

Univ.-Prof. Dr. jur. Florian Rödl, M.A. unter Mitarbeit von Ass. jur. Maria Seitz

EUROPÄISCHER PAKT FÜR SOZIALEN FORTSCHRITT

Die Alternative zur liberalistischen Verfassung des EU-Binnenmarktes

November 2018



GERECHTIGKEIT MUSS SEIN

„Europäischer Pakt für sozialen Fortschritt“

Die Alternative zur liberalistischen Verfassung des EU-Binnenmarktes

vorgelegt von

Univ.-Prof. Dr. jur. Florian Rödl, M.A.,
Professor für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht,
Freie Universität Berlin

unter Mitarbeit von Ass. jur. Maria Seitz

Inhalt

A. Wesentliche Ergebnisse	3
B. Fragestellung	5
I. Das Programm des „Europäischen Paktes für sozialen Fortschritt“	5
II. Stand der Diskussion	9
III. Durchsetzungschancen.....	10
IV. Aufbau der Studie	10
C. Die liberalistische Transformation der Binnenmarktverfassung.....	12
I. Marktfreiheiten der Union	12
1. Missverständnis: Marktfreiheiten als Super-Freiheitsrechte der Unternehmen.....	12
2. Richtig: Marktfreiheiten als föderale Gleichheitsrechte	14
II. Arbeits- und Sozialverfassung der Mitgliedstaaten.....	16
1. Missverständnis: Vorrang der Binnenmarktverfassung	18
2. Richtig: Autonomie mitgliedstaatlicher Arbeits- und Sozialverfassung	19
III. Die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGHs.....	21
1. Unmittelbare Anwendbarkeit und Vorrang	21
2. Entscheidung gegen das föderale Gleichheitsrecht	22
3. Entscheidung gegen die Autonomie mitgliedstaatlicher Arbeits- und Sozialverfassung	24
4. Rechtfertigung von Beschränkungen: rechtliche und praktische Probleme.....	25
5. Verbindlichkeit der Marktfreiheiten für Private (etwa Tarifvertragsparteien)	28
6. Unzureichende Ansätze zur Einhegung des Super-Freiheitsrechts.....	29
IV. Transformation ohne Legitimation	31
D. Alternativen	33
I. „Dekontitutionalisierung“ des Binnenmarktes?	33
II. Rückbau der Marktfreiheiten zu Gleichheitsrechten	35
1. Reichweite des Verbots mittelbarer Diskriminierung	36
2. Einwand I: Verabschiedung des Prinzips wechselseitiger Anerkennung?.....	39

3. Einwand II: Personenfreizügigkeiten doch als Freiheitsrechte?.....	41
4. Regelungsvorschlag	42
III. Bereichsausnahme für die Arbeits- und Sozialverfassung	43
1. „Soziales Fortschrittsprotokoll“ des EGB: Ausnahme für soziale Grundrechte	45
2. Einbeziehung der Tarifvertragssysteme	46
3. Ausdehnung auf weitere Elemente der Arbeits- und Sozialverfassung	47
4. Regelungsvorschlag	49
IV. Grundsatz territorialer Arbeitskostengleichheit	49
1. Ausnahme vom Gleichheitsrecht	49
2. Rechtfertigungsgrund für Diskriminierungen.....	50
3. Verhältnis zum geltenden Sekundärrecht.....	51
4. Regelungsvorschlag	53
E. Fallstudien	56
I. Tarifautonomie	56
1. Bedeutung des Feldes	56
2. Die Entscheidung „Viking“	57
3. Tragweite der Entscheidung.....	59
4. „Viking“ im Licht der Alternativen.....	62
II. Staatliche Unternehmenskontrolle („Goldene Aktien“)	64
1) Bedeutung des Feldes	64
2) Die Entscheidungen zu „Goldenen Aktien“ und zum VW-Gesetz.....	66
3) Tragweite der Entscheidungen	69
4) Die Entscheidungen im Licht der Alternativen.....	71
III. Arbeitnehmerentsendung.....	72
1. Bedeutung des Feldes	72
2. Die Entscheidungen „Rüffert“, „Laval“ und „Kommission vs. Luxemburg“	76
3. Tragweite der Entscheidungen.....	80
4. Die Entscheidungen im Licht der Alternativen.....	81
IV. Resümee.....	83
F. Zusammenfassung.....	85

A. Wesentliche Ergebnisse

- Die rechtliche Verfassung des Binnenmarkts der Europäischen Union weist heute eine liberalistische Voreinstellung auf. Sie bringt die Verwirklichung von Gemeinwohlzwecken und sozialem Ausgleich in immer größere Schwierigkeiten. Entsprechende mitgliedstaatliche Regelungen müssen immer strengeren Anforderungen gerecht werden, die sich aus den sog. Marktfreiheiten ergeben sollen, auch wenn hinter den mitgliedstaatlichen Regelungen keine protektionistischen Absichten stehen.
- Ursache dafür ist, dass der Europäische Gerichtshof die Marktfreiheiten als Unternehmergrundrechte konzipiert hat, die sich von Unionsebene aus parteilich zulasten von Gemeinwohl und sozialem Ausgleich auswirken. Die Folgen wiegen besonders schwer im Bereich des sozialen Ausgleichs durch mitgliedstaatliches Arbeits- und Sozialrecht, weil die Union den Verlust mitgliedstaatlicher Regelungsmöglichkeiten wegen fehlender Kompetenz in diesem Bereich und aus Gründen politischer Uneinigkeit nicht durch eigene Gesetzgebung ausgleichen kann.
- Hinzu tritt das fehlende Verständnis des Europäischen Gerichtshofes, aber auch des Unionsgesetzgebers, für die Bedeutung des Grundsatzes territorialer Arbeitskostengleichheit („gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“). Seine Verwirklichung ist Voraussetzung einerseits dafür, mitgliedstaatliche Sozialstaatlichkeit im Rahmen einer suprastaatlichen Binnenmarktverfassung zu wahren, und andererseits dafür, dass sich die Arbeitnehmer in der Union untereinander nicht in erster Linie als existenzbedrohliche Lohnkonkurrenten wahrnehmen. Der Grundsatz territorialer Arbeitskostengleichheit wiederum verlangt eine Autonomie der mitgliedstaatlichen Arbeits- und Sozialverfassung gegenüber den Marktfreiheiten, welcher heute nicht nur die verfehlt Konzeption der Marktfreiheiten, sondern auch sekundärrechtliche Normen der Union entgegenstehen, namentlich die Richtlinie zur Entsendearbeit und die Verordnung zur Koordinierung der Systeme sozialer Sicherheit.

- Der Europäische Pakt für sozialen Fortschritt vom November 2016, getragen von den maßgeblichen Gewerkschaftsbünden und sozialdemokratischen Parteien aus Schweden, Österreich und Deutschland setzt richtig an: Gefordert wird im Wesentlichen ein Rückbau der Marktfreiheiten von parteilichen Unternehmergrundrechten zu normalen Gleichbehandlungsgeboten und ein wirksamer Ausschluss von leistungsfeindlichem transnationalem Wettbewerb, der rein auf der Basis von Arbeitskosten ausgetragen wird.
- Diese Forderungen des Europäischen Paktes für sozialen Fortschritt lassen sich in einfache und klare Änderungen des Primärrechts der Union gießen. Diese Änderungen laufen keinesfalls auf einen Bruch mit den Grundprinzipien der Binnenmarktverfassung hinaus, bringen diese zum Teil sogar erst zu in sich stimmigem Ausdruck.
- Die im Folgenden vorgelegten Fallstudien zu den Feldern Tarifautonomie, staatliche Unternehmenskontrolle und Arbeitnehmerentsendung belegen, dass durch die aus den Forderungen des Europäischen Paktes für sozialen Fortschritt abzuleitenden Änderungen des Primärrechts die liberalistische Voreinstellung der Binnenmarktverfassung der Union effektiv korrigiert würde.
- Insgesamt eignen sich die Vorschläge zu den Änderungen des Primärrechts der Union im Pakt als starke und belastbare Verhandlungsposition im Rahmen einer künftigen Vertragsrevision zur Vertiefung der Integration, jedenfalls für all diejenigen politischen Akteure, die die Interessen der abhängig Beschäftigten in der Europäischen Union vertreten wollen.

B. Fragestellung

I. Das Programm des „Europäischen Paktes für sozialen Fortschritt“

Seit Jahrzehnten wird politisch und wissenschaftlich die Frage diskutiert, ob und wie die Europäische Union nicht nur Wirtschafts- und dann Währungsunion, vielleicht auch Wertegemeinschaft sein kann, sondern wie sie auch zu einer Sozialunion werden kann. Lange Zeit herrschte in dieser Hinsicht ein optimistisches Szenario vor. Zugrunde lag dem die Überzeugung, dass die Integrationsschritte im Bereich des Binnenmarktes und im Hinblick auf einen gemeinsamen Währungsraum auch weitere substantielle Integrationsschritte im Bereich des Sozialen (unter Einschluss von Arbeitsrecht und Tarifvertragssystem) erzwingen würden. In dieser Phase lag es gerade für Gewerkschaften und sozialdemokratische Parteien nahe, jedem Integrationsschritt mit Blick auf das große Ganze erfreulich entgegenzusehen, weil hier die Auffassung bestand, dass durch jede Vertiefung auch immer die eigentlich angestrebte Gesamtdynamik befördert würde. Diese würde am Ende zu einer Art „Europäischen Republik“ führen, also zu einem staatlichen Gebilde, das politisch-demokratisch integriert und im Bereich des Sozialen einschlägig handlungsfähig ist. So wäre schließlich das zwischenzeitlich auf mitgliedstaatlicher Ebene verlorene soziale Steuerungsvermögen auf höherer Ebene wiedergewonnen.

Nach dem Scheitern des Verfassungsvertrages wurden zunächst die Etiketten von „Vereinigte Staaten von Europa“ oder von „Europäischer Republik“ im politischen Raum gestrichen, inzwischen sind sie auch aus der wissenschaftlichen Diskussion verschwunden. Weiterhin hat die Auffassung an Boden gewonnen, dass die Herausbildung einer demokratischen und sozialen Union doch keine integrationsdynamische Notwendigkeit darstellt, sondern gravierenden Hürden begegnet. Dabei ist für aufgeschlossene Beobachter immer klarer geworden, dass diese Hürden nicht allein und auch nicht in erster Linie auf provinzieller Engstirnigkeit der politischen Repräsentanten der Mitgliedstaaten beruhen. Vielmehr gründet sie in der vielschichtigen Heterogenität der 27 Mitgliedstaaten, die ihrerseits nicht im leeren Raum, sondern im Rahmen einer globalisierten Weltwirtschaft agieren.

Auf dieser Grundlage ist bei vielen politischen und wissenschaftlichen Beobachtern die Einsicht gereift, dass – welche Gestalt die Union in einer fernerer Zukunft auch immer annehmen mag – in der Gegenwart eine Politik zur Stärkung des Sozialen in der Union sich jedenfalls immer auch darauf fokussieren muss, dass das Unionsrecht die sozialstaatlichen

Gestaltungsmöglichkeiten auf mitgliedstaatlicher Ebene wenigstens nicht allzu sehr beeinträchtigt.¹ Für diese Fokussierung gibt es allen Anlass. Denn immer stärker hat die mitgliedstaatliche Gemeinwohlerfolgung, hat insbesondere das mitgliedstaatliche Arbeits- und Sozialrecht und haben schließlich auch Tarifvertragsparteien strenge Vorgaben der Binnenmarktverfassung, also Marktfreiheiten und Wettbewerbsrecht einzuhalten. Daneben treten die Funktionsimperative des Euro, die den Ländern mit einem Leistungsbilanzdefizit gravierende Anpassungslasten auferlegen, die sie nicht zuletzt durch Umgestaltungen ihrer Tarifvertragssysteme zulasten der Gewerkschaften und durch den Abbau sozialer Sicherheit erfüllen müssen.

Einige Beobachter wehren sich immer noch gegen eine solche Einschätzung der Lage.² Sie argumentieren allerdings nicht mit realen Entwicklungen oder Strukturen, sondern sie berufen sich auf den Text der Unionsverträge: Die Union sei zur sozialen Marktwirtschaft erklärt (Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV) ; mit der sozialen Querschnittsklausel sei eine Art Sozialstaatsprinzip verankert (Art. 9 AEUV); die EU-Grundrechte-Charta enthielte soziale Grundrechte (Art. 27-38 EU-GRC) und es sei jüngst zusätzlich eine „europäische Säule sozialer Rechte“³ proklamiert worden; es gebe ein Beschäftigungskapitel (Art. 145-150 AEUV); es gebe ein Sozialkapitel (Art. 151 AEUV) und darauf beruhende Unionsgesetzgebung; die Entgeltgleichheit der Geschlechter sei garantiert (Art. 157 AEUV), und so fort. Diese Beobachter würden den unionsrechtlichen Einschränkungen sozialer Errungenschaften gerne mit den üblichen Forderungen nach „mehr Integration“, also die Übertragung weiterer Kompetenzen auf die Union, und „mehr Demokratie“, also die Stärkung des Europäischen Parlamentes, begegnen.⁴ Doch das funktioniert im Bereich des Sozialen nicht. Das ist schon oft erklärt worden⁵ und sei darum nur noch einmal knapp wiederholt:

¹ Sacha Garben, in: *European Constitutional Law Review* 13 (2017), S. 23 ff.; Christian Joerges, *Social Justice in an ever more diverse Union*, in: Vandenbrouke / Barnard / De Baere (Hrsg.), *A European Social Union after the Crisis*, Cambridge 2017, S. 92 ff.; wegweisend: Fritz Scharpf, *Regieren in Europa: Effektiv und demokratisch*, Frankfurt a. M. 1999.

² Zu diesen zählen die Richter des Zweiten Senats im Bundesverfassungsgerichts, welche die Entscheidung zum Vertrag von Lissabon gefällt haben: BVerfG, Urt. v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 at al., in: BVerfGE 123, 267, 427 ff. – *Vertrag von Lissabon*.

³ Verfügbar unter https://ec.europa.eu/commission/publications/european-pillar-social-rights-booklet_de

⁴ Repräsentativ Hauke Brunkhorst, *Auswege aus der technokratischen Falle*, in: *Leviathan* 42 (2014), S. 508 ff.

⁵ Zum Beispiel: Wolfgang Streeck, *Gekaufte Zeit: Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus*, Berlin 2013, S. 141 ff.; Claus Offe, *The European Model of „Social Capitalism“: Can it Survive European Integration*, in:

Die ökonomische, regulatorische und politische Heterogenität in der Union ist gegenwärtig und auf absehbare Zeit zu groß, als dass auf Unionsebene eine Politik des Sozialen formuliert, geschweige denn durchgesetzt werden könnte, die auch nur annähernd das Niveau in den entwickelten Sozialstaaten innerhalb der Union erreichen könnte. Darum würde es nichts helfen, wenn die Union auch im Bereich des Sozialen ganz umfassende Kompetenzen erhielte. Zudem sind die für das Soziale problematischen Entwicklungen vielfach Produkt einer „Integration durch Recht“⁶, und das meint keine Integration durch politische Rechtssetzung, sondern durch juristische Rechtsanwendung seitens des Europäischen Gerichtshofes.⁷ Auf den juristischen Modus der Integration aber hat das Europäische Parlament von vornherein keinen politischen Zugriff, jedenfalls dann, wenn es – wie so häufig – um die Anwendung von Primärrecht geht.

Angesichts der Untauglichkeit dieser üblichen pro-integrationistischen Antworten, wollen Gewerkschaften und sozialdemokratische Parteien aus Österreich, Schweden und Deutschland einen anderen Kurs einschlagen. Sie haben auf einem Spitzentreffen Ende November 2016 den „Europäischen Pakt für sozialen Fortschritt“⁸ geschlossen. Dieser Pakt knüpft an die Forderung des Europäischen Gewerkschaftsbundes (EGB) nach der Verabschiedung eines „Protokolls zum sozialen Fortschritt“ an.⁹ Der EGB hatte diese Forderung 2008 in Reaktion auf Entscheidungen des EuGH zu unionsrechtlichen Begrenzungen der Tarifautonomie aufgestellt, um diese Entscheidungen durch Änderung des Primärrechts zu korrigieren. Die Forderung des sozialen Fortschrittsprotokolls haben Gewerkschaften und Sozialdemokraten in der Dreiländerinitiative nun aufgegriffen und im besagten „Europäischen Pakt für sozialen Fortschritt“ präzisiert und fortentwickelt.

Journal of Political Philosophy 11 (2003), S. 437 ff.; Alexander Somek, *Concordantia Catholica. Exploring the Context of European Anti-Discrimination Law and Policy*, in: *Transnational Law and Contemporary Problems* 15 (2005), S. 959 ff.; Florian Rödl, *Arbeitsverfassung*, in: Bogdandy / Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Berlin 2009, S. 855 ff., insbes. 877 ff.

⁶ Prägend der Titel des Sammelbandes Cappelletti / Seccombe / Weiler (Hrsg.), *Integration Through Law. Vol 1*, 1986; siehe Ulrich Haltern, *Integration durch Recht*, in: Bieling / Lerch (Hrsg.), *Theorien europäischer Integration*, Berlin 2006, S. 399 ff.

⁷ Ein zentrales Feld der Integration durch Recht ist bis heute die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu den Marktfreiheiten, die unter C.III. ausführlich dargestellt wird.

⁸ Allianz für ein soziales Europa aus SPD, SPÖ, SAP, DGB, ÖGB, und LO, *Ein Europäischer Pakt für sozialen Fortschritt*, Wien 2016, verfügbar unter: <http://www.dgb.de/themen/++co++14093cce-b620-11e6-a970-525400e5a74a>.

⁹ Ausformulierter Vorschlag verfügbar unter: https://www.etuc.org/IMG/pdf/social_progress_protocol_DE.pdf.

Unter Punkt 2 hält der Europäische Pakt folgende primärrechtspolitische Forderungen sinngemäß fest:

1) Die Verpflichtungen der Union auf soziale Marktwirtschaft und sozialen Fortschritt müssen so gefasst werden, dass darin starke Rechte der Beschäftigten eingeschlossen und transnationaler Wettbewerb auf Basis von Lohn und Arbeitsbedingungen ausgeschlossen ist.

2) Die Marktfreiheiten dürfen nicht als Verbot ungerechtfertigter Beschränkungen verstanden werden, sondern sie sollen lediglich Ansprüche auf Gleichbehandlung gewähren.

3) Soziale Grundrechte müssen im Konfliktfall Vorrang vor Marktfreiheiten und Wettbewerbsregeln erhalten.¹⁰

Diese Forderungen bilden ein politisches Programm zur Stärkung sozialer Rechte und zum Schutz sozialer Errungenschaften. Sie bedürfen allerdings noch weiterer rechtlicher Ausarbeitung. Die ist konkret daran zu messen, ob sie für die hier ausgemachte problematische Entwicklung der rechtlichen Integrationsdynamik tatsächlich Abhilfe schafft. Dies will die vorliegende Studie belastbar leisten. Sie entwickelt Vorschläge für Reformen auf der Ebene des Primärrechts und führt anschließend anhand dreier einschlägiger Referenzgebiete exemplarisch vor, dass die erhoffte juristische Leistung auch tatsächlich erbracht wird. Auf solcher Grundlage können die Forderungen des „Europäischen Paktes für sozialen Fortschritt“ am Ende auch zu einer belastbaren Verhandlungsposition avancieren.

Die Geschichte der bisherigen Auseinandersetzungen um eine Verankerung des Anspruchs einer sozialeren Ausrichtung der Union hat die Notwendigkeit einer solchen Prüfung gezeigt. So wurde im Vertrag von Amsterdam (1997) unter der Vorherrschaft sozialdemokratischer Regierungen in den europäischen Institutionen dem Vertrag ein Beschäftigungskapitel eingefügt. Es blieb ohne jede Auswirkung. Vor allem in den Verhandlungen um den Verfassungsvertrag (2003) wurde viel Mühe auf einzelne Vertragsregelungen gelegt, etwa die Festlegung der Union als soziale Marktwirtschaft oder die sog soziale Querschnittsklausel, oder auch die sozialen Rechte in der EU-Grundrechtecharta. An keiner Stelle wurde systematisch überprüft, welche rechtliche Kraft die einschlägigen Normen eigentlich entfalten könnten. Die Ergebnisse waren am Ende ernüchternd.

¹⁰ Ein Europäischer Pakt für sozialen Fortschritt, 2016, <http://www.dgb.de/themen/++co++14093cce-b620-11e6-a970-525400e5a74a>, S. 3.

II. Stand der Diskussion

Mit diesem Ansatzpunkt bestellt die Studie insgesamt neues Feld, auch wenn sie nicht die einzige Stimme ist, die sich bislang zu primärrechtlichen Reformoptionen geäußert hat, mit deren Hilfe die Problematik des Sozialen im europäischen Integrationsprozess zumindest gemildert werden soll.

So hat Thorsten Kingreen, Rechtswissenschaftler und Professor für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Gesundheitsrecht an der Universität Regensburg, den Entwurf des EGB zu einem Sozialen Fortschrittsprotokoll einer kritischen Würdigung unterzogen.¹¹ Dieses Gutachten hat instruktiv gewisse Schwächen des EGB-Vorschlags markiert, etwa gerade die Entscheidung für die Form eines Protokolls anstelle der Form einer Vertragsänderung. Die wichtigste Kritik beruht aber auf einem – vom Wortlaut des EGB-Vorschlags nahegelegten – konzeptionellen Missverständnis, auf das unten ausführlich einzugehen sein wird.¹² Weiterhin überschätzt Kingreen die Verwirklichungschancen der von ihm als Alternative angebotenen Möglichkeit einer sekundärrechtlichen Umsetzung der Intentionen des Protokolls. Schließlich blieb die Integrationsdynamik der Marktfreiheiten, die der „Europäische Pakt für sozialen Fortschritt“ zurecht prominent thematisiert, in jenem Gutachten aufgrund der Fragstellung außer Betracht.¹³

Darüber hinaus hat Martin Höpner, Politologe und Professor am Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung in Köln, ein Diskussionspapier vorlegt, in dem er Optionen einer Reform des EU-Rechts unter dem Aspekt des Sozialen vorstellt und sortiert.¹⁴ Die vorliegende Studie konzentriert sich demgegenüber auf diejenigen Reformoptionen, die durch das Programm des Europäischen Paktes aufgegriffen wurden. Sie entwickelt diese Optionen unter rechtswissenschaftlichem Fokus weiter. Die Analysen können darum am

¹¹ Thorsten Kingreen, Soziales Fortschrittsprotokoll, Potenzial und Alternativen, 2014, verfügbar unter http://www.hugo-sinzheimer-institut.de/fileadmin/user_data_hsi/Veroeffentlichungen/HSI_Schriftenreihe/Thorsten_Kingreen.pdf.

¹² Dazu unten D.III.1.

¹³ Tatsächlich ist, wie weiter unten über die Nachweise deutlich werden wird, gerade die Arbeit von Kingreen wegweisend für die Kritik an der geltenden Konzeption der Marktfreiheiten, vgl. Thorsten Kingreen, Grundfreiheiten, in: Bogdandy / Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Auflage, Berlin 2009, S. 705 ff.

¹⁴ Martin Höpner, Grundfreiheiten als Liberalisierungsgebote? Reformoptionen im Kontext der EU-Reformdebatte, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Discussion Paper 17/10, Köln 2017, online verfügbar unter: <http://www.mpifg.de/people/mh/paper/Hopener2017GrundfreiheitenalsLiberalisierungsangebote.pdf>

Ende in konkrete Regelungsvorschläge münden, deren Tragfähigkeit für die ausgewählten Referenzgebiete abschließend vorgeführt wird.

III. Durchsetzungschancen

Wenn damit das Gewicht der Studie darauf liegt, ein primärrechtliches Programm mit konkreten und belastbaren Regelungsentwürfen zu untersetzen, wirft dies schließlich die Frage nach den Aussichten der Durchsetzung dieses Programms auf.

Diese stehen besser als man vermuten möchte, den politischen Willen auf Seiten von Gewerkschaften und sozialdemokratischen Parteien vorausgesetzt. Denn eine weitere Vertiefung der Wirtschafts- und Währungsunion (als solche) steht auf der Tagesordnung. Mit der Präsidentschaft Macrons in Frankreich und einer auch in Zukunft sicherlich pro-europäischen deutschen Bundesregierung sind dafür neue politische Spielräume entstanden.

Wie jede vorangegangene Änderung des Primärrechts wird die Durchsetzung einer zukünftigen Vertragsänderung entscheidend von der Zustimmung seitens der europäischen Gewerkschaften abhängen. Die Geschichte der jüngeren Vertragsänderungen, namentlich das Scheitern von Volksabstimmungen, hat das eindrucksvoll demonstriert: Wenn die Gewerkschaftsverbände (und sozialdemokratische Parteien, die keine Regierungsverantwortung tragen) in den Mitgliedstaaten nicht mit großer Kraft für die entsprechende Änderung eintreten, wird es sehr schwierig.

Diese Konstellation stattet die Gewerkschaften mit einer starken Verhandlungsposition aus. Es käme nur darauf an, diese Macht für ein politisch überzeugendes und juristisch tragfähiges Programm zu mobilisieren. Den Vorwurf eines Wechsels in das antieuropäische Lager müsste man nicht fürchten. Denn der Einsatz für das Programm des Europäischen Paktes für sozialen Fortschritt wäre sicherlich kein Ausdruck nationalistischer Haltung. Unter den Vorzeichen der Legitimationskrise der Union, die sich nicht zuletzt im politischen Machtgewinn rechtspopulistischer Parteien zeigt, ist das Programm des Europäischen Paktes ausgesprochen proeuropäisch, weil es auf dieser Grundlage deutlich leichter würde, das Erreichte zu bewahren und die Chancen für eine weitere Integration nicht endgültig zu verspielen.

IV. Aufbau der Studie

Der „Europäische Pakt für sozialen Fortschritt“ antwortet auf eine rechtliche Problematik, die im folgenden Teil (C.) entfaltet wird. Gegenstand der Problematik ist die über viele Jahre

schrittweise erfolgte Transformation der wirtschaftlichen Integration der Mitgliedstaaten in eine liberalistische Binnenmarktverfassung, die in erster Linie auf den EuGH zurückgeht. Die zentralen juristischen Schritte in dieser Transformation werden hier nachgezeichnet.

Vor dem Hintergrund dieser Analyse werden anschließend (D.) diejenigen Optionen zu einer Reform der Binnenmarktverfassung dargestellt, die der „Europäische Pakt für sozialen Fortschritt“ aufgegriffen hat.

Den letzten Teil (E.) bilden drei Fallstudien, in denen vorgeführt wird, wie durch die vorgeschlagene rechtliche Neujustierung der Binnenmarktverfassung gerade in Feldern, die für das Anliegen demokratisch-sozialer Gesellschaftsgestaltung besondere Bedeutung haben, in der Union tatsächlich neue Freiräume demokratischer Sozialgestaltung gewonnen würden.

C. Die liberalistische Transformation der Binnenmarktverfassung

Die wesentlichen problematischen Implikationen der Binnenmarktverfassung für soziale Politik in den Mitgliedstaaten liegen in der dogmatischen Struktur der Marktfreiheiten begründet, wie sie vom EuGH über die Jahre entwickelt und von der rechtswissenschaftlichen Literatur teilweise unkritisch, teilweise strategisch bewusst befürwortet worden ist.¹⁵ Für das Verständnis der Reichweite der nachteiligen Folgen ist es daher notwendig, zunächst einen vertieften Blick auf die theoretischen Konzepte hinter den Marktfreiheiten zu werfen. Im Folgenden werden deshalb die beiden konkurrierenden Grundverständnisse der Marktfreiheiten vorgestellt, die als „liberalistisches Verständnis“ einerseits und als „föderales Verständnis“ andererseits bezeichnet werden können (I.). Für ein besseres Verständnis des sozialen Gehalts der geltenden Binnenmarktverfassung werden sodann die Auswirkungen der Konzeption des EuGHs gerade auf die Arbeits- und Sozialverfassung der Mitgliedstaaten aufgezeigt (II.). Anschließend wird die dogmatische Entwicklung der Marktfreiheiten in der Rechtsprechung des EuGHs nachgezeichnet (III.).

I. Marktfreiheiten der Union

Das Primärrecht der Europäischen Union garantiert die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28-37 AEUV), die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45-48 AEUV), die Niederlassungsfreiheit (Art. 49-55 AEUV), die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56-62 AEUV) sowie die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit (Art. 63-66 AEUV). Diese Freiheiten werden in der Regel als „Grundfreiheiten“, besser aber – aufgrund ihrer binnenmarktbezogenen Funktion und zur besseren Kontrastierung mit Grundrechten – als „Marktfreiheiten“ bezeichnet. Sie bilden neben dem Wettbewerbsrecht den Eckpfeiler der Binnenmarktverfassung der Union.

1. Missverständnis: Marktfreiheiten als Super-Freiheitsrechte der Unternehmen

Das liberalistische Grundverständnis versteht die Marktfreiheiten als freiheitliche Grundrechte derjenigen, die sich auf sie berufen können. Das sind für die Warenverkehrsfreiheit, die Dienstleistungsfreiheit, die Niederlassungsfreiheit und die Kapitalverkehrsfreiheit in erster Linie Unternehmen. Für die abhängig Beschäftigten bleibt die Arbeitnehmerfreizügigkeit.¹⁶ Mit anderen Worten: mit den Marktfreiheiten erhalten die

¹⁵ Sonja Buckel/Lukas Oberndorfer, Die lange Inkubationszeit des Wettbewerbs der Rechtsordnungen, in: Fischer-Lescano/Rödl/Schmid (Hrsg.), Europäische Gesellschaftsverfassung, Baden-Baden 2009, S. 277-298.

¹⁶ Die Arbeitnehmerfreizügigkeit zielt auf die grenzüberschreitende Mobilisierung des Produktionsfaktors Arbeit. Sie arbeitet darum nicht etwa gegen Unternehmensinteressen; entsprechend können sich neben den Beschäftigten auch Unternehmen darauf berufen.

Unternehmen zusätzliche Grundrechte. Sie können damit staatliche Regulierungsmaßnahmen als Eingriffe in die Marktfreiheiten vor den Gerichten und am Ende vor dem EuGH überprüfen lassen. Lässt sich die mitgliedstaatliche Regelung nicht als Maßnahme verteidigen, die zur Verfolgung eines zwingen Allgemeininteresses geeignet und erforderlich ist, muss sie der Marktfreiheit weichen. Diese grundrechtsartigen Rechte treten neben die wirtschaftlichen Grundrechte auf freie Berufsausübung und Eigentumsschutz, welche in den mitgliedstaatlichen Verfassungen verankert sind und bereits auf dieser Ebene im Interesse der Unternehmen gegen staatlich-demokratische Regulierung streiten, die der Verwirklichung von Gemeinwohlinteressen oder dem sozialen Ausgleich dienen sollen.

Aus Sicht der Unternehmen sind die Marktfreiheiten darum ein schönes Geschenk: Wenn eine staatliche Regelung die Prüfung vor den Grundrechten der Verfassung besteht, bleibt es immer noch möglich, dass sie gegen die grundrechtsartigen Marktfreiheiten verstößt. Die Marktfreiheiten stellen damit eine zweite Ebene des Grundrechtsschutzes dar, der fast ausschließlich den unternehmerischen Interessen dient. Durch die Arbeitnehmerfreizügigkeit wird das nicht ausgeglichen, und zwar aus kategorialen Gründen. Im Ergebnis verschiebt dieser zusätzliche Schutz die Gewichte zwischen Gemeinwohlbelangen und unternehmerischer Freiheit zugunsten von Letzteren.

Diesem Befund kann man nicht durch einen Verweis auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit als angebliches Gegengewicht begegnen. Denn die Arbeitnehmerfreizügigkeit stärkt nicht die Anliegen von Gemeinwohl und sozialem Ausgleich gegenüber unternehmerischen Interessen, sondern sie ermöglicht es in bestimmten wenigen Fällen auch dem einzelnen Arbeitnehmer, eine staatliche Regulierung im Interesse jener Anliegen zu Fall zu bringen. Die Gewichtung im Verhältnis von Gemeinwohlbelangen und unternehmerischer Freiheit bleibt davon unberührt.

Vordergründig liegt ein Unterschied zwischen den Marktfreiheiten und einem Grundrecht noch darin, dass sich nicht jedes Unternehmen in einem Rechtsstreit mit Blick auf eine unliebsame mitgliedstaatliche Regulierung auf die Marktfreiheiten berufen kann. Verlangt ist, dass die unternehmerische Betätigung im Streitfall einen „grenzüberschreitenden Bezug“¹⁷ hat, also einen Bezug zu einem anderen Mitgliedstaat, etwa weil das Unternehmen

¹⁷ Ulrich Forsthoff, in: Grabitz / Hilf / Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Band I, Art. 45, Rn. 55.

dort seinen Sitz hat oder seine vertragliche Leistung Berührung mit einem anderen Mitgliedstaat hat, anschaulich ist dies bei der Einfuhr von Waren. Doch diese Voraussetzung verlangt nur einen geeigneten Kläger, den ein interessiertes Unternehmen leicht in Position bringen kann.¹⁸ Die Voraussetzung eines grenzüberschreitenden Bezugs, die die Marktfreiheit von einem echten Unternehmergrundrecht förmlich unterscheidet, ist darum auf konzeptioneller Ebene ohne Bedeutung.¹⁹

Es gibt keine normativ oder wenigstens historisch tragfähige Begründung dafür, dass die Marktfreiheiten eine solche Funktion als zusätzliches Unternehmergrundrecht erfüllen sollen. Dies ist aber leider das Verständnis, das viele einflussreiche Europarechtler vertreten.²⁰ Als Anhänger des europäischen Einigungsprojekts haben sie dieses Verständnis entweder dezidiert wirtschaftsfreundlich übernommen oder halten es vielleicht in dem Sinn für zwingend, dass aus ihrer Sicht eine Kritik an diesem Verständnis zugleich eine Absage an die europäische Integration darstelle. Nichts trifft weniger zu. Das liberalistische Verständnis der Marktfreiheiten ist mit dafür verantwortlich, dass die Europäische Union vielfach als „ein kapitalistisches Projekt für Privilegierte“²¹ wahrgenommen wird. Wer sich vor diesem Hintergrund gegen das gesellschaftlich parteiliche liberalistische Verständnis der Marktfreiheiten wendet, arbeitet nicht gegen die europäische Integration, sondern daran, dass die europäische Integration politisch wieder eine Chance erhält.

2. Richtig: Marktfreiheiten als föderale Gleichheitsrechte

Das richtige Verständnis der Marktfreiheiten versteht diese nicht als Freiheits- sondern als Gleichheitsrechte.²² Gleichheitsrechte schützen nicht vor unverhältnismäßigen

¹⁸ Anschaulich dafür aus jüngerer Zeit die Entscheidung AGET Iraklis: Eine französische Gesellschaft hält die Mehrheit an einer griechischen Aktiengesellschaft und kann sich darum auf die Niederlassungsfreiheit berufen. Auf dieser Basis kann sie dann das griechische Recht der Massenentlassung angreifen, EuGH, Urteil vom 12. Dezember 2016, AGET Iraklis, C-201/15, EU:C:2016:972.

¹⁹ In der Praxis kommt hinzu: In Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV prüft der EuGH das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs selbst nicht, sondern überlässt dies den mitgliedstaatlichen Gerichten. Die ignorieren diese Anforderung bisweilen oder setzen sich bewusst darüber hinweg, so dass auch schon reine Inlandsfälle mitgliedstaatliche Regelungen zu Fall gebracht haben (etwa EuGH, Urteil vom 5. Dezember 2000, Guimont, C-448/98, EU:C:2000:663, Rn. 23. In Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV, die mit wenigen Ausnahmen von Seiten der Kommission angestrengt werden, wird die mitgliedstaatliche Regelung ohnehin fallunabhängig überprüft.

²⁰ Stellvertretend Dirk Ehlers, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, Berlin 2015, § 7 Rn. 28.

²¹ Thorsten Kingreen, in: Calliess / Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, Art. 36 Rn. 66

²² Thorsten Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Schriften zum Europäischen Recht Bd. 56, Berlin 1999, S. 84 ff.; Ders., Grundfreiheiten, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Auflage, Berlin 2009, S. 705-748, 726 ff. Die Rückkehr zum

Beschränkungen unternehmerischen Handelns, sondern sie schützen vor ungerechtfertigten Benachteiligungen ausländischer Unternehmen.²³ So verstanden liefern die Marktfreiheiten keine zweite und auch noch übergeordnete Ebene unternehmerischer Freiheitsrechte, sondern etwas strukturell völlig Verschiedenes. Sie liefern Unternehmen Ansprüche auf Gleichbehandlung mit inländischen Unternehmen. Beschränkungen zur Verwirklichung von Gemeinwohl oder sozialem Ausgleich lassen sich auf Grundlage eines Gleichheitsrechts nicht angreifen, solange die entsprechenden Regelungen ausländische Unternehmen gegenüber inländischen nicht benachteiligen.

Solche Art Gleichheitsrechte haben ihren Sinn in einer Föderation wie der Union, in der die konstituierenden Einheiten (in der Union also die Mitgliedstaaten) erhebliche wirtschaftsregulative Kompetenz behalten haben, in der aber doch alle spezifischen Schranken des Wirtschaftsverkehrs zwischen den Einheiten aufgehoben sein sollen.²⁴ Wenn zur Beseitigung der spezifischen Schranken nicht einfach die regulative Kompetenz der Mitgliedstaaten aufgehoben oder marginalisiert werden soll, besteht jedoch die Gefahr, dass die Regierungen ihre regulativen Kompetenzen nutzen, um die inländischen Marktakteure zu bevorzugen. Die Marktfreiheiten liefern eine Antwort auf diese spezifische Gefahr. Denn sie verlangen, dass inländische und ausländische Unternehmen gleichbehandelt werden. Sie sind darum nur einschlägig, wenn eine Ungleichbehandlung vorliegt.

Als grundsätzlich verbotene Ungleichbehandlung zählt natürlich eine Regelung, die rechtlich an der ausländischen Herkunft des Unternehmens oder dem grenzüberschreitenden Bezug seiner Leistungen anknüpft. Damit dieses Verbot vom Mitgliedstaat nicht einfach umgangen werden kann, zählt es ebenfalls als eine verbotene Ungleichbehandlung, wenn eine vordergründig neutrale Regelung faktisch überwiegend entsprechende Unternehmen oder Leistungen belastet, sofern diese ungleiche Belastung nicht von einem vernünftigen Grund getragen wird.

Auf Basis der gleichheitsrechtlich verstandenen Marktfreiheit resultieren keine Einwände gegen Beschränkungen unternehmerischer Freiheit. Die Beschränkungen müssen nur im

Diskriminierungsverbot befürwortet auch der ehemalige Generalanwalt Miguel Poiares Maduro, Schlussantr. Alfa Vita Vassilopoulos, C-158 und 159/04, EU:C:2006:212, Rn. 41 ff.

²³ Etwas präziser geht es um Unternehmungen mit Auslandsbezug, darunter fallen etwa auch inländische Exportunternehmen.

²⁴ Die Vereinigten Staaten sind der zweite Anschauungsfall einer solchen Föderation. Die Bundesrepublik gehört nicht dazu, weil die regulativen Kompetenzen der Bundesländer marginal sind.

erläuterten Sinn gleichmäßig für inländische und mitgliedstaatliche Unternehmen erfolgen. Die damit verbundene Einschränkung der Gestaltungsfreiheit des einzelnen Mitgliedstaates ist deutlich weniger einschneidend, als bei einem freiheitsrechtlichen Verständnis. Eine relevante Verschiebung der Gewichte von unternehmerischer Freiheit einerseits und den Belangen von Gemeinwohl und sozialem Ausgleich andererseits findet nicht statt.

II. Arbeits- und Sozialverfassung der Mitgliedstaaten

Im Vergleich mit modernen Sozialstaaten weist die Union eine grundlegend andere Struktur auf: Im modernen Sozialstaat sind Wirtschaftsverfassung einerseits und Arbeits- und Sozialverfassung andererseits integriert. Im Unterschied dazu konstituiert das Primärrecht der Union mit dem Binnenmarkt nur eine Wirtschaftsverfassung. Eine Arbeits- und Sozialverfassung der Union gibt es nicht.

Wenn von „Arbeitsverfassung“ oder „Sozialverfassung“ gesprochen wird, so ist damit der Teil einer Verfassung angesprochen, der den Bereich der abhängigen Arbeit und den Bereich des sozialen Ausgleichs regelt.²⁵ Dazu gehören Programmsätze, Grundrechtspositionen und Kompetenzen. Anders als in der Wirtschaftsverfassung sind für die Arbeits- und Sozialverfassung die Kompetenzen von zentraler Bedeutung: Wenn eine verfassungsrechtliche Einheit im Bereich der Arbeit oder des Sozialen keine Kompetenzen hat, dann kann sie die etwaigen Programmsätze nicht verwirklichen und die Grundrechte nicht gewährleisten, weil diese im Bereich von Arbeit und Sozialem meist einer einfachgesetzlichen Ausgestaltung bedürfen. In Deutschland etwa finden sich die Kompetenznormen in Art 72 Nr. 12 und 7 Grundgesetz: Der Bund hat eine umfassende Kompetenz für das Arbeitsrecht und das Sozialrecht (Sozialversicherung und Existenzsicherung). In Österreich ist in Art 10 Nr. 11 Bundesverfassungs-Gesetz maßgeblich: Gesetzgebung im Arbeitsrecht und im Sozialversicherungswesen ist Bundessache.

Auf europäischer Ebene stellt sich die Konstellation gänzlich anders dar. Während das EU-Recht reich an sozialen Programmsätzen und sozialen Grundrechten ist²⁶, fehlt es an hinreichenden Kompetenznormen. Es besteht lediglich eine Kompetenz zur Regelung von

²⁵ Florian Rödl, Arbeitsverfassung, in: Bogdandy / Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Auflage, Berlin 2009, S. 855-904.

²⁶ Etwa der bereits erwähnte Solidaritätsabschnitt der EU-Grundrechtecharta, sowie die soziale Querschnittsklausel des Art. 9 AEUV.

Mindestarbeitsbedingungen in Art. 153 Abs. 2 lit. b AEUV. Für das kollektive Arbeitsrecht und die wesentlichen Bereiche des Sozialrechts besteht hingegen keine Kompetenz.²⁷

Dieser Punkt wird bei den Diskussionen um die Zukunft der „Sozialunion“ immer wieder übersehen oder ignoriert. Man konzentrierte sich auf soziale Programmsätze und Proklamationen sozialer Rechte²⁸, die aber weitgehend wirkungslos sind, wenn es an Kompetenzen zu ihrer Verwirklichung und Ausgestaltung fehlt. Es hat aber auch wenig Sinn, für die weitere Übertragung von Kompetenzen im Bereich von Arbeit und Sozialem zu werben. Denn die Union vermag diese aufgrund der Heterogenität der Mitgliedstaaten mit Blick auf sozioökonomische Lage, sozialstaatliche Struktur und gesellschaftspolitische Präferenzen ohnehin nicht zu nutzen. Anschaulich wird dies am Umgang mit der oben genannten Kompetenz zur Regelung von Mindestarbeitsbedingungen: jenseits von Änderungen bereits bestehender Richtlinien liegt sie seit vielen Jahren brach. In der Regel fehlen schon in der Kommission der politische Wille und im Rat der EU die erforderlichen Mehrheiten. Aber selbst in Phasen, in denen der Rat sozialdemokratisch dominiert ist (etwa 1998-2002) scheitern anspruchsvollere Vorhaben schon im Ansatz aufgrund der ökonomischen und regulatorischen Homogenität der Mitgliedstaaten.

Die fehlende Kongruenz zwischen der Wirtschafts- und der Arbeits- und Sozialverfassung auf EU-Ebene hat eine strukturelle Konsequenz für die Entwicklung des Sozialen im Rahmen der Union: Im modernen Sozialstaat werden beide Verfassungen durch politische Gesetzgebung vermittelt, das heißt durch Gesetzgebung, um die kontrovers gestritten wird und die am Ende demokratisch legitimiert ist. Politische Gesetzgebung entscheidet (immer wieder neu), wie weit die Wirtschaftsverfassung reicht und wo ihr auf der Grundlage der Arbeits- und Sozialverfassung Grenzen zu setzen sind. Da nun aber im Zuge der europäischen Integration die Wirtschaftsverfassung für die Mitgliedstaaten inzwischen weitgehend auf Unionsebene konstituiert wird, scheidet eine politische Vermittlung mit der weiterhin mitgliedstaatlich

²⁷ Ausführlich hierzu: Florian Rödl, Arbeitsverfassung, in: Bogdandy / Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Auflage, Berlin 2009, S. 855, 869 ff.

²⁸ Einen jüngsten Höhepunkt bildet die Proklamation der europäischen Säule sozialer Rechte auf dem Sozialgipfel in Göteborg im November 2017: Europäisches Parlament, Europäische Kommission, Rat der Europäischen Union, Europäische Säule Sozialer Rechte, Broschüre 2017, https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_de.pdf. Charakteristischerweise bleibt dunkel, wie sich die neue Säule zu EU-Grundrechtecharta (Abl. EU, Nr. C 202 vom 7.6.2016, S. 389), zur Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 09.12.1989 (COM (1989) 248 final) und zur Europäischen Sozialcharta des Europarates vom 18.10.1961 (am 05.05.1988 und 21.10.1991 ergänzt und revidiert am 03.05.1996, SEV Nr. 163) verhält.

konstituierten Arbeits- und Sozialverfassung aus. Es bleibt darum nur eine rechtliche Vermittlung.

1. Missverständnis: Vorrang der Binnenmarktverfassung

Die lediglich rechtliche Vermittlung der Wirtschafts- sowie der Arbeits- und Sozialverfassung auf europäischer Ebene birgt zwei wesentliche Probleme. Das erste betrifft die Zuordnung legislativer Kompetenzen. Angesichts der Beschränkung der Union auf die Wirtschaftsverfassung sollten auch die legislativen Kompetenzen der Union eigentlich nur diesen Bereich abdecken; in den Verträgen sind sie aber so gefasst, dass sie vielfach Bereiche der Arbeits- und Sozialverfassung einbeziehen, weil Regelungen im letzteren Bereich selbstverständlich immer auch wirtschaftliche Auswirkungen haben. Das führt dazu, dass der Unionsgesetzgeber partikuläre Regelungen auch im Feld der Arbeits- und Sozialverfassung treffen kann.²⁹ Die getroffenen Regelungen folgen aber in erster Linie der Logik des Binnenmarktes, und passen sich schon darum vielfach schlecht in die mitgliedstaatlichen Systeme ein.³⁰ Aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts setzen sie sich im Konfliktfall zudem immer durch. Doch sei diese Problematik hier nicht weiter vertieft.

Einschlägig für die Fragestellung dieser Studie ist hingegen das zweite Problem: Die Marktfreiheiten als Eckpfeiler des Binnenmarktes greifen unterschiedslos auf sämtliche Regeln zu, nicht nur auf wirtschaftliche Regulierungen, sondern eben auch auf Regulierungen im Bereich der Arbeits- und Sozialverfassung. Für die gerichtliche Überprüfung genügt, dass sie ebenfalls die unternehmerische Tätigkeit beeinträchtigen, und das ist natürlich fast immer der Fall.

Ein wesentliches integrationspolitisches Motiv für die extensive Interpretation der Marktfreiheiten durch den EuGH bestand ursprünglich darin, die Mitgliedstaaten unter Einigungsdruck zu setzen. Die Harmonisierung auf der Ebene der Union kam seinerzeit kaum voran. In dieser Lage schien es vielversprechend, die Interpretation der Marktfreiheiten als

²⁹ Florian Rödl, Zu Begriff und Perspektiven demokratischer und sozialer Union, in: Bast/Rödl (Hrsg.), Wohlfahrtsstaatlichkeit und soziale Demokratie in der Europäischen Union, EuR-Beiheft 2013, S. 179-204, 191 ff. Exemplarisch sei nur die Patientenrichtlinie genannt: Diese wurde zur Verwirklichung des Binnenmarktes erlassen, betrifft aber die Gesundheitsversorgung und damit die mitgliedstaatliche Sozialverfassung, Richtlinie 2011/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 09.03.2011 über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, Abl. EU, Nr. L 88/45 vom 04.04.2011.

³⁰ Zu dieser Spannungslage grundlegend Gerd Brüggemeier / Christian Joerges, Europäisierung des Vertrags- und Haftungsrechts, in: Müller-Graff (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1993, S. 233-286.

Instrument der Integrationsdynamik zu nutzen.³¹ Es wurde erwartet, dass die Einigungsbereitschaft der Mitgliedstaaten auf Unionsebene zunehmen würde, um die verlorene mitgliedstaatliche Regulierung durch eine vergleichbare Regulierung auf Unionsebene wieder zu gewinnen. In Verbindung mit der Ablösung der einstimmigen Beschlussfassung im Rat durch Beschlussfassung mit qualifizierter Mehrheit für den Bereich des Binnenmarktes mit der Vertragsänderung von 1987 (sog. Einheitlichen Europäischen Akte)³² ging diese Rechnung auch ein Stück weit auf.

Für Gegenstände der Arbeits- und Sozialverfassung ist das Problem jedoch: Die Union hat in diesem Bereich nur eingeschränkte Kompetenz und selbst soweit sie besteht, wird sie kaum noch genutzt. Das bedeutet, dass anders als im wirtschaftsrechtlichen Bereich den Mitgliedstaaten auf Grundlage der Marktfreiheiten nur Regulierungen gestrichen werden und sie gerade keine realistische Möglichkeit haben, diese durch vergleichbare Regelungen auf Unionsebene zu ersetzen. Damit wird die für den modernen Sozialstaat charakteristische politische Vermittlung von Wirtschaftsverfassung einerseits und Arbeits- und Sozialverfassung andererseits ersetzt durch einen grundsätzlichen rechtlichen Vorrang der Wirtschaftsverfassung.

2. Richtig: Autonomie mitgliedstaatlicher Arbeits- und Sozialverfassung

Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, die Reichweite der Marktfreiheiten konzeptionell auf den wirtschaftsrechtlichen Bereich zu begrenzen.³³ Die Gegenstände der Arbeits- und Sozialverfassung müssen aus dem Anwendungsbereich ausgenommen werden. Es wäre bei der Anwendung der Marktfreiheiten also stets zu qualifizieren, ob es sich bei der angegriffenen Regelung um eine Regelung aus dem Bereich der Arbeits- und Sozialverfassung handelt. Wäre dies zu bejahen, kann die Marktfreiheit keine Anwendung finden.

Dabei ist zusätzlich zu gewärtigen, dass die Arbeits- und Sozialverfassung nicht durch den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber, sondern in vielfacher Hinsicht durch Tarifvertragsparteien und in einigen Mitgliedstaaten auch durch Betriebsparteien ausgestaltet wird. Diese

³¹ Kingreen bezeichnet den EuGH in diesem Zusammenhang als Motor der Rechtsangleichung und die Grundfreiheiten als dessen Treibstoff, Thorsten Kingreen, Grundfreiheiten, in: Bogdandy / Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Auflage, Berlin 2009, S. 705-748, 711 ff.

³² Abl. EU, Nr. L 169/1 ff. vom 29. Juni 1987.

³³ In diesem Sinne schon Christian Joerges / Florian Rödl, Das soziale Defizit des Integrationsprojektes, Kritische Justiz 2008, S. 149-165, 157 ff.

„Normenverträge“ (Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen) liegen ebenfalls im Feld der Arbeits- und Sozialverfassung. Sie müssen darum ebenfalls prinzipiell aus dem Anwendungsbereich der Marktfreiheiten herausfallen.

Sicherlich wird die Grenze zwischen Wirtschaftsverfassung einerseits und Arbeits- und Sozialverfassung andererseits bisweilen schwierig zu ziehen sein. Aber das ist nichts Besonderes. Im Recht gestalten sich Grenzziehungen des Öfteren schwierig, ohne dass darum – jedenfalls von verständiger Seite – die Grenzziehung an sich in Frage gestellt würde.

Allerdings stellt sich die Frage, ob die darüber verschaffte Autonomie denn auch Diskriminierungen aufgrund von Staatsangehörigkeit oder Grenzübertritt erlauben sollen. Ein Beispiel wäre, ob eine gesetzliche Mindestlohnregelung oder eine Tarifnorm ausländische Unternehmen zu höheren Mindestlohnsätzen verpflichten können sollte, als sie inländische Unternehmen zu leisten haben. Dies kann man nur verneinen. Die Achtung des föderalen Gleichheitsrechts ist auch von den Regelungen unter der Arbeits- und Sozialverfassung zu erwarten.³⁴ Vernünftige Ziele im Bereich von Arbeit und Sozialem werden sich regelmäßig auch mit anderen Mitteln verfolgen lassen. Insofern führt auch der Anspruch einer Autonomie der mitgliedstaatlichen Arbeits- und Sozialverfassung zur Korrektur der Konzeption der Marktfreiheiten als liberales Super-Freiheitsrecht. Er formuliert ihn allerdings nicht allgemein, sondern nur und wenigstens für den Bereich der Arbeits- und Sozialverfassung.

Anderes gilt jedoch im Bereich der Arbeitnehmerentsendung. Wenn die Mitgliedstaaten erreichen wollen, dass auf ihrem Territorium der unternehmerische Wettbewerb nicht auf der Basis von Arbeits- und Sozialkosten ausgetragen wird, dann müssen sie den ausländischen Unternehmen dieselben Pflichten auferlegen, wie den inländischen, und sie müssen die Einhaltung dieser Pflichten auch durchsetzen. Das ist an sich ebenfalls eine faktische Gleichbehandlung. Umsetzen lässt sich diese Gleichbehandlung im Faktischen (gleiche Arbeitskostenbelastung) aber bisweilen nur durch förmliche oder auch materielle Ungleichbehandlung. Das ausländische Tarifvertragssystem und die daraus resultierenden Normen müssen womöglich anders behandelt werden, als das inländische. Für Zwecke der Kontrolle muss von ausländischen Unternehmen ein Ansprechpartner im Inland verlangt

³⁴ Für weitergehende Autonomie wohl Brian Bercusson, *The Trade Union Movement and the European Union: Judgement Day*, *European Law Journal* 3/2007, S. 279-308.

werden, für den es beim inländischen Unternehmen naturgemäß keinen Bedarf gibt. Im Bereich der Arbeitnehmerentsendung läuft die Wahrung der Autonomie der mitgliedstaatlichen Arbeits- und Sozialverfassung also darauf hinaus, nicht nur Beschränkungen außer Acht zu lassen, sondern auch Ungleichbehandlungen zu erlauben.

Abschließend sei an dieser Stelle betont: Die Forderung an die Verfassung der Union, die Autonomie der mitgliedstaatlichen Arbeits- und Sozialverfassung zu wahren, führt über die Marktfreiheiten hinaus. Der Anspruch erfasst auch die Autonomie im Verhältnis zum Wettbewerbsrechts der Union und, gegenwärtig besonders dringlich, die Autonomie im Verhältnis zu den rechtlich oder faktisch verbindlichen Auflagen der Union im Bereich der Währungsunion, also Auflagen im Zusammenhang mit Hilfskrediten aus dem ESM oder mit dem Verfahren bei exzessivem makroökonomischen Ungleichgewicht. In diesem Rahmen sind von den Ländern mit einem Leistungsbilanzdefizit gravierende Eingriffe in die Tarifvertragssysteme bis hin zu Eingriffen in laufende Tarifverträge verlangt worden, sowie erhebliche Einschnitte in die soziale Sicherheit.³⁵ Dieser Faden kann hier allerdings nicht weiterverfolgt werden.³⁶ Im Rahmen eines Paktes für sozialen Fortschritt in der Union wäre er eigentlich auch auf der Agenda zu erwarten.

III. Die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGHs

1. Unmittelbare Anwendbarkeit und Vorrang

Grundlage für beide hier vorgestellten Grundverständnisse der Marktfreiheiten, das liberalistische und das föderale, ist die unmittelbare Anwendbarkeit und der Vorrang der Unionsverträge gegenüber nationalstaatlichem Recht. Unmittelbare Anwendbarkeit bedeutet, dass die Unionsverträge kein klassisches Völkerrecht darstellen, aus dem grundsätzlich nur die vertragsschließenden Parteien gegeneinander Rechte und Pflichten ableiten können. Demgegenüber sind die Unionsverträge Teil der jeweiligen mitgliedstaatlichen Rechtsordnung. Sie sind in dieser Rechtsordnung unmittelbar anwendbar mit der Folge, dass sich auch die Subjekte der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung, sowohl

³⁵ AK Wien (Hrsg.), Andreas Fischer-Lescano, Austerität und Menschenrechte, Rechtsgutachten, Wien 2013

³⁶ Dazu aber Jürgen Bast / Florian Rödl / Jörg Philipp Terhechte, Funktionsfähige Tarifvertragssysteme als Grundpfeiler von Binnenmarkt und Währungsunion. Vorschlag für eine Reform der EU-Verträge, Zeitschrift für Rechtspolitik 2015, S. 230-233; zur möglichen Mobilisierung von Art. 28 EU-GRC zum Schutz der Autonomie der Tarifvertragssysteme vor den Stabilisierungsimperativen der Währungsunion Rödl/Callsen, Kollektive soziale Rechte unter dem Druck der Währungsunion, 2015, verfügbar unter http://www.hugo-sinzheimer-institut.de/fileadmin/user_data_hsi/Veroeffentlichungen/HSI_Schriftenreihe/Roedl_Callsen_Art.28_und_Waehrungsunion.pdf.

Bürger als auch Unternehmen, auf Rechtspositionen aus den Unionsverträgen berufen können. Dass es sich so verhält, entschied der EuGH in der Rs. Van Gend & Loos.³⁷

Im Anschluss an die Bejahung unmittelbarer Anwendbarkeit stellte sich die Frage nach der Lösung von Widersprüchen zwischen mitgliedstaatlichem Recht und Unionsrecht. Diese beantwortete der EuGH in der Entscheidung Costa vs. ENEL³⁸ dahingehend, dass das Unionsrecht Vorrang vor dem mitgliedstaatlichen Recht haben solle. In einer weiteren 1970 ergangenen Entscheidung stellte der EuGH ausdrücklich fest, dass dieser Anwendungsvorrang auch gegenüber mitgliedstaatlichem Verfassungsrecht greift.³⁹ Das leuchtet in der Sache ein, weil andernfalls das Unionsrecht nicht in allen Mitgliedstaaten und für alle Unionsbürger einheitlich gelten würde.

2. Entscheidung gegen das föderale Gleichheitsrecht

Auf der Grundlage von unmittelbarer Anwendbarkeit und Vorrang des Unionsrechts konnten sich nun Unternehmen auch in gewöhnlichen Rechtsstreitigkeiten auf die Marktfreiheiten berufen, um mitgliedstaatliche Regulierung zu Fall zu bringen. In dieser Lage musste der EuGH beginnen, den Schutzgehalt der Marktfreiheiten für die Unternehmen genauer auszuarbeiten. Die Weichenstellung erfolgte mit der Entscheidung Dassonville im Jahr 1974.⁴⁰ Dort fiel die Entscheidung zugunsten eines liberalistischen Verständnisses vorerst nur der Warenverkehrsfreiheit als zusätzliches und gegenüber der mitgliedstaatlichen Rechtslage vorrangiges Freiheitsrecht der Unternehmen.

Die Warenverkehrsfreiheit verbietet zunächst mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen (Art. 34 AEUV). Eine „mengenmäßige Einfuhrbeschränkung“ ist schlicht eine staatliche Bezifferung, welche Stückzahl einer Ware eingeführt werden darf. Eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung behandelt im Ausland hergestellte Waren anders als im Inland hergestellte; sie benachteiligt darum ausländische Hersteller und Importeure gegenüber inländischen Herstellern und Unternehmen, die mit Inlandsware handeln.

Neben den mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen sind auch „Maßnahmen gleicher Wirkung“ verboten.⁴¹ Die zentrale Frage war nun, welche Maßnahmen „gleiche Wirkung“

³⁷ EuGH, Urteil vom 5. Februar 1963, Van Gend en Loos, 26/62, EU:C:1963:1.

³⁸ EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964, Costa/ENEL, 6/64, EU:C:1964:66.

³⁹ EuGH, Urteil vom 17. Dezember 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, EU:C:1970:114, Rn. 3.

⁴⁰ EuGH, Urteil vom 11. Juli 1974, Dassonville, 8/74, EU:C:1974:82, Rn. 5.

⁴¹ Gleiches gilt für Ausfuhrbeschränkungen: Art. 35 AEUV.

wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen haben. Die Anforderung „gleicher Wirkung“ konnte entweder bestimmt werden mit isoliertem Blick auf das einzelne Unternehmen. Die Frage lautet dann: Führt eine Regelung dazu, dass der Unternehmer im entsprechenden Mitgliedstaat weniger Waren absetzen kann, als er es ohne diese Regelung könnte? Diese Fragestellung macht die Marktfreiheit zum Freiheitsrecht. Alternativ konnte die Anforderung „gleicher Wirkung“ bestimmt werden mit Blick auf den Vergleich der Behandlung in- und ausländischer Waren. Dann lautete die Frage: beinhaltet die Regelung eine ungleiche Behandlung von inländischen und ausländischen Waren? Diese Fragestellung versteht die Marktfreiheit als föderales Gleichheitsrecht.⁴²

Der EuGH entschied sich für das Verständnis als Freiheitsrecht. Er formuliert als tragenden Grund seiner Entscheidung: „Jede Handelsregulierung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, ist als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen.“⁴³ Von einem Vergleich mit der Behandlung inländischer Waren ist nicht die Rede. Es geht nur darum, ob die Absätze der Importeure oder ausländischer Hersteller beeinträchtigt werden. Zudem wurde ein sehr weites Verständnis der Beschränkung gewählt: unter den Begriff fielen nun auch mittelbare Wirkungen sowie die bloße Möglichkeit einer Beeinträchtigung.

Mit dieser Entscheidung war das freiheitsrechtliche Verständnis der Warenverkehrsfreiheit etabliert. Der EuGH übertrug es auf die übrigen Marktfreiheiten, zunächst auf die Dienstleistungsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit, am Ende auch auf die Kapitalverkehrsfreiheit.⁴⁴ Die erste maßgebliche Entscheidung in diesem Zusammenhang war die Entscheidung Gebhard aus dem Jahr 1995.⁴⁵ Dort ging es um die Niederlassungsfreiheit eines deutschen Rechtsanwalts, dem die Niederlassung in Italien verweigert worden war. Der EuGH formulierte anlässlich dieses Falls für alle Marktfreiheiten einheitlich, dass eine Beschränkung dann vorliege, wenn eine mitgliedstaatliche Regelung die Ausübung der jeweiligen Marktfreiheit behindern oder weniger attraktiv machen könnte. Ein Vergleich der Betroffenheit in- und ausländischer Unternehmer spielte wiederum keine

⁴² Zum Konzept des Gleichheitsrechts siehe oben C.I.2).

⁴³ EuGH, Urteil vom 11. Juli 1974, Dassonville, 8/74, EU:C:1974:82, Rn. 5.

⁴⁴ Dazu genauer unter E.II.2).

⁴⁵ EuGH, Urteil vom 30. November 1995, Gebhard, C-55/94, EU:C:1995:411, Rn. 37.

Rolle. So wurde das falsche freiheitsrechtliche Verständnis zur Grundlage aller Marktfreiheiten.

3. Entscheidung gegen die Autonomie mitgliedstaatlicher Arbeits- und Sozialverfassung
Der mitgliedstaatlichen Arbeits- und Sozialverfassung erkannte der EuGH zu keinem Zeitpunkt eine besondere Stellung zu. Auch wenn die Beschränkung einer Marktfreiheit auf eine Regulierung im Bereich der Arbeits- und Sozialverfassung zurückging, kam sie zu Fall, auch wenn die Verabschiedung einer entsprechenden Harmonisierung auf Unionsebene ausgeschlossen war.

