

Europäische Marktfreiheiten, Koalitionsfreiheit und Sozialstaatsprinzip*

Prof. Dr. Bernhard Nagel, Kassel

1. Das Problem

Mit Staunen bis Entsetzen haben einige die Entscheidungen des EuGH in Sachen Viking¹, Laval², Rüffert³ und Luxemburg⁴ zur Kenntnis genommen. Wie kommt der EuGH dazu, die fundamentalen Streik- oder Boykottfreiheiten in den EU-Mitgliedstaaten und den sozialstaatlichen Schutz in deutschen Tarifreuegesetzen oder im luxemburgischen Entsendegesetz für nachrangig gegenüber der im EG-Vertrag verankerten Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit zu erklären, obwohl z. B. in Art. 137 Abs. 5 des EG-Vertrages ausdrücklich verankert ist, dass seine Sozialvorschriften nicht für Koalitions-, Streik- und Aussperrungsrecht gelten? Bei kursorischer Prüfung drängt sich die Schlussfolgerung auf, dass sich die EU nicht in diesen Bereich einmischen will. Dies ist offenbar ein Irrtum. Der EuGH jedenfalls behandelt die sog. Grundfreiheiten, besser Marktfreiheiten genannt, nämlich Warenverkehrsfreiheit, Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit heute als systematisch vorrangig gegenüber der Koalitionsfreiheit und schränkt diese ein. Im Folgenden wird nachgezeichnet, wie es zu diesem Vorrang kam. Das Ergebnis wirft grundsätzliche Fragen im Verhältnis von Europarecht und Verfassungsrecht auf.

2. Der Schutz der Marktfreiheiten auch bei unterschiedsloser Behandlung

a) Warenverkehrsfreiheit

Die EuGH-Rspr. hat ihren Ausgangspunkt in der in Art. 28 EG verankerten Warenverkehrsfreiheit, der mittelbar auch eine Absicherung der Zollunion bezweckt, welche Ausgangspunkt der europäischen Einigung auf eine Wirtschaftsgemeinschaft im Jahre 1957 war. Eine Zollunion wäre ökonomisch sinnlos, könnten die Mitgliedstaaten durch Importkontingente, d. h. mengenmäßige Beschränkungen der Importe den freien Warenverkehr beeinträchtigen. Niedrige Importkontingente können in ihrer Wirkung für die Freiheit des Warenverkehrs genauso verheerend sein wie Zölle. Deshalb ist in Art. 28 EG ein Verbot mengenmäßiger Beschränkungen im Handel zwischen den Mitgliedstaaten verankert. Mengenmäßige Beschränkungen sind staatliche Begrenzungen der Menge oder des Wertes von Ein- und Ausfuhren, die eine vollständige oder teilweise Untersagung von Ein-, Aus- oder Durchfuhren zur Folge haben können⁵. Meist handelt es sich dabei um bilaterale oder globale Kontingente oder entsprechende Verbote der Ein- oder Ausfuhr. Derartige Beschränkungen werden meist nicht offen, sondern verdeckt ausgesprochen, etwa, wenn ein Mitgliedstaat sich darauf beruft, bestimmte Ordnungsziele verwirklichen zu müssen. Deshalb ist es in Art. 28 EG auch verboten, Maßnahmen mit „gleicher Wirkung“ zu verhängen. Bestimmte Ausnahmen sind allerdings in Art. 30 EG zugelassen. Dazu zählen u. a. öffentliche Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit eines Mitgliedstaates.

Zur Frage, wann eine Maßnahme mit gleicher Wirkung iSv. Art. 28 vorliegt und wann eine Maßnahme nach Art. 30 ausnahmsweise gerechtfertigt ist, gibt es umfangreiche Rspr. Zielkonflikte werden sichtbar, die bei der Schaffung eines Gemeinsamen Marktes zwi-

schen Staaten mit unterschiedlichen Traditionen, Sitten und Rechtsordnungen bewältigt werden müssen. Unproblematisch sind solche Fälle, in denen sich aus einer Maßnahme direkt eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung ablesen lässt. Dazu gehören nicht nur direkte Kontingentierungen, sondern z. B. auch Vorschriften, wonach eingeführte Waren erst nach umfangreichen und langwierigen Kontrollen verkauft werden dürfen. Im Fall Dassonville⁶ hielt der EuGH fest, dass es eine mittelbare Einfuhrbeschränkung gem. Art. 28 EG darstellt, wenn belgische Behörden beim Import von Whisky die Vorlage eines besonderen Ursprungszeugnisses verlangen. Herr Dassonville, der den Whisky nicht direkt aus Schottland, sondern aus Frankreich importierte, konnte dieses Ursprungszeugnis nur unter erheblichen Schwierigkeiten beschaffen. Der EuGH sah darin eine unzulässige Diskriminierung des Whiskyimports aus Frankreich.

Eine Ausweitung der EuGH-Rspr. brachte die Cassis-de-Dijon Entscheidung⁷ zur Warenverkehrsfreiheit v. 1979. Deutschland hatte den Import von Likören mit einem bestimmten Alkoholgehalt verboten, deren Verkauf und Vertrieb auch für entsprechende inländische Produkte verboten war. Der EuGH ging dazu über, auch nicht diskriminierende Maßnahmen für unzulässig zu erklären, wenn er selbst zu der Auffassung gelangte, dass sie im Lichte der Warenverkehrsfreiheit nicht durch zwingende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt waren (unterschiedslose Behandlung). Derartige Rechtfertigungen ließ er in der Folge nur in Ausnahmefällen zu, wobei er eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung vornahm. Damit mutierte er langsam aber sicher zu einer juristischen und politischen Oberrevisionsinstanz gegenüber den Mitgliedstaaten. Jede Maßnahme beeinflusst den Warenverkehr. Also kann der EuGH in der Tendenz überall korrigieren. Bekannt wurde in Deutschland die Beseitigung des Reinheitsgebots für importiertes Bier durch den EuGH⁸. Der EuGH näherte sich im Bereich der Warenverkehrsfreiheit immer mehr einer unbegrenzten Auslegung an, die nach kontinentaleuropäischem Verständnis dem Rechtsstaatsprinzip widerspricht. Die EG-Kommission begleitete diese Ausweitung des Gemeinschaftsrechts mit Wohlwollen, stärkte sie doch ihre Machtbefugnisse. Da er sich nur mit zwischenstaatlichen Sachverhalten zu befassen hat, korrigiert der EuGH nicht die sog. Inländerdiskriminierung, die auch z. B. in der Frage des Reinheitsgebots weiter zulässig bleibt.

