

Ist der Unionsgesetzgeber an die Grundfreiheiten gebunden?

Von Martin Höpner, Köln* und Christine Haas, Berlin**

Ist der Unionsgesetzgeber an die Grundfreiheiten gebunden? Darf er Maßnahmen, die auf mitgliedstaatlicher Ebene verbotene Beschränkungen der Binnenmarktfreiheiten wären, EU-weit harmonisieren? Und darf er mitgliedstaatliche Maßnahmen mittels Sekundärrecht autorisieren, die ansonsten in Konflikt mit den Marktfreiheiten geraten würden? In der europarechtlichen Fachliteratur gehen die Einschätzungen weit auseinander. Zur Klärung werden zwei Konfliktsequenzen analysiert: die Auseinandersetzungen um die Richtlinie zum Verbot von Tabakwerbung und um die Entsenderichtlinie einschließlich ihrer jüngsten Revision. Es zeigt sich, dass der Unionsgesetzgeber zwar nominell an die Grundfreiheiten gebunden ist. Es handelt sich jedoch um eine lockere Bindung mit bisher unklaren Konturen. Die Theorie von der engen Grundfreiheitenbindung muss daher als falsifiziert betrachtet werden. Der Unionsgesetzgeber sollte die unklaren Grenzen des ihm zugewiesenen Spielraums offensiv testen.

I. Wen verpflichten die europäischen Grundfreiheiten?

Die europäischen Grundfreiheiten (alternativ: Binnenmarktfreiheiten) sind die im Binnenmarktkapitel des AEUV¹ niedergelegten und durch eine umfangreiche Rechtsprechung des EuGH konturierten und ergänzten Rechte auf ungehinderte transnationale Bewegung von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital auf dem Binnenmarkt. Der vorliegende Beitrag behandelt, ob und in welchem Umfang diese Bestimmungen den Unionsgesetzgeber² verpflichten.³

Ist der Unionsgesetzgeber dahingehend an die Grundfreiheiten gebunden, dass es ihm grundsätzlich verboten ist, binnenmarktbeschränkende Gesetze (Richtlinien oder Verordnungen) zu erlassen? Müssen Beschränkungen, die der Unionsgesetzgeber gleichwohl erlassen will, denselben strengen Rechtfertigungstest (den vierstufigen *Cassis*⁴- bzw. *Gebhard*⁵-Test) bestehen wie mitgliedstaatliche Maßnahmen mit beschränkender Wirkung? Die Frage lässt sich auch wie folgt

* Forschungsgruppenleiter am Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung in Köln und außerplanmäßiger Professor an der Universität zu Köln, E-Mail: hoepner@mpiifg.de

** Christine Haas ist Redakteurin bei ZfE Online, E-Mail: christine.haas@web.de

¹ Art. 45–66 AEUV

² Gemeint sind die am ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Art. 294 AEUV beteiligten Organe Kommission, Rat und Europäisches Parlament. Der Einfachheit halber verwenden wir den Begriff „Unionsgesetzgeber“ vorliegend auch für Vorgänge vor Abschluss der Lissabonner Verträge.

³ Vom Kreis der Verpflichteten ist der Kreis jener zu unterscheiden, die Rechte aus den Grundfreiheiten ableiten dürfen. Das können je nach Grundfreiheit lediglich Unionsbürger oder auch Drittstaatler sein. Siehe die Einzelheiten in P. Müller-Graff, Das Recht des Binnenmarktes – Grundfreiheiten und Wettbewerbsordnung, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, EnzEuR, Bd. 1, 2. Aufl. 2022, S. 401, Rn. 27–31.

⁴ EuGH, Rs. 120/78 (Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), ECLI:EU:C:1979:42, Slg. 1979, 649.

⁵ EuGH, Rs. C-55/94 (Gebhard), ECLI:EU:C:1995:411, Slg. 1995, I-4165.

formulieren: Darf der Unionsgesetzgeber bestimmte Regelungsbereiche aus dem Schutzbereich der Grundfreiheiten herauslösen,⁶ indem er eine Binnenmarktbeschränkung auf Unionsebene vereinheitlicht (Harmonisierung) oder indem er eine vom EuGH als unzulässige Beschränkung qualifizierte mitgliedstaatliche Maßnahme seinerseits als erlaubt kennzeichnet (Autorisierung)?⁷

Eigentlich wäre zu erwarten, dass sich diese Fragen unter Verweis auf eine maßgebliche Norm im Primärrecht oder durch einschlägige Entscheidungen des EuGH klären lassen. Aber so ist es nicht. Weder geben die Verträge eine Lösung vor, noch hat der EuGH den Nebel bisher wirklich gelichtet. Auch die europarechtliche Fachliteratur verweigert eine eindeutige Antwort. Immerhin, so wird dieser Beitrag verdeutlichen, lassen sich auf Grundlage der jüngeren Rechtsprechung einige Extrempositionen ausschließen, darunter auch die Lehre von der engen (strengen) Grundfreiheitenbindung des Unionsgesetzgebers.

II. Uneinigkeit in der Fachliteratur

Zur Klärung liegt in einem ersten Schritt der Rückgriff auf die europarechtliche Fachliteratur nahe. Gibt es über Art und Umfang der Grundfreiheitenbindung des Unionsgesetzgebers eine eindeutige Lehrmeinung oder zumindest einen nicht allzu weiten Korridor, in dem sich die Einschätzungen bewegen? Statt einer klaren Antwort findet sich eine bemerkenswerte Heterogenität an Lehrmeinungen, die sich praktisch über die gesamte Bandbreite aller denkbaren Antworten erstreckt.

1. Enge Bindung

Einige Europarechtler gehen von einer engen Bindung des Unionsgesetzgebers an die Grundfreiheiten aus. Ein Beispiel für diese Einschätzung ist Dittert, dem zufolge der Unionsgesetzgeber keine Richtlinien und Verordnungen erlassen darf, die die Grundfreiheiten verletzen.⁸ Ehlers führt aus, dass binnenmarktbezogenes Sekundärrecht stets auf den Grundfreiheiten aufbauen muss.⁹ Im Falle einer Verletzung sei das Sekundärrecht ungültig und für die Prüfung der Zulässigkeit einer nationalen Regelung dann nicht mehr das Sekundärrecht, sondern die Grundfreiheit maßgeblich. Frenz stellt ebenfalls heraus, dass Sekundärrecht nicht zur Einschränkung von Grundfreiheiten genutzt werden kann.¹⁰ Die dort festgelegten Re-

6 Da außerhalb des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV zur Anwendung kommt, lässt sich auch folgendermaßen formulieren: Ist der Unionsgesetzgeber befugt, das den Grundfreiheiten innewohnende Beschränkungsverbot in ausgewählten Bereichen auf ein Diskriminierungsverbot zurückzustufen?

7 Zur Unterscheidung der beiden Strategien: K. Mortelmans, *The Relationship between the Treaty Rules and Community Measures for the Establishment and Functioning of the Internal Market – Towards a Concordance Rule*, CMI Rev. 2002, S. 1303, 1334.

8 D. Dittert, *Europarecht*, 2017, S. 203.

9 D. Ehlers, *Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten*, in: ders. (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2014, S. 239, 244.

10 W. Frenz, *Europäische Grundfreiheiten*, in: *Handbuch Europarecht*, Bd. 1, 2012, S. 129.

geln seien Mindeststandards, die nicht unterschritten werden dürfen. Müller-Graff zufolge ist der Unionsgesetzgeber „selbstverständlich“ an die Grundfreiheiten gebunden. Dass er die Marktfreiheiten nicht beschränken dürfe, „sollte außer Frage stehen“. In Grundfreiheiten eingreifen dürfe der Unionsgesetzgeber, von Gefährdungslagen abgesehen, lediglich mit dem Ziel ihrer Effektivierung.¹¹

Welche Eigenschaften der Grundfreiheiten führen die Autoren zu ihren Einschätzungen? Ehlers legt dar, dass primärrechtliche Rechtsquellen an der Spitze der europäischen Normenhierarchie stehen und daher auch dem Sekundärrecht vorgehen.¹² Freilich klärt, wie etwa Rosenfeldt und Würdemann ausführen, die Normenhierarchie allein noch nicht, wen die Normen adressieren.¹³ Die Annahme, dass die Grundfreiheiten die Mitgliedstaaten binden, der Unionsgesetzgeber aber von der Bindung ausgenommen ist, sei aber – so Ehlers – nicht nachvollziehbar. Eine Nichtbindung des europäischen Gesetzgebers laufe Gefahr, die Grundfreiheiten im Ergebnis auszuhebeln.¹⁴

Andere Autoren begründen die Bindungswirkung der Grundfreiheiten mit ihrem faktischen Grundrechtscharakter. Für diese Position steht Walter, dem zufolge sich die Grundfreiheiten im Zuge der Rechtsfortbildung zu grundrechtsähnlichen Freiheitsrechten entwickelt haben.¹⁵ Maßgeblich seien hierfür die EuGH-Rechtsprechungen zum Charakter der Grundfreiheiten als subjektive Rechte sowie der Übergang vom Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot gewesen. Folglich seien auch die Unionsorgane an die Grundfreiheiten gebunden. Dass der EuGH die Grundfreiheiten zu primärrechtlich verankerten Individualrechten fortentwickelt hat, steht außer Frage. Ob die Grundfreiheiten deshalb bereits grundrechtsähnlich sind, sei dahingestellt, haben Grundrechte und Grundfreiheiten doch unterschiedliche Zwecke. Grundrechte sind Selbstzweck, die Grundfreiheiten sind hingegen Werkzeuge zur Erreichung eines integrationspolitischen Ziels, der Errichtung des europäischen Binnenmarkts.¹⁶

Vor allem aber gerät die Analogie von Unionsgrundrechten und Binnenmarktfreiheiten genau hier, bei der Frage nach den Verpflichteten, an Grenzen. Im Hinblick auf die Bindung der Mitgliedstaaten ist der Unterschied offenkundig. Denn die Unionsgrundrechte adressieren zuvörderst die europäischen Organe und so auch den Unionsgesetzgeber,¹⁷ während eine Bindung der Mitgliedstaaten nur erfolgt, wenn sie EU-Recht umsetzen. Im Gegensatz dazu richten sich die Grundfreihei-

11 P. Müller-Graff (Fn 3), Rn 36, vgl. auch Rn 116

12 D. Ehlers (Fn 9), S. 270

13 H. Rosenfeldt / A. Würdemann, Schöpfer des Binnenmarktes im Käfig der Verträge – Die grundfreiheitliche Bindung des EU-Gesetzgebers, EuR 2016, S. 453

14 So auch W. Frenz (Fn 10), S. 129

15 C. Walter, Geschichte und Entwicklung der europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten, in: Ehlers/Becker (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, S. 1, 18

16 J. Zazoff, Der Unionsgesetzgeber als Adressat der Grundfreiheiten, 2011, S. 227f. In der Terminologie Kingreens (I. Kingreen, Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht, EuGRZ 2004, S. 570) Grundfreiheiten sind keine Grundrechte, sondern „transnationale Integrationsnormen“

17 A. von Bogdandy, Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel? Grundrechte und das Wesen der Europäischen Union, JZ 2001, S. 157, 157

ten zweifellos gerade an die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber.¹⁸ Das zu klärende Problem der Grundfreiheitenbindung des unionalen Gesetzgebers lässt sich durch den Verweis auf die Grundrechtsähnlichkeit der Grundfreiheiten daher letztlich ebenso wenig lösen wie durch den Verweis auf die Normenhierarchie.

Auch Scheffer¹⁹ und Bock²⁰ gehen von einer engen Bindung des europäischen Gesetzgebers aus, machen hierfür aber keine Eigenschaften der Grundfreiheiten selbst verantwortlich. Eine solche Verpflichtung könne sich ausschließlich aus jenen Passagen des AEUV ergeben, die sich explizit an die Unionsorgane richten. Das sei im Fall von Art. 3 AEUV gegeben, der die Unionsorgane zur Errichtung eines Binnenmarkts verpflichtet. Dies sei als implizite Bezugnahme auf das Binnenmarktkapitel zu verstehen, das folglich auch für den Unionsgesetzgeber verbindlich sei.²¹

2. Lockere oder keine Bindung

Der Gegenposition zufolge wirken die Grundfreiheiten auf die Freiheitsgrade des europäischen Gesetzgebers anders als auf jene der Mitgliedstaaten. Einige Europarechtler schätzen die Bindung des Sekundärrechts an die Grundfreiheiten als äußerst gering und möglicherweise sogar gänzlich abwesend ein.²² Anderen zufolge ist die Bindung der europäischen Politik an die Binnenmarktfreiheiten zumindest lockerer als jene der mitgliedstaatlichen Politik.²³

Besonders klar ausformuliert findet sich die Theorie von der Ungebundenheit des Unionsgesetzgebers gegenüber den Grundfreiheiten bei von Bogdandy.²⁴ Die europäische Politik sei befugt, Sachverhalte anders zu regeln als vom EuGH im Rahmen seiner Grundfreiheiten-Rechtsprechung entschieden. Keine entsprechende EuGH-Entscheidung sei in Stein gemeißelt, sie könne jederzeit mittels Sekundärrecht abgeändert werden. Wenn eine Ausgestaltung in Form von Richtlinien und Verordnungen dann vorliege, trete das Primärrecht hinter das Sekundärrecht zurück. Letzteres, der Rückzug der Grundfreiheit hinter die Richtlinie (oder

18 S. Vaita, Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt, 2013, S. 76; T. Kingreen, Grundfreiheiten, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2009, S. 705–717; T. Kingreen, Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar, 5. Aufl. 2016, S. 682 Rn. 6; P. Müller-Graff (Fn. 3), Rn. 35.

19 I. Scheffer, Die Marktfreiheiten des EG-Vertrages als Ermessensgrenze des Gemeinschaftsgesetzgebers, 1996, S. 39 ff.

20 Y. Bock, Rechtsangleichung und Regulierung im Binnenmarkt. Zum Umfang der allgemeinen Binnenmarktkompetenz, 2005, S. 213 f.

21 Kritisch J. Zazoff (Fn. 16), S. 13.

22 T. Kingreen 2009 (Fn. 18), S. 705; T. Kingreen 2016 (Fn. 18), S. 682; A. v. Bogdandy (Fn. 17), S. 157; J. Zazoff (Fn. 16).

23 K. Mortelmans (Fn. 7), S. 1303; F. Rodl, Bezifferte Mindestmigtelvorgaben im Vergaberecht, EuZW 2011, S. 292; C. Teichmann, Überprüfung von Sekundärrecht am Maßstab der Grundfreiheiten, in: Müller-Graff/Schmahl/Skouris (Hrsg.), Europäisches Recht zwischen Bewahrung und Wandel. Festschrift für Dieter H. Scheuing, 2011, S. 735.

24 A. v. Bogdandy (Fn. 17), S. 157, 165 f.

ggf. Verordnung), ist freilich unstrittig:²⁵ Ist auf dem in Rede stehenden Gebiet mittels Sekundärrecht eine Vollharmonisierung erfolgt, werden europarechtlich angefochtene Maßnahmen nicht mehr am Maßstab der Grundfreiheit, sondern an jenem des spezielleren Sekundärrechts geprüft.²⁶ Dieser Umstand gewinnt jedoch erheblich an Brisanz, wenn man annimmt, dass der Unionsgesetzgeber Grundfreiheiten nicht nur konturieren, sondern auch partiell „überschreiben“ und damit gewissermaßen „zurückdrängen“ darf.

Ein von mehreren Teilnehmern der Debatte angeführtes Argument für die lockere Grundfreiheitenbindung ließe sich als Theorie vom Vertrauensvorschuss bezeichnen: Anders als der mitgliedstaatliche Gesetzgeber, der stets der Versuchung protektionistischer Reflexe ausgesetzt sei, habe der Unionsgesetzgeber ein grundlegendes Interesse an der Weiterentwicklung der europäischen Integration und am Funktionieren des Binnenmarkts²⁷ und daher mutmaßlich gute Gründe, wenn er auf europäischer Ebene Maßnahmen beschließe, die auf mitgliedstaatlicher Ebene als binnenmarktwidrige Beschränkungen zu qualifizieren wären. Selbst dann baue Harmonisierung zudem die Unterschiedlichkeit einzelstaatlicher Regulierungen und damit auch Handelshemmnisse ab.²⁸ Schon gar nicht, fügt Kingreen hinzu, diskriminiere der Unionsgesetzgeber willentlich grenzüberschreitende gegenüber inländischen Transaktionen.²⁹

Im Licht dieser Überlegungen erscheint der an den Unionsgesetzgeber gerichtete Vertrauensvorschuss gerechtfertigt. Zu bedenken ist aber, dass das Argument auf die Harmonisierungskonstellation besser passt als auf die Konstellation der Autorisierung, also der an die Mitgliedstaaten gerichteten Erlaubnis, eine Regelung nach eigenem Ermessen auszugestalten, ohne hierbei durch die einschlägige Grundfreiheit eingeschränkt zu sein. Auf die Konstellation der Autorisierung angewandt, müsste der Vertrauensvorschuss einen anderen, noch größeren Gehalt haben: Selbst wenn der Unionsgesetzgeber den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten steuern will, ohne zu vereinheitlichen, wird er für sein Vorgehen gute, integrationskompatible Gründe haben.

Der substanzielle Spielraum des Unionsgesetzgebers gegenüber den Binnenmarktfreiheiten, so ein weiteres Argument, sei eine demokratietheoretische Notwendigkeit. Eine enge Bindung des europäischen Gesetzgebers an die Grundfreiheiten würde hingegen bedeuten, seinen Entscheidungsspielraum über Gebühr einzuschränken³⁰ und ihn zu einer Maschinerie zur Kodifikation der Grundfrei-

25 I. Kingreen (Fn 18), S. 682, Rn 18.

26 In den nachfolgenden Fallbetrachtungen wird sich aber zeigen, dass der EuGH dieser Regel nicht immer folgt.

27 C. Teichmann (Fn 23), S. 735, 745; J. Zazoff (Fn 16), S. 225.

28 C. Teichmann (Fn 23), S. 735, 747 f. In der Terminologie Zazoffs (J. Zazoff (Fn 16), S. 226) Der Freiverkehr kann auch zugunsten des Binnenmarkts eingeschränkt werden.

29 I. Kingreen (Fn 18), S. 682, Rn. 109–110.

30 U. Ehrlicke: Die Kontrolle von Eingriffen der EG-Kommission in den Wettbewerb durch das Gemeinschaftsrecht, WuW 1993, S. 817, 817; A. v. Bogdandy (Fn 17), S. 157, 157 f.; J. Zazoff (Fn 16), S. 226.

heitenjudikatur des EuGH zu degradieren.³¹ Als kritischer Einwand liegt freilich nahe, dass sich ähnliches von den mitgliedstaatlichen Demokratien sagen ließe. Teichmann führt Argument und Einwand zu einem Gedanken zusammen, der sich als Kompensationstheorie bezeichnen ließe: Der weite Spielraum des Unionsgesetzgebers sei ein „notwendiges Korrelat“ zur engen Bindung des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers. Da die Handlungsfreiheit der nationalen Politik mit dem Übergang vom Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot erheblich eingeschränkt worden sei, müsse ihr zumindest ein größerer Spielraum durch gemeinsames Handeln auf europäischer Ebene zugestanden werden.³²

Von den bisher genannten dogmatischen Argumenten ist die empirische Herangehensweise zu unterscheiden: Die Entscheidungspraxis des EuGH, so die Beobachtung einiger Europarechtler, tendiere gegen die Theorie von der engen Bindung. Das europäische Höchstgericht, so beispielsweise Teichmann, prüfe europäisches Sekundärrecht weniger streng gegen die Grundfreiheiten als mitgliedstaatliches Gesetzesrecht.³³ Sørensen führt an, dass der EuGH in Konfliktfällen lediglich eine *grundfreiheitskonforme Auslegung* der Richtlinien und Verordnungen vornehme, statt Sekundärrecht außer Kraft zu setzen (dass dies für eine lockere Bindung spricht, werde ich nachfolgend aber mit einem Fragezeichen versehen).³⁴ In Fällen zudem, in denen ein solches Vorgehen nicht möglich sei, betone der EuGH mitunter, dass es nicht seine Aufgabe sei, die Bewertung des Unionsgesetzgebers durch seine eigene Bewertung zu ersetzen (was zweifellos für eine lockere Bindung spricht). Um die Praxis des EuGH wird es in den nachfolgenden Fallstudien gehen.

III. Die Auseinandersetzung um die Richtlinie zum Verbot von Tabakwerbung

Die erste der nachfolgend analysierten Konfliktsequenzen stammt aus den Jahren 1998 bis 2006. Die Kontroverse drehte sich um die Frage, ob der Unionsgesetzgeber befugt war, Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit zu erlassen, genauer: Tabakwerbung zu verbieten. Die Auseinandersetzung bietet eine hohe Zahl an Beobachtungspunkten, weil es sich um eine längere, von der europarechtlichen Debatte intensiv begleitete Ereigniskette handelt: Verabschiedung von Sekundärrecht, Klage, Erklärung der Nichtigkeit durch den EuGH, erneute Verabschiedung in veränderter Fassung, neue Klage, bestätigendes EuGH-Urteil.

31 Das ist nahe an Grimms (D. Grimm, Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie, 2016) Kritik an der „Überkonstitutionalisierung“ der Europäischen Union. In der Tat scheint Grimms Kritik, ohne diesen Umstand explizit zu thematisieren, eine enge Bindung des Unionsgesetzgebers an die Grundfreiheiten vorauszusetzen.

32 C. Teichmann (Fn. 23), S. 735, 756.

33 C. Teichmann (Fn. 23), S. 735, 747 f.

34 K. E. Sørensen, Reconciling Secondary Legislation and the Treaty Rights of Free Movement, ELR 2011, S. 339. Siehe auch: K. Mortelmans (Fn. 7), S. 1303, 1324 f.; M. Nettesheim, Normenhierarchien im EU-Recht, EuR 2006, S. 737, 746.