Zwar lagen dem EuGH schon vergleichsweise früh Fälle zur Vorabentscheidung vor, die er zum Anlass hätte nehmen können, eine bereichsbezogene Begrenzung der Reichweite der Marktfreiheiten vorzunehmen.⁴⁶ Es ging um Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit durch Arbeitszeitrecht, und zwar in einer Phase, als die Union im Bereich der Arbeitsbedingungen noch keinerlei Kompetenz innehatte. In diesen Fällen hätte der EuGH die Prüfung einer Marktfreiheitsbeschränkung durchaus mit Blick auf die Kompetenzlage versagen können. In den Entscheidungen betont der EuGH sogar die damals noch ausschließliche Kompetenz der Mitgliedstaaten im Bereich des Arbeitszeitrechts.⁴⁷ Doch hieraus leitete er nur ab, dass die Mitgliedstaaten darum befugt seien, den Gemeinwohlzweck des Arbeitnehmerschutzes weiterhin durch eigene Arbeitszeitregelungen zu verfolgen. Konsequenzen für die Reichweite der Marktfreiheit oder für den Begriff ihrer Beschränkung ergaben sich daraus aber nicht. Mit anderen Worten: nicht nur im noch nicht harmonisierten Bereich, sondern auch im kraft Kompetenzlage nicht harmonisierbaren Bereich durften die Mitgliedstaaten die korrespondierenden Gemeinwohlbelange zwar verfolgen, aber eben nur unter strikter Wahrung der Marktfreiheiten.

Auch in dem Moment, in dem die Problematik in den Fällen Viking⁴⁸ und Laval⁴⁹ dramatisch augenfällig wurde, sah sich der EuGH nicht zu einer Korrektur veranlasst. In diesen Fällen hatte er über Marktfreiheitsverletzungen durch die Ausübung von Streikrecht zu urteilen. Obgleich das Streikrecht letztlich das Rückgrat der modernen Arbeitsverfassung bildet,

⁴⁶ EuGH, Urteil vom 14. Juli 1981, Oebel, 155/80, EU:C:1981:177 und Urteil vom 28. Februar 1991, Conforama, C-312/89, EU:C:1991:93.

⁴⁷ EuGH, Urteil vom 28. Februar 1991, Conforama, C-312/89, EU:C:1991:93, Rn. 11.

⁴⁸ EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2007, Viking, C-438/05, EU:C:2007:772.

⁴⁹ EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2007, Laval, C-341/05, EU:C:2007:809.

unterstellte der EuGH die Ausübung des Streikrechts den Marktfreiheiten in gleicher Weise, wie jede staatliche Maßnahme aus jedem anderen beliebigen anderen Feld auch.

Die öffentliche Kritik an diesen Entscheidungen war scharf und sie kam für die Richter des EuGHs überraschend. In Reaktion hierauf warb eine Generalanwältin eindringlich dafür, dieser Kritik zumindest konzeptionell ein Stück weit entgegenzukommen.⁵⁰ Sie schlug zwar nicht vor, die mitgliedstaatliche Arbeitsverfassung aus dem Anwendungsbereich der Marktfreiheiten herauszunehmen, sondern sie fokussierte lediglich die ausgeübte Tarifautonomie. Sie warb auch insoweit nicht für eine entsprechende Begrenzung des Anwendungsbereichs Marktfreiheiten, aber wenigstens für einen besonderen Stellenwert der Tarifautonomie: Marktfreiheit und Ausübungen von Tarifautonomie sollten wie ein Fall einer Konkurrenz von Grundrechten behandelt werden. Wie sich aus dem bisher Gesagten ergibt, war dieser Vorschlag konzeptionell unzulänglich: Eine Marktfreiheit ist gerade kein Grundrecht. Gleichwohl hat sich der EuGH nicht einmal zu dieser bescheidenen Korrektur durchringen können und verfolgte seine rigide Linie ohne Abstriche weiter.⁵¹

4. Rechtfertigung von Beschränkungen: rechtliche und praktische Probleme

Schon der ursprüngliche EWG-Vertrag eröffnete dem Mitgliedstaat die Möglichkeit, die Beschränkung einer Marktfreiheit zu rechtfertigen und dadurch die beschränkende Regelung aufrechtzuerhalten. Die Rechtfertigungsgründe waren im Vertrag aufgelistet, für jede Marktfreiheit bestand eine besondere Liste. Als mögliche Rechtfertigungen von Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit etwa sind in Art. 36 AEUV aufgeführt: öffentliche Sittlichkeit, öffentliche Sicherheit, öffentliche Ordnung, Gesundheitsschutz, Schutz des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen, Schutz des nationalen Kulturgutes und Schutz von gewerblichem oder kommerziellem Eigentum. Bei den übrigen Marktfreiheiten ist die Liste der möglichen Rechtfertigungsgründe noch kürzer: öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit im Fall von Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit (Art. 52, 62 AEUV) und allein öffentliche Ordnung oder Sicherheit im Fall der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 65 Abs. 1 b) AEUV).

Die genannten Vorschriften sind auf Ungleichbehandlungen gemünzt, die rechtlich an die ausländische Herkunft des Unternehmens oder einen ausländischen Bezug der angebotenen

⁵⁰ Generalanwältin Verica Trstenjak, Schlussantr. Kommission/Deutschland, C-271/08, EU:C:2010:183, Rn. 179 ff.

⁵¹ EuGH, Urteil vom 15. Juli 2010, Kommission/Deutschland, C-271/08, EU:C:2010:426.

Leistung anknüpfen. Als Rechtfertigung greifen sie natürlich nur, wenn der im konkreten Fall verfolgte Grund aus der Liste tatsächlich eine unmittelbare Diskriminierung verlangt.

Sofern es um andere Arten der Beschränkung geht, muss ein Mitgliedstaat nur nachweisen, dass er mit seiner Regelung nicht auf eine Beschränkung des Freiverkehrs zielt, sondern dass seine Maßnahme von einem vernünftigen Grund getragen ist. Dies hat der EuGH in der Entscheidung Cassis de Dijon aus dem Jahr 1979 ausgesprochen. Als vernünftigen Grund kann der Mitgliedstaat „zwingende Allgemeinwohlintereessen“ anführen.⁵² Dabei darf man sich von der Beifügung „zwingend“ nicht beeindrucken lassen. Bislang hat der EuGH noch kaum eine mitgliedstaatliche Regelung kassiert, weil der vom Mitgliedstaat vorgetragene Zweck kein Allgemeininteresse repräsentieren würde, das zwingend wäre. Eine Ausnahme besteht für volkswirtschaftliche Gründe: die sind im Binnenmarkt nicht mehr als Gründe des staatlichen Allgemeinwohls anerkannt.⁵³ Denn wer die Marktfreiheiten beschränkt, nur um der eigenen Volkswirtschaft als ganzer oder inländischen Wirtschaftsakteuren ökonomische Vorteile zu verschaffen, der betreibt Protektionismus und der ist im Binnenmarkt natürlich verboten.

Weiterhin muss das vom Mitgliedstaat angeführte zwingende Allgemeininteresse die fragliche Regelung freilich auch tatsächlich tragen und das bedeutet, dass die Regelung für ihren Zweck geeignet und erforderlich sein muss.

Von einigen Beobachtern wird in diesem Zusammenhang immer wieder geltend gemacht: Die durch ihr freiheitsrechtliches Missverständnis bewirkte große Reichweite der Marktfreiheiten sei doch letztlich unproblematisch. Der Mitgliedstaat müsse doch nur eine Rechtfertigung geben können.⁵⁴ Das offenbart fehlendes Verständnis der Problematik.

Zunächst einmal ist zu erinnern: Obgleich sich Beschränkungen der Marktfreiheiten durch ihre Rechtfertigung verteidigen lassen, bleibt es dabei, dass Unternehmen dank der Marktfreiheiten gegen mitgliedstaatliche Regulierung nicht nur einen, sondern zwei Pfeile im

⁵² EuGH, Urteil vom 20. Februar 1979, Cassis de Dijon, 120/78, EU:C:1979:42, Rn. 8.

⁵³ Vgl. erneut EuGH, Urteil vom 12. Dezember 2016, AGET Iraklis, C-201/15, EU:C:2016:972: Die behördliche Untersagung einer Massenentlassung mit Blick auf wirtschaftliche Gründe ist unionsrechtswidrig, nicht aber mit Blick auf den Arbeitnehmerschutz. Allerdings ist es unschädlich, wenn eine auf unionsrechtlich anerkannte Zwecke gestützte Regelung auch zu volkswirtschaftlichen Vorteilen führt, anschaulich: EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2001, Finalarte, C-49/98, EU:C:2001:564.

⁵⁴ Franz C. Mayer, Der EuGH als Feind? Die Debatte um das soziale Europa in der europäischen Rechtsprechung, Integration 3/2009, S. 246-265.

Köcher haben. Sie können die Regulierung erstens auf der Basis ihrer verfassungsrechtlichen Grundrechte angreifen, sie können sie zweitens auf der Basis der missverstandenen Marktfreiheiten angreifen. Finden sie vor dem Verfassungsgericht kein Gehör, dringen sie vielleicht beim EuGH durch.⁵⁵

Es kommt hinzu, dass der EuGH zwar eine grundrechtsartige Prüfung durchführt, bei der Beurteilung von Eignung und Erforderlichkeit aber besondere Strenge an den Tag legt.⁵⁶ Diese Problematik macht sich, anders als beim Beschränkungstatbestand, insgesamt nicht an einer rechtlichen Konzeption von Eignung oder Erforderlichkeit fest. Es liegt an ihrer Handhabung im einzelnen Fall. Die Problematik lässt sich darum hier nicht ausbreiten, ohne den Rahmen dieser Studie zu sprengen. Festzuhalten ist allerdings, dass kein Fall bekannt ist, in dem eine Regelung, die vor dem EuGH Bestand gehabt hätte, später wegen Verstoßes gegen unternehmerische Grundrechte vor einem Verfassungsgericht zu Fall gekommen wäre. Dies spricht dafür, dass die Prüfung von Eignung und Erforderlichkeit seitens des EuGH in der Tendenz strenger ausfällt, als die der mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte.

Durchaus von konzeptioneller Natur ist allerdings der Aspekt, dass der EuGH immer wieder hohe Anforderungen an die Kohärenz mitgliedstaatlicher Regulierung stellt. Das bedeutet: Eine Regelung mag für sich genommen erforderlich scheinen; gleichwohl besteht sie die Rechtfertigungsanforderung nicht, wenn das mit ihr konkret verfolgte Allgemeinwohlinteresse weitere Regelungen nahelegt, die der Mitgliedstaat aber eben nicht erlassen hat.⁵⁷ Das erscheint ausgesprochen problematisch: im Rahmen demokratischer Gesetzgebung beruht Regulierung natürlich bisweilen auf inkohärenten Kompromissen. Inkohärenz kann weiterhin durch eine föderale Struktur erzwungen sein kann oder sie mag schlicht von der Unvollkommenheit eines Gesetzgebers herrühren, der nicht immer alles auf einmal im Blick haben kann. All das vermag der EuGH jedoch nicht anzuerkennen, so dass in all diesen Konstellationen auch eine an sich erforderliche Regelung fallen muss.

⁵⁵ Das Paradebeispiel liefert der Fall Ruffert (EuGH, Urteil vom 3. April 2008, Ruffert, C-346/06, C:2008:189): Nachdem das Bundesverfassungsgericht einer Regelung vergaberechtlicher Tariftreue des Landes Berlin im Juli 2006 für verfassungskonform befunden hatte, brachte der EuGH eine entsprechende Regelung des Landes Niedersachsen im April 2008 aufgrund einer angeblichen Verletzung der Dienstleistungsfreiheit zu Fall.

⁵⁶ Vgl. Thorsten Kingreen, in: Callies / Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 2016, Art. 36 AEUV Rn. 93; Stefan Leible / Thomas Streinz, in: Grabitz / Hilf / Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 2017, Art. 34 AEUV, Rn. 123 ff.; Werner Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2012, Art. 36 AEUV Rn. 55.

⁵⁷ Breiter bekannt aus den Urteilen zur Glücksspielregulierung: EuGH, Urteil vom 8. September 2010, Rs. C.-46/08, Carmen Media, EU:C:2010:505; EuGH, Urteil vom 8. September 2010, Rs. C-316/97, Markus Stoß, EU:2010:504.

Schließlich darf eines nicht übersehen werden: Der Ausgang der Prüfung der Rechtfertigung mit Blick auf Eignung und Erforderlichkeit samt Kohärenz ist schwer vorherzusehen, das liegt in der Natur dieses Prüfungsmaßstabs. Diese Rechtsunsicherheit hat eigenständige Auswirkungen auf den politischen Prozess im Mitgliedstaat, in dem um Regulierungen gerungen wird. Keine Regierung will Normen erlassen, die später zum Unionsrechtsverstoß erklärt werden. Die Behauptung eines Unionsrechtsverstoßes ist darum immer auch ein gerne genutztes Argument im politischen Prozess. Es wird umso einfacher verfügbar und eindrucksvoller nutzbar, je unsicherer die Rechtslage ist und je schwieriger es darum für die Befürworter der Regulierung ist, für die rechtliche Vereinbarkeit mit Unionsrecht einzustehen.

5. Verbindlichkeit der Marktfreiheiten für Private (etwa Tarifvertragsparteien)

Aus Sicht der abhängig Beschäftigten und ihrer Gewerkschaften ist schließlich noch eine weitere Linie der Rechtsprechung von Relevanz. Es geht um die Entscheidung, dass die Marktfreiheiten auch durch Regelungen privater Akteure nicht beschränkt werden dürfen. Die Privatwirkung ist vom EuGH anerkannt für die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Niederlassungs- sowie die Dienstleistungsfreiheit⁵⁸, noch nicht jedoch für die Kapitalverkehrsfreiheit.⁵⁹ Für die Warenverkehrsfreiheit gilt anderes: soweit es um beschränkende Unternehmensabsprachen geht, fallen diese unter das Kartellrecht.⁶⁰

Als Leitentscheidung für die Bindung Privater gilt die Entscheidung Bosman, der die Arbeitnehmerfreizügigkeit von Profi-Fußballern betraf.⁶¹ Die Weichen stellte der EuGH jedoch bereits mit der Entscheidung Walrave und Koch aus dem Jahr 1974⁶², die eine Regelungen des Internationalen Radsportverbands betraf. Unter Berufung auf das primärrechtliche Ziel der Herstellung von Freiverkehr für Personen erstreckte der EuGH die Verpflichtung aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit auch auf

⁵⁸ Thorsten Kingreen, in: Callies / Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 2016, Art. 36 AEUV Rn. 55 m.w.N.

⁵⁹ Soweit der EuGH privatrechtliche Vereinbarungen oder Satzungen im Zusammenhang mit Goldenen Aktien zum Gegenstand hatte, wurden sie wegen ihrer spezifischen Ausgestaltung der hoheitlichen Gewalt zugerechnet; genauer dazu unter E.II.2).

⁶⁰ EuGH, Urteil vom 27. September 1988, Bayer AG, 65/86, EU:C:1988:448; Die neuere Fra.bo-Entscheidung von 2012 wird nach richtiger Ansicht nicht als Rückkehr zur Privatwirkung eingeordnet, EuGH, Urteil vom 12. Juli 2012, Frau.bo, C-171/11, EU:C:2012:453, hierzu: Thorsten Kingreen in: Callies / Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 34-35 AEUV, Rn. 221.

⁶¹ EuGH, Urteil vom 15. Dezember 1995, Bosman, C-415/93, EU:C:1995:463, Rn. 82. Diese Entscheidung hat maßgeblich die Finanzialisierung des Profi-Fußballs bewirkt. Entsprechend konnten die neuen Rahmenbedingungen niemals politisch diskutiert werden.

⁶² EuGH, Urteil vom 12. Dezember 1974, Walrave, 36/74, EU:C:1974:140, Rn. 17.

Sportverbände, obwohl es sich um juristische Personen des Privatrechts handelt. Das sollte allerdings nur gelten, soweit die Privaten kollektive Regelungen trafen, weil die private Regelung in diesem Fall der staatlichen Normsetzung funktional entspreche. Dem EuGH fiel in diesem Zusammenhang allerdings nicht auf, dass der Mitgliedstaat den Radsportverband nicht mit der Regelung des einschlägigen Gegenstands beauftragt hatte. Der Radsportverband hatte die Regelungen vielmehr in Wahrnehmung seiner Satzungsautonomie erlassen. Vereinsrechtliche Satzungsautonomie ist aber kein Fall staatlich delegierter Rechtssetzung, sondern Grundrechtsausübung. Diese grundrechtliche Fundierung der privaten Regelung würdigte der EuGH in der Entscheidung *Walrave und Koch* mit keinem Wort.

In der Entscheidung *Bosman* trat ihm das Problem immerhin vor Augen, er sprach von Regelsetzung in Wahrnehmung „rechtlicher Autonomie“⁶³. Das änderte aber nichts am Ergebnis. Die aus den Marktfreiheiten gewonnenen Super-Freiheitsrechte hatten seither also nicht nur Vorrang vor mitgliedstaatlichem Verfassungsrecht, sondern auch vor jeder unmittelbaren Grundrechtsausübung, jedenfalls soweit diese in Gestalt von kollektiver Regelsetzung erfolgte.

Diese Linie verfolgte der EuGH in der Entscheidung *Viking* weiter.⁶⁴ Auf der Grundlage von *Bosman* war bereits klar, dass die Rechtsprechung auf Tarifverträge übertragbar war und diese ebenfalls keine Beschränkungen der Marktfreiheiten enthalten durften. In der Entscheidung *Viking* war allerdings noch kein Tarifvertrag geschlossen worden, es gab nur eine Streikforderung der finnischen Gewerkschaften. Für den EuGH reichte zur Bejahung der Beschränkung aus, dass die Gewerkschaft eine kollektive Maßnahme ergriffen hatte, die auf den Abschluss eines Tarifvertrags gerichtet war.⁶⁵

6. Unzureichende Ansätze zur Einhegung des Super-Freiheitsrechts

So lässt sich zusammenfassen: Der EuGH hat sich für die Konzeption der Marktfreiheiten als Super-Freiheitsrechte entschieden, so dass nicht nur Ungleichbehandlungen ausländischer Unternehmen, sondern auch Beschränkungen unternehmerischer Tätigkeit in den Anwendungsbereich fallen, und zwar auch dann, wenn die beschränkende Regelung in den Bereich der mitgliedstaatlichen Arbeits- und Sozialverfassung fällt. Die Anforderungen an

⁶³ EuGH, Urteil vom 15. Dezember 1995, *Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:463, Rn. 83.

⁶⁴ EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2007, *Viking*, C-438/05, EU:C:2007:772, Rn. 33 ff.

⁶⁵ EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2007, *Viking*, C-438/05, EU:C:2007:772, Rn. 64 f. i.V.m. 57.

eine Rechtfertigung von Beschränkungen sind vergleichsweise streng, die Voraussage ihres Gelingens ist schwierig.

Diese Lage hat schon verschiedentlich rechtsdogmatische Bemühungen auf den Plan gerufen, die Reichweite der Marktfreiheiten doch auf die eine oder andere Weise einzuschränken. Der bekannteste und auch am meisten diskutierte Ansatz betrifft die Warenverkehrsfreiheit. Er wurde erstmalig angewandt im Jahr 1993 mit der Entscheidung im Fall Keck.⁶⁶ In einem französischen Strafverfahren hatten die Beschuldigten unter Verstoß gegen eine strafbewehrte Wettbewerbsregel Waren unter Einstandspreis verkauft. Die Beschuldigten machten geltend, die Norm verstoße gegen die Marktfreiheit. Nach den Maßgaben der Dassonville-Entscheidung handelte es sich hierbei zweifellos um eine Beschränkung. Aufgrund der Kritik an der deregulierenden Wirkung der Rechtsprechung sowie der enormen Zunahme an Klagen, war der EuGH um eine Einschränkung bemüht und entwickelte die sogenannte Keck-Formel. Zu unterscheiden seien produktbezogene und vertriebsbezogene Regulierung. Vertriebsbezogene Regulierung sollte keine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit mehr darstellen, es sei denn, sie würden nicht „unterschiedslos angewandt“.

Mit dieser Entscheidung wurde also für den Bereich der vertriebsbezogenen Regulierung das freiheitsrechtliche Verständnis der Warenverkehrsfreiheit umgestellt auf ein gleichheitsrechtliches Verständnis. Für produktbezogene Regelungen blieb es aber dabei, dass ein Vergleich mit der Behandlung inländischer Waren ausblieb, insoweit war das freiheitsrechtliche Verständnis weiterhin maßgeblich.

Es ist immer wieder versucht worden, die mit Keck verbundene Beschränkung der Reichweite der Dassonville- bzw. Gebhard-Rechtsprechung auf die übrigen Marktfreiheiten zu übertragen. Schlichte Entsprechungen bieten sich aber nicht an. Darum wird heute vor allem versucht, die der Entscheidung Keck zugrundeliegende Idee abstrakter zu fassen: Bei Keck sei es darum gegangen, den Gehalt der Marktfreiheit auf ein Verbot rechtlicher Ungleichbehandlung zu beschränken für Regelungen, die nicht den Marktzugang behindern. Eine Beschränkung soll also nur dann vorliegen, wenn die fragliche mitgliedstaatliche Regelung die Attraktivität der Ausübung der Marktfreiheit so weit absenkt, dass sie potentiell den Marktzugang versperrt, behindert oder erschwert. Diesen Ansatz hat sich der

⁶⁶ EuGH, Urteil vom 24. November 1993, Keck und Mithouard, C-267 u. 268/91, EU:C:1993:905, Rn. 14.

EuGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 2009 im Fall Kommission/Italien auch ausdrücklich zu eigen gemacht.⁶⁷ Allerdings hat das neue Kriterium der Marktzugangsbehinderung bis heute keine Kontur bekommen, die eine restringierende Wirkung entfaltet hätte. Das ist kein Wunder: Letztlich lässt sich jede Beschränkung im Sinne der Dassonville-Entscheidung auch als potentielle Behinderung des Marktzugangs deuten.

So lässt sich festhalten: An sich ist der Versuch positiv zu würdigen, die Reichweite des freiheitsrechtlichen Verständnisses der Marktfreiheiten über eine Verallgemeinerung der Keck-Formel wenigstens zu begrenzen. Doch praktisch ist der Ansatz nicht tauglich. Das liegt an der fehlenden Kontur des Kriteriums der Marktzugangsbeschränkung. Selbst wenn der Ansatz tauglich wäre, bedeutete er wohl nicht einmal die halbe Strecke des Weges hin zu einer vollständigen Umstellung der Marktfreiheiten auf Gleichbehandlungsgebote.

IV. Transformation ohne Legitimation

Im Wesentlichen ist die Ausarbeitung und Durchsetzung des Missverständnisses der Marktfreiheiten als Super-Freiheitsrechte der Unternehmen das Werk des EuGHs. Weder die Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“, noch der Unionsgesetzgeber (Kommission, Rat der EU und Europäisches Parlament gemeinsam) haben daran förmlich mitgewirkt. Zwar sollte kein Zweifel bestehen, dass viele Regierungen die Entwicklung befürwortet und politisch mitgetragen haben. Das ist aber etwas anderes als eine demokratische oder gar verfassungspolitische Legitimation, und auf die sei an dieser Stelle fokussiert.

Im Vertrag von Amsterdam (1997)⁶⁸ wurden die Formulierungen der Marktfreiheiten allerdings geändert: Das in dem bis dahin geltenden Text enthaltene Gebot zur schrittweisen Aufhebung von Beschränkungen wurde umformuliert in ein ausdrückliches Beschränkungsverbot. Hintergrund war, dass die Phase der schrittweisen Aufhebung aus Sicht von Kommission und Mitgliedstaaten schon lange beendet war.

Eine politische Legitimation der Rechtsprechung zur Konzeption der Marktfreiheiten kann man aus dieser Änderung aber nicht ableiten. Der Ausdruck „Beschränkung“ war schon zuvor der Zentralbegriff der Marktfreiheiten, ausgehend von den „mengenmäßigen Beschränkungen“ im Bereich des Warenverkehrs.⁶⁹ Es gibt keinen Hinweis aus den

⁶⁷ EuGH, Urteil vom 10. Februar 2009, Kommission/Italien, C-110/05, EU:C:2009:66, Rn. 56.

⁶⁸ Abl. EG, Nr. C 340/1 vom 10.11.1997.

⁶⁹ Dazu oben C.III.2).

Verhandlungen zur Vertragsänderung von Amsterdam, dass durch die Beibehaltung der Vokabel zugleich ein Streit um die freiheits- oder gleichheitsrechtliche Deutung der Marktfreiheiten entschieden werden sollte. Der Umstand, dass die Mitgliedstaaten die Rede von der „Beschränkung“ nicht geändert haben, um das Missverständnis des EuGHs zu korrigieren, spricht auch für nichts. Die Unterlassung der Änderung einer Rechtsnorm kann grundsätzlich nicht als demokratische Legitimation ihrer richterlichen Auslegung gelten.⁷⁰ Zudem sind die einsichtsreichen Studien über die verfehlte Konzeption der Marktfreiheiten von Maduro⁷¹ und Kingreen⁷² erst 1998 bzw. 1999, und damit nach der Vertragsänderung von Amsterdam erschienen. Diese gaben erst den Anstoß für eine kritische Auseinandersetzung mit dem Verständnis der Marktfreiheiten als Super-Freiheitsrechte.

Etwas anders liegen die Dinge bei der Kapitalverkehrsfreiheit. Die war in der Entscheidung Casati aus dem Jahr 1981 nämlich schon von der unmittelbaren Anwendbarkeit des Unionsrechts ausgenommen worden.⁷³ Eine entsprechende Rechtslage schuf tatsächlich erst der Unionsgesetzgeber im Jahr 1988 mit der Verabschiedung der Kapitalverkehrsrichtlinie.⁷⁴ Im Primärrecht wurde die Gleichstellung mit den übrigen Marktfreiheiten dann im Vertrag von Maastricht (1992) nachvollzogen.⁷⁵ An der Konzeption als freiheitsrechtliches Beschränkungsverbot hingegen hat der Unionsgesetzgeber auch bei der Kapitalverkehrsfreiheit nicht eigens mitgewirkt.

So ist festzuhalten: Die mit der freiheitsrechtlichen Konzeption der Marktfreiheiten vollzogene liberalistische Transformation der Binnenmarktverfassung ist im Wesentlichen das Werk des EuGHs. Es war eine Transformation im Zuge von Rechtsanwendung. Eine demokratische Legitimation durch die Bürger und die Mitgliedstaaten der Union hat es dafür nie gegeben.

⁷⁰ Es ist zuzugeben, dass in der Rechtswissenschaft bisweilen das Gegenteil vertreten wird. Tatsächlich legitimiert sich aber Rechtsprechung niemals durch ein Schweigen des Gesetzgebers, sondern nur durch Richtigkeit der Rechtsanwendung. Alles andere würde eine Freisetzung der Gerichte von der Gesetzes- und Verfassungsbindung bedeuten.

⁷¹ Miguel Poiaras Maduro, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, 1998; vgl. auch Generalanwalt Miguel Poiaras Maduro, Schlussantr. Alfa Vita Vassilopoulos, C-158 und 159/04, EU:C:2006:212, Rn. 41 ff.

⁷² Thorsten Kingreen, *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Schriften zum Europäischen Recht Bd. 56, Berlin 1999.

⁷³ EuGH, Urteil vom 11. November 1981, Casati, 203/80, EU:C:1981:261.

⁷⁴ RL 88/361/EWG, Abl. EU, Nr. L 178/5 vom 08.07.1988.

⁷⁵ Abl. EG, Nr. C 191/1 vom 29.07.1992.

D. Alternativen

I. „Dekontitutionalisierung“ des Binnenmarktes?

Eine grundlegende Alternative hat der ehemalige Richter am Bundesverfassungsgericht Dieter Grimm entworfen.⁷⁶ Sie wird hier als „Dekontitutionalisierung“ des Binnenmarktrechts bezeichnet. Denn sie kritisiert den Verfassungsrang der Regelungen zu den Marktfreiheiten und will diese in den Rang einfachen Gesetzesrechts (Sekundärrecht) herabstufen. Damit soll die Binnenmarktordnung nicht mehr durch Verfassungsrecht (Primärrecht) fixiert sein, sondern sie soll der politischen Gestaltungsfreiheit des Unionsgesetzgebers unterliegen.⁷⁷

Ausgangspunkt des Ansatzes ist eine demokratische Verfassungstheorie.⁷⁸ Dieser Theorie zufolge soll die rechtliche Gestaltung der gesellschaftlichen Ordnung weitgehend dem demokratischen Gesetzgeber obliegen. In Reinform sollte eine demokratische Verfassung darum vor allem die Verfahren für Wahlen und Gesetzgebung regeln. Hinzu treten Grundrechte, sofern diese die Voraussetzungen zur autonomen Teilnahme am demokratischen Geschehen liefern. Die durch die Grundrechte geschaffenen Grenzen der Gesetzgebung dürfen aber nicht so weit gehen, dass sie gerade auch die Grundform der gesellschaftlichen Ordnung (etwa: als liberalistischer Kapitalismus) der demokratischen Gestaltung entziehen. Vielmehr sollen Grundform, aber auch einzelne Strukturelemente der gesellschaftlichen Ordnung immer wieder neu zur Disposition des Gesetzgebers stehen. Zu den Strukturelementen zählt natürlich immer auch die Reichweite von Unternehmerfreiheit im Verhältnis zu den Belangen von Gemeinwohl und sozialem Ausgleich.⁷⁹

Aus der Perspektive dieser Verfassungstheorie besteht das Problem der Marktfreiheiten nicht darin, dass damit die demokratische Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten beschränkt wird. Das ist schlicht Folge des föderalen Charakters der Union. Das Problem besteht darin, dass die mit den Marktfreiheiten verbundenen Beschränkungen nicht ihrerseits auf demokratischer Gesetzgebung durch den Unionsgesetzgeber beruhen. Auf

⁷⁶ Dieter Grimm, *Europa ja, aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*, München 2016.

⁷⁷ Dieter Grimm, *Europa ja, aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*, München 2016, S. 46.

⁷⁸ Im Hintergrund stehen Demokratietheorien von Jürgen Habermas und Ingeborg Maus: Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a. M. 1997, Ingeborg Maus: *Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluss an Kant*, Frankfurt a. M. 1992.

⁷⁹ Prägnant ausgedrückt bei Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a. M. 1991, S. 45 ff.

dieser Grundlage hat sich Grimm folgerichtig dafür ausgesprochen, nicht nur die Regelungen zu den Marktfreiheiten, sondern den gesamten Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) zum Sekundärrecht, also zum einfachen Gesetzesrecht zu erklären.⁸⁰

Im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten würde sich dadurch zunächst einmal nichts ändern. Denn auch das Sekundärrecht der Union hat Vorrang vor dem mitgliedstaatlichen Recht, selbst dem Verfassungsrecht. Grimm hat aber offenbar die Vorstellung, dass der liberalistische Gehalt der Marktfreiheiten dann schrittweise durch den Unionsgesetzgeber grundlegend oder jedenfalls für einzelne Bereiche korrigiert werden würde. Und damit wäre natürlich auch die Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten zurückgewonnen.

Aus zwei Gründen ist dieser – ebenso tiefgreifende wie einfache – Vorschlag nicht vollständig überzeugend. Was Dieter Grimm ebenso wie viele andere rechtliche Beobachter womöglich übersieht, ist folgende Besonderheit der Marktfreiheiten: Sie greifen nur gegenüber Regulierungen der Mitgliedstaaten, und nicht oder allenfalls nur eingeschränkt gegenüber Regulierungen des Unionsgesetzgebers.⁸¹ Denn ursprünglich sollte ihre Konzeption als Super-Freiheitsrechte gerade auch dazu dienen, die Mitgliedstaaten auf Unionsebene einigungsfreundlicher zu stimmen, und auf diese Weise die seinerzeit bestehenden politischen Blockaden in den Bemühungen um Harmonisierungen abzubauen. Im Gegenzug war und ist bis heute dem Unionsgesetzgeber mehr Gestaltungsfreiheit eingeräumt. Er hat die Marktfreiheiten zwar auch zu beachten, aber für ihn gilt lediglich ein deutlich weniger restriktives Willkürverbot.⁸² Wie weit diese Grenze im Einzelnen reicht, ist in der Rechtsprechung des EuGHs bislang nicht geklärt.⁸³ Jedenfalls wurde bislang soweit ersichtlich noch kein Unionsgesetz wegen Verletzung einer Marktfreiheit für unionsrechtswidrig befunden.⁸⁴ Insofern könnte der Unionsgesetzgeber die Rechtsprechung

⁸⁰ Dieter Grimm, *Europa ja, aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*, München 2016, S. 46.

⁸¹ In der europarechtlichen Literatur ist die Frage umstritten. Richtig liegt Thorsten Kingreen, *Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht*, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 2004, S. 570-576, 575 f.

⁸² Armin von Bogdandy, *Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel? Grundrechte und das Wesen der Europäischen Union*, Juristen Zeitung 2001, S. 157-171, 175 ff.