Eine Einschränkung dieser Rspr. nahm der EuGH 1993 in der Entscheidung Keck und Mithouard⁹ vor. Hier hatten zwei Händler in Straßburg unter Einstandspreis verkauft. In Frankreich ist dies ver-

* Vgl auch – aus unterschiedlichem Blickwinkel – die vorstehenden Beiträge von Wibmann und Supiot, AuR 2009, **XXX**, in diesem Heft.

1 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-438/05, Viking, AuR 2008, 55, mit Anm. Kocher.

2 EuGH 18.12.2007 – Rs. C-341/05, Laval, AuR 2008, 59, mit Anm. Kocher.

3 EuGH 3.4.2008 – Rs. C-346/06, Rüffert, AuR 2008, 452, mit Anm. Bruun/Jacobs.

4 EuGH 19.6.2008 – Rs. C-319/0, Luxemburg.

5 EuGH Slg. 1968, 644 – Rs. 7/68, Ausfuhrzölle.

6 EuGH Slg. 1974, 837; 11.7.74, Rs. 8/74, Dassonville.

7 EuGH Slg. 1979, 649, Rs. 120/78, Cassis de Dijon.

8 EuGH Slg. 1987, 1227, Rs. 178/84, Reinheitsgebot für Bier in Deutschland.

9 EuGH Slg. 1993, I-6097, Rs. C 268/91, Keck u. Mithouard.

boten. Das Verbot wurde aufrechterhalten. Art. 28 EG betreffe nicht Bestimmungen, die lediglich bestimmte Verkaufs- oder Vertriebsmodalitäten beschränken. Damit ist nicht nur der Begriff des „zwingenden Erfordernisses“, sondern die ganze Konstruktion der Rspr. abgemildert, die sich seit Cassis de Dijon entwickelt hat. Regelungen über Bezeichnung, Form, Abmessungen, Zusammensetzung, Etikettierung oder Verpackung einer Ware verstoßen nicht gegen Art. 28, solange sie alle hiervon berührten Wirtschaftsteilnehmer in gleicher Weise treffen und Waren aus einem anderen EG-Mitgliedstaat nicht diskriminieren.

b) Ausdehnung der EuGH-Rechtsprechung auf andere Marktfreiheiten

In weiteren Etappen dehnte der *EuGH* die Cassis-de-Dijon-Rspr. zur unterschiedslosen Behandlung auch auf Niederlassungsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit, Arbeitnehmerfreizügigkeit und Kapitalverkehrsfreiheit aus.

aa) Freizügigkeit der Arbeitnehmer

Art. 39 bis 42 EG regeln die Freizügigkeit der AN. Jede auf Staatsangehörigkeit beruhende Diskriminierung der AN der Mitgliedstaaten ist abgeschafft. Geschützt sind AN und ihre Familienangehörigen. Auf Arbeitszeit und Höhe des Einkommens kommt es bei der Arbeitnehmereigenschaft nicht an. Auch wer schlecht bezahlt ist, auch wer Teilzeit arbeitet, ist „Arbeitnehmer“¹⁰. Man kann die Freizügigkeit wohlfahrtsökonomisch damit rechtfertigen, dass die Produktionsfaktoren dorthin wandern sollen, wo sie am höchsten bewertet werden. In der Tat befassen sich Art. 39ff. EG vor allem mit Wanderarbeitnehmern und ihren Familienangehörigen. Man kann die Freizügigkeit der AN darüber hinaus als Grundrecht betrachten, das gemeinschaftsweit geschützt werden soll. Diese Betrachtungsweise hat sich, nachdem die Arbeitnehmerfreizügigkeit durch Richtlinien und *EuGH*-Rspr. ausgestaltet worden war, durchgesetzt. Es gibt heute ein Gemeinschaftsgrundrecht der Freizügigkeit für AN aus Art. 39ff. EG. Ausgangspunkt war folgender Fall:

Die beiden Französisinnen *Adoui* und *Cornuaille* arbeiten in Belgien als Servierinnen in Bars und als Mitwirkende in Peep-Shows. Die Stadt Lüttich will sie wegen Störung der öffentlichen Sittlichkeit ausweisen. Die beiden berufen sich auf ihr Recht auf Freizügigkeit nach Art. 39 EG. Eine Diskriminierung aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit sei verboten. Der *EuGH*¹¹ betrachtet beide als Arbeitnehmer. Da die belgischen Behörden ihre eigenen Prostituierten nicht bestrafen, sei dies auch nicht bei Staatsangehörigen anderer EG-Mitgliedstaaten in der Form möglich, dass ihnen die Aufenthaltserlaubnis entzogen wird.

Aus Art. 39 Abs. 3 EG folgen heute innerhalb der EG für alle Personen ein Recht auf Bewerbung um Stellenangebote, ein Aufenthaltsrecht bei der Arbeitssuche¹², ein Aufenthaltsrecht zur Ausübung einer Beschäftigung¹³ und ein Recht auf Fortbestand des Aufenthalts, wenn die Beschäftigung beendet ist¹⁴. Grundlegend ist die VO 1612/68¹⁵ über die Freizügigkeit der AN innerhalb der Gemeinschaft. Sie stellt insbes. auch Kinder von sog. Wanderarbeitnehmern in Bezug auf Unterricht und Berufsausbildung den Angehörigen des Gastlandes gleich. Nach Art. 25 der VO haben die Kinder ein Recht auf Teilhabe am Unterricht und an der Berufsausübung ebenso wie die Kinder der Einheimischen. Die Familienangehörigen können als Selbständige oder AN arbeiten¹⁶. Ein Aufenthaltsrecht haben auch Nicht-AN wie Studierende, Rentner und Privatpersonen, wenn sie den Schutz einer Krankenversicherung nachweisen und die erforderlichen Subsistenzmittel aufweisen, so dass sie nicht der Sozialhilfe anheimfallen. Hierfür sind zwei Richtlinien v. 28.6.1990 maßgeblich¹⁷.

Ende 1995 entschied der *EuGH*¹⁸ den Fall des belgischen Fußballspielers Bosman, dessen Wechsel von Lüttich in das französische Dünkirchen gescheitert war. Der belgische Fußballverband und der ihm angeschlossene Verein hatten sich an zwei Regeln des internationalen Berufsfußballs gehalten, deren Unvereinbarkeit mit Art. 39 EG Herr *Bosman* behauptete. Zum einen durften die Vereine bei einem Spielerwechsel von dem neuen Verein eine Transfer-, Ausbildungs- oder Förderungsentschädigung verlangen. Zum andern durften sie in jedem Spiel nur eine bestimmte Zahl von Ausländern einsetzen. Der *EuGH* erklärte beides für unvereinbar mit Art. 39 EG, soweit es um den Wechsel eines Spielers in einen anderen EG-Mitgliedstaat gehe oder in der Höchstzahl von einzusetzenden ausländischen Spielern Bürger aus anderen EG-Mitgliedstaaten enthalten seien. Es spiele keine Rolle, dass die Vereine auch bei einem Wechsel im Inland Transferzahlungen verlangen. Das Gericht erklärt in der Frage der Transferzahlungen auch eine sog. unterschiedslose Behandlung von Inländern und Ausländern für unvereinbar mit Art. 39 EG. Entscheidend sei, dass die Pflicht zur Transferzahlung und die Sanktionen bei Ausbleiben einer solchen Zahlung die tatsächliche Möglichkeit zur Aufnahme der Tätigkeit eines Fußballprofis in einem anderen EG-Mitgliedstaat und damit die Freizügigkeit der Berufsfußballspieler erheblich beeinträchtigen und dass nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kein vertragskonformer Rechtfertigungsgrund ersichtlich ist. Neben offener und verdeckter Diskriminierung ist damit auch die Freizügigkeitsbeschränkung durch unterschiedslose Behandlung verboten, eine Parallele zum Verbot der unterschiedslosen Behandlung nach Art. 28 EG im Fall Cassis de Dijon. Darüber hinaus wird hier eine Drittwirkung des Freiheitsrechts anerkannt. Anspruchsgegner im Fall Bosman ist nicht der Staat, sondern ein privatrechtlich organisierter Verband. Die sog. Inländerdiskriminierung, d. h. die Forderung einer Transferzahlung bei einem Spielerwechsel im Inland, wird von Art. 39 EG hingegen nicht erfasst.

bb) Niederlassungsfreiheit

Wer auf Dauer eine selbständige Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausüben will, genießt grundsätzlich Niederlassungsfreiheit. Wer vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat tätig werden will, genießt Dienstleistungsfreiheit (vgl. unten). Unterscheidungskriterium ist das Merkmal „Dauer“. Die (dauerhafte) Niederlassungsfreiheit ist in den Art. 43 bis 58 EG geregelt. Sie gilt für Staatsangehörige der EG-Mitgliedstaaten und ihre Angehörigen (Art. 43). Aus Art. 43 folgt zunächst ein Aufenthaltsrecht. Darüber hinaus enthält Art. 43 Abs. 2 ein Gebot der Gleichbehandlung mit Inländern. Dies bedeutet ein Verbot der offenen oder verdeckten Diskriminierung. Dies bedeutet auch, dass Zulassungsbeschränkungen unwirksam sind, die nicht für alle Mitgliedstaaten identisch sind. Aus Art. 43 folgt, dass die Mitgliedstaaten keine neuen Zulassungsbeschränkungen einführen dürfen. In Art. 46 ist ein Vorbehalt

¹⁰ *EuGH* Slg. 1988, 3161, Rs. 39/86, Lair.

¹¹ *EuGH* Slg. 1982, 1665, verb. Rs. 115 und 116/81, Adoui und Cornuaille.

¹² Vgl. RL 2004/38 EG, ABIEG L 229/35.

¹³ Vgl. *EuGH* 23.3.2004, Rs. C-138/02, AP Art. 39 EG Nr. 14 Rn. 36 ff., Collins.

¹⁴ Vgl. die Durchführungs-VO 1251/70 und das dt. Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern.

¹⁵ 15.10.1968, ABIEG L 257/2; ergänzt durch RL 90/364/EWG v. 28.6.1990, ABIEG L 180/26.

¹⁶ Vgl. Art. 23 der RL 2004/38, ABIEG 2004 L 229/35.

¹⁷ RL 90/365/EWG, ABIEG L 180/28, und RL 90/366/EWG, ABIEG L 180/30.

¹⁸ *EuGH* Slg. 1995, I-4921, Rs. C-415/93, Bosman, AuR 1996, 196, mit Besprechungsaufsatz Blanpain, aaO. 161.

zugunsten der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit geregelt. Dieser Vorbehalt wird vom *EuGH*¹⁹ eng ausgelegt, es gibt aber Ausnahmen. Aus Gründen der Volksgesundheit ist es bspw. nach einer Entscheidung aus dem Jahre 2001²⁰ gerechtfertigt, Optikern bestimmte Augenuntersuchungen zu verbieten.

Die Ausweitung der *Cassis-de-Dijon*-Rspr. des *EuGH* auf die Niederlassungsfreiheit datiert auf das Jahr 1984. *Onno Klopp* war Rechtsanwalt in Düsseldorf. Er wollte eine zusätzliche Kanzlei in Paris gründen. Die Pariser Anwaltskammer lehnte ihn ab. Nach dortigen Standerichtlinien dürfe ein Anwalt nur eine berufliche Niederlassung haben. Der *EuGH*²¹ gab *Onno Klopp* Recht. Die Zulassungsregel sei nicht zwingend notwendig, um eine funktionsfähige Rechtspflege aufrechtzuerhalten. Sie behindere die Niederlassungsfreiheit und sei deshalb nach Art. 52 EG nicht anzuwenden. Der *EuGH* geht auch hier über ein Gebot der Gleichbehandlung mit Inländern hinaus. Er erfasst wie in den Fällen *Cassis de Dijon* und *Bosman* auch die sog. unterschiedslose Behandlung in einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung und verlangt materielle Standards, welche die Niederlassungsfreiheit sichern. Die Niederlassungsfreiheit wird zum Recht auf angemessenes Verfahren bei der Regulierung dieses Freiheitsrechts.

