

Kiss György

EU-Grundfreiheiten und nationale Grundrechte im Spiegel der Freizügigkeit

1. Gegenstand der Untersuchung

Die Freizügigkeit ist ein substantielles, sozusagen selbstverständliches Element der Europäischen Union.¹ Die Freizügigkeit ist gleichzeitig eine Voraussetzung und eine Anforderung im Hinblick auf das Funktionieren der EU, aber auch eine Grundfreiheit. Dieses Phänomen ist außergewöhnlich zusammengesetzt und besteht aus verschiedenen Teilen. Die Freizügigkeit als solche dient auch selbst als Basis für die vier wesentlichen Grundfreiheiten der EU, namentlich Waren-, Personen- und Dienstleistungsfreiheit sowie der freie Kapitalverkehr. Bezüglich unseres Themas stehen die verschiedenen Arten der Freizügigkeit der Arbeitnehmer im Vordergrund, die selbst auch ein zusammengesetztes Institut ist, das unterschiedliche Arten von Freiheiten enthält: vor allem die Freizügigkeit der Arbeitnehmer als solche.² Außerdem berührt die Rechtslage der Arbeitnehmer die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit. Diese unterschiedlichen arbeitnehmerischen Positionen und Rechtslagen bringen verschiedene Pflichten der Mitgliedstaaten sowie verschiedene Rechte der Arbeitnehmer mit sich. Diese heterogenen Arten der erwähnten Grundfreiheiten verursachen manchmal Spannungen zwischen den Mitgliedstaaten und der Union einerseits und zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten andererseits.

Unter anderem ergibt sich deswegen die erste Frage: Woher stammt die Freizügigkeit? Und im Zusammenhang mit dieser: Was ist der allgemeine Inhalt der Freizügigkeit? Die Beantwortung dieser Vorfragen ist erforderlich zur Aufdeckung der Rechtsnatur der Freizügigkeit. Die in dieser Abhandlung zu untersuchende Freizügigkeit ist nämlich eine gemeinschaftsrechtliche Grundfreiheit. Die Grundfreiheiten und Grundrechte haben sich jedoch meistens (im Allgemeinen) im Rahmen eines bestimmten Staates entwickelt. Diese Feststellung wurde auch durch die Entwicklungsgeschichte der Freizügigkeit bestätigt. Handelt es sich um einen naturgemäßen Gegensatz zwischen originellen „nationalen Grundrechten“ und auf gemeinschaftlicher Ebene abgeleiteten Grundfreiheiten? Zur Beantwortung dieser Frage ist es nötig die Begriffselemente der Grundfreiheiten und Grundrechte zu analysieren. Mit anderen Worten: Welche Kriterien braucht eine Freiheit oder ein Recht um Grundrecht zu werden?³ Als Vorfrage

¹ Oppermann, Thomas – Classen, Claus Dieter – Nettesheim, Martin: *Europarecht*. München, 2009, Verlag C. H. Beck, 414.

² Oppermann – Classen – Nettesheim: 500.; Hailbronner, Kay: Grundregeln der Freizügigkeit [in Dausen, Manfred (Hrsg): *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, München, 1999, Loseblatt], 70.

³ S. Bercusson, Brian: Fundamental social and economic rights in the European Community [in Cassese, Antonio – Chapman, Andrew – Weiler, Joseph (eds.): *Human rights and European Community: Methods of protection*]. Baden-Baden, 1999, Nomos Verlagsgesellschaft, 195–290.; Berenstein, Alexandre: Economic and social rights: Their inclusion in the European Convention on Human Rights, Problems of Formulation and Interpretation. *Human Rights Law Journal*, 1981/3–4.; Jacobs, Francis Geoffrey: The extension of the European Convention on Human Rights to include economic, social and cultural rights.

zu alledem muss zudem gefragt werden: Gibt es eigentlich einen substantiellen Unterschied zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten?

Diese Abhandlung ist ein Versuch – auf Grund der Bestimmung der Freizügigkeit als gemeinschaftsrechtliche Grundfreiheit und nationales Grundrecht – die Antwort auf die Ursachen und Arten des erwähnten Spannungsfeldes zu finden, die Prioritäten zu bestimmen und auf die möglichen Lösungen hinzuweisen.

2. Einige Bemerkungen zur Entwicklung, Erweiterung und Auslegung der Freizügigkeit

Zur Erläuterung der Rechtsnatur der Freizügigkeit ist es nötig, einige geschichtliche Bezüge herzustellen. Es scheint so, dass die Freizügigkeit in der Geschichte der Menschheit eine große wirtschaftliche und politische Rolle gespielt hat. Was nicht so bekannt ist, ist dass die Freizügigkeit ein essentielles Element der frühmittelalterlichen Freiheit war. In dieser Zeit wurde noch nicht die klassische gesellschaftliche Struktur des blühenden Feudalismus entfaltet. Im 11. und 12. Jahrhundert konnte man nicht über klare Status-Verhältnisse sprechen.⁴ Doch hatte diese Freiheit viele Grenzen. Darauf hat Otto Eberhard – im Zusammenhang mit der deutschen Entwicklungsgeschichte – hingewiesen. Seiner Meinung nach ist der Großteil der „Freien“ als unter Herrschaftsgewalt stehende Abhängige zu begreifen.⁵ Diese Eigenartigkeit der Freiheit bedeutete zwar eine wesentliche Schranke der Freizügigkeit in dieser Zeit, aber es ist zu betonen, dass diese Schranke aus dem Gesellschaftssystem selbst stammte; dahinter konnte man noch keine unmittelbar abgeleitete politische Absicht finden. Diese Freizügigkeit trug einen aus dem Niveau der allgemeinen Wirtschaftslage stammenden unlösbaren Widerspruch in sich selbst. Der Mensch war persönlich vielleicht frei, aber sein Eigentum beschränkte seine Freiheit. Außerdem hatte er verschiedenen Herren unterschiedliche Dienste zu leisten. Abgesehen von diesen Umständen hatte die Freizügigkeit einen Impuls und eine immer stärkere Gegenwirkung. Das Erste war die Bevölkerungszunahme, das Zweite war die allmähliche Schichtung der Gesellschaft, die Annäherung an die Status-Gesellschaft im Sinne der Bestimmung von Maine.⁶

Welche Ursachen haben später zur Zurückdrängung der Freizügigkeit geführt? In erster Linie kann man der allgemeinen Strukturkrise der Gesellschaft die Schuld daran zuschreiben. Diese wirtschaftliche und gesellschaftliche Krise betraf besonders die Agrarbevölkerung. Dazu kamen Pest und Entvölkerung. Es wird deutlich, dass die Beschränkung der Freizügigkeit ein wichtiges Mittel zur Behebung der Folgen der Krise war. Diese Beschränkung war aus mehreren Gründen, vor allem aus gesundheitlichen und aus wirtschaftlichen Erwägungen, naheliegend. Ab diesem Zeitpunkt ist ein Kon-

Human Rights Review, 1978/3, 166–178. Ich untersuche in dieser Abhandlung nicht die Ursache für die unterschiedlichen Ausdrücke „constitutional fundamental rights“ und einfach „Grundrechte“.

⁴ Über das „Status-Verhältnis“ s. Maine, Henry, *Summer: Ancient Law: its connection with the early history of society, and its relation to modern ideas*. New York, 1867, Charles Scribner & CO.

⁵ Eberhard, Otto: *Adel und Freiheit im deutschen Staat des früheren Mittelalters*. Berlin, 1937, Studien über nobiles und Ministerialen (Neue Deutsche Forschungen, vol. 130).

⁶ Fn. 4.

zeptionswandel erkennbar, da die späteren Beschränkungen der Freizügigkeit nunmehr nicht mehr lediglich wirtschaftliche oder wirtschaftspolitische Ziele verfolgten, sondern auch auf damit verbundenen allgemein-politischen Überlegungen beruhten. Der Grund für die Beschränkung war ganz einfach: An den Boden gebundene Untertanen waren leichter kontrollierbar.

Dieses „Einfrieren“ der Freizügigkeit dauerte aber nicht lange an. Der sog. „Tübinger Vertrag“ war auf deutschem Gebiet der erste, der von einer Freizügigkeit handelte. Dieser Vertrag wurde im Juli 1514 zwischen den württembergischen Landstäten und Herzog Ulrich abgeschlossen.⁷ Der zweite Schritt ist an den Religionsfrieden geknüpft, *cuius regio, eius religio* („wessen Land, dessen Religion“). Die Untertanen konnten zwischen zwei Alternativen wählen. Entweder sie folgten der Religion des Herren des Landes oder sie zogen in ein anderes Land um. Diesbezüglich ist vielleicht § 24 über das „Abzugsrecht und Bekenntniswechsel“⁸ am wichtigsten.

Die staatlich geregelte Freizügigkeit war ein Teil der Reformpolitik in Preußen (1807-1820). In diesem Kontext waren die Aufhebung der Berufsschranken und gleichzeitig die Abschaffung der Erbuntertänigkeit am wichtigsten.⁹ Die Freizügigkeit hat eine ganz neue Bedeutung bekommen als dieses Phänomen verfassungsrechtlich geregelt wurde. Die deutsche Nationalversammlung hat im Reichsgesetz betreffend die Grundrechte des deutschen Volkes die Freizügigkeit festgeschrieben.¹⁰ Es ist zu betonen, dass diese Fassung, insbesondere die Verknüpfung der freien Wohnsitzwahl und die Verbreitung des Gewerbebetriebs, als ein Model für die späteren Verfassungen diente. Dies wurde in der Weimarer Verfassung übernommen.¹¹ Es ist wichtig zu bemerken, dass diese Definitionen eine weite Auslegung des Freizügigkeitsbegriffs enthalten. Dementsprechend gehören zur dieser Art der Freizügigkeit die Freiheit der Berufswahl sowie des freien Grundstückserwerbs. Durch diese Definitionen wird deutlich, dass die elementare Bedingung der Freizügigkeit ein markantes wirtschaftliches Interesse ist. Dieses Interesse war so wichtig, dass die Freizügigkeit eine durch die Verfassung geregelte Grundfreiheit wurde.

