

# Das Soziale Fortschrittsprotokoll des Europäischen Gewerkschaftsbundes: ein Vorschlag zur Weiterentwicklung

Die europäischen Grundfreiheiten können das Streikrecht begrenzen und Arbeitskampforderungen illegal machen, so der Europäische Gerichtshof (EuGH) in einer 2007 begonnenen Urteilsreihe. Der Europäische Gewerkschaftsbund (EGB) fordert ein Soziales Fortschrittsprotokoll, um das kollektive Arbeitsrecht aus der Umklammerung durch die Grundfreiheiten zu lösen. Der Beitrag schlägt vor, die derzeitige EU-Reformdebatte für eine Neubesinnung auf die mit dem Fortschrittsprotokoll verfolgten Ziele zu nutzen, und unterbreitet Vorschläge für die Weiterentwicklung der Forderung. Statt auf einen generellen Vorrang der kollektiven sozialen Grundrechte gegenüber den Grundfreiheiten zu setzen, schlägt er die Begrenzung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten vor.<sup>1</sup>

MARTIN HÖPNER

## 1. Was ist das Soziale Fortschrittsprotokoll?

Die Soziale Fortschrittsklausel ist kein Bestandteil des europäischen Primär- oder Sekundärrechts (also der europäischen Verträge, Richtlinien und Verordnungen), sondern eine politische Forderung. Sie wurde vom EGB entwickelt, erstmals im März 2008 an die Öffentlichkeit getragen (ETUC 2008) und seither weiter bearbeitet (ETUC o. J.).

Die Forderung reagiert auf eine Serie von Urteilen des EuGH, die im Dezember 2007 einsetzte. Mit seinen Urteilen in den Fällen *Viking* und *Laval* hatte der EuGH begonnen, mitgliedstaatliche Regeln und Praktiken, die das kollektive Arbeitsrecht und speziell die Ausübung der Tarifautonomie betreffen, gegen die europäischen Grundfreiheiten zu prüfen und – je nach Ausgang der Prüfung – ggf. als Binnenmarktstörungen zu verwerfen.<sup>2</sup> Der EGB ruft die EU-Mitgliedstaaten auf, diese Rechtsprechung mit einem Zusatzprotokoll zu den europäischen Verträgen zu beantworten. Im Kern soll das Protokoll sicherstellen, dass soziale Rechte einen generellen Vorrang genießen, wenn sie mit den europäischen Grundfreiheiten kollidieren (weitere Angaben zum Inhalt des vorgeschlagenen Protokolltextes erfolgen in Abschnitt 2).

In Deutschland haben sich die Gewerkschaften, die SPD, die Grünen und die Partei *Die Linke* den Forderungen des EGB grundsätzlich angeschlossen, wobei sich die Unterstützung auf die Stoßrichtung der Forderung, nicht aber

notwendigerweise auf den konkret vorgeschlagenen Wortlaut des angestrebten Protokolls bezieht. Zweimal – im Mai 2009 und im März 2010 – beantragte die Fraktion der Partei *Die Linke*, der Deutsche Bundestag möge die Bundesregierung beauftragen, sich auf europäischer Ebene für eine entsprechende Ergänzung des Primärrechts einzusetzen.<sup>3</sup> SPD und Grüne bekräftigten hierbei ihre Unterstützung für die allgemeine Zielsetzung, stimmten wegen Vorbehalten gegenüber dem vorgeschlagenen Text aber gegen den Antrag der Linksfraktion (SPD) beziehungsweise enthielten sich (Grüne).<sup>4</sup>

In seinem Aufruf zur Bundestagswahl im September 2013 bekräftigte der DGB seine Forderung nach einem Sozialen Fortschrittsprotokoll.<sup>5</sup> Nachfolgend beauftragte das

1 Ich danke Philipp Klages, Florian Rödl, Fritz Scharpf und zwei anonymen Gutachtern herzlich für hilfreiche Hinweise.

2 EuGH, C-438/05 (*Viking*) und EuGH, C-341/05 (*Laval*). Vgl. Zur Einordnung Bercusson (2007).

3 Bundestagsdrucksachen 16/13056 vom 14.5. 2009 und 17/902 vom 3.3.2010.

4 Siehe die Einzelheiten zu den Positionierungen der Parteien in dem Bericht des Ausschusses für die Angelegenheiten der Europäischen Union, Bundestagsdrucksache 17/4773, datierend vom 14.2.2011.

5 Siehe den vom 20.9.2013 datierenden Wahlauftrag des DGB mit dem Titel „Für den Politikwechsel – Wählen gehen!“

gewerkschaftsnahe Hugo-Sinzheimer-Institut den Regensburger Rechtswissenschaftler Thorsten Kingreen mit der Erstellung eines Gutachtens zu den Potenzialen eines Sozialen Fortschrittsprotokolls, auf das im vorliegenden Artikel mehrfach Bezug genommen wird (Kingreen 2014). Das Gutachten erkennt in der Rechtsprechung des EuGH eine Gefahr für die Koalitionsfreiheit und unterstreicht insofern die mit dem Fortschrittsprotokoll verfolgten Ziele, äußert sich aber skeptisch zu dem vorgeschlagenen Wortlaut und schlägt stattdessen eine Aufnahme der Sozialpartnerschaft in die Querschnittsklausel des Artikels 9 AEUV sowie Änderungen des europäischen Entsende- und Vergebungsbereichs vor.

Mit dem vorliegenden Beitrag soll die Debatte um das Soziale Fortschrittsprotokoll fortgeführt und um neue Gesichtspunkte bereichert werden. Der Ausgangspunkt der Überlegungen ist, dass der EGB in der mit *Viking* und *Laval* begonnenen Rechtsprechungslinie zu Recht einen potenziellen Hebel zur Schwächung der Tarifautonomie und daher Handlungsbedarf erkennt. Nach einer kurzen Darstellung des Inhalts des vorgeschlagenen Fortschrittsprotokolls in Abschnitt 2 werden zunächst die Stimmigkeit der verfolgten Zielsetzung herausgestellt und einige Klarstellungen getroffen (3). Sodann wird das Problem der vom EuGH nominell proklamierten, in der Rechtsprechung aber faktisch nicht gegebenen Gleichrangigkeit von Grundfreiheiten und sozialen Grundrechten diskutiert (4). Abschnitt 5 setzt sich mit der Frage auseinander, ob die Kompetenz der EU-Kommission zur Initiierung europäischer Gesetzgebung auf das kollektive Arbeitsrecht ausgedehnt werden sollte. Darauf aufbauend werden Implikationen für die Weiterentwicklung der Forderung benannt (6). Der Beitrag schließt mit einem kurzen Ausblick (7).

## 2. Der Inhalt des vorgeschlagenen Protokolltextes

Der EGB ruft die Mitgliedstaaten und die europäischen Organe auf, auf die Verabschiedung eines Zusatzprotokolls zu den europäischen Verträgen hinzuwirken, das im Ergebnis als Teil des europäischen Primärrechts zu behandeln wäre. Der vorgeschlagene Text besteht in seiner aktuellen Fassung aus vier Artikeln (ETUC o. J.).

