

Pécsi Munkajogi Közlemények

IV. évfolyam • I. szám • 2011. március



Pécsi Munkajogi Közlemények

*A Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar
Összehasonlító és Európai Munkajogi Kutatóintézetének folyóirata*

A Szerkesztő Bizottság elnöke: Kiss György

A Szerkesztő Bizottság tagjai:
Hajdú József, Héthy Lajos, Öry Csaba, Pál Lajos, Radnay József

Főszerkesztő: Berke Gyula
berke@ajk.pte.hu

A szerkesztőség címe:

Levélcím: 7622 Pécs, 48-as tér 1.

Telefonszám: 72/501-500/3223

Fax: 72/501-500/3181

spengler@ajk.pte.hu

A lap elérhető a <http://icell.law.pte.hu> honlapon

Kiadja:

Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar

Felelős kiadó:

Berke Gyula dékán

Nyomdai előkészítés: RODIN Kft.

Tervező szerkesztő: Molnár László

A folyóiratban közölt művek szerzői jogilag védettek. Minden jog, így különösen a sokszorosítás, terjesztés és fordítás joga fenntartva. A művek a kiadó írásbeli engedélye nélkül részeiben sem reprodukálhatók, elektronikus rendszerek felhasználásával nem dolgozhatók fel, nem tárolhatók, nem sokszorosíthatók és nem terjeszthetők.

Megjelenik évente négy alkalommal

Előfizetési díj 5 000 Ft/év

Egyes lapszámok külön is megvásárolhatók 1500 Ft áron.

Nyomdai munkálatok:

RODIN Kft.

E lapszám megjelenését támogatták:

RODIN Management Service Kft.,

JUSTIS Tanácsadó Bt.

HU ISSN 1789-7637

Autoren dieses Sonderheftes:

Dr. Gyula Berke

Dozent, Universität Pécs, Rechtswissenschaftliche Fakultät

Dr. Edit Kajtár

Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Universität Pécs, Rechtswissenschaftliche Fakultät

Prof. Dr. György Kiss

*Inhaber des Lehrstuhls für Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht,
Universität Pécs, Rechtswissenschaftliche Fakultät*

Ass. jur. Melanie Klauk

*Wissenschaftliche Mitarbeiterin
Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen
Gemeinschaft (IAAEG), Trier*

Dr. Erika Kovács

*Direktorin, Referentin
Institut für Rechtsvergleichendes und Europäisches Arbeitsrecht
Universität Pécs, Rechtswissenschaftliche Fakultät*

Prof. Dr. Monika Schlachter

*Direktorin
Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen
Gemeinschaft (IAAEG), Trier, Inhaberin des Lehrstuhls für Internationales und Europäisches
Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht, Universität Trier*

Ass. jur. Judith Maria Wallat, LL.M. (East Anglia)

*DAAD-Fachlektorin
Universität Pécs, Rechtswissenschaftliche Fakultät*

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort	7
----------------------	---

Aufsätze

<i>Monika Schlachter</i> : Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Union – Wer ist Träger dieses Rechts?	9
<i>György Kiss</i> : EU-Grundfreiheiten und nationale Grundrechte im Spiegel der Freizügigkeit	23
<i>Erika Kovács</i> : Ausgewählte arbeitsrechtliche Probleme der Rom I-Verordnung	41
<i>Judith Maria Wallat</i> : Arbeitnehmerüberlassung im Konzern	59
<i>Gyula Berke</i> : Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung aus und nach Ungarn.	75
<i>Melanie Klauk</i> : Dürfen entsandte ausländische Arbeitnehmer im inländischen Betrieb streiken? Eine deutsche, völker- und europarechtliche Betrachtung.	95
<i>Edit Kajtár</i> : Bridge(s) over Troubled Water	117

VORWORT

Das Institut für Rechtsvergleichendes und Europäisches Arbeitsrecht der Universität Pécs führt in den Jahren 2010 und 2011 mit dem Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Gemeinschaft, Universität Trier, ein gemeinsames Forschungsprojekt zum Thema „Arbeitnehmermobilität in der Europäischen Union“ durch. Die deutsche Projektleiterin ist Professor Dr. Monika Schlachter; von ungarischer Seite wird die Zusammenarbeit von Professor Dr. György Kiss geleitet. Die Kooperation wird vom Deutschen Akademischen Austauschdienst sowie der Ungarischen Stipendienkommission (Magyar Ösztöndíj Bizottság) finanziell unterstützt.

In dem Projekt werden die arbeitsrechtlichen Probleme, die durch den zunehmenden grenzüberschreitenden Einsatz von Arbeitskräften in der Europäischen Union entstehen, untersucht. Dabei werden insbesondere die Entsendebedingungen des Aufnahmelandes in ihrem Konflikt mit dem Freizügigkeitsrecht der entsandten Arbeitnehmer und der Dienstleistungs- bzw. Niederlassungsfreiheit der Entsendeunternehmen sowie die besonderen Probleme grenzüberschreitender Leiharbeit analysiert.

Am 23. September 2010 fand an der Universität Pécs eine von dem ungarischen Projektpartner organisierte Konferenz mit dem Titel „Die Arbeitnehmermobilität in der Europäischen Union“ statt. In diesem Sonderheft des „Pécsi Munkajogi Közlemények“ werden die Vorträge, die die deutschen und ungarischen Projektteilnehmer in diesem Rahmen gehalten haben, präsentiert.

Die Aufsätze untersuchen unterschiedliche Aspekte der grenzüberschreitenden Arbeitnehmermobilität. Während *Professor Kiss* das Freizügigkeitsrecht aus historischen, verfassungsrechtlichen, europarechtlichen und nationalen Gesichtspunkten analysiert und auf dessen innerliche Widersprüche hindeutet, untersucht *Professor Schlachter* die Freizügigkeit der Arbeitnehmer aus einer anderen Perspektive. Sie sucht Antworten auf die Frage, wer der Träger dieses Rechts ist. *Kovács* untersucht unter besonderer Berücksichtigung der Rom I-Verordnung, welches Arbeitsrecht auf grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse anzuwenden ist. *Berke* und *Wallat* konzentrieren sich auf Aspekte der Arbeitnehmerüberlassung. Während *Berke* die grenzüberschreitenden Aspekte dieses Themas aus ungarischer Perspektive bearbeitet, macht *Wallat* auf die Probleme der Arbeitnehmerüberlassung innerhalb eines Konzerns aufmerksam. *Kajtár* und *Klauk* widmen sich dem Thema des Streikrechts. *Klauk* versucht mit einer völker- und europarechtlichen Analyse die Frage zu beantworten, ob die entsandten ausländischen Arbeitnehmer im inländischen Betrieb streiken dürfen. *Kajtár* geht der Frage nach, inwieweit die internationalen, europäischen und nationalen Regelungen das Streikrecht im Schatten seiner wirtschaftlichen Nachteile garantieren.

Die ungarischen Autoren bedanken sich bei Ass. jur. Judith Maria Wallat für das Korrekturlesen der Aufsätze.

Pécs, im März 2011

Monika Schlachter

Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Union – Wer ist Träger dieses Rechts?

1. Einführung

Die Europäische Union garantiert den Bürgern der Mitgliedstaaten neben den wirtschaftlichen Grundfreiheiten auch die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, Art. 45 AEUV (Art 39 EGV). Diese Vorschrift gibt grundsätzlich allen Unionsbürgern¹ das Recht, sich zwecks Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit innerhalb der Union frei zu bewegen, sich dort aufzuhalten und mit den Staatsangehörigen des Aufnahmestaates gleich behandelt zu werden². Nach den jüngsten Eurostat-Daten lebten 2008 11,3 Millionen EU-Bürger in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen³, haben also von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht.

In Art. 45 Abs. 3 AEUV wird den Arbeitnehmern das Recht zur Ausreise aus einem Mitgliedstaat und zur Einreise in einen anderen gewährt. Ebenso erhalten sie das Recht, sich dort aufzuhalten um Arbeit zu suchen, und während der Dauer eines Arbeitsverhältnisses und in bestimmten Fällen nach Beschäftigungsende im Aufnahmestaat zu bleiben. Der Aufnahmemitgliedstaat darf diese Rechte nur noch aus Gründen öffentlicher Ordnung, Sicherheit und Gesundheit einschränken. Art. 45 Abs. 2 AEUV legt das Gleichbehandlungsgebot bezüglich des Zugangs zum Arbeitsmarkt, bei den Arbeitsbedingungen und bei den sozialen Vergünstigungen für alle Wanderarbeitnehmer fest⁴. Der Anspruch auf Gleichbehandlung wird nicht nur als Verbot jeder Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit ausgestaltet, sondern umfasst auch das Verbot mittelbarer Diskriminierung⁵. Daher sind selbst unterschiedslos auf jeden Arbeitnehmer anwendbare Bestimmungen unzulässig, sobald sie die Freizügigkeit beeinträchtigen oder weniger attraktiv machen könnten, ohne durch zwingende Allgemeininteressen gerechtfertigt zu sein.

Der gleichberechtigte Zugang zur Erwerbstätigkeit gilt allerdings noch nicht für alle Unionsbürger gleichermaßen: Für die zum 1. Mai 2004 beigetretenen Mitgliedstaaten Mittel- und Osteuropas⁶, einschließlich Ungarn, gilt nur die allgemeine Freizügigkeit

¹ Unionsbürger ist, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzt, Art. 20 Abs. 1 AEUV (Art. 17 Abs. 1 EGV). Die Staatsangehörigkeit wird von den Mitgliedstaaten geregelt, die die Voraussetzungen für den Erwerb ihrer eigenen Staatsangehörigkeit autonom festlegen.

² Schlachter/Seifert, *Europäisches Arbeitsrecht*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht* (2. Aufl., 2010) Kap. 39 Rn. 13.

³ Mitteilung der EU-Kommission "Bekräftigung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer: Rechte und wesentliche Entwicklungen" vom 13.7.2010, KOM (2010) 373 endg., S. 2.

⁴ EuGH, 15.12.1995, Rs. C-415/93 (Bosman) Slg. 1995, I-04921; 6.6.2000, Rs. C-281/98 (Angonese) Slg. 2000, I-4139.

⁵ Schlachter/Seifert, *Europäisches Arbeitsrecht*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht* (2. Aufl., 2010) Kap. 39 Rn. 15.

⁶ Dieselben Einschränkungen wurden für den Beitritt von Rumänien und Bulgarien zum 1. Januar 2007 vereinbart.

des Art. 21 Abs. 1 AEUV (= 18 Abs. 1 EGV) uneingeschränkt, die ein allgemeines Aufenthalts- und Mobilitätsrecht in allen anderen Mitgliedstaaten gewährt. Für das Recht, gerade zum Zwecke der Aufnahme einer abhängigen Beschäftigung in einen anderen Mitgliedstaat zu ziehen, sind in den Beitrittsverträgen Übergangsfristen vereinbart worden⁷. Diese können von den Alt-Mitgliedstaaten dazu genutzt werden, den Zugang zu ihren Arbeitsmärkten durch nationale Gesetze oder bilaterale Abkommen zu regulieren⁸. Technisch ist es dafür erforderlich, die Anwendbarkeit der Art. 1-6 der VO (EWG) Nr. 1612/68 zeitlich befristet auszusetzen. Deshalb dürfen die Alt-Mitgliedstaaten vorschreiben, dass die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit unter dem Vorbehalt einer Erlaubnis steht, der eine Arbeitsmarktprüfung vorangeht. Außerdem darf der Aufnahmestaat festlegen, dass eine Arbeitserlaubnis nur befristet und räumlich beschränkt erteilt wird. Er darf auch vorsehen, dass der Zugang zum Arbeitsmarkt auf bestimmte Kontingente beschränkt oder nur für bestimmte Tätigkeitsfelder geöffnet wird. Das Verbot der Diskriminierung bei den Arbeitsbedingungen bleibt dagegen unbeschränkt gültig. Ist also eine Arbeitsgenehmigung erteilt worden oder im Ausnahmefall entbehrlich, dürfen diejenigen, die einer abhängigen Beschäftigung bei einem Arbeitgeber aus einem anderen Mitgliedstaat nachgehen wollen (sogenannte „Wanderarbeitnehmer“) nicht wegen ihrer Staatsangehörigkeit schlechter behandelt werden⁹ als andere Beschäftigte. Deutschland hat, wie z.B. Belgien, Dänemark, Frankreich und Österreich, von diesen Beschränkungsmöglichkeiten Gebrauch gemacht.

Deutschland und Österreich haben zum Schutz ihrer angespannten Arbeitsmärkte bei den Beitrittsverhandlungen außerdem noch die Sonderregelung erwirkt, dass sie nicht nur die Arbeitnehmerfreizügigkeit, sondern auch die grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung einschränken dürfen, solange sie die Einschränkungsmöglichkeit zur Arbeitnehmerfreizügigkeit in Anspruch nehmen¹⁰. Dadurch wird nicht nur die Grundfreiheit der Arbeitnehmer beschränkt, sondern auch die Dienstleistungsfreiheit der Unternehmen. Bestimmte Arten von Unternehmen dürfen deswegen zur Erbringung von Dienstleistungen ihre heimischen Arbeitskräfte nur dann nach Deutschland oder Österreich entsenden, wenn sie dafür eine besondere Erlaubnis besitzen. Dies betrifft vor allem Unternehmen im Baugewerbe, im Reinigungsgewerbe und in der Innendekoration.

Das politische Ziel solcher Beschränkungen in den Beitrittsverträgen bestand darin, die Arbeitsmärkte der alten Mitgliedstaaten so lange vor massenhaftem Zuzug von Arbeitnehmern aus den neuen Staaten abzuschotten, bis sich dort die Arbeitsbedingungen an den durchschnittlichen Standard in den alten Mitgliedstaaten weiter annähert haben würden¹¹. Damit hoffte man zu verhindern, dass ein Angebot von ausländischen Arbeitnehmern das inländische Lohnniveau so weitgehend unterschreiten würde, dass auf dem inländischen Arbeitsmarkt schwere Störungen auftreten. Tatsäch-

⁷ Fuchs, Die Beschränkung des Arbeitsmarktzugangs für Angehörige aus den EU-8-Staaten, ZESAR 2007, 97 ff.

⁸ Solka, Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt für Staatsangehörige aus den neuen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ZAR 2008, 87 f.

⁹ Schlachter/Seifert, Europäisches Arbeitsrecht, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht* (2. Aufl., 2010) Kap. 39 Rn. 15.

¹⁰ Solka, ZAR 2008, 87, 92.

¹¹ Schlachter, in: Schlachter/Ohler (Hrsg.), *Europäische Dienstleistungsrichtlinie* (2008), Vor Art. 19 Rn. 3 ff.

lich ist dieser politischen Maßnahme wenig Erfolg beschieden gewesen: Die interessierten Dienstleister sind entweder in die Scheinselbständigkeit ausgewichen und haben sich auf die Niederlassungsfreiheit berufen¹². Oder sie haben für grenzüberschreitend tätige Unternehmen als entsandte Arbeitskräfte gearbeitet. Dadurch sind sie technisch dem Geltungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit entzogen. Zwar sind auch solche ausländischen Dienstleister als Arbeitnehmer tätig, die sich nicht um einen im Inland angebotenen Arbeitsplatz bewerben, sondern von einem ausländischen Arbeitgeber beschäftigt und zur Ausführung seiner Aufträge ins Inland entsandt werden. Auch diese Arbeitnehmer machen von dem Recht Gebrauch, grenzüberschreitend ihre Arbeitsleistung im Ausland zu erbringen und sich zu diesem Zweck in Gastland aufzuhalten¹³. Daher ging man zunächst davon aus, dass auch entsandte Arbeitnehmer zur Erbringung ihrer Leistungen im Ausland von den Rechten Gebrauch machen, die ihnen die Freizügigkeitsregelung einräumt. Dass mit Hilfe der Entsendung der Geltungsbereich der Freizügigkeitsregelungen samt ihrer zeitlichen Einschränkung entzogen werden konnte, lag dementsprechend nicht in der Absicht der alten Mitgliedstaaten. Dies hat vielmehr der EuGH in der Rechtssache *Rush Portuguesa*¹⁴ festgelegt. Seit dieser Entscheidung hat er behauptet, entsandte Arbeitnehmer unterlägen der Freizügigkeit deshalb nicht, weil sie am Arbeitsmarkt des Gastlandes nicht in Erscheinung träten¹⁵. Diese Analyse trifft zwar nachweislich nicht zu, weil Entsendefälle den Arbeitsmarkt des Aufnahmelandes massiv beeinträchtigen können¹⁶, aber die Entsendesituation wird dennoch seither der Dienstleistungsfreiheit der Entsendeunternehmen zugeordnet.

Seither besteht im Geltungsbereich der Grundfreiheiten eine Lücke, da nicht mehr jede grenzüberschreitende wirtschaftliche Betätigung auf eine dieser Freiheiten gestützt werden kann: Wer grenzüberschreitend selbständige Dienste anbietet, kann sich auf seine eigene Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit berufen. Wer dagegen unselbständige Dienstleistungen grenzüberschreitend erbringt, dem steht das Freizügigkeitsrecht samt dem daraus abgeleiteten Diskriminierungsverbot nur zu, wenn er einen Arbeitgeber im Aufnahmestaat hat. Wer dieselbe grenzüberschreitende Tätigkeit für einen Arbeitgeber aus dem eigenen Herkunftsstaat erbringt, also entsandt wird, kann sich nicht mehr auf eine ihm selbst zustehende Grundfreiheit berufen. Das Diskriminierungsverbot gilt für die entsandten Arbeitnehmer nicht, ihre Arbeitsbedingungen werden nur aus der Perspektive ihrer Arbeitgeber gesehen. Daher werden die Arbeitsbedingungen entsandter Arbeitnehmer als „Kostenfaktor“ ihrer heimischen Arbeitgeber eingeordnet. Deren

¹² Schlachter, in: Schlachter/Ohler (Hrsg.), *Europäische Dienstleistungsrichtlinie* (2008), Vor Art. 19 Rn. 5 ff.; Knöfel, *Ausländische Scheinselbständige, Grundfreiheiten und Qualifikation*, *IPRax* 2006, 552 ff.

¹³ Vgl. insoweit die 4. Begründungserwägung zur VO 1612/68.

¹⁴ EuGH, 27.3.1990, Rs. C-113/89 (*Rush Portuguesa*) Slg. 1990, I-1417.

¹⁵ EuGH, 25.10.2001, Rs. C-49/98 (*Finalarte*) Slg. 2001, I-7831; zustimmend Krebber, *Die Anwendung des eigenen Arbeitsrechts auf vorübergehend aus einem anderen Mitgliedstaat entsandte Arbeitnehmer - Europa- und kollisionsrechtliche Gedanken*, Anmerkung zu EuGH vom 23.11.1999, verb. Rs. C-369/96 und C-376/96 (*Arblade*), *ZEuP* 2001, 358, 365 f.; Franzen, „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort!“ - Die Entsendung von Arbeitnehmern aus der EU nach Deutschland, *DZWiR* 1996, 89,96.

¹⁶ Hanau, *Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz*, *NJW* 1996, 1369, 1371; Birk, *Freizügigkeit und Entsendung - die europarechtliche Stellung entsandter Arbeitnehmer zur Erfüllung von Aufträgen*, in: Kohte/Dörner/Anzinger (Hrsg.), *Arbeitsrecht im sozialen Dialog*, FS für Wissmann (2005), S. 527; Konzen, *Europäische Dienstleistungsfreiheit und nationaler Arbeitnehmerschutz*, *NZA* 2002, 781.

von der EU gewährleistete Dienstleistungsfreiheit darf nicht ungerechtfertigt beschränkt werden, und wenn Arbeitsbedingungen im Aufnahmestaat teurer sind als im Inland, gilt dies als rechtfertigungsbedürftige Einschränkung der Freiheit der Arbeitgeber¹⁷. Die Gruppe der entsandten Arbeitnehmer verliert also mit dem Recht, sich auf die Freizügigkeit zu berufen, auch den damit einhergehenden Diskriminierungsschutz. Ihre Arbeitsbedingungen werden nur noch als Wettbewerbsbedingungen ihrer Arbeitgeber diskutiert¹⁸. Der Vorteil, trotz zeitweiliger Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dennoch sofort auf dem Arbeitsmarkt des Gastlandes tätig sein zu können, wird mit dem Verlust der Anwendbarkeit eigener Grundfreiheit erkaufte.

Die genannten Beschränkungen der Freizügigkeit dürfen aber längstens bis zum 1. Mai 2011 dauern, enden also in absehbarer Zeit. Danach herrscht die volle Freizügigkeit für alle Arbeitnehmer aus den im Jahre 2004 der EU beigetretenen Ländern. An der Differenzierung zwischen Arbeitnehmern mit und ohne Arbeitsvertrag zu einem Arbeitgeber im Aufnahmestaat wird sich dadurch aber nichts ändern. Die entsandten Arbeitnehmer haben auch nach Wegfall der Regelungen, um deren Ausschaltung es dem EuGH in der Entscheidung „Rush Portuguesa“¹⁹ ging, nicht an den Garantien des Art. 45 AEUV teil.

2. Freizügigkeit der Arbeitnehmer

Für abhängige Beschäftigungsverhältnisse gilt grundsätzlich, dass ein Sachverhalt mit Bezug zu mehreren Mitgliedstaaten, der die Tätigkeit eines Unionsbürgers als „Arbeitnehmer“ betrifft, von den unionsrechtlichen Bestimmungen des Primär- und Sekundärrechts zur Freizügigkeit erfasst wird²⁰.

Mit der Gewährleistung der Freizügigkeit soll der unionsweite Binnenmarkt gefördert werden. Dafür geht es zunächst einmal um einen wirtschaftlichen Zweck, nämlich um die Herstellung eines bedarfsgerechten Marktausgleichs unter den Arbeitskräften: Der Binnenmarkt profitiert davon, wenn Arbeitnehmer, die in einer Region beschäftigungslos bleiben würden, in eine andere mit Arbeitskräftebedarf abwandern²¹. Im optimalen Falle erspart dies dem Herkunftsland, Sozialleistungen an Arbeitslose zu erbringen, und dem Zuzugsland ermöglicht es die Befriedigung seines Arbeitskräftebedarfs. Weil aber Arbeitnehmer anders als Güter oder Kapital ihren Standort nur mit erheblichen persönlichen und materiellen Kosten wechseln können, muss die Union ihnen im Gegenzug die Chance auf dauerhafte Integration in den Aufnahmestaat bieten. Die soziale Komponente tritt mithin zwingend zur Beseitigung jeder Form wirtschaftlicher

¹⁷ EuGH, 11.12.2007, Rs. C-438/05 (Viking Line) Slg. 2007, I-10779; 18.12.2007, Rs. C-341/05 (Laval) Slg. 2007, I-11767.

¹⁸ Schlachter/Seifert, Europäisches Arbeitsrecht, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht* (2. Aufl. 2010) Kap. 39 Rn. 21.

¹⁹ EuGH, 27.3.1990, Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa) Slg. 1990, I-1417.

²⁰ Mitteilung der EU-Kommission „Bekräftigung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer: Rechte und wesentliche Entwicklungen“ vom 13.7.2010, KOM (2010) 373 endg., S. 4.

²¹ Schlachter/Seifert, Europäisches Arbeitsrecht, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht* (2. Aufl. 2010) Kap. 39 Rn. 7.

Diskriminierung von Wanderarbeitnehmern hinzu, so dass ein umfassender Anwendungsbereich dieser Freizügigkeitsregeln gewollt ist.

Durch die Rechtsprechung des EuGH ist Freizügigkeit nicht nur den grenzüberschreitend tätigen Arbeitnehmern gewährt, sondern auch auf ihre Familienangehörigen erstreckt worden, die sie in den Aufnahmemitgliedstaat begleiten wollen²². Die Bestimmungen in Art. 3 ff. der Richtlinie 2004/38/EG²³ bilden diese Rechtsprechungsentwicklung ab. Damit soll sichergestellt werden, dass die EU ihrer Pflicht zur Achtung des Familienlebens im Sinne von Art. 8 EMRK nachkommt. Um diesem Anspruch gerecht werden zu können, besitzt die Union eine umfassende Kompetenz zur Regelung der Freizügigkeit, Art. 46 AEUV (= Art. 40 EGV), die sie zum Erlass von Verordnungen über die Mobilitäts-, Aufenthalts- und Gleichbehandlungsrechte der Wanderarbeitnehmer nutzt. Der ausschließlichen Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten unterliegen daher im Wesentlichen nur diejenigen Rechtsverhältnisse, die sich als „öffentliche Verwaltung“ auf die Bereichsausnahme des Art. 45 Abs. 4 AEUV stützen können²⁴. Das betrifft aber keineswegs den gesamten öffentlichen Dienst, sondern nur Beschäftigungsverhältnisse, bei denen hoheitliche Befugnisse ausgeübt werden²⁵, weil die Betroffenen Verantwortung für die Wahrung staatlicher Belange übernehmen²⁶, wie z. B. Polizei, Steuerverwaltung, Gerichtsvollzieher usw. Derartige Ausnahmen von einer Grundfreiheit legt der EuGH grundsätzlich einschränkend aus²⁷. Daher kann ein Mitgliedstaat nur solche Rechtsverhältnisse von der Anwendung der Freizügigkeitsregelungen ausnehmen, bei denen das zur Wahrung berechtigter staatlicher Interesse unbedingt erforderlich ist.

2.1. Arbeitnehmerbegriff

Obwohl das Unionsrecht eine Vielzahl von Folgen an den Arbeitnehmerstatus knüpft, ist er als Begriff im geschriebenen Recht nirgends definiert. Im Primärrecht ist das schon deshalb erstaunlich, weil der Arbeitnehmerstatus zur Abgrenzung des Geltungsbereichs der Grundfreiheiten dient. Auf die Freizügigkeit des Art. 45 AEUV können sich nur Arbeitnehmer berufen, während die Dienstleistungs- und die Niederlassungsfreiheit, Art. 56 ff. AEUV (Art. 49 ff. EGV), Art. 49 ff. AEUV (Art. 43 ff. EGV), den Selbständigen vorbehalten sind. Wird der Geltungsbereich einer dieser Freiheiten durch eine großzügige Begriffsbestimmung erweitert, begrenzt dies zwangsläufig die jeweils anderen, bedarf als Einschränkung also einer Rechtfertigung. Daher hat der EuGH eine französische Regelung, die eine Vermutung für das Vorliegen der Ar-

²² EuGH, 14.10.2010, Rs. C-16/09 (Schwemmer) n.v.

²³ Richtlinie 2004/38/EG vom 29. März 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABL EG 2004, L 158 vom 30.4.2004, S. 77.

²⁴ EuGH, 14.9.2000, Rs. C-343/98 (Collino und Chiappero) Slg. 2000, I-6659.

²⁵ Schlachter/Seifert, *Europäisches Arbeitsrecht*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht* (2. Aufl. 2010) Kap. 39 Rn. 10.

²⁶ EuGH, 3.7.1986, Rs. 66/85 (Lawrie-Blum) Slg. 1986, 2121; 30.9.2003, Rs. C-47/02 (Anker u.a.) Slg. 2003, I-10447, Rn. 60 ff.; 10.12.2009, Rs. C-345/08 (Pešla) NJW 2010, 137 ff.

²⁷ Riesenhuber, *Europäisches Arbeitsrecht* (2009), § 3 Rn. 23.

beitnehmereigenschaft begründete, sobald ein Künstler seinem Auftraggeber über eine Agentur vermittelt wurde, als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gewertet²⁸.

Der im Unionsrecht stets nur vorausgesetzte Arbeitnehmerbegriff wird also erst durch die Rechtsprechung soweit konkretisiert²⁹, dass er praktisch anwendbar wird. Der Vereinbarung zwischen den Parteien soll für die rechtliche Einordnung des Vertragstypus Bedeutung zukommen, um die Vertragsfreiheit zu respektieren. Andererseits ist aber auch dem EuGH bewusst, dass Möglichkeiten der Vertragsgestaltung genutzt werden können, um eine tatsächlich bestehende Abhängigkeit des Dienstleistenden zu verschleiern und damit die Rechtsform des selbständigen Dienstvertrages zu missbrauchen³⁰. Die bloße Bezeichnung des Vertrages als Vereinbarung über selbständige Dienste kann also keinesfalls genügen, seine Beurteilung als Arbeitsverhältnis auszuschließen. Bei der Beurteilung ist vielmehr auf die Art und Weise der Vertragsdurchführung abzustellen und zu prüfen, ob die vereinbarte Weisungsfreiheit bei der Ausübung der zugesagten Leistung tatsächlich besteht³¹. Das ist immer dann zweifelhaft, wenn dem Leistungsempfänger das Recht zukommt, den Leistungsinhalt, Art, Ort und Form der Leistungserbringung nachträglich zu konkretisieren oder abzuändern.

Wegen seiner besonderen Wichtigkeit wird der Arbeitnehmerbegriff stets unionsrechtsautonom ausgelegt³². Die in den Mitgliedstaaten vorherrschenden Gepflogenheiten können weder zu einer Einschränkung noch zu einer Erweiterung des Begriffs führen, weil beides jeweils den Geltungsbereich einer anderen Grundfreiheit begrenzen würde³³. Die Beibehaltung besonderer Beschäftigten-Kategorien des nationalen Rechts, wie z.B. die Beamten, wird dadurch nicht generell in Frage gestellt. Für Belange des Unionsrechts kommt es auf diese Unterscheidung aber nicht an, die Grundfreiheiten der Arbeitnehmer erstrecken sich auch auf diese Gruppe³⁴, soweit es sich nicht um Anwendungsfälle der Ausnahmebestimmung des Art. 45 Abs. 4 AEUV handelt, weil die Betroffenen staatliche Hoheitsaufgaben wahrnehmen.

a) Tätigkeit von gewisser Dauer

Nach der Rechtsprechung ist Arbeitnehmer im Sinne des Art. 45 AEUV, wer auf Weisung eines Anderen während eines bestimmten Zeitraums Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält³⁵. Dass die geschuldete Tätigkeit „während

²⁸ EuGH, 15.6.2005, Rs. C-255/04 (KOM/Frankreich) Slg. 2006, I-5251.

²⁹ EuGH, 12.5.1998, Rs. C-85/96 (Martinez Sala) Slg. 1998, I-2691, Rn. 31; 13.1.2004, Rs. C-256/01 (Allonby) Slg. 2004, I-00873, Rn. 63.

³⁰ EuGH, 22.12.2008, Rs. C-161/07 (KOM/Österreich) Slg. 2008, I-10671 Rn. 37 f.

³¹ Fuchs, Der rechtliche Status von Pflegekräften aus den neuen EU-Staaten, NZA 2010, 980, 984; Schlachter/Seifert, Europäisches Arbeitsrecht, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht* (2. Aufl. 2010) Kap. 39 Rn. 7.

³² Schlachter, Methoden der Rechtsgewinnung zwischen EuGH und der Arbeitsgerichtsbarkeit, *ZfA* 2007, 249, 253; Riesenhuber, *Europäisches Arbeitsrecht* (2009), § 3 Rn. 9.

³³ EuGH, 3.7.1986, Rs. 66/85 (Lawrie-Blum) Slg. 1986, 2121, Rn. 16; 26.2.1992, Rs. C-3/90 (Bernini) Slg. 1992, I-1071, Rn. 14; 7.9.2004, Rs. C-456/02 (Trojani) Slg. 2004, I-7573, Rn. 15.

³⁴ EuGH, 12.2.1974, Rs. 152/73 (Sotgiu) Slg. 1974, 153.

³⁵ EuGH, 3.7.1986, Rs. 66/85 (Lawrie-Blum) Slg. 1986, 2121, Rn. 16; 11.9.2008, Rs. C-228/07 (Petersen) Slg. 2008, I-6989, Rn. 45.

eines bestimmten Zeitraums“ durchgeführt werden muss, ist nicht gleichbedeutend mit einer auf bestimmte Zeit vereinbarten Laufzeit des Vertrages. Ein solches befristetes Arbeitsverhältnis zum Regelfall zu erheben, wäre auch für die Freizügigkeit nicht zweckentsprechend. Was der Gerichtshof mit diesem Merkmal erreichen wollte, war der Ausschluss lediglich ganz kurzzeitig andauernder Aufträge aus dem Begriff des Arbeitsverhältnisses. Einen Anknüpfungspunkt im Normtext gibt es dafür aber nicht. Auch im Vergleich zu der Rechtslage in den Mitgliedstaaten ist kein zwingender Grund dafür ersichtlich, warum es keine „Ein-Tages-Arbeitsverhältnisse“ geben sollte. Wer solche kurzfristigen Aufgaben grenzüberschreitend anbietet, benötigt dafür in der Regel die Gewährleistungen des Freizügigkeitsrechts ebenfalls. Ein stark eingeschränkter Umfang der Berufstätigkeit könnte allenfalls ein widerlegliches Indiz dafür bilden, dass die Tätigkeit so unwesentlich ist, dass sie nicht als echte wirtschaftliche Betätigung aufgefasst werden kann³⁶. In aller Regel wird dieses Indiz aber nicht so stark gewichtet werden können, dass mit dieser Begründung die Arbeitnehmereigenschaft ausgeschlossen wird. Der Gerichtshof hat denn auch dreiwöchige Praktika³⁷ ohne weiteres unter die Freizügigkeit subsumiert. Eine besondere Abgrenzungswirkung kommt dem Merkmal mithin nicht zu. Lediglich in der gelegentlich äquivalent verwendeten Formulierung vom Erfordernis der Ausübung „echter wirtschaftlichen Tätigkeit“³⁸ wird noch eine Abgrenzung zu Tätigkeiten mit reiner Rehabilitationsfunktion ermöglicht³⁹. Wenn jemand auf unbestimmte Zeit nicht in der Lage ist unter normalen Bedingungen zu arbeiten, sondern durch Maßnahmen der Rehabilitation in das Arbeitsleben wieder eingegliedert werden muss, handelt es sich nicht um eine tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit. Dann kann sie auch keine Arbeitnehmereigenschaft begründen.

b) Weisungsbindung/ Unterordnungsverhältnis

Als entscheidendes Abgrenzungskriterium wird auf die „Weisungsgebundenheit“ eines Arbeitnehmers abzustellen sein⁴⁰, da sie den maßgeblichen Unterschied zur selbständigen Berufstätigkeit markiert. Arbeitsverträge berechtigen den Arbeitgeber, die vom Vertragspartner zu erbringende Leistung näher zu konkretisieren, sei es ihren Inhalt, die Art und Weise der Leistungshandlung oder Zeit und Ort der Tätigkeit⁴¹. Eine solche Weisungsbefugnis ist in der Regel erforderlich, soweit Arbeitsverhältnisse eine langfristige Bindung der Vertragsparteien schaffen wollen. In einer langfristigen Rechtsbeziehung können die geschuldeten Leistungen bei Vertragsschluss nur gattungsmäßig festgelegt werden, der genaue Inhalt der Vertragspflicht muss zukunfts offen vereinbart

³⁶ EuGH, 26.2.1992, Rs. C-357/89 (Raulin) Slg. 1992, I-1027, Rn. 14; 4.2.2010, Rs. C-14/09 (Genc) NZA 2010, 213, Rn. 26 ff.

³⁷ EuGH, 1.7.2004, Rs. C-169/03 (Wallentin) Slg. 2004, I-6443; 26.2.1992, Rs. C-357/89 (Raulin) Slg. 1992, I-1027.

³⁸ EuGH, 26.11.1998, Rs. C-1/97 (Birden) Slg. 1998, I-7747; 7.9.2004, Rs. C-456/02 (Trojani) Slg. 2004, I-7573.

³⁹ EuGH, 31.5.1989, Rs. 344/87 (Bettray) Slg. 1989, 1621.

⁴⁰ Mitteilung der EU-Kommission „Bekräftigung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer: Rechte und wesentliche Entwicklungen“ vom 13.7.2010, KOM (2010) 373 endg., S. 5.

⁴¹ Kritisch: Fredmann, *Marginalising Equal Pay Laws*, *Industrial Law Journal* Vol. 33, No. 3, S. 281, 285.

und später entsprechend den tatsächlichen Entwicklungen angepasst werden. Daher ist die Weisungsgebundenheit bereits funktional ein taugliches Abgrenzungskriterium zur Unterscheidung von selbständiger und unselbständiger Dienstleistung.

c) Vergütung als Gegenleistung

Wer sich auf eine wirtschaftliche Grundfreiheit berufen möchte, muss auch am Wirtschaftsleben teilnehmen. Eine völlig unentgeltliche Dienstleistung für einen Anderen kann also selbst dann nicht auf Art. 45 AEUV gestützt werden, wenn sie im Ausland erbracht wird. Solange aber nur überhaupt eine Gegenleistung vereinbart ist, kommt es auf deren Art und Höhe nicht an⁴²: Ob eine Gegenleistung als Geldzahlung oder Sachleistung erfolgt, ist für die Begriffsbestimmung des Arbeitsverhältnisses ebenso unerheblich wie ihre absolute Höhe⁴³. Auch wenn die Vergütung das Existenzminimum oder den maßgeblichen Mindestlohn so deutlich unterschreitet⁴⁴, dass der Betroffene davon nicht leben kann, sondern zur Gewährleistung seiner wirtschaftlichen Existenz anderweitige Unterhaltsansprüche heranziehen oder Sozialleistungen beanspruchen müsste, hindert das die Einordnung als Arbeitsverhältnis nicht.

d) Grenzüberschreitender Bezug

Auf die Freizügigkeit des Unionsrechts kann sich nur berufen, wer sich (zum Zwecke der Ausübung einer abhängigen Beschäftigung) in einen anderen Mitgliedstaat begibt, oder aus dem EU-Ausland in seinen Herkunftsmitgliedstaat zurückkehrt⁴⁵. Auf Sachverhalte, die sich lediglich innerhalb eines einzigen Mitgliedstaates abspielen, greifen die Freizügigkeitsregeln nicht durch⁴⁶.

2.2. Bedeutung des Arbeitnehmerbegriffs für die Grundfreiheiten

Europarechtlich scheint diese Abgrenzung auf den ersten Blick womöglich unspektakulär zu sein: Während sich der unselbständig Beschäftigte auf die Freizügigkeit berufen kann, kann der selbständig Tätige die Niederlassungs- oder die Dienstleistungsfreiheit in Anspruch nehmen. Dabei scheint es mehr um eine technische als um eine inhaltliche Unterscheidung zu gehen. Diese Annahme wäre allerdings in mehrerer Hinsicht verfehlt. Einerseits knüpft der Geltungsbereich der arbeitsrechtlichen Richtlinien an die Arbeitnehmereigenschaft an⁴⁷, so dass sich ein selbständig Tätiger auf

⁴² EuGH, 17.3.2005, Rs. C-109/04 (Kranemann) Slg. 2005, I-2421.

⁴³ EuGH, 23.3.1982, Rs. 53/81 (Levin) Slg. 1982, 1035, Rn. 11; 6.11.2003, Rs. C-413/01 (Ninni-Orasche) Slg. 2003, I-13187.

⁴⁴ EuGH 18.7.2007, Rs. C-213/05 (Geven) Slg. 2007, I-6347, Rn. 27.

⁴⁵ EuGH, 7.7.1992, Rs. C-370/90 (Singh) Slg. 1992, I-4265, Rn. 23.

⁴⁶ Mitteilung der EU-Kommission "Bekräftigung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer: Rechte und wesentliche Entwicklungen" vom 13.7.2010, KOM (2010) 373 endg., S. 6.

⁴⁷ Dass daraus nicht die automatische Übernahme des Arbeitnehmerbegriffs gemäß Art. 45 AEUV in alle arbeitsrechtlichen Richtlinien folgt, wird unten noch näher diskutiert.

die spezifischen Schutzrechte der (umgesetzten) Richtlinien seinem Vertragspartner gegenüber nicht berufen kann. Aber auch auf Primärrechtsebene hat die Abgrenzung die bereits angesprochenen Konsequenzen. Die Übergangsvorschriften bei der Osterweiterung der Union ab dem Jahre 2004 beschränkten lediglich die Freizügigkeit, nicht aber generell die Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit. Der Gerichtshof hat den Geltungsbereich der Dienstleistungsfreiheit der Unternehmen durch Einbeziehung der „Entsendefälle“ ausgeweitet, und damit die Wirkung der Beschränkungen der Freizügigkeit verringert. Die „alten“ Mitgliedstaaten konnten die Ziele nicht erreichen, die sie in den Beitrittsverträgen verfolgt hatten. Die Arbeitnehmer aus den neuen Mitgliedstaaten können auch schon vor Ablauf der Übergangsfristen in den alten Mitgliedstaaten arbeiten. Sie können dies aber nicht aus eigenem Recht, also zu den Bedingungen des Diskriminierungsverbots aus Art. 45 Abs. 2 AEUV, sondern nur aus „abgeleitetem“ Recht. Sie gelten als Mitwirkende an der Dienstleistungsfreiheit ihres Arbeitgebers und unterliegen damit dem Regime der Entsenderichtlinie, die ihnen keine Gleichbehandlung gewährt, sondern nur Mindeststandards. Im Aufnahmestaat haben sie daher keinen Anspruch auf Arbeitsentgelt in Höhe der regulären Löhne der einheimischen Kollegen, sondern nur in Höhe des dort geltenden Mindestlohns.

3. Reichweite des Arbeitnehmerbegriffs

Weil der zum Freizügigkeitsrecht entwickelte Arbeitnehmerbegriff von großer praktischer Bedeutung ist, wurde er dort am intensivsten diskutiert. Das Ergebnis wird vom EuGH auch für die Auslegung von anderen primärrechtlichen Normen, wie etwa dem Gebot der Entgeltgleichheit zwischen Männern und Frauen⁴⁸, herangezogen. Einheitlich anwendbar auf das gesamte Unionsrecht ist der Begriff deswegen aber nicht. Vielmehr betont der EuGH in ständiger Rechtsprechung⁴⁹, dass der Arbeitnehmerbegriff abhängig von der jeweils anwendbaren Rechtsmaterie zu bestimmen ist⁵⁰. Das ist für den mit Auslegung befassten Rechtsanwender nicht sehr komfortabel, andererseits aber auch nichts völlig Ungewohntes, zumindest für einen deutschen Arbeitsrechtler. Auch der deutsche Gesetzgeber scheut vor der Festschreibung einer allgemeinen Begriffsbestimmung zurück und überlässt es den Gerichten, auf Besonderheiten der jeweiligen Rechtsmaterie zu reagieren. Die Situation kann als „unschön aber nicht unlösbar“ beschrieben werden. Gilt dasselbe allerdings auch für eine vergleichbar unklare Rechtslage auf Unionsebene? Das kann man mit einigen Gründen bezweifeln:

Anders als es bei einer Betrachtung vom primären Unionsrecht erscheinen könnte, geht es bei einer Definition des Arbeitnehmerbegriffs in den Richtlinien nicht mehr um die Abgrenzung parallel konstruierter Rechte und Freiheiten. Wer sich auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht stützen kann, kann ersatzweise meist die den Selbst-

⁴⁸ EuGH, 13.1.2004, Rs. C-256/01 (Allonby) Slg. 2004, I-00873, Rn. 64; Calliess/Ruffert-Krebbler EUV/EGV (3. Aufl., 2007) Art. 141, Rn. 17.

⁴⁹ EuGH, 12.5.1998, Rs. C-85/96 (Martinez Sala) Slg. 1998, I-2691; 7.6.2005, Rs. C-543/03 (Dodl u.a.) Slg. 2005, I-5049.

⁵⁰ EuGH, 12.5.1998, Rs. C-85/96 (Martinez Sala) Slg. 1998, I-2691, Rn. 31.

ständigen zugebilligte Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit beanspruchen. Als Grundfreiheiten sind sie gleichwertig, den Betroffenen entsteht durch die Einordnung in die eine oder die andere Kategorie anscheinend kein Nachteil. Lediglich die vom EuGH entwickelte Kategorie der „entsandten“ Arbeitnehmer, die dem Schutz der Freizügigkeitsregeln entzogen sind, fallen aus dem primärrechtlichen Schutzkonzept heraus. Richtet man den Blick zudem auf das auch unionsrechtlich ausgestaltete Arbeitsrecht, werden die Schutzlücken weit zahlreicher. Eine gleichwertige Alternative für „Nicht-Arbeitnehmer“ schafft das Recht dort überhaupt nicht, weil die besonderen Bestimmungen des Arbeitsrechts stets mit der besonderen Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer gerechtfertigt werden. Wer kein Arbeitnehmer ist, hätte dann den speziellen Schutzbedarf auch nicht. Eine dem Arbeitsrecht vergleichbare Regelungsdichte ist für Selbständige gar nicht bezweckt. In diesem Bereich kommt dem Arbeitnehmerbegriff also eine ausgrenzende Wirkung zu, die eine besondere Sorgfalt bei der jeweils maßgeblichen Abgrenzung verlangt. Nur wenn ein vergleichbarer Schutzbedarf tatsächlich fehlt, ist eine Ausgrenzung aus dem Schutzregime des Arbeitsrechts angemessen⁵¹. Der Arbeitnehmerbegriff muss dieser Funktion entsprechend konstruiert werden, nicht allein nach dogmatischen Kriterien.

Die wichtigsten Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zum Selbständigen werden dadurch verstärkt, dass Schutzrechte für Arbeitnehmer typischerweise Kosten verursachen, die zumindest zum Teil von ihren Vertragspartnern getragen werden müssen. Das schafft einen starken Anreiz, solche Kosten – und damit den Abschluss von Arbeitsverträgen – zu vermeiden⁵². Ein Blick auf die Statistik zeigt, dass in der EU die Zahl sog. „atypischer“ Arbeitsverhältnisse ebenso wächst, wie diejenige von „kleinen Selbständigen“, die durch geeignete Vertragsgestaltung bei der Dienstleistung ebenso abhängig von ihrem Auftraggeber sind wie Arbeitnehmer von ihrem Arbeitgeber⁵³. Die Strategien zur Vermeidung des Arbeitsverhältnisses als Rechtsform haben also Erfolg. Sie können von denjenigen, die den Text des Vertrages über die Leistungserbringung vorformulieren, in der Regel ohne viel Widerstand durchgesetzt werden. Das alles ist bereits länger bekannt⁵⁴ und an sich keine Besonderheit des Unionsrechts. Auf mitgliedstaatlicher Ebene liegen die Abgrenzungsprobleme ganz parallel hierzu.

Ein spezifisches unionsrechtliches Problem ergibt sich aber aus dem Zusammenspiel von Primär- und Sekundärrecht der Union, insbesondere bei den arbeitsrechtlichen Richtlinien. Die einheitliche Gestaltung und Auslegung des Primärrechts kann durch den EuGH weitestgehend gewährleistet werden. Der EuGH hat mit den für Grundfreiheiten regelmäßig verwendeten Argumentationsmustern entschieden, dass

⁵¹ Welti, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, *SGb* 2010, 441, 443.

⁵² Schubert, Das Normalarbeitsverhältnis in der arbeits- und sozialrechtlichen Wirklichkeit, *NJW* 2010, 2613, 2615.

⁵³ Waltermann, Wesentliche Aussagen des Gutachtens zur Abteilung Arbeits- und Sozialrecht des 68. Deutschen Juristentages in Berlin 2010, *NZA* 2010, 860, 861; vgl. auch Kocher, Diskontinuität von Erwerbsbiografien und das Normalarbeitsrecht – Der Umgang mit Unsicherheiten, *NZA* 2010, 841 ff.; Fuchs, *NZA* 2010, 980, 982; Neumann, Alterssicherung und „Solo-Selbständigkeit“, *SGb* 2010, 463, 464.

⁵⁴ Vgl. Mückenberger, Die Krise des Normalarbeitsverhältnisses, *ZSR* 1985, 415 ff.; Welti, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, *SGb* 2010, 441 ff.

die Freizügigkeit weit auszulegen ist⁵⁵, die dazu vorgesehene Ausnahme entsprechend eng, und dass eine unionsrechtsautonome Begriffsbestimmung erforderlich ist um eine einheitliche, von den Mitgliedstaaten nicht relativierbare Garantie der Grundfreiheiten im gesamten Unionsgebiet zu gewährleisten.

Würden diese Muster auf die Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs in den Richtlinien übertragen, könnte dem Schutzgedanken besser entsprochen werden. Tatsächlich ist das aber nicht der Fall. Zwar gibt es arbeitsrechtliche Richtlinien, die keine eigene Definition des Arbeitnehmerbegriffs niederlegen, wie etwa § 3 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge⁵⁶ oder Art. 1 Abs. 1 RL 80/987/EWG⁵⁷ (Zahlungsunfähigkeit). In solchen Fällen kann der Gerichtshof auf einer unionsrechtsautonomen, einheitlichen Begriffsbestimmung bestehen⁵⁸, die sich weitestgehend an den zu Art. 45 AEUV erarbeiteten Kriterien orientiert. Die notwendige Flexibilität zur Anpassung an die Besonderheiten der jeweiligen Rechtsmaterie⁵⁹ kann ebenfalls gewährleistet werden. Die Richtlinien erreichen dies, indem sie den Mitgliedstaaten ausdrücklich erlauben, einzelne Beschäftigtengruppen aus dem Geltungsbereich ihres Umsetzungsgesetzes auszunehmen: § 1 Nr. 2 RL 97/81/EG⁶⁰ (Teilzeit) erlaubt, Gelegenheitsarbeiten vom Anwendungsbereich auszunehmen. Beim Jugendarbeitsschutz⁶¹ gilt dasselbe für gelegentliche oder kurzfristige Tätigkeiten in Privathaushalten oder im Familienbetrieb. Obwohl die so Beschäftigten „an sich“ Arbeitnehmer sind, die jeweiligen Schutzregeln für sie also ebenfalls gelten müssten, dürfen sie im konkreten Regelungszusammenhang ausgenommen werden. Der Schutzzweck der Richtlinie fordert eben nicht zwingend ihre Anwendung auch auf diese Fälle. Obwohl also die Einheitlichkeit der Auslegung und damit die Rechtssicherheit durch Ausnahmeklauseln begrenzt wird, bleibt ihr Schutzzweck gewahrt: Die Regelsetzer auf EU-Ebene entscheiden selbst darüber, ob dieser Schutzzweck es im konkreten Fall erlaubt, Ausnahmen vorzusehen.

Genau dieser Standard wird aber nicht gewährleistet, wenn Richtlinien für den Arbeitnehmerbegriff auf das nationale Recht zurückverweisen, wie z. B. im § 2 Abs. 1 RL 1999/70/EG⁶² (Befristung), Art. 2 Abs. 2 RL 96/71/EG⁶³ (Entsendung) und Art. 3

⁵⁵ EuGH 3.7.1986, Rs. 66/85 (Lawrie-Blum) Slg. 1986, 2121, Rn. 16; 17.7.2008, Rs. C-94/07 (Raccanelli) Slg. 2008, I-5939, Rn. 41.

⁵⁶ Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl. EG L 175 vom 10.7.1999, S. 43-48.

⁵⁷ Richtlinie 80/987/EWG des Rates vom 20. Oktober 1980 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, ABl. EWG L 283 vom 28.10.1980, S. 23-27.

⁵⁸ EuGH, 11.3.2003, Rs. C-40/01 (Ansul) Slg. 2003, I-2439, Rn. 26.

⁵⁹ EuGH, 12.10.2004, Rs. C-55/02 (KOM/Portugal) Slg. 2004, I-9387, Rn. 45.

⁶⁰ Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit - Anhang: Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, ABl. EG L 14 vom 20.1.1998, S. 9-14.

⁶¹ Richtlinie 94/33/EG des Rates vom 22. Juni 1994 über den Jugendarbeitsschutz, ABl. EG L 216 vom 20.8.1994, S. 12-20.

⁶² Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl. EG L 175 vom 10.7.1999, S. 43-48.

⁶³ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. EG L 18 vom 21.1.1997, S. 1-6.

Abs. 1 a RL 2008/104/EG⁶⁴ (Leiharbeit). Diese Regelungstechnik wird auch in der Betriebsübergangsrichtlinie⁶⁵, in der Massenentlassungsrichtlinie⁶⁶ und in der Unterrichtsrichtlinie⁶⁷ zugrunde gelegt. Damit ist sowohl die Einheitlichkeit der Auslegung aufgegeben worden, wie auch der Geltungsbereich des gewährten Arbeitnehmerschutzes. Selbst wenn eine solche Richtlinie einen unionsweit geltenden Mindestschutzstandard etabliert, könnten die Mitgliedstaaten den personellen Geltungsbereich dieses Schutzes selbst festlegen. Vertreten sie das wirtschaftspolitische Konzept, dass Personen ohne Arbeitnehmerschutz besonders begehrte Bewerber seien, können sie versuchen, Problemgruppen des Arbeitsmarktes aus dem Umsetzungsgesetz auszuklammern⁶⁸: „Für die Belange dieses Umsetzungsgesetzes gelten Jugendliche unter 25 Jahre, ältere über 52 Jahre, Behinderte, Langzeitarbeitslose ... nicht als Arbeitnehmer...“. Je nach ihren aktuellen sozialpolitischen Vorstellungen oder ihrer Einschätzung der wirtschaftlichen Erfordernisse können Personengruppen in einem Land ausgenommen werden, in einem anderen nicht. Das Schutzkonzept der Richtlinie würde auf diese Weise nicht wie vorgesehen verwirklicht. Ein Rückverweis auf nationales Recht für die Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs sollte im europäischen Arbeitsrecht vermieden werden.

4. Ausblick

Der Arbeitnehmerbegriff des Primärrechts der Union wird von der Rechtsprechung weit ausgelegt, die wenigen bei den Mitgliedstaaten verbliebenen Einschränkungs-möglichkeiten werden eng begrenzt. Das ermöglicht den betroffenen Dienstleistern grundsätzlich Zugangsrechte, Verbleiberechte und Gleichbehandlungsansprüche für sich und ihre Familienangehörigen in der gesamten Union. Mit Wirkung ab Mai 2011 gilt das auch für die Arbeitnehmer aus den 2004 beigetretenen Staaten. Nur die Gruppe der entsandten Arbeitnehmer ist von den Gewährleistungen der EU-Grundfreiheiten ausgenommen; sie gelten lediglich als notwendig bei der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit ihrer Arbeitgeber, ohne selbst Grundfreiheiten beanspruchen zu dürfen. Die eigentlichen arbeitsrechtlichen Schutznormen werden in den primärrechtlichen Arbeitnehmerbegriff jedoch nicht eingeschlossen. Sie sind im primären Unionsrecht nicht geregelt, sondern ganz überwiegend durch Richtlinien, und dort fehlt es an einem unionseinheitlichen Rahmen, der die für ein Arbeitsverhältnis kon-

⁶⁴ Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit, ABL. EG L 327 vom 5.12.2008, S. 9-14.

⁶⁵ Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, ABL. EG L 82 vom 22.3.2001, S. 16-20.

⁶⁶ Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, ABL. EG L 225 vom 12.8.1998, S. 16-21.

⁶⁷ Richtlinie 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft - Gemeinsame Erklärung des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission zur Vertretung der Arbeitnehmer, ABL. EG L 80 vom 23.3.2002, S. 29-34.

⁶⁸ Schlachter/Seifert, Europäisches Arbeitsrecht, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht* (2. Aufl., 2010) Kap. 39 Rn. 6.

stitutiven Indikatoren festlegt. Angesichts der tatsächlich verstärkt zu beobachtenden Flucht aus dem Arbeitsverhältnis ist eine solche Entwicklung fatal. Wer nicht in den Arbeitnehmerbegriff einbezogen ist, erhält keinen gleichwertigen Schutz durch andere Regelungsbereiche. Wenn die EU ihr Sozialmodell bewahren möchte, muss sie hier eine Vereinheitlichung erreichen.

EU-Grundfreiheiten und nationale Grundrechte im Spiegel der Freizügigkeit

1. Gegenstand der Untersuchung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶ Fn. 4.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Freizügigkeit als internationale Freiheit bzw. internationales Grundrecht

3.1. Gegensatz oder Konvergenz zwischen Grundfreiheit und Grundrecht

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

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

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

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

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

¹⁵ Ebenda 194.

¹⁶ Haverkate 192.

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

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

3.2. Die gemeinschaftsrechtliche Bezugspunkte der Konvergenz

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

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

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

¹⁹ Stern 195.

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

²¹ Jellinek 103.

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

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

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

²⁵ Ebenda.

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

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

Bezüglich der Arbeitnehmerfreizügigkeit oder Dienstleistungsfreiheit hat sich die Rechtsprechung des Gerichtshofes gewissermaßen anders gestaltet. Besonders in Sachen der Arbeitnehmerfreizügigkeit hat der Gerichtshof nicht nur die staatlichen Regelungen, sondern alle kollektivrechtlichen Privatregelungen (also Rechtsetzung), die hinsichtlich der Arbeitseinrichtung dem EU-Vertrag widersprachen und die die Arbeitnehmerfreizügigkeit behindert haben, beurteilt.³² Zuletzt kann man auf die *Allué-Urteile*³³

²⁶ Oppermann – Classen – Nettesheim: 415.

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

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

²⁹ *Ganten*, 34 – 36.

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

³¹ *Ganten*, 35.

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

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

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

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

4. Die verschiedenen Arten der Freizügigkeit

4.1. Diskriminierungsverbot auf verschiedenen Ebenen und mit unterschiedlichem Inhalt

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

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

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

³⁴ Ganten 48.

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

³⁶ In diesem Kontext siehe: *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration*, C26/62.

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

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

³⁸ Oppermann 2009, 528.

³⁹ Oppermann 2009, 522.

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

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

⁴² C-221/89. Rn. 20.

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

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

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

4.3. Die Eigenartigkeit der Dienstleistungsfreiheit im Kontext der Entsenderichtlinie

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

⁴⁵ C-55/94 Rn 20.

⁴⁶ Richtlinie 2006/123/EG, Präambel 77.

⁴⁷ Richtlinie 2006/123/EG, Präambel 4.

⁴⁸ Richtlinie 2006/123/EG, Präambel 7.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵³ Art. 3 von Rom I-VO.

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

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

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

⁵⁷ Fuchs – Marhold: 437.

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

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

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

⁵⁹ Fuchs - Marhold: 438.

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

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

⁶² Erwägungsgrund Nr. 14.

⁶³ Birk, Rolf: § 20 RdNr. 236.

⁶⁴ Fuchs - Marhold: 444.

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

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

4.4. Die „einfache“ Freizügigkeit der Arbeitnehmer

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

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

⁶⁶ Birk, Rolf: § 19. RdNr. 138.

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

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

⁶⁹ Oppenheim – Classen – Nettesheim: 517.

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

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

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

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

⁷² Krimphove: 109 - 110.

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

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

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

⁷⁶ Fuchs - Marhold 64.

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

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

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

⁸⁰ Thüsing: 49.

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

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

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

5. Über die einzelstaatlichen Grundrechte

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

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

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

⁸³ Birk: § 19. RdNr. 42.

⁸⁴ Oppermann – Classen – Nettesheim: 517.

⁸⁵ Oppermann – Classen – Nettesheim: 517.

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

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

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

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

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

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

5.2. Die Rechtsnatur-Trias der Grundrechte und ihre Bedeutung

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹³ Oppermann – Classen – Nettesheim: 415.

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

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

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

⁹⁷ C-438/05 Rn. 46.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰³ Otto: § 274 Rn. 25 – 36.

¹⁰⁴ Otto: § 274 Rn. 36.

¹⁰⁵ Otto: § 274 Rn. 36.

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

6. Fazit

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

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

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

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

Erika Kovács

Ausgewählte arbeitsrechtliche Probleme der Rom I-Verordnung

1. Einführung – Grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse versus nationales Arbeitsrecht

Geschäfte werden immer internationaler und Unternehmen dementsprechend zunehmend grenzüberschreitend tätig. Parallel zu diesem Prozess hat die Anzahl der Arbeitsverhältnisse mit ausländischem Bezug stark zugenommen. Diese Tendenz wird auch dadurch unterstützt, dass die Europäische Union sowohl die Mobilität der Arbeitnehmer als auch die Mobilität der Unternehmen innerhalb der Europäischen Union besonders fördert. Diese grenzüberschreitende Tätigkeit der Unternehmen und Arbeitnehmer soll durch die Gewährleistung der vier Grundfreiheiten sichergestellt werden. Die Freizügigkeit der Waren, Dienstleistungen, Kapital und Arbeitnehmer hat dazu beigetragen, dass sowohl die Unternehmen, als auch die Arbeitnehmer weniger Hürden vorfinden, wenn sie grenzüberschreitend tätig werden. Durch diesen Prozess arbeiten immer mehr Arbeitnehmer für kürzere oder längere Zeit im Ausland.

Das Arbeitsrecht war und bleibt aber grundsätzlich nationales Recht. Dies bedeutet, dass sich der räumliche Anwendungsbereich des nationalen Arbeitsrechts üblicherweise auf das Gebiet eines Staates beschränkt. Gerade deswegen soll das nationale Arbeitsrecht nicht alleine bestimmen, welches Recht Anwendung findet, wenn sich ein Arbeitsverhältnis an mehreren Staaten anknüpft. Gibt es in einem Arbeitsverhältnis mehrere Elemente, die sich auf unterschiedliche Staaten beziehen, dann gibt das internationale Privatrecht – auch Kollisionsrecht genannt – Auskunft darüber, welches Recht Anwendung finden soll.

2. Welche Vorschriften bestimmen das anwendbare Recht?

Bei der Frage, wie das anwendbare Recht bestimmt wird, sind drei Rechtsquellen zu beachten. Erstens spielt traditionell das internationale Privatrecht eine Rolle. Dabei ist das Übereinkommen von Rom¹ (Europäisches Vertragsübereinkommen, im Folgenden: EVÜ) von großer Bedeutung, ein völkerrechtlicher Vertrag, der von den damaligen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft im Jahre 1980 in Rom geschlossen wurde. Alle neuen Mitgliedstaaten der EG haben dieses Übereinkommen unterzeichnet. Das EVÜ war nicht ohne Vorgänger auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts. Es wurde bereits im Jahre 1968 das Brüsseler Übereinkommen unterzeichnet, das die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen geregelt hat.²

1 Übereinkommen 80/934/EWG über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, das am 19. Juni 1980 in Rom zur Unterzeichnung aufgelegt wurde.

2 Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (unterzeichnet am 27. September 1968) (Brüsseler Übereinkommen oder

Zweitens muss auf der Ebene der Europäischen Union die Rom I-Verordnung³ (im Folgenden: Rom I-VO) erwähnt werden, die das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht regelt. Das in der Rom I-VO geregelte internationale Vertragsrecht stellt europäisches Kollisionsrecht dar. Die Rom I-Verordnung – zusammen mit der Rom II-Verordnung – bilden einen gewichtigen Meilenstein auf dem Weg der gemeinschaftsrechtlichen Vereinheitlichung des Kollisionsrechts.⁴

Durch die Regelungen der EU wird das internationale Privatrecht teils abgelöst und ersetzt. Die Abgrenzung erfolgt durch den unterschiedlichen zeitlichen Geltungsbereich. Art. 24 Rom I-VO stellt ferner das Verhältnis zwischen dem EVÜ und der Rom I-VO klar. Dementsprechend tritt die Verordnung in den Mitgliedstaaten an die Stelle des EVÜ. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Verordnung das EVÜ gänzlich ersetzt, da es in das nationale Recht umgesetzt wurde und diese Regelungen müssen aufgehoben werden.

Andere gemeinschaftsrechtliche Vorschriften spielen auch eine wichtige Rolle im arbeitsrechtlichen Kollisionsrecht. Auch die Rom II-Verordnung⁵ – die hier nicht behandelt werden soll – enthält kollisionsrechtliche Regelungen, die für das Arbeitsrecht von Relevanz sind. So bestimmt deren Artikel 9 das anwendbare Recht betreffend die Haftung für Schäden, die aus Arbeitskämpfmaßnahmen entstanden sind. Es gibt auch Richtlinien mit kollisionsrechtlichen Vorschriften. So enthalten z.B. die Entsenderichtlinie⁶, die Richtlinie 2008/104/EG über Leiharbeit⁷ und die Richtlinie 2008/94/EG über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers⁸ solche Regelungen. Art. 9 der zuletzt erwähnten Richtlinie bestimmt, welcher Mitgliedstaat zuständig für die Befriedigung der nicht erfüllten Arbeitnehmeransprüche ist, wenn ein Unternehmen, das in mehreren Mitgliedstaaten tätig ist, zahlungsunfähig wird. Das ist jener Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die betreffenden Arbeitnehmer ihre Arbeit gewöhnlich verrichten.

Als dritte Rechtsquelle muss das nationale Arbeitsrecht erwähnt werden, das auch Regelungen darüber enthält, welches Recht anwendbar ist. Dies erfolgt z.B. durch die Bestimmung des räumlichen Anwendungsbereiches der arbeitsrechtlichen Gesetze.

Europäisches Gerichtsstandsübereinkommen, EuGVÜ). Es wurde in 1988 mit dem Lugano Übereinkommen ergänzt: Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen geschlossen in Lugano am 16. September 1988. Ziel des Lugano Übereinkommens war es, die Regel des Brüsseler Übereinkommens auch auf die Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) anzuwenden. Es gibt nur kleine Unterschiede zwischen den zwei Übereinkommen. Damit wurde ein relativ einheitliches System der gerichtlichen Zuständigkeit und der Vollstreckung der gerichtlichen Entscheidungen in West-Europa geschaffen.

3 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I).

4 Das Brüsseler Übereinkommen wurde bereits in 2000 gemeinschaftsrechtlich vereinheitlicht und durch eine Verordnung abgelöst: Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüssel I-Verordnung oder EuGVVO).

5 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“)

6 Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

7 Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit.

8 Richtlinie 2008/94/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers.

3. Das Ziel der Rom I-Verordnung

Das Ziel der Ausarbeitung der Rom I-VO war die Harmonisierung der kollisionsrechtlichen Regelungen auf der Ebene der Europäischen Union, um eine einheitliche Rechtsanwendung sicherzustellen. Es war erforderlich, europäisches Kollisionsrecht mit den Richtlinien und Verordnungen der EU in Einklang zu bringen. Durch ein internationales Übereinkommen und die naturgemäß unterschiedlichen Umsetzungsmethoden konnte dieses Ziel nicht garantiert werden. In der Europäischen Union ist es wichtig, Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der Rechtsstreitigkeiten zu gewährleisten. Eine unmittelbar geltende Verordnung kann diese Aufgabe besser erfüllen, als ein internationales Übereinkommen. In der EU sollte es nicht vorkommen, dass die nationalen Kollisionsrechte auf unterschiedliche Rechtssysteme verweisen. Diese Situation würde nicht nur gegen die Rechtssicherheit, sondern auch gegen die Verwirklichung der Grundfreiheiten des EG-Vertrages wirken. Für die Verwirklichung des Europäischen Binnenmarktes ist es notwendig, dass die Mitgliedstaaten auf das gleiche Recht verweisen, d.h. das gleiche nationale Recht anwenden, unabhängig davon, vor welchem Gericht in welchem Staat die Klage erhoben wurde. Dadurch werden die Rechtsstreitigkeiten und deren Ergebnisse voraussehbar und berechenbar.

Im Entstehungsprozess der Rom I-Verordnung hat die Europäische Kommission im Jahre 2003 ein Grünbuch⁹ vorgelegt, in dem sie das Übereinkommen von Rom analysiert und einen ausführlichen Katalog über dessen umstrittenste Fragen aufgestellt hat. Deklariertes Ziel des Grünbuches war es, eine breite Diskussion über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom in ein Gemeinschaftsinstrument zu generieren und die Interessierten zur Stellungnahme über die umstrittenen Fragen aufzufordern.¹⁰

4. Anwendungsbereich des Art. 8 Rom I-VO

4.1. Zeitlicher Anwendungsbereich

Der zeitliche Anwendungsbereich der Verordnung richtet sich allein nach dem Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrages. Art. 28 Rom I-VO besagt, dass die Verordnung auf Verträge anzuwenden ist, die nach dem 17.12.2009 geschlossen wurden. Interessant ist die Frage, ob wesentliche Änderungen eines bestehenden Vertrages unter diesen Artikel fallen. Einige vertreten die Meinung, dass wenn die nach diesem Zeitpunkt erfolgte Umgestaltung eines bestehenden Vertrages so substantiell ist, dass sie als neue

9 Grünbuch über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahr 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung. (von der Kommission vorgelegt) Brüssel, den 14.1.2003 KOM(2002) 654 endgültig.

10 Es gab 82 Antworten auf das Grünbuch. Sie kamen von Staaten, Industrieverbänden, Finanzorganisationen, Verbraucherverbänden, juristischen Verbänden und wissenschaftlichen Gesellschaften. Siehe: Czizler, Dezső Tamás - Gyöngy, Mónika, A szerződéses kötelezettségekre alkalmazandó jogról szóló Róma I. rendelet elfogadásának előzményei és a jogalkotás menete, In: Palásti, Gábor - Vörös, Imre, (Hrsg.) *Európai kollíziós kötelmi jog, A szerződésekre és a szerződésen kívüli jogviszonyokra alkalmazandó európai jog*, KRIM Bt, Budapest 2009. S. 12-13.

Vereinbarung angesehen werden kann, für sie die Rom I-VO gilt.¹¹ Die am 17.12.2009 oder früher geschlossenen Arbeitsverträge fallen dagegen weiterhin unter das EVÜ.

4.2. Räumlicher Anwendungsbereich

Die Rom I-VO gilt unmittelbar in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union mit Ausnahme Dänemarks.¹² Daraus folgt, dass der Rom I-VO Vorrang vor dem nationalen Kollisionsrecht zu gewährleisten ist.¹³ Eine Besonderheit der Verordnung stellt die Tatsache dar, dass sie für sich universelle Geltung beansprucht. Das bedeutet, dass gemäß Art. 2 Rom I-VO die Verordnung auch dann anzuwenden ist, wenn das Recht, auf das sie verweist, nicht das Recht eines Mitgliedstaates ist. Wird das Arbeitsverhältnis von einem mitgliedstaatlichen Gericht beurteilt, gilt die Rom I-VO auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis keinen Bezug zu einem Mitgliedstaat besitzt.¹⁴ Die Verordnung hat diese Lösung aus Art. 2 des EVÜ übernommen.

4.3. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich der Rom I-Verordnung betreffend das Arbeitsrecht erfasst gemäß Art. 8 nur die Individualarbeitsverträge.¹⁵ Der Begriff Individualarbeitsvertrag wird in der Verordnung nicht näher definiert. Deswegen stellt sich die Frage, wie ein Individualarbeitsvertrag zu qualifizieren ist. Einige argumentieren für das „lex fori“-Prinzip, welches verlangt, dass der Arbeitsvertrag nach dem Recht des Gerichtsstaates zu bestimmen ist. Die andere Meinung befürwortet das „lex causae“-Prinzip, nach dem ein Rechtsverhältnis nach dem Recht qualifiziert wird, das nach dem Kollisionsrecht anwendbar wäre.¹⁶ Die nationale Qualifizierung des Begriffes des Arbeitsvertrages könnte zu verschiedenen Auslegungen führen, weil es in den einzelnen Mitgliedstaaten sehr unterschiedliche Konzepte für die Unterscheidung zwischen dem Arbeitsverhältnis und anderen Dienstverhältnissen gibt. Die herrschende Lehre ist sich deswegen darüber einig, dass die Begriffe Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis einheitlich europäisch ausgelegt werden sollten und dabei die Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff berücksichtigt werden sollte.¹⁷ Dafür spricht auch die

11 Wolfgang Wurmnest, Das neue Internationale Arbeitsvertragsrecht der Rom I-Verordnung, *EuZA*, Bd. 2 (2009), S. 481-499, S. 486.

12 Dazu siehe über die Position Dänemarks Art. 69. und Art. 1, 2 Protokoll Nr. 5 des Vertrages von Amsterdam. Dänemark nimmt an der juristischen Zusammenarbeit der Gemeinschaft nicht teil, sondern wendet auf grenzüberschreitende Fälle weiterhin das EVÜ an.

13 Junker, *Arbeitsverträge*, S. 112.

14 Junker, *Arbeitsverträge*, S. 112.

15 Art. 6 des EVÜ hat noch über „Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse von Einzelpersonen“ gesprochen. Nach herrschender Ansicht ist diese sprachliche Änderung von keiner inhaltlichen Relevanz. Junker, *Arbeitsverträge*, S. 113.

16 Blefgen, 18 ff.

17 So z.B. Junker, *Arbeitsverträge*, 113 f. Zu den verschiedenen Auffassungen siehe: Hannah Blefgen, *Die Anknüpfung an die einstellende Niederlassung des Arbeitgebers im Internationalen Arbeitsvertragsrecht*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2006. S. 19-25. Dieter Martiny, Rn. 4832. In: Christoph Reithmann / Dieter Martiny, (Hrsg.) *Internationales Vertragsrecht, Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 7. Aufl.; Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2010.

Tatsache, dass die einheitliche Auslegung der Rom I-VO nur durch die Rechtsprechung des EuGH zu gewährleisten ist.¹⁸ Da der Arbeitnehmerbegriff durch den EuGH relativ weit ausgelegt wird, sollte auch derjenige des Arbeitsverhältnisses weit ausgelegt werden. Wichtigste Eigenschaften eines Arbeitsverhältnisses sind, dass es eine abhängige, weisungsgebundene und entgeltliche Tätigkeit zum Gegenstand hat.¹⁹

Die Rom I-Verordnung beschränkt sich nur auf Individualarbeitsverhältnisse. Die grenzüberschreitenden kollektivrechtlichen Situationen werden traditionell von den internationalen kollisionsrechtlichen Normen nicht erfasst. Die Beurteilung der grenzüberschreitenden kollektiven arbeitsrechtlichen Fragen ist deswegen sehr widersprüchlich. Die kollektivrechtlichen Regelungen der einzelnen Mitgliedsstaaten sind sehr unterschiedlich und es ist nicht immer eindeutig, ob eine kollektivrechtliche oder eine betriebsverfassungsrechtliche Regelung eines Staates auf den Arbeitnehmer anzuwenden ist. Wie der Fall *Laval* gezeigt hat, kann Streik heutzutage auch grenzüberschreitende Folgen verursachen. Da das EVÜ und die Rom I-Verordnung nichts über kollektivrechtliche Fragen aussagen, muss grundsätzlich das jeweilige nationale Recht Anwendung finden und die grenzüberschreitenden Aspekte des kollektiven Arbeitsrechts regeln.

5. Grundprinzip – Die Rechtswahl

5.1. Welches Recht kann gewählt werden?

Die Grundregel der Rom I-VO ist die freie Rechtswahl der Parteien (Art. 8. Abs. 1). Die Arbeitsvertragsparteien eines Vertrages mit Auslandsberührung können das für das Arbeitsverhältnis maßgebliche Recht selbst bestimmen. Das Arbeitsverhältnis bedarf keiner besonderen objektiven Beziehung zu der vereinbarten Rechtsordnung. Der Kreis der wählbaren Rechtsordnungen ist nicht beschränkt. Es ist daher vorstellbar und erlaubt, ein Recht auszuwählen, zu dem das Arbeitsverhältnis keine Beziehung aufweist.²⁰ Diese scheinbar sehr große Freiheit der Parteien wird jedoch durch die drei Schranken der Rechtswahl wesentlich eingeschränkt.

Unter dem EVÜ galt nach herrschender Lehre, dass die Parteien nur das Recht eines Staates auswählen dürfen, nicht aber ein internationales Abkommen, *lex mercatoria* oder die allgemeine Prinzipien des Rechts. Während des Entstehungsprozesses der Rom I-VO gab es eine breite Diskussion darüber, ob es ermöglicht werden sollte, auch nicht-

18 Würmnest, S. 485. Seiner Meinung nach schließt es die Anwendung der Rechtsprechung des EuGH nicht aus, dass nach dem EuGH selbst er keinen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff ausgearbeitet hat. Die wichtigsten Eigenschaften des Arbeitnehmerbegriffes sind trotzdem der Rechtsprechung zu entnehmen.

19 Siehe EuGH 3.7.1986 – C-66/86. Rn. 16 f. (Lawrie-Blum); EuGH 12.5.1998 – C-85/96. Rn. 32. (Martínez Sala); EuGH 23.3.2004 – C-138/02. Rn. 26. (Collins).

20 Monika Schlachter, In: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, Thomas Dieterich / Rudi Müller-Glöge / Ulrich Preis / Günter Schaub, (Hrsg.) 7. Aufl. Verlag C.H.Beck, München 2007. Art. 34. EGBGB Rn. 4. Helmut Heiss, Party Autonomy, In: Franco Ferrari / Stefan Leible, (ed.) *Rome I Regulation - The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier European Law Publishers GmbH, Munich 2009. S. 2.

staatliches Recht zu wählen.²¹ Das wichtigste Argument gegen die Möglichkeit der Wahl nichtstaatlicher Regelwerke war, dass diese kein umfassendes Normensystem bilden.²²

Eine Neuigkeit der Rom I-VO im Vergleich zum Übereinkommen von Rom wird im 13. Erwägungsgrund der Preamble festgelegt. Dann wird es den Parteien erlaubt, „in ihrem Vertrag auf ein nichtstaatliches Regelwerk oder ein internationales Übereinkommen Bezug zu nehmen.“²³ Dies ändert jedoch die früher vertretene Auffassung bezüglich des EVÜ nicht maßgeblich. Bezugnahme bedeutet nämlich nicht die Wahl eines nichtstaatlichen Regelwerkes, sondern nur eine materiellrechtliche Rechtswahl.²⁴

Es stellt sich die Frage, welches „nichtstaatliche Regelwerk“ („non-State body of law“) oder „internationale Übereinkommen“ („international convention“) für das Arbeitsrecht Bedeutung haben könnte. Man könnte an die zahlreichen Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation denken. Sie sind jedoch als völkerrechtliche Abkommen nicht immer eindeutig und regeln immer nur einzelne Gebiete des Arbeitsrechts und stellen somit kein umfassendes Normensystem dar. Ein Verweis auf solche Übereinkommen wäre deswegen nicht als Rechtswahl, sondern als materielles Recht zu bewerten.²⁵ Für das Arbeitsrecht ist also diese Öffnung in Richtung nichtstaatliches Recht offensichtlich von geringer Relevanz als für das Handelsrecht oder Schuldvertragsrecht.²⁶

5.2. Stillschweigende Rechtswahl

Die Rechtswahl kann ausdrücklich oder auch stillschweigend erfolgen. Eine wichtige Veränderung gibt es in der Rom I-VO, da die Bedingungen einer stillschweigenden Rechtswahl etwas strikter und enger geworden sind als es im Übereinkommen der Fall war. Das Übereinkommen von Rom hat von der Rechtswahl verlangt, dass sie mit „hinreichender Sicherheit“ (auf Englisch „demonstrated with reasonably certainty“, auf Französisch „façon certaine“) erfolgt. Art. 3 Abs. 1 Satz 2 der Rom I-VO fordert, dass sich die Rechtswahl „eindeutig“ (auf Englisch „clearly demonstrated“) aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles ergeben muss.²⁷ Durch die veränderte Formulierung will die Verordnung vorbeugen, dass nationale Gerichte ihre eigene Zuständigkeit feststellen, auch wenn die stillschweigende Rechtswahl nicht überzeugend genug war. Diese Änderung der Formulierung

21 Siehe Grünbuch 3.2.3. Parteiautonomie (Artikel 3 Absatz 1) – Wahl nichtstaatlicher Regelungen.

22 Andere Auffassung vertritt Leible. Seiner Meinung nach sollten grundsätzlich auch nichtstaatliche Regelwerke gewählt werden können, weil sie ihre Funktion erfüllen könnten. Näher dazu Stefan Leible, Rechtswahl, 41-55. In: Franco Ferrari / Stefan Leible, (Hrsg.) *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa – Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung*, Studien zum Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Bd. 10. Jenaer Wissenschaftlicher Verlagsgesellschaft, 2007. S. 48 f. Gegen die Möglichkeit der Wahl eines nichtstaatlichen Regelwerkes siehe auch Junker, Arbeitsverträge, S. 117 f.

23 Die englische Fassung: “This Regulation does not preclude parties from incorporating by reference into their contract a non-State body of law or an international convention.”

24 Wurmnest, S. 487; Ulrich Magnus, Die Rom I-Verordnung, *IPRax* 2010, 27-44. S. 33. Leible vertritt die Meinung, dass die materiellrechtliche Rechtswahl in den meisten Fällen keine ausreichende Lösung ist. Leible, *Rechtswahl*, 48.

25 Wurmnest, S. 487.

26 Wurmnest, S. 488.

27 Es gibt auch solche Meinung, nach der die Änderung des Wortlautes nicht zu einer Änderung des Inhaltes führt, sondern das Ziel dieser Modifikation war es nur, die englische und deutsche Fassung mit dem französischen Text in Einklang zu bringen. So Heiss, 1 f.

wird allerdings aus dem ungarischen Text der Verordnung nicht deutlich. Im ungarischen Text der Rom I-VO und des EVÜ wird nämlich der gleiche Ausdruck benutzt.²⁸

Bei der Entstehung der Rom I-Verordnung war es sehr umstritten, wie die Voraussetzungen der stillschweigenden Rechtswahl formuliert werden sollten. Das Grünbuch widmet der Frage eigenen Absatz, wie die stillschweigende Rechtswahl von dem hypothetischen Willen der Parteien abgegrenzt werden kann.²⁹ Auch das Grünbuch gibt zu, dass die Grenze zwischen diesen zwei Formen äußerst fließend ist. Abweichende Auslegungen in den verschiedenen Staaten sind auch auf die unterschiedlichen Sprachfassungen des EVÜ zurückzuführen. Das ist auch der Grund dafür, warum die deutschen und englischen Gerichte mehr dazu neigen, eine stillschweigende Rechtswahl zu bejahen, auch wenn sich diese Entscheidung aus dem Vertrag selbst nicht ergeben hat.³⁰ Diesem sog. „Heimwärtsstreben“ der Gerichte wollte der Gemeinschaftsgesetzgeber ein Ende setzen, um den tatsächlichen Parteiwillen mehr Raum zu geben. Durch die Änderung sollen die objektiven Umstände des Arbeitsverhältnisses den subjektiven Vorstellungen des Richters vorgehen.³¹ Es dürfen jedoch keine überspannten Anforderungen an die Formulierung und an die Genauigkeit der Rechtswahl gestellt werden.³²

Es ist allerdings weiterhin eine offene Frage, wann eine eindeutige Rechtswahl vorliegt. In welchen Fällen ist die Rechtswahl eindeutig? Nehmen wir an, dass die Vertragsparteien die ausschließliche Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts für die Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien vereinbaren. Bedeutet diese Klausel ohne weitere Faktoren, die die Rechtswahl unterstützen würden, bereits eine stillschweigende Rechtswahl?³³ Bei dem Entstehungsprozess der Rom I-Verordnung wurde auch diese Frage eingehend diskutiert. Nach mehreren Vorschlägen haben die Parteien letztendlich im zwölften Erwägungsgrund der Preamble festgelegt, dass die ausschließliche Zuständigkeit eines oder mehrerer Gerichte bei der Feststellung der Rechtswahl einer der zu berücksichtigenden Faktoren sein sollte.³⁴ Dies bedeutet, dass

28 „kellő bizonyossággal“ (mit hinreichender Sicherheit)

29 Die hypothetische Rechtswahl ist nichts anderes, als eine breit ausgelegte stillschweigende Rechtswahl. Bei einer hypothetischen Rechtswahl überlegen die Gerichte, welches Recht die Parteien gewählt hätten, wenn sie eine Rechtswahl getroffen hätten. Grünbuch 3.2.4. Parteiautonomie – Definition der stillschweigenden Rechtswahl (Artikel 3 Absatz 1) S. 28.

30 Grünbuch 3.2.4.2. Probleme mit der Anwendung von Artikel 3, S. 28f. Wurmnest, S. 489.

31 Es gab sogar solche Vorschläge, dass die Verordnung die Katalog der Umstände enthalten könnte, die auf die stillschweigende Rechtswahl deuten könnten. Kritiker dieses Vorschlages haben hervorgehoben, dass die Gerichte hätten sich wahrscheinlich viel zu sehr an diese Katalog gebunden. So Csöndes, Mónika – Nemessányi, Zoltán, *Jogválasztás a Római Egyezménytől a Róma I. rendelet tervezetéig, Jogtudományi Közlöny*, 2008. május, 239-250. S. 244.

32 Leible, S. 43.

33 Die Bedeutung der Vereinbarung der Zuständigkeit eines Gerichts für die stillschweigende Rechtswahl wird in der ungarischen Literatur durch Csöndes / Nemessányi ausführlich behandelt. Siehe Csöndes – Nemessányi, S. 244-246.

34 Im Art. 3 des Entwurfs der Rom I-VO war noch die Annahme festgelegt, dass wenn sich die Vertragsparteien in der ausschließlichen Zuständigkeit eines oder mehrerer Gerichte einigen, dann ist die stillschweigende Rechtswahl des Rechts dieses Staates anzunehmen. Leible hat gefordert, dass diese Auslegungsregel statt dem Gesetzestext in den Erwägungsgründen seinen Platz finden sollte. Er hat ferner auch dafür plädiert, dass einer Gerichtsstandsvereinbarung höchstens nur Indizwirkung beigemessen sollte, sie soll jedoch keine Vermutung darstellen. Beide Vorschläge wurden übernommen. Siehe in: Leible, S. 44 f. Zu den verschiedenen Vorschlägen während der Entstehung der Rom I-Verordnung siehe Csöndes/Nemessányi, S. 245-246. und Czigler/Gyöngy, S. 13-18.

die Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstandes ein wichtiges Zeichen für die stillschweigende Wahl des Rechts des Gerichtsortes ist.³⁵ Vereinbaren also die Vertragsparteien den ausschließlichen Gerichtsstand, ist beim Fehlen von Hinweisen auf einen abweichenden Willen die stillschweigende Rechtswahl festzustellen.³⁶

Weniger eindeutig scheint eine Rechtswahl zu bestehen, wenn der Arbeitsvertrag auf eine Vorschrift oder auf die Kündigungsschutzregelungen eines bestimmten Staates oder aber auf einen Tarifvertrag verweist. Meiner Meinung nach stellen solche Klauseln keine eindeutige Verweise auf die Wahl des Rechtssystems eines bestimmten Staates dar. Deswegen sollte eine solche Klausel nach der Rom I-Verordnung für eine stillschweigende Rechtswahl nicht ausreichen.³⁷ Meiner Meinung nach ist dieser Fall ein ausgezeichnetes Beispiel dafür, dass solche Fälle, die früher als stillschweigende Rechtswahl gegolten haben, nach den höheren Anforderungen der Rom I-VO nicht mehr so zu qualifizieren sind.

6. Die drei Schranken der Rechtswahl

6.1. Die erste und zweite Schranken – Günstigkeitsvergleich

Die freie Rechtswahl bietet der stärkeren Vertragspartei, nämlich den Arbeitgeber die Möglichkeit, das Recht auszuwählen, das überwiegend für ihn günstig ist und die schwächere Partei, den Arbeitnehmer, ungünstig trifft. Deswegen wurde der freien Rechtswahl zum Schutz des Arbeitnehmers Grenzen gesetzt. Das Übereinkommen von Rom hat der Rechtswahl zwei Schranken gesetzt. Diese wurden durch die Rom I-Verordnung übernommen und eine weitere Schranke wurde eingebaut. Grundprinzip der Schranken ist der Günstigkeitsvergleich. Dieser beschränkt die tatsächliche Rechtswahl auf eine Weise, die in Zweifel stellt, ob man über eine wirkliche Wahl tatsächlich noch reden kann. Das eindeutige Ziel des Günstigkeitsvergleiches ist der Schutz des Arbeitnehmers. Der Günstigkeitsvergleich wirft allerdings schwierige Fragen auf, die durch die Rom I-VO nicht gelöst wurden. Dieses Problem wird nur dadurch aufgelockert, dass die Vertragsparteien meistens das Recht auswählen, das auch nach den objektiven Anknüpfungselementen mit dem Arbeitsverhältnis ohnehin die engste Beziehung aufweist.³⁸

Die erste Schranke bilden die imperativen Regelungen des Staates, die ohne Rechtswahl auf das Rechtsverhältnis Anwendung finden würden (Art. 3 Abs. 3). Wenn alle Elemente des Sachverhaltes zum Zeitpunkt der Rechtswahl für einen anderen als denjenigen Staat sprechen, dessen Recht gewählt wurde, müssen trotz der Rechtswahl die zwingenden Vorschriften dieses Staates Anwendung finden.

35 Wurmnest, S. 489.

36 Magnus, S. 33.

37 A.A. Wurmnest, S. 489. und Martiny, Rn. 4839.

38 Berke, Gyula, A nemzetközi (kollíziós) munkajog, In: Berke, Gyula / Gyulavári, Tamás / Kiss, György, *Külföldiek foglalkoztatása Magyarországon*, KJK Kerszöv, Budapest 2002. 103-113. S. 103, 109. Abbo Junker, Das Internationale Arbeitsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, In: *Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht*, 2004, S. 1197, 1200.

Die zweite Schranke ist eine spezielle Einschränkung für die Arbeitsverhältnisse gemäß Art. 8 Abs. 1 Satz 2. Danach darf die Rechtswahl der Parteien nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch Bestimmungen gewährt wird, von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf. Die Rechtswahl der Parteien wird dadurch wesentlich eingegrenzt, dass auf Grund objektiver Anknüpfung maßgebliche zwingende arbeitsrechtliche Vorschriften auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden müssen. Das gewählte Recht ist weiterhin anwendbar, aber die zwingenden Normen des Staates des Arbeitsplatzes oder der Niederlassung gehen vor.

Während die erste Schranke eine allgemeine Einschränkung darstellt, ist die zweite Schranke eine spezielle Regel für das Arbeitsverhältnis. Bei der zweiten Schranke reicht nur ein Element – nämlich normalerweise der gewöhnliche Arbeitsort – aus, um die Rechtswahl einzuschränken. Deswegen ist im Arbeitsrecht die erste Regel von keiner Bedeutung.

Bei der Einschränkung der Rechtswahl bei den Individualarbeitsverhältnissen hat sich der Wortlaut verändert. Das EVÜ hat die „zwingenden Bestimmungen des Rechts“ und „mandatory rules of the law“ in Art. 6 Abs. 1 geregelt, während jetzt Art. 8 Abs. 1 S. 2 der Rom I-VO folgendermaßen formuliert: „Bestimmungen (...), von denen (.....) nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf“ (auf Englisch: „provisions that cannot be derogated from by agreement“).

Das Ziel dieser Schranke war und bleibt der Schutz des Arbeitnehmers. Es soll verhindert werden, dass der stärkere Arbeitgeber das anwendbare Recht einseitig bestimmt und damit den Arbeitnehmer unverhältnismäßig benachteiligt. Somit kann durch Rechtswahl nicht der Schutz des Arbeitnehmers entzogen werden, der ihm ohne Rechtswahl zustehen würde. Die dem Arbeitnehmer günstigere Regelung erhält Vorrang. Ferner ist auch der Zweck dieser Regelung der Schutz des Arbeitsmarktes. Diese Regelung schützt den Arbeitsmarkt vor ungünstigeren und billigeren Arbeitskräften dadurch, dass die Minimalstandards des Arbeitsrechts des Empfängerstaates auf den Arbeitnehmer Anwendung finden müssen.

Die Abwägung zwischen den Vorschriften zur Feststellung, welche günstiger ist, erfolgt durch den Vergleich der Ergebnisse, zu denen die betreffenden Rechtsordnungen führen würden. Pauschale Vergleiche – wenn man z.B. die Kündigungsschutzsysteme zweier Staaten vergleicht – sind wenig sinnvoll. Genauso wenig ist es aber vorstellbar, dass man einzelne Regelungen miteinander vergleicht, z.B. die Kündigungsfristen in den zwei Rechtssystemen. Eine Kumulation der Vorteile beider Rechtsordnungen ist ebenfalls nicht erlaubt.³⁹ Die herrschende Lehre befürwortet einen Sachgruppenvergleich, der auch beim tarifvertragsrechtlichen Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG erfolgt.⁴⁰ Diese Schranke muss nach der internationalen Praxis eng ausgelegt werden und kann nicht dazu führen, dass der Arbeitnehmer die besten Regelungen aus mehreren Rechtssystemen herauspickt.

Einen Mangel der Rom I-VO stellt es dar, dass Art. 8 nicht festlegt, welche Art die durchzusetzenden Vorschriften sein müssen. Eine einheitliche Interpretation des

39 Martiny, Rn. 4846.

40 Zum Sachgruppenvergleich betreffend § 4 Abs. 3 TVG siehe Rolf Wank In: Herbert Wiedemann (Hrsg.) *Tarifvertragsgesetz*, Verlag C.H.Beck, München 2007. § 4 TVG, Rn. 470. ff.

Ausdruckes „Bestimmungen, von denen durch Vereinbarung nicht abgewichen werden darf“ durch den EuGH wäre erforderlich. Grundvoraussetzung ist, dass sie nicht dispositiv, also für die Parteien nicht abdingbar sein dürfen. Sie müssen ferner Schutzvorschriften sein, d.h. sie müssen die Rechtsstellung des schwächeren Vertragsteiles verbessern. Art. 8 unterscheidet sich nicht danach, ob die Schutzvorschriften öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Natur sind. Es muss sich jedoch um Bestimmungen handeln, die Auswirkungen auf den Inhalt des Arbeitsverhältnisses haben, also solche die nicht nur Gebote an den Arbeitgeber darstellen. Wenn man den Begriff Schutzvorschriften weit interpretiert, dann kann das gewählte Recht praktisch in jeder einzelnen Frage durch günstigere Bestimmungen des anderen Rechts korrigiert werden. In Betracht kommen insbesondere Normen über Kündigungsschutz, Lohnzahlung und Urlaubsansprüche. Solche zwingenden Bestimmungen sind z.B. Vorschriften über gesetzliche Mindestlöhne, Schutzvorschriften über den Lohnanspruch ohne Arbeit (Betriebsrisiko, Feiertagsbezahlung) oder zwingende Vorschriften des Kündigungsschutzrechts.⁴¹

6.2. Die gemeinschaftsrechtliche Schranke – Art. 3. Abs. 4. (Binnenmarktklausel)

Es gibt eine neue Einschränkung der Rechtswahl in der Rom I-Verordnung, die es im Übereinkommen von Rom noch nicht gab.⁴² Wenn alle anderen Elemente des Sachverhaltes zum Zeitpunkt der Rechtswahl an einen oder an mehrere Mitgliedstaaten anknüpfen, müssen trotz Rechtswahl eines Drittstaates die zwingenden Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts Anwendung finden.⁴³ Die Binnenmarktklausel gründet eine Regel auf EU-Ebene parallel zu Art. 3. Abs. 3 auf nationaler Ebene.⁴⁴ Das Gemeinschaftsrecht muss in der von dem Mitgliedstaat umgesetzten Form angewendet werden. Das Ziel dieser Regelung war es, den zwingenden Regelungen des Gemeinschaftsrechts – einschließlich des nationalen Rechts, das als Ergebnis der Umsetzung des Gemeinschaftsrechts entstanden ist – Geltung zu verleihen.

Interessant ist die Frage – auch wenn sie eher von theoretischer Relevanz ist – wie Art. 4 zur Anwendung kommt, wenn die Parteien das Recht eines Mitgliedstaates gewählt haben, der Teile des Gemeinschaftsrechts nicht oder nicht korrekt umgesetzt hat.⁴⁵ Gründe der Rechtssicherheit und der Freiheit der Rechtswahl sprechen dafür, dass dieses Recht trotz gemeinschaftswidriger oder nicht gemeinschaftskonformer Regelungen vollständig Anwendung finden soll.

41 Martiny, Rn. 4918. und 4928.

42 Die Einführung dieser Regel kann auf den legislativen Vorschlag von Jürgen Basedow zurückgeführt werden. Siehe: Jürgen Basedow, Materielle Rechtsangleichung und Kollisionsrecht, In: Schnyder/Heiss/Rudisch (eds.) *Internationales Verbraucherschutzrecht*, Tübingen 1995, S. 11, 34. Verweis von Heiss, S. 4.

43 Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO wird teilweise durch Art. 8. Abs. 1 Rom I-VO verdrängt, wenn Teile des Gemeinschaftsrechts als zwingendes Recht gelten, von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf. Siehe Wurmnest, S. 490.

44 Heiss, S. 4.

45 Siehe die Behandlung dieser Fragestellung bei Magnus, S. 34.

7. Zwingende Vorschriften und Eingriffsnormen

7.1. Die zwei Kategorien der zwingenden Vorschriften

Die Rom I-Verordnung hat bezweckt, den Ausdruck „zwingende Bestimmung“ besser zu definieren als es das EVÜ gemacht hat. Das EVÜ hat betreffend die Individualarbeitsverhältnisse generell über „zwingende Vorschriften“ (mandatory rules) in Art. 7 und über „zwingende Bestimmungen des Rechts“ (mandatory rules of the law) in Art. 6 Abs. 1 gesprochen mit der Folge, dass die beiden Artikel die gleiche Bedeutung hatten. Der 37. Erwägungsgrund der Verordnung sagt aus, dass „der Begriff „Eingriffsnormen“ von dem Begriff „Bestimmungen, von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden kann“, unterschieden werden sollte und enger ausgelegt werden muss“. Das Ziel der Rom IVO war es damit, den früher einheitlichen Begriff auf zwei unterschiedliche Kategorien aufzuteilen. Art. 8 Abs. 1 Rom IVO spricht über Bestimmungen, von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf. Diese Kategorie wurde bei den Schranken als Günstigkeitsvergleich behandelt. Dazu hat Art. 9 der Verordnung einen neuen Begriff, nämlich denjenigen der „Eingriffsnorm“ („overriding mandatory provisions“) eingeführt. Wie der vorhin erwähnte Erwägungsgrund festlegt, sind die Eingriffsnormen enger auszulegen, als die imperativen Vorschriften. Die Rom IVO hat folglich die zwei Kategorien klarer von einander abgegrenzt. In Folgenden werden die Abgrenzungsmerkmale dieser zwei Kategorien der zwingenden Vorschriften untersucht und die Eingriffsnormen ausführlicher behandelt.

Zwischen den zwei Kategorien der zwingenden Vorschriften gibt es Berührungspunkte und Überschneidungen.⁴⁶ Aufgrund des Inhaltes und der Zielrichtung der beiden Normen ist es jedoch möglich, eine Abgrenzung zu schaffen. Während Art. 8 arbeitsrechtliche Vorschriften, d.h. Arbeitnehmerschutzvorschriften erfasst, bezieht sich Art. 9. Abs. 1 auf allgemeinere Vorschriften, die den öffentlichen Interessen dienen.⁴⁷ Eingriffsnormen können nur öffentlich-rechtliche Regelungen sein. Bestimmungen, von denen gemäß Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom IVO nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf können jedoch sowohl privatrechtliche, als auch öffentlich-rechtliche Regelungen sein. Dadurch entsteht meiner Meinung nach eine gewisse Überlappung, da die öffentlich-rechtlichen Vorschriften von beiden Regeln erfasst werden.

7.2. Eingriffsnormen – Eine neue Kategorie

Art. 7 EVÜ hat früher die zwingenden Vorschriften geregelt. Es war nicht eindeutig, welche Regeln als zwingende Vorschriften anzusehen sind. Die herrschende Meinung vertrat die Auffassung, dass solche Regelungen zu dieser Kategorie gehören, die nicht nur dem Schutz von Individualinteressen des Arbeitnehmers dienen, sondern staats- und wirtschaftspolitische Zielen, d.h. öffentliche Gemeinwohlinteressen verfolgen.⁴⁸

46 Martiny, Rn. 4905 f.

47 Martiny behandelt die verschiedenen Phasen des Arbeitsverhältnisses einzeln sowie die wichtigsten arbeitsrechtlichen Vorschriften und qualifiziert sie, nach welchem Recht sie bei grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen zu bestimmen sind. Martiny, Rn. 4914 ff.

48 So z.B. Deinert, S. 150.

Art. 9 Abs. 1 der Verordnung gibt eine Definition der Eingriffsnorm („overriding mandatory provisions“). Diese Definition wurde aus dem *Arblade-Urteil*⁴⁹ des EuGH übernommen. Nach dieser Begriffsbestimmung sind solche Regelungen Eingriffsnormen, die für die Wahrung des öffentlichen Interesses, insbesondere der politischen, sozialen und organisatorischen Interessen des Staates entscheidend sind. Diese Definition scheint eindeutig einen engeren Kreis des Regelungen zu umfassen als das EVÜ. Unter der Geltung des EVÜ gab es die herrschende Meinung, dass sich die Normen des Sonderprivatrechts auch als Eingriffsnormen eignen, wenn sie auch gewichtigen öffentlichen Interessen dienen. Diese Auffassung könnte durch die neue Definition Veränderungen erfahren. Als Eingriffsnormen können in der Zukunft nur solche Regelungen qualifiziert werden, die entscheidend für die Wahrung der aufgezählten Interessen eines Staates sind. Der Begriff „entscheidend“ drückt aus, dass es um besondere öffentliche Interessen gehen muss.⁵⁰

Deinert ist der Auffassung, dass im deutschen Recht zu den Eingriffsnormen beispielsweise die folgenden Regelungen gehören: das Massenentlassungsrecht nach §§ 17 ff. KSchG, der Sonderkündigungsschutz für Arbeitnehmervertreter nach §§ 15 KSchG, 103 BetrVG, der Lohnfortzahlungsanspruch nach § 3 EFZG oder die Beschäftigungspflicht nach § 71 SGB IX sowie der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz.⁵¹ Nach *Martiny* wird z.B. das Diskriminierungsverbot des § 2 Nr. 7 AEntG als Eingriffsnorm qualifiziert.⁵² Bei vielen Vorschriften ist es jedoch äußerst umstritten, ob sie zu den Eingriffsnormen gehören. Ein gutes Beispiel dafür stellt der allgemeine Kündigungsschutz dar. Nach einer Auffassung dient er nur dem Schutz der schwächeren Partei; andere meinten noch betreffend das EVÜ, dass er eine Eingriffsnorm darstellt.⁵³ Es ist fraglich, wie solche Normen nach der Neuformulierung zu beurteilen sind. Meiner Meinung nach bringt der neue Begriff und die neue Definition eine enge Auslegung mit sich und der Kreis der Regelungen, die unter diesen Begriff gehören, muss enger ausgelegt werden.

Eine weitere umstrittene Frage ist, ob die zwingenden Vorschriften eines Tarifvertrages auch Anwendung finden müssen. In der Literatur wird zwischen Tarifverträgen und solchen die für allgemeinverbindlich erklärt wurden differenziert. Die allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge können als Eingriffsnormen angesehen werden, da diese durch die Allgemeinverbindlicherklärung naturgemäß den öffentlichen Interessen dienen.⁵⁴ Anders wird diese Frage bei Tarifverträgen ohne Allgemeinverbindlicherklärung beurteilt.⁵⁵ Bei diesen hängt die Antwort auch davon ab, wie der Geltungs-

49 Siehe *Arblade* Entscheidung des EuGH. 23.11.1999. C-369/96. Slg. 1999, I-8453. Rn. 30.

50 Karsten Thorn, *Eingriffsnormen*, S. 129-149. In: Franco Ferrari / Stefan Leible, (Hrsg.) *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa – Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung*, Studien zum Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Bd. 10. Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft 2007.

51 Siehe die Beispiele mit Literaturhinweise bei *Deinert*, S. 152.

52 *Martiny*, Rn. 4916.

53 Siehe dazu *Deinert* S. 152.

54 Siehe dazu die Ausführungen bei *Deinert*, S. 151.

55 A.A. vertritt *Schlachter*, die auf der Grundlage einer BAG Entscheidung dafür spricht, dass ein allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag nicht als Eingriffsnorm angesehen werden kann. *Erk/Schlachter* Art. 34. EGBGB Rn. 19.

bereich des Tarifvertrages geregelt wird. Binden sie nur die Organisierten, können sie durch ihren eingeschränkten Wirkungsbereich nicht den öffentlichen Interessen dienen. Gelten die Tarifverträge jedoch für alle Arbeitnehmer des tarifgebundenen Arbeitgebers, wie z.B. in Ungarn, hat der Tarifvertrag einen weiteren Geltungsbereich, der den öffentlichen Interessen dienen kann.

8. Welches Recht ist ohne Rechtswahl anzuwenden? – Die objektiven Anknüpfungsregeln

Die objektiven Anknüpfungsregeln des EVÜ sind grundsätzlich unverändert geblieben. Es muss zunächst geprüft werden, ob es einen gewöhnlichen Arbeitsort gibt. Gibt es keinen solchen in einem Staat, findet das Recht der einstellenden Niederlassung Anwendung. Weiterhin besteht die Möglichkeit bei atypischen Fällen diese zwei Regeln durch die Ausweichklausel zu korrigieren, wenn das Arbeitsverhältnis eine engere Beziehung zu einem anderen Recht aufweist.

8.1. Der gewöhnliche Arbeitsort

Die Grundregel besagt gemäß Art. 8. Abs. 2, dass das Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes anzuwenden ist (*lex loci laboris*). Wenn es im Arbeitsverhältnis einen gewöhnlichen Arbeitsort gibt, auch wenn der Arbeitnehmer vorübergehend anderswo arbeitet, findet das Recht dieses Ortes Anwendung. Der gewöhnliche Arbeitsort ist der Ort, an dem der Arbeitnehmer den überwiegenden Teil seiner Arbeitsleistung erbringt. Entscheidend ist also, in welchem Staat der Mittelpunkt der Tätigkeit liegt. Sind der vertraglich vereinbarte Arbeitsort und der tatsächliche Arbeitsort unterschiedlich, kommt es darauf an, an welchem Ort die tatsächliche Arbeitsleistung erbracht wird.⁵⁶

Die Entsenderichtlinie hat das Kollisionsrecht für entsandte Arbeitnehmer wesentlich verändert, ohne dass diese Veränderung ausdrücklich in der Rom I-Verordnung Ausdruck gefunden hätte. Früher wurde noch davon ausgegangen, dass ohne Rechtswahl bei längeren Entsendungen nach dem Prinzip des gewöhnlichen Arbeitsortes das Recht des Staates auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet, in dem der Arbeitnehmer entsandt wurde. Dieser Auffassung kann gemäß der Entsenderichtlinie nicht mehr gefolgt werden. Daraus folgt nämlich, dass bei einer Entsendung auf das Arbeitsverhältnis weiterhin das Recht des Sendestaates anzuwenden ist und nur angesichts der in der Entsenderichtlinie aufgelisteten Arbeitsbedingungen die Regelungen des Empfängerstaates Anwendung finden. Die Richtlinie formuliert diese Bedingungen als Mindestbedingungen für die entsandten Arbeitnehmer. In der *Luxemburg*-Entscheidung⁵⁷ hat der EuGH jedoch klargestellt, dass sie auch Höchstarbeitsbedingungen bedeuten und dementsprechend ist es dem Empfängerstaat untersagt, seine eigenen Regelungen über die in der Richtlinie aufgelisteten Arbeitsbedingungen hinaus auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden.

⁵⁶ Bleggen, S. 33-34.

⁵⁷ Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 19. Juni 2008, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Großherzogtum Luxemburg, Rechtssache C-319/06.

Der Begriff „gewöhnlicher Arbeitsort“ wurde modifiziert. Art. 8 Abs. 2 der Rom I-Verordnung wurde im Vergleich zu dem Übereinkommen von Rom mit dem Ausdruck „andernfalls von dem aus“ ergänzt. Dies kann „von dem aus“-Klausel genannt werden.⁵⁸ Diese Ergänzung drückt aus, dass das Recht des Staates Anwendung finden soll, von dem aus der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit errichtet (in der englischen Version; „the law of the country in which or, failing that, from which the employee..“ im französischen Text: „la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur...“). Diesen Begriff enthielt das Übereinkommen nicht.

Mit der „von dem aus“-Klausel hat die Rom I-VO die wichtigsten Aussagen zweier EuGH-Entscheidungen zum Brüsseler Übereinkommen übernommen. Beide Urteile dienen dem Ziel, auch bei häufiger, grenzüberschreitender Reisetätigkeit die Anknüpfung an den gewöhnlichen Arbeitsort zu bewahren und dadurch den Arbeitnehmer zu schützen.⁵⁹ In der *Mulox v Geels* Entscheidung⁶⁰ hat der EuGH festgelegt, dass als gewöhnliche Arbeitsort der Ort anzusehen ist, an dem oder von dem aus der Arbeitnehmer seine Pflichten gegenüber seinem Arbeitgeber hauptsächlich erfüllt. Im Fall *Rutten v. Cross Medical*⁶¹ hat der EuGH den Bestand eines gewöhnlichen Arbeitsortes bei einem Arbeitnehmer festgestellt, der ein Drittel seiner Arbeitszeit im Ausland verbracht hat, aber ein Büro im Inland hatte, wohin er immer wieder zurückkehrte und seine Arbeit von dort erledigte. In diesem Fall hat der Arbeitnehmer seine Tätigkeit in mehreren Mitgliedstaaten verrichtet. Der gewöhnliche Arbeitsort war der Ort, den der Arbeitnehmer zum tatsächlichen Mittelpunkt seiner Berufstätigkeit gemacht hat. Für die Bestimmung dieses Ortes ist der Umstand zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer den größten Teil seiner Arbeitszeit in einem Staat verbringt, in dem er ein Büro hat, von dem aus er seine Tätigkeit für seinen Arbeitgeber organisiert und wohin er nach jeder im Zusammenhang mit seiner Arbeit stehenden Auslandsreise zurückkehrt. In der Literatur wird auch dafür plädiert, dass ein gewöhnlicher Arbeitsort festzustellen ist, wenn der Arbeitnehmer mindestens 60% seiner Arbeitszeit an einem bestimmten Ort in einem Staat verbringt.⁶²

Die „von dem aus“-Klausel kommt nicht nur dann zur Anwendung, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit in mehreren Staat verrichtet. Denken kann man auch an Telearbeit, oder z.B. an Callcenter Arbeit, bei welcher der Arbeitnehmer physisch in einem ganz anderen Staat sein kann. Es gab jedoch in der Literatur auch früher die Meinung, dass in Fällen von Heimarbeit oder internationaler Telearbeit der Ort der tatsächlichen Arbeitsleistung den gewöhnlichen Arbeitsort bestimmt.⁶³ Die Ergänzung der Bestimmung des gewöhnlichen Arbeitsortes hat jedoch bei solchen Arbeitsverhältnissen das anwendbare Recht klargestellt.

58 Wurmnest, S. 492.

59 Junker, *Arbeitsverträge*, S. 121f.

60 EuGH C-125/92. von 13.7.1993. *Mulox v. Geels*, Slg. 1993, I4075, insb. Rn. 24.

61 EuGH C-383/95. von 9.1.1997. *Rutten v. Cross Medical*, Slg. 1997, I-57.

62 Siehe Peter Mankowski, *Der gewöhnliche Arbeitsort im Internationalen Privat- und Prozessrecht*, *IPRax*, 1999, 332-338. 336; Felipe Temming, *Europäisches Arbeitsprozessrecht: Zum gewöhnlichen Arbeitsort bei grenzüberschreitend tätigen Außendienstmitarbeitern*, *IPRax*, 2010, Heft 1, S. 59-66. 64; Bleggen, S. 49-50.

63 Bleggen, S. 34.

8.2. Das Recht der einstellenden Niederlassung

Kann das anzuwendende Recht nicht nach der gewöhnlichen Arbeitsort bestimmt werden, dann unterliegt der Arbeitsvertrag dem Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat. Diese Regel gilt in der Rom I-Verordnung gemäß Art. 8 Abs. 3 der Verordnung als Ersatzregel des gewöhnlichen Arbeitsortes, wenn der gewöhnliche Arbeitsort nicht bestimmt werden kann. Nach dem Wortlaut des EVÜ – in dem die Anknüpfung an den gewöhnlichen Arbeitsort und an die einstellende Niederlassung mit einem „oder“ erfolgt ist – war es nicht eindeutig, ob die einstellende Niederlassung als Anknüpfungselement eine Alternative zum gewöhnlichen Arbeitsort ist oder aber eine Ersatzregel. In der Literatur wurde die Anknüpfung an die einstellende Niederlassung als Ersatzregel wahrgenommen. Diese Auffassung und der Anspruch der Klarstellung sind in der neuen Formulierung zum Ausdruck gekommen. Die Rom I-Verordnung stellt klar, dass die einstellende Niederlassung nur dann das anzuwendende Recht bestimmen soll, wenn es nicht nach dem gewöhnlichen Arbeitsort festgestellt werden kann.⁶⁴

Typische Sachverhalte, in denen diese zweite Regel zur Anwendung kommt, sind diejenigen Fälle, in denen der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich nicht in einem, sondern in verschiedenen Staaten verrichtet, d.h. wenn er wechselnde Arbeitsorte hat und damit ein Mittelpunkt der Tätigkeit nicht festgestellt werden kann.⁶⁵ Dabei ist auf die tatsächliche körperliche Tätigkeit und nicht auf telefonische oder per Internet durchgeführte Arbeiten abzustellen. Typische Beispiele für solche Arbeitnehmer sind Handelsvertreter mit grenzüberschreitender Tätigkeit, international tätige Journalisten, Monteure im Auslandseinsatz oder die für einen Konzern in verschiedenen Staaten eingesetzten Arbeitnehmer.⁶⁶

Die Rom I-VO hat nicht klargestellt, wie der Begriff der einstellenden Niederlassung zu definieren ist.⁶⁷ Eine Niederlassung ist eine dauerhaft angelegte organisatorische Einheit, die auch ein Betriebsteil oder eine Zweigstelle sein kann. Sie braucht gewisse Dauerhaftigkeit; d.h. Beauftragte oder Vertreter des Arbeitgebers ohne ständiges Büro können nicht als Niederlassung qualifiziert werden.⁶⁸ Grundsätzlich gilt als einstellende Niederlassung der Ort, an dem der Arbeitnehmer eingestellt wurde, d.h.

64 Deinert, S. 147.

65 Der andere Sachverhalt, bei dem keinen gewöhnlichen Arbeitsort festzustellen ist, ist die Tätigkeit im staatsfreien Gebiet, wie z. B. Arbeit auf einer Bohrinsel auf hoher See, der nicht auf dem Hoheitsgebiet eines Staates ist, die Arbeit in der Antarktis oder in einer Raumstation. Solche Fälle sind jedoch nur von kleiner praktischer Relevanz. Siehe Blefgen, 50 f. Beispiele dazu auch bei Mankowski, *Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation*, S. 181 f. In: Franco Ferrari – Stefan Leible, (ed.) *Rome I Regulation - The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier European Law Publishers GmbH, Munich 2009.

66 Siehe die Beispiele bei Blefgen, S. 42.

67 In der deutschsprachigen Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, dass der Begriff der einstellenden Niederlassung inhaltlich dem Betriebsbegriff entspricht. Siehe dazu Blefgen, S. 53-56 und Fn. 239. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, da der Begriff der einstellenden Niederlassung breiter auszulegen ist, als der Betriebsbegriff.

68 Blefgen, S. 57 f.

an dem der Arbeitsvertrag unterschrieben wurde.⁶⁹ Der formale Vertragsschluss kann jedoch kein ausschließliches Kriterium darstellen. Dadurch könnte nämlich der Arbeitgeber einseitig entscheiden, wo der Arbeitsvertrag unterschrieben wird und somit das anwendbare Recht einseitig bestimmen.⁷⁰ Um eine derartige einseitige Rechtswahl und den Missbrauch dieser Regel zu vermeiden, soll der Ort als Niederlassung berücksichtigt werden, von dem aus das Arbeitsverhältnis betreut wird, der Arbeitnehmer die Instruktionen erhält und dadurch seine Arbeit koordiniert wird.⁷¹

8.3. Ausweichklausel

Ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände, dass der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis anhand aller Umstände des Falles eine engere Verbindung mit einem anderen Staat aufweist, als mit demjenigen, in dem der gewöhnliche Arbeitsort oder der Ort der Einstellung liegt, ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden. Das ist jedoch eher der Ausnahmefall. Diese Regel dient der Einzelfallgerechtigkeit, geht aber zu Kosten der Rechtssicherheit, da in den einzelnen Fällen nicht vorhersehbar ist, welcher Umstand das Recht letztendlich bestimmen wird.⁷²

Die Rom I-VO lässt offen, welche Kriterien berücksichtigt werden sollten. Die unter der Geltung des EVÜ herausgearbeiteten Umstände können dabei weiterhin eine Rolle spielen. Solche wichtigen Umstände, die einzeln oder meistens zusammen den gewöhnlichen Arbeitsort und die einstellende Niederlassung überlagern können, stellen z.B. die gemeinsame Staatsbürgerschaft des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers (oder der Sitz des Arbeitgebers), der Wohnort des Arbeitnehmers, die Sprache des Arbeitsvertrages oder die Währung des Entgeltes dar. *Gamillscheg* hat noch dafür argumentiert, dass diese Ausweichklausel z.B. bei entsandten Arbeitskräften eine Rolle spielen kann.⁷³ Dieser Meinung ist heute anhand der Entsenderichtlinie nicht mehr zu folgen, da sie nicht nur die Mindest-, sondern auch die Höchstarbeitsbedingungen der entsandten Arbeitnehmer festlegt. Doch können viele Situationen vorkommen, in denen die Ausweichklausel zur Anwendung kommt.⁷⁴

8.4. Besondere Arbeitsverhältnisse

Es gibt spezielle Arbeitsverhältnisse, bei denen der Arbeitsplatz sich grenzüberschreitend bewegt und es deswegen keinen gewöhnlichen Arbeitsort gibt. Während der Gel-

69 Zu der ausführlichen Auslegung des Einstellungsbegriffes siehe Bleggen, S. 72-87.

70 *Gamillscheg*, *ZfA* 1983, S. 307, 334. Junker, *Das Internationale Arbeitsrecht im Spiegel der Rechtsprechung*, S. 1197, 1204. *Wurmnest*, S. 491.

71 *Deinert*, S. 147.

72 *Deinert*, S. 147.

73 *Gamillscheg*, *ZfA* 1983, S. 307, 340.

74 Wenn eine in Ungarn lebende japanische Familie eine japanische Babysitter einstellt und die in Yen ausbezahlt, wird dieses Arbeitsverhältnis eine engere Beziehung zum japanischen Arbeitsrecht aufweisen als zum ungarischen. Häufig kommt es vor, dass ungarische Staatsbürger, die in Ungarn nah zur österreichischen Grenze wohnen, in Österreich an einer Tankstelle arbeiten. Wenn diese Tankstelle von einer Gesellschaft mit ungarischem Sitz betrieben wird, können diese Umstände auch darauf hindeuten, dass das Arbeitsverhältnis einen engeren Kontakt zum ungarischen Arbeitsrecht aufweist.

tung des EVÜ sprach sich eine Ansicht dafür aus, dass in solchen Fällen das Recht der einstellenden Niederlassung maßgebend sei, das aber gegebenenfalls durch die Ausweichklausel ersetzt werden könne.⁷⁵ Die herrschende Meinung befürwortete jedoch die Anknüpfung an das Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes.⁷⁶ Dieser letzteren Auffassung kann gemäß der Rom I-VO gefolgt werden, weil jetzt eindeutiger geworden ist, dass, wenn die Tätigkeit regelmäßig von einer Basis ausgehend verrichtet wird, dann ist der gewöhnliche Arbeitsort entscheidend.⁷⁷

Bei Seeleuten an Hochseeschiffen wurde unter der Geltung des EVÜ der gewöhnliche Arbeitsort meistens durch die Flagge des Schiffes bestimmt, auf dem die Seeleute gearbeitet haben.⁷⁸ Diesem Prinzip ist heute grundsätzlich weiterhin zu folgen. Bei Seeleuten kann ein gewöhnlicher Arbeitsort nicht mit der „von dem aus“-Klausel festgestellt werden, da sie häufig nicht zu einem bestimmten Hafen zurückkehren. Man kann davon ausgehen, dass, wie früher, das Recht der Flagge, als der gewöhnliche Arbeitsort maßgebend sein könnte. Wenn der Seemann seine Arbeit auf Schiffen mit unterschiedlichen Flaggen verrichtet, kann die zweite Regel Anwendung finden, nach der das Recht der einstellenden Niederlassung anzuwenden ist. Um ungerechte Ergebnisse zu vermeiden, kann man auf die Ausweichklausel zurückgreifen und auf diese Weise dasjenige Recht anwenden, das eine engere Verbindung zum Sachverhalt aufweist.⁷⁹

Es war umstritten, welches Recht anhand der objektiven Anknüpfung auf das fliegende Personal, das auf internationalen Routen eingesetzt wird, Anwendung finden soll. Als Anknüpfungselement wurde der Registrierungsort des Flugzeuges als der gewöhnliche Arbeitsort erwähnt. Dagegen kann man einwenden, dass Flugzeugbesatzungen häufig auf verschiedenen Routen eingesetzt werden und der Registerort keine Bedeutung für das Arbeitsverhältnis hat. Es war also fast unmöglich, einen gewöhnlichen Arbeitsort festzustellen. Deswegen wurde auch bisher meistens die einstellende Niederlassung als Anknüpfungselement angewandt.

Die Rom I-VO hat die Frage nach dem anwendbaren Recht auf das fliegende Personal nicht klargestellt. Der ergänzte Wortlaut des Art. 8 Abs. 2, nach dem auch der Ort von Bedeutung ist, „von dem aus“ der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, bietet eine Möglichkeit für die Einbeziehung des fliegenden Personals in diese Kategorie. Verrichtet also das fliegende Personal seine Arbeit regelmäßig von einem Flughafen, von dem auch betreut wird und wohin er zurückkehrt, kann man diesen Flughafen als gewöhnlicher Arbeitsort definieren. Wird hingegen die Arbeit ohne Rückkehr zu einem bestimmten Staat verrichtet – was heutzutage eher der Regelfall ist – muss man auf die einstellende Niederlassung zurückgreifen.⁸⁰

Diese dogmatischen Überlegungen haben allerdings nur kleine praktische Relevanz, wenn man bedenkt, dass beim Bestehen eines Stützpunktes, von dem aus das Flugpersonal die Instruktionen erhält, beide Anknüpfungselemente, nämlich sowohl

75 Deinert, S. 147.

76 Blefgen, S. 104.

77 Deinert, S. 147.

78 Andere sprechen eher für die einstellende Niederlassung, wie auch der Giuliano - Lagarde Bericht, BT-Drucks. 10/503, S. 58.

79 Blefgen, S. 104-106. Wurmnest, S. 497-498.

80 Wurmnest, S. 496-497.

der gewöhnliche Arbeitsort als auch die einstellende Niederlassung zum gleichen Ergebnis führen.⁸¹

9. Fazit

Die Rom I-VO hat größtenteils die Regelungen und Instrumente des EVÜ übernommen und sich auf kleinere Änderungen beschränkt. Nur wenige Neuerungen wurden eingeführt, die meistens der Klarstellung der früher umstrittenen Normen dienen. Das Ziel der Rom I-VO war es nicht, das europäische Kollisionsrecht zu revolutionieren, sondern vorsichtig weiterzuentwickeln.⁸² Soll die Rom I-Verordnung als Ganzes bewertet werden, kann man verschiedene Aspekte hervorheben. Aus der Natur der gemeinschaftsrechtlichen Verordnung ergibt sich, dass sie zur Vereinheitlichung des Rechts der Mitgliedstaaten besser beitragen wird als dies ein internationales Abkommen, wie das EVÜ, konnte. Der EuGH kann durch die Auslegung der Regelungen auch eine große Rolle in der Vereinheitlichung und in der Stärkung der Rechtssicherheit spielen.

Von den Veränderungen in der Rom I-Verordnung ist die strengere Anforderung an eine stillschweigende Rechtswahl jedenfalls zu begrüßen. Die neue Regelung versucht, das „Heimwärtsstreben“ der Gerichte zurückzudrängen. Allerdings ist die Meinung in der Literatur noch nicht eindeutig bezüglich der Frage, wann eine stillschweigende Rechtswahl nach der neuen Regelung besteht.

In Zukunft soll auch derjenige Ort als gewöhnlicher Arbeitsort angesehen werden, von dem aus die Arbeit verrichtet wird. Diese Ergänzung ist zu begrüßen, weil sie in mehreren Fällen Präzisierung gebracht hat. Sie hilft in Fällen, in denen der Arbeitnehmer häufig im Ausland arbeitet oder Telearbeit leistet. Darüber hinaus kann sie in begrenzter Weise auch beim fliegenden Personal Bedeutung erlangen.

Es wurde im Erwägungsgrund Nr. 36 Satz 1 definiert, in welchen Fällen man über eine vorübergehende Arbeitsleistung im Ausland sprechen kann. Diese Definition ist nicht verfehlt, soll aber nicht als strikte Regel verstanden werden. Bei Entsendungen innerhalb eines Konzerns wird nach Erwägungsgrund Nr. 36 Satz 2 grundsätzlich das anwendbare Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes sogar beim Abschluss eines Lokalarbeitsvertrages nicht geändert.

Die Einführung der Binnenmarktklausel als eine weitere Grenze für die Rechtswahl kann als natürliche Entwicklung gesehen werden, die zwar den Günstigkeitsvergleich weiter erschwert, aber für die einheitliche Rechtsanwendung günstig ist.

Es gab umstrittene Fragen im EVÜ, die auch durch die Rom I-Verordnung nicht klargestellt worden sind. So wurde z.B. der Maßstab des Günstigkeitsvergleichs der Auslegung des EuGH überlassen.

81 Wurmnest, S. 497.

82 Junker, *Arbeitsverträge*, S. 112.

Judith Maria Wallat

Arbeitnehmerüberlassung im Konzern

Arbeitnehmerüberlassung im Konzern

Neben der üblichen Arbeitnehmerüberlassung, bei der ein selbständig tätiges, kommerzielles Zeitarbeitsunternehmen seine Mitarbeiter an andere Unternehmen überlässt, hat sich in der Bundesrepublik Deutschland in den letzten Jahren als gängige Praxis eine weitere Konstruktion der Arbeitnehmerüberlassung etabliert: die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung.

Unter den Begriff der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung werden im Wesentlichen zwei Fallkonstellationen gefasst. Beide Fallkonstellationen haben gemein, dass innerhalb eines Konzerns Arbeitnehmer an ein anderes konzernangehöriges Unternehmen überlassen werden. Die Sachverhalte unterscheiden sich jedoch dadurch, dass bei dem einen Modell die Arbeitnehmerüberlassung nur ausnahmsweise und zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt während bei dem anderen Modell die Überlassung dauerhaft und nur deshalb erfolgt, weil gerade das Personalkonzept der Arbeitnehmerüberlassung dem Unternehmen besondere Vorteile gegenüber der Beschäftigung eigener Arbeitnehmer bietet.

Dieses letztere Modell ist in der Rechtswissenschaft umstritten und wird seit Ende des Jahres 2009 auch in den Medien verstärkt diskutiert.¹ Im Fokus der Diskussion stehen dabei insbesondere zwei Fragestellungen. Zum einen geht es darum, ob und unter welchen Voraussetzungen bei einer konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung das Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (AÜG)² Anwendung findet. Darüber hinaus stellt sich zum anderen aber auch die grundsätzliche Frage nach der Wirksamkeit bestimmter Erscheinungsformen einer solchen konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung überhaupt. Die Problematik der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung bildet dementsprechend auch einen Schwerpunkt in dem Gesetzentwurf für ein „Gesetz zur Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung“³, den die Bundesregierung am 2. September 2010 vorgelegt hat.

In den folgenden Ausführungen werden die beiden Fallkonstellationen der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung und die in deren Kontext auftretenden rechtlichen Fragestellungen dargestellt sowie anschließend der Gesetzentwurf im Hinblick auf seine Bedeutung für die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung erörtert.

¹ Vgl. etwa Melms/Lipinski, *BB* 2004, 2409; Brors/Schüren, *BB* 2004, 2745; Willemsen/Annuß, *BB* 2005, 437; Däubler, *AiB* 2008, 524; Lembke; *BB* 2010, 1533; Öchsner in *Sueddeutsche.de* vom 2.12.2009, URL: <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/2.220/drogeriekette-schlecker-das-ist-eine-einmaligeschweineerei-1.127172> (Stand: 25.9.2010); Roßbach/Budras in *FAZ.net* v. 12.1.2010, URL: <http://www.faz.net/s/Rub0E9EEF84AC1E4A389A8DC6C23161FE44/Do...47C4B874C0E14D778C3D~ATpl~Ecomom~Scontent~Afor~Eprint.html> (Stand: 25.9.2010).

² BGBl. I S. 158.

³ Abrufbar unter http://www.aus-portal.de/gesetzgebung_17888.htm (Stand: 25.9.2010).

I. Konzerninterne Überlassung mit Konzernprivileg

Bei der erstgenannten Form der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung handelt es sich um diejenigen Fälle, in denen die Arbeitnehmerüberlassung nur ausnahmsweise und zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt. Werden in einem Unternehmen eines Konzerns, beispielsweise zur Beseitigung von Personalengpässen oder zur Leitung eines unternehmensübergreifenden Entwicklungsprojektes,⁴ vorübergehend zusätzliche Arbeitnehmer benötigt und kann ein anderes Unternehmen des Konzerns auf Arbeitnehmer verzichten, so liegt es nahe, diese Arbeitnehmer an das andere Konzernunternehmen auszuleihen, denn diese Arbeitnehmer sind bereits mit dem Produkt oder der Dienstleistung des Konzerns und den Arbeitsabläufen vertraut.

Der Arbeitnehmer ist allerdings nicht verpflichtet, seine Arbeit in einem anderen Konzernunternehmen abzuleisten. Das Direktions- oder Weisungsrecht, also das Recht des Arbeitgebers auf Grundlage des Arbeitsvertrags gegenüber dem Arbeitnehmer Anweisungen zu erteilen,⁵ vermag nur die Konkretisierung der im Arbeitsvertrag bereits bestimmten Arbeitspflicht zu legitimieren, nicht aber Erweiterungen über diese Pflicht hinaus.⁶ Nach dem Arbeitsvertrag schuldet der Arbeitnehmer für gewöhnlich allein seinem Arbeitgeber die Arbeitsleistung für und in dessen Unternehmen. Der Arbeitseinsatz in einem anderen Unternehmen ist daher nicht bereits im Arbeitsvertrag als Arbeitnehmerpflicht angelegt. Eine Überlassung des Arbeitnehmers an ein anderes Unternehmen würde somit eine Erweiterung und keine Konkretisierung des Arbeitsvertrages darstellen. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn der Arbeitsvertrag eine so genannte Konzernversetzungs- oder Konzernabordnungsklausel enthält, die zur Überlassung an ein anderes Konzernunternehmen ermächtigt⁷ oder wenn das Arbeitsverhältnis ausdrücklich für den gesamten Konzern begründet wurde.⁸ Dadurch dass der Arbeitnehmer sich nämlich im Arbeitsvertrag damit einverstanden erklärt, seine Arbeitsleistung auch in einem anderen Konzernunternehmen zu erbringen, stimmt er der späteren Überlassung zu.⁹ Liegt eine solche Konzernversetzungs- oder Konzernabordnungsklausel nicht vor, bedarf es der Zustimmung des Arbeitnehmers zu seinem Einsatz in dem anderen Unternehmen.

⁴ BAG 16.3.2000, EzAÜG § 1 AÜG Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung Nr. 34; für weitere Beispiele siehe Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 504.

⁵ ErfK/Preis, § 611 BGB Rn. 233.

⁶ Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 520; Thüsing/Waas, § 1 Rn. 201; Ulber § 1 Rn. 209; Maschmann, RdA 1996, 24, 29.

⁷ *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*/Schüren, Band 2, 5. Buch § 319 Rn. 3; Thüsing/Waas § 1 Rn. 201; ErfK/Wank, § 1 Rn. 59.

⁸ Windbichler, S. 77; Schüren/Hamann/Schüren, § 1 Rn. 520.

⁹ BAG 13.4.2010 (9 AZR 36/09), BeckRS 2010, 72775: Eine Klausel, die den Arbeitgeber berechtigt, den Arbeitnehmer auch an einem anderen Arbeitsort des bundesweit tätigen Unternehmens einzusetzen, ist nicht deshalb intransparent und daher nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam, weil weder ein maximaler Entfernungsradius noch eine angemessene Ankündigungsfrist vereinbart ist. Eine solche Konkretisierungsverpflichtung würde dem Bedürfnis des Arbeitgebers nicht gerecht, auf im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vorhersehbare Veränderungen reagieren zu können. Die Angemessenheit der Entfernung und eine gegebenenfalls notwendige Ankündigungsfrist sind vielmehr im Rahmen der Ausübungskontrolle nach § 315 Abs. 1 BGB zu prüfen.

Ein Verleihen von Arbeitnehmern, damit diese bei einem anderen Arbeitgeber nach dessen Weisungen tätig werden, stellt eine Arbeitnehmerüberlassung dar, für die daher grundsätzlich die Regelungen des AÜG gelten. Nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG ist das Gesetz jedoch, obwohl es sich um eine Arbeitnehmerüberlassung handelt, mit Ausnahme einiger weniger Vorschriften nicht anzuwenden auf die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen im Sinne von § 18 der Aktiengesetzes, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber leistet (so genanntes Konzernprivileg). Die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen wurde vom Gesetzgeber nicht ohne Grund aus dem Anwendungsbereich des AÜG herausgenommen. Die Ausnahmeregelung rechtfertigt sich vielmehr vor dem Hintergrund, dass keine soziale Gefährdung der Arbeitnehmer eintritt, wenn nur der interne Arbeitsmarkt des Konzerns betroffen ist.¹⁰ Zudem wären die AÜG-Bestimmungen bloße „bürokratische Förmlichkeit“¹¹, die den konzernweiten Einsatz von Arbeitnehmern unnötig erschweren würde. Die Überlassung sei in diesen Fällen zudem nicht Zweck des Arbeitsverhältnisses, sondern ein besonderes Vorkommnis.¹²

Die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit das Konzernprivileg zur Anwendung gelangen kann, ergeben sich aus § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG.

1. Konzern

Bezüglich des für § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG maßgeblichen Konzernbegriffs verweist die Norm auf § 18 AktG. Dieser Vorschrift ist zu entnehmen, dass es verschiedene Arten von Konzernen gibt (Unterordnungskonzern, Gleichordnungskonzern, Vertragskonzern oder faktischer Konzern). Für die Anwendbarkeit des Privilegierungstatbestands des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG kommt es jedoch auf die Art des Konzerns nicht an.¹³ Es sind vielmehr alle Konzernarten erfasst. Zudem ergibt sich aus der neutralen sprachlichen Fassung der Verweisung, dass die konzernangehörigen Unternehmen keine bestimmte Rechtsform aufweisen müssen.¹⁴

Die zentralen Merkmale eines Konzerns sind die rechtliche Selbständigkeit der Unternehmen sowie deren Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung, wobei letztere zu bejahen ist, wenn die Leitung durch eine planmäßige und auf eine gewisse Dauer angelegte gezielte Einflussnahme auf wesentliche Bereiche der Geschäftsführung geprägt ist. Die Geschäftspolitik muss also maßgeblich insbesondere in den Bereichen Beschaffung, Produktion, Absatz, Finanzierung und Personal mitgestaltet werden.¹⁵

¹⁰ Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 485; Thüsing/Waas, § 1 Rn. 185.

¹¹ BT-Drucks. 10/3206, S. 33.

¹² Denzel/Wolters, *AiB* 2010, 149, 150.

¹³ *ErfK/Wank*, § 1 Rn. 58; Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 493; Thüsing/Waas, § 1 Rn. 188.

¹⁴ Sog. „Rechtsformneutralität“, vgl. BAG 5.5.1988, AP Nr. 8 zu § 1 AÜG; *ErfK/Wank*, § 1 AÜG Rn. 58; Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 490; Thüsing/Waas, § 1 Rn. 187; Sandmann/Marschall, Art. 1 § 1 Rn. 80; Windbichler, S. 12; Urban-Crell/Schulz, Rn. 563; anders Ulber, § 1 Rn. 196, nach dem zumindest ein Konzernunternehmen eine AG oder eine KGaA sein muss.

¹⁵ Thüsing/Waas, § 1 Rn. 191.

Nach herrschender Meinung¹⁶ ist nicht Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Ausnahmvorschrift des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG, dass es sich um einen rein inländischen Konzern handelt. Es werden dementsprechend auch internationale und multinationale Konzerne mit einer im deutschen Recht nicht bekannten Rechtsform erfasst. Dazu zählt auch die Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft (SE). Es muss allerdings ein Bezug zum deutschen Staatsgebiet bestehen bzw. eines der beteiligten Unternehmen muss seinen Sitz in der Bundesrepublik Deutschland haben. Dies gilt sowohl für die Überlassung an ein im Ausland ansässiges konzerninternes Unternehmen als auch für die Überlassung von einem solchen an ein in der Bundesrepublik Deutschland ansässiges Unternehmen.¹⁷

2. Vorübergehende Überlassung

Anlass und Zweck der Überlassung an das andere Konzernunternehmen sind ohne Bedeutung für das Eingreifen der Privilegierung.¹⁸ Das Eingreifen der Ausnahmeregel ist jedoch an die Voraussetzung geknüpft, dass die Überlassung nur vorübergehend erfolgt.

Entscheidend dafür, wie dieser Begriff im Kontext des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG zu verstehen ist, sind zunächst die Motive des Gesetzgebers. Nach der Konzeption des Gesetzes werden schutzwürdige Arbeitnehmerinteressen bei einer konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung grundsätzlich nicht berührt.¹⁹ Dies ist aber nur dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung im Normalfall gegenüber seinem Vertragsarbeitgeber erbringt und die Überlassung somit nur eine Erscheinung von verhältnismäßig kurzer Dauer ist.²⁰

Unproblematisch liegt daher keine vorübergehende Überlassung vor, wenn die Überlassung ausdrücklich unbefristet erfolgt.²¹ Eine unbefristete Überlassung ist seit der Reform des AÜG durch das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt aus dem Jahre 2002,²² durch das unter anderem die maximale Überlassungsdauer aufgehoben wurde, im deutschen Recht zwar möglich;²³ eine Privilegierung kommt in diesen Fällen dann aber nicht in Betracht.

Ist die Überlassung nicht explizit befristet oder unbefristet, so ist auf andere Merkmale des Sachverhaltes abzustellen. Maßgeblich für das Vorliegen eines nur vorübergehenden Einsatzes in einem anderen konzernangehörigen Unternehmen ist das Nicht-

¹⁶ Urban-Crell/Schulz, Rn. 566; Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 491; Thüsing/Waas, Rn. 187.

¹⁷ Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 491; Boemke/Lembke, § 1 Rn. 196; Urban-Crell/Schulz, Rn. 566; Rütters/Bakker, ZFA 1990, 245, 298; a.A. Ulber, § 1 Rn. 190.

¹⁸ Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 504; vgl. auch die Beispiele in BT-Drucks. 10/3206, S. 33.

¹⁹ BT-Drucks. 11/3206, S. 33.

²⁰ Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 507, 508.

²¹ So in LAG Schleswig-Holstein 18.6.2008, BeckRS 2008, 57184.

²² BGBl. I S. 4607.

²³ BAG v. 25.1.2005, NZA 2005, 1199, 1200; Hamann, Anm. zu LAG Düsseldorf 30.10.2008, jurisPR-ArbR 14/2009 Anm. 3; Schüren/Hamann/Schüren, Einl. Rn. 332; Lembke, BB 2003, 98, 104; a.A. Ulber, Einl. Rn. 13; ders., AuR 2010, 10, 11.

tätigwerden beim Vertragsarbeitgeber.²⁴ Für die Anwendbarkeit des Konzernprivilegs muss also nicht die Überlassung als solche vorübergehend sein, sondern die Tätigkeit außerhalb des Arbeitgeberunternehmens. Vorübergehend ist eine Überlassung folglich auch dann nicht, wenn der Arbeitnehmer vorübergehend bei einem anderen Konzernunternehmen tätig ist und danach wiederum vorübergehend in ein weiteres anderes Konzernunternehmen wechselt.²⁵ Es kommt vielmehr entscheidend darauf an, dass vorgesehen ist, dass der Arbeitnehmer nach der Überlassung an den Arbeitsplatz bei seinem Vertragsarbeitgeber zurückkehrt.²⁶ Damit dies möglich ist, ist zum einen das Vorhandensein einer Beschäftigungsmöglichkeit beim Vertragsarbeitgeber erforderlich sowie des Weiteren, dass im Zeitpunkt der Überlassung feststeht, dass der Einsatz zeitlich begrenzt ist.²⁷

Fraglich ist, ob die Überlassung eine konkrete zeitliche Begrenzung haben muss, also ob ein genauer Zeitpunkt für die Rückkehr des Arbeitnehmers zu seinem Vertragsarbeitgeber feststehen muss. Nach herrschender Meinung²⁸ ist der Begriff der vorübergehenden Überlassung jedoch weit zu verstehen. Vorübergehend sei eine Überlassung nämlich bereits dann, wenn sie nicht als endgültig geplant ist.²⁹ Es muss nur bereits im Zeitpunkt der Überlassung feststehen, dass der Arbeitnehmer in sein ursprüngliches Unternehmen zurückkehren wird.³⁰ Ein konkreter Rückkehrtermin ist nicht Voraussetzung, sondern es reicht aus, wenn dieser Termin bestimmbar ist.³¹ Eine genau bestimmte Zeitdauer ist also nicht Voraussetzung für das Vorliegen einer vorübergehenden Überlassung. Als vorübergehend können bei einem unbefristeten Arbeitsverhältnis daher auch mehrjährige Überlassungen gelten.³² Allerdings muss die Zeitspanne so bemessen sein, dass die Tätigkeit beim Vertragsarbeitgeber den Normalfall darstellt und der Einsatz im fremden Unternehmen die Ausnahme.³³ Eine endgültige Überlassung liegt freilich vor, wenn feststeht, dass der Arbeitnehmer endgültig aus dem Unternehmen ausscheiden soll.

²⁴ Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 506; Schubel, BB 1985, 1606, 1607.

²⁵ Vgl. LAG Schleswig-Holstein 18.6.2008, BeckRS 2008, 57184.

²⁶ *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*/Schüren, Band 2, 5. Buch § 319 Rn. 3; Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 507; Gaul, BB 1996, 1224; Martens, DB 1985, 2144, 2149; Rütters/Bakker, ZfA 1990, 245, 298 f.; Hess. LAG 26.5.2000, NZA-RR 2000, 572.

²⁷ Thüsing/Waas, § 1 Rn. 197; Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 507.

²⁸ BAG 21.3.1990, NZA 1991, 269, 273; 5.5.1988, AP Nr. 8 zu § 1 AÜG; Hess. LAG 26.5.2000, NZA-RR 2000, 572; Thüsing/Waas, § 1 Rn. 194b; Sandmann/Marschall, Art. 1 § 1 Rn. 81; Urban-Crell/Schulz, Rn. 568; Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 507.

²⁹ Boemke/Lembke, § 1 Rn. 199; ErfK/Wank, § 1 AÜG Rn. 60; Hess. LAG 26. 5. 2000, NZA-RR 2000, 572.

³⁰ Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 507; ErfK/Wank, § 1 AÜG Rn. 60; Thüsing/Waas, § 1 Rn. 194b; LAG Rheinland-Pfalz v. 3.5.2006, BeckRS 2006, 44705.

³¹ BAG 21.3.1990, NZA 1991, 269, 273; Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 507; ErfK/Wank, § 1 AÜG Rn. 60; Boemke/Lembke, § 1 Rn. 199.

³² BAG 21.3.1990, NZA 1991, 269; 5.5.1988, NZA 1989, 18; Schüren/Hamann/Schüren, § 1 Rn. 508; Rütters/Bakker, ZfA 1990, 245, 298; Urban-Crell/Schulz, Rn. 570; a.A. Gaul, BB 1996, 1224.

³³ Ulber, § 1 Rn. 198; Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 507 und 512 mit Beispielen für zeitliche Unverhältnismäßigkeit, durch die ein Missbrauch des Ausnahmetatbestands indiziert wäre.

II. Konzerninterne Verleihgesellschaften

Wenn eine Personalkostenreduktion durch Personalabbau nicht möglich ist, kommt als Hebel zur Personalkostenreduktion auch die langfristige Absenkung des Lohnniveaus in Betracht.³⁴ Hierzu eröffnete die Aufhebung der Überlassungshöchstgrenze eine besondere Möglichkeit, denn Arbeitnehmer können seitdem zeitlich unbegrenzt an denselben Entleiher verliehen werden.³⁵

Zwar müssen den Leiharbeitnehmern während der Überlassung grundsätzlich die gleichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gewährt werden wie dem Stammpersonal des Einsatzunternehmens (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 AÜG). Allerdings wird von diesem Grundsatz für gewöhnlich gemäß der Tarifausnahmeklausel des § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG abgewichen³⁶ – eine Entwicklung, die durch die flächendeckende Erfassung der Zeitarbeitsbranche durch Zeitarbeitstarifverträge möglich geworden ist. Die Leiharbeitnehmer sind dann nicht gemäß dem Lohnniveau der Stammmitarbeiter, sondern gemäß den Zeitarbeits-Tarifverträgen zu vergüten, deren Lohnniveau in der Regel unter dem Lohnniveau der Stammmitarbeiter liegt.³⁷ Die Erledigung betrieblicher Aufgaben durch Leiharbeitnehmer ist damit heute in der Regel günstiger als die Erledigung durch eigene Arbeitnehmer und ermöglicht es dem Entleiher somit insbesondere geltende tarifliche Standards zu unterlaufen.³⁸ In einer Reihe von Konzernen³⁹ wurde daher die Gründung konzerninterner Verleihgesellschaften zur Praxis, deren Hauptzweck es ist, Arbeitnehmer an ein anderes konzernangehöriges Unternehmen zu verleihen – ohne dass dort ein vorübergehender Mehrbedarf an Arbeitskraft vorliegt. Insbesondere solche Unternehmen, die in den Anwendungsbereich eines „teuren“, meist in wirtschaftlich besseren Zeiten vereinbarten Flächentarifvertrags fallen, haben von dieser Gestaltungsmöglichkeit Gebrauch gemacht.⁴⁰

Die Konzerne gingen dabei dergestalt vor, dass sie eine konzerneigene Schwester- oder Tochtergesellschaft gründeten, bei der sie Mitarbeiter einstellten, um sie anschließend an andere Unternehmen des Konzerns zu verleihen. Solche Konstruktionen können entweder so aussehen, dass neue Arbeitnehmer bei der konzerninternen Verleihgesellschaft eingestellt und von dieser dauerhaft an eine oder mehrere andere, demselben Konzern angehörige Gesellschaften verliehen werden oder es werden bereits im Konzern tätige Stammbeschäftigte in die konzerneigene Verleihgesellschaft überführt und zu ungünstigeren Bedingungen als Leiharbeitnehmer an ihren bisherigen Arbeitgeber zurückverliehen.

³⁴ Melms/Lipinski, *BB* 2004, 2409; Lembke, *BB* 2010, 1533, 1437.

³⁵ Vgl. Fn. 23.

³⁶ Schüren/Hamann/Schüren, § 9 Rn. 96 ff.

³⁷ vgl. etwa Lembke, *BB* 2010, 1533.

³⁸ Institut für Arbeit und Qualifikation, Pressemitteilung v. 14.1.2010, URL: <http://www.iaq.uni-due.de/archiv/presse/2010/100114.php> (Stand: 25.9.2010).

³⁹ Z.B. BASF, Merck, Degussa, Siemens, Bayer, Deutsche Bank und Daimler Chrysler, Handelsblatt vom 24.9.2004, S. 6 und FAZ vom 22.3.2005, S. 14; vgl. auch Elfter Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, BT-Drucks 17/464, S. 18. Ob zwischen dem Schlecker-Konzern und der Verleih-Gesellschaft MENIAR eine konzernrechtliche Verbindung bestand, war letztlich unklar, vgl. dazu BT-Drucks. 17/426 und 17/551; Böhm, *DB* 2010, 672.

⁴⁰ Zürn, *AuA* 2009, 590.

Letztere Vorgehensweise wird auch als „Drehtüreffekt“ bezeichnet.⁴¹ Um die Anwendung des Equal-Pay-Grundsatzes zu vermeiden, tritt zum einen die Verleihgesellschaft in einen Arbeitgeberverband der Zeitarbeitsbranche ein. Zum anderen vereinbart der Arbeitgeber in der Regel die Geltung der tariflichen Regelungen auch einzelvertraglich, etwa im Wege einer Bezugnahme Klausel, da ihm für gewöhnlich nicht bekannt ist, ob der einzelne Leiharbeitnehmer Mitglied einer der tarifschließenden Gewerkschaften ist oder nicht.⁴²

Die Zustimmung des Leiharbeitnehmers zum Einsatz bei einem anderen Arbeitgeber als seinem Vertragsarbeitgeber ist bei der Einstellung bei einer Zeitarbeitsfirma bereits im Arbeitsvertrag enthalten. Sie braucht daher, anders als in den unter I) behandelten Fällen, nicht gesondert eingeholt zu werden.

1. Nichtanwendbarkeit des Konzernprivilegs

Durch die Voraussetzung der nur *vorübergehenden* Überlassung zur Anwendbarkeit des Konzernprivilegs nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG sollte die Situation verhindert werden, dass durch die Einbeziehung solcher reinen Verleihunternehmen in den Konzern das Konzept der Arbeitnehmerüberlassung dauerhaft ohne die gesetzlichen Beschränkungen des AÜG genutzt werden kann.⁴³ Die Voraussetzung einer lediglich vorübergehenden Überlassung wird in diesen Fällen aber auch selten vorliegen, denn Hintergrund für diese Konstruktion ist gerade, dass die bei der Verleihgesellschaft angestellten Arbeitnehmer Tätigkeiten in einem anderen konzernangehörigen Unternehmen ausführen sollen, die ohne diese Konstruktion von Stammmitarbeitern des anderen Konzernunternehmens, also dauerhaft erledigt worden wären. Bei konzerninternen Verleihfirmen, deren ausschließlicher Zweck die Einstellung und Beschäftigung von Arbeitnehmern ist, die zu anderen Konzernunternehmen entsandt werden sollen, liegt darüber hinaus in der Regel auch die erforderliche Beschäftigungsmöglichkeit beim Vertragsarbeitgeber nicht vor. Ist eine Beschäftigung des Arbeitnehmers im Unternehmen des Vertragsarbeitgebers überhaupt nicht vorgesehen, so kann folglich auch keine vorübergehende Überlassung vorliegen.⁴⁴

2. Gewerbsmäßige Überlassung

Neben dem Konzernprivileg besteht eine weitere Möglichkeit, die Beschränkungen des AÜG nicht zur Anwendung gelangen zu lassen. Das AÜG gilt nach bislang herrschender Meinung⁴⁵ nur für die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung; bei nichtgewerbs-

⁴¹ Lembke, *BB* 2010, 1533, 1539.

⁴² Zürn, *AuA* 2009, 590, 591; Walter, *AuR* 2010, 364, 365 f.

⁴³ BT-Drucks. 10/3206, S. 33; *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht/Schüren*, Band 2, 5. Buch § 319 Rn. 3; Sandmann/Marschall, Art. 1 § 1 Rn. 81.

⁴⁴ BAG 20.4.2005, *NZA* 2005, 1006; *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht/Schüren*, Band 2, 5. Buch § 319 Rn. 3; siehe auch die Nachweise oben unter Fn. 26 und 27.

⁴⁵ Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 8; Thüsing/Thüsing, Einf. Rn. 21; vgl. zur zukünftigen Rechtslage aufgrund der Richtlinie 2008/104/EG etwa Hamann, *EuZA* 2009, 287, 299 f.

mäßigen Arbeitnehmerüberlassungen kommt es grundsätzlich nicht zur Anwendung. In vielen Fällen sieht die von den Konzernen geschaffene Konstruktion daher so aus, dass die Verleihgesellschaft nicht auf Erzielung eines Gewinns angelegt ist, sondern stattdessen zum Selbstkostenpreis⁴⁶ verleiht. Die Gerichte prüften in solchen Fällen wiederholt, ob hier nicht dennoch von einer gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung ausgegangen werden muss und damit das AÜG zur Anwendung gelangt. Nach herrschender Meinung ist für den Begriff der Gewerbsmäßigkeit im Sinne des AÜG auf den gewerberechtlichen Begriff der Gewerbsmäßigkeit abzustellen.⁴⁷ Als gewerbsmäßig ist danach jede nicht nur gelegentliche, sondern auf eine gewisse Dauer angelegte und auf die Erzielung unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtete selbständige Tätigkeit anzusehen.⁴⁸

Entscheidend kommt es im vorliegenden Kontext auf das Vorliegen des Merkmals der Gewinnerzielungsabsicht an. Die Absicht einer Gewinnerzielung setzt voraus, dass aus der Sicht des Handelnden die Möglichkeit besteht, einen Gewinn zu erzielen.⁴⁹ Es kommt dagegen nicht darauf an, ob tatsächlich ein Gewinn erzielt wird.⁵⁰ Unter Gewinn fällt dabei jede geldwerte Leistung, die der Verleiher über die Deckung seiner Kosten hinaus erzielt.⁵¹ Es muss mithin ein Überschuss der Erträge gegenüber den Aufwendungen angestrebt werden. Ein Verleiher handelt also dann mit Gewinnerzielungsabsicht, wenn er das Entgelt für die Überlassung des Leiharbeitnehmers so bemisst, dass es seine Aufwendungen übersteigt.⁵² Die Kosten der Arbeitnehmerüberlassung setzen sich zusammen aus den für den Leiharbeitnehmer anfallenden Kosten (Bruttoarbeitsentgelt einschließlich aller Lohnnebenkosten) sowie den beim Verleiher für die Arbeitnehmerüberlassung anfallenden Verwaltungskosten. Keine Gewinnerzielungsabsicht liegt somit dann vor, wenn das Überlassungsentgelt nur diese Selbstkosten des Arbeitgebers deckt.⁵³ Nach herrschender Meinung ist des Weiteren nicht nur der unmittelbare Gewinn erfasst, sondern es genügt auch jeder nur mittelbare wirtschaftliche Vorteil.⁵⁴

Es stellt sich die Frage, ob sich die Gewinnerzielungsabsicht einer konzerninternen Verleihgesellschaft nicht bereits daraus ableiten lässt, dass es sich bei dem handelnden Unternehmen um ein Wirtschaftsunternehmen handelt. Bei einem Wirtschaftsunternehmen ist nämlich grundsätzlich davon auszugehen, dass es aus seiner Tätigkeit un-

⁴⁶ Vgl. etwa BAG 20.4.2005, NZA 2005, 1006 (Umlage von 5% der Bruttovergütung jedes überlassenen Arbeitnehmers); LAG Schleswig-Holstein 18.6.2008, BeckRS 2008, 57184 (5%ige Verwaltungspauschale).

⁴⁷ St. Rspr. seit BAG 10.2.1977, AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972; BAG 21.3.1990, NZA 1991, 269; Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 239 m.w.N.

⁴⁸ BVerwG 16.9.1954, NJW 1955, 844; BAG 20.4.2005, NZA 2005, 1006; BAG 2.6.2010, BeckRS 2010, 74035.

⁴⁹ Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 267.

⁵⁰ BAG 26.6.1984, EzAÜG § 1 AÜG Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung Nr. 18; 21.3.1990, NZA 1991, 269; Boemke/Lembke, § 1 Rn. 52.

⁵¹ Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 1 Rn. 29; Schaub, S. 242; Göbel, RdA 1980, 204, 210.

⁵² BAG 20.4.2005, NZA 2005, 1006.

⁵³ Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 1 Rn. 29; Martens, DB 1985, 2144, 2150; Schaub, S. 242; BAG 20.4.2005, NZA 2005, 1006.

⁵⁴ Thüsing, § 1 Rn. 99; Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn 270; Ulber, § 1 Rn. 99.

mittelbare oder mittelbare wirtschaftliche Vorteile ziehen will.⁵⁵ Generell ist daher auch anerkannt, dass von einer Gewinnerzielungsabsicht grundsätzlich dann ausgegangen werden kann, wenn die Arbeitnehmerüberlassung der einzige oder zumindest einer der Betriebszwecke eines Wirtschaftsunternehmens ist.⁵⁶ Allerdings sind auch die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Insofern kam das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 20.4.2005⁵⁷ zu dem Ergebnis, dass *keine* Gewinnerzielungsabsicht vorlag, obwohl es sich bei der konzernangehörigen Verleiherin um ein Wirtschaftsunternehmen handelte. Nachdem das Gericht zwar zunächst ausdrücklich formuliert hat, dass diese grundsätzliche Vermutung – ebenso wie bei konzerninternen vorübergehenden Abordnungen – nicht für konzernangehörige Personalführungsgesellschaften gelten könne, schränkte es diese Aussage danach wie folgt ein:

„Die im Konzern zur Vereinheitlichung der Arbeitsrechtsbeziehungen gebildete Personalführungsgesellschaft ist jedenfalls dann nicht auf Gewinnerzielung angelegt, wenn sie als eine Service-Agentur und ausgelagerte Personalabteilung auf Selbstkostenbasis betrieben wird, um die angeschlossenen Konzernunternehmen bei der formalen Abwicklung von Arbeitsverträgen zu unterstützen.“

Demgegenüber kam etwa das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein in seiner Entscheidung vom 18.6.2008⁵⁸ zu dem Ergebnis, dass eine konzerninterne Verleihgesellschaft *mit* Gewinnerzielungsabsicht handelte. Der dieser Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt unterschied sich in maßgeblichen Gesichtspunkten von dem Sachverhalt, den das Bundesarbeitsgericht zu entscheiden hatte. Die Konzernschwester der Verleihgesellschaft entschloss sich um Personalkosten zu reduzieren, neue Mitarbeiter künftig nur noch von der Personalüberlassungsgesellschaft unbefristet auszuleihen und keine eigenen Arbeitnehmer mehr einzustellen. Die typischen Arbeitgeberbetätigungen wurden allerdings nicht von der Vertragsarbeitgeberin, die überhaupt kein eigenes Verwaltungspersonal besaß, sondern von der Entleiherin und der Konzernmutter ausgeübt. Zwischen den drei Gesellschaften bestanden Vergütungsvereinbarungen, die dazu führten, dass die Personalüberlassungsgesellschaft – ebenso wie in dem vom BAG entschiedenen Fall – selbst keinen Gewinn machen konnte. Das Landesarbeitsgericht nahm hier dennoch eine mittelbare Gewinnerzielungsabsicht an und begründete diese insbesondere damit, dass ein mit der Konzernmutter abgeschlossener Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag überflüssig wäre, wenn weder kurz- noch langfristig überhaupt keine Gewinnerzielung angestrebt sei. Darüber hinaus dürfe im Rahmen von Konzernsachverhalten in bestimmten Fällen nicht allein auf die Absichten der konzerninternen Verleihgesellschaft abgestellt werden. Denn es entspreche nicht mehr der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Realität, den Einfluss von Konzernsachverhalten auf das Arbeitsrecht unberücksichtigt zu lassen.⁵⁹ Gibt der konzerneigene Ver-

⁵⁵ BAG 20.4.2005, NZA 2005, 1006.

⁵⁶ LAG Schleswig-Holstein 18.6.2008, BeckRS 2008, 57184; Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 271.

⁵⁷ BAG 20.4.2005, NZA 2005, 1006.

⁵⁸ LAG Schleswig-Holstein 18.6.2008, BeckRS 2008, 57184.

⁵⁹ Vgl. auch Brose, DB 2008, 1378, 1382.

leiher nur seinen Namen für die Arbeitnehmerüberlassung und handelt er im Übrigen weder konzernintern noch am Markt selbst, sondern nur durch die Konzernmutter oder die entleihende Konzernschwester, sei bei der Gewinnerzielungsabsicht auf deren Gewinnerzielungsabsichten abzustellen.

Es kommt folglich bislang auf die Umstände des Einzelfalls an, ob im Kontext konzerninterner Verleihgesellschaften die einschränkenden Regelungen des AÜG zur Anwendung gelangen oder nicht. Dies eröffnet den Unternehmen einigen Spielraum zur Umgehung der Beschränkungen des Gesetzes.

3. Umgehungsverbot

Es stellt sich daher die grundsätzliche Frage, ob Arbeitnehmerüberlassungen durch konzerninterne Verleihgesellschaften nicht an sich unzulässig sind. Dem Wortlaut des AÜG nach ist es innerhalb von Konzernbeziehungen ohne weiteres möglich, einen dauerhaften Arbeitskräftebedarf durch Arbeitnehmerüberlassung zu befriedigen, in dem die Arbeitnehmer bei einer Verleihgesellschaft angestellt und von dieser an andere Unternehmen des Konzerns überlassen werden.⁶⁰ In Rechtsprechung und Literatur ist dieses Konzept allerdings sehr umstritten.⁶¹ Die Konstruktion könnte nämlich insgesamt unwirksam sein, falls sie gegen das sich aus § 242 BGB ergebende Umgehungsverbot verstößt. Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verkörpert das Gebot der Redlichkeit und stellt eine allgemeine Schranke der Rechtsausübung dar. Durch ihn erfahren alle Rechte, Rechtslagen und Rechtsnormen eine Inhaltsbegrenzung. Eine gegen § 242 BGB verstoßende Rechtsausübung oder Ausnutzung einer Rechtslage ist deswegen als Rechtsüberschreitung missbräuchlich und unzulässig.⁶² Die sich aus der betroffenen Rechtsnorm an sich ergebenden Folgen müssen deswegen zurücktreten, wenn sie zu einem mit Treu und Glauben unvereinbaren, schlechthin untragbaren Ergebnis führen.⁶³ Ein Verstoß gegen § 242 BGB wird angenommen, wenn ein Vertragspartner die an sich rechtlich mögliche Gestaltung in einer mit Treu und Glauben unvereinbaren Weise nur dazu verwendet, sich zum Nachteil des anderen Vorteile zu verschaffen, die nach dem Zweck der Norm nicht vorgesehen sind.⁶⁴ Da die unternehmerische Gestaltungs- und Entscheidungsfreiheit somit nicht schrankenlos ist, ist eine Missbrauchskontrolle durch die Gerichte möglich und zulässig.⁶⁵ Im Arbeitsrecht muss sich diese Missbrauchskontrolle unter anderem daran orientieren, ob der verfassungsrechtlich geforderte Schutz der Arbeitnehmer nicht unangemessen zurückgedrängt wird.⁶⁶

⁶⁰ Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 516; Lembke, *BB* 2010, 1533, 1538; LAG Düsseldorf 30.10.2008, *EzA-SD* 2009, Nr. 5, 14.

⁶¹ Vgl. nur Melms/Lipinski, *BB* 2004, 2409; Willemsen/Annuß, *BB* 2005, 437; Brors/Schüren, *BB* 2004, 2745 und 2005, 494; vgl. zum Streitstand Lembke, *BB* 2010, 1533, 1538 f.

⁶² *BGHZ* 12, 157.

⁶³ *BGHZ* 29, 10; Palandt/Heinrichs, § 242 BGB Rn. 40.

⁶⁴ *BAG* 18.10.2006, *NZA* 2007, 443.

⁶⁵ *LAG Schleswig-Holstein* 18.6.2008, *BeckRS* 2008, 57184.

⁶⁶ *BAG* 26.9.2002, *NZA* 2003, 549.

Der Einsatz von Leiharbeitnehmern anstelle von eigenem Personal ist nicht allein deshalb unzulässig, weil damit Kosten und Risiken reduziert werden sollen, denn beides sind vernünftige wirtschaftliche Ziele.⁶⁷ Auch das Bundesarbeitsgericht⁶⁸ hat anerkannt, dass die Arbeitnehmerüberlassung ein vom Gesetzgeber grundsätzlich akzeptiertes Mittel der betrieblichen Personalpolitik sei. Nach Aufhebung der Überlassungshöchstdauer kann dieses Mittel nunmehr auch dauerhaft eingesetzt werden.⁶⁹ In bestimmten Ausnahmefällen kann eine Arbeitnehmerüberlassung allerdings wegen eines Verstoßes gegen das Umgehungsverbot unzulässig sein.⁷⁰ Diese Frage stellt sich insbesondere im hier behandelten Kontext der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung durch reine Verleihgesellschaften.

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 21.7.2009⁷¹ hat indes nicht zur Klärung der Frage beigetragen. Das Gericht stellte allerdings klar, dass sich der Entleiherbetriebsrat jedenfalls im Hinblick auf sein Zustimmungsverweigerungsrecht gemäß § 99 Abs. 2 BetrVG nicht auf § 242 BGB oder auf eine angebliche Strohmannkonstruktion berufen könne.

a) *Argumente gegen einen Verstoß gegen das Umgehungsverbot*

Die Zulässigkeit von konzerninternen Verleihgesellschaften ergibt sich bereits aus einem *Umkehrschluss* zu § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG. Dem Konzernprivileg ist zu entnehmen, dass sich Arbeitnehmerüberlassung prinzipiell auch innerhalb eines Konzerns abspielen kann.⁷² Während für vorübergehende Überlassungen das Konzernprivileg gilt (das AÜG ist dann nicht anwendbar), sind sämtliche Vorschriften des AÜG anwendbar, wenn ein Fall dauerhafter, gewerbsmäßiger konzerninterner Arbeitnehmerüberlassung vorliegt.⁷³ Der Gesetzgeber hat zudem bewusst die Begrenzung der Dauer der Überlassung aufgehoben. In der Ausnutzung dieser maßgeblichen Änderung durch konzerninterne Verleihgesellschaften kann daher grundsätzlich keine unzulässige Gesetzesumgehung gesehen werden.⁷⁴

b) *Argumente für einen Verstoß gegen das Umgehungsverbot*

Das Modell der konzernangehörigen Verleihgesellschaft konterkariert allerdings die Intention des Gesetzgebers, der über die Leiharbeit mit dem so genannten *Klebeffekt* (dieser wird auch *Brücken- oder Sprungbretteffekt* genannt) Arbeitslose dadurch in den Arbeitsmarkt integrieren wollte, dass diese über die Arbeitnehmerüberlassung die Chance erhalten, gegebenenfalls vom Entleihunternehmen als Arbeitnehmer über-

⁶⁷ Brors/Schüren, *BB* 2004, 2745, 2746; Lembke, *BB* 2010, 1533, 1538.

⁶⁸ BAG 9.12.2003, *NZA* 2004, 921.

⁶⁹ siehe Fn. 23.

⁷⁰ Schüren/Hamann/Schüren, § 1 Rn. 516; Melm/Lipinski, *BB* 2004, 2409, 2415.

⁷¹ BAG 21.7.2009, *BeckRS* 2009, 72271.

⁷² Willemsen/Annauß, *BB* 2005, 437, 438.

⁷³ BAG 20.4.2005 *NZA* 2005, 1006; *BT-Drucks.* 10/3206, S. 33.

⁷⁴ Willemsen/Annauß, *BB* 2005, 437, 438.

nommen zu werden.⁷⁵ Diese Funktion kann aber eine Arbeitnehmerüberlassung durch eine konzerninterne Verleihgesellschaft, die nur der Umgehung des Tariflohns dient, nicht erfüllen.⁷⁶ Eine solche für den Entleiher vorteilhafte Konstruktion ist somit nach dem Zweck des Gesetzes nicht vorgesehen.

In die Erwägungen im Rahmen der Missbrauchskontrolle ist des Weiteren einzu- beziehen, dass es sich bei der Arbeitnehmerüberlassung um ein gesetzliches Verbot mit Erlaubnisvorbehalt handelt. Nach § 3 AÜG hat eine Zuverlässigkeitsaufsicht und -kontrolle durch die dafür vom Gesetzgeber vorgesehenen Behörden zu erfolgen. Es kommt im Rahmen der Missbrauchskontrolle somit auch darauf an, ob bei der vom Arbeitgeber gewählten Gestaltungsform diese behördliche Aufsicht und Kontrolle eingehalten werden kann. Dies ist dann nicht der Fall, wenn ein anderer als der Verleiher dessen Geschäftstätigkeit ausführt, denn auf diese Weise entzieht sich der tatsächlich Handelnde der Zuverlässigkeitsprüfung.⁷⁷ Der Verleiher muss also auf jeden Fall selbst das Verleihgewerbe betreiben. Es ist nicht ausreichend, dass er nur formal diese Funktion ausübt, also einen Strohmann darstellt, während ein Hintermann ohne Verleiherlaubnis die Geschäftstätigkeit vornimmt. Bei der Schaffung eines solchen „Papiertigers“⁷⁸ wird vereitelt, dass im Rahmen eines etwaigen Gewerbeerlaubnisverfahrens die Zuverlässigkeit des tatsächlich den Gewerbebetrieb Betreibenden überprüft wird.

Im Fall des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein wurde die Rechtsmissbräuchlichkeit damit begründet, dass die gewählte Konstruktion so ausgerichtet war, dass die eigenen betrieblichen und personalverwaltungsmäßigen Abläufe des Entleihers nicht geändert wurden. Dies ist nach dem AÜG jedoch nicht vorgesehen. Der Verleiher und nicht der Entleiher ist nämlich Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers und zwar nicht lediglich formal, sondern auch tatsächlich. Werden die typischen Arbeitgeberpflichten und -risiken vertraglich vom Entleiher übernommen, so zielt diese Konstruktion darauf ab, maßgeschneidert die ursprüngliche Beschäftigung fortzusetzen. In diesem Fall liegt dann ein klassischer Umgehungstatbestand vor, wodurch die Konstruktion rechtsmissbräuchlich und somit im Ergebnis unzulässig wird.⁷⁹

III. Gesetz zur Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung

Am 2. September 2010 hat das Bundesarbeitsministerium einen Referentenentwurf für ein „Gesetz zur Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung“⁸⁰ vorgelegt. Ziel dieses Gesetzentwurfs ist die Unterbindung des Missbrauchs der Arbeitnehmerüberlassung und die Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie⁸¹, welche die nationalen

⁷⁵ Denzel/Wolters, *AiB* 2010, 149, 150; Hofmann in *Handelsblatt* v. 20.10.2010, URL: http://www.handelsblatt.com/meinung/_b=2675950,_p=292,_t=ftprint,doc_page=0;printpage (Stand: 20.10.2010).

⁷⁶ Brors/Schüren, *BB* 2004, 2745, 2747.

⁷⁷ LAG Schleswig-Holstein 18.6.2008, *BeckRS* 2008, 57184; Schüren/Hamann/Schüren, § 3 Rn 37.

⁷⁸ LAG Schleswig-Holstein 18.6.2008, *BeckRS* 2008, 57184.

⁷⁹ Vgl. auch ArbG Köln v. 24.9.2009, *AiB* 2010, 202.

⁸⁰ Abrufbar unter http://www.aus-portal.de/gesetzgebung_17888.htm (Stand: 25.9.2010).

⁸¹ Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit.

Gesetzgeber unter anderem verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, um Missbräuche zu verhindern (Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie). Der Gesetzentwurf enthält dementsprechend – sowie insbesondere auch als Reaktion auf die öffentliche Debatte über die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung – einige Änderungen im Gesetzeswortlaut des AÜG, durch welche Klarstellungen erfolgen und die Arbeitnehmer vor missbräuchlichem Verhalten geschützt werden sollen. Die im Kontext der vorliegenden Abhandlung relevanten Änderungen betreffen folgende Regelungen:

§ 1 Abs. 1 S. 1 AÜG: Durch die Ersetzung der Worte „gewerbsmäßigen“ durch die Wörter „im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit“ wird das AÜG dem Anwendungsbereich der Richtlinie angepasst, die unabhängig davon gilt, ob der Verleiher Erwerbszwecke verfolgt oder nicht. Durch diese Änderung soll klargestellt werden, dass auch für eine ohne Gewinnerzielungsabsicht angelegte Arbeitnehmerüberlassung das AÜG gilt. Die Gerichte bräuchten daher nach diesem Gesetzentwurf in Fällen, in denen das verleihende Unternehmen die Überlassung zum Selbstkostenpreis betreibt, um die Anwendbarkeit des AÜG zu umgehen, nicht mehr auf andere Indizien für das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht zurückzugreifen oder gar zu konstruieren, dass die Gewinnerzielungsabsicht des Konzerns insgesamt genüge.

§ 1 Abs. 2 AÜG: Entsprechend der Vorgabe der Richtlinie, nach der eine Arbeitnehmerüberlassung nur vorübergehend sein darf, soll § 1 Abs. 2 AÜG wie folgt ergänzt werden: „Werden Arbeitnehmer Dritten zur Arbeitsleistung überlassen und übernimmt der Überlassende nicht die üblichen Arbeitgeberpflichten oder das Arbeitgeberisiko (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3) oder erfolgt die Arbeitnehmerüberlassung nicht nur vorübergehend, so wird vermutet, dass der Überlassende Arbeitsvermittlung betreibt.“ Die Neuformulierung des § 1 Abs. 2 hat zum Ziel zu verhindern, dass Unternehmen mit Hilfe der Arbeitnehmerüberlassung ihren dauerhaften Bedarf an Arbeitskräften decken. Allerdings erfolgt keine inhaltliche Bestimmung des Begriffs der nur vorübergehenden Überlassung. Von dieser Klausel geht daher einerseits eine Unsicherheit für die entleihenden Unternehmen aus, da – außer bei explizit vorübergehenden Einsetzen wie etwa bei einer Urlaubs- oder Krankenvertretung oder zur Durchführung eines besonderen Projekts – das Risiko besteht, dass im Prozess vermutet wird, dass es sich um Arbeitsvermittlung handelt und zwischen dem entleihenden Unternehmen und dem Leiharbeiter daher ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht. Andererseits ermöglicht diese offene Formulierung es Unternehmen auch weiterhin, ihren dauerhaften Arbeitskräftebedarf abwechselnd durch verschiedene Leiharbeiter zu decken.

§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG: Diese Norm soll zukünftig lauten: „Dieses Gesetz ist ... nicht anzuwenden auf die Arbeitnehmerüberlassung ... zwischen Konzernunternehmen ..., wenn der Arbeitnehmer nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt wurde.“ Durch diese Neuformulierung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG würde eine Klarstellung erfolgen, dass die Privilegierung nicht für reine Verleihgesellschaften gilt, deren Zweck die Einstellung und Überlassung von Personal ist. Allerdings ist die Frage nach der Anwendbarkeit des Konzernprivilegs dem Wortlaut nach nicht geklärt für die Fälle, in denen im Verlauf eines Arbeitsverhältnisses der Arbeitsvertrag um eine Leiharbeitsklausel ergänzt wird.⁸²

⁸² Ulber, *AuR* 2010, 412, 414.

§ 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG: Schließlich ist die Ergänzung um die so genannte „Dreh­türklausel“ in § 3 Abs. 1 Nr. 3 relevant, wenn bereits im Konzern tätige Stammbe­schäftigte in die (konzerneigene) Verleihgesellschaft überführt und zu ungünstigeren Bedingungen als Leiharbeitnehmer an ihren bisherigen Arbeitgeber zurückverliehen werden.⁸³ Die neu einzufügende Formulierung lautet: „Eine abweichende tarifliche Regelung gilt nicht für Leiharbeitnehmer, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem mit diesem einen Konzern im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes bildenden Arbeitgeber ausgeschieden sind.“ Diese Formulierung verdeutlicht, dass die (konzerninterne) Ar­beitnehmerüberlassung in diesen Fällen zwar weiterhin möglich ist, allerdings ohne die Möglichkeit zur Abweichung vom Equal-Pay-Grundsatz. Durch diese neue „Dreh­türklausel“ würde die Überleitung eigener Arbeitnehmer in eine Verleihgesellschaft und ihr anschließender Rückentleih an ihren ursprünglichen Arbeitsplatz durch die 6-Monats-Frist zwar etwas unattraktiver für das Unternehmen, der Rückentleih als solcher wäre aber nicht untersagt.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Die aufgezeigten rechtlichen Probleme, die mit der konzerninternen Arbeitnehmer­überlassung einhergehen, werden durch den Gesetzentwurf nur teilweise gelöst. Einer Lösung zugeführt wird nur die Frage nach der Anwendbarkeit des Konzernprivilegs auf reine konzerninterne Verleihgesellschaften. Im Hinblick auf das Konzernprivileg als solches gilt es zu bedenken, dass die umzusetzende europäische Richtlinie überhaupt keinen derartigen Ausnahmetatbestand wie er in § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG für die Konzernleihe vorgesehen ist, enthält. Es wäre daher zu erwarten gewesen, dass das Konzernprivileg im Rahmen der Umsetzung der europäischen Leiharbeitsrichtlinie gestrichen wird.⁸⁴ Für eine Abschaffung des Konzernprivilegs spricht insbesondere auch, dass es nach Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie für die Anwendung der Richtlinie unerheblich ist, ob die Überlassung erwerbswirtschaftlichen Zwecken dient oder nicht. Die in § 1 Abs. 3 AÜG privilegierten Formen der Arbeitnehmerüberlassung, bei denen es sich um nicht gewerbsmäßige Überlassungen handelt, dürften folglich nach der Richtlinie nicht dem Anwendungsbereich des AÜG entzogen werden.⁸⁵

Die Frage nach der Unzulässigkeit konzerninterner Verleihgesellschaften wird im Gesetzentwurf nicht beantwortet. Es ist somit anzunehmen, dass solche Konstruktionen nicht generell untersagt sein sollen, sondern die mit ihnen einhergehenden Pro­bleme sich vielmehr über andere Regulierungsmechanismen wie die Dreh­türklausel und das Erfordernis, dass eine Überlassung nunmehr explizit nur vorübergehend sein darf, in der Praxis erübrigen sollen. Im diesem Zusammenhang ist insbesondere auch das Urteil des Bundesarbeitsgericht zur Frage der Wirksamkeit der günstigen Tarifver-

⁸³ Vgl. etwa LAG Köln 10.3.2010, BeckRS 2010, 71283.

⁸⁴ ErfK/Wank, § 1 Rn. 57; Lembke, BB 2010, 1533, 1540; Ulber, AuR 2010, 512, 414;

⁸⁵ Ulber, AuR 2010, 512, 414.

träge in der Zeitarbeitsbranche⁸⁶ mit Spannung abzuwarten. Im Hinblick auf die Dreh-
türklausel ist bedenklich, dass sie nicht weitreichend genug ist, da sie keine Regelung
enthält, nach der eine (konzerninterne) Überlassung insgesamt unwirksam ist, wenn
der Leiharbeitnehmer zuvor bei diesem oder einem konzernangehörigen Unterneh-
men beschäftigt war. Hier wäre zum Schutz der Arbeitnehmer und entsprechend der
Vorgabe der Richtlinie, Missbräuche auszuschließen, eine Regelung geboten gewesen,
die entweder den Rückentleih generell untersagt oder alternativ bei ihm dauerhaft,
also nicht nur bei einem Rückentleih innerhalb der ersten 6 Monate, die Geltung ver-
schlechternder Tarifverträge ausschließt.⁸⁷ Darüber hinaus wird aufgrund des Fehlens
einer Definition, wann eine Überlassung vorübergehend ist, voraussichtlich auch in
Zukunft genügend Spielraum für missbräuchliche Konstruktionen bestehen.

⁸⁶ Vgl. dazu die vorinstanzlichen Entscheidungen des ArbG Berlin 1.4.2009, NZA 2009, 740 und des LAG
Berlin-Brandenburg 7.12.2009, BB 2010, 1927. Die Gewerkschaft CGZP hat unter dem Aktenzeichen 1
ABR 19/10 Rechtsbeschwerde beim Bundesarbeitsgericht eingelegt, die am 14. Dezember 2010 verhan-
delt werden wird.

⁸⁷ Ulber, *AuR* 2010, 512, 414.

Gyula Berke

Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung aus und nach Ungarn

1. Gesetzlicher und europarechtlicher Rahmen sowie rechtstatsächliche Informationen zur grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung in Ungarn¹

Im ungarischen Arbeitsrecht kam es zur gesetzlichen Regelung der Überlassung von Arbeitskräften mit dem Gesetz Nr. XVI vom Jahre 2001. Dieses Gesetz hat im Dritten Teil des Gesetzes Nr. XXII vom Jahre 1992 über das Arbeitsgesetzbuch (Arbeitsgesetzbuch; im Weiteren: AGB) das neue XI. Kapitel des Gesetzes eingefügt, das den Titel „Überlassung von Arbeitskräften“ trägt. Feststeht, dass diese arbeitsrechtliche Konstruktion auch schon vor der gesetzlichen Regelung in der ungarischen Praxis vorhanden war, und zwar in dem Sinne, dass Unternehmen gewerbsmäßig Arbeitnehmer zur Verfügung anderer gestellt haben.² Diese wirtschaftliche Tätigkeit wurde vor 2001 meistens im Rahmen der Rechtsinstitution der sog. Delegation ausgeübt. Im ungarischen Arbeitsrecht ist die Delegation eine eigenartige Weisung des Arbeitgebers, auf Grund derer der Arbeitnehmer verpflichtet ist, seine Arbeitspflicht auch zu Gunsten eines anderen Arbeitgebers zu erfüllen. Der Schritt in der Rechtsetzung vom Jahre 2001 löste – in erster Linie von der Seite der Gewerkschaften – heftige Diskussionen und Widerstand aus. Seit Mitte des Jahrzehnts kam es zu einer Welle von Gesetzesänderungen hinsichtlich der Rechtsinstitution der Überlassung von Arbeitskräften.³ In unseren Tagen enthält das erwähnte Kapitel des AGB⁴ eine äußerst umfangreiche und detaillierte Regelung, die einen eigenartigen Typ des Arbeitsverhältnisses im ungarischen Recht begründet. Die von den allgemeinen Normen des Arbeitsverhältnisses abweichenden Normen sind hinsichtlich der Subjekte des auf die Überlassung von Arbeitskräften gerichteten Rechtsverhältnisses, der Rechte und Pflichten der Parteien, der Einstellung des Arbeitsverhältnisses und der Verantwortung maßgebend. Das AGB enthält des Weiteren besondere Normen über das Rechtsverhältnis des Verleihers und des Entleihers. Diese rechtliche Konstruktion hat ihren geltenden Inhalt im Wesentlichen im Jahre 2007 erhalten.⁵ In unserem geltenden Recht ist die Entleiherung von Arbeitskräften ein auf die gewerbsmäßige (also im Hinblick auf eine Gegenleistung erfolgende) Überlassung von Arbeitskräften gerichtetes Rechtsgeschäft, während die früher angewendete, auf Delegation gerichtete Vereinbarung nur eine unentgeltliche (ohne Gegenleistung erfolgende) Vereinbarung ist, die nur zwischen in

¹ Auf die Kollisionsrechtsfragen des Themenbereichs weisen wir nur kurz hin. Siehe dazu die Studie von Erika Kovács in diesem Heft.

² Siehe: Bankó Zoltán: *Az atipikus munkajogviszonyok.* [Zoltán Bankó: Die atypischen Arbeitsrechtsverhältnisse.] Budapest – Pécs, 2010, Dialog Campus Verlag, S. 145.

³ Bankós zitiertes Werk S. 146.

⁴ §§ 193/B und folgende des AGB.

⁵ Siehe das Gesetz Nr. XIX vom Jahre 2007.

einer Eigentümerbeziehung stehenden Unternehmen (Arbeitgebern) wirksam zustande kommen konnte.⁶

Hinsichtlich unseres Themas ist § 193/B Abs. (1) AGB erwähnenswert, der seinen geltenden Inhalt im Rahmen der Modifizierung der Regelung in Bezug auf die Überlassung von Arbeitskräften vom Jahre 2004 erhielt.⁷ Gemäß dieser Anordnung: „Ein Verleiher kann nur die über einen Sitz im Inland verfügende und bei beschränkter Haftung ihrer Gesellschafter tätige Wirtschaftsgesellschaft oder eine mit ihr in keinem Mitgliedsverhältnis stehende Arbeitnehmergenossenschaft sein, die den in diesem Gesetz bzw. in einer anderen Rechtsvorschrift festgehaltenen Bedingungen entspricht und die von der staatlichen Beschäftigungsbehörde registriert worden ist.“ Zur Analyse dieser Verordnung kommen wir nachfolgend im Zusammenhang mit der Sache RANI zurück.

Bereits vor dem Beitritt der Ungarischen Republik zur Europäischen Union im Jahre 2004 kam es zur Übernahme der Rechtsnormen des Arbeitsrechts der Europäischen Gemeinschaft in das ungarische Arbeitsrecht. Die darauf gerichtete Gesetzgebung begann unmittelbar nach der Jahrtausendwende. Das Gesetz Nr. XVI aus dem Jahre 2001 hat in das AGB seinen § 106/A eingefügt. Diese Bestimmung bezweckte die Übernahme der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Entsenderichtlinie). Gemäß Art. 1 Abs. (1) Buchstabe c) der Richtlinie findet sie Anwendung, soweit ein Unternehmen als Leiharbeitsunternehmen oder wenn ein Arbeitnehmer zur Verfügung stellendes Unternehmen einen Arbeitnehmer in ein verwendendes Unternehmen entsendet, das seinen Sitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates hat oder dort seine Tätigkeit ausübt, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitsunternehmen oder dem einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht. Aufgrund dieser europarechtlichen Regelung lautet Abs. (1) § 106/A AGB: „Verrichtet der Arbeitnehmer eines ausländischen Arbeitgebers - auf Grund der mit einem Dritten geschlossenen Vereinbarung, nach den Regeln von Abschnitt XI - auf dem Gebiet der Republik Ungarn eine Arbeit, sind auf den Arbeitnehmer hinsichtlich

- a) der Höhe der längsten Arbeitszeit bzw. der kürzesten Ruhezeit,
- b) der Mindestlänge des bezahlten Jahresurlaubs,
- c) des niedrigsten Arbeitslohns,
- d) der Bedingungen der Überlassung von Arbeitskräften,
- e) der Arbeitsschutzbedingungen,
- f) der Bedingungen der Arbeitsübernahme und Beschäftigung von schwangeren Frauen bzw. Frauen mit kleinen Kindern sowie von minderjährigen Arbeitnehmern und ferner
- g) der Forderung der Gleichbehandlung die Regelungen des ungarischen Arbeitsrechts anzuwenden.“

⁶ Auf Grund des § 106 AGB.

⁷ Siehe § 1 des Gesetzes Nr. XX vom Jahre 2004.

Nach Abs. (3) § 106/B AGB muss der inländische Arbeitgeber sicherstellen, dass hinsichtlich des an seine Niederlassung – auf die durch den ausländischen Arbeitgeber in § 106/A festgelegte Weise – entsandten Arbeitnehmers die in § 106/A und im vorliegenden Paragraphen festgelegten Bestimmungen angewendet werden.

Auf Grund der erwähnten Bestimmungen des AGB (§§ 106/A, 106/B) müssen die in § 106/A Abs. (1) festgesetzten Arbeitsbedingungen im Rahmen der Überlassung von Arbeitskräften des ungarischen Arbeitgebers auch hinsichtlich der im Ausland beschäftigten Arbeitnehmer angewendet werden – vorausgesetzt, dass die Arbeitsbedingungen des ungarischen Arbeitsrechts hinsichtlich der ins Ausland entsandten Arbeitnehmer nicht günstiger sind. Es sei bemerkt, dass das ungarische Arbeitsrecht die erwähnten Normen nicht nur im Falle der Entsendung in die Mitgliedstaaten der Europäischen Union bzw. der Entsendung aus den Mitgliedstaaten, sondern in gleicher Weise auch im Falle der so genannten Drittstaaten anwendet.

Das Gesetz Nr. LXXV von 1996 enthält im ungarischen Rechtssystem die Regelung über die behördliche Kontrolle der Beschäftigung. Nach den Normen des § 3 dieses Gesetzes erstreckt sich die Kompetenz der Arbeitskontrollbehörde auf die Beschäftigung der Ausländer in Ungarn sowie auf die Einhaltung der Rechtsnormen in Bezug auf die Überlassung von Arbeitskräften.⁸

Das Gesetz Nr. I von 2007 regelt die Einreise und den Verbleib der über das Recht auf Freizügigkeit und Aufenthalt verfügbaren Personen. Dieses Gesetz normiert für die Bürger der Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraumes die Berechtigung, sich (auch länger als drei Monate lang) auf dem Gebiet der Ungarischen Republik zum Zweck der Ausübung einer Erwerbstätigkeit aufzuhalten.⁹ Auf Grund des Gesetzes muss die Beschäftigung der Behörde angemeldet werden. Das Gesetz Nr. II von 2007 sieht die Einreise und den Aufenthalt der Bürger der sog. Drittstaaten (keine Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraumes) vor. Laut diesem Gesetz dürfen die Bürger der Drittstaaten auf Grund einer Genehmigung eine Erwerbstätigkeit ausüben. Entsprechend sieht das Gesetz Nr. IV von 1991 die Beschäftigung vor.

Über die erwähnten gesetzlichen Normen hinaus betreffen zahlreiche Regierungsverordnungen oder ministerielle Verordnungen die Überlassung von Arbeitskräften sowie die Beschäftigung von Ausländern. Besonders hervorzuheben ist die Regierungsverordnung 118/2001 (30. 06.) über die Arbeitnehmerüberlassungstätigkeit. Durch diese Verordnung – die identisch ist mit den Normen des § 193/D AGB – wird die Arbeitnehmerüberlassungstätigkeit auf dem Gebiet der Republik Ungarn an eine behördliche Genehmigung gebunden. Im Bereich der Bedingungen der Erteilung der behördlichen Genehmigung werden die Eintragung ins Firmenregister sowie andere Bedingungen von Vermögensnatur durch die Verordnung geregelt.¹⁰ Gemäß § 9 der Verordnung darf der Verleiher mit dieser Tätigkeit in der Republik Ungarn erst nach dem Inkrafttreten der behördlichen Entscheidung beginnen. Der Verleiher hat die

⁸ Abs. (1) § 3 Punkt i) und k).

⁹ Die Darlegung der detaillierten Regelung wird von uns außer Acht gelassen; siehe § 6 des Gesetzes. Das Gesetz entstand im Interesse der Übernahme der Rechtsnormen der Europäischen Union in Bezug auf die Freizügigkeit der Personen. Siehe § 129 des Gesetzes.

¹⁰ Z.B. die vom Entleiher der Arbeitskräfte zu leistende Vermögenssicherung.

Verpflichtung, der Behörde umfassende Daten zu liefern, unter anderem jährlich über die Arbeitnehmer und über die Zahl der in- und ausländischen Entleiher Daten zu liefern.¹¹ Unter den Normen auf Verordnungsebene erwähnen wir noch die Verordnung des Ministeriums für Sozial- und Arbeitswesen 16/2010 (13. 05.), in der die Genehmigung der Beschäftigung von Staatsbürgern aus Drittländern in Ungarn vorgesehen wird. Der Geltungsbereich dieser Verordnung erstreckt sich auf die Staatsbürger der Drittländer. Gemäß § 1 Abs. (2) der Verordnung muss die Verordnung auf einen im Rahmen der Überlassung von Arbeitskräften durch einen in einem Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes niedergelassenen Arbeitgeber nach Ungarn entsendeten Arbeitnehmer nicht angewendet werden. Das heißt in diesem Fall ist die Beschäftigung in Ungarn ohne Genehmigung möglich. In anderen Fällen ist die Beschäftigung des Bürgers eines Drittstaats auf Grund der behördlichen Genehmigung möglich. Der Genehmigungsantrag muss jedoch in diesen Fällen - von den Ausnahmen eines engen Bereiches abgesehen - von der Behörde abgelehnt werden, das heißt, zur Beschäftigung im Rahmen der Überlassung von Arbeitskräften kann praktisch keine Genehmigung erteilt werden.¹² Die Regierungsverordnung 355/2007 (23. 12.) sieht die Beschäftigung der Staatsbürger der Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraumes in Ungarn vor. Gemäß der Verordnung ist der ungarische Arbeitgeber verpflichtet, die Beschäftigung dieser Personen in Ungarn anzumelden, allerdings unter der Bedingung, dass die Anmeldung keine zur Personenidentifizierung geeigneten Daten enthalten darf. Zugleich erstreckt sich jedoch der Geltungsbereich dieser Verordnung auch nicht auf diejenigen Personen, die durch in den Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraumes niedergelassene Arbeitgeber auf Grund eines auf Überlassung von Arbeitskräften gerichteten Vertrags im Rahmen einer Dienstleistung zum ungarischen Besteller entsandt werden. Die Normen auf Verordnungsebene betrachtend können wir feststellen, dass eine Datenlieferungsverpflichtung für die inländischen Unternehmungen im Falle der von Ungarn ins Ausland gerichteten Arbeitnehmerüberlassungstätigkeit vorgesehen ist. Im Falle der nach Ungarn gerichteten Arbeitnehmerüberlassungstätigkeit besteht keine Anmelde- oder Datenlieferungspflicht auf die in den Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraumes niedergelassenen Unternehmen (nicht einmal im Falle der Staatsbürger von Drittstaaten). Die Beschäftigung von Staatsbürgern aus Drittstaaten im Rahmen der Überlassung von Arbeitskräften durch in Drittstaaten niedergelassene Unternehmen ist praktisch nicht möglich und es ist auch kein solcher Fall in der Praxis bekannt.

Die hinsichtlich der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassungstätigkeit zur Verfügung stehenden Angaben sind ziemlich beschränkt bzw. mangelhaft.¹³ Der

¹¹ Gemäß § 18 Abs. (2) der Verordnung dienen ihre Normen der Übernahme der Richtlinie 2006/123/EG ungeachtet dessen, dass die Richtlinie auf Dienstleistungen von Leiharbeitsagenturen nicht angewendet werden muss.

¹² Siehe § 6 Abs. (1) Buchstabe f) der Verordnung.

¹³ Die Quelle der mitgeteilten Daten ist die Datenbank des Nationalen Beschäftigungsdienstes (www.afsz.hu), sowie Zsófia Ásványi - Zoltán Bankó - Eszter Barakonyi - Zoltán Egerszegi - Gábor Kártyás - Gyula László - Zsolt Nemeskéri: Die Gestaltung der nationalen bzw. der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung, ihre Wirkung auf die Beschäftigung und auf die Wirtschaftsprozesse. Budapest, 2010, S. 236., http://mukutir.telco-system.hu/kutatas-plt?ks_no=470.

Grund dafür ist einerseits der Mangel an diesbezüglichen Forschungen. Andererseits besteht er darin, dass die Rechtsnormen in Bezug auf die Datenlieferungsverpflichtung den Behörden gegenüber mangelhaft sind und es zur Kontrolle ihrer Durchführung praktisch nicht kommt. Auf Grund der bekannten Daten kann zweifellos festgestellt werden, dass die Arbeitnehmerüberlassungstätigkeit in Ungarn im vergangenen Jahrzehnt eine bedeutende Entwicklung gemacht hat. Während es in Ungarn am 31. Dezember 2002 insgesamt 282 solche Tätigkeit ausübende Unternehmen gab, wurden am 31. Dezember 2009 schon 916 Unternehmen registriert. Die Überlassungstätigkeit war in der industriell entwickelten mittleren Region des Landes am bedeutendsten; hier (in der Umgebung von Budapest) sind 50,1 % der Unternehmen tätig. Im Jahre 2009 haben etwa 4800 Unternehmen ihren Arbeitskräftebedarf im Wege der Überlassung von Arbeitskräften befriedigt. Im Vergleich zum Jahr 2002 ist die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer etwa auf das 2,5-fache gewachsen und im Jahre 2009 waren es (nach der im Jahre 2008 eingetretenen Verringerung) beinahe 80 000 Personen.

Nach den auf Grund der erwähnten Regierungsverordnung 118/2001 (30. 06.) veröffentlichten Daten haben die über einen Sitz in Ungarn verfügenden Verleihunternehmen in 1371 Fällen Arbeitnehmer ins Ausland überlassen, davon in 1362 Fällen in die EU-Mitgliedstaaten. Die bedeutendsten Empfängerstaaten waren Frankreich und Slowenien (mit jeweils 626 und 590 Verleihfällen). Nach Deutschland ist die Überlassung von Arbeitskräften der Arbeitnehmer nur in 52 Fällen geschehen. Die ins Ausland überlassenen Arbeitnehmer wurden beinahe ausschließlich im Industrie- und im Bauindustriezweig beschäftigt. Ihre Gesamtzahl betrug im Jahre 2009 290 Personen. Nach den mitgeteilten statistischen Angaben gab es 21 Leiharbeitsunternehmen, deren Tätigkeit teilweise oder vollständig ins Ausland gerichtet war. Mit den Unternehmen mit Sitz in Ungarn standen 29 entleihende Unternehmen mit Sitz im Ausland in einem vertraglichen Verhältnis. Davon verfügten nur drei über einen Sitz in Deutschland.

Aus den erwähnten Angaben kann geschlossen werden, dass sich die Arbeitskräfteüberlassungstätigkeit im vergangenen Jahrzehnt bedeutend entwickelte während die ins Ausland gerichtete Aktivität von geringerer Bedeutung war. Die ausländischen Unternehmen betreffend verfügen wir über keine Daten in Bezug auf die nach Ungarn gerichtete Überlassungstätigkeit, weil eine Sammlung solcher statistischer Angaben nicht vorliegt.¹⁴ Es ist anzunehmen, dass slowakische Arbeitnehmer in Ungarn im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung in der größten Anzahl beschäftigt werden, ihre Gesamtzahl ist jedoch nicht bekannt.¹⁵ Die Beschäftigung slowakischer Arbeitnehmer erfolgt in der industriellen Region in der Nähe der Grenze beider Länder auf solche Weise, dass der überwiegende Teil der betroffenen Arbeitnehmer täglich vom slowakischen Wohnort zum Arbeitsplatz in Ungarn pendelt. Die Forscher vermuten, dass die Beschäftigung slowakischer Arbeitnehmer in Ungarn zu etwa zwei Dritteln im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung erfolgt. Als bedeutend kann auch die Beschäftigung rumänischer Arbeitnehmer in Ungarn angesehen werden (im Jahre 2010 etwa 29 000 Personen). Angaben in Bezug auf die Arbeitnehmerüberlassung stehen jedoch auch hier

¹⁴ Im Jahre 2010 wurden 64 000 ausländische Staatsbürger in Ungarn beschäftigt, davon waren 45 000 Personen Staatsbürger der EU-Mitgliedstaaten.

¹⁵ Siehe das in der Fußnote 13 erwähnte Werk S. 245.

nicht zur Verfügung. Es ist anzunehmen, dass die Bedeutung der Arbeitnehmerüberlassung in diesem Bereich wegen der größeren Entfernung vom Wohnort viel geringer ist als im Falle der slowakischen Arbeitnehmer. Ungarn kann auf Grund der Angaben als ein Empfängerland betrachtet werden. Die Zahl der Überlassungen ins Ausland scheint im Vergleich zur Zahl der nach Ungarn kommenden Arbeitnehmer unbedeutend zu sein. Dies können wir ungeachtet dessen feststellen, dass wir im Hinblick auf die Beschäftigung von Ausländern in Ungarn im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung über keine zuverlässigen Angaben verfügen.

2. Die ungarische Regelung des AGB auf dem Prüfstand des Europarechts

2.1. Der Fall RANI;¹⁶ Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

Der am 16. Juni 2010 gefasste Beschluss des Europäischen Gerichtshofes hat die Aufmerksamkeit auf die ungarische arbeitsrechtliche Regelung der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung gerichtet. Die beim Hauptstädtischen Gericht eingereichte Klage diente als Grundlage des Verfahrens. Die Klage wurde von RANI Slovakia s.r.o. Unternehmen (im Weiteren: RANI bzw. Klägerin) gegen die Hankook Tire Magyarországi Kft. (im Weiteren: Hankook Kft. bzw. Beklagte) erhoben. Die Klage erfolgte aufgrund eines Rechtsstreits im Zusammenhang mit dem die Arbeitnehmerüberlassung betreffenden und zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag. Der Vertrag wurde von den Parteien am 27. April 2007 geschlossen. Auf Grund dessen hat RANI, als Verleiherin die Verpflichtung übernommen, gegen Entgelt nach den im Vertrag bestimmten Bedingungen 400 Personen als Arbeitnehmer der Hankook Kft. zur Verfügung zu stellen, die die Arbeitnehmer vom 2. Mai 2007 für eine unbestimmte Zeit beschäftigen sollte, um ihren neuen Betrieb in Ungarn in Gang zu setzen. RANI hat dem Besteller, der Hankook Kft., bis Juni 2007 15 Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt. Am 25. Juni 2007 teilte letztere mit, die ihr von RANI zur Verfügung gestellten 15 Arbeitnehmer in ihren eigenen Personalbestand übernehmen zu wollen und am 18. Juli 2007 veranlasste sie die einvernehmliche Aufhebung des Vertrags zwischen den Parteien. RANI hat das auf die letzterwähnte Aufhebung gerichtete Angebot seitens der Hankook Kft. abgelehnt, so dass die Parteien den zwischen ihnen bestehenden Vertrag als gekündigt und hinsichtlich der übernommenen 15 Arbeitnehmer als abgerechnet betrachtet haben.

Der Rechtsstreit zwischen den Parteien entstand im Zusammenhang mit der Kündigung (Aufhebung) des auf die erwähnte Arbeitnehmerüberlassung gerichteten Vertrags. RANI hat ihre Klage unter Bezugnahme darauf vor dem Hauptstädtischen Gericht erhoben, dass die Kündigung des Vertrags durch die Hankook Kft. ohne einen triftigen Grund erfolgte und deshalb rechtswidrig sei. Sie beantragte daher, die Beklagte dazu zu verurteilen, ihr als Vergütung ihrer im Zusammenhang mit der Erfüllung entstandenen Kosten sowie ihres entfallenen Nutzens einen Schadensersatz von etwa 300 Millionen Forint zu zahlen.

¹⁶ C-298/09. RANI Slovakia s.r.o. gegen Hankook Tire Magyarországi Kft.

Die Hankook GmbH beantragte die Abweisung der Klage unter Bezugnahme auf die Ungültigkeit des Vertrags zwischen den Parteien. Der Grund für die Ungültigkeit (Nichtigkeit) wäre die im § 193/D Abs. (1) AGB enthaltene Norm,¹⁷ die die Ausübung der Arbeitnehmerüberlassungstätigkeit ausschließlich für eine Gesellschaft mit inländischem Sitz ermöglicht, demzufolge also die Vertragsfähigkeit von RANI fehle. Dem Standpunkt der Hankook GmbH zufolge ist (war) der Schadensersatz auf Grund des nichtigen Vertrags nicht zulässig. Sie wies darüber hinaus darauf hin, dass RANI den Vertrag nicht (bzw. mangelhaft) erfüllt hatte, denn sie stellte während der etwa zwei Monate insgesamt nur 15 Arbeitnehmer der Beklagten (und nicht die ursprünglich vorgesehenen 400 Arbeitnehmer) zur Verfügung.

Der Auffassung des prozessführenden Gerichts zufolge war der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag tatsächlich (nach dem nationalen Recht) auf eine verbotene Tätigkeit gerichtet. Zugleich hatte es Zweifel im Hinblick auf die Vereinbarkeit der nationalen Regelung mit den sich auf die Erbringung von Leistungen beziehenden Bestimmungen des Römischen Vertrags und der Richtlinie 96/71/EG. Um diese Fragen zu klären, hat das Gericht das Verfahren ausgesetzt und wandte sich an den Europäischen Gerichtshof.

Die vom Wirtschaftskollegium des Hauptstädtischen Gerichts zur Vorabentscheidung vorgelegten vier Fragen¹⁸ – wie wir sie im Folgenden zitieren – können thematisch eigentlich in zwei Gruppen unterteilt werden. Die Fragen 1 bis 3 suchen die Antwort darauf, ob es im Gemeinschaftsrecht eine Rechtsgrundlage gibt (geben kann), aufgrund derer die Republik Ungarn zur Zeit des Vorbringens auf die in § 193/D Abs. (1) AGB enthaltene Weise die Arbeitskräfteüberlassungs-/Verleihtätigkeit nur für die über einen inländischen Sitz verfügenden Unternehmen erlaubt. Im Gegensatz dazu richtet sich die vierte Vorlagefrage darauf, ob, falls es keine solche Rechtsgrundlage geben sollte, ein öffentliches Interesse existiert, aufgrund dessen (auf Grund der Art. 59 und 65 des Römischen Vertrags) eine abweichende Behandlung im nationalen Recht hinsichtlich der über einen ausländischen Sitz verfügenden Unternehmen begründet werden kann. Insgesamt waren die Fragen offensichtlich darauf gerichtet, ob die erwähnte (im AGB befindliche) nationale Regelung im Gegensatz zum Gemeinschaftsrecht steht, mittelbar jedoch darauf, ob sich infolge dessen die Nichtigkeit des zwischen den Parteien abgeschlossenen, auf die Arbeitnehmerüberlassung gerichteten Vertrags ergeben kann.¹⁹ Im Vergleich dazu behandelt der Beschluss die dritte Frage, die sich nach der Beurteilung des Gerichts an den Beitritt der Republik Ungarn zur Europäischen Union bzw. an dessen Bedingungen knüpft, getrennt.

Die Vorlagefragen waren die Folgenden:

1. Kann der 19. Erwägungsgrund der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen im Licht der Art. 3 Buchstabe c und 59 des Vertrags von Rom dahin ausgelegt werden, dass das innerstaatliche Recht eines Mitgliedstaates im Hinblick auf die Tätigkeit von Leiharbeitsunternehmen die an den Arbeitgeber (das Unternehmen) gestellten

¹⁷ Siehe oben im Punkt I.

¹⁸ HL Amtsblatt 2009/C 267/58.

¹⁹ Siehe Punkt 24 des Beschlusses.

Anforderungen für den Zugang zur Ausübung dieser Tätigkeit im Hoheitsgebiet des jeweiligen Mitgliedstaates frei aufstellen und insoweit die Zulassung als Leiharbeitsunternehmen solchen Unternehmen vorbehalten kann, die in seinem Hoheitsgebiet ihren Sitz haben?

2. Kann Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates dahin ausgelegt werden, dass im Hinblick auf die Genehmigung der Tätigkeit Unternehmen, die ihren Sitz im jeweiligen Mitgliedstaat haben, gegenüber Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat eine Vorzugsbehandlung gewährt werden kann?

3. Können die Art. 59, 62 und 63 des Vertrags von Rom in Verbindung miteinander dahin ausgelegt werden, dass die zum Zeitpunkt des Beitritts zur Europäischen Union bestehenden Beschränkungen fortbestehen können, ohne dem Gemeinschaftsrecht zuwiderzulaufen, bis der Rat ein Programm aufstellt, in dem die Voraussetzungen für die Liberalisierung dieser Art von Dienstleistungen festgelegt sind, bzw. die Richtlinien zur Verwirklichung dieses Programms erlässt?

4. Sollten die vorstehenden Fragen verneint werden: Gibt es ein Allgemeininteresse, das die Beschränkung, nach der die Tätigkeit eines Leiharbeitsunternehmens nur von Unternehmen ausgeübt werden kann, die ihren Sitz im in Rede stehenden Mitgliedstaat haben und dort registriert sind, rechtfertigt, so dass diese Beschränkung mit den Artikeln 59 und 65 des Vertrags von Rom vereinbar ist?

2.2. Gemeinschaftsrechtlicher Rahmen

Von den zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen berührt die dritte Frage – worauf vom Europäischen Gericht hingewiesen wird – den Beitritt der Ungarischen Republik zur Europäischen Union bzw. die Voraussetzungen des Beitritts. Folglich hatte das Gericht die Bestimmungen der Beitrittsakte²⁰ zu untersuchen.

Neben den in dem Vorabentscheidungsersuchen erwähnten Bestimmungen des Vertrags von Rom betrifft das in der Rechtssache vorkommende Problem auch die Richtlinie 96/71/EG. Die Richtlinie, die durch das Gesetz Nr. XVI aus dem Jahre 2001 in das ungarische Arbeitsrecht übernommen wurde, sieht die Entsendung²¹ von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vor und zwar im Interesse der Verwirklichung des Zieles der Union (damals: Gemeinschaft), das sich auf die Beseitigung der Hindernisse für den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten richtet. In dem Beschluss werden die Erwägungsgründe (2), (6), (13), (18) und (19) der Präambel hervorgehoben. Weiterhin wird auf die Vorschriften der Artikel 1 und 3 hingewiesen. Nach dem auch in dem Vorabentscheidungsersuchen erwähnten Erwägungsgrund (19) der Präambel (ohne die Beeinträchtigung anderer Bestimmungen der Gemeinschaftsvorschriften) ist die Richtlinie nicht mit der Verpflichtung verbunden, dass die Existenz von Leiharbeitsunternehmen rechtlich anerkannt werde, noch berührt sie die Anwendung der Rechtsvorschriften durch die Mitgliedstaaten, die sich auf das

²⁰ Akte über die Bedingungen des Beitritts der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik zur Europäischen Union und die Anpassungen der die Europäische Union begründenden Verträge. Amtsblatt 2003/L 236.

²¹ Hier wird von der Analyse bezüglich der Begriffsbenutzung des ungarischen Textes abgesehen (hinsichtlich der Begriffe „Entsendung“ bzw. „Delegierung“). Im deutschen bzw. englischen Text werden die Ausdrücke „Entsendung von Arbeitnehmern“ bzw. „posting of workers“ gebraucht.

Zurverfügungstellen von Arbeitskräften und auf Leiharbