

zu § 3 Die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 ff. EGV / 45 ff. AEUV)

Schema 4

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit

I. Schutzbereich

1) Zeitlicher Schutzbereich

- Für Arbeitnehmer aus den neuen Mitgliedstaaten kann der Zugang zum Arbeitsmarkt in den alten Mitgliedstaaten nach den *Übergangsregelungen im Beitrittsvertrag*¹ für maximal 7 Jahre beschränkt werden.

2) Persönlicher Schutzbereich

- a) Staatsangehörige der Mitgliedstaaten
- b) Juristische Personen ("Gesellschaften") als **Arbeitgeber** in den Mitgliedstaaten
 - EuGH, Rs. C-350/96, Clean Car Autoservice

Exkurs: Der Schutz der **Familienangehörigen** der Arbeitnehmer

- Familienangehörige haben keine eigenen Rechte aus Art. 39 EGV, wohl aber aus der Rechtsstellung des Arbeitnehmers "abgeleitete" Rechte nach *VO 1612/68*², *VO 1408/71*³ (demnächst abgelöst durch *VO 883/2004*⁴) und nach *RL 2004/38/EG*⁷ (auf Familiennachzug, abhängige Erwerbstätigkeit, Zugang zu Bildungs- und Ausbildungseinrichtungen, soziale und steuerliche Vergünstigungen)
- dies gilt auch für Familienangehörige aus Drittstaaten (Nicht-Mitgliedstaaten)

Exkurs: Freizügigkeit der Staatsangehörigen von Drittstaaten nach besonderen völkerrechtlichen Verträgen

- Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 28 EWRV (in der Gewährleistung identisch mit Art. 39 EGV)
- Freizügigkeitsrechte aus dem Assoziierungsabkommen mit der Türkei von 1963 (in Verbindung mit den Beschlüssen des dort eingerichteten Assoziationsrates)
- Freizügigkeitsrechte aus dem Freizügigkeitsabkommen mit der Schweiz von 1999

3) Sachlicher Schutzbereich

- a) **Grenzüberschreitender Sachverhalt** (→ Gemeinschaftsbezug)
 - Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat (auch als Pendler) oder Rückkehr nach Tätigkeit oder Erwerb von Qualifikationen in einem anderen Mitgliedstaat
- b) **Arbeitnehmereigenschaft** (vgl. Art. 39 I EGV⁵)
 - weiter, *gemeinschaftsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff* (EuGH, Rs. 66/85, *Lawrie-Blum*); auch bei geringfügiger Tätigkeit, solange diese nicht völlig unwesentlich und untergeordnet ist (EuGH, Rs. 197/86, *Brown*); auch bei kurzzeitiger Unterbrechung der Tätigkeit zur Weiterqualifizierung (EuGH, Rs. 39/86, *Lair*)

¹ Siehe Art. 24 der Beitrittsakte i.V.m. den jeweiligen Ziffern 1 der Anhänge V - XIV. Für Arbeitnehmer aus Bulgarien und Rumänien gelten die Bedingungen nach Art. 23 der Beitrittsakte für diese Staaten i.V.m. den Ziffern 1 der Anhänge VI und VII.

² **Verordnung (EWG) Nr. 1612/68** über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft.

³ **Verordnung (EWG) Nr. 1408/71** über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern.

⁴ **Verordnung (EG) Nr. 883/2004** zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit. Die Verordnung wird gemäß ihrem Art. 91 erst ab dem Inkrafttreten der geplanten Durchführungsverordnung angewendet.