Artikel 1 stellt heraus, dass die im europäischen Primärrecht angestrebte „in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft“ (ETUC o.J., S. 2) (Artikel 3 Absatz 3 EUV) die EU auf die Zielsetzung des sozialen Fortschritts verpflichtet. Artikel 2 benennt an die Unionsorgane (Ziffer 1) und an die Mitgliedstaaten sowie die Sozialpartner (Ziffer 2) gerichtete Aufträge. Die Unionsorgane werden aufgefordert, auf die Verbesserung der sozialen Bedingungen hinzuwirken und die kollektiven Rechte der Beschäftigten zu gewährleisten (ebd., S. 2). Sie sollen das Recht der Ge-

werkschaften anerkennen, sich für die Verbesserung der Arbeitsbedingungen „auch über bisher bestehende (Mindest-)Standards hinaus einzusetzen“ (ebd., S. 2), und Rückschritte im Hinblick auf die bestehende Sekundärgesetzgebung verhindern. Die Mitgliedstaaten und die Sozialpartner sollen bei der Umsetzung des Unionsrechts in diese Richtung wirken und ihrerseits nicht daran gehindert werden, „strengere Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu treffen, die mit den Verträgen vereinbar sind“ (ebd., S. 3).

Im Zentrum der Erörterungen dieses Beitrags werden die Artikel 3 und 4 stehen. Artikel 3 beschäftigt sich mit dem Verhältnis von Grundrechten und wirtschaftlichen Freiheiten und ist vor allem als an den EuGH gerichtete Auslegungshilfe zu lesen. Im Falle eines Konflikts sollen die sozialen Grundrechte vorgehen. Wirtschaftliche Freiheiten sollen so ausgelegt werden, dass sie die Ausübung von sozialen Grundrechten nicht verletzen, einschließlich des Rechts, Tarifverträge auszuhandeln, abzuschließen und durchzusetzen.

Artikel 4 formuliert einen konkreten Handlungsauftrag an die europäischen Organe: „Für den Zweck der Gewährleistung des sozialen Fortschritts wird die Union erforderlichenfalls nach den Bestimmungen der Verträge, einschließlich des Artikels 352 des AEUV, tätig“ (ebd., S. 3). Bei Artikel 352 AEUV handelt es sich um die sogenannte Flexibilitätsklausel, die den Unionsorganen ein Tätigwerden zur Verwirklichung der Vertragsziele – hier also: der Ziele des Fortschrittsprotokolls – ermöglicht, wenn dies erforderlich erscheint, die Verträge aber keine entsprechende Kompetenznorm vorsehen. Die Brisanz des Verweises auf die Flexibilitätsklausel liegt darin, dass das Fortschrittsprotokoll schwerpunktmäßig kollektive Arbeitnehmerrechte behandelt, für die Artikel 153 Absatz 5 AEUV europäische Gesetzgebungsakte eigentlich ausschließt. Ich werde auf diesen Umstand in Abschnitt 5 noch einmal zu sprechen kommen.

## 3. Warum das Fortschrittsprotokoll in die richtige Richtung zielt

Bevor ich mich Aspekten zuwende, an denen das Fortschrittsprotokoll weiter geschärft werden sollte, möchte ich drei grundsätzliche Zweifel thematisieren und aus dem Weg räumen, die sich Leserinnen und Leser möglicherweise aufdrängen, die zum ersten Mal mit der Forderung des EGB in Berührung kommen. Dabei handelt es sich um einen politökonomischen, einen juristischen und einen machtpolitischen Zweifel.

Man könnte sich auf den Standpunkt stellen, dass die Forderung nach einem Sozialen Fortschrittsprotokoll eine politökonomisch verursachte Problemkonstellation als juristisches Problem fehldeutet und sich daher im Werkzeugkasten vergreift. Zweifellos ist richtig, dass die Nichteinlö-

sung des Versprechens eines „sozialen Europa“ tiefer liegende Ursachen als das Fehlen eines spezifischen Protokollzusatzes hat. Über das sozialpolitische Potenzial der europäischen Integration ist viel geschrieben und gestritten worden (exemplarisch Leibfried/Obinger 2008; Scharpf 2010). Die häufig zu beklagende Blockade ambitionierter Projekte eines „europäischen Sozialraums“ – man denke etwa an eine Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Sozialsysteme, an europäische Tarifverträge oder ein gesamteuropäisches Modell der Arbeitnehmermitbestimmung – wurzelt in der Heterogenität der in der EU vertretenen Produktions- und Verteilungsregime. Die Unterschiedlichkeit der mitgliedstaatlichen Interessen und Traditionen macht jede europäische Harmonisierung des Sozialen zu einem diffizilen Unterfangen. Kein denkbarer Protokollzusatz könnte hieran etwas ändern.

Folgt man allerdings Scharpfs analytischer Unterscheidung zwischen einer positiven (auf europäischer Ebene vereinheitlichenden) und einer negativen (tatsächliche oder vermeintliche Marktbeschränkungen auf mitgliedstaatlicher Ebene beseitigenden) Integration (grundlegend: Scharpf 1999, Kap. 2), dann zeigt sich, dass die Blockaden der positiven Integration lediglich eine – wenn auch gerade aus Gewerkschaftssicht schwerwiegende – Seite des Problems darstellen. Die andere Seite besteht in der Unwucht der marktschaffenden Integration, die zu einem Großteil nicht von der europäischen Politik, sondern vom EuGH durchgesetzt wird und die ihrerseits Wirkungen auf soziale Regulierungen auf Ebene der Mitgliedstaaten und namentlich auf das kollektive Arbeitsrecht entfaltet. Diese Unwucht war Anlass der EGB-Forderung und sie ist ihr entscheidender Zielpunkt: Die europäischen Gewerkschaften fordern die Beteiligten auf, nach Wegen zu suchen, die verhindern, dass das kollektive Arbeitsrecht auf Ebene der Mitgliedstaaten immer mehr durch extensive Ausdeutungen der europäischen Marktfreiheiten ausgehöhlt wird.

Das Fortschrittsprotokoll sollte also nicht mit falschen Erwartungen überladen werden. Die Umsetzung der Forderung allein würde zweifellos kein „soziales Europa“ schaffen. Aber die Forderung antwortet mit stimmiger Stoßrichtung auf ein korrekt erkanntes Teilproblem. Andere Probleme – man denke hier auch an die sozialen Folgen der Eurokrise – verlangen nach anderen Antworten.

Wenden wir uns einem zweiten, juristischen, Zweifel zu. Er wurde insbesondere von Thüsing (2010, S. 16) und Kingreen (2014, S. 61) in die Debatte eingebracht und besagt, dass die Forderung nach einem Sozialen Fortschrittsprotokoll im vorgeschlagenen Wortlaut eine juristische Unmöglichkeit verlangt: Die Etablierung eines „Supergrundrechts“ (der Begriff findet sich bei Thüsing), das den Grundfreiheiten stets übergeordnet ist und diese also in jedem Kollisions- bzw. Abwägungsfall, unabhängig von der konkret vorgefundenen Konstellation, „schlagen“ soll. In der Tat lässt der zweite Satz von Artikel 3, Absatz 1 kaum eine andere Interpretation zu: „Im Fall eines Konflikts gehen die sozialen Grundrechte vor“ (ETUC o. J., S. 3).

Es sei aber daran erinnert, dass es sich bei dem Sozialen Fortschrittsprotokoll um eine *Forderung* handelt, die eine Debatte initiieren soll. Forderungen schießen naturgemäß über die realistischere erreichbaren Kompromisslinien hinaus. Mein Vorschlag lautet daher, von der plastischen Forderung nach einem generellen *Vorrang* zu abstrahieren und diese nicht vorschnell zu verwerfen, sondern als *Unterordnungsverbot* zu deuten. In Abschnitt 4 werde ich hierauf ausführlich zu sprechen kommen.

Der dritte Zweifel ist strategisch-machtpolitischer Natur. Die Forderung des EGB sieht eine Anpassung des Primärrechts vor, die nur im Konsens aller 28 EU-Mitgliedstaaten erfolgen kann (daran ändert auch die vorgeschlagene Form des Zusatzprotokolls nichts) und daher nur unter erheblichen Schwierigkeiten durchzusetzen sein dürfte.<sup>6</sup> Auch an dieser Stelle lautet mein Vorschlag, die Forderung, die eine Debatte über ein berechtigtes Anliegen anstoßen soll, nicht mit dem realistischere erzielbaren Ergebnis zu verwechseln. Werden im Zuge der weiteren Debatte andere juristisch und politisch gangbare Wege erschlossen, das angestrebte Unterordnungsverbot durchzusetzen – neben dem Zusatzprotokoll sind direkte Vertragsänderungen, neues Sekundärrecht oder Anpassungen des bestehenden Sekundärrechts denkbar –, sollten diese nicht aus dem Optionsraum ausgeschlossen werden.

Dass die angestrebten Ziele nicht leicht durchzusetzen sind, steht außer Frage und wird auch durch den bisherigen Verlauf der Debatte, man denke etwa an die Anhörung vor dem zuständigen Ausschuss des Deutschen Bundestages,<sup>7</sup> bestätigt. Es liegt allerdings nicht in der Natur einer guten Forderung, ausschließlich dann erhoben zu werden, wenn das zur Durchsetzung notwendige Kräfteverhältnis bereits *ex ante* gegeben ist. Erscheint die Forderung berechtigt, ist sie in sich konsistent und läuft sie keinen fundamentalen Interessen der Inhaber von Vetopunkten zuwider, hängt alles Weitere von der Überzeugungskraft der Befürworterinnen und Befürworter ab.

Es ist richtig, dass die Präferenzen für eine Rechtsanpassung, die die mit der Fortschrittsklausel intendierten Wirkungen erzielen würde, über die EU-Mitgliedstaaten unterschiedlich verteilt sind: Hochlohnökonomien mit starken Gewerkschaften und hohen tarifvertraglichen Deckungsraten haben durch die jüngere Grundfreiheiten-Rechtsprechung des EuGH mehr zu verlieren als

6 In diesem Zusammenhang macht Kingreen nicht zu Unrecht auf die Diskrepanz zwischen der angestrebten Form des Zusatzprotokolls einerseits (Protokolle dienen typischerweise der Klärung von Einzelfragen) und den weitgesteckten Zielen andererseits aufmerksam: Werde wirklich eine „grundstürzende Änderung“ (Kingreen 2014, S. 59) des Verhältnisses von sozialen Grundrechten und wirtschaftlichen Grundfreiheiten angestrebt (gemeint ist das „Supergrundrecht“), dann sei ein Zusatzprotokoll kaum der geeignete Ort der Kodifizierung.

7 Siehe Fußnote 5.

beispielsweise die osteuropäischen Beitrittsländer. Gleichwohl dürften die Chancen eines Unterordnungsverbots besser stehen als etwa die Chancen auf Durchsetzung ambitionierter Standards der sozialen Sicherung oder etwa der Arbeitnehmermitbestimmung. Denn die Fortschrittsklausel will nicht *harmonisieren*, sondern zunächst einmal die *Kompatibilität* unterschiedlicher Ausgestaltungen des kollektiven Arbeitsrechts mit der voranschreitenden wirtschaftlichen Integration Europas sicherstellen. Es besteht kein Grund zu der Annahme, dass man solchen Zielen nicht im Rahmen europäischer Paketlösungen zumindest näherkommen könnte. Freilich hängen die Verwirklichungschancen in solchen Konstellationen auch davon ab, welchen Preis die Länder, die ein Ziel durchzusetzen suchen, an anderer Stelle zu zahlen bereit sind.

Zudem ist zu bedenken, dass die „Beweglichkeit“ des europäischen Primärrechts inzwischen ausgeprägter erscheint als im März 2008, als die Mitglieder des EGB-Exekutiv Ausschusses sich auf die Forderung nach einer Ergänzung der europäischen Verträge verständigten. Nicht nur hat die Eurokrise eine Vielzahl an Veränderungen und Ergänzungen des europäischen Kompetenzgefüges bewirkt, auch befindet sich die EU heute – im Frühjahr 2016 – inmitten einer von Großbritannien angestoßenen Reformdebatte. Selbst wenn die weitere Diskussion über das Fortschrittsprotokoll zu dem Ergebnis gelangen sollte, dass sich die angestrebten Ziele nur durch eine Veränderung des Primärrechts erreichen lassen, erscheint nicht ausgeschlossen, dass sich kurz- bis mittelfristig ein entsprechendes Gelegenheitsfenster öffnen könnte.

#### 4. Zur Hierarchie von Grundfreiheiten und Grundrechten

Wir haben in Abschnitt 2 bereits gesehen, dass das Fortschrittsprotokoll in seiner vorgeschlagenen Form eine an den EuGH gerichtete Auslegungshilfe enthält. Im Kollisionsfall, so Absatz 3, sollen die sozialen Rechte den Grundfreiheiten vorgehen. Wie in Abschnitt 3 dargelegt, schlage ich vor, den Inhalt dieser Forderung – gewissermaßen gemäßiger – als Unterordnungsverbot zu interpretieren.

Warum fordert der EGB ein Unterordnungsverbot oder sogar ein Überordnungsgebot? Die Forderung ist das Resultat einer spezifischen Lesart der mit *Viking* und *Laval* begonnenen Rechtsprechungslinie. Dieser Lesart zufolge ist der EuGH dazu übergegangen, das kollektive Arbeitsrecht den europäischen Grundfreiheiten *unterzuordnen* (der Begriff findet sich beispielsweise bei Rebhahn 2008, S. 117). Denkt man die Urteile von ihren Wirkungen her, ist der Begriff der Unterordnung in der Tat treffend: Die kollektiven Arbeitnehmerrechte mussten vor der Dienstleistungsfreiheit (*Laval*) bzw. der Niederlassungsfreiheit (*Viking*) kapitulieren. Für die Formulierung einer stimmigen

Gegenforderung ist nun aber die Einsicht entscheidend, dass der EuGH zu seinen Ergebnissen gelangen konnte, ohne eine Hierarchie zwischen den betroffenen Grundrechten und Grundfreiheiten zu postulieren. Es lohnt, diesen Sachverhalt eingehender zu betrachten.

Das Bild von der Unterordnung legt das Missverständnis nahe, der EuGH hätte in *Viking* und *Laval* den Versuch unternommen, Grundrechte und Grundfreiheiten im Prinzip auf einer Augenhöhe abzuwägen, wobei das Grundrecht aber zu Unrecht zu schlecht weggekommen (und daher „untergeordnet“ worden) sei. In der deutschen Verfassungsdogmatik würde man von dem Versuch sprechen, „praktische Konkordanz“ herzustellen: Geraten zwei Grundrechtspositionen in Kollision, dann sind beiden dergestalt Grenzen zu ziehen, dass am Ende beide möglichst umfassend zur Geltung kommen (Hesse 1988, Rn. 72 und 318). Das ist aber nicht, was in *Viking* und *Laval* geschah. Vielmehr geriet das kollektive Arbeitnehmerrecht in die Fänge des mit den Rechtsprechungen zu *Dassonville* und *Cassis de Dijon* für Binnenmarktstörungen entwickelten vierstufigen Grundfreiheitentests und musste sich in diesem Test bewähren – ein Vorgehen, das sich grundsätzlich von Hesses praktischer Konkordanz unterscheidet.<sup>8</sup>

Der EuGH deutet die Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote (Büchle 2008, S. 347ff.). Was immer die grenzüberschreitende Ausübung einer Grundfreiheit weniger attraktiv macht (genau genommen: weniger attraktiv machen *könnte*, denn ein empirischer Beschränkungseffekt muss nicht vorliegen), ist demnach rechtfertigungsbedürftig. Beschränkungen der transnationalen Ausübung von Grundfreiheiten sind nur dann europarechtskonform, wenn sie aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind, in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, zur Erreichung des als zwingend anerkannten Ziels tatsächlich geeignet sind und über das zur Zielerreichung Notwendige nicht hinausgehen. Es lässt sich leicht erkennen, dass sich dieser Test grundlegend von einer Abwägung auf Augenhöhe unterscheidet. Eine Norm – hier: ein kollektives Arbeitnehmerrecht – wird in asymmetrischer Weise vor einer anderen Norm – hier: einer Grundfreiheit – rechtfertigungsbedürftig.

Besonders plastisch kommt der Unterschied zwischen einer Abwägung auf Augenhöhe und dem Vorgehen des EuGH in dem Schlussantrag der Generalanwältin Trstenjak zur Rechtssache *Kommission gegen Deutschland* zum Ausdruck, in der es um einen beanstandeten Tarifvertrag zur Regelung der Altersvorsorge öffentlicher Angestellter ging.<sup>9</sup> In diesem Schlussantrag spielt die Generalanwältin beide

8 EuGH, Rs. 8/74 (*Dassonville*) und EuGH, Rs. 120/78 (*Cassis de Dijon*).

9 EuGH, Rs- C-271/08. Ich danke Florian Rödl, der mich auf den Schlussantrag der Generalanwältin aufmerksam machte.

Szenarien kontrastiv durch. Richterlich herzustellen sei ein Ergebnis, „bei dem eine optimale Wirksamkeit von Grundrechten und Grundfreiheiten sichergestellt wird“ (EuGH, Rs- C-271/08, Rn. 191); Konrad Hesse, der Schöpfer der Lehre von der „praktischen Konkordanz“, hätte die Zielsetzung der durch die Kollision notwendig gewordenen Abwägung gewiss nicht anders formuliert. Der EuGH, so die Generalanwältin weiter, sei in *Viking* und *Laval* aber anders vorgegangen. Er sei im „traditionellen Prüfungsschema“ verblieben (ebd., Rn. 181) und habe den Konflikt „unter Heranziehung der Rechtfertigungsgründe von Binnenmarktstörungen“ (ebd., Rn. 179) gelöst. Diese Einordnung in den Grundfreiheitenest, so die Generalanwältin, stünde „auf gespanntem Fuß mit dem Prinzip der Gleichrangigkeit von Grundrechten und Grundfreiheiten“ (ebd., Rn. 183).

Halten wir also fest: Das Problem in *Viking* und *Laval* war nicht, dass der EuGH eine Hierarchie zwischen sozialen Grundrechten und Grundfreiheiten proklamierte. Er musste dies nicht tun, um zu seinem Ergebnis zu gelangen. Der EuGH ließ die nominelle Gleichrangigkeit von Grundfreiheiten und sozialen Grundrechten vielmehr intakt (siehe EuGH, C-438/05, Rn. 44; EuGH, C-341/05, Rn. 91) und wandte den für Binnenmarktstörungen entwickelten Grundfreiheitenest an. Geschieht das, dann transformiert sich die weiterhin vorhandene *nominelle Gleichrangigkeit* von wirtschaftlichen Grundfreiheiten und sozialen Grundrechten in eine *faktische Hierarchie*.

Dieser Befund hat Implikationen für die Arbeit an einer stimmigen Gegenforderung. Da eine vermeintliche nominelle Hierarchie der in Rede stehenden Rechte nicht das Problem ist, würde die primärrechtliche Verankerung eines Unterordnungsverbots wirkungslos verpuffen (und selbst ein Überordnungsgebot müsste ins Leere laufen). Das Problem ist vielmehr die Einordnung kollektiver Arbeitnehmerrechte in den vierstufigen Grundfreiheitenest. An dieser Einordnung muss daher auch die Gegenforderung ansetzen.

## 5. Zum Eingriff in das europäische Kompetenzgefüge

Gründlich überdacht werden sollte meinem Eindruck nach zudem eine zweite Eigenart des Protokollentwurfs: Der Text fordert die Unionsorgane auf, im kollektiven Arbeitsrecht gesetzgeberisch tätig zu werden.

Warum ist dieser Umstand bemerkenswert? Bekanntlich haben die Unionsorgane im Sozialbereich bisher nur wenige gesetzgeberische Kompetenzen, und in Bezug auf das kollektive Arbeitsrecht haben die Mitgliedstaaten europäische Gesetzgebung grundsätzlich ausgeschlossen. Zum Arbeitsentgelt, dem Koalitionsrecht, dem Streikrecht und dem Aussperrungsrecht, so Artikel 153 Absatz 5 AEUV – also gerade zu den entscheidenden Gegenständen des

Sozialen Fortschrittsprotokolls – darf die Kommission keine Gesetzgebungsinitiativen ergreifen. Das Fortschrittsprotokoll fordert die Kommission aber zu ebensolcher Gesetzgebung auf: Für den Zweck der Gewährleistung des sozialen Fortschritts im Sinne des Protokolltextes, so Artikel 4, „wird die Union erforderlichenfalls nach den Bestimmungen der Verträge, einschließlich des Artikels 352 AEUV, tätig“.

Wie bereits in Abschnitt 2 erwähnt, handelt es sich bei Artikel 352 AEUV um die manchmal auch als „Abrundungskompetenz“ bezeichnete Flexibilitätsklausel. Sie ermöglicht europäische Gesetzgebung durch einstimmigen Ratsbeschluss, wenn ein von den Verträgen vorgegebenes Ziel verfolgt wird, die dafür notwendige Kompetenznorm aber fehlt. Wenn der EGB die Kommission also auffordert, Artikel 352 AEUV zur Gesetzgebung im kollektiven Arbeitsrecht zu nutzen, bedeutet das einen Aufruf zur Umgehung des Artikels 153 Absatz 5 AEUV bzw. faktisch eine Forderung nach Zuerkennung einer neuen, bisher nicht vorhandenen Unionskompetenz.<sup>10</sup> Versetzen wir uns in die Lage einer Politikberaterin oder eines Politikberaters. Sollte sie oder er den Gewerkschaften dazu raten, der Kommission eine Kompetenz zur Vorlage von Richtlinien- und Verordnungsvorschlägen zum kollektiven Arbeitsrecht zuzuweisen (bzw. eine Umgehungsstrategie anzuwenden, die faktisch dasselbe bewirkt)?

An dieser Stelle lohnt ein Rückblick auf die politischen Auseinandersetzungen seit *Viking* und *Laval*. Dem EGB gelang es, eine in mehreren europäischen Ländern und den europäischen Organen geführte Debatte über die Erfassung des kollektiven Arbeitsrechts durch die europäischen Grundfreiheiten zu initiieren. Im September 2009 kündigte Kommissionspräsident Barroso an, im Falle seiner Wiederwahl auf eine Lösung der durch die EuGH-Urteile aufgeworfenen Probleme hinwirken zu wollen. Im März 2012 legte die Kommission dann einen Vorschlag für eine „Verordnung des Rates über die Ausübung des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit“ vor, in Anlehnung an eine ältere Verordnung häufig als „Monti II“ bezeichnet (European Commission 2012).

Der Inhalt von „Monti II“ war allerdings das Gegenteil dessen, was der EGB und verbündete fortschrittliche Kräfte sich erhofft hatten (vgl. die Einzelheiten in Bruun/Brücker 2012). Statt eines Unterordnungsverbots des kollektiven Arbeitsrechts unter die Grundfreiheiten oder einer Ausnahme des kollektiven Arbeitsrechts von deren Wirkungskreis (zu Letzterem komme ich in Abschnitt 6) zielte der Vorschlag auf eine Kodifizierung des seit 2007 ergangenen Richterrechts und wies den Arbeitsgerichten die Aufgabe zu, zu prüfen, „ob die betreffenden [Arbeitskampf-]Maß-

<sup>10</sup> Auch Kingreen (2014, S. 65ff.) stellt (unter Verweis auf Monti II) heraus, dass der Protokolltext ein Tätigwerden der Kommission in Bereichen fordert, in denen Unionskompetenzen eigentlich ausgeschlossen sind.

nahmen Ziele verfolgen, die ein berechtigtes Interesse darstellen“ (Europäische Kommission 2012, S. 12). Zudem sah Artikel 4 des Verordnungsvorschlags die Errichtung eines Frühwarnsystems für Streikmaßnahmen mit transnationalen Auswirkungen vor. Kurz, „Monti II“ hätte die Lage aus Perspektive der Gewerkschaften nicht bereinigt, sondern zusätzlich verschlechtert.

„Monti II“ scheiterte. Wir haben bereits gesehen, dass Artikel 153 Absatz 5 AEUV das Arbeitskämpfrecht vom Kompetenzkatalog der europäischen Organe ausnimmt. Der Vorschlag der Kommission stützte sich daher auf die Flexibilitätsklausel des Artikels 352 AEUV und setzte also Einstimmigkeit im Rat voraus. Zwölf mitgliedstaatliche Parlamente reagierten auf den Richtlinienvorschlag bis Mai 2012 mit Subsidiaritätsrügen. Die zwölf Rügen signalisierten der Kommission, dass die zur Verabschiedung der Verordnung notwendige Einstimmigkeit nicht erreichbar war. Sie zog ihren Vorschlag daraufhin – im September 2012 – zurück.

Was lernen wir aus diesen Vorgängen? Erstens, die Kommission führte mit „Monti II“ vor, welche Ausgestaltung des Verhältnisses von wirtschaftlichen Grundfreiheiten und Tarifautonomie ihr politisch vorschwebt. Wir wissen daher nunmehr sehr genau, was die Kommission mit einer Gesetzgebungskompetenz im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts anfangen würde.<sup>11</sup> Und zweitens, genau die Tatsache, dass eine „echte“, also nicht auf die Flexibilitätsklausel gestützte Ermächtigung zur Vorlage von Gesetzgebungsvorschlägen zum kollektiven Arbeitsrecht nicht vorlag, hat die Mitgliedstaaten und speziell die Gewerkschaften vor „Monti II“ bewahrt.

Wohlgemerkt: Die hier skizzierten Entwicklungen waren im März 2008, als die Forderung nach einer Fortschrittsklausel erstmals entwickelt wurde, noch nicht vorherzusehen. Angesichts des heute verfügbaren Informationsstands aber müsste unsere imaginäre Politikberaterin bzw. unser Politikberater – um das Gedankenexperiment abzuschließen – den Gewerkschaften von einer etwaigen Forderung nach Unionskompetenzen zur Gesetzgebung im kollektiven Arbeitsrecht abraten.

## 6. Eine Bereichsausnahme für die Tarifautonomie

Die voranstehenden Überlegungen führten zu zwei Ergebnissen: Erstens, seit den mit „Monti II“ gemachten Erfahrungen käme der Ruf nach neuen Unionskompetenzen im kollektiven Arbeitsrecht einem politischen Eigentor gleich. Die Implikation für das Soziale Fortschrittsprotokoll ist offensichtlich: In einer aktualisierten Fassung sollte auf die derzeit in Artikel 4 positionierte Forderung, den europäischen Gesetzgeber über den Umweg der Flexibilitätsklausel des Artikels 352 AEUV zu aktivieren, verzichtet werden.

Zweitens, gesucht wird eine stimmige Forderung, die nicht auf eine Korrektur der nominellen Hierarchie von Grundfreiheiten und kollektiven sozialen Rechten zielt, sondern auf die Erfassung des kollektiven Arbeitsrechts durch die Grundfreiheiten. Die Konkretisierung dieser Implikation ist schwieriger als der Verzicht auf die Forderung nach faktischer Zuerkennung einer neuen Kommissionskompetenz im kollektiven Arbeitsrecht.

Zu prüfen wäre zunächst, ob das Europarecht eine Konstellation kennt, in der Regelungsbereiche grundsätzlich vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ausgenommen werden. In der Tat gibt es im Europarecht ein solches Konstrukt, denn mit seiner Rechtsprechung im Fall *Keck* hat der EuGH eine solche Bereichsausnahme vorgenommen.<sup>12</sup> Dabei ging es um ein Verfahren wegen Verkaufs zum Verlustpreis. Das europäische Höchstgericht entschied, dass Verkaufsmodalitäten nicht in den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit fallen.<sup>13</sup> Daher sind vertriebsbezogene Regeln, die für alle Marktteilnehmer unterschiedslos gelten und die den Marktzugang nicht erschweren, vom Grundfreiheitenbereich ausgenommen. Hierzu zählen beispielsweise die gesetzliche Regelung der Werbung und die Ladenschlusszeiten. Interessant ist hier, wie der EuGH die Bereichsausnahme begründete: Es gelte, einer uferlosen Anwendung der Warenverkehrsfreiheit auf alle nur denkbaren Sachverhalte Einhalt zu gebieten.<sup>14</sup>

Inwiefern ist die *Keck*-Rechtsprechung in unserem Zusammenhang instruktiv? Selbstverständlich haben Verkaufsmodalitäten einerseits und Regulierung und Ausübung der Tarifautonomie andererseits sachlich nichts miteinander zu tun und jeder Versuch, von der *Keck*-Ausnahme auf die Notwendigkeit einer Ausnahme für das kollektive Arbeitsrecht zu schließen, wäre abwegig. Die aus *Keck* zu gewinnende Einsicht ist eine andere: Der EuGH hat hier vorgeführt, dass der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten

11 Am Rande sei angemerkt, dass der Umgang mit den Lohnfindungssystemen der südlichen Krisenländer (dokumentiert in Schulten/Müller 2013, S. 295ff. und Rödl/Callsen 2015, S. 30ff.) letzte Zweifel daran ausräumen sollte, dass mehr Kommissionszugriffe auf das kollektive Arbeitsrecht aus Gewerkschaftssicht auf absehbare Zeit keinen Nutzen stiften würden.

12 EuGH, C-267/91 (*Keck und Mithouard*).

13 Die Warenverkehrsfreiheit, so der Leitsatz des Urteils, „ist dahin auszulegen, dass [sie] keine Anwendung auf Rechtsvorschriften findet, die den Weiterverkauf zum Verlustpreis allgemein verbieten“.

14 „Da sich die Wirtschaftsteilnehmer immer häufiger auf [die Warenverkehrsfreiheit; M. H.] berufen, um jedwede Regelung zu beanstanden, die sich als Beschränkung ihrer geschäftlichen Freiheit auswirkt, auch wenn sie nicht auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten gerichtet ist, hält es der Gerichtshof für notwendig, seine Rechtsprechung auf diesem Gebiet zu überprüfen und klarzustellen“ (EuGH, C-267/9, Rn. 14).

steuernden Eingriffen zugänglich ist. Wenn solche Eingriffe richterrechtlich erfolgen können, müssen sie auch politisch vorgenommen werden können.

Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang auch die Rechtsprechung im Fall *Albany* (hierzu Kocher 2009, S. 334; Rödl/Callsen, S. 57).<sup>15</sup> Zwar ging es hier nicht um den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten, sondern des europäischen Wettbewerbsrechts. Bemerkenswert ist hier aber der „Zielpunkt“ der Anwendung: Das Gericht konstruierte einen Ausnahmereich für die Kollektivverhandlungsfreiheit. In Analogie zur *Keck-Ausnahme* sprechen manche Autoren hier von der *Albany-Ausnahme*.<sup>16</sup> Da das Tarifrecht notwendigermaßen und erwünschterweise den freien Wettbewerb beschränke, so das Argument, müsse es außerhalb des Anwendungsbereichs des Wettbewerbsrechts stehen. Wiederum gilt: Dass dem Wettbewerbsrecht auf dem Wege des Richterrechts eine die Tarifvertragsfreiheit betreffende Grenze eingezeichnet wurde, beweist noch nicht, dass es eine solche Grenze auch für die Grundfreiheiten geben muss. Während aber *Keck* uns darin bestärkt, dass sich bestimmte Regelungsfelder von der Erfassung durch die Grundfreiheiten ausnehmen lassen, bestärkt uns *Albany* darin, dass das kollektive Arbeitsrecht bzw. die Tarifautonomie die Zielpunkte einer solchen Bereichsausnahme sein können.

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass die Wertung der *Albany-Ausnahme* als mit der *Keck-Ausnahme* vergleichbare Bereichsausnahme insofern umstritten ist, als dass die Ausnahme von Tarifverträgen (und tarifvertraglich vereinbarten Regelungen) vom Geltungsbereich des Wettbewerbsrechts nicht generell gilt, sondern an zwei am Einzelfall zu prüfende Voraussetzungen geknüpft ist: Die Tarifverträge müssen im Rahmen von Verhandlungen der Sozialpartner zustande gekommen sein und die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen betreffen. Insofern handelt es sich nicht um eine *generelle*, sondern um eine am Einzelfall zu prüfende Ausnahme vom Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts.

Man beachte aber, dass dieser Prüfung ausgesprochen niedrige Hürden aufliegen, wie auch die Kürze der Prüfung im *Albany*-Urteil illustriert: Der wettbewerbsrechtlich beanstandete Tarifvertrag wurde zwischen den Sozialpartnern geschlossen (EuGH, C-67/96, Rn. 62) und regelte Arbeitsbedingungen der Beschäftigten (ebd., Rn. 63) – Prüfung abgeschlossen. Insofern könnte wohl auch von einer generellen Bereichsausnahme mit angeschlossener Missbrauchskontrolle gesprochen werden.<sup>17</sup> Festzuhalten bleibt an dieser Stelle, dass die Unterscheidung zwischen generellen und nicht-generellen Bereichsausnahmen für die in diesem Beitrag diskutierten Gegenstände insofern unproblematisch ist, als dass auch einer politisch installierten Ausnahme der Regulierung und Ausgestaltung der Tarifautonomie vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten gegebenenfalls eine Missbrauchskontrolle zur Seite gestellt werden könnte.

Zurück zur eigentlichen Argumentationslinie: Mein Vorschlag lautet, den europäischen Gesetzgeber aufzufor-

dern, die Regelung der Tarifvertragsfreiheit und die Inhalte von Tarifverträgen vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten auszunehmen, sprich: eine an *Albany* angelehnte *Keck*-Ausnahme zu installieren. Der Wortlaut des Kerns einer entsprechenden Richtlinie könnte sich eng an *Keck* anlehnen: Die Warenverkehrsfreiheit, die Kapitalverkehrsfreiheit, die Dienstleistungsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit sind dahingehend auszulegen, dass sie keine Anwendung auf die Regelung und Ausübung der Koalitionsfreiheit finden. Ein interessantes Ergebnis liegt hier nicht nur im Hinblick auf den Wechsel des Fokus weg von der nominellen Wertigkeit des Rechts auf Kollektivverträge und hin zum Wirkungskreis der Grundfreiheiten vor, sondern auch im Hinblick auf den vorgeschlagenen Ort der angestrebten Korrektur: Sie könnte im Sekundärrecht vorgenommen werden. Oder vorsichtiger: Es erscheint politisch sinnvoll, auf einer solchen Möglichkeit bis zum Beweis des Gegenteils zu beharren.

Vielen Leserinnen und Lesern mögen sich hier verständliche Zweifel aufdrängen: Würde der EuGH ein entsprechendes Sekundärrecht nicht ebenso verwerfen wie mitgliedstaatliche Regeln und Praktiken in der mit *Viking* und *Laval* begonnenen Urteilsserie? Zu beachten ist hier, dass die Grundfreiheiten für Mitgliedstaaten und EU unterschiedliche normative Gehalte haben. Die Mitgliedstaaten sind an die Grundfreiheiten gebunden, der europäische Gesetzgeber kann Marktbeschränkungen hingegen europäisch harmonisieren (und dem Sekundärrecht damit andere Aufgaben zuweisen, als die Grundfreiheiten zur Geltung zu bringen). Wie Rödl (2011, S. 295) im Einzelnen darlegt, räumt der EuGH dem europäischen Gesetzgeber daher (zu Recht) ein ungleich weiteres Ausgestaltungsermessen ein als dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber: Die Grenze seines Ermessens liegt nicht in den Ergebnissen des strengen Grundfreiheitentests, sondern in verbotenem offensichtlichen Missbrauch. Europäisches Sekundärrecht ist, mit anderen Worten, „grundfreiheitenbeständiger“ als nationales Recht.

Die praktische Implikation dieses Ergebnisses ist insofern erfreulich, als dass sie – gewissermaßen ungewollt – einen zusätzlichen, nämlich strategisch-politischen Vorteil eröffnet. Der ursprüngliche EGB-Vorschlag zielte auf die Durchsetzung einer Hierarchie von sozialen Grundfreiheiten und Grundrechten und war zweifellos auf Änderungen im Primärrecht angewiesen. Die Implementation einer Bereichsausnahme erscheint hingegen auch sekundärrechtlich

<sup>15</sup> EuGH, C-67/96 (*Albany*).

<sup>16</sup> So etwa Ackermann (2010, S. 44) oder auch der EuGH im Urteil C-271/08, dort Rn. 61.

<sup>17</sup> Die Missbrauchskontrolle soll verhindern, dass etwa allgemeine Kartellabsprachen als Tarifverträge ausgewiesen werden und sich auf diesem Wege gegen das Wettbewerbsrecht immunisieren.

denkbar und wäre daher nicht zwingend auf das sich selten öffnende Gelegenheitsfenster von Vertragsrevisionen angewiesen.

## 7. Fazit

In diesem Beitrag habe ich die Berechtigung der mit dem Sozialen Fortschrittsprotokoll verfolgten Zielsetzungen unterstrichen und einen Vorschlag zur Weiterentwicklung der Forderung unterbreitet. Der Vorschlag hat zwei Teile. Erstens empfehle ich, eine Begrenzung des Wirkungsbereichs der Grundfreiheiten zu fordern, statt zu versuchen, einen generellen Vorrang (oder zumindest ein Unterordnungsverbot) der kollektiven sozialen Rechte gegenüber wirtschaftlichen Grundfreiheiten durchzusetzen. Zweitens schlage ich vor, angesichts der in der Auseinandersetzung um „Monti II“ gemachten Erfahrungen auf die Forderung nach einer Aktivierung des europäischen Gesetzgebers im kollektiven Arbeitsrecht zu verzichten.

Der Einsicht in die Berechtigung einer Bereichsausnahme für das kollektive Arbeitsrecht sollte zugutekommen, dass es sich um eine ausgesprochen „systemkonforme“ Maßnahme handeln würde, würde sie doch der in Artikel 153 Absatz 5 AEUV vorgenommenen Ausnahme des Tarif- und Arbeitskämpferechts vom Kompetenzkatalog der europäischen Organe ihren ursprünglichen Sinn zurückgeben. Denn der Zweck des Artikels 153 Absatz 5 AEUV bestand in einem effektiven Autonomieschutz in einem besonders sensiblen, vor ungesteuerter Liberalisierung zu bewahrenden Bereich – und nicht in der Herstellung eines Zustands, in dem der EuGH unter Verweis auf die Grundfreiheiten erhebliche Eingriffe in das kollektive Arbeitsrecht vornehmen kann, die der europäische Gesetzgeber anschließend nicht korrigieren darf.

Der Vorschlag dürfte gegenüber der ursprünglichen Forderung sowohl wirkungsvoller als auch besser durchzusetzen sein. Wie ich im Einzelnen herausgearbeitet habe, besteht Grund zu der Annahme, dass ein in das Primärrecht eingefügtes Unterordnungsverbot des kollektiven Arbeitsrechts gegenüber den Grundfreiheiten vor dem EuGH wirkungslos verpuffen würde. Eine an *Albany* angelehnte *Keck*-Ausnahme für das kollektive Arbeitsrecht könnte, würde sie durchgesetzt, die Erfassung des Streikrechts durch die Grundfreiheiten hingegen effektiv stoppen. Die Durchsetzbarkeit des Vorschlags erscheint gegenüber dem bisher vorliegenden Protokolltext gesteigert, weil sie einige Einwände ausräumt, die gegen das Fortschrittsprotokoll im Verlauf der bisherigen Debatte in Stellung gebracht wurden, und weil sie zudem am Sekundärrecht ansetzen könnte.

Der Vorschlag, als Alternative zur Vertragsänderung den Weg über das Sekundärrecht zu prüfen, provoziert zweifellos Einwände im Hinblick auf

die „EuGH-Festigkeit“ der Strategie. Im vorliegenden Beitrag habe ich auf das Ausgestaltungsmessen, das der EuGH dem europäischen Gesetzgeber bei Beschränkungen der Grundfreiheiten richtigerweise zugesteht, verwiesen. Allgemein erscheint es vernünftig, darauf zu beharren, dass der europäische Gesetzgeber über eine Kompetenz zur Präzisierung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten verfügt. Denn in demokratietheoretischer Hinsicht erscheint die Annahme, dass der EuGH etwa Verkaufsmodalitäten vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ausnehmen durfte, während der demokratisch legitimierte Gesetzgeber dies nicht hätte tun dürfen, grotesk.

Gleichwohl ist einzuräumen, dass der vorgeschlagene Lösungsweg in besonderem Maße auf die Bereitschaft des europäischen Höchstgerichts angewiesen ist, an einer Bereinigung der durch *Viking* und *Laval* aufgeworfenen Probleme mitzuwirken. Diese Kooperationsbereitschaft, so mein Vorschlag, sollte zumindest getestet werden. Verweigert der EuGH die Kooperation, bliebe in der Tat nur der vom EGB angedachte Weg einer Ergänzung des Primärrechts.<sup>18</sup> Jüngst haben Jürgen Bast, Florian Rödl und Philipp Terhechte in der *Zeitschrift für Rechtspolitik* gezeigt, wie eine solche Vertragsänderung ausgestaltet werden könnte. Auch sie schlagen im Kern Bereichsausnahmen im Geiste der *Albany*-Rechtsprechung vor, die in den Binnenmarkt-Kapiteln des Vertrags über die Arbeitsweise der EU (in Art. 36, 51, 53 und 65 AEUV) zu positionieren wären.<sup>19</sup>

So bleibt abschließend festzuhalten, dass der EGB mit seiner Forderung nach einem Sozialen Fortschrittsprotokoll ein Problem in der Rechtsprechung frühzeitig erkannt und mit richtiger Stoßrichtung beantwortet hat. Es gilt nun, stimmige Forderungen in die durch die Brexit-Debatte befeuerte Reformdiskussion einfließen zu lassen. Ich hoffe, dass meine Überlegungen als hilfreicher Beitrag zu der dringend notwendigen Neubelebung der Diskussion um das Fortschrittsprotokoll gelesen werden. ■

## LITERATUR

- Ackermann, T.** (2010): *GWB Novelle und kartellrechtlicher Geltungsanspruch*, in: Rieble, V./Junker, A./Giesen, R. (Hrsg.): *Kartellrecht und Arbeitsmarkt*, München, S. 17–54
- Bast, J./Rödl, F./Terhechte, J.** (2015): Funktionsfähige Tarifvertragssysteme als Grundpfeiler von Binnenmarkt und Währungsunion, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 48 (8), S. 230–233
- Bercusson, B.** (2007): The trade union movement and the European Union: judgment day, in: *European Law Journal* 13 (3), S. 279–308
- Bruun, N./Brücker, A.** (2012): Der Monti II Verordnungsvorschlag der EU Kommission. Eine kritische Würdigung, in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 29 (20), S. 1136–1141
- Büchtele, M.** (2008): Diskriminierung, Beschränkung und *Keck*-Mithouard – die Warenverkehrsfreiheit, in: Roth, G. H./Hilpold, P. (Hrsg.): *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten. Eine kritische Analyse richterlicher Rechtschöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten*, Wien, S. 335–394
- ETUC (European Trade Union Confederation)** (o. J.): EGB-Vorschlag für ein Protokoll zum „Sozialen Fortschritt“, inoffizielle Übersetzung, Brussels, [https://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/social\\_progress\\_protocol\\_DE.pdf](https://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/social_progress_protocol_DE.pdf) (letzter Zugriff: 19.04.2016)
- ETUC (European Trade Union Confederation)** (2008): Proposal for a social progress protocol, Brussels, <https://www.etuc.org/proposal-social-progress-protocol> (letzter Zugriff: 19.04.2016)
- Europäische Kommission** (2012): Vorschlag für Verordnung des Rates über die Ausübung des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit, COM(2012) 130 final, 21.3., Brüssel
- Hesse, K.** (1988): *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16., ergänzte Auflage, Heidelberg

18 Damit entfielen dann auch der Vorteil der besseren Durchsetzbarkeit. Immerhin ist der Befund der ungünstigeren Durchsetzbarkeit einer primärrechtlichen Anpassung an einer Stelle zu relativieren: Diese Lösung wäre nicht darauf angewiesen, dass die Kommission ihr Monopol bei der Inangangsetzung von Gesetzesinitiativen ausübt.

19 Zudem schlagen die Autoren eine Ergänzung des Art. 101 AEUV zur Kodifizierung der *Albany*-Rechtsprechung und eine in Art. 121 AEUV positionierte Ausnahme der Tarifvertragssysteme von den „harten“ Durchsetzungsmöglichkeiten bei den an die Mitgliedstaaten gerichteten wirtschaftspolitischen Empfehlungen vor. Für die weiteren Einzelheiten verweise ich auf den Aufsatz der Autoren in der *Zeitschrift für Rechtspolitik*.



- Kingreen, T.** (2014): Soziales Fortschrittsprotokoll. Potenzial und Alternativen, Frankfurt a. M.
- Kocher, E.** (2009): Das „Sozialthema“ zwischen EuGH und Nationalstaat. Überlegungen nach dem Lissabon-Urteil des BetrVG, in: Arbeit und Recht 57 (9), S. 332–338
- Leibfried, S./Obinger, H.** (2008): Nationale Sozialstaaten in der Europäischen Union: Zukünfte eines „sozialen Europas“ in: Höpner, M./Schäfer, A. (Hrsg.): Die Politische Ökonomie der europäischen Integration, Frankfurt a. M./NewYork, S. 335–365
- Rebhahn, R.** (2010): Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking, in: Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht 7 (3), S. 109–117
- Rödl, F.** (2011): Bezifferte Mindestentgeltvorgaben im Vergaberecht, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 22 (8), S. 292–296
- Rödl, F./Callsen, R.** (2015): Kollektive soziale Rechte unter dem Druck der Währungsunion. Schutz durch Art. 28 EU-Grundrechtecharta?, Frankfurt a. M.
- Scharpf, F.W.** (1999): Regieren in Europa: Effektiv und demokratisch?, Frankfurt a. M./NewYork
- Scharpf, F.W.** (2010): The asymmetry of European integration, or Why the EU cannot be a 'social market economy', in: Socio-Economic Review 8 (2), S. 211–250

- Schulten, T./Müller, T.** (2013): Ein neuer europäischer Interventionismus? Die Auswirkungen des neuen Systems der europäischen Economic Governance auf Löhne und Tarifpolitik, in: Wirtschaft und Gesellschaft 39 (3), S. 291–321
- Thüsing, G.** (2010): Stellungnahme zur Anhörung des Europa-Ausschusses des Deutschen Bundestages am 6.10.2010. Ausschussdrucksache 17(21)0267 des Ausschusses für die Angelegenheiten der Europäischen Union, Deutscher Bundestag, Berlin

---

#### AUTOR

**MARTIN HÖPNER**, apl. Prof. Dr., ist Forschungsgruppenleiter am Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung (MPIfG), Köln. Arbeitsschwerpunkt: Politische Ökonomie der europäischen Integration.

 [mh@mpifg.de](mailto:mh@mpifg.de)

---

# Abstracts

WSI-MITTEILUNGEN 4/2016, SEITEN XXX-XXX

MARTIN HÖPNER

## Das Soziale Fortschrittsprotokoll des Europäischen Gewerkschaftsbunds: ein Vorschlag zur Weiterentwicklung

Das Soziale Fortschrittsprotokoll ist eine vom Europäischen Gewerkschaftsbund erstmals 2008 formulierte und seither präzisierte Forderung. Sie reagiert auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Verhältnis von Grundfreiheiten und kollektiven sozialen Rechten und fordert im Kern eine Ergänzung des europäischen Primärrechts, die bewirken soll, dass die sozialen Grundrechte im Kollisionsfall vorgehen. Der Beitrag unterstreicht die Berechtigung der mit dem Sozialen Fortschrittsprotokoll verfolgten Zielsetzungen und unterbreitet einen Vorschlag zur Weiterentwicklung. Der Vorschlag besteht aus zwei Teilen. Erstens wird angeraten, den Fokus auf den Wirkungsbereich der europäischen Grundfreiheiten zu richten, statt eine generelle Vorrangstellung der kollektiven sozialen Rechte zu fordern. Zweitens rät der Beitrag, auf die Forderung nach einer Aktivierung der europäischen Gesetzgebung in Fragen des kollektiven Arbeitsrechts zu verzichten. Im Ergebnis schlägt der Beitrag eine im Sekundärrecht positionierte, an die *Albany*-Rechtsprechung des EuGH angelehnte Bereichsausnahme vor. ■

WSI-MITTEILUNGEN 4/2016, PP XXX-XXX

MARTIN HÖPNER

## Revisiting the Social Progress Protocol of the European Trade Union Confederation

The Social Progress Protocol is a set of demands developed by the European Trade Union Confederation, formulated for the first time in 2008. It is a reaction to a set of European Court of Justice Decisions on the relationship between economic freedoms and social rights and demands a general primacy of social rights whenever they collide with economic freedoms. The article confirms that the ETUC demand goes in the right direction and suggests further improvement. The suggestion consists of two parts. First, the article proposes to ask for a change in the scope of the fundamental freedoms, rather than for a general primacy of social rights. Second, the article advises against making demands to create new Commission competencies in the field of labour law. In sum, the article suggests an “Albany exception” that could be positioned in secondary rather than primary European law. ■