Zurückhaltender war der *EuGH* 1988 auf einen englischen Vorlagebeschluss in der Frage, ob und inwieweit die Niederlassungsfreiheit auch juristischen Personen zugute kommt. Die englische Gesellschaft *Daily Mail* wollte aus steuerlichen Gründen ihren Sitz in die Niederlande verlegen. Die englischen Behörden verweigerten die für eine Sitzverlegung ohne Auflösung erforderliche Genehmigung und verlangten, dass sich die Gesellschaft in diesem Fall zuerst in England auflösen und dann in den Niederlanden neu gründen müsse. Dies bedeutete u. a., dass stille Reserven aufgedeckt und versteuert werden mussten. Die Gesellschaft hielt dies unter Berufung auf Art. 43 EG für unzulässig. Der *EuGH*²² konnte indes aus Art. 43 und 48 EG nicht das Recht entnehmen, den Sitz der Geschäftsleitung einer Gesellschaft einschränkungslos in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen (Wegzugsfreiheit). Die Verlegung des Sitzes einer juristischen Person in einen anderen Mitgliedstaat kann zwar nicht schlicht verboten werden, sie kann aber an bestimmte Voraussetzungen wie z. B. die Liquidierung der Gesellschaft im Inland und die Auflösung der stillen Reserven geknüpft werden. Die Niederlassungsfreiheit von juristischen Personen als rechtlichen Schöpfungen der einzelnen Mitgliedstaaten geht nicht so weit wie die von natürlichen Personen.

Diese Einschränkung der Wegzugsfreiheit wurde Ende 2008 durch die Entscheidung *Cartesio*²³ bestätigt. Der *EuGH* erhielt eine ungarische Regelung aufrecht, die es einer einheimischen Gesellschaft untersagte, unter Mitnahme ihres ungarischen Rechtsstatus den Sitz nach Italien zu verlegen. Der Schutz der Niederlassungsfreiheit könne nicht weiter gehen als der rechtliche Status, den der Heimatstaat der juristischen Person gewährt habe. In Erwartung einer gegenteiligen Entscheidung hatte der deutsche Gesetzgeber zuvor aber bereits das Aktiengesetz²⁴ und das GmbH-Gesetz²⁵ novelliert, so dass eine AG und eine GmbH heute ihren Verwaltungssitz in einer anderen EU- bzw. EWR-Mitgliedstaat verlegen können, ohne ihren Status als Kapitalgesellschaft deutschen Rechts zu verlieren.

Die Entscheidung *Cartesio* war insofern überraschend, als der *EuGH* 1999 den Schutz der Niederlassungsfreiheit durch die *Centros*-Entscheidung²⁶ stark erweitert hatte. Eine Zweigniederlassung darf danach in einem anderen Mitgliedstaat (hier: Dänemark) errichtet werden, wenn die Gründung einer Gesellschaft im EG-Ursprungsstaat (in diesem Fall Großbritannien) wirksam ist. Die fragliche Gesell-

schaft (*Centros Ltd.*) war in Großbritannien gegründet worden, hatte aber dort keine Tätigkeit aufgenommen, sondern (laut *EuGH* zulässigerweise!) eine Zweigniederlassung in Dänemark eröffnet. Dänemark ist auf eine Missbrauchsaufsicht der Gründung als solcher und der Gründung der Zweigniederlassung beschränkt und kann die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Gründung, die nach britischem Recht zu überprüfen sind, nicht zusätzlich kontrollieren. Böse Zungen sprechen hier von einem Recht auf Briefkastenfirma, das der *EuGH* „ohne Not“ anerkannt habe.

Im Fall *Überseering* bewertete es der *EuGH*²⁷ im November 2002 als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit, dass Deutschland einer niederländischen Gesellschaft, die ihren satzungsmäßigen Sitz in den Niederlanden beibehalten, ihren tatsächlichen Sitz aber nach Deutschland verlagert hatte, die Rechtsfähigkeit und damit Parteifähigkeit vor deutschen Gerichten verweigert hatte. Im Fall *Inspire Art* gestand der *EuGH*²⁸ 2003 einer englischen Limited, deren einziger Gesellschafter in den Niederlanden ansässig war, sogar zu, sich über zusätzliche niederländische Publizitätspflichten hinwegzusetzen und ihr englisches Gründungsstatut beizubehalten. Damit wird die bereits im *Centros*-Urteil von 1999 angedeutete Position des Gerichtshofs bekräftigt, wonach sich jeder EG-Mitgliedstaat grundsätzlich an die rechtliche Bewertung der Gründungsvoraussetzungen, Bestands- und Wegzugsregeln für Kapitalgesellschaften zu halten hat, die von anderen EG-Mitgliedstaaten aufgestellt werden (Herkunftslandsprinzip). Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit aus der Perspektive des Zuzugsstaats (Zuzugsfreiheit) hält der *EuGH* nur für zulässig, wenn zwingende Gründe des Gemeinwohls wie der Schutz der Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter, der AN oder auch des Fiskus „unter bestimmten Umständen“ und „unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen“ Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen²⁹. Die Zukunft der deutschen Unternehmensmitbestimmung gegen die Einwanderung von Scheinauslandsgesellschaften des Typs *Centros* ist demnach nicht gesichert. Sie hängt davon ab, ob der *EuGH* im Streitfall den Schutz der Arbeitnehmerinteressen als zwingende Gründe des Gemeinwohls anerkennt.

cc) Dienstleistungsfreiheit

Die Dienstleistungsfreiheit als vorübergehende Erwerbstätigkeit auf dem Gebiet eines anderen Mitgliedstaates ist in den Art. 49 bis 55 EG geregelt. In Art. 49 ist das Prinzip des freien Dienstleistungsverkehrs verankert. Es handelt sich um einen sog. Auffangtatbestand. Bei dauerhafter Erwerbstätigkeit ist die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 ff. EG betroffen (vgl. oben). Ist die Dienstleistung unselbst-

19 Vgl. *EuGH* Slg. 1974, 631, Rs. 2/74, *Reyners*.

20 *EuGH* Slg. 2001, I-837, 1. 2. 2001, Rs. C-108/96, *Mac Queen*.

21 *EuGH* Slg. 1984, 2971, Rs. 107/83, *Onno Klopp*.

22 *EuGH* Slg. 1988, 5483, Rs. 81/87, *Daily Mail*.

23 *EuGH* 16.12.2008, Rs. C-210/06, DB 2009, 52 m. Anm. *Brakalova/Barth* S. 213–217.

24 Streichung von § 5 Abs. 2 AktG.

25 Streichung von § 4 a Abs. 2 GmbHG.

26 *EuGH* Slg. 1999, I-1459 = NJW 1999, 2027 = AuR 1999, 282, Rs. C-212/97, *Centros*; abl. Anm. *Kindler*, NJW 1999, 1993.

27 *EuGH* 5.11.2002, Slg. 2002, I-9919 = AuR 2003, 157, Rs. C-208/00, *Überseering*.

28 *EuGH* 30.9.2003, Slg. 2003, I-10111, Rs. C-167/01, *Inspire Art*.

29 *Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl. 2006 S. 798, spricht sich entgegen der h. M. dafür aus, dass eine Auslandsgesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland schon heute von der Unternehmensmitbestimmung erfasst werde, weil die deutschen Mitbestimmungsgesetze hier eine planwidrige Regelungslücke enthielten, die zum Schutz der AN ausgefüllt werden müsse.

ständige Nebentätigkeit eines Kaufgeschäfts (z. B. Kauf mit Montage), so gilt nach Art. 28 EG der Grundsatz des freien Warenverkehrs. In Art. 50 EG ist definiert, was eine Dienstleistung ist. Es geht hier um gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten. Es muss sich um eine wirtschaftliche und entgeltliche Tätigkeit handeln, also nicht um karitative Tätigkeiten, auch nicht um den Unterricht an einer Privatschule. Geschützt ist heute die aktive wie passive Dienstleistungsfreiheit, also die Erbringung einer Leistung in einem anderen Mitgliedstaat ebenso wie die Entgegennahme einer Leistung aus einem anderen Mitgliedstaat (vgl. unten).

Nach dem Muster der Rspr. zu Art. 28 bis 36 und 39 EG sind nach Art. 49 EG neben den offenen und verdeckten Diskriminierungen auch sog. unterschiedslos anwendbare Regelungen verboten, wenn sie den freien Dienstleistungsverkehr beeinträchtigen. Der *EuGH* hat dies im Fall *Säger*³² festgehalten. In diesem Fall ging es um die Zulassung eines englischen UN zur Tätigkeit der Überwachung von Patentfristen in Deutschland. Nach deutschem, nicht aber nach britischem Recht musste man für diese Tätigkeit eine Genehmigung nach dem Rechtsberatungsgesetz nachweisen. Ein britisches UN, das eine solche Tätigkeit seit Jahren genehmigungsfrei ausgeübt hatte, musste nach der Entscheidung des *EuGH* in Deutschland zugelassen werden. Das deutsche Erfordernis einer Genehmigung wurde als Verstoß gegen Art. 49 EG angesehen. Dieses Erfordernis gelte zwar unterschiedslos für einheimische und für Bewerber aus anderen EG-Mitgliedstaaten, es beeinträchtige aber den freien Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten in unzulässiger Weise, weil es die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, ohne zwingende Gründe unterbinde oder behindere.

Einen starken Druck auf die Harmonisierung der Systeme der sozialen Sicherung übte der *EuGH* in den Fällen *Decker* und *Kohl*³³ aus. Bei *Decker* war die Kostenerstattung für den Kauf einer Brille in einem anderen Mitgliedstaat versagt worden, weil der Sozialversicherungsträger dies nicht zuvor erlaubt hatte – Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EG); bei *Kohl* war die Kostenerstattung einer Zahnbehandlung von der Genehmigung des Versicherungsträgers abhängig gemacht worden – Verstoß gegen Art. 43 und 50 EG (Dienstleistungsfreiheit). In den Entscheidungen *Vanbraeckel*³⁴ und *Smits und Peerboms*³⁵ ging es um die Frage, ob für Behandlungen in einem anderen EG-Mitgliedstaat von der inländischen Krankenkasse der höhere inländische oder der niedrigere Satz des anderen Mitgliedstaates zu zahlen sei. Der *EuGH* erklärte es für durch Art. 49 EG geboten, dass der höhere inländische Satz gezahlt wird.

Krankenkassen müssen heute eine Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat genehmigen, wenn sie gegenüber der im Inland gleichwertig ist und den inländischen Kostenrahmen nicht überschreitet. Allmählich hat der *EuGH* das Abwehrrecht gegen Benachteiligungen einer aus einem anderen EG-Mitgliedstaat stammenden Person in ein Teilhaberecht weiterentwickelt. Sozialleistungen eines Mitgliedstaats kommen auch Personen zugute, die aus einem anderen Mitgliedstaat stammen. Diese Ausweitung gelingt dem *EuGH* mit Hilfe des „Kunstgriffs“ der Entwicklung einer im EG-Vertrag nicht vorgesehenen „passiven“ Dienstleistungsfreiheit. Der Kunde kann auch zur Dienstleistung gehen, sie braucht nicht zu ihm zu kommen.

dd) Kapitalverkehrsfreiheit

Auch Kapital und Geld sollen nach Art. 56 EG frei zwischen den Mitgliedstaaten fließen können. Es geht vor allem um den freien Fluss von Geld und Sachkapital zu Anlage- und Investitionszwecken. Seit den Verträgen von Maastricht verbieten Art. 56–60 EG alle Be-

schränkungen des Kapital- und Zahlungsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten und im Verhältnis der Mitgliedstaaten zu Drittstaaten. Ausnahmen zu den Grundsätzen von Art. 56 gelten für steuerrechtliche Vorschriften (Art. 58), für bestehende andere Abmachungen mit Drittländern (Art. 57), für zulässige Beschränkungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit (Art. 58), für kurzfristige, vom Rat angeordnete und von der Kommission kontrollierte Schutzmaßnahmen mit einer Dauer von höchstens 6 Monaten bei außergewöhnlichen Störungen im Verkehr mit Drittländern (Art. 59), für Sanktionen gegen einen Drittstaat oder bei sonst. politischen Schwierigkeiten (Art. 60).

Eine Entwicklung in Richtung *Cassis de Dijon* nahm die *EuGH*-Rspr. zur Kapitalverkehrsfreiheit insbes. durch das Verbot von sog. Goldenen Aktien. Der durch die EU-Kommission ausgeübte politische Druck in Richtung auf Deregulierung und Privatisierung war durch die Mitgliedstaaten z. T. dadurch aufgefangen worden, dass sie z. B. ein Versorgungsunternehmen zwar teilweise oder überwiegend privatisierten, sich aber eine goldene Aktie zurückbehielten, die sie mit Mehrstimmrechten oder Vetorechten ausstatteten. Derartige goldene Aktien verbot der *EuGH* unter Berufung auf die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 56 EG. Das Argument, es gebe hier keine Diskriminierung von Kapitalanlegern aus anderen EU-Mitgliedstaaten, verwarf der *EuGH* unter Berufung auf die *Cassis-de-Dijon*-Rspr. zur unterschiedslosen Behandlung, die unzulässig sei, wenn sie nicht durch zwingende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werde. Eine Rechtfertigung lässt er nur noch in extremen Ausnahmefällen zu³⁶.

Die Entscheidungen des *EuGH* zur unterschiedslosen Behandlung wurden lange Zeit in ihrer weitreichenden Wirkung kaum beachtet. Selbst auf die Entscheidungen zu goldenen Aktien gab es nur wenige Reaktionen. Deutsche Mitbestimmungsträger und Gewerkschaften wurden erst aufmerksam, als die Kommission gegen das dt. *VW-Privatisierungsgesetz* und die in ihm enthaltenen Sonderbestimmungen zugunsten des Bundes, des Landes Niedersachsen und der Arbeitnehmervertreter im AR voring. Durch die „goldene Aktie“ mit Mehrstimmrecht für das Land Niedersachsen wird nach der Entscheidung des *EuGH* zum *VW-Privatisierungsgesetz* aus dem Jahre 2007³⁷ die Kapitalverkehrsfreiheit zwischen den Mitgliedstaaten verletzt, weil dies eine nicht durch zwingende Gründe des Gemeinwohls gebotene Einschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit darstelle. Der *EuGH* übernimmt die Rspr. zur unterschiedslosen Behandlung, entscheidet wie bei der Warenverkehrsfreiheit, ohne durch den EG-Vertrag hierzu ermächtigt zu sein, selbst darüber, was zwingende Gründe des Gemeinwohls sind, und lehnt die von Deutschland vorgebrachten sozialen Argumente (Schutz der AN) ab. Er übergeht die Tatsache, dass nach dem *VW-Privatisierungsgesetz* ausländische Kapitalgeber nicht anders als inländische behandelt, also nicht diskriminiert werden.

30 Nicht besetzt.

31 Nicht besetzt.

32 *EuGH* Slg. 1991, I-4221, Rs. C-76/90, *Säger*.

33 *EuGH* Slg. 1998, I-1931, Rs. C-158/96 = AuR 1008, 253, *Kohl*.

34 *EuGH* Slg. 2001, I-5363, 12.7.2001, Rs. C-368/98, *Vanbraeckel*.

35 *EuGH* Slg. 2001, I-5473, 12.7.2001, Rs. C-157/99, *Smits* und *Peerboms*.

36 Vgl. *EuGH* Slg. 2002, I-4731; Slg. 2002, I-4781; Slg. 2002, I-4809, Slg. 2003, I-4581; Slg. 2003, I-4641; Slg. 2006, I-9141 = NZG 2006, 942, *Goldene Aktie* I–VI.

37 *EuGH* 23.10.2007, Rs. C-112/05, *VW-Privatisierung*.

ee) Zwischenergebnis

Der *EuGH* nimmt seine *Cassis-de-Dijon*-Rspr. zum Ausgangspunkt für eine Ausweitung der anderen Marktfreiheiten, d. h. Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit. Während er die Warenverkehrsfreiheit immerhin noch durch die *Keck*-Rspr. einschränkt, unterlässt er dies bei den anderen Marktfreiheiten. Einschränkungen auch der sog. unterschiedslosen Behandlung rechtfertigt er nur noch im Rahmen einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung. Er setzt damit das Herkunftslandsprinzip für alle Marktfreiheiten durch. Zum einen mutiert der *EuGH* damit zu einer Oberrevisionsinstanz gegenüber den Mitgliedstaaten. Zum andern wird durch den *EuGH* mit der Kontrolle der unterschiedslosen Behandlung bei den Marktfreiheiten und dem Herkunftslandsprinzip die Politik der EU grundlegend umgestaltet. Nicht mehr Harmonisierung des Rechts der Mitgliedstaaten ist heute das Ziel, sondern Gesetzgebungswettbewerb. Nach dem Herkunftslandsprinzip soll sich das erfolgreichste Recht durchsetzen. Der Erfolg wird an den Interessen der Kapitaleigner und Investoren ausgerichtet. Es besteht heute die Gefahr einer „Delawarisierung“ des europäischen Gesellschaftsrechts, d. h., der niedrigste Standard eines Mitgliedstaats setzt sich durch, und dies nicht nur beim Verbot goldener Aktien und bei den Mindestkapitalvorschriften, sondern auch bei Gläubigerschutz und Mitbestimmung. „Vorbild“ ist das Gesellschaftsrecht des US-amerikanischen Bundesstaats Delaware. Viele große amerikanische Gesellschaften haben das zur Ausschaltung von Aktionärsminderheiten, zur Minimierung der Publizität, zur Vermeidung von Steuern und zur Entrechtung von Gläubigern offenbar am meisten geeignete Recht von Delaware übernommen³⁸.

c) Die Marktfreiheiten als vorrangige Grundrechte in der jüngsten Rechtsprechung des EuGH

Im Fall *Bosman* (vgl. o.) hatte der *EuGH* bereits die Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit aus Art. 39 EG gegenüber Privaten deklariert. Einschränkungen der Freizügigkeit misst er restriktiv seitdem am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Nur zwingende Gründe des Gemeinwohls rechtfertigen eine Einschränkung. Diese Rspr. blieb zuerst auf Art. 39 EG beschränkt.

Wenn ein Mitgliedstaat zum Schutz eines Grundrechts eine Einschränkung einer Marktfreiheit vornimmt, nahm der *EuGH* bisher eine Abwägung zwischen Grundrecht und Marktfreiheit vor. Im Fall *Schmidberger*³⁹ hatte er 2003 über die Schadenersatzklage eines Transportunternehmers gegen Österreich zu entscheiden, das eine fast 30-stündige Verkehrsblockade der Brennerautobahn durch eine Demonstration genehmigt hatte. Der *EuGH* verneinte eine Staatshaftung, weil er bei Abwägung der in Art. F Abs. 2 des EU-Vertrages als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts anerkannten Grundrechte der Mitgliedstaaten, hier die österreichische Meinungsäußerungsfreiheit und Demonstrationsfreiheit, mit der in Art. 28 EG geschützten Warenverkehrsfreiheit keinen Verstoß erkennen konnte. 2004 bestätigte der *EuGH* im Fall *Omega*⁴⁰ ein Verbot von Spielen mit simulierten Tötungshandlungen, das die Stadt Bonn mit der Verteidigung der Menschenwürde begründet hatte.

Diese Zurückhaltung des *EuGH* beim Eingriff in Grundrechte endete 2007 in den Entscheidungen *Viking*⁴¹ und *Laval*⁴². Bei *Viking* ging es bekanntlich um Tarifflicht eines finnischen UN gegenüber seinen Beschäftigten durch Sitzverlegung (Umflagung) der Fähre Rosella nach Estland, bei *Laval*, einer lettischen Bauunternehmung, um das Verbot von Abwehrmaßnahmen schwedischer AN gegen von *Laval* nach den niedrigeren lettischen TV bezahlte Arbeit in Schweden. Die EU-Mitgliedstaaten dürfen, so der *EuGH*, die Dienstleis-

tungs- und Niederlassungsfreiheit nur aus zwingenden Gründen des Gemeinwohls einschränken. Jeden Streik und jeden TV überprüft der *EuGH* zu Lasten der jeweiligen Mitgliedstaaten im Streitfall hochnotpeinlich darauf, ob die jeweiligen Gründe auch wirklich zwingend sind. Streikfreiheit und Tarifautonomie werden danach nicht um ihrer selbst willen geschützt, sondern lediglich bei der Prüfung der zwingenden Gründe des Gemeinwohls in Erwägung gezogen und hier im Ergebnis hintangestellt. Sein Eingriff in die Arbeits- und Wirtschaftsverfassung der EU-Mitgliedstaaten erreichte die „Herzkammern“ der Gewerkschaftsfreiheit, das Streikrecht und die Gegenwehr gegen Lohndumping durch Boykott.

Die *EuGH*-Entscheidungen *Viking* und *Laval* messen der Niederlassungsfreiheit (*Viking*) und der Dienstleistungsfreiheit (*Laval*) ohne Rechtfertigung durch den EG-Vertrag einen systematischen Vorrang vor Streikfreiheit und Tarifautonomie in den EU-Mitgliedstaaten zu. Eine Abwägung des in Finnland und Schweden anerkannten Grundrechts von kollektiven Kampfmaßnahmen wie Streik und Boykott mit den Marktfreiheiten der Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit findet nicht mehr statt. Der *EuGH* postuliert stattdessen einen systematischen Vorrang der Marktfreiheiten vor den Grundrechten. Im Fall *Viking* versteigt er sich sogar zu der Feststellung, auch die Menschenwürde werde durch die Marktfreiheiten eingeschränkt⁴³. In beiden Fällen bejaht er eine Drittwirkung der Marktfreiheiten gegenüber Privaten im Arbeitskampf. Damit stellt er die Rspr. des *BVerfG* auf den Kopf, das eine Drittwirkung der Koalitions- und Streikfreiheit bejaht⁴⁴, diese aber bei den übrigen Grundrechten verneint⁴⁵ und im Übrigen Grundrechtskollisionen im Wege der praktischen Konkordanz⁴⁶ und nicht im Wege der systematischen Unterordnung eines Grundrechts unter das andere bewältigt.

Die „Landnahme“ des *EuGH* geht weiter. Deutsche Tarifreugesetze hält er seit 2008 im Fall *Rüffert*⁴⁷ unter Berufung auf die *Laval*-Entscheidung für eine Verletzung der Entsenderichtlinie, die er im Lichte der Dienstleistungsfreiheit einschränkt. Die *Rüffert*-Entscheidung des *EuGH* zugunsten der Entsendung von AN eines polnischen UN im Wege des Lohndumping steht im Konflikt zur Rspr. des *BVerfG*⁴⁸, das hier den Schutz des Tarifvertragssystems unter Berufung auf das Sozialstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 1 GG für vorrangig erklärt hat. Sie ist schon juristisch-handwerklich bedenklich, weil sie nicht berücksichtigt, dass der Vertrag mit dem entsendenden UN, der gegen die Entsenderichtlinie und die Niederlassungsfreiheit verstoßen soll, im Jahre 2003 abgeschlossen wurde, als Polen noch nicht Mitglied der EU war⁴⁹. Die Rspr. des *BVerfG* wird in der

38 Vgl. zu Delaware schon *Merkt*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 1991, Rn. 168 ff.

39 *EuGH* 12.6.2003, Slg. I-5659 = AuR 2003, 319, Rs. C-112/00, *Schmidberger*.

40 *EuGH* 14.10.2004, Slg. 2004, I-9609, Rs. C-36/02, *Omega*.

41 *EuGH* 11.12.2007, Rs. C-438/05, *Viking*, Fn. 1.

42 *EuGH* 18.12.2007, Rs. C-341/05, *Laval*, Fn. 2.

43 Vgl. *Däubler*, ITF-Aktionen gegen Billig-Flaggen-Schiffe – im Widerspruch zum EG-Recht? AuR 2008, 409–417; *Kocher*, Kollektivverhandlungen und Tarifautonomie – welche Rolle spielt das europäische Recht? AuR 2008, 13; *Joerges-Rödl*, Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rspr. im Umgang mit dem „sozialen Defizit“ des Integrationsprojekts. Ein Beitrag aus Anlass der Urteile des *EuGH* in den Rechtsachen *Viking* und *Laval*, ZERP-Diskussionspapier 2/2008, S. 13 ff.

