

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

PAOLO MENGOZZI

vom 23. Mai 2007¹

Inhaltsverzeichnis

I — Einleitung	I - 11773
II — Rechtlicher Rahmen	I - 11774
A — Gemeinschaftsrecht	I - 11774
B — Nationales Recht	I - 11780
1. Nationales Recht hinsichtlich der Entsendung von Arbeitnehmern	I - 11780
2. Die Tarifverträge in Schweden	I - 11781
3. Das nationale Recht betreffend kollektive Maßnahmen	I - 11782
III — Ausgangsverfahren und Vorlagefragen	I - 11783
IV — Verfahren vor dem Gerichtshof	I - 11786
V — Rechtliche Prüfung	I - 11787
A — Vorbemerkungen	I - 11787
1. Zur Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts	I - 11787
2. Zur Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens	I - 11798
B — Zu den Vorlagefragen	I - 11802
1. Allgemeine Bemerkungen	I - 11802
2. Zur Auslegung der Richtlinie 96/71 und zu ihrer Umsetzung in schwedisches Recht	I - 11812

¹ — Originalsprache: Französisch.

3. Zwischenergebnis	I - 11823
4. Zu Art. 49 EG	I - 11824
a) Allgemeine Bemerkungen	I - 11824
b) Vorliegen einer Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs	I - 11826
c) Zur eventuellen Rechtfertigung der Beschränkung	I - 11828
i) Zur Verhältnismäßigkeit der kollektiven Maßnahmen, soweit diese darauf abzielen, die Mindestlöhne durchzusetzen, die gemäß dem Bautarifvertrag festgesetzt werden	I - 11831
ii) Zur Verhältnismäßigkeit der kollektiven Maßnahmen, soweit sie darauf abzielen, sämtliche im fraglichen Tarifvertrag vorgesehene Bedingungen durchzusetzen	I - 11835
VI — Ergebnis	I - 11843

I — Einleitung

1. Mit seinen beiden Vorlagefragen möchte der Arbeitsdomstol (Schweden) vom Gerichtshof im Wesentlichen wissen, ob dann, wenn ein Mitgliedstaat nicht über ein System der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen verfügt, Art. 12 EG, Art. 49 EG und die Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen² dahin auszulegen sind, dass es ihnen zuwiderläuft, dass gewerkschaftliche Organisationen eines Mitgliedstaats in Einklang mit dessen nationalem Recht kollektive Maßnahmen einleiten, durch die ein Dienstleistender aus einem

anderen Mitgliedstaat zum Abschluss eines Tarifvertrags gezwungen werden soll, der von ihm vorübergehend in das Gebiet des erstgenannten Mitgliedstaats entsandten Arbeitnehmern zugute kommt, und zwar auch dann, wenn dieser Dienstleistende bereits im Mitgliedstaat seiner Niederlassung tarifvertraglich gebunden ist.

2. Die vorliegende Rechtssache wirft zahlreiche, alles andere als leicht zu beantwortende Rechtsfragen auf, deren komplizierteste sich unter den Oberbegriff der Notwendigkeit des Ausgleichs widerstreitender Interessen einordnen lassen.

2 — ABl. 1997, L 18, S. 1.

3. So erfordert die in der vorliegenden Rechtssache zu gebende Antwort eine Abwägung des Rechts der Gewerkschaften, zur Verteidigung der Interessen der Arbeitnehmer kollektive Maßnahmen zu ergreifen — ein Recht, das, wie ich in diesen Schlussanträgen vorschlage, als Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts anzusehen ist —, sowie des Rechts einer in der Gemeinschaft ansässigen Gesellschaft auf Ausübung der Dienstleistungsfreiheit, einer Grundfreiheit des EG-Vertrags.

4. Ebenso sind der Schutz der im Rahmen einer grenzüberschreitenden Dienstleistung vorübergehend in das Gebiet eines Mitgliedstaats entsandten Arbeitnehmer, der Kampf gegen Sozialdumping und die Wahrung der Gleichbehandlung von nationalen Unternehmen eines Mitgliedstaats und von Dienstleistenden der anderen Mitgliedstaaten miteinander in Einklang zu bringen.

5. Außerdem ist meines Erachtens im Einzelnen das Zusammenspiel der Bestimmungen der Richtlinie 96/71 und des Art. 49 EG für das besondere Modell der kollektivarbeitsrechtlichen Beziehungen zu untersuchen, das in Schweden gilt, ein Modell, das nach der in diesen Schlussanträgen angebotenen Prüfung durch die Anwendung des Gemeinschaftsrechts nicht in Frage gestellt werden sollte, das aber gewährleisten muss, dass die von ihm gestatteten kollektiven Maßnahmen insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten.

6. Schließlich könnte die vorliegende Rechtssache dem Gerichtshof Gelegenheit zur Präzisierung seiner Rechtsprechung zur horizontalen Direktwirkung von Art. 49 EG bieten, die anzuerkennen ich dem Gerichtshof in diesen Schlussanträgen vorschlage.

II — Rechtlicher Rahmen

A — Gemeinschaftsrecht

7. Nach Art. 12 EG ist unbeschadet besonderer Bestimmungen des Vertrags in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.

8. Gemäß Art. 49 Abs. 1 EG sind die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, verboten.

9. Art. 50 Abs. 1 EG definiert solche Leistungen als Dienstleistungen, die in der

Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht u. a. den Vorschriften über den freien Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen. Nach dem letzten Absatz in Art. 50 EG kann der Leistende zwecks Erbringung seiner Leistungen seine Tätigkeit vorübergehend in dem Staat ausüben, in dem die Leistung erbracht wird, und zwar unter den Voraussetzungen, die dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt.

10. Nach Art. 55 EG finden die Bestimmungen der Art. 45 EG bis 48 EG auf das Kapitel über den freien Dienstleistungsverkehr Anwendung. Damit sind sowohl Art. 46 EG, der den Mitgliedstaaten erlaubt, Rechts- und Verwaltungsvorschriften anzuwenden, die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, als auch Art. 47 Abs. 2 EG anwendbar, der dem Rat gemäß dem Verfahren nach Art. 251 EG gestattet, insbesondere Richtlinien zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des freien Dienstleistungsverkehrs zu erlassen.

11. Demgemäß haben der Rat und das Europäische Parlament am 16. Dezember 1996 auf der Grundlage von Art. 57 Abs. 2 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Art. 47

Abs. 2 EG) und Art. 66 EG-Vertrag (jetzt Art. 55 EG) die Richtlinie 96/71 erlassen.

12. Dem dritten Erwägungsgrund der Richtlinie 96/71 zufolge bietet die Verwirklichung des Binnenmarkts einen dynamischen Rahmen für die länderübergreifende Erbringung von Dienstleistungen, in dem Unternehmen Arbeitnehmer für eine zeitlich begrenzte Arbeitsleistung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden können, der nicht der Staat ist, in dem sie normalerweise beschäftigt werden; nach ihrem fünften Erwägungsgrund will die Richtlinie die Förderung des länderübergreifenden Dienstleistungsverkehrs mit dem Erfordernis eines „faire[n] Wettbewerb[s]“ sowie „Maßnahmen, die die Wahrung der Rechte der Arbeitnehmer garantieren“, in Einklang bringen.

13. Im achten und im zehnten Erwägungsgrund der Richtlinie 96/71 wird darauf hingewiesen, dass die Bestimmungen des Übereinkommens von Rom vom 19. Juni 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht³ vorsehen, dass auf den Arbeitsvertrag mangels einer Rechtswahl das Recht des Staates anzuwenden ist, in dem der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, selbst wenn er vorübergehend in einen anderen Staat entsandt ist, oder das Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat, ohne dass hierdurch aus-

3 — ABL L 266, S. 1.

geschlossen wird, dass unter bestimmten Voraussetzungen — zusammen mit dem auf den Vertrag für anwendbar erklärten Recht — den zwingenden Bestimmungen des Rechts eines anderen Staates, insbesondere des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer vorübergehend entsandt wird, Wirkung verliehen werden kann.

14. Insoweit verfolgt die Richtlinie 96/71, wie aus ihrem sechsten und ihrem 13. Erwägungsgrund hervorgeht, das Ziel, das auf die länderübergreifende Erbringung von Dienstleistungen anwendbare Recht der Mitgliedstaaten durch Festlegung der für das geplante Arbeitsverhältnis geltenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu koordinieren und insbesondere einen „Kern“ zwingender Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz festzulegen, der im Gastland von Arbeitgebern zu gewährleisten ist, die Arbeitnehmer für eine zeitlich begrenzte Arbeitsleistung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden.

15. Art. 1 der Richtlinie 96/71 lautet:

„(1) Diese Richtlinie gilt für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer gemäß Absatz 3 in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden.

...

I - 11776

(3) Diese Richtlinie findet Anwendung, soweit die in Absatz 1 genannten Unternehmen eine der folgenden länderübergreifenden Maßnahmen treffen:

a) einen Arbeitnehmer in ihrem Namen und unter ihrer Leitung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats im Rahmen eines Vertrags entsenden, der zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem in diesem Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger geschlossen wurde, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht,

oder

b) einen Arbeitnehmer in eine Niederlassung oder ein der Unternehmensgruppe angehörendes Unternehmen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht,

oder

c) als Leiharbeitsunternehmen oder als einen Arbeitnehmer zur Verfügung

stellendes Unternehmen einen Arbeitnehmer in ein verwendendes Unternehmen entsenden, das seinen Sitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat oder dort seine Tätigkeit ausübt, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitsunternehmen oder dem einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht.

— durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche im Sinne des Absatzes 8, sofern sie die im Anhang genannten Tätigkeiten betreffen, festgelegt sind:

...“

16. Art. 3 der Richtlinie 96/71 bezieht sich auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen und lautet:

„(1) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht die in Artikel 1 Absatz 1 genannten Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern bezüglich der nachstehenden Aspekte die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird,

— durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften

und/oder

a) Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten;

b) bezahlter Mindestjahresurlaub;

c) Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze; dies gilt nicht für die zusätzlichen betrieblichen Altersversorgungssysteme;

d) Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen;

e) Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz;

- f) Schutzmaßnahmen im Zusammenhang mit den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Schwangeren und Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen; sächlich entstandene Kosten wie z. B. Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten gezahlt werden.
- g) Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie andere Nicht-diskriminierungsbestimmungen. (8) Unter ‚für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen oder Schiedssprüchen‘ sind Tarifverträge oder Schiedssprüche zu verstehen, die von allen in den jeweiligen geografischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden Unternehmen einzuhalten sind.

Zum Zweck dieser Richtlinie wird der in Unterabsatz 1 Buchstabe c) genannte Begriff der Mindestlohnsätze durch die Rechtsvorschriften und/oder Praktiken des Mitgliedstaats bestimmt, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird.

Gibt es kein System zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen oder Schiedssprüchen im Sinne von Unterabsatz 1, so können die Mitgliedstaaten auch beschließen, Folgendes zugrunde zu legen:

...

- (7) Die Absätze 1 bis 6 stehen der Anwendung von für die Arbeitnehmer günstigeren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht entgegen.
- die Tarifverträge oder Schiedssprüche, die für alle in den jeweiligen geografischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden gleichartigen Unternehmen allgemein wirksam sind,

Die Entsendungszulagen gelten als Bestandteil des Mindestlohns, soweit sie nicht als Erstattung für infolge der Entsendung tat-

und/oder

- die Tarifverträge, die von den auf nationaler Ebene repräsentativsten Organisationen der Tarifvertragsparteien geschlossen werden und innerhalb des gesamten nationalen Hoheitsgebiets zur Anwendung kommen,

...

sofern deren Anwendung auf die in Artikel 1 Absatz 1 genannten Unternehmen eine Gleichbehandlung dieser Unternehmen in Bezug auf die in Absatz 1 Unterabsatz 1 genannten Aspekte gegenüber den im vorliegenden Unterabsatz genannten anderen Unternehmen, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden, gewährleistet.

(10) Diese Richtlinie berührt nicht das Recht der Mitgliedstaaten, unter Einhaltung des Vertrags für inländische und ausländische Unternehmen in gleicher Weise

- Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für andere als die in Absatz 1 Unterabsatz 1 aufgeführten Aspekte, soweit es sich um Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung handelt,

Gleichbehandlung im Sinne dieses Artikels liegt vor, wenn für die inländischen Unternehmen, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden,

- am betreffenden Ort oder in der betreffenden Sparte hinsichtlich der Aspekte des Absatzes 1 Unterabsatz 1 dieselben Anforderungen gelten wie für die Entsendeunternehmen

- Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die in Tarifverträgen oder Schiedssprüchen nach Absatz 8 festgelegt sind und andere als im Anhang genannte Tätigkeit betreffen, vorzuschreiben.“

und

- diese Anforderungen ihnen gegenüber mit derselben Wirkung durchgesetzt werden können.

17. Aus Art. 4 Abs. 1 und 3 der Richtlinie 96/71 geht hervor, dass jeder Mitgliedstaat im Rahmen der Zusammenarbeit im Informationsbereich ein oder mehrere Verbindungsbüros in seinem Hoheitsgebiet benennen kann und die geeigneten Maßnahmen ergreift, damit die Informationen über die nach Art. 3 maßgeblichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen allgemein zugänglich sind.

18. Im Übrigen stellen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 96/71 sicher, dass Arbeitnehmern und/oder ihren Vertretern für die Durchsetzung der sich aus dieser Richtlinie ergebenden Verpflichtungen geeignete Verfahren zur Verfügung stehen.

19. Außerdem erinnern der 21. und der 22. Erwägungsgrund der Richtlinie 96/71 daran, dass in der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern⁴, geregelt ist, welche Bestimmungen im Bereich der Sozialversicherungsleistungen und -beiträge anzuwenden sind, und dass die Richtlinie 96/71 das Recht der Mitgliedstaaten über kollektive Maßnahmen zur Verteidigung beruflicher Interessen nicht berührt.

20. Schließlich nimmt der Anhang der Richtlinie 96/71 auf alle Bauarbeiten einschließlich derer der Errichtung, Instandsetzung und des Umbaus Bezug.

4 — ABl. L 149, S. 2.

B — Nationales Recht

1. Nationales Recht hinsichtlich der Entsendung von Arbeitnehmern

21. § 5 des Lag (1999 : 678) om utstationering av arbetstagare (Gesetz über die Entsendung von Arbeitnehmern, im Folgenden: schwedisches Arbeitnehmerentsendegesetz), mit dem die Richtlinie 96/71 in Schweden umgesetzt worden ist, bestimmt, welche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen unabhängig davon, welchem Recht das Arbeitsverhältnis unterliegt, auf entsandte Arbeitnehmer anzuwenden sind. Diese Vorschrift bezieht sich somit auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen in den in Art. 3 Abs. 1 Buchst. a bis g der Richtlinie 96/71 aufgeführten Sachgebieten (mit Ausnahme des Buchst. c über die Mindestlohnsätze). In der Tat enthält das schwedische Arbeitnehmerentsendegesetz keine Bestimmungen über das Entgelt, das in Schweden traditionell durch Tarifverträge geregelt wird. Es verweist auch nicht auf andere Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen als das Entgelt, die durch Tarifverträge geregelt sind.

22. Es steht fest, dass sich diese Situation durch die Eigentümlichkeiten des schwedischen Systems erklärt, wonach vorrangig den von den Sozialpartnern abgeschlossenen Tarifverträgen die Rolle zukommt, den Arbeitnehmern den Schutz zu gewährleisten, den ihnen in den anderen Mitgliedstaaten Rechtsvorschriften vermitteln. Da Tarifverträge in Schweden ein breites Spektrum abdecken, weil sie mehr als 90 % der

Arbeitnehmer der Privatwirtschaft erfassen, und die Mechanismen und Verfahren, die den Sozialpartnern zur Verfügung stehen, auf zufriedenstellende Weise gewährleisten, dass tarifvertraglich vereinbarte Mindestanforderungen eingehalten werden, hat es der schwedische Gesetzgeber nicht für nötig erachtet, die Wirkung dieser Tarifverträge über eine Allgemeinverbindlicherklärung auszuweiten. Nach Auffassung des schwedischen Gesetzgebers hätte eine Allgemeinverbindlicherklärung, die nur für ausländische Dienstleistende gilt, die vorübergehend in Schweden eine Tätigkeit ausüben, eine diskriminierende Ungleichbehandlung dieser Dienstleistenden und schwedischer Unternehmen zur Folge gehabt, da die Tarifverträge auf die letztgenannten Unternehmen niemals automatisch anwendbar sind. Somit gibt es in Schweden kein System der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 und 8 der Richtlinie 96/71.

23. Nach § 9 des schwedischen Arbeitnehmerendegesetzes hat das gemäß Art. 4 der Richtlinie 96/71 eingerichtete Verbindungsbüro auf das Bestehen von Tarifverträgen hinzuweisen, die im Fall einer Entsendung von Arbeitnehmern nach Schweden anwendbar sein können, und jeden Betroffenen für nähere Informationen an die jeweiligen Tarifvertragsparteien zu verweisen.

2. Die Tarifverträge in Schweden

24. Tarifverträge, die zivilrechtliche Verträge sind, können auf verschiedenen Ebenen

zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften gemäß den Bestimmungen des Lag (1976: 580) om medbestämmande i arbetslivet oder Medbestämmandelag (Mitbestimmungsgesetz, im Folgenden: MBL)⁵ geschlossen werden. Wie bereits angegeben, decken Tarifverträge auf dem privatwirtschaftlichen Sektor in Schweden ein breites Spektrum ab.

25. Gewöhnlich werden Tarifverträge auf nationaler Ebene zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen in den verschiedenen Wirtschaftsbereichen abgeschlossen. Sie sind sodann für alle Arbeitgeber verbindlich, die Mitglieder der betreffenden Organisationen sind. Für ein Unternehmen, das kein Mitglied der unterzeichnenden Arbeitgeberorganisationen ist, einschließlich ausländischer Unternehmen kann ein Tarifvertrag auch verbindlich werden, wenn es eine sogenannte Beitrittsvereinbarung (Schwedisch „hängavtal“, im Folgenden: Beitrittsvereinbarung) auf lokaler Ebene mit der lokalen Abteilung der fraglichen Arbeitnehmervertretung abschließt. Durch die Unterzeichnung einer Beitrittsvereinbarung verpflichtet sich der Arbeitgeber, die allgemein in seinem Wirtschaftssektor geltenden Tarifverträge einzuhalten. Diese Vereinbarung bedeutet, dass den Parteien eine Friedenspflicht obliegt, die es ihnen sodann insbesondere ermöglicht, Verhandlungen über das Entgeltniveau, das für die betreffenden Arbeitnehmer gelten soll, zu eröffnen.

5 — § 23 MBL definiert einen Tarifvertrag als schriftliche Vereinbarung zwischen einer Arbeitgeberorganisation oder einem Arbeitgeber und einer Organisation der Arbeitnehmer, die sich auf die Arbeitsbedingungen bezieht oder das Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern betrifft.

26. Ferner enthalten zahlreiche Tarifverträge sogenannte „Auffangklauseln“ (Schwedisch „stupstocksregel“, Englisch „fall-back clause“), die letztverbindliche Lösungen für eine Frage enthalten, für die auf lokaler Ebene die Verhandlungsparteien nach Ablauf einer gewissen Frist keine Einigung erreicht haben. Eine solche Auffangklausel kann insbesondere das Entgelt betreffen.

27. Nach dem MBL findet ein Tarifvertrag, der von einem Arbeitgeber auf nationaler Ebene unterzeichnet worden ist oder dem ein Arbeitgeber durch Unterzeichnung einer Beitrittsvereinbarung auf lokaler Ebene beigetreten ist, für alle Arbeitnehmer an ihrem Arbeitsort Anwendung, gleichgültig, ob sie gewerkschaftlich organisiert sind oder nicht.

3. Das nationale Recht betreffend kollektive Maßnahmen

28. Das Recht auf Durchführung kollektiver Maßnahmen hat Verfassungsrang und wird in Kapitel 2 der Regeringsform 1974:152 (Grundgesetz über die Staatsorganisation) garantiert. Nach deren Kapitel 2 § 17 haben Arbeitnehmerorganisationen und Arbeitgeberorganisationen das Recht, kollektive Maßnahmen durchzuführen, wenn gesetzlich oder vertraglich nichts anderes bestimmt ist.

29. Das MBL sieht Einschränkungen des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen vor, wozu der Fall der Friedenspflicht von durch einen Tarifvertrag gebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern gehört.

30. Aus § 42 Abs. 1 MBL folgt nach der Rechtsprechung, dass es verboten ist, eine kollektive Maßnahme mit dem Ziel durchzuführen, einen zwischen anderen Partnern geschlossenen Tarifvertrag zu beseitigen oder dessen Änderung herbeizuführen. Im sogenannten Britannia-Urteil⁶ aus dem Jahr 1989 entschied der Arbeitsdomstol, dass sich dieses Verbot auf kollektive Maßnahmen in Schweden erstreckt, die mit dem Ziel durchgeführt werden, eine Vereinbarung zwischen ausländischen Parteien auf einer ausländischen Arbeitsstätte zu beseitigen oder deren Änderung herbeizuführen, wenn die kollektiven Maßnahmen nach dem für die Vertragsparteien des genannten Tarifvertrags anwendbaren ausländischen Recht rechtswidrig sind.

31. Um den Anwendungsbereich des im Britannia-Urteil festgelegten Grundsatzes zu begrenzen, erließ der schwedische Gesetzgeber die sogenannte Lex Britannia, die am 1. Juli 1991 in Kraft trat und mit der drei Vorschriften, nämlich § 25a, § 31a und § 42 Abs. 3, in das MBL eingefügt wurden.

⁶ — AD 1989:120. In dem Rechtsstreit ging es um die Arbeitsbedingungen der Besatzung eines unter ausländischer Flagge und unter dem Namen Britannia fahrenden Containerschiffes.

32. Nach § 25a MBL ist „[e]in Tarifvertrag, der nach ausländischem Recht deshalb ungültig ist, weil er nach einer kollektiven Maßnahme zustande gekommen ist, ... [in Schweden] dennoch gültig, wenn die fragliche kollektive Maßnahme nach diesem Gesetz zulässig war“.

Ist eine gesetzwidrige kollektive Maßnahme auf jemandes Betreiben hin eingeleitet worden, dürfen Dritte hieran nicht teilnehmen.

Die Bestimmungen der ersten beiden Sätze des ersten Absatzes gelten nur, wenn eine Organisation Maßnahmen bezüglich eines Arbeitsverhältnisses ergreift, für das dieses Gesetz unmittelbar gilt.“

33. § 31a MBL bestimmt: „Ist ein Arbeitnehmer durch einen Tarifvertrag gebunden, auf den dieses Gesetz nicht unmittelbar anwendbar ist, und schließt er sodann nach den Vorschriften der §§ 23 bis 24 einen Tarifvertrag, so soll der spätere Tarifvertrag Vorrang haben, soweit die Verträge miteinander unvereinbar sind.“

35. Zu den kollektiven Maßnahmen im Sinne des MBL gehören neben Streik und Aussperrung die Blockade, d. h. die Boykottmaßnahme einer Gewerkschaft gegenüber einem Arbeitgeber, mit der dieser daran gehindert werden soll, auf Arbeitnehmer zurückzugreifen, die Mitglieder dieser Organisation sind, sowie die „Sympathiemaßnahme“ („sympatiätgärd“), die insbesondere bedeutet, dass eine Gewerkschaft, die nicht selbst an einem Tarifkonflikt beteiligt ist, die kollektiven Maßnahmen einer anderen Organisation dadurch unterstützt, dass sie eine in die gleiche Richtung gehende Maßnahme ergreift.

34. § 42 MBL lautet:

„Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen dürfen gesetzwidrige kollektive Maßnahmen weder anordnen noch auf andere Weise veranlassen. Eine derartige Organisation darf ebenso wenig an einer gesetzwidrigen kollektiven Maßnahme unterstützend oder in anderer Form mitwirken. ...

III — Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

36. Anfang Mai 2004 entsandte Laval un Partneri Ltd (im Folgenden: Laval), eine Gesellschaft lettischen Rechts mit Sitz in

Riga, mehrere Dutzend Arbeitnehmer aus Lettland zur Durchführung von Bauarbeiten nach Schweden. Die Arbeiten wurden von einer Tochtergesellschaft namens L&P Baltic Bygg AB (im Folgenden: Baltic Bygg) ausgeführt. U. a. handelte es sich um die Renovierung und Erweiterung eines Schulgebäudes in der Stadt Vaxholm, die im Großraum Stockholm liegt. Baltic Bygg erhielt den Auftrag der öffentlichen Hand infolge einer Ausschreibung. Der zwischen der Kommunalverwaltung und dem Unternehmen geschlossene Vertrag sah vor, dass die schwedischen Tarifverträge und Beitrittsvereinbarungen auf den Bauauftrag Anwendung finden sollten; Laval zufolge sollen sich die Parteien jedoch in der Folgezeit geeinigt haben, diese Klausel nicht anzuwenden.

bes (Sveriges Bygginindustrier) unterzeichneten Tarifvertrag (im Folgenden: Bautarifvertrag oder fraglicher Tarifvertrag) aufgenommen. Die Beitrittsvereinbarung hätte den Bautarifvertrag auf die von Laval zur Baustelle in der Gemeinde Vaxholm entsandten Arbeitnehmer erstreckt. Zu einem Abschluss kam es aber nicht. Den Angaben des vorlegenden Gerichts im Vorlagebeschluss zufolge forderte die örtliche Abteilung der Gewerkschaft zum einen den Abschluss einer Beitrittsvereinbarung für die fragliche Baustelle und zum anderen, dass den auf der Baustelle eingesetzten Arbeitnehmern ein Mindeststundenlohn von 145 SEK⁸ garantiert werde, was nach den Ausführungen der örtlichen Gewerkschaftsabteilung einem durchschnittlichen Stundenlohn entsprach. Für den Fall, dass eine solche Vereinbarung nicht abgeschlossen werden sollte, wies die örtliche Gewerkschaftsabteilung darauf hin, dass Byggnadsarbetareförbundet bereit sei, kollektive Maßnahmen einzuleiten.

37. Im Juni 2004 kam es zu Kontakten zwischen einer Laval und Baltic Bygg vertretenden Person und dem Bevollmächtigten der (örtlichen) Abteilung Nr. 1 (Svenska Byggnadsarbetareförbundet avdelning 1, im Folgenden: örtliche Gewerkschaftsabteilung oder örtliche Abteilung der Gewerkschaft) der schwedischen Bauarbeitergewerkschaft (Svenska Byggnadsarbetareförbundet, im Folgenden: Byggnadsarbetareförbundet)⁷. Es wurden Verhandlungen mit der örtlichen Gewerkschaftsabteilung über den Abschluss einer Beitrittsvereinbarung zu dem von Byggnadsarbetareförbundet und vom schwedischen Arbeitgeberverband des Baugewer-

38. Aus der Akte ergibt sich, dass sich Ende 2004 die örtliche Gewerkschaftsabteilung bereit erklärte, die Forderung eines Stundenlohnes von 145 SEK fallen zu lassen, wenn Laval die Beitrittsvereinbarung unterzeichne. In diesem Fall wäre Laval die Friedenspflicht zugute gekommen, und Verhandlungen über die Löhne hätten gemäß dem Bautarifvertrag eröffnet werden können⁹. Wären diese

7 — Seinen eigenen Angaben zufolge hat Byggnadsarbetareförbundet 128 000 Mitglieder, von denen 95 000 im arbeitsfähigen Alter sind. Byggnadsarbetareförbundet vertritt mehr als 87 % der Arbeitnehmer des Baugewerbes in Schweden. Die Gewerkschaft besteht aus 31 örtlichen Abteilungen. Sie ist Mitglied des nationalen Gewerkschaftsverbands (Landsorganisationen i Sverige, im Folgenden: LO), in dem etwa 1 860 000 Arbeitnehmer organisiert sind.

