

Stellungnahme zur Anhörung des Europa-Ausschusses des Deutschen Bundestags am 6.10.2010

Das Ergebnis vorweg: Bei aller politischen Sympathie, die man für eine Stärkung der Arbeitnehmerrechte hegen mag. Aus juristischer und wohl auch rechtspolitischer Perspektive muss von der Einführung einer sozialen Fortschrittsklausel abgeraten werden:

- Sie ist nicht erforderlich, um die Rechte der Arbeitnehmer zu sichern, die bereits auf der Ebene des Primärrechts verankert sind, vgl. insbesondere das Streikrecht in Art. 28 EuGRC.
- Eine Fortschrittsklausel könnte nur darüber hinausgehen, wenn sie den absoluten Vorrang der Arbeitnehmerrechte vor den Grundfreiheiten anordnen würde. Ein solches „Supergrundrecht“ wäre aber ein Systembruch und auch mit den entgegenstehenden Rechten der Arbeitgeber und der negativen Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer wohl nicht zu vereinbaren.

I. Die Forderung nach einer Sozialen Fortschrittsklausel

Die Debatte um die Aufnahme einer „sozialen Fortschrittsklausel“ in das europäische Primärrecht hat ihren Ausgangspunkt in entsprechenden Forderungen des europäischen Gewerkschaftsbundes im Jahr 2008.¹ In Folge verschiedener Entscheidungen des EuGH, in denen er Arbeitskampfmaßnahmen mit der Begründung für unzulässig erklärt hatte, sie verletzen die von europäischen Grundfreiheiten geschützte wirtschaftliche Freiheit der Arbeitgeber, sah der EGB das Streikrecht und die übrigen sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer gefährdet. Sie drohten durch die Bevorzugung der wirtschaftlichen Freiheiten im Europarecht ausgehöhlt zu werden. Die Aufnahme einer „sozialen Fortschrittsklausel“ in die Verträge sollte sicherstellen, dass den Arbeitnehmerrechten im europäischen Recht mindestens der gleiche Stellenwert eingeräumt wird wie den wirtschaftlichen Freiheiten und dem Binnenmarkt.

¹ Stellungnahme des EGB zu den Urteilen des EuGH in den Fällen Viking und Laval, Entschliebung angenommen vom EGB-Exekutivausschuss auf seiner Sitzung am 4. März in Brüssel, E.179, http://www.etuc.org/IMG/pdf_ResolutionDE-2.pdf.

Die Forderung des EGB hat sich die DIE LINKE in einem Antrag im Bundestag zueigengemacht.² Von der SPD wurde sie in ihr Wahlprogramm für die Europawahl 2009 aufgenommen; auch in der Wissenschaft hat sie zuweilen Gefolgschaft gefunden³. Maßgeblich entwickelt wurde sie jedoch vom Europäischen Gewerkschaftsbund, von dem auch ein Textentwurf der Fortschrittsklausel stammt und den DIE LINKE wörtlich in ihren Bundestagsantrag übernommen hat:

“Keine Regelung der Verträge und insbesondere nicht die Grundfreiheiten oder Wettbewerbsregeln sollten Vorrang vor den sozialen Grundrechten und dem sozialen Fortschritt haben. Im Fall eines Konflikts, sollten die sozialen Grundrechte Priorität erhalten. Die Auslegung wirtschaftlicher Freiheiten darf nicht so ausfallen, als ob sie die Unternehmen dazu berechtigten, sie zu nutzen, um die nationalen Arbeits- und Sozialrechte zu umgehen und ihnen auszuweichen oder sie für Sozialdumping einzusetzen. Die in den Verträgen festgelegten wirtschaftlichen Freiheiten sind so auszulegen, dass sie kein Hemmnis für die Ausübung der sozialen Grundrechte darstellen, wie sie von den Mitgliedstaaten und vom Gemeinschafts-/Unionsrecht anerkannt sind, einschließlich des Rechts, Tarifverträge auszuhandeln, abzuschließen und durchzusetzen sowie Arbeitskampfmaßnahmen zu ergreifen. Demnach sollte die Unabhängigkeit der Sozialpartner bei der Wahrnehmung dieser Grundrechte für soziale Interessen und zum Schutz der Arbeitnehmer also nicht beeinträchtigt werden. Der Arbeitnehmerschutz bedarf einer Auslegung, die den Gewerkschaften und Arbeitnehmern das Recht zuerkennt, für den Schutz der existierenden Standards und für die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer in der Union über die bestehenden (minimalen) Standards hinaus einzutreten, insbesondere im Kampf gegen unfairen Wettbewerb über Löhne und Arbeitsbedingungen sowie bei der Einforderung der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, unabhängig von ihrer Nationalität oder anderer Gründe.”

Die soziale Fortschrittsklausel hat vor allem den Inhalt, „sozialen Grundrechten“ der Arbeitnehmer, Vorrang vor wirtschaftlichen Freiheiten einzuräumen. Es geht also um eine Auslegungsregel, um eine Lenkung der Auslegung hin zu dem Ergebnis, dass die sozialen Schutzrechte vorrangig sind. Hier ist insbesondere das Recht auf Kollektiverhandlungen und Kollektivmaßnahmen (Arbeitskampf) gemeint.

II. Das Spannungsfeld zwischen Binnenmarktfreiheiten und dem Arbeitnehmerschutz

² BT-Drs. 17/902.

³ Wendeling-Schröder, FS Zachert, 2010, S. 147, 160.

Anstoß für die Diskussion über eine europäische Fortschrittsklausel war der in den Urteilen Viking Line⁴ und Laval⁵ zu Tage getretene Konflikt zwischen Grundfreiheiten, insbesondere der Dienstleistungsfreiheit, und dem Interesse der Arbeitnehmer an sozialem Schutz.

Die Binnenmarktfreiheiten, insbesondere die Dienstleistungsfreiheit, ermöglichen Unternehmen, das Wettbewerbsgefälle zwischen ihrem Heimatmarkt und dem Markt, auf dem sie ihre Produkte anbieten, auszunutzen.⁶ Der dadurch ausgeübte Wettbewerbsdruck soll letztlich zu einer Angleichung der Wettbewerbsbedingungen auf beiden Märkten führen. Das Wettbewerbsgefälle zwischen den Märkten zweier Mitgliedsstaaten ergibt sich nicht zuletzt durch niedrigere Lohnkosten in dem Heimatstaat des entsendenden Unternehmens. Deshalb liegt es gerade in der Stoßrichtung der Dienstleistungsfreiheit, dass Unternehmen, die niedrigere soziale Standards haben, auf Märkten tätig werden, auf denen höhere soziale Standards herrschen. Dies ist auch gewollt, soll doch damit eine Angleichung der Wettbewerbsbedingungen auf beiden Märkten und damit die Verwirklichung eines Binnenmarktes bewirkt werden.

Die Urteile Laval und Viking Line illustrieren den typischen Konflikt zwischen den Binnenmarktfreiheiten, die darauf abzielen, die Wettbewerbsunterschiede zwischen den Mitgliedsstaaten zum Tragen zu bringen, und den sozialen Grundrechten: Die (lettische) Firma Laval setzte auf einer Baustelle im Hochlohnland Schweden (schlechter bezahlte) Arbeitnehmer aus ihrer Heimat ein. Dies wurde von der Gewerkschaft als „Lohndumping“ gebrandmarkt und mit einem Boykott der Baustelle bekämpft. Im Falle Viking Line gründete die finnische Mutter eine estnische Tochtergesellschaft, um ein finnisches Schiff nach Estland ausfliegen zu können und es künftig unter einer günstigeren estnischen Besatzung fahren zu lassen. Auch gegen diese „Billigflaggenpolitik“ wandte sich die finnische Gewerkschaft mit einem Streik und Boykottaufrufen an ihre internationalen Schwestergewerkschaften.

Die Arbeitnehmerentsenderichtlinie 96/71/EG versucht diesen Konflikt zu lösen, indem ein Ausgleich zwischen dem Interesse des Arbeitnehmerschutzes und der Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit gefunden wird, vgl. insbesondere Erwägungsgrund fünf. Die Richtlinie

⁴ EuGH v. 11.12.2007 – C-438/05, Slg. 2007, I-10779.

⁵ EuGH v. 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767.

⁶ Vgl. auch *Wendeling-Schröder*, FS Zachert, 2010, S. 147, 154; *Weiss*, FS Hromadka, 2008, S. 493, 494.

verpflichtet auch entsendende Unternehmen, die im jeweiligen Mitgliedsstaat geltenden sozialen Mindeststandards einzuhalten, Art. 3 der Richtlinie.

III. Das Recht auf kollektive Maßnahmen (Arbeitskampf) im Unionsrecht

Grund für die Forderung nach einer Fortschrittsklausel ist die Besorgnis, dass den Arbeitnehmerrechten und insbesondere dem Streikrecht durch das Europarecht eine unzureichende und den wirtschaftlichen Freiheiten nachgeordnete Stellung eingeräumt wird. Ausgangspunkt der Stellungnahme muss daher sein, den Bestand des Rechts auf kollektive Maßnahmen festzustellen.

1. Entwicklung des Rechts auf kollektive Maßnahmen im Unionsrecht

Bereits vor Inkrafttreten der europäischen Grundrechtscharta, die in Art. 28 Arbeitgebern und Arbeitnehmern das Recht auf Kollektivverhandlungen und kollektive Maßnahmen (Arbeitskampf), einschließlich Streiks, garantiert, hatte der EuGH das Recht auf kollektive Maßnahmen als allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkannt. Für die Auslegung der Charta kann auf die Entscheidungen des EuGH zurückgegriffen werden; bei der Herleitung des damals noch ungeschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsatzes hat der EuGH im Vorgriff bereits Art. 28 EuGRC herangezogen. Daher wird man davon ausgehen können, dass er auch die übrige Rechtsprechung mit Blick auf die Charta entwickelt hat und sie entsprechend ihre Gültigkeit auch nach Inkrafttreten der Charta behalten soll. Für ein Verständnis des Gesamtsystems des Rechts auf kollektive Maßnahmen ist es wichtig, seine Entwicklung durch den EuGH an Hand der Entscheidungen vor Augen zu haben.

a) Anerkennung von Streikrecht und Konflikt mit den Binnenmarktfreiheiten: Viking Line und Laval

Die Urteile im Falle Viking Line und Laval waren der Anstoß für die Forderung nach einer sozialen Fortschrittsklausel. Dies ist zunächst überraschend, da sie für die Anerkennung des Streikrechts als „europäisches Grundrecht“, damals noch in Form der allgemeinen Rechtsgrundsätze, stehen. In ihnen hat der EuGH erstmalig ausgesprochen, dass das

Streikrecht „einen festen Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts darstellt, deren Beachtung der Gerichtshof sicherstellt“.⁷

Stein des Anstoßes war daher auch die dann vorgenommene Begrenzung des Streikrechtes.⁸ Wie jede grundrechtliche Gewährleistung ist das Tarifautonomie nicht grenzenlos verbürgt und wird namentlich durch entgegenstehende Rechte Dritter begrenzt. Als solche hat der EuGH in beiden Fällen die Grundfreiheiten anerkannt. In seiner Entscheidungen stellte der EuGH zunächst fest, dass die „*kollektive Maßnahmen*“ der Gewerkschaften einen Eingriff in die genannten Grundfreiheiten (Artt. 49, 56 AEUV) der Unternehmen darstellten, weil sie sich im konkreten Fall gerade gegen die Ausnutzung des Wettbewerbsgefälles, die durch die Grundfreiheiten geschützt wird, richten.

Arbeitskampfmaßnahmen werden auch nicht – trotz fehlender Zuständigkeit der Union für das Tarif- und Arbeitskampfrecht, vgl. Art. 153 Abs. 5 AEUV – *a priori* aus dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten herausgenommen.⁹ Auch dass die kollektiven Maßnahmen von Gewerkschaften und damit von Privaten durchgeführten wurden, steht einer Bindung an die Grundfreiheiten nicht entgegen: Gewerkschaften sind bei der Schaffung kollektiver Regelungen und bei der Durchführung kollektiver Maßnahmen an die Grundfreiheiten gebunden.¹⁰ Der EuGH knüpft damit an seine ständige Rechtsprechung an, wonach die Grundfreiheiten nicht nur für staatliche Maßnahmen, sondern auch für Regelwerke gelten, die unselbständige und selbständige Tätigkeiten bzw. Dienstleistungen kollektiv regeln.¹¹ Wollte man derartige private Regelungen (insb. Tarifverträge) vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ausnehmen, könnten staatliche Hindernisse für die Verwirklichung der Grundfreiheiten ohne weiteres durch solche ersetzt werden, die durch private kollektive Regelung geschaffen wurden. Dann wäre die effektive Verwirklichung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit eingeschränkt.¹² Außerdem hinge dann der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten davon ab, ob in dem jeweiligen Mitgliedsstaat die

⁷ EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 91 – Laval; EuGH v. 11.12.2007 – C-438/05, Slg. 2007, I-10779, Rn. 44 – Viking Line.

⁸ EGB S. 1.

⁹ EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 96 – Laval.

¹⁰ EuGH 11.12.2007 – C-438/05, Slg. 2007, I-10779, Rn. 33 – Viking Line; EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 98 – Laval.

¹¹ St. Rspr., s. nur EuGH 12.12.1974 – C-36/74, Slg. 1974, 1405 – Walrave; EuGH 14.7.1976 – C-13/76, Slg. 1976, 1333 – Doná; EuGH 11.4.2000 – C-51/96 u.a., Slg. 2000, I-2549 – Deliège; EuGH 6.6.2000 – C-281/98, Slg. 2000, I-4139 – Angonese; EuGH 19.2.2002 – C-309/99, Slg. 2002, I- 1577 – Wouters.

¹² EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 98 – Laval und die oben genannten.

Regelung von unselbständigen und selbständigen Tätigkeiten bzw. Dienstleistungen durch den Staat oder durch private kollektiver Regelung vorgenommen wird. Dies widerspricht dem Grundsatz der gleichmäßigen Anwendung des Europarechts.¹³ In den vorliegenden Entscheidungen erweitert der EuGH die bekannte Fallgruppe der „kollektiven Regelung“ auf Arbeitsk Kampfmaßnahmen. Diese sind zwar selbst noch keine Regelungen, zielen aber darauf ab, eine Regelung zu schaffen. Deshalb muss die Bindung schon im Vorfeld für sie gelten.¹⁴

Der danach festgestellte Eingriff in die Grundfreiheiten ist gerechtfertigt, wenn mit ihm ein berechtigtes und mit dem Vertrag zu vereinbarendes Ziel verfolgt wird und zwingende Gründe des Allgemeininteresses ihn erfordern.¹⁵ Insofern muss die Beschränkung geeignet sein, die Erreichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten, und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.¹⁶ Die Ausübung des Grundrechts der Koalitionsfreiheit ist ein berechtigtes Interesse.¹⁷ Im Einzelfall wurde dann abgewogen:

Im Urteil Viking Line ging es um einen klassischen Streik – die Arbeitnehmer eines Betriebes bestreiken ihren Arbeitgeber.¹⁸ Der Streik würde für unzulässig gehalten, weil er sich nicht auf die Verbesserung der Arbeitsbedingungen bezog, sondern gegen die Aktion der Umfluggung als solche gerichtet war. Der Protest gegen eine Umfluggung als solche sei danach unzulässig, weil diese nicht notwendigerweise mit einem Sinken des sozialen Standards einhergehe.¹⁹

Im Urteil Laval ging es dagegen um den Protest einer schwedischen Gewerkschaft gegen die Weigerung der lettischen Firma Laval, einem schwedischen Tarifvertrag beizutreten und ihn auf die nach Schweden entsandten Arbeitnehmer anzuwenden.²⁰ Es handelte sich somit nicht um einen klassischen Arbeitskampf zwischen Laval als Arbeitgeber und ihren Arbeitnehmern:

¹³ EuGH 11.12.2007 – C-438/05, Slg. 2007, I-10779, Rn. 34 – Viking Line.

¹⁴ *Schubert*, RdA 2008, 289, 291f.

¹⁵ EuGH 11.12.2007 – C-438/05, Slg. 2007, I-10779 Rn. 75 – Viking Line; EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 101 – Laval.

¹⁶ EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 101 – Laval; EuGH v. 11.12.2007 – C-438/05, Slg. 2007, I-10779 Rn. 75 – Viking Line

¹⁷ EuGH 11.12.2007 – C-438/05, Slg. 2007, I-10779 Rn. 45 – Viking Line; EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767 Rn. 93 – Laval.

¹⁸ Zum Sachverhalt vgl. oben II.

¹⁹ EuGH 11.12.2007 – C-438/05, Slg. 2007, I-10779 Rn. 88ff. – Viking Line.

²⁰ Zum Sachverhalt vgl. oben II.

Der Arbeitskampf spielte sich völlig ohne Beteiligung der von Laval beschäftigten Arbeitnehmer ab, diese waren lettischer Nationalität, zu 65 % Mitglied einer lettischen Gewerkschaft, zwischen ihnen und Laval fand ein lettischer Tarifvertrag Anwendung und keiner der Arbeitnehmer war Mitglied der boykottierenden schwedischen Gewerkschaft.²¹

Die schwedische Gewerkschaft vertrat also nicht die Arbeitnehmer von Laval. Diese haben sich an den kollektiven Maßnahmen auch nicht beteiligt, sondern wurden sogar von der Arbeit auf der Baustelle abgehalten.²² Ziel der Gewerkschaft war somit nicht die Vertretung der Arbeitnehmer von Laval, sondern Laval zu zwingen, den abgeschlossenen lettischen Tarifvertrag jedenfalls faktisch durch die entsprechenden schwedischen Regeln zu ersetzen.²³ Es ging also um die Durchsetzung bestimmter schwedischer Mindeststandards, in ihrer Wirkung vergleichbar staatlichen Mindestlöhnen. Damit befindet sich die Maßnahme im Regelungsbereich der Entsenderichtlinie 96/71/EG, die die in Fällen der Arbeitnehmerentsendung einzuhaltenden Mindeststandards regelt.²⁴ Diese Regelung ist grundsätzlich abschließend, weder durch staatliche Regelungen noch durch kollektive Maßnahmen, die in ihrer Wirkung staatlichen Mindestlöhnen vergleichbar sind, kann mehr verlangt werden.²⁵ Nicht in den Regelungsbereich der Richtlinie fällt jedoch der klassische Arbeitskampf, d.h. das Recht der Arbeitnehmer des Unternehmens, dieses zu zwingen, (auch im Ausland) einen günstigeren Tarifvertrag abzuschließen bzw. anzuwenden.²⁶ Entsprechend hätten im vorliegenden Fall die lettischen Arbeitnehmer ohne weiters für höhere Löhne kämpfen können.

b) Rüffert: Mindeststandards jenseits der Richtlinie 98/71/EG?

Dem Fall Laval im Hinblick auf die Sperrwirkung der Richtlinie 96/71/EG strukturell ähnlich ist die Entscheidung Rüffert²⁷. Auch dort ging es um Maßnahmen, die Unternehmen aus anderen EU-Staaten dazu bringen sollte, soziale Standards einzuhalten, die über die Mindeststandards der Richtlinie 96/71/EG hinausgingen: Die deutschen Tariftreuegesetze

²¹ EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 28 – Laval.

²² Vgl. EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 34 – Laval.

²³ EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 85,111 – Laval.

²⁴ EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 81 – Laval.

²⁵ EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 111 – Laval.

²⁶ EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 81 – Laval.

²⁷ EuGH v. 3.4.2008 – C-346/06, Slg. 2008, I- 1989 – Rüffert.

machten die Vergabe öffentlicher Aufträge davon abhängig, dass der Auftragnehmer erklärte, er bezahle seine Arbeitnehmer nach den einschlägigen Tarifverträgen. Auch darin sah der EuGH einen Verstoß gegen die 96/71/EG; er verwies wiederum darauf, dass die Richtlinie das einzuhaltende Schutzniveau abschließend festlege.²⁸ Entsprechend dürfe man nicht mehr verlangen.²⁹ Wichtig ist jedoch, sich auch die Unterschiede zum Fall Laval vor Augen zu halten. Anders als dort ging es im Fall Rüffert nicht um die Vereinbarkeit von Arbeitsk Kampfmaßnahmen mit dem Unionsrecht, sondern um die staatliche Praxis der Auftragsvergabe. Die Gemeinsamkeit liegt darin, dass in beiden Fällen versucht wurden, mit Hinblick auf die Arbeitnehmerinteressen über den Standard der Richtlinie hinausgehende Standards durchzusetzen. Die allgemeine Aussage, die sich beiden Urteilen entnehmen lässt, ist, dass die Richtlinie den einzuhaltenden Standard zulässigerweise auf den dort genannten begrenzt und im Übrigen der Dienstleistungsfreiheit der Unternehmen Vorrang vor dem Interesse der Arbeitnehmer an einem höheren Schutzniveau einzuräumen ist.

2. Rechtslage nach der EuGRC

Unter Einbeziehung der geschilderten Urteile ergibt sich unter der Geltung der Grundrechtecharta eine differenzierte, und wie mir scheint: ausgewogene Rechtslage.

a) Anwendungsbereich des Europarechts

Rechte aus der Grundrechtecharta bestehen nur im Anwendungsbereich des Unionsrechts, Art. 51 Abs. 1 S. 1 EuGRC. Das ist aber zumindest dort, wo sich der Arbeitgeber im Bereich der Grundfreiheiten bewegt, kein Problem, da er sich insofern nach der ERT-Rechtsprechung des EuGH³⁰ im Bereich der Durchführung von Europarecht bewegt. Fällt das Handeln des Arbeitgebers in den Bereich des Europarechts, wird man auch die dagegen gerichteten oder darauf bezogenen Handlungen von Arbeitnehmern und Arbeitnehmervereinigungen in denselben einbeziehen müssen.

b) Schutzbereich des Rechts auf kollektive Verhandlungen: Art. 28 EuGRC

²⁸ EuGH v. 3.4.2008 – C-346/06, Slg. 2008, I- 1989, Rn. 33f – Rüffert.

²⁹ EuGH v. 3.4.2008 – C-346/06, Slg. 2008, I- 1989, Rn. 35 – Rüffert.

³⁰ EuGH v. 18.6.1991 – C-260/89 (ERT) Slg. 1991, I-2925.

Das Streikrecht und das Recht auf andere kollektive Betätigungen wurden anerkannt – und dies zunächst in einem weiten Umfang. In Art. 28 EuGRC ist es ausdrücklich normiert. Im Hinblick auf die Art der Kampfmaßnahme machte der EuGH keine weiteren Vorgaben; in Laval hat er jedenfalls die Maßnahme nicht schon wegen ihres Charakters als Boykott für unzulässig erklärt. Schon dort scheint er sich an dem nach dem Recht der Mitgliedsstaaten zulässigen Maßnahmen zu orientieren oder jedenfalls einem weiten Verständnis des Begriffs der kollektiven Maßnahme zu folgen. Gemeint ist wohl eine Mischung aus beidem. In Art. 28 heißt es, dass die Arbeitnehmer „nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ das Rechte auf Kollektivverhandlungen und kollektive Maßnahmen hätten. Dies wird man so lesen müssen, dass das Gemeinschaftsrecht in seinem Anwendungsbereich (vgl. Art. 51 Abs. 1 EuGRC) einen Grundstandard von kollektiven Maßnahmen, insbesondere das ausdrücklich erwähnte Streikrecht, eigenständig garantiert. Im Übrigen wird aber auf das nationale Recht verwiesen, was die genaueren Modalitäten der Ausübung kollektiver Maßnahmen angeht. Letzteres ist schon deshalb zwingend, weil der Union die Kompetenz für eine Ausgestaltung des Arbeitskampsrechts fehlt (vgl. Art. 153 Abs. 5 AEU). Art. 28 EuGRC akzeptiert daher die nationalen Arbeitskampsmöglichkeiten als „kollektive Maßnahmen“ und sorgt für ihre Anerkennung als auch im Unionsrecht zu beachtende Grundrechtsausübung.

Auch inhaltlich ist das das Mandat der Tarifvertragsparteien zunächst einmal weit gefasst und umfasst jedes Tätigwerden zum Schutze der Arbeitnehmer.³¹ Interessant ist vor allem, dass es zur Eröffnung des Schutzbereiches nicht nötig zu sein scheint, dass überhaupt eine personelle Anbindung an die Arbeitnehmer im Unternehmen besteht. Im Fall Laval hat es schon ausgereicht, dass die Koalition im Interesse der Arbeitnehmer des Unternehmens tätig wurde, auch wenn die Arbeitnehmer des Unternehmens selbst oder ihre Gewerkschaft überhaupt nicht beteiligt waren.³² Insofern ist zu beachten, dass das schwedische Recht ein solches Vorgehen als Arbeitskamps ausdrücklich zuließ.

c) Schranken: Art. 52 Abs. 1 S. 1 EuGRC

³¹ Vgl nur EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 107 – Laval; Rn. -

³² Vgl nur EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 107 – Laval; Rn. -

Die unionsrechtliche Koalitions- und Arbeitskampffreiheit ist jedoch nicht schrankenlos gewährt, sondern muss mit anderen Interessen, insbesondere mit Rechten Dritter in praktische Konkordanz gebracht werden. Dies bedeutet die Herbeiführung eines verhältnismäßigen Ausgleichs zwischen beiden Rechtspositionen.³³ Entsprechend ist eine Abwägung erforderlich, welches der Rechte im konkreten Fall der Vorrang gebührt.³⁴ Dies ergibt sich nunmehr ausdrücklich aus Art. 52 Abs. 1 S. 2 EuGRC.

Als solche Rechte kommen insbesondere die Grundfreiheiten, aber auch die Grundrechte von Arbeitgebern, etwa deren unternehmerische Freiheit (Art. 16 EuGRC) oder ihr Eigentumsrecht (Art. 17 EuGRC), oder anderer Arbeitnehmer, insbesondere deren Berufs- (Art. 15 EuGRC) und negative Koalitionsfreiheit, in Betracht.

Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung misst der EuGH das Gewicht des Rechts auf kollektive Maßnahmen daran, inwiefern dessen Einsatz materiell dem Arbeitnehmerschutz dient.³⁵ Daran fehlt es, wenn gegen eine Maßnahme des ArbG als solche, die für sich genommen keine Auswirkungen auf den Schutz der Arbeitnehmer hat, protestiert wird (Viking Line).

d) Insbesondere: Die Richtlinie 96/71/EG

In der bisherigen Praxis von besonderer Bedeutung war die Begrenzung des Rechts auf kollektive Maßnahmen durch die Entsenderichtlinie 96/71/EG. Überraschend ist das nicht, oben wurde bereits dargelegt, warum ein Konflikt mit der Dienstleistungsfreiheit besonders nahe liegt. Die Richtlinie versucht ausweislich ihres fünften Erwägungsgrundes einen Ausgleich zwischen den Interessen der Arbeitnehmer an einem möglichst hohen sozialen Schutz, dem Interesse der Unternehmen auf dem Zielmarkt an fairem Wettbewerb und einer effektiven Gewährleistung der Dienstleistungsfreiheit für entsendende Unternehmen zu schaffen.

Die Richtlinie regelt nach Ansicht des EuGH abschließend, welche Mindeststandards an die entsendenden Unternehmen aus dem Zielmitgliedsstaat herangetragen werden können. Sie legt fest, inwiefern das entsendende Unternehmen der Regulierung des Zielmarktes unterliegt

³³ EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 94 – Laval.

³⁴ So auch schon der EuGH in EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 105 – Laval.

³⁵ EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 103, 107 – Laval; Viking?

und sich den Standards des Zielstaates anpassen muss. Die Dienstleistungsfreiheit läuft letztlich darauf hinaus, dass die Wettbewerbsbedingungen des einen Marktes auf den anderen Markt verpflanzt werden. Im Grundsatz richten sich die Wettbewerbsbedingungen des entsendenden Unternehmens nach denen des Herkunftslandes. Dieses von Art. 56 AEUV vorgeschriebene Herkunftslandsprinzip wird durch die Richtlinie eingeschränkt: Das Zielland darf nur in dem in der Richtlinie vorgesehen Umfang auf die in dem Unternehmen herrschenden Bedingungen einwirken. Das mag man kritisieren,³⁶ der Wortlaut der Richtlinie und der Charakter als Einschränkung der Grundfreiheit sowie der Grundsatz der Gleichbehandlung in- und Eu-ausländischer Arbeitgeber stehen aber auf der Seite des EuGH. Es ist nämlich etwas anderes, ob das Zielland seine allgemeinen Gesetze zur Anwendung bringt oder die Geltung von Tarifverträgen vorschreibt, deren Geltung sich die einheimischen Unternehmen durch einen Verbandsaustritt oder eine Kündigung entziehen können. Das Niveau der Entsenderichtlinie wird daher häufig über dem des Herkunftslandes liegen, aber es kann niedriger sein als das der meisten Arbeitsverhältnisse im Zielland. Für die grundsätzliche Anerkennung des Herkunftslandsprinzips spricht auch, dass das allgemeine Koalitionsrechtliche Grundsätze entspricht, vgl. Art. 8 Abs. 2 S. 1 Rom-I-VO. Die vorübergehende Arbeitnehmersendung kann das Rechtsstatut des Arbeitsverhältnisses nicht ändern, Art. 8 Abs. 2 S. 2 Rom-I.

Was demnach für staatliche Maßnahmen des Ziellandes gilt, gilt auch für kollektive Maßnahmen dort ansässiger Gewerkschaften. Sie werden wegen ihrer gesetzlichen Regelungen vergleichbaren Wirkung diesen gleichgestellt und ebenfalls durch die Richtlinie ausgeschlossen.

Möglich bleibt dagegen Arbeitskampf nach den Regeln des Herkunftsstaates: Das Arbeitsverhältnis richtet sich insgesamt nach dem Recht des Herkunftslandes. Damit ist – nach h.M. zumindest – auch über die Anwendung von Tarifnormen entschieden.³⁷ Es kommen die Tarifnormen des Herkunftslandes zur Anwendung, weil sie zu dessen Rechtsordnung gehören. Für diese kann dann auch gestreikt werden, weil die Richtlinie eine Regulierung von Seiten des Herkunftsstaates nicht einschränkt. Entsprechend ist ein Arbeitskampf nach dem Recht des Herkunftslandes zulässig.

³⁶ *Wendeling-Schröder*, FS Zachert, 2010, S. 147, 158.

³⁷ BAG v. 4.5.1977 – 4 AZR 10/76, AP Nr. 30 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; Wiedemann/*Thüsing*, TVG, 7. Aufl. 2007, § 1 Rn. 91 m.w.N.

Es bleibt den Arbeitnehmer des Unternehmens also unbenommen, zu streiken und sich für bessere Arbeitsbedingungen, auch und gerade im Falle der Entsendung in europäisches Ausland, einzusetzen.³⁸ Auch ein Streik an der Baustelle im Zielstaat ist damit möglich; wird er durch die entsandten Arbeitnehmer durchgeführt, sorgt ihre statusrechtliche Zuordnung zum Herkunftsland dafür, dass sie für einen Tarifvertrag streiken, der der Rechtsordnung des Herkunftslandes zuzurechnen ist. Sie führen damit eine kollektive Maßnahme für eine Regelung durch den Herkunftsstaat durch, die nicht von der Sperrwirkung der Richtlinie erfasst ist. Der Arbeitskampf selbst richtet sich dann ebenfalls grundsätzlich wohl nicht nach dem Recht des Zielstaates, sondern nach dem des Herkunftslandes, jedenfalls was die vertraglichen Beziehungen angeht. Allerdings wird man gegenüber Beziehungen zu Dritten das Arbeitskampfrecht des Ziellandes als dessen *ordre public* einhalten müssen. Im Einzelnen ist hier noch vieles unklar.

IV. Bewertung *de lege lata*

Somit bewirken die Grundfreiheiten, insbesondere durch die zu ihrer Verwirklichung geschaffenen Entsenderichtlinie, eine Begrenzung des Rechts auf kollektive Maßnahmen. Entgegen den Bedenken des EGB³⁹ lässt sich aber nicht von einer unzureichenden Anerkennung und Billigung der Arbeitnehmerrechte durch den EuGH sprechen. Eher ist das Gegenteil der Fall. Die Grundfreiheiten sind nach dem europäischen Recht ebenso schützenswerte Interessen.

1. Gleichrangigkeit wirtschaftlicher Freiheit und Arbeitnehmerrechte

Die EU begann als ein wirtschaftlicher Zusammenschluss; Grundfreiheiten finden sich seit den Tagen von Rom in den Verträgen, die Anerkennung von Grundrechten ist eine begrüßenswerte, aber neuere Entwicklung.⁴⁰ Vom EuGH wurde es in Laval wiederholt: Der freie Dienstleistungsverkehr ist einer der fundamentalen Grundsätze der Union.⁴¹

³⁸ EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 83 – Laval.

³⁹ EGB S. 1.

⁴⁰ Weiss, FS Hromadka, 2008, S. 493ff.

⁴¹ EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 101 – Laval; EuGH 4.12.1986 – 220/83, Slg. 1986, 3663, Rn. 17.

Dennoch stellt der EuGH die Arbeitnehmerrechte auf eine Stufe mit den Grundfreiheiten. Er verwies schon vor dem Lissabon Vertrag darauf, dass gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. c und j EGV (vgl. jetzt Art. 3 Abs. 3 EU, Art. 4 Abs. 2 lit. c AEU) die Aufgaben der Gemeinschaft nicht nur „einen Binnenmarkt, der durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gekennzeichnet ist“, sondern auch „eine Sozialpolitik“ umfassten.⁴² Ferner verweist der EuGH auf Art. 3 EGV (jetzt Art. 3 Abs. 3 EU) eine harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens“ sowie „ein hohes Beschäftigungsniveau und ein hohes Maß an sozialem Schutz“. ⁴³ Entsprechend habe die Gemeinschaft „nicht nur eine wirtschaftliche, sondern auch eine soziale Zielrichtung“. ⁴⁴ Deshalb müssen die sich aus den Bestimmungen des EG-Vertrags über den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr ergebenden Rechte gegen die mit der Sozialpolitik verfolgten Ziele abgewogen werden, zu denen, wie aus Art. 136 EG (jetzt Art. 151 AEU) hervorgeht, insbesondere die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, um dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen, ein angemessener sozialer Schutz und der soziale Dialog zählen. ⁴⁵

Es ist also nicht richtig zu sagen, das Streikrecht sei in der Konzeption des EuGH „nicht so grundlegend wie die EU-Bestimmungen zur Freizügigkeit“. ⁴⁶ Dem liegt die grundlegend falsche Prämisse zu Grunde, dass sich die wirtschaftlichen Freiheiten gegen das Streikrecht vollständig durchgesetzt hätten. Bereits darin, dass die Richtlinie 96/71/EG die Einhaltung bestimmter Mindeststandards vorschreibt, liegt jedoch eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit. ⁴⁷ Auch diese muss also „Federn lassen“. Umgekehrt ist das Streikrecht den Arbeitnehmer nicht genommen; genauer gesagt ist das Streikrecht der Arbeitnehmer des Unternehmens überhaupt nicht eingeschränkt, soweit es sich auf die Verbesserung der Arbeitsbedingungen bezieht. Man kann also füglich darüber streiten, welcher der Grundsätze sich eher durchgesetzt hat.

2. Vorrang des Streikrechtes?

⁴² EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 104 – Laval.

⁴³ EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 104 – Laval.

⁴⁴ EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 105 – Laval.

⁴⁵ EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 105 – Laval .

⁴⁶ So aber EGB, Stellungnahme, S. 3; DIE LINKE BT-Drs. 17/902, S. 1.

⁴⁷ Vgl. *Schlachter/Ohler* Europäische Dienstleistungsrichtlinie 2008, vor Art. 19 Rn. 11.

De lege lata ist die vorgenommene Auslegung durch den EuGH zwingend. Einer Auslegung des Streikrechts, die ihm einen absoluten Vorrang gegenüber den Grundfreiheiten geben würde, stünden die Bestimmungen über die Schaffung eines Binnenmarktes entgegen. Es ist nicht nur Ziel der Union, innerhalb Europas sozialen Fortschritt und Vollbeschäftigung zu erreichen, sondern auch, einen Binnenmarkt mit einer „in hohem Maße wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft“ zu errichten, vgl. Art. 3 Abs. 3 EU. Dem Ziel der Schaffung eines Binnenmarktes und eines hohen Niveau der Wettbewerbsfähigkeit dient der den Grundfreiheiten innewohnende Effekt, die Konkurrenz zwischen den Mitgliedsstaaten zu intensivieren. Sie setzen den Markt des Ziellandes den – möglicherweise härteren – Wettbewerbsbedingungen des Ausgangsstaates entgegen. Insbesondere der Angleichungseffekt ginge größtenteils verloren, würde man verlangen, dass sich die Arbeitgeber vollständig an das Niveau sozialen Schutzes im Aufnahmestaat anpassen – und das ist es, was durch ein unbeschränktes Streikrecht letztlich erreicht werden soll.⁴⁸ Der Wettbewerb würde erlahmen, die Verwirklichung des Binnenmarktes wäre gefährdet, weil die hohen Anforderungen für Unternehmen aus ärmeren Mitgliedsstaaten eine prohibitive Marktzugangsschwelle darstellen würden.

Ferner würden die Unterschiede der sozialen Standards innerhalb Europas zementiert werden. Auch für die Errichtung eines sozialen Europas wäre dies letztlich nachteilig, weil die durch die Angleichung in den Ländern mit niedrigeren Standards eintretenden Angleichungseffekte nach oben ausblieben.

Auch jenseits der Verwirklichung des Binnenmarktes ist es nach geltendem Recht unzulässig, Gewerkschaften eine Befugnis zu geben, für eine Gleichbehandlung von einheimischen und entsandten Arbeitnehmern kollektive Maßnahmen zu ergreifen. Dem steht zunächst die negative Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer des Unternehmens entgegen. Die Richtlinie 96/71/EG begrenzt in Entsendesachverhalten das Recht auf kollektive Maßnahmen letztlich auf Maßnahmen im Herkunftsstaat. Dies ist angemessen, weil den Gewerkschaften im Zielland in aller Regel ohnehin das Mandat fehlen wird, für die entsandten Arbeitnehmer tätig

⁴⁸ EGB, Stellungnahme, S. 3.

zu werden, wie aus dem Kollisionsrecht folgt.⁴⁹ Dies zeigt der Fall Laval: Versucht eine Gewerkschaft im Zielstaat ohne Beteiligung der Arbeitnehmer bessere Arbeitsbedingungen zu erreichen, so wird sie ohne Mandat tätig und zwingt den Arbeitnehmer des Unternehmens etwas auf, was diese nicht wollen. Schließen sich die entsandten Arbeitnehmer dagegen freiwillig der Maßnahme an, so handelt es sich nicht mehr nur um eine Maßnahme des Ziellandes, sondern auch um einen im Herkunftsland relevanten Sachverhalt, weil der durch die Arbeitnehmer die Verbindung zum Herkunftsstaat hergestellt wird.⁵⁰

Schließlich bedeutet die zwingende Anpassung an den Standard des Ziellandes auch ein unangemessenes Hineinregieren in die Regelungsbefugnis des Herkunftslandes. Es ist damit grundsätzlich dessen Aufgabe, die Arbeitsbeziehungen zu regeln. Es ist Aufgabe dieses Staates, den notwendigen Standard festzulegen. Der Zielstaat darf dagegen nur solche Normen durchsetzen, die unter Art. 9 Rom-II, der strukturell der Entsenderichtlinie vergleichbar ist, fallen. Für Tarifnormen, die ihre normative Wirkung ebenfalls aus der Rechtsordnung des Zielstaates beziehen, kann nichts anders gelten. Auch ihre Wirkung darf nur auf den Bereich erstreckt werden, den die Rechtsordnung des jeweiligen Staates erfasst.⁵¹

V. Gestaltungsmöglichkeiten *de lege ferenda*

In Betracht ziehen kann man jedoch eine Änderung des Rechts, hin zu einer stärkeren Betonung von sozialen Aspekten. Hier ist zu unterscheiden zwischen einer Änderung des Primärrechts, wie sie von den Proponenten der sozialen Fortschrittsklausel gefordert wird, und der des Sekundärrechts. Auch eine solche wird – teils auch als Ergänzung zur sozialen Fortschrittsklausel⁵² – vorgeschlagen.

1. Soziale Fortschrittsklausel

Würde man den Text der sozialen Fortschrittsklausel in ein Protokoll zu den Aufnahmeverträgen mit Island und Kroatien aufnehmen, würde der Text damit Bestandteil

⁴⁹ S. oben III. 2. c); kritisch in Hinblick auf die Fremdnützigkeit des Streiks auch *Wendeling-Schröder*, FS Zachert, 2010, S. 147, 156.

⁵⁰ S. oben III. 2.c).

⁵¹ S. schon oben III. 2. c); vgl. auch Wiedemann/*Thüsing*, TVG, 7. Aufl. 2007, § 1 Rn. 77.

⁵² EGB, Stellungnahme, S. 5.

des europäischen Primärrechts⁵³ und stünde auf einer Stufe mit den Verträgen selbst sowie mit der Grundrechtscharta, vgl. Art. 51 EU.

Es ist jedoch fraglich, ob sich damit die von ihren Verfechtern vorgeschlagene Wirkung erreichen ließe. Hinsichtlich der Wirkung der Fortschrittsklausel sind zwei Szenarien denkbar.

a) Als absolute Vorrangregel

In der Fortschrittsklausel heißt es, dass im Falle des Konflikts die sozialen Grundrechte Priorität vor den wirtschaftlichen Freiheiten erhalten sollten. Nimmt man diese Formulierung ernst, so wären die Folgen kaum abzusehen. Angestrebt ist damit wohl eine absolute Vorrangregel, die eine Beschränkung des Rechts auf kollektive Maßnahmen durch die Grundfreiheiten ausschließt.⁵⁴ Damit würde sich der Charakter der Union wesentlich ändern. Stehen sich heute wirtschaftliche und soziale Grundrechte gleichrangig gegenüber, würde die soziale Fortschrittsklausel den Vorrang letzterer bedeuten. Wie dargelegt, ist dies mit der Schaffung eines Binnenmarktes kaum zu vereinbaren. Die wirtschaftliche Integration wäre gefährdet. Man muss sich also darüber im Klaren sein, dass die soziale Fortschrittsklausel das Gewicht der Union auf soziale Fürsorge verlagern und ihre Befähigung zur Schaffung eines Binnenmarktes, einer „in hohem Maße wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft“ und der Erreichung von Vollbeschäftigung (Art. 3 Abs. 3 EU) stark verringern würde.

Auch aus rechtlichen Gründen ist eine solche Vorrangregel fragwürdig: Die Arbeitnehmerrechte würden damit in den Status eines zumindest partiell abwägungsfreien „Supergrundrechts“ gehoben. Das wäre ein Fremdkörper im System der Grundrechte und Grundfreiheiten. Die Bewältigung eines Konfliktes zwischen Rechten auf gleichrangiger Ebene erfolgt durch praktische Konkordanz, d.h. durch verhältnismäßigen Ausgleich beide Rechte unter Wahrung ihres jeweiligen Wesensgehaltes. Für das europäische Recht ist dies in Art. 52 Abs. 1 EuGRC ausdrücklich ausgesprochen. Dem hätte es jedoch nicht bedürft, es ist ein anerkannter Grundsatz der Bewältigung eines Konflikts zwischen zwei gleichrangigen

⁵³ Vgl. Callies/Ruffert-Schmalenbauch, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Auflage 2007, Art. 311 EGV Rn. 2f.

⁵⁴ Vgl. EGB, Stellungnahme, S. 1, 5.

Gütern:⁵⁵ „[Der] Konflikt zwischen verschiedenen Trägern eines vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts sowie zwischen diesem Grundrecht und anderen verfassungsrechtlich geschützten Gütern ist nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz zu lösen, der fordert, daß nicht eine der widerstreitenden Rechtspositionen bevorzugt und maximal behauptet wird, sondern alle einen möglichst schonenden Ausgleich erfahren“⁵⁶. Schon aus rechtsstaatlichen Erwägungen ist eine Vorrangregel deshalb abzulehnen. Sie würde auch einen zumindest politisch fragwürdigen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer und die Berufsfreiheit der Arbeitgeber darstellen.⁵⁷

Ferner wäre sie wohl auch nach deutschem Verfassungsrecht kaum möglich: Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG verlangt, dass in der europäischen Union ein dem deutschen Recht vergleichbarer Grundrechtsschutz herrschen muss. Ob dieser bei der Existenz eines „Supergrundrechts“ und der zumindest starken Einschränkung von Berufsfreiheit der Arbeitgeber und der negativen Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer noch gegeben ist, ist doch fragwürdig. Schließlich wäre eine echte Vorrangregel auch nicht praktikabel. Schon zur Ausgestaltung etwa des Arbeitskampfrechtes bedarf es notwendigerweise Einschränkungen der sozialen Grundrechte.

b) Als politisches Bekenntnis

Damit zeigt sich: Eine ernstzunehmende Vorrangregel ist rechtlich aus vielerlei Gründen nicht möglich. Deshalb wird, sollte die soziale Fortschrittsklausel dennoch verabschiedet werden, sie in der Praxis nicht als Kollisionsregeln, sondern eher als politisches Bekenntnis ausgelegt werden. Als solches wäre sie unproblematisch möglich. In diesem Fall wird durch sie wenig gewonnen werden, weil die sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer bereits an zahlreichen Stellen (z.B. Art. 3 Abs. 3 EU, Art. 151 AEU, Artt. 27-33 EuGRC) verankert sind und insofern ihre Bedeutung als ein Wert der Union außer Frage steht. Die soziale Fortschrittsklausel ließe sie sich wegen ihrer vielen ausfüllungsbedürftigen, offenen Rechtsbegriffe wie „fairer Wettbewerb“, „Sozialdumping“ mit der bestehen Rechtslage ohne weiters vereinbaren. Damit wäre sie nur die Bekräftigung des ohnehin schon Geltenden. In diesem Fall freilich braucht man sie nicht; von einer Aufnahme in ein Zusatzprotokoll sollte

⁵⁵ BVerfG v. 7.3.1990 – 1 BvR 266/86, NJW 1990, 1982, 1983; BVerfG v. 3.11.1987 – 1 BvR 1257/84, BVerfGE 77, Seite 240, 253.

⁵⁶ BVerfG v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91, NJW 1995, 2477, 2279 m.w.N.

⁵⁷ S. oben IV. 2.

daher gänzlich abgesehen werden. Die Rolle, auch die sozialen Verpflichtungen der Union auszudrücken, übernehmen andere Normen an prominenter Stelle (Art. 3 Abs. 3 EU) besser.

2. Änderungen auf der Ebene des Sekundärrechts

Praktisch Erfolg versprechender sind daher Änderungen auf der Ebene des Sekundärrechts. Solche werden, wenn auch wenig entwickelt, vorgeschlagen.⁵⁸ Auch hier ist jedoch mit Fallstricken zu rechnen. Nahe liegend ist auf den ersten Blick, die tarifübliche Entlohnung als Mindeststandard in die Richtlinie 96/71/EG aufzunehmen. Dies scheitert jedoch aus zwei Gründen: Zum Einen wäre hier wohl wiederum die negative Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer verletzt. Vor allem wäre dies eine Diskriminierung der ausländischen Arbeitgeber, da inländische Arbeitgeber nicht gesetzlich an den Tarif gebunden wären.

Das Ziel der Gleichbehandlung (EU-)ausländischer und inländischer Arbeitnehmer, das die Verfechter der sozialen Fortschrittsklausel verfolgen, lässt sich letztlich am ehesten durch weitere Harmonisierung der sozialen Standards innerhalb der Union verfolgen. Nach bisherigem Rechtsstand jedoch hat die Union hier kaum Kompetenzen, insbesondere nicht für die Lohnhöhe (vgl. Art. 153 Abs. 5 AEU).

3. Nationale Alternativen

Zur Stärkung sozialer Rechte zwingend erforderlich sind Änderungen des Sekundärrechts nicht. Erfolg versprechend kann es auch sein, sich in Ziel- und Herkunftsland für eine Erhöhung der Sozialstandards einzusetzen. Ein Mindestlohn, wie jüngst vom deutschen Juristentag vorgeschlagen,⁵⁹ muss auch entsandten Arbeitnehmer gezahlt werden, vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. c der Richtlinie 96/71/EG.⁶⁰ Man könnte auch den bereits begonnen Weg weiterer Branchen-Mindestlöhne fortsetzen. Schließlich bleibt das Mandat der Gewerkschaften, durch kollektive Maßnahmen die Situation der Beschäftigten in dem jeweiligen Herkunftsland zu verbessern, unberührt.

⁵⁸ Stellungnahme EGB, S. 6f.

⁵⁹ Beschlüsse des 68. DJT, Abteilung Arbeits- und Sozialrecht, (10), S. 7, erhältlich unter http://www.djt.de/djtmedia/files/68_djt_beschluesse.pdf.

⁶⁰ Er wird z.B. von Wendeling-Schröder, FS Zachert, 2010, S. 147, 159f. gefordert.