

Europa und/oder Internationale Arbeitsnormen

ITF-Aktionen gegen Billig-Flaggen-Schiffe – im Widerspruch zum EG-Recht?

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

A. Die Problematik

I. Das Phänomen der sog. Billig-Flaggen-Schiffe

Zahlreiche Reeder, insbes. aus Europa, den USA und Japan, lassen ihre Schiffe unter der Flagge von Staaten fahren, die zwar Schiffsregister eingerichtet haben, sich aber nicht darum kümmern, ob die Schiffe, die ihre Flagge führen, auch die internationalen Mindestnormen in Bezug auf Sicherheit und Sozialstandards einhalten. Das betr. Schiff wird normalerweise an eine extra zu diesem Zweck in dem fraglichen Staat errichtete Tochtergesellschaft übertragen. Seeleute werden meist durch ausländische Bemannungsagenturen zur Verfügung gestellt und erhalten Vergütungen, die den in Entwicklungsländern üblichen entsprechen. Unfall-, Kranken-, Arbeitslosen- und Rentenversicherung existieren in aller Regel nicht. Die bislang nach den in Europa oder den USA üblichen Bedingungen beschäftigten Seeleute wurden zuvor auf andere Schiffe versetzt oder gekündigt. Ggf. wurden befristete Arbeitsverträge nicht erneuert. Die überwiegende Anzahl der Schiffsneubauten werden heute allerdings von Anfang an unter Billigflaggen in Fahrt gesetzt.

II. Gegenaktionen der ITF

Seit über 50 Jahren existiert eine Kampagne der internationalen Transportarbeiterföderation (ITF) gegen das Ausweichen auf Billigflaggen. Sie hat das Ziel, Schiffe nur unter der Flagge des Landes fahren zu lassen, in dem die wirtschaftlichen Eigentümer ansässig sind. Dem entspricht es, dass gegen das Fahren unter billiger Flagge publizistisch vorgegangen wird und es in Einzelfällen auch zu Kampfmaßnahmen kommt, die ein entspr. Vorgehen eines Reeders verhindern sollen. Im Vordergrund steht in der Praxis aber das Ziel der ITF, die Arbeitsbedingungen auf Billig-Flaggen-Schiffen deutlich zu verbessern. So hat die ITF Muster-TV entwickelt, die – pauschal gesprochen – ein Niveau an sozialem Schutz festschreiben, das zwischen dem der Industrieländer und dem der Entwicklungsländer liegt. Außerdem sieht der ITF-TV vor, dass die Belegschaften der Billigflaggenschiffe nicht zu Hafendarbeiten herangezogen werden dürfen.

Mit der Joint Negotiation Group (JNG) gibt es eine weltweite Arbeitgeberorganisation, mit der die ITF einen TV für Schiffe unter billiger Flagge ausgehandelt hat. Reeder, die die allgemeinen ITF-TV akzeptieren, erhalten eine sog. blaue Karte, Mitglieder der JNG eine sog. grüne Karte. Beide schützen vor Boykottmaßnahmen in Häfen. Reeder, die sich weigern, gehen insbes. in skandinavischen und deutschen Häfen das Risiko ein, dass die Ladung von den Hafendarbeitern nicht gelöscht wird und so hohe Kosten entstehen. Im Jahre 2007 fuhren 9105 Billig-Flaggen-Schiffe mit ITF-TV, was etwa 1/3 der weltweiten Billig-Flaggen-Flotte ausmacht¹.

III. Die Viking-Entscheidung des EuGH v. 11. Dezember 2007

Im Urteil v. 11.12.2007, Viking², vertrat der EuGH den Standpunkt, die Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EG-Vertrag schütze nicht nur gegen staatliche Eingriffe, sondern verleihe zugleich einem privaten UN die Befugnis, sich gegenüber einer Gewerkschaft oder einem Ge-

werkschaftsverband auf dieses Recht zu berufen und gegen kollektive Maßnahmen rechtlich vorzugehen. Die Durchführung von kollektiven Maßnahmen einschließlich Streiks sei zwar als Grundrecht im Gemeinschaftsrecht anerkannt, doch sei sein Gebrauch davon abhängig, dass die Maßnahme nicht unverhältnismäßig in die Niederlassungsfreiheit eingreife. Da der Schutz der AN zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehöre, die eine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen, sei zu fragen, ob im konkreten Fall das Ziel „Schutz der AN“ verfolgt worden sei. Das vorl. Gericht habe diese Voraussetzung im Einzelnen zu prüfen. Sie sei nicht gegeben, wenn die Arbeitsplätze wegen einer Zusage der Arbeitgeberseite gar nicht gefährdet oder ernstlich bedroht wären. Weiter sei zu prüfen, ob die (angedrohte) kollektive Maßnahme geeignet sei, die Erreichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das dazu Erforderliche hinausgehe. Im konkreten Fall sei die Geeignetheit unproblematisch, doch müsse das vorl. Gericht prüfen, ob es die Niederlassungsfreiheit weniger beschränkende Mittel gegeben habe, um zu einem Tarifabschluss der finnischen Seeleutegewerkschaft mit Viking zu gelangen. Weniger eindeutig waren die Aussagen zur Vereinbarkeit der ITF-Politik mit der Niederlassungsfreiheit. U. a. führt der EuGH³ aus:

90... dass Art. 43 EG dahin auszulegen ist, dass kollektive Maßnahmen wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, die darauf abzielen, ein UN, dessen Sitz in einem bestimmten Mitgliedstaat liegt, zu veranlassen, einen TV mit einer in diesem Staat ansässigen Gewerkschaft zu schließen und die Klauseln dieses TV auf AN einer Tochtergesellschaft des genannten UN, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist, anzuwenden, Beschränkungen iSd. genannten Artikels sind. Grundsätzlich können diese Beschränkungen durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses wie etwa den Arbeitnehmerschutz gerechtfertigt sein, vorausgesetzt, es ist erwiesen, dass sie geeignet sind, die Erreichung des verfolgten legitimen Ziels zu gewährleisten, und dass sie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.

IV. Die Fragestellungen

Die vom EuGH entwickelten Grundsätze haben die Kollision des Rechts auf kollektive Maßnahmen mit Grundfreiheiten des EG-Vertrags (nachfolgend EG) zum Gegenstand. Mit Rücksicht auf die idR. außerhalb der EU befindlichen „Billig-Flaggen-Staaten“ ist daher zu fragen, ob sich dort ansässige Tochtergesellschaften von EU-UN im Rahmen ihrer Tätigkeit auf Grundfreiheiten des EG-Rechts berufen können; ob die Grundsätze des Viking-Urteils auch gelten, wenn ein in der EG angesiedeltes UN ein Schiff ausflaggen, d. h. an eine in ei-

¹ Angaben nach ITF-Seafarers' Bulletin No. 22/2008, S. 12; zur Situation Mitte der 90er Jahre eingehend Däubler, Der Kampf um einen weltweiten Tarifvertrag, Baden-Baden 1999.

² EuGH 11. 12. 2007 – Rs. C-438/05, Viking, AuR 2008, 55 ff.; dazu Kocher, AuR 2008, 13 ff.; zur Vorgeschichte dieser Auseinandersetzung s. England and Wales Court of Appeal (Civil Division) 3. 11. 2005 – [2005] EWCA Civ 1299; Cases No: A3/2005/1393 (A) and 1393; 1394 (A) and 1394); AuR 2005, 452; dazu Blanke, AuR 2006, 1 ff.; 2007, 249 ff.; zum Sachverhalt s. auch u. Cl.

³ EuGH, Fn. 2, Rn. 88 – 90.

nem Drittstaat angesiedelte Tochtergesellschaft übertragen will; ob eine die betroffenen AN organisierende nationale Gewerkschaft die Ausflagung durch Kampfmaßnahmen verhindern, sie faktisch unmöglich oder wirtschaftlich uninteressant machen darf; ob die „Normalform“ der von der ITF geführten Kampfmaßnahmen, nämlich Arbeitsniederlegung und Boykott durch die Hafentarbeiter, EG-rechtlichen Einwänden ausgesetzt ist.

B. Anwendbarkeit der EuGH-Grundsätze auf Schiffe mit der Flagge von Drittstaaten?

I. Auslandsgesellschaften als Träger der Niederlassungsfreiheit?

Nach Art. 43 Abs. 1 EG steht die Niederlassungsfreiheit allen „Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats“ in Bezug auf das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats zu. Art. 48 Abs. 1 EG stellt den „Gemeinschaftsbürgern“ Gesellschaften gleich, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründet sind und „ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung“ innerhalb der Gemeinschaft haben⁴. Die Staatsangehörigkeit ihrer Gesellschafter spielt insoweit keine Rolle.

Natürliche Personen als Staatsangehörige eines Drittlandes sind nicht Träger der Niederlassungsfreiheit. Dies ist nach Wortlaut und Sinn des Art. 43 Abs. 1 unbestritten⁵. Auch ein ständiger Aufenthalt oder Wohnsitz in der EU ändert daran nichts. Dies wird mittelbar aus Art. 43 Abs. 1 Satz 2 EG deutlich, der sich allein auf die in einem Mitgliedstaat „ansässigen“ EG-Staatsbürger bezieht. Auch fehlt im Bereich der Niederlassungsfreiheit eine dem Art. 49 Abs. 2 EG entsprechende Vorschrift, wonach Drittstaatsangehörige bei Ansässigkeit innerhalb der Gemeinschaft im Bereich der Erbringung von Dienstleistungen gleichgestellt werden können, wenn dies der Rat auf Vorschlag der Kommission mit qualifizierter Mehrheit beschließt.

