

# Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH vor dem Hintergrund des Verhältnisses von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten

*Robert Rebhahn*

I. Einleitung	17
II. Grundrechte und Grundfreiheiten im Allgemeinen	18
III. Neue Urteile und Grundrechte	19
IV. Stellungnahme und Ausblick	21

## *I. Einleitung*

Viele Mitgliedstaaten schützen Tarifautonomie und Arbeitskampf durch Grundrechte. Der EuGH hat Gemeinschaftsrecht bislang jedoch nie hinter ein nationales Grundrecht zurücktreten lassen, weil dies die Einheit gefährdet. Im Gemeinschaftsrecht können nationale Grundrechte als solche nur relevant sein, soweit sie eine dem Mitgliedstaat eröffnete Möglichkeit zur Beschränkung ausfüllen.

Als Gegengewicht zu Grundfreiheiten kommen somit nur Grundrechte des Gemeinschaftsrechts in Betracht. Die Gemeinschaft hat bislang keinen verbindlichen Grundrechtskatalog zustande gebracht. Der Katalog wäre längst erforderlich, weil ohne ihn als fundamentale Werte im geschriebenen Primärrecht und in der Judikatur noch immer nur die Grundfreiheiten im Vordergrund stehen. Dies ist in Anbetracht des enormen Zuwachses an Kompetenzen und Regelungen nicht mehr angemessen. Der EuGH anerkennt aber zumindest ungeschriebene Grundrechte als allgemeine Grundsätze. Zum Grundrecht auf Tarifautonomie hat das Urteil Albany jedoch noch 1999 beredt nicht Stellung genommen. Die Urteile Viking und Laval anerkennen nun ausdrücklich „das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme einschließlich des Streikrechts als Grundrecht“.<sup>1</sup> Dies ist an sich ein großer Schritt, mag auch die konkrete Ableitung

---

<sup>1</sup> Vgl zum Urteil Viking zB *Rebhahn*, Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking, ZESAR 2008, 109 – 117.

durch den EuGH rechtsdogmatisch nicht recht überzeugen. Bejaht man dieses Gemeinschaftsgrundrecht, so wird man umso mehr jenes auf Tarifautonomie bejahen können. Allerdings spielt das Grundrecht auf kollektive Maßnahmen in der Argumentation der Urteile und für deren Ergebnis keine erkennbare Rolle. Auch zu diesem Grundrecht gibt es noch keine Grundrechtsdogmatik des EuGH. Der geringe Stellenwert liegt auf der bisherigen Linie der Judikatur.

## *II. Grundrechte und Grundfreiheiten im Allgemeinen*

Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten bei Kollision ist eher dunkel. Es lässt sich weniger durch Thesen als durch die Praxis des EuGH bestimmen. Ein Urteil kann den Eingriff in eine Grundfreiheit oder in ein Grundrecht prüfen. Die bisherigen, wenigen Urteile zu Kollisionen betrafen die Beschränkung einer Grundfreiheit. Das Grundrecht kam nur als deren potentielle Einschränkung in den Blick. Kaum kam der EuGH in die Lage zu prüfen, ob der Eingriff in ein Gemeinschaftsgrundrecht seitens der Gemeinschaft oder eines Staates im Interesse einer Grundfreiheit gerechtfertigt werden kann. Auch in Viking und Laval wurde nicht verhandelt, ob das Recht zu streiken wegen der Grundfreiheit eingeschränkt werden kann, sondern das Gegenteil. Die Fragstellung beeinflusst aber stets die Sicht, die wiederum die Aussage zum Recht beeinflussen kann. Kommt eine Kollision vor allem in den Blick, wenn es um die Beschränkung einer Grundfreiheit durch Grundrechtsbetätigung geht, so kann dies leicht zur Grundrechtsausübung „nach Maßgabe“ der Grundfreiheit führen.

Gleich geordnet wären Grundfreiheit und Grundrecht nur, wenn man von einer Kollision primärrechtlich geschützter Interessen ausgeht, die dann entweder schon auf der Ebene des Schutzbereiches oder auf der Ebene der Eingriffsschranken miteinander „auszugleichen“ sind. Dies müsste das Gericht aber ausdrücklich artikulieren. Die Urteile des EuGH prüfen und berücksichtigen beide Positionen bislang jedoch nicht erkennbar auf derselben Ebene, sondern setzen die Grundfreiheit an den ersten Platz. Allein das Urteil Schmidberger schien die beiden Rechte zumindest sprachlich auf gleicher Ebene anzusiedeln.<sup>2</sup> In Viking und Laval ist von dieser Annäherung im Rang nichts zu bemerken. Denn das eben anerkannte Grundrecht auf kollektive Maßnahmen wird zur Rechtfertigung der Beschränkung der Grundfreiheit nicht ins Spiel gebracht. Wohl steht am Anfang der Überlegungen dazu, dass die „Ausübung des Rechts zu kollektiven Maßnahmen“ ein zwingendes Allgemeininteresses sein kann. Das Urteil spricht hier aber nicht von Grundrecht. Und es konkretisiert das Allgemeininteresse nur durch den Schutz der Arbeitsbedingungen und die Sozialpolitik der EG. Ausgeklammert bleibt hingegen der spezifische Gehalt von Tarifautonomie und Arbeitskampf – die kollektive Vertretung von Interessen – , falls erforderlich durch Druck.

<sup>2</sup> EuGH vom 12.6.2003, Schmidberger, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659.

### *III. Neue Urteile und Grundrechte*

Aus Viking und Laval folgt, dass jedenfalls kollektive Maßnahmen, die sich gegen eine Standortverlagerung in einen anderen Mitgliedsstaat oder eine Entsendung richten, an Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit zu messen sind. Die Ausübung des Gemeinschaftsgrundrechts kann die Gewerkschaften nicht vor der Unterwerfung unter die Grundfreiheiten bewahren. Dann müsste die Grundrechtsausübung aber in der Folge bei den Überlegungen berücksichtigt werden, was wie gesagt ausbleibt. Auch wenn man das Grundrecht beiseite lässt, wird die Unterwerfung der Arbeitnehmer und Gewerkschaften unter die Grundfreiheit wohl nicht schlüssig begründet. Einmal wird gesagt, es reiche aus, dass die Aktion auf eine normative Regelung – den Tarifvertrag – abzielt, dann wird gesagt, dass es darauf nicht ankomme. Schlüssig wäre nur die These, dass jede faktisch erhebliche Beeinträchtigung einer Grundfreiheit auch durch Private diese beschränkt und daher nur bei Rechtfertigung zulässig ist. Es mag sein, dass diese weite These den Urteilen zugrunde liegt – ausgesprochen wird sie aber nicht.

Die Beschränkung einer Grundfreiheit ist nur rechtmäßig, wenn sie gerechtfertigt werden kann. Sie unterliegt dem Gebot der Verhältnismäßigkeit. Bei Streiks bedeutet dieser Maßstab für viele Mitgliedsstaaten im Süden und Norden eine grundlegende Änderung, im Süden auch eine Einschränkung der nationalen Grundrechte. Bei Verhältnismäßigkeitsprüfungen weiß man leider meist erst nach dem Urteil, wie sie ausgeht. Die Unsicherheit belastet den, der agieren will, hier die Grundrechtsträger. Eine Rechtfertigung ist laut EuGH nicht nur für Streiks jener Arbeitnehmer denkbar, um deren Arbeitsbedingungen es geht, sondern auch für Unterstützungsboykotte und damit für Sympathiemaßnahmen. Auch dies ist für manche Staaten neu.

Als Rechtfertigungsgrund nennen die Urteile den Schutz der Arbeitnehmer und konkretisieren dies durch die Ziele der EG-Sozialpolitik. Die Grundfreiheit ist mit diesen Zielen abzuwägen. Ein Streik kann nach Viking aber wohl nur gerechtfertigt sein, wenn Arbeitsplätze oder Arbeitsbedingungen gefährdet oder ernstlich bedroht sind, was die Grenze enger zieht als manch nationale Grundrechte, u.zw. wohl nicht nur beim Streik um sozialpolitische Gesetze. Gemeinschaftsrechtlich ist es wohl ein Novum, dass der EuGH hier primär ökonomische Interessen zur Rechtfertigung akzeptiert. Dies ersetzt aber nicht das jedenfalls verbale Ausblenden des Grundrechts.

Auch wenn Gefährdung oder Bedrohung vorliegt ist zu prüfen, ob die Maßnahme zur Erreichung des Zieles geeignet und erforderlich ist. Die Erforderlichkeit soll fehlen, wenn das nationale Recht andere, die Niederlassungsfreiheit weniger beschränkende Mittel bereitstellt, um zu einem Tarifabschluss zu kommen. Daraus könnte folgen, dass zuerst eine freiwillige Schlichtung zu beschreiten sei, was die Grenze wieder enger zöge als nationale Grundrechte. Viking hat überdies gesagt, dass das in seiner Grundfreiheit verletzte Unternehmen daraus Rechte gegen die Gewerkschaft ableiten kann. In man-

chen Staaten wird dies erstmals wirksame Sanktionen gegen Streiks erfordern. Dass die Akteure Grundrechtsträger sind, kommt im Urteil diesbezüglich kaum zum Ausdruck.

Die Urteile Laval und Rüffert betreffen Entsendungen. Im Vordergrund steht die Entsenderichtlinie. Dazu wird im Urteil Laval erstmals klar vertreten, dass die Richtlinie die Möglichkeiten des Arbeitsstaates, sein Arbeitsrecht für Entsendungen vorzuschreiben, abschließend regelt. Ich hielt und halte diese Auslegung wegen der in Anspruch genommenen Binnenmarktcompetenz an sich für gut vertretbar, sie ist aber nicht zwingend und hätte daher wohl mehr an Begründung erfordert. Fraglich ist aber jedenfalls das Verhältnis zu den Grundrechten der Arbeitnehmer.

In Laval ging es nicht um einen Streik der Entsendeten, sondern um eine Blockade der schwedischen Arbeitnehmer gegen die Entsendung. Die Schweden sahen ihre Arbeitsbedingungen gefährdet. Das Urteil lässt grundsätzlich auch diesen Boykott, der kein Sympathiearbeitskampf mehr ist, in den Schutzbereich des Grundrechts fallen. Dies ist für viele Mitgliedsstaaten ein Novum. Spätestens hier fällt auf, dass das Urteil andere Interessen der Unternehmer als die Grundfreiheiten, die gegen einen Boykott sprechen und die in manchen Staaten grundrechtlich geschützt sind, (ebenfalls) ausblendet. Auch der Interessenkonflikt der Boykottierenden mit den entsendeten Arbeitnehmern wird nicht ausdrücklich thematisiert.

Der EuGH lässt die Zulässigkeit dieses Boykotts jedenfalls an der Entsenderichtlinie enden. Schweden hat allerdings nicht alle Möglichkeiten dieser Richtlinie genutzt, weil es für Entsender nicht auch jene Tarifverträge vorgeschrieben hat, die zwar nicht allgemein verbindlich, aber doch allgemein wirksam sind. Jedenfalls unzulässig ist es nach dem Urteil, wenn eine nationale Friedenspflicht nur durch nationale Tarifverträge aufgelöst wird, weil dann der ausländische Tarifvertrag nicht gleichbehandelt wird. Ebenso ist es jedenfalls unzulässig, wenn der Entsender die Mindestlöhne erst mit der Gewerkschaft verhandeln soll.

Das Urteil erscheint in sich geschlossen. Näheres Hinsehen erweckt Zweifel. So beruht schon die Entsenderichtlinie auf der Prämisse, dass ausländische Tarifverträge den inländischen nicht stets gleichgestellt werden. Ferner geht das Urteil davon aus, dass Tarifautonomie und Arbeitskampf nur nach Maßgabe der Entsenderichtlinie gewährleistet sind. Man hätte aber fragen können und wohl auch müssen, ob die Entsenderichtlinie die Gemeinschaftsgrundrechte auf kollektive Maßnahmen und Tarifautonomie ausreichend beachtet, insbesondere wenn man bedenkt, dass die Gemeinschaft auch das Tarifsystem nach verbreiteter Auffassung nicht regeln darf. Das Urteil erwähnt zur Rechtfertigung der Beschränkung den Schutz des nationalen Tarifsystems aber nicht besonders, sondern fährt darüber hinweg.

Das Urteil Rüffert betrifft ein Tariftreuegesetz. Das in diesem Gesetz Verlangte geht über die Entsenderichtlinie hinaus. Laut EuGH widerspricht es auch der Dienstleistungsfreiheit, insbesondere weil nicht erkennbar sei, warum Entsendete bei öffentlichem Auftraggeber eines stärkeren Schutzes bedürften. Damit wird wohl gesagt, dass diese Unterscheidung keine sachliche Rechtfertigung sei. Mit dieser „Erwägung“ kann man

wohl alle arbeitsrechtlichen Regelungen in Frage stellen, die nur bestimmten Personen – etwa dem Staat – stärkere Pflichten als Arbeitgeber oder Auftraggeber auferlegen, etwa im Antidiskriminierungsrecht. Überdies erörtert auch Ruffert nicht, ob das Tarifreuegesetz der Tarifautonomie und damit einem Gemeinschaftsgrundrecht dient. Das BVerfG hat hingegen 2006 zur Rechtfertigung des Tarifreuegesetzes vor der Erwerbsfreiheit ausgeführt, das Gesetz unterstütze die Ordnungsfunktion der Tarifverträge und die grundrechtlich geschützte Tarifautonomie. Der EuGH geht darauf nicht ein, obwohl der Dialog mit nationalen Höchstgerichten häufig beschworen wird. Das Eingehen erübrigt sich auch nicht, weil es dem BVerfG um den Schutz der nationalen Tarifautonomie ging. Ein Gemeinschaftsgrundrecht auf Tarifautonomie könnte ja auch den Schutz der jeweils national bestehenden Möglichkeiten umfassen.

#### IV. Stellungnahme und Ausblick

Aus Sicht des Arbeitsrechts fällt auf, dass die Urteile kollektive Maßnahmen und Tarifvertrag nicht als Regelungsproblem und Institutionen des Arbeitslebens abhandeln, sondern als Randerscheinungen des Binnenmarktes. Man überlegt nicht erkennbar, inwieweit kollektive Regelungen und Aktionen wegen eines behaupteten Ungleichgewichtes am Arbeitsmarkt abstrakt und konkret sinnvoll oder erforderlich sind. Man sieht die Phänomene nur als Störfaktoren des Leistungsaustausches. Diese Sicht erscheint verkürzt. Die Verkürzung mag erklären, dass Blockaden dem Streik um eigene Arbeitsbedingungen einfach gleichgestellt werden, sodass andere Interessen der Arbeitgeber neben den Grundfreiheiten ausgeblendet werden.

Ausgeblendet wird auch folgender Widerspruch. Das Gemeinschaftsrecht beschränkt nun Aktionen der Arbeitnehmer in Lagen, die erst durch den Binnenmarkt geschaffen wurden. Die Aktionen sind oft Surrogat dafür, dass es keinen gesicherten Rechtsrahmen für Tarifvertrag und Streik über Binnengrenzen hinweg gibt, auch weil die Gemeinschaft Streik und vielleicht Tarifvertrag nicht regeln darf. Solange die Gemeinschaft diese Regelung nicht leistet, sollte sie sich jedoch bei Beschränkung der nationalen Möglichkeiten zurückhalten.

Gemessen an traditionellen Maßstäben nicht nur der Rechtsdogmatik, sondern allgemeiner Anforderungen an Begründung, erscheinen die Ausführungen zum Verhältnis von Grundfreiheit und Grundrecht in Viking und Laval wenig überzeugend. Aufmerksamkeit und Sorge des EuGH gelten nur der Grundfreiheit. Andere Aspekte werden an den Rand gedrängt. Zugunsten der Grundfreiheit wird alles als Argument verwertet. Das weite Verständnis der Grundfreiheit entspricht zwar dem Satz vom *effet utile*. Bei Gemeinschaftsgrundrechten fehlt hingegen ein ähnlicher Eifer zum *effet utile*, außer man sieht bereits in der Anerkennung ungeschriebener Gemeinschaftsgrundrechte einen Ausdruck dieses Auslegungstopos. Grundfreiheiten haben, jedenfalls im Effekt, bislang

einen höheren Rang als Grundrechte. Als Hüter der Grundrechte kann man den EuGH daher schwerlich sehen. Das ist zwar im bestehenden positiven Recht angelegt, aber dennoch wenig erfreulich.

Die Unterordnung des Grundrechts unter die Grundfreiheit zeigt sich auch, wenn man das Problem in nationales Verfassungsrecht transponiert. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit sind materiell Ausprägungen der Unternehmerfreiheit. Kein normaler Staat würde bestimmte Unternehmerrechte, nur weil sie ein Binnengrenzen überschreitendes Handeln betreffen, stets höher stellen als andere Grundrechte. Warum sollte eine Organisation, die nicht einmal Staat sein will, dies tun?

Es stehe hier dahin, ob man oder der EuGH zu den Ergebnissen der Urteile auch kommen würde, wenn man alle hier vermissten Aspekte einbezöge. Eine umfassende Argumentation hätte aber den Vorzug deutlich zu machen, dass der EuGH Fragen, die vielen Menschen und Mitgliedstaaten wichtig sind, ernst nimmt. Überdies würde sie es jenen leichter machen die Ergebnisse zu akzeptieren, welche sie nicht schon vorher rechtspolitisch wünschten. *Justice should not only be done, but should manifestly be seen to be done.*

Experten des Europarechts sagen allerdings, Urteile des EuGH dürften nicht an traditionellen Maßstäben gemessen werden. Man dürfe nicht bloße Rechtsdogmatik oder gar Orientierung an Absichten des Gesetzgebers erwarten, sondern müsse neben der juristischen Oberfläche die Tiefenstruktur bedenken und das Recht im politischen Kontext sehen. Die neuen Entscheidungen begünstigen nun klar den Wettbewerb mit geringen Arbeitskosten auch über die Grenze, und damit bestimmte Mitgliedsstaaten. Diese Wirkung ist insbesondere in der Entsenderichtlinie angelegt, wenn man sie so versteht wie der EuGH; diese Deutung ist aber nicht zwingend. Für das Verständnis der Urteile mag daher relevant sein, dass nach den Erweiterungen zwölf neue Mitgliedstaaten vertreten sind, auch im EuGH. Deren Mehrzahl wird erwarten, dass das Gemeinschaftsrecht ihre Wettbewerbsposition zumindest bei Entsendungen stützt, wenn sie schon bereit sein müssen Kapital, Waren und Manager einzulassen. Beobachter werden daher sagen, dass die Urteile diesen Erwartungen entgegenkommen und auch dadurch Integration fördern. Der EuGH fördere den Binnenmarkt, auch auf Kosten traditioneller Rechte der Arbeitnehmer. Die Anerkennung eines Grundrechts, das konkret folgenlos bleibt, erscheint dann als Mittel zur Erhöhung der Akzeptanz.

Ein Primat des Kontexts vor der Rechtsdogmatik wirft die Frage nach der Rolle des EuGH auf. Er wurde als Motor der Integration in Zeiten gerühmt, in denen politische Integration und Rechtssetzung auf der Stelle traten. Von Zurückhaltung der Gemeinschaftsgesetzgebung kann man aber seit Jahren nicht mehr sprechen. Es ist fraglich, ob der EuGH noch immer bemüht sein soll, die Integration durch Urteile auch dann voranzutreiben, wenn das Vorantreiben nicht aus zwingender Ableitung folgt. Treibt er auch dann voran, so läuft er Gefahr, von vielen nicht mehr als Garant des Rechts wahrgenommen zu werden, sondern als „mutiger“ Akteur der Politik. Als Gericht könnte er Vorbehalte gegen die Europapolitik verringern, die viele Unionsbürger hegen. Als pri-

mär politischer Akteur stärkt er diese Bedenken. Er verringert dann jedenfalls bei einem beträchtlichen Teil der Bevölkerung der EU Vertrauen anstatt Vertrauen aufzubauen.

