

**Thomas Blanke**

***Die Entscheidungen des EuGH in den Fällen Viking, Laval und Rueffert –  
Domestizierung des Streikrechts und europaweite Nivellierung der  
industriellen Beziehungen***

**I. Viking und Laval**

Mit den Entscheidungen in den Fällen „Viking“<sup>1</sup> und „Laval“<sup>2</sup> hat der EuGH den wirtschaftlichen Freiheitsrechten des EG-Vertrages, namentlich der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit, Priorität gegenüber der gewerkschaftlichen Aktionsfreiheit, insbesondere dem Streikrecht, eingeräumt. So jedenfalls sind diese Urteile durchweg verstanden worden – wie ich denke, zu Recht.<sup>3</sup> Entsprechend scharf fiel die Kritik der

---

<sup>1</sup> Case C-438/05 *Viking Line Abp OU Viking Line Eesti v The International Transport Workers' Federation, The Finnish Seamen's Union*, Opinion of Advocate General Miguel Poiares Maduro, 23 May 2007, decision of the ECJ, 11 December 2007.

<sup>2</sup> Case C-341/05, *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Avdelning 1, Svenska Elektrikerförbundet*, Opinion of Advocate General Paolo Mengozzi, 23 May 2007, decision of the ECJ, 18 December 2007.

<sup>3</sup> Die Urteile - und bereits zuvor die Stellungnahmen der Generalanwälte in den beiden Verfahren – sind auf eine breite Resonanz auch in der juristischen Literatur gestoßen, vgl. K. Ahlberg/N. Bruun/J. Malmberg, *The Vaxholm case from a Swedish and European perspective*, in: TRANSFER, *European Review of Labour and Research* 2/06, S.155ff.; T. Blanke, *The Viking case*, in: TRANSFER 2/06 S.251ff.; T. Blanke, *Streikende Wikinger vor dem Europäischen Gerichtshof*, AuR 2006, 1ff.; dgl., *Viking und Laval vor dem Europäischen Gerichtshof*, AuR 2007, 249ff.; engl. Fassung: *Observations on the Opinions of Advocates General Maduro and Mengozzi delivered on 23. May 2007 in the Viking and Laval cases*, in: TRANSFER 3/07 S. 497ff.; B. Bercusson, *The Trade Union Movement and the European Union: Judgement Day*, *European Law Journal*, 2007, S.279ff.; A. Bücker, *Die Rosella-Entscheidung des EuGH zu gewerkschaftlichen Maßnahmen gegen Standortverlagerungen: der Vorhang zu und viele Fragen offen*, NZA, 2008, 212ff.; P. Chaumette, *Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises*, Ms. Jan. 2008 (im Erscheinen); M. Höpner, *Das soziale Europa findet nicht statt*, *Mitbestimmung* 2008, 46ff.; T. Jaspers, *The Right to Collective Action in European Law*, in: F. Dorssemont, T. Jaspers, A.v. Hoeck (Hrsg.), *Cross-Border Collective Actions in Europa: A Legal Challenge*, Antwerpen- Oxford, 2007, 23ff., 65; Ch. Joerges/F.Rödl, *Über das soziale Defizit des Europäischen Integrationsprojekts und seine Verstetigung durch eine entformalisierte Politik und eine formalistische Rechtsprechung*, KJ 2008, 133ff.; A. Junker, *Standortverlagerung und Niederlassungsfreiheit – das Rosella-Verfahren vor dem EuGH*, EWS 2007, 49ff.; E. Kocher, *Kollektivverhandlungen und Tarifautonomie – welche Rolle spielt das europäische Recht?*, AuR 2008, 13ff.; M. Pießkalla, *Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten des EG-Vertrages bei Boykottaufrufen durch Gewerkschaften*, NZA 2007, 1144ff., 1147; Rebhahn, *Europäisches Gericht bringt Bewegung in das Arbeitskämpfrecht*, FAZ v. 19.12.2007, S.23; N. Reich, *Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union –*

Gewerkschaften<sup>4</sup> und ihnen nahe stehender politischer Akteure<sup>5</sup> aus. So urteilt etwa Martin Höpner<sup>6</sup> in der aktuellen Ausgabe der Zeitschrift „Mitbestimmung“ unter dem Titel: „Das soziale Europa findet nicht statt“: „Hören wir auf, die europäische Wirtschaftsintegration als demokratisches und soziales Projekt zu verklären. Sie ist keines von beiden“.

### **1. Zu den Sachverhalten der EuGH-Entscheidungen:**

Beide Fälle betreffen Gewerkschaften, die Maßnahmen gegen „Sozialdumping“ angedroht (Viking) bzw. ergriffen (Laval) hatten. In beiden Entscheidungen ging es um die Frage, ob gewerkschaftliche Aktionen (Streikdrohung, Boykott) mit dem Ziel zulässig sind, das nationale Lohnniveau gegenüber Unternehmensentscheidungen zu verteidigen, die auf die Nutzung des durch die Ost-Süderweiterung der EU vom Frühjahr 2004 eingetretenen Lohngefälles zwischen den alten und den neuen Mitgliedstaaten ausgingen.

Im Viking-Fall stand das Ausflaggen eines an finnische Tarifverträge gebundenen Schiffes nach Estland zur Debatte. Dies sollte erfolgen, um die Besatzung zu den niedrigeren estischen Löhnen zu beschäftigen. Im Laval-Fall ging es um die Beschäftigung von lettischen Bauarbeitnehmern durch ein lettisches Unternehmen zu lettischen Arbeitsbedingungen auf einer Baustelle in Schweden.

