

# A. EU-Recht und nationale Tarifsysteme

Wolfgang Däubler

<i>I. Regelungsabstinenz der Gemeinschaft</i>	9
<i>II. Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Tarifverträge? – Die Albany-Entscheidung des EuGH</i>	11
<i>III. Grundfreiheiten und Tarifverhandlungen – die Entscheidungen Viking und Laval</i>	13
1. Grundfreiheiten als elementare Teile des Gemeinschaftsrechts	13
2. Rechtfertigung von Eingriffen	15
3. Der Sonderfall der Entsenderichtlinie	16
<i>IV. Perspektiven</i>	17

## *I. Regelungsabstinenz der Gemeinschaft*

Der vorliegende Band ist dem Tarifvertragsrecht gewidmet, wie es sich in den EU-Mitgliedstaaten und in der Türkei entwickelt hat. Die Unterschiede innerhalb der EU sind beträchtlich. So gibt es Länder, in denen die Tarifverträge von Kammern abgeschlossen werden, bei denen praktisch alle Arbeitgeber Mitglied sind; auf diese Weise werden nahezu alle Arbeitsverhältnisse erfasst.<sup>1</sup> Auf der anderen Seite gibt es Rechtsordnungen, in denen die Tarifwirkung auf die freiwillig beigetretenen Mitglieder der Verbände beider Seiten beschränkt bleibt,<sup>2</sup> was je nach nationaler Tradition und Stärke der Gewerkschaften den Tarifschutz zu einem Minderheitenphänomen macht. Es gibt Rechtsordnungen, die Sondervorteile für Gewerkschaftsmitglieder zulassen,<sup>3</sup> und andere, die sie verbieten.<sup>4</sup> Es gibt Länder, in denen das Tariffrecht kodifiziert ist, und solche, in denen es von den Gerichten entwickelt wurde. Es gibt das kontinentale Modell verbindlicher Normenverträge, und daneben das britische Modell der gentlemen's agreements, die nur als Bestandteil des Arbeitsvertrags Verbindlichkeit erlangen und die man deshalb – für sich allein betrachtet - am besten als eine Erscheinungsform des soft law qualifizieren kann.

Kann dies alles unter dem einheitlichen Dach der EU existieren? Gibt es keinen tarifrechtlichen *acquis communautaire*, der auch für Beitrittskandidaten maßgebend wäre? Sind die Nationalstaaten völlig frei, zu tun und zu lassen, was sie wollen?

1 Beispiel: Slowenien.

2 Beispiele: Deutschland und Italien.

3 Belgien.

4 Etwa Frankreich.

Bis vor einigen Jahren konnte man diese Frage guten Gewissens mit „Ja“ beantworten. Das Tarifrecht, ja sogar das ganze Arbeitsrecht war eine Materie, die von der europäischen Integration nicht direkt betroffen war.<sup>5</sup> Anders als etwa im Wettbewerbsrecht fielen alle wesentlichen Entscheidungen weiterhin auf nationaler Ebene. Da und dort gab es gemeinschaftsrechtliche Einsprengsel, gewissermaßen bunte exotische Punkte. Bekanntestes Beispiel ist das Antidiskriminierungsrecht mit seinen europäischen Wurzeln; Ähnliches gilt für zahlreiche Vorschriften des Arbeitsschutzrechts und für die Wahrung der Arbeitnehmerrechte beim Betriebsübergang. Weiter existieren die Richtlinien über Teilzeit und Befristung, doch regeln sie nur einen kleinen Teil der Probleme, die mit diesen Beschäftigungsformen verbunden sind. Besonders deutlich ist dieser fragmentarische Charakter des EG-Arbeitsrechts bei der Richtlinie über Massenentlassungen: Es geht nur um das Verfahren, um die Einschaltung der Arbeitsbehörden, nicht etwa um die Voraussetzungen, unter denen ein derartiger Personalabbau zulässig ist. Und das Tarifrecht selbst: Hier fehlen selbst die Farbtupfer, die in andern Teilen des Arbeitsrechts vorhanden sind.