8 — Das sind — auf der Grundlage des durchschnittlichen Wechselkurses zwischen dem Euro und der schwedischen Krone, nach dem 2004 9,10 SEK einem Euro entsprachen — etwa 16 Euro pro Stunde.

9 — Der fragliche Tarifvertrag ist so gefasst, dass bei Neubauten im Baugewerbe die leistungsbezogene Vergütung die normale Form der Entlohnung ist, wobei die betroffenen Arbeitgeber und örtliche Abteilungen allerdings die Möglichkeit haben, sich über die Anwendung eines Stundenlohns zu verständigen.

Verhandlungen zunächst auf lokaler Ebene mit der örtlichen Gewerkschaftsabteilung und sodann auf zentraler Ebene mit Byggnadsarbetareförbundet gescheitert, hätte Laval sich noch auf die im Bautarifvertrag vorgesehene Auffangklausel über den Lohn berufen können, wonach für die zweite Hälfte des Jahres 2004 der Grundlohn mit 109 SEK pro Stunde¹⁰ festgelegt war.

39. Im September und Oktober 2004 unterzeichnete Laval mit der Arbeitnehmergewerkschaft des Baugewerbes in Lettland zwei Tarifverträge. Die von Laval entsandte Belegschaft ist den schwedischen Gewerkschaften nicht beigetreten.

40. Nach Ankündigung einer Blockade aller Baumaßnahmen auf den Baustellen von Laval begannen am 2. November 2004 die von Byggnadsarbetareförbundet und seiner örtlichen Abteilung eingeleiteten kollektiven Maßnahmen. Die Schwedische Elektrikergewerkschaft (Svenska Elektrikerförbundet, im Folgenden: SEF)¹¹ schloss sich ab 3. Dezember 2004 mit Sympathiemaßnahmen dem Arbeitskampf an. So kam es zum Stillstand aller elektrischen Installationsarbeiten, die auf der Baustelle Vaxholm ausgeführt wurden. Infolge der eine gewisse Zeit währenden Unterbrechung der Arbeiten auf dieser Baustelle wurde über Baltic Bygg ein Liquidationsverfahren eröffnet. In der Zwischenzeit kehrten die von Laval auf die

Baustelle Vaxholm entsandten lettischen Arbeitnehmer nach Lettland zurück. Die kollektiven Maßnahmen der Gewerkschaften wurden den Angaben im Beschluss des vorlegenden Gerichts zufolge im September 2005 immer noch weiterverfolgt.

41. Laval erhob im Dezember 2004 beim Arbetsdomstol eine Klage mit dem Antrag, zunächst festzustellen, dass die von Byggnadsarbetareförbundet und seiner örtlichen Abteilung gegen sämtliche Baustellen von Laval gerichteten Arbeitskampfmaßnahmen und auch die Sympathiemaßnahmen des SEF bezüglich der Blockade der Arbeiten rechtswidrig sind, und sodann die Aufhebung dieser Maßnahmen anzuordnen; weiter beantragte Laval, die gewerkschaftlichen Organisationen zum Ersatz des dem Unternehmen entstandenen Schadens zu verurteilen. Laval stellte beim Arbetsdomstol außerdem im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes einen Antrag auf Aufhebung der kollektiven Maßnahmen. Mit Beschluss vom 22. Dezember 2004 wurde dieser Antrag zurückgewiesen.

42. In seiner Entscheidung in der Hauptsache kam der Arbetsdomstol zu dem Ergebnis, dass die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der oben beschriebenen kollektiven Maßnahmen Fragen nach der Auslegung des Gemeinschaftsrechts aufwerfe; er hat deshalb dem Gerichtshof die beiden folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

10 — Dies entspricht etwa 12 Euro pro Stunde. Nach den Ausführungen der Beklagten des Ausgangsverfahrens findet sich die Auffangklausel in § 3 Buchst. 10 Nr. 12 des Bautarifvertrags, wobei der Grundgehalt von 109 SEK sich aus dem 2004 anwendbaren Zusatzprotokoll zu diesem Tarifvertrag ergeben soll.

11 — Den Akten zufolge gehören dieser Organisation 26 500 Mitglieder an. Sie ist wie Byggnadsarbetareförbundet Mitglied von LO.

1. Ist es mit den Vorschriften des EG-Vertrags über die Dienstleistungsfrei-

heit und mit dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie mit der Entsenderrichtlinie vereinbar, dass gewerkschaftliche Organisationen durch Arbeitskampfmaßnahmen in Form einer Blockade versuchen, einen ausländischen Dienstleistenden dazu zu bringen, einen Tarifvertrag im Gastland über Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen wie den in der Vorlageentscheidung beschriebenen zu unterzeichnen, wenn nach der Lage im Gastland die Rechtsvorschriften, die die Umsetzung der Entsenderrichtlinie zum Ziel haben, keine ausdrücklichen Bestimmungen über die Anwendung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen in einem Tarifvertrag enthalten?

2. Nach dem MBL sind Arbeitskampfmaßnahmen der Gewerkschaft mit dem Ziel der Verdrängung eines zwischen anderen Partnern geschlossenen Tarifvertrags verboten. Dieses Verbot gilt jedoch gemäß einer besonderen Vorschrift, die in der sogenannten Lex Britannia enthalten ist, nur dann, wenn eine gewerkschaftliche Organisation Maßnahmen im Hinblick auf Arbeitsverhältnisse durchführt, auf die das MBL unmittelbar anwendbar ist, was in der Praxis bedeutet, dass das Verbot nicht für Arbeitskampfmaßnahmen gegen ausländische Unternehmen gilt, die vorübergehend im Inland tätig sind und ihre eigenen Arbeitnehmer mitbringen. Stehen die Vorschriften des EG-Vertrags über die Dienstleistungsfreiheit und das Verbot der Diskriminierung

aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie die Entsenderrichtlinie der Anwendung der letztgenannten Regel — die zusammen mit den übrigen Teilen der Lex Britannia in der Praxis auch bedeutet, dass schwedische Tarifverträge Geltung erlangen und bereits geschlossenen ausländischen Tarifverträgen vorgehen — auf Arbeitskampfmaßnahmen in Form einer Blockade entgegen, die von schwedischen gewerkschaftlichen Organisationen gegen einen ausländischen Dienstleistenden durchgeführt werden?

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof

43. In seinem Beschluss hat der Arbeitsdomstol beim Gerichtshof beantragt, das Vorabentscheidungsersuchen dem beschleunigten Verfahren gemäß Art. 104a Abs. 1 der Verfahrensordnung zu unterwerfen.

44. Mit Beschluss vom 15. Dezember 2005 hat der Präsident des Gerichtshofs diesen Antrag zurückgewiesen.

45. Nach Art. 23 der Satzung des Gerichtshofs haben die Klägerin und die Beklagten des Ausgangsverfahrens, 14 Mitgliedstaaten, nämlich das Königreich Belgien, die Tschechische Republik, das Königreich Dänemark, die Bundesrepublik Deutschland, die Republik Estland, das Königreich Spanien, die Französische Republik, Irland, die Republik Lettland, die Republik Litauen, die Republik

Österreich, die Republik Polen, die Republik Finnland und das Königreich Schweden, sowie die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, die Republik Island, das Königreich Norwegen und die EFTA-Überwachungsbehörde Erklärungen beim Gerichtshof eingereicht.

46. Mit Ausnahme des Königreichs Belgien und der Tschechischen Republik haben diese Beteiligten an der Sitzung vom 9. Januar 2007 teilgenommen und sind angehört worden. Außerdem hat das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland in dieser Sitzung mündliche Erklärungen abgegeben.

V — Rechtliche Prüfung

A — Vorbemerkungen

47. Bevor die Vorlagefragen geprüft werden, ist auf die Einwände allgemeiner Art einzugehen, die die dänische und schwedische Regierung in Hinblick auf die Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts erhoben haben, sowie auf die konkreteren, von den Beklagten des Ausgangsverfahrens erhobenen Einwände, die sich auf die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens beziehen.

1. Zur Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts

48. Die dänische Regierung ist der Auffassung, dass das Recht zur Durchführung kollektiver Maßnahmen nach den nationalen Rechtsvorschriften mit dem Ziel, einen Arbeitgeber zum Abschluss eines Tarifvertrags zu veranlassen, außerhalb des Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts liege, weil die Gemeinschaft, wie Art. 137 Abs. 5 EG bestimme, solche kollektiven Maßnahmen weder unmittelbar noch mittelbar zu regeln befugt sei.

49. Die dänische Regierung trägt außerdem mit der schwedischen Regierung vor, dass sich die Unanwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts und vor allem der vom Vertrag vorgesehenen Verkehrsfreiheiten daraus ergebe, dass das Recht auf kollektive Maßnahmen insbesondere aufgrund verschiedener internationaler Rechtsakte zum Schutz der Menschenrechte den Status eines Grundrechts genieße.

50. Zum ersten von der dänischen Regierung dargelegten Argument ist zunächst festzustellen, dass entgegen dem, was einige Sitzungsteilnehmer geäußert haben, der Einwand Dänemarks sich nicht darauf beschränkt, dass der soziale Bereich als solcher außerhalb des Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts liege. Abgesehen von den Schwierigkeiten bei der genauen Bestimmung des Begriffs „sozialer Bereich“ wäre ein derartiger Standpunkt offenkundig unvertretbar und zeitlich überholt; denn zum einen sind die sozialrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten von der Anwendung der

Bestimmungen des Vertrags und insbesondere der von ihm eingeführten Verkehrsfreiheiten nicht allgemein ausgenommen, da die Zuständigkeit, die den Mitgliedstaaten in diesem Bereich verbleibt, unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts ausgeübt werden muss¹², und zum anderen ist die Gemeinschaft nach Titel XI Kapitel 1 des Vertrags auch im sozialen Bereich, wenn auch nur beschränkt, zur Unterstützung und Ergänzung der Tätigkeit der Mitgliedstaaten unter den Voraussetzungen der Art. 137 EG bis 145 EG zuständig.

51. Diese beiden Aspekte der Gemeinschaftsintegration, die oft als „negative Integration“, d. h. vor allem als Verpflichtung der Mitgliedstaaten, sich den vom Vertrag vorgesehenen Verkehrsfreiheiten nicht entgegenzustellen, und als „positive Integration“ bezeichnet werden, widersprechen sich indessen nicht, wie insbesondere Art. 136 EG veranschaulicht, weil hinsichtlich der Entwicklung der Sozialpolitik der Gemeinschaft¹³ die Auffassung herrscht, dass sie sich „sowohl aus dem eine Abstimmung der

Sozialordnungen begünstigenden Wirken des Gemeinsamen Marktes als auch aus den in diesem Vertrag vorgesehenen Verfahren sowie aus der Angleichung ihrer Rechts- und Verwaltungsvorschriften“ ergeben kann¹⁴.

52. Demnach beruht der Einwand, den die dänische Regierung der Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts in der vorliegenden Rechtssache entgegenhält, genauer gesagt auf Art. 137 Abs. 5 EG, wonach „[d]ieser Artikel ... nicht für das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht [gilt]“.

53. Indessen glaube ich nicht, dass die genannte Bestimmung die allgemeine Bedeutung hat, die ihr das Königreich Dänemark beimisst.

54. Aus dem Wortlaut von Art. 137 Abs. 5 EG selbst ergibt sich nämlich, dass diese Vorschrift lediglich darauf abzielt, bei den Maßnahmen, die von den Organen der Gemeinschaft auf den in Abs. 1 aufgezählten Gebieten nach den in Abs. 2 genannten Verfahren (qualifizierte Mehrheit oder Einstimmigkeit im Rat und Mitentscheidung-

12 — Vgl. u. a. in Bezug auf den freien Dienstleistungsverkehr Urteile vom 28. April 1998, Kohll (C-158/96, Slg. 1998, I-1931, Randnrn. 17 bis 21), vom 12. Juli 2001, Smits und Peerbooms (C-157/99, Slg. 2001, I-5473, Randnrn. 44 bis 46), und vom 23. Oktober 2003, Inizan (C-56/01, Slg. 2003, I-12403, Randnr. 17). Diese Aussage ähnelt der, die der Gerichtshof auf dem Gebiet der direkten Steuern getroffen hat: vgl. insbesondere Urteile vom 14. Februar 1995, Schumacker (C-279/93, Slg. 1995, I-225, Randnr. 21), und vom 14. November 2006, Kerckhaert und Morres (C-513/04, Slg. 2006, I-10967, Randnr. 15 und die dort angeführte Rechtsprechung).

13 — Nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. j EG umfasst die Tätigkeit der Gemeinschaft eine „Sozialpolitik ...“; Titel XI des Vertrags spricht von „Sozialpolitik“.

14 — Vgl. insoweit auch in Bezug auf Art. 117 EG Urteil vom 17. März 1993, Sloman Neptun (C-72/91 und C-73/91, Slg. 1993, I-887, Randnr. 25 und die angeführte Rechtsprechung), in dem klargestellt wird, dass „[dieser Artikel] ... nur soziale Ziele [betrifft], deren Verwirklichung das Ergebnis des Handelns der Gemeinschaft, der engen Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und des Funktionierens des Gemeinsamen Marktes sein muss“.

bzw. Anhörungsverfahren des Europäischen Parlaments) erlassen werden können, die Aspekte der Sozialpolitik der Mitgliedstaaten hinsichtlich Arbeitsentgelt, Koalitionsrecht, Streikrecht und Aussperrungsrecht auszuklammern.

55. Dieser Wortlaut, aber auch die Stellung von Art. 137 Abs. 5 EG im Vertrag eignet sich daher schwerlich für eine extensive Auslegung des genannten Absatzes, wonach dieser den Geltungsbereich sämtlicher Bestimmungen des Vertrags festlegen würde.

56. Außerdem ist es nicht sicher, dass der Vorbehalt, den Art. 137 Abs. 5 EG in Bezug auf Streikrecht und Aussperrung vorsieht, sich in allgemeinerer Form auf jede kollektive Maßnahme erstreckt. Denn es ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 137 Abs. 1 Buchst. f EG die Gemeinschaft die Tätigkeit der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der „Vertretung und kollektiven Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen, einschließlich der Mitbestimmung, vorbehaltlich des Absatzes 5“ ergänzen kann. Die Funktion des letztgenannten Absatzes scheint somit darin zu bestehen, auf den abschließend aufgezählten Gebieten die der Gemeinschaft zugewiesene Befugnis zur Normsetzung zu begrenzen.

57. Selbst wenn man aber den Verweis auf das Streikrecht und das Aussperrungsrecht

in Art. 137 Abs. 5 EG dahin auslegen wollte, dass er sich in allgemeinerer Form auf das Recht bezieht, kollektive Maßnahmen durchzuführen, so würde dies nichts daran ändern, dass dieser Artikel sich darauf beschränkt, auszuschließen, dass die Gemeinschaftsorgane die in Abs. 2 dieses Artikels aufgeführten Maßnahmen erlassen, wie etwa Richtlinien, mit denen Mindeststandards festgelegt werden, die das Recht auf kollektive Maßnahmen regeln. Damit die praktische Wirksamkeit von Art. 137 Abs. 5 EG gewahrt bleibt, dürften die Gemeinschaftsorgane selbstverständlich nicht auf andere Rechtsgrundlagen im Vertrag zurückgreifen, um Maßnahmen zu erlassen, die darauf abzielen, die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten auf diesem Gebiet einander anzunähern.

58. Vorsorglich sei angemerkt, dass dies z. B. nicht auf die Richtlinie 96/71 zutrifft, die auf den Vertragsbestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr beruht und bezweckt, die kollisionsrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten, nach denen sich das auf eine grenzüberschreitende Dienstleistung im Fall einer vorübergehenden Entsendung von Arbeitnehmern innerhalb der Gemeinschaft anwendbare innerstaatliche Recht bestimmt, zu koordinieren, ohne das Sachrecht der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Arbeitsrechts und der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen — hinsichtlich insbesondere der Lohnhöhe — oder das Recht, kollektive Maßnahmen durchzuführen, zu harmonisieren.

59. In Anbetracht dessen würde Art. 137 Abs. 5 EG, selbst wenn man ihn so auslegen wollte, dass er einen ausschließlichen Kompetenzvorbehalt zugunsten der Mitgliedstaat

ten zur Regelung des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen enthielte, nicht bedeuten, dass die Mitgliedstaaten bei der Ausübung dieser Befugnis nicht darauf achten müssten, dass die im Vertrag vorgesehenen Grundfreiheiten in ihrem Hoheitsgebiet beachtet werden.

60. Sodann stellt sich die Frage — und nunmehr trete ich in die Prüfung des Einwands ein, der von der dänischen und der schwedischen Regierung gemeinsam hinsichtlich der Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts in der vorliegenden Rechtsache erhoben worden ist —, ob das Recht auf Durchführung kollektiver Maßnahmen, wie es in ihrer jeweiligen nationalen Rechtsordnung gewährleistet wird, dennoch von den im Vertrag vorgesehenen Grundfreiheiten unberührt bleiben kann, weil ihm der Status eines Grundrechts zukomme.

61. Diese Frage ist von überragender Bedeutung, denn wenn die Anwendung der Verkehrsfreiheiten des Vertrags, im vorliegenden Fall die des freien Dienstleistungsverkehrs, den Wesensgehalt des als Grundrecht geschützten Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen beeinträchtigen würde, könnte sie als rechtswidrig angesehen werden, auch wenn damit ein Ziel des Gemeinwohls verfolgt würde¹⁵.

15 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12. Juli 2005, *Alliance for Natural Health u. a.* (C-154/04 und C-155/04, Slg. 2005, I-6451, Randnr. 126), in Bezug auf das Eigentumsrecht. Vgl. auch Nr. 133 in den verbundenen Schlussanträgen des Generalanwalts Jacobs in den Rechtssachen *Albany* (Urteil vom 21. September 1999, C-67/96, Slg. 1999, I-5751), *Brentjens'* (Urteil vom 21. September 1999, C-115/97, C-116/97 und C 117/97, Slg. 1999, I-6025) und *Drijvende Bokken* (Urteil vom 21. September 1999, C-219/97, Slg. 1999, I-6121).

62. Abgesehen vom Streik- und Ausspernungsrecht, die bereits Gegenstand der Diskussion waren, ist im Vertrag kein Recht — geschweige denn ein Grundrecht — erwähnt, kollektive Maßnahmen durchzuführen, um die beruflichen Interessen der Mitglieder einer Gewerkschaft wahrzunehmen.

63. Nach Art. 6 Abs. 2 EU „achtet [die Union] die Grundrechte, wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben“.

64. Auch wenn dieser Artikel als internationalen Vertrag nur die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (im Folgenden: EMRK) nennt, ist er im Geist der Rechtsprechung des Gerichtshofs formuliert, nach der diesem Vertrag „besondere Bedeutung“¹⁶ unter dem Gesichtspunkt zukommt, es dem Gerichtshof zu ermöglichen, allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts herauszuarbeiten.

16 — Vgl. z. B. Urteile vom 18. Juni 1991, ERT (C-260/89, Slg. 1991, I-2925, Randnr. 41), vom 6. März 2001, *Connolly/Kommission* (C-274/99 P, Slg. 2001, I-1611, Randnr. 37), und vom 18. Januar 2007, *PKK und KNK/Rat* (C-229/05 P, Slg. 2007, I-439, Randnr. 79 und die angeführte Rechtsprechung).

65. Es ist legitim, dass sich der Gerichtshof dabei auch an anderen Rechtsakten zum Schutz der Menschenrechte als der EMRK orientiert.

66. Zu der uns hier beschäftigenden Frage ist darauf hinzuweisen, dass die Präambel des EU-Vertrags und Art. 136 EG sowohl die am 18. Oktober 1961 in Turin unterzeichnete Europäische Sozialcharta, die unter der Federführung des Europarats abgeschlossen wurde, als auch die — rechtlich nicht verbindliche — Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989 erwähnen und die in diesen Charten niedergelegten Rechte als „soziale Grundrechte“ bezeichnen. Auch der Gerichtshof hat sich in seiner Rechtsprechung auf die Europäische Sozialcharta¹⁷ und auf die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte¹⁸ bezogen.

67. Die Position des Gerichtshofs, die darin besteht, der EMRK „besondere Bedeutung“

beizumessen, ohne aber andere Quellen der Rechtsschöpfung auszuschließen, hat ihren Ausdruck in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union gefunden, die am 7. Dezember 2000 in Nizza vom Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission feierlich proklamiert wurde, nachdem sie von den Staatsoberhäuptern und Regierungen der Mitgliedstaaten gebilligt worden war (im folgenden: Grundrechtecharta)¹⁹.

68. Die Grundrechtecharta ist zwar kein verbindlicher Rechtsakt. Der Gerichtshof hat jedoch bereits betont, dass ihr Hauptziel, wie sich aus ihrer Präambel ergibt, darin besteht, „die Rechte, die sich vor allem aus den gemeinsamen Verfassungsstraditionen und den gemeinsamen internationalen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, aus dem Vertrag über die Europäische Union und den Gemeinschaftsverträgen, aus der [EMRK], aus den von der Gemeinschaft und dem Europarat beschlossenen Sozialchartas sowie aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ... und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ergeben“, erneut zu bekräftigen²⁰.

69. Hinsichtlich der Freiheit zur gewerkschaftlichen Organisation und des Rechts auf kollektive Maßnahmen ist zunächst darauf hinzuweisen, dass Art. 11 EMRK, der sich auf die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit bezieht — wovon die Freiheit zur gewerkschaftlichen Organisation lediglich einen Teilaspekt darstellt —²¹, in seinem

17 — Urteile vom 15. Juni 1978, Defrenne (149/77, Slg. 1978, 1365, Randnr. 28), hinsichtlich des grundrechtlichen Status der Beseitigung jeder auf dem Geschlecht beruhenden Diskriminierung, vom 2. Februar 1988, Blaizot u. a. (24/86, Slg. 1988, 379, Randnr. 17), zu Artikel 10 dieser Charta, wonach die Hochschulbildung unter den verschiedenen Formen der beruflichen Ausbildung erfasst ist, vom 27. Juni 2006, Parlament/Rat (C-540/03, Slg. 2006, I-5769, Randnr. 107), in Bezug auf die Feststellung in der Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung (ABl. L 251, S. 12), dass diese Richtlinie die günstigeren Bestimmungen in der Europäischen Sozialcharta unberührt lässt.

18 — Urteile vom 26. Juni 2001, BECTU (C-173/99, Slg. 2001, I-4881, Randnr. 39), vom 9. September 2003, Jaeger (C-151/02, Slg. 2003, I-8389, Randnr. 47), und vom 5. Oktober 2004, Pfeiffer u. a. (C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835, Randnr. 91), zu den Art. 8 und 19 Abs. 1 dieser Charta, an die im vierten Erwägungsgrund der Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ABl. L 307, S. 18) erinnert wird.

19 — ABl. C 364, S. 1.

20 — Urteil Parlament/Rat, Randnr. 38.

21 — Vgl. Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 6. Februar 1976, Schmidt und Dahlström/Schweden (Beschwerde Nr. 5589/72, Serie A, Nr. 21, § 34).

Abs. 1 das Recht eines jeden verbürgt, „sich frei und friedlich mit anderen zu versammeln und sich frei mit anderen zusammenzuschließen; dazu gehört auch das Recht, zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten“. Art. 11 Abs. 2 EMRK stellt klar: „Die Ausübung dieser Rechte darf nur Einschränkungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale oder öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. ...“

70. Art. 11 Abs. 1 EMRK schützt sowohl die Freiheit, einer Gewerkschaft beizutreten (die sogenannte „positive“ Vereinigungsfreiheit), als auch die, ihr nicht beizutreten oder aus ihr auszutreten (die sogenannte „negative“ Vereinigungsfreiheit)²². Hierzu hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entschieden, dass es zwar nicht immer gegen die EMRK verstoßen muss, wenn eine Person gezwungen ist, einer bestimmten Gewerkschaft beizutreten, dass aber eine Form des Zwanges, die in einer gegebenen Situation den Wesensgehalt selbst der Vereinigungsfreiheit antastet, wie er von Art. 11 der EMRK gewährleistet wird, die genannte Freiheit beeinträchtigt. Die nationalen Behörden können also unter bestimmten Umständen gehalten sein, in die Beziehungen zwischen Privatpersonen einzugreifen, in-

dem sie vernünftige und geeignete Maßnahmen erlassen, um die tatsächliche Beachtung der negativen Vereinigungsfreiheit sicherzustellen²³.

71. Obwohl Art. 11 Abs. 1 EMRK nicht ausdrücklich das Recht auf kollektive Maßnahmen erwähnt, hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Auffassung vertreten, dass die in der Vorschrift enthaltene Wendung „zum Schutz seiner Interessen“ „zeigt, dass die [EMRK] die Freiheit schützt, die beruflichen Interessen der Mitglieder einer Gewerkschaft durch von dieser durchgeführte kollektive Maßnahmen wahrzunehmen; dies sind Maßnahmen, deren Durchführung und Entfaltung die Vertragsstaaten sowohl gestatten als auch ermöglichen müssen“²⁴.

72. Jedoch ergibt sich aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, dass Art. 11 Abs. 1 EMRK, indem er es jedem Staat anheimstellt, welche Mittel er zu diesem Zweck einsetzen will, nicht notwendig das Streikrecht gewährleistet, denn die Interessen der Mitglieder einer Gewerkschaft können auch auf anderem Weg wahrgenommen werden, zumal das Streikrecht nicht ausdrücklich in Art. 11 EMRK verbürgt ist und vom nationalen

22 — Vgl. Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 30. Juni 1993, *Sigurður A. Sigurjónsson/Island* (Serie A, Nr. 264, § 35), vom 25. April 1996, *Gustafsson/Schweden* (Rep. 1996-II, S. 637, § 45), und vom 11. Januar 2006, *Sorensen und Rasmussen/Dänemark* (noch nicht veröffentlicht, § 54).

23 — Urteile *Gustafsson/Schweden*, § 45, und *Sorensen und Rasmussen/Dänemark*, § 57.

24 — Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 27. Oktober 1975, *Nationale belgische Polizeigewerkschaft/Belgien* (Serie A, Nr. 19, § 39), vom 6. Februar 1976, *Schwedischer Lokomotivführer-Verband/Schweden* (Serie A, Nr. 20, § 4), *Schmidt und Dahlström/Schweden*, § 36, *Gustafsson/Schweden*, § 45, und vom 2. Juli 2002, *Wilson, National Union of Journalists u. a./Vereinigtes Königreich* (Rep. 2002-V, § 42).