In beiden Fällen war der Streitfall eingebunden in eine übergreifende gewerkschaftliche Strategie von Kollektivverhandlungen: Im Laval-Fall in die in Schweden übliche Praxis, alle Unternehmen, die im Inland tätig sind, durch autonome gewerkschaftliche Aktionen zum Abschluss von Tarifverträgen zu bewegen. Dies ist die schwedische Form der Erzielung von Allgemeinverbindlichkeit für Kollektivverträge; sie ist in einem strikten Sinn abhängig von und gebunden an die Kampfbereitschaft und –stärke der Gewerkschaften. Dieses Muster gilt auch für ausländische Unternehmen, die in Schweden tätig werden. Dabei handelt es sich um eine national spezifische Form der Umsetzung der Entsende-RL der EU, die nicht durch

---

the *Laval* and *Viking* Cases before the ECJ, German Law Journal, Nr.2/2008, S. 125ff.; dgl., Gemeinschaftliche Verkehrsfreiheiten versus Nationales Arbeitskampfrecht, EuZW 2007, 391ff.; Sunnus, Arbeitskampfrecht in Bewegung? Alte Begriffe und neue Rechtsprechung, AuR 2008, 1ff., 11.

<sup>4</sup> ETUC response to ECJ judgements Viking and Laval. Resolution adopted by the Executive Committee of the ETUC at its meeting of 4 March in Brussels, EC. 179.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu die Anfragen von Exponenten der Partei „Die Linke“ an die Bundesregierung zu den Entscheidungen des EuGH in den Fällen Viking und Vaxholm (Laval), BT-Drs. 16/15801ff. v. 12.3.2008.

<sup>6</sup> Mitbestimmung, April 2008, 46ff.

gesetzliche Erstreckung von tariflichen Mindestarbeitsbedingungen erfolgt (wie etwa in Deutschland und den meisten anderen Mitgliedstaaten der EU), sondern durch gewerkschaftliche Aktionen, in deren Gefolge Fremdfirmen, auch wenn sie an ausländische Tarifverträge gebunden sind, zur Übernahme der am Arbeitsort geltenden schwedischen Tarifverträge veranlasst werden sollen. Diese Praxis hat der schwedische Gesetzgeber durch die Verabschiedung der sog. „Lex Britannia“ ausdrücklich legitimiert.

Im Viking-Fall war die Aktion der Finnischen Seefahrgewerkschaft Teil der Strategie der Internationalen Föderation der Transportarbeitergewerkschaften (ITF), das Ausflagen in Billiglohnländer durch Boykottaktionen ihrer Mitgliedsgewerkschaften zu verhindern. Dadurch soll die Tarifzuständigkeit der Gewerkschaft desjenigen Landes durchgesetzt werden, in dem der Reeder seinen wirtschaftlichen Sitz hat.

## **2. Wirtschaftliche Grundfreiheiten der EU, Koalitionsfreiheit und Streikrecht: Der Bezugsrahmen der EuGH-Urteile**

Bevor ich näher auf die beiden Entscheidungen des EuGH eingehe, gilt es zunächst, ihren Bezugsrahmen zu erläutern. Dafür muss der Charakter der wirtschaftlichen „Grundfreiheiten“ der EU im Verhältnis zu den Grundrechten der Koalitionsfreiheit und des Streikrechts näher bestimmt werden.

Historisch entstand die Europäische Union im Jahr 1957 als ein Projekt der Marktintegration. Seit ihrer Gründung beruht die Europäische Gemeinschaft auf der Garantie der sog. vier Freiheiten: Der Freiheit des Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs. Dies änderte sich erst mit der Gründung der EU durch den Vertrag von Maastricht: Die Errichtung eines Einheitlichen Europäischen Binnenmarktes und die Schaffung einer einheitlichen Währung mit ihren scharfen Eingriffen in die fiskalpolitische Autonomie der Mitgliedstaaten machte evident, dass die Europäische Union zu ihrer Legitimation neben der Marktintegration auch auf Mechanismen der Sozialintegration beruhen müsse. Den entscheidenden Schritt in diese Richtung stellte das Protokoll und Übereinkommen über den „Sozialen Dialog“ von 1992 dar, welches zunächst nur von 11 der 12 Mitgliedstaaten (unter Ausschluss Großbritanniens) unterzeichnet wurde und erst 1996 im Zuge der Revision des EG Vertrages in den Vertrag von Amsterdam integriert wurde. Dieses Sozialabkommen erweiterte die EU-Kompetenzen auf dem Gebiet der Sozialpolitik erheblich, führte in wichtigen legislativen

Sachgebieten das Mehrheitsprinzip (bezogen auf den Rat) ein und räumte den Europäischen Sozialpartnern eine bedeutende Rolle im Gesetzgebungsverfahren auf europäischer Ebene ein.

Diese auffällige Betonung wirtschaftlicher „Grundfreiheiten“, die wir aus dem nationalstaatlichen Kontext in dieser Form nicht kennen, erklärt sich aus der ihnen zugedachten Funktion, das Projekt der Europäischen Einigung gleichsam auf dem Rücken einer allmählichen Markterweiterung voranzutreiben. Nachdem alle anderen Alternativen der Herstellung eines gemeinsamen Europa als historisch verbraucht erschienen, war offenbar nur die Idee einer allmählich aufwachsenden, die nationalstaatlichen Grenzen überwuchernden Wirtschaftsunion politisch akzeptabel. Immanent begrenzt werden diese wirtschaftlichen Grundfreiheiten nur durch das Prinzip des Diskriminierungsverbots: Ihre Durchsetzung darf nicht mit Ungleichbehandlungen wegen der Staatsangehörigkeit einhergehen. Oberstes Ziel der EU-Politik ist daher zunächst die Schaffung wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit: Im Mittelpunkt ihrer Politik steht der Markt. Dies äußert sich in einem Primat der marktbezogenen, sog. „negativen Integration“. Seit den 70er Jahren, dann wieder seit dem Vertrag von Maastricht kommt es vermehrt zu sozialpolitischen Initiativen der EU, die auf sog. „positive Integration“ durch gezielte Korrektur der Marktprozesse zielen. Wie sehr in der EU noch immer die Logik der Markterweiterung und –vertiefung im Vordergrund steht, wird an zwei Beispielen aus der jüngeren Zeit deutlich: In beiden Fällen, sowohl der Verordnung über das Funktionieren des Binnenmarktes im Zusammenhang mit dem freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten aus dem Jahr 1998 als auch bei Erlass der Dienstleistungs-RL aus dem Jahr 2006 wurden die klarstellenden Erläuterungen, die den sachlichen Geltungsbereich der Rechtsakte einschränken, erst auf den Protest von Parlament und Gewerkschaften hin eingefügt:

- Monti-Verordnung (2679/98 v.7.12.1998), über das Funktionieren des Binnenmarktes im Zusammenhang mit dem freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten, Art. 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....“
- DL-RL 2006/123/EG v. 12.12.2006, Erwägungsgrund 14: „Diese Richtlinie berührt weder .... noch greift sie in die gemäß nationalem Recht und nationalen Praktiken unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts geregelten Beziehungen zwischen den Sozialpartnern ein,

z. B. in das Recht, Tarifverträge auszuhandeln und abzuschließen,  
das Streikrecht und das Recht auf Arbeitskampfmaßnahmen...“

Die Entfesselung der Marktfreiheiten, die zunächst auch vor dem Arbeitsmarkt nicht halt macht, ist insofern überraschend, als in allen Mitgliedstaaten der EU die Koalitionsfreiheit und das Streikrecht anerkannt sind: Der Arbeitsmarkt funktioniert – jedenfalls in binnenstaatlicher Logik, anders als andere Märkte. Hier ist die „soziale Intervention“ durch die kollektivvertragliche Festlegung der Arbeitsbedingungen ein durchgängig anerkanntes Strukturmerkmal. Auf der Ebene des EG-Rechts findet dies seinen Ausdruck in der Bestimmung des Art. 137 Abs. 5 EG, wonach die Gemeinschaft keine Zuständigkeit zur Regelung von Fragen besitzt, die das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht und das Aussperrungsrecht betreffen.

Die Unternehmerfreiheit ist in allen Mitgliedstaaten gleichsam belastet mit der Hypothek der gewerkschaftlichen Freiheit, für andere/bessere Arbeitsbedingungen kämpfen zu können. Gilt dies in gleichem Sinne auch für die EU? Normativ besteht hieran, wie die Garantien in Art. 12 und 28 der Europäischen Grundrechte-Charta verdeutlichen, die sich ihrerseits auf zahlreiche völkerrechtliche Gewährleistungen des Streikrechts gründen, kein Zweifel: Koalitionsfreiheit und Streikrecht sind ebenso wie in den Mitgliedstaaten und zahlreichen völkerrechtlichen Normen auch in der EU garantiert. Dies wird auch von EuGH in den Entscheidungen Viking und Laval bestätigt.

Die Brisanz der Entscheidungen des EuGH liegt nun darin, diese sozialpolitischen Grundrechte mit den ökonomischen Grundfreiheiten abzustimmen: Es liegt in der Logik des marktbasierten Einigungsprojekts der EU, dass die expansive Funktion der wirtschaftlichen Grundfreiheiten nicht aufgehoben werden darf durch die Anerkennung von Koalitionsfreiheit und Streikrecht. Einerseits müssen sie zum Schutz der Arbeitnehmer geltend gemacht werden können; sie dürfen aber nach Maßgabe der wirtschaftlichen Grundfreiheiten weder dazu verwendet werden, eine Politik der Marktabschottung noch der Diskriminierung zu betreiben.

Da die Grenzziehungen zwischen diesen Funktionen äußerst schwierig sind,<sup>7</sup> gleicht die vom EuGH zu lösende Aufgabe einer Quadratur des Kreises.

### 3. Die Entscheidungen des EuGH:

Die Entscheidungen des EuGH haben in beiden Fällen die gewerkschaftlichen Aktionen für unvereinbar mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht erklärt.

Sie stützen sich im Wesentlichen auf die folgenden Gründe:

Die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit seien nach dem EG-Vertrag als „fundamentale wirtschaftliche Freiheitsrechte“ garantiert. Ihnen komme nicht nur Wirkung als Abwehrrechte gegenüber staatlichen Eingriffen zu, sondern auch eine direkte horizontale Wirkung gegenüber Behinderungen der Freiheitsrechte durch private Dritte. Zu diesen zählten auch die Gewerkschaften.

Zwar hat der EuGH zum ersten Mal in dieser Entscheidung anerkannt, dass das Streikrecht als soziales Grundrecht auch im Sinne des Gemeinschaftsrechts anzusehen sei. Dies ergebe sich aus der – noch nicht rechtsverbindlichen - Charta der Grundrechte der EU, internationalen Gewährleistungen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten.

Aber dies bedeute nicht, dass die Ausübung dieses Grundrechts schrankenlos garantiert und vom Geltungsanspruch der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EGV ausgenommen sei.

Sofern durch gewerkschaftliche Aktionen wirtschaftliche Grundfreiheiten behindert würden,

---

<sup>7</sup> Vgl. hierzu nur die Bewertung der Entscheidungen bei Pießkalla, NZA 2007, 1148 einerseits und Reich, EuZW 2007, 391ff. andererseits. „Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass Gewerkschaften zwar kollektive Maßnahmen einleiten dürfen, um die Standortverlagerungen selbst zu erschweren. Sie dürfen jedoch - sollte dieses Ziel fehlgeschlagen sein - die im Ausland angebotenen Dienstleistungen nicht mehr behindern....Diese Differenzierung stelle eine ausgewogene Abwägung der beiderseitigen Interessen dar“ - so Pießkalla..

Anders N. Reich zu Viking: „Meines Erachtens verlangt die richtige Antwort einen Rekurs auf das Verhältnismäßigkeitsargument, wie es letztlich in den Fällen Schmidberger ...geschehen ist, wo zu Recht auf das „weite Ermessen“ bzw. den „Beurteilungsspielraum“ der Mitgliedstaaten...in Grundrechtsfragen verwiesen wurde. Dies spricht aber dann für die Rechtmäßigkeit der Kampfmaßnahmen von ITW und FSU“, a.a.O., S. 393..

Und zu Laval: „Dies geschieht zur angeblichen Abwehr von „Sozialdumping“, obwohl die Arbeitnehmer des Entsendeunternehmens schon den Schutz heimatlicher Tarifverträge genießen. Zu beachten bleibt auch, dass der EG-ausländische Dienstleister eine andere Kostenstruktur aufweist als heimische Unternehmen. Eine vollständige Unterwerfung unter das Tarifgefüge des Gastlandes würde die möglichen Wettbewerbsvorteile neutralisieren und damit abschreckend auf den Dienstleistungsverkehr auswirken“, a.a.O., S. 396

seien die Behinderungen rechtfertigungsbedürftig. Dies setzt nach der Rechtsprechung des EuGH voraus, dass die Beschränkung durch „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ gerechtfertigt ist. Der durch die Aktionen bezweckte Schutz der Arbeitnehmer allein genügt aber nach Ansicht des EuGH zur Legitimation nicht: Eine generelle Vorordnung des Streikrechts vor den wirtschaftlichen Grundfreiheiten lehnt das Gericht ab; vielmehr sei eine Abwägung zwischen den wirtschaftlichen Freiheitsrechten und den sozialpolitischen Zielen des EG-Vertrages erforderlich, wobei dies aber in letzter Instanz von dem vorlegenden Gericht zu prüfen und zu beantworten sei.

In diesem Kontext komme es darauf an, ob die gewerkschaftlichen Aktionen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügten. Dies sei im Viking-Fall – nach Ansicht des EuGH - nicht gegeben. Es sei nämlich genauer zu prüfen, erstens ob die Arbeitsplätze und Arbeitsbedingungen der Seeleute tatsächlich ernsthaft gefährdet gewesen seien, zweitens, ob die Gewerkschaft nicht zu mildereren Mitteln als dem angedrohten Streik und Boykott hätte greifen können und ob sie zuvor alle anderen, weniger eingreifenden Mittel ausgeschöpft habe. Im übrigen schieße der durch die ITF angedrohte Boykott als Teil einer generellen, nicht auf den Einzelfall bezogenen Strategie übers Ziel hinaus.

Im Laval-Fall spielt der Verhältnismäßigkeitsaspekt nicht dieselbe zentrale Rolle: Hier fehlt es nach Ansicht des EuGH an der Rechtfertigung für die gewerkschaftliche Boykottaktion deshalb, weil die Entsende-RL nicht in der Weise hätte umgesetzt werden dürfen wie in Schweden geschehen. Das Schwedische System der industriellen Beziehungen sei insoweit mit primärem und sekundärem EU-Recht unvereinbar. Im übrigen fehle es ihm insoweit an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit, als für ein ausländisches Unternehmen nicht hinlänglich transparent sei, welche tariflichen Arbeitsbedingungen auf die Arbeitsverhältnisse entsandter Arbeitnehmer Anwendung fänden.

#### **4. Zur Kritik an den EuGH-Entscheidungen**

Die Hauptkritikpunkte an den EuGH-Entscheidungen<sup>8</sup> beziehen sich darauf, dass

---

<sup>8</sup> Vgl. insbesondere S. Robin-Olivier, „Liberté de l’action syndicale vs liberté d’établissement“, *Revue de Droit du Travail*, Janvier 2008, S. 8; C. Joerges/F. Rödl, Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischen Rechts im Umgang mit dem „sozialen Defizit“ des Integrationsprojekts, KJ 2008,133ff.; B. Bercusson,

- das Streikrecht den wirtschaftlichen Grundfreiheiten nachgeordnet wird, ohne zu bedenken, dass mit der Ausübung der gewerkschaftlichen Aktionsfreiheiten zwangsläufig Beschränkungen der wirtschaftlichen Freiheiten einher gehen,
- die wirtschaftlichen Grundfreiheiten ihrerseits offenbar schrankenlos für zulässig erachtet werden, auch wenn sie gezielt dazu genutzt werden, Sozialdumping zu betreiben,
- keine wirkliche Abwägung zwischen den konkurrierenden wirtschaftlichen Freiheiten und Grundrechten stattfinde, sondern einseitig denen, die ihr soziales Grundrecht ausüben, die Rechtfertigungslast auferlegt werde,
- die Anerkennung des Streikrechts durch den EuGH auf den Zweck beschränkt sei, dadurch Arbeitnehmer zu schützen, was wiederum in die Beurteilungszuständigkeit der nationalen Gerichte gestellt werde, worin ein Eingriff in die Autonomie der Sozialpartner liege,
- die Zuerkennung einer direkten horizontalen Wirkung für die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit die gewerkschaftliche Handlungsfreiheit übermäßig beschränke,
- die gewerkschaftliche Aktionsfreiheit im Widerspruch zur früheren Rechtsprechung des Gerichts<sup>9</sup> durch jeweils fallspezifische Verhältnismäßigkeitsaspekte eingeschränkt wird ohne in Betracht zu ziehen, dass es sich dabei um ein Grundrecht handelt, und
- das Verhältnismäßigkeitsprinzip falsch und in unvorhersehbarer Weise angewendet werde.
- Der EuGH besitze zudem keine Kompetenz, über gewerkschaftliche Kampfmaßnahmen zu urteilen, spreche aber dessen ungeachtet detaillierte Anweisungen an die zuständigen nationalen Gerichte aus, wie sie zum Streikrecht zu urteilen hätten

---

The decision of the European Court of Justice in Viking: Paper presented to Catelene Passchier, ETUC Conderal Secretary, 11.12.2007; dgl., The decision of the European Court of Justice in Laval: A preliminary analysis, paper presented to the ETUI Research Group an Transnational Trade Union Rights, 9.1.2008; F. Dorsemont, The right to take collective action *versus* fundamental economic freedoms after *Laval and Viking*, paper presented to the ETUI Research Group an Transnational Trade Union Rights, 16.3.2008; T. Blanke, Thesis with regard to the decision of the ECJ in the cases Viking and Laval, paper presented to the ETUI Research Group an Transnational Trade Union Rights, 16.3.2008; E. Kocher, Kollektivverhandlungen und Tarifautonomie – welche Rolle spielt das europäische Recht?, AuR,2008, 13ff.

<sup>9</sup> V. 17.12.1998, *Società italiana petroli SpA (IP) v. Borsana Srl*, Case C-2/97 [1998] ECR I-8597, Rn.40; darauf verweist B. Bercusson, Viking and LaVal. How to achieve a better Outcome? Strategic Options, Advice v. 15.2.2008, S.4.



- das System der Schwedischen Industriellen Beziehungen werde pauschal als unvereinbar mit Europarecht abqualifiziert
- und dies alles auf der Basis einer unrichtigen Interpretation der EU-Entsende-RL, wodurch es den Gewerkschaften verboten werde, gegen Sozialdumping und für gleiche Rechte der einheimischen und ausländischen AN zu kämpfen, indem
- die nach der RL erlaubten Regelungen zu Mindestarbeitsbedingungen zugleich zu Höchstgarantien umfirmiert würden,
- die in der RL gem. Art. 3 Abs.7 zugelassene Anwendung von für die Arbeitnehmer günstigeren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht geduldet und
- der RL die Zulässigkeit nur eines bestimmten Weges zu ihrer Umsetzung entnommen werde.

Der EGB betont darüber hinaus,<sup>10</sup> dass diese Entscheidungen des EuGH nicht nur unrichtig und für die Zukunft der Europäischen Integration gefährlich, sondern zudem insofern *undemokratisch* seien, als diese Uminterpretation der Entsende-RL genau die Änderungen des ursprünglichen Entwurfs der Entsende-RL rückgängig gemacht habe, die im Verbund von Europäischem Parlament, Rat und Gewerkschaften gegen den Vorschlag von Kommissar Bolkestein durchgesetzt worden seien.

Es ist hier nicht der Raum, all diesen Kritikpunkten im Detail nachzugehen. Deshalb beschränke ich mich auf diejenigen Aspekte, die mir besonders überzeugend erscheinen.

## 5. Kernpunkte der Kritik

### *a.. Der übermäßige Eingriff in die Autonomie der Sozialpartner*

Das rechtsdogmatische Argument, auf das der EuGH seine Entscheidung im Viking-Fall stützt – darin unterscheidet sich diese Entscheidung von derjenigen im Laval-Fall - lautet: Streiks sind *stets Beschränkungen der wirtschaftlichen Freiheiten* und bedürfen deshalb einer speziellen Rechtfertigung. Grundsätzlich liegt eine solche Rechtfertigung in dem mit Streiks verfolgten Schutz der Arbeitnehmerinteressen. Gleichwohl erfordert nach Ansicht des EuGH im konkreten Fall die Rechtfertigung des Streiks 1) die *Angemessenheit* der von der

---

<sup>10</sup> ETUC response to ECJ judgements Viking and Laval. Resolution adopted by the Executive Committee of the ETUC at its meeting of 4 March in Brussels, EC. 179, S.3.

Gewerkschaft ergriffenen Streikmaßnahme und (2) ihren Einsatz als *“letztes Mittel”* (*“ultima ratio”*). Dies zu beurteilen obliege aber den zuständigen nationalen Gerichten.

Damit fasst der EuGH die dem Streikrecht durch die wirtschaftlichen Freiheitsrechte gezogenen Grenzen zu eng: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist kein Universalschlüssel, um die Arbeitnehmerrechte zu schwächen. Vielmehr muss dieser Grundsatz seinerseits im Licht der Autonomie der Tarifparteien und der spezifischen Eigenart von Kollektivverträgen beschränkt werden.

Grundsätzlich gibt es zwei dogmatische Ansatzpunkte zur Verfolgung dieser Intention: *Erstens*: Entweder wird anerkannt, dass es die Aufgabe von Tarifverträgen und Streiks ist, dem freien Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt Grenzen setzen und dass sie gerade deshalb gesetzliche Anerkennung gefunden haben; folglich *verlangen sie rechtliche Privilegierung* gerade auch gegenüber einzelnen der wirtschaftlichen Freiheiten des EG-Vertrages. Denn diese sind ja nichts anderes sind als spezifische Ausprägungen der Wettbewerbsfreiheit auf den jeweiligen Güter-, Kapital-, Arbeits- und Dienstleistungsmärkten. Eine Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit durch die Koalitionsfreiheit und das Streikrecht zielt zwar primär auf die Minimierung der Konkurrenz auf dem Arbeitsmarkt; jede Arbeitsniederlegung geht aber in der einen oder anderen Form (Details blieben hier freilich noch genauer zu bestimmen) zwangsläufig Hand in Hand mit einer Beschränkung der wirtschaftlichen Transaktionsfreiheiten und damit der übrigen ökonomischen Freiheitsrechte. Die Rechtfertigung dafür, diese Schranken zu setzen, liegt in der grundrechtlichen Garantie der kollektiven Handlungsfreiheit und der Tarifautonomie.

*Zweitens*: Selbst wenn man den Rekurs auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip als geboten ansieht, um die durch kollektive Aktionen verursachten Beschränkungen von wirtschaftlichen Freiheiten zu rechtfertigen, muss dieses auch seinerseits im Licht der Tarifautonomie beschränkt werden. Erst dadurch kommt es überhaupt zu der erforderlichen Abwägung zwischen „wirtschaftlichen Freiheiten“ und „sozialen Grundrechten“. Dies bedeutet: An die Stelle des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit muss die *Rechtsfigur der “praktischen Konkordanz”* treten; praktische Konkordanz dient nämlich nicht als Instrument zur einseitigen Schrankensetzung nur eines der konkurrierenden Rechtsgüter, sondern verfolgt das Ziel, beide so effektiv wie möglich zur Geltung zu bringen. Und weiterhin folgt aus der Anerkennung der Arbeitskampffreiheit als Grundrecht ein *striktes Zensurverbot in*

*Tarifausinandersetzungen*. Dies gilt auch für die Rechtsprechung. In diesem Sinne ist es allein Sache der Tarifparteien zu prüfen und zu entscheiden, wann und wofür sie ihre Arbeitskämpfungsmittel einsetzen. Sie besitzen insoweit eine strikte Beurteilungs- und Entscheidungsprärogative. Zumindest in Deutschland ist dies inzwischen allgemein anerkannte Doktrin<sup>11</sup>. Diese Weiterentwicklung der Dogmatik der Grundrechtsabwägung über den jeweils fallabhängigen und schwerlich vorhersehbaren Gebrauch des Verhältnismäßigkeitskriteriums wird inzwischen auch von der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BVerfG<sup>12</sup> und des BAG<sup>13</sup> geteilt, wobei freilich zu betonen ist, dass insbesondere das BAG<sup>14</sup> früher - ähnlich wie der EuGH - eine deutlich undifferenzierte Position vertreten hatte.

---

<sup>11</sup> Vgl. hierzu die Kritik an den Schlussanträgen der Generalanwälte Maduro und Mengozzi in den Fällen Viking und Laval bei U. Wendeling-Schröder, AiB 2007, 617; ebenso T. Blanke, Viking und Laval vor dem Europäischen Gerichtshof, AuR2007, 249ff., 253; E. Kocher, Kollektivverhandlungen und Tarifautonomie – welche Rolle spielt das europäische Recht?, AuR,2008, 13ff., 16; zum Konzept der praktischen Konkordanz allgemein, vgl. Piroth/Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II, 20. Aufl., Rn. 348ff.; Dieterich, AK-GG, Einl. Rn.71f.; ebd., Art. 2, Rn. 14, Art. 2 Rn.67 (m.w.Nachw.); in diesem Kontext ist auch das Schutzpflichtkonzept des BVerfG zugunsten der Koalitionsfreiheit zu sehen, vgl. BAG v. 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 - Rn.11; ferner Däubler in: Däubler (Hrsg.), TVG, Einl. Rn.129f., sowie Kempen in: Kempen/Zachert (Hrsg.), TVG, 4. Aufl., Grundlagen Rn.79.

<sup>12</sup> Grundlegend: BVerfGE 25.2.1975, E 39, 1, 43; speziell zu Art. 9 Abs.3 GG vgl. auch BVerfG 26.6.1991, E 84, 212, 226f.; BVerfG v. 14.11.1995, E 93, 352, 358f.; BVerfG v. 10.9.2004, AP Nr. 167 zu Art. 9 GG Arbeitskämpfung; v.6.2.2007 – 1 BvR 978/05 = NZA 2007, 349.

<sup>13</sup> BAG v. 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – zur Zulässigkeit gewerkschaftlicher Unterstützungsstreiks unter ausdrücklichem Hinweis auf die inzwischen aufgegebene Kernbereichstheorie des BVerfG. Diese Entscheidung führt zwar als zentralen Bewertungsmaßstab nach wie vor den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit an (Rn.17), schränkt dessen Bedeutung jedoch auf die Fälle einer *offensichtlich* ungeeigneten oder unverhältnismäßigen Arbeitskämpfung ein (Rn.19).

<sup>14</sup> Marksteine: BAG v. 28.1.1955, AP Nr.1 zu Art. 9 GG – Arbeitskämpfung; v. 14.4.1971, RdA 1971, 185ff.; im Detail wurden dadurch typische Gewerkschaftsaktivitäten untersagt - wie etwa die Verteilung von Werbematerial und Gewerkschaftszeitungen, das Abringen von Aufklebern auf Schutzhelmen (vgl. BAG v. 23.9.1986, AP Nr. 45 zu Art. 9 GG; v. 23.2.1979, AP Nr. 29 zu Art. 9 GG; v. 23.2.1979, AP Nr.30 zu Art. 9 GG); den Einschnitt in die verfassungsrechtliche Rechtsprechung zu Art. 9 Abs.3 GG markiert die Aufgabe der seit der Entscheidung v. 18.11.1954 E 4, 96ff. vertretenen Kernbereichstheorie mit der Entscheidung zur Mitgliederwerbung v. 14.11.1995, E 93, 352, 359f.; allerdings bleibt auch die seitherige Rechtsprechung des BVerfG zur verfassungsrechtlichen Grenzbestimmung der Koalitionsfreiheit durchaus widersprüchlich, vgl. Kempen in: Kempen/Zachert (Hrsg.), TVG, 4. Aufl., Grundlagen Rn.114ff., 121ff.

*b. Die Überschreitung der Kompetenzen des Gerichts und die Überhöhung der Entsende-RL zum Maßstab einer allein gültigen Weise der Ausgestaltung der Industriellen Beziehungen in den Mitgliedstaaten*

Am Laval-Fall ist besonders bemerkenswert, dass der EuGH massiv – und ohne jede rechtliche Kompetenzgrundlage - in die Strukturen der industriellen Beziehungen und des Sozialstaats in Schweden interveniert. Obwohl das Gericht gem. Art. 137 Abs.5 EG keine Zuständigkeit auf dem Gebiet des Streikrechts besitzt, schreibt es doch im Detail vor, wie von ihm Gebrauch zu machen ist und wie kollektive Maßnahmen durch die nationalen Gerichte zu behandeln sind. Dies wird damit gerechtfertigt, dass die Mitgliedstaaten, soweit sie das Streikrecht regulieren, verpflichtet sind, die ihm durch das Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen zu beachten. Der Widerspruch, dass der EuGH auch *ohne formale Kompetenz dem Streikrecht sehr detaillierte Grenzen* setzt, wird noch dadurch gesteigert, dass das Gericht sich hierfür ausdrücklich auf die in Art. 2 und 3 EG benannten sozialpolitischen Aufgaben der Gemeinschaft beruft.

Dass im Gefolge dieser EuGH-Entscheidung das Schwedische System flexibler Tarifverhandlungen – vor allem in Bezug auf die Festsetzung der Lohnhöhen - korrigiert werden müsste, bedeutet damit eine massive justizielle Grenzüberschreitung, die die mögliche Entwicklung der Gemeinschaft hin zu einem föderalen politischen System mit einer eigenständigen Verfassungsgrundlage für die Gewährleistung von Tarifautonomie und Streikrecht vorwegnimmt. Gleiches gilt für die dem Schwedischen System angesichts fehlender gesetzlicher Regelungen zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen angepasste Umsetzung der Entsende-RL.<sup>15</sup> Dabei hätte der EuGH bedenken müssen, dass Richtlinien gem. Art. 249 Abs.3 EG nicht wortwörtlich genommen werden dürfen – sie sind allein hinsichtlich des mit ihnen verfolgten Ziels verbindlich, überlassen es aber den sie umsetzenden Mitgliedstaaten, die zur Zielerreichung einzusetzenden Mittel zu definieren. Auf diese Weise soll die Rechtsangleichung in der EU möglichst schonungsvoll vermittelt werden mit den jeweiligen nationalen Rechtstraditionen.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Vgl. dazu ausführlich C. Joerges/F. Rödl, Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischen Rechts im Umgang mit dem „sozialen Defizit“ des Integrationsprojekts, KJ 2008 (im Erscheinen).

<sup>16</sup> Schmidt in: H.v. d. Groeben/J.Schwarze (Hrsg.), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl. 2004, § 249 Rn. 40.

In einem Punkt scheint der EuGH allerdings im Laval-Fall (vgl. die §§ 108-110) präziser zu argumentieren als im Viking-Fall (vgl. §§73-74). Anders als dort sieht der EuGH in Laval Arbeitskämpfmaßnahmen nicht stets als Beschränkungen der wirtschaftlichen Freiheiten an, sondern nur dann, wenn deren Einsatz zugleich anderen Anforderungen des Gemeinschaftsrechts zuwiderläuft. Nach Auffassung des Gerichts waren die Arbeitskämpfmaßnahmen der schwedischen Gewerkschaften nicht konform mit den Anforderungen der Entsende-RL und aus diesem Grund nicht rechtmäßig – und es erscheint unter dieser Prämisse folgerichtig, dass eine rechtswidrige Aktion die Beschränkung eines im EG-Vertrag garantierten wirtschaftlichen Freiheitsrechts nicht rechtfertigen kann.. Deshalb bemisst der EuGH im Laval-Fall die Rechtmäßigkeit der Boykottaktionen nicht (erneut) am Verhältnismäßigkeitsprinzip.

## **II. Die Entscheidung des EuGH im Fall Rueffert**

### **1. Sachverhalt**

Mit seiner Entscheidung im Fall Rueffert v. 3.4.2008<sup>17</sup> auf Vorlage des OLG Celle hat der EuGH das Niedersächsische Vergabegesetz für unvereinbar mit den Vorgaben des Europäischen Rechts erklärt. Die Entscheidung hat für erhebliches Aufsehen in der bereits durch die EuGH-Urteile in den Fällen Viking und Laval sensibilisierten Öffentlichkeit in Deutschland gesorgt. Sie war der Aufmacher für die Leitartikel auf S.1 in den überregionalen, großen deutschen Tageszeitungen “Die Süddeutsche” und “Frankfurter Rundschau” am Freitag, den 4.4.08 und beschäftigte selbst den Deutschen Bundestag.

Die Entscheidung setzt sich über eine Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts<sup>18</sup> hinweg, mit der dieses Gericht das Vergabegesetz des Landes Berlin für vereinbar mit dem Grundgesetz erklärt hatte. Die Entscheidung des EuGH ruft damit einen konstitutionellen Konflikt zwischen den Geltungsansprüchen des deutschen Grundgesetzes und dem EU-Recht hervor.

---

<sup>17</sup> Rs. C-346/06.

<sup>18</sup> BVerfG v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 -, NJW 2007, 51ff..

## 2. Die Entscheidung

Der EuGH ist der Ansicht, dass die Garantie der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EG durch Tariftreueerklärungen auf der Basis des Vergabegesetzes *behindert* wird. Diese Behinderung sei weder gerechtfertigt durch Zwecke des Arbeitnehmerschutzes noch durch den mit den Vergabegesetzen weiterhin bezweckten Schutz des deutschen Tarifvertragssystems oder der deutschen Sozialversicherungssysteme.