Für Gesellschaften gilt nichts anderes. Nach Art. 48 Abs. 1 EG müssen sie nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründet sein. Selbst wenn – höchst unwahrscheinlich – die Satzung einen Sitz innerhalb der Gemeinschaft vorsähe, hätte dies keine Auswirkungen auf das Niederlassungsrecht, da Art. 48 Abs. 1 kumulativ die Gründung nach einem Recht des Mitgliedstaats und einen Sitz innerhalb der Gemeinschaft verlangt⁶. Zu erwägen ist lediglich, ob sich an diesem Ergebnis dadurch etwas ändert, dass die Kontrolle über die Auslandsgesellschaft bei Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats bzw. einer hier ansässigen Gesellschaft liegt. Auch eine solche „Kontrolltheorie“ wird jedoch allgemein abgelehnt⁷. Dem Gesetzgeber ist es sogar untersagt, durch die Nationalität einer Gesellschaft „hindurchzugreifen“ und (z. B. für die Registrierung eines Schiffes) auf die Staatsangehörigkeit der wirtschaftlichen Eigentümer abzustellen⁸. Die schwierige Frage, wann eine effektive Kontrolle durch Staatsangehörige eines Mitgliedstaats vorliegt, bedarf daher keiner Entscheidung.

Als erstes Ergebnis ist daher festzuhalten, dass sich Tochtergesellschaften und Niederlassungen in Drittstaaten nicht auf die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 ff. EG-Vertrag berufen können. Bedeutsam ist dies insbes. dann, wenn z. B. eine US-amerikanische oder eine japanische Gesellschaft ähnlich wie im Viking-Fall ausflaggen will, ohne eine Tochtergesellschaft innerhalb der EU zu haben.

II. Auslandsgesellschaften als Träger der Dienstleistungsfreiheit?

Als zweites stellt sich die Frage, ob die EG-Dienstleistungsfreiheit beeinträchtigt sein könnte, wenn Billig-Flaggen-Schiffe z. B. aus Antigua, Honduras oder Panama in europäischen Häfen nicht abgefertigt werden und so ihre Dienste nicht erbringen können. Normativ besteht insoweit eine Besonderheit, als Art. 51 Abs. 1 EG auf den

Titel über den Verkehr verweist, die Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 also nicht automatisch zur Anwendung kommt. Art. 80 Abs. 2 EG ermächtigt den Rat, geeignete Vorschriften für die Seeschifffahrt zu erlassen. Auf der Grundlage der (gleich lautenden) Vorgängervorschrift des Art. 84 Abs. 2 EG-V a. F. wurde davon Gebrauch gemacht und u. a. die VO Nr. 4055/86 v. 22.12.86 erlassen⁹. Sie stellt die maßgebende Rechtsgrundlage für die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Seeschifffahrt dar. Seit 1.1.87 ist auch in diesem Bereich die vollständige Dienstleistungsfreiheit hergestellt¹⁰. Der Anwendungsbereich der VO ist in Art. 1 geregelt. Danach sind in den Abs. 1 und 2 die für natürliche Personen geltenden Grundsätze niedergelegt, während Abs. 3 u. a. auf Art. 58 EG-V a. F. verweist, der wörtlich mit dem heute geltenden Art. 48 EG übereinstimmt. Dieser stellt Handelsgesellschaften den natürlichen Personen gleich. Art. 1 Abs. 1 der VO bestimmt:

Der Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs in der Seeschifffahrt zwischen Mitgliedstaaten sowie zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern gilt für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als dem des Dienstleistungsenehmers.

Während hier nicht anders als im Bereich der Niederlassungsfreiheit auf die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats und den Sitz in der Gemeinschaft abgestellt wird, geht Abs. 2 darüber hinaus, indem er bestimmt:

Diese VO gilt auch für außerhalb der Gemeinschaft ansässige Staatsangehörige der Mitgliedstaaten und für Linienreedereien mit Sitz außerhalb der Gemeinschaft, die von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats kontrolliert werden, sofern deren Schiffe in diesem Mitgliedstaat nach den dort geltenden Rechtsvorschriften registriert sind.

Hier wird eine Ausdehnung auf in Drittstaaten ansässige Staatsangehörige eines Mitgliedstaats bzw. in Drittstaaten ansässige Gesellschaften vorgenommen, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass die Schiffe in einem Mitgliedstaat registriert sind. Auch wird der Fall nicht erfasst, dass Staatsangehörige von Drittstaaten ihre Schiffe in einem EU-Staat registrieren lassen. Dies ist bedeutsam insbes. dann, wenn sie anschließend im Wege der bareboat-charter für 2 Jahre einer Tochtergesellschaft in einem Billig-Flaggen-Staat überlassen werden. Bei Billig-Flaggen-Schiffen fehlt aber gerade diese Voraussetzung: Sie sind häufig in Drittstaaten wie Antigua, Liberia oder Panama registriert, um die damit verbundenen Vorteile in Anspruch zu nehmen. Damit findet die VO 4055/86 v. 22.12.86 auf sie keine Anwendung. Nicht anders verhält es sich in dem Fall, dass ausländische Reeder ein in der EU registriertes Schiff für eine bestimmte Frist einer Tochtergesellschaft in einem Billig-Flaggen-Staat

4 Dass die Formulierung nicht allein auf den Sitz der Hauptverwaltung abgestellt, hängt damit zusammen, dass in der EU bestimmte Staaten der Gründungstheorie, andere der Satzungstheorie gefolgt sind. Dazu Müller-Graff, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Kommentar, München 2003, Art. 48 EG Rn. 10.

5 Statt aller Troberg-Tiedje, in: Von der Groeben-Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der EG, Bd. 1, 6. Aufl., Baden-Baden 2003, Art. 48 Rn. 35.

6 Dazu Troberg-Tiedje, Fn. 5, Art. 48 EG, Rn. 6, 34; Scheuer, in: Lenz-Borchardt (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, 4. Aufl., Köln 2006, Art. 48 Rn. 2.

7 Statt aller Bröhmer, in: Calliess-Ruffert, EG-Vertrag, 3. Aufl., München 2007, Art. 48 Rn. 6; Troberg-Tiedje, Fn. 5, Art. 48 Rn. 38; Scheuer, aaO., Art. 48 Rn. 2.

8 EuGH 25.7.91 – Rs. C-221/89, Factortame, EuZW 1991, 764.

9 VO (EWG) Nr. 4055/86 v. 22.12.86 zur Anwendung des Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs auf die Seeschifffahrt zwischen Mitgliedstaaten sowie zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern, ABIEG 31.12.1986, Nr. L 378/1 ff.

10 Jung, in: Calliess-Ruffert, aaO, Art. 80 Rn. 11 mwN. Davon geht auch die Viking-Entscheidung des EuGH (Fn. 2), AuR 2008, 55 f., Rn. 29 und 30 aus.

überlassen. Sie können sich in beiden Fällen von vorne herein nicht auf die Dienstleistungsfreiheit des EG-Rechts berufen, wenn innerhalb der Gemeinschaft Hafentarbeiter das Schiff boykottieren, um den Reeder zu einer Übernahme der ITF-TV zu bewegen.

III. Ausflaggen als Ausübung der Niederlassungsfreiheit?

Schließlich fragt sich, ob sich ein UN mit Sitz in der Gemeinschaft auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann, wenn es eine Niederlassung in einem Drittstaat (z. B. in Antigua) gründet und dieser ein Schiff übertragen will. Der Wortlaut des Art. 43 Abs. 1 EG ist insoweit eindeutig: Es geht um die freie Niederlassung im „Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats“. Die Niederlassung außerhalb der Gemeinschaft ist nicht erfasst, zumal sich eine solche „Auswanderungsfreiheit“ auch nicht mit den Zielen der Gemeinschaft nach Art. 2 und 3 EG rechtfertigen ließe. Eine Ausnahme gilt nur kraft besonderer Vereinbarung für den Europ. Wirtschaftsraum, d. h. Norwegen, Island und Liechtenstein. Auch in der Lit. wird dies so gesehen¹¹. Gegenstimmen sind nicht ersichtlich.

Dies bedeutet, dass sich ein UN nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann, wenn es in einem Drittstaat eine Gesellschaft gründet. Eine sich dagegen wendende Kollektivmaßnahme scheidet nicht an Art. 43 EG. Dasselbe gilt, wenn eine in der EU ansässige Gesellschaft ein Schiff im Wege der bareboat-charter einer Gesellschaft in einem Billig-Flaggen-Staat überlässt.

C. Kollision von Arbeitskampf und Niederlassungsfreiheit

I. Die Fragestellungen

Im Fall Viking ging es, insoweit anders gelagert, um einen „innergemeinschaftlichen“ Sachverhalt: Das Arbeitgeberunternehmen hatte die Absicht, eine estnische Tochtergesellschaft zu gründen und dieser das Schiff Rosella zu übertragen; insoweit wollte es von seiner Niederlassungsfreiheit Gebrauch machen. Damit stand auf den ersten Blick das Verhältnis von kollektiven Maßnahmen und Grundfreiheiten nach Art. 43 und Art. 48 zur Debatte. Die Kollision eines (ev.) Grundrechts mit einer Grundfreiheit des EG-Vertrages war allerdings nicht von vorne herein unvermeidbar. Nur wenn eine kollektive Maßnahme überhaupt in den Anwendungsbereich des Vertrages fällt, stellt sich ein solches Problem. Bejaht man dies, bleibt weiter zu klären, ob die Niederlassungsfreiheit auch anderen Privaten, insbes. einer Gewerkschaft, entgegengehalten werden kann, also unmittelbare Drittwirkung hat. Erst wenn auch insoweit eine positive Antwort erfolgt, ist als dritter Schritt das Verhältnis von Niederlassungsfreiheit und Streik oder allgemeiner: zwischen Grundfreiheiten und einem (ev.) Grundrecht auf kollektive Maßnahmen zu bestimmen.