⁸³ Siehe etwa EuGH, Urteil vom 17. November 2015, *RegioPost*, C-115/14, EU:C:2015:760, und die eingehende Erläuterung des maßgeblichen Punktes in Ghazaleh Nassibi / Florian Rödl / Thorsten Schulten, *Perspektiven vergabespezifischer Mindestlöhne nach dem RegioPost-Urteil des EuGH*, Arbeit und Recht 2016, S. 493-496.

⁸⁴ Siehe etwa EuGH, Urteil vom 12. Juli 2005, *Alliance for Natural Health u.a.*, C 154/04 und C 155/04, EU:C:2005:449, Rn. 52 ff.

zu den Marktfreiheiten auch ohne vorherige Herabstufung des AEUV zu Sekundärrecht durchaus korrigieren. Das gilt jedenfalls für Korrekturen in einzelnen Feldern.

Dies führt zu einem zweiten Bedenken⁸⁵: Bisher nämlich hat der Unionsgesetzgeber die Rechtsprechung nicht korrigiert. Denn die Gesetzgebung auf Unionsebene scheitert oft genug an zweierlei: Erstens sind gegenwärtig und auch auf lange Sicht die ökonomischen sowie die regulativen Strukturen der Mitgliedstaaten so unterschiedlich, dass es oft sehr schwer fällt und absehbar auch künftig fallen wird, auf Unionsebene sozialstaatliche Regelungsprojekte zu entwerfen, die auf die große Mehrheit der Mitgliedstaaten passen. Zweitens muss ein solches Regelungsprojekt auch noch von der großen Mehrheit der gerade in den Mitgliedstaaten amtierenden Regierungen gesellschaftspolitisch gewollt sein, gleiches gilt vom Europäischen Parlament. Das sind sehr hohe politische Hürden. Grimms Anliegen einer demokratischen Politisierung der Binnenmarktverfassung lässt sich darum mit der Herabstufung der Marktfreiheiten bzw. des gesamten AEUV zu Sekundärrecht nur schwer einlösen.⁸⁶ Zwar trifft Grimm mit seiner demokratischen Kritik durchaus einen weiteren Mangel der Verfassung der Union, aber mit dessen Behebung ließe sich dem Ungleichgewicht zwischen Binnenmarkt einerseits und Gemeinwohl und sozialem Ausgleich andererseits aus den genannten Gründen jedenfalls auf kurze und mittlere Sicht nicht beikommen.

II. Rückbau der Marktfreiheiten zu Gleichheitsrechten

Ein anderer Ansatz besteht darin, die Entscheidung des EuGHs, die Marktfreiheiten als Super-Freiheitsrechte zu lesen, durch eine Änderung des Primärrechts grundsätzlich zu korrigieren. Die Korrektur ginge schlicht dahin, das richtige Verständnis der Marktfreiheiten als Gleichheitsrechte ausdrücklich festzuschreiben.

Nach dem Bisherigen steht fest, dass das Verständnis der Marktfreiheiten als Gleichheitsrechte die mit den Marktfreiheiten verbundenen Einschränkungen mitgliedstaatlicher Gestaltungsfreiheit reduzieren würde. An dieser Stelle ist nun weiter

⁸⁵ Dazu ausführlich Fritz W. Scharpf, *Regieren in Europa: effektiv und demokratisch?*, Frankfurt a. M. 1999.

⁸⁶ Auch Fritz Scharpf, em. Direktor am Kölner Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, hat einen Vorschlag gemacht, den er unter der Überschrift von De-Konstitutionalisierung präsentiert hat (Fritz, W. Scharpf, *De-Constitutionalization and Majority Rule: A Democratic Vision for Europe*. Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Discussion Paper 16/14, Köln 2016). Dieser Vorschlag hat mit demjenigen von Grimm jedoch wenig gemein, insofern Scharpf das Diskriminierungsverbot des AEUV beibehalten will. Scharpfs Vorschlag entspricht darum in den rechtlichen Wirkungen eigentlich dem sogleich vorzustellenden Vorschlag eines Rückbaus der Marktfreiheiten zu Gleichheitsrechten.

auszuloten, wie weit die Korrektur eigentlich reichen würde. Da die Marktfreiheit als Gleichheitsrecht essentiell ein Verbot der Diskriminierung enthielte, kommt es maßgeblich darauf an, was alles unter den Begriff der Diskriminierung fällt (1.). Anschließend müssen zwei Einwände ausgeräumt werden, die gegen einen Rückbau der Marktfreiheiten zu Gleichheitsrechten erhoben werden (2./3.).

1. Reichweite des Verbots mittelbarer Diskriminierung

Klar ist zunächst, dass das föderale Gleichheitsrecht wie stets bei Gleichheitsrechten gleichbedeutend ist mit einem Verbot von Diskriminierungen. Unter den Marktfreiheiten geht es um Diskriminierungen aufgrund des Standorts des Unternehmens oder aufgrund der Grenzüberschreitung der unternehmerischen Leistung. Weiterhin ist klar, dass das Diskriminierungsverbot Regulierungen erfasst, die ausdrücklich an die besagten Merkmale anknüpfen und den Betroffenen besondere Belastungen auferlegen. Das ist das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung.

Es ist unter dem Verbot unmittelbarer Diskriminierung unerheblich, ob die ungleiche rechtliche Behandlung als Selbstzweck verfolgt wird, oder ob mithilfe der ungleichen rechtlichen Behandlung andere und an sich vernünftige Zwecke verfolgt werden. Die Diskriminierung ist auch im letzteren Fall verboten. Anderes gilt nur dann, wenn ein anerkannter vernünftiger Zweck genau diese Ungleichbehandlung verlangt. Solche Zwecke gibt es, sie sind in den geschriebenen Rechtfertigungsgründen zu den einzelnen Marktfreiheiten aufgezählt (Art. 36, Art. 52, Art. 65 Abs. 1 b) AEUV). Wenn es dem Mitgliedstaat tatsächlich um solche Zwecke geht, kann auch eine unmittelbare Diskriminierung ausnahmsweise zulässig sein.

Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung zielt auf Regelungen, die nicht ausdrücklich an ein verbotenes Unterscheidungsmerkmal anknüpfen, sondern an ein anderes Merkmal, das signifikant mit dem verbotenen Unterscheidungsmerkmal korreliert. In diesem Fall kann man es für die Beurteilung als mittelbare Diskriminierung genügen lassen, dass die signifikante Korrelation tatsächlich besteht. Man kann alternativ verlangen, dass die Korrelation der regulierenden Stelle bewusst war und zur Verdeckung einer eigentlich gewollten unmittelbaren Diskriminierung genutzt wird. Im ersten Fall versteht man mittelbare Diskriminierung als faktische Diskriminierung, im zweiten Fall als verdeckte Diskriminierung.

Die Frage, ob das im Gleichheitsrecht enthaltene Verbot mittelbarer Diskriminierung nur auf verdeckte Diskriminierungen zielt oder auch auf faktische Diskriminierungen, wird auch im allgemeinen Diskriminierungsrecht immer wieder engagiert diskutiert.⁸⁷ Das liegt daran, dass ein Verbot faktischer Diskriminierung weiterreicht, als ein Verbot verdeckter Diskriminierung. Um im Fall der Marktfreiheiten die Differenz der Reichweite richtig zu beurteilen, muss man sich klarmachen, inwieweit sich die unterschiedlichen Konzeptionen mittelbarer Diskriminierung in der rechtlichen Kontrolle einer mitgliedstaatlichen Maßnahme niederschlagen. Man könnte annehmen, beim Verbot der verdeckten Diskriminierung müsste allem voran die etwaig heimliche Absicht des Mitgliedstaates aufgeklärt werden, nämlich die Absicht der Verdeckung einer eigentlich gewollten unmittelbaren Diskriminierung. Das erschiene zurecht als anspruchsvolle Aufgabe und das hat wiederum den Eindruck erzeugt, mit diesem Verständnis käme das Verbot mittelbarer Diskriminierung nur höchst selten zum Tragen.

Das ist jedoch ein Missverständnis. Auch wenn man die mittelbare Diskriminierung als verdeckte Diskriminierung versteht, ist nicht nach heimlichen Intentionen zu forschen, sondern lediglich zu fragen, ob die fragliche Regulierung einem vernünftigen Zweck dient und für die Erreichung des Zwecks geeignet und erforderlich ist. Ein Unterschied zum Verständnis als faktische Diskriminierung besteht insoweit nicht. Der Grund dafür, dass nicht nach heimlichen Intentionen geforscht wird, liegt mitgliedstaatlichen Gesetzgebern schlicht darin, dass diese als öffentliche Institutionen eigentlich keine heimlichen Intentionen haben können.

Es trifft also nicht zu, dass das Verbot verdeckter Diskriminierung ein zahnloser Tiger wäre, weil zusätzlich eine diskriminierende Absicht aufzudecken wäre. Vielmehr stimmen das Verbot verdeckter und das Verbot faktischer Diskriminierung in den ersten Schritten ihrer juristischen Prüfung überein: Es ist nach einem vernünftigen Zweck einer tatsächlichen Ungleichbehandlung zu fragen ist, sowie nach der Eignung und Erforderlichkeit der fraglichen Regulierung, um diesen Zweck zu erreichen.

Ein Unterschied zwischen beiden Verständnissen tritt erst auf bei der Frage, ob eine ungleiche Behandlung zusätzlich zu ihrer Eignung und Erforderlichkeit auch noch angemessen sein muss. Unter diesem Punkt wird geprüft, ob der verfolgte Zweck einerseits

⁸⁷ Vgl. Michael Grünberger, *Personale Gleichheit*, Baden-Baden 2013, S. 657 ff. m.w.N.

und die Belastung durch die Ungleichbehandlung andererseits in angemessenem Verhältnis zueinander stehen. Die gesonderte Prüfung der Angemessenheit passt nur zu einem Verständnis der mittelbaren Diskriminierung als faktische Diskriminierung. Denn in diesem Verständnis ist eine tatsächliche Ungleichbehandlung für sich genommen ein normatives Problem, das durch den verfolgten Zweck aufgewogen werden muss. Bei der verdeckten Diskriminierung ist die tatsächliche Ungleichbehandlung für sich genommen kein normatives Problem, solange es sich nicht um verdeckte Diskriminierung handelt. Letzteres ist aber schon ausgeschlossen dadurch, dass die Regulierung für die Verfolgung eines vernünftigen Zwecks geeignet und erforderlich ist. Dann bleibt kein normatives Problem übrig, die Frage nach einer Angemessenheit stellt sich dann nicht.⁸⁸ Die Reichweiten von faktischer und verdeckter Diskriminierung unterscheiden sich also darin, dass eine geprüfte Regelung nur unter der faktischen Diskriminierung zusätzlich den Test ihrer Angemessenheit bestehen muss.

Im Falle der Marktfreiheiten ist es richtig, dem Diskriminierungsverbot das Verständnis als Verbot verdeckter Diskriminierung zugrunde zu legen. Denn anders als im allgemeinen Diskriminierungsrecht geht es im Binnenmarkt nicht darum, der historisch gewachsenen und normativ völlig inakzeptablen gesellschaftlichen Benachteiligung bestimmter Menschengruppen (Frauen, Juden, Behinderten, etc.) entgegenzuwirken. Bei diesen Gruppen ist das Verbot faktischer Diskriminierung am Platz, um sie wenigstens vor einigen Aspekten ihrer fortdauernden gesellschaftlichen Benachteiligung zu bewahren. Hier muss sich tatsächliche Ungleichbehandlung nach ihrer Angemessenheit fragen lassen. Bei den Marktfreiheiten hingegen geht es nicht darum, normativ inakzeptablen Benachteiligungen bestimmter Menschengruppen entgegenzuwirken. Die gesellschaftliche Position des Whiskey-Importeurs ist mit derjenigen einer Jüdin nicht vergleichbar. Vielmehr geht es bei den Marktfreiheiten darum, durch supranationale Integration die Arbeitsteilung zu vertiefen und dadurch Wachstumsgewinne zu erzielen. Nur darum werden gerade Unternehmen mit

⁸⁸ An dieser Stelle ein zusätzlicher dogmatischer Kommentar für die Spezialisten im Feld des Anti-Diskriminierungsrechts: Bei der verdeckten Diskriminierung gehört die Prüfung von Zweck, Erforderlichkeit und Eignung zum Tatbestand des Diskriminierungsverbots (vgl. § 3 Abs. 2 AGG), bei der unmittelbaren Diskriminierung gehört die Prüfung zur Rechtfertigung (vgl. § 8 AGG). Dadurch wird auch verständlich, dass zur Verneinung einer verdeckten Diskriminierung alle möglichen Zwecke angeführt werden können, denn es geht nicht um eine Rechtfertigung einer für sich genommen problematischen Ungleichbehandlung, sondern nur darum, die Verdeckung einer solchen auszuschließen. Demgegenüber sind unmittelbare Diskriminierungen für sich genommen problematisch und können nur durch besondere Zwecke gerechtfertigt werden, deren Verfolgung gerade die unmittelbare Ungleichbehandlung zwingend macht.

zusätzlichen Gleichbehandlungsrechten ausgestattet, und darum kann es beim Verbot mittelbarer Diskriminierung nur um verdeckte Diskriminierung gehen.

Der EuGH liegt insoweit auf dieser Linie. Unter den Marktfreiheiten prüft er nämlich die Angemessenheit einer Regulierung nicht. Er fragt zwar im ersten Schritt – falsch – nach einer Beschränkung und nicht nach einer Ungleichbehandlung. Anschließend fragt er jedoch – richtig – lediglich nach einem zwingenden Allgemeininteresse, sowie nach Eignung und Erforderlichkeit. Er unterlegt also insoweit ein Verständnis verdeckten Beschränkung im Kontrast zu einer faktischen Beschränkung. Im Rahmen einer Konzeption der Marktfreiheit als Gleichbehandlungsrecht liegt er damit genau richtig. Ein primärrechtlicher Rückbau der Marktfreiheiten zu Gleichbehandlungsrechten erfordert darum keine zusätzliche Präzisierung im Hinblick auf die Anforderungen, die an eine mitgliedstaatliche Regelung zu stellen sind, die eine tatsächliche Ungleichbehandlung von Unternehmungen mit grenzüberschreitendem Bezug darstellt. So wie es der EuGH bisher für Beschränkungen verlangt, muss eine Regelung, die eine tatsächliche Ungleichbehandlung darstellt, einem Allgemeinwohlzweck dienen und für diesen Zweck geeignet und erforderlich sein. Insofern genügt es, die Marktfreiheiten unmissverständlich als Gleichheitsrechte auszudrücken.

2. Einwand I: Verabschiedung des Prinzips wechselseitiger Anerkennung?

Gegen den Vorschlag des Rückbaus der Marktfreiheiten zu föderalen Gleichheitsrechten, der bislang von Rechtswissenschaftlern an den EuGH gerichtet wurde und auf eine Änderung der Rechtsprechung zielte, wird ein Argument vorgebracht, das an dieser Stelle behandelt werden muss.⁸⁹ Kritisiert wird, das föderale Gleichheitsrecht könne ein wesentliches Grundprinzip des Binnenmarktes nicht einlösen, nämlich das Prinzip „wechselseitiger Anerkennung“. Gemeint ist Folgendes: Das spezifische Problem des grenzüberschreitenden Verkehrs liegt darin, dass die Belange von Gemeinwohl und sozialem Ausgleich nicht auf Unionsebene, sondern von den Mitgliedstaaten wahrgenommen werden.

Grenzüberschreitende unternehmerische Tätigkeit läuft damit Gefahr, doppelter Regulierung unterworfen zu werden, nämlich der Regulierung im Herkunftsstaat und der Regulierung im Zielstaat. Selbst wer als Unternehmer gegen Regulierung im Interesse von Gemeinwohl und sozialem Ausgleich an sich nichts einzuwenden hat, der hat doch etwas einzuwenden gegen die zweifache Belastung seiner Tätigkeit, die allein darauf beruht, dass

⁸⁹ Dirk Ehlers, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2009, § 7 Rn. 28.

er selbst oder seine Leistungen die Grenze überschreiten. Das ist soweit nachvollziehbar und im Ansatz auch richtig.

Die Kritiker eines Rückbaus der Marktfreiheiten zu föderalen Gleichheitsrechten meinen nun, dass das Prinzip der wechselseitigen Anerkennung über die Marktfreiheiten nur dann realisiert wird, wenn man sie wie der EuGH als Super-Freiheitsrechte versteht. Denn das föderale Gleichheitsrecht, so lässt sich der Vorhalt zuspitzen, sehe nur auf den einen regulierenden Mitgliedstaat und frage nach der diskriminierenden Wirkung seiner Regulierung. Eine gleichsinnige Regulierung eines anderen Mitgliedstaates, die bei grenzüberschreitender Unternehmung zu einer Doppelbelastung führe, komme nicht in den Blick.⁹⁰

Das ist schlicht falsch. Die Marktfreiheit liefert nach richtigem Verständnis einen Anspruch auf Gleichbehandlung. Ein Anspruch auf Gleichbehandlung wird nicht nur dann verletzt, wenn gleiche Sachverhalte rechtlich oder tatsächlich ungleich behandelt werden, sondern auch dann, wenn ungleiche Sachverhalte rechtlich oder tatsächlich gleichbehandelt werden. Wenn also eine grenzüberschreitende Unternehmung aufgrund von Regulierung im Herkunftsland bereits eine Belastung trägt, dann wird sie ungleich behandelt, wenn das Zielland ihr aus der Art nach gleichem Gemeinwohl- oder Ausgleichszweck ebenfalls eine Belastung auferlegt. Soll diese weitere Belastung Bestand haben, dann muss sie gerechtfertigt werden. Sie lässt sich unter dem Aspekt ihrer Erforderlichkeit genau dann rechtfertigen, wenn die Regulierung im Herkunftsland nicht ausreicht, um die im Zielland verfolgten Zwecke des Gemeinwohls oder des sozialen Ausgleichs zu verwirklichen, die der Art nach gleich sein mögen, sich aber etwa im Niveau oder im Regulierungsansatz unterscheiden mögen. Genau dies ist der Gehalt des Prinzips wechselseitiger Anerkennung.

Diese Kritik des gleichheitsrechtlichen Verständnisses greift also ins Leere. Es kommt noch etwas hinzu. Das freiheitsrechtliche Verständnis verfehlt nämlich seinerseits die Realisierung des Prinzips wechselseitiger Anerkennung, und zwar völlig. Denn das freiheitsrechtliche Verständnis sorgt seinerseits gerade nicht dafür, dass die Regulierungen des Herkunftsstaates bei der Prüfung einer Beschränkung in den Blick treten. Es leidet damit an genau dem Mangel, den die Protagonisten des „Prinzips wechselseitiger Anerkennung“ dem

⁹⁰ Sara Dietz / Thomas Streinz, Das Marktzugangskriterium in der Dogmatik der Grundrechte, in: EuR 2015, 50 (68)

gleichheitsrechtlichen Verständnis – zu Unrecht – vorhalten. Folge des freiheitsrechtlichen Verständnisses ist eben die, mitgliedstaatliche Regulierung über Gebühr einzuschränken. Das spezifische Problem doppelter Regulierungen zu Zwecken gleicher Art wird konzeptionell nicht erfasst. Bei der Prüfung einer Beschränkung durch eine mitgliedstaatliche Regulierung wird darum nicht geprüft, ob die fragliche Unternehmung einer vergleichbaren Regelung unterliegt. Es ist darum reiner Zufall, ob im Zuge der freiheitsrechtlichen Kontrolle mitgliedstaatlicher Regulierung Konstellationen wechselseitiger Anerkennung erfasst werden oder nicht.

3. Einwand II: Personenfreizügigkeiten doch als Freiheitsrechte?

Eine zweite Kritik macht geltend, dass der Rückbau zum Gleichheitsrecht bei der Warenverkehrsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit und der Kapitalverkehrsfreiheit richtig sein mag, aber bei den Fällen der Niederlassungsfreiheit (und auch der Arbeitnehmerfreizügigkeit) zu weit ginge. Denn diese beträfen die innereuropäische Freizügigkeit natürlicher Personen, also der Beschäftigten und der Selbständigen. Diese habe einen gehaltvolleren normativen Kern als die anderen Marktfreiheiten und verdiene darum den Status als Freiheitsrecht. Verwiesen wird in diesem Zusammenhang auf die Fälle Bosman⁹¹ und Klopp⁹². In der bereits angesprochenen Entscheidung Bosman⁹³ ging es um die grenzüberschreitende Mobilität von Profi-Fußballern, die durch Ablösesummen eingeschränkt schien, in Klopp um die Möglichkeit von Rechtsanwälten, Zweigniederlassungen in anderen Mitgliedstaaten zu unterhalten.

Die maßgeblichen Regeln stellten keine Ungleichbehandlung dar, die Marktfreiheit als Gleichbehandlungsrecht hätte sie nicht erreicht. Soweit liegen die Kritiker also richtig. Es ist jedoch nicht klar, warum diese Regeln im europäischen Binnenmarkt tatsächlich keinen Bestand haben dürfen. Wenn die Satzungsnorm eines Verbandes verfassungsrechtlich zulässig vorschreibt, dass beim Vereinswechsel an den abgebenden Verein Ablösesummen gezahlt werden müssen, ist es kontraintuitiv, dass im Falle eines Wechsels zu einem ausländischen Verein die Ablösesumme entfallen soll. Wenn eine inländische Regel verfassungsrechtlich zulässig verlangt, dass ein Rechtsanwalt nur eine und nicht mehrere Niederlassungen unterhalten darf, ist es weniger evident als vielmehr kontraintuitiv, dass für

⁹¹ EuGH Urteil vom 15. Dezember 1995, Bosman, C-415/93, EU:C:1995:463.

⁹² EuGH, Urteil vom 12. Juli 1984, Klopp, 107/83, EU:C:1984:270.

⁹³ Siehe oben bei Fn. 61.

ausländische Rechtsanwälte anderes gelten soll. Es ist nicht ersichtlich, warum gerade die Grenzüberschreitung von Profifußballern und Rechtsanwälten, stellvertretend für Arbeitnehmer und Selbständige, eine besondere Bedeutung hätte, dass dafür zusätzliche Erleichterungen geboten wären, die die grenzüberschreitende Mobilität gegenüber der internen Mobilität privilegiert.

Die hier vorgestellte Position einer besonderen Stellung der Personenfreizügigkeiten wäre allenfalls noch zu halten, wenn die Union im Übrigen kein allgemeines Freizügigkeitsrecht kennen würde. Dann könnte man diese als Desiderat des Unionsrechts ansehen wollen, insofern die Union eine föderale Struktur darstellt. Die durch die Marktfreiheiten geschaffenen Freizügigkeiten für Beschäftigte und Selbständige ließen sich dann als Annäherung hierzu begreifen. Doch das Unionsrecht kennt inzwischen ein allgemeines Freizügigkeitsrecht in Art. 21 AEUV (und zusätzlich als gegen den Unionsgesetzgeber gerichtete Garantie in Art. 45 EU-GRC). Dieses Recht aus Art. 21 AEUV ist zurecht freiheitsrechtlich konzipiert und ist zudem Gegenstand unionsgesetzlicher Ausgestaltung. Vor diesem Hintergrund erscheinen die Freizügigkeitsrechte aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit, wenn man sie denn wie von der hier besprochenen Kritik gefordert weiterhin als Freiheitsrechte versteht, als ungerechtfertigte Privilegien.⁹⁴

4. Regelungsvorschlag

Eine naheliegende Möglichkeit besteht darin, das Missverständnis der Marktfreiheiten durch den EuGH schlicht durch eine Änderung des Textes der Marktfreiheiten zu korrigieren. Diese Änderung müsste unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass es sich bei den Marktfreiheiten nicht um Super-Freiheitsrechte der Unternehmer handelt, sondern um Rechte, der grenzüberschreitender unternehmerischer Tätigkeit Gleichbehandlung durch die Mitgliedstaaten garantiert. Für die Warenverkehrsfreiheit könnte eine Ergänzung des Verbots von Einfuhrbeschränkungen in Art. 34 AEUV etwa lauten: „Mengenmäßige Beschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung sind zwischen den Mitgliedstaaten

⁹⁴ Auf Basis seines freiheitsrechtlichen Verständnisses versteht der EuGH Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit konsequent als *lex specialis* zur allgemeinen Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV (EuGH, Urteil vom 26. November 2002, Rs. C-100/01, Olazabal, EU:C:2002:712). Das wäre nach dem Rückbau der Marktfreiheiten zum Gleichheitsrecht nicht mehr der Fall. Regelungen, die in den Rechtssachen Bosman oder Klopp im Fokus standen, lassen sich aber sicherlich nicht als Beschränkungen der allgemeinen Freizügigkeit ansehen. Im verfassungsrechtlichen Kontext wäre niemand auf die Idee gekommen, diese Regeln nicht an der Berufsfreiheit, sondern an der innerstaatlich gewährleisteten Freizügigkeit (vgl. Art. 11 GG) zu messen.

verboten. *Maßnahmen gleicher Wirkung sind nur solche, die eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder der Herkunft darstellen.*“ Vergleichbare Ergänzungen wären bei jeder Marktfreiheit einzuflechten.

Überdies empfiehlt es sich, die vom EuGH richtig vertretene Position festzuhalten, dass das Verbot mittelbarer Diskriminierung als Verbot verdeckten Diskriminierung zu verstehen ist, weshalb eine faktisch benachteiligende Regelung nur auf Zweck, Eignung und Erforderlichkeit hin zu befragen ist, nicht aber auf ihre Angemessenheit, also auf das Gewicht der Benachteiligung im Verhältnis zum erreichten Zweck. Die entsprechende Regelung könnte im Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit lauten: *„Als Diskriminierungen zählen auch Maßnahmen, die nicht unmittelbar an Staatsangehörigkeit oder Herkunft anknüpfen, aber Personen bestimmter Staatsangehörigkeit oder Waren bestimmter Herkunft in besonderer Weise belasten, sofern diese Regelung nicht zur Förderung eines Allgemeininteresses geeignet und erforderlich ist.“*

Alternativ und aus gesetzgebungstechnischer („legistischer“) Sicht vorzugswürdig käme eine Ergänzung der allgemeinen Vorschrift zum Binnenmarkt in Art. 26 AEUV in Betracht. In Absatz 2 heißt es dort: *„Der Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist.“* Dem wäre anzufügen: *„Verbotene Verkehrsbeschränkungen sind nur solche Maßnahmen der Mitgliedstaaten, die eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit oder Herkunft beinhalten. Eine Diskriminierung beinhalten auch Maßnahmen, die nicht unmittelbar an Staatsangehörigkeit oder Herkunft anknüpfen, aber Personen bestimmter Staatsangehörigkeit oder Leistungen bestimmter Herkunft in besonderer Weise belasten, sofern diese Regelung nicht zur Förderung eines Allgemeininteresses geeignet und erforderlich ist.“*

III. Bereichsausnahme für die Arbeits- und Sozialverfassung

Wie schon zur Sprache kam, lässt sich eine Alternative zur liberalistischen Binnenmarktverfassung auch anders aufhängen. Sie hat dann nicht den freiheitsrechtlichen Charakter der Marktfreiheiten insgesamt im Fokus, sondern nur soweit er sich gegen Regelungen im Bereich der mitgliedstaatlichen Arbeits- und Sozialverfassung richtet. Bezogen auf die Marktfreiheiten ist der Ansatz der Bereichsausnahme also bescheidener.

Zwar wäre es an sich denkbar, die Ausnahme nicht nur auf den freiheitsrechtlichen Charakter zu beziehen, sondern auch auf den gleichheitsrechtlichen Gehalt der Marktfreiheit. Das hieße dann, auf Regelungen der mitgliedstaatlichen Arbeits- und Sozialverfassung wären die Marktfreiheiten generell nicht anwendbar.⁹⁵ Das hätte aber eine Konsequenz, die über das legitime Ziel hinausschösse, für die Mitgliedstaaten sozialen Gestaltungsspielraum zurückzugewinnen. Denn wenn die Marktfreiheiten keinerlei Anwendung mehr finden sollen, dann dürften die Regelungen der Arbeits- und Sozialverfassung sogar unmittelbare Diskriminierungen enthalten. Es wäre unionsrechtlich dann etwa zulässig, ausländische Unternehmen gesetzlich oder tariflich auf höhere Lohnsätze zu verpflichten als inländische Unternehmen. Es wäre unionsrechtlich zulässig, durch Tarifvertrag auszuschließen, dass ein Unternehmen ausländische Zulieferer unter Vertrag nimmt oder Waren aus dem Ausland einkauft. Regelungen von dieser Art wird aber niemand verteidigen wollen. Darum kann sich die Forderung nach einer Bereichsausnahme sinnvoll nur darauf beziehen, dass mitgliedstaatliche Regelungen in diesem Bereich nur noch das Diskriminierungsverbot einzuhalten haben. Sie wird darum im Folgenden nur in diesem Sinne aufgegriffen und behandelt.

Auch wenn unter den Marktfreiheiten die Bereichsausnahme für die mitgliedstaatliche Arbeits- und Sozialverfassung hinter dem allgemeinen Rückbau zu Gleichbehandlungsrechten zurückbleibt, so liegt ihre Pointe eigentlich darin, dass sie weiter greift: Die Idee der Bereichsausnahme lässt nicht nur im Bereich des Binnenmarktes zum Tragen bringen, sondern auch im Bereich der Währungsunion und insbesondere der Euro-Stabilisierung. Wie schon angesprochen wäre die Bereichsausnahme dort von großer Relevanz, damit nicht fortgesetzt mitgliedstaatliche Errungenschaften im Bereich des Sozialen zum Zwecke makroökonomischer Stabilisierung zur Disposition gestellt werden. Das soll hier nicht weiter vertieft werden, verdiente aber im Rahmen der weiteren politischen Diskussion um den Europäischen Pakt für sozialen Fortschritt durchaus Aufmerksamkeit.

Die Alternative einer Bereichsausnahme sei hier anhand von drei Vorschlägen entwickelt, die logisch aufeinander aufbauen. Den ersten Schritt bildet der Vorschlag des EGB für ein soziales Fortschrittsprotokoll (1.), den zweiten Schritt der Vorschlag aus der

⁹⁵ Das war der Ansatz von Brian Bercusson, orientiert an der Albany-Entscheidung des EuGH (EuGH, Urteil vom 21. September 1999, Rs. C-67/96, Albany, EU:C:1999:430): Brian Bercusson, *The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day*, *European Law Journal* 2007, S. 279–308.

Rechtswissenschaft für eine weiterreichende Bereichsausnahme für die mitgliedstaatlichen Tarifvertragssysteme (2.), und den dritten Schritt einer Ausdehnung der Ausnahme auf die gesamte Arbeits- und Sozialverfassung (3.).

1. „Soziales Fortschrittsprotokoll“ des EGB: Ausnahme für soziale Grundrechte
Der Europäische Pakt für sozialen Fortschritt baut auf die Forderung des EGB nach einem „Sozialen Fortschrittsprotokoll“ auf. Dieser Forderung hatte der EGB im Jahr 2008 in einer ersten Reaktion auf die Entscheidungen des EuGHs in den Rechtssachen Viking und Laval erhoben.⁹⁶ Die wichtigste Regelung des Vorschlags findet sich in Artikel 3 Absatz 1 Satz 2: „Im Fall eines Konflikts [von sozialen Grundrechten und wirtschaftlichen Freiheiten, F.R.] gehen die sozialen Grundrechte vor“.⁹⁷

Zumeist wird der Vorschlag so verstanden und diskutiert, als ginge es darum, einen Vorrang sozialer Grundrechte zu statuieren. Das wiederum trägt ihm auch von wohlmeinender Seite Kritik ein.⁹⁸ Denn für verfassungsrechtlich geschulte Ohren kommt bei einem Konflikt von Grundrechten und grundrechtsartigen Positionen („Freiheiten“) immer nur Abwägung in Betracht. Eine bloße Abwägung ging dem EGB aber zu Recht – und entgegen bescheidenerer Vorschläge aus der Arbeitsrechtswissenschaft – nicht weit genug. Andererseits ist ein Vorschlag, der nicht einmal einzelne Stimmen aus der Verfassungslehre für sich gewinnen kann, politisch gesehen mit schwerem Ballast ausgestattet.