Also kann der Nationalstaat im Tarifrecht so tun, als gäbe es das EU-Recht überhaupt nicht? In der Tat bietet der AEUV in Übereinstimmung mit dem EG-Vertrag als seinem Vorgänger wichtige Anhaltspunkte in dieser Richtung. Art. 153 Abs. 5 AEUV (bisher: Art. 137 Abs. 5 EG-Vertrag) klammert „das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht“ ausdrücklich aus den Regelungs-Kompetenzen der Gemeinschaft aus. Das EU-Recht kann den Mitgliedstaaten also nicht vorschreiben, wie Gewerkschaften gegründet werden und welche Voraussetzungen sie erfüllen müssen, damit sie Tarifverträge abschließen können. Wann gestreikt und wann ausgesperrt werden darf, hat die Gemeinschaft gleichfalls nicht zu interessieren. Ob die Ausklammerung des „Arbeitsentgelts“ nicht nur einen EU-weiten Mindestlohn ausschließt, sondern auch EU-rechtliche Vorgaben für Vergütungstarifverträge verbietet, lässt sich dem Wortlaut nicht eindeutig entnehmen; ausgeschlossen erscheint die zweite Alternative nicht. Einzige denkbare Ermächtigungsgrundlage für den hier interessierenden Bereich des Tarifrechts ist Art. 153 Abs. 1 Buchstabe f AEUV (bisher: Art. 137 Abs. 1 Buchstabe f EG-Vertrag), wonach der Ministerrat Beschlüsse fassen kann über die „Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen, einschließlich der Mitbestimmung“; ausdrücklich wird hervorgehoben, dass dabei die von Art. 153 Abs. 5 AEUV (bisher: Art. 137 Abs. 5) ausgenommenen Gebiete nicht berührt werden dürfen. Man könnte möglicherweise Tarifverhandlungen und wohl auch die Regeln über die Wirkungsweise eines Tarifvertrags hier einordnen und regeln, doch lässt Art. 153 Abs. 2 Satz 3 AEUV (bisher: Art. 137 Abs. 2 Satz 2 EG-Vertrag) insoweit nur einstimmige Entscheidungen im Minister-

5 Eine indirekte Betroffenheit war nie zu leugnen, da die wirtschaftlichen Spielräume der meisten Unternehmen durch die europäische Integration erheblich beeinflusst wurden.

rat zu. Je größer die Gemeinschaft wird, umso geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass diese Voraussetzung jemals erfüllt sein wird.

Hinter dieser Regelung (oder genauer: Nicht-Regelung) des EU-Rechts steckt ein Konzept. Da es in absehbarer Zeit keine europäischen Arbeitsbeziehungen geben wird, in denen die Konflikte zwischen Arbeit und Kapital aufgegriffen und einer vorübergehenden Lösung zugeführt werden, bleibt die Sozialpolitik und damit die Aufarbeitung der Folgen, die der europa- und weltweite Wettbewerb für die Arbeitnehmer hat, Sache der einzelstaatlichen Rechtsordnungen und der dort agierenden Sozialpartner. Das Binnenmarktprojekt ist insoweit unvollständig, Wirtschafts- und Sozialpolitik sind entkoppelt. Von diesem Ausgangspunkt her versteht es sich von selbst, dass die Formen sehr unterschiedlich sind, wie Arbeit und Kapital zu einem Konsens kommen. Auch können die Anpassungsprobleme in den einzelnen Staaten erheblich differieren. Weiter kann es nationale Traditionen geben, die beispielsweise dafür sorgen, dass die rechtlich gegebenen Möglichkeiten (z. B. zur tariflichen Regelung von Investitionsentscheidungen) auch nicht ansatzweise ausgeschöpft werden.<sup>6</sup> Denkbar ist auch, dass sich konkurrierende Gewerkschaften selten einig sind, an einem Strang zu ziehen. Stattdessen kann es eine Art Unterbietungswettbewerb geben: Von relativ bescheidenen Abschlüssen verspricht sich die eine Gewerkschaft ein Entgegenkommen der Arbeitgeberseite auf anderen Gebieten und gräbt so den übrigen Organisationen das Wasser ab. Dabei sind die Übergänge hin zu „gelben“, vom Arbeitgeber finanziell abhängigen oder von ihm gesteuerten „Gewerkschaften“ fließend. Unterschiede kann es also nicht nur in Bezug auf den rechtlichen Rahmen, sondern auch in der Praxis der Interessenvertretung wie der „Pseudointeressenvertretung“ geben.

## II. Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Tarifverträge? – Die Albany-Entscheidung des EuGH

Die erste wahrnehmbare Einwirkung des EU-Rechts auf Tarifverhandlungen und Tarifrecht stand im Albany-Fall zur Debatte. Ein niederländischer Branchentarif hatte eine zusätzliche betriebliche Altersversorgung geschaffen und zugleich die Versicherungsgesellschaft bestimmt, die diese Aufgabe übernehmen sollte. Aufgrund eines Erlasses des Arbeitsministers waren alle im Geltungsbereich des Tarifvertrags tätigen Unternehmen an diesen gebunden, also auch solche, die keinem Verband angehörten. Ein betroffenes Unternehmen machte nun geltend, die dadurch geschaffene Pflichtmitgliedschaft und die damit verbundene Zuordnung zu einer ganz bestimmten Versicherungsgesellschaft verstoße gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach Art. 81 EG-Vertrag (heute: Art. 101

<sup>6</sup> S. die italienischen Erfahrungen der siebziger Jahre, aufgearbeitet bei Runggaldier, Kollektivvertragliche Mitbestimmung bei Arbeitsorganisation und Rationalisierung, Frankfurt/Main 1983, S. 221 ff. und passim.

AEUV). Das angerufene niederländische Gericht schaltete den EuGH ein. Das war verständlich: Durch den Tarifvertrag und die nachfolgende Entscheidung des Ministers wurde ja in der Tat ein Monopol zugunsten der vertraglich bestimmten Gesellschaft begründet und jeder andere Anbieter von Versicherungen von vorne herein ausgeschlossen.<sup>7</sup>

Der EuGH betonte auf der einen Seite, der EG-Vertrag verbiete alle Vereinbarungen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken würden. Dies sei ein so bedeutsames Prinzip, dass Art. 81 Abs. 2 des Vertrages (heute: Art. 101 Abs. 2 AEUV) ausdrücklich die Nichtigkeit entgegenstehender Vereinbarungen festlege.<sup>8</sup> Auf der anderen Seite umfasse die Tätigkeit der Gemeinschaft nach Art. 3 Abs. 1 Buchstabe g und j EG-Vertrag auch „eine Sozialpolitik“, die sich in zahlreichen Vorschriften niederschlage.<sup>9</sup> Zwar seien mit Tarifverträgen zwischen Organisationen, die die Arbeitgeber und die Arbeitnehmer vertreten, zwangsläufig gewisse wettbewerbsbeschränkende Wirkungen verbunden, doch wäre die Erreichung der sozialpolitischen Ziele ernsthaft gefährdet, „wenn für die Sozialpartner bei der gemeinsamen Suche nach Maßnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen Art. 81 Abs. 1 Geltung hätte.“<sup>10</sup> Daraus wird in Tz. 60 geschlossen:

„Bei einer sachgerechten und zusammenhängenden Auslegung der Bestimmungen des Vertrags in ihrer Gesamtheit ergibt sich daher, dass die im Rahmen von Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern im Hinblick auf diese Ziele geschlossenen Verträge aufgrund ihrer Art und ihres Gegenstands nicht unter Art. 81 Abs. 1 des Vertrags fallen.“

Damit sind Tarifverträge vom Wettbewerbsrecht ausgenommen; insoweit gilt eine ungeschriebene Bereichsausnahme. Der EuGH ist nicht dem Vorbild des US-amerikanischen Rechts gefolgt, wo das Fehlen von Flächentarifen bis heute auch damit zusammenhängt, dass Bindungen von Unternehmen auf dem Arbeitsmarkt nicht mit völliger Eindeutigkeit dem Anwendungsbereich des Kartellrechts entzogen sind.<sup>11</sup> In Europa sollte dies nicht zum Problem werden. Die unterschiedlichen nationalen Tarifsysteme konnten fürs erste als solche bestehen bleiben, ohne durch EU-rechtliche Grundsätze überlagert zu werden.

7 Sachverhalt und folgende Wiedergabe der Entscheidungsgründe nach EuGH, Urteil vom 21. 9. 1999, C-67/96, DB 2000, 826 - Albany.

8 EuGH, aaO, Tz. 53.

9 Eingehend im Urteil in Tz. 55–58 dargestellt. Heute finden sich entsprechende Festlegungen u. a. in Art. 9 AEUV.

10 Urteil, Tz. 59.

11 Hay, US-amerikanisches Recht, 4. Aufl., München-Wien 2008, Rn 673; zur historischen Entwicklung Gould, A Primer on American Labor Law, 3rd ed., 1993, S. 9 ff., 27 ff.

### III. Grundfreiheiten und Tarifverhandlungen – die Entscheidungen *Viking* und *Laval*

#### 1. Grundfreiheiten als elementare Teile des Gemeinschaftsrechts

Art. 49 Abs. 1 AEUV (bisher: Art. 43 Abs. 1 EG-Vertrag) ist unmittelbar geltendes Recht und gibt den einzelnen Unionsbürgern die Befugnis, sich in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen; Einschränkungen sind nur nach Maßgabe der Art. 51 und 52 AEUV (bisher: Art. 45 und 46 EG-Vertrag) zulässig.

Diese wirtschaftliche „Grundfreiheit“ war ursprünglich ein Diskriminierungsverbot, schloss also lediglich Regelungen des Niederlassungsstaats aus, die an die Aufnahme eines Berufs oder einer bestimmten Tätigkeit von EU-Ausländern höhere Anforderungen als an die von Inländern stellten.<sup>12</sup> Im Laufe der Jahrzehnte wurde sie – genau wie die anderen Grundfreiheiten - zu einem „Beschränkungsverbot“ weiterentwickelt. Im Bereich der Niederlassungsfreiheit geschah dies durch die Gebhard-Entscheidung des EuGH.<sup>13</sup> Auch wenn inländische und ausländische Unternehmen in gleicher Weise betroffen sind, liege ein „Eingriff“ in die wirtschaftliche Grundfreiheit vor. Dabei ist nicht nur eine Maßnahme grundsätzlich verboten, die die Niederlassung unmöglich macht oder wesentlich behindert. Vielmehr genügt es bereits, dass diese „weniger attraktiv“ wird.<sup>14</sup>

Art. 56 Abs. 1 AEUV (bisher: 49 Abs. 1 EG-Vertrag) garantiert die Dienstleistungsfreiheit. Auch diese Vorschrift ist unmittelbar geltendes Recht; nach Art. 62 AEUV (bisher: Art. 55 EG-Vertrag) sind Einschränkungen in gleicher Weise wie in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit zulässig. Hier vollzog sich dieselbe Entwicklung vom Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot.<sup>15</sup>

Nach der Rechtsprechung des EuGH haben die Grundfreiheiten jedenfalls insoweit „Drittwirkung“, als sie auch gegenüber privater Regelsetzung wirken. Dies ist zuerst für die Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Bosman-Entscheidung herausgearbeitet worden,<sup>16</sup> gilt jedoch in gleicher Weise für die übrigen Freiheiten. Der EuGH hat deshalb in neuester Zeit festgestellt, nach seiner ständigen Rechtsprechung würden die Art. 39, 42 und 49 des EG-Vertrages (heute: Art. 45, 48 und 56 AEUV) nicht nur für Akte der staatlichen Behörden gelten, sondern sich auch auf Regelwerke anderer Art erstrecken, die die abhängige Erwerbstätigkeit bzw. die selbstständige Arbeit und die Erbringung von Dienstleistungen kollektiv gestalten sollen.<sup>17</sup> Da die Arbeitsbedingungen in den einzelnen Mitgliedstaaten zum Teil durch Gesetz, zum Teil durch Kollektivverträge oder sonstige Maßnahmen von

12 S. EuGH 4.4.1974 – C-167/73, EuGHE 1974, 359 Rn. 44 f.

13 EuGH 30.11.1995 – C-55/94, EuGHE 1995, I-4165 = JZ 1996, 465 ff. mit Anm. Ehlers-Lackhoff.

14 EuGH 3. 10. 2000 – C-58/98, EuGHE 2000, I-7919 – Corsten Tz. 33.

15 Näher Schiek, *Europäisches Arbeitsrecht*, 3. Aufl. 2007, Teil I C Rn 81 ff.

16 EuGH 15. 12. 1995, C-415/93, EuGHE 1995, I-4921 = AuR 1996, 196.

17 EuGH 11. 12, 2007, C-438/05, AuR 2008, 55 Tz. 33 – Viking.

Privatpersonen festgelegt würden, wären Ungleichheiten nicht vermeidbar, wollte man allein auf staatliches Handeln abstellen.<sup>18</sup> Dies bedeutet in deutscher Terminologie, dass die wirtschaftlichen Grundfreiheiten, insbesondere die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit jedenfalls insoweit absolute Drittwirkung haben. Tarifverträge und auf deren Abschluss gerichtete kollektive Maßnahmen dürfen daher prinzipiell nicht in die Grundfreiheiten eingreifen, d. h. deren Ausübung weder unmöglich noch „weniger attraktiv“ machen.<sup>19</sup>

Dies hat ganz erhebliche Auswirkungen auf Tarifverhandlungen im nationalen Bereich. Wichtiges Anschauungsmaterial liefert die Viking-Entscheidung des EuGH<sup>20</sup> selbst, bei der eine finnische Reederei eine Tochtergesellschaft in Estland gründete, um ihr ein Fährschiff zu übereignen und auf diesem dann estnische Seeleute zu den niedrigen estnischen Löhnen zu beschäftigen: Ein Streik der finnischen Seeleutegewerkschaft mit dem Ziel, eine solches Unternehmerverhalten zu verhindern, würde einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit darstellen. Genau daselbe hätte gegolten, als Nokia seine Handy-Produktion von Bochum nach Rumänien verlagerte: Ein Streik gegen diese geplante Maßnahme und auch eine dadurch erzwungene tarifliche Standortgarantie wären an Art. 43 ff. EG-Vertrag (heute: Art. 49 ff. AEUV) zu messen gewesen. Dies gilt sogar dann, wenn der Tarifvertrag die Standortentscheidung als solche nicht in Frage stellt, aber erhebliche finanzielle Folgen an die Verlagerung knüpft: Muss jedem Beschäftigten eine Abfindung von mindestens zwei Monatsgehältern pro Jahr der Betriebszugehörigkeit bezahlt werden, wird die Ausübung der Niederlassungsfreiheit „weniger attraktiv“. Für Deutschland bedeutet dies etwa, dass ein sog. Tarifsozialplan, den die Rechtsprechung ohne Rücksicht auf die Höhe der erhobenen Forderungen als legal anerkennt,<sup>21</sup> in solchen Fällen auch an EU-Recht, konkret: an der Niederlassungsfreiheit zu messen ist. Dies gilt nur dann nicht, wenn jeder Auslandsbezug fehlt, weil es etwa um eine Verlagerung von München nach Leipzig geht, doch werden die Fälle immer häufiger, in denen zumindest *auch* eine grenzüberschreitende Dimension vorhanden ist. In dem gewählten Beispielsfall wäre dies möglicherweise bereits anzunehmen, wenn neben Leipzig auch Prag oder Budapest als neue Standorte erwogen würden.

Die Dienstleistungsfreiheit folgt auch bei der „Drittwirkung“ der Niederlassungsfreiheit. In der Laval-Entscheidung des EuGH vom 18.12.2007<sup>22</sup> ging es um ein lettisches Bauunternehmen, das seine Dienste in Schweden angeboten hatte. Die Aufforderung der schwedischen Gewerkschaft, einen Tarifvertrag zu schwedischen Bedingungen abzuschließen, blieb ohne Antwort. Als daraufhin Baustellen boykottiert und Zulieferer bestreikt wurden, zog sich die lettische Firma zurück. Nach Ansicht des EuGH stellte das Verhalten der Arbeitnehmerseite einen Eingriff

18 EuGH, aaO, Tz. 34.

19 S. oben Fn. 14.

20 Oben Fn. 17.

21 BAG 24.4.2007, DB 2007, 1924; BAG 6.12.2006, NZA 2007,821.

22 C-341/05, AuR 2008, 59.

in die Dienstleistungsfreiheit dar – gegenüber einer Gewerkschaft, die einen Tarifvertrag verlangt, kann sich ein Unternehmen unmittelbar auf diese berufen.

## 2. Rechtfertigung von Eingriffen

Die Tatsache, dass ein Tarifvertrag die Niederlassungs- oder die Dienstleistungsfreiheit beschränkt oder „weniger attraktiv“ macht, bedeutet nicht, dass er damit automatisch rechtswidrig wäre. Der EuGH geht hier zweispurig vor: Zum einen betont er, die Wahrung von Arbeitnehmerinteressen sei durch Art. 46 Abs. 1 EG-Vertrag (heute: Art. 52 Abs. 1 AEUV) gedeckt, der Beschränkungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zulässt. Zum andern wird auf die (ungeschriebenen) Grundrechte des Gemeinschaftsrechts zurückgegriffen, die gegen die Grundfreiheiten abgewogen werden müssten. So wird etwa in der Viking - Entscheidung betont, das Streikrecht sei „als Grundrecht anzuerkennen, das fester Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ist.“<sup>23</sup> Wie sich beide Wege zueinander verhalten, bleibt letztlich ungeklärt. So wird in Viking nicht etwa eine Abwägung zwischen dem Grundrecht auf Kollektivverhandlungen und Streik und der Niederlassungsfreiheit vorgenommen; vielmehr wird geprüft, ob die verfolgten Ziele (Erhaltung der finnischen Arbeitsbedingungen) wirklich durch ein nicht auf andere Weise realisierbares Arbeitnehmerinteresse gerechtfertigt waren.<sup>24</sup> Dies schafft ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit. Auch wenn man davon absieht, erscheint es alles andere als überzeugend, Grundrechte und wirtschaftliche Grundfreiheiten generell auf derselben Ebene anzusiedeln, hat es doch zur Folge, dass auch der Schutz der Menschenwürde (nach einer bereits zuvor getroffenen Aussage des EuGH)<sup>25</sup> gegen die wirtschaftlichen Grundfreiheiten abgewogen werden muss – eine Vorstellung, die sich nur schwer mit überkommenen Rechtsüberzeugungen in vielen Mitgliedstaaten vereinbaren lässt.<sup>26</sup> Die Rechtsprechung des EuGH hat insoweit in vielen „alten“ Mitgliedstaaten der EU eine ungewohnt heftige Kritik erfahren.<sup>27</sup>

23 EuGH (oben Fn. 17) AuR 2008, 57 = NZA 2008, 124, 127 Tz. 44.

24 aaO Tz 72 ff.

25 EuGH 12. 6. 2003 – C-112/00, EuZW 2003, 592, 596 - Schmidberger, bestätigt in Viking, aaO, Tz. 46.

26 Nähere Einzelheiten bei Däubler, AuR 2008, 409 ff. und insbesondere bei Heuschmid, Mitentscheidung durch Arbeitnehmer – ein europäisches Grundrecht?, Baden-Baden 2009, S. 196 ff.

27 S. etwa in Deutschland Kocher AuR 2008, 13 ff.; Joerges-Rödl KJ 2008, 149 ff.; Nagel AuR 2009, 155 ff.; Reich, German Law Journal 9 (2008) S. 125 ff.; etwas zurückhaltender Bayreuther EuZA (= Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht) 1 (2008) S. 395 ff.; in Österreich Rebhahn ZESAR 2008, 109 ff.; in Großbritannien insbes. Davies, Industrial Law Journal 37 (2008) 126 ff.; in Italien Lo Faro, Lavoro e Diritto XXII (2008) 63 ff.; Ballestrero, Lavoro e Diritto XXI (2007) 371 ff.; in Frankreich Supiot AuR 2009, 151 ff.; in Spanien Rodríguez-Piñero Bravo Ferrer/Rodríguez Piñero Royo, GS Zachert, Baden-Baden 2010, S. 87 ff.

### 3. Der Sonderfall der Entsenderichtlinie

Im Bereich der Dienstleistungsfreiheit ergeben sich Sonderfragen, weil in Form der Entsenderichtlinie<sup>28</sup> eine EG-rechtliche Beschränkung im Interesse des Arbeitnehmerschutzes besteht. Danach sind zahlreiche zwingende Bestimmungen des Einsatzlandes auch für solche Arbeitnehmer verbindlich, die von ihrem Arbeitgeber mit Sitz im Land A vorübergehend in das Land B entsandt werden. Im Bau-sektor (der inhaltlich im Anhang zur Richtlinie näher umschrieben ist) sind nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie wesentliche tarifliche Bedingungen des Einsatzortes auch auf entsandte Arbeitskräfte anzuwenden, sofern der fragliche Tarifvertrag für allgemein verbindlich erklärt wurde. Art. 3 Abs. 10 ermächtigt die Mitgliedstaaten, diese Regelung auf andere Branchen auszudehnen. Neben Höchstarbeitszeiten und dem jährlichen Erholungsurlaub sind durch die Richtlinie auch „Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze“ erfasst, was in aller Regel so aufgefasst wird, dass nicht die tarifliche Lohnhöhe als solche, sondern nur ein durch Tarif fixierter Mindestlohn gemeint ist. Dieser kann allerdings je nach Tätigkeit differenziert werden.

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge wurde in einigen deutschen Bundesländern aufgrund spezifischer Gesetze eine sog. Tariftreueklausel praktiziert, die die Auftragnehmer verpflichtete, sämtliche tariflichen Arbeitsbedingungen zu gewähren, also die entsandten Arbeitskräfte wie in Deutschland üblich (und nicht nur mit dem Mindestlohn) zu bezahlen. Das BVerfG hatte eine solche Regelung ausdrücklich für verfassungskonform erklärt und keinen Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit oder andere Grundrechte angenommen.<sup>29</sup> Der EuGH sah demgegenüber eine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit, weil die Entsenderichtlinie zu einer derartige Ausdehnung nicht ermächtigte und weil die Anbieter aus Ländern mit niedrigerem Lohnniveau dadurch einen komparativen Kostenvorteil verlieren würden.<sup>30</sup> Auch im Verfahren Kommission gegen Luxemburg<sup>31</sup> wurde die Entsenderichtlinie eng interpretiert. So sei es etwa unzulässig, das Land, in dem gearbeitet werde, zu ermächtigen, bei entsandten Arbeitskräften die Einhaltung der Richtlinien über Teilzeit, Befristung und den Nachweis der Arbeitsbedingungen zu kontrollieren; dies sei Sache des Entsendestaats, eine Doppelkontrolle würde zu einer Benachteiligung führen. Die Entsenderichtlinie wird so zu einer Obergrenze für die Erstreckung tariflicher Regelungen auf entsandte Arbeitskräfte, obwohl sie in Art. 3 Abs. 7 ausdrücklich die Anwendung günstigerer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen zulässt. Auch hat der EuGH an keiner Stelle auf das von zahl-

28 Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABIEG 1997 L 18/1 ff.; dazu Thüsing, *Europäisches Arbeitsrecht*, München 2008, § 9 Rn 14 ff.; Däubler, *EuZW* 1997, 613 ff.

29 BVerfG NZA 2007, 42.

30 EuGH 3. 4. 2008 – C-346/06, *EuZW* 2008, 306 – Rüffert.

31 EuGH 19. 6. 2008 – C-319/06.

reichen Mitgliedstaaten ratifizierte ILO-Übereinkommen Nr. 94 Bezug genommen, das ausdrücklich über das allgemeine Niveau hinausgehende „Arbeitsklauseln“ bei der öffentlichen Auftragsvergabe vorsieht.