Recht so geregelt werden kann, dass seine Ausübung in bestimmten Fällen eingeschränkt ist²⁵. Ebenso hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte anerkannt, dass der Abschluss von Tarifverträgen auch ein Mittel zum Schutz der Interessen der Mitglieder einer Gewerkschaft sein kann²⁶, wobei er allerdings den Anspruch auf den Abschluss solcher Tarifverträge, auf den sich eine Gewerkschaft gegenüber einem Staat berufen könnte, zurückgewiesen hat²⁷. Bislang ist die einzige Art kollektiver Maßnahmen, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ausdrücklich als Recht mit vollem Rang anerkannt hat, das Recht, von dem Staat „angehört“ zu werden²⁸.

73. Somit lässt sich diese Rechtsprechung dahin zusammenfassen, dass Art. 11 Abs. 1 EMRK von den Vertragsparteien verlangt, es den Gewerkschaften zu ermöglichen, für die Interessen ihrer Mitglieder zu kämpfen²⁹, ohne ihnen jedoch die Mittel zur Erreichung dieses Zieles vorzuschreiben.

74. Sodann ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 6 Abs. 4 der Europäischen Sozial-

charta die Vertragsparteien „das Recht der Arbeitnehmer und Arbeitgeber auf kollektive Maßnahmen einschließlich des Streikrechts im Fall von Interessenkonflikten, vorbehaltlich etwaiger Verpflichtungen aus geltenden Gesamtarbeitsverträgen“ anerkennen. Der Anhang der Europäischen Sozialcharta, der integraler Bestandteil dieser Charta ist³⁰, stellt in Bezug auf Art. 6 Abs. 4 klar: „Es besteht Einverständnis darüber, dass jede Vertragspartei für sich die Ausübung des Streikrechts durch Gesetz regeln kann, vorausgesetzt, dass jede weitere Einschränkung dieses Rechtes auf Grund des Artikels 31 gerechtfertigt werden kann.“ Aus Art. 31 Abs. 1 ergibt sich, dass die wirksame Ausübung der in der Europäischen Sozialcharta niedergelegten Rechte und Grundsätze anderen als den in Teil I und II der genannten Charta vorgesehenen Einschränkungen oder Begrenzungen nur unterliegen darf, wenn diese gesetzlich vorgeschrieben und in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutze der Rechte und Freiheiten anderer oder zum Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Sicherheit des Staates, der Volksgesundheit und der Sittlichkeit notwendig sind.

25 — Vgl. Urteil Schmidt und Dahlström/Schweden, § 36.

26 — Vgl. Urteile Schwedischer Lokomotivführer-Verband/Schweden, § 39, und Gustafsson/Schweden, § 45.

27 — Urteile Nationale belgische Polizeigewerkschaft/Belgien, § 39, und Schwedischer Lokomotivführer-Verband/Schweden, § 39.

28 — Urteile Nationale belgische Polizeigewerkschaft/Belgien, § 39, Schwedischer Lokomotivführer-Verband/Schweden, § 40, und Wilson, National Union of Journalists u. a./Vereinigtes Königreich, § 42.

29 — Ebd.

75. Außerdem sieht Nr. 13 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte vor: „Das Recht, bei Interessenkonflikten Kollektivmaßnahmen zu ergreifen, schließt, vorbe-

30 — Art. 38 der Europäischen Sozialcharta.

haltlich der Verpflichtungen aufgrund der einzelstaatlichen Regelungen und der Tarifverträge, das Streikrecht ein.“

76. Schließlich haben nach Art. 28 der Grundrechtecharta „[d]ie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber oder ihre jeweiligen Organisationen ... nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten das Recht, ... bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen, einschließlich Streiks, zu ergreifen“. Nach Art. 52 Abs. 1 der Grundrechtecharta muss „[j]ede Einschränkung der Ausübung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten ... gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfen Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie notwendig sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.“

77. Eine erschöpfende Prüfung der Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten halte ich zwar nicht für zwingend notwendig, weil, wie bereits in Nr. 68 der vorliegenden Schlussanträge hervorgehoben, die Grundrechtecharta, wiewohl rechtlich unverbindlich, das Hauptziel verfolgt, diejenigen Rechte erneut zu bekräftigen, die sich insbesondere aus den genannten Traditionen speisen; gleichwohl ist bemerkenswert, dass die Verfassungen zahlreicher Mitgliedstaaten aus-

drücklich die Freiheit zur Gründung gewerkschaftlicher Organisationen³¹ und die Wahrung ihrer Interessen mittels kollektiver Maßnahmen³² schützen, wobei in dieser Hinsicht das Streikrecht am häufigsten genannt wird³³.

78. Aufgrund dieser Prüfung gelange ich zu dem Schluss, dass das Recht, kollektive Maßnahmen zur Verteidigung der Interessen der Mitglieder einer Gewerkschaft zu ergreifen, ein Grundrecht ist³⁴. Es handelt sich also dabei nicht lediglich um einen „allgemeinen Grundsatz des Arbeitsrechts“, wie ihn der Gerichtshof bereits in einer relativ

31 — Vgl. Art. 9 Abs. 3 des deutschen Grundgesetzes, Art. 49 Abs. 1 der bulgarischen, Anhang D Teil 2 Art. 21 Abs. 2 der zyprischen und § 29 der estnischen Verfassung, § 13 des finnischen Grundgesetzes, die Präambel der französischen Verfassung, Art. 40 Abs. 6 Unterabsatz 1 Ziff. iii der Verfassung von Irland, Art. 39 Abs. 1 der italienischen, Art. 50 der litauischen, Art. 59 Abs. 1 der polnischen, Art. 55 Abs. 1 der portugiesischen, Art. 40 Abs. 1 der rumänischen, Art. 29 der slowakischen und Art. 76 der slowenischen Verfassung.

32 — Vgl. Art. 9 Abs. 3 des deutschen Grundgesetzes, Art. 37 Abs. 2 der spanischen Verfassung, die Präambel der französischen Verfassung, Art. 59 Abs. 3 der polnischen, Art. 56 der portugiesischen Verfassung und Kapitel 2 § 17 des schwedischen Grundgesetzes.

33 — Vgl. Art. 50 der bulgarischen, Anhang D Teil 2 Art. 27 Abs. 1 der zyprischen und § 29 der estnischen Verfassung, die Präambel der französischen Verfassung, Art. 23 Abs. 2 der griechischen, Art. 70c Abs. 2 der ungarischen, Art. 40 der italienischen, Nr. 108 der lettischen, Art. 51 der litauischen, Art. 59 Abs. 3 der polnischen, Art. 57 Abs. 1 der portugiesischen, Art. 43 Abs. 1 der rumänischen, Art. 30 Abs. 4 der slowakischen und Art. 77 der slowenischen Verfassung.

34 — Vgl. in diesem Sinne auch Nr. 159 der verbundenen Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs in den Rechts-sachen Albany, Brentjens' und Drijvende Bokken.

alten Rechtsprechung für Rechtsstreitigkeiten des öffentlichen Dienstes der Gemeinschaften anerkannt hat³⁵, sondern tatsächlich um einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts im Sinne von Art. 6 Abs. 2 EU. Dieses Recht muss somit in der Gemeinschaft geschützt werden.

79. Entgegen dem, was die dänische und die schwedische Regierung vorschlagen, führt jedoch die Anerkennung eines derartigen Status und eines solchen Schutzes des Rechts auf kollektive Maßnahmen nicht dazu, dass die Anwendbarkeit der Vorschriften des EG-Vertrags über den freien Verkehr in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens ausgeschlossen wäre.

80. Zunächst ist, wie die vorgenannten internationalen Akte und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte deutlich machen, zwischen dem Recht auf die Durchführung kollektiver Maßnahmen und den Formen seiner Ausübung zu unterscheiden, die von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat verschieden sein können und nicht automatisch den Schutz genießen, der diesem Recht selbst zukommt. Wenn diese Wertung somit für das Streikrecht zutreffen scheint, dessen Gewährleistung, obwohl es regelmäßig als eines der wichtigsten Instrumente zur Verwirklichung

kollektiver Maßnahmen genannt wird, im Allgemeinen unter dem Vorbehalt steht, dass den Arbeitgebern ein gleichwertiges Recht, meist in der Form der Aussperrung, zuerkannt wird³⁶, so gilt sie meiner Ansicht nach auf jeden Fall für die deutlich weniger geläufigen Formen kollektiver Maßnahmen, um die es im Ausgangsverfahren geht, nämlich eine Blockade und eine Solidaritätsmaßnahme.

81. Sodann räumen die oben genannten Akte zum Schutz der Menschenrechte und die untersuchten Verfassungen der Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, die Ausübung des Rechts auf kollektive Maßnahmen bestimmten Beschränkungen zu unterwerfen. Wie sich diesen Vorschriften entnehmen lässt, müssen die Beschränkungen in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften niedergelegt sein, sie müssen sich dadurch rechtfertigen lassen, dass mit ihnen ein überwiegendes Interesse des Gemeinwohls verfolgt wird, und sie dürfen nicht dazu führen, dass der „Wesensgehalt“ dieser Rechte, wie es in Art. 52 der Grundrechtecharta heißt, angefasst oder in die Substanz selbst des Rechts oder der so geschützten Freiheit eingegriffen wird³⁷.

35 — Urteile vom 8. Oktober 1974, Gewerkschaftsbund, Massa und Kortner/Rat (175/73, Slg. 1974, 917, Randnr. 14), Allgemeine Gewerkschaft/Kommission (18/74, Slg. 1974, 933, Randnr. 10), und vom 10. Januar 1990, Maurissen und Gewerkschaftsbund/Rechnungshof (C-193/87 und C-194/87, Slg. 1990, I-95, Randnr. 13).

36 — Wie dies insbesondere aus Art. 6 Abs. 4 der Europäischen Sozialcharta hervorgeht. Vgl. insofern ebenso Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Schmidt und Dahlström/Schweden, § 36.

37 — Vgl. u. a. Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Gustafsson/Schweden, § 45. Auch der Gerichtshof legt ein derartiges Kriterium zugrunde: vgl. insbesondere Urteil vom 12. Juni 2003, Schmidberger (C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Randnr. 80 und die angeführte Rechtsprechung).

82. Ich sehe keinen Grund, weswegen für die Ausübung des Rechts auf kollektive Maßnahmen allein Beschränkungen ausschließlich nationalen Ursprungs in Frage kommen sollen, wenn die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Maßnahmen darauf abzielen, einen ausländischen Dienstleistenden zur Unterzeichnung eines Tarifvertrags zu zwingen und dieser Wirtschaftsteilnehmer sich daher gegenüber derartigen kollektiven Maßnahmen u. a. auf eine der vom Vertrag vorgesehenen Verkehrsfreiheiten beruft, die zu dem vom vorlegenden Gericht unterbreiteten Rechtsstreit nicht offenkundig ohne Bezug zu sein scheint, wie ich zum zweiten Punkt der vorliegenden Vorbemerkungen ausführen werde.

83. Gewiss obliegt es unbestreitbar den Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass die Gewerkschaften mit kollektiven Maßnahmen die Interessen ihrer Mitglieder in ihrem Hoheitsgebiet wahrnehmen können³⁸. Sobald die Mitgliedstaaten eine oder mehrere Formen solcher Maßnahmen in ihrem Hoheitsgebiet gestatten, steht ihnen auch das Recht zu, deren Grenzen und die Bedingungen ihrer Ausübung gemäß den bereits zitierten Rechtsakten zum Schutz der Menschenrechte zu bestimmen. Jedoch obliegt ihnen ebenso, sicherzustellen, dass die Ver-

pflichtungen, die sie gemäß dem Vertrag übernommen haben, und insbesondere die im Vertrag vorgesehenen Grundfreiheiten in ihrem Hoheitsgebiet beachtet werden.

84. Schlösse man ausnahmslos die Anwendbarkeit der Verkehrsfreiheiten des Vertrags mit der Begründung aus, der Schutz der Grundrechte müsse gewährleistet werden, liefe dies in Wirklichkeit darauf hinaus, zwischen Vorschriften und Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts eine Hierarchie einzuführen, was zwar nicht unbedingt abwegig, beim jetzigen Stand des Gemeinschaftsrechts aber nicht zulässig ist³⁹.

85. Somit ist die Anwendung der vom Vertrag vorgesehenen Grundfreiheiten im vorliegenden Fall keineswegs ausgeschlossen und muss letztlich mit der Ausübung eines Grundrechts in Einklang gebracht werden.

86. Gerade die Notwendigkeit einer „Abwägung“ dieser Erfordernisse hat der Gerichtshof im Urteil Schmidberger, auf das später noch einzugehen sein wird, anlässlich eines Sachverhalts herangezogen, in dem die nationalen Behörden, nachdem sie eine Demonstration auf einer der Haupttransitrouten durch die Alpen genehmigt hatten, sich für eine Beschränkung einer der im

38 — Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (vgl. u. a. Urteile *Gustafsson/Schweden*, § 45, und *Wilson, National Union of Journalists u. a./Royaume-Uni*, § 41) kann Art. 11 EMRK bedeuten, dass den Staat die positive Verpflichtung trifft, sicherzustellen, dass die Rechte, die er gewährt, auch tatsächlich ausgeübt werden können.

39 — Vgl. in diesem Sinne Nr. 177 meiner Schlussanträge vom 26. Oktober 2006 in den Rechtssachen *Gestoras Pro Amnistia u. a./Rat* (Urteil vom 27. Februar 2007, C-354/04 P, Slg. 2007, I-1579) und *Segi u. a./Rat* (Urteil vom 27. Februar 2007, C-355/04 P, Slg. 2007, I-1657).

Vertrag verankerten Grundfreiheiten darauf gestützt hatten, dass sowohl durch die EMRK als auch die Verfassung des betroffenen Mitgliedstaats gewährleistete Grundrechte beachtet werden müssten⁴⁰.

87. Offenkundig war der Gerichtshof keineswegs der Auffassung, dass die Vertragsbestimmungen über den freien Warenverkehr wegen der Grundrechte, um deren Ausübung es in dieser Rechtssache ging — nämlich die in den Art. 10 und 11 EMRK genannte Meinungs- und die Vereinigungsfreiheit —, nicht anwendbar wären.

88. Die Vorschriften und Grundsätze des Vertrags in einer Situation wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden für unanwendbar zu erklären, wie dies die dänische und die schwedische Regierung tun, würde außerdem meiner Ansicht nach mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs kollidieren, in der klargestellt wird, dass tarifvertragliche Klauseln, insbesondere soweit es um die Einhaltung des Diskriminierungsverbots⁴¹ geht, das namentlich im Grundsatz des gleichen Entgelts für männliche und weibliche Arbeitnehmer zum Ausdruck kommt⁴², von der Anwendung dieser Vorschriften und Grundsätze nicht ausgenommen sind.

40 — Urteil Schmidberger, Randnrn. 76, 77 und 81.

41 — Vgl. insbesondere Urteile vom 15. Januar 1998, Schönig-Kougebetopoulou (C-15/96, Slg. 1998, I-47, Randnr. 12), vom 24. September 1998, Kommission/Frankreich (C-35/97, Slg. 1998, I-5325, Randnrn. 36 und 37), und vom 16. September 2004, Merida (C-400/02, Slg. 2004, I-8471, Randnrn. 19 und 21).

42 — Vgl. u. a. Urteile vom 31. Mai 1995, Royal Copenhagen (C-400/93, Slg. 1995, I-1275, Randnr. 45), und vom 26. Juni 2001, Brunnhofer (C-381/99, Slg. 2001, I-4961, Randnrn. 28 bis 32).

89. Es wäre nämlich meines Erachtens kaum kohärent und sogar widersprüchlich, kollektive Maßnahmen in Form einer Blockade und einer Solidaritätsmaßnahme, deren Ziel darin besteht, einen Arbeitgeber zur Unterzeichnung eines Tarifvertrags zu zwingen, vom Geltungsbereich des Vertrags auszunehmen und womöglich gleichzeitig einen solchen Tarifvertrag dem Diskriminierungsverbot, wie es sich aus den Bestimmungen eben dieses Vertrags ergibt, zu unterwerfen.

90. Schließlich erlaube ich mir in Anbetracht der ungewöhnlich großen Zahl von Beteiligten, die beim Gerichtshof Erklärungen eingereicht haben, die Bemerkung, obwohl diesem Argument als solchem keine Entscheidungskraft zukommt, dass von den 17 Staaten, die sich am vorliegenden Verfahren beteiligt haben, 15 die Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts und insbesondere die des freien Dienstleistungsverkehrs in der vorliegenden Rechtssache nicht in Zweifel gezogen haben.

91. Ich schlage daher dem Gerichtshof vor, davon auszugehen, dass es in den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt, wenn Gewerkschaften eines Mitgliedstaats von ihrem Recht Gebrauch machen, kollektive Maßnahmen mit dem Ziel zu ergreifen, einen ausländischen Dienstleistenden zum Abschluss eines Tarifvertrags in dem Mitgliedstaat zu zwingen, in dem dieser Dienstleistende sich insbesondere auf die im Vertrag vorgesehene Dienstleistungsfreiheit beruft.

92. Nunmehr ist der von den Beklagten des Ausgangsverfahrens hinsichtlich der Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens erhobene Einwand zu prüfen.

2. Zur Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens

93. Die Beklagten des Ausgangsverfahrens machen geltend, das Vorabentscheidungsersuchen sei unzulässig. Sie stützen dies darauf, dass die vom vorlegenden Gericht gestellten Fragen zum Sachverhalt des Ausgangsverfahrens keinen Bezug hätten, da weder die Richtlinie 96/71 noch Art. 49 EG anwendbar seien, weil Laval über ihre Tochtergesellschaft in Schweden ansässig sei. Der dem Rechtsstreit zugrunde liegende Sachverhalt beruhe somit auf einer künstlichen Gestaltung, die darauf abziele, das schwedische Arbeitsrecht zu umgehen; Laval versuche letztlich, lettischen Arbeitnehmern Zugang zum Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats zu verschaffen, gleichzeitig aber den Verpflichtungen zu entgehen, die der Anwendung des Arbeitsrechts des genannten Staates entspringen.

94. Meiner Ansicht nach ist diese Argumentation zu verwerfen, weil sie im Wesentlichen darauf hinausläuft, die Beurteilung des Sachverhalts, die das vorlegende Gericht vorgenommen hat, in Frage zu stellen.

95. Der Rechtsprechung zufolge fällt in einem Verfahren nach Art. 234 EG, der auf einer klaren Aufgabentrennung zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof beruht, jede Beurteilung des Sachverhalts in die Zuständigkeit des vorlegenden Gerichts. Ebenso hat nur das nationale Gericht, das mit dem Rechtsstreit befasst ist und in dessen Verantwortungsbereich die zu erlassende gerichtliche Entscheidung fällt, im Hinblick auf die Besonderheiten der Rechtsache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof vorzulegenden Fragen zu beurteilen⁴³.

96. Wie der Gerichtshof ebenfalls ausgeführt hat, kann die Vermutung der Erheblichkeit der von den nationalen Gerichten zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen nur in Ausnahmefällen ausgeräumt werden, und zwar dann, wenn die erbetene Auslegung der in diesen Fragen erwähnten Rechtsvorschriften der Union offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder wenn der Gerichtshof nicht über die tatsächlichen oder rechtlichen Angaben verfügt, die für eine sachdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind. Abgesehen von solchen Fällen ist der Gerichtshof grundsätzlich verpflichtet, über die ihm vorgelegten Fragen zu entscheiden⁴⁴.

43 — Vgl. u. a. Urteile vom 12. April 2005, Keller (C-145/03, Slg. 2005, I-2529, Randnr. 33), und vom 11. Juli 2006, Chacón Navas (C-13/05, Slg. 2006, I-6467, Randnr. 32).

44 — Vgl. Urteile vom 7. September 1999, Beck und Bergdorf (C-355/97, Slg. 1999, I-4977, Randnr. 22); vom 16. Juni 2005, Pupino (C-105/03, Slg. 2005, I-5285, Randnr. 30), und Chacón Navas, Randnr. 33.

97. Wie ich bereits ausgeführt habe, ersucht das vorlegende Gericht im vorliegenden Fall um die Auslegung der Art. 12 EG und 49 EG sowie der Bestimmungen der Richtlinie 96/71. Aus dem Vorlagebeschluss geht hervor, dass sich diese Fragen im Rahmen eines Rechtsstreits stellen, in dem sich Laval, eine in Lettland ansässige Gesellschaft, auf der einen und die schwedische Gewerkschaft Byggnadsarbetareförbundet, deren örtliche Gewerkschaftsabteilung sowie SEF auf der anderen Seite wegen der kollektiven Maßnahmen gegenüberstehen, die die Beklagten eingeleitet haben, nachdem Laval sich geweigert hatte, den Bautarifvertrag zu unterzeichnen, der die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Arbeitnehmer regeln sollte, die Laval auf eine in Schweden gelegene Baustelle entsandt hatte, auf der ein zum Laval-Konzern gehörendes Unternehmen arbeitete. Es steht fest, dass die entsandten Arbeitnehmer infolge der kollektiven Maßnahmen und der Unterbrechung der Arbeiten nach Lettland zurückgekehrt sind.

98. Es ist nicht offensichtlich, dass die Auslegung des Gemeinschaftsrechts, um die vom vorlegenden Gericht ersucht wird, in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens stünde oder dass sie hypothetischer Natur wäre.

99. Hinzufügen möchte ich, dass nach dem Akteninhalt das vorlegende Gericht zu Recht der Auffassung war, dass die wirtschaftliche Tätigkeit von Laval eine Dienstleistung im Sinne von Art. 49 EG und der Richtlinie 96/71 darstellt.

100. Insoweit und auch in Anbetracht des Vortrags der Beklagten des Ausgangsverfahrens, nach dem die Überlassung von Arbeitskräften durch Laval darauf abgezielt habe, lettischen Arbeitnehmern Zugang zum schwedischen Arbeitsmarkt zu verschaffen, halte ich es für angebracht, an dieser Stelle einige Bemerkungen zum Verhältnis der vom vorlegenden Gericht angeführten Bestimmungen des Vertrags und der Vorschriften der Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Lettland zur Europäischen Union⁴⁵ (im Folgenden: Beitrittsakte 2003) zu machen, die bekanntlich zu der Zeit, als sich der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens ereignete, auch die Beziehungen zwischen der Republik Lettland und den anderen Mitgliedstaaten regelte, allerdings nicht im Vorabentscheidungsersuchen erwähnt wird.

101. Nach Art. 2 der Beitrittsakte 2003 sind die ursprünglichen Verträge⁴⁶ und die vor dem Beitritt erlassenen Rechtsakte der Organe für die neuen Mitgliedstaaten verbindlich und gelten in diesen Staaten nach Maßgabe der genannten Verträge und dieser Akte.

45 — Akte über die Bedingungen des Beitritts der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik und die Anpassungen der die Europäische Union begründenden Verträge (ABF 2003, L 236, S. 33).

46 — Gemäß Art. 1 der Beitrittsakte 2003 versteht man unter „ursprünglichen Verträgen“: a) den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft und den Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (Euratom) mit den Ergänzungen oder Änderungen, die durch vor diesem Beitritt in Kraft getretene Verträge oder andere Rechtsakte vorgenommen worden sind, und b) den Vertrag über die Europäische Union mit den Ergänzungen oder Änderungen, die durch vor diesem Beitritt in Kraft getretene Verträge oder andere Rechtsakte vorgenommen worden sind.

102. Die Vertragsbestimmungen insbesondere auf dem Gebiet des freien Dienstleistungsverkehrs gelten somit grundsätzlich für die Beziehungen zwischen der Republik Lettland und den übrigen Mitgliedstaaten ab dem Zeitpunkt des Beitritts, also ab dem 1. Mai 2004, vorbehaltlich der in der Beitrittsakte 2003 vorgesehenen Bedingungen.

103. Art. 24 der Beitrittsakte 2003 verweist auf die Anhänge zu dieser Akte, die für jeden der zehn neuen Mitgliedstaaten die geltenden Übergangsmaßnahmen aufzählen und deren Anwendungsbedingungen festlegen.

104. Anhang VIII der Beitrittsakte 2003, der für die Republik Lettland gilt, bezieht sich ausdrücklich auf Art. 39 EG und Art. 49 Abs. 1 EG sowie auf die Richtlinie 96/71.

105. Jedoch haben die Bedingungen für die Anwendung dieser Vorschriften, wie sie sich aus Anhang VIII der Beitrittsakte 2003 ergeben, unter den in der vorliegenden Rechtssache obwaltenden Umständen keine Auswirkung.

106. Hinsichtlich Art. 49 Abs. 1 EG und der Richtlinie 96/71 ergibt sich zunächst aus Nr. 1.13 des Anhangs VIII der Beitrittsakte 2003, dass die von der vorbehaltlosen An-

wendung dieses Artikels und dieser Richtlinie abweichenden Übergangsvorschriften lediglich den zeitweiligen Verkehr von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, die von in Lettland niedergelassenen Unternehmen erbracht werden, in Deutschland und in Österreich unter den in dieser Nummer genannten Bedingungen betreffen. Nr. 1.13 des Anhangs VIII der Beitrittsakte 2003 ist somit in räumlicher Hinsicht nicht auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens anwendbar.

107. Die Richtlinie 96/71 ist auf die wirtschaftliche Tätigkeit von Laval anwendbar; es ist festzuhalten, dass nach Art. 1 Abs. 3 Buchst. b der genannten Richtlinie die Tätigkeit eines in einem Mitgliedstaat ansässigen Unternehmens, das einen Arbeitnehmer in eine Niederlassung oder ein der Unternehmensgruppe angehörendes Unternehmen im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats entsendet, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht, in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt.

108. Eben dies scheint, wie aus dem Vorlagebeschluss hervorgeht, die Situation zu sein, in der sich Laval und die von diesem Unternehmen vorübergehend nach Schweden entsandten lettischen Arbeitnehmer befinden. Außerdem steht fest, dass die Tätigkeiten, für die Laval lettische Arbeitnehmer nach Schweden entsandt hat, in den Anwendungsbereich des Anhangs der Richtlinie 96/71 fallen, d. h., dass sie im Baugewerbe erbracht werden.

109. In Bezug auf die Freizügigkeit der Arbeitnehmer ist sodann darauf hinzuweisen, dass die Mitgliedstaaten, als sich der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens ereignete, nach Nr. 2 des Anhangs VIII der Beitrittsakte 2003 abweichend von den Art. 1 bis 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft⁴⁷ nationale oder sich aus bilateralen Abkommen ergebende Maßnahmen anwenden konnten, um den Zugang lettischer Staatsangehöriger zu ihren Arbeitsmärkten zu regeln⁴⁸. Zwar hatten die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, wie das Königreich Schweden dafür zu optieren, den Zugang zu ihrem Arbeitsmarkt bereits mit Wirkung zum 1. Mai 2004 zu liberalisieren⁴⁹. Doch musste diese Entscheidung in Anwendung nationalen Rechts und nicht kraft der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts ergehen⁵⁰.

110. Hier ist nun auf das oben erwähnte Argument der Beklagten des Ausgangsverfahrens einzugehen, nach dem die Überlassung von Arbeitskräften von Laval an ihre

Tochtergesellschaft darauf abgezielt habe, lettischen Arbeitnehmern Zugang zum schwedischen Arbeitsmarkt zu verschaffen.