Recht verstanden geht es dem Vorschlag des EGB aber nicht um die Privilegierung einer Art von Grundrechten. Zwar ist der Vorschlag etwas unglücklich in Begriffen eines Konflikts von Grundrechten und grundrechtsartigen Positionen formuliert. Tatsächlich gemeint ist aber sinnvollerweise eine Begrenzung des Anwendungsbereichs der Marktfreiheiten, also eben eine Bereichsausnahme.

⁹⁶ Der ausformulierte Vorschlag für ein mögliches Protokoll findet sich auf der Internet-Seite des EGB: Europäischer Gewerkschaftsbund, EGB-Vorschlag für ein Protokoll zum “Sozialen Fortschritt”, 2008, https://www.etuc.org/IMG/pdf/social_progress_protocol_DE.pdf; Besprechung von Martin Höpner, Das Soziale Fortschrittsprotokoll des Europäischen Gewerkschaftsbundes: ein Vorschlag zur Weiterentwicklung, WSI-Mitteilungen, 2016, S. 245-253.

⁹⁷ Europäischer Gewerkschaftsbund, EGB-Vorschlag für ein Protokoll zum “Sozialen Fortschritt”, 2008, S. 3, https://www.etuc.org/IMG/pdf/social_progress_protocol_DE.pdf.

⁹⁸ Thorsten Kingreen, Soziales Fortschrittsprotokoll. Potenzial und Alternativen, 2014, verfügbar unter http://www.hugo-sinzheimer-institut.de/fileadmin/user_data_hsi/Veroeffentlichungen/HSI_Schriftenreihe/Thorsten_Kingreen.pdf.

Das lässt sich an der Entscheidung Viking⁹⁹ leicht veranschaulichen. Die finnische Gewerkschaft stellte Forderungen und untersetzte sie mit einer Streikdrohung. Sie nahm insofern ihre Tarifautonomie wahr. Die Betätigung im Bereich der Tarifautonomie ist ein soziales Recht und wird entsprechend garantiert. Soll diese Betätigung nach Artikel 3 des Protokolls nun als Wahrnehmung eines sozialen Rechts „Vorrang“ haben vor der Marktfreiheit, dann heißt das nichts anderes als dass die Erhebung einer Streikforderung nicht in den Anwendungsbereich der Marktfreiheit fallen soll. Gleiches hätte im Fall Laval¹⁰⁰ zu gelten, in dem eine vollzogene Arbeitskämpfmaßnahme im Streit stand, weil auch die Durchführung von Kampfmaßnahmen unter die Tarifautonomie fällt.

Was für den Arbeitskampf gilt, gilt gleich für den Inhalt von Tarifverträgen. Auch die Regelungen von Tarifverträgen wären nach der Maßgabe von Artikel 3 des Protokolls nicht mehr an den Marktfreiheiten zu messen.

Mit anderen Worten will Artikel 3 des Protokolls – recht verstanden – keine Regel für den Fall eines Konflikts von Rechtspositionen aufstellen, sondern die Betätigung im Feld der Tarifautonomie vom Anwendungsbereich der Marktfreiheiten ausnehmen. Nach dem bisher Ausgeführten ist das der richtige Ansatz. Er greift aber nicht weit genug, weil er die Bereichsausnahme nur für „soziale Rechte“ statuiert. Nicht alle, genauer: nur vergleichsweise wenige für die mitgliedstaatliche Arbeits- und Sozialverfassung relevanten Regelungen lassen sich als soziale Rechte oder deren Wahrnehmung begreifen.

2. Einbeziehung der Tarifvertragssysteme

Das gilt schon für die Tarif- bzw. Kollektivvertragsautonomie. Die Wahrnehmung der Tarifautonomie ist nicht nur soziales Recht, sondern sie erfolgt im Regelfall in einem rechtlichen, vom mitgliedstaatlichen Gesetzgeber gesteckten Rahmen. Dieser Rahmen enthält häufig Festlegungen, die für das Kräfteverhältnis zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften von zentraler Bedeutung sind. Man führe sich nur die Allgemeinverbindlichkeitserklärung vor Augen, oder die vergaberechtliche Verpflichtung zur Zahlung von Mindestlohnsätzen.

Mit Bezug auf Regelungen dieser Art, die für das gesellschaftliche Kräfteverhältnis von solcher Bedeutung sind, greift eine Bereichsausnahme für sozialer Rechte einfach nicht,

⁹⁹ EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2007, Viking, C-438/05, EU:C:2007:772.

¹⁰⁰ EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2007, Laval, C-341/05, EU:C:2007:809.

jedenfalls nicht ohne erheblichen konstruktiven Aufwand. Die genannten Vorschriften sind nämlich ihrerseits gesetzlicher Rahmen der Wahrnehmung der mit der Tarifautonomie gewährten sozialen Rechte. Würde etwa die Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines Tarifvertrags als Marktfreiheitsverletzung angegriffen, könnte man schwerlich darlegen, dass die Allgemeinverbindlichkeitserklärung selbst ein soziales Recht sei oder dazu gehöre. Sicherlich, die Allgemeinverbindlichkeit dehnt die Regelungsmacht der Tarifvertragsparteien aus. Aber es wäre doch sehr gewagt, dem EuGH anheim zu stellen, ob er diesen Zusammenhang als rechtlich relevant anerkennt und darum die entsprechenden Regelungen in die Bereichsausnahme einbezieht.

Zur Überwindung dieser Schwäche einer Bereichsausnahme für die sozialen Rechte, die die Tarifautonomie ausmachen, ist von drei Rechtswissenschaftlern der Vorschlag gemacht worden, die Bereichsausnahme ausdrücklich als solche zu formulieren und als ihren Gegenstand die mitgliedstaatlichen Tarifvertragssysteme zu benennen.¹⁰¹ Die so erweiterte Bereichsausnahme erfasste dann nicht nur die Betätigungen der Gewerkschaften im Bereich der Tarifautonomie, sondern auch den auf mitgliedstaatlicher Ebene gesetzten rechtlichen Rahmen, in dem sich diese Betätigung vollzieht. Entsprechend würden alle oben genannten Regelungen in die Bereichsausnahme fallen, am Beschränkungsverbot aus den Marktfreiheiten wären sie grundsätzlich nicht mehr zu messen.

3. Ausdehnung auf weitere Elemente der Arbeits- und Sozialverfassung

Der Vorschlag einer Einbeziehung der Tarifvertragssysteme in die Bereichsausnahme war allein auf das soziale Recht der gewerkschaftlichen Betätigung im Bereich der Tarifautonomie fokussiert. Auch das genügt nicht. Denn wie nicht zuletzt der Fall TUI¹⁰² zeigt, blieben auf diese Weise immer noch höchst relevante Regeln der Arbeits- und Sozialverfassung im Anwendungsbereich der Marktfreiheiten.

Entsprechend ging es im Vorschlag des EGB zu einem sozialen Fortschrittsprotokoll auch nicht nur um die Tarifautonomie. Im Entwurf zur Präambel des Protokolls wurde Bezug genommen auf verschiedene völkerrechtlichen Chartas, namentlich die Europäische Sozialcharta von 1961, die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer

¹⁰¹ Jürgen Bast / Florian Rödl / Jörg Philipp Terhechte, Funktionsfähige Tarifvertragssysteme als Grundpfeiler von Binnenmarkt und Währungsunion. Vorschlag für eine Reform der EU-Verträge, Zeitschrift für Rechtspolitik 2015, S. 230-233.

¹⁰² EuGH Urteil vom 18. Juli 2017, Erzberger, C-566/15, EU:C:2017:562.

von 1989 und die mit dem Vertrag von Lissabon verbindlich gewordene EU-Grundrechte-Charta. All diese Dokumente garantieren jeweils eine ganze Reihe sozialer Rechte über die Tarifautonomie hinaus. Einerseits geht es um weitere Rechtspositionen, die im Arbeitsverhältnis zur Geltung kommen müssen, etwa das Recht auf Unterrichtung, das Recht auf Schutz vor ungerechtfertigter Kündigung oder das Recht auf gesunde und faire Arbeitsbedingungen unter Einschluss von Jugend- und Elternschutz. Andererseits geht es um Rechte, denen staatliche Verpflichtungen entsprechen, namentlich auf die Gewähr eines sozialen Existenzminimums und auf Gewährleistung sozialer Sicherheit.

In diesem Bereich stellt sich allerdings dasselbe Problem, wie im Bereich der Tarifautonomie. Das soziale Recht garantiert eine rechtliche Institution, aber die Ausgestaltung ist dem einfachen Recht überlassen. Um es wieder am Beispiel zu demonstrieren: Einem Recht auf Schutz bei ungerechtfertigter Kündigung (Art. 30 EU-GRC) ist nicht zu entnehmen, ob der Schutz durch Unwirksamkeit der Kündigung oder durch Entlassungsentschädigung zu gewähren ist. Es ist auch nicht klar, wie der Schutz vor betriebsbedingter Kündigung ausgestaltet sein muss, ob etwa eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Unternehmen – wie im deutschen Recht – die Rechtfertigung der Kündigung ausschließt. All dies wird erst durch mitgliedstaatliche Gesetzgebung festgelegt. Wenn sich nun die Bereichsausnahme nach dem Vorschlag des Sozialprotokolls auf das „soziale Recht“ bezieht, dann ist ebenso wie bei der Tarifautonomie unklar, ob sich die Ausnahme nur auf die rechtliche Institution – (irgendein) Schutz vor ungerechtfertigter Kündigung – bezieht, oder auch auf die ausgestaltende Gesetzgebung.

Wenn man den Ansatz der drei Rechtswissenschaftler zur Tarifautonomie übertragen wollte, bedürfte es einer Bezeichnung des ausgenommenen Bereichs, der die einfachgesetzliche Ausgestaltung einbezieht. Geeignet erscheint hier ein Blick in das Kapitel zur Sozialpolitik im AEUV und dort in den der Katalog von Kompetenzen in Art. 153 AEUV. In Art. 153 Abs. 1 AEUV sind Felder aufgezählt, in denen die Union kraft Art. 153 Abs. 2 b) AEUV die Kompetenz zur Mindestharmonisierung hat, was zugleich besagt, dass die Ausgestaltung im Übrigen bei den Mitgliedstaaten liegt. Zu diesen Feldern gehören Arbeitsschutz, Arbeitsbedingungen, soziale Sicherheit und sozialer Schutz von Arbeitnehmern und Erwerbslosen, Kündigungsschutz und Mitbestimmung. Besonders hervorgehoben ist das Gewicht der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung in den Feldern von Arbeitsentgelt und Tarifvertragssystemen, für diese hat die Union nämlich nach Art. 153 Abs. 5 AEUV nicht

einmal eine Kompetenz zur Mindestharmonisierung. Mitgliedstaatliche Gesetzgebung, die die sozialen Rechte aus den genannten völkerrechtlichen Dokumenten ausgestaltet, ist jedenfalls im Wesentlichen von den genannten Kompetenznormen erfasst. Darum empfiehlt es sich, bei der Regelung einer umfassenden Bereichsausnahme für die mitgliedstaatliche Arbeits- und Sozialverfassung auf Art. 153 AEUV Bezug zu nehmen.

4. Regelungsvorschlag

Der Regelungsvorschlag entspricht demjenigen zum allgemeinen Rückbau der Marktfreiheiten zu Diskriminierungsverboten. In der allgemeinen Vorschrift zum Binnenmarkt in Art. 26 Abs. 2 AEUV wäre anzufügen:

„Das damit verbundene Verbot von Verkehrsbeschränkungen durch die Mitgliedstaaten gilt nicht für Maßnahmen, die unter die in Art. 153 Abs. 1 und 5 AEUV genannten Gebiete fallen. Hiernach zulässige Beschränkungen dürfen jedoch keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit beinhalten.“

IV. Grundsatz territorialer Arbeitskostengleichheit

1. Ausnahme vom Gleichheitsrecht

Der Europäische Pakt für sozialen Fortschritt thematisiert nicht nur die deregulierende Kraft der Marktfreiheiten und die Autonomie der mitgliedstaatlichen Arbeits- und Sozialverfassung. Er greift gesondert die Problematik des transnationalen Wettbewerbs auf der Basis von Lohn und Arbeitsbedingungen heraus und fordert, dass dieser in der Union, die sich als soziale Marktwirtschaft begreift (Art. 3 Abs. 2 AEUV), ausgeschlossen sein muss.¹⁰³ Die Hervorhebung dieses Themas ist angesichts der realen Bedeutung transnationaler Arbeitskostenkonkurrenz für das Beschäftigungsniveau und für die Verhandlungsmacht der Gewerkschaften in der Sache ohnehin verständlich. Zusätzlich mag dahinter die Vermutung gestanden haben, dass der Ausschluss transnationaler Arbeitskostenkonkurrenz keine automatische Folge des Rückbaus der Marktfreiheiten zu Gleichbehandlungsrechten sein könnte.

Auf gleicher Linie sah der Vorschlag aus der Rechtswissenschaft für eine umfassende Bereichsausnahme für die mitgliedstaatlichen Tarifvertragssysteme vor, dass Maßnahmen,

¹⁰³ Dazu schon oben B.I.

die gegen transnationale Arbeitskostenkonkurrenz gerichtet sind, unter den Marktfreiheiten grundsätzlich nicht verboten sein dürfen, auch wenn sie diskriminierende Wirkung haben.¹⁰⁴

2. Rechtfertigungsgrund für Diskriminierungen

Die gesellschaftliche Bedeutung des Rechts der Arbeitnehmerentsendung wird unten im Zusammenhang mit der entsprechenden Fallstudie ausführlich entfaltet.¹⁰⁵ Dort wird auch noch einmal hergeleitet, warum im Zentrum des Rechts grenzüberschreitender Entsendung von Arbeitnehmern die Formel „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“ stehen muss, mit dem der essentielle Grundsatz der modernen Arbeitswelt – „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ – in den Kontext supranationaler Wirtschaftsintegration gestellt wird. Die Formel bringt den Grundsatz territorialer Arbeitskostengleichheit zum Ausdruck.

Zusammengefasst soll der Grundsatz verhindern, dass im Inland unternehmerischer Wettbewerb auf der Basis von Arbeitskosten ausgetragen wird und sich folglich diejenigen Unternehmen durchsetzen, die für an sich gleiche Arbeit einfach aufgrund unterschiedlicher rechtlicher und tariflicher Rahmenbedingungen weniger Kosten aufwenden müssen.

Die Marktfreiheiten bringen den Grundsatz territorialer Arbeitskostengleichheit auch dann in Schwierigkeiten, wenn sie richtig als Gleichbehandlungsrechte verstanden werden. Der Grund liegt darin, dass die Herstellung territorialer Arbeitskostengleichheit es verlangen kann, inländische und ausländische Unternehmen ungleich zu behandeln. Die Herstellung gleicher Kostenbelastung lässt sich mitunter nur herstellen durch Ungleichbehandlung, sei es tatsächlich oder rechtlich.

Die Lage ist vergleichbar mit Diskriminierungen, die nicht Selbstzweck sind, die aber anerkannten Gemeinwohlzwecken dienen, welche sich nur im Wege einer rechtlichen oder faktischen Ungleichbehandlung verfolgen lassen. Das anschaulichste Beispiel ist der Schutz des nationalen Kulturgutes in Art. 36 AEUV: Wenn man das nationale Kulturgut schützen will und auch darf, dann muss grenzüberschreitender Erwerb von Kulturgütern anders behandelt werden als entsprechende interne Vorgänge. Um nationales Kulturgut zu schützen, muss also notwendig diskriminiert werden.

¹⁰⁴ Jürgen Bast / Florian Rödl / Jörg Philipp Terhechte, Funktionsfähige Tarifvertragssysteme als Grundpfeiler von Binnenmarkt und Währungsunion. Vorschlag für eine Reform der EU-Verträge, Zeitschrift für Rechtspolitik 2015, S. 230-233, 231.

¹⁰⁵ Unten E.III.

Beim Problem der transnationalen Arbeitskostenkonkurrenz liegt es ähnlich: Wenn man den Grundsatz territorialer Arbeitskostengleichheit verwirklichen will, dann kann es erforderlich werden, ausländische Unternehmen anders zu behandeln als inländische. Das gilt etwa mit Blick auf die Rechtswirkungen von Tarifverträgen, die ausländische Unternehmen im Ausland abgeschlossen haben, oder die Kontrollmöglichkeiten, die ausländische Unternehmen zusätzlich bereitstellen müssen. Darum ist es geboten, den Grundsatz der territorialen Arbeitskostengleichheit als mögliche Rechtfertigung von Diskriminierungen in die entsprechenden Ausnahmenvorschriften des Vertrages aufzunehmen.

3. Verhältnis zum geltenden Sekundärrecht

An sich ließe sich der Grundsatz territorialer Arbeitskostengleichheit auch durch Unionsgesetzgebung verwirklichen. Diese könnte es den Mitgliedstaaten gestatten, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um den Grundsatz territorialer Arbeitskostengleichheit zu verwirklichen. Tatsächlich bestehen auch unionsrechtliche Regelungen im Sekundärrecht, aber die bleiben hinter einer Verwirklichung des Grundsatzes territorialer Arbeitskostengleichheit weit zurück.

Maßgebliche Vorschriften sind für den Bereich der Arbeitsbedingungen die Entsenderichtlinie¹⁰⁶ samt Durchsetzungsrichtlinie¹⁰⁷, für den Bereich der arbeitsbezogenen Sozialkosten die Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit.¹⁰⁸ Beide Rechtsakte bestimmen, ab welchem Zeitpunkt ein entsandter Arbeitnehmer nicht mehr den Rechtsvorschriften des Entsendestaates, sondern des Gaststaates unterliegt, so dass Arbeitskostengleichheit gewährleistet ist. Hinsichtlich der Sozialkosten greifen die Vorschriften im Gaststaat erst nach 24 Monaten (Art. 12 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004). Für die Entsendezeit bis dahin gilt das Heimatrecht. Hinsichtlich der Arbeitsbedingungen sollen nach der jüngsten Änderung der Entsenderichtlinie die Vorschriften im Gaststaat nach zwölf Monaten der Entsendung greifen.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Richtlinie 96/71/EG vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, Abl. EU, Nr. L 018/1 vom 21.01.1997.

¹⁰⁷ Richtlinie 2014/67/EU vom 15. Mai 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern, Abl. EU, Nr. L 159/11 vom 28.05.2014.

¹⁰⁸ Verordnung (EG) Nr. 883/2004 vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, Abl. EU, Nr. L 166 vom 30.04.2004.

¹⁰⁹ Artikel 1 Nr. 2 b) der Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, Abl. EU, Nr. L 173/16 vom 9.7.2018.

Volle Arbeitskostengleichheit sieht das Unionsrecht also erst für Entsendungen von einer Dauer von mehr als 24 Monaten vor, ein Fall der eigentlich nie vorkommt.¹¹⁰ Nach zwölf Monaten soll nun Gleichheit hinsichtlich der Arbeitsbedingungen im engen Sinn eintreten, auch solche Entsendungen sind sehr selten. Bis zu einer Entsendezeit von zwölf Monaten gilt nur ein Ausschnitt der Arbeitsbedingungen des Gastlandes (vgl. Art. 3 der Entsenderichtlinie).

So enthält die Entsenderichtlinie zwar Vorschriften, die den transnationalen Arbeitskostenwettbewerb mildern. Die – von der Kommission intendierte und vom EuGH bestätigte – regulatorische Pointe der Entsenderichtlinie besteht allerdings darin, dass die Mitgliedstaaten über die darin enthaltenen Vorgaben zur Erstreckung von Arbeitsbedingungen auf Entsendearbeit nicht hinausgehen dürfen.¹¹¹

Ein weiterer Mangel des geltenden Entsenderecht besteht in den Schwierigkeiten der Kontrolle, ob die ausländischen Unternehmen die inländischen Arbeitsbedingungen nicht nur auf dem Papier, sondern tatsächlich gewähren. Diesem Problem sollte durch einen weiteren Gesetzgebungsakt abgeholfen werden, die sogenannte Durchsetzungsrichtlinie.¹¹² Der Kommissionspräsident Juncker beurteilt die Leistungsfähigkeit der Richtlinie anscheinend kritisch, insofern er nunmehr vom bisherigen Ansatz einer Kooperation der Mitgliedstaaten Abstand nehmen will und stattdessen für die Einrichtung einer Kontrollbehörde auf Unionsebene wirbt.¹¹³

Man könnte vor diesem Hintergrund also für die Verwirklichung des Prinzips territorialer Arbeitskostengleichheit auf den Unionsgesetzgeber setzen wollen. Jedoch sind die Aussichten für eine Rechtssetzung, die den Grundsatz territorialer Arbeitskostengleichheit tatsächlich weitgehend verwirklicht, ausgesprochen schlecht. Denn zu groß erscheint auch hier die Interessendivergenz zwischen den Mitgliedstaaten: Die Niedriglohnstaaten bestehen auf ihren Kostenvorteilen und behaupten deren Ausbeutung als eine Möglichkeit, die ihnen

¹¹⁰ Die durchschnittliche Entsendedauer lag 2014 bei 103 Tagen. In Deutschland betrug der Entsendezeitraum im Baugewerbe in 90 % aller Fälle weniger als 6 Monaten, in Österreich dauern nur 4-5 % der Entsendungen mehr als ein Jahr; dazu Europäische Kommission, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Folgenabschätzung, Begleitunterlage zum Vorschlag zur Änderung der Entsenderichtlinie, S. 39, SWD (2016), 52 final vom 08.03.2016 (in Englisch).

¹¹¹ Dazu ausführlich unten E.III.

¹¹² Richtlinie 2014/67/EU; kritische Einschätzung bei Constanze Janda, Die Durchsetzung der Rechte entsandter Arbeitnehmer, in: Soziales Recht 2016, S. 1 ff.

¹¹³ Präsident Jean-Claude Juncker, Rede zur Lage der Union 2017 vom 13. September 2017, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-17-3165_de.htm ..

im Gegenzug für ihre eigene Marktöffnung für Waren, Dienstleistungen und Kapital zustehen müsse.

Politische Dynamik für eine befriedigende Unionsgesetzgebung wird sich insoweit erst ergeben, wenn sich die durch das Unionsrecht konstituierten Ausgangspositionen ändern. Die jetzige Ausgangsposition ist allein durch die Marktfreiheiten gekennzeichnet. Jeder Schritt in Richtung territorialer Arbeitskostengleichheit ist darum für die Niedriglohnstaaten ein Verlust, den zu akzeptieren sie keinen Anlass haben. Würde hingegen im Zuge einer Vertragsänderung¹¹⁴ der Grundsatz territorialer Arbeitskostengleichheit zum Rechtfertigungsgrund für Diskriminierungen erklärt, würde dies die Ausgangsposition grundlegend verändern. Jeder Mitgliedstaat wäre berechtigt, auf eigenem Territorium territoriale Arbeitskostengleichheit zu gewährleisten. Das gäbe dann Anlass für alle Mitgliedstaaten, Hochlohn- oder Niedriglohnstaat, über eine Unionsgesetzgebung zu verhandeln, welche die Wahrung des Grundsatzes für alle einheitlich formuliert und aus Gründen transnationaler Solidarität oder auch schlichter aus Gründen der Praktikabilität Ausnahmen vorsehen mag.

Eine primärrechtliche Verankerung des Grundsatzes territorialer Arbeitskostengleichheit als Rechtfertigungsgrund für Diskriminierungen träfe allerdings mit der oben berichteten sekundärrechtlichen Lage zusammen. Hinsichtlich der Entsenderichtlinie erschiene es rechtlich gut vertretbar, dass ihr Charakter als Vollharmonisierung durch den neuen primärrechtlichen Grundsatz *ipso iure*, also unmittelbar von Rechts wegen, überschrieben wird. Zur Sicherheit sollte dies im Wege einer zusätzlichen Protokollerklärung klargestellt werden. Hinsichtlich der Koordinierungsverordnung steht ein vergleichbarer Weg nicht zur Verfügung. Man kann die Verordnung nicht zum Mindeststandard erklären. Erforderlich wäre eine präzise gefasste Ermächtigung der Mitgliedstaaten, die Sozialversicherung für Entsendearbeiter jenseits der Verordnung autonom zu regeln. Auch dies müsste in einer primärrechtlich wirkenden Protokollerklärung verankert werden.

4. Regelungsvorschlag

Um den systematischen Zusammenhang zu anderen Rechtfertigungsgründen für Diskriminierungen deutlich zu machen, die der Vertrag selbst vorsieht, empfiehlt es sich, den Rechtfertigungsgrund der Herstellung territorialer Arbeitskostengleichheit nicht in die

¹¹⁴ Zu den Aussichten bereits oben B.III.

allgemeine Vorschrift zum Binnenmarkt in Art. 26 Abs. 2 AEUV einzutragen, sondern den vorhandenen Rechtfertigungsgründen für die jeweilige Marktfreiheit anzufügen. Weiterhin empfiehlt es sich legislativ, anstelle des Ausdrucks der Arbeitskostengleichheit den der territorialen Arbeitskostengleichheit zu verwenden, um klarzustellen, dass nicht nur Lohnsätze und materielle Arbeitsbedingungen, sondern sämtliche Arbeitskosten erfasst sein sollen.

In **Art. 36 AEUV** muss es heißen:

„Die Bestimmungen der Artikel 34 und 35 stehen Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverboten oder -beschränkungen nicht entgegen, die aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturgutes von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums *oder zur Verwirklichung des Grundsatzes territorialer Arbeitskostengleichheit* gerechtfertigt sind.“

In **Art. 52 Abs. 1, 62 AEUV** muss es heißen:

„Dieses Kapitel und die aufgrund desselben getroffenen Maßnahmen beeinträchtigen nicht die Anwendbarkeit der Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit *oder zur Verwirklichung des Grundsatzes territorialer Arbeitskostengleichheit* gerechtfertigt sind.“

In **Art. 65 Abs. 1 b) AEUV** muss es heißen:

„Artikel 63 berührt nicht das Recht der Mitgliedstaaten, ... b) die unerlässlichen Maßnahmen zu treffen, um ... Maßnahmen zu ergreifen, die aus Gründen öffentlicher Ordnung oder Sicherheit *oder zur Verwirklichung des Grundsatzes territorialer Arbeitskostengleichheit* gerechtfertigt sind.“

Die **Protokollerklärung**, die zur Sicherung der rechtlichen Wirkung dieser Änderungen gegenüber dem geltenden Sekundärrecht notwendig ist, müsste folgende Regelungen enthalten:

1. Zur Verwirklichung des Grundsatzes territorialer Arbeitskostengleichheit können die Mitgliedstaaten Regelungen für entsandte Arbeitnehmer treffen, die von denen in der Verordnung (EG) 883/2004 abweichen.

2. Die Entsenderichtlinie berührt nicht das Recht der Mitgliedstaaten, den Grundsatz territorialer Arbeitskostengleichheit zu verwirklichen.

E. Fallstudien

Nach der Präsentation der Alternativen soll nun überprüft werden, inwiefern diese auch tatsächlich rechtliche Tragfähigkeit besitzen. Dies soll methodisch anhand von drei Fallstudien geschehen. Für die Fallstudien wurden gesellschaftspolitische Felder ausgewählt, die repräsentativ für eine entwickelte Struktur moderner Sozialstaatlichkeit stehen. Das sind die Tarifautonomie, öffentliche Unternehmenskontrolle durch „Goldene Aktien“ und die Arbeitnehmerentsendung. Die Tarifautonomie ist schlicht das Rückgrat des Sozialstaats. Goldene Aktien stehen für den Anspruch, in gesellschaftlich relevanten Unternehmen Gemeinwohlinteressen zur Geltung zu bringen, auch wenn es sich nicht oder nicht mehr um staatseigene Unternehmen handelt. Im Recht der Arbeitnehmerentsendung entscheidet sich, ob die durch Arbeitsrecht und Tarifautonomie leidlich gelungene Ausschaltung von Arbeitskostenkonkurrenz durch Dienstleistungsfreiheit unterminiert wird.

Die einzelnen Fallstudien zu diesen drei Feldern gliedern sich wie folgt: Zunächst wird das einschlägige Feld in seiner gesellschaftlichen Bedeutung, also in seiner Bedeutung für demokratisch-soziale Gestaltung der gesellschaftlichen Verhältnisse vorgestellt. Anschließend werden die Leitentscheidungen des EuGHs dargestellt, die die Rahmenbedingungen demokratisch-sozialer Gestaltung stark verschlechtert haben. Im darauffolgenden Abschnitt werden die gesellschaftspolitischen Folgen der Entscheidungen expliziert und veranschaulicht. Im letzten Abschnitt wird überprüft, inwieweit die oben entfalteten Regelungsvorschläge rechtlich effektive Abhilfe schaffen würden.

I. Tarifautonomie

1. Bedeutung des Feldes

Tarifautonomie ist für die moderne soziale Demokratie von überragender Bedeutung. Tarifautonomie sichert die Gerechtigkeit des Leistungsaustauschs im Arbeitsvertrag zwischen Beschäftigten und Arbeitgebern.¹¹⁵ Ohne Tarifautonomie würde das Konkurrenzparadox des Arbeitsmarktes (Stichwort: fehlende Elastizität des Angebots) die Entgelte immer weiter nach unten drücken, allenfalls begrenzt durch gesetzliche Mindeststandards. Die Folgen für den Lebensstandard der abhängig Beschäftigten und für das Ausmaß sozialer Ungleichheit wären dramatisch. Daneben wären auch die volkswirtschaftlichen Effekte aufgrund fehlender Nachfrage gravierend. Schließlich ließen

¹¹⁵ Florian Rödl, Gesetzlicher Mindestlohn und Vertragsgerechtigkeit, in: Kleczewski / Müller-Mezger / Neuhaus (Hrsg.), Mindestlohn – (k)ein gerechter Lohn?, Münster 2017, S. 11-26.

sich auch die Systeme sozialer Sicherheit nicht mehr finanzieren. Vor diesem Hintergrund kann man die Tarifautonomie berechtigt als „Rückgrat“ des modernen Sozialstaates bezeichnen.

Das Unionsrecht bedroht nun nicht die Tarifautonomie per se. Es gibt der Tarifautonomie aber auf, den Binnenmarkt nicht zu beeinträchtigen. Wann immer die Ausübung von Tarifautonomie Effekte zeitigen könnte für grenzüberschreitende Bewegungen von Niederlassungen (Produktionsstätten) oder von Waren und Dienstleistungen, kommt sie grundsätzlich in den Fokus des Rechts der Marktintegration. Diese Effekte nehmen natürlich im Zuge fortschreitender Marktintegration ihrerseits zu. Besonders augenfällig werden sie im Fall von Auseinandersetzungen um transnationale Betriebsverlagerungen.

2. Die Entscheidung „Viking“

Die erste Entscheidung zum Stand der Tarifautonomie unter den Marktfreiheiten ist die Entscheidung in der Rechtssache Viking¹¹⁶. Es ging um die Zulässigkeit gewerkschaftlicher Maßnahmen im Zusammenhang mit der Ausflagung eines Fährschiffs von Finnland nach Estland. Die finnische Gewerkschaft hatte dem Eigner des Fährschiffs, eine finnische Gesellschaft mit Namen Viking, wegen der Ausflagung mit Streiks gedroht. Der internationale Dachverband der Transportarbeitergewerkschaften (ITF) hatte auf Basis seiner einschlägigen Satzungsbestimmungen angeordnet, dass insbesondere die estnische Gewerkschaft keine Tarifverhandlungen mit der estnischen Tochter von Viking aufnehmen durfte, was diese auch befolgte.

Unter finnischem Arbeitsrecht waren die Maßnahmen der Gewerkschaften rechtmäßig. Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Rechtslage mit finnischem Verfassungsrecht und dort garantierten wirtschaftlichen Freiheitsrechten der Unternehmen sind nicht bekannt. Entsprechend traute es sich Viking auch nicht zu, die finnischen Gerichte davon zu überzeugen, dass die finnische Rechtslage zwar nicht gegen die finnische Verfassung, wohl aber gegen die Marktfreiheiten verstoßen könnte. Darum rief Viking ein englisches Gericht an. Dies war möglich aufgrund der Beteiligung der ITF, die ihren Sitz in London hat. Vor dem englischen Gericht machte Viking eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit geltend und fand Gehör, das Gericht legte den Fall dem EuGH vor. Der EuGH bejahte tatsächlich eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit sowohl durch die finnische Gewerkschaft FSU als auch

¹¹⁶ EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2007, Viking, C-438/05, EU:C:2007:772.

durch die ITF. Im Ergebnis stellten sowohl die Streikdrohung der FSU, als auch die innerverbandliche Anordnung zur Verhandlungszuständigkeit seitens der ITF einen Verstoß gegen Unionsrecht dar.