Die geltende Definition des Grundgesetzes steht nicht im Gegensatz zu den erwähnten früheren Definitionen. Obwohl das Grundgesetz die Freizügigkeit in engerem

⁷ Abgesehen von den unterschiedlichen Bestätigungen der Landstäten, ist der folgende Satz bemerkenswert: „Damit ouch der gemain man den last so viel lydenlicher und williger tragen, so soll inen hertzog Ulrich ainen fryen zug gnediglich vergönden und zulassen, doch also das in den nesten fünf jaren niemands von der landschaft us dem land ziehen... wer nach den zwainzig jaren hinus zühet, der soll für den abzug zu geben nichtz schuldig, sonnder alsdann fry sein“. Siehe: Günter Dürig, *Gesetze des Landes Baden-Württemberg*, München, 1956, Beck.

⁸ Quelle: Buschmann, Arno *Kaiser und Reich. Klassische Texte und Dokumente zur Verfassungsgeschichte des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation vom Beginn des 12. Jahrhunderts bis zum Jahre 1806.*, Deutscher Taschenbuch Verlag, München, 1985, 215.

⁹ „Nach dem Martini-Tage 1810 gibt es nur freie Leute ...“

¹⁰ Art. I. § 3 Abs. 1 „Jeder Deutsche hat das Recht, an jedem Orte des Reichsgebietes seinen Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen, Liegenschaften jeder Art zu erwerben und darüber zu verfügen, jeden Nahrungszweig zu betreiben, das Gemeindebürgerrecht zu gewinnen.“ Art. I. § 3 Abs. 2 „Die Bedingungen für den Aufenthalt und Wohnsitz werden durch Heimatgesetz, jene für den Gewerbebetrieb durch eine Gewerbeordnung für ganz Deutschland von der Reichsgewalt festgesetzt.“

¹¹ Art. 111 der Weimarer Verfassung: „Alle Deutschen genießen Freizügigkeit im ganzen Reiche. Jeder hat das Recht, sich an beliebigem Orte des Reichs aufzuhalten und niederzulassen, Grundstücke zu erwerben und jeden Nahrungszweig zu betreiben. Einschränkungen bedürfen eines Reichsgesetzes“.

Sinne reguliert – diese Auslegung wurde vom Bundesverfassungsgericht bestätigt –, ist die Substanz der Freizügigkeit von den anderen Grundfreiheiten untrennbar. Wie Dürig geschrieben hat, war die Freizügigkeit – „der Wert des freien Zuges“ – zunächst in der Wirtschaftsordnung lokalisiert. Aber dieser Wert beeinflusst darüber hinaus „das Fürsorgerecht, Abschiebungswesen, Wohnungsrecht, Arbeitsrecht, Gewerberecht usw.“¹²

3. Freizügigkeit als internationale Freiheit bzw. internationales Grundrecht

3.1. Gegensatz oder Konvergenz zwischen Grundfreiheit und Grundrecht

Die dargestellte Geschichte der Freizügigkeit belegt, dass der freie Zug sich innerhalb des einzelnen Staates bzw. Hoheitsgebietes entwickelt hat. Es zeigte sich, dass die Freizügigkeit wegen des Wirtschaftswachstums und wegen dessen politischer Folgen internationale Dimensionen angenommen hat. Ein Beispiel dafür gibt der Internationaler Pakt über Bürgerliche und Politische Rechte, dessen Art. 1 Abs. 12 lautet: „Jedermann, der sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält, hat das Recht, sich dort frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei zu wählen“.¹³

In diesem Zusammenhang taucht eine unvermeidliche Frage auf: Gibt es vielleicht einen Gegensatz zwischen den Grundfreiheiten und den Grundrechten? Was bedeutet eigentlich in diesem Kontext die „Freiheit“? Nach der Meinung von Haverkate sind die modernen Freiheitsrechte „nichts anderes als ein ‚Ersatz‘ für den absoluten Schutz aller subjektiven Rechte...“.¹⁴ Daraus folgt, dass die Freiheitsrechte „subjektive Rechte unter den Bedingungen staatlicher Rechtssetzungsmacht sichern“.¹⁵ Abgesehen von dem formellen Unterschied zwischen Grundrecht und Grundfreiheit in einigen internationalen oder europäischen Dokumenten ist der Ausgangspunkt die originäre Funktion der „Freiheiten“. Im Kontext des Freiheitsbegriffs sind „die Grundrechte als Ermöglichung freier Gegenseitigkeit der Bürger“ qualifiziert.¹⁶ Freiheiten oder Freiheitsrechte? Einige frühere Menschenrechtsabkommen dienen als gutes Beispiel zur Veranschaulichung der funktionellen Zusammengehörigkeit von Grundfreiheit und Grundrecht. Eine der

¹² Maunz, Theodor – Dürig, Günter: *Grundgesetz*. München, 1993, Beck, Art 11. Rn. 20–24. Eine ähnliche Definition enthält die ungarische Verfassung in Abs. 1. Art. 58: „Jedem, der sich rechtmäßig auf dem Territorium Ungarns aufhält, steht – mit Ausnahme der im Gesetz festgelegten Fälle – das Recht der freien Bewegung und der freien Wahl des Aufenthaltsortes zu, inklusive des Rechts auf Verlassen des Wohnortes und des Landes“. Diese Definition weist mittelbar auf die Berufsfreiheit und auf die Freiheit des wirtschaftlichen Wettbewerbs hin. S. Jakab András (Hrsg.): *Kommentar der Verfassung*. Budapest, 2009, Századvég Kiadó, § 58.; Urteil des ungarischen Verfassungsgerichts: 60/1993 (XI. 29.) AB

¹³ In Zusammenhang mit diesem Artikel ist es nötig auf Art. 13 hinzuweisen. „Ein Ausländer, der sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates aufhält, kann aus diesem nur auf Grund einer rechtmäßig ergangenen Entscheidung ausgewiesen werden, und es ist ihm, sofern nicht zwingende Gründe der nationalen Sicherheit entgegenstehen, Gelegenheit zu geben, die gegen seine Ausweisung sprechenden Gründe vorzubringen und diese Entscheidung durch die zuständige Behörde oder durch eine oder mehrere von dieser Behörde besonders bestimmte Personen nachprüfen und sich dabei vertreten zu lassen“.

¹⁴ Haverkate, Jörg: *Verfassungslehre, Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung*, Verlag C. H. Beck, München, 1992., 194.

¹⁵ Ebenda 194.

¹⁶ Haverkate 192.

ersten „Verfassungen“ – The Massachusetts Body of Liberties – hat folgende Kapitelüberschriften benutzt: *Rites, Rules and Liberties*; *Liberties more peculiarly concerning the free men*; *Liberties of Women*; *Liberties of Children*; *Liberties of Servants* usw. Im Vergleich zu mehreren ähnlichen Deklarationen,¹⁷ so stellte Stern fest, unterstützte diese Kompositionsweise und diese Einteilung der Grundrechte die Einheit dieser Rechte.¹⁸

Das erwähnte Dokument (und andere ähnliche) haben den Ausdruck „Freiheit“ benutzt. In diesem Zusammenhang hat Stern darauf hingewiesen, dass die unterschiedlichen Bezeichnungen (Volksrechte, Bürgerrechte, Allgemeine Rechte oder Freiheitsrechte) „erst nach 1824 und deutlicher seit 1848 als Grundrechte“ bezeichnet wurden.¹⁹ Was bedeutet in diesem Kontext „Freiheit“? Nach der Auffassung von Jellinek ist die Freiheit ein Zentralbegriff des Status negativus. In diesem Sinne: „Alle Freiheit ist einfach Freiheit von gesetzwidrigem Zwange“.²⁰ Daraus folgt, dass „das Individuum vom Staat zu keiner gesetzwidrigen Leistung herangezogen werden soll, und demnach eine auf Anerkennung seiner Freiheit beruhenden Anspruch auf Unterlassung und Aufhebung der diese Norm überschreitende obrigkeitlichen Befehle“.²¹ Handelt es sich um eine individuelle Freiheit, ein Freiheitsrecht, also ein subjektives öffentliches Recht? Oder um ein Schutzgut der Abwehrrechte?²² Mehrere Autoren machen auf die Unsicherheit dieses Begriffes aufmerksam.²³ Aber eine gegenseitige Bindung gibt einen Anhaltspunkt für die Konkretisierung der Rechtsnatur der Freiheit, namentlich die Verfassungsbindung des Gesetzgebers. Der Gesetzgeber muss den konkreten Inhalt einer Freiheit bestimmen, muss die Wirkung dieser Freiheit gewährleisten und schließlich ihre Grenzen bestimmen. Daraus folgt, dass die Antwort auf die zuvor gestellte Frage lautet: Freiheit als solche ist ein Schutzgut der Abwehrrechte. In diesem Kontext kann man sagen, dass eine Konvergenz zwischen Grundfreiheiten und Grundrechte nachweisbar ist.

3.2. Die gemeinschaftsrechtliche Bezugspunkte der Konvergenz

Wie gestaltete sich die Konvergenz der Grundfreiheiten und der Grundrechten im Europäischen Gemeinschaftsrecht? Der Ausgangspunkt ist die Entstehungsgeschichte der europäischen Grundfreiheiten.²⁴ Die Freiheiten waren als Diskriminierungsverbot einerseits und als Hinderungsverbot andererseits konzipiert.²⁵ Zielstellung der Freiheiten auf der EU-Ebene

¹⁷ Z.B. *Virginia Bill of Rights* oder *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*.

¹⁸ Stern, Klaus: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band III/1. Allgemeine Lehren der Grundrechte*. München, 1988., Ch. B. Beck, 388-389.

¹⁹ Stern 195.

²⁰ Jellinek, Georg: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1892, Tübingen, 103.

²¹ Jellinek 103.

²² Schwabe, Jürgen, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*. Darmstadt, 1977, Dissertationsdruck Schadel GmbH&Co KG., 13-16.; 67.

²³ Zusammenfassend s. Alexy, Robert: *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main, 1996, Suhrkamp, 194-210. Nebenbei ist es nötig zu bemerken, dass ähnliche Probleme im Zusammenhang mit den anderen ethischen Phänomenen wie z.B. der Gleichheit auftaucht. S. Havighurst, Harold: *The nature of private contract*. Evanston, Illinois, 1961, Northwestern University School of Law, 128-129.

²⁴ In ungarischer Sprache s. Szalayné Sándor Erzsébet: *Interferencia az Európai Bíróság és az Emberi Jogok Európai Bíróságának gyakorlatában* (Interferenz in der Rechtsprechung des EuGH und EGMR), *Acta Humana*, 2005/1, 13 - 29.

²⁵ Ebenda.

ne ist es, einen freien Verkehr zu gewährleisten.²⁶ Dieser Verkehr hat aber mindestens zwei Eigenartigkeiten. Die erste besteht darin, dass diese Freiheiten einen grenzüberschreitenden Verkehr garantieren müssen, das heißt diese Freiheit ist eine sog. abgeleitete Freiheit im Verhältnis zu den in einem Staat entwickelten Grundrechten oder Grundfreiheiten. Die zweite Eigenartigkeit bedeutet, dass der freie Verkehr mehrere Arten des Verkehrs voraussetzt.

Die Untersuchung der Adressaten der EU-Freiheiten kann die Rechtsnatur dieser Freiheiten besser erklären. Die Adressaten der EU-Grundfreiheiten sind – als Hauptregel – die Mitgliedstaaten. Man kann so formulieren, dass die Mitgliedstaaten die sog. primären Adressaten sind. Das Adressatenproblem stellt das Drittwirkungsproblem in den Vordergrund.²⁷ Abgesehen von den Details ist festzustellen, dass bezüglich des freien Warenverkehrs die unmittelbare Drittwirkung durch die Urteile des EUGH nicht betont wurde.²⁸ Dagegen ist es notwendig das „Flüchtlings-Urteil“ zu besprechen. In der Sache *Dansk Supermarked v. Imerco*²⁹ hat der Gerichtshof einen Satz niedergeschrieben, der niemals wiederholt wurde. Der Text ist der Folgende: „Vereinbarungen zwischen Privaten dürfen in keinem Fall von den zwingenden Bestimmungen des Vertrages über den freien Warenverkehr abweichen“.³⁰ In Zusammenhang mit dem Urteil *Ganten* wurde betont, dass dieses Urteil ein Privilegium für den freien Warenverkehr schützt.³¹ Später hat jedoch der EuGH keinen Hinweis auf die unmittelbare Drittwirkung gegeben, sondern beurteilte nur die Regelungen einiger Mitgliedstaaten.

Bezüglich der Arbeitnehmerfreizügigkeit oder Dienstleistungsfreiheit hat sich die Rechtsprechung des Gerichtshofes gewissermaßen anders gestaltet. Besonders in Sachen der Arbeitnehmerfreizügigkeit hat der Gerichtshof nicht nur die staatlichen Regelungen, sondern alle kollektivrechtlichen Privatregelungen (also Rechtsetzung), die hinsichtlich der Arbeitseinrichtung dem EU-Vertrag widersprachen und die die Arbeitnehmerfreizügigkeit behindert haben, beurteilt.³² Zuletzt kann man auf die *Allué*-Urteile³³

²⁶ Oppermann – Classen – Nettesheim: 415.

²⁷ Thorvaldsson, Ólafur Börkur: *Direct effect, supremacy and state liability – a comparison between EC Law and the EEA agreement*. Lund, 2002, Faculty of Law Lund University, Master of European Affairs Programme, Law; Ganten, Ted Oliver: *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten (Die EG-Grundfreiheiten als Grenze der Handlungs- und Vertragsfreiheit im Verhältnis zwischen Privaten)*. Berlin, Duncker & Humblot, 1999.; Craig, Paul – de Búrca, Gráinne: *EC law; text, cases, materials*. Oxford, 1998, Clarendon Press.

²⁸ Das sog. „Erdbeeren-Krieg“-Urteil dient als gutes Beispiel [Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik C-265/95]. In dieser Sache hat der Gerichtshof betont, dass die Französische Republik dadurch gegen die Verpflichtungen aus Artikel 30 in Verbindung mit Artikel 5 EG-Vertrag verstoßen hat, dass sie nicht alle erforderlichen und angemessenen Maßnahmen ergriffen hat, damit der freie Warenverkehr mit Obst und Gemüse nicht durch Handlungen von Privatpersonen beeinträchtigt wird.

²⁹ *Ganten*, 34 – 36.

³⁰ Siehe: C-58/80, Leitsätze 3. Später Rn. 17: „Überdies darauf hinzuweisen, dass Vereinbarungen zwischen Privaten in keinem Fall von den zwingenden Bestimmungen des Vertrages über den freien Warenverkehr abweichen dürfen.“

³¹ *Ganten*, 35.

³² Siehe *B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch v. Association Union Cycliste Internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie & Federación Espanola Ciclismo*, C-36/74.; *Gaetano Dona v. Mario Mantero*, C-13/76, und später *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ASBL v. Jean-Marc Bosman, Royal Club Liégeois SA v. Jean-Marc Bosman and others*, and *Union des Associations Européennes de Football (UEFA) v. Jean-Marc Bosman*, C-415/93.

³³ *Pilar Allué and Carmel Mary Coonan v. Università degli Studi di Venezia*, C-3388 (Allué I); *Pilar Allué and Carmel Mary Coonan and others v. Università degli Studi di Venezia and Università degli studi di Parma joined cases*, C-259-91, C-331-91 and C-332/92 (Allué II).

hinweisen, in denen der Gerichtshof die Vereinbarung der Parteien nicht erwähnt hat, sondern nur die italienischen Regelungen beurteilte.³⁴ Es sind ähnliche Konzepte in den Urteilen bezüglich der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit zu finden.³⁵

Mehrere Autoren sind der Auffassung, dass das Bild der EU-Rechtsprechung nun relativ klar sei. Im Hinblick auf die Kongruenz der Freiheiten und Rechte hat das *Defrenne I*-Urteil eine bedeutende Rolle gespielt. Die Adressaten-Natur der Mitgliedstaaten verhindert nicht den Übergang der Rechte auf Personen, die Interesse an der Leistung von im Vertrag festgestellten Pflichten haben.³⁶ Es bedeutet, dass sich die sog. Grundfreiheiten und die Grundrechte decken, woraus folgt, dass die Grundfreiheiten und Grundrechte – abgesehen von der Entstehungsgeschichte – gleiche Werte vertreten und *in abstracto* zwischen den Grundrechten und Grundfreiheiten keine Abhängigkeit besteht. Die Kollisionen sind aber nicht *in abstracto* sondern *in concreto* zu bewerten. In diesem Kontext müssen die internationalen Grundfreiheiten/Rechte und die nationalen Grundrechte analysiert werden.

4. Die verschiedenen Arten der Freizügigkeit

4.1. Diskriminierungsverbot auf verschiedenen Ebenen und mit unterschiedlichem Inhalt

Der Ausgangspunkt der Untersuchung ist die Zielbestimmung der Freizügigkeit. Dieses Ziel ist die Gewährleistung des freien Verkehrs – hinsichtlich meines Themas – der Personen und Dienstleistungen. In diesem Sinne sind die Objekte der Freizügigkeit in Betracht zu ziehen, das heißt die Niederlassungsfreiheit, den freien Dienstleistungsverkehr und die Freizügigkeit der Arbeitnehmer. Die drei Arten der erwähnten Freizügigkeiten haben ein gemeinsames Element, namentlich das Diskriminierungsverbot. Aber dieses Verbot enthält keine homogenen oder gleichen Anforderungen. Dieser Unterschied bestimmt die heterogenen Rechte und Pflichten oder mit anderen Worten: die Kollision zwischen den verschiedenen Objekten und den verschiedenen Ebenen der Diskriminierung.

4.2. Wahlmöglichkeit oder Wahlzwang zwischen der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit bezüglich des Diskriminierungsverbots

Was die Niederlassungsfreiheit anbelangt handelt es sich um eine selbständige Tätigkeit. Der Rechtsträger ist der selbstständige Unternehmer.³⁷ Das Hauptkriterium der Niederlassungsfreiheit ist die Selbstständigkeit. Daraus folgt, dass sich das Diskriminierungsverbot auf jedes Gebiet dieser Niederlassung erstrecken muss. Die Eigenartigkeit der Nieder-

³⁴ Ganten 48.

³⁵ Siehe unten die *Laval*- und *Viking*-Urteile.

³⁶ In diesem Kontext siehe: *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration*, C-26/62.

³⁷ Dies bedeutet zugleich einen Unterschied zwischen der Niederlassungsfreiheit und den anderen zwei Freiheiten. Die Niederlassungsfreiheit bezieht sich auf natürliche Personen, Gesellschaften und gilt auch für Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften, Art 49 EUV.

lassungsfreiheit oder des Niederlassungsrechts ist die Anknüpfung an die Begleitrechte.³⁸ Diese Rechte begründen für die Mitgliedstaaten verschiedene materielle und prozessuale Pflichten. In diesem Kontext muss angemerkt werden, dass die Abgrenzung der Niederlassungsfreiheit von der Dienstleistungsfreiheit schwierig ist. Die Unklarheit der Unterscheidung rührt vom Mangel einer Legaldefinition der Niederlassung selbst her. Nach der herrschenden Meinung erfährt der Begriff der Niederlassung eine weite Auslegung. Dementsprechend wird unter diesem Begriff die tatsächliche Ausübung einer selbständigen Tätigkeit auf unbestimmte Zeit verstanden.³⁹ In diesem Sinne sind zwei Urteile des EuGH besonders bemerkenswert, namentlich das *Factortame*-Urteil⁴⁰ und das *Gebhard*-Urteil.⁴¹ In ersterem hat der Gerichtshof festgestellt, dass „der Niederlassungsbegriff im Sinne der Artikel 52 ff. EWG-Vertrag die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit umfasst.“⁴² Dieses logische, selbstverständliche Argument wurde heftig im *Gebhard*-Urteil diskutiert.⁴³ Herr Gebhard hat gegen eine in einem Disziplinarverfahren veröffentlichte Entscheidung beim *Consiglio nazionale forense* einen Rechtsbehelf eingelegt, wobei er klarstellte, dass sich dieser auch gegen die stillschweigende Ablehnung seines Antrags auf Zulassung als Rechtsanwalt richte. Im Rahmen dieses Rechtsbehelfs machte er insbesondere geltend, die Richtlinie 77/249/EWG verleihe ihm das Recht, seine beruflichen Tätigkeiten von seiner eigenen Kanzlei in Mailand aus auszuüben.⁴⁴

³⁸ Oppermann 2009, 528.

³⁹ Oppermann 2009, 522.

⁴⁰ Urteil des Gerichtshofes vom 25. Juli 1991. – *The queen gegen secretary of state for transport, ex parte Factortame Ltd. und andere. Ersuchen um Vorabentscheidung: high court of justice, queen's bench division - Vereinigtes Königreich.* C-221/89.

⁴¹ *Reinhard Gebhard gegen Consiglio dell'ordine Degli Avvocati e Procuratori di Milano.* C-55/94

⁴² C-221/89. Rn. 20.

⁴³ Nach dem Sachverhalt wohnte Herr Gebhard seit März 1978 mit seiner Ehefrau, einer italienischen Staatsangehörigen, und seinen drei Kindern in Italien. Das Einkommen von Herrn Gebhard wird vollständig in Italien, wo er seinen Wohnsitz hat, besteuert. Herr Gebhard arbeitete in einer Anwaltssozietät, und später als Sozius in derselben Kanzlei. Gebhard eröffnete seine eigene Kanzlei in Mailand, in der italienische „*avvocati*“ und „*procuratori*“ mit ihm zusammenarbeiteten. Einige italienische Berufskollegen, darunter die italienischen „*avvocati*“, mit denen Herr Gebhard bis 1989 zusammengeschlossen war, führten gegen ihn Beschwerde beim Vorstand der Rechtsanwaltskammer Mailand. Sie warfen ihm vor, die Bezeichnung „*avvocato*“ im Briefkopf seines beruflichen Briefpapiers verwendet zu haben, direkt vor der *Pretura* und dem *Tribunale Mailand* unter der Bezeichnung „*avvocato*“ aufgetreten zu sein und seine beruflichen Tätigkeiten vom „*Studio legale Gebhard*“ (Anwaltskanzlei Gebhard) aus ausgeübt zu haben. Nachdem der Vorstand der Rechtsanwaltskammer Mailand Herrn Gebhard untersagt hatte, die Bezeichnung „*avvocato*“ zu verwenden, beschloss er, gegen ihn ein Disziplinarverfahren einzuleiten, wobei er ihm zur Last legte, dadurch gegen seine Verpflichtungen aus dem Gesetz Nr. 31/82 verstoßen zu haben, dass er in Italien unter Verwendung der Bezeichnung „*avvocato*“ eine dauernde Berufstätigkeit von seiner eigenen Kanzlei aus ausgeübt habe. Siehe zu dieser Sache Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte.

⁴⁴ Die Richtlinie ist in Italien durch das Gesetz Nr. 31/82 umgesetzt worden; Artikel 2 dieses Gesetzes bestimmt: „Den im Herkunftsmitgliedstaat zugelassenen Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten ist die gerichtliche und außergerichtliche Ausübung der beruflichen Tätigkeiten des Rechtsanwalts mit vorübergehendem Charakter (*con carattere di temporaneità*) nach den in diesem Titel festgelegten Modalitäten erlaubt. Es ist nicht gestattet, zur Ausübung der im vorstehenden Absatz genannten beruflichen Tätigkeiten im Hoheitsgebiet der Republik eine Kanzlei oder einen Haupt- oder Nebensitz einzurichten.“ Unter diesen Umständen hat der *Consiglio nazionale forense* das Verfahren ausgesetzt und den Europäischen Gerichtshof ersucht, zwei Fragen im Wege der Vorabentscheidung zu beantworten.

Der Gerichtshof hat betont, dass ein Gemeinschaftsangehöriger, der sich in einen anderen Mitgliedstaat der Gemeinschaft begibt, um dort eine wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben, mehrere Wahlmöglichkeiten hat. So kann eine Arbeitsleistung „unter das Kapitel des Vertrages über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer oder unter das über das Niederlassungsrecht oder unter das über Dienstleistungen“ fallen.⁴⁵ Nach der Meinung des Gerichtshofes sind die Vorschriften des Kapitels über die Dienstleistungen gegenüber denjenigen des Kapitels über das Niederlassungsrecht subsidiär. Daraus folgt, dass der Begriff der Niederlassung im Sinne des Vertrages ein sehr weiter Begriff ist, „der die Möglichkeit für einen Gemeinschaftsangehörigen impliziert, in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats als seines Herkunftsstaats teilzunehmen und daraus Nutzen zu ziehen, wodurch die wirtschaftliche und soziale Verflechtung innerhalb der Gemeinschaft im Bereich der selbständigen Tätigkeiten gefördert wird“. Dagegen regulieren die Vorschriften des Kapitels über die Dienstleistungen eine vorübergehend ausgeübte Tätigkeit. Dieser Unterschied bedeutet eine wesentliche Divergenz bezüglich des Diskriminierungsverbotes. Die Niederlassungsfreiheit hat einen umfassenden Inhalt, das Diskriminierungsverbot jedoch den weitesten Anwendungsbereich. Mit anderen Worten bedeutet die Niederlassungsfreiheit die stärkste Marktliberalisierung. In Zusammenhang mit der Begrenzung der Dienstleistungsfreiheit weist die Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt darauf hin, dass die Rechtsträger zwischen diesen beiden Freiheiten wählen und sich für diejenige entscheiden können, die ihrer Geschäftsstrategie im Hinblick auf den jeweiligen Mitgliedstaat am besten gerecht wird.⁴⁶

4.3. Die Eigenartigkeit der Dienstleistungsfreiheit im Kontext der Entsenderichtlinie

Heutzutage ist es eindeutig, dass die Dienstleistung einen Motor des Binnenmarkts und der Beschäftigung darstellt.⁴⁷ Es ist zu betonen, dass die Dienstleistungsrichtlinie nur eine Rahmenrichtlinie ist.⁴⁸ In diesem Kontext stellt sich die Hauptfrage: Welche Tätigkeiten sind als Dienstleistungen zu bestimmen? Sehr bemerkenswert ist die negative Sichtweise der Definition: Dienstleistungen im Sinne der Verträge sind Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden „soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen.“ Die positive Annäherung dieser Definition enthält auch Beschränkungen. Dienstleistung muss eine selbständig erbrachte Leistung sein. Obgleich eine Tätigkeit sowohl auf selbständige Weise als auch als abhängige Arbeit ausgeübt werden kann, handelt es sich laut EG-Vertrag nur im ersten Fall. Dazu kommt das oben erwähnte Merkmal, nämlich die vorübergehende Tätigkeit.⁴⁹ Die zweite Beschränkung besteht gemäß einiger Meinungen in der Literatur darin, dass die Dienstleistung – nach eini-

⁴⁵ C-55/94 Rn 20.

⁴⁶ Richtlinie 2006/123/EG, Präambel 77.

⁴⁷ Richtlinie 2006/123/EG, Präambel 4.

⁴⁸ Richtlinie 2006/123/EG, Präambel 7.

⁴⁹ In diesem Kontext habe ich nicht die sog. passive Dienstleistungsfreiheit untersucht.

gen Konzeptionen – ein unkörperliches Ergebnis darstelle.⁵⁰ Diese Auslegung folgt jedoch nicht aus der exemplarischen Aufzählung des Artikels 57.⁵¹

Eine Art der Verwirklichung der Dienstleistung ist der Einsatz von Arbeitnehmern. In diesem Fall hat der Unternehmer eine andere Rechtsstellung, nämlich die eines Arbeitgebers. In diesem Kontext ist es wichtig das Erfordernis der Gleichbehandlung bezüglich der entsendeten und der im Heimatstaat beschäftigten Arbeitnehmer einzuhalten. Das höchste Niveau des Diskriminierungsverbotes bezieht sich auf den in seinem Heimatland beschäftigten Arbeitnehmer. Die Bestimmung und die Verwirklichung der Gleichbehandlung sind schwierig, da die Arbeitnehmer im Rahmen einer Dienstleistung auf unterschiedliche Weisen in einem anderen Mitgliedstaat arbeiten können. Die Leistung der Arbeitnehmer kann im Rahmen von Entsendung oder Arbeitnehmerüberlassung erfolgen.⁵² In diesem Sinne ist Art. 3 der Entsenderichtlinie substanziell.

Die Dienstleistungsfreiheit und die Arbeitnehmerentsendung werfen ein Kollisionsproblem auf. In diesem Kontext ist es notwendig, die Beziehung zwischen der VO (EG) 593/2008 über das auf Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I-VO) und der Entsenderichtlinie kurz anzusprechen. Der Ausgangspunkt der Rom I-VO ist die innerhalb bestimmter Grenzen bestehende freie Rechtswahl.⁵³ Art. 4. der Rom I-VO bestimmt das anzuwendende Recht, wenn eine Vereinbarung bezüglich des anzuwendenden Rechts fehlt. Bezüglich unseres Themas ist Art. 8 der Rom I-VO über die Individualarbeitsverträge besonders wichtig. Mehrere Autoren wiesen darauf hin, dass durch die freie Rechtswahl die zwingenden Arbeitnehmerschutznormen umgangen werden könnten.⁵⁴ Deswegen enthält Art. 8 der Rom I-VO wesentliche Beschränkungen bezüglich der freien Rechtswahl.

Ich habe früher darauf hingewiesen, dass die Dienstleistungsfreiheit eine Marktliberalisierung bedeutet,⁵⁵ die durch die Dienstleistungsrichtlinie bestätigt wurde.⁵⁶ Deswegen ist das Wesen der Dienstleistungsfreiheit das Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot.⁵⁷ Das Ziel der Entsenderichtlinie ist es, kompromissfähige Mindeststandards zu schaffen,⁵⁸ mit anderen Worten das Spannungsfeld zwischen der Marktliberalisierung durch die Dienstleistungsrichtlinie und den unterschiedlich gere-

⁵⁰ Siehe die sog. objektive Konzeption des Dienstleistungsverkehrs. Nach dieser Lehre ist der Dienstleistungsverkehr das Pendant zur Warenverkehrsfreiheit. Siehe dazu Bittner, Claudia: *Europäisches und internationales Betriebsrentenrecht*, Tübingen, 2000, Mohr Siebeck, 82 – 84.

⁵¹ Als Dienstleistungen gelten insbesondere: a) gewerbliche Tätigkeiten, b) kaufmännische Tätigkeiten, c) handwerkliche Tätigkeiten, d) freiberufliche Tätigkeiten.

⁵² Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, Art. 1 Abs. 3.

⁵³ Art. 3 von Rom I-VO.

⁵⁴ Fuchs, Maximilian – Marhold, Franz: *Europäisches Arbeitsrecht*, Wien, New York, 2010, Springer Verlag, 430.

⁵⁵ Siehe besonders das Urteil *Rush Portuguesa Lda v Office National Immigration* C-113/89.

⁵⁶ Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt.

⁵⁷ Fuchs – Marhold: 437.

⁵⁸ In diesem Zusammenhang s. Erwägungsgrund Nr. 13: „Die Gesetze der Mitgliedstaaten müssen koordiniert werden, um einen Kern zwingender Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz festzulegen, das im Gastland von Arbeitgebern zu gewährleisten ist, die Arbeitnehmer für eine zeitlich begrenzte Arbeitsleistung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden, in dem eine Dienstleistung zu erbringen ist. Eine solche Koordinierung kann nur durch Rechtsvorschriften der Gemeinschaft erfolgen.“

gelten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen in den einzelnen Mitgliedstaaten aufzulösen.⁵⁹ Friedrich hat betont, dass die Entsenderichtlinie nicht nur „den Schutz des wirtschaftlich und sozial schwächeren Arbeitnehmers“ bezweckt, sondern dass sie auch „die inländische[n] Unternehmen vor Wettbewerbsverzerrungen durch die Entsendung kostengünstiger Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten mit niedrigem Lohnniveau in Mitgliedstaaten mit hohem Lohnniveau“ schützt.⁶⁰ Nach der Auslegung von Thüsing würden in diesem Sachverhalt zwei Prinzipien verwirklicht. Einerseits könnte das Herkunftslandprinzip gelten. Dies würde bedeuten, dass das Recht des Staates, aus dem der Arbeitnehmer entsandt wird, angewendet wird. Andererseits handele es sich um das Arbeitsortsprinzip, nach dem das Recht des Empfangsstaates gilt.⁶¹ Wenn man Art. 3 Abs. 1 zugrunde legt, wird deutlich, dass die Basis für die Regulierung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen in der Richtlinie das Arbeitsortsprinzip ist.

Die Entsenderichtlinie befasst sich mit dem wesentlichen „materiellrechtlichen“ Inhalt in Art. 3 Abs. 1. Bezüglich des sog. „harten Kerns“⁶² der Entsenderichtlinie oder, mit anderen Worten, bezüglich der in dem Empfangsstaat anwendenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen tauchen zwei Fragen auf: der Inhalt und die Regelungsmethode dieser Bedingungen. Was die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen anbelangt, liegt die Bedeutung der Entsenderichtlinie darin, dass unter bestimmten Umständen der Mitgliedstaat, in den der Arbeitnehmer entsandt ist, die in Art 3 Abs. 1 festgelegten Bedingungen garantieren muss.⁶³ Dies ist unabhängig von dem im Herkunftsland anwendbaren Recht und bedeutet natürlich eine Abweichung von der Rom I-VO. Freilich stehen die Absätze 1 bis 6 des Art. 3 der Anwendung von für die Arbeitnehmer günstigeren Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nicht entgegen.⁶⁴ Jedoch hat Friedrich die Aufmerksamkeit darauf gelenkt, dass Art. 3 Abs. 1 „mit den Wertungen und der Systematik des Internationalen Privatrechts in Einklang gebracht werden“⁶⁵ muss. Diese Feststellung wird von Art. 9 der Rom I-VO untermauert.

⁵⁹ Fuchs - Marhold: 438.

⁶⁰ In Fuchs - Marhold: 439. Vgl. Birk, Rolf: Arbeitskollisionsrecht [in *Münch/ArbR/Birk*] § 20 RdNr. 236-239.; Krebber, Sebastian: Die Bedeutung von Entsenderichtlinie und Arbeitnehmer-Entsendegesetz für das Arbeitskollisionsrecht, *IPRax*, 2001, 22-28.

⁶¹ Siehe Thüsing, Gregor: *Europäisches Arbeitsrecht*, München, 2008, Verlag C. H. Beck, 251 - 252.

⁶² Erwägungsgrund Nr. 14.

⁶³ Birk, Rolf: § 20 RdNr. 236.

⁶⁴ Fuchs - Marhold: 444.

⁶⁵ Gemäß der Formulierung von Birk „im Bereich der öffentlichen Ordnung“. Birk, Rolf: § 19 RdNr. 136. Birk benutzt diese Beurteilung nur für die staatlichen Vorschriften; sie könne aber auch auf die allgemeinverbindlichen Tarifverträge Anwendung finden. Die Tarifierweiterung wurde nämlich durch eine öffentlich-rechtliche Rechtsklärung verwirklicht, weswegen die Rechtsnatur dieser Rechtsinstitution umstritten war. Richardi hat am Ende der sechziger Jahre darüber geschrieben, dass bei der Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen die Grenzen der privatautonomen Gestaltung überschritten werden. Richardi, Reinhard: *Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses*. München. 1968, Beck, 165. Die Ambivalenz der Allgemeinverbindlichkeitserklärung spiegelt sich klar zwei Theorien wider - Gesetztheorie und Vertragstheorie. Bei der Beurteilung der Tarifierweiterung sind sehr bemerkenswert die Urteile des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE 44, 322; 55, 7 (*Allgemeinverbindlicherklärung I - II*)]. Das BVerfG hat die folgenden Möglichkeiten in Betracht gezogen: *Verwaltungsakt*; *Rechtsverordnung*; *unselbständigen staatlichen Mitwirkungsakt in einem autonomen Normsetzungsverfahren*; *Rechtsetzungsakt eigener Art*. [„Die Allgemeinverbindlicherklärung sei weder ein Verwaltungsakt noch eine Rechtsverordnung. Die ihr zugrundeliegende sozialpolitische Zielsetzung sowie ihr enger Zusammenhang mit der durch Art. 9 Abs.

Die Anforderungen der Regelungsmethode bestimmen zugleich die Rechtsnatur dieser Bedingungen. Die Kataloge der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen müssen durch staatliches Recht oder durch allgemeinverbindliche Tarifverträge (oder Schiedssprüche) festgestellt werden.⁶⁶ Bezüglich der Rechtsnatur der Tarifvertragserweiterung ist es kein Zufall, dass im Kontext mit der Regelungsmethode der Entsenderichtlinie die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge und die Schiedssprüche als Ersatzlösungen ausgelegt werden.⁶⁷ Durch die in der Entsenderichtlinie bestimmte Regelungsmethode wird die erwähnte Feststellung bestätigt. Namentlich die Entsenderichtlinie schützt nicht nur die wirtschaftlich und sozial schwächeren Arbeitnehmer, sondern ist auch ein Mittel, um das Sozialdumping zu verhindern.⁶⁸ Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Entsenderichtlinie – trotz der Möglichkeit der Anwendung des Günstigkeitsprinzips – eine Priorität für die Dienstleistungsfreiheit sichert.⁶⁹

4.4. Die „einfache“ Freizügigkeit der Arbeitnehmer

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit ist ein substantieller Bestandteil des freien Personenverkehrs des Binnenmarkts.⁷⁰ Außer den Vorschriften des EU-Vertrages bilden weitere

3 GG gewährleisteten Tarifautonomie ließen sie vielmehr als akzessorischen Mitwirkungsakt in einem gemeinschaftlichen Rechtsetzungsverfahren der Tarifparteien und des Staates erscheinen, in dem kraft der Grundentscheidung des Art. 9 Abs. 3 GG zugunsten staatlicher Zurückhaltung bei der Regelung der Arbeitsbedingungen und Wirtschaftsbedingungen den Tarifparteien der Vorrang eingeräumt sei.“ BVerGE 44, 322 (*Allgemeinverbindlichkeitsklärung I.*) Rn 27] Nach der Meinung des Bundesverfassungsgerichts ist die Allgemeinverbindlichkeitsklärung „im Verhältnis zu den Außenseitern als Normsetzung eigener Art. Das Wesen der Allgemeinverbindlichkeitsklärung ist in folgendem Argument ausgedrückt: „Die allgemeinverbindliche Tarifnorm ist – anders als die Rechtsverordnung – nicht Ergebnis einer zwar abgeleiteten, aber dennoch vom Staat selbst bestimmten Rechtsetzung der Exekutive innerhalb eines von der Legislative in einem Gesetz vorgezeichneten Rahmens. Vielmehr liegt hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung der Normen und der ‚Gesetzgebungsinitiative‘ das Schwergewicht eindeutig bei den Tarifparteien. Nicht dem Staat, sondern ausschließlich einer Tarifpartei steht es zu, das Verfahren der Allgemeinverbindlicherklärung durch einen Antrag in Gang zu bringen.“ [BVerGE 44, 322 (*Allgemeinverbindlichkeitsklärung I.*) Rn 63–64]

⁶⁶ Birk, Rolf: § 19. RdNr. 138.

⁶⁷ Ich möchte im Zusammenhang mit der marktregulierenden Rolle der Entsenderichtlinie auf die rechtspolitische Diskussion über den fairen Lohn für Leiharbeiter in Deutschland aufmerksam machen.

⁶⁸ Der *Rüffert-Urteil* (C-346/06) dient als gutes Beispiel. „Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie 96/71 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen lässt sich nicht dahin auslegen, dass er einem Aufnahmemitgliedstaat erlaubt, die Erbringung einer Dienstleistung in seinem Hoheitsgebiet davon abhängig zu machen, dass Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen eingehalten werden, die über die zwingenden Mindestschutzvorschriften hinausgehen.“

⁶⁹ Oppenheim – Classen – Nettesheim: 517.

⁷⁰ 1612/68 Verordnung des Rates (EWG) über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft; 1251/70 Verordnung der Kommission über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates zu verbleiben; Richtlinie 64/221 EWG zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind; 68/360/EGW Richtlinie zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten und ihre Familienangehörigen innerhalb der Gemeinschaft; 90/365/EWG Richtlinie über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbstständig Erwerbstätig. Neuerdings: Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im

Rechtsgrundlagen die Arbeitnehmerfreizügigkeit,⁷¹ was die zusammengesetzte Art dieser Freiheit zeigt. Die gemeinschaftsrechtliche Freizügigkeit knüpft auf unmittelbare Weise an den Binnenmarkt an. Diese Art von Freizügigkeit ist also zweckdienlich. In den mitgliedstaatlichen Verfassungen geregelte Freizügigkeit ist unabhängig von dem Zweck und der Absicht des Rechtsträgers. Diese gemeinschaftsrechtliche Freizügigkeit wird aber nur gewährt, wenn der Rechtsträger eine arbeitnehmerische Tätigkeit ausüben will.⁷² Die Arbeitnehmerfreizügigkeit umfasst die folgenden Rechte: das Recht auf Arbeitsaufnahme, auf freie Einreise, auf Aufenthalt, auf Verbleib. Weiterhin enthält sie das Verbot der Diskriminierung und das Recht auf Ausübung verschiedener Beteiligungsrechte.⁷³

Das Wesen der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist das in Art. 45 Abs. 2 geregelte allgemeine Diskriminierungsverbot.⁷⁴ Eine entsprechende Ausbildung dieser Vorschrift ist das in Art. 18 geregelte Diskriminierungsverbot. Der Berechtigte/Rechtsträger ist der Arbeitnehmer als solcher.⁷⁵ Der Arbeitnehmerbegriff ist weit auszulegen. Daraus folgen entsprechend auch die Anforderungen des Diskriminierungsverbotes.⁷⁶ Es ist zu betonen, dass das Diskriminierungsverbot die Abschaffung jeglicher auf der Staatsangehörigkeit beruhender, ungleicher Behandlung mit sich zieht.⁷⁷ Dieses Verbot umfasst sowohl die unmittelbare als auch die mittelbare Diskriminierung.⁷⁸ Die Wichtigkeit des Diskriminierungsverbotes wird durch die Bestimmung bzw. die Erweiterung der Adressaten dieses Verbotes klar. Neben den Mitgliedstaaten sind unter bestimmten Umständen auch Verbände Adressaten des Verbots.⁷⁹ Die Wirkung des Diskriminierungsverbotes auf einzelne Private ist umstritten.⁸⁰ Es ist festzustellen, dass nach herrschender Lehre und Praxis der Mitgliedstaaten bezüglich der Arbeitnehmerfreizügigkeit die mittelbare Wirkung anerkannt ist. Im Gemeinschaftsrecht gibt es jedoch immer wieder Bestrebungen, Anerkennung für die unmittelbare Wirkung zu finden. Wie Thüsing formuliert: „In die Systematik der Arbeitnehmerfreizügigkeit passt es daher besser, wenn man mit dem EuGH auch der primärrechtlichen Basis unmittelbare Drittwirkung zuspricht“.⁸¹

⁷¹ Fuchs - Marhold: 37.; Thüsing: 33.; Opperman - Classen - Nettesheim: 503.; Krimphove, Dieter: *Europäisches Arbeitsrecht*, München, 2001, Beck, 108 - 109.

⁷² Krimphove: 109 - 110.

⁷³ „Sie umfasst die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen.“

⁷⁴ Siehe aber Thüsing: 35. Ich untersuche in dieser Abhandlung nicht die Rechte der Familienangehörigen.

⁷⁵ Vgl. dazu *D. M. Levin gegen Staatssecretaris van Justitie*, C-53/81.

⁷⁶ Fuchs - Marhold 64.

⁷⁷ In der Sache der Arbeitnehmerfreizügigkeit hat die mittelbare Diskriminierung eine besondere Bedeutung. Vgl. *Kommission gegen Frankreich*, C-167/73.; *Giovanni Maria Sotgiu gegen Deutsche Bundespost*, C-152/73.; *Neuerdings: Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft Öffentlicher Dienst gegen Österreich*, C-195/98.

⁷⁸ Siehe das *Walrave-, Koch-, Donà-* und das *Bosman-Urteil*.

⁷⁹ Siehe u. a. Parpart, Heike: *Die unmittelbare Bindung an die Personenverkehrsfreiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht*, München, 2002, Beck Juristischer Verlag; Reichold, Hermann, *Arbeitsrechtsstandards als „Aufenthaltsmodalitäten“*. Personenverkehrsfreiheiten zwischen „Bosman-Urteil“ und Entsenderichtlinie, *ZEuP*, 1998, 434-459.

⁸⁰ Thüsing: 49.

⁸¹ Wie Birk bestimmt: „vom Diskriminierungsverbot zum Beschränkungsverbot“. Birk: § 19 RdNr. 41-45.

Neben dem Diskriminierungsverbot ist das Beschränkungsverbot ein wesentliches Element.⁸² Dieses Verbot wurde von der gemeinschaftlichen Rechtsprechung aus Art. 45 EUV (ex-Art. 39 EG) abgeleitet.⁸³ Wie Birk betont, bestehe das Ziel dieser Ausweitung des Diskriminierungsverbots darin, dass zwischen Inländern und Ausländern differenzierende Normen oder Maßnahmen die anderen Grundfreiheiten (insbesondere die Waren- und die Dienstleistungsfreiheit) nicht erschweren.⁸⁴

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Schutz der Freizügigkeit fast umfassend ist. Dieses Schutzsystem wurde fortschreitend ausgebaut und entwickelt.⁸⁵ Der Bruch in dieser Entwicklung war der Eintritt der sog. mittelosteuropäischen Staaten. Wie Nettesheim anmerkt, hat „die Besorgnis vor einer ‚Überschwemmung‘ durch billige Arbeitskräfte“ die Verwendungsmöglichkeiten dieser Freiheit geschwächt.⁸⁶ Diese Sorge stellte sich im Großen und Ganzen als unbegründet heraus. Die Angst vor einer massiven Migration der osteuropäischen Arbeitskräfte war übertrieben.⁸⁷ Auf Grund der Erfahrungen ist davon auszugehen, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit als solche nicht wichtig ist wie der Zug der Arbeitnehmer im Rahmen der anderen Freiheiten (z.B. der Dienstleistungsfreiheit).

5. Über die einzelstaatlichen Grundrechte

5.1. Ein Scheinwiderspruch zwischen der Rechtsnatur und den Zielen der einzelstaatlichen Grundrechte

Die oben dargestellte Geschichte der Freizügigkeit belegt, dass sich der freie Zug innerhalb des einzelnen Staates bzw. Hoheitsgebietes entwickelt hat. Es zeigte sich, dass dieser Entwicklungsprozess bei allen Grundrechten ähnlich war. Die früheren partikulären Werte haben ihre Wirkung erstmals im Rahmen einer engeren Gemeinschaft entfaltet. Es zeigte sich auch, dass die Freizügigkeit wegen des Wirtschaftswachstums und wegen dessen politischer Folgen internationale Dimensionen angenommen hatte. Die Frage, ob alle Rechte/Freiheiten internationale Wirkung haben oder ob nur einige von ihnen diese Eigenartigkeit aufweisen, taucht unvermeidlich auf. Zur Beantwortung dieser Frage ist es nötig die Kriterien der Grundfreiheiten zu untersuchen: Welche Kriterien braucht eine Freiheit oder ein Recht, um ein Grundrecht zu werden? Nach der herrschenden Lehre kann ein Grundrecht mit drei Kriterien beschrieben werden.⁸⁸

⁸² Siehe das Argument in den Schlussanträgen von Generalanwalt Lenz in der *Bosman*-Sache.

⁸³ Birk: § 19. RdNr. 42.

⁸⁴ Oppermann – Classen – Nettesheim: 517.

⁸⁵ Oppermann – Classen – Nettesheim: 517.

⁸⁶ Diese Feststellung hat Nettesheim mit einem Hinweis auf die Studie der Kommission bewiesen. Siehe: Dietz, Barbara: Ost-West-Migration nach Deutschland im Kontext der EU-Erweiterung, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 5-6/2004, 48 – 54.

⁸⁷ Bercusson 1999, 199 – 201.; Jacobs 1978, 166 – 169.; Berenstein 1981.

⁸⁸ Als gutes Beispiel dient der Vergleich der Texte der früheren Vorverfassungen. Das erwähnte „*The Massachusetts Body of Liberties*“ wurde im Namen „*of the Massachusetts Collonie in New England*“ geschaffen. Die „*Virginia Bill of Rights*“ wurde im Namen der „*good people of Virginia*“ veröffentlicht. Die in beiden Verfassungen enthaltenen Werte haben die Rahmen der gegebenen Gemeinschaft überschritten. Vgl.

Das erste ist die Fundamentalität der Werte. Dieses Kriterium bedeutet, dass in einer bestimmten Zeit die wichtigsten Bestrebungen oder Werte innerhalb der Beziehungen einer bestimmten Gemeinschaft im Hinblick auf das menschliche Dasein und die Menschenwürde eine Priorität bekommen. Diese Werte stehen über allen Zweifeln bezüglich ihres Wesensgehalts. Das zweite Kriterium steht in einer engen Beziehung mit der Fundamentalität. Es ist dasjenige der Universalität. Dies bedeutet, dass diese Werte in einer bestimmten Zeit eine allgemeine Anerkennung gefunden haben. Diese Eigenartigkeit stellt ein wesentliches Element der Grundrechte der späteren Zeit dar. Die allgemeine Anerkennung bedeutet nämlich die Erweiterungsmöglichkeit der früheren partikulären Werte. Mit anderen Worten gesagt spielt die frühere Internationalität eine immer größere Rolle.⁸⁹

Nach dem dritten Kriterium sind diese Werte als eine Legaldefinition darstellbar. Durch diese Definition ist es möglich, den Inhalt dieser Rechte und die Rolle des Staates zu bestimmen. In diesem Entwicklungsprozess wurden die ethischen Werte zu positiven Rechten.

Die dargestellten Kriterien der Grundrechte weisen keine wirklichen Widersprüche mit dem Entwicklungsrahmen dieser Rechte auf. Die Mehrheit dieser Rechte wirkt in einer großen Gemeinschaft. Aber ist es zu betonen, dass z.B. Universalität nicht Eigenheit bedeutet. Die Wirkung eines ethischen Wertes als Grundrecht hängt von der Lage der Rechtskultur, von der geschichtlichen Entwicklung usw. ab.⁹⁰ Auch wenn die internationale Wirkung bezüglich fast jeden Grundrechts nachweisbar ist, bleibt trotzdem die Frage: Aus welchem Grund existiert ein Gegensatz zwischen der gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeit und den sog. einzelstaatlichen Grundrechten. Meiner Meinung nach ist die Antwort in der Rechtsnatur der Grundrechte im Allgemeinen einerseits und in der Rechtsnatur und dem Zweck der gemeinschaftsrechtlichen Grundrechte andererseits zu finden.

5.2. Die Rechtsnatur-Trias der Grundrechte und ihre Bedeutung

Ein Grundrecht kann mindestens auf drei unterschiedliche Weisen Einfluss auf die Haltung und die Pflichten einer anderen Privatperson und des Staates nehmen. Ein Grundrecht kann als subjektives Recht existieren oder kann in der Verfassung als ein Staatsziel dargestellt werden. Die Wirkungsmöglichkeit eines konkreten Grundrechts hängt von der rechtlichen Position des Rechtsträgers ab. Einige rechtliche Positionen machen eine Forderung gegen eine andere bestimmte Privatperson möglich. *Jellinek* hat das Folgende bei der Abgrenzung des subjektiven Privatrechts vom subjektiven öffentlichen Recht festgestellt: „Eine concrete, aus dem subjektiven Rechte entspringende, gegen eine bestimmte Person gerichtete aktuelle Forderung ist aber ein Anspruch“.⁹¹ Dagegen ist ein subjektives öffentliches Recht eine solche rechtliche Stellung der Person

⁸⁹ Z. B. haben die Menschenwürde oder die Gleichbehandlung in verschiedenen Rechtskulturen unterschiedliche Bedeutung.

⁹⁰ *Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1892, 51.

⁹¹ *Bühler, Ottmar: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, Berlin-Stuttgart-Leipzig, 1914, Kohlhammer, 224.

zum Staat (*Bühler* hat über Untertan geschrieben), „in der er auf Grund eines Rechtsgeschäftes oder eines zwingenden, zum Schutz seiner Individualinteressen erlassenen Rechtssatzes, auf den er sich der Verwaltung gegenüber soll berufen können, vom Staat etwas verlangen oder ihm gegenüber etwas tun darf“.⁹² Im Vergleich zum subjektiven Recht stellt das Staatsziel nur ein Programm für den Staat dar, das ihn auffordert, die Voraussetzungen für einige bestimmte, eventuelle zukünftige Grundrechte zu schaffen. In diesem Prozess hat der Staat die freie Wahl der Mittel. Allerdings besteht bei der Bestimmung der Staatsziele in einer Verfassung die Gefahr der Überbewertung der Ziele.⁹³

Auf welcher Weise klammern sich dieser Trias – privatrechtliche subjektive Rechte, öffentlich rechtliche subjektive Rechte und Staatsziele – zu der Problematik der Gegensatz den gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten/Grundrechten und den einzelstaatlichen Grundrechten? Innerhalb der ersten „Säule“ der EU ist es leicht aufzeigbar, dass die Ziele der EU eindeutig bestimmt sind. Dies gilt insbesondere für den Binnenmarkt, der ein Teil der ersten Säule ist. Zum Binnenmarkt gehörende Rechte wirken nicht nur als etwaige Gemeinschaftsziele, sondern sie sind mindestens subjektive öffentliche Rechte.⁹⁴ In diesem Sinn haben die vier Rechte eine besondere Rechtsnatur bekommen. Die vier „Verkehrsrechte/Freiheiten“ sind abgeleitete, spezielle gemeinschaftsrechtliche Rechte und können daher Priorität oder „Suprematie“ genießen. Nach anderer Auslegung bilden diese Rechte die erste Linie der gemeinschaftlichen Grundrechte. Meiner Meinung nach gehören zur zweiten Linie solche Werte, die in einem Rechtsstaat als Grundrechte – subjektive Rechte – funktionieren. Dadurch sind sie auf der gemeinschaftlichen Ebene anerkannt. Als Beispiel dient das Recht auf Gleichbehandlung. Auf dieser Ebene der Grundrechte können wir aber manche Abweichungsmöglichkeiten finden. Die in relevanten Richtlinien befindlichen Abweichungen – welche durch den EuGH bestätigt wurden – beruhen auf wirtschaftlichen Überlegungen.⁹⁵

In der dritten Linie der gemeinschaftlichen Grundrechte befinden sich diejenigen Rechte, deren Ausübung im Interesse der Verwirklichung der grundlegenden Ziele der Gemeinschaft beschränkbar ist. Es ist zu betonen, dass diese Rechte einen wichtigen Teil der Europäischen Gemeinschaft bilden. Dazu gehören u.a. die Meinungsfreiheit und die Versammlungsfreiheit. Diese Freiheiten oder Rechte sind die wichtigsten Grundrechte. Nach der Auffassung des ungarischen Verfassungsgerichts stellt die Meinungs- bzw. Meinungsäußerungsfreiheit die Basis für die sog. Kommunikationsrechte dar.⁹⁶ Im Zusammenhang mit der Beschränkung dieser Freiheiten ist die Argumentation des EuGH im *Viking*-Urteil bemerkenswert.⁹⁷ Der Gerichtshof hat festgestellt, dass „die Ausübung der dort betroffenen Grundrechte, nämlich der Meinungs- und

⁹² Alexy, Robert: *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main, 1996, Suhrkamp, 458-465.

⁹³ Oppermann - Classen - Nettesheim: 415.

⁹⁴ Neben den in dieser Abhandlung dargestellten gemeinschaftsrechtlichen Normen verweise ich auf die Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Leiharbeit.

⁹⁵ Siehe: Halmai Gábor - Tóth Gábor Attila. *Emberi jogok*, Budapest, 2003, Osiris (*Menschenrechte*) 425 - 437.

⁹⁶ C-438/05 International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union gegen Viking Line ABP und OÜ Viking Line Eesti.

⁹⁷ C-438/05 Rn. 46.

Versammlungsfreiheit sowie der Menschenwürde, nicht außerhalb des Anwendungsbereichs der Bestimmungen des Vertrags liegt und dass sie mit den Erfordernissen hinsichtlich der durch den Vertrag geschützten Rechte in Einklang gebracht werden und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen muss“.⁹⁸

In der erwähnten Reihenfolge spielen die sog. sozialen Rechte eine besondere Rolle. Diese Rechte werden nach der Kategorisierung von Alexy „Leistungsrechte im engeren Sinne“ genannt.⁹⁹ Diese Rechte haben jeweils einen unterschiedlichen Inhalt¹⁰⁰ und eine unterschiedliche Rechtsnatur.¹⁰¹ Daneben gibt es ein besonderes Recht, das sehr schwer einzuordnen ist, nämlich das Recht auf kollektive Maßnahmen, bzw. das Arbeitskampfrecht. Nach den erwähnten Kriterien der Grundrechte ist die Grundrechtsqualität des Arbeitskampfrechts zweifellos, also das ist öffentlich-rechtlich begründet. Eine Frage, die hingegen nicht so häufig gestellt wurde, ist: Woher stammt die Kampfbefugnis und was ist ihre Rechtsnatur? Picker hat auf einen Widerspruch „zwischen der Friedensfunktion der Rechtsordnung und der Anerkennung einer privaten Zwangsbefugnis“ hingewiesen.¹⁰² Da der Begriff des Arbeitskampfes in der Mehrheit der Mitgliedstaaten gesetzlich nicht definiert ist, muss die Definition von der Zielsetzung des Arbeitskampfes – besonders auf der Arbeitnehmerseite – abgeleitet werden. Im Allgemeinen ist es möglich, den Begriff des Arbeitskampfes als eine „zielgerichtete Ausübung von kollektivem Druck durch die Arbeitnehmer- (oder Arbeitgeberseite) mittels Zufügung von Nachteilen oder deren Abwehr“ zu definieren.¹⁰³ Zu den Zielen des Arbeitskampfes gehören die kampftaktischen und inhaltlichen Ziele.¹⁰⁴ Die inhaltlichen Ziele beziehen sich auf die Bestrebung, einen Tarifvertrag abzuschließen oder die Arbeitsbedingungen zu verändern. Was diese Ziele anbelangt gehören sie zu den Streitigkeiten der Privatpersonen; der Staat zeigt in diesem Prozess meistens ein neutrales Verhalten. Diese Ziele, die eine Seite zu verändern wünscht, gehören meistens zu den sozialen Rechten, die im Allgemeinen Staatsziele sind, oder liegen außer der staatlichen Kompetenz. Otto hat betont, dass im Hintergrund des Arbeitskampfes auch politische Überlegungen stehen.¹⁰⁵ Eine der wichtigsten ist es, die Erzwingung

⁹⁸ „Leistungsrechte im engeren Sinne sind Rechte des einzelnen gegenüber dem Staat auf etwas, was der einzelne, verfügte er nur über hinreichende finanzielle Mittel und fände sich auf dem Markt ein hinreichendes Angebot, auch von Privaten erhalten könnte.“ Alexy, Robert: *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M., 1996, Suhrkamp.

⁹⁹ In erster Linie ist das Recht auf Fürsorge, Arbeit, Wohnung, Bildung usw. gemeint – so Alexy. Alexy: 454.

¹⁰⁰ Einige soziale Rechte wirken als Staatsziele, andere als subjektive öffentliche Rechte, denn diese Rechte haben eine Eigenartigkeit. Manche von ihnen sind unter bestimmten Umständen konvertierbar (z.B. die Anforderung der Vollbeschäftigung zum vorübergehenden Arbeitslosengeld oder Ausbildungsanspruch). Über die sozialen Rechte vgl. Arango, Rodolfo: *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, 2000, Nomos Verlagsgesellschaft; Isensee, Josef: *Verfassung ohne soziale Grundrechte*, *Der Staat*, Bd. 19/H. 3, 1980 2367 – 384.

¹⁰¹ „Dieser hochgesteckte Schutz der Koalitionen durch die Gewährleistung einer Betätigungsfreiheit, die selbst den Kampf und also den Zwang gegenüber dem Gegner legitimiert, ist in einer rechtlich verfassten Gemeinschaft nicht selbstverständlich.“ Picker, Eduard: *Die Regelung der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ – Vertragsprinzip oder Kampfprinzip?* Köln, 1988, Wirtschaftsverlag Bachem, 12.

¹⁰² Otto, Hansjörg: *MünchArbR*, § 274 Rn. 2.

¹⁰³ Otto: § 274 Rn. 25 – 36.

¹⁰⁴ Otto: § 274 Rn. 36.

¹⁰⁵ Otto: § 274 Rn. 36.

privatrechtlicher Forderungen staatlich zu regeln. Diese Eigenartigkeit besonders des arbeitnehmerischen Arbeitskampfes ist insbesondere in denjenigen Ländern, in denen die vertragliche Quelle des Arbeitsrechts eine geringe Rolle spielt, wahrnehmbar. Das erwähnte politische Ziel des Arbeitskampfes birgt in sich mehrere Gefahren. Erstens sind die Struktur und der Inhalt des Arbeitsrechts statisch und zweitens mischt sich der Staat in solche Verhältnisse ein, deren Regelung eine Aufgabe der kollektiven Parteien ist. Im Zusammenhang mit diesen Gefahren besteht die dritte Gefahr darin, dass sich auf diese Weise die paternalistische Beschäftigungs- und Arbeitsrechtspolitik entfalten kann. Diese unterstützt unvermeidlich den inneren Markt gegen den Binnenmarkt als Hauptziel der Gemeinschaft.

6. Fazit

Das Ziel der Europäischen Union ist es, einen Binnenmarkt zu schaffen und hinsichtlich der verschiedenen Gebiete ein Gleichgewicht auf dieser Ebene aufrechtzuerhalten. Diese Bestrebung der Gemeinschaft setzt die schrankenlose Wirkung derjenigen Rechte voraus, die der Verwirklichung des Binnenmarktes dienen. Zu diesen Rechten gehören die verschiedenen Arten der Freizügigkeit. Diese Priorität steht im vollen Einklang mit der originären Absicht der europäischen Integration: Es ist eine wirtschaftliche Gemeinschaft. Auf diesem Gebiet ist sie zu einer erfolgreichen Einheit geworden, was man – trotz der Anstrengungen der verschiedenen sozialen Aktionsprogramme – nicht über die soziale Sphäre sagen kann. Es ist kein Zufall, dass mehrere Autoren im Zusammenhang mit der Harmonisierung über „wettbewerbspolitisch motivierte Harmonisierung“ sprechen.¹⁰⁶

Allerdings wäre es unrichtig, aus den vorangegangenen Feststellungen zu folgern, dass die gemeinschaftlichen Grundfreiheiten als solche im Allgemeinen den sog. nationalen Grundrechten oder einfach den sozialen Grundrechten entgegenstehen würden. Die Lage ist sowohl einfacher als auch komplizierter. Die Grundfreiheiten, die der Substanz der Europäischen Union, also dem Binnenmarkt, dienen, haben eine fast schrankenlose Priorität bekommen. Die anderen Rechte haben natürlich unterschiedliche Werte, aber deren Ausübung hat eine wesentliche Beschränkung: Sie dürfen die Verwirklichung des Binnenmarktes nicht behindern.

Abschließend soll noch auf die vielfachen Funktionen der Freizügigkeit hingewiesen werden. Die Freizügigkeit hat neben der Wirtschafts- und Wettbewerbsfunktion auch eine soziale Funktion. Die Feinabstimmungen zwischen den verschiedenen Arten der Freizügigkeit zeigen die Priorität der wirtschaftlichen Überlegungen.

¹⁰⁶ Vgl. Birk: *Europäisches Arbeitsrecht - Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Harmonisierung des Arbeitsrechts*, [in: Lenz (Hrsg.), *EG-Handbuch Recht im Binnenmarkt*] 1991, 305.; Birk (Hrsg.): *Die sozialpolitische Dimension des Europäischen Binnenmarktes*. Baden-Baden, 1989. Nomos Verlagsgesellschaft; S. noch Paolo Cecchini: *Europa '92. Der Vorteil des Binnenmarktes*, Baden-Baden, 1992, Nomos Verlagsgesellschaft.