II. Ausklammerung von „kollektiven Maßnahmen“ aus dem Gemeinschaftsrecht?

1. Art. 137 Abs. 5 EG-Vertrag

Art. 137 Abs. 5 EG bestimmt, dass die arbeits- und sozialrechtlichen Rechtsetzungskompetenzen der Gemeinschaft nach den vorangehenden Abs. 1 bis 4 nicht „für das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht“ gelten. Der Gemeinschaft ist es deshalb nicht möglich, in diesen Sektoren VO oder Richtlinien zu erlassen. Insoweit bleiben die Mitgliedstaaten zuständig. In seiner Viking-Entscheidung hat der EuGH dies durchaus anerkannt, gleichzeitig jedoch betont, die Mitgliedstaaten seien gehalten, bei der Ausübung ihrer Befugnisse das Gemeinschaftsrecht zu beachten¹². Die Ausklammerung von Streik und Aussperrung könne eine kollektive Maßnahme wie die im Fall Viking angedrohte nicht von der Anwendung des Art. 43 EG ausnehmen¹³.

Beschränkt man sich auf diese apodiktische Aussage und spricht man gleichzeitig der Niederlassungsfreiheit sowie anderen Grundfreiheiten (unmittelbare) Drittwirkung zu, so hat dies zur Konsequenz, dass die Gemeinschaft sehr wohl auf den genannten Gebieten rechtsetzend tätig wird. Diese Funktion wird allerdings nicht durch den Gesetzgeber (Parlament, Rat und Kommission), sondern durch die Judikative ausgeübt: Durch Auslegung der Grundfreiheiten und Bestimmung ihrer Grenzen hat der EuGH vorliegend ein Netz von Regeln entwickelt, die bei Arbeitsniederlegungen mit grenzüberschreitendem Bezug zu beachten sind. Damit wird der Sinn von Art. 137 Abs. 5 EG ersichtlich verfehlt, der die Kompetenz der Gemeinschaft insgesamt, nicht nur die des EG-Gesetzgebers ausschließen wollte¹⁴. Der EG-Vertrag erwähnt ebenso wenig wie entsprechende Regeln der Mitgliedstaaten das Richterrecht, das nicht den Rang einer formellen Rechtsquelle besitzt¹⁵.

Die Ableitung arbeitskampfrechtlicher Vorgaben aus den Grundfreiheiten ist umso weniger akzeptabel, als das Primärrecht nur mit Hilfe einer Vertragsänderung korrigiert werden kann. Diese setzt ein einstimmiges Votum aller 27 Mitgliedstaaten voraus – eine Bedingung, die ungleich schwerer zu erreichen ist als die im nationalen Recht vorgeschriebene qualifizierte Mehrheit für eine Verfassungsänderung. Die Schwierigkeiten bei der Verabschiedung der EU-Verfassung und des Reformvertrags von Lissabon illustrieren dies hinreichend. Dies mag man unter demokratie-theoretischen Gesichtspunkten problematisieren. Nimmt man es gleichwohl als gegeben hin, ist zumindest der EuGH gehalten, angesichts des wahrscheinlichen „Ewigkeitscharakters“ erlassener Entscheidungen von seinen Kompetenzen nur einen sehr zurückhaltenden Gebrauch zu machen. Zur Schranke des Art. 137 Abs. 5 EG kommt daher eine zusätzliche Pflicht zur Selbstbeschränkung hinzu, die sich aber nicht mit der in der Viking-Entscheidung eingenommenen Haltung vereinbaren lässt, konkrete Anforderungen an die Zulässigkeit von Streiks zu stellen¹⁶.

Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass Grundfreiheiten und Diskriminierungsverbote in Bereichen angewandt würden, für die keine ausdrückliche Rechtsetzungskompetenz der Gemeinschaft bestehe¹⁷. Anders als dort geht es bei Art. 137 Abs. 5 um eine ausdrückliche Ausklammerung aus der Gemeinschaftskompetenz, hinter der der Gedanke steht, die Unterschiedlichkeit der Arbeitsbeziehungen in den Mitgliedstaaten zu erhalten. Angesichts der Tatsache, dass sich „europäische Arbeitsbeziehungen“ nur in ersten Ansätzen erkennen lassen, liegt darin eine notwendige Funktionsvoraussetzung der Gemeinschaft, die die soziale Korrektur des Marktes bislang weithin den Mitgliedstaaten überlassen hat. Dies zu ändern, ist

11 S. statt aller Troberg-Tiedje, Fn. 5, Art. 43 Rn. 145.

12 AuR 2008, 57 Rn. 40.

13 aaO Rn. 41.

14 Ähnlich Ballestrero, Le sentenze Viking e Laval: La Corte di giustizia „bilancia“ il diritto di sciopero, Lavoro e Diritto XXII (2008) 371, 379.

15 Dies schließt nicht aus, dass die rechtsschöpferische Funktion in der Lit. durchaus anerkannt wird. S. etwa Wedderburn, Labour Law 2008: 40 Years on, ILJ 36 (2007) 397, 417, 421.

16 Der EuGH hat im Fall Viking bspw. Geeignetheit und Erforderlichkeit der angedrohten Kampfmaßnahmen im Einzelnen analysiert und anschließend den nationalen Gerichten detaillierte Vorgaben für die Entscheidung des Falles gegeben.

17 S. etwa den Fall Tanja Kreil zum Zugang von Frauen zu Tätigkeiten in der Bundeswehr (EuGH 11.01.2000 – C-285/98 – Slg. 2000 I-69 = AuR 2000, 111 mit Anm. risor silvaticus: Gleicher Zugang zu den Waffen); weitere Beispiele bei Reich, Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union – the Laval and Viking Cases before the ECJ, German Law Journal 09 (2008) 125, 128.

der Sache nach eine verfassungspolitische Entscheidung, zu der der *EuGH* nicht befugt ist¹⁸.

Die Entscheidung des Vertrages, das Arbeitskampfrecht aus den Kompetenzen der Gemeinschaft auszuklammern, hat auch im sekundären Gemeinschaftsrecht ihren Niederschlag gefunden. Für die Warenverkehrsfreiheit bestimmt Art. 2 der VO 2679/98 v. 7. 12. 98 (sog. Monti-VO):

Diese VO darf nicht so ausgelegt werden, dass sie in irgendeiner Weise die Ausübung der in den Mitgliedstaaten anerkannten Grundrechte, einschließlich des Rechts und der Freiheit zum Streik, beeinträchtigt. Diese Rechte können auch das Recht oder die Freiheit zu anderen Handlungen einschließen, die in den Mitgliedstaaten durch die spezifischen Systeme zur Regelung der Beziehungen zwischen AN und Arbeitgebern abgedeckt werden.

Dem entspricht Erwägungsgrund 4 der VO, in dem es heißt:

Diese Maßnahmen (d. h. zur Sicherung der Warenverkehrsfreiheit) dürfen die Ausübung der Grundrechte, zu denen auch das Recht oder die Freiheit zum Streik gehört, nicht beeinträchtigen.

Maßnahmen zur Sicherung der Warenverkehrsfreiheit dürfen somit nicht zu einer Einschränkung des Streikrechts führen. Der *EuGH* hätte zumindest erwägen müssen, ob der Schutz der Niederlassungsfreiheit durch das Gemeinschaftsrecht einer vergleichbaren Grenze unterliegt. Auch die sog. DienstleistungsRL v. 12.12.2006¹⁹, die die Freiheit zur Erbringung von Dienstleistungen und die Niederlassungsfreiheit konkretisiert, lässt das nationale Arbeitsrecht unter Einschluss von TV und „kollektiven Maßnahmen“ grundsätzlich unberührt. In Art. 1 Abs. 6 und 7 bestimmt sie:

(6) Diese RL berührt nicht das Arbeitsrecht, d. h. gesetzliche oder vertragliche Bestimmungen über Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen einschl. des Gesundheitsschutzes und der Sicherheit am Arbeitsplatz und über die Beziehungen zwischen AG und AN, die von den Mitgliedstaaten gemäß nationalem Recht unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts angewandt werden. In gleicher Weise berührt die RL auch nicht die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die soziale Sicherheit.

(7) Diese RL berührt nicht die Ausübung der in den Mitgliedstaaten und durch das Gemeinschaftsrecht anerkannten Grundrechte. Sie berührt auch nicht das Recht, gemäß nationalem Recht und nationalen Praktiken unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts TV auszuhandeln, abzuschließen und durchzusetzen sowie Arbeitskampfmaßnahmen zu ergreifen.