Um dieses Ergebnis zu begründen, waren zwei Schritte wesentlich. Zunächst einmal musste die Rechtsprechung zur Bindung Privater an die Marktfreiheiten auf die Ausübung gewerkschaftlicher Autonomie übertragen werden.¹¹⁷ Das galt zum einen für die innerverbandliche Regelung zur Tarifzuständigkeit in der ITF. Hier geht es immerhin, wie im Fall Bosman, um eine rechtsverbindliche Regelung. Das galt zum anderen für die Streikdrohung, die selbst keine Regelung darstellt, sondern auf eine Regelung zielt.

Im zweiten Schritt war die Niederlassungsfreiheit zu prüfen. Eine Beschränkung war natürlich zu bejahen, die Maßnahmen von ITF und FSU waren sicherlich geeignet, die Ausflagging für Viking weniger attraktiv zu machen. Unter der Prüfung der Rechtfertigung erkannte der EuGH zunächst an, dass der Schutz der Arbeitnehmer, ein unionsrechtlich anerkannter Gemeinwohlzweck, auch durch gewerkschaftliche Maßnahmen erfüllt werden könne. Er nahm auch noch keinen Anstoß daran, dass das finnische Recht den Streik gegen Betriebsverlagerungen zulässt. Entscheidend war erst die Prüfung der Erforderlichkeit und der Eignung der Maßnahmen. Die Regeln der ITF, nach denen sich die Zuständigkeit der Mitgliedsgewerkschaften für Tarifverhandlungen mit einem bestimmten Schiffseigner bestimmen, sollten von vornherein zum Arbeitnehmerschutz ungeeignet sein. Der Grund war, dass die Tarifzuständigkeit bei der ITF formal an den Sitz des wirtschaftlichen Eigentümers anknüpft, und nicht mit Blick auf das Lohnniveau bestimmt ist.¹¹⁸

Die Beurteilung der Streikmaßnahme der FSU überließ der EuGH dem englischen Gericht, äußerte aber große Zweifel am verfolgten Ziel des Arbeitnehmerschutzes als auch an der Erforderlichkeit. Zweifel daran, dass die FSU tatsächlich den Zweck des Arbeitnehmerschutzes verfolgte, ergaben sich für den EuGH daraus, dass Viking die Fortsetzung der bestehenden Arbeitsverhältnisse zu gleichen Bedingungen angeboten hatte. Das bedeutet im Umkehrschluss: Arbeitnehmerschutz beinhaltet nach Ansicht des EuGHs nur den Schutz der bestehenden Arbeitsplätze zu den bestehenden Arbeitsbedingungen.

¹¹⁷ EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2007, Viking, C-438/05, EU:C:2007:772, Rn. 56 ff.

¹¹⁸ Dem EuGH schwebt offenbar eine Zuständigkeitsregel vor, der zufolge die Gewerkschaft zuständig wäre, die die besten Arbeitsbedingungen erzielen kann. Das ist einfach nur töricht, EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2007, Viking, C-438/05, EU:C:2007:772, Rn. 89.

Darüber hinaus gehen darf die Gewerkschaft nicht, insbesondere darf sie nicht darauf abzielen, die Betriebsverlagerung zu verhindern. Hinsichtlich der Erforderlichkeit wollte der EuGH überprüft wissen, ob es sich bei dem Streik wirklich um das letzte Mittel gehandelt hatte. Das haben die Gewerkschaften also nicht selbst zu entscheiden.¹¹⁹

Beides bedeutet eine erhebliche Einschränkung der Tarifautonomie. Das wird plastisch, wenn man es mit der deutschen Situation vergleicht. Das deutsche Recht gewährt die Tarifautonomie für den Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Eine Beurteilung, welche von Gewerkschaften verfolgte Regelungen „wirklich“ dem Schutz der Arbeitnehmer dient, findet nicht statt. Weiterhin wird das Streikrecht zwar dem Ausdruck nach ebenfalls durch einen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beschränkt. Doch seit Langem steht fest, dass Eignung und Erforderlichkeit nicht durch die Gerichte beurteilt werden können, weil dies eine gerichtliche Kontrolle der Tarifziele (Tarifzensur) impliziert.¹²⁰ Kontrolliert wird nur die Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engen Sinn), die aber letztlich auf eine Rechtsmissbrauchskontrolle (§§ 226, 826 BGB) hinausläuft, die im gewöhnlichen Arbeitskampf nicht zum Tragen kommt.¹²¹

Die wesentliche Pointe der Entscheidung bestand also darin, gewerkschaftliche Maßnahmen in tariflicher Auseinandersetzung denselben Anforderungen zu unterwerfen wie eine mitgliedstaatliche Regulierung. Das von Gewerkschaften sicherlich immer verfolgte Interesse des Schutzes der Arbeitnehmer wurde darüber erheblich verengt. Folglich dürfen nur noch Arbeitskampfmaßnahmen zum Erhalt bereits bestehender Arbeitsverhältnisse und Bedingungen geführt werden. Der Einsatz für Sicherung von Beschäftigung im Inland wäre nicht mehr möglich. Zudem wurde die Verfolgung des Ziels einer strikten Verhältnismäßigkeitskontrolle unterstellt, die zu einer zusätzlichen Beschränkung von Arbeitskampfmaßnahmen führt.

3. Tragweite der Entscheidung

In der Arbeitswelt der Gegenwart werden Auseinandersetzungen um tatsächlich beabsichtigte Betriebsverlagerungen immer häufiger.¹²² Die Androhung von Betriebsverlagerungen ist darüber hinaus ein häufig genutztes Szenario in

¹¹⁹ Das entspricht dem ultima ratio-Prinzip im deutschen Arbeitskampfrecht, das seit 1980 aufgegeben ist. BAG, Urteil vom 11.08.1992 – 1 AZR 103/92, BAGE 71, 92, 99, AP Nr. 124 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

¹²⁰ BAG vom 11.08.1992 – 1 AZR 103/92, BAGE 71, 92, 99, AP Nr. 124 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

¹²¹ Dazu Florian Rödl, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 2017, § 17 Rn. 94 ff.

¹²² Dazu Wolfgang Däubler, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 2017, § 13 Rn. 37.

Tarifverhandlungen, welches die Verhandlungsmacht der Gewerkschaften erheblich schwächt. Darum gehört es zu den wichtigen strategischen Fragen der Gewerkschaften, ob und wie Betriebsverlagerungen zum Thema kollektivrechtlicher Auseinandersetzungen gemacht werden können, nicht zuletzt um auf diese Weise die Kosten einer Verlagerung in die Höhe zu treiben.

In einigen Mitgliedstaaten ist der kollektivrechtliche Kampf um transnationale Betriebsverlagerungen erlaubt.¹²³ In anderen Mitgliedstaaten wie der Bundesrepublik ist die rechtliche Zulässigkeit eines solchen Kampfes sehr streitig und höchstrichterlich noch nicht abschließend geklärt.¹²⁴ Durch die Rechtsprechung des EuGHs in der Rechtssache Viking ist nun für alle Arbeitsrechtsordnungen eine neue Grenze gezogen, soweit Verlagerungen innerhalb der Union in Rede stehen: Sofern denn die mitgliedstaatliche Ordnung einen Streik für zulässig hält (sonst stellt sich die Frage zusätzlicher unionsrechtlicher Grenzen nicht), sind die möglichen Streikziele begrenzt auf den Erhalt der bestehenden Arbeitsverhältnisse, und der Streik unterliegt einer strengen Verhältnismäßigkeitskontrolle.

Damit sind Kämpfe um transnationale Betriebsverlagerungen erheblich erschwert. Sie unterliegen zudem großer Rechtsunsicherheit, die mit umfänglichen Verhältnismäßigkeitsprüfungen naturgemäß einhergeht. Angesichts der mit rechtswidrigen Streiks nach mitgliedstaatlichem Recht häufig verbundenen Schadensersatzfolgen ist schon die Rechtsunsicherheit ausreichend, um gewerkschaftliche Ansätze zur Gegenwehr zu entmutigen. Die Union hat also Betriebsverlagerungen durch die Binnenmarktintegration nicht nur deutlich attraktiver gemacht. Mit der Entscheidung Viking hat der EuGH auch noch die gewerkschaftlichen Möglichkeiten empfindlich beschnitten, die Verlagerungen wenigstens zum Gegenstand kollektivrechtlicher Auseinandersetzung zu machen.

Die mit Viking eingeschlagene Linie könnte auch noch weiter ausgebaut werden. So könnte man fragen, ob Streiks in Verkehrsunternehmen, sei es Luftfahrt, Bahn oder LKW-Transport, nicht die Waren- oder Dienstleistungsfreiheit beeinträchtigen.¹²⁵ Gleiches gilt für Streiks in Unternehmen, die Waren oder Dienstleistungen in andere Mitgliedstaaten exportieren.

¹²³ Vgl. Dorsemont / Jaspers / van Hoek (Hrsg.): Cross-Border Collective Action in Europe: A Legal Challenge, Antwerpen 2007.

¹²⁴ Anderes gilt für einen Streik um die Folgen einer Betriebsverlagerung für die Beschäftigten: BAG, Urteil vom 24. April 2007 – 1 AZR 252/06, in: BAGE 122, 134.

¹²⁵ Robert Rebhahn, Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking, in: ZESAR 2008, S. 109-117.

Denn sofern die Streiks den Grenzübertritt von Waren oder Dienstleistungen bzw. Dienstleistern behindern, ist damit eigentlich auch der Marktzugang beeinträchtigt, so dass eine Beschränkung zu bejahen wäre.¹²⁶

Man kann natürlich die Hoffnung hegen, dass der EuGH dennoch anders entscheiden würde, aber – und darauf kommt es an – ein zwingender Grund dafür ist in seiner Konzeption der Marktfreiheiten als Beschränkungsverbote mit Wirkung für Private nicht angelegt. Wenn aber die Beschränkung einmal bejaht ist, müssten sich die Streiks zu ihrer Rechtfertigung dem Test ihrer Eignung und Erforderlichkeit nach unionsrechtlichen Maßstäben unterziehen. Dies erzeugte sicherlich Rechtsunsicherheit und dürfte noch weitere restriktive Effekte zeitigen. Die Auswirkungen auf das Streikrecht, mithin auf die Verhandlungsmacht der Gewerkschaften und mithin auf die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten wären desaströs.

Ein weiterer Punkt kommt hinzu: Gleichfalls zu den strategischen Antworten der Gewerkschaften auf die Folgen der Vertiefung internationaler Arbeitsteilung gehört es, in großen Unternehmen der verarbeitenden Gewerbe Vorgaben für Arbeitsbedingungen in der Wertschöpfungskette zu verhandeln.¹²⁷ Es geht um Tarifbindung oder jedenfalls Tarifierung, betriebliche Arbeitnehmervertretung, möglicherweise auch um Lohnsätze und Höchstarbeitszeiten.

Sofern nun eine Wertschöpfungskette – wie so häufig – die Grenzen des eigenen Mitgliedstaates überschreitet, geraten die tariflichen Abreden wiederum in den Anwendungsbereich der Marktfreiheiten, namentlich der Waren- und Dienstleistungsverkehrsfreiheit. Auf der Basis der Rechtsprechung des EuGHs in der Rechtssache Viking ist es sehr zweifelhaft, dass entsprechende Arbeitskämpfe zulässig und resultierende Abreden rechtlich wirksam wären. Schließlich zielen die Arbeitskämpfe und die resultierenden Normen nicht auf den Schutz bestehender Arbeitsverhältnisse, sondern es geht hier auch um den Erhalt von Beschäftigung im Inland. An der haben gerade die

¹²⁶ Zwar sind dem EuGH solche Fälle bislang nicht zur Entscheidung vorgelegt worden. In einem Fall jedoch, im Konflikt des britischen Luftfahrtunternehmens British Airways mit der Pilotengewerkschaft BALPA im Jahr 2008, hat die entsprechende Drohung der Arbeitgeberseite jedoch schon ein Einlenken der Gewerkschaftsseite nach sich gezogen.

¹²⁷ Vgl. etwa Carsten Hübner, Globale Wertschöpfungsketten organisieren. Eine neue Herausforderung für Gewerkschaften, Friedrich-Ebert-Stiftung, Internationale Politikanalyse 2015, <http://library.fes.de/pdf-files/iez/11565.pdf>.

Gewerkschaften ein vitales Interesse, weil es zugleich um ihre Mitgliederbasis geht. Die Marktfreiheiten erlauben es ihnen aber nicht, dieses Interesse selbständig zu verfolgen.

4. „Viking“ im Licht der Alternativen

a. Rückbau zu Gleichbehandlungsrechten

Für Viking war oben herausgestellt worden: Zentral war zunächst die Erstreckung der Bindung der Marktfreiheiten auf gewerkschaftliche Autonomieausübung und sodann die Anwendung des unveränderten Maßstabs der Marktfreiheit als Beschränkungsverbot.

Nach einem Rückbau der Marktfreiheiten von liberalistischen Supergrundrechten zu Gleichbehandlungsansprüchen, würde sich am ersten Schritt, an der Bindung der Gewerkschaften nichts ändern. Das Thema der Bindung Privater an die Marktfreiheiten wird dadurch grundsätzlich nicht berührt. Ändern würde sich aber das Ergebnis der Prüfung im Übrigen.

Hinsichtlich der Regelung zur Tarifizständigkeit bei der ITF wäre zu fragen, ob die ITF-Regeln Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat unmittelbar oder mittelbar anders behandeln als inländische Unternehmen. Das wäre natürlich zu verneinen. Die ITF-Regeln sehen vor, dass tarifzuständig die nationale Gewerkschaft ist, in deren Land der Sitz des wirtschaftlichen Eigentümers liegt.¹²⁸ Diese Regel gilt für alle Unternehmen gleichermaßen, unabhängig davon, ob Sie ihren Sitz im In- oder Ausland haben. Das ist auch nicht verwunderlich, da die ITF selbst eine Dachorganisation ist, die nur pro forma irgendwo ihren Sitz haben muss, aber an sich keinem System industrieller Beziehungen stärker verpflichtet ist als anderen.

Hinsichtlich der rechtlichen Zulässigkeit der Streikdrohung der FSU wäre zu fragen, ob das finnische Arbeitskampfrecht Streiks gegenüber Unternehmen, die ins Ausland verlagern wollen, erleichtert gegenüber Unternehmen, die im Inland verlagern wollen. So könnte man sich vorstellen, dass nur für Verlagerungen ins Ausland die Friedenspflicht ausgesetzt wäre.

¹²⁸ Erneut ein zusätzlicher dogmatischer Kommentar für die Spezialisten, diesmal im Feld des Kollisionsrechts: Die ITF-Regelung entspricht der Struktur einer Kollisionsnorm. Diese Kollisionsnorm hätte den Inhalt, dass für die Tarifizierung von Arbeitsverhältnissen einer Schiffsbesatzung das Recht am Sitz des wirtschaftlichen Eigentümers maßgeblich sein soll. Auf Basis dieser gedachten Kollisionsnorm ist es nur folgerichtig, wenn dann die entsprechende nationale Gewerkschaft zuständig ist. Für Kollisionsnormen im Arbeitsrecht hat der EuGH in einer neuen Entscheidung klargestellt, dass sie nicht am Beschränkungsverbot zu messen sind (EuGH Urteil vom 18. Juli 2017, Erzberger, C-566/15, EU:C:2017:562; dazu die Erläuterung des maßgeblichen Punktes bei Florian Rödl, in: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht 2018, 88, 95 ff.). Lediglich das Anknüpfungsmoment (hier: Sitz des wirtschaftlichen Eigentümers) darf nicht willkürlich gewählt sein und es muss sich um eine allseitige Kollisionsnorm handeln. Beide Anforderungen sind bei der ITF-Zuständigkeitsregel erfüllt.

So lag es aber im Fall Viking nicht, das finnische Recht enthält eine solche Ungleichbehandlung nicht, im Fall war die Friedenspflicht einfach abgelaufen. Damit hätte also keine Ungleichbehandlung vorgelegen. Die Frage der Rechtfertigung hätte sich nicht gestellt.

So lässt sich festhalten: Viking wäre auf der Basis des richtigen Verständnisses der Marktfreiheiten als föderale Gleichbehandlungsrechte entgegengesetzt entschieden worden. Eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit wäre zu verneinen gewesen, weil schon keine Ungleichbehandlung vorlag. Die erst durch die Rechtfertigungsanforderungen eingetretenen Beschränkungen der Tarifautonomie wären ausgeblieben.

b. Bereichsausnahme für die Arbeits- und Sozialverfassung

Würde eine Bereichsausnahme für den Bereich der Arbeitsbeziehungen verankert, dann würden gewerkschaftliche Maßnahmen nicht unter den Anwendungsbereich einer Marktfreiheit fallen. Gewerkschaftliche Maßnahmen könnten Marktfreiheiten grundsätzlich nicht verletzen. Die Bindung Privater an die Marktfreiheiten bestünde zwar fort, sie würde etwa auch weiterhin für Sportverbände gelten. Aber Gewerkschaften sind nicht mehr betroffen, soweit sie sich im Rahmen der ihnen gewährten Tarifautonomie halten. Letzteres wäre nicht der Fall, wenn sie etwa Arbeitnehmer aus einem anderen Mitgliedstaat die Mitgliedschaft verweigerten. Aber sobald es um Streik geht oder andere Maßnahmen wie Regelungen zur Tarifzuständigkeit, besteht keine Bindung.

Auch auf Basis einer Bereichsausnahme wäre Viking also entgegengesetzt zu entscheiden gewesen.

II. Staatliche Unternehmenskontrolle („Goldene Aktien“)

1) Bedeutung des Feldes

Die zweite Fallstudie behandelt Entscheidungen des EuGHs zu Formen der Unternehmenskontrolle, die meist unter dem Begriff „Goldene Aktien“ diskutiert werden. Entsprechend einer in den 1990er Jahren verbreiteten Vorstellung, dass der Rückzug öffentlicher Eigentümer eine Effizienzsteigerung, Modernisierung und dementsprechend eine Steigerung der Profitabilität nach sich ziehen würde, gingen die Mitgliedsstaaten dazu über, auch Schlüsselunternehmen von strategischer Bedeutung für die nationale Wirtschaft und solche der Daseinsvorsorge, wie etwa Elektrizitätsunternehmen, Post- und Telekommunikationsunternehmen und Ölfirmen, nicht nur in private Kapitalgesellschaften zu überführen, sondern zudem die Anteile an private Anleger oder Investoren zu veräußern. Im Zuge dessen versuchten die Mitgliedstaaten, sowohl die Folgen der Privatisierung öffentlicher Betriebe für die Belegschaft und die Unternehmensstruktur abzufedern, als auch den staatlichen Einfluss auf die Unternehmensführung nicht vollständig aufzugeben.

Zentrales Instrument dabei war die Kreation „goldener Aktien“. Hierbei wurden die vom staatlichen Anteilseigner gehaltene Aktien mit Sonderrechten ausgestattet, entweder unmittelbar kraft Gesetzes oder kraft Satzung auf der Grundlage entsprechender gesetzlicher Erlaubnis. Die Sonderrechte des staatlichen Aktionärs konnten die Entscheidungsfindung in den Leitungs- oder Kontrollorganen des Unternehmens betreffen, darüber hinaus auch den Aktienerwerb.

Um die Existenz von Mehrheitsaktionären oder starken Minderheitsaktionären zu verhindern, führten zahlreiche Mitgliedstaaten einen Vorbehalt der Genehmigung von Aktienerwerb durch den staatlichen Aktionär ein, etwa bei einem Erwerb über ein bestimmtes Kontingent hinaus (10- 15 %). In einer spanischen Regelung etwa wurde der staatliche Anteil per Gesetz mit einem Genehmigungserfordernis durch den Wirtschaftsminister verknüpft. Dieser Minister musste zustimmen, wenn die Beteiligung an der Gesellschaft Schwellenwerte in Höhe von 1/10, 1/5 oder 1/3 erreichen sollten.¹²⁹

Die Entscheidungsfindung im Unternehmen wurde durch besondere Zustimmungserfordernisse gesteuert. Entsprechende Befugnisse wurden jedoch nur für Maßnahmen geschaffen, welche die Struktur des Unternehmens betrafen. Zu diesen zählten etwa die Änderung, Auflösung oder Verschmelzung der Gesellschaft, Standortverlagerungen oder der Verkauf von Tochtergesellschaften und Anlagen. So wurde beispielsweise im Zuge der Privatisierung eines englischen Flughafenbetreibers per Gesetz geregelt, dass der Secretary of State der Satzungsänderung zustimmen musste. In der Satzung der zu privatisierenden Gesellschaft wurde als eine

¹²⁹ EuGH, Urteil vom 4. Juni 2002, Kommission/Frankreich, C-483/99, EU:C:2002:327.

strukturelevante Veränderung der Verkauf von Tochtergesellschaften und Beteiligungen von mehr als 15 % festgelegt.¹³⁰ Ein ähnlicher Fall stammte aus den Niederlanden, wo das private Gesellschaftsrecht ausdrücklich die Festlegung bestimmter Sonderrechte in der Satzung des Unternehmens grundsätzlich erlaubt. Bei der Teilprivatisierung des staatlichen Telekommunikationsunternehmens wurde daraufhin der staatliche Anteil mit besonderen Zustimmungsrechten für strukturändernde Beschlüsse wie Auflösung und Aufspaltung verknüpft.

In Deutschland wich die Entwicklung der Privatisierung von der in den Nachbarstaaten ab, denn man verzichtete im Zuge der Privatisierung auf die Schaffung besonderer, dem Staat oder dem staatlichen Aktionär zustehender Befugnisse. Einen anderen Hintergrund hatte das VW-Gesetz.¹³¹ Es wurde 1960 erlassen, um den Streit um die ungeklärte Eigentumslage am Unternehmen nach dem Ende des Nationalsozialismus beizulegen. Darin werden allerdings keine Genehmigungserfordernisse statuiert, sondern es werden erlaubte Mechanismen des Gesellschaftsrechts genutzt. Das Gesetz beließ jeweils 20 Prozent der Anteile beim Bund und dem Land Niedersachsen¹³² und schuf zahlreiche Mechanismen, welche eine soziale Ausrichtung der Unternehmenspolitik ermöglichen sollte. Hierzu zählte namentlich die Einführung eines Höchststimmrechts von 20 Prozent. Das bedeutete, dass jeder Anteilseigner höchstens 20 Prozent aller Stimmrechte bei Entscheidungen in der Hauptversammlung ausüben kann, auch wenn sein Anteil am Unternehmen höher liegt.¹³³ Damit wurde die Entstehung von Großaktionären verhindert, weil sich ein Anteilserwerb über die Grenze von 20 Prozent nicht lohnte, wenn man auf eine bestimmende Rolle im Unternehmen abzielte. Ein weiteres Instrument war die Verankerung der Sperrminorität, die vom aktienrechtlichen Normalfall abwich, insofern sie für strukturelevante Entscheidungen der Hauptversammlung ein Zustimmungserfordernis von 80 statt 75 Prozent forderte. Dies betraf beispielsweise Entscheidungen über Standortverlagerungen oder Satzungsänderungen. Damit konnte einer der öffentlichen Anteilseigner – Bund oder Land Niedersachsen – die Verlagerungen von Betrieben mit seinem Anteil von 20 Prozent verhindern. Schließlich wurde dem Bund und dem Land ein Entsenderecht von jeweils zwei Vertretern in den Aufsichtsrat unabhängig von der Anteilshöhe zugebilligt.

Betont sei an dieser Stelle noch einmal, dass das Höchststimmrecht und die Sperrminorität übliche Instrumente des Gesellschafts- und Aktienrechts darstellten, die für alle Aktionäre gleichermaßen

¹³⁰ EuGH, Urteil vom 13. Mai 2003, Kommission/Großbritannien, C-98/01, EU:C:2003:273, Rn. 11.

¹³¹ Gesetz über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand, BGBl. I, S. 585, zuletzt geändert durch Artikel 14c des Gesetzes vom 30. Juli 2009, BGBl. I, S. 2479.

¹³² Diese hatten das Unternehmen zunächst treuhänderisch verwaltet. In den 90er Jahren veräußerte der Bund seinen Anteil von 20 Prozent, sodass das Land Niedersachsen als einziger öffentlicher Anteilseigner verblieb.

¹³³ Dabei handelte es sich um ein seinerzeit allgemein zulässiges Instrument des Gesellschaftsrechts gem. § 134 Abs. 1 S. 2 AktG a.F. Erst seit 1998 sind Höchststimmrechte nur noch bei nichtbörsennotierten Gesellschaften zulässig.

galten. Durch diese Mechanismen wurde zudem eine Stärkung der Arbeitnehmerseite erreicht, da sie mit dem staatlichen Akteur einen Partner im Aufsichtsrat hatten, der ebenfalls stärker als ein privater Investor am Erhalt von Arbeitsplätzen und der Sicherung von Beschäftigung interessiert ist.

2) Die Entscheidungen zu „Goldenen Aktien“ und zum VW-Gesetz

Als der EuGH 2007 über das VW-Gesetz entschied, hatte er bereits eine gefestigte Rechtsprechung entwickelt, die wiederum geprägt war vom freiheitsrechtlichen Verständnis der Marktfreiheiten sowie einer sehr restriktiven Rechtfertigungsprüfung. Die ersten einschlägigen Entscheidungen stammen aus dem Jahr 2002. Hier stellte der EuGH die Maßstäbe zur Überprüfung staatlicher Unternehmenskontrolle auf. Die entschiedenen Fälle aus Portugal, Spanien und Belgien betrafen staatliche Normen, die die Kontrolle des Anteilserwerbs sowie bestimmter Strukturentscheidungen des Unternehmens beinhalteten.

Solche Regelungen prüfte der EuGH in ständiger Rechtsprechung zunächst anhand der Kapitalverkehrsfreiheit aus Art. 63 AEUV. Um Kapitalverkehr handelt es sich, wenn Geld- oder Sachmittel in erster Linie zu Anlagezwecken über die Grenzen eines Mitgliedsstaats bewegt werden. Da auch die Niederlassungsfreiheit den Erwerb von Beteiligungen schützt, wenn sie einen sicheren Einfluss auf die Verwaltung und Kontrolle dieser Gesellschaften verleihen können (etwa 25% reichen aus)¹³⁴, überschneiden sich die Anwendungsbereiche der beiden Marktfreiheiten. Dies führt in eine komplizierte Abgrenzungskasuistik, die im hiesigen Rahmen nicht dargelegt werden kann.¹³⁵ Im Bereich der Goldenen Aktien unterscheidet der EuGH jedenfalls mittlerweile danach, ob die Regelungen ausschließlich Investitionen betreffen können, die einen *sicheren Einfluss* auf die Gesellschaftsentscheidungen ermöglichen oder auch solche, die eine bestimmende Einflussnahme nicht vermitteln.¹³⁶

Maßgeblich für die problematische Rechtsprechungsentwicklung des EuGHs war die Übertragung des für die übrigen Marktfreiheiten entwickelten, freiheitsrechtlichen Beschränkungsbegriffs auf die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit. Denn von allen entschiedenen Fällen war lediglich eine Teilregelung aus Portugal diskriminierend, weil sie ausdrücklich den Anteilserwerb von Investoren aus anderen Mitgliedsstaaten beschränkte.¹³⁷ Alle anderen Normen galten für alle Anteilseigner, ohne eine Unterscheidung nach der Staatsangehörigkeit oder dem Unternehmenssitz vorzunehmen.

¹³⁴ EuGH, Urteil vom 28. September 2006, Kommission/Niederlande, C-282/04 und C-283/04, EU:C:2006:608, Rn. 42 f., Urteil vom 21. Oktober 2010, Idryma Typou, C-81/09, EU:C:2010:622, Rn. 47 ff.

¹³⁵ Zur Übersicht siehe etwa: Jürgen Bröhmer, in: Calliess/Ruffert, Art. 63 AEUV, Rn. 18 ff, Marcus Lutter / Walter Bayer / Jessica Schmidt, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, S. 176.

¹³⁶ EuGH, Urteil vom 10. November 2011, Kommission/Portugal, C-212/09, EU:C:2011:717, Rn. 44, Urteil vom 8. November 2012, Kommission/Griechenland, C-244/11, EU:C:2012:694, Rn. 22.

¹³⁷ EuGH, Urteil vom 4. Juni 2002, Kommission/Portugal, C- 367/98, EU:C:2002:32.

Im behördlichen Zustimmungserfordernis für einen Anteilerwerb etwa sah der EuGH eine Beschränkung der Freiheitsausübung, weil dies den Erwerb von Anteilen an den betreffenden Unternehmen verhindern und Anleger aus anderen Mitgliedstaaten davon abhalten könne, in das Kapital dieser Unternehmen zu investieren.¹³⁸ Eine gegenüber ausländischen Investoren diskriminierende Wirkung war nach dieser Definition nicht mehr erforderlich. Zur Begründung der beschränkenden Wirkung führte der EuGH an, dass die Attraktivität des Aktienverkehrs dadurch sinke, dass sich der staatliche Aktionär bei seinen Entscheidungen nicht vom wirtschaftlichen Interesse der Gesellschaft leiten lassen würde.¹³⁹

Hinzu fügte der EuGH auch in diesem Bereich eine sehr restriktive Prüfung der Verhältnismäßigkeit der beschränkenden Regelungen. Zunächst einmal wurden in diesem Feld ausnahmsweise nicht alle von den Mitgliedsstaaten vorgebrachten Gründe als legitime Schutzinteressen akzeptiert. Im Hintergrund steht, dass volkswirtschaftliche Gründe – Wachstumsinteressen eines Mitgliedstaats, die er zulasten der anderen Mitgliedstaaten verfolgen will – tatsächlich keine Beschränkungen eines supranationalen Binnenmarktverkehrs tragen können. Sofern darum die Mitgliedstaaten auch im Bereich staatlicher Unternehmenskontrolle die Sicherstellung von Wettbewerbsbedingungen, wirtschaftspolitische Ziele und Modernisierung der Unternehmen benannten, stufte der EuGH diese als unbeachtliche „wirtschaftliche Gründe“ ein.¹⁴⁰ Akzeptiert wurden ausschließlich Gründe wie Arbeitnehmerschutz oder Versorgungssicherheit mit Öl und Energie im Krisenfall¹⁴¹.

Bei der Prüfung der Erforderlichkeit legte der EuGH einen strengen Maßstab an, dem lediglich eine einzige Regelung aus Belgien genügen konnte.¹⁴² Er war der Ansicht, dass eine nachträgliche Widerspruchsbefugnis ein milderes Mittel gegenüber einem Genehmigungsverfahren darstelle. Nur die besagte Regelung aus Belgien war entsprechend ausgestaltet. Eine zusätzliche Hürde errichtete der EuGH, indem er hohe Anforderungen an die hinreichende Bestimmtheit der Regelung aufstellte. Sie muss selbst konkrete, objektive und vorher bekannte Kriterien zur Ausübung der jeweiligen Befugnisse enthalten. Eine Versagungsmöglichkeit aufgrund entgegenstehender nationaler Interessen genügte dem EuGH nicht. Auch diese Anforderungen erfüllte nur die belgische

¹³⁸ EuGH, Urteil vom 4. Juni 2002, Kommission/Portugal, C- 367/98, EU:C:2002:32, Rn. 45.

¹³⁹ So etwa EuGH, Urteil vom 28. September 2006, Kommission/Niederlande, C-282/04 und C-283/04, EU:C:2006:608, Rn. 30.

¹⁴⁰ EuGH, Urteil vom 4. Juni 2002, Kommission/Portugal, C- 367/98, EU:C:2002:32, Rn. 52, Urteil vom 2. Juni 2005, Kommission/Italien, C-174/04, EU:C:2005:350, Rn. 37.

¹⁴¹ EuGH, Urteil vom 4. Juni 2002, Kommission/Frankreich, C-483/99, EU:C:2002:327, Rn. 47, Urteil vom 4. Juni 2002, Kommission/Belgien, C-503/99, EU:C:2002:328, Rn. 46. Zusätzlich stellt das Gericht eine strenge Darlegungspflicht für die Mitgliedsstaaten auf, die die Gefahr für das Interesse sehr genau darlegen müssen. Dem genügten etwa die Regelungen aus fünf Mitgliedsstaaten nicht. (EuGH, Urteil vom 8. Juli 2010, Kommission/Portugal, C-171/08, EU:C:2010:412, Rn. 74, Urteil vom 10. November 2011, Kommission/Portugal, C-212/09, EU:C:2011:717, Rn. 85).

¹⁴² EuGH, Urteil vom 4. Juni 2002, Kommission/Belgien, C-503/99, EU:C:2002:328.

Verordnung, die den Widerspruch bei entgegenstehenden energiepolitischen Zielen ermöglichte und hierzu genauere Angaben machte.¹⁴³ Bei anderen Regelungen urteilte das Gericht, dass sie einen zu großen Ermessensspielraum für die Behörden vorsehen und so zur Rechtsunsicherheit für die Aktionäre führen könnten.¹⁴⁴

Angesichts dieser Rechtsprechungslinie versuchten die jeweiligen Mitgliedsstaaten, so etwa Großbritannien im Jahr 2003, eine Einschränkung des Anwendungsbereichs durch eine Übertragung der Keck-Rechtsprechung zu erreichen.¹⁴⁵ Wie oben dargestellt, werden bei der Warenverkehrsfreiheit bloße Verkaufsmodalitäten aus dem Anwendungsbereich herausgenommen, die für alle Wirtschaftsteilnehmer gleichermaßen gelten und inländische und ausländische Erzeugnisse sowohl rechtlich als auch tatsächlich gleich berühren. Bei solchen Regelungen nimmt man an, dass sie den Marktzugang nicht berühren.¹⁴⁶ Dies ließe sich auf die Kapitalverkehrsfreiheit übertragen, da die jeweiligen Regelungen – beispielsweise staatliche Zustimmungsrechte – für inländische und ausländische Anleger gleichermaßen gelten und den Marktzugang nicht substantiell beeinflussen würden.¹⁴⁷ Dieser Argumentation erteilte der EuGH jedoch eine Absage. Es stellt lediglich kurz fest, dass solche Regelungen die Situation des Erwerbers als solche betreffen und daher geeignet seien Anleger aus anderen Mitgliedsstaaten von solchen Investitionen abzuhalten und somit den Marktzugang zu beeinflussen.¹⁴⁸

Gesondert zu behandeln ist der etwas anders gelagerte Fall des VW-Gesetzes, über den der EuGH im Jahr 2007 zu entscheiden hatte.¹⁴⁹ Hier regelten die beanstandeten Normen, wie bereits oben dargestellt, einmal das Entsenderecht von zwei Vertretern in den Aufsichtsrat jeweils für das Land und den Bund. Diese Regelung ist vom EuGH als Sonderrecht für den Staat für unionsrechtswidrig erklärt worden, weil er auch hier in der schlichten Vorzugsstellung des staatlichen Aktionärs eine Beschränkung der anderen Aktionäre sah.

Schwieriger war die Lage dagegen beim Höchststimmrecht und der Sperrminorität von jeweils 20 Prozent. Wie bereits dargestellt handelt es sich dabei um einen Einsatz aktienrechtlicher Gestaltung, welche für alle Aktionäre gilt unabhängig davon, ob sie nun staatliche oder privatrechtliche

¹⁴³ EuGH, Urteil vom 4. Juni 2002, Kommission/Belgien, C-503/99, EU:C:2002:328, Rn 50 ff.

¹⁴⁴ Frankreich 2002, Spanien 2003, Niederlande 2006, Portugal 2010. In einer der letzten Entscheidungen zu Griechenland aus dem Jahr 2012 genügte dem Gericht nicht, dass die Kriterien im Gesetz genannt sind, weil sie durch das Wort „insbesondere“ lediglich als Beispiele gekennzeichnet gewesen seien. Urteil vom 8. November 2012, Kommission/Griechenland, C- 244/11, EU:C:2012:694, Rn. 76.

¹⁴⁵ EuGH, Urteil vom 13. Mai 2003, Kommission/Großbritannien, C-98/01, EU:C:2003:273, Rn. 28, später etwa auch Portugal: EuGH, Urteil vom 10. November 2011, Kommission/Portugal, C-212/09, EU:C:2011:717, Rn. 64.

¹⁴⁶ Zum Marktzugangskriterium oben B.III.6).

¹⁴⁷ GB 2003, Rn. 29 ff., Portugal November 2010, Rn. 32.

¹⁴⁸ EuGH, Urteil vom 13. Mai 2003, Kommission/Großbritannien, C-98/01, EU:C:2003:273, Rn. 47, EuGH, Urteil vom 10. November 2011, Kommission/Portugal, C-212/09, EU:C:2011:717, Rn. 65.

¹⁴⁹ EuGH, Urteil vom 23. Oktober 2007, Kommission/Deutschland, C-112/05, EU:C:2007:623.

Anteilseigner sind. Dementsprechend hätte ein Urteil, welches beide Mechanismen für sich genommen für unionsrechtswidrig erklärte, eine Ausweitung der marktfreiheitlichen Überprüfung auf das mitgliedstaatliche Aktienrecht bedeutet. Das hätte sicherlich schärfste Kritik nach sich gezogen. Der EuGH erklärte aber die Regelung nur in ihrer kumulativen Wirkung für rechtswidrig. Denn beide Mechanismen im Zusammenspiel würden dem staatlichen Aktionär eine von den übrigen Anteilseignern abweichende Stellung ermöglichen, weil sie ihm bei 20 Prozent Anteil eine wesentliche Einflussnahme sichern, die er ohne diese Regelungen nicht gehabt hätte. Eine tragfähige Begründung dafür, dass nicht auch jede Regelung für sich genommen beschränkende Wirkung hat, und die darum auch für künftige Fälle wegweisend wäre, vermochte er jedoch nicht zu geben.

Im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung erschwerte der EuGH die Lage der Mitgliedstaaten ein weiteres Mal, indem er die Anforderungen an die Darlegungslast erhöhte. Deutschland berief sich zur Rechtfertigung auf den Schutz von Arbeitnehmerinteressen und der Minderheitsaktionäre: Durch die betroffenen Mechanismen werde die Herausbildung von Großaktionären verhindert, die ihre Interessen über die der anderen Anteilseigner und der Arbeitnehmer stellen könnten. Der EuGH befand jedoch, dass Deutschland nicht ausreichend dargelegt habe, warum die besondere Stellung des staatlichen Akteurs für den Schutz dieser Interessen erforderlich und geeignet sein soll.¹⁵⁰

Der geschilderte Umweg des Urteils über die Kombination aus Höchststimmrecht und Sperrminorität erlaubte es dem deutschen Gesetzgeber allerdings, neben dem selbständig unionsrechtswidrigen Entsenderecht lediglich das Höchststimmrecht abzuschaffen¹⁵¹ und die Sperrminorität für strukturändernde Maßnahmen beizubehalten. Diese Lösung ist durch ein zweites Urteil des EuGHs aus dem Jahr 2013 als europarechtskonform bestätigt worden.¹⁵² Hier stellte der EuGH ausdrücklich klar, dass es in der Entscheidung von 2007 die Sperrminorität für sich allein genommen nicht als beschränkend angesehen habe. Eine dogmatisch konsistente Begründung hat er jedoch auch an dieser Stelle nicht angeboten.

3) Tragweite der Entscheidungen

Mit seiner Rechtsprechung zum Bereich staatlicher Unternehmenskontrolle hat der EuGH Regelungen zurückgedrängt, die dazu dienen sollten, die Folgen der Privatisierung öffentlicher

¹⁵⁰ EuGH, Urteil vom 23. Oktober 2007, Kommission/Deutschland, C-112/05, EU:C:2007:623, Rn. 78 u. 80.

¹⁵¹ Die Sperrminorität findet sich heute nach wie vor in § 4 Abs. 3 VW-Gesetz. Die Satzung von VW war zwar nicht Gegenstand des Vertragsverletzungsverfahrens, enthielt jedoch entsprechende Regelungen, sodass das Höchststimmrecht nach dem Urteil ebenfalls herausgenommen wurde. Die Sperrminorität findet sich nun auch in § 25 Abs. 2 VW-Satzung. Das Entsenderecht wurde zunächst gestrichen, kurz darauf jedoch in modifizierter Form wiedereingeführt, nun hat lediglich Niedersachsen das Recht, zwei Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden, solange es 15 % der Aktien hält, § 11 Abs. 1 S. 1 VW-Satzung. Im Vollstreckungsverfahren rügte Kommission zusätzlich die Beibehaltung der Sperrminorität in der Satzung gerügt. Der EuGH wies die Klage diesbezüglich jedoch ab, da die Satzung nicht Gegenstand der vorausgehenden Aufsichtsklage war, EuGH, Urteil vom 22. Oktober 2013, Kommission/Deutschland, C-95/12, EU:C:2013:676, Rn. 26.

¹⁵² EuGH, Urteil vom 22. Oktober 2013, Kommission/Deutschland, C-95/12, EU:C:2013:676, Rn. 52.

Unternehmen abzufedern und die Interessen des Gemeinwesens zumindest in eingeschränktem Maße weiterhin zur Geltung zu bringen. Dies wurde möglich durch die Anwendung des freiheitsrechtlichen Beschränkungsbegriffs und einer strengen Rechtfertigungsprüfung. Infolgedessen wurde bei der Überprüfung der Regelungen nicht mehr gefragt, ob ein ausländischer Investor gegenüber einem inländischen benachteiligt werde, wie dies allein in einem Fall aus Portugal geschehen war. Ausreichend war bereits, dass die Beteiligung am Unternehmen weniger attraktiv erscheint.

Es stellt sich bereits hier die Frage, ob es angemessen ist, solche Regelungen überhaupt der strengen Rechtmäßigkeitsprüfung des EuGHs zu unterwerfen. Denn es handelte sich um verfassungsrechtlich zulässige Instrumente der Unternehmenskontrolle, die auf mitgliedstaatlicher Ebene im Einklang mit der Verfassung etabliert worden sind und mithin bereits auf einem Ausgleich mit dem Eigentumsrecht beruhten. Wohlgedenkt wurden solche Rechte der öffentlichen Hand in sehr eingeschränktem Maße bei ganz bestimmten, strukturverändernden Entscheidungen zugelassen. Im Übrigen war der öffentliche Anteilseigner den übrigen Privaten gleichgestellt. Die Beschränkung der Einflussmöglichkeiten auf das Unternehmen wäre also überhaupt nur in sehr wenigen Fällen gegeben, wenn es den Aktionären etwa auf Verlagerung, Auflösung oder Verschmelzung der Gesellschaft ankäme. Zwar mögen solche Entscheidungen von grundlegender Bedeutung für die Unternehmensgestaltung sein, insofern ließe sich argumentieren, dass Einschränkungen in diesem Bereich das Recht der Aktionäre in besonderem Maße betreffen. Doch ist zu beachten, dass eine größere Unternehmensbeteiligung eine größere soziale Bindung zur Folge hat und insofern größeren Einschränkungen unterliegen kann.

Das größte Problem besteht jedoch darin, dass die strenge Rechtmäßigkeitsprüfung anhand der Marktfreiheiten bei solchen Unternehmen durchgeführt wurde, die von strategischer Bedeutung für die nationalstaatlichen Interessen waren oder der Erbringungen öffentlicher Dienstleistungen dienten. Es betraf privatisierte Post- und Telekommunikationsunternehmen, Mineralölkonzerne und Energieversorgungsunternehmen. Bei solchen Unternehmen ist es gerade wünschenswert, dass die Gemeinwohlinteressen weiterhin mit in die Unternehmensentscheidung einfließen und der Fokus nicht bloß auf der Renditesteigerung liegt.

Zurecht wird befürchtet, dass das weite Beschränkungsverständnis und die Absage an eine Eingrenzung im Sinne der Keck-Rechtsprechung zu einer vollständigen Überprüfung des mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechts und der auf dessen Grundlage erlassenen Unternehmenssatzungen führen kann.¹⁵³ Denn alle möglichen Regelungen, die die Führung und

¹⁵³ So bspw. Gerald Spindler, Deutsches Gesellschaftsrecht in der Zange zwischen Inspire Art und Golden Shares?, Recht der internationalen Wirtschaft, 2003, S. 850-858, 857 f.

Entscheidungsfindung im Unternehmen betreffen, können eine Beteiligung potentiell unattraktiver machen, als wenn eine solche nicht existieren würde. Darum ist auch weiterhin – und ungeachtet des glücklichen Ausgangs in der Rechtssache *Erzberger*¹⁵⁴ – durchaus zu befürchten, dass auch die Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat auf dieser Grundlage erneut rechtlich angegriffen wird. Gleiches gilt für sämtliche Beteiligungsrechte von Gewerkschaften, Betriebsräten oder anderen Arbeitnehmervertretern, soweit die darüber mitbestimmten Unternehmensentscheidungen auch eine transnationale Dimension haben können. Denn hinter den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat steht ebenfalls kein entsprechender Anteil am Unternehmen, sodass sich auch hier argumentieren lässt, dass sich die Einflussmöglichkeit des Anteilseigners auf die Steuerung des Unternehmens verringert und der Erwerb der Aktien darum unattraktiver wird.

4) Die Entscheidungen im Licht der Alternativen

Mit einem Rückbau der Marktfreiheiten zu einem Gleichheitsrecht könnte diese problematische Entwicklung korrigiert werden. Alle problematisierten Mechanismen könnten die Überprüfung durch den EuGH bestehen, wenn lediglich nach einer diskriminierenden Wirkung gefragt würde. Eine Ausnahme bildet die Regelung aus Portugal, die explizit den Anteil von ausländischen Eigentümern beschränken sollte. Da solche diskriminierenden Normen auch nach dem gleichheitsrechtlichen Verständnis nicht bestehen bleiben dürfen, wäre dieser Fall zu vernachlässigen.

Alle anderen Regelungen wären dagegen als diskriminierungsfrei für unproblematisch zu erklären. Das Entsenderecht für staatliche Vertreter knüpft nicht an den Sitz oder die Staatsangehörigkeit an. Ein etwaiger Genehmigungsvorbehalt etwa bei einer bestimmten Beteiligungshöhe gilt ebenfalls für alle Anteilseigner aus dem In- und EU-Ausland gleichermaßen. Auch die im VW-Fall beanstandeten Regelungen galten unterschiedslos für alle Aktionäre. Folglich könnten in Zukunft keine Bestimmungen mehr angegangen werden, die zwar einen bestimmten Einfluss des öffentlichen Anteilseigners sicherstellen, jedoch keine Unterscheidung nach dem Sitz oder der Staatsangehörigkeit treffen.

Würde sich jedoch der Rückbau der Marktfreiheiten auf ein Gleichbehandlungsrecht im Bereich der Arbeits- und Sozialverfassung beschränken, würde sich für die Zulässigkeit öffentlicher Unternehmenskontrolle durch „Goldene Aktien“ oder nach dem Modell des VW-Gesetzes nichts ändern. Denn obgleich die öffentliche Unternehmenskontrolle auch sozialpolitischen Zielen im weiten Sinne dient, ist sie doch nicht unter die Bereiche sozialpolitischer Kompetenzen im Sinne von Art. 153 AEUV zu rechnen (anderes gilt lediglich für die Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat, die unter Art. 153 Abs. 1 f) AEUV fällt).

¹⁵⁴ EuGH, Urteil vom 18. Juli 2017, *Erzberger*, C-566/15, EU:C:2017:562.

III. Arbeitnehmerentsendung

1. Bedeutung des Feldes

Binnenmarktintegration bedeutet Vertiefung transnationaler Arbeitsteilung. Nach den Voraussagen der Gründer der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft sollte diese volkswirtschaftliche Wohlstandsgewinne bringen und keine negativen Auswirkungen auf die Beschäftigungsbedingungen haben. Diese Voraussagen haben sich nicht bewahrheitet.¹⁵⁵ Die Öffnung der einzelstaatlichen Volkswirtschaft für Warenkonkurrenz aus den anderen Mitgliedstaaten führt dazu, dass auch die mitgliedstaatlichen Arbeitsbedingungen zu einem Kostenfaktor werden, der von der Wahl des Standorts bzw. des Ortes der Investition abhängt. Der moderne Sozialstaat hat also zwar durch Tarifautonomie die Möglichkeit eröffnet, innerhalb der eigenen Volkswirtschaften Arbeitskostenwettbewerb in engen Grenzen zu halten. Durch die Errichtung des Binnenmarktes der Union mit freiem Warenverkehr kommt jedoch ein Arbeitskostenwettbewerb auf transnationaler Ebene zur Entfaltung, also ein Wettbewerb auf der Basis eines volkswirtschaftlichen Niveaus der Arbeitskosten. Daran lässt sich nichts ändern, wenn die Entscheidung für die Marktintegration nicht grundsätzlich zurückgedreht werden soll. Das empfiehlt sich auch nicht, weil auch aus Sicht der Mehrheit der Beschäftigten die mit der Integration verbundenen Wohlstandsgewinne die Nachteile im Zuge der Entfaltung transnationaler Arbeitskostenkonkurrenz überwiegen.

Aus Sicht der abhängig Beschäftigten verschärft sich die Lage allerdings massiv, wenn der Arbeitskostenwettbewerb nicht nur vermittelt über die aggregierten Produktionskosten und damit über die Warenpreise ausgetragen wird, sondern sich auch im Bereich der Dienstleistungen entfalten kann, welche im Inland erbracht werden. Wenn im Zuge der Dienstleistungserbringung Arbeitnehmer ins Inland entsandt werden, könnte an sich im Inland zu Bedingungen gearbeitet werden, die nicht für ein Leben im Rahmen der inländischen Volkswirtschaft bestimmt sind, sondern für ein Leben in einem anderen volkswirtschaftlichen Rahmen. Darum geht es bei der Arbeitnehmerentsendung nicht nur schlicht um ein weiteres Feld, in dem transnationaler Arbeitskostenkonkurrenzdruck herrscht (wobei auch dies nicht unproblematisch wäre, sofern die Wohlstandsgewinne nicht

¹⁵⁵ Florian Rödl, Arbeitsverfassung, in: Bogdandy / Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Auflage, Berlin 2009, S. 855-904, 863 ff.

Schritt hielten). Vielmehr geht es um die Territorialität von Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen.

Die Territorialität des Arbeitsrechts und der Arbeitsbeziehungen ist die zentrale Machtbasis für die Gewerkschaften, und zwar nicht nur für die Gewerkschaften der Dienstleistungsbranche. Denn auch über diese Branche hinaus erbringen sehr viele Beschäftigte im Inland Arbeitsleistungen, die auch ohne Produktionsverlagerung von Beschäftigten aus dem Ausland erbracht werden könnten. Unter der Warenverkehrsfreiheit nimmt die Bedeutung von Arbeitskosten zwar zu, sie bleiben aber ein Faktor unter vielen, von denen Produktions- und Investitionsentscheidungen abhängen. Letztlich konkurrieren nicht unmittelbar die inländischen und ausländischen Beschäftigten miteinander, sondern die volkswirtschaftlichen Produktionsregime. Die Problematik der Dienstleistungsfreiheit liegt darin, dass sie es ermöglicht, die Arbeitskosten aus einem volkswirtschaftlichen Produktionsregime herauszulösen und als einzelnen Wettbewerbsfaktor zu verselbständigen. Aus dem transnationalen Wettbewerb der staatlichen Produktionsregime, in dem das Arbeitskostenniveau einen Faktor unter vielen bilden, wird ein Wettbewerb von Unternehmen, in dem die Arbeitskosten der Beschäftigten zu einem wichtigen Faktor werden, im Bereich niedrig qualifizierter Arbeit sogar zum zentralen Faktor. Eine Gewerkschaft, deren Lohntarife dieser Art von Arbeitskostenkonkurrenz ausgesetzt sind, kann nicht mehr viel erreichen. Sie kann nur noch den Abbau von Beschäftigung im Inland und die schrittweise Absenkung der Arbeitsbedingungen begleiten. Die Baugewerkschaften in den europäischen Hochlohnländern können davon besonders anschaulich berichten.

Es gibt eine Möglichkeit, die zuvor gezeichneten desaströsen Effekte eines freien Dienstleistungsverkehrs auszuschließen. Die Möglichkeit liegt darin, das Prinzip „gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“¹⁵⁶ zu verwirklichen. Dabei steht „gleicher Lohn“ selbstverständlich nicht nur für die schlichten Lohnsätze, sondern für sämtliche Arbeitskosten. Die Arbeitskosten werden in erster Linie bestimmt durch die materiellen Arbeitsbedingungen, also sämtliche Bestandteile der Vergütung, sowie Arbeitszeit und Urlaub. Relevant sind darüber hinaus die Regelungen zum technischen und sozialen

¹⁵⁶ Fraktion der Sozialdemokraten im Europaparlament - Die SPD-Abgeordneten, Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort, Standpunkt Beschäftigungspolitik 2015, https://www.spd-europa.de/sites/default/files/downloads/papier_beschaeftigungspolitik_6s_a4_web.pdf ..

Arbeitsschutz. Schließlich fallen auch die Kosten sozialer Sicherheit darunter, soweit sie an ein Beschäftigungsverhältnis gekoppelt sind, also als Beiträge zur Sozialversicherung.

Allerdings ist es alles andere als leicht, dieses Prinzip zu realisieren. Das liegt daran, dass Arbeitsbedingungen im Wesentlichen durch Tarifvertrag geregelt sind. Gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen legen demgegenüber nur einen einheitlichen unteren Mindeststandard fest. Wenn ein Mitgliedstaat lediglich die eigenen gesetzlichen Mindestarbeitsbedingungen auf sämtliche Inlandsarbeit zur Anwendung bringt, ist die Arbeitskostenkonkurrenz daher immer noch im Spiel. Die Einhaltung gesetzlicher Mindestarbeitsbedingungen hindert nicht, dass die Lohnsätze für Entsendearbeit immer noch erheblich unter den kraft Vertrag oder Tarifvertrag zu zahlenden Lohnsätzen liegen können.

Diese Grundproblematik ist nur dadurch lösbar, dass auch Tarifverträge auf sämtliche Inlandsarbeit zur Anwendung gebracht werden. Das kann geschehen durch Allgemeinverbindlichkeit der Tarifverträge oder – wie etwa in Schweden – durch entsprechende kollektivrechtliche Befugnisse der inländischen Gewerkschaften. Einen weiteren, weniger umfassenden, aber doch wichtigen Ansatz liefert das Vergaberecht. Die vergaberechtliche Vorgabe von Tariftreue sorgt zumindest im Bereich der öffentlichen Vergabe für die Ausschaltung der Arbeitskostenkonkurrenz, ein Bereich, dessen ökonomische Bedeutung über die Jahre enorm gewachsen ist.

Davon abgesehen hängen alle Bemühungen am Ende davon ab, dass die Einhaltung der Vorgaben aus Gesetz, Tarifvertrag oder Vergabevertrag auch effektiver Kontrolle unterliegt. Angesichts der gegenläufigen Interessen von Gaststaat und Entsendestaat an einer effektiven Kontrolle darf der Gaststaat, um dessen Standards es geht, nicht auf die Verfahren im Entsendestaat verwiesen sein.

Der EuGH lag mit Blick auf das Prinzip „gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“ zunächst ganz richtig: Er erklärte die Mitgliedstaaten für berechtigt, gesetzliche und tarifliche Regelungen auch auf Entsendearbeitsverhältnisse zur Anwendung zu bringen, wenn denn der Arbeitsort im Inland lag.¹⁵⁷ Dabei handelt es sich auf der Grundlage seines Fehlverständnisses der Marktfreiheiten zwar um Beschränkungen der

¹⁵⁷ EuGH, Urteil vom 3. Februar 1982, *Seco/Evi*, 62/81 und 63/81, EU:C:1982:34, Urteil vom 27. März 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89, Rn. 12, Urteil vom 9. August 1994, *Vander Elst*, C-43/93, Rn. 25.

Dienstleistungsfreiheit. Doch erklärte der EuGH die Erstreckung von Tarifverträgen generell für zulässig. Anderes galt nur bei Regelungen, die für ein Unternehmen nicht lediglich Mehrbelastung, sondern echte Doppelbelastung bedeutete. In diesem Fall beurteilte der EuGH die Anwendung als unverhältnismäßig.

Diese Rechtslage änderte sich mit Verabschiedung der Entsenderichtlinie.¹⁵⁸ Ihre Verabschiedung war von vielen Beobachtern lediglich als Bestätigung der vom EuGH eben bereits gebilligten mitgliedstaatlichen Regulierungspraxis verstanden worden.¹⁵⁹ Die Kommission hatte jedoch ein entgegen gesetztes Ziel verfolgt. Die Möglichkeiten der Mitgliedstaaten, gleichen Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort zu verwirklichen, sollten gegenüber dem Stand der Rechtsprechung des EuGHs beschränkt werden. Darum konzipierte die Kommission die Richtlinie als Instrument zur Vollharmonisierung. Der EuGH legte die Richtlinie – nicht zwingend, aber durchaus gut vertretbar¹⁶⁰ – dann auch so aus, wie es sich die Kommission gedacht hatte.¹⁶¹

Vollharmonisierung bedeutete in diesem Zusammenhang zum einen, dass nur diejenigen Arbeitsbedingungen, die in der Richtlinie positiv genannt sind, auf Entsendearbeit erstreckt werden dürfen. Andere Arbeitsbedingungen müssen außen vor bleiben, auch wenn sie mit relevanten Kosten verbunden sind. Vollharmonisierung bedeutete zum zweiten, dass die Erstreckung nur auf die in der Richtlinie bestimmten Weise erfolgen durfte, also insbesondere nicht im Wege der Wahrnehmung von Tarifautonomie und nicht im Wege vergaberechtlicher Vorgaben. Insofern wurde die Entsenderichtlinie im Kontrast zu der ihr ursprünglich zugeschriebenen Rolle einer unionsrechtlichen Garantie des Prinzips „gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“ zu einer unionsrechtlichen Begrenzung dieses elementaren Prinzips.

¹⁵⁸ Richtlinie 96/71/EG vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, Abl. EU, Nr. L 018/1 vom 21.01.1997.

¹⁵⁹ Jonas Malmberg, Die Auswirkungen der Urteile des EuGH in den Rechtssachen Viking, Laval, Ruffert und Luxemburg auf die Tarifpraxis und die Wirksamkeit sozialer Maßnahmen, Studie im Auftrag des Europäischen Parlaments 2010, IP/A/EMPL/ST/2009-11, S. 6.

¹⁶⁰ Anders noch Florian Rödl, Transnationale Lohnkonkurrenz: ein neuer Eckpfeiler der „sozialen Union“, in: Fischer-Lescano / Rödl / Schmid (Hrsg.), Europäische Gesellschaftsverfassung, Baden-Baden 2009, S. 145-160, 152 ff.

¹⁶¹ EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2007, Laval, C-341/05, EU:C:2007:809 und Urteil vom 3. April 2008, Ruffert, C-346/06, C:2008:189.

Hieran hat auch die an sich erfreuliche Entscheidung in der Rechtssache RegioPost nichts geändert, da diese nur die Zulässigkeit gesetzlich bezifferter Mindestentlohnungsvorgaben betraf.¹⁶² Den Grundcharakter als Vollharmonisierung hat auch die jüngst avisierte Änderung der Entsenderichtlinie nicht aufgehoben.¹⁶³

2. Die Entscheidungen „Rüffert“, „Laval“ und „Kommission vs. Luxemburg“

a. Rüffert

In der Rechtssache Rüffert¹⁶⁴ ging es um eine Tariftreue-Regelung des Landes Niedersachsen. Der Regelung zufolge mussten sich bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge die erfolgreichen Bieter verpflichten, in Erfüllung des Auftrags die örtlichen Bautarifverträge einzuhalten. Die Erstreckung von Arbeitsbedingungen auf Entsendearbeit im Modus vergaberechtlischer Vorgaben war in der Entsenderichtlinie aber nicht vorgesehen. Schon darum war die niedersächsische Tariftreue-Regelung mit Unionsrecht unvereinbar, nämlich wegen Verstoßes gegen Sekundärrecht.

Wenn man der Richtlinie – gegen die Auffassung des EuGHs – nur einen Charakter als Mindestharmonisierung beilegen würde, würde dieser Verstoß entfallen. In diesem Fall allerdings wäre die Tariftreuregelung zusätzlich anhand der Dienstleistungsfreiheit zu beurteilen. Denn ein Mitgliedstaat, der über die Vorgaben einer Mindestharmonisierung hinausgeht, hat dabei gleichwohl die Marktfreiheiten zu achten. Dass eine Tariftreuregelung gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoßen würde, hat der EuGH in der Entscheidung Rüffert vorsorglich gleich mitentschieden: Eine Vorgabe, dass sich bei öffentlicher Auftragsvergabe erfolgreiche Bieter zur Zahlung örtlicher Tariflöhne verpflichten müssen, macht die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen sicherlich weniger attraktiv. Es liegt also eine Beschränkung vor. Die müsste gerechtfertigt werden. Das verfolgte Allgemeininteresse des Schutzes der Arbeitnehmer erkennt der EuGH grundsätzlich

¹⁶² EuGH, Urteil vom 17. November 2015, RegioPost, C-115/14, EU:C:2015:760.

¹⁶³ Vgl. Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, Abl. EU, Nr. L 173/16 vom 9.7.2018, die namentlich keine Änderung von Art. 3 Abs. 7 S. 1 der Entsenderichtlinie enthält. Die Geschichte um die erfolglose Bemühung, den Vollharmonisierungscharakter der Entsenderichtlinie insgesamt aufzuheben, liefert ein eindrucksvolles Beispiel für die enormen politischen Hürden „positiver Integration“, wenn eine Regelung hinreichend erhebliche und sichtbare transnationale Verteilungswirkung entfaltet. Allerdings wurde womöglich auf den letzten Metern im Gesetzgebungsverfahren die Tür zu einer Rückkehr zur Tariftreue eröffnet. Maßgeblich hierfür ist eine Änderung in Art. 3 Abs. 8. Dies konnte im Rahmen dieser Studie nicht mehr erörtert werden.

¹⁶⁴ EuGH, Urteil vom 3. April 2008, Rüffert, C-346/06, C:2008:189.

an. Er spricht einer Tariftreuregelung aber die Eignung ab. Geeignet wäre der Schutz nur, wenn die Tarifverträge allgemeinverbindlich wären. Tariftreue im Bereich öffentlicher Auftragsvergabe bliebe also unabhängig von der Entsenderrichtlinie unionsrechtswidrig wegen Verstoßes gegen die Dienstleistungsfreiheit.

b. Laval

Der Fall Laval¹⁶⁵ betraf den Boykott einer Baustelle durch eine schwedische Bauarbeitergewerkschaft sowie die Solidaritätsmaßnahmen einer Schwestergewerkschaft in der Auseinandersetzung um den Abschluss eines Tarifvertrags mit einem lettischen Bauunternehmen. Auch hier war zunächst einmal die Entsenderrichtlinie einschlägig. Nach der Lesart des Gerichtshofes führte deren Charakter als Vollharmonisierung zu einer Begrenzung des nach schwedischem Recht verliehenen Streikrechts. Dieser Vorwurf würde entfallen, wenn die Richtlinie lediglich eine Mindestharmonisierung bewirkte.

In einer Hinsicht kam die Dienstleistungsfreiheit auch unmittelbar zum Tragen. Es ging um die gesetzliche Regelung der Reichweite der Friedenspflicht eines Tarifvertrags. Nach schwedischem Arbeitskampfrecht entfaltet ein Tarifvertrag eine Friedenspflicht auch für andere Gewerkschaften. Eine Ausnahme gilt für Tarifverträge, die nicht dem schwedischen Recht unterliegen. Gegen Unternehmen, die einen Tarifvertrag mit einer Gewerkschaft aus einem anderen Mitgliedstaat geschlossen haben, sind also Arbeitskämpfe möglich.

Was vielleicht auf den ersten Blick irritierend wirkt, die unterschiedliche Behandlung inländischer und ausländischer Tarifverträge, ist tatsächlich eine Regelung, die das Prinzip territorialer Arbeitskostengleichheit verwirklicht in einem Kontext tarifautonomer Normsetzung, in dem – wie in Schweden und etwa anders als in Deutschland – Tarifverträge Friedenspflichten auch für andere Gewerkschaften auslösen. Die Regelung klingt nur deswegen irritierend, weil sie im schwedischen Recht naheliegender Weise nur einseitig aus schwedischer Perspektive formuliert ist. Ihr verallgemeinerter Gehalt ist aber der, dass für die Tarifierung von Inlandsarbeit nur inländische Gewerkschaften zuständig sein dürfen, weil nur diese die Tarifierung für ein Leben im Rahmen der inländischen Volkswirtschaft bestimmen.¹⁶⁶ Wenn denn also Tarifverträge Friedenspflichten auch für andere Gewerkschaften auslösen können, muss es sich natürlich um Tarifverträge inländischer

¹⁶⁵ EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2007, Laval, C-341/05, EU:C:2007:809.

¹⁶⁶ Vgl. die kollisionsrechtliche Lesart der Zuständigkeitsregelung der ITF oben in Fn. 128.

Gewerkschaften handeln. Anders ließe sich das Prinzip territorialer Arbeitskostengleichheit im tarifautonomen Kontext dieser Spielart nicht einlösen.

Obgleich also die schwedische Regel das Prinzip der territorialen Arbeitskostengleichheit verwirklicht, sah der EuGH darin eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit (im Fall einer Gesellschaft: aufgrund Ansässigkeit in einem anderen Mitgliedstaat): Unternehmen mit Sitz im Inland, die einen Tarifvertrag unter schwedischem Recht abgeschlossen hatten, können nicht bestreikt werden, wohl aber Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat, die einen Tarifvertrag unter dem Recht des eigenen Mitgliedstaates abgeschlossen haben. Darin sah der EuGH nicht lediglich eine womöglich rechtfertigungsfähige Ungleichbehandlung, sondern eine unmittelbare Diskriminierung.¹⁶⁷ Denn bei der Prüfung einer Rechtfertigung fragte er nicht nach zugrundeliegendem Gemeinwohlinteresse, sowie nach Eignung und Erforderlichkeit der Regelung. Er stellte ausschließlich auf die engen Ausnahmen in Art. 52 AEUV ab, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit ausnahmsweise unmittelbare Diskriminierung erlauben.

Damit unterlief dem EuGH an dieser Stelle ein Fehler, der mit seiner verfehlten Konzeption der Marktfreiheiten eigentlich nichts zu tun hat. Tatsächlich wäre eine unmittelbare Diskriminierung nur dann gegeben, wenn die Tarifverträge von Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat grundsätzlich keine Friedenspflicht auslösen würden, gleichgültig mit welcher Gewerkschaft sie geschlossen sind und welchem Recht sie darum unterliegen. Das war aber nicht der Gehalt der schwedischen Regelung. Vielmehr galt für alle Unternehmen unabhängig von ihrem Sitz im Inland oder in einem anderen Mitgliedstaat, dass nur Tarifverträge nach schwedischem Recht eine Friedenspflicht auslösen können. Darum kam tatsächlich allenfalls eine mittelbare Diskriminierung in Betracht. Für die tatsächliche Ungleichbehandlung wäre darum eine Rechtfertigung nach dem allgemeinen Muster zu prüfen gewesen, nicht nur eine Rechtfertigung durch die schmale Liste möglicher Gründe in Art. 52 AEUV.

Doch mit großer Wahrscheinlichkeit hätte der EuGH eine Rechtfertigung trotzdem verneint. Den Schutz der Arbeitnehmer hätte er zwar wiederum als zulässigen Zweck anerkannt, ebenso die Eignung der Maßnahme. Er hätte aber bei der Erforderlichkeit darauf abgestellt,

¹⁶⁷ EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2007, Laval, C-341/05, EU:C:2007:809, Rn. 116.

dass die Regelung keine Rücksicht nimmt auf das Niveau der nach anderem mitgliedstaatlichen Recht tarifierten Arbeitsbedingungen. Dies klingt in der Entscheidung zweimal an, jedoch hatte der EuGH auf Grundlage seiner Annahme einer unmittelbaren Diskriminierung keinen Anlass, diese Linie weiter zu verfolgen.¹⁶⁸ Denselben Einwand aber hatte er in tragender Rolle auch in der Rechtssache Viking gegen die Regelung der ITF zur Tarifizständigkeit erhoben.¹⁶⁹

c. Kommission vs. Luxemburg

Der Fall *Kommission vs. Luxemburg*¹⁷⁰ betraf die Umsetzung der Entsenderichtlinie durch Luxemburg. Auch hier war über weite Strecken der Charakter der Entsenderichtlinie als Vollharmonisierung entscheidend. Die Dienstleistungsfreiheit kam aber an einer Stelle unmittelbar zum Tragen. Es ging um die Verpflichtung der Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat, einen in Luxemburg ansässigen Vertreter zu benennen und anzuzeigen, der die für eine Kontrolle relevanten Unterlagen vorzuhalten hat.

Hierin sah der EuGH etwas überraschend keine unmittelbare Diskriminierung an, sondern nur eine mittelbare. Denn er legte den allgemeinen Rechtfertigungsmaßstab an und prüfte nicht nur die Gründe nach Art. 52 AEUV. Dabei knüpfte die Regelung ausdrücklich an den Sitz des Unternehmens außerhalb von Luxemburg an. Der Grund für die Einordnung als mittelbare Diskriminierung liegt offenbar darin, dass durch den Vertreter im Inland erst eine gleiche Situation hergestellt wird, wie für die Inlandsunternehmen. Alle Unternehmen werden also eigentlich doch gleichbehandelt, indem sie einen Ansprechpartner im Inland benötigen. Eine mittelbare Diskriminierung liegt allerdings vor, weil ausschließlich mitgliedstaatliche Unternehmen die zusätzliche Belastung tragen müssen.

Zur Rechtfertigung erkannte der EuGH den Grund effektiver Kontrollen der Arbeitnehmerentsendung als Gemeinwohlinteresse an und er bestritt auch nicht die Eignung der Maßnahmen. Die Erforderlichkeit vermochte der EuGH jedoch nicht zu sehen. Aus seiner Sicht reicht es regelmäßig aus, die Unterlagen einem der entsandten Arbeitnehmer mitzugeben.¹⁷¹

¹⁶⁸ EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2007, *Laval*, C-341/05, EU:C:2007:809, Rn. 113 und 116 jeweils mit Akzent fehlender Rücksicht auf den Inhalt der bereits bestehenden tariflichen Verpflichtung.

¹⁶⁹ EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2007, *Viking*, C-438/05, EU:C:2007:772.

¹⁷⁰ EuGH, Urteil vom 21. Oktober 2004, *Kommission/Luxemburg*, C-445/03, EU:C:2004:655.

¹⁷¹ So auch schon in: EuGH, Urteil vom 23. November 1999, *Arblade und Leloup*, C-369/96 und 376/96, EU:C:1999:575.

3. Tragweite der Entscheidungen

Bevor die Tragweite der referierten Entscheidungen ermessen werden kann, ist zunächst noch einmal eine Reflexion des Rahmens erforderlich. Die Tarifautonomie ist das Rückgrat des modernen Sozialstaates, weil sie die interne Arbeitskostenkonkurrenz weitgehend still stellt. Grenzüberschreitende Dienstleistungsfreiheit ist vor diesem Hintergrund ein sozial riskantes Unternehmen, insofern sich darüber eine unmittelbare transnationale Arbeitskostenkonkurrenz entfalten kann, die die Errungenschaft der Tarifautonomie unter Druck setzt.

Die Notwendigkeit, unmittelbare transnationale Arbeitskostenkonkurrenz auszuschalten, hat das Primärrecht der Union zu keinem Zeitpunkt reflektiert. Überdies hat der Unionsgesetzgeber schon sehr früh mit der Verordnung zur Koordinierung der Systeme sozialer Sicherheit die Voraussetzungen dafür geschaffen, dass die Differenz der arbeitsbezogenen Sozialkosten eine Grundlage für transnationale Arbeitskostenkonkurrenz liefern kann. Was die materiellen Arbeitsbedingungen anbelangt, blieb zunächst alles den Mitgliedstaaten überlassen. Die Restriktionen seitens des EuGHs erschienen nur von punktueller Natur.

Dann folgte die Entsenderichtlinie, die nach der Intention der Kommission die Möglichkeiten der Mitgliedstaaten, Arbeitskostengleichheit wenigstens im Feld der Arbeitsbedingungen zu verwirklichen, einschränkte. Die Tragweite der Entscheidungen Rüffert, Laval und Kommission vs. Luxemburg lag vor diesem Hintergrund zunächst einmal darin, die Entsenderichtlinie entsprechend der Intentionen der Kommission tatsächlich als Vollharmonisierung auszulegen und hieraus Stück für Stück Konsequenzen zu ziehen.

Eine vergaberechtliche Vorgabe zur Tariftreue bildet zusätzlich einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit. Das ist angesichts der Rolle des Vergaberechts sowohl historisch für die Stärkung der Reichweite von Tarifnormen und in diesem Sinne der Stärkung von Tarifvertragssystemen als auch aktuell für die Realisierung des Prinzips gleichen Lohns für gleiche Arbeit am gleichen Ort eine einschneidende Restriktion. Die Bedeutung von Tariftreueverpflichtungen ist sogar völkerrechtlich anerkannt: In ILO-Konvention Nr. 94¹⁷²

¹⁷² Internationale Arbeiterorganisation, Übereinkommen 94, Übereinkommen über die Arbeitsklauseln in den von Behörden abgeschlossenen Verträgen vom 29. Juni 1949, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c094_de.htm, von Deutschland nicht ratifiziert.

wird bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die Vorgabe von Tariftreue verlangt. Die Mitgliedstaaten der Union, für die die Konvention verbindlich ist, können vor dem Hintergrund der Ruffert-Entscheidung die daraus erwachsenden Verpflichtungen tatsächlich nicht mehr erfüllen. Die übrigen Mitgliedstaaten können ihr nicht mehr beitreten.¹⁷³

Die Entscheidung Laval hat Bedeutung insbesondere für Tarifvertragssysteme, welche die Ausdehnung der normativen Reichweite inländischer Tarifverträge durch weiter gefasste Befugnisse unter der Tarifautonomie bewirken.

Die Entscheidung Kommission vs. Luxemburg hindert angemessene Institutionalisierungen von Kontrollen der Einhaltung des Entsenderechts. Wie schon oben angesprochen wurde, ist die effektive Kontrolle essentiell. Denn nicht das Entsenderecht auf dem Papier, sondern nur durch seine Einhaltung wird die transnationale Arbeitskostenkonkurrenz ausgeschlossen. Die Vorgaben, die der EuGH aus dem Marktfreiheitentest gezogen hat, sind viel zu streng. In der Folge sind effektive Kontrollen für die Mitgliedstaaten erschwert. Zudem ist die mit der einschlägigen Verhältnismäßigkeitsprüfung verbundene Rechtsunsicherheit über die zumutbaren Anforderungen wiederum dazu geeignet, die Kontrollen der Entsendearbeit in der politischen Auseinandersetzung unter dem Maß des eigentlich Zulässigen zu halten.

Insgesamt enthält die Dienstleistungsfreiheit also auch unabhängig von der Entsenderichtlinie gravierende Restriktionen für die mitgliedstaatlichen Möglichkeiten, das elementare Prinzip der territorialen Arbeitskostengleichheit zu verwirklichen.

4. Die Entscheidungen im Licht der Alternativen

a. Übergreifend

Es sollte aus dem Vorherigen schon deutlich geworden sein: Ein Rückbau der Marktfreiheiten zum Gleichheitsrecht reicht nicht aus, um den Mitgliedstaaten die Einlösung des Grundsatzes territorialer Arbeitskostengleichheit zu erlauben. In diesem Feld sind die Regulierungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten zusätzlich durch Sekundärrecht beschnitten, namentlich der Entsenderichtlinie und der Koordinierungsverordnung. An den restringierenden Wirkungen dieser Normen änderte ein Rückbau der Marktfreiheiten nichts. Darum ist es zwingender Bestandteil einer primärrechtlichen Alternative zur liberalistischen Binnenmarktverfassung, die rechtliche Harmonisierungswirkung beider Sekundärrechtsakte

¹⁷³ Niklas Bruun / Antoine Jacobs, Das ILO-Übereinkommen 94 am Morgen nach Ruffert, Arbeit und Recht 2008, S. 417-423.

im Wege eines Protokolls zu beschränken. Die Funktion des Protokolls ist es, die Konsequenzen aus dem primärrechtlich neu zu verankernden Grundsatz der territorialen Arbeitskostengleichheit für das Sekundärrecht zu ziehen.

Nach dieser primärrechtlichen Umstellung der Entsenderrichtlinie auf ein Instrument der Mindestharmonisierung würden die Marktfreiheiten, allen voran die Dienstleistungsfreiheit, wieder zum Maßstab für die mitgliedstaatlichen Regulierungen. Darum geht es im Folgenden.

b. Rüffert

Nach einem Rückbau der Marktfreiheit zu einem Gleichbehandlungsanspruch wäre eine Tariftreueregelung wie im Fall Rüffert unionsrechtlich unproblematisch. Denn eine Regelung, die jeden erfolgreichen Bieter dazu verpflichtet örtliche Tariflöhne einzuhalten, behandelt inländische und mitgliedstaatliche Unternehmen gleich. Die Pflicht richtet sich nicht nur gegen mitgliedstaatliche Unternehmen und lässt die inländischen Unternehmen außen vor. Darum läge keine unmittelbare Diskriminierung vor. Auch eine mittelbare Diskriminierung läge nicht vor. Mitgliedstaatliche Unternehmen sind von der Vorgabe nicht häufiger erfasst, als inländische Unternehmen.

Die Frage nach einer Rechtfertigung einer Tariftreueregelung stellte sich darum nicht. Die Beschränkung der Maßnahme auf Arbeitsleistung in Erfüllung öffentlicher Aufträge käme nicht zur Sprache und nicht zum Tragen. Die mitgliedstaatliche Entscheidung, nur mit vergaberechtlichen Mitteln und nicht mit Ausweitung von Allgemeinverbindlichkeit zu arbeiten, muss sich nicht mehr vor der Marktfreiheit rechtfertigen.

Im Falle einer Bereichsausnahme käme es darauf an, dass eine vergaberechtliche Regelung zur Tariftreue der mitgliedstaatlichen Arbeits- und Sozialverfassung zugerechnet würde. Das ist in der Sache richtig. Nach oberflächlicher Zuteilung gehört die Regelung zwar zur Materie des Vergaberechts und damit zum öffentlichen Wirtschaftsrecht. Systematisch handelt sich aber um eine Regelung zur Stärkung der Reichweite von Tarifverträgen und gehört darum wesentlich zum Tarifvertragssystem. Dem EuGH müsste man das aber mutmaßlich durch entsprechende Erläuterungen der Bereichsausnahme nahebringen.

c. Laval

Wie ausgeführt hatte der EuGH in der schwedischen Arbeitskämpfregel keine bloße Beschränkung gesehen, sondern eine Diskriminierung. Der Feststellung einer Verletzung der

Dienstleistungsfreiheit würde der Rückbau der Marktfreiheiten zu Diskriminierungsverboten also nicht abhelfen. Gleiches gilt natürlich nach Einführung einer Bereichsausnahme für die mitgliedstaatliche Arbeits- und Sozialverfassung. Denn im Bereich der Marktfreiheiten begrenzt die Bereichsausnahme nur den gleichheitsrechtlichen Rückbau der Marktfreiheiten, hält aber am Diskriminierungsverbot fest.

Insofern wird es an dieser Stelle tatsächlich erforderlich, zur Sicherung der Autonomie mitgliedstaatlicher Arbeits- und Sozialverfassung den Grundsatz Prinzip der territorialen Arbeitskostengleichheit als zusätzlichen Rechtfertigungsgrund für rechtliche oder tatsächliche Ungleichbehandlungen einzuführen. Die schwedische Regel, ob man sie nun richtig als tatsächliche oder wie der EuGH als rechtliche Ungleichbehandlung beurteilt, wäre gerechtfertigt als Maßnahme, die den Grundsatz territorialer Arbeitskostengleichheit einlöst, und bildete darum keinen Verstoß gegen Unionsrecht mehr.

d. Kommission vs. Luxemburg

Im Fall Kommission vs. Luxemburg wiederholt sich die Struktur der Problematik von Laval. Es liegt eine Diskriminierung vor, nicht bloß eine Beschränkung. Der Rückbau der Marktfreiheit zum Diskriminierungsverbot, ob allgemein oder beschränkt auf die mitgliedstaatliche Arbeits- und Sozialverfassung, würde also im Ergebnis nichts ändern.

Auch hier würde also lediglich ein neuer Grund zur Rechtfertigung von Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit wirksam, der Grund der Verwirklichung des Prinzips territorialer Arbeitskostengleichheit.

IV. Resümee

Nach der vorstehenden Analyse anhand dreier Fallstudien, in denen die rechtliche Leistungsfähigkeit der zuvor vorgestellten Alternativen im Zentrum stand, lassen sich folgende Empfehlungen für einen primärrechtlichen Forderungskatalog aussprechen, mit dem der Europäische Pakt für sozialen Fortschritt wirksam umgesetzt werden könnte.

1. Die Marktfreiheiten sind umfassend zu Gleichheitsrechten umzubauen.

Wie sich in der Fallstudie zum Feld der Tarifautonomie gezeigt hat, wäre für diesen Bereich eine Bereichsausnahme für die mitgliedstaatliche Arbeits- und Sozialverfassung ausreichend. Gleichwohl reicht sie noch nicht weit genug. Das wurde anhand der Fallstudie zu den „Goldenen Aktien“ klar.

2. Der Grundsatz territorialer Arbeitskostengleichheit ist im Primärrecht als Rechtfertigungsgrund für Ungleichbehandlungen zu verankern und mit Ausstrahlungswirkung ins Sekundärrecht zu versehen.

Anhand der Fallstudie zur Arbeitnehmerentsendung hat sich gezeigt, dass der Rückbau der Marktfreiheiten zu Gleichheitsrechten nur eingeschränkt zur erforderlichen Ausschaltung transnationaler Arbeitskostenkonkurrenz beitragen würde. Darum ist die Verankerung des Grundsatzes territorialer Arbeitskostengleichheit notwendig.

F. Zusammenfassung

1. Im November 2016 haben die Gewerkschaftsverbände und sozialdemokratischen Parteien aus den EU-Mitgliedstaaten Schweden (LO und SAP), Österreich (ÖGB und SPÖ) und Deutschland (DGB und SPD) einen Europäischen Pakt für sozialen Fortschritt unterzeichnet, der auf eine Reform der Binnenmarktverfassung der Union abzielt.
2. Konkret enthält der Europäische Pakt die Forderung, das Recht des Binnenmarktes so einzustellen, dass die Beschäftigten starke soziale Rechte genießen, die Vorrang haben vor Marktfreiheiten und Wettbewerbsregeln. Weiterhin soll transnationaler Wettbewerb auf der Basis von Arbeitskosten ausgeschlossen sein. Schließlich wird gefordert, die für den Binnenmarkt konstitutiven Marktfreiheiten auf ein legitimes Maß zurückzuschneiden, sie darum nicht mehr als Beschränkungsverbote zu fassen, sondern lediglich als Gleichbehandlungsgebote.
3. Damit reagiert das „Europäische Protokoll für sozialen Fortschritt“ auf eine in Politik und Wissenschaft seit langem diagnostizierte soziale und demokratische Problematik des Integrationsprozesses. Diese hat ihren Ursprung in der liberalistischen Gestalt der Binnenmarktverfassung. Sie lässt sich darum nicht mit einer Vertiefung der Integration oder mit einer Stärkung der Rechte des Europäischen Parlamentes beheben.
4. Der Europäische Gerichtshof hat die Binnenmarktverfassung der Union durch seine Rechtsprechung zu den Marktfreiheiten einer liberalistischen Transformation unterzogen. Er hat die Marktfreiheiten als Super-Freiheitsrechte für Unternehmen konzipiert, die diese zusätzlich zu ihren mitgliedstaatlichen Verfassungsgarantien von Eigentum und Erwerbsfreiheit ins Feld führen können, um mitgliedstaatliche Regelungen zur Förderung von Gemeinwohl und sozialem Ausgleich zu Fall zu bringen. Eine solche Verschiebung der Gewichte zugunsten der Unternehmen und zulasten von Gemeinwohl und sozialem Ausgleich war als Konsequenz der europäischen Marktintegration weder gewollt noch in ihrer Konzeption angelegt.
5. Richtig wäre eine Konzeption der Marktfreiheiten als Gleichbehandlungsgebote: Kein Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat und keine grenzüberschreitende unternehmerische Leistung soll schlechter behandelt werden, als Unternehmen mit Sitz im Inland und als Leistungen aus dem Inland. So verstanden, würden die Marktfreiheiten einerseits mitgliedstaatlichen Protektionismus verhindern, wie es ein suprastaatlicher Binnenmarkt verlangt. Andererseits würden sie ihren deregulierenden Überschuss

verlieren, eine generelle Verschiebung der Gewichte zulasten von Gemeinwohl und sozialem Ausgleich wäre vermieden.

6. Die Konzeption der Marktfreiheiten als Super-Freiheitsrechte für Unternehmen wiegt besonders schwer im Bereich der in erster Linie durch mitgliedstaatliches Recht ausgestalteten Arbeits- und Sozialverfassung. Während auf mitgliedstaatlicher Ebene die Reichweiten von Wirtschaftsverfassung einerseits und von Arbeits- und Sozialverfassung andererseits durch einfache Gesetzgebung und damit auf der Basis politisch-demokratischer Willensbildung bestimmt werden, beansprucht im Rahmen des EU-Binnenmarktes die Wirtschaftsverfassung rechtlichen Vorrang vor der mitgliedstaatlichen Arbeits- und Sozialverfassung. Die darüber zu Fall gebrachten mitgliedstaatlichen Regelungen können regelmäßig nicht durch Unionsgesetzgebung kompensiert werden, meist schon aufgrund fehlender Kompetenzen der Union, jedenfalls aber aufgrund der hohen institutionellen und ökonomischen Diversität der Mitgliedstaaten.
7. Auf die Spitze getrieben ist die Entwicklung dadurch, dass nicht nur staatliches Recht, sondern im Zuge einer ohnehin fragwürdigen Bindung Privater an die Marktfreiheiten auch die Prozesse zur tariflichen Normsetzung im Rahmen in gleichem Maße auf die Achtung der Marktfreiheiten verpflichtet sind. Tarifnormen, Tarifforderungen und Streiks stehen unter ständiger marktfreiheitlicher Kontrolle.
8. Die liberalistische Transformation der Binnenmarktverfassung der Union hat den Marktfreiheiten eine erhebliche deregulative Kraft verschafft mit der Folge, dass die soziale und demokratische Gestaltungsmacht der Mitgliedstaaten in empfindlichem Maße eingeschränkt werden. Dies wird auch in der Europarechtswissenschaft allenthalben gesehen. Die zur Einhegung der deregulativen Kraft unterbreiteten rechtsdogmatischen Vorschläge (die Stichworte sind „Keck-Ausnahme“ und „Marktzugangskriterium“) haben sich bereits als untauglich erwiesen. Es bedarf darum einer Korrektur der Binnenmarktverfassung im Primärrecht.
9. Der vom ehemaligen Verfassungsrichter Dieter Grimm in die Diskussion eingebrachte Vorschlag einer „Dekontitutionalisierung des Binnenmarktes“ schafft nur eingeschränkt Abhilfe. Auch wenn die Marktfreiheiten in den Rang des Sekundärrechts fallen würden, bestünden die Beschränkungen der regulativen Gestaltungsfreiheiten der Mitgliedstaaten fort, denn auch das Sekundärrecht beansprucht Vorrang vor jedem mitgliedstaatlichen Recht. Eine anschließende regulierungsfreundlichere Neujustierung der Marktfreiheiten

durch den einfachen Unionsgesetzgeber ist angesichts der Interessendivergenzen der Mitgliedstaaten nicht zu erwarten.

10. Abhilfe verspricht ein Rückbau der Marktfreiheiten von Unternehmergrundrechten zu Gleichbehandlungsgeboten. Dann müssten sich mitgliedstaatliche Regelung nur dann vor den Marktfreiheiten rechtfertigen, wenn sie in einer Diskriminierung resultiert. Eine bloße Beschränkung transnationaler Unternehmen, unabhängig von einer Ungleichbehandlung mit inländischen Unternehmen oder Leistungen, wäre ohne weiteres rechtmäßig. Eine Harmonisierung dieser mitgliedstaatlichen Regeln durch den Unionsgesetzgeber bliebe möglich und vielfach auch sinnvoll, vollzöge sich aber in einem fairen Rahmen.
11. Eine weiterhin verbotene Diskriminierung kann offen (unmittelbare Diskriminierung) oder verdeckt (mittelbare Diskriminierung) erfolgen. Die Konzeption der mittelbaren als faktische Diskriminierung passt auf das Antidiskriminierungsrecht zum Schutz gesellschaftlich benachteiligter Gruppen, nicht auf das Gleichbehandlungsgebot in einem suprastaatlichen Binnenmarkt. Der Vorhalt einer verdeckten Diskriminierung wird allerdings nicht durch Beteuerung guter Absichten seitens des Mitgliedstaats ausgeräumt, sondern dadurch, dass die Regelung einen vernünftigen Zweck (Gemeinwohl oder sozialer Ausgleich) verfolgt und zur Förderung dieses Zwecks geeignet und erforderlich ist.
12. Die Konzeption der Marktfreiheiten als Gleichbehandlungsgebote ist mit der Grundstruktur des etablierten Binnenmarktrechts vereinbar. Sie konterkariert insbesondere nicht den Grundsatz der wechselseitigen Anerkennung, im Gegenteil. Sie sorgt dafür, dass er nur zum Tragen kommt, wenn der Belang des Empfangsmitgliedstaates bereits vollständig durch Regelungen des Herkunftsmitgliedstaates eingelöst ist. Sie konterkariert auch nicht die sog. Personenfreizügigkeiten des Binnenmarktes (Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungsfreiheit), sondern stuft die Gewährleistung auf ein legitimes Maß zurück, das der innerstaatlichen Freizügigkeitsgewähr entspricht.
13. In einem solchen Rückbau der Marktfreiheiten zu Gleichbehandlungsgeboten wäre auch das Anliegen des „Sozialen Fortschrittprotokolls“ des EGB aufgehoben, welches dahingeht, dass soziale Rechte und insbesondere die Ausübung der Tarifautonomie von den Marktfreiheiten unberührt bleiben sollen.
14. Alternativ ließe sich der Rückbau der Marktfreiheiten zu Gleichbehandlungsgeboten beschränken auf den Bereich der mitgliedstaatlichen Arbeits- und Sozialverfassung, wie er in der Kompetenznorm von Art. 153 AEUV bestimmt ist. Damit wäre namentlich das im

„Sozialen Fortschrittsprotokoll“ des EGB angelegte Anliegen eingelöst. Mitgliedstaatliche Gestaltungen von Gemeinwohl und sozialem Ausgleich jenseits von Regelungen im Rahmen der mitgliedstaatlichen Arbeits- und Sozialverfassung blieben aber erschwert.

15. Mit Blick auf die Interessen der abhängig Beschäftigten in der Union ist es sehr dringlich, die mitgliedstaatliche Arbeits- und Sozialverfassung vom Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts und von sanktionierten Vorgaben im Rahmen makroökonomischer Überwachung zur Stabilisierung des Euro auszunehmen.
16. Der Grundsatz territorialer Arbeitskostengleichheit, den die Formel „gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“ zum Ausdruck bringt, ist zentral um einen transnationalen Wettbewerb zu hindern, der allein auf der Basis von Arbeitskosten ausgetragen wird. Dies ist die Voraussetzung dafür, dass die in den Mitgliedstaaten lang erreichte oder sich immerhin langsam entwickelnde Sozialstaatlichkeit unter der Bedingung des Binnenmarktes fortbestehen kann.
17. Die Marktfreiheiten sowie geltendes Sekundärrecht (Richtlinie zur Arbeitnehmerentsendung, Verordnung zur Koordinierung der Systeme sozialer Sicherheit) setzen der Verwirklichung des Grundsatzes territorialer Arbeitskostengleichheit rechtliche Grenzen. Denn zum einen verlangt der Grundsatz teilweise offene Ungleichbehandlungen, die die Marktfreiheiten auch nach einem Rückbau zu Gleichbehandlungsgeboten nicht gestatten würden. Zum anderen stehen sekundärrechtliche Regeln entgegen, bei deren Erlass die Bedeutung des Grundsatzes territorialer Arbeitskostengleichheit nicht richtig erkannt wurde.
18. Abhilfe verspricht eine primärrechtliche Verankerung des Grundsatzes territorialer Arbeitskostengleichheit als Rechtfertigungsgrund für offene Ungleichbehandlungen. Sie ist den bereits vorhandenen Rechtfertigungsgründen für offene Ungleichbehandlungen an die Seite zu stellen, die nach geltendem Primärrecht für jede der Marktfreiheiten vorgesehen ist (Art. 36, 52 Abs. 1, 62, 65 Abs. 1 b) AEUV). Um auch die fehljustierten sekundärrechtlichen Regelungen zu korrigieren, müsste den Mitgliedstaaten im Wege einer Protokollerklärung Abweichungen von diesen Regelungen gestattet werden, soweit sie dazu dienen, den Grundsatz territorialer Arbeitskostengleichheit zu verwirklichen.
19. Die Fallstudien zu den sensiblen Feldern der Tarifautonomie, der staatlichen Unternehmenskontrolle durch „goldene Aktien“ und der Arbeitnehmerentsendung belegen, dass der vorgeschlagene umfassende Rückbau der Marktfreiheiten zu

Gleichbehandlungsgeboten und die vorgeschlagene Verankerung des Grundsatzes territorialer Arbeitskostengleichheit als Rechtfertigungsgrund für offene Ungleichbehandlungen die eingetretenen Fehlentwicklungen in diesen Bereichen effektiv korrigieren würden.

20. Im Bereich der Tarifautonomie würde ein Rückbau der Marktfreiheiten zu Gleichbehandlungsgeboten dazu führen, dass Streiks gegen Standortverlagerungen, wenn sie denn im innerstaatlichen Kontext an sich erlaubt sind, auch unter den Marktfreiheiten zulässig sind. Denn die transnationale Standortverlagerung wird nicht anders behandelt als eine interne. Eine Konstellation wie im Fall Viking würde also zugunsten der Gewerkschaften entschieden.
21. Im Bereich der staatlichen Unternehmenssteuerung würde ein Rückbau der Marktfreiheiten zu Gleichbehandlungsgeboten dazu führen, dass diese der Einführung „Goldener Aktien“ grundsätzlich nicht entgegenstehen. Denn die mit „Goldenen Aktien“ verbundenen Nachteile für die privaten Anleger sind für alle dieselben, gleichgültig, ob es sich um Anleger aus dem Inland oder aus einem anderen Mitgliedstaat handelt. Entsprechendes hätte für Sperrminoritäten und andere Sonderrechte zu gelten, die wie im Fall des VW-Gesetzes auf die öffentlichen Anteilseigner zugeschnitten sind.
22. Im Bereich der Arbeitnehmerentsendung würde der Rückbau der Marktfreiheiten zu Gleichbehandlungsgeboten nicht viel bewirken. Darum muss der Grundsatz territorialer Arbeitskostengleichheit als neuer Rechtfertigungsgrund für Ungleichbehandlungen im Primärrecht verankert und diesem zudem Vorrang vor den bereits geltenden sekundärrechtlichen Regeln gegeben werden. Dann wäre es für die Mitgliedstaaten möglich, den Grundsatz der Arbeitskostengleichheit auch unter den Marktfreiheiten zu verwirklichen. Konstellationen wie in den Fällen Rüffert oder Laval oder Kommission vs. Luxemburg würden entgegengesetzt entschieden.

Impressum

Medieninhaber: Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien,

Prinz-Eugen-Straße 20–22, 1040 Wien, Telefon: (01) 501 65 0

Offenlegung gem. § 25 MedienG: siehe wien.arbeiterkammer.at/impressum

Zulassungsnummer: AK Wien 02/34648 M

ISBN 978-3-7063-0752-9

AuftraggeberInnen: Eine Kooperation zwischen der AK Wien, Abteilung EU und Internationales und der Freien Universität Berlin

Fachliche Betreuung: Valentin Wedl, Lukas Oberndorfer, Monika Feigl-Heihs

Autor: Univ.-Prof. Dr. jur. Florian Rödl, M.A., Professor für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht,

Freie Universität Berlin, unter Mitarbeit von Ass. jur. Maria Seitz

Grafik, Umschlag und Druck: AK Wien

Verlags- und Herstellungsort: Wien

© 2018: AK Wien

Stand November 2018

Ein Kooperationsprojekt der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien

Gesellschaftskritische Wissenschaft: die Studien der AK Wien

Alle Studien zum Downloaden:

wien.arbeiterkammer.at/service/studien