Nach Auffassung des EuGH ist die Zulässigkeit des Vergabegesetzes an Hand Bestimmungen der Entsende-RL 96/71 zu beurteilen. Wie bereits im Laval-Urteil betont der EuGH erneut, dass durch diese RL lediglich Mindeststandards an Arbeitsbedingungen für die entsandten Arbeitnehmer garantiert seien, die entweder auf einer Rechts- oder Verwaltungsvorschrift oder auf einem für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag beruhen (Art. 3 Abs.1 Ents-RL). Diese Voraussetzung seien vorliegend nicht erfüllt.

Dies folge insbesondere daraus, dass der nach dem Vergabegesetz zur Anwendung kommende Tarifvertrag über die Arbeitsentgelte nicht für allgemein verbindlich erklärt worden sei. Im übrigen komme er infolge der Regelungen des Vergabegesetzes nur für Fälle der öffentlichen Auftragsvergabe zur Anwendung, nicht aber in Fällen der Auftragsvergabe durch private Personen.

## 3. Hauptpunkte der Kritik

Die Entscheidung des EuGH macht den Schutz entsandter Arbeitnehmer vor "Lohndumping" bei öffentlicher Auftragsvergabe unmöglich. Nachdem der EuGH in der Laval-Entscheidung gewerkschaftlichen Aktionen zur Durchsetzung des Prinzips der Lohngleichheit die Legitimation versagt hat, spricht er sie nunmehr auch Maßnahmen ab, die dieses Ziel auf gesetzlichem Weg erreichen wollen. Das Gericht verkennt dabei, dass die Regelungen des Vergabegesetzes faktisch eine – auf den Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe beschränkte - Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifregelungen beinhalten. Dies war auf Grund der politischen Mehrheitsverhältnisse in Deutschland nur

in einigen Bundesländern durchsetzbar. Wird diese Möglichkeit nun unterbunden, so fällt die Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen in die alleinige Zuständigkeit des Bundes. Das *widerspricht dem Subsidiaritätsprinzip*.

Die Entscheidung des EuGH befördert damit *zentralistische Tendenzen*. Ein in ihrem Sinne zulässiger Schutz von Arbeitnehmern erfordert die *flächendeckende Einführung von Mindestlöhnen*.

Ob die Interpretation der Entsende-RL dahingehend, dass sie lediglich die Fixierung von allgemeinen Mindeststandards erlaube, die dadurch zugleich zu Höchststandards werden, zutreffend ist, ist angesichts des Wortlauts von Art. 3 Abs.7 und 10 Entsende-RL, umstritten.<sup>19</sup> Denn danach können auch für die Arbeitnehmer günstigere Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen festgelegt werden. Aber auch unabhängig von dieser Streitfrage beruht die Entscheidung des EuGH auf einem gravierenden Missverständnis der deutschen Tarifpraxis. Tarifregelungen setzen allgemeine Mindeststandards für die Arbeitsverhältnisse der von ihnen erfassten Arbeitnehmer. Das bedeutet, dass sie unmittelbar und zwingend gelten. Abweichungen durch vertragliche Vereinbarungen sind in keinem Fall zu Lasten, sondern nur zugunsten der Arbeitnehmer zulässig. Das folgt aus dem Günstigkeitsprinzip.

Tarifregelungen gehen aber regelmäßig über die Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen im Sinne allgemein einzuhaltender Minimalstandards in der Weise hinaus, dass sie ein differenziertes Tableau von Arbeitsbedingungen für unterschiedliche Gruppen von Arbeitnehmern errichten. Im Verständnis des EuGH überschreiten deshalb die Tarifverträge in Deutschland regelmäßig die nach der Entsende-RL allein zulässige Aufstellung von allgemein geltenden Mindeststandards. Damit setzt die Entscheidung des EuGH v. 3.4.2008 die Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns auch für die Bundesrepublik Deutschland auf die Tagesordnung.

---

<sup>19</sup> Vgl. B. Bercusson, The decision of the European Court of Justice in Laval: A preliminary analysis, paper presented to the ETUI Research Group on Transnational Trade Union Rights, 9.1.2008, S. 2 einerseits; V. Dobmann, Die Tariftreueerklärung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Baden-Baden 2007, S. 216ff. andererseits.

### III. Fazit

In einem Besprechungsaufsatz zu den Schlussanträgen der Generalanwälte Maduro und Mengozzi in den Fällen Viking und Laval<sup>20</sup> hatte ich der Hoffnung Ausdruck gegeben, dass die Anerkennung von Koalitionsfreiheit und Streikrecht auf der Ebene der EU auf der Grundlage der gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten erfolgen könne. Es sei denkbar, dass in der Europäischen Gemeinschaft an die Stelle eines veritablen gesellschaftlichen „Kampfes um Anerkennung“, welcher die historische Erkämpfung der sozialen Grundrechte begleitet hat, die Bezugsbasis gemeinsam geteilter Werte und Prinzipien trete. Dies sei angesichts der Opfer, die mit der klassenkämpferischen Durchsetzung der Arbeitnehmergrundrechte verbunden war, in jedem Falle vorzuzugwürdig. Die Urteile des EuGH in den Fällen Viking, Laval und Rueffert stimmen insoweit positiv, als sie erstmals in aller Klarheit betonen, dass es sich bei der Koalitionsfreiheit und dem Streikrecht um Grundrechtsgarantien handelt, die auch auf Gemeinschaftsebene gewährleistet sind. Auf der anderen Seite machen sie aber auch deutlich, dass der Rekurs auf soziale Werte angesichts der ökonomischen Grundierung des Europäischen Einigungsprojekts nicht hinreicht, um diesen Grundrechten eine verlässliche Gestalt und soziale Durchsetzungsfähigkeit zu verleihen: Hierfür ist, so „archaisch“ dies anmuten mag, die demonstrative Mobilisierung von gewerkschaftlicher Gegenmacht nach wie vor unerlässlich.

---

<sup>20</sup> Viking und Laval vor dem Europäischen Gerichtshof, AuR 2007, 249ff., 250f.