44 Vgl. *BVerfGE* 84, 212, 225, st. Rspr.; ErfK-*Dieterich* Art. 9 GG Rn. 42 mwN.

45 Vgl. schon *BVerfGE* 7, 198 *Lüth*, st. Rspr.

46 Vgl. *BVerfGE* 39, 1, 43 – Schwangerschaftsabbruch I und *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1999 Rn. 317 ff.

47 *EuGH* 3.4.2008, Rs. C-346/06, *Rüffert*, Fn. 3.

48 *BVerfGE* 116, 202 = NJW 2007, 51.

49 Vgl. *Hanau*, NZA 2008, 751.

Entscheidung nicht einmal erwähnt. Die *EuGH*-Rspr. wird sich aber auf den Anwendungsvorrang des europäischen Gemeinschaftsrechts gegenüber Deutschland und seinen Bundesländern berufen. Bei Nichtbefolgung der *EuGH*-Vorgaben drohen den deutschen Bundesländern Schadensersatzklagen.

Noch bedenklicher ist eine weitere *EuGH*-Entscheidung aus dem Jahre 2008 gegen das Arbeitnehmerschutzrecht von Luxemburg⁵⁰. Mit einer akribischen Analyse aller potenziellen Einwände gegen Einzelregelungen des luxemburgischen Entsendegesetzes zeigt der *EuGH*, dass er die Dienstleistungsrichtlinie äußerst extensiv iSd. Dienstleistungsfreiheit interpretiert. So hatte Luxemburg z. B. verlangt, dass die Vorgaben der Nachweisrichtlinie sowie der Richtlinien über Teilzeit und Befristung auch von den entsendenden UN einzuhalten waren, was im Einzelfall überprüft werden konnte. Es gab eine doppelte Kontrolle, eine durch den Entsendestaat und eine durch den Aufnahmestaat. Der *EuGH* hält dies für einen unzulässigen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit. Er fällt bei der Interpretation der Dienstleistungsrichtlinie in die Bolkesteinzeit⁵¹ zurück und ignoriert die Verbesserungen, die das Parlament am ursprünglichen Kommissionsentwurf durchgesetzt hat, bei der heutigen Interpretation der Entsenderichtlinie.

Angesichts dieser Entscheidungen erscheint es sehr fraglich, ob die Voraussetzungen noch gegeben sind, unter denen das *BVerfG* auf eine Überprüfung von Rechtsakten der Gemeinschaft am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes verzichtet hat. Diese „Bedingung“ ist in der sog. Solange-II-Entscheidung formuliert⁵² und in der sog. Maastricht-Entscheidung v. 1993 aufrechterhalten worden⁵³. Solange die Europäischen Gemeinschaften, insbes. die Rspr. des *EuGH*, einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, wird das *BVerfG* demnach seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des GG überprüfen. Das *BVerfG* geht von einer kooperativen Arbeitsteilung aus, wonach der *EuGH* den Grundrechtsschutz im Einzelfall übernimmt. Es macht von seinen Kompetenzen wieder Gebrauch, wenn der EG-Grundrechtsschutz „generell“ hinter dem deutschen Niveau zurückbleibt, insbes. den Wesensgehalt der Grundrechte nicht mehr wahrt⁵⁴. Es fragt sich, ob dieser Fall 2007 eingetreten ist.

3. Perspektiven

Der *EuGH* hat den Anwendungsbereich der Marktfreiheiten, insbes. der Niederlassungs-, Kapitalverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit, unter Bezugnahme auf seine in der *Cassis-de-Dijon*-Entscheidung zur Warenverkehrsfreiheit entwickelten Kontrolle der sog. unterschiedslosen Behandlung so sehr ausgeweitet, dass der Schutz wichtiger Grundrechte wie des Streikrechts, ja sogar der Menschenwürde beeinträchtigt ist. Einen allgemeinen Schutz des Sozialstaatsprinzips kennt der *EuGH* ohnehin nicht. Mit den Entscheidungen *Viking*, *Laval*, *Rüffert* und *Luxemburg* will der *EuGH* ohne gemeinschaftsrechtliche Legitimation dem Streikrecht, der Tarifautonomie und den sozialstaatlichen Schutznormen der Mitgliedsstaaten auch dort Grenzen setzen, wo diese wie in Deutschland in der Verfassung Vorrang genießen⁵⁵. Dort, wo diese Rechte und Schutznormen ohnehin bislang nur kümmerlich gewachsen sind, etwa in vielen der mittel- und osteuropäischen Staaten, lösen die *EuGH*-Entscheidungen politische Reflexwirkungen aus und bedrohen die Entwicklung von Gewerkschafts- und Tarifrechten. Dies ist ein unter Berufung auf *Cassis-de-Dijon* selbstgeschaffenes Recht des *EuGH*, das nicht mehr durch die Bestimmungen des EG-Vertrages gedeckt ist, denn dort ist nichts zum Verhältnis der Grundrechte der Mitgliedstaaten zu den EU-Marktfreiheiten ausgesagt. Der *EuGH* entscheidet letztinstanzlich. Gegen seine Entscheidungen gibt es keine Rechtsmittel mehr. Eine Änderung der Rspr. ist in absehbarer Zeit nicht zu erwarten. Ihre Fortsetzung ist aber nicht länger hinnehmbar. Erforderlich ist daher eine grundlegende Reform der europäischen Institutionen und eine Präzisierung der Vorgaben, an die sich der *EuGH* zu halten hat, d. h. des Vorrangs von Grundrechten wie Streikfreiheit und Menschenwürde sowie des Sozialstaatsprinzips gegenüber den Marktfreiheiten.

50 *EuGH* 19.6.2008, Rs. C-319/06, Luxemburg.

51 Kommissar *Bolkestein* war für den ursprünglichen Entwurf der Dienstleistungsrichtlinie verantwortlich, der dann vom Parlament modifiziert wurde.

52 *BVerfGE* 73, 339 ff.

53 *BVerfGE* 89, 155.

54 Vgl. *Däubler*, *AuR* 2008, 409–417.

55 Art. 1 GG, der die Menschenwürde sichert, kann auch durch Verfassungsänderung nicht abgeschafft werden (Art. 79 Abs. 3 GG).