⁵ Zukünftig Art. 45 I des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

- Voraussetzungen:
 - aa) Erbringung wirtschaftlicher Leistung
 - weiter Begriff; auch Profisport (EuGH, Rs. C-415/93, Bosman)
 - auch "unsittliche" aber erlaubte Tätigkeiten wie Prostitution (EuGH, Rs. C-268/99, Jany)
 - bb) Unselbständige Tätigkeit (Weisungsgebundenheit)
 - hier Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit unter umfassender Berücksichtigung aller Elemente des Verhältnisses zwischen den Vertragsparteien (z.B. Beteiligung am Unternehmensrisiko, freie Gestaltung der Arbeitszeit, freier Einsatz eigener Hilfskräfte)
 - cc) Vergütung als Gegenleistung
 - muss nicht allein für den Lebensunterhalt ausreichen
- c) **Geschützte Verhaltensweisen** (vgl. insbesondere Art. 39 III EGV⁶)
 - aa) Zugang zur Beschäftigung
 - Bewerbung (Art. 39 III lit. a EGV)
 - Aufenthalt zwecks Stellensuche (Art. 39 III lit. b EGV)
 - unzureichend konkretisiert in *RL 2004/38/EG*⁷; vorausgesetzt aber nicht geregelt in *VO 1612/68*
 - noch ungeklärt: geschützte Dauer dieses Aufenthalts (EuGH, Rs. C-292/89, Antonissen: 6 Monate sind ausreichend; siehe jetzt aber Art. 14 IV lit. b *RL 2004/38/EG*)
 - bb) Ausübung einer Beschäftigung (Art. 39 III lit. c)
 - auch Aufenthalt zur Ausübung der Beschäftigung (ebenfalls konkretisiert in *RL 2004/38/EG*, insbes. Art. 7 I)
 - beachte: Aufenthaltserlaubnis nach mitgliedstaatlichem Recht hat lediglich deklaratorischen Charakter (vgl. bereits EuGH, Rs. 48/75, Royer)
 - cc) Aufenthalt nach Beendigung einer Beschäftigung (Art. 39 III lit. d)
 - konkretisiert in *VO 1251/70*⁸ und Art. 7 III *RL 2004/38/EG*
 - dd) Annex: geschützte Verhaltensweisen der Familienangehörigen (*VO 1612/68*, *RL 2004/38/EG*)
 - insbes. Aufenthaltsrecht nach Art. 7 I lit. d, II, IV *RL 2004/38/EG*
- d) **Keine Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung** (Art. 39 IV EGV⁹)
 - enger, *gemeinschaftsrechtlicher Begriff der öffentlichen Verwaltung*: nur "diejenigen Stellen..., die eine unmittelbare oder mittelbare *Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse* und an der Wahrnehmung solcher Aufgaben mit sich bringen, die auf die Wahrung der allg. Belange des Staates oder anderer öff. Körperschaften gerichtet sind und die deshalb ein *Verhältnis besonderer Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat* sowie die Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten voraussetzen, die dem Staatsangehörigkeitsband zugrunde liegen" (EuGH, Rs. 66/85, *Lawrie-Blum*)
 - keine "öffentliche Verwaltung" in diesem Sinne: Einrichtungen der Daseinsvorsorge (z.B. Energieversorgung, Verkehrswesen) sowie Kultur-, Bildungs- und Forschungseinrichtungen
 - trotz Art. 39 IV EGV im öffentlichen Dienst Beschäftigte müssen nach Art. 7 VO 1612/68 gleiche Entlohnung und Arbeitsbedingungen erhalten (EuGH, Rs. 152/73, *Sotgiu*)

II. Beeinträchtigungen

1) Handeln eines Adressaten der Arbeitnehmerfreizügigkeit

- a) Handeln eines **Mitgliedstaates**
- b) Handeln eines **Organes oder einer Einrichtung der Gemeinschaft/Union**
- c) Handeln eines an die Arbeitnehmerfreizügigkeit **gebundenen Privaten**
 - Private können auch indirekt, durch Sekundärrecht, gebunden sein; beachte etwa das Verbot der Diskriminierung in Kollektiv- und Einzelarbeitsverträgen nach Art. 7 IV VO 1612/68
- aa) Kollektive Regelungen privater Verbände im Bereich des Arbeitslebens
 - grundlegend EuGH, Rs. 36/74, *Walrave und Koch*
 - auch Transferbeschränkungen und Ausländerklauseln im Profi-Sport (EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*)

⁶ Zukünftig Art. 45 III AEUV.

⁷ **Richtlinie 2004/38/EG** über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG und anderer Richtlinien [**Freizügigkeitsrichtlinie**].

⁸ **Verordnung (EWG) Nr. 1251/70** über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu verbleiben.