111. Dieses Argument scheint an die vom Gerichtshof im Urteil *Rush Portuguesa* formulierte Erwägung anzuknüpfen, wonach es der in Art. 216 der Beitrittsakte der Republik Portugal vorgesehenen Ausnahme hinsichtlich der im Vertrag geregelten Freizügigkeit der Arbeitnehmer zuwiderläuft, wenn ein Dienstleistender Arbeitnehmer aus Portugal in einem anderen Mitgliedstaat überlässt⁵¹. Nach den Ausführungen des Gerichtshofs geht es einem solchen Unternehmen, wiewohl es im Sinne des Vertrags ein Dienstleistender ist, letztlich darum, Arbeitnehmern Zugang zum Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats unter Verstoß gegen die in der Beitrittsakte vorgesehene Ausnahme zu verschaffen.

112. Jedoch scheint im vorliegenden Fall nichts in den Akten die Argumentation der Beklagten des Ausgangsverfahrens zu erhärten; die Tätigkeit von Laval hatte offenkundig nicht zum Ziel, lettischen Arbeitnehmern Zugang zum schwedischen Arbeitsmarkt zu verschaffen⁵².

47 — ABl. L 257, S. 2.

48 — Es ist darauf hinzuweisen, dass die erste Phase der Übergangsbestimmungen für acht der zehn Mitgliedstaaten — mit Ausnahme der Republik Malta und der Republik Zypern — galt, die der Europäischen Union zum 1. Mai 2004 beigetreten sind.

49 — Vgl. zum Stand der Liberalisierung des Arbeitsmarkts in den 15 alten Mitgliedstaaten der Gemeinschaft während und zum Ende der ersten Phase der Übergangsbestimmungen die Angaben in der Pressemitteilung der Kommission vom 28. April 2006 mit dem Titel „Übergangsbestimmungen für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer im Beitrittsvertrag von 2003“ (Memo/06/176), einsehbar unter <http://www.europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/06/176&format=HTML&aged=1&language=FR&guiLanguage=fr>.

50 — Wie in Nr. 1.12 des genannten Anhangs VIII betont wird.

51 — Urteil vom 27. März 1990, *Rush Portuguesa* (C-113/89, Slg. 1990, I-1417, Randnrn. 13 und 16).

52 — Tatsächlich sind den Akten zufolge, wie ich bereits oben dargestellt habe, alle von Laval entsandten Arbeitnehmer infolge der von den Beklagten des Ausgangsverfahrens eingeleiteten kollektiven Maßnahmen nach Lettland zurückgekehrt.

113. Der Vollständigkeit halber — auch wenn diese Bemerkung den Rahmen der Zulässigkeit der Vorlagefragen im strengen Sinne überschreitet, ich werde aber nicht weiter darauf eingehen — sei angemerkt, dass das dem Urteil *Rush Portuguesa* entlehnte Argument der Beklagten des Ausgangsverfahrens meiner Ansicht nach ihre in ihren schriftlichen Erklärungen dargelegte These konterkariert und letztlich entwertet, nach der die vorliegende Rechtssache lediglich im Hinblick auf die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die Art. 39 EG vorsieht, und nicht im Licht von Art. 49 EG und der Richtlinie 96/71 zu prüfen sei.

114. Es genügt nämlich der Hinweis, dass sich die lettischen Arbeitnehmer schon aufgrund der Anwendung der ersten Phase der Übergangsbestimmungen, die in Anhang VIII der Beitrittsakte 2003 für die Zeit vorgesehen waren, zu der sich der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens ereignete, und ungeachtet der Tatsache, dass das Königreich Schweden auf der Grundlage des innerstaatlichen Rechts beschlossen hatte, seinen Arbeitsmarkt für sämtliche Arbeitnehmer aus den der Europäischen Union zum 1. Mai 2004 beigetretenen Mitgliedstaaten zu öffnen, nicht unmittelbar auf die Bestimmungen von Art. 39 EG berufen konnten.

115. Entgegen dem, was die Beklagten des Ausgangsverfahrens zu verstehen geben, enthalten die Akten keinen Beweis und nicht einmal einen Hinweis darauf, dass *Laval* gänzlich oder hauptsächlich deshalb in

schwedischem Gebiet tätig geworden wäre, um den Vorschriften zu entgehen, die für das Unternehmen gegolten hätten, wenn es in Schweden ansässig gewesen wäre⁵³.

116. Nach diesen Vorbemerkungen bin ich der Ansicht, dass das Gemeinschaftsrecht auf die vorliegende Rechtssache anwendbar und das Vorabentscheidungsersuchen für zulässig zu erklären ist. Es ist jedoch zu betonen, dass die Antworten, die ich auf die im Folgenden zu prüfenden Vorlagefragen vorschlage, nicht zwingend für alle Fälle gelten, zumal wenn es um einen anders gelagerten Sachverhalt geht, auf den die Bestimmungen der Beitrittsakte 2003 anwendbar sein können.

B — *Zu den Vorlagefragen*

1. Allgemeine Bemerkungen

117. Wie aus dem Wortlaut der beiden Vorlagefragen hervorgeht, ersucht das vorlegende Gericht den Gerichtshof um Auslegung der Art. 12 EG, 49 EG und der Richtlinie 96/71.

⁵³ — Vgl. hierzu Urteil vom 23. November 1999, *Arblade* u. a. (C-369/96 und C-376/96, Slg. 1999, I-8453, Randnr. 32).

118. Art. 12 EG, der das grundsätzliche Verbot jeder Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit aufstellt, ist nach seinem Wortlaut „unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrags“ anwendbar, was nach der Rechtsprechung bedeutet, dass er autonom nur auf gemeinschaftsrechtlich geregelte Situationen Anwendung findet, für die der Vertrag keine besonderen Diskriminierungsverbote vorsieht⁵⁴.

119. Diesen allgemeinen Grundsatz haben sowohl Art. 49 EG⁵⁵ als auch die Richtlinie 96/71 näher geregelt und konkretisiert; Letztere sieht in ihrem Art. 3 im Wesentlichen vor, dass die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die im Aufnahmestaat festgelegt worden sind und zu den Sachgebieten gehören, die in dieser Richtlinie aufgeführt worden sind oder auf die diese verweist, unter Beachtung des Gleichbehandlungsgebots für Dienstleistende, die vorübergehend Arbeitnehmer in das Gebiet dieses Mitgliedstaats entsenden, sowie für nationale Unternehmen gelten, die sich in einer ähnlichen Situation befinden.

54 — Vgl. u. a. Urteile vom 4. Mai 1999, *Stüril* (C-262/96, Slg. 1999, I-2685, Randnr. 64), vom 28. Oktober 1999, *Vestergaard* (C-55/98, Slg. 1999, I-7641, Randnr. 16), vom 26. Juni 2003, *Skandia und Ramstedt* (C-422/01, Slg. 2003, I-6817, Randnr. 61), und vom 16. Februar 2006, *Öberg* (C-185/04, Slg. 2006, I-1453, Randnr. 25).

55 — Urteile *Vestergaard*, Randnr. 17, und vom 11. Dezember 2003, *AMOK* (C-289/02, Slg. 2003, I-15059, Randnr. 26); vgl. auch Urteil *Skandia und Ramstedt*, Randnrn. 61 und 62.

120. Daher halte ich es nicht für erforderlich, dass sich der Gerichtshof in der vorliegenden Rechtssache zu Art. 12 EG äußert.

121. In Bezug auf die Richtlinie 96/71 und Art. 49 EG lege ich Wert auf die Bemerkung, dass die große Mehrheit der Beteiligten, die im vorliegenden Verfahren Erklärungen eingereicht haben, unabhängig von den von ihnen vorgeschlagenen Antworten auf die Fragen angeregt hat, dass der Gerichtshof die Vorlagefragen sowohl nach dem Maßstab der Bestimmungen der Richtlinie 96/71 als auch anhand des Artikels 49 EG prüfen solle⁵⁶. In der Minderheit sind die Verfahrensbeteiligten, die die Vorlagefragen nur anhand von Art. 49 EG geprüft haben⁵⁷, während allein die Kommission und die norwegische Regierung die Fragen des vorliegenden Gerichts ausschließlich im Licht der Bestimmungen der Richtlinie 96/71 prüfen.

122. Angesichts der Verschiedenheit dieser Standpunkte erscheint es nützlich, den Streitstoff um einige seiner Bestandteile zu bereinigen.

56 — So Laval und die deutsche, die österreichische, die belgische, die estnische, die französische, die isländische, die lettische, die litauische (die für die beiden Fragen eine globale Antwort vorschlägt) und die polnische Regierung sowie die spanische Regierung und die Regierung Irlands, deren jeweilige Erklärungen sich allerdings auf die erste Vorlagefrage beschränken.

57 — So (höchst) vorsorglich die Beklagten des Ausgangsverfahrens (die für beide Fragen eine globale Antwort vorschlagen), die dänische (die nur die erste Vorlagefrage prüft), die finnische (die für die beiden Fragen keine Antwort vorschlägt), die schwedische und die tschechische Regierung sowie die EFTA-Überwachungsbehörde, die sich allerdings darauf beschränkt hat, auf die erste Vorlagefrage zu antworten.

123. Zur Richtlinie 96/71 haben mehrere Beteiligte, die Erklärungen beim Gerichtshof eingereicht haben, darunter sehr deutlich die Beklagten des Ausgangsverfahrens, die schwedische Regierung und die EFTA-Überwachungsbehörde, vorgetragen, die Prüfung dieser Richtlinie sei unerheblich, da zum einen feststehe, dass sich im Ausgangsrechtsstreit Personen des Privatrechts gegenüberstünden, und zum anderen, dass die Bestimmungen einer Richtlinie nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs keine „horizontale“ Direktwirkung haben könnten.

124. Diese Argumentation ist nur teilweise begründet, denn ich glaube nicht, dass sie zur Folge haben kann, die Richtlinie 96/71 aus der Prüfung, zu der der Gerichtshof aufgefordert ist, auszublenden.

125. Hierbei ist im Interesse einer klaren Gedankenführung die innere Logik der vom vorlegenden Gericht gestellten Fragen in Bezug auf die Richtlinie 96/71 und deren Umsetzung durch das Königreich Schweden herauszuarbeiten, insbesondere wenn dieses Gericht in seiner ersten Vorlagefrage auf den Umstand hinweist, dass das schwedische Arbeitnehmerentendegesetz keine ausdrückliche Bestimmung zur Anwendbarkeit der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen eines Tarifvertrags enthält.

126. Ich erinnere daran, dass Art. 3 der Richtlinie 96/71, die grundlegende Bestimmung dieses Rechtsakts, von den Mitgliedstaaten verlangt, dafür zu sorgen, dass den in ihr Hoheitsgebiet im Rahmen der Erbringung einer Dienstleistung entsandten Arbeitnehmern die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen hinsichtlich der in Abs. 1 dieses Artikels aufgeführten Aspekte zugute kommen. Hierzu gehören u. a. die Mindestlohnsätze.

127. Die in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 aufgeführten Aspekte werden durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften und/oder, sofern sie wie im Ausgangsverfahren Tätigkeiten der Baubranche betreffen, durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche im Sinne von Art. 3 Abs. 8 festgelegt.

128. Art. 3 Abs. 8 Unterabs. 1 stellt klar, dass unter für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen solche Tarifverträge zu verstehen sind, die von allen in den jeweiligen geografischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden Unternehmen einzuhalten sind.

129. Art. 3 Abs. 8 Unterabs. 2 gestattet den Mitgliedstaaten, wenn es kein System der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifver-

trägen gibt, auf entsprechenden Beschluss a) die Tarifverträge zugrunde zu legen, die für alle in den jeweiligen geografischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden gleichartigen Unternehmen allgemein wirksam sind, und/oder b) die Tarifverträge zugrunde zu legen, die von den auf nationaler Ebene repräsentativsten Organisationen der Tarifvertragsparteien geschlossen werden und innerhalb des gesamten nationalen Hoheitsgebiets zur Anwendung kommen, sofern in jedem dieser Fälle ausländische Dienstleistende und inländische Unternehmen, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden, gleichbehandelt werden.

130. Wie ich oben bei der Darstellung des rechtlichen Rahmens hervorgehoben habe, steht fest, dass das Königreich Schweden kein System der Allgemeinverbindlicherklärung im Sinne von Art. 3 Abs. 8 Unterabs. 1 der Richtlinie 96/71 kennt und von Unterabs. 2 dieser Bestimmung keinen Gebrauch gemacht hat. Außerdem wurden, wie bereits in Nr. 21 oben angegeben, die meisten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen hinsichtlich der in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 aufgeführten Aspekte im schwedischen Arbeitnehmerentsendegesetz, das diese Richtlinie umsetzt, übernommen.

131. Demgegenüber besteht die Methode, die das Königreich Schweden gewählt hat, um sicherzustellen, dass die vorübergehend in sein Hoheitsgebiet entsandten Arbeit-

nehmer in den Genuss der gleichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen wie tarifvertraglich vorgesehen kommen, wozu grundsätzlich die Bedingungen hinsichtlich der Mindestlohnsätze gehören, darin, es den gewerkschaftlichen Organisationen zu überlassen, wenn ein Dienstleistender die genannten Tarifverträge nicht unterzeichnet, kollektive Maßnahmen mit dem Ziel einzuleiten, diesen Arbeitgeber zu zwingen, die genannten Tarifverträge entweder unmittelbar zu unterzeichnen oder über eine Beitrittsvereinbarung ihnen beizutreten, und zwar auch dann, wenn — und dies ist für die zweite vom vorlegenden Gericht gestellte Frage interessant — dieser Dienstleistende bereits durch einen in seinem Ansässigkeitsstaat geschlossenen Tarifvertrag gebunden ist.

132. Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass die Anwendung des „harten Kerns“ der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die ein Aufnahmemitgliedstaat gemäß Art. 3 der Richtlinie 96/71 den Arbeitnehmern garantieren muss, die vorübergehend in sein Hoheitsgebiet entsandt werden, eine Ausnahme vom Grundsatz der Anwendung der Rechtsvorschriften des Herkunftsstaats auf die Situation der Dienstleistenden dieses Mitgliedstaats ist, die die genannten Arbeitnehmer in das Gebiet des erstgenannten Mitgliedstaats entsenden.

133. Folglich ersucht das vorlegende Gericht den Gerichtshof mit der Frage, ob eventuell eine unzutreffende Umsetzung von Art. 3 der Richtlinie 96/71 in das innerstaatliche schwedische Recht vorliegt, im Wesentlichen darum, ihm die Feststellung zu ermöglichen, ob Laval den im Ausgangsverfahren beklagten gewerkschaftlichen Organisationen die Tatsache entgegenhalten kann, dass das Königreich Schweden nicht auf die in

Art. 3 der Richtlinie vorgesehenen Modalitäten zurückgegriffen hat, um die in seinem Staatsgebiet geschlossenen Tarifverträge durch hoheitlichen Akt auf vorübergehend Arbeitnehmer entsendende ausländische Dienstleistende zu erstrecken oder deren Anwendung für diese zu gewährleisten. Dieses Versäumnis des Königreichs Schweden würde im vorliegenden Fall nach dem Standpunkt, der von Laval vertreten wird und der den beiden vom vorlegenden Gericht gestellten Fragen zugrunde liegt, bedeuten, dass auf die Entsendung lediglich lettisches Recht und lettische Tarifverträge anwendbar wären; dies würde folgerichtig den schwedischen gewerkschaftlichen Organisationen die Möglichkeit nehmen, zu versuchen, Laval durch kollektive Maßnahmen zur Unterzeichnung des im Ausgangsstreit in Rede stehenden Buntarifvertrags zu zwingen.

134. Es trifft somit zu, wie die Beklagten des Ausgangsverfahrens, die schwedische Regierung und die EFTA-Überwachungsbehörde vortragen, dass die Auslegung der Richtlinie 96/71, um die das vorlegende Gericht nachsucht, dieses Gericht dazu bringen könnte, die Richtlinie unmittelbar auf das Rechtsverhältnis zwischen Laval und die im Ausgangsverfahren beklagten gewerkschaftlichen Organisationen anzuwenden.

135. Der Gerichtshof scheint es nunmehr entschieden abzulehnen, dass eine Richtlinie Verpflichtungen für einen Einzelnen begrün-

den kann und ihm gegenüber eine Berufung auf die Richtlinie als solche möglich ist⁵⁸.

136. Ferner glaube ich nicht, dass dieses Hindernis durch den in den schriftlichen Erklärungen von Laval skizzierten Ansatz ausgeräumt werden kann, den Staatsbegriff derart zu erweitern, dass im vorliegenden Fall die gewerkschaftlichen Organisationen als eine Gliederung des schwedischen Staates angesehen werden könnten, dem gegenüber Laval sich unmittelbar auf die Richtlinie 96/71 berufen könnte, soweit diese die für eine unmittelbare Wirkung wesentlichen Kriterien erfüllt.

58 — Urteile vom 26. Februar 1986, Marshall (152/84, Slg. 1986, 723, Randnr. 48), vom 14. Juli 1994, Faccini Dori (C-91/92, Slg. 1994, I-3325, Randnr. 20), vom 7. Januar 2004, Wells (C-201/02, Slg. 2004, I-723, Randnr. 56), Pfeiffer u. a., Randnr. 108, vom 25. Oktober 2005, Schulte (C-350/03, Slg. 2005, I-9215, Randnr. 70). Diese Weigerung gilt jedenfalls für die sogenannten „klassischen“ Richtlinien; demgegenüber hat der Gerichtshof ausnahmsweise anerkannt, dass einem Einzelnen, der sich auf eine technische Bestimmung eines Mitgliedstaats beruft, die der Kommission im Entwurfsstadium nicht gemäß den Verfahren mitgeteilt worden ist, die in Art. 8 und 9 der Richtlinie 83/189/EWG des Rates vom 28. März 1983 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften (ABl. L 109, S. 8) in der durch die Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften (ABl. L 204, S. 37) geänderten und aufgehobenen Fassung vorgesehen sind, deren Ziel darin besteht, eventuellen zukünftigen Beschränkungen des freien Warenverkehrs vorzubeugen, in einem Rechtsstreit mit einem anderen Einzelnen das Versäumnis dieses Mitgliedstaats, die genannte technische Bestimmung mitzuteilen, entgegengehalten werden kann: vgl. Urteile vom 30. April 1996, CIA Security International (C-194/94, Slg. 1996, I-2201, Randnrn. 48, 54 und 55), vom 26. September 2000, Unilever (C-443/98, Slg. 2000, I-7535, Randnrn. 49 und 50), und vom 6. Juni 2002, Sapod Audic (C-159/00, Slg. 2002, I-5031, Randnrn. 49 und 50).

137. Denn diese Organisationen sind keinesfalls öffentliche Stellen⁵⁹, und sie sind nicht kraft staatlichen Rechtsakts damit betraut, unter staatlicher Aufsicht eine Dienstleistung im öffentlichen Interesse zu erbringen, und hierzu mit besonderen Rechten ausgestattet, die über das hinausgehen, was für die Beziehungen zwischen Privatpersonen gilt⁶⁰.

138. Außerdem stellte sich das Problem der horizontalen Direktwirkung der Richtlinie 96/71 erst dann, wenn der Gerichtshof sich zur Feststellung veranlasst sähe, dass das Königreich Schweden Art. 3 der genannten Richtlinie unzutreffend umgesetzt hat.

139. Das bedeutet zum einen, dass die Richtlinie 96/71 nicht deshalb von der Prüfung, die der Gerichtshof vorzunehmen hat, ausgeschlossen ist, weil das vorliegende Gericht in seiner ersten Frage mittelbar, aber zwingend die Frage aufwirft, ob das Königreich Schweden diesen Rechtsakt tatsächlich richtig umgesetzt hat.

140. Zum anderen ist, selbst wenn diese Umsetzung nicht korrekt erfolgt sein sollte und es nicht möglich wäre, unmittelbar die Bestimmungen der Richtlinie 96/71 auf das Ausgangsverfahren anzuwenden, daran zu erinnern, dass nach der Rechtsprechung die nationalen Gerichte so weit wie möglich das innerstaatliche Recht anhand des Wortlauts und des Zwecks der fraglichen Richtlinie auslegen müssen, um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen⁶¹. Die Verpflichtung der nationalen Gerichte zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung, *die das gesamte nationale Recht betrifft*, unabhängig davon, ob es vor oder nach der fraglichen Richtlinie erlassen wurde, zielt darauf ab, es den Gerichten zu ermöglichen, in dem zu entscheidenden Rechtsstreit die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts durch Anwendung der im innerstaatlichen Recht anerkannten Auslegungsmethoden zu gewährleisten⁶².

141. Allerdings findet die Verpflichtung zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung nach der Rechtsprechung in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ihre Grenzen, insbesondere dem der Rechtssicherheit sowie dem des Rückwirkungsverbots, und sie kann nicht als Grundlage für eine Auslegung des nationalen Rechts *contra legem* herangezogen werden⁶³.

59 — Anders als die dezentralisierten Gebietskörperschaften der Mitgliedstaaten, für die der Gerichtshof anerkannt hat, dass ein Einzelner ihnen unmittelbar eine Richtlinie entgegenhalten kann: vgl. u. a. Urteile vom 22. Juni 1989, *Fratelli Costanzo* (103/88, Slg. 1989, 1839, Randnr. 31), und vom 4. Dezember 1997, *Kampelmann u. a.* (C-253/96 bis C-258/96, Slg. 1997, I-6907, Randnr. 46).

60 — Somit unterscheidet sich die Lage von der in der Rechtsache, in der das Urteil vom 12. Juli 1990, *Foster u. a.* (C-188/89, Slg. 1990, I-3313, Randnrn. 20 und 22), ergangen ist. Vgl. auch Urteile vom 14. September 2000, *Collino und Chiappero* (C-343/98, Slg. 2000, I-6659, Randnr. 23), vom 20. März 2003, *Kutz-Bauer* (C-187/00, Slg. 2003, I-2741, Randnr. 69), und vom 10. März 2005, *Nikoloudi* (C-196/02, Slg. 2005, I-1789, Randnr. 70).

61 — Vgl. u. a. Urteile *Pfeiffer u. a.*, Randnr. 113, und vom 4. Juli 2006, *Adeneler u. a.* (C-212/04, Slg. 2006, I-6057, Randnr. 108).

62 — Vgl. in diesem Sinne Urteile *Pfeiffer u. a.*, Randnrn. 114, 115, 116, 118 und 119, und *Adeneler u. a.*, Randnrn. 108, 109 und 111 (Hervorhebung nur hier).

63 — Urteile *Pupino*, Randnrn. 44 und 47, und *Adeneler u. a.*, Randnr. 110.

142. Im vorliegenden Fall würde diese Begrenzung sicherlich bedeuten, dass die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts, zu der das vorliegende Gericht gehalten wäre, dieses nicht dazu veranlassen könnte, in den Wesensgehalt des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen zur Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer einzugreifen, hinsichtlich dessen ich in meinen obigen Vorbemerkungen festgehalten habe, dass es sich um einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts handelt, der außerdem in der schwedischen Verfassung verbürgt ist. Überdies birgt eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts keine derartige Gefahr, weil deren 22. Erwägungsgrund überflüssigerweise daran erinnert, dass diese Richtlinie nicht das Recht der Mitgliedstaaten betreffend kollektive Maßnahmen zur Verteidigung beruflicher Interessen berührt⁶⁴.

143. Selbst wenn den Bestimmungen der Richtlinie 96/71 keine horizontale Direktwirkung zuerkannt werden kann, ist somit, wie noch zu erörtern sein wird, eine Prüfung dieser Richtlinie durch den Gerichtshof keineswegs uninteressant.

144. Zu ermitteln bleibt, ob der Gerichtshof bei der Analyse der Vorlagefragen von Art. 49 EG absehen kann oder ob er diese Fragen auch anhand dieser Vorschrift prüfen muss.

64 — Redundant ist dieser Erwägungsgrund nämlich deshalb, weil das Gemeinschaftsrecht und somit das Primärrecht in den Wesensgehalt des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen nicht eingreifen kann. Diese Begrenzung erstreckt sich somit zwingend auf das Sekundärrecht.

145. Insoweit ist klarzustellen, dass die Richtlinie 96/71 eine besondere Ausprägung von Art. 49 EG im Licht der Rechtsprechung des Gerichtshofs darstellt, wie im Wesentlichen und zutreffend mehrere Beteiligte geltend gemacht haben, die schriftliche Erklärungen in der vorliegenden Rechtsache eingereicht haben.

146. Denn ausgehend von der vom Gerichtshof bei seiner Auslegung von Art. 49 EG⁶⁵ anerkannten und im zwölften Erwägungsgrund der Richtlinie 96/71 wiederholten Voraussetzung, dass das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten nicht daran hindert, ihre Gesetze oder die von den Sozialpartnern abgeschlossenen Tarifverträge auf sämtliche Personen anzuwenden, die — auch nur vorübergehend — in ihrem Hoheitsgebiet beschäftigt werden, zielt die Richtlinie 96/71 in ihrem Art. 3 darauf ab, die zwingenden Vorschriften über den Mindestschutz der Arbeitnehmer klarzustellen, die ausländische Dienstleistende, die Arbeitnehmer in den Aufnahmemitgliedstaat entsenden, zu beachten haben und die somit vom grenzüberschreitenden freien Dienstleistungsverkehr hinzunehmen sind.

65 — Urteile *Rush Portuguesa*, Randnr. 18, vom 21. Oktober 2004, Kommission/Luxemburg (C-445/03, Slg. 2004, I-10191, Randnr. 29), vom 19. Januar 2006, Kommission/Deutschland (C-244/04, Slg. 2006, I-885, Randnrn. 44 und 61), und vom 21. September 2006, Kommission/Deutschland (C-168/04, Slg. 2006, I-9041, Randnr. 47). Es ist darauf hinzuweisen, dass diese Urteile ebenso wie der zwölfte Erwägungsgrund der Richtlinie 96/71 grundsätzlich anerkennen, dass Tarifverträge allgemein auf die Situation der Dienstleister erstreckt werden können, wohingegen es in den Urteilsgründen der älteren oder heutigen Urteile lediglich um die Erstreckung der Mindestlohnsätze ging, die im Aufnahmemitgliedstaat vorgesehen sind: vgl. u. a. Urteile vom 3. Februar 1982, *Seco* (62 und 63/81, Slg. 1982, 223, Randnr. 14), vom 9. August 1994, *Vander Elst* (C-43/93, Slg. 1994, I-3803, Randnr. 23), *Arblade* u. a., Randnr. 41, und vom 14. April 2005, Kommission/Deutschland (C-341/02, Slg. 2005, I-2733, Randnr. 24).

147. Die Richtlinie 96/71 erschöpft jedoch mit ihrem „minimalistischen“ Ansatz den Anwendungsbereich von Art. 49 EG nicht⁶⁶.

148. Letztlich hängt die Antwort auf die oben in Nr. 144 aufgeworfene Frage meines Erachtens im Wesentlichen vom Ausgang der Prüfung ab, die unter dem Blickwinkel der Richtlinie 96/71 durchzuführen ist.