1. Der erste Anlauf

Die Tabakwerbeverbotsrichtlinie³⁵ wurde im Juli 1998 verabschiedet. Sie zielte darauf, die Unterschiedlichkeit der mitgliedstaatlichen Regelungen zur Tabakwerbung auf restriktivem Niveau einzuebnen. Nach weithin geteilter Einschätzung wurde mit den Maßnahmen vor allem ein effektiverer Gesundheitsschutz bezweckt, was auch darin zum Ausdruck kam, dass in den zuständigen Organen vor allem Gesundheitspolitiker mit der Materie befasst wurden. Als Kompetenzgrundlage benannte der europäische Gesetzgeber gleichwohl seine im heutigen Art. 114 AEUV (damals Art. 100a AEUV) kodifizierte Befugnis, Maßnahmen zu erlassen, „welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben“. Eine gesundheitspolitische Harmonisierungskompetenz lag nicht vor und wäre also keine Alternative gewesen.

Der entscheidende Gegenstand der Richtlinie war das Verbot der herkömmlichen Formen von Werbung für tabakhaltige Produkte.³⁶ Das Verbot sollte vor allem Anzeigen in Zeitungen und anderen Medienprodukten, aber auch z.B. mit Werbung bedruckte Produkte (wie zum Beispiel Sonnenschirme mit dem Logo von Zigarettenherstellern) umfassen. Erlaubt bleiben sollte Tabakwerbung in Geschäften sowie in Medienprodukten, die auf Tabakprodukte spezialisiert sind. Art. 5 der Richtlinie sollte die Mitgliedstaaten zur Beibehaltung von strengeren als in der Richtlinie genannten Maßnahmen ermächtigen (Mindestharmonisierung).³⁷ Im Rat stimmte Deutschland als einziges Land gegen die Richtlinie.

Die Konstellation lässt sich als „Beschränkung durch Harmonisierung“ umschreiben. Zweifellos hatte die Richtlinie eine Beschränkung im europarechtlichen Sinne zum Gegenstand: Der transnationale Handel mit Tabakprodukten wäre erschwert worden, denn zur Eroberung ausländischer Märkte oder zur Einführung neuer Produkte wäre die Werbung als Instrument künftig weitgehend ausgefallen. Ebenso zweifellos hätte es sich um eine diskriminierungsfreie Maßnahme gehandelt: Aus Perspektive aller beteiligten Länder wären in- und ausländische Marktteilnehmer gleichermaßen betroffen gewesen.

Im Oktober 1998 reichte Deutschland eine Nichtigkeitsklage vor dem EuGH ein.³⁸ Im Vordergrund standen zwei eng miteinander verknüpfte Klagegründe:³⁹ Der Unionsgesetzgeber habe erstens seine Kompetenzen überschritten. Der Art. 114 AEUV ermächtige nicht zum Tabakwerbeverbot, weil er dem europäischen Gesetzgeber lediglich eine Befugnis zur *Förderung* des Binnenmarkts verleihe. Die Binnenmarktkompetenz sei also keine allgemeine Regulierungskompe-

35 RI 98/43/EG des EP und des Rates vom 6.7.1998.

36 RI (Fn 35), Art. 3 Abs. 1.

37 RI (Fn 35), Art. 5.

38 EuGH, Rs C-376/98 (Bundesrepublik Deutschland/Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union), ECLI:EU:C:2000:181, Slg. 2000 I-8498.

39 GfA *Fennelth*, Schlussanträge v. 15.06.2000 in der Rs C-376/98 (Bundesrepublik Deutschland/Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union) ECLI:EU:C:2000:181, Rn. 34-56.

tenz, sondern etwas Engeres: eine Marktschaffungskompetenz. Zweitens (und in unserem Zusammenhang entscheidend) stelle der Eingriff eine „unverhältnismäßige Beschränkung“⁴⁰ der Warenverkehrsfreiheit dar, was anzeigt, dass Deutschland von einer engen Grundfreiheitenbindung des unionalen Gesetzgebers ausging.

Der Schlussantrag des Generalanwalts⁴¹ und die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-376/98⁴² fielen weitgehend kongruent aus. Im Sinne Deutschlands und im Einklang mit dem EuGH-Urteil führte Generalanwalt Nial Fennelly aus, dass die Binnenmarktkompetenz „nicht mit der Schaffung einer allgemeinen Regulierungskompetenz der Gemeinschaft gleichgesetzt werden“ könne; die Ausübung der Binnenmarktkompetenz müsse vielmehr „entweder die Ausübung der Grundfreiheit [...] erleichtern oder die Wettbewerbsbedingungen an[...]gleichen“.⁴³

Diese Feststellung öffnete den Befürwortern der Richtlinie im Prinzip eine Tür, denn eine Angleichung der Wettbewerbsbedingungen fand zweifellos statt. Um zu prüfen, ob die Erreichung dieses Ziels ein Verbot rechtfertigt, schlug der GA einen zweistufigen Test vor.⁴⁴ Erstens sei zu prüfen, ob die zu vereinheitlichenden Regeln in den Mitgliedstaaten tatsächlich so unterschiedlich seien, dass sie den freien Handel behindern. Zweitens müsse vom Gesetzgeber schlüssig dargelegt worden sein, ob und inwiefern die ergriffene Maßnahme tatsächlich dem Ziel der Binnenmarktförderung diene. Hierbei sei dem Gesetzgeber zwar ein weiter Spielraum einzuräumen. Der EuGH müsse allerdings prüfen, ob den gesetzgebenden Organen „ein offensichtlicher Irrtum oder Ermessensmissbrauch unterlaufen ist oder ob sie die Grenzen ihres Spielraums offensichtlich überschritten“ haben.⁴⁵

Der EuGH folgte diesem Vorschlag und verneinte, dass es in der Richtlinie um die Binnenmarktschaffung ging. Der Gesetzgeber, so das europäische Höchstgericht, habe nicht dargelegt, wie die Richtlinie den gemeinsamen Markt fördere. Verbote seien im Zuge der Binnenmarktvertiefung zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Wie aber etwa ein Verbot von Tabakwerbung auf Sonnenschirmen oder Plakaten den Binnenmarkt fördere, erschloss sich dem Gericht nicht.⁴⁶ Auch spreche der Charakter der Richtlinie als Mindestharmonisierung, also die an die Mitgliedstaaten gerichtete Erlaubnis, weitergehende Verbote zu erlassen, nicht dafür, dass die angestrebte Maßnahme den Binnenmarkt vertiefe. Der Gesetzgeber habe sich daher zu Unrecht auf seine Binnenmarktkompetenz berufen und die Richtlinie sei, wie von Deutschland verlangt, nichtig.⁴⁷

40 GA Fennelly (Fn 39), Rn 50

41 GA Fennelly (Fn 39)

42 EuGH (Fn 38)

43 EuGH (Fn 38), Rn 83

44 EuGH (Fn 38), Rn 93-99

45 EuGH (Fn 38), Rn 98

46 EuGH (Fn 38), Rn 99-100

47 EuGH (Fn 38), Rn 118

Das Schicksal der ersten Fassung der Richtlinie ist im Zusammenhang mit der vorliegend diskutierten Problemstellung informativ, lässt aber gleichwohl vieles offen. Dem etwaigen Grundfreihheitentest ist, so zeigt sich, eine Prüfung der Kompetenznorm vorgeschaltet. Der EuGH begreift die Binnenmarktkompetenzen des Unionsgesetzgebers nicht als allgemeine Regulierungskompetenz. Gleichwohl stellt er dem Ziel einer erleichterten Ausübung der Marktfreiheiten ein weiteres legitimes Ziel an die Seite: Führen unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen zu spürbaren⁴⁸ Wettbewerbsverzerrungen, darf der Unionsgesetzgeber seine Binnenmarktkompetenz auch zur Angleichung der Wettbewerbsbedingungen ausüben. Da die Richtlinie gleichwohl an der Prüfung der Kompetenzgrundlage scheiterte, erfahren wir aber nicht, welche (strengen oder weniger strengen) Rechtfertigungstests sich angeschlossen hätten, hätte die Maßnahme den Kompetenztest bestanden.⁴⁹

2. Der zweite Anlauf

Die revidierte Tabakwerbeverbotrichtlinie⁵⁰ trat im Mai 2003 in Kraft. Auch diese Richtlinie zielte auf das Verbot von Tabakwerbung in Druckerzeugnissen und anderen Medien.⁵¹ Darüber hinaus verfuhr die Richtlinie weniger restriktiv als ihre gescheiterte Vorgängerin: Die Werbung auf Erzeugnissen wie Sonnenschirmen tauchte nicht mehr auf, und nunmehr legte Art. 8 fest, dass die nationalen Gesetzgeber keine weiterführenden Einschränkungen vornehmen dürfen (Vollharmonisierung).⁵² Als Kompetenzgrundlage diente wie auch beim ersten Versuch die Binnenmarktkompetenz aus Art. 114 AEUV.

Beachtung verdient zudem die ausführliche und klar auf die Binnenmarktschaffung abstellende Begründung der Richtlinie durch die Kommission.⁵³ Ziel sei es, durch Harmonisierung „Hindernisse zu beseitigen, die dem Funktionieren des Binnenmarkts entgegenstehen, und auf diese Weise den freien Verkehr mit Waren und Dienstleistungen [...] sicherzustellen“. Die Unterschiedlichkeit der bestehenden nationalen Regeln wurde im Einzelnen dokumentiert und als zu beseitigendes Binnenmarkthindernis gedeutet. Der Schwerpunkt der Begründung lag hier und in den Erwägungsgründen der Richtlinie nun eindeutig auf der Binnenmarktschaffung statt der Suchtprävention.

Erneut entschied sich Deutschland zur Klage. Sie wurde im September 2003 eingereicht und als Rechtssache C-380/03 geführt. Die Argumentation deckte

48 EuGH (Fn 38) Rn 106 und 107

49 Vgl hierzu GA *Femelly* (Fn 39), Rn 149, 173

50 RI 2003/33/EG des EP und des Rates vom 26.5.2003

51 RI (Rn 49), Art. 3-5

52 RI (Rn 49) Art. 8

53 *Europäische Kommission*, Fragen und Antworten zum Tabakwerbeverbot, Memo 01/205, 2.12.2002, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-01-205_de.htm

sich mit jener aus der ersten Klage.⁵⁴ Bei der Verteidigung der Richtlinie durch die Gegenseite fällt auf, welches Argument *nicht* mehr verwendet wurde:⁵⁵ Dass die Binnenmarktkompetenz grundsätzlich auch zur Marktbeschränkung eingesetzt werden dürfe, wurde nun nicht mehr behauptet. Vielmehr konzentrierte sich die Abwehr der Klage auf den gegebenen Binnenmarktbezug, die binnenmarktfördernden Auswirkungen der Verminderung der Unterschiedlichkeit der mitgliedstaatlichen Regulierungen und die verminderte Restriktivität der Richtlinie.

In diesem Verfahren fungierte Philippe Léger als Generalanwalt.⁵⁶ Zunächst sei zu klären, ob die Unterschiedlichkeit der bestehenden Regeln den Binnenmarkt hemme und ein harmonisierender Eingriff ihn daher vertiefe. Das bejahte er. Speziell fördere die Richtlinie die transnationale Handelbarkeit von Gütern, da potenzielle Werbeträger wie Zeitungen nun nicht mehr Gefahr liefen, wegen enthaltener Tabakwerbung in einzelnen Ländern zurückgewiesen zu werden.⁵⁷ Der Gesetzgeber habe zudem hinreichend begründet, warum sein Tätigwerden der Binnenmarktförderung diene.⁵⁸ Dass die Maßnahme vor diesem Hintergrund *auch* dem Gesundheitsschutz zugutekomme, sei nicht zu beanstanden. Der EuGH schloss sich dieser Sicht vollumfänglich an.

Während die Prüfung des europäischen Höchstgerichts im ersten Anlauf der Richtlinie beendet war, nachdem das Vorliegen einer geeigneten Kompetenzgrundlage verneint wurde, folgte auf die Bestätigung der korrekten Wahl der Handlungsermächtigung nun ein Test auf Verhältnismäßigkeit:⁵⁹ Die Maßnahme müsse zur Zielerreichung geeignet sein und dürfe nicht über das erforderliche Maß hinausgehen. Bemerkenswert ist nun, dass der Rechtfertigungstest lediglich die Form eines Tests auf offensichtliche Nichteignung annahm.⁶⁰

Bei der gerichtlichen Nachprüfung der in vorstehender Randnummer genannten Voraussetzungen ist dem Gemeinschaftsgesetzgeber ein weites Ermessen in Bereichen wie dem in Rede stehenden zuzuerkennen, in dem von ihm politische, wirtschaftliche und soziale Entscheidungen verlangt werden und in dem er komplexe Beurteilungen vorzunehmen hat. Eine in diesem Bereich erlassene Maßnahme kann nur dann rechtswidrig sein, wenn sie zur Erreichung des von den zuständigen Organen verfolgten Zieles offensichtlich ungeeignet ist.

Dieser Test erfolgte in äußerster Kürze, gefolgt von einer ebenfalls vor dem Hintergrund eines weiten Ermessensspielraums des Unionsgesetzgebers durch-

54 GA Léger, Schlussanträge v. 13.06.2006 in der Rs. C-380/03 (Bundesrepublik Deutschland/Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union). ECLI:EU:C:2006:772, Rn. 56-64.

55 GA Léger (Fn. 53), Rn. 65-77.

56 GA Léger (Fn. 53).

57 GA Léger (Fn. 53), Rn. 135-73.

58 GA Léger (Fn. 53), Rn. 175-88.

59 EuGH, Rs. C-380/03, (Bundesrepublik Deutschland/Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union). ECLI:EU:C:2006:772, Slg. 2006, I-11573, Rn. 144.

60 EuGH (Fn. 58), Rn. 145.

geführten Erforderlichkeitsprüfung.⁶¹ Die Prüfung mündete in die Feststellung, „dass der Gemeinschaftsgesetzgeber mit dem Erlass dieser Maßnahmen nicht die Grenzen des ihm ausdrücklich eingeräumten Ermessens überschritten hat“.⁶² Die Klage Deutschlands wurde daher abgewiesen.

3. Einsichten aus der Fallbetrachtung

Die vom EuGH vorgenommene Prüfung der revidierten Tabakwerbeverbotsrichtlinie ist im Hinblick auf die vorliegend erörterte Problemstellung in mehrererlei Hinsicht informativer als das Schicksal der ersten Fassung von 1998. Im ersten Anlauf verhinderte das Scheitern an der Kompetenzgrundlage, dass es zu einer Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Marktfreiheiten kam. Im zweiten, aus Sicht des Unionsgesetzgebers erfolgreichen Anlauf tritt das Ergebnis nun umso klarer hervor: Nicht nur war der Gesetzgeber zur Verabschiedung der Marktbeschränkung befugt, ohne hierbei einem strengen Rechtfertigungstest ausgesetzt zu sein; auch brauchte er für seinen Eingriff keine andere Kompetenz als seine Binnenmarktkompetenz.

Der EuGH präziserte den Umfang der Binnenmarktkompetenz dahingehend, dass er ihn zwar von einer allgemeinen Regulierungskompetenz abgrenzte, neben der Erleichterung der Ausübung von Grundfreiheiten aber ein weiteres Ziel als legitim kennzeichnete: die Beseitigung spürbarer Wettbewerbsverzerrungen durch Angleichung von Wettbewerbsbedingungen. Der entscheidende Umstand besteht hier darin, dass sich Wettbewerbsbedingungen sowohl auf niedrigem als auch auf hohem Eingriffsniveau angleichen lassen. Zudem lohnt es, im Gedankenexperiment die Konsequenzen einer (vom EuGH verneinten) Verengung der Binnenmarktkompetenz auf das Ziel der Grundfreiheitseffektuiierung durchzuspielen. Erstens wäre ein etwaiger (strenger oder lockerer) Grundfreiheitentest dann gegenüber dem vorgelagerten Kompetenztest redundant, denn was eine Grundfreiheit beschränkt, kann ihre Ausübung naturgemäß nicht erleichtern. Zweitens hätte der EuGH dem Unionsgesetzgeber dann Regelungsfelder wie Verkaufsmodalitäten, die sich aufgrund der *Keck*-Rechtsprechung außerhalb des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten befinden, von den Binnenmarktkompetenzen des Unionsgesetzgebers ausgeschlossen.⁶³

Sowohl im Hinblick auf den Umfang der Binnenmarktkompetenz als auch in Bezug auf die Grundfreiheitenbindung des Unionsgesetzgebers legte das europäische Höchstgericht dem Gesetzgeber nur eine geringe Beweislast auf. Der

61 EuGH (Fn 58), Rn 147.

62 EuGH (Fn 58), Rn 157. Geprüft wurde hier auch die Erforderlichkeit des Eingriffs in die Freiheit der Meinungsäußerung.

63 EuGH Rs C-267/91 und C-268/91 (*Keck und Mithouard*), [CELIU] C 1993 905, Slg. 1993, I-6097. Dass der Unionsgesetzgeber in solchen Konstellationen weiterhin an das allgemeine Diskriminierungsverbot gebunden bleibt, ändert das Ergebnis nicht. Er handelt außerhalb des Anwendungsbereichs der in Rede stehenden Grundfreiheit (explizit im *Keck*-Urteil, Rn 17). Vgl. hierzu *J. Weiler: The EU, the WTO, and the NAFTA Towards a Common Law of International Trade?* 2001, S. 218.

EuGH führte nicht, wie etwa von Görlitz angemahnt, eine Analyse der konkreten transnationalen Wettbewerbssituation durch.⁶⁴ Auch dass weiterhin vor allem Gesundheitspolitiker mit der Reform befasst waren, störte den EuGH nicht, obwohl – in den Worten Oppermanns – „aus allen Knopflöchern“ weiterhin die gesundheitspolitische Zielsetzung der Richtlinie hervorlugte.⁶⁵ Offen bleibt, ob am Ende die geschicktere, auf den Binnenmarkt abzielende Begründung des Unionsgesetzgebers oder der Charakter der revidierten Richtlinie als abschließende Vollharmonisierung den Ausschlag gab, und ab welchem Punkt der Unionsgesetzgeber den Umfang der Binnenmarktkompetenz überschritten hätte.

Vor allem aber setzte der EuGH das neue Sekundärrecht im Anschluss an die Kompetenzprüfung nicht dem strengen, zur Prüfung von Binnenmarkthindernissen aufseiten der Mitgliedstaaten entwickelten Rechtfertigungstest aus. Stattdessen nahm der Test lediglich die Form einer Kontrolle auf offensichtliche Nichteignung an, mit anderen Worten: die Form einer Missbrauchskontrolle. Der Vorgang stützt im Ergebnis die Theorie von der lockeren Grundfreiheitenbindung des Unionsgesetzgebers. Da der EuGH aber nicht konturierte, woran sich offensichtliche Nichteignung erkennen lässt (spitzfindig ausgedrückt: wie sie sich von nicht offensichtlicher Nichteignung unterscheidet), bleibt der genaue Umfang der verbleibenden Grundfreiheitenbindung des Unionsgesetzgebers unklar.

IV. Die Auseinandersetzung um die Entsenderichtlinie

Die Auseinandersetzungen um die Entsenderichtlinie und um die Richtlinie zum Verbot von Tabakwerbung weisen Gemeinsamkeiten auf. Auch die Entsenderichtlinie wurde auf Grundlage der Befugnis erlassen, Sekundärrecht zur Schaffung des Binnenmarkts zu verabschieden. Während es beim Tabakwerbeverbot um den freien Warenverkehr ging, betrafen die Entsenderichtlinie aus dem Jahr 1996⁶⁶ und ihre Revision im Jahr 2018⁶⁷ den Dienstleistungsverkehr.⁶⁸ Genauso wie das Tabakwerbeverbot im Kern nicht auf die Binnenmarktvertiefung, sondern auf den Gesundheitsschutz zielte, stand bei der Entsenderichtlinie ein von der Marktschaffung abzugrenzendes Ziel im Vordergrund: der Arbeitnehmerschutz. Nicht die Binnenmarktpolitiker, sondern die Arbeitsmarkt- und Sozialpolitiker hatten bei der Aushandlung der Entsenderichtlinie die Federführung, ähnlich wie die Gesundheitspolitiker beim Tabakwerbeverbot. Und auch im Entsendekonflikt wurde die Befugnis des Unionsgesetzgebers, die Grundfreiheiten einzuschränken, vor dem EuGH angefochten.

64 N. Görlitz, EU-Binnenmarktkompetenzen und Tabakwerbeverbote – Kompetenzrechtliche Anmerkungen zur neuen Richtlinie über Werbung und Sponsoring zu Gunsten von Tabakerzeugnissen, EUZW 2003, S. 485, 490.

65 T. Oppermann, EU-Tabakwerbeverbot am Europäischen Gerichtshof vorbei? Untersuchung des neuen Brüsseler Richtlinienvorschlages vom 30.5.2001, ZUM 2001, S. 950, 953.

66 RL 96/71/EG des EP und des Rates vom 16.12.1996

67 Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018.

68 Heute Art. 53 AEUV.

Allerdings übertrifft die Komplexität der Auseinandersetzung um die Entsenderichtlinie jene des Streits über die Tabakwerbung erheblich. Das Tauziehen um den Arbeitnehmerschutz bei der transnationalen Arbeitnehmerentsendung zog sich, betrachtet man die erste Ankündigung zur Vorlage eines Richtlinienentwurfs durch die Kommission im Jahr 1989 als Startpunkt, über drei Jahrzehnte. Die jüngsten, im Jahr 2020 ergangenen EuGH-Entscheidungen über die ungarischen und polnischen Klagen gegen die Revision der Richtlinie markieren den vorläufigen Endpunkt der Auseinandersetzung. Die äußerste Unstetigkeit der EuGH-Rechtsprechung zum Thema steigert die Komplexität zusätzlich. Eine weitere Besonderheit des Konflikts ist dessen exzeptionelle öffentliche Politisierung.

1. Die Entsenderichtlinie von 1996

Arbeitnehmerentsendung bedeutet, dass abhängig Beschäftigte ihre Tätigkeit auf Anweisung des Arbeitgebers vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat verrichten als jenem, in dem das Arbeitsverhältnis besteht. Im Unterschied zur Arbeitsmigration ist für die transnationale Arbeitnehmerentsendung die Dienstleistungsfreiheit einschlägig.⁶⁹ Anwendung findet daher grundsätzlich das Arbeits- und Sozialrecht des Herkunftslands, sodass im Ergebnis fremdes Recht – in aller Regel mit weniger Schutzbestimmungen – in das Zielland importiert wird.

Zwar hatte der EuGH schon vor Verabschiedung der Entsenderichtlinie von 1996 bestätigt, dass es den Zielländern nicht verwehrt ist, einzelne Schutzbestimmungen auf Entsandte zu übertragen und dem Import schwächerer Schutzbestimmungen so Grenzen zu setzen.⁷⁰ Die Einzelheiten waren auf Grundlage der damaligen Rechtsprechung aber ungeklärt.⁷¹ Die nach langen Auseinandersetzungen verabschiedete Richtlinie 96/71/EG⁷² regelte, welche Schutzbestimmungen übertragen werden müssen und welche übertragen werden dürfen.

Zum einen listete die Richtlinie in Art. 3 Abs. 1 Schutzbereiche auf, in denen das Recht des Ziellands übertragen werden musste. Der wichtigste Bereich waren die „Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze“ (Ziffer c), Beispiele für weitere waren die Höchstarbeitszeiten und der Urlaub (Ziffern a und b). Zum anderen legte Art. 3 Abs. 7 fest, dass die obligatorische Übertragung der Mindeststandards der Anwendung von für die Beschäftigten günstigeren Arbeitsbedingungen nicht entgegenstand. Eine Unterscheidung zwischen „muss“ und „kann“ wurde auch in sektoraler Hinsicht getroffen: Die Umsetzungspflicht bezog sich

69 EuGH, Rs 279/80 (Webb), ECJ EU C 1981 314, Slg 1981, 3305; EuGH, Rs 62/81 (Seco), ECJ EU C 1982 31, Slg 1982, 223; EuGH, Rs C-111/89 (Bakker Hillegom), ECJ EU C 1990 177, Slg 1990, I-1735.

70 EuGH, Rs C-113/89 (Rush Portuguesa), ECJ EU C 1990 142, Slg 1990, I-1417.

71 R. Zahn, Revision of the Posted Workers Directive – A Europeanisation Perspective, CYELS 2017, S. 187, 191.

72 RI (Fn 63).

auf Bautätigkeiten, die Mitgliedstaaten durften die Bestimmungen aber optional auf weitere Branchen ausdehnen.

Wenn in Bezug auf die Entsenderichtlinie also von Harmonisierung gesprochen wird, ist das nicht mit der Definition von Mindeststandards im Arbeitsrecht (Mindestharmonisierung) oder gar der Setzung abschließender Regelungen (Vollharmonisierung) zu verwechseln. Eine Angleichung des Arbeitsrechts der Mitgliedstaaten fand nicht statt und war nicht bezweckt, auch keine Angleichung der auf Entsendete erstreckten Arbeitsstandards. Harmonisiert wurden vielmehr mitgliedstaatliche *Kollisionsnormen*,⁷³ die der Abgrenzung von Vorschriften aus unterschiedlichen Rechtsquellen dienten. Ob diese Kollisionsnormen durch den Unionsgesetzgeber mindest- oder vollharmonisiert wurden, war Teil des Konflikts.

Ob sich bereits die Abgrenzung der *zwingend* zu übertragenden Normen als Versuch einer sekundärrechtlich bewirkten Grundfreiheitenbeschränkung beschreiben lässt, ist nicht eindeutig zu beantworten. Im Zweifel spricht mehr dagegen als dafür, denn die Mitgliedstaaten fanden seinerzeit ein europarechtlich nur schwach durchreguliertes Feld vor. Es wurde keine striktere (das Herkunftslandprinzip durchsetzende) Rechtsprechung des EuGH korrigiert. Anders verhält es sich mit den *optionalen* Regelungen, insbesondere der mutmaßlich angestrebten Offenheit der Liste übertragbarer Standards. Im Sinne des vorliegenden Beitrags handelt es sich hier um einen versuchten Akt des „Freiräumens“ nationaler Handlungsspielräume vor dem Zugriff der Grundfreiheiten, mit anderen Worten: um eine sekundärrechtlich bewirkte *Autorisierung* der Mitgliedstaaten, Regelungen zu erlassen, die ohne Autorisierung mit hoher Wahrscheinlichkeit in Konflikt mit den Grundfreiheiten geraten würden.

Der Umfang der mutmaßlich angestrebten Autorisierung war nicht uferlos. Nichts deutet darauf hin, dass der Unionsgesetzgeber diskriminierende Regelungen autorisieren wollte. Die Mitgliedstaaten sollten entsendenden Unternehmen nichts abverlangen dürfen, das intern nicht galt. Übertragene Standards mussten im Inland also zwingend sein, mindestens aber einen sehr hohen Grad an Verbindlichkeit haben. War dies aber der Fall, insbesondere aufgrund gesetzlicher Regelungen oder Bestimmungen in allgemein verbindlichen Tarifverträgen, sollte der Übertragbarkeit auch jenseits der definierten Mindeststandards mutmaßlich nichts im Wege stehen.

Freilich zeigte sich später, dass die Liste der zu übertragenden Standards auch anders verstanden werden konnte: als abschließende Auflistung der Standards, die maximal übertragen werden dürfen, und damit als *Vollharmonisierung* der angewandten Kollisionsnormen. Wäre das die Intention des Unionsgesetzgebers gewesen, wäre die Charakterisierung des Rechtsakts von 1996 als sekundärrechtlich bewirkte Begrenzung der Regimekonkurrenz *gegen* die Grundfreiheiten ab-

73 C. Joerges F. Rodl, Informal Politics, Formalised Law and the Social Deficit of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval, E.J.L. 2009, S. 1, 7ff.

wegig. Vielmehr wäre die Entsenderichtlinie dann von Anfang an als Dienstleistungsfreiheits-Durchsetzungsrichtlinie zu verstehen gewesen, die darauf zielte, der Übertragbarkeit von Arbeitsstandards Grenzen zu setzen und dem Herkunftslandprinzip entsprechend Geltung zu verschaffen.

Zwar kann dieser Streit hier nicht abschließend entschieden werden. Angesichts des Entstehungskontextes der Richtlinie spricht aber wenig dafür, dass die Mitgliedstaaten die Übertragbarkeit von im Zielland zwingend geltenden Standards begrenzen wollten. Die Kommission hatte die Vorlage eines Richtlinienentwurfs nicht etwa im Kontext des Binnenmarktprogramms, sondern im Zuge des Aktionsprogramms zur Umsetzung der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989 angekündigt.⁷⁴ Wie Eichhorst⁷⁵ im Einzelnen aufzeigt, waren in den nachfolgenden Jahren einzelne Länder mit nationalen Entsendegesetzen vorgeprescht, so etwa Österreich, dessen Gesetz die Übertragung aller inländisch zwingend geltenden Lohnbestandteile vorsah. Die Richtlinie, so Eichhorst, zielte nachfolgend darauf, die nationalen Lösungen europarechtlich abzusichern und vor einer möglichen Verwerfung durch den EuGH abzuschirmen.⁷⁶ Es ging demnach um die nachgelagerte europarechtliche Autorisierung der zuvor gefundenen nationalen Lösungen.

Gleichwohl beweist der Vorgang nicht, dass der unionale Gesetzgeber zu solchen Autorisierungen befugt ist. Denn der EuGH sollte die Offenheit der Liste übertragbarer Arbeitsstandards nicht akzeptieren.

2. Umstrittene Auslegung durch den EuGH

In einer im Jahr 2007 begonnenen Serie an Entscheidungen rügte der EuGH mitgliedstaatliche Maßnahmen, die auf die territoriale Einheitlichkeit der Lohn- und Arbeitsstandards zielten. Das Gericht legte die in Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie⁷⁷ aufgezählten, zwingend zu übertragenden Standards als abschließendes Höchstmaß an Bestimmungen aus, die auf Entsendete übertragen werden dürfen. Dieser Auslegung als *Vollharmonisierung der Kollisionsnormen* zufolge durften daher Lohnbestandteile oberhalb der Mindestlohnsätze auch dann nicht übertragen werden, wenn sie im Zielland zwingend galten.

Im Fall *Laval* ging es dabei um eine Arbeitskampfmaßnahme schwedischer Gewerkschaften, mit der eine Baufirma zur Beachtung der Tarifstandards gezwun-

74 B. Sorries, Die Entsenderichtlinie: Entscheidungsprozess und Rückkopplungen im Mehrebenensystem, IB 1997, S. 125, 130.

75 W. Eichhorst, Europäische marktgestaltende Politik zwischen Supranationalität und nationaler Autonomie. Das Beispiel der Entsenderichtlinie, IB 1999, S. 340. W. Eichhorst, Europäische Sozialpolitik zwischen nationaler Autonomie und Marktfreiheit. Die Entsendung von Arbeitnehmern in der EU, 2000.

76 W. Eichhorst 2000 (Fn. 72), S. 289. Wie der Autor mir auf Nachfrage bestätigte, fand er in seinen zahlreichen Interviews keine Anzeichen dafür, dass die Richtlinie von den damaligen Akteuren so verstanden wurde, wie sie später vom EuGH interpretiert wurde.

77 RI (Fn. 66).

gen werden sollte.⁷⁸ Das Urteil war nicht nur wegen der Interpretation der Entsenderichtlinie kontrovers, sondern auch wegen der Einsicht, dass gewerkschaftliche Arbeitskämpfforderungen unverhältnismäßige Eingriffe in die Grundfreiheiten darstellen können.⁷⁹ Im Fall *Rüffert* ging es um eine Tarifreuegung des Landes Niedersachsen, die für Nehmer öffentlicher Aufträge die Zahlung ortsüblicher Löhne vorschrieb.⁸⁰ Auch im Fall *Kommission gegen Luxemburg* waren neben Pflichten zur Vorlage von Entsendeunterlagen die übertragenen Lohnsätze strittig.⁸¹

In Bezug auf das vorliegend diskutierte Problem sind zwei Aspekte der EuGH-Entscheidungen informativ. Erstens, der EuGH enthielt sich zwar eines Verbots von aus seiner Sicht grundfreiheitenwidrigen Bestandteilen der Entsenderichtlinie von 1996. Stattdessen griff er zur Strategie der *grundfreiheitskonformen Auslegung* der in Rede stehenden Bestimmungen.⁸² Für einen weiten Spielraum des Gesetzgebers gegenüber den Grundfreiheiten spricht das nur auf den ersten Blick. Die Entscheidungen verdeutlichen vielmehr, dass die grundfreiheitskonforme Auslegung Ergebnisse hervorbringen kann, die sich von (Teil-)Verboten von Sekundärrecht aufgrund enger Bindung des Unionsgesetzgebers an die Grundfreiheiten kaum unterscheiden lassen.

Zweitens, in allen genannten Entscheidungen scheiterten Teile der angefochtenen mitgliedstaatlichen Maßnahmen nicht lediglich an der im Licht der Grundfreiheiten ausgelegten Entsenderichtlinie von 1996, sondern zudem auch an den Marktfreiheiten selbst.⁸³ Der EuGH machte also Abstriche von der Regel, dass die Grundfreiheiten als Prüfungsmaßstab hinter das speziellere Sekundärrecht zurücktreten, wenn – worauf der EuGH hier ja gerade beharrte – das Sekundärrecht der Vollharmonisierung dient. Besonders deutlich wurde das im *Rüffert*-Urteil, in dem der EuGH der Sekundärrechtswidrigkeit des angefochtenen Vergabegesetzes den Hinweis hinzufügte, dass die Maßnahme zudem auch als verbotene Grundfreiheitenbeschränkung zu qualifizieren sei.⁸⁴ Das lässt sich nur als an den Unionsgesetzgeber gerichtete Warnung vor einer etwaigen Revision der Richtlinie verstehen: Eine Autorisierung des angefochtenen Vergabegesetzes durch den Unionsgesetzgeber, so der EuGH, werde an einer abermaligen grundfreiheitskonformen Auslegung der revidierten Richtlinie scheitern. Die Sequenz des sogenannten *Laval*-Quartetts⁸⁵ spricht im Ergebnis klar gegen die Annahme, der EuGH räume

78 EuGH, Rs. C-341/05 (*Laval un Partneri*), ECLI:EU:C:2007:809, Slg. 2007, I-11767

79 Letzteres war auch der Tenor des *Viking*-Urteils: EuGH, Rs. C-438/05 (*Viking*), ECLI:EU:C:2007:772, Slg. 2007, I-10779.

80 EuGH, Rs. C-346/06 (*Rüffert*), ECLI:EU:C:2008:189, Slg. 2008, I-1989.

81 EuGH, Rs. C-319/06 (*Kommission/Luxemburg*), ECLI:EU:C:2008:350, Slg. 2008, I-4323.

82 Der EuGH legte die Entsenderichtlinie „im Licht“ der Dienstleistungsfreiheit aus. Rn. 36 und 43 im *Rüffert*-Urteil (EuGH, Fn. 80) und Rn. 61 im *Laval*-Urteil (EuGH, Fn. 78).

83 *G. Nassibi/F. Rödl/T. Schulten*, Perspektiven vergabespezifischer Mindestlöhne nach dem *RegioPost*-Urteil des EuGH, AuR 2016, S. 493, 494; *F. Rodl*, Europäischer Pakt für sozialen Fortschritt: Die Alternative zur liberalistischen Verfassung des EU-Binnenmarktes, Unter Mitarbeit von Maria Seitz, 2018, S. 77.

84 EuGH (Fn. 80), Rn. 37.

85 *Viking* (EuGH, Fn. 79) mitgezählt

dem Unionsgesetzgeber einen weiten Handlungsspielraum gegenüber den Grundfreiheiten ein.

Die EuGH-Entscheidungen riefen ein zuvor nicht gekanntes Ausmaß an Kritik vonseiten des Europäischen Parlaments, der Gewerkschaften und der Öffentlichkeit hervor. Das EP verlangte von der Kommission Gesetzesinitiativen für eine EuGH-feste, das Prinzip „ein Ort, ein Arbeitsrecht“ sicherstellende Reform der Entsenderichtlinie und zudem die Entfernung von Arbeitskampfmaßnahmen aus dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten.⁸⁶ Die Frage war nun, wie sich das Sekundärrecht so ausgestalten ließ, dass es die in den EuGH-Urteilen gerügten Maßnahmen vor den Grundfreiheiten abschirmte, ohne seinerseits primärrechtswidrig zu sein.

3. Revision der Entsenderichtlinie

Die Auseinandersetzung mündete in Vorlage und Scheitern der sogenannten *Monti-II*-Verordnung,⁸⁷ in eine Durchsetzungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie⁸⁸ und schließlich in die 2018 verabschiedete Revision der Entsenderichtlinie.⁸⁹ Nicht alle in der Revision enthaltenen Maximierungen der auf Entsendete übertragbaren Schutzbestimmungen lassen sich als sekundärrechtlich bewirkte, gegen den EuGH durchgesetzte Zurückdrängung des Herkunftslandprinzips interpretieren, denn der EuGH hatte Teile seiner harsch kritisierten Rechtsprechung zwischenzeitlich seinerseits zurückgenommen. So hatte er in der Entscheidung *Sähköalojen ammattiliitto*⁹⁰ aus dem Jahr 2015 den Begriff der Mindestlohnsätze entgegen seiner vorher ergangenen Rechtsprechung weit ausgelegt, in seinem Urteil *Regio-Post*⁹¹ aus demselben Jahr ließ er zudem ein Vergabegesetz passieren, das im Licht der *Ruffert*-Rechtsprechung an der Entsenderichtlinie und der Dienstleistungsfreiheit hätte scheitern müssen.⁹²

Unbeschadet dessen besteht in der Literatur Einigkeit darüber, dass der Unionsgesetzgeber mit der Revision der Entsenderichtlinie nicht lediglich zuvor ergan-

86 EP-Entschließung 2008/2085(INI)

87 M. Höpner/L. Ehret, Endlich Subsidiarität? Die parlamentarische Subsidiaritätskontrolle am Beispiel von Monti II, PVS 2016, S. 403. COM(2012) 130 final

88 RI 2014/677/U des EP und des Rates vom 15.5.2014

89 I. Bogoeski, The Revision of the Posted Workers Directive as a Polyanian Response to Commodification of Labor in Europe, GP 2021, S. 1, RI 2018/957/U des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018

90 RI 2018/957/EU des EP und des Rates vom 28.06.2018. Die grundlichste Analyse der politischen Faktoren die die Verabschiedung der Revisionsrichtlinie ermöglichten, ist D. Setkel, Die Revision der Entsenderichtlinie. Wie der lange Kampf um die Wiedereinbettung exterritorialisierten Arbeitsrechtes gewonnen wurde, WSI Working Paper 2020 Nr. 212

91 EuGH, Rs. C-115/14 (RegioPost), ECLI:EU:C:2015:760

92 Der Unterschied zu *Ruffert* (EuGH, Fn. 80) bestand laut EuGH darin, dass bei dem deutschen Postdienstleister *RegioPost* außerhalb des vergabespezifischen Mindestlohns zum maßgeblichen Zeitpunkt keine weitere Mindestlohnregelung bestand (Rn. 76). Diese Begründung legt die Frage nahe, ob die 2014 verabschiedete Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns darüberhinausgehende vergabespezifische Mindestlöhne in Deutschland zurück in die Europarechtswidrigkeit gedrängt hat (G. Nassibi/F. Rodl/T. Schulten (Fn. 83), S. 495)

genes Fallrecht kodifizierte, sondern über den Stand der Rechtsprechung hinausging.⁹³

- Der Kern zwingend zu übertragender Sachverhalte wurde durch die Ersetzung des Begriffs der „Mindestlohnsätze“ durch „Entlohnung“ über das EuGH-Urteil *Sähköalojen ammattiliitto* hinaus auf weitere Sachverhalte erstreckt. Nun werden auch nicht auf die Lohnsätze anrechenbare Prämien und Zulagen erfasst.⁹⁴ Dasselbe gilt für die bei der Entsendung anfallenden Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten.
- Neben gesetzlichen Bestimmungen und allgemein verbindlichen Tarifverträgen können mit „allgemein wirksamen“ oder „von den auf nationaler Ebene repräsentativsten Organisationen der Tarifvertragsparteien geschlossenen [...] und landesweit zur Anwendung kommenden Tarifverträgen“ nun weitere Rechtsquellen hinzugezogen werden, wenn im betreffenden Land kein System allgemein verbindlicher Tarifverträge besteht.⁹⁵
- In der Entsenderichtlinie von 1996 war der Kern zwingend zu erstreckender Arbeitsbedingungen auf die Baubranche beschränkt, die Öffnung der Entsendegesetze für weitere Branchen war optional. Der Kern zwingender Arbeitsbedingungen gilt nun branchenunabhängig.
- Für Langfristentsendungen über 12 Monate (im Ausnahmefall: 18 Monate) bleibt formal die Dienstleistungsfreiheit einschlägig, sie wurden aufgrund einer kollisionsrechtlichen Sonderanknüpfung aber faktisch der Arbeitsmigration gleichgestellt. Sämtliche zwingenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen (aus Gesetzen und Verordnungen, allgemein verbindlichen Tarifverträgen und den in Ziffer 2 dieser Aufzählung genannten weiteren Rechtsquellen) finden volle Anwendung.⁹⁶
- Die Bestimmungen der Entsenderichtlinie werden auf die Konstellation der sogenannten „mittelbaren“ grenzüberschreitenden Leiharbeit erstreckt.⁹⁷
- Art. 1 (1) Ziffer –1a der revidierten Entsenderichtlinie stellt nun klar, dass die Richtlinie das nationale Arbeitskampf- und Tarifrecht unberührt lässt.⁹⁸ Dieser Wortlaut fand sich bereits in der Durchsetzungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie von 2014.⁹⁹ Bezweckt wurde hier mutmaßlich eine Korrektur der *Laval*-Rechtsprechung: Die Entsenderegeln sollen keine Auskunft über die Legalität von Arbeitskämpfen geben.

93 M. Kellerbauer, Zur Reform der EU-Entsenderichtlinie: Arbeitnehmerschutz durch gleichen Lohn für gleiche Arbeit!, EuZW 2018, S. 846, K. Riesenhuber, Die Änderungen der arbeitsrechtlichen Entsenderichtlinie NZA 2018, S. 1433; J. Klein A. Schneider, Die Änderung der Entsenderichtlinie SR 2019, S. 21

94 Die hier und nachfolgend zitierten Paragraphen beziehen sich auf die konsolidierte Fassung der Entsenderichtlinie seit 2018 RL (Fn 67), Art. 3 Abs. 1 Ziffer c

95 Richtlinie (Fn 67), Art. 1 Abs. 8

96 Richtlinie (Fn 67), Art. 3 Abs. 1a

97 Richtlinie (Fn 67), Art. 1 Abs. 3c

98 Richtlinie (Fn 67), Art. 1 Abs. 1

99 RL 2014/67/EU des EP und des Rates vom 15.5.2014, Art. 1 Abs. 2

4. Die EuGH-Entscheidungen über die polnischen und ungarischen Klagen

Im Oktober 2018 reichten Polen¹⁰⁰ und Ungarn¹⁰¹ vor dem EuGH Nichtigkeitsklagen ein. Ähnlich wie im Konflikt um das Tabakwerbeverbot sind im vorliegenden Zusammenhang zwei miteinander verknüpfte Klagegründe von Interesse. Die Kläger monierten erstens, der Unionsgesetzgeber habe seine Befugnisse überschritten, indem er eine Maßnahme, die den Binnenmarkt nicht vertiefe, auf seine Binnenmarktkompetenz gestützt habe.¹⁰² Zweitens führten sie aus, die Reform erfülle die Bedingungen einer unverhältnismäßigen Binnenmarktbeschränkung. Die Hintergrundannahme des zweiten Klagegrunds besteht in einer engen Grundfreiheitenbindung des Unionsgesetzgebers. Anders als Polen bestritt Ungarn zudem die Rechtmäßigkeit des mutmaßlichen Versuchs, die Ausübung des Streikrechts aus dem Anwendungsbereich von Entsenderregeln und Dienstleistungsfreiheit zu entfernen (die *Monti*-Klausel). Generalanwalt Sánchez-Bordona legte seine Schlussanträge im Mai 2020 vor.¹⁰³ Der EuGH urteilte im Dezember desselben Jahres. Das Gericht wies die Nichtigkeitsklagen Polens und Ungarns ab.¹⁰⁴

Im Hinblick auf die von Polen und Ungarn gerügte Wahl der Rechtsgrundlage sind die EuGH-Urteile weniger informativ als jene zum Tabakwerbeverbot, weil die Antwort des EuGH nun fallspezifischer ausfiel. Der Unionsgesetzgeber, so der EuGH, dürfe die Revision der Entsenderichtlinie auf seine Binnenmarktkompetenz aus Art. 53 Abs. 1 und Art. 62 AEUV stützen, weil auch die ursprüngliche Richtlinie auf dieser Rechtsgrundlage verabschiedet wurde.¹⁰⁵ Der EuGH bestritt nicht, dass die Revision den Binnenmarkt für Dienstleistungen gegenüber dem Stand zuvor nicht *zusätzlich* vertiefte. Der Umstand, dass der Unionsgesetzgeber bereits zu einem früheren Zeitpunkt eine koordinierende Richtlinie erlassen hatte, dürfe ihn aber nicht daran hindern, das Gleichgewicht unterschiedlicher Ziele, auf dem die ursprüngliche Richtlinie beruhte, neu auszutarieren.

Ob und wie eng der Gesetzgeber bei seiner Revision der Richtlinie an einer Grenze vorbeischrämte, jenseits derer er sich nicht mehr auf die Binnenmarktkompetenz hätte berufen dürfen, kann den Urteilen nicht entnommen werden. Unklar bleibt auch, welchen Unterschied der Zwischenschritt aus Verabschiedung und späterer Revision für das Endergebnis machte. Im Gedankenexperiment sei angenommen, die Richtlinie sei 2018 erstmals verabschiedet worden und der restriktivere *status quo ante* habe vollumfänglich auf Fallrecht beruht. Weiter sei eine strikte Orientierung des EuGH am oben kennengelernten Schema aus der

100 EuGH, Rs. C-626/18 (Polen/Parlament und Rat), ECLI:EU:C:2020:1000

101 EuGH, Rs. C-620/18 (Ungarn/Parlament und Rat), ECLI:EU:C:2020:1001

102 Diese Sicht unterstützend: F. Kauer, J. Persch, Das binnenmarktrechtliche Wettbewerbsprinzip im Wandel?, EuZW, S. 541–545

103 GA Sánchez-Bordona, Schlussanträge v. 28.05.2020 in der Rs. C-626/18 (Polen/Parlament und Rat), ECLI:EU:C:2020:1000, GA Sánchez-Bordona, Schlussanträge v. 28.05.2020 in der Rechtssache C-620/18 (Ungarn/Parlament und Rat), ECLI:EU:C:2020:1001

104 EuGH (Fn. 97) und EuGH (Fn. 98)

105 EuGH (Fn. 97), Rn. 43–71 und EuGH, (Fn. 98), Rn. 38–85

Rechtsprechung über das Tabakwerbeverbot angenommen. Dort hatte der EuGH geurteilt, die Nutzung der Binnenmarktcompetenz setze voraus, dass entweder die Ausübung der Grundfreiheiten vereinfacht oder Wettbewerbsbedingungen angeglichen werden, sofern sie zu spürbaren Marktverzerrungen führen. Das erste ist hier definitiv nicht der Fall, das zweite aber wohl auch nicht, denn harmonisiert werden nicht Wettbewerbsbedingungen, sondern Kollisionsnormen – die immensen Unterschiede zwischen den Arbeits- und Sozialstandards der Mitgliedstaaten bleiben unverändert. Ein Scheitern an der Kompetenzgrundlage wäre in der Konstellation des Gedankenexperiments also zumindest nicht völlig undenkbar gewesen.

Zudem monierten die Kläger, der Unionsgesetzgeber habe mit der Revision eine unverhältnismäßige Grundfreiheitenbeschränkung erlassen. Im Hinblick auf die Bindung des Sekundärrechts an die Grundfreiheiten führte Generalanwalt Sánchez-Bordona aus:¹⁰⁶

Bei dieser Analyse gelange ich zu dem Ergebnis, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu nationalen Maßnahmen, mit denen die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen länderübergreifender Dienstleistungen beschränkt wird, nicht ohne Weiteres auf die Prüfung der Vereinbarkeit einer Unionsregelung (wie der Richtlinie 2018/957), die dieses Phänomen harmonisiert, mit Art. 56 AEUV übertragen werden kann.

Entgegen dem Vorbringen der polnischen Regierung kann eine Harmonisierungsrichtlinie Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs einführen, die, wenn sie von einem einzigen Mitgliedstaat erlassen würden, gegen Art. 56 AEUV verstoßen würden.

Denn jede Harmonisierungsmaßnahme, die ein grundlegendes soziales Interesse, wie die Rechte der entsandten Arbeitnehmer, schützt, erschwert in gewisser Weise die Dienstleistungsfreiheit der Unternehmen, die diese Arbeitnehmer einsetzen. Diese Beschränkung hat jedoch wesentlich geringere Auswirkungen auf den Binnenmarkt als eine gleichwertige nationale Maßnahme, da sie im gesamten Gebiet der Union gilt.

Diese Argumentation ist im Hinblick auf die vorliegend analysierte Problemstellung bemerkenswert, stützt sie doch in großer Eindeutigkeit die Theorie von der unterschiedlichen Bindungswirkung der Grundfreiheiten auf die Mitgliedstaaten einerseits und den Unionsgesetzgeber andererseits. Der Unionsgesetzgeber darf demnach Binnenmarktbeschränkungen, die der EuGH auf mitgliedstaatlicher Ebene als unverhältnismäßige Grundfreiheitenbeschränkungen verboten hat, auf Unionsebene wieder einführen. Nicht lediglich wird ein und dieselbe Grundfreiheitenbindung weniger streng überprüft, wenn es anstelle von Maßnahmen der

106 GA Sánchez-Bordona, Polen (Fn 100), Rn 33-35.

Mitgliedstaaten um solche der Unionsorgane geht; vielmehr ist *die Bindung selbst* eine andere.

Die oben wiedergegebene Begründung des Generalanwalts (letzter Satz des Zitats) ist unmittelbar einsichtig, wenn es um die unionsweite Harmonisierung von Marktbeschränkungen geht. Sie lässt sich als Binnenmarktvertiefung deuten. Wie bei der Diskussion der Kompetenzgrundlage ist aber auch hier zu bedenken, dass weder die Entsenderichtlinie noch ihre Revision eine Verminderung der Heterogenität der mitgliedstaatlichen Arbeits- und Sozialstandards anstreben.¹⁰⁷ Der bemerkenswerte, aus Sicht des Unionsgesetzgebers günstige Umstand ist hier also, dass zwischen der Angleichung von Standards und jener von Kollisionsnormen nicht unterschieden wird.

Die sehr grundsätzliche, aus Sicht des Unionsgesetzgebers erfreuliche Formulierung des Generalanwalts findet sich in den EuGH-Urteilen vom Dezember 2020 zwar nicht. Der EuGH gelangt letztlich aber zum selben Ergebnis. Er führt aus, dass das Beschränkungsverbot nicht nur für nationale Maßnahmen, sondern auch für jene der Unionsorgane gilt.¹⁰⁸ Das Gericht habe sich daher des diskriminierungsfreien Gehalts der Maßnahme, der Verhältnismäßigkeit und der Abwesenheit von Ermessensmissbrauch zu vergewissern, wobei das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit die Prüfung auf Eignung zur Erreichung des legitimen Ziels und das Übermaßverbot umfasse. Alle Bestandteile des an mitgliedstaatliche Maßnahmen angelegten Grundfreiheitentests scheinen daher auf, was auf den ersten Blick für eine enge Bindung des Unionsgesetzgebers an die Grundfreiheiten spricht.

Auf diese Feststellung lässt der EuGH aber nicht den strengen Grundfreiheitentest folgen.¹⁰⁹ Vielmehr folgt – im Einklang mit dem Vorgehen beim Tabakwerbeverbot – der Hinweis, dass der EuGH dem Unionsgesetzgeber ein weites Ermessen in Bereichen zubillige, in denen seine Tätigkeit sowohl politische als auch wirtschaftliche oder soziale Entscheidungen verlangt. Die Maßnahme sei vielmehr nur dann rechtswidrig, wenn sie gemessen an dem legitimen Ziel, das der Gesetzgeber verfolgt habe, offensichtlich ungeeignet sei. Das sei vorliegend nicht der Fall.

Es folgt zudem ein Test auf Übermaß, der dem Unionsgesetzgeber aber keine hohe Hürde auferlegt: Er habe nicht dergestalt in den Binnenmarkt eingegriffen, dass der Wettbewerb *gänzlich* unterbunden wurde. Denn die Begrenzung des Lohnwettbewerbs führe nicht zur Ausschaltung von Wettbewerbsfaktoren wie Produktivität und Effizienz.¹¹⁰ Auch liege keine Ungleichbehandlung vor, weil

107 Der Generalanwalt verwendet den Begriff der Harmonisierung hier anders als der EuGH in denselben Verfahren. Harmonisiert werden, wie wir sahen, Kollisionsnormen, während das auf Entsendete übertragene Arbeitsrecht nicht harmonisiert wird. Im Urteil zur ungarischen Klage führt der EuGH aus, dass es sich bei dem angefochtenen Sekundärrecht gerade *nicht* um eine Harmonisierungsrichtlinie handle. EuGH (Fn 98), Rn. 68 (keine Entsprechung im Urteil zur polnischen Nichtigkeitsklage).

108 EuGH (Fn 100), Rn. 78–99; EuGH (Fn 101), Rn. 104–11.

109 EuGH (Fn 100), Rn. 100–129; EuGH (Fn 101), Rn. 112–151.

110 EuGH (Fn 100), Rn. 121 und EuGH (Fn 101), Rn. 128.

auf Entsendete nichts übertragen werde, was intern nicht zwingend gelte. Im Ergebnis sei der Gesetzgeber nicht über das hinausgegangen, was zur Erreichung der legitimen Ziele erforderlich war.

Der Unionsgesetzgeber hatte der Richtlinie in Art. 1 (1) Ziffer –1a außerdem die Aussage hinzugefügt, sie lasse das nationale Arbeitskampf- und Tarifrecht unberührt. Diese *Monti*-Klausel sollte mutmaßlich die *Laval*-Rechtsprechung,¹¹¹ der zufolge die Entsenderegeln gleichzeitig über die Grenzen legitimer Arbeitskampf-forderungen informieren, korrigieren. Ungarn wertete die Klausel als Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit. Der EuGH antwortete wie folgt:¹¹²

Zwar heißt es in dieser Bestimmung, dass die geänderte Richtlinie 96/71 „in keiner Weise die Ausübung der in den Mitgliedstaaten und auf Unionsebene anerkannten Grundrechte [berührt]“, doch hat sie nicht zur Folge, dass die Ausübung dieser Rechte nicht dem Unionsrecht unterliegt. Vielmehr ergibt sich aus ihrer Bezugnahme auf die auf Unionsebene anerkannten Grundrechte, dass die Ausübung der Rechte der Arbeitnehmer auf kollektive Maßnahmen im Zusammenhang mit einer Entsendung von Arbeitnehmern, die den Bestimmungen der geänderten Richtlinie 96/71 unterliegen, anhand des Unionsrechts in seiner Auslegung durch den Gerichtshof zu beurteilen ist.

Wenn der Unionsgesetzgeber mit der Einfügung der *Monti*-Klausel also beabsichtigte, das Arbeitskampfrecht aus dem Anwendungsbereich von Entsenderegeln und Dienstleistungsfreiheit zu entfernen, erteilte der EuGH dem eine Absage. Die Ausübung des Streikrechts, so der EuGH, werde unbeschadet der *Monti*-Klausel auch weiterhin am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit geprüft. Damit ist der Klausel freilich jede praktische Wirkung genommen. Erneut zeigt sich, dass die grundfreiheitskonforme Auslegung Ergebnisse hervorbringen kann, die sich von (Teil-)Verboten von Sekundärrecht kaum unterscheiden lassen.

5. Einsichten aus der Fallbetrachtung

Die lange Sequenz der Auseinandersetzung um die Entsenderegeln ist im Hinblick auf die erörterte Fragestellung in mehrerlei Hinsicht informativ. Viel spricht dafür, dass der Unionsgesetzgeber bei der Verabschiedung der Entsenderichtlinie von 1996 lediglich eine Mindestharmonisierung der Kollisionsnormen anstrebte und die zuvor beschlossenen nationalen Entsendegesetze mit dieser Strategie vor dem EuGH-Zugriff im Namen der Dienstleistungsfreiheit abschirmen wollte. Der EuGH akzeptierte das nicht und interpretierte die Richtlinie im Zuge grundfreiheitskonformer Auslegung als Vollharmonisierung der Kollisionsnormen. Wenn die Intention des Gesetzgebers vorliegend richtig gedeutet wurde, spricht der Vor-

¹¹¹ EuGH (Fn 78)

¹¹² EuGH (Fn. 101), Rn 168

gang klar gegen die Annahme einer lediglich lockeren Grundfreiheitenbindung des Unionsgesetzgebers.

Allerdings nahm der EuGH seine rigide Rechtsprechung aus dem *Laval*-Quartett in seinen Urteilen zu *RegioPost* und *Sähköalojen ammattiliitto* in erheblichen Teilen wieder zurück¹¹³ und ließ auch die Revision der Entsenderichtlinie von 2018 gegen die Einwände Polens und Ungarns passieren. Wie in den Urteilen zum Tabakwerbeverbot umfasste die Prüfung einen Kompetenztest und einen Test auf die Verhältnismäßigkeit der Eingriffe in die Grundfreiheiten. Dass die Revision nicht auf eine Angleichung von Wettbewerbsbedingungen, sondern vielmehr auf eine Angleichung von Kollisionsnormen zielte, stand der Ausübung der Binnenmarktcompetenz nicht im Wege. Während sich nationale Maßnahmen in dem strengen, zugunsten der Grundfreiheiten asymmetrischen *Cassis*-Test gegen die Grundfreiheiten bewähren müssen, wird dem Unionsgesetzgeber ein umfangreicher Ermessensspielraum eingeräumt, innerhalb dessen er konfligierende, im Unionsrecht anerkannte Ziele „auf Augenhöhe“ abwägen darf.

Die Urteile bestätigen zwar, dass der Unionsgesetzgeber grundsätzlich an die Grundfreiheiten gebunden ist. Diese Bindung hat aber einen anderen Umfang als jene des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers.¹¹⁴ Die in Abschnitt II vorgestellte Theorie von der engen Grundfreiheitenbindung des Unionsgesetzgebers muss im Licht dieser jüngeren Rechtsprechung als fälschlich eingestuft werden. Die Grenze des Ermessens des Unionsgesetzgebers ergibt sich nicht aus dem strengen Rechtfertigungstest, sondern lediglich aus einem Test auf offenkundigen Missbrauch. Allerdings beinhalten auch die EuGH-Urteile zum Entsenderfall kein abstraktes Kriterienraster zur Identifikation von Missbrauch, sodass der genaue Umfang des gesetzgeberischen Spielraums – und damit der Umfang der „Restbindung“ an die Grundfreiheiten – erneut unklar bleibt.¹¹⁵

Diese aus Sicht des Unionsgesetzgebers ermutigenden Einsichten können allerdings nicht verdecken, dass der EuGH die in die Entsenderichtlinie eingefügte *Monti*-Klausel nicht akzeptierte. Der mutmaßliche Versuch des Gesetzgebers, die EuGH-Urteile in den Rechtssachen *Laval* und *Viking*¹¹⁶ zu überschreiben und das Streikrecht so aus dem Schutzbereich der Grundfreiheiten herauszulösen, war nicht erfolgreich. Der EuGH kündigte an, kollektive Maßnahmen auch weiterhin gegen die Grundfreiheiten zu prüfen. Wie das europäische Höchstgericht mit anderen Formulierungsversuchen des Gesetzgebers verfahren wäre, lässt sich den Urteilen nicht entnehmen.

113. EuGH (Fn 90) und EuGH (Fn 91).

114. Kritisch etwa *F. Kamer/J. Persch* (Fn 99). Angesichts des beschränkten Kontrollmaßstabs drohe die Grundfreiheitenbindung des Unionsgesetzgebers „zu einer bloßen Worthülse zu verkommen“ (S. 546).

115. Vgl. auch *F. Klein*, Primärrechtskonformität der revidierten Entsenderichtlinie, EuZW 2019, S. 673, 678.

116. EuGH (Fn 78) und EuGH (Fn 79).

V. Fazit

Darf der Unionsgesetzgeber Grundfreiheiten einschränken? Adressieren die Grundfreiheiten den Unionsgesetzgeber in derselben Weise wie den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber? Die vorliegenden Fallbetrachtungen verdeutlichen, dass der Adressatenkreis der Grundfreiheiten den Unionsgesetzgeber einschließt. Eine gänzliche Ungebundenheit des europäischen Gesetzgebers ist daher zu verneinen. Aber die Bindung ist eine andere als jene des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers.

Der Unionsgesetzgeber darf seine Binnenmarktcompetenzen nutzen, ohne dabei auf die Erleichterung der Ausübung von Grundfreiheiten zu zielen. Das ist der Fall, wenn durch Harmonisierung Wettbewerbsbedingungen angeglichen werden, die der Marktvertiefung im Wege stehen. Wie der Konfliktsequenz zur Entsenderichtlinie zu entnehmen ist, lässt sich dieses Kriterium auch erfüllen, wenn statt Wettbewerbsbedingungen Kollisionsnormen angeglichen werden (allerdings sollte wegen der besonderen Konstellation der Revision einer zuvor auf selber Kompetenzgrundlage verabschiedeten Richtlinie hier nur mit äußerster Vorsicht verallgemeinert werden). Im Zuge dessen ist der Gesetzgeber befugt, unterschiedliche Vertragsziele „auf Augenhöhe“ abzuwägen und im Sekundärrecht zur Geltung zu bringen, ohne dabei dem strengen vierstufigen Rechtfertigungstest am Maßstab der Grundfreiheiten ausgesetzt zu sein, der zur Prüfung mitgliedstaatlicher Maßnahmen zur Anwendung kommt.

Diese Ergebnisse stehen im Widerspruch zu der Auffassung, die Binnenmarktcompetenz sei eine enge Grundfreiheiten-Effektuierungskompetenz. Sie stehen darüber hinaus im Widerspruch zu der Lehre von der engen Grundfreiheitenbindung des unionalen Gesetzgebers. Die Theorie von der engen Bindung des Unionsgesetzgebers an die Marktfreiheiten ist im Ergebnis zu verwerfen.¹¹⁷

Erste Konturen eines an den Unionsgesetzgeber anzulegenden, im Kern als Missbrauchskontrolle zu verstehenden Grundfreiheitentests scheinen bisher nur unscharf auf. Es fehlt ein abstraktes Kriterienraster zur Konturierung des Umfangs seiner Befugnis, gegen die Grundfreiheiten zu harmonisieren oder Maßnahmen der Mitgliedstaaten zu autorisieren, die ansonsten in Konflikt mit den Grundfreiheiten stünden. Fest steht nur, dass der Unionsgesetzgeber hierbei zu keinen offensichtlich unangemessenen Mitteln greifen darf. Um solche würde es sich spätestens handeln, wenn der transnationale Wettbewerb zwischen den betroffenen Firmen durch sie vollkommen ausgeschaltet würde, wie die Rechtsprechung zur Entsenderichtlinie zeigte. Darüber hinaus darf angenommen werden, dass das Diskriminierungsverbot gegen Sekundärrecht strenger geprüft wird als das Beschränkungsverbot: Der Unionsgesetzgeber darf den Mitgliedstaaten mittels

¹¹⁷ Allerdings verdeutlichte die Konfliktsequenz zur Entsenderichtlinie auch die Bereitschaft des EuGH, die grundfreiheitskonforme Interpretation von Sekundärrecht so weit zu treiben, dass sich die Ergebnisse von Teilverböten von Sekundärrecht kaum unterscheiden lassen

Sekundärrecht mutmaßlich keine offenen Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit autorisieren.

Diese Einsichten sind nicht nur rechtswissenschaftlich, sondern auch europapolitisch informativ. Der Unionsgesetzgeber ist gut beraten, im Zuge etwaiger Konflikte zwischen seinen Vorhaben und der vorgefundenen Auslegung der Marktfreiheiten nicht vorschnell einzuknicken, etwa auf Anraten der juristischen Dienste. Er ist nicht dazu verdammt, als Kodifizierungsapparat der Grundfreiheiten-Judikatur des EuGH zu fungieren.¹¹⁸ Konturen gewinnt der Spielraum des Gesetzgebers nur, wenn er mutig getestet und offensiv im Namen demokratischer Handlungsspielräume verteidigt wird.

118 Vgl. etwa Davies (*Gr. Davies*, Legislative Control of the European Court of Justice CML Rev 2014, S. 1579–1606), der den Mangel an Initiativen der europäischen Politik beklagt, die wirtschaftliche Integration der EU zu steuern