⁹ Zukünftig Art. 45 IV AEUV.

- bb) Tarifverträge
 - siehe EuGH, Rs. 36/74, Walrave und Koch; Rs. C-341/05, Laval
- cc) Allgemeine Regelungen von Arbeitgebern, wenn sie diskriminierend wirken
 - siehe EuGH, Rs. C-281/98, *Angonese*; SKEPSIS IN DER LITERATUR

2) Qualifizierbarkeit des Handelns als Diskriminierung oder Beschränkung

a) Diskriminierungen

- aa) Offene Diskriminierungen (vgl. Art. 39 II EGV¹⁰)
 - vgl. auch - aus dem Sekundärrecht - Art. 1 II, 2, 5 - 9 VO 1612/68
 - insbesondere *Schlechterstellung* (auch der Familien) *bei sozialen und steuerlichen Vergünstigungen*
 - siehe dazu Art. 7 II VO 1612/68 (mit umfangreicher Rechtsprechung des EuGH sowie die Wanderarbeitnehmerverordnung (VO 1408/71)³ bzw. zukünftig VO 883/2004⁴)
- bb) Versteckte Diskriminierungen
 - zumeist durch Regelungen, welche berufliche Qualifikationen, Sprachkenntnisse oder (z.B. für Sozialleistungen) einen Wohnsitz im Inland fordern
 - können bei Vergünstigungen zu einem *Anspruch auf die Leistung* führen

b) Unterschiedslose Beschränkungen

- aa) Weiter Begriff der Beeinträchtigung nach der **Bosman-Formel** des EuGH (Rs. C-415/93):
"Bestimmungen, die einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, stellen ... Beeinträchtigungen dieser Freiheit dar, auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer Anwendung finden"
- bb) Korrigierende Einschränkung des Begriffs durch die **Graf-Formel** des EuGH (Rs. C-190/98):
Auswirkung darf *weder zu ungewiss noch zu indirekt* sein, um den Zugang zum Arbeitsmarkt zu beeinflussen.

III. Rechtfertigung der Beeinträchtigung durch Schranken

1) Rechtfertigung durch die Schranke in Art. 39 III EGV¹¹

- a) Anwendbarkeit der Schranke in Art. 39 III EGV
 - aa) Bei Beeinträchtigungen der Rechte nach Art. 39 III EGV
 - bb) Auch bei Beeinträchtigungen anderer geschützter Positionen?
 - z.B. bei Diskriminierungen im Sinne des Art. 39 II EGV?
 - α) TEIL DER LITERATUR: (-), wegen der systematischen Stellung der Schranke
 - β) ANDERER TEIL DER LITERATUR: (+), da die Arbeitnehmerfreiheit als einheitliche GF gewährleistet ist; außerdem spricht die Konvergenz der GF für eine Anwendung der Schranke der öffentlichen Ordnung auf die gesamte Arbeitnehmerfreiheit
- b) Erfüllung der Voraussetzungen der Schranke in Art. 39 III EGV
 - aa) Maßnahme aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit
 - nur aus *nicht-wirtschaftlichen Gründen*; Konkretisierung in **Art. 27 ff. RL 2004/38/EG**
 - Rückgriff auf "öffentliche Ordnung" nur bei tatsächlicher und hinreichend schwerer Gefährdung eines Grundinteresses der Gesellschaft durch das *persönliche Verhalten des Betroffenen* (EuGH, Rs. 30/77, Boucherau; vgl. jetzt Art. 27 II UA 2 RL 2004/38/EG)
 - Mitgliedstaat kann im Einzelfall den Herkunftsstaat und andere Mitgliedstaaten um Auskünfte über das Vorleben des Betroffenen in strafrechtlicher Hinsicht ersuchen, Art. 27 III
 - bb) Fehlen von Regelungen zum Schutz dieser Rechtsgüter im Recht der Union
 - sonst Rechtfertigung der Beeinträchtigung nur nach diesen Regelungen
 - siehe insbesondere VO 1612/68, VO 1251/70, VO 1408/71, RL 2004/38/EG
- c) Beachtung der Schranken-Schranken
 - aa) Verhältnismäßigkeit der Beeinträchtigung
 - α) Zulässiger Zweck der Maßnahme
 - ausschließlich der Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit!
 - β) Geeignetheit der Maßnahme

¹⁰ Zukünftig Art. 45 II AEUV.

