

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.