Dem entspricht Erwägungsgrund Nr. 14, wo es heißt:

Diese RL berührt weder Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen wie Höchstarbeits- und Mindestruhezeiten, bezahlten Mindestjahresurlaub, Mindestlohnsätze, Gesundheitsschutz, Sicherheit und Hygiene am Arbeitsplatz, die von den Mitgliedstaaten in Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht angewandt werden, noch greift sie in die gem. nationalem Recht und nationalen Praktiken unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts geregelten Beziehungen zwischen den Sozialpartnern ein, z. B. in das Recht, TV auszuhandeln und abzuschließen, das Streikrecht und das Recht auf Arbeitskampfmaßnahmen, noch ist sie auf Dienstleistungen von Leiharbeitsagenturen anwendbar. Diese RL berührt nicht die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die soziale Sicherheit.

Auch hier wird ein autonomer Bereich umschrieben, der ersichtlich durch das Gemeinschaftsrecht nicht inhaltlich geregelt werden soll. Allerdings ist nach Art. 1 Abs. 6 das Gemeinschaftsrecht zu wahren, darf also nicht durch inhaltliche Regelungen unterlaufen oder gar negiert werden. Dies wäre etwa der Fall, schriebe man für (EG-) ausländische AN niedrigere Löhne als für einheimische vor²⁰. Die Ver-

handlungssysteme als solche bleiben jedoch vom EG-Recht unberührt.

Insgesamt bestätigen sowohl die Monti-VO als auch die Dienstleistungsrichtlinie den Grundsatz, dass die Gemeinschaft keine Rechtssetzungskompetenz im Bereich des Arbeitskampfrechts für sich in Anspruch nimmt. Dies ist auch für den *EuGH* maßgebend. Stattdessen hat er sich durch die Viking-Entscheidung und die übereinstimmenden Ausführungen in Sachen *Laval*²¹ über die Grenzen hinweggesetzt, die der Gemeinschaft gezogen sind. Er hat insoweit „ultra vires“ gehandelt²².

2. Vorrang kollektiver Maßnahmen wie im Wettbewerbsrecht?

Im *EuGH*-Urteil v. 21.9.99²³ ging es darum, dass durch einen niederländischen Branchen-TV eine zusätzliche betriebliche Altersversorgung geschaffen wurde, die in der Hand einer im TV festgelegten Versicherungsgesellschaft lag. Aufgrund eines Erlasses des Arbeitsministers waren alle im Geltungsbereich des TV tätigen Firmen an diesen gebunden. Ein angeschlossenes UN hatte geltend gemacht, das System der Pflichtmitgliedschaft und damit die Zuordnung zu einem ganz bestimmten Versicherungsunternehmen verstoße gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach Art. 81 EG-V. Der *Gerichtshof* 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 ausdrücklich die Nichtigkeit entgegenstehender Vereinbarungen festlege²⁴. Auf der anderen Seite umfasse die Tätigkeit der Gemeinschaft nach Art. 3 Abs. 1 g und j EG auch „eine Sozialpolitik“, die sich in zahlreichen Vorschriften niederschläge²⁵. Im Abschluss wird ausgeführt:

Zwar sind mit TV zwischen Organisationen, die die AG und die AN vertreten, zwangsläufig gewisse den Wettbewerb beschränkende Wirkungen verbunden. Die Erreichung der mit derartigen Verträgen angestrebten sozialpolitischen Ziele wäre jedoch ernsthaft gefährdet, wenn für die Sozialpartner bei der gemeinsamen Suche nach Maßnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen Art. 81 Abs. 1 Geltung hätte.

Daraus wird dann 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.

18 Weiterführend *Joerges-Rödl*, Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rspr. im Umgang mit dem „sozialen Defizit“ des Integrationsprojekts. Ein Beitrag aus Anlass der Urteile des *EuGH* in den Rechtssachen *Viking* und *Laval*, ZERP-Diskussionspapier 2/2008, S. 13 ff.

19 RL 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. 27.12.2006, Nr. L 376/36.

20 Zu weiteren Einzelheiten s. *Körner*, EU-Dienstleistungsrichtlinie und Arbeitsrecht, NZA 2007, 233, 237.

21 *EuGH* 18.12.2007 – C-341/05 – AuR 2008, 59 ff.

22 Kritisch zur Ausdehnung der *EuGH*-Kompetenzen auf der Grundlage der Schlussanträge der Generalanwälte in den Rechtssachen *Viking* und *Laval* *Schiek*, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2007, Teil 1 D 70 ff.; *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht § 10 Rn. 12; *Rebhahn*, Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall *Viking*, ZESAR 2008, 109, 113.

23 *EuGH* 21.9.99 – Rs. C-67/96, Albany, AuR 2000, 26, mit Anm. *Blanke*.

24 *EuGH* aaO., Rn. 53.

25 Eingehend im Urteil dargestellt in Rn. 55–58.

Damit sind TV aus dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Abreden ausgenommen. Dies auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit zu übertragen, könnte nahe liegen, doch hat der *EuGH* in der Viking-Entscheidung einen solchen Schritt abgelehnt. Dabei stützte er sich auf 3 Erwägungen:

(1) Unter Rn. 52 meint der *Gerichtshof*, es lasse sich „nicht sagen, dass mit der Wahrnehmung der Koalitionsfreiheit selbst und des Rechts auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme zwangsläufig eine gewisse Beeinträchtigung der genannten Grundfreiheiten verbunden wäre.“ Dies überrascht, zumal jede inhaltliche Untermauerung dieses Arguments fehlt²⁶. Bei grenzüberschreitendem Bezug sind nicht nur die Wettbewerbsregeln der Art. 81 ff. tangiert. Vielmehr kommen mindestens in gleicher Weise Niederlassungs- und insbes. Dienstleistungsfreiheit ins Spiel. Dies zeigt der Albany-Fall, in dem eine aus einem anderen Mitgliedstaat stammende Versicherungsgesellschaft die zusätzliche Altersversorgung übernehmen wollte²⁷. Weiter kann die tarifliche Erschwerung der Betriebsverlagerung als Einschränkung der Niederlassungsfreiheit gesehen werden; die ggf. durch einen Sozialplan verursachten Kosten machen die Ausübung der Grundfreiheit „weniger attraktiv“. Umgekehrt können – selten erwähnt – besonders niedrige Tariflöhne in einem Land die Dienstleistungsfreiheit von UN aus solchen Mitgliedstaaten zunichte machen, die ein besonders hohes Lohnniveau beachten müssen. Wo die Grenze im Einzelnen verläuft, mag zweifelhaft sein – an der potentiellen Kollision ist genauso wenig wie im Bereich des Wettbewerbsrechts zu zweifeln²⁸. Fehlt demgegenüber wie auf einem rein lokalen Markt ein grenzüberschreitender Bezug, so scheidet die Anwendung der Art. 81 ff. EG aus, weil der Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt werden kann. In gleicher Weise wären hier auch Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit ohne Bedeutung, da sich die Beteiligten außerhalb des Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts bewegen²⁹.

(2) In Rn. 53 bringt der *EuGH* sein zweites Argument:

... dass der Umstand, dass eine Vereinbarung oder eine Tätigkeit dem Anwendungsbereich der Vertragsbestimmungen über den Wettbewerb entzogen ist, nicht zur Folge hat, dass diese Vereinbarung oder diese Tätigkeit auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Vertragsbestimmungen über die Freizügigkeit und den freien Dienstleistungsverkehr liegt, da die genannten Bestimmungen jeweils eigenen Anwendungsvoraussetzungen gehorchen (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 18.7.2006, Meca-Medina ...).

Diese Ausführungen sind ohne eigenständigen Begründungswert. Niemand behauptet, die Anwendungsvoraussetzungen der Art. 81 ff. und der Grundfreiheiten müssten in jeder Hinsicht identisch sein, wengleich es in beiden Fällen um unternehmerische Betätigung geht. Entscheidender Gesichtspunkt in der Albany-Entscheidung war, dass TV ihre sozialpolitische Funktion nicht erfüllen können, wenn sie dem Wettbewerbsrecht unterliegen. Gilt dasselbe auch für die Überprüfung am Maßstab der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit, so kann es ersichtlich nicht darauf ankommen, dass beide Gruppen von Rechtsnormen in anderen Zusammenhängen möglicherweise unterschiedliche Anwendungsvoraussetzungen besitzen³⁰.

(3) Unter Rn. 54 der Viking-Entscheidung erinnert der *EuGH* daran, er habe bereits entschieden, dass Tarifklauseln nicht dem Anwendungsbereich der Vertragsbestimmungen über die Freizügigkeit entzogen seien. Dies trifft zwar zu, doch ist dabei nicht berücksichtigt, dass die Beachtung der Arbeitnehmerfreizügigkeit allenfalls Randkorrekturen an TV verlangt. Im Gegensatz dazu kann die Beru-

fung auf Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit einen tariflichen Kompromiss von vorneherein unmöglich machen, weil die unternehmerische Freiheit einen dafür notwendigen Eingriff nicht zulässt: Für das praktische Funktionieren eines Kollektivvertragsystems macht es einen fundamentalen Unterschied, ob lediglich bestimmte Arbeitnehmergruppen nicht diskriminiert oder in ihren Beschäftigungschancen behindert werden dürfen oder ob der Gegenseite umfassende Freiheitsrechte eingeräumt werden³¹. Die Nichtanwendung der Albany-Rspr. stellt unter diesen Umständen einen Bruch in der Rspr. dar, der nicht mit ausreichenden Argumenten begründet ist.

III. Schutzbereich und Drittwirkung der Niederlassungsfreiheit

1. Schutzbereich

Art. 43 Abs. 1 EG ist unmittelbar geltendes Recht und gibt den einzelnen Unionsbürgern die Befugnis, sich in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen; Einschränkungen sind nur nach Maßgabe der Art. 45 ff. EG zulässig. Diese Grundfreiheit war ursprünglich ein Diskriminierungsverbot, schloss also lediglich Regelungen des Niederlassungsstaats aus, die an die Berufsaufnahme von EG-Ausländern höhere Anforderungen als an die von Inländern stellten³². Im Laufe der Jahrzehnte wurden die Grundfreiheiten zu „Beschränkungsverboten“ weiterentwickelt. Im Bereich der Niederlassungsfreiheit geschah dies insbes. durch die Gebhard-Entscheidung des *EuGH*³³. Auch wenn inländische und ausländische UN in gleicher Weise betroffen sind, liegt ein Eingriff in die fragliche Grundfreiheit vor. Damit soll für alle UN aus der Gemeinschaft gleicher Marktzutritt möglich gemacht werden. Weiter ist durch die Niederlassungsfreiheit nicht nur eine Maßnahme verboten, die die Niederlassung unmöglich macht oder wesentlich behindert. Vielmehr genügt es bereits, dass diese „weniger attraktiv“ wird³⁴.

Ungestellt bleibt weiter die Frage, ob es bei der Ausübung der Niederlassungsfreiheit Missbrauchsgrenzen gibt, die etwa dann überschritten sein könnten, wenn im anderen Land lediglich eine Briefkastenfirma zu dem Zweck errichtet wird, Seeleute zu Löhnen beschäftigen zu können, die im Inland als sittenwidrig qualifiziert würden. Eine solche Überlegung mag sich im Viking-Fall nicht unbedingt aufgedrängt haben, da die geplante estnische Tochter vor Ort auch Personal rekrutiert, also nicht nur als leere Hülle gedient

26 Kritisiert auch bei A. C. L. Davies, One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval cases in the ECJ, Industrial Law Journal (ILJ) 37 (2008) 126, 134.

27 *EuGH* 21.9.99, Fn. 23; in DB 2000, 826 wird darauf verwiesen, die fragliche Firma habe auch einen Verstoß gegen Art. 43 und 49 EG-V gerügt (wiedergegeben auch in *EuGH* Slg. 1999, I-5751), doch ging der *EuGH* dem offensichtlich nicht nach.

28 Dies ist nicht ausreichend berücksichtigt bei Bayreuther, *EuZA* 2008, 401. Die Unterstellung unter das Wettbewerbsrecht hätte im Übrigen keineswegs automatisch eine generelle Unzulässigkeit von TV zur Folge. Dies zeigt etwa das Urteil des Gerichtshofs Pavlov (Slg. 2000, I-6497), wo ein dem Albany-Fall vergleichbares Pensionssystem für niedergelassene Ärzte an Art. 81 EG-V gemessen und für rechtmäßig befunden wurde.

29 Zur Problematik s. auch Rebhahn, aaO., *ZESAR* 2008, 109, 113.

30 Die vom *EuGH* weiter in Bezug genommene Entscheidung 18.7.2006 (Meca-Medina und Majcen/Kommission, C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991) enthält keine weitergehenden Erwägungen.

31 Vgl. dazu auch Davies, aaO., ILJ 37 (2008) 136.

32 S. *EuGH* 4.4.74 – C-167/73, *EuGHE* 1974, 359 Rn. 44 f.

33 *EuGH* 30.11.95 – C-55/94, Slg. 1995, I-4165 = *JZ* 1996, 465, 467 mit Anm. Ehlers-Lackhoff.

34 *EuGH* 3.10.2000 – C-58/98, Slg. 2000, I-7919 – Corsten Rn. 33.

hätte – dennoch kann sich in anderen in der Seeschifffahrt durchaus üblichen Fällen genau dieses Problem stellen³⁵. Eine vergleichbare Entwicklung hin zum Beschränkungsverbot nahmen die übrigen Grundfreiheiten³⁶.

2. Drittwirkung

Nach der Rspr. des *EuGH* haben die Grundfreiheiten jedenfalls insoweit „Drittwirkung“, als sie auch gegenüber privater Gesetzgebung wirken. Dies ist für die Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Bosman-Entscheidung herausgearbeitet worden³⁷, gilt jedoch auch für die übrigen Freiheiten. In der Viking-Entscheidung konnte sich der *EuGH* deshalb mit der Feststellung begnügen, nach seiner st. Rspr. würden die Art. 39, 43 und 49 EG nicht nur für Akte der staatlichen Behörden gelten, sondern sich auch auf Regelwerke anderer Art erstrecken, die die abhängige Erwerbstätigkeit bzw. selbstständige Arbeit und die Erbringung von Dienstleistungen kollektiv gestalten sollen³⁸. Da Arbeitsbedingungen in den einzelnen Mitgliedstaaten z. T. durch Gesetz, z. T. durch Kollektivverträge oder sonstige Maßnahmen von Privatpersonen festgelegt würden, wären Ungleichheiten nicht vermeidbar, wollte man allein auf staatliches Handeln abstellen. Dies hat erhebliche Auswirkungen auch auf kollektive Maßnahmen. Diese seien im konkreten Fall untrennbar mit einem TV verbunden, so dass sie genau wie diese am Maßstab des Art. 43 EG zu überprüfen seien³⁹ und deshalb einer besonderen Rechtfertigung bedürfen⁴⁰.

Die Rspr. des *EuGH* führt dazu, dass Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit eine herausgehobene Grundrechtsqualität gewinnen. Ohne dass dies in der Lit. bisher mit der notwendigen Deutlichkeit betont worden wäre, hat die Weiterentwicklung der Grundfreiheiten zu einem Beschränkungsverbot zur Folge, dass eine gemeinschaftsrechtliche Garantie freier unternehmerischer Betätigung entsteht. Wann immer sich UN einer staatlichen oder tariflichen Beschränkung ihrer Handlungsfreiheit ausgesetzt sehen, können sie sich auf die Niederlassungs- oder die Dienstleistungsfreiheit berufen. Rein innerstaatliche Sachverhalte, die nicht in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen, existieren nur auf lokalen Märkten, denen jede grenzüberschreitende Dimension fehlt. Im Regelfall sind auf dem Markt ausländische Konzernunternehmen oder andere wirtschaftliche Einheiten präsent, die sich z. B. gegen Regelungen der nationalen Wirtschaftsaufsicht oder tarifliche Standards unter Hinweis auf ihre Grundfreiheiten zur Wehr setzen könnten. In Deutschland wird die Berufung auf Art. 12 Abs. 1 oder Art. 14 Abs. 1 GG überflüssig, die Sozialbindung des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG durch das Gemeinschaftsrecht überlagert⁴¹. Besonders weitreichend sind die Konsequenzen für die tarifliche Rechtsetzung. Die im deutschen Recht bisher angenommene mittelbare Bindung an Freiheitsrechte des AG⁴² wird durch eine unmittelbare Bindung ersetzt. Damit werden die Handlungsmöglichkeiten der Arbeitnehmerseite drastisch eingeschränkt: Nur soweit die Betätigungsfreiheit der Gegenseite Ausnahmen zulässt, wären tarifliche Kompromisse und ein darum geführter Arbeitskampf noch zulässig.

Aus dem paritätischen Verhandlungssystem des Art. 9 Abs. 3 GG wird ein disparitätisches gemacht, bei dem die eine Position „gesetzt“ ist, während die andere zur begründungsbedürftigen Ausnahme wird⁴³. Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für Tarifautonomie und Arbeitskampf sind nicht die des Grundgesetzes, entsprechen ihrer Struktur nach aber auch nicht dem in anderen Mitgliedstaaten bestehenden Rechtszustand⁴⁴.

IV. Gerechtfertigte kollektive Maßnahmen als Ergebnis eines Abwägungsprozesses

In der Viking-Entscheidung bekennt sich der *EuGH* dazu, das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme einschließlich des Streikrechts „als Grundrecht anzuerkennen, das fester Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ist“⁴⁵. Zu den Rechtsgrundlagen wird in Rn. 43 gesagt:

... dass das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme einschließlich des Streikrechts sowohl in unterschiedlichen internationalen Rechtsakten, bei denen die Mitgliedstaaten mitgewirkt haben oder denen sie beigetreten sind – wie der am 18.10.1961 in Turin unterzeichneten Europäischen Sozialcharta, die überdies ausdrücklich in Art. 136 EG erwähnt wird, und dem am 9.7.48 von der IAO angenommenen Übereinkommen 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes –, als auch in Rechtsakten anerkannt wird, die die Mitgliedstaaten auf Gemeinschaftsebene oder im Rahmen der Union erarbeitet haben, wie der anlässlich der Sitzung des Europarats in Straßburg (? – WD) am 9.12.89 angenommenen und ebenfalls in Art. 136 EG erwähnten Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der AN und der am 7.12.2000 in Nizza proklamierten Charta der Grundrechte der EU (ABl. C-364, S. 1)

Im Folgenden wird betont, der *Gerichtshof* habe bereits entschieden, dass der Grundrechtsschutz ein berechtigtes Interesse darstelle, das grundsätzlich geeignet sei, Grundfreiheiten wie Warenverkehrsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit zu beschränken. Für den ersten Bereich wurde auf die Schmidberger-Entscheidung⁴⁶, für den zweiten auf die Omega-Entscheidung⁴⁷ verwiesen. Diese „Beschränkungseignung“ der Grundrechte wird in Rn. 46 weiter spezifiziert:

Allerdings hat der Gerichtshof in den Urteilen Schmidberger und Omega entschieden, dass die Ausübung der dort betroffenen Grundrechte, nämlich der Meinungs- und Versammlungsfreiheit sowie der Menschenwürde, nicht außerhalb des Anwendungsbereichs der Bestimmungen des Vertrags liegt und dass sie mit den Erfordernissen hinsichtlich der durch den Vertrag geschützten Rechte in Einklang gebracht werden und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen muss (vgl. in diesem Sinne Ur. Schmidberger, Rn. 77 und Omega, Rn. 36).

35 Darauf verweist *Ballestrero*, Fn. 14, 371, 374.

36 Näher dazu *Schiek*, Europäisches Arbeitsrecht, aaO., Teil I C Rn. 81 ff.; s. etwa *EuGH* 27.01.2000 – C-190/98 – Slg. 2000, I-493, Graf, wo in Rn. 18 ausdrücklich betont wird, es gehe nicht nur um unmittelbare oder mittelbare Diskriminierungen (wegen der Staatsangehörigkeit).

37 *EuGH* 15.12.95, C-415/93, Slg. 1995, I-4921 = AuR 1996, 196, mit Anm. *Blanpain*.

38 *EuGH*, AuR 2008, 56 Rn. 33.

39 *EuGH*, AuR 2008, 56 Rn. 33.

40 Der Schluss vom TV als zu kontrollierender normativer Ordnung auf die kollektiven Maßnahmen ist keineswegs zwingend. Im einen Fall geht es um verbindliche Regeln, im andern um ein Verfahren, wie man zu ihnen kommt. Vgl. *Ballestrero*, Fn. 14, 371, 376. Auch sind in vielen Mitgliedstaaten Streiks keineswegs auf tarifliche Ziele beschränkt.

41 *Davies* ILJ 37 (2008) 137, verweist darauf, dass auch Verbraucherinitiativen als (rechtswidriger) Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit qualifiziert werden könnten.

42 Zum Stand der Rspr. s. die Nachw. bei *Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl., Reinbek 2006 Rn. 241; *Schiek*, in: *Däubler* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmerentsendegesetz, 2. Aufl., Baden-Baden 2006, Einl. Rn. 204 ff.

43 Zur andersartigen Vorgehensweise im Steuerrecht, wo lediglich auf einen diskriminierenden Effekt abgestellt wird, s. *Barnard*, Employment Rights, Free Movement under the EC-Treaty and the Services Directive, Edinburgh Europa Institute, Mitchell Working Paper Series No. 5/2008, S. 7 m. w. N.

44 Vgl. *Davies*, ILJ 37 (2008) 141; *Ballestrero*, Fn. 14, 371, 375.

45 *EuGH* AuR 2008, 57 Rn. 44.

46 *EuGH* 12.6.2003 – C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Rn. 74.

47 *EuGH* 14.10.2004 – C-36/02, Slg. 2004, I-9609, Rn. 35.

Daraus wird in Rn. 47 nur der Schluss gezogen, dass das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme trotz seines grundlegenden Charakters nichts an der Anwendbarkeit von Art. 43 EG ändere. Der eigentliche Abwägungsvorgang erfolgt dann erstaunlicherweise ohne Rückgriff auf das so „grundlegende“ Recht auf kollektive Maßnahmen: Zunächst wird festgestellt, dass ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit vorliege, da die beabsichtigte kollektive Maßnahme zur Folge habe, die Niederlassung in Estland „weniger attraktiv und sogar zwecklos zu machen“ (Rn. 72). Auch eine Unterstützung des Kampfes der ITF gegen Billigflaggen sei zumindest geeignet, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit durch Viking zu beschränken. Eingriffe dieser Art müssten durch „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ gerechtfertigt sein. Die Maßnahme müsse außerdem geeignet sein, die Erreichung des verfolgten Zieles zu gewährleisten, und dürfe nicht über das Erforderliche hinausgehen (Rn. 75).

Der Schutz der AN gehört zu den „zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“. Dies wird durch Hinweis auf Art. 3 Abs. 1 c und j des EG-Vertrages untermauert, wonach die Tätigkeit der Gemeinschaft auch „eine Sozialpolitik“ umfasse; zudem sei es nach Art. 2 EG Aufgabe der Gemeinschaft, „eine harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens sowie ein hohes Beschäftigungsniveau und ein hohes Maß an sozialem Schutz zu fördern. Es habe daher eine Abwägung der Grundfreiheiten gegen die „mit der Sozialpolitik verfolgten Ziele“ stattzufinden, zu denen auch die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen gehöre (Rn. 79). Das vorl. Gericht habe zu prüfen, ob die fraglichen Maßnahmen dem Schutz der AN galten. Dies wäre etwa dann nicht der Fall, wenn die Arbeitsplätze oder Arbeitsbedingungen durch das geplante Ausflaggen gar nicht ernstlich bedroht gewesen wären. Auch sei zu prüfen, ob es mildere, die Niederlassungsfreiheit weniger beschränkende Mittel gegeben habe, um zu einem Tarifabschluss mit Viking zu gelangen (Rn. 87).

An diesen Ausführungen sind verschiedene Dinge zu kritisieren. Zum einen bleibt die Grundrechtsgarantie der kollektiven Maßnahmen einschließlich des Streikrechts praktisch folgenlos, wenn es um die Vorgaben geht, nach denen das nationale Gericht die Rechtmäßigkeit des angedrohten Streiks zu prüfen hat. An die Stelle des Grundrechts werden sozialpolitische Ziele der Gemeinschaft gesetzt, deren Verfolgung einer konkreten gerichtlichen Kontrolle unterliegt⁴⁸. Damit unterscheidet sich das Vorgehen des *Gerichtshofs* von dem im Fall Schmidberger: Dort wurde das Grundrecht der Versammlungsfreiheit gegen die Warenverkehrsfreiheit abgewogen, hier standen sich nicht Streikrecht und Niederlassungsfreiheit, sondern allein konkrete sozialpolitische Ziele und Niederlassungsfreiheit gegenüber, die zudem nur im Rahmen des Geeigneten und Erforderlichen verfolgt werden dürfen⁴⁹. Während die Ausübung eines Grundrechts an sich keiner Verhältnismäßigkeitskontrolle unterliegt, erscheint dies bei bloßen sozialpolitischen Zwecken sehr viel plausibler⁵⁰. Außerdem bleibt von der Autonomie der Sozialpartner, selbst über die zu verfolgenden Ziele und die einzusetzenden Mittel zu verfügen, nichts mehr übrig – vergleichbar einem Demonstrationsrecht, das nur dann Anerkennung findet, wenn sich die verfolgten („guten“) Ziele in einem Abwägungsprozess mit der betr. Grundfreiheit als gewichtiger erweisen⁵¹. Im Ergebnis wird so das Grundrecht auf Kollektivmaßnahmen zu einer leeren Deklaration, was in der Lit. zu der Vermutung führte, es gehe darum, „die Unterwerfung der kollektiven Maßnahmen unter die Grundfreiheiten rhetorisch abzufedern“⁵².

Auch auf der Ebene der Verlautbarung wird der Grundrechtsschutz in unzumutbarer Weise relativiert. Nicht nur die Meinungs- und die Versammlungsfreiheit, sondern auch die Menschenwürde müssen nach dem in Rn. 46 Gesagten mit den Erfordernissen der durch den

Vertrag geschützten Rechte, d. h. der Grundfreiheiten, in Einklang gebracht werden; dabei sei der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Die Vorstellung, die Menschenwürde sei nicht mehr absolut, sondern nur noch im Rahmen eines Abwägungsprozesses mit Marktfreiheiten geschützt, entfernt sich weit von dem Grundrechtsschutz, wie er sich etwa in Deutschland oder Frankreich entwickelt hat. Im Gegensatz dazu wurde bei Schmidberger noch zwischen uneinschränkbar und einschränkbar Grundrechten unterschieden, nur bei Letzteren war eine Abwägung mit den Grundfreiheiten vorgenommen worden⁵³. Darauf ist in der Viking-Entscheidung nicht Bezug genommen worden, die lediglich Rn. 77 des Schmidberger-Urteils erwähnt, in dem ausschließlich von den Grundrechten der Meinungsäußerung und der Versammlungsfreiheit die Rede ist.

Angesichts dieser Umstände erscheint es in hohem Maße zweifelhaft, inwieweit die Voraussetzungen noch gegeben sind, unter denen das *BVerfG* auf eine Überprüfung von Rechtsakten der Gemeinschaft am Maßstab der Grundrechte des GG verzichtet hat. Diese „Bedingung“ ist im Leitsatz 2 der Solange-II-Entscheidung formuliert⁵⁴ und in der Maastricht-Entscheidung aufrechterhalten worden⁵⁵. Danach gilt:

Solange die EG, insbes. die Rspr. des *EuGH* einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom GG als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, wird das *BVerfG* seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte oder Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des GG überprüfen; entsprechende Vorlagen nach Art. 100 Abs. 1 GG sind somit unzulässig.

Dabei besteht eine kooperative Arbeitsteilung derart, dass der *EuGH* den Grundrechtsschutz im Einzelfall übernimmt und das *BVerfG* von seinen Kompetenzen erst dann wieder Gebrauch macht, wenn der EG-Grundrechtsschutz „generell“ hinter dem deutschen Niveau zurückbleibt, insbes. den Wesensgehalt der Grundrechte nicht mehr wahrt⁵⁶. Den Schutz der Menschenwürde in der angegebenen Weise zu relativieren, wie dies der *EuGH* in der Viking- und auch der Laval-Entscheidung⁵⁷ getan hat, stellt die generelle Gleichwertigkeit des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes in Frage⁵⁸. Ein Ausweg aus dieser Kollisionslage könnte darin liegen, dass man die

48 Kritisch insoweit auch *Bayreuther*, EuZA 2008, 401.

49 Kritisch in diesem Punkt auch *Davies*, ILJ 37 (2008) 142.

50 Kritisch auch *Lo Faro*, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, *Lavoro e Diritto* XXII (2008), 63, 93.

51 Darauf verweist auch *Ballestrero*, Fn. 14, 371, 383; eingehend *Kocher*, *Kollektivverhandlungen und Tarifautonomie – welche Rolle spielt das europäische Recht?* AuR 2008, 13, 16 ff. S. auch die Bemerkungen von *Sciarra*, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, *Lavoro e Diritto* XXII (2008) 245, 267.

52 So *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 111.

53 *EuGH* 12.06.2003 – C-112/00 – *EuZW* 2003, 592, 596, Rn. 80.

54 *BVerfGE* 73, 339 ff. = *JZ* 1987, 236 ff.

55 *BVerfG* *JZ* 1993, 1100 ff. = *EuZW* 1993, 667 ff.

56 Dazu *Götz*, *JZ* 1991, 1081, 1083 unter Bezugnahme auf *Kirchhof*, *EuR* Beiheft 1/1991, 11, 24 ff.

57 *EuGH*, AuR 2008, 59, 52 Rn. 94.

58 *Scharpf*, (Die Mitbestimmung Heft 7+8/2008 S. 18, 22) schlägt vor, dem *EuGH* den Gehorsam zu verweigern und an den Ministerrat zu appellieren, den Konflikt politisch zu lösen. Dies steht durchaus im Einklang mit der Rspr. des *BVerfG*.

Notwendigkeit, Arbeitnehmerrechte einschließlich der Tarifautonomie nicht nur als „zwingende Erfordernisse“ betrachtet, die im Rahmen des Erforderlichen Eingriffe in die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit ermöglichen. Stattdessen wäre – wie oben unter II 1 und 2 mit anderen Überlegungen gerechtfertigt – die Organisation des Arbeitsmarktes zu einem eigenständigen Bereich zu erklären, so dass jedenfalls bei Arbeitnehmergrundrechten die Kollision mit den Grundfreiheiten vermieden wäre. Der durch Letztere garantierte Wettbewerb würde sich auf einen Leistungswettbewerb beschränken, den Sozialkostenwettbewerb jedoch grundsätzlich ausklammern. Außerhalb dieses Bereichs wäre verstärkt über eine nur mittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten nachzudenken. Insoweit könnte auf wichtige Vorarbeiten von *Canaris* aufgebaut werden⁵⁹.

D. Prüfung auf Grundlage der Viking-Entscheidung

I. Streik gegen Verlagerung

Die Streikdrohung der finnischen Seeleutegewerkschaft genügt nach Auffassung des *EuGH* „auf den ersten Blick“ den Anforderungen für einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit, weil sie „mit guten Gründen als dem Ziel des Arbeitnehmerschutzes dienend“ angesehen werden könne (Rn. 81). Allerdings soll dies nur dann gelten, wenn die „fraglichen Arbeitsplätze oder Arbeitsbedingungen“ ernstlich bedroht waren. Eine Zusage der Arbeitgeberseite, keine Kündigungen vorzunehmen, würde dies nicht ausschließen; vielmehr müsste dasselbe Maß an Verbindlichkeit wie bei Vorliegen eines TV gegeben sein⁶⁰. Nach aller Erfahrung dürfte der „Gefährdungstatbestand“ in der Praxis so gut wie immer erfüllt sein⁶¹. Die Verlängerung befristeter Verträge könnte gleichfalls ein Streikziel sein, da es auch insoweit um Erhaltung des Status quo geht. Bemerkenswert ist, dass die finnische Seeleutegewerkschaft zunächst einen Verzicht auf das Umflaggungsvorhaben verlangte (Urteil, Rn. 13), dann jedoch nur noch die Bedingung aufstellte, unabhängig von einer etwaigen Umflaggung müssten weiterhin das finnische Recht und die bisherigen Kollektivverträge angewandt werden (Rn. 15) – eine Differenzierung, der der *Gerichtshof* keine Bedeutung beimäß⁶². Insoweit könnte auch die Verhinderung des Ausflaggens als solche Streikziel sein, soweit die allgemeinen Voraussetzungen erfüllt sind.

Weitere Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen sind Geeignetheit und Erforderlichkeit der Arbeitsniederlegung. Dabei ist es letztlich Sache des nationalen Gerichts, zu klären, ob im konkreten Fall mildere Mittel zur Verfügung standen⁶³. Auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene bleiben die Konturen des Verhältnismäßigkeitsprinzips allerdings unsicher⁶⁴. Der Mitgliedstaat ist jedoch nicht verpflichtet, von sich aus für mildere Mittel zu sorgen. Lässt sich ohne Arbeitsniederlegung ersichtlich keine Einigung erreichen, ist diese auch nach den Vorgaben des *EuGH* zulässig. Dabei wird man es als legitim ansehen müssen, dass die Gewerkschaft wie im deutschen Recht selbst bestimmt, von welchem Zeitpunkt an sie ein „druckfreies“ Verhandeln für sinnlos erachtet⁶⁵.

Die „kollektiven Maßnahmen“, deren rechtliche Garantie der *EuGH* bejaht (Urteil, Rn. 77 ff.), sind nicht auf den Streik beschränkt. Vielmehr sind wie im Fall *Laval*⁶⁶ auch Solidaritätsaktionen und Boykotts umfasst⁶⁷. Insoweit macht es keinen Unterschied, ob wie bei *Viking* die Seeleute selbst streiken oder ob Kampfmaßnahmen wie bei *Laval* von Dritten praktiziert werden. Auch der Boykott der Hafnarbeiter ist daher nach Gemeinschaftsrecht legal, sofern es um die Erhaltung der bisherigen Arbeitsbedingungen geht.

II. Zulässigkeit der ITF-Aktion

Im *Viking-Fall* hatte die ITF ihre Mitgliedsgewerkschaften aufgefordert, das ausschließliche Verhandlungsrecht der finnischen Gewerkschaft zu respektieren und keinen TV mit diesem UN oder seiner estnischen Tochtergesellschaft abzuschließen. Die dazu vom *EuGH* getroffenen Aussagen wurden in der Lit. so aufgefasst, als habe der *Gerichtshof* insoweit einen definitiven Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht angenommen⁶⁸.

Das trifft in dieser Allgemeinheit nicht zu. In Rn. 88 ist in der Tat zunächst davon die Rede, eine Politik sei nicht zu rechtfertigen, die darauf hinauslaufe, dass Reeder ihre Schiffe nur noch in einem Mitgliedstaat registrieren lassen können, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen. Im folgenden Satz heißt es jedoch, es sei „allerdings“ festzustellen, dass die genannte Politik auch das Ziel des Schutzes und der Verbesserung der Arbeitsbedingungen der Seeleute verfolge. Dies kann im Kontext der Argumentation nur bedeuten, dass insoweit eine Rechtfertigungsmöglichkeit gesehen wird. In der nächsten Textziffer wird ausgeführt, dass das ausschließliche Verhandlungsrecht der Gewerkschaft im Staat der wirtschaftlichen Eigentümer auch dann bestehe, wenn das Schiff in einen Staat ausgeflaggt werden solle, der den AN einen höheren Schutz gewähre; das aber lasse sich nicht rechtfertigen. Dies mag bei formalistischer Auslegung der ITF-Dokumente so sein, hat jedoch mit der Realität nicht das geringste zu tun: Ausflaggungen erfolgen seit Jahrzehnten aus Gründen der Einsparung von Personalkosten, Fälle des Umflaggens in ein „besseres“ Land sind nicht bekannt und würden mit Sicherheit nicht am gewerkschaftlichen Widerstand scheitern⁶⁹. Durch Klarstellung, dass das ausschließliche Verhandlungsrecht nur bei drohenden Verschlechterungen gelte, kann die ITF den Anforderungen des *EuGH* unschwer Rechnung tragen. In diesem Fall gelten die Ausführungen in Rn. 90, wonach zwar in die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EG eingegriffen werde, dies jedoch durch den Arbeitnehmerschutz gerechtfertigt sei, sofern sich die Maßnahme als geeignet und erforderlich erweise⁷⁰.

59 *Canaris*, Mittelbare Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: Bauer/Czybulka u. a. (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, Tübingen 2002, S. 29 ff.

60 *EuGH*, AuR 2008, 55, 58 Rn. 82 („rechtlich gesehen ebenso verbindlich wie die Klauseln eines TV“). Dies übersieht *Voß*, Europäischer Gerichtshof setzt der ITF Grenzen, *Hansa* Nr. 2/2008, S. 57.

61 Ebenso *Bayreuther*, *EuZA* 2008, 402.

62 Zutreffend *Bayreuther*, *EuZA* 2008, 404 ff., der darin gleichfalls eine Relativierung der unternehmerischen Freiheit sieht, die mittelfristig auch vom deutschen Recht nachvollzogen werde.

63 So auch *Zwanziger*, Arbeitskampf- und Tarifrecht nach den *EuGH*-Entscheidungen „*Laval*“ und „*Viking*“, *DB* 2008, 297.

64 So zutreffend *Rebhahn*, *ZESAR* 2008, 109, 116.

65 *S. BAG*, *NZA* 1988, 846 = *DB* 1988, 1952; Einzelheiten bei *Däubler*, *Arbeitsrecht* 1, Rn. 523.

66 *EuGH*, AuR 2008, 59.

67 Ebenso *Rebhahn*, *ZESAR* 2008, 109, 116.

68 *Barnard*, aaO., S. 13; *Rebhahn*, *ZESAR* 2008, 109, 116; *Wendeling-Schröder*, Streikrecht und gemeinschaftsrechtliche Grundfreiheiten, *AiB* 2008, 179, 183.

69 Ebenso im Ergebnis *Bayreuther*, *EuZA* 2008, 403; von „*curiosa condizione*“ spricht *Lo Faro*, *Fn. 50, Lavoro e Diritto* XXII (2008) 63, 92.

70 Für Rechtmäßigkeit der ITF-Aktionen auf der Grundlage der Schlussanträge der Generalanwälte bereits *Reich*, Gemeinschaftliche Verkehrsfreiheiten versus Nationales Arbeitskampfrecht, *EuZW* 2007, 391, 393.

III. Kampf um Arbeitsbedingungen auf ausgeflaggten Schiffen

Keine unmittelbare Aussage machte der *EuGH* zu der Frage, ob Seeleutestreiks und insbes. Hafentarbeiterboykotts gemeinschaftsrechtliche Grenzen zu beachten haben, wenn die Ausflagung bereits stattgefunden hat und es allein darum geht, die Bedingungen des Muster-TV der ITF durchzusetzen⁷¹. Betroffen ist in diesen Fällen die Dienstleistungsfreiheit, garantiert in der VO Nr. 4055/86 v. 22.12.86. Sie erstreckt sich nach Art. 1 Abs. 2 auch auf Staatsangehörige der Mitgliedstaaten, die in einem Drittstaat ansässig sind, doch gilt dies nur, wenn die Schiffe in dem Mitgliedstaat registriert sind, dem die wirtschaftlichen Eigentümer angehören⁷². Es kann also nur um Billig-Flaggen aus einem EU-Mitgliedstaat gehen. Soweit Schiffe zwar in der EU registriert, aber auf Zeit an eine Gesellschaft in einem Billig-Flaggen-Land verchartert sind, ist die EG-Dienstleistungsfreiheit nicht anwendbar, da sie während dieses Zeitraums wie Drittlandschiffe auftreten. Für Eingriffe gelten aufgrund der Verweisung des Art. 3 Abs. 1 der VO dieselben Grundsätze wie im Bereich der Art. 49 ff. EG.

Lässt sich ein Seeleutestreik oder ein Hafentarbeiterboykott mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbaren? Der Muster-TV der ITF ist auf Sicherung eines Mindestniveaus gerichtet, das unabhängig von der Nationalität des Reeders oder seiner Tochtergesellschaft garantiert werden soll. Er hat weltweite Verbreitung und soll möglichst viele Billigflaggenschiffe erfassen. Diskriminierende Elemente sind ihm fremd; es wird allein an die Billig-Flagge, nicht an eine bestimmte

Nationalität angeknüpft. Im Ergebnis führt seine Anerkennung nicht dazu, dass der Marktzugang für bestimmte Anbieter erschwert oder unmöglich gemacht wird; deshalb greift auch das Beschränkungsverbot nicht ein. In der Lit. ist deshalb mit Recht betont worden, es fehle schon an einem Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit⁷³. Auch wenn man dies anders sehen sollte, wäre die Maßnahme jedenfalls durch den Schutz von Arbeitnehmerinteressen gedeckt. Seeleutestreiks wie Hafentarbeiterboykotts unterbrechen die Erbringung von Dienstleistungen nur für kurze Zeit, so dass eine Parallele zum Sachverhalt der Schmidberger-Entscheidung nahe liegt⁷⁴. Andere Möglichkeiten, zu einigermaßen angemessenen Arbeitsbedingungen zu kommen, bestehen nicht, was nicht zuletzt daran deutlich wird, dass die Mehrzahl der Billig-Flaggen-Schiffe trotz langjähriger Bemühungen der ITF nicht zu einem Tarifabschluss veranlasst werden konnte.

71 Wirtschaftlich bewegen sich diese auf einem mittleren Niveau zwischen Entwicklungsländern auf der einen und industrialisierten Ländern auf der anderen Seite.

72 Einzelheiten oben B I 2.

73 *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109, 117.

74 Ähnlich für Streiks bei Eisenbahn und Flugverkehr *Bayreuther EuZA* 2008, 406; dazu auch *Sunnus AuR* 2008, 10.

[Zusammenfassung/Abstract auf S. 459]

Das ILO-Übereinkommen 94 am Morgen nach Ruffert*

Prof. Dr. Niklas Bruun, Helsinki, und Prof. Dr. Antoine Jacobs, Tilburg (NL)

Dieser Aufsatz behandelt das ILO-Übereinkommen 94 und insbes. die Rechtssituation nach der Entscheidung des *EuGH* v. 3. 4. 2008 – C-346/06, Ruffert. Die Autoren stellen fest, dass Sozialklauseln in Wirtschaftsverträgen eine historisch anerkannte und gesicherte Institution des Arbeitsrechts darstellen, die nach wie vor eine bedeutende Rolle zu spielen hat. In Analyse des Ruffert-Falles gelangen sie zu dem Ergebnis eines Konflikts bzw. Widerspruchs zwischen der *EuGH*-Entscheidung und dem ILO-Übereinkommen 94. Die Autoren empfehlen eine Klarstellung der Entsenderrichtlinie 96/71/EG, um diesen Widerspruch aufzulösen. Dieses Thema beschäftigte die EU-Mitgliedstaaten schon im Juni 2008 auf den Beratungen der Internationalen Arbeitskonferenz in Genf zum ILO-Übereinkommen 94.

1. Historische Entwicklung von Arbeitsbestimmungen in öffentlichen Verträgen

Das im ILO-Übereinkommen 94 niedergelegte Rechtsinstrument über Arbeitsklauseln in öffentlichen Verträgen hat tiefe Wurzeln in der Geschichte des modernen Arbeitsrechts. Seine Spuren lassen sich bis zum Jahr 1891 zurück verfolgen, als das Britische Unterhaus die sog. „Fair Wages Resolution“ annahm. Nach dieser Entschliebung hatten öffentliche Behörden in ihren Verträgen mit privaten Gesellschaften „faire Vergütungen“ für deren Arbeiter zu vereinbaren. Die genaue Festlegung der „Fair Wages“ konnte durch Verweis auf den jeweiligen Branchentarifvertrag erfolgen. Ähnliche Bestimmungen wurden später in die Gesetzgebung zu Lizenzen, Subven-

tionen usw. aufgenommen. Staatliche Unternehmen und kommunale Verwaltungen übernahmen diese Politik in ihren Verträgen mit privaten Gesellschaften. Die Fair Wages Resolution des Unterhauses aus dem Jahr 1891 wurde 1909 und 1946 überarbeitet¹.

* Übersetzung aus dem englischen Original: *Brigitte und Rudolf Buschmann*, Kassel. Die Originalfassung der im wesentlichen auf die internationale Literatur orientierten Fußnoten wurde beibehalten und nur geringfügig um deutsche Fundstellen ergänzt. Aus Gründen der Vereinfachung wurde auch die engl. Abkürzung ILO (International Labour Organisation) beibehalten; deutsch IAO (Internationale Arbeitsorganisation). Die Ruffert-Entscheidung des *EuGH* v. 3.4.2008 – C-346/06 ist in *AuR* 2008, p. 452 in diesem Heft auszugsweise dokumentiert.

1 Texts in *Industrial Relations Handbook*, p. 149–152/214–216; R. W. Rideout, *Principles of Labour Law*, 4th ed. London, 1983, p. 357–360; O. Kahn-Freund, *Labour and the Law*, 1st ed., London, 1972, p. 158–160; O. Kahn-Freund, *Labour Relations and the Law*, London, 1965, p. 37–38; B. Bercusson, *Fair Wages Resolutions*, London, 1978; B. L. Adell, *The Legal status of Collective agreements in England, the United States and Canada*, Ontario, 1970, p. 52–54; R. Lewis, 'The Historical Development of Labour Law', *British Journal of Industrial Relations* 1976, p. 1–17; B.A. Hepple & P. O'Higgins, *Encyclopedia of Labour Relations Law*, London/Edinburgh, 1976, p. 1114; B. A. Hepple & P. O'Higgins, *Employment Law*, IVth ed., London, 1981, p. 33–34; J. G. Riddall, *The Law on Industrial Relations*, London, 1981, p. 83–86; A. Flanders, 'The tradition of voluntarism', *British Journal of Industrial Relations*, 1974, p. 357; P. O'Higgins in T. Mayer-Maly (Ed.), *Kollektivverträge in Europa*, Salzburg, 1972, p. 251–256; A. Pelling, *A History of British Trade Unionism*, Harmondsworth, 1979, p. 107; P. B. Beaumont, 'The use of fair wages clauses in government contracts in Britain', *Labour Law Journal*, 1977, p. 147–165; E. P. de Jong, *Een inleiding in het denken over arbeidsconflictenrecht*, Deventer, 1975, p. 45.