¹¹ Zukünftig Art. 45 III AEUV.

γ) Erforderlichkeit der Maßnahme

- insbes.: gibt es Alternativen zur Ausweisung?

δ) Angemessenheit der Maßnahme

- für Ausweisungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit konkretisiert in Art. 28 RL 2004/38/EG:
 - Ausweisung nur unter besonderer Berücksichtigung der Aufenthaltsdauer, des Alters und Gesundheitszustands des Betroffenen, seiner familiären und wirtschaftlichen Lage, sozialen und kulturellen Integration und (möglicherweise reduzierten) Bindungen zum Herkunftsstaat, Art. 28 I
 - Ausweisung von Personen mit Daueraufenthaltsrecht nur aus schwerwiegenden Gründen, Art. 28 II
 - Ausweisung von langzeitansässigen oder minderjährigen Unionsbürgern nur aus zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit, Art. 28 III
- für Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit konkretisiert in Art. 29 RL 2004/38/EG:
 - Beschränkungen der Freizügigkeit nur bei Krankheiten mit epidemischem Potenzial, Art. 29 I
 - Erkrankungen, die erst drei Monate nach der Einreise auftreten, kein Ausweisungsgrund, Art. 29 II

bb) Kein Verstoß gegen Grundrechte

cc) Kein Verstoß gegen sonstiges Primär- oder Sekundärrecht der Union

2) Rechtfertigung durch die immanenten Schranken der Arbeitnehmerfreizügigkeit

- a) Anwendbarkeit der immanenten Schranken: nur bei unterschiedslos geltenden Maßnahmen (versteckten Diskriminierungen und Beschränkungen)
- nicht bei offenen Diskriminierungen
- b) Voraussetzungen der immanenten Schranken: Verfolgung *zwingender öffentlicher Interessen*
- Terminologie des EuGH: "aus *zwingenden Gründen des Allgemeininteresses* gerechtfertigt" (Rs. C-415/93, *Bosman*)
 - nur Maßnahmen zur Verfolgung nicht-wirtschaftlicher öffentlicher Interessen
 - Beispiele: Maßnahmen zum Erhalt funktionierender Sozialleistungssysteme, zum Schutz des Sports (auch des sportlichen Wettbewerbs), zum Schutz vor der missbräuchlichen Führung akademischer Grade, zum Arbeitnehmerschutz und Verbraucherschutz
- c) Beachtung der Schranken-Schranken (siehe oben)
- insbesondere Angemessenheit der Maßnahme zur Verfolgung der zwingenden öffentlichen Interessen (in der Regel nicht gegeben bei Verlangen eines Wohnsitzes im Inland)
 - insbesondere kein Verstoß gegen *berufsbezogene Harmonisierungsvorschriften* des Gemeinschaftsrechts oder *Regelungen zur gegenseitigen Anerkennung von Diplomen* und anderen Befähigungsnachweisen (siehe insbes. RL 2005/36/EG¹² und RL 1998/5/EG¹³)

Vertiefungshinweis: *Becker*, in: Ehlers (Herausgeber), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Auflage 2005 = Ehlers (Herausgeber), European Fundamental Rights and Freedoms, 2007, jeweils § 9; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 1, 2004, Randnummern 1112 ff.; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 5. Auflage 2006, Randnummern 760 ff. Siehe auch die Schemata bei *Frenz*, Randnummer 1203, und *Streinz*, Europarecht, 6. Auflage 2003, Randnummer 766.

(Datei: Schema 4 (EU-Personenverkehr))

¹² **Richtlinie 2005/36/EG** über die Anerkennung von Berufsqualifikationen. Sie enthält allgemeine Regelungen (insbes. zur Anerkennung von Ausbildungsnachweisen und Berufserfahrung) und spezielle Regelungen betreffend Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Krankenschwestern, Hebammen, Apotheker und Architekten.

¹³ Richtlinie 98/5/EG zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde.