

zu § 9 Die Arbeitnehmerfreizügigkeit (45 ff. AEUV, früher 39 ff. EGV)

## Schema 8

### Die Arbeitnehmerfreizügigkeit

#### I. Schutzbereich

##### 1) Zeitlicher Schutzbereich

- Für Arbeitnehmer (= AN) aus den neuen Mitgliedstaaten konnte bzw. kann der Zugang zum Arbeitsmarkt in den alten Mitgliedstaaten nach den *Übergangsregelungen im Beitrittsvertrag*<sup>1</sup> für maximal 7 Jahre beschränkt werden.

##### 2) Persönlicher Schutzbereich

###### a) Staatsangehörige der Mitgliedstaaten

- Exkurs: *Familienangehörige* von AN haben keine Rechte aus Art. 45 AEUV<sup>2</sup>, wohl aber aus der Rechtsstellung des AN "abgeleitete" Rechte nach VO 492/2011<sup>3</sup>, VO 883/2004<sup>4</sup> und RL 2004/38/EG<sup>7</sup>; dies gilt auch für Familienangehörige aus Drittstaaten (Nicht-Mitgliedstaaten)
- Exkurs: *Staatsangehörige aus einigen Drittstaaten* genießen Freizügigkeit nach besonderen völkerrechtlichen Verträgen (z.B. nach Art. 28 EWRV, dem Assoziierungsabkommen mit der Türkei von 1963 und dem Freizügigkeitsabkommen mit der Schweiz von 1999)

###### b) Juristische Personen ("Gesellschaften") als **Arbeitgeber** in den Mitgliedstaaten

- EuGH, Rs. C-350/96, Clean Car Autoservice

##### 3) Sachlicher Schutzbereich

###### a) Grenzüberschreitender Sachverhalt (→ Unionsbezug)

- Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat (auch als Pendler) oder Rückkehr nach Tätigkeit oder Erwerb von Qualifikationen in einem anderen Mitgliedstaat

###### b) **Arbeitnehmereigenschaft** (vgl. Art. 45 I AEUV<sup>5</sup>)

- weiter, *unionsrechtlicher 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*)

###### aa) Erbringung wirtschaftlicher Leistung

- weiter Begriff; auch Profisport (EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*)

###### 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

<sup>1</sup> Siehe für die neuen Mitgliedstaaten der Osterweiterung 2004 Art. 24 der Beitrittsakte i.V.m. den jeweiligen Ziffern 1 der Anhänge V - XIV. Für AN aus Bulgarien und Rumänien gelten die Bedingungen nach Art. 23 der Beitrittsakte für diese Staaten i.V.m. den jeweiligen Ziffern 1 der Anhänge VI und VII.

<sup>2</sup> Früher (bis zum Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon) Art. 39 EGV.

<sup>3</sup> Verordnung (EU) Nr. 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (ersetzt VO 1612/68).

<sup>4</sup> Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit; siehe auch Durchführungsverordnung (Nr. 987/2009).

<sup>5</sup> Früher Art. 39 I EGV.

- c) **Geschützte Verhaltensweisen** (vgl. insbesondere Art. 45 III AEUV<sup>6</sup>)
- aa) Zugang zur Beschäftigung
    - Bewerbung (Art. 45 III lit. a AEUV)
    - Aufenthalt zwecks Stellensuche (Art. 45 III lit. b AEUV)
      - unzureichend konkretisiert in *RL 2004/38/EG*<sup>7</sup>; noch ungeklärt: geschützte Dauer dieses Aufenthalts (siehe Art. 14 IV lit. b *RL 2004/38/EG*)
  - bb) Ausübung einer Beschäftigung (Art. 45 III lit. c)
    - auch Aufenthalt zur Ausübung einer Beschäftigung (konkretisiert in *RL 2004/38/EG*, insbes. Art. 7 I lit. a)
  - cc) Aufenthalt nach Beendigung einer Beschäftigung (Art. 45 III lit. d)
    - konkretisiert in *Art. 7 III* und *17 RL 2004/38/EG*
  - dd) Annex: geschützte Verhaltensweisen der Familienangehörigen (VO 492/2011, *RL 2004/38/EG*)
- d) **Keine Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung** (Art. 45 IV AEUV<sup>8</sup>)
- enger, *unionsrechtlicher 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 zugrundeliegen" (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. 45 IV AEUV im öffentlichen Dienst Beschäftigte müssen nach Art. 7 VO 492/2011 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 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 492/2011
- 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*)
- 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. 45 II AEUV<sup>9</sup>)
    - vgl. auch - aus dem Sekundärrecht - Art. 1 II, 2, 5 - 9 VO 492/2011
    - insbesondere *Schlechterstellung* (auch der Familien) *bei sozialen und steuerlichen Vergünstigungen*
      - siehe dazu Art. 7 II VO 492/2011 (mit umfangreicher Rechtsprechung des EuGH) und VO 883/2004<sup>4</sup>
  - 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

<sup>6</sup> Früher Art. 39 III EGV.

<sup>7</sup> **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*].

<sup>8</sup> Früher Art. 39 IV EGV.

<sup>9</sup> Früher Art. 39 II EGV.

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. 45 III AEUV<sup>10</sup>

- a) Anwendbarkeit der Schranke in Art. 45 III AEUV
- aa) Bei Beeinträchtigungen der Rechte nach Art. 45 III AEUV
- bb) Auch bei Beeinträchtigungen anderer geschützter Positionen?
- z.B. bei Diskriminierungen im Sinne des Art. 45 II AEUV?
- α) TEIL DER LITERATUR: (-), wegen der systematischen Stellung der Schranke
- β) ANDERER TEIL DER LITERATUR: (+), da die Arbeitnehmerfreizügigkeit 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. 45 III AEUV
- aa) Maßnahme aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit
- nur aus *nicht-wirtschaftlichen Gründen*; beachte die 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)
- bb) Fehlen von Regelungen zum Schutz dieser Rechtsgüter im Recht der Union
- sonst Rechtfertigung der Beeinträchtigung nur nach diesen Regelungen
  - siehe insbesondere VO 492/2011, VO 883/2004 und RL 2004/38/EG
- c) Beachtung der Schranken-Schranken
- aa) Verhältnismäßigkeit der Beeinträchtigung
- α) Zulässiger Zweck der Maßnahme
- β) Geeignetheit der Maßnahme
- γ) Erforderlichkeit der Maßnahme
- δ) Angemessenheit der Maßnahme
- beachte insbesondere die Konkretisierung in Art. 28 f. RL 2004/38/EG
- 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 Unionsrechts oder Regelungen zur gegenseitigen Anerkennung von Diplomen und anderen Befähigungsnachweisen.

<sup>10</sup> Früher Art. 39 III EGV.

**Vertiefungshinweis:** *Becker*, in: Ehlers (Herausgeber), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Auflage 2009 [2. Auflage 2005 = Ehlers (Herausgeber), European Fundamental Rights and Freedoms, 2007], § 9; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 1, 2004, Randnummern 1112 ff.; ders., Europarecht, 2011, Randnummern 268 ff.; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 7. Auflage 2010, Randnummern 853 ff.??; *Hobe*, Europarecht, 7. Auflage 2012, § 16. Siehe auch die Schemata bei *Frenz*, Randnummer 1203 bzw. 282, und *Streinz*, Europarecht, 9. Auflage 2012, Randnummer 922.