr die vermehrt fragwürdigen Ergebnisse der

14 KOM (2001), 428 endg.

15 Diese These wird vertreten von *M. Höpner* and *Armin Schäfer*, *A New Phase of European Integration*, MPIFG Discussion Paper 2007/4.

Rechtsfortbildung des EuGH in sozial und politisch sensiblen Fragen, die für die Legitimität europäischer Herrschaft bedeutsam sind. So scheint es das konstitutionelle Charakteristikum dieses neuen 'judiziellen Expansionismus' zu sein, sich über das föderale Verfassungsparadigma hinwegzusetzen – was jedoch zu einem schwerwiegenden Ungleichgewicht in der europäischen Wirtschaftsverfassung führt, bei dem der vielzitierte *effet utile* durch eine Art *effet neolibérale* ersetzt wird. Bestätigt findet sich dieser Trend etwa, wenn der EuGH, um die Integration zu fördern, die Umgehung nationaler Gesetzgebung durch die Parteien toleriert oder gar fördert – was in der Wirklichkeit meist deregulierende Auswirkungen hat. Auf diese Art lassen sich die berühmten *Centros*¹⁶- und *Inspire-Art*¹⁷-Entscheidungen lesen, in denen der EuGH die Benutzung ausländischer Briefkastenfirmen gestattete, um nationale gesellschaftsrechtliche Regulierungen u. a. zum Mindestkapital einer Gesellschaft zu umgehen. So urteilte der EuGH, dass Gesellschaften nicht länger dem Recht am Ort ihrer Niederlassung unterworfen werden dürften (die sog. Sitztheorie im IPR), sondern dass das Recht des Ortes ihrer Gründung sogar auch im Fall einer späteren Verlegung des Unternehmenssitzes ins Ausland auf sie anzuwenden ist (die sog. Gründungstheorie im IPR). Während die dadurch provozierte Liberalisierung des Gesellschaftsrechts mit Blick auf ihre Rationalisierungseffekte¹⁸ noch als akzeptabel gelten kann, würde sie kritisch, wenn sie der EuGH auf sozial sensible Teile des nationalen Gesellschaftsrechts, wie insbesondere Regelungen zur betrieblichen Mitbestimmung der Arbeitnehmer, ausdehnte.¹⁹

Über *Centros* und seine Nachfolgeentscheidungen hinaus lassen sich freilich noch schwerwiegendere Konsequenzen des neuen 'judiziellen Expansionismus' des EuGH ausmachen, nämlich in der Verknüpfung von (nationalen

16 Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459.

17 Rs. C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155.

18 *Ch. Joerges*, Zur Legitimität der Europäisierung des Privatrechts. Überlegungen zu einem Recht-Fertigungs-Recht für das Mehrebenensystem der EU, EUI Working Paper LAW 2003/2, 30 f.

19 In einem ähnlichen Licht kann übrigens über die Wirtschaftsverfassung hinaus die auf der Richtlinie 91/439/EG-Vertrag basierende Rechtsprechung zur gegenseitigen Anerkennung von Fahrerlaubnissen bewertet werden (s. die Fälle C-239/06 und C-343/06, Wiedemann and Funk). In diesen Entscheidungen vertrat der Gerichtshof die Ansicht, dass ein Mitgliedsstaat eine in einem ausländischen Staat erworbene Fahrerlaubnis selbst dann anerkennen müsse, wenn die Fahrerlaubnis im Heimatstaat z. B. wegen Trunkenheit am Steuer entzogen wurde und die Ausschlussfrist für die Neuausstellung der Fahrerlaubnis noch nicht verstrichen war. Als einzige Voraussetzung galt, dass die interessierte Person tatsächlich mit Wohnsitz im ausländischen Staat gemeldet war – ein leicht zu manipulierender Anknüpfungspunkt.

und europäischen) Grundrechten und Grundfreiheiten, in denen eine Voreingenommenheit des EuGH zugunsten letzterer sichtbar wird, und in der exzessiven Anwendung der Sperrwirkungsdoktrin im Sekundärrecht, durch die legitime Regelungsanliegen auf nationaler Ebene nicht mehr verfolgt werden können.

1. Die Verknüpfung von Grundrechten und Grundfreiheiten durch den Gerichtshof

Bei der Verknüpfung von Grundfreiheiten und Grundrechten durch den Gerichtshof hat es in der jüngeren Vergangenheit bedeutende Neuentwicklungen gegeben. Zunächst hat die Grundrechtscharta von Nizza die Reichweite und Intensität des Grundrechtsschutzes in Europa konsolidiert und erweitert. Obwohl sie noch nicht formell Teil des Gemeinschaftsrechts wurde – wegen des Scheiterns des Verfassungsvertrags und des Vertrags von Lissabon, die beide ja die Aufnahme der Charta ins Primärrecht vorsehen, – haben europäische Institutionen einschließlich des EuGH und der Europäischen Kommission sich oft auf die Charta gestützt und sich bei der Ausformung allgemeiner Rechtsgrundsätze von ihr inspirieren lassen.

Während die in der Charta enthaltenen Grundrechte nur gegen europäische Maßnahmen und nicht gegen nationale Maßnahmen mit Ausnahme von Implementierungs- und Vollzugsmaßnahmen von EG/EU-Recht angewandt werden dürfen, hat der Europäische Gerichtshof diese Beschränkung im *Karner-Fall*²⁰ offensichtlich ignoriert. In diesem Fall griff ein Unternehmer das im österreichischen Lauterkeitsrecht enthaltene Verbot an, mit dem Ursprung angebotener Ware aus Konkursbeständen zu werben, wenn der Verkauf nicht direkt aus der Konkursmasse, sondern über einen zwischengeschalteten Wiederverkäufer erfolgte. Nachdem der Gerichtshof eine Verletzung der Warenverkehrsfreiheit ausgeschlossen hatte, indem er sich auf die Keck-Ausnahme nicht diskriminierender Verkaufsmodalitäten berief, untersuchte er weiter die Kompatibilität dieses Ergebnisses mit der „kommerziellen Redefreiheit“, die in Art. 10 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) geschützt wird. Der Gerichtshof bejahte dann diese Kompatibilität, da sich die nationale Maßnahme klar im Rahmen des Ermessens des nationalen Gesetzgebers halte. Obwohl dieses Ergebnis unspektakulär ist, wäre der Gerichtshof gar nicht berechtigt gewesen, die Vereinbarkeit einer rein nationalen Bestimmung mit der Europäischen Menschenrechtskonvention als Teil des Gemeinschaftsrechts zu prüfen. Die undurchsichtige Rechtfertigung des Gerichtshof für dieses Vorgehen, wo-

20 Rs. C-71/02, Karner, Slg. 2005, I-3025.

nach die nationale Maßnahme in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts falle, ist keineswegs überzeugend, da die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten vorher ausgeschlossen und keine andere berührte Bestimmung des Gemeinschaftsrechts genannt worden war. Einen Regelungsbereich des Gemeinschaftsrechts jenseits des Anwendungsbereiches konkreter europäischer Normen kann es normenlogisch nicht geben. Möglicherweise mag man in der Ausdehnung der Grundrechte über ihre von der Charta vorgesehene Reichweite hinaus eine ironische Einladung an die opt out-Staaten erblicken, der Charta beizutreten, damit die darin vorgesehenen Beschränkungen der richterlichen Überprüfung nationaler Maßnahmen effektiv werden.

Eine andere befremdliche Kombination von Grundrechten und Grundfreiheiten dachte sich der EuGH im *Carpenter*-Fall²¹ aus. Darin hatte eine britische Bürgerin mit philippinischer Staatsangehörigkeit eine Aufenthaltsgenehmigung im Vereinigten Königreich beantragt. Der Antrag wurde jedoch abgelehnt und eine Ausreiseverfügung verhängt. Der Gerichtshof befand nun, dass diese Entscheidung Herrn Carpenters (!) Dienstleistungsfreiheit verletzte, die soweit ausgedehnt wurde, dass sie auch den Schutz des Familienlebens nach Art. 8 EMRK absorbierte. Gemäß dem Gerichtshof werde die Fähigkeit des Ehemanns der Klägerin, Dienste in anderen EU-Staaten zu leisten, beeinträchtigt, wenn die Ehefrau ausgewiesen würde, da sie für die Pflege der Kinder des Ehemanns aus früherer Ehe während seiner geschäftsbedingten Abwesenheit verantwortlich war. Bei aller Sympathie für diese Entscheidung und das Familienleben der Familie Carpenter ist es methodologisch nicht zu rechtfertigen, die Ehefrau sozusagen als Zubehör des Ehemanns bei der Ausübung seiner Dienstleistungsfreiheit zu werten. Darüber hinaus bleiben die Grenzen, innerhalb derer ein Grundrecht wie hier der Schutz des Familienlebens gewissermaßen im Anwendungsbereich einer Grundfreiheit absorbiert wird, völlig unklar.

Eine bessere Koordination von Grundrechten und Grundfreiheiten fand dagegen in den Rechtssachen *Schmidberger*²² und *Omega*²³ statt. Im ersten Fall ging es um die Genehmigung einer Blockade der Brenner-Autobahn durch die österreichische Regierung, um eine Demonstration gegen Umweltverschmutzung in den Alpen durch Güterkraftverkehr zu erlauben. Schmidberger, ein deutsches Transportunternehmen, argumentierte, dass die Schließung der Brenner-Autobahn die Warenverkehrsfreiheit beeinträchtige. Diese sei auch zwischen privaten Parteien anwendbar, mit dem Ergebnis, dass Mitgliedstaaten nach der EuGH-Entscheidung im französischen Bauernprotestfall²⁴ eine

21 Rs. C-60/00, *Carpenter*, Slg. 2002, I-6279.

22 Rs. C-112/00 *Eugen Schmidberger v. Austria*, Slg. 2003, I-5659.

23 Rs. C-36/02 *Omega*, Slg. 2004, I-9609.

24 Rs. C-265/95, *Kommission v. Frankreich*, Slg. 1998, I-6959.

Pflicht haben, Verletzungen der Freiheit durch eine Partei zu verhindern. In seiner Entscheidung anerkannte der EuGH, dass die Schließung der Brenner-Autobahn den Warenverkehr beeinträchtigt, und prüfte dann, ob die Beschränkung der Grundfreiheit mit Blick auf die Zielsetzung der österreichischen Maßnahme, die Meinungsfreiheit und die Versammlungsfreiheit nach Art. 10 und 11 EMRK zu schützen, gerechtfertigt werden könnte. Unter Berufung auf den großen Ermessensspielraum, den Mitgliedstaaten bei der Interessenabwägung genießen würden, befand der Gerichtshof die österreichischen Maßnahmen für rechtmäßig. Dabei unterwarf der Gerichtshof die Grundrechte nicht einer strengen einseitigen Verhältnismäßigkeitsprüfung, wie er das normalerweise bei Beschränkungen der Grundfreiheiten tut. Vielmehr folgte er in einer Art zweiseitiger Ausdehnung dieser Prüfung, dass Beschränkungen der Grundrechte durch Grundfreiheiten ebenfalls zu rechtfertigen seien. Wörtlich: „In der Folge kann die Ausübung von Grundrechten beschränkt werden, vorausgesetzt, dass die Beschränkung dem Allgemeininteresse entspricht und mit Blick auf ihre Zielsetzung keine unverhältnismäßige und übermäßige Beeinträchtigung darstellt, die den Kern des garantierten Rechts in Frage stellt.“ Bemerkenswerterweise wird bei dieser Konstruktion somit auf das deutsche Konzept eines Wesensgehalts von Grundrechten (Art. 19 II GG) Bezug genommen.

Ein ähnlicher Ansatz findet sich auch in der Entscheidung im Fall *Omega*. *Omega* war ein deutsches Unternehmen, das in Bonn eine Laserinstallation unter dem Namen „Laserdrom“ betrieb. Die örtlichen Polizeibehörden erließen dagegen eine Verfügung, wonach das Betreiben von Spielen, in denen auf menschliche Ziele geschossen wird, untersagt wurde. Das Argument hierfür war, dass solche Spiele eine Verletzung der Menschenwürde, wie sie in Art. 1 Grundgesetz geschützt sei, darstellten. Im Berufungsverfahren äußerte das Bundesverwaltungsgericht jedoch Zweifel darüber, ob das Verbot mit der Dienstleistungsfreiheit und der Warenverkehrsfreiheit vereinbar sei. In seiner Antwort bezog sich der EuGH auf seine Entscheidung im Fall *Schmidberger* und bestätigte, dass der Schutz von Grundrechten im Prinzip eine Beschränkung der Grundfreiheiten rechtfertige. Der EuGH schloss sich dabei der Meinung des Generalanwalts an, wonach die Rechtsordnung der Gemeinschaft eindeutig dem Respekt der Menschenwürde als eines allgemeinen Rechtsprinzips verpflichtet sei. Ebenso wie in *Schmidberger* akzeptierte der EuGH somit die Einschränkung der Grundfreiheiten durch Grundrechte.

Unglücklicherweise hat der EuGH den methodischen Ansatz einer zweiseitigen Rechtfertigungsprüfung, die er in diesen beiden Fällen praktizierte, in seiner späteren Rechtsprechung in den Fällen *Viking*, *Laval* und *Rüffert*, die den Konflikt der Dienstleistungsfreiheit mit gewerkschaftlichen Streikrechten

zum Gegenstand hatten, nicht fortgesetzt.²⁵

2. *Dienstleistungsfreiheit versus Streikgrundrechte von Gewerkschaften: Die Fälle Viking, Laval und Rüffert*

a) *Sachverhalt*

Im Fall *Viking* ging es um eine finnische Firma, die eine Fähre namens Rosella, besaß, die zwischen Helsinki und Tallin verkehrte. Die Rosella fuhr unter finnischer Flagge und hatte eine überwiegend finnische Besatzung. Viking wollte die Fähre nun in Estland neu registrieren, um die Besatzung durch billigere estnische Seeleute ersetzen zu können. Die von finnischer Seite eingeschaltete Internationale Gewerkschaft der Transportarbeiter (ITF) bekämpfte seit längerer Zeit die Verwendung von Billigflaggen, mit anderen Worten die Verwendung der Flagge eines Landes (typischerweise mit niedrigeren Arbeitsschutzstandards) durch einen Schiffseigentümer in einem anderen Land. Um diese Politik durchzusetzen, planten die Union der finnischen Seeleute und die ITF Streikmaßnahmen gegen Viking, um die Umflaggung des Schiffes zu verhindern. In einer Art strategischen Forumshoppings auf der Grundlage der Brüsseler Verordnung²⁶ beantragte Viking beim Londoner High Court eine auf die Niederlassungsfreiheit gestützte Verbotsverfügung, um den Boykott der finnischen Gewerkschaften zu verhindern. Das englische Gericht erster Instanz urteilte, dass die Gewerkschaften mit ihren Streikmaßnahmen Art. 43 EG-Vertrag verletzen

25 Zu dieser Grundsatzentscheidung gibt es bereits eine Flut von Veröffentlichungen. In unvollständiger Auswahl vgl. *B. Bercusson*, The Trade Union Movement and the EU: Judgment Day, *ELJ* 13 (2007), 279; *N. Reich*, Gemeinschaftliche Verkehrsfreiheiten versus Nationales Arbeitskämpfrecht, *EuZW* 2007, 391 ; *A. Davies*, One Step Forward, Two Steps Back?, *Industrial Law Journal* 37 (2008), 126; *P. Chaumette*, Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises, *Droit Social* 2008, 210 ; *G. Orlandini*, Right to Strike, *Transnational Collective Action and European Law*, Jean Monnet WP Series 08/07; *E. Kocher*, Die Tariftreueerklärung vor dem EuGH, *DB* 2008, 1042; *M. Corti*, Le decisioni ITF e Laval della Corte di Giustizia, *RIDL* 2008, I, 254ff.; *R. Eklund*, A Swedish Perspective on Laval, *Comp. Labor Law & Policy J.* 29 (2008), 551; *U. Becker*, *JZ* 2008, 891; *F. Bayreuther*, Tariftreue vor dem Aus, *NZA* 2008, 626; *Ch. Joerges/ F. Rödl*, Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem "sozialen Defizit" des Integrationsprojekts, *ZERP DP* 2/2008; *L. Azoulay*, The Court of Justice and the Social Market Economy: The Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realization, *CMLR* 45 (2008), 1335.

26 Art. 6 Nr. 1, Art. 2 Nr. 1 and Art. 60 Abs. 1 a EuGVO (VO Nr. 44/2001, *ABl. EG* L 12/1, v. 16.1.2001).

würden. Ohne ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu erwägen, verfügte das Gericht den Stopp der Streikaktionen. Dagegen legten die betroffenen Gewerkschaften Berufung ein. Der Berufungsgerichtshof (Court of Appeal) war sich freilich nicht sicher, ob Art. 43 gegen die Gewerkschaften angewandt werden könnte und führte aus, der Fall habe komplexe Fragen der Horizontalwirkung dieser Bestimmung zwischen privaten Bürgern zum Gegenstand, die vom EuGH noch nicht entschieden worden seien. Außerdem entschied er, dass, selbst wenn man eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit anerkennen würde, zu prüfen wäre, ob die Maßnahmen nicht gerechtfertigt werden könnten. Der Court of Appeal entschied, dass diese Fragen dem EuGH vorgelegt werden sollten. Nach ausführlicher Erörterung lehnte er es deswegen ab, im Verfahren einstweiligen Rechtsschutzes die Ausübung der Streikgrundrechte durch die Gewerkschaften zu verbieten.

Im Fall *Laval* ging es um eine lettische Baufirma, die eine öffentliche Ausschreibung zur Renovierung von Schulgebäuden in Vaxholm, Schweden, gewonnen hatte. Nachdem die Firma einige lettische Arbeiter nach Schweden entsandt hatte, um auf der Baustelle zu arbeiten, eröffnete die örtliche Vertretung der schwedischen Bauarbeitergewerkschaft Verhandlungen mit Lavals schwedischer Tochterfirma mit dem Ziel, die Anwendbarkeit der berührten sektoralen Tarifverträge auf die entsandten Arbeiter zu erstrecken und einen Lohn für sie auszuhandeln. Diese Verhandlungen scheiterten, woraufhin die Gewerkschaft, unterstützt von der schwedischen Elektrikergewerkschaft, eine Blockade von Lavals Baustelle begann. Diese Blockade bewirkte einen Stopp aller Baumaßnahmen und führte in letzter Konsequenz zur Insolvenz von Lavals schwedischer Tochterfirma. Laval begann daraufhin einen Prozess vor schwedischen Gerichten. Darin begehrte das Unternehmen die Feststellung, dass die Streikmaßnahmen rechtswidrig waren, sowie eine Verfügung, die Maßnahmen zu stoppen, und eine Verpflichtung der Gewerkschaften zum Schadensersatz. In diesem Zusammenhang legte das schwedische Gericht dem EuGH mehrere Fragen zur Interpretation der Arbeitnehmerentsenderichtlinie und Art. 49 EG-Vertrag zur Niederlassungsfreiheit vor.

Im Fall *Rüffert* ging es schließlich um eine deutsche Firma, die eine öffentliche Ausschreibung des Landes Niedersachsen über Baumaßnahmen in einem Gefängnis in Göttingen gewonnen hatte. Das öffentliche Vergaberecht dieses Landes besagt, dass Verträge über Baumaßnahmen nur an Unternehmen vergeben werden dürfen, die sich zur Einhaltung des in den örtlich geltenden Tarifverträgen vorgesehenen Mindestlohns verpflichteten. Das deutsche Unternehmen hatte einen polnischen Subunternehmer eingesetzt, der den polnischen Arbeitern weniger als die Hälfte des Lohns ihrer deutschen Kollegen auf der Baustelle bezahlte. Als Reaktion darauf trat das Land Niedersachsen vom Vertrag zurück und verhängte die vorgesehene Vertragsstrafe gegen die Gesellschaft.

b) *Die Entscheidungen des Gerichtshofs*

Im Fall *Viking* bestätigte der Gerichtshof in einem ersten Schritt, dass Art. 43 EG-Vertrag auch horizontal anwendbar sei, also auch auf Tarifverträge über Arbeitsbedingungen. Kollektivmaßnahmen wie namentlich Streiks sah er als mit den Tarifverträgen so eng verbunden an, dass er auch sie Art. 43 EG-Vertrag unterstellte. Die horizontale Anwendung dieser Bestimmung begründete der Gerichtshof damit, dass anderenfalls Ungleichheiten entstünden, da Arbeitsbedingungen in einigen Ländern in staatlicher Gesetzgebung und in anderen durch Tarifverträge geregelt seien. Daran anschließend befand der Gerichtshof in grundlegenderer Hinsicht, dass von der Koalitionsfreiheit geschützte Kollektivmaßnahmen nicht vom Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit nach Art. 137 V EG-Vertrag ausgenommen seien, wonach europäische Harmonisierungsmaßnahmen auf diesem Feld ausgeschlossen sind. Vielmehr, so der Gerichtshof, seien die Mitgliedstaaten auch in Bereichen außerhalb der gemeinschaftlichen Sekundärrechtskompetenz verpflichtet, das Gemeinschaftsrecht einzuhalten. Dieser *prima vista* harmlose Satz impliziert nichts weniger als die potenziell grenzenlose Erstreckung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten – er autorisiert den Gerichtshof dazu, vor allem mittels der Grundfreiheiten Vorgaben für Rechtsbereiche zu entwickeln, die der nationalen Gesetzgebungskompetenz vorbehalten bleiben. Schließlich unterstellte der Gerichtshof dem Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts auch den Schutz von Grundrechten einschließlich sozialer Rechte, da dieses nicht nur auf die wirtschaftliche, sondern auch auf die soziale Integration abziele.

In einem zweiten Schritt bejahte der Gerichtshof eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch die gegen die Umflaggung gerichteten Kollektivmaßnahmen und wandte sich dann der Frage einer Rechtfertigung dieser Beschränkung durch gewerkschaftliche Grundrechte zu. Die Frage delegierte der EuGH an die nationalen Gerichte. Jedoch stellte er für deren Entscheidung eine Reihe von schwer einzuhaltenden Vorgaben auf. Insbesondere müssten Kollektivmaßnahmen aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten dem Arbeitnehmerschutz dienen. Das sei nicht der Fall, wenn Arbeitsplätze gar nicht gefährdet seien. In allgemeinerer Hinsicht sah der Gerichtshof eine Rechtfertigung weiterhin als ausgeschlossen an, wenn die Niederlassungsfreiheit eines Schiffseigentümers auf Null reduziert würde; bei einer solchen Kernbereichsverletzung solle offenbar auch der Arbeitnehmerschutz als Rechtfertigungsargument ausscheiden. Da die gewerkschaftliche Politik der Bekämpfung von Billigflaggen auch gegen die Umflaggung von Schiffen in Staaten mit einem höheren Arbeitnehmerschutzniveau Anwendung fände, sei sie nach Meinung des Gerichtshofs schon gar nicht zur Verfolgung dieses Ziels geeignet.

In der *Laval*-Entscheidung ging es zunächst um die Vereinbarkeit der von

den schwedischen Gewerkschaften eingeleiteten Kollektivmaßnahmen mit der Arbeitnehmerentsenderichtlinie, die weiter unten ausführlicher behandelt wird. Im zweiten Teil des Urteils befand der Gerichtshof, dass die Vereinbarkeit der gewerkschaftlichen Maßnahmen auch mit Art. 49 EG-Vertrag zu prüfen sei, wobei das Verhältnis zwischen der Richtlinie und Art. 49 nicht klargestellt wurde. Nachdem der Gerichtshof wiederholt hatte, dass gewerkschaftliche Maßnahmen nicht außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 49 lägen und dass diese Bestimmung auch horizontal zwischen privaten Parteien anwendbar sei, bestätigte er weiter, dass der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit durch die gewerkschaftlichen Maßnahmen betroffen sei. Im Folgenden wandte sich der Gerichtshof dann der zentralen Frage der Rechtfertigung der gewerkschaftlichen Maßnahmen durch vorrangige Allgemeininteressen zu. In prinzipieller Hinsicht befand er dazu, dass eine Kollektivmaßnahme, die den Schutz von Arbeitnehmern gegen soziales Dumping zum Gegenstand hatte, ein relevantes öffentliches Interesse betreffe, da die Aufgaben von EG/EU nicht nur die Errichtung des Binnenmarktes, sondern auch eine Sozialpolitik umfassten; dies ergebe sich aus Art. 2 EG-Vertrag und verschiedenen europäischen und internationalen Konventionen und anderen Instrumenten. Während eine Baustellenblockade als Kollektivmaßnahme noch mit der Zielsetzung des Arbeitnehmerschutzes vereinbar sei, sei dies nach Ansicht des Gerichtshofs für die spezifischen Verpflichtungen, die die Gewerkschaften dem Unternehmen aufzwingen wollten, nicht der Fall. Denn diese gingen über den Mindeststandard von Arbeitsbedingungen im Sinne der Arbeitnehmerentsenderichtlinie hinaus. Was Mindestlohnbedingungen betrifft, seien diese zwar im Prinzip von der Richtlinie erlaubt, aber nach den Worten des Gerichtshofs eben nicht in einem nationalen Kontext, „für den kennzeichnend ist, dass Vorschriften jeder Art fehlen, die hinreichend genau und zugänglich wären, um in der Praxis einem derartigen Unternehmen die Feststellung, welche Verpflichtungen es hinsichtlich des Mindestlohns beachten müsste, nicht unmöglich zu machen oder übermäßig zu erschweren (Rz. 110).“ Schließlich statuierte der Gerichtshof, dass das schwedische Gesetz zur Arbeitnehmermitbestimmung, wonach fremde Tarifverträge in Schweden keine Geltung entfalteteten, diskriminierend sei und deswegen gegen Art. 49 EG-Vertrag verstoße.

Der *Rüffert*-Fall drehte sich schließlich ebenfalls um die Arbeitnehmerentsenderichtlinie und Art. 49 EG-Vertrag. Was die Niederlassungsfreiheit angeht, ließ der EuGH keine Beschränkungen auf der Grundlage des Arbeitnehmerschutzes zu. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung rügte er den vermeintlichen Widerspruch, dass die Landesgesetzgebung sich nur auf den öffentlichen und nicht auch auf den privaten Bausektor bezog. Darüber hinaus wies der Gerichtshof auch andere Rechtfertigungstopoi wie die finanzielle Zukunftsfähigkeit von Sozialversicherungssystemen (die das Bundesverfassungs-

gericht zur Billigung einer Tariftreueklausel bewogen hatte²⁷⁾ oder den Schutz von Tarifverhandlungen und der Versammlungsfreiheit zurück.

c) *Kritik*

Der vorliegende Konflikt zwischen der europäischen Dienstleistungsfreiheit und den gewerkschaftlichen Streikrechten, die auf europäischer und nationaler Ebene geschützt werden, stellt einen horizontalen und diagonalen Konflikt dar, auf den sich die Vorrangdoktrin aus logischen Gründen nicht schematisch anwenden lässt, weil es um verschiedene Regelungsgegenstände geht. Vielmehr bedarf es einer komplexeren Abwägungslösung, für die eine Reihe von Vorbedingungen zu beachten sind.

Zunächst erscheint es noch akzeptabel, wenn der EuGH die Drittwirkungsdoktrin auf Tarifverträge und Kollektivrechte anwendet. Darin liegt zwar eine weitere Ausdehnung dieser Doktrin, die bisher nur auf kollektive Akteure wie Sportverbände²⁸ oder Arbeitgeber mit faktisch einseitiger Regelungsmacht²⁹ gegenüber Einzelnen angewandt wurde; Gewerkschaften können demgegenüber zunächst nur Forderungen zum Abschluss von Tarifverträgen an die Arbeitnehmerseite stellen, haben also keine solche einseitige Regelungsmacht. Wenn jedoch die Rechtsordnung zur Ermöglichung gesellschaftlicher Selbstregulierung im Allgemeininteresse („privat governance“) den Tarifvertragsparteien ein hohes Maß an Regelungsbefugnissen und Kollektivrechte zu ihrer Durchsetzung zugesteht, sollten sich diese bei der Ausübung dieser Befugnisse auch grundlegender Gebote des Allgemeininteresses – wie der Grundfreiheiten, die das öffentliche Interesse am innereuropäischen Freiverkehr artikulieren, – nicht völlig entziehen dürfen. Allerdings wird bei der Bestimmung der konkreten Reichweite und Intensität der Vorgaben, die aus den Grundfreiheiten für Tarifverträge abgeleitet werden, auch der grundrechtlich geschützte Status der Regelungsautonomie der Tarifparteien mitzubedenken sein.

Weiterhin ist es zu billigen, dass der Gerichtshof Kollektivvereinbarungen und Kollektivmaßnahmen nicht durch eine Bereichsausnahme vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten freistellt, wie er das in der Rechtssache *Albany*³⁰ für das Verhältnis von Wettbewerbsrecht und Kollektivvereinbarungen entschieden hatte. Eine solche Lösung hätte nämlich eine unbegrenzte Be-

27 S. BVerfGE 116, 202.

28 Rs. 36/74, Walrave und Koch, Slg. 1974, 1405; C-415/93, Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ASLB/ Jean-Marc Bosman, Slg. 1995, I-4921.

29 Rs. C-281/98, Angonese, Slg. 2000, I-4139.

30 Rs. C-67/96 Albany, Slg. 1999, I-5751.

schränkung der Dienstleistungsfreiheit ermöglicht und jegliche Abwägung und Kompatibilisierung der zwei kollidierenden Rechtsbereiche zugunsten des Allgemeininteresses verhindert. Die Verweigerung einer Bereichsausnahme für Kollektivverträge im Rahmen der Grundfreiheiten erscheint auch nicht mit Art. 137 Abs. 5 EG-Vertrag unvereinbar, da diese Bestimmung nur die Harmonisierungskompetenz der Gemeinschaft auf diesem Feld ausschließt. Jedoch sollte die Unmöglichkeit, einen Bereich, in dem die Anwendung der Grundfreiheiten die Deregulierung nationalen Rechts verursacht hat, gemeinschaftsrechtlich zu re-regulieren, den Gerichtshof veranlassen, dem nationalen Recht einen beträchtlichen Ermessensspielraum zu belassen. Andernfalls hätte sein Vorgehen, drastisch formuliert, die Wirkung einer deregulierenden Bombe, wobei dem Gemeinschaftsgesetzgeber der „Wiederaufbau“ der zerstörten Regelungsstrukturen unmöglich gemacht wird.

Unglücklicherweise hat sich der Gerichtshof nicht für einen solchen wünschenswerten *judicial self restraint* entschieden. Vielmehr ist seine Art, die Grundfreiheiten mit den Kollektivgrundrechten von Gewerkschaften zu verknüpfen, nicht methodisch neutral, sondern gibt den ersteren beträchtliche Vorteile gegenüber den letzteren. Zunächst werden die Grundfreiheiten als Referenzbestimmungen herangezogen, vor denen sich die gewerkschaftlichen Kollektivrechte im engen Korsett des Verhältnismäßigkeitsprinzips rechtfertigen müssen. Dies ist natürlich das normale Prüfungsvorgehen des Europäischen Gerichtshofs bei der Prüfung der Vereinbarkeit jeglicher nationaler Gesetzgebung mit den Grundfreiheiten – jedoch ist dieser Ansatz im Fall von Grundrechten prinzipiell inadäquat. Sie gelten nämlich nicht nur in allen mitgliedstaatlichen Rechtssystemen, sondern auch im europäischen Recht, und zwar mit demselben Rang und derselben Würde wie die Grundfreiheiten. Warum sollten sich Kollektivrechte von Gewerkschaften, die sich in den Mitgliedstaaten nur nach langen Kämpfen durchgesetzt haben, die unverzichtbare Bestandteile des Sozialstaates sind und auf denen der soziale Friede ruht, vor den Grundfreiheiten rechtfertigen müssen – warum nicht, um es provokativ zu sagen, genau andersherum? Welcher demokratische Gesetzgeber hat jemals entschieden, dass die Grundfreiheiten in Europa gegenüber allen anderen Verfassungsrechten vorrangig sein sollten? Wie erwähnt, hat der Gerichtshof in den Fällen *Schmidberger* und *Omega* eine adäquate bilaterale Perspektive zur Verknüpfung von Grundrechten und Grundfreiheiten gefunden, und es ist nicht nachvollziehbar, warum er sich in den vorliegenden Fällen nicht genauso verhalten hat. Im Ergebnis sollte der Gerichtshof also nicht die Grundfreiheiten als Referenzbestimmungen heranziehen, sondern sie fair mit den Grundrechten abwägen, um die praktische Wirksamkeit beider zu maximieren – ein Verfahren, das in Deutschland unter dem Stichwort der praktischen Konkordanz bekannt ist. Eine derartige Abwägung würde es auch erforderlich machen, die

Rechtfertigungsgründe für Grundfreiheiten an die spezifische Situation privater Parteien in horizontalen Konstellationen wie der vorliegenden anzupassen – ein Problem, das schon im Rahmen der *Bosman*-Entscheidung³¹ diskutiert wurde.

Anders als man vielleicht annehmen mag, stellt der mangelhafte methodische Grundansatz des Gerichtshofs keinen Schönheitsfehler dar, sondern zieht drastische Konsequenzen nach sich. So nennt der EuGH gewerkschaftliche Kollektivrechte nur kurz als Teile des Allgemeininteresses und deswegen auch als generell anerkennungsfähige Beschränkungen der Grundfreiheiten, bevor er sich in viel größerem Detail den Vorgaben in punkto Verhältnismäßigkeit zuwendet, denen diese genügen müssen, um vor den Grundfreiheiten zu bestehen. Auf diese Weise werden weder der autonome Schutzbereich noch ihr unverzichtbarer Wesenskern in irgendeiner rationalen Weise abgegrenzt und reflektiert. Darüber hinaus werden gewerkschaftliche Kollektivrechte vom Gerichtshof implizit heruntergestuft, wenn sie als Teil des Allgemeininteresses eingeordnet werden. In ihrer historisch vorrangigen und immer noch wichtigsten Funktion sind Grundrechte (anders als die erst nach ihrer Entstehung vom EuGH versubjektivierten Grundfreiheiten) nämlich subjektive Abwehrrechte von Bürgern und Unternehmen gegen den Staat, sie sind mit anderen Worten Ausnahmen vom und nicht Ausprägungen des Allgemeininteresses.

Schließlich werden gewerkschaftliche Kollektivrechte auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nur ungenügend entfaltet: Der Gerichtshof schützt sie nur insoweit, als sie zum Arbeitnehmerschutz erforderlich sind, der wiederum als vorrangige Zielsetzung beschrieben wird. In der Folge sind gewerkschaftliche Kollektivrechte nach der Ansicht des Gerichtshofs keine tauglichen Mittel zur Beschränkung der Grundfreiheiten, wenn sie geltend gemacht werden, um die Verlegung eines Unternehmens in einen Staat mit höherem Arbeitnehmerschutzstandard zu bekämpfen. Das Gleiche gilt, wenn die Arbeitsplatzsicherheit nicht in Frage steht – wie es im Fall *Viking* argumentiert wurde, als das Unternehmen anbot, die Umflagung des Schiffes ohne die Entlassung von Besatzungsmitgliedern durchzuführen.³²

Im Ergebnis werden gewerkschaftliche Kollektivrechte, wenn sie mit dem Arbeitnehmerschutz zwingend verbunden werden, herabgestuft zu Garantien

31 Rs. C-415/93, Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ASLB/Jean-Marc Bosman, Slg. 1995, I-4921; zur Artikulation von Grundrechten und Marktfreiheiten in dieser Entscheidung s. L. Gramlich, Grundfreiheiten contra Grundrechte im Gemeinschaftsrecht?, DÖV 1996, 801.

32 Ch. Joerges/ F. Rödl, Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem "sozialen Defizit" des Integrationsprojekts, ZERP DP 2/2008, 17.

bestehender Arbeitsverhältnissen. Jedoch haben gewerkschaftliche Kollektivrechte in der europäischen Verfassungstradition eine ganz andere Dimension: Sie werden um ihrer selbst willen geschützt, nicht als Anhängsel anderer Rechte. Kollektivvereinbarungen und Kollektivrechte repräsentieren eine faire gesellschaftliche Selbstorganisation, deren Existenzberichtigung weit über den Arbeitnehmerschutz hinausgeht und dabei direkt für die Legitimität der modernen „multi arena governance“ (Héritier) relevant ist, die aus einem weiten Spektrum privater und öffentlicher Governance-Elemente zusammengesetzt ist. Im Ergebnis hätte der Gerichtshof also fragen müssen, ob die Selbstorganisationsfähigkeit der schwedischen Gewerkschaften als zentrales Element der schwedischen Zivilgesellschaft in ihrem Kern getroffen sein könnte, wenn er Schweden zwänge, fremde Tarifverträge und Sozialdumping-Praktiken auf der Basis der Grundfreiheiten anzuerkennen. Diese Implikationen der Kollektivrechte hätten auch zu einer weniger restriktiven Anwendung der Drittwirkungsdoktrin führen sollen. Während diese Doktrin wie ausgeführt wohl legitim auf Tarifverträge und Kollektivrechte angewandt werden kann, die an die Stelle von staatlicher Regulierung zu Arbeitsbedingungen treten, hätte den Gewerkschaften auf jeden Fall ein größerer Ermessensspielraum bei der Ausübung ihrer Kollektivrechte zugestanden werden müssen. In letzter Konsequenz hätte sich der Gerichtshof auf der Grundlage all dieser Erwägungen fragen müssen, ob er dazu legitimiert ist, das schwedische Sozialmodell zu schädigen, in dem die Selbstregulierung von Arbeitnehmern, Mietern und Verbrauchern eine viel größere Rolle als anderswo in Europa spielt und das sozialen Frieden und Wohlstand für eine lange Zeit ermöglicht hat.

3. *Die exzessive Anwendung der Sperrwirkungsdoktrin im Sekundärrecht*

Eine weitere dogmatische Schwäche, die zu einem ernstlichen neoliberalen Ungleichgewicht in der europäischen Wirtschaftsverfassung geführt hat, stellt die exzessive Anwendung der Sperrwirkungsdoktrin im Sekundärrecht durch den Gerichtshof dar.³³ Die Sperrwirkungsdoktrin stellt ein Korrelat zur Vorrangdoktrin dar und bedeutet, dass nationale Bestimmungen, die mit europäischen Bestimmungen in casu konkurrieren, verdrängt werden, weil die europäische Gesetzgebung den jeweiligen Gegenstandsbereich erschöpfend geregelt hat (oder die Bedingungen für die Anwendbarkeit nationalen Rechts ihrer-

33 Zur Sperrwirkung im Allgemeinen vgl. E. Cross, Pre-Emption of Member State Law in the European Economic Community: A Framework for Analysis, CMLR 29 (1992), 447; A. Furrer, Die Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen, Baden-Baden, 1994.

seits erschöpfend festgelegt hat). Im Gegensatz zur Vorrangdoktrin ist es also unter der Sperrwirkungsdoktrin irrelevant, ob eine nationale Bestimmung im Einzelfall tatsächlich mit europäischen Bestimmungen in Widerspruch steht oder ob sie nur in einen „gesperrten Regelungsbereich“ fällt, der klein oder groß abgesteckt werden kann. In einer verfassungsrechtlichen Perspektive bedingt die Sperrwirkungsdoktrin damit einen Wechsel der Legislativkompetenz in einem bestimmten Bereich von einer konkurrierenden zu einer ausschließlichen europäischen Zuständigkeit. Insgesamt ist der Sperrwirkungsdoktrin aus all diesen Gründen ein erhebliches interventionistisches Potenzial zu eigen.

Die Frage, ob europäische Normen gegenüber nationalen Sperrwirkung entfalten, ist in einigen wenigen Fällen von europäischen Kollisionsregeln selbst vorgeschrieben. Im Normalfall hat die Einschätzung, ob ein gewisser Bereich vom europäischen Gesetzgeber erschöpfend geregelt ist, jedoch der Europäische Gerichtshof zu treffen, der dabei einen großen Ermessensspielraum hat. Die folgenden Beispiele der Auslegung der Arbeitnehmerentsenderichtlinie in den Fällen *Laval* und *Rüffert* zeigen, dass der Gerichtshof diese Doktrin leider zu restriktiv anwendet, dabei nationales Recht exzessiv beschneidet und die Regulierungsfähigkeiten des europäischen Rechts überspannt.

a) *Die Arbeitnehmerentsenderichtlinie*

Die Arbeitnehmerentsenderichtlinie von 1996, die Arbeitsbedingungen von Arbeitnehmern, die in andere Staaten entsandt werden, regelt, wurde aus mehreren Gründen erlassen. Zunächst hatte der EuGH im Leitfall *Rush Portuguesa* von 1990³⁴ entschieden, wiewohl nur in einem obiter dictum, dass die Mitgliedstaaten berechtigt seien, ihre gesamte Gesetzgebung in den Bereichen des Arbeits- und Sozialrechts, einschließlich von Tarifverträgen, auch auf entsandte Arbeitnehmer anzuwenden. Offensichtlich stärkt diese Rechtsprechung nationale Systeme industrieller Beziehungen einschließlich der Stellung von Gewerkschaften, aber sie schwächt die Chancen von Unternehmen, Zugang zu fremden Märkten zu gewinnen, und vermindert damit die Effektivität der Dienstleistungsfreiheit. Um diesem Trend entgegenzuwirken, begab sich die Kommission auf die Suche nach einem Kompromiss, der diese Grundfreiheit weniger stark einschränken sollte.³⁵ Dabei wollten die Mitgliedstaaten – zu dieser Zeit nur westeuropäische Staaten – nicht nur die rechtliche Stellung von entsandten Arbeitnehmern regeln, sondern auch ihren Arbeitsmarkt vor Niedriglohnkonkurrenz (social dumping) aus anderen Staaten schützen. Weiterhin

34 Rs. C-113/82, Slg. 1990, 1965.

35 M. Corti, *Le decisioni ITF e Laval della Corte di Giustizia*, RIDL 2008, I, 254 ff.

wollten Deutschland und andere Mitgliedstaaten auch ihre eigene schon existierende Gesetzgebung zu entsandten Arbeitnehmern schützen, die unter Druck hätte geraten können, hätte der EuGH die uneingeschränkte Anwendung jeglicher allgemeiner nationaler Gesetzgebung im Bereich des Arbeits- und Sozialrechts auch auf entsandte Arbeitnehmer aus Antidiskriminierungsgründen verfügt. Vor diesem Hintergrund sind auch die zentralen Ziele der Richtlinie zu lesen, die in ihrem 5. und 22. Erwägungsgrund statuiert werden: die Förderung eines transnationalen Dienstleistungsmarkts durch fairen Wettbewerb und der Schutz von Arbeitnehmern, wobei mitgliedstaatliche Regelungen zu Kollektivrechten unberührt belassen werden sollten. Obwohl es nicht explizit genannt wird, kann das Ziel der Bekämpfung sozialen Dumpings auch in den Begriff des fairen Wettbewerbs hineingelesen werden.

In technischer Hinsicht bezweckte die Richtlinie nicht die Harmonisierung des materiellen Rechts, sondern beschränkte sich auf eine kollisionsrechtliche Lösung: Die Richtlinie statuiert Eingriffsnormen gegenüber dem nach IPR – innergemeinschaftlich durch das Römische Schuldvertragsübereinkommen geregelt, das 2008 durch die Rom I-Verordnung³⁶ ersetzt wurde – berufenen Arbeitsvertragsstatut. Nach der Grundbestimmung des Art. 3 der Richtlinie müssen Mitgliedstaaten die Anwendung einer Reihe wesentlicher Arbeitsbedingungen einschließlich maximaler Arbeitszeiten, Mindestlöhne und Mindesturlaubszeiten, wie sie von ihrem eigenen Recht und/oder in ihren eigenen Tarifverträgen oder Schiedssprüchen enthalten sind, auch auf entsandte Arbeitnehmer anwenden. Wenn keines der beiden letztgenannten Instrumente in einem Mitgliedstaat existiert, ist dieser auch berechtigt, Tarifverträge oder Schiedssprüche anzuwenden, die für alle in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden gleichartigen Unternehmen allgemein wirksam sind, und/oder die Tarifverträge, die von den auf nationaler Ebene repräsentativsten Organisationen der Tarifvertragsparteien geschlossen werden und innerhalb des gesamten nationalen Hoheitsgebiets zur Anwendung kommen. Bedingung ist allerdings, dass keine Ungleichbehandlung der betroffenen Unternehmen entsteht.

Nach Art. 3 Abs. 7 stehen die vorgenannten Regeln der Anwendung von für die Arbeitnehmer günstigeren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht entgegen. Damit unterliegt auch diese Richtlinie dem Prinzip der sog. Mindestharmonisierung, wie sie für das Arbeits- und Verbraucherrecht bis vor kurzem prägend war. Im Detail belässt die Regelung des Art. 3 Abs. 7 einen großen Spielraum, da sie jegliche günstigere Regelung von Arbeitsbedingungen abdeckt, egal ob sie gesetzlicher oder tarifvertraglicher Natur sind oder ob sie dem eigenen Recht oder einem anderen qua IPR anwendbaren fremden Recht

36 VO Nr. 593/2008, ABl. EG L 177/6 v. 4.7.2008.

entstammen. Zulässig wären demnach auch solche nationalen Vorschriften, die entsandten Arbeitnehmern einen hohen Schutzstandard gewährleisten wollen, faktisch jedoch die nationalen Arbeitsmärkte gegenüber entsandten Arbeitnehmern abschirmen, indem sie ihren Einsatz prohibitiv teuer machen.³⁷

Wie erwähnt, spielen unter dem schwedischen Sozialmodell die industriellen Beziehungen eine zentrale Rolle, und die Regulierung der Arbeitsbedingungen ist dabei hauptsächlich den Tarifparteien überlassen. Dieses Modell verträgt sich nicht gut mit dem System der Richtlinien: Zwar sind Arbeitszeitbedingungen und alle anderen Arten von Arbeitsbedingungen, die in der Richtlinie geregelt werden, mit Ausnahme von Mindestlohnregelungen in der schwedischen Umsetzungsgesetzgebung enthalten, aber schwedische Tarifverträge legen oftmals für Arbeitnehmer günstigere Bedingungen fest. Lohnregelungen bleiben ganz den Kollektivverhandlungen überlassen, wobei Mindestlöhne im technischen Sinn gar nicht existieren. Vielmehr werden normalerweise für einzelne Bauprojekte gestaffelte Löhne für verschiedene Kategorien von Arbeitnehmern ausgehandelt. Schließlich enthielt der Tarifvertrag, den die schwedischen Gewerkschaften Laval aufzwingen wollten, auch weitere Bestimmungen (u. a. Bestimmungen zum Kündigungsschutz, zu Versicherungsbeiträgen und zu Gewerkschaftsbeiträgen), die in der Richtlinie überhaupt nicht geregelt sind.

b) *Die Auslegung der Arbeitnehmerentsenderichtlinie in Laval und Rüffert*

Im Fall *Laval* entschied der Europäische Gerichtshof, dass Kollektivmaßnahmen, die auf die Durchsetzung aller drei Arten von im Tarifvertrag geregelten Arbeitsbedingungen abzielen, mit der Richtlinie unvereinbar sind. Bemerkenswerterweise – und obwohl dieser Begriff ausdrücklich niemals verwendet wird – stützte sich der Gerichtshof dabei auf eine restriktive Anwendung der Sperrwirkungsdoktrin.

Zu Lohnregelungen entschied der Gerichtshof, dass – da ihre Aushandlung den Gewerkschaften überlassen worden war – diese nicht als durch das nationale Recht oder durch für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge oder

37 Literaturstimmen (vgl. Corti, aaO, 259 ff.) empfehlen deswegen zur Realisierung des Ziels der Richtlinie, die mitgliedstaatlichen Rechte zur Gewährleistung eines effektiven Mindestschutzes (Erwägungsgrund 13) zu koordinieren, eine Einschränkung dieser Bestimmung auf günstigere Regelungen des Herkunftslandes des entsendenden Unternehmens. Wie zu zeigen sein wird (vgl. Text zu Fn. 38), finden solche Regelungen nach Art. 8 II Rom I jedoch ohnehin schon auf das Arbeitsverhältnis Anwendung, so dass Art. 3 Abs. 7 dann völlig leer liefe.

Schiedssprüche festgeschriebene Mindestarbeitsbedingungen angesehen werden könnten – da eine solche Charakterisierung durch die schwedischen Seite niemals vorgenommen worden war.

Zur zweiten Gruppe von Arbeitsbedingungen, die in Art. 3 Abs. 1 lit. a) – g) der Richtlinie geregelt und in der schwedischen Gesetzgebung umgesetzt worden waren, betonte der Gerichtshof, dass solche in Tarifverträgen enthaltenen Bedingungen, die über den gesetzlichen Mindeststandard hinausgingen, nicht rechtmäßig seien. Vielmehr sei die Richtlinie nicht nur als ein Minimal-, sondern auch als ein Maximalstandard anzusehen, demzufolge nur Regelungen des Herkunftslandes des Unternehmens als günstigere Regeln i.S.v. Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie gelten könnten. Andernfalls wäre die Richtlinie nach dem Gerichtshof ihres *effet utile* beraubt, der offenbar darin liegen soll, dass die Dienstleistungsfreiheit nur durch eine Reihe von Mindestbedingungen zum Arbeitnehmerschutz eingeschränkt wird.

Was schließlich die dritte Gruppe von Arbeitsbedingungen angeht – also Bedingungen, die nicht in Art. 3 Abs. 1 lit. a) – g) der Richtlinie, sondern nur im einschlägigen schwedischen Tarifvertrag enthalten waren (z. B. Bedingungen zu Rentenbeiträgen und Beiträgen zur Unfallversicherung), – sind diese nach Ansicht des Gerichtshof überhaupt nicht rechtfertigungsfähig, außer sie sind zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung i.S.v. Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie erforderlich, was hier offensichtlich nicht der Fall war.

Im Fall *Rüffert* wandte der Gerichtshof mehr oder weniger die gleiche schematische Sperrwirkungsprüfung wie im Fall *Laval* an. Das im niedersächsischen Vergaberecht vorgesehene Erfordernis einer Tariftreueerklärung eines Unternehmens sei nicht von Art. 3 Abs. 1 1. Spiegelstrich der Richtlinie abgedeckt, da es keine Mindestlohnbestimmung beinhalte. Der einschlägige Tarifvertrag im Baugewerbe sei auch nicht von Art. 3 Abs. 1 2. Spiegelstrich und Abs. 8 der Richtlinie abgedeckt, weil er nicht allgemeinverbindlich erklärt wurde; außerdem könne er nicht als repräsentativer Tarifvertrag i.S.v. Art. 3 Abs. 8, 2. Spiegelstrich angesehen werden, weil eine solche Kategorisierung von einer öffentlichen Stelle nicht vorgenommen worden sei; auch eine Qualifizierung als allgemein anwendbarer Tarifvertrag i.S.v. Art. 3 Abs. 8, 1. Spiegelstrich scheitere, da dieser nicht „für alle in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden gleichartigen Unternehmen allgemein wirksam“ sei. Denn den Grundprinzipien des öffentlichen Vergaberechts entsprechend, bezog sich die Tariftreueklausel nur auf öffentliche und nicht auch auf private Bauprojekte.

c) *Kritik*

Die formalistische Anwendung der Richtlinie wirft eine größere Reihe von dogmatischen Kritikpunkten auf. Zunächst ist dogmatisch fraglich, wie der Gerichtshof die Vereinbarkeit nationaler Gesetzgebung und nationaler Tarifverträge mit der Richtlinie ohne weiteres prüfen konnte. In der Tat geht er nicht auf die von ihm in gefestigter Rechtsprechung anerkannten Doktrinen zur Direktwirkung, zur richtlinienkonformen Auslegung und zur (von ihm generell abgelehnten) Horizontalwirkung einer Richtlinie unter Privaten ein. Geht man davon aus, dass sich der Gerichtshof nicht von seiner gesamten früheren Rechtsprechung zu diesen Fragen distanzieren wollte, lässt sich seine Argumentation nur so deuten, dass der gesamte Inhalt der Richtlinie implizit in den Anwendungsbereich von Art. 49 EG-Vertrag hineingelesen werden soll. Dafür spräche, dass der Gerichtshof im Urteilstenor beide Quellen zusammen genannt hat, während er in den Gründen dann Art. 49 und die Richtlinie separat analysiert hat. Jedoch wäre dieser Ansatz dogmatisch unhaltbar, da die Einbeziehung von detaillierten Bestimmungen einer Richtlinie ins Primärrecht die Unterschiede zwischen Primär- und Sekundärrecht unzulässig nivellieren würde.

Der hauptsächliche Kritikpunkt betrifft indes den exzessiv weiten Anwendungsbereich der Sperrwirkungsdoktrin, insbesondere die restriktive Anwendung des Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie. Damit steckt der Gerichtshof die große Vielfalt nationaler Regelungen zu Arbeitsbedingungen entsandter Arbeitnehmer in die Zwangsjacke der wenigen und lückenhaften Bestimmungen der Richtlinie, deren erschöpfender Charakter von ihren Verfassern mit großer Wahrscheinlichkeit nicht vorgesehen war. Wie ihre Disharmonie mit dem schwedischen System industrieller Beziehungen belegt, ist die Entsenderichtlinie ganz offensichtlich außerstande, den verschiedenen in Europa existierenden Sozialmodellen (oder „varieties of capitalism“) angemessen Rechnung zu tragen.

Diese rechtspolitische Kritik lässt sich dogmatisch in mehrerlei Hinsicht spezifizieren. Zunächst ist die Beschränkung von Art. 3 Abs. 7 auf günstigere Normen des Herkunftslandes wenig überzeugend. Wenn der EuGH dafür den *effet utile* der Richtlinie anführt, ist zu bedenken, dass diese Auslegung zunächst einmal den *effet utile* von Art. 3 Abs. 7 völlig zunichte macht: Denn nach Art. 8 II der Rom I-Verordnung unterliegen Arbeitsverträge mangels Rechtswahl dem Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Dies gilt auch im Fall der vorübergehenden Entsendung in einen anderen Staat, so dass das Herkunftslandprinzip hier also schon kraft allgemeinen Kollisionsrechts Anwendung findet. Die Eingriffsnormen der Entsenderichtlinie lassen davon nur dann eine Ausnahme zu, wenn das Arbeits-

recht des Herkunftslandes den im Bestimmungsland anwendbaren Mindestarbeitsbedingungen im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. a) – g) der Richtlinie nicht genügt; ist das Herkunftslandsrecht dagegen günstiger als das Bestimmungslandsrecht, bleibt es ohnehin bei der Anwendung des ersteren. Damit wird die Verweisung in Art. 3 Abs. 7, sofern sie auf das Herkunftslandsrecht beschränkt wird, überflüssig und ohne jeglichen reellen Anwendungsbereich.³⁸ Weiterhin ist es fragwürdig, dass der Gerichtshof die Sperrwirkungsdoktrin auch auf jede Art von Tarifverträgen erstreckt. Denn die Richtlinie bezieht sich nur auf die Regelung von Arbeitsbedingungen in Rechtsvorschriften oder in Tarifverträgen, die für allgemeinverbindlich erklärt wurden, oder wenigstens allgemein gelten oder repräsentativen Charakter haben (Art. 3 Abs. 3 i.Vm. 8 Richtlinie); ihre Ausdehnung jenseits dieser Kategorien stellt nicht nur eine massive Einschränkung der Privatautonomie dar, sondern hält die betroffenen Mitgliedstaaten auch davon ab, solche Vereinbarungen konstruktiv in irgendeiner anderen Art zu regeln. Die exzessive horizontale Erstreckung der Sperrwirkungsdoktrin wird noch durch den Umstand verschlimmert, dass nach Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie Abweichung vom Regelungsansatz der Richtlinie nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung möglich sind (was viel restriktiver ist als die Dogmatik zur Beschränkung der Grundfreiheiten nach der Cassis-Doktrin) und dass der Gerichtshof es Gewerkschaften offensichtlich sogar verbieten will, sich auf diese Rechtfertigungsmöglichkeit zu berufen.³⁹ Zweitens wurde die Kollision der Streikgrundrechte und der Grundfreiheiten zwar im Rahmen des Art. 49 EG-Vertrag oberflächlich analysiert, die Grundrechte wurden jedoch bei der Auslegung der Richtlinie überhaupt nicht einbezogen – trotz der allgemein anerkannten Pflicht, Sekundärrecht im Lichte höherrangiger Rechtsquellen einschließlich der Grundrechte zu überprüfen. Eine konstruktive Art und Weise der Berücksichtigung des gewerkschaftlichen Streikgrundrechtes wäre es gewesen, als nach Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie zulässige günstigere Arbeitsbedingungen nur solche Regelungen des Gastlandes anzusehen, die in Kollektivvereinbarungen enthalten sind. Solche Bedingungen könnten dann immer noch Gegenstand einer Überprüfung am Maßstab des Art. 49 EG-Vertrag sein. Des Weiteren hätte sogar der Sperrwirkungsansatz dem Gerichtshof noch genügend Raum gewährt, der Autonomie der Mitgliedstaaten und der Gewerkschaften in adäquatem Umfang Rechnung zu tragen: Wie Generalanwalt Men-

38 Die theoretisch ebenfalls erfasste Konstellation, dass das Herkunftslandsrecht zusätzlich zum allgemeinen Arbeitsrecht ein Sonderregime enthält, das für eigene Entsendearbeitnehmer günstigere Arbeitsbedingungen statuiert, kommt in der Praxis soweit ersichtlich nirgendwo in Europa vor. Ein nationaler Gesetzgeber dürfte auch gar kein Interesse daran haben, die Entsendung eigener Arbeitnehmer teurer als ihren Einsatz im Inland und damit wirtschaftlich unrentabel zu machen.

39 EuGH, Ruffert, a.a.O., Rz. 84.

gozzi in seinen Schlussanträgen im Fall Laval plausibel gezeigt hat, hätte das schwedische System, in dem die Festlegung der Arbeitsbedingungen einschließlich der Mindestlöhne implizit an die Tarifparteien delegiert wird, als funktionales Äquivalent zur Festschreibung der Arbeitsbedingungen durch Gesetz oder durch repräsentative Tarifverträge i.S.v. Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie angesehen werden können.

4. *Auswertung*

Insgesamt lässt sich festhalten, dass die methodischen Mängel und Verzerrungen des EuGH bei der Verknüpfung von Grundrechten und Grundfreiheiten sowie der Anwendung der Sperrwirkungsdoktrin dem Binnenmarkt entscheidende Vorteile gegenüber sozialstaatlichen Belangen verleihen. Diese neue Art 'judiziellen Expansionismus' geht klar über die Rechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in föderalen Systemen hinaus. Zumindest gegenwärtig kann man dort schwerlich eine systematische Bevorzugung von ökonomischen gegenüber sozialen Werten erkennen, die zu einer Neoliberalisierung des ganzen Systems führen. Weiterhin existieren in allen föderalen Systemen zwar verschiedene Versionen von Sperrwirkungsdoktrinen, aber es scheint keine andere so weite Auslegung dieser Doktrin zu geben, dass soziale Institutionen, denen Europa sozialen Frieden und Wohlstand verdankt, unter Druck geraten und staatliche Behörden davon abhalten werden, ihre regulativen Verantwortlichkeiten in Teilgebieten des Rechts wahrzunehmen. Anders als der alte 'judizielle Expansionismus', der die EG/EU erfolgreich an ein föderales Verfassungssystem angenähert hat, kann diese neue Form 'judiziellen Expansionismus' keine Legitimität für sich beanspruchen, sondern riskiert vielmehr die Zukunft des europäischen Integrationsprojekts. Vor diesem Hintergrund scheint viel für Roman Herzogs kürzlich getroffene Aussage zu sprechen, dass diese neue Art 'judiziellen Expansionismus' nur politisch gestoppt werden kann, beispielsweise durch die Einrichtung eines konkurrierenden Gerichtshofs, der die Wahrung der legislativen Autonomie und der Gesetzgebungszuständigkeiten der Mitgliedstaaten zur Aufgabe hätte.⁴⁰ Nichtsdestoweniger würde die europäische Rechtsgemeinschaft weniger Schaden nehmen, gelänge es, die europäische judicial governance von innen heraus unter Beibehaltung

⁴⁰ S. Fn. 5; zu einem ähnlichen Ansatz in dieser Richtung auf der Grundlage einer völkerrechtlichen Lösung vgl. Ch. Schmid, *From Pont d'Avignon to Ponte Vecchio. The Resolution of Constitutional Conflicts between the European Union and the Member States through Principles of Public International Law*, *Yearbook of European Law* 18 (1998), 415 und *The Neglected Conciliation Approach to the Final Arbitrator Conflict*, *Common Market Law Review* 36 (1999), 519.

der bisherigen Stellung des EuGH zu reformieren. Dazu müsste der EuGH jedoch eine weithin verschiedene verfassungsgerichtsähnliche Rolle für sich selbst im europäischen Mehrebenensystem akzeptieren, ähnlich zu Christian Joerges' Vision des Europarechts als eines Kollisionsrechts in der US-amerikanischen Tradition,⁴¹ das nationale und europäische Interessen legitim auszubalancieren imstande wäre.

IV. Ein Plädoyer für eine neue konstitutionell-prozedurale Rolle des EuGH im europäischen Mehrebenensystem

Um eine legitimere Rechtsprechung zu praktizieren, müsste der EuGH seine Rolle als Motor des Integrationsprozesses aufgeben und sich zu einem echten Verfassungsgericht entwickeln, das eine methodologisch unparteiische und politisch sensible Koordination europäischer und nationaler Gesetzgebung anstrebt. Dieser Auftrag lässt sich unter Rückgriff auf die moderne multi level governance-Theorie spezifizieren, deren Leitkriterien die Effektivität und Legitimität von governance darstellen.⁴² Danach ist die Legitimität von judicial governance am höchsten, wenn sie Europarecht zur Korrektur von Demokratie- oder Nationalstaatsversagen („nation state failures“) zur Geltung bringt.⁴³ Dieses umfasst Diskriminierungen aller Art, die Verlagerung von Externalitäten nationalstaatlicher Politik auf Nachbarstaaten, Verletzungen universeller Verfassungsnormen wie der Freiheits- und Gleichheitsrechte, aber auch offensichtliche Irrationalitäten und Ineffizienzen nationaler Herrschaft, die Bürgern und Unternehmen schaden. Umgekehrt sollten demokratisch legitimierte nationale Institutionen – insbesondere sozialstaatliche Institutionen, die die EU auf absehbare Zeit nicht ersetzen kann – nicht durch europäische Interventionen beeinträchtigt werden. Weiterhin sollte eine legitime judicial governance davon Abstand nehmen, nationale Rechtssysteme hierarchisch zu steuern und zu kontrollieren, sondern sich stattdessen auf deren Stabilisierung und Kompatibilisierung mit europäischen Grundwerten konzentrieren – auf der Grundlage der Erkenntnis, dass die Schaffung eines prozeduralen Rahmens legitimer ist als die inhaltliche Abwägung konkurrierender Werte, die oft Bestandteil der nationalen Identität sind. In diesem Verfahren wäre vor allem die Einbeziehung aller betroffenen Interessen, auch abwesender und nur indirekt

41 S. Ch. Joerges, Rethinking European Law's Supremacy, EUI WP 2005/12.

42 F.W. Scharpf, Regieren in Europa, Frankfurt a. M. 1999; ders., Notes Toward a Theory of Multilevel Governing in Europe, MPIfG Discussion Paper 2000 No. 5.

43 S. Ch. Joerges, The Impact of European Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutionalist Perspective, ELJ 3 (1997), 378.

betroffener Dritter aus anderen Mitgliedstaaten, zu sichern. Dazu hätte der Gerichtshof mit den nationalen Gerichten in einen gehaltvolleren Dialog einzutreten und die verschiedenen Rechtssysteme und ihre Traditionsbestände ebenso zu berücksichtigen wie die unterschiedlichen politischen, ökonomischen und sozialen Wirklichkeitsbedingungen des Rechts und die faktischen Konsequenzen seiner Entscheidungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten. Außerhalb des derart abgesteckten Bereichs eines prozedural geprägten europäischen Konstitutionalismus sollte der EuGH den Mitgliedstaaten dagegen einen möglichst großen Freiraum belassen.

Wendet man diese Grundsätze auf die Abstimmung der gewerkschaftlichen Grundrechte, der nationalen Sozialmodelle und der europäischen Grundfreiheiten an, können wir Christian Joerges' und Florian Rödl's Schlussfolgerung beipflichten: „Nationale Wohlfahrtstraditionen repräsentieren – per definitionem – kein Nationalstaatsversagen. Vielmehr repräsentiert die Verkürzung sozialstaatlicher Rechtspositionen durch supranationales Recht keine hinzunehmende Korrektur von nationalem Demokratieversagen, sondern einen ersatzlosen Abbau des Niveaus moderner demokratischer Selbstbestimmung.“⁴⁴ Auf der Grundlage eines konstitutionell-prozeduralen Leitbilds hätten die Fälle *Viking*, *Laval* und *Rüffert* anders entschieden werden müssen.

44 Ch. Joerges/ F. Rödl, Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem “sozialen Defizit” des Integrationsprojekts, ZERP DP 2/2008, 28.

Lieferbare ZERP-Diskussionspapiere

(in Papierform = P bzw. als elektronische Kopie = E*)

*siehe unsere Homepage: www.zerp.uni-bremen.de (Publikationen)

- DP 7/91: *Gerd Winter* (Hrsg.), Die Europäischen Gemeinschaften und das Öffentliche, Dezember 1991 (P)
- DP 3/92: *Ines Katharina Gerwien*, Die Kontrolle von Pestiziden in exportierenden Industrieländern und Entwicklungsländern, am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland und Malaysias, Oktober 1992 (P)
- DP 7/93: *Michelle Everson*, To the Constitutional Position of the Citizen of the United Kingdom, Dezember 1993 (P)
- DP 3/94: *Monika Jagels-Sprenger*, Der Fall PVC. Ein ungewisses Risiko und seine rechtliche Bewältigung, März 1994 (P)
- DP 4/94: *Geoffrey Woodroffe/Philip Rawlings/Chris Willett*, Financial Services in the United Kingdom, März 1994 (P)
- DP 5/94: *Edda Castelló*, Untersuchung von Beschwerdesystemen für Finanzdienstleistungen, März 1994 (P)
- DP 8/94: *E. Alexandridou/M.-T. Marinos/C. Mastrokostas/G. Triantaphyllakis*, Financial Services in Greece, Juli 1994 (P)
- DP 1/97: *Dorothee Eidmann*, Ausländer und Verwaltung. Eine Skizze am Beispiel des Ausländeramtes in Bremen, Januar 1997 (P/E)
- DP 2/97: *Josef Falke/Armin Höland*, Die Rechtspraxis der Beendigung von Arbeitsverhältnissen. Vorüberlegungen zu einem neuen Forschungsprojekt, März 1997 (P/E)
- DP 3/97: *Edwige Lefebvre*, A Historical Profile of Belgium: From Urban to Modern Belgian Citizenship, Juli 1997 (P/E)
- DP 4/97: *Edwige Lefebvre*, The Belgian Constitution of 1831: The Citizen Burgher, Juli 1997 (P/E)
- DP 5/97: *Edwige Lefebvre*, French Republicanism in Algeria: „Citoyen-Colon“ versus „Sujet-Musulman-Français“, Juli 1997 (P/E)
- DP 6/97 *Ulrich K. Preuß/Armin Höland* (eds.), The Normative Foundation of the Polity, Oktober 1997 (P/E)
- DP 7/97 *Konstanze Plett*, Rechtliche Hindernisse auf dem Weg zur Gleichberechtigung der Frauen, Oktober 1997 (E)
- DP 1/98: *Wolf Sauter*, EU Regulation for the Convergence of Media, Telecommunications, and Information Technology: Arguments for a Constitutional Approach?, Januar 1998 (P/E)
- DP 1/99 *Jürgen Neyer/Dieter Wolf/Michael Zürn*, Recht jenseits des Staates, März 1999 (E)

- DP 2/99 *Josef Heimann*, „Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr“ – der neue Titel IV EGV unter besonderer Berücksichtigung des Schengen-Protokolls, Oktober 1999 (P/E)
- DP 1/00 *Armin Höland/Uwe Reim/Holger Brecht*, Flächentarifvertrag und Günstigkeitsprinzip. Zusammenfassung einer empirischen und rechtlichen Untersuchung der Anwendung von Flächentarifverträgen in den Betrieben, März 2000 (P/E)
- DP 2/00 *Armin Höland/Uwe Reim/Holger Brecht*, Association-Level Agreements and Favourability Principle, Dezember 2000 (E)
- DP 1/02 *Anita Boeker*, The Establishment Provisions of the Europe Agreements: Implementation and Mobilisation in Germany and the Netherlands, April 2002 (P/E)
- DP 2/02 *Nikola Lafrenz*, Die Pflegeversicherung als Teil der Krankenversicherung im Sozialrecht der Europäischen Union – Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes, Oktober 2002 (E)
- DP 3/02 *Ailine Wolff-Pfisterer*, Sprache als Freizügigkeitshindernis in der EU - Sprachliche Anforderungen an ausländische EG-Bürger im Rahmen der Anerkennung von Befähigungsnachweisen für den Berufszugang und die Berufsausübung, Oktober 2002 (E)
- DP 4/02 *Michael W. Schröter*, Lebensmittelrechtliche Vorsorge als Rechtsprinzip – nationale, europäische und welthandelsrechtliche Aspekte, Dezember 2002 (E)
- DP 1/03 *Christine Godt*, Streit um den Biopatentschutz: Stoffschutz, Patente auf Leben und Ordre Public. Nationaler Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung der Europäischen Biopatentrichtlinie, Dezember 2003 (E)
- DP 2/03 *Carl Otto Lenz*, Das deutsch-französische Verhältnis und sein Einfluss auf die Europäische Union, Dezember 2003 (E)
- DP 1/04 *Josef Falke*, Normung und Dienstleistungen. Anforderungen und Handlungsspielräume nach dem Allgemeinen Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), Februar 2004 (E)
- DP 1/05 *Eric A. Engle*, Alien Torts in Europe? Human Rights and Tort in European Law, Februar 2005 (E)
- DP 2/05 *Aydan Bashlinskaya*, Der rechtliche Gehalt der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik der Europäischen Union (GESVP) und ihre Vereinbarkeit mit dem deutschen Grundgesetz, Mai 2005 (E)
- DP 3/05 *Joanna Krzeminska*, Free Speech Meets Free Movement – How Fundamental really is ‘Fundamental’? The Impact of Fundamental Rights on Internal Market Law, August 2005 (E)
- DP 4/05 *Nuno Ferreira*, Revisiting Euthanasia: A Comparative Analysis of a Right to Die in Dignity, November 2005 (P/E)
- DP 1/06 *Christian Joerges*, Der Europäisierungsprozess als Herausforderung des

- Privatrechts: Plädoyer für eine neue Rechts-Disziplin, Januar 2006 (P/E)
- DP 2/06 *Mel Kenny*, Constructing a European Civil Code: *Quis custodiet ipsos custodiet?*, Februar 2006 (P)
- DP 3/06 *Klaus Sieveking*, ECJ Rulings on Health Care Services and Their Effects on the Freedom of Cross-Border Patient Mobility in the EU, April 2006 (P/E)
- DP 4/06 *Christoph U. Schmid*, The ECJ as a Constitutional and a Private Law Court. A Methodological Comparison, Juni 2006 (P/E)
- DP 5/06 *Ralf Michaels*, EU Law as Private International Law? Re-conceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory, August 2006 (P/E)
- DP 6/06 *Maria Paola Ferretti*, Participation, Democratic Deficit and Good Regulation. A Case Study of Participatory Strategies in the European Regulation of GMO Products, September 2006 (P/E)
- DP 7/06 *Norbert Reich*, A Common Frame of Reference (CFR) – Ghost or host for integration?, Oktober 2006 (E)
- DP 1/07 *Christian Joerges*, Integration durch Entrechtlichung? Ein Zwischenruf, August 2007 (P/E)
- DP 1/08 *Aurelia Colombi Ciacchi*, Internationales Privatrecht, *ordre public européen* und Europäische Grundrechte, März 2008 (P/E)
- DP 2/08 *Christian Joerges/Florian Rödl*, Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem "sozialen Defizit" des Integrationsprojekts, Ein Beitrag aus Anlass der Urteile des EuGH in den Rechtssachen Viking und Laval, März 2008 (E)
- DP 3/08 *Konrad Schober*, Vom Verfassungsvertrag zum Reformvertrag. Das Gesetzgebungsverfahren der Europäischen Union zur Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, Juni 2008 (P/E)
- DP 4/08 *Claudio Franzius*, Der Vertrag von Lissabon am Verfassungstag: Erweiterung oder Ersatz der Grundrechte?, Juli 2008 (P/E)
- DP 5/08 *Julia Cassebohm*, Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention – Voraussetzungen, Wege und Folgen, Juli 2008 (P/E)
- DP 6/08 *Tobias Pinkel*, Das Buch VI des Entwurfs eines Gemeinsamen Referenzrahmens (DCFR): Nichtvertragliche Schuldverhältnisse aus Schädigung Dritter. Eine kritische Analyse des Modellgesetzes eines europäischen Deliktsrechts, August 2008 (P/E)
- DP 7/08 *Sergio Nasarre Aznar*, Eurohypothec & Eurotrust. Two instruments for a true European mortgage market after the EC White Paper 2007 on the Integration of EU Mortgage Credit Markets, September 2008 (P/E)

- DP 8/08 *Sjef van Erp*, Security interests: A secure start for the development of European property law, November 2008 (P/E)
- DP 1/09 Florian Rödl, Europäische Arbeitsverfassung, Februar 2009, (P/E)
- DP 2/09 *Poul F. Kjaer*, Three-dimensional Conflict of Laws in Europe, März 2009 (P/E)

Online verfügbare ZERP-Arbeitspapiere

(ZERP-Arbeitspapiere erscheinen nur online)

WP 1/2009: *Christoph U. Schmid*, Vom effet utile zum effet néolibéral. Eine Kritik des neuen judiziellen Expansionismus' des Europäischen Gerichtshofs, März 2009