149. Eine mit der Richtlinie 96/71 unvereinbare Maßnahme wird nämlich erst recht gegen Art. 49 EG verstoßen, da diese Richtlinie darauf abzielt, in ihrem spezifischen Anwendungsbereich den Inhalt des genannten Artikels umzusetzen⁶⁷.

150. Umgekehrt bedeutet der Umstand, dass eine Maßnahme als mit der Richtlinie 96/71 vereinbar erachtet wird, nicht zwingend, dass sie den Anforderungen von Art. 49 EG im Sinne von dessen Auslegung durch den Gerichtshof entspricht.

151. Insbesondere muss, obwohl die Richtlinie 96/71 es zulässt, dass die Mitgliedsta-

ten gegenüber dem Dienstleistenden eines Mitgliedstaats, der Arbeitnehmer vorübergehend in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats entsendet, solche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen anwenden, die für die Arbeitnehmer günstiger sind als die, die namentlich in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 erwähnt werden, hierbei der in Art. 49 EG gewährleistete freie Dienstleistungsverkehr beachtet werden⁶⁸.

152. Ebenso hat der Gerichtshof die Auffassung vertreten, dass nach Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 5 der Richtlinie 96/71 die Mitgliedstaaten insbesondere dafür zu sorgen haben, dass die entsandten Arbeitnehmer über angemessene Verfahren verfügen, um tatsächlich den Mindestlohn zu erhalten, was bedeutet, dass die Mitgliedstaaten das Ermessen, über das sie nach dem oben genannten Art. 5 verfügen, unter Beachtung des vom Vertrag garantierten freien Dienstleistungsverkehrs ausüben müssen⁶⁹.

153. Soweit bestimmte Aspekte der vom vorlegenden Gericht aufgeworfenen Problematik, wie in den Nrn. 194 bis 217 dieser Schlussanträge genauer darzulegen sein wird, über den Anwendungsbereich der Richtlinie 96/71 hinausgehen oder von dieser

66 – Vgl. in diesem Sinne auch Nr. 15 der Schlussanträge des Generalanwalts Léger in der oben genannten Rechtssache Kommission/Österreich sowie Nr. 27 der Schlussanträge des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer vom 14. Dezember 2006 in der derzeit beim Gerichtshof anhängigen Rechtssache Kommission/Deutschland (C-490/04).

67 – Vgl. hierzu Urteil vom 14. April 2005, Kommission/Deutschland, Randnrn. 41 und 42.

68 – Vgl. entsprechend zum freien Warenverkehr: Urteil vom 25. März 2004, Karner (C-71/02, Slg. 2004, I-3025, Randnrn. 33 und 34).

69 – Urteil vom 12. Oktober 2004, Wolff & Müller (C-60/03, Slg. 2004, I-9553, Randnrn. 28 bis 30).

hingegenommen werden, bin ich der Ansicht, dass die Vorlagefragen auch im Hinblick auf Art. 49 EG zu prüfen sind.

154. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass diese Beurteilung — und sei es auch nur wegen der bereits oben angesprochenen Verpflichtung des vorlegenden Gerichts, das innerstaatliche Recht so weit wie möglich gemeinschaftsrechtskonform auszulegen — nicht durch das von den Beklagten des Ausgangsverfahrens vorgetragene Argument in Frage gestellt wird, dass Laval sich ihnen gegenüber nicht unmittelbar auf Art. 49 EG berufen könne.

155. Außerdem bin ich aber, wie auch eingehend Laval, die estnische Regierung und die EFTA-Überwachungsbehörde vortragen, der Meinung, dass Art. 49 EG unmittelbar im Ausgangsverfahren angewandt werden kann.

156. Hierbei ist zu betonen, dass der Gerichtshof mehrfach anerkannt hat, dass das in Art. 49 EG aufgestellte Diskriminierungsverbot nicht nur für Behörden gilt, sondern auch für Regelwerke nichtöffentlicher Art, die zur kollektiven Regelung unselbständiger Arbeit und der Erbringung von Dienstleistungen dienen. Die Beseitigung der Hindernisse für den freien Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten wäre nämlich gefährdet, wenn die Abschaffung der Schran-

ken staatlichen Ursprungs durch Hindernisse neutralisiert werden könnte, die nicht dem öffentlichen Recht unterliegende Vereinigungen und Einrichtungen im Rahmen ihrer rechtlichen Autonomie setzen⁷⁰.

157. Der Gerichtshof rechtfertigt diesen Standpunkt auch damit, dass die Arbeitsbedingungen je nach Mitgliedstaat einer Regelung durch Gesetze und Verordnungen *oder durch Verträge und sonstige Rechtsgeschäfte, die von Privatpersonen geschlossen oder vorgenommen werden*, unterliegen. Bei einer Beschränkung des Diskriminierungsverbots auf staatliche Maßnahmen bestünde also die Gefahr, dass dieses Verbot nicht einheitlich angewandt würde⁷¹.

158. Ich räume ein, dass sich die vorliegende Rechtssache von den Konstellationen der Urteile unterscheidet, in denen der Gerichtshof bisher die Anwendbarkeit von Art. 49 EG auf Tätigkeiten von Privatpersonen bejaht hat. In diesen Rechtssachen ging es nämlich um die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Verordnungen oder anderer Regeln, die die fraglichen Einrichtungen aufgestellt hatten. Demgegenüber geht es in der vorliegenden Rechtssache um die Ausübung des

70 — Vgl. Urteile vom 12. Dezember 1974, Walrave und Koch (36/74, Slg. 1974, 1405, Randnrn. 17, 18, 23 und 24), vom 14. Juli 1976, Donà (13/76, Slg. 1976, 1333, Randnrn. 17 und 18), vom 11. April 2000, Deliège (C-51/96 und C-191/97, Slg. 2000, I-2549, Randnr. 47), vom 13. April 2000, Lehtonen und Castors Braine (C-176/96, Slg. 2000, I-2681, Randnr. 35), vom 19. Februar 2002, Wouters u. a. (C-309/99, Slg. 2002, I-1577, Randnr. 120), und vom 18. Juli 2006, Meca-Medina und Majcen/Kommission (C-519/04 P, Slg. 2006, I-6991, Randnr. 24).

71 — Vgl. Urteil Walrave und Koch, Randnr. 19 (Hervorhebung nur hier).

Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen seitens gewerkschaftlicher Organisationen gegenüber einem ausländischen Dienstleistenden mit dem Ziel, diesen zu zwingen, einen schwedischen Tarifvertrag abzuschließen.

159. Dieser Unterschied ist jedoch meiner Meinung nach nur insoweit bedeutsam, als es um die Feststellung geht, ob die fraglichen kollektiven Maßnahmen den freien Dienstleistungsverkehr behindern. Er spielt keine Rolle, soweit es um die Frage geht, ob gewerkschaftliche Organisationen grundsätzlich verpflichtet sind, die in Art. 49 EG aufgestellten Verbote zu beachten. Es ist außerdem daran zu erinnern, dass der Gerichtshof hinsichtlich der Festsetzung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen in den Mitgliedstaaten grundsätzlich davon ausgeht, dass das Diskriminierungsverbot des Art. 49 EG für Privatpersonen bei der Erarbeitung von (Tarif-)Verträgen und dem Abschluss und der *Vornahme sonstiger Rechtsgeschäfte* gilt⁷².

160. Wie ich bereits feststellen konnte, gewährt das schwedische Modell der kollektiv-arbeitsrechtlichen Beziehungen den Sozialpartnern eine große Selbständigkeit, deren Leitgedanken die Grundsätze der Eigenverantwortung und Selbstregulierung der ge-

nannten Partner sind⁷³. Die gewerkschaftlichen Organisationen verfügen insbesondere über weite Befugnisse, die es ihnen ermöglichen, in Schweden abgeschlossene Tarifverträge auf Arbeitgeber auszudehnen, die keiner Arbeitgeberorganisation dieses Mitgliedstaats angeschlossen sind, die diesen Tarifvertrag unterzeichnet hat; dazu gehört gegebenenfalls der Rückgriff auf kollektive Maßnahmen. Diese Befugnisse und ihre Ausübung haben somit eine kollektive Wirkung auf den schwedischen Arbeitsmarkt. Die Durchführung einer kollektiven Maßnahme stellt letztlich für die gewerkschaftlichen Organisationen eine Form der Betätigung ihrer rechtlichen Selbständigkeit dar mit dem Ziel, im Sinne der genannten Rechtsprechung die Erbringung von Dienstleistungen zu regeln.

161. Art. 49 EG kann daher meiner Meinung nach im Ausgangsverfahren unmittelbar angewandt werden.

162. Aus diesen allgemeinen Bemerkungen ergibt sich, dass das vorlegende Gericht mit seinen beiden Vorlagefragen, die meines Erachtens gemeinsam abgehandelt werden können, im Wesentlichen wissen möchte, ob dann, wenn ein Mitgliedstaat nicht über ein System der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen verfügt, die Richtlinie 96/71 und Art. 49 EG dahin auszulegen sind, dass es ihnen zuwiderläuft, dass gewerk-

73 — Vgl. u. a. Fahlbeck, R., „Labour and Employment Law in Sweden“, *Acta Societatis Juridicae Lundensis* n° 125, Juristförlaget i Lund, Lund, 1997, S. 27; Rönmmar, M., „Mechanisms for establishing and changing terms and conditions of employment in Sweden“, in *JLLPT Comparative Labour Law Seminar*, JLLPT Report, Nr. 1, 2004, S. 96; Bruun, N., und Malmberg, J., „Ten Years within the EU — Labour Law in Sweden and Finland following EU accession“, in Wahl, N., und Cramér, P., *Swedish Studies in European Law*, Hart, Oxford, 2006, S. 79 bis 81, und Dolvik, J. E., und Eldring, L., *The Nordic Labour Market two years after the EU enlargement*, TemaNord 2006:558, Norden, Kopenhagen, 2006, S. 24.

schaftliche Organisationen eines Mitgliedstaats in Einklang mit dessen innerstaatlichem Recht kollektive Maßnahmen einleiten, durch die ein Dienstleistender aus einem anderen Mitgliedstaat dazu gezwungen werden soll, über eine Beitrittsvereinbarung einen Tarifvertrag abzuschließen, der von ihm vorübergehend in das Gebiet des erstgenannten Mitgliedstaats entsandten Arbeitnehmern zugute kommt, und zwar auch dann, wenn dieser Dienstleistende bereits im Mitgliedstaat seiner Niederlassung tarifvertraglich gebunden ist.

163. Wie bereits zuvor klargestellt, ist für diese Frage zunächst zu prüfen, ob das Einleiten derartiger kollektiver Maßnahmen auf einer korrekten Umsetzung der Richtlinie 96/71 in innerstaatliches schwedisches Recht beruht. Ist dies der Fall, ist die Frage sodann im Hinblick auf Art. 49 EG zu prüfen.

2. Zur Auslegung der Richtlinie 96/71 und zu ihrer Umsetzung in schwedisches Recht

164. Wie ich bereits bemerkt habe, steht fest, dass der schwedische Gesetzgeber es bei der Umsetzung der Richtlinie 96/71 in innerstaatliches Recht gemäß schwedischem Brauch auf dem Gebiet der kollektivarbeitsrechtlichen Beziehungen und angesichts des Fehlens von Allgemeinverbindlicherklärungen

der Tarifverträge den Sozialpartnern überlassen hat, die wesentlichen Züge der tarifvertraglich bestimmten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen in Schweden festzulegen, darunter diejenigen, die sich auf das Entgelt beziehen.

165. Die schwedische Regierung ist der Meinung, die Richtlinie 96/71 verpflichte die Mitgliedstaaten nicht zur Einführung von Mindestlohnsätzen in ihre Rechtsordnungen. Die Richtlinie erlaube es den Mitgliedstaaten, den vorübergehend in das Gebiet eines Mitgliedstaats entsandten Arbeitnehmern ein höheres Schutzniveau als das in der Richtlinie vorgesehene zu gewährleisten. Die im Rahmen einer grenzüberschreitenden Dienstleistung vorübergehend in das Gebiet eines Mitgliedstaats entsandten Arbeitnehmer müssten somit in diesem Mitgliedstaat in den Genuss der Entgeltbedingungen kommen, die die Tarifverträge vorsähen oder auf die diese verwiesen.

166. Gerade die Mechanismen und Verfahren, die den Sozialpartnern zur Verfügung stünden und gesetzlich garantiert seien, darunter insbesondere das Recht auf Durchführung kollektiver Maßnahmen, stellten sicher, dass die tarifvertraglich vorgesehenen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen beachtet würden. In diesem Sinne ermöglichten es diese Mechanismen und Verfahren, das in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 genannte Ziel zu erreichen, das überdies das Recht auf Durchführung kollektiver Maßnahmen unberührt lasse. Die schwedische Regierung fügt hinzu, es sei durchaus nicht notwendig, dass das Königreich Schweden

sich auf Art. 3 Abs. 8 Unterabs. 2 der genannten Richtlinie stütze, weil diese Bestimmung lediglich eine den Mitgliedstaaten, die nicht über ein System der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen verfügten, fakultativ eröffnete Variante vorsehe. Hiernach entspreche die vom Königreich Schweden zur Umsetzung der Richtlinie 96/71 in innerstaatliches Recht angewandte Methode dem Ziel dieser Richtlinie.

167. Die österreichische, die dänische, die finnische, die französische, die isländische und die norwegische Regierung treten im Wesentlichen für ein ähnliches Ergebnis ein.

168. Die deutsche und die spanische Regierung, Irland und die Kommission argumentieren zwar im Großen und Ganzen genauso, fügen aber im Wesentlichen hinzu, dass die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Tarifverträge entweder den Aspekten Rechnung tragen müssten, die in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 aufgeführt würden, oder von Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie gedeckt sein müssten.

169. Laval, die estnische, die lettische, die litauische, die polnische und die tschechische Regierung vertreten die Auffassung, das Königreich Schweden habe die Richtlinie

96/71 unzutreffend umgesetzt. Zunächst meinen diese Beteiligten unter Bezugnahme auf eine Mitteilung der Kommission vom 25. Juli 2003⁷⁴, dass das Königreich Schweden, indem es sich nicht auf Art. 3 Abs. 8 Unterabs. 2 der Richtlinie gestützt habe, darauf verzichtet habe, die tarifvertraglich festgelegten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen auf Arbeitnehmer anzuwenden, die vorübergehend von einem ausländischen Dienstleistenden in sein Hoheitsgebiet entsandt würden. Sodann stelle die schwedische Methode die Gleichbehandlung zwischen Dienstleistenden und nationalen Unternehmen nicht sicher und erweise sich als eine Quelle der Rechtsunsicherheit, da insbesondere die Erstgenannten nicht über sämtliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, insbesondere nicht über die entgeltbezogenen, die für sie im Rahmen einer vorübergehenden Entsendung von Arbeitnehmern in diesen Mitgliedstaat anwendbar seien, in Kenntnis gesetzt würden. Schließlich gestatteten es die schwedischen Rechtsvorschriften, dass ausländische Dienstleistende tarifvertraglich festgesetzten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen unterworfen würden, die weder der Aufzählung in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 noch den in Art. 3 Abs. 10 der genannten Richtlinie vorgesehenen Grenzen entsprächen.

170. Ich tendiere zu dem Ansatz, den die deutsche und die spanische Regierung, Irland und die Kommission vorschlagen.

74 — Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen — Die Durchführung der Richtlinie 96/71/EG in den Mitgliedstaaten (KOM [2003] 458 endg.).

171. Wie bereits dargelegt, verfolgt Art. 3 der Richtlinie 96/71 das doppelte Ziel eines Mindestschutzes der entsandten Arbeitnehmer und der Gleichbehandlung von Dienstleistenden und nationalen Unternehmen, deren Lage vergleichbar ist. Beide Erfordernisse müssen gleichzeitig verfolgt werden.

172. In Bezug auf das erste Ziel verlangt Art. 3 der Richtlinie 96/71 von den Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass den vorübergehend in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern bezüglich der in Abs. 1 aufgeführten Aspekte die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, darunter der Mindestlohnsatz, garantiert werden, wobei ihnen allerdings gleichzeitig gestattet wird, zum einen nach Abs. 7 für die Arbeitnehmer günstigere Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen anzuwenden und zum anderen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für andere als die in Abs. 1 genannten Aspekte vorzuschreiben, soweit es sich um Vorschriften der öffentlichen Ordnung handelt.

173. Damit sichergestellt ist, dass Dienstleistende, die Arbeitnehmer vorübergehend entsenden, und nationale Unternehmen gleichbehandelt werden, sieht Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 vor, dass die den entsendeten Arbeitnehmern gewährten Garantien diejenigen sind, die durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften und/oder — *in der Baubranche* — durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder

Schiedssprüche im Sinne von Art. 3 Abs. 8 festgelegt sind, was bedeutet, dass sie „*von allen* in den jeweiligen geografischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden *Unternehmen* einzuhalten sind“⁷⁵.

174. Aus Art. 3 Abs. 8 Unterabs. 2 und 3 der Richtlinie 96/71 geht hervor, dass dann, wenn es kein System der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen gibt, der Mitgliedstaat, in dessen Gebiet die Arbeitnehmer entsandt werden, *auch beschließen kann*, die Tarifverträge *zugrunde zu legen*, die für alle gleichartigen Unternehmen allgemein wirksam sind oder die von den repräsentativsten Organisationen der Tarifvertragsparteien geschlossen werden und innerhalb des gesamten Hoheitsgebiets zur Anwendung kommen, sofern der Mitgliedstaat *eine Gleichbehandlung* des Dienstleistenden, der die genannten Arbeitnehmer in das Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats entsendet, und nationaler Unternehmen in vergleichbarer Lage *sicherstellt*, d. h. insbesondere, dass für diese Unternehmen die gleichen Verpflichtungen mit den gleichen Wirkungen gelten.

175. Aus dieser Vorschrift lässt sich ableiten, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber es vermeiden wollte, dass Tarifverträge, die rechtlich für die Baubranche des Aufnahmemit-

75 — Hervorhebung nur hier.

gliedstaats nicht verbindlich sind, ausländischen Dienstleistenden aufgezwungen werden, während eine große Mehrheit der nationalen Arbeitgeber hiervon praktisch nicht betroffen ist.

176. Im Übrigen lege ich Wert auf den Hinweis, dass nach Art. 5 der Richtlinie 96/71 die Mitgliedstaaten insbesondere sicherzustellen haben, dass den Arbeitnehmern und/oder ihren Vertretern für die Durchsetzung der sich aus dieser Richtlinie ergebenden Verpflichtungen geeignete Verfahren zur Verfügung stehen.

177. Diese Vorschrift ist meines Erachtens sowohl im Zusammenhang mit den Ausführungen am Ende des 12. Erwägungsgrunds der Richtlinie 96/71 zu lesen, der insoweit der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 49 EG⁷⁶ folgt und vorsieht, dass „[d]as Gemeinschaftsrecht ... es den Mitgliedstaaten nicht [verbieht], die Einhaltung dieser Bestimmungen [zum Schutz der Arbeitnehmer] mit angemessenen Mitteln sicherzustellen“, als auch im Licht des 22. Erwägungsgrunds der Richtlinie, in dem es bekanntlich heißt, dass die Richtlinie 96/71 „nicht das Recht der Mitgliedstaaten über kollektive Maßnahmen zur Verteidigung beruflicher Interessen [berührt]“.

178. Eine Gesamtbetrachtung dieser Bestimmungen führt mich zu den folgenden Erwägungen.

179. Zunächst glaube ich nicht, dass das Königreich Schweden in Ermangelung eines Systems der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen verpflichtet wäre, von der in Art. 3 Abs. 8 Unterabs. 2 der Richtlinie 96/71 vorgesehenen Variante Gebrauch zu machen. Denn hierbei handelt es sich, wie der Wortlaut dieser Bestimmungen zeigt, lediglich um eine den Mitgliedstaaten, die kein System der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen kennen, fakultativ eröffnete Variante.

180. Die Tatsache, dass das Königreich Schweden es den Sozialpartnern überlässt, die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, darunter insbesondere die Bestimmungen über das Entgelt, durch Tarifverträge festzulegen, stellt als solche keine derart unzureichende Umsetzung der Richtlinie 96/71 dar, dass dieser Staat darauf verzichtet hätte, die genannten Bedingungen gegenüber ausländischen Dienstleistenden anzuwenden.

181. Allgemein ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof anerkannt hat, dass es den Mitgliedstaaten freisteht, es den Sozialpartnern zu überlassen, die mit den Gemeinschaftsrichtlinien verfolgten Ziele auf dem Weg über Tarifverträge zu verwirklichen⁷⁷.

76 — Vgl. u. a. Urteile *Rush Portuguesa*, Randnr. 18, und *Vander Elst*, Randnr. 23.

77 — Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 30. Januar 1985, *Kommission/Dänemark* (143/83, Slg. 1985, 427, Randnrn. 8 und 9), vom 10. Juli 1986, *Kommission/Italien* (235/84, Slg. 1986, 2291, Randnr. 20), und vom 8. Juli 1999, *Fernández de Bobadilla* (C-234/97, Slg. 1999, I-4773, Randnr. 19).

182. Zwar ist auch entschieden worden, dass in derartigen Konstellationen der Mitgliedstaat stets gehalten bleibt, seine Verpflichtung, die vollständige Umsetzung der Richtlinien sicherzustellen, dadurch zu erfüllen, dass er gegebenenfalls alle geeigneten Maßnahmen erlässt⁷⁸.

183. In der vorliegenden Rechtssache bin ich erstens nicht der Meinung, dass das Königreich Schweden gegen seine Verpflichtung verstoßen hat, sicherzustellen, dass den in sein Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen hinsichtlich der Aspekte zugute kommen, die in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 aufgeführt sind.

184. Wenn das Königreich Schweden durch nationale Rechtsvorschriften unmittelbar dafür sorgt, dass die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen eingehalten werden, die sich auf die in Art. 3 Abs. 1 Buchst. a und b sowie d bis g der Richtlinie 96/71 aufgeführten Aspekte beziehen, so stellt es dadurch, dass es den gewerkschaftlichen Organisationen das Recht auf Durchführung kollektiver Maßnahmen zuerkennt, sicher, dass diese Organisationen letztlich die tarifvertraglich vorgesehenen oder geregelten Lohnbedingungen durchsetzen können, wenn sie der ausländische Dienstleistende nicht freiwillig akzeptiert.

185. Wie das vorlegende Gericht feststellt, ergibt sich zwar eine derartige Ermächtigung nicht ausdrücklich aus dem schwedischen Arbeitnehmerentsendegesetz; sie folgt jedoch implizit, aber zwingend aus dem MBL, wonach kollektive Maßnahmen mit dem Ziel, einen ausländischen Arbeitgeber zum Abschluss eines schwedischen Tarifvertrags zu zwingen, eingeleitet werden können, wenn dieser Dienstleistende in seinem Herkunftsstaat tarifvertraglich gebunden ist. Erst recht gelten diese Rechtsvorschriften für jeden Dienstleistenden eines Mitgliedstaats, der in seinem Herkunftsstaat tarifvertraglich nicht gebunden ist. Sie stellen somit letztlich sicher, dass die gewerkschaftlichen Organisationen die Möglichkeit haben, über kollektive Maßnahmen gegenüber jedem ausländischen Dienstleistenden die in den schwedischen Tarifverträgen vorgesehenen oder geregelten Lohnbedingungen durchzusetzen, wenn sie dieser Unternehmer nicht freiwillig akzeptiert, und zwar mit dem Ziel, den vorübergehend nach Schweden entsandten Arbeitnehmern die Lohnbedingungen zukommen zu lassen, die im fraglichen Wirtschaftsbereich für die schwedischen Arbeitnehmer gelten.

186. Hinzufügen möchte ich, dass § 9 des schwedischen Arbeitnehmerentsendegesetzes, indem er vorsieht, dass das Verbindungsbüro die ausländischen Dienstleistenden über die Anwendbarkeit von Tarifverträgen in diesem Bereich informiert und sie für nähere Informationen an die Tarifvertragsparteien verweist, konsequenterweise auch bedeutet, dass das Königreich Schweden nicht darauf verzichten wollte, dass den vorübergehend in sein Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern die Lohnbedingun-

78 — Urteil Fernández de Bobadilla, Randnr. 19 und die angeführte Rechtsprechung).

gen gewährt werden, die aufgrund der in diesem Mitgliedstaat abgeschlossenen Tarifverträge gelten.

187. Somit steht für mich außer Zweifel, dass das Recht auf Durchführung kollektiver Maßnahmen, das das schwedische Recht den Gewerkschaften zuerkennt und das ihnen erlaubt, die in den schwedischen Tarifverträgen vorgesehenen oder geregelten Lohnbedingungen durchzusetzen, geeignet ist, das in Art. 3 der Richtlinie 96/71 genannte Ziel des Schutzes der entsandten Arbeitnehmer zu erreichen.

188. Zu untersuchen bleibt zweitens die Problematik bei der Umsetzung des zweiten von Art. 3 der Richtlinie 96/71 verfolgten Ziels, nämlich sicherzustellen, dass ausländische Dienstleistende und nationale Unternehmen gleichbehandelt werden.

189. Diese Prüfung kann auf die Baubranche beschränkt werden. Zum einen erstreckt sich nämlich die den Aufnahmemitgliedstaaten nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 obliegende Verpflichtung, die in ihrem Hoheitsgebiet tarifvertraglich vorgesehenen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen hinsichtlich der in dieser Bestimmung aufgeführten Aspekte zu gewährleisten, nur auf diesen Tätigkeitsbereich, und zum anderen steht fest, dass im Ausgangsverfahren Laval

lettische Arbeitnehmer in dieser Branche nach Schweden entsandt hat.

190. Zunächst ist daran zu erinnern, dass der schwedische Gesetzgeber, wie das vorliegende Gericht unterstreicht, gerade mit dem Ziel, die Gleichbehandlung mit den nationalen Unternehmen sicherzustellen, der Auffassung war, dass er von einem ausländischen Dienstleistenden nicht verlangen könne, sich automatisch, etwa im Wege einer Allgemeinverbindlicherklärung oder nach der in Art. 3 Abs. 8 Unterabs. 2 der Richtlinie 96/71 vorgesehenen Variante, den in den Tarifverträgen vorgesehenen oder geregelten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu beugen, da für die nationalen Arbeitgeber kein derartiger Automatismus gilt.

191. Sodann soll es nach den Antworten der schwedischen Regierung auf die schriftlichen Fragen des Gerichtshofs zum einen in Schweden etwa 9 800 Unternehmen mit mehr als drei Arbeitnehmern geben, während etwa 11 200 Unternehmen, einschließlich der Unternehmen, die weniger als drei Arbeitnehmer beschäftigen, in der Baubranche tarifvertraglich gebunden sein sollen. Zum anderen hat die schwedische Regierung auch bestätigt, dass die schwedischen Arbeitgeber, die nicht Mitglied einer Arbeitgeberorganisation sind, über kollektive Maßnahmen der Arbeitnehmerorganisationen gezwungen werden können, über eine Beitrittsvereinbarung einen dieser Tarifverträge zu akzeptieren. Außerdem ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen des schwedischen kollektiven Arbeitsrechts, dass die Arbeitgeber, die einen Tarifvertrag oder eine Beitrittsvereinbarung in Schweden unterzeichnet haben, allen ihren Arbeitnehmern die gleichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gewähren müssen, ungeachtet

dessen, ob diese Arbeitnehmer Mitglieder der gewerkschaftlichen Organisation sind, die den Tarifvertrag unterzeichnet hat; jeder Individualarbeitsvertrag, der gegen diesen Tarifvertrag verstößt, ist ferner nach § 27 MBL nichtig. Insbesondere die letztgenannten Merkmale veranlassen manche schwedische Autoren dazu, die Auffassung zu vertreten, dass Tarifverträge in Schweden faktisch gegenüber jedermann wirken⁷⁹. Darüber hinaus besteht, wie die schwedische Regierung im Wesentlichen ausgeführt hat, für ein Arbeitnehmer beschäftigendes schwedisches Unternehmen oder ein ausländisches Unternehmen, das beabsichtigt, vorübergehend Arbeitnehmer in der Baubranche nach Schweden zu entsenden, die einzige Möglichkeit, um zu verhindern, dass ihnen gegenüber kollektive Maßnahmen ergriffen werden, darin, sich entweder unmittelbar oder über eine Beitrittsvereinbarung bereitzufinden, den Tarifvertrag abzuschließen, den die gewerkschaftlichen Organisationen angewandt wissen wollen.

192. Schließlich ergibt sich aus den Akten, dass Byggnadsarbetareförbundet eine der repräsentativsten gewerkschaftlichen Organisationen ist, weil er mehr als 87 % der Arbeitnehmer der Baubranche in Schweden vertritt, und dass Laval mehrere Dutzend lettische Arbeitnehmer in diesem Mitgliedstaat, u. a. auf die Baustelle in Vaxholm, entsandt hat.

193. Unter Berücksichtigung aller dieser Merkmale, insbesondere der weiten Verbreitung der Tarifverträge in der schwedischen Baubranche und der Möglichkeit, wie sie sich aus dem vom MBL vorgesehenen System ergibt, nationale Arbeitgeber, die nicht Mitglied einer Arbeitgeberorganisation sind, über das den gewerkschaftlichen Organisationen gewährte Recht auf kollektive Maßnahmen zu zwingen, einen dieser Tarifverträge abzuschließen, scheint das schwedische System, indem es einen ausländischen Dienstleistenden diesem Regelwerk unterwirft, die in Art. 3 der Richtlinie 96/71 angesprochene Gleichbehandlung dieses Dienstleistenden und nationaler Unternehmen sicherzustellen, die ihre Tätigkeiten in der schwedischen Baubranche ausüben und sich in einer vergleichbaren Lage befinden.

194. Diese Beurteilung wird meiner Ansicht nach weder durch den Umstand in Frage gestellt, dass das schwedische System es zulässt, dass ein Lohnsatz Anwendung findet, der eigentlich kein Mindestlohnsatz im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 96/71 ist, noch dadurch, dass das MBL gegebenenfalls gestattet, dass ein derartiges Entgelt einem ausländischen Dienstleistenden aufgezwungen wird, der bereits in seinem Ansässigkeitsstaat tarifvertraglich gebunden ist.

195. Denn diese beiden Punkte fallen, wie ich im Folgenden erörtern werde, in den Anwendungsbereich von Art. 49 EG.

79 — Vgl. so die Beiträge von Rönmar, M., S. 98, und von Malberg, J., *The Collective Agreement as an Instrument for Regulation of Wages and Employment Conditions*, *Scandinavian Studies in Law*, Band 43, 2002, Stockholm, S. 208.

196. Im Hinblick auf die erste Frage ist zunächst zu betonen, dass nach Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 96/71 der Begriff des Mindestlohnsatzes durch die Rechtsvorschriften *und/oder Praktiken* des Mitgliedstaats bestimmt wird, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird. Nach diesem Artikel sind die Mitgliedstaaten, in denen es keine nationalen Rechtsvorschriften über einen Mindestlohn gibt, zum einen nach der Richtlinie 96/71 nicht verpflichtet, eine solche Bestimmung in ihr nationales Recht aufzunehmen⁸⁰, und können es zum anderen den Sozialpartnern auf der Ebene der Tarifverträge überlassen, festzustellen, was unter einem „Mindestlohnsatz“ zu verstehen ist, oder sogar diesen Satz für den betreffenden Tätigkeitsbereich festzulegen.

197. Sodann ist daran zu erinnern, dass gemäß Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie 96/71 deren Art. 3 Abs. 1 der Anwendung von für die Arbeitnehmer günstigeren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht entgegensteht.

198. Dieser weite Spielraum bedeutet, dass es der Richtlinie 96/71 nicht zuwiderläuft, dass ein nach einem im Aufnahmemitgliedstaat geschlossenen Tarifvertrag bestimmter Mindestlohnsatz, der *de facto* für die nationalen Unternehmen des betreffenden Tätigkeitsbereichs gilt, infolge der Einleitung kollektiver Maßnahmen auch auf Dienst-

leistende eines anderen Mitgliedstaats Anwendung findet, die im Rahmen einer vorübergehenden Entsendung von Arbeitnehmern in das Hoheitsgebiet des erstgenannten Mitgliedstaats in demselben Tätigkeitsbereich agieren und sich in einer vergleichbaren Lage befinden.

199. Allerdings muss, wie ich bereits in Nr. 151 der vorliegenden Schlussanträge ausgeführt habe, eine solche Befugnis unter Beachtung von Art. 49 EG wahrgenommen werden.

200. In Bezug auf die zweite Frage ist es, wie die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen zutreffend geltend gemacht hat, für die Anwendung dieser Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nicht unmittelbar erheblich, ob der auf dem betreffenden Gebiet tätige Dienstleistende eines anderen Mitgliedstaats durch einen ausländischen Tarifvertrag gebunden ist, da der Aufnahmestaat dafür zu sorgen hat, dass den vorübergehend in der Baubranche entsandten Arbeitnehmern die tarifvertraglich vorgesehenen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen bezüglich der in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 aufgeführten Aspekte unabhängig von dem auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht zugute kommen.

201. So hat dieser Dienstleistende ebenso wie die nationalen Unternehmen, die sich in

⁸⁰ — Vgl. hierzu Urteil vom 14. April 2005, Kommission/Deutschland, Randnr. 26, in dem der Gerichtshof festgestellt hat, dass der Erlass von Rechtsvorschriften über den Mindestlohnsatz im nationalen Hoheitsgebiet fakultativ ist. Vgl. außerdem die Erklärung Nr. 5 des Rates und der Kommission zum Protokoll des Rates anlässlich des Erlasses der Richtlinie 96/71 (Dokument 10048/96 add. 1, 20. September 1996).

einer vergleichbaren Lage befinden und in derselben Branche tätig sind, wenn er seine Tätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat fortsetzen möchte, den vorübergehend in das Gebiet des Aufnahmemitgliedstaats entsandten Arbeitnehmern die in dem genannten Mitgliedstaat festgelegten *zwingenden* Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen bezüglich der in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 aufgeführten Aspekte zu garantieren, also einschließlich derjenigen, die durch *de facto* auf nationale Unternehmen des genannten Tätigkeitsbereichs anwendbare Tarifverträge festgesetzt werden, die aber dem Arbeitgeber, wenn er nicht freiwillig beitrifft, unabhängig von seiner Staatsangehörigkeit durch Einleitung kollektiver Maßnahmen seitens der gewerkschaftlichen Organisationen aufgezungen werden.

202. Ich bin daher der Ansicht, dass es der Richtlinie 96/71 nicht zuwiderläuft, wenn der Lohnsatz, der gemäß einem Tarifvertrag festgelegt wird, der *de facto* auf nationale Unternehmen anwendbar ist, die in der Baubranche in Schweden tätig sind, insbesondere durch die Betätigung des den gewerkschaftlichen Organisationen gewährleisteten Rechts auf Einleitung kollektiver Maßnahmen auf einen ausländischen Dienstleistenden erstreckt wird, der Arbeitnehmer in dieser Branche vorübergehend nach Schweden entsendet und der sich in einer vergleichbaren Lage befindet, und zwar auch dann, wenn dieser Dienstleistende bereits im Mitgliedstaat seiner Niederlassung tarifvertraglich gebunden ist.

203. Eine derartige Sachlage muss jedoch im Hinblick auf Art. 49 EG geprüft werden.

204. Schließlich bleibt unter dem Blickwinkel der Richtlinie 96/71 die Problematik zu prüfen, die sich daraus ergibt, dass das schwedische System es zulässt, dass auf einen ausländischen Dienstleistenden sämtliche Bestimmungen eines Tarifvertrags erstreckt werden, der *de facto* auf nationale Unternehmen der gleichen Branche, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden, anwendbar ist.

205. Es ist nämlich zu betonen, dass es nach dem schwedischen System möglich ist, einen ausländischen Dienstleistenden über kollektive Maßnahmen zu zwingen, sämtliche Bestimmungen eines Tarifvertrags, der *de facto* auf nationale Unternehmen der Baubranche in einer vergleichbaren Situation anwendbar ist, zu akzeptieren, ohne dass garantiert ist, dass diese entweder zu den in Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 96/71 aufgezählten Aspekten gehören oder dass es sich, wenn andere als die in diesem Artikel aufgeführten Aspekte betroffen sind, um „Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung“ im Sinne von Art. 3 Abs. 10 der genannten Richtlinie handelt.

206. Das schwedische System scheint letztlich, indem es ausländische Dienstleistende und die genannten nationalen Unternehmen streng gleichbehandelt, die Wesenszüge des freien Dienstleistungsverkehrs zu ignorieren,

indem es die vorübergehende Entsendung von Arbeitnehmern durch einen Dienstleistenden eines Mitgliedstaats nach Schweden einer dauerhaft von in Schweden ansässigen Unternehmen ausgeübten Tätigkeit vollständig gleichstellt⁸¹.

Arbeitnehmer günstigere Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zur Anwendung kommen können, soweit diese zu den Sachgebieten gehören, die in Art. 3 Abs. 1 genannt werden. Wie bereits erwähnt, müssen diese Bedingungen jedoch Art. 49 EG beachten.

207. Allerdings bleibt auch in dieser Situation das Verhältnis zwischen den Bestimmungen der Richtlinie 96/71 und des Art. 49 EG zu klären.

210. Hinsichtlich der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für andere als die in Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 96/71 aufgeführten Aspekte ergeben sich zwei Konstellationen.

208. Dabei ist meines Erachtens danach zu unterscheiden, ob der Dienstleistende konkret gezwungen wird, Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu akzeptieren, die zu den in Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 96/71 aufgeführten Sachgebieten gehören, oder ob er veranlasst wird, Bedingungen zu akzeptieren, die unter andere als die in dieser Vorschrift aufgeführten Aspekte fallen.

211. Bei der ersten geht es um Bedingungen, die sich nicht im eigentlichen Sinne auf Arbeit und Beschäftigung beziehen, sondern denen die wirtschaftliche Betätigung des Dienstleistenden unterworfen ist, einschließlich gegebenenfalls unter dem Blickwinkel des Schutzes der entsandten Arbeitnehmer. Meiner Ansicht nach fallen derartige Bedingungen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 96/71 und sind somit nach Art. 49 EG zu prüfen.

209. Im ersten Fall lässt es die Richtlinie 96/71, wie ich bereits festgestellt habe, gemäß ihrem Art. 3 Abs. 7 zu, dass im Aufnahmemitgliedstaat für die entsandten

212. Bei der zweiten Konstellation geht es um *Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen*, die nicht in die Sachgebiete fallen, die in Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 96/71 aufgeführt sind. Nach der Richtlinie müssen solche Bedingungen, wenn sie im Aufnahmemitgliedstaat in gleicher Weise von ausländischen Dienstleistenden und nationalen Unternehmen, die sich in vergleichbarer Lage befinden, eingefordert werden, unter Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung fallen. Zwar enthebt der Umstand, dass nationale Regeln zur Kategorie der Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung oder derjenigen der zwingenden

81 — Vgl. hierzu u. a. Urteile vom 17. Dezember 1981, Webb (279/80, Slg. 1981, 3305, Randnr. 16), vom 10. Juli 1991, Kommission/Frankreich (C-294/89, Slg. 1991, I-3591, Randnr. 26), und vom 15. März 2001, Mazzoleni und ISA (C-165/98, Slg. 2001, I-2189, Randnr. 23).

Vorschriften gehören, sie nicht, wie aus Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie 96/71 und der Rechtsprechung zu Art. 49 EG hervorgeht, der Beachtung der Bestimmungen des Vertrags⁸². Jedoch ist evident, dass derartige tarifvertraglich vereinbarte Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die einem ausländischen Dienstleistenden aufgezwungen würden und sich nicht unter Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung des Aufnahmemitgliedstaats einordnen ließen, schon an sich gegen Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie 96/71 verstießen.

213. Im Ausgangsverfahren ist es meiner Ansicht nach Sache des vorlegenden Gerichts, das MBL so weit wie möglich im Licht der oben genannten und in Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie 96/71 angegebenen Erfordernisse auszulegen.

214. So wird das vorlegende Gericht sich vergewissern müssen, dass das innerstaatliche Recht die Erstreckung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die nicht unter die in Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 96/71 aufgeführten Aspekte fallen und womöglich durch einen Tarifvertrag wie den Bautarifvertrag vorgeschrieben wurden —

hinsichtlich dessen die Beklagten des Ausgangsverfahrens im Rahmen der von ihnen betriebenen kollektiven Maßnahmen den Beitritt von Laval verlangten, bevor in einem ersten Schritt gemäß den Kriterien dieses Tarifvertrags über den Mindestlohnsatz verhandelt oder in Ermangelung einer Einigung in einem zweiten Zugriff der Satz gemäß der Auffangklausel dieses Tarifvertrags akzeptiert werden konnte⁸³ —, nur zulässt, wenn diese Bedingungen dem in Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie 96/71 aufgeführten Kriterium entsprechen. Sollte dies der Fall sein, hätte das nationale Gericht weiter zu prüfen, ob derartige Bedingungen den Anforderungen von Art. 49 EG genügen.

215. In Bezug auf die weiteren Klauseln im Bautarifvertrag ist hinzuzufügen, dass das vorlegende Gericht auf verschiedene Beitragszahlungen verwiesen hat, die Laval hätte leisten müssen, wenn dieses Unternehmen nicht infolge der von den Beklagten des Ausgangsverfahrens mit dem Ziel, es zum Abschluss einer Beitrittsvereinbarung hinsichtlich des genannten Tarifvertrags zu bewegen, durchgeführten kollektiven Maßnahmen davon abgesehen hätte, lettische Arbeitnehmer auf die Baustelle in der Gemeinde Vaxholm zu entsenden.

216. Wie aus den Erklärungen der Parteien des Ausgangsverfahrens hervorgeht, betref-

82 — Vgl. hierzu Urteil Arblade u. a., Randnr. 31. In dieser Rechtssache hat der Gerichtshof den Begriff der Polizei- und Sicherheitsgesetze dahin definiert, dass es dabei um nationale Bestimmungen gehe, deren Einhaltung als so entscheidend für die Wahrung der politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation des betreffenden Mitgliedstaats angesehen wird, dass ihre Beachtung für alle Personen, die sich im nationalen Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats befinden, und für jedes dort lokalisierte Rechtsverhältnis vorgeschrieben ist (Randnr. 30).

83 — Zur Auffangklausel vgl. Nr. 26 der vorliegenden Schlussanträge.

fen diese Beitragszahlungen Versicherungsbeiträge, die der Arbeitgeber zu erbringen hat, „Tilläggsörena“ (Zulagepennige) genannte Abgaben, die der Arbeitgeber an verschiedene schwedische Einrichtungen abführt, sowie eine vom Arbeitgeber an Byggnadsarbetareförbundet abgeführte Gebühr, die die Tätigkeit der örtlichen Abteilungen dieser Gewerkschaft auf dem Gebiet der Lohnkontrolle abgelten soll.

217. Da sich die beiden erstgenannten Beiträge nicht in die Kategorie der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Sinne der Richtlinie 96/71 einordnen lassen und die dritte ihrem Wesen nach damit verbunden ist, dass der (günstigere) vom Baurarifvertrag vorgesehene Lohnsatz zur Anwendung kommt, ist das Erfordernis, dass ein ausländischer Dienstleistender gemäß einem Tarifvertrag derartige Beiträge zu leisten hat, zu dessen Abschluss er durch Einleitung kollektiver Maßnahmen gezwungen werden kann, meiner Ansicht nach ebenfalls im Licht von Art. 49 EG zu prüfen.

3. Zwischenergebnis

218. Die vorstehenden Ausführungen über die Auslegung der Richtlinie 96/71 und ihre Umsetzung im Königreich Schweden lassen sich meines Erachtens wie folgt als Zwischenergebnis zusammenfassen:

— Erstens läuft es der Richtlinie 96/71 nicht zuwider, dass der Lohnsatz, der in einem Tarifvertrag vorgesehen oder festgesetzt ist, der *de facto* auf nationale Unternehmen anwendbar ist, die in der Baubranche in Schweden tätig sind, insbesondere durch die Betätigung des den gewerkschaftlichen Organisationen gewährleisteten Rechts auf Einleitung kollektiver Maßnahmen auf einen ausländischen Dienstleistenden erstreckt wird, der Arbeitnehmer in dieser Branche vorübergehend nach Schweden entsendet und der sich in einer vergleichbaren Lage befindet, und zwar auch dann, wenn dieser Dienstleistende bereits im Mitgliedstaat seiner Niederlassung tarifvertraglich gebunden ist. Allerdings sind eine derartige Sachlage und die Bedingungen im Zusammenhang mit der Kontrolle der Anwendung eines solchen Lohnsatzes im Licht von Art. 49 EG zu prüfen.

— Zweitens verlangt die Richtlinie 96/71, wenn einem ausländischen Dienstleistenden in vergleichbarer Lage im Rahmen der Betätigung des den gewerkschaftlichen Organisationen in Schweden verbürgten Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen gemäß einem Tarifvertrag, der *de facto* auf nationale Unternehmen anwendbar ist, die in der Baubranche in diesem Mitgliedstaat tätig sind, Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für andere als die in Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 dieser Richtlinie aufgeführten Aspekte auferlegt werden sollen, dass diese Bedingungen unter Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 10 dieser Richt-

linie fallen. Das vorliegende Gericht hat das MBL so weit wie möglich im Licht des oben genannten Erfordernisses auszulegen. Bejahendenfalls ist auf jeden Fall zu prüfen, ob die in Art. 49 EG aufgestellten Anforderungen beachtet werden, wenn einem ausländischen Dienstleistenden derartige Bedingungen auferlegt werden.

- Drittens fallen die Bedingungen — soweit sie sich nicht auf Arbeit und Beschäftigung beziehen —, die in einem Tarifvertrag vorgesehen sind, der *de facto* auf nationale Unternehmen in der Baubranche in Schweden anwendbar ist und die zu akzeptieren ein ausländischer Dienstleistender, der vorübergehend Arbeitnehmer in dieser Branche entsendet und sich in einer vergleichbaren Lage befindet, infolge von von gewerkschaftlichen Organisationen eingeleiteten kollektiven Maßnahmen gezwungen wird, nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 96/71 und sind folglich im Licht von Art. 49 EG zu prüfen.

219. Nunmehr sind diese Punkte anhand von Art. 49 EG zu prüfen.

4. Zu Art. 49 EG

a) Allgemeine Bemerkungen

220. Nach der Rechtsprechung verlangt Art. 49 EG nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen — selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten —, sofern sie geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen⁸⁴.

221. Der Gerichtshof hat außerdem entschieden, dass die Anwendung nationaler Regelungen des Aufnahmemitgliedstaats auf Dienstleistungen geeignet ist, Dienstleistungen von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Personen oder Unternehmen zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, sofern sie zusätzliche administrative und wirtschaftliche Kosten und Belastungen verursacht⁸⁵.

84 — Vgl. u. a. Urteile Vander Elst, Randnr. 14, Arblade u. a., Randnr. 33, vom 24. Januar 2002, Portugaia Construções (C-164/99, Slg. 2002, I-787, Randnr. 16), und Wolff & Müller, Randnr. 31.

85 — Urteile Portugaia Construções, Randnr. 18, und Wolff & Müller, Randnr. 32.

222. Wie in Nr. 161 der vorliegenden Schlussanträge ausgeführt, bin ich der Auffassung, dass Art. 49 EG in der vorliegenden Rechtssache unmittelbar anwendbar ist.

223. Zwar ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung, wenn sie sich zur horizontalen Direktwirkung von Art. 49 EG geäußert hat, zunächst eher die Betonung auf die Anerkennung einer derartigen Wirkung zugunsten des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit gelegt zu haben scheint, das durch diesen Artikel konkretisiert wird⁸⁶.

224. Jedoch zeigt eine tiefer gehende Analyse dieser Rechtsprechung, dass die unmittelbare Anwendung von Art. 49 EG auf horizontaler Ebene sich nicht auf diskriminierende Handlungen von Privatpersonen beschränkt, die sich gegenüber Dienstleistenden der Mitgliedstaaten auf dem Arbeitsmarkt kollektiv auswirken.

225. So hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Deliège*⁸⁷ die von einem Sportverband aufgestellten Auswahlkriterien, die für die Teilnahme hochrangiger Athleten in eigener Sache an einem internationalen Wettkampf entscheidend waren, anhand von Art. 49 EG geprüft, obwohl diese Regeln keine Staatsangehörigkeitsklausel enthielten und keine

Voraussetzungen für den Zugang der Sportler zum Arbeitsmarkt aufstellten. Zwar hat der Gerichtshof verneint, dass die fragliche Regel eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellen könne, doch hat er diese Bewertung nicht allein damit begründet, dass die fragliche Regel keine Staatsangehörigkeitsklausel enthalte.

226. Ebenso hat der Gerichtshof im Urteil *Wouters* nicht ausgeschlossen, dass ein Verbot der Zusammenarbeit von Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern in einer gemischten Sozietät, wie es eine unabhängig von der Staatsangehörigkeit anwendbare Regelung der niederländischen Anwaltschaft vorsah — vorausgesetzt, dass es unter den freien Dienstleistungsverkehr zu subsumieren wäre —, eine Beschränkung dieser Freiheit darstellen könnte⁸⁸.

227. Außerdem hat der Gerichtshof im Zusammenhang mit einer Regelung im Bereich des Sports, die das Internationale Olympische Komitee und der Internationale Schwimmverband erlassen hatten, die Auffassung vertreten, dass, wenn die fragliche sportliche Betätigung anhand der Vertragsbestimmungen über die Freizügigkeit oder den freien Dienstleistungsverkehr zu subsumieren ist, dann auch zu prüfen ist, ob die Regeln, die auf die genannte Tätigkeit An-

86 — Vergleiche insoweit den nuancierten Ansatz im Urteil *Walrave und Koch*, Randnr. 34.

87 — Randnrn. 60 bis 69.

88 — Urteil *Wouters* u. a., Randnr. 122.

wendung finden, die Tatbestandsmerkmale der Art. 39 EG und 49 EG erfüllen, d. h. keine nach den genannten Artikeln verbotene *Beschränkungen* darstellen⁸⁹.

228. Da es sich um eine Grundfreiheit des Vertrags handelt, erschiene es mir überdies misslich, die horizontale Relevanz der aus ihr resultierenden Verpflichtung danach begrenzen zu wollen, ob die ihr entgegengestellten Hindernisse diskriminierend sind oder nicht. Würde man eine derartige Begrenzung zugrunde legen, zöge dies verwickelte Streitfragen nach sich, ob eine bestimmte Handlung oder Regelung Privater sich als eine mittelbare, auf der Staatsangehörigkeit beruhende Diskriminierung, als eine Beschränkung, als eine Behinderung oder als eine abschreckende Maßnahme in Bezug auf den freien Dienstleistungsverkehr darstellt. Wie bereits die Rechtsprechung veranschaulicht, würde es die Rechtssicherheit für die Wirtschaftsteilnehmer beeinträchtigen, wenn man eine derartige Begrenzung der horizontalen Relevanz von Art. 49 EG bejahen würde, da die Grenzziehung zwischen diesen unterschiedlichen Einstufungen in der Praxis alles andere als klar ist.

229. Nach diesen klarstellenden Bemerkungen ist nun für die drei in Nr. 218 dieser Schlussanträge aufgeführten Punkte zu prüfen, ob kollektive Maßnahmen, die gewerkschaftliche Organisationen gegenüber einem Dienstleistenden in einer Situation wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden durchführen, eine Beschränkung im Sinne von Art. 49 EG darstellen und ob, wenn dies

der Fall ist, diese Beschränkung durch zwingende Erfordernisse des Gemeinwohls gerechtfertigt werden kann.

b) Vorliegen einer Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs

230. Zunächst ist meines Erachtens unbestreitbar, dass die Einleitung der kollektiven Maßnahmen, obwohl es an einer vertraglichen Verbindung zwischen den Beklagten des Ausgangsverfahrens und Laval fehlte und die kollektiven Maßnahmen (Blockade und Solidaritätsmaßnahme) sich *unmittelbar* an die Mitglieder der im Ausgangsverfahren beklagten Organisationen richteten, die auf kein Einstellungs- oder Arbeitsangebot von Laval antworten durften, dazu führte, dass sich Laval gezwungen sah, darauf zu verzichten, den Auftrag für die Baustelle in Vaxholm durchzuführen und lettische Arbeitnehmer auf diese Baustelle zu entsenden.

231. Meiner Meinung nach gibt es also einen hinreichenden Kausalzusammenhang zwischen der Einleitung dieser Maßnahmen und der Unterbrechung der wirtschaftlichen Tätigkeit von Laval in Schweden.

232. Im Übrigen ist dies im Allgemeinen eines der Ergebnisse, wozu die Durchführung einer kollektiven Maßnahme mit dem

89 — Urteil Mecca-Medina und Majcen/Kommission, Randnr. 29.

Ziel, einen Dienstleistenden zum Abschluss eines in Schweden anwendbaren Tarifvertrags zu zwingen, führen kann, da dieser Dienstleistende entweder den Tarifvertrag, dessen Anwendung die gewerkschaftlichen Organisationen fordern, freiwillig oder infolge kollektiver Maßnahmen akzeptiert oder darauf verzichten muss, seine Dienstleistungen zu erbringen.

233. Die Durchführung derartiger kollektiver Maßnahmen, selbst wenn sie auch gegenüber im Hoheitsgebiet des fraglichen Mitgliedstaats ansässigen Unternehmen möglich ist, kann zu erheblichen Kosten für den ausländischen Dienstleistenden führen, wie auch immer diese Maßnahmen ausgehen, so dass hierin meines Erachtens eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs liegt.

234. Wenn nämlich der Dienstleistende sich in einem Fall wie im Ausgangsverfahren schließlich gezwungen sieht, die Durchführung eines öffentlichen Auftrags aufzugeben, weil er außerstande ist, seine Tätigkeit fortzusetzen, ohne sich den Bedingungen des Tarifvertrags zu beugen, dessen Anwendung von ihm verlangt wird, muss dieser Dienstleistende grundsätzlich alle Kosten tragen, die mit der Nichterfüllung dieses Vertrags zusammenhängen. Diese vom nationalen schwedischen Recht zugelassene, systemimmanente Folge kann auch in anderen Mitgliedstaaten ansässige Unternehmen davon abhalten, im Königreich Schweden ihre Dienstleistungsfreiheit auszuüben.

235. Wenn der ausländische Dienstleistende infolge kollektiver Maßnahmen der gewerkschaftlichen Organisationen den fraglichen Tarifvertrag akzeptiert, wäre er, wie dies im Ausgangsverfahren geschehen wäre, hätte sich Laval bereit gefunden, eine Beitrittsvereinbarung zum Baurarifvertrag zu unterzeichnen, erstens verpflichtet, wie die Unternehmen derselben Branche, die in Schweden ansässig sind und durch denselben Vertrag gebunden sind, sich sämtlichen in diesem Tarifvertrag vorgesehenen Bedingungen einschließlich der verschiedenen in Nr. 216 dieser Schlussanträge erwähnten Beiträge zu unterwerfen, und zweitens, zumindest den nach den Bestimmungen dieses Tarifvertrags festgesetzten Lohnsatz zu zahlen.

236. Es ist zum einen daran zu erinnern, dass ein Mitgliedstaat nach der Rechtsprechung die Erbringung von Dienstleistungen in seinem Hoheitsgebiet nicht von der Einhaltung all derjenigen Voraussetzungen, die für eine Niederlassung gelten, abhängig machen und damit den Bestimmungen des Vertrags, deren Ziel es gerade ist, die Dienstleistungsfreiheit zu gewährleisten, jede praktische Wirksamkeit nehmen darf⁹⁰.

237. Zum anderen hat der Gerichtshof zwar eingeräumt, dass es grundsätzlich zulässig

90 — Vgl. u. a. Urteile vom 25. Juli 1991, Säger (C-76/90, Slg. 1991, I-4221, Randnr. 13), vom 25. Oktober 2001, Finalarte u. a. (C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98, Slg. 2001, I-7831, Randnr. 29), und Portugaia Construções, Randnr. 17.

sein kann, dass ein Aufnahmemitgliedstaat seine Vorschriften über Mindestlöhne auf in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Dienstleistende anwendet, er hat aber betont, dass derartige Regelungen im Allgemeininteresse liegen müssen, und hat es nicht ausgeschlossen, dass unter bestimmten Umständen die Anwendung der genannten Vorschriften mit Art. 49 EG unvereinbar sein kann⁹¹.

238. Was für die Mitgliedstaaten gilt, muss meines Erachtens auch für Private gelten, deren Handeln eine kollektive Wirkung auf den Arbeitsmarkt und grenzüberschreitende Dienstleistungen hat, wie dies bei den Beklagten des Ausgangsverfahrens der Fall ist.

239. Die Tatsache, dass der Dienstleistende in der zweiten untersuchten Fallkonstellation weiterhin seine wirtschaftliche Tätigkeit im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats ausüben kann, macht die ihm auferlegten Bedingungen nicht weniger beschränkend.

240. Unter diesen Voraussetzungen bin ich der Auffassung, dass die von den Beklagten des Ausgangsverfahrens eingeleiteten kollektiven Maßnahmen eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne von Art. 49 EG sind.

c) Zur eventuellen Rechtfertigung der Beschränkung

241. Nach der zu staatlichen Regelwerken entwickelten Rechtsprechung können solche Regelungen, sofern sie für alle im Aufnahmemitgliedstaat tätigen Personen oder Unternehmen gelten, jedoch gerechtfertigt sein, wenn sie auf zwingenden Gründen des Allgemeininteresses beruhen, soweit dieses Interesse nicht bereits durch Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem er ansässig ist, und sofern sie geeignet sind, die Erreichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, ohne über das hinauszugehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist⁹².

242. In Anbetracht der Besonderheit des Ausgangsrechtsstreits stellt sich zuerst die Frage, welche Ziele verfolgt werden.

243. Zunächst halte ich es nicht für angezeigt, zu prüfen, welches Ziel die schwedischen Stellen verfolgt haben, als sie die von den Beklagten des Ausgangsverfahrens eingeleiteten kollektiven Maßnahmen geneh-

91 — Vgl. Urteil *Portugaia Construções*, Randnrn. 21 bis 23 und die angeführte Rechtsprechung).

92 — Vgl. u. a. Urteile *Arblade u. a.*, Randnrn. 34 und 35, *Portugaia Construções*, Randnr. 19, *Wolff & Müller*, Randnr. 34, und *Kommission/Luxemburg*, Randnr. 21.

243. miget oder zumindest nicht verboten haben; es gilt vielmehr, die Ziele kenntlich zu machen, die die Beklagten verfolgt haben, als sie die genannten Maßnahmen ergriffen haben.

244. In diesem Sinne unterscheidet sich die Sachlage in der vorliegenden Rechtssache von der, die dem oben erwähnten Urteil Schmidberger zugrunde lag, in dem der Gerichtshof lediglich das Ziel der nationalen Behörden geprüft hat, das an Erwägungen hinsichtlich der Beachtung der Grundrechte auf dem Gebiet der Meinungsfreiheit und der Versammlungsfreiheit der Demonstranten, die die Brenner-Autobahn blockiert hatten, anknüpfte, weil Schmidberger im Ausgangsstreit die Republik Österreich wegen einer angeblichen Verletzung ihrer Verpflichtungen nach dem Gemeinschaftsrecht haftbar machen wollte, da sie eine Behinderung des freien Warenverkehrs nicht verhindert habe. Der Gerichtshof hat daher die Ansicht vertreten, dass die spezifischen Ziele, derentwegen sich die Demonstranten versammelt hatten, als solche im Zusammenhang mit einer Klage wie der von Schmidberger erhobenen nicht entscheidend seien⁹³.

245. Demgegenüber sind die Ziele, die mit den von den Beklagten des Ausgangsverfahrens eingeleiteten kollektiven Maßnahmen verfolgt wurden, meiner Meinung nach im Kontext eines Rechtsstreits entscheidend, in dem sich lediglich Private gegenüberstehen.

246. Insoweit hat, obwohl der Vorlagebeschluss nicht besonders ausführlich ist, das vorliegende Gericht als Ziele der fraglichen kollektiven Maßnahmen den Schutz der Arbeitnehmer und den Kampf gegen Sozialdumping erwähnt.

247. Es könnte den Anschein haben, dass diese beiden Ziele über den Tätigkeitsbereich einer gewerkschaftlichen Organisation hinausgehen, der grundsätzlich darin besteht, die beruflichen Interessen ihrer eigenen Mitglieder wahrzunehmen.

248. Jedoch ist unverkennbar, dass mit der Einleitung kollektiver Maßnahmen durch gewerkschaftliche Organisationen wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden tatsächlich die beiden oben genannten Ziele verfolgt werden können, da es sich hierbei, wie zuvor im Zusammenhang mit der Umsetzung der Richtlinie 96/71 in schwedisches Recht gezeigt, gerade um den Modus handelt, den das Königreich Schweden gewählt hat, um sicherzustellen, dass auf ausländische Dienstleistende, die in der Baubranche vorübergehend Arbeitnehmer entsenden, die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen erstreckt werden können, die unter die in der genannten Richtlinie erwähnten Aspekte fallen und die durch die *de facto* auf die nationalen Unternehmen dieser Branche in

93 — Urteil Schmidberger, Randnrn. 66 bis 68.

seinem Hoheitsgebiet anwendbaren Tarifverträge festgelegt werden. Jedenfalls spricht nichts dagegen, dass derartige Ziele von privater Seite verfolgt werden⁹⁴.

249. Es ist bekannt, dass der Gerichtshof im Rahmen der zwingenden Erfordernisse des Gemeinwohls, mit denen eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs gerechtfertigt werden kann, den Schutz der Arbeitnehmer ebenso anerkannt hat wie den Kampf gegen Sozialdumping⁹⁵; diese Erfordernisse liegen auch der Richtlinie 96/71 zugrunde⁹⁶.

250. Somit ist zu prüfen, ob die Betätigung des Rechts auf kollektive Maßnahmen mit dem Ziel, einen ausländischen Dienstleistenden, der bereits tarifvertraglich in seinem Herkunftsstaat gebunden ist, zu zwingen, sämtliche Bedingungen eines schwedischen Tarifvertrags, der *de facto* auf die nationalen Unternehmen der gleichen Branche anwendbar ist, zu akzeptieren, geeignet ist, die verfolgten Ziele zu erreichen, ohne über das hinauszuweisen, was hierzu erforderlich ist.

94 — Vgl. in diesem Sinne für die Geltendmachung von Rechtfertigungsgründen, die sich auf die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit beziehen, Urteil vom 15. Dezember 1995, *Bosman* (C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Randnr. 86).

95 — Vgl. u. a. in Bezug auf den Schutz der Arbeitnehmer Urteile *Arblade* u. a., Randnr. 36, *Finalarte* u. a., Randnr. 33, *Portugaia Construções*, Randnr. 20, und *Wolff & Müller*, Randnr. 35. Zum Kampf gegen Sozialdumping vgl. Urteil vom 19. Januar 2006, *Kommission/Deutschland*, Randnr. 61.

96 — Vgl. Art. 3 der Richtlinie 96/71 und Urteil vom 19. Januar 2006, *Kommission/Deutschland*, Randnr. 61.

251. Allgemein ist daran zu erinnern, dass Art. 49 EG den gewerkschaftlichen Organisationen keine Verpflichtungen auferlegen kann, die in den Wesensgehalt des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen eingreifen⁹⁷. Diese Wertung sollte meines Erachtens auf die Konstellation ausgedehnt werden, in der wie im vorliegenden Fall das Recht auf Einleitung kollektiver Maßnahmen nicht nur zur Wahrnehmung der Interessen der Mitglieder einer Gewerkschaft gewährleistet ist, sondern auch, um dieser zu erlauben, gemeinschaftsrechtlich anerkannte legitime Ziele wie den Schutz der Arbeitnehmer im Allgemeinen und den Kampf gegen Sozialdumping im betreffenden Mitgliedstaat zu verfolgen.

252. Dieses Recht ist jedoch nicht unbeschränkt; seine Ausübung muss mit dem gemeinschaftsrechtlichen Erfordernis des Allgemeininteresses in Einklang stehen, das im freien Dienstleistungsverkehr in der Gemeinschaft liegt.

253. Im Hinblick auf die drei in Nr. 218 der vorliegenden Schlussanträge aufgeführten Punkte und im Licht der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 49 EG sehe ich mich in Anbetracht der Notwendigkeit, die in Rede stehenden Interessen gegeneinander abzuwägen, zu den folgenden Bemerkungen veranlasst.

97 — Vgl. meine Erwägungen in den obigen Vorbemerkungen sowie insbesondere Urteil *Schmidberger*, Randnr. 80 und die angeführte Rechtsprechung.

i) Zur Verhältnismäßigkeit der kollektiven Maßnahmen, soweit diese darauf abzielen, die Mindestlöhne durchzusetzen, die gemäß dem Bantarifvertrag festgesetzt werden

tiven Maßnahmen mittelbar dazu geführt hat, dass die lettischen Arbeitnehmer ihre vorübergehende Beschäftigung in diesem Mitgliedstaat verloren haben.

254. Erstens bin ich der Auffassung, dass es Art. 49 EG grundsätzlich nicht zuwiderläuft, dass kollektive Maßnahmen mit dem Ziel eingeleitet werden, einen Dienstleistenden eines Mitgliedstaats dazu zu zwingen, das Entgelt zu gewähren, das nach einem Tarifvertrag festgesetzt wird, der *de facto* auf die nationalen Unternehmen anwendbar ist, die sich im Baugewerbe in einer vergleichbaren Lage in dem Mitgliedstaat befinden, in dessen Hoheitsgebiet der genannte Dienstleistende vorübergehend Arbeitnehmer entsendet.

257. Jedoch glaube ich nicht, wie ich später noch ausführen werde, dass dies das Ergebnis der Gehaltsforderungen im eigentlichen Sinne ist, die die Beklagten des Ausgangsverfahrens formuliert haben, sondern vielmehr unter den besonderen Umständen des Ausgangsverfahrens aus den weiteren Bedingungen folgt, die im Bantarifvertrag festgelegt sind, den Laval nach den Forderungen der Beklagten im Rahmen der von diesen durchgeführten kollektiven Maßnahmen akzeptieren sollte, und die das Unternehmen für überzogen hielt.

255. Eine derartige Vorgehensweise ist zunächst im Allgemeinen zur Erreichung der Ziele, die mit ihr verfolgt werden, geeignet, weil zumeist bereits die einfache Androhung kollektiver Maßnahmen von gewerkschaftlichen Organisationen die Arbeitgeber dazu veranlasst, den eingeforderten Tarifvertrag zu unterzeichnen. Im Übrigen ergibt sich aus den Angaben der schwedischen Regierung und dem Akteninhalt, dass der Rückgriff auf kollektive Maßnahmen wegen Nichtunterzeichnung eines Tarifvertrags in Schweden selten ist.

258. Schließlich ist grundsätzlich die Betätigung des Rechts auf kollektive Maßnahmen mit dem Ziel, einen Dienstleistenden dazu zu zwingen, die Mindestlohnsätze zu akzeptieren, die in der betreffenden Branche des Aufnahmemitgliedstaats angewandt werden, eine weniger beschränkende Maßnahme als die, die darin bestünde, automatisch einen vergleichbaren Lohnsatz anzuwenden, den die nationalen Rechtsvorschriften, ohne dass es sich dabei um einen Mindestlohnsatz handeln würde, festsetzen würden, weil diese Maßnahme dem Dienstleistenden im Rahmen eines Systems der Verhandlungen mit den zuständigen gewerkschaftlichen Organisationen ermöglicht, ein Entgelt zu erreichen, bei dem seine eigene Kostenlage berücksichtigt wird, ohne es ihm allerdings zu erlauben, jemals Lohn unterhalb des Niveaus zu zahlen, das gemäß der Auffangklausel des Tarifvertrags festgesetzt ist.

256. Zwar ist daran zu erinnern, dass im vorliegenden Fall die Einleitung der kollektiven

259. Gewiss kann ein solches System zu einem unvorhersehbaren Ergebnis führen und sogar unter bestimmten Umständen Gehaltsforderungen ermöglichen, die eventuell überzogen sein können.

260. Dies ist jedoch Bestandteil eines Systems kollektivarbeitsrechtlicher Beziehungen, das nicht auf der Intervention des nationalen Gesetzgebers, sondern auf Verhandlungen zwischen den Sozialpartnern und somit auf der Vertragsfreiheit beruht und diese privilegiert. Angesichts des derzeitigen Stands der Entwicklung des Gemeinschaftsrechts glaube ich nicht, dass dieses über eine der Grundfreiheiten des Vertrags die Wahl einer derartigen gesellschaftlichen Organisationsform in Frage stellen kann.

261. Zwar trifft es zu, dass Laval sich in der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Situation gezwungen sah, entweder den fraglichen Tarifvertrag zu unterzeichnen oder, wie geschehen, dessen Unterzeichnung zu verweigern und schließlich die Durchführung der Arbeiten auf der Baustelle in Vaxholm zu beenden, ohne selbst beispielsweise über eine Aussperrung der Arbeitnehmer agieren zu können.

262. Allerdings bin ich der Auffassung, dass die kollektiven Maßnahmen nicht weniger beschränkend wirken würden, wenn man in einer Situation wie der in Rede stehenden

einräumen würde, dass der Arbeitgeber auf eine derartige Möglichkeit zurückgreifen könnte, weil insbesondere die Durchführung der zu vollendenden Arbeiten immer noch unterbrochen bliebe.

263. Es ergibt sich aus der Rechtsprechung zu Art. 49 EG und den Verhältnismäßigkeitserwägungen hinsichtlich der Beschränkungen der von ihm verbürgten Freiheit, die aus der Anwendung von Regelungen der Mitgliedstaaten zum Arbeitnehmerschutz resultieren, dass es möglich ist, einen in einer solchen Regelung oder in einem in einem Mitgliedstaat für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag vorgesehenen (Mindest-)Lohnsatz *auf jede Person* zu erstrecken, die einer nichtselbständigen Tätigkeit, sei es auch nur vorübergehend, *in seinem Hoheitsgebiet* nachgeht, wenn es sich erweist, dass der von diesen vermittelte Schutz nicht durch *identische oder im Wesentlichen vergleichbare* Verpflichtungen gewährleistet wird, denen das Unternehmen bereits im Mitgliedstaat seiner Niederlassung unterliegt⁹⁸.

264. Diese Rechtsprechung verlangt also von den Aufnahmemitgliedstaaten und insbesondere von deren Gerichten, dass sie beurteilen, ob der Schutz, der den entsandten Arbeitnehmern bereits durch die Rechtsvorschriften und/oder die Tarifverträge des Staates vermittelt wird, in dem der Dienstleistende ansässig ist, gleichwertig oder im Wesentlichen vergleichbar ist; dies gilt insbesondere im Hinblick auf das ihnen gewährte Entgelt.

98 — Urteile vom 28. März 1996, Guiot (C-272/94, Slg. 1996, I-1905, Randnrn. 16 und 17), Arblade u. a., Randnr. 51, Kommission/Luxemburg, Randnr. 29, und vom 19. Januar 2006, Kommission/Deutschland, Randnr. 44.

265. Nach der Rechtsprechung ist bei diesem Vergleich vom Bruttogehalt auszugehen⁹⁹.

266. Zum Ausgangsverfahren ist unabhängig von der Frage, ob Laval verpflichtet war, sämtliche im fraglichen Tarifvertrag vorgesehene Bedingungen durch Unterzeichnung einer Beitrittsvereinbarung vor Eröffnung von Verhandlungen über das Entgeltniveau zu akzeptieren, daran zu erinnern, dass die Beklagten zunächst von Laval verlangt hatten, den lettischen Arbeitnehmern, die vorübergehend nach Schweden entsandt worden waren, den in Unternehmen des Baugewerbes in der Region Stockholm gezahlten Durchschnittslohn von 145 SEK pro Stunde (was ungefähr 16 Euro pro Stunde entspricht) zu zahlen, eine Forderung, die zur Verhandlung gestellt wurde, bei deren Scheitern Laval aber einen Stundenlohn von 109 SEK (was ungefähr 12 Euro pro Stunde entspricht) gemäß dem Niveau hätte zugrunde legen können, das zur streitgegenständlichen Zeit die Auffangklausel des fraglichen Tarifvertrags vorsah.

99 — Vgl. Urteil vom 14. April 2005, Kommission/Deutschland, Randnr. 29. Es ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof im Urteil Mazzoleni und ISA vom vorliegenden Gericht verlangt hat, bei seinem Lohnvergleich die Nettolöhne zu berücksichtigen, aber dieser Ansatz erklärt sich meines Erachtens durch die höchst spezifischen Umstände in der Rechtssache, die dem Gerichtshof unterbreitet war, weil es sich um ein in einer Grenzregion ansässiges Unternehmen handelte, bei dem etliche Arbeitnehmer zum Zweck der Ausführung von Dienstleistungen des Unternehmens zeitweilig und während kurzer Zeiträume sich dazu veranlasst sehen konnten, einen Teil ihrer Arbeitsleistung im Grenzgebiet eines anderen Mitgliedstaats als dem Ansässigkeitsstaat des Unternehmens zu erbringen.

267. Zu diesen Sachverhaltsaspekten ist zweierlei zu sagen.

268. Zum einen ist festzustellen, dass der von den Beklagten des Ausgangsverfahrens geforderte Lohnsatz nicht für jede Person (in der fraglichen Branche) im schwedischen Hoheitsgebiet gilt, um bei der Terminologie der in Nr. 263 zitierten Rechtsprechung zu bleiben. Jedoch glaube ich nicht, dass dieser Umstand im vorliegenden Fall entscheidend ist, da vor dem vorliegenden Gericht offenbar nicht bestritten wurde, dass dieser Lohn gegenüber allen Unternehmen der Branche in der Region, in die die lettischen Arbeitnehmer im streitgegenständlichen Zeitraum entsandt wurden, gefordert wurde; diese Unternehmen befanden sich somit in der gleichen Situation wie Laval. Außerdem scheint dieser Umstand durch die Tatsache überholt zu sein, dass Laval die im fraglichen Tarifvertrag selbst vorgesehene Möglichkeit hatte, sich dieser Lohnforderung zu widersetzen.

269. Zum anderen ergibt sich nämlich aus den Umständen des Ausgangsverfahrens, wie im Übrigen die Beklagten des Ausgangsverfahrens in ihren schriftlichen Erklärungen eingeräumt haben, dass Laval, wenn die von den Beklagten eingeleiteten kollektiven Maßnahmen dazu geführt hätten, dass sie die Beitrittsvereinbarung zum fraglichen Tarifvertrag unterzeichnet, die Verhandlungen über das durchschnittliche Lohnniveau hätte scheitern lassen und den gemäß dem genannten Tarifvertrag festgesetzten Stundenlohn von 109 SEK hätte anwenden können.

270. Daraus folgt, dass es, soweit ein solches Entgelt den Bruttolohn darstellt, Sache des vorliegenden Gerichts ist, diesen mit dem Entgelt zu vergleichen, das Laval den lettischen Arbeitnehmern gezahlt hat.

271. Hierbei ist auch daran zu erinnern, das Laval, wie aus dem Vorlagebeschluss hervorgeht, den Arbeitnehmern ein monatliches Entgelt von ungefähr 13 650 SEK (d. h. ungefähr 1 500 Euro) zuzüglich verschiedener geldwerter Vorteile zahlte.

272. Somit bin ich der Meinung, dass das vorliegende Gericht, wenn es den Vergleich des monatlichen Bruttoentgelts anstellen muss und soweit das oben genannte Entgelt tatsächlich den Bruttolohnbeträgen entspricht, prüfen müsste, ob das von Laval gezahlte Entgelt dem durch die Auffangklausel des fraglichen Tarifvertrags zum streitgegenständlichen Zeitpunkt festgelegten entsprach oder im Wesentlichen vergleichbar war. Hierbei müsste das vorliegende Gericht auch prüfen, ob die verschiedenen geldwerten Vorteile, die Laval gewährte, keine Kostenersatzungen für Aufwendungen im Zusammenhang mit der Entsendung darstellen.

273. Falls das von Laval gezahlte Bruttoentgelt dem durch die Auffangklausel des

fraglichen Tarifvertrags festgelegten nicht entsprechen oder im Wesentlichen vergleichbar sein sollte, wovon ich überzeugt bin, ohne mir dessen aber gewiss zu sein, könnte man meiner Meinung nach folgern, dass die kollektiven Maßnahmen, soweit sie darauf abzielten, den vom fraglichen Tarifvertrag vorgesehenen Lohnsatz durchzusetzen, im Hinblick auf die Ziele des Schutzes der Arbeitnehmer und des Kampfes gegen Lohndumping nicht unverhältnismäßig waren.

274. Vorsorglich möchte ich hinzufügen, dass entgegen dem Vorbringen etlicher Beteiligten vor dem Gerichtshof, wie etwa Laval, eine derartige Beurteilung keinen Eingriff in die negative Vereinigungsfreiheit des Dienstleistenden oder der von ihm entsandten Arbeitnehmer darstellt, nämlich in das Recht, keiner Gewerkschaft beizutreten oder aus einer solchen auszutreten¹⁰⁰, dessen Beachtung der Gerichtshof meiner Meinung nach sicherzustellen hat.

275. Hierbei ist zu betonen, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im genannten Urteil Gustafsson/Schweden die Auffassung vertreten hat, dass das Königreich Schweden nicht gegen seine Pflicht zur Gewährleistung der Rechte des Beschwerdeführers nach Art. 11 EMRK in einem Fall verstoßen hat, in dem sich ein schwedischer Arbeitgeber des Gaststättengewerbes infolge kollektiver Maßnahmen in Form einer Blockade und einer Solidaritätsmaßnahme auf Initiative von gewerkschaftlichen Organisationen mit dem Ziel, den Arbeitgeber zu veranlassen, einen Tarifvertrag zu unterzeichnen, schließlich gezwungen gesehen

¹⁰⁰ — Vgl. zu diesem auf Aspekt der Vereinigungsfreiheit die in Nr. 70 der vorliegenden Schlussanträge angeführte Rechtsprechung.

hatte, seine Tätigkeit in dieser Branche einzustellen. Der Straßburger Gerichtshof hat bei seiner Würdigung nämlich hauptsächlich hervorgehoben, dass der Beschwerdeführer trotz des auf ihn ausgeübten Drucks nicht verpflichtet gewesen war, den Arbeitgeberorganisationen, die diesen Vertrag unterzeichnet hatten, beizutreten, sondern sich dafür hätte entscheiden können, eine Beitrittsvereinbarung zum fraglichen Tarifvertrag zu unterzeichnen, die es ihm ermöglicht hätte, der besonderen Art seiner Tätigkeiten angepasste Klauseln aufzunehmen, und die allem Anschein nach in wirtschaftlicher Hinsicht keine Nachteile gehabt hätte, die ihn zum Eintritt in den Arbeitgeberverband gezwungen hätten¹⁰¹.

276. Dies ist meiner Ansicht nach auch die Situation von Laval, denn diese hat niemals behauptet, dass die Unterzeichnung der Vereinbarung über den Beitritt zum fraglichen Tarifvertrag derartige wirtschaftliche Nachteile mit sich gebracht hätte, dass sie sich veranlasst gesehen hätte, dem schwedischen Arbeitgeberverband des Baugewerbes (Sveriges Byggindustrier) beizutreten.

277. Außerdem lässt sich auch nicht vertreten, dass gegen die negative Vereinigungsfreiheit der lettischen Arbeitnehmer verstoßen worden wäre, da nach den Grundsätzen kollektivarbeitsrechtlicher Beziehungen in Schweden der Unternehmer, der eine Beitrittsvereinbarung unterzeichnet, alle bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer in den Genuss

der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des fraglichen Tarifvertrags kommen lassen muss, ohne Rücksicht darauf, ob sie Mitglieder der beteiligten gewerkschaftlichen Organisationen sind.

278. Ungeachtet dieser Klarstellung ist es dennoch durchaus möglich, dass der in den Nrn. 272 und 273 erwähnte Vergleich der Bruttoentgelte im Ausgangsverfahren letztlich doch nicht erforderlich ist, wenn man den besonderen Umstand des in Rede stehenden Sachverhalts berücksichtigt¹⁰², dass Laval sämtliche Bedingungen des fraglichen Tarifvertrags akzeptieren musste, bevor das Unternehmen überhaupt den gemäß der Auffangklausel dieses Tarifvertrags festgelegten Lohnsatz zugrunde legen konnte.

ii) Zur Verhältnismäßigkeit der kollektiven Maßnahmen, soweit sie darauf abzielen, sämtliche im fraglichen Tarifvertrag vorgesehene Bedingungen durchzusetzen

279. Zweitens hat nämlich die Weigerung von Laval, sich allen Bedingungen des

102 — Es ergibt sich nämlich aus den Antworten der Beklagten des Ausgangsverfahrens auf die schriftlichen Fragen des Gerichtshofs, dass die Praxis, die Anwendung des in einem Tarifvertrag vorgesehenen oder bestimmten Lohnniveaus davon abhängig zu machen, dass der Arbeitgeber sämtliche in diesem Tarifvertrag vorgesehenen Bedingungen akzeptiert, kein Charakteristikum des schwedischen Modells der kollektivarbeitsrechtlichen Beziehungen ist.

101 — § 52.

fraglichen Tarifvertrags, die das Unternehmen für überzogen hielt, zu unterwerfen, die Beklagten des Ausgangsverfahrens dazu veranlasst (und ihnen erlaubt), die in Rede stehenden kollektiven Maßnahmen einzuleiten. Genauer gesagt: Hätte Laval die Vereinbarung über den Beitritt zum fraglichen Tarifvertrag unterzeichnet, hätte dieser Beitritt dem Unternehmen nach dem MBL den Schutz durch die Friedenspflicht eingebracht, was ihm sodann hätte ermöglichen können, Verhandlungen über das Lohnniveau gemäß den im Tarifvertrag vorgesehenen Bestimmungen aufzunehmen.

280. Mir scheint es über das, was zur Gewährleistung des Schutzes der Arbeitnehmer und zur Verhütung des Sozialdumpings erforderlich ist, hinauszugehen, wenn schon die Möglichkeit, ein bestimmtes Lohnniveau zugrunde zu legen, von der vorherigen Zeichnung aller in einem Tarifvertrag vorgesehenen Bedingungen abhängig gemacht wird, die *de facto* auf die in Schweden ansässigen Unternehmen der gleichen Branche in einer vergleichbaren Situation anwendbar sind.

281. Diese Beurteilung gilt umso mehr für die Situation, in der wie im Ausgangsverfahren das Unternehmen, das Arbeitnehmer vorübergehend in den Aufnahmemitgliedstaat entsendet, durch einen in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig geschlossenen Tarifvertrag gebunden ist. Denn in einer derartigen Situation liefe es meines Erachtens dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zuwider, wenn man den Dienstleistenden eines anderen Mitgliedstaats, sei es auch infolge nach innerstaatlichem Recht eingeleiteter kollektiver Maßnahmen, Bedin-

gungen unterwerfen wollte, die nicht auf die Erreichung von Zielen gerichtet sind, derentwegen die Einleitung kollektiver Maßnahmen gerechtfertigt ist, oder Bedingungen, die ein Duplikat derjenigen sind, denen der Dienstleister u. a. kraft des im Mitgliedstaat seines Sitzes geschlossenen Tarifvertrags in diesem Staat unterliegt.

282. Dieser Ansatz steht meiner Ansicht nach mit der Rechtsprechung in Einklang, die zum einen verlangt, dass die in den Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats vorgesehenen Bedingungen für die Ausübung der Dienstleistung im Zusammenhang mit einer vorübergehenden Entsendung von Arbeitnehmern für die betroffenen Arbeitnehmer einen tatsächlichen Vorteil beinhalten, der deutlich zu ihrem sozialen Schutz beiträgt¹⁰³, und zum anderen, wie bereits ausgeführt, dass der Schutz, den derartige Bedingungen bieten, nicht bereits durch identische oder im Wesentlichen vergleichbare Verpflichtungen garantiert wird, die den Dienstleistenden bereits in seinem Ansässigkeitsmitgliedstaat treffen.

283. Nichts spricht dagegen, diese Rechtsprechung auf eine Situation wie die im Ausgangsverfahren bestehende auszuweiten. Denn die Grenzen, die nach dieser Recht-

103 — Vgl. Urteil Wolff & Müller, Randnr. 38.

sprechung für die im Gebiet eines Mitgliedstaats nach innerstaatlichem Recht eingeleiteten kollektiven Maßnahmen gelten würden, würden keinen unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff bedeuten, der das geschützte Recht in seinem Wesensgehalt antastet¹⁰⁴.

fraglichen kollektiven Maßnahmen verfolgten Ziele Erforderliche hinausgeht, wenn diese Bedingungen Laval aufgebürdet werden,

284. Das vorliegende Gericht müsste bei der Beurteilung der Frage, ob die von den Beklagten des Ausgangsverfahrens eingeleiteten kollektiven Maßnahmen verhältnismäßig sind, bei der Prüfung der Klauseln des fraglichen Tarifvertrags, zu deren Annahme Laval durch diese Maßnahmen noch vor Aufnahme von Verhandlungen über das anwendbare Lohnniveau oder Anwendung des nach der Auffangklausel des Tarifvertrags geltenden Lohnsatzes veranlasst werden sollte,

- zum anderen in Bezug auf die übrigen im fraglichen Tarifvertrag vorgesehenen Bedingungen prüfen, ob diese einen tatsächlichen Vorteil beinhalten, der deutlich zum sozialen Schutz der entsandten Arbeitnehmer beiträgt und kein Duplikat eines eventuell identischen oder im Wesentlichen vergleichbaren Schutzes ist, der ihnen durch die Rechtsvorschriften und/oder den Tarifvertrag eröffnet wird, die für Laval im Mitgliedstaat ihres Sitzes gelten.

- zum einen in Bezug auf die etwaigen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nach dem fraglichen Tarifvertrag – die, wie bei der Erörterung der Richtlinie 96/71 aufgezeigt, sich auf andere Aspekte als die in Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 der genannten Richtlinie beziehen – feststellen, ob es, soweit diese Bedingungen in Schweden unter Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 10 der genannten Richtlinie fallen, nicht über das zur Erreichung der mit den

285. Hier halte ich es für angebracht, einige Anmerkungen zu bestimmten vom fraglichen Tarifvertrag vorgesehenen Bedingungen zu machen, über die die Parteien vor dem Gerichtshof lange gestritten haben, nämlich die Versicherungsbeiträge, die der Arbeitgeber zu erbringen hat, die „Tillägörena“ genannten Abgaben, die der Arbeitgeber an verschiedene schwedische Einrichtungen abführt, sowie eine vom Arbeitgeber an Byggnadsarbetareförbundet abgeführte Gebühr, die zumindest dem Anschein nach die Tätigkeit der örtlichen Abteilungen dieser Gewerkschaft auf dem Gebiet der Lohnkontrolle vergüten soll.

104 — Vgl. Urteil Schmidberger, Randnr. 80.

286. Was zunächst die erstgenannten Beiträge betrifft, so ergibt sich aus den Erklärungen der Parteien des Ausgangsverfahrens sowie aus ihren Antworten auf die schriftlichen Fragen des Gerichts, dass diesen Beiträgen fünf Versicherungen entsprechen; sie machten zu dem im Ausgangsverfahren entscheidungserheblichen Zeitpunkt 5,9 % der Lohnsumme aus. Genauer gesagt handelte es sich um eine „AGS“ genannte Gruppenversicherung, die Leistungen im Krankheitsfall garantierte, eine „SAF-LO“ genannte Zusatzrentenversicherung, in deren Genuss ein Arbeitnehmer ab dem 55. Lebensjahr kommen konnte, eine „AGB“ genannte Versicherung mit Leistungen im Fall von Arbeitslosigkeit, eine „TGL“ genannte Gruppenlebensversicherung, die den Hinterbliebenen im Fall des Todes des Arbeitnehmers eine finanzielle Hilfe gewährte, und eine „TFA“ genannte Unfallversicherung. Die Versicherungsprämien für AGS und SAF-LO machten 1,2 % bzw. 4,2 %, zusammen also 5,4 % der Lohnsumme aus. Insgesamt entfällt auf die Prämien für die drei weiteren Versicherungen ein Anteil von 0,5 % der Lohnsumme.

287. Es ist darauf hinzuweisen, dass Laval sowohl vor dem vorlegenden Gericht als auch vor dem Gerichtshof eine Verpflichtung zum Abschluss der beiden erstgenannten Versicherungen strikt abgelehnt hat. Hinsichtlich der Ersten leitet sich Lavals Widerstand daraus ab, dass ein Arbeitnehmer erst dann in den Genuss von Leistungen der AGS komme, wenn er ein Einkommen erziele, das ihm Zugang zur Krankenversicherung im Sinne des schwedischen Sozialversicherungsgesetzes (Lagen [1962: 381] om allmän försäkring) verleihe, während sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebe, dass der vor-

übergehend in das Gebiet eines Mitgliedstaats entsandte Arbeitnehmer weiterhin im Mitgliedstaat seines Wohnsitzes sozialversichert sei. Hinsichtlich der zweiten Versicherung bezweifelt Laval, dass sie für die entsandten Arbeitnehmer interessant sein könnte, weil die Leistungen, auf die eine derartige Versicherung Anspruch gebe, zum einen voraussetzten, dass der Arbeitnehmer das 55. Lebensjahr vollendet habe und somit im Allgemeinen der Leistungszeitpunkt in weiter Ferne liege; zum anderen implizierten diese Leistungen eine aktive Verwaltung des Kapitals, was zu zahlreichen praktischen und finanziellen Problemen insbesondere bei der kumulierten Verwaltung von Fonds in mehreren Mitgliedstaaten führe. Außerdem unterstreicht Laval, dass die zusätzlichen betrieblichen Altersversorgungssysteme von den in Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. c der Richtlinie 96/71 aufgeführten Mindestlohnsätzen ausdrücklich ausgenommen seien.

288. Ich bin für diese Argumente jedenfalls hinsichtlich der AGS-Versicherung nicht unempfänglich, sofern die Auslegung des schwedischen Sozialversicherungsgesetzes, die Laval vertritt, zutreffend ist; dieser Auslegung sind die Beklagten des Ausgangsverfahrens nicht entgegengetreten, doch ist es Sache des vorlegenden Gerichts, das zu prüfen.

289. Die Verordnung Nr. 1408/71 legt nämlich, woran im 21. Erwägungsgrund der Richtlinie 96/71 erinnert wird, fest, welche Bestimmungen im Bereich der Sozialversicherungsleistungen und -beiträge auf Arbeitnehmer anzuwenden sind, die in der

Gemeinschaft zu- und abwandern; Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der genannten Verordnung sieht gemäß dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsordnung, der dieser Verordnung zugrunde liegt, vor, das ein Arbeitnehmer eines Mitgliedstaats, der von seinem Unternehmen vorübergehend in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats für eine voraussichtliche Dauer von nicht mehr als 12 Monaten entsandt wird, weiterhin den sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften des erstgenannten Mitgliedstaats unterliegt¹⁰⁵.

290. Daher bin ich vorbehaltlich der Auslegung des schwedischen Sozialversicherungsgesetzes der Auffassung, dass die Beklagten des Ausgangsverfahrens von Laval im Rahmen ihrer kollektiven Maßnahmen nicht verlangen konnten, die im fraglichen Tarifvertrag genannte AGS-Versicherung abzuschließen.

291. Das von den Beklagten des Ausgangsverfahrens in ihrer Antwort auf die schriftlichen Fragen des Gerichtshofs vorgebrachte Argument, Laval hätte beantragen können, von der Zahlung der AGS-Versicherungsprämien befreit zu werden, scheint mir diese Beurteilung nicht zu entkräften. Denn eine derartige Möglichkeit schien nicht nur zum streitgegenständlichen Zeitpunkt ausgeschlossen, sondern basiert jedenfalls auch auf einem Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 1408/71 zuwiderlaufenden Grundsatz — wonach das Sozialversiche-

rungsrecht des Mitgliedstaats, in dem die Arbeitnehmer normalerweise abhängig beschäftigt sind, für solche Arbeitnehmer zur Anwendung berufen ist, die für eine Dauer von maximal 12 Monaten in einen anderen Mitgliedstaat entsandt werden.

292. In Bezug auf die drei weiteren Versicherungsprämien möchte ich lediglich darauf hinweisen, dass es mir zumindest seltsam vorkommt, dass die genannten ABG-Prämien zur Absicherung gegen das Risiko der Arbeitslosigkeit erhoben werden, während definitionsgemäß entsandte Arbeitnehmer nicht in den Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats integriert werden sollen.

293. Dennoch ist es Sache des vorlegenden Gerichts, im Hinblick auf die Gesamtheit der im Ausgangsverfahren einschlägigen Umstände zu prüfen, ob die Versicherungen, zu denen Laval zahlen sollte, die oben in Nr. 284 aufgeführten Kriterien erfüllen.

294. Zu den „Tillägsörena“ genannten Abgaben möchte ich bemerken, dass sich diese nach den unbestrittenen Erklärungen der Beklagten des Ausgangsverfahrens in ihrer Antwort auf die schriftlichen Fragen des Gerichtshofs auf 0,8 % der Lohnsumme des Arbeitgebers belaufen. Diese Leistungen wurden einer schwedischen Versicherungsgesellschaft für verschiedene Begünstigte nach dem folgenden Verteilungsschlüssel zugeführt: Etwa 0,4 % flossen an eine schwedische Versicherungsgesellschaft mit einer Lebens- und Vorsorgeversicherung für Hinterbliebene der Arbeitnehmer sowie an eine Versicherung für Unfälle außerhalb

105 — Vgl. das kürzlich zu Art. 14 der Verordnung Nr. 1408/71 ergangene Urteil vom 26. Januar 2006, Herbosch Kiene (C-2/05, Slg. 2006, I-1079).

der Arbeitszeit; ungefähr 0,3 % flossen an einen Forschungsfinanzierungsfonds der schwedischen Bauunternehmen (Svenska Byggbransches Utvecklingsfond [SBUF]) zur Förderung der Forschung und Entwicklung in der Baubranche und neuer Verfahren in diesem Bereich; etwa 0,03 % flossen an eine schwedische Gesellschaft, deren Unternehmensgegenstand es ist, Arbeitsstellen behindertengerecht zu machen und Behinderte umzuschulen; etwa 0,04 % flossen als Zuschuss in die berufliche Weiterbildung und die Förderung von deren Entwicklung in der Baubranche; 0,02 % schließlich deckten die Verwaltungskosten der oben genannten, mit der Zahlung der vier oben aufgeführten Beträge an ihre jeweiligen Adressaten betrauten schwedischen Versicherungsgesellschaft.

295. Mir scheinen einige der Leistungen, die die Beklagten des Ausgangsverfahrens im Rahmen der von ihnen betriebenen kollektiven Maßnahmen gefordert hatten, insbesondere diejenigen zur Subventionierung des SBUF und der beruflichen Weiterbildung in der Baubranche, entweder keinen Zusammenhang mit dem Arbeitnehmerschutz aufzuweisen oder keinen tatsächlichen Vorteil zu bieten, der deutlich zum sozialen Schutz der entsandten Arbeitnehmer beitragen würde.

296. Was drittens die an die örtlichen Abteilungen von Byggnadsarbetareförbundet abgeführten Zahlungen angeht, so ist darauf hinzuweisen, dass, wie aus den Erklärungen der Beklagten des Ausgangsverfahrens in ihrer Antwort auf die schriftlichen Fragen des Gerichtshofs hervorgeht, diese Zahlun-

gen, die für jeden Kontrollzeitraum 1,5 % der Lohnsumme der Arbeitnehmer der Baubranche entsprachen, mehrere Ziele verfolgten, deren Erstes darin bestand, zu überprüfen, ob der Arbeitgeber die zwischen den Sozialpartnern vereinbarte Vergütung zahlt, wobei das Augenmerk insbesondere auf den besonderen Merkmalen der Baubranche liegt, in der die Arbeitnehmer sehr mobil sind und unterschiedliche Entgeltformen existieren. Die Entgeltkontrolle erfolgt alle vier bis acht Wochen auf der Grundlage von Namenslisten, die die Arbeitgeber den örtlichen Abteilungen von Byggnadsförbundet übermitteln. Nach den Angaben der Beklagten des Ausgangsverfahrens soll diese periodische Kontrolle es ermöglicht haben, das Entgeltniveau mehrerer Hundert Arbeitnehmer nach vereinbarten, von den Arbeitgebern aber nicht gezahlten jährlichen Lohnerhöhungen anzuheben; unter diesen Arbeitnehmern hätten sich auch gewerkschaftlich nicht organisierte Arbeitnehmer befunden. Neben konkreten Überprüfungen der Zahlung der Gehälter erlaube eine derartige Kontrolle es auch, Statistiken über die Löhne aufzustellen, die als Grundlage bei den Tarifverhandlungen mit den Arbeitgeberorganisationen dienen. Die Beklagten des Ausgangsverfahrens haben außerdem betont, dass die Kontrolltätigkeit zwischen 2001 und 2005 ein deutliches Defizit ergeben habe und dass mit den von den Arbeitgebern gezahlten Beträgen eine tatsächlich geleistete Arbeit vergütet werde, die den Arbeitnehmern unabhängig von deren Mitgliedschaft in einer gewerkschaftlichen Organisation zugute komme.

297. Allgemein halte ich eine Kontrolle, wie sie der fragliche Tarifvertrag vorsieht, für

eine Bedingung, die wesensimmanent mit der Anwendung der nach dem Tarifvertrag festgesetzten Lohnsätze verbunden ist. Wenn man daher den Grundsatz anerkennt, dass es Art. 49 EG nicht zuwiderläuft, dass gewerkschaftliche Organisationen über kollektive Maßnahmen einem ausländischen Dienstleistenden Lohnsätze aufzwingen können, die nach einem *de facto* auf die nationalen Unternehmen der gleichen Branche in einer ähnlichen Situation anwendbaren Tarifvertrag festgesetzt worden sind, müsste das Gemeinschaftsrecht diesen Organisationen die Möglichkeit gewährleisten, mit angemessenen Mitteln für die Einhaltung dieser Regeln zu sorgen.

298. Offen bleibt sodann die Frage, ob es in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens über das, was zur Erreichung des Ziels, den entsandten Arbeitnehmern die Zahlung des nach dem fraglichen Tarifvertrag festgesetzten Entgelts zu gewährleisten, Erforderliche hinausgeht, wenn Laval zur Zahlung der von der örtlichen Abteilung von Byggnadsarbetareförbundet vereinnahmten Kontrollbeiträge herangezogen wird.

299. Eine derartige Beurteilung ist recht hypothetisch und unter Berücksichtigung meiner obigen Erläuterungen nicht im strengen Sinne für das Ergebnis des Ausgangs-

rechtsstreits erforderlich; dennoch lassen sich einige allgemeine Erwägungen anstellen.

300. Meiner Ansicht nach lässt sich ein solcher Beitrag nur für tatsächlich durchgeführte Kontrollen erheben. Das bedeutet in Anbetracht der zeitlichen Begrenztheit des Entsendezeitraums und unter Berücksichtigung des Ziels, das mit der Kontrolltätigkeit verfolgt wird, dass die Kontrollen während des genannten Zeitraums durchgeführt werden können und es somit ermöglichen, dass ihre Ergebnisse deutlich zum Schutz der entsandten Arbeitnehmer beitragen.

301. Ein derartiger Beitrag muss somit die tatsächlichen durch die Entgeltkontrolltätigkeit ausgelösten Kosten widerspiegeln und darf nicht dazu dienen, Gewerkschaftsaktivitäten zu finanzieren, die diesem Ziel fremd sind. Denn sonst bestünde insbesondere dann, wenn die Beiträge vom Lohn der entsandten Arbeitnehmer gemäß den tarifvertraglichen Bestimmungen abgeführt würden, eine Gefahr, dass entweder in die negative Vereinigungsfreiheit dieser Arbeitnehmer oder zumindest in die freie Verfügbarkeit ihres Lohns eingegriffen würde; hierin läge ein Entzug ihres Eigentums im Sinne von Art. 1 des Zusatzprotokolls der EMRK.

302. In diesem Zusammenhang lege ich Wert auf den Hinweis, dass ein solcher Eingriff unlängst vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im Urteil Ewaldsson u.a./Schweden in Bezug auf von einem schwedischen Arbeitgeber abgeführte Lohnbestandteile von Arbeitnehmern, die nicht Mitglieder der Gewerkschaft Byggnadsarbetareförbundet sind, bejaht wurde, wobei diese Einbehalte dazu dienen sollten, die

Kontrolle der gemäß dem fraglichen Tarifvertrag vereinbarten Entgelte zu finanzieren, der Zusammenhang sich aber so darstellte, dass es infolge des Fehlens hinreichender Transparenz auf der Ebene der Konten der örtlichen Gewerkschaftsabteilung zum streitgegenständlichen Zeitpunkt ausgeschlossen war, die Arbeitnehmer über die Zweckbestimmung der zu Lasten ihrer Löhne vorgenommenen Einbehalte zu informieren, und diesen somit die Möglichkeit genommen wurde, nachzuprüfen, ob sie nicht Gewerkschaftsaktivitäten finanzierten, die mit der Entgeltkontrolle nichts zu tun hatten und ihren Überzeugungen zuwiderlaufen¹⁰⁶.

303. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat somit die Auffassung vertreten, dass der Eingriff in die ungestörte Verfügung über das Vermögen der genannten Arbeitnehmer unverhältnismäßig sei zu dem als im Allgemeininteresse stehend anerkannten Ziel des Schutzes der Arbeitnehmer der Baubranche im weiten Sinne, das mit der Entgeltkontrolle verfolgt werde, die durch die fragliche gewerkschaftliche Organisation durchgeführt werde; diesem Eingriff hätte das Königreich Schweden zum Schutz der Rechte der betreffenden Arbeitnehmer gemäß Art. 1 des Zusatzprotokolls der EMRK entgegenzutreten müssen¹⁰⁷.

304. In der vorliegenden Rechtssache müsste das vorliegende Gericht meiner Meinung

nach diese Rechtsprechung auch berücksichtigen, sofern es der Auffassung ist, dass das Ergebnis des Ausgangsrechtsstreits auch davon abhängt, ob es verhältnismäßig ist, dass Laval zur Zahlung eines Beitrags für die Kontrolle der Vergütungen herangezogen werden sollte, eine Verpflichtung, die Laval nach dem fraglichen Tarifvertrag auferlegt worden wäre und wozu die Beklagten des Ausgangsverfahrens dieses Unternehmen im Rahmen der von ihnen durchgeführten kollektiven Maßnahmen zu zwingen versuchten.

305. Der Vollständigkeit halber sei schließlich zur Frage der Verhältnismäßigkeit der in der vorliegenden Rechtssache in Rede stehenden kollektiven Maßnahmen noch gesagt, dass meines Erachtens das vorliegende Gericht im Rahmen seiner Prüfung — einschließlich der Beurteilung der Frage, ob die von Laval gegen die gewerkschaftlichen Organisationen in der vorliegenden Rechtssache erhobene Schadensersatzklage begründet ist — nicht zwischen den Beklagten des Ausgangsverfahrens, nämlich einerseits Byggnadsarbetareförbundet und der örtlichen Gewerkschaftsabteilung, von denen die Blockade veranlasst wurde, und andererseits SEF, das die Solidaritätsmaßnahme durchgeführt hat, zu unterscheiden hat.

306. Obwohl die letztgenannte Maßnahme diejenige war, die zur Unterbrechung der Arbeiten auf der Baustelle in der Gemeinde Vaxholm führte und hauptsächlich dazu beigetragen hat, dass Laval die Entsendung der lettischen Arbeitnehmer zu dieser Bau-

106 — Urteil vom 13. Februar 2007, Slg. 2007, I-0000, Randnm. 8, 61 und 62.

107 — Ebd., Randnm. 54, 55 und 63.

stelle einstellte, bleibt nämlich diese Maßnahme rechtlich doch zwingend der Einleitung der Blockade untergeordnet.

307. Nach alledem bin ich der Auffassung, dass es dann, wenn ein Mitgliedstaat nicht über ein System der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen verfügt, der Richtlinie 96/71 und Art. 49 EG nicht zuwiderläuft, dass gewerkschaftliche Organisationen über kollektive Maßnahmen in Form einer Blockade und einer Solidaritätsmaßnahme versuchen, einen Dienstleistenden eines anderen Mitgliedstaats zu zwingen, Lohnsätze zu akzeptieren, die nach einem *de facto* auf die nationalen Unternehmen derselben Branche in einer vergleichbaren Lage anwendbaren Tarifvertrag festgesetzt worden sind, der in dem erstgenannten Mitgliedstaat abgeschlossen worden ist, in dessen Gebiet die Arbeitnehmer des anderen Mitgliedstaats vorübergehend entsandt werden, wenn das Motiv der kollektiven Maßnahmen in Zielen des Allgemeininteresses wie dem Schutz der

Arbeitnehmer und dem Kampf gegen Sozialdumping besteht und diese Maßnahmen nicht auf im Hinblick auf die Erreichung dieser Ziele unverhältnismäßige Weise durchgeführt werden. Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der kollektiven Maßnahmen muss das vorliegende Gericht insbesondere prüfen, ob die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Tarifvertrag vorsieht und von denen die gewerkschaftlichen Organisationen die Anwendung der oben genannten Lohnsätze abhängig machten, Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie 96/71 entsprachen und ob die weiteren Bedingungen, die auch Voraussetzung für die Anwendung der genannten Lohnsätze waren, einen tatsächlichen Vorteil darstellten, der deutlich zum sozialen Schutz der entsandten Arbeitnehmer beitrug, und die nicht das Duplikat eines eventuell identischen oder im Wesentlichen vergleichbaren Schutzes waren, den diesen Arbeitnehmern bereits die Rechtsvorschriften und/oder der Tarifvertrag boten, die für den Dienstleistenden im Mitgliedstaat seines Sitzes galten.

VI — Ergebnis

308. Im Hinblick auf die vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, wie folgt auf die Vorlagefragen des Arbetsdomstol zu antworten:

Wenn ein Mitgliedstaat nicht über ein System der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen verfügt, läuft es der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen

Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und Art. 49 EG nicht zuwider, dass gewerkschaftliche Organisationen über kollektive Maßnahmen in Form einer Blockade und einer Solidaritätsmaßnahme versuchen, einen Dienstleistenden eines anderen Mitgliedstaats zu zwingen, Lohnsätze zu akzeptieren, die nach einem *de facto* auf die nationalen Unternehmen derselben Branche in einer vergleichbaren Lage anwendbaren Tarifvertrag festgesetzt worden sind, der in dem erstgenannten Mitgliedstaat abgeschlossen worden ist, in dessen Gebiet die Arbeitnehmer des anderen Mitgliedstaats vorübergehend entsandt werden, wenn das Motiv der kollektiven Maßnahmen in Zielen des Allgemeininteresses wie dem Schutz der Arbeitnehmer und dem Kampf gegen Sozialdumping besteht und diese Maßnahmen nicht auf im Hinblick auf die Erreichung dieser Ziele unverhältnismäßige Weise durchgeführt werden.

Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der kollektiven Maßnahmen muss das vorliegende Gericht insbesondere prüfen, ob die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Tarifvertrag vorsieht und von denen die gewerkschaftlichen Organisationen die Anwendung der oben genannten Lohnsätze abhängig machten, Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie 96/71 entsprachen und ob die weiteren Bedingungen, die auch Voraussetzung für die Anwendung der genannten Lohnsätze waren, einen tatsächlichen Vorteil darstellten, der deutlich zum sozialen Schutz der entsandten Arbeitnehmer beitrug, und die nicht das Duplikat eines eventuell identischen oder im Wesentlichen vergleichbaren Schutzes waren, den diesen Arbeitnehmern bereits die Rechtsvorschriften und/oder der Tarifvertrag boten, die für den Dienstleistenden im Mitgliedstaat seines Sitzes galten.