#### IV. Perspektiven

Die Tage der nationalen Autonomie über Tarifrecht und Tarifverhandlungen scheinen gezählt. Viele Tarifverträge und Arbeitsk Kampfmaßnahmen müssen sich an den Grundfreiheiten messen lassen – wenn man die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zugrunde legt. Dabei bleibt ungewiss, wann ein zulässiger und wann ein unzulässiger Eingriff vorliegt. Denkbar ist allerdings, dass die Rechtsprechung in den nächsten Jahren modifiziert wird. In den „alten“ Mitgliedstaaten wird verschiedentlich darauf verwiesen, dass in der Kammer, die die Rüffert-Entscheidung zur Tarifreueklausel erlassen hat, drei von fünf Richtern aus den Beitrittsländern stammten, deren niedrige Löhne in der Tat einen komparativer Kostenvorteil darstellen. Schon die Diskussion darüber ist ein Indiz, dass die Legitimation des Gerichtshofs nicht unbeschränkt ist. So hat etwa ein namhafter Politikwissenschaftler in Deutschland vorgeschlagen, in Fällen dieser Art dem EuGH die Gefolgschaft aufzukündigen; gleichzeitig sei eine Aufforderung an den Ministerrat zu richten, die EuGH-Entscheidung zu bestätigen oder zu verwerfen.<sup>32</sup> Dahinter steht die nicht unberechtigte Überlegung, dass der Gerichtshof bei der Auslegung der Gründungsverträge der Sache nach „Recht für die Ewigkeit“ schafft. Seine Entscheidungen können außer durch eigene neue Erkenntnis ersichtlich nur über eine Änderung der Verträge korrigiert werden, die eine schwer zu erreichende Einstimmigkeit voraussetzt. Immerhin könnten der Reformvertrag von Lissabon<sup>33</sup> und das förmliche Inkrafttreten der Grundrechte-Charta für den Gerichtshof Anlass sein, die Weichen etwas anders zu stellen. Die Volksabstimmungen über die EU-Verfassung in Frankreich und den Niederlanden sowie über den Lissabon-Vertrag in Irland haben deutlich gemacht, dass die Gemeinschaft einer existenzbedrohenden Legitimationskrise mit knapper Not entkommen ist. Der Europäische Gerichtshof wäre gut beraten – so argumentiert man nicht nur in Deutschland – nicht noch eine weitere Front zu eröffnen und sich die Arbeitnehmer und Gewerkschaften in den entwickelten Ländern zum Feind zu machen.

Die Entscheidung vom 12. Oktober 2010<sup>34</sup> über die Wirksamkeit tariflicher Altersgrenzen lässt sich als erster Schritt einer „Aussöhnung“ mit den nationalen Institutionen des kollektiven Arbeitsrechts begreifen. Ausdrücklich ist von dem „als Grundrecht anerkannten Recht auf Kollektivverhandlungen“ die Rede.<sup>35</sup> Tarifver-

32 Scharpf im Interview mit „Mitbestimmung“ Heft 7 und 8/2008, S. 18 ff.

33 Zu diesem s. Fischer, Der Vertrag von Lissabon. Text und Kommentar zum Europäischen Reformvertrag, Baden-Baden 2008.

34 C 45/09 – Rosenblatt ./ Oellerking.

35 Tz. 67.

träge werden nicht nur als flexibles Mittel zur Berücksichtigung spezifischer Merkmale bestimmter Beschäftigungsverhältnisse qualifiziert.<sup>36</sup> Den sozialen Gegenspielern wird vielmehr auch ein „weiter Ermessensspielraum“ auf dem Gebiet der Sozial- und Beschäftigungspolitik eingeräumt.<sup>37</sup> Läge es unter diesen Umständen nicht nahe, der Tarifautonomie auch dann hohe Bedeutung beizumessen, wenn sie mit den wirtschaftlichen Grundfreiheiten in Kollision gerät?

Ein solcher Schritt würde die Arbeitsbeziehungen einschließlich der Tarifverhandlungen von einer unionsrechtlichen Hypothek befreien, die durch „Viking“ und „Laval“ geschaffen wurde. Man könnte wieder den bisherigen Weg gehen, die Folgen der globalisierten Märkte entsprechend den nationalen Bedingungen zu bewältigen. Gewerkschaften wie Arbeitgeberverbände werden dabei selbstredend eine grenzüberschreitende Zusammenarbeit praktizieren, ja praktizieren müssen, doch bleibt der Grundsatz unangetastet, dass verschiedene Wege zum Ziel führen können. In der Vielfalt liegt die Kraft – dies gilt auch für Europa.

36 Tz. 49.

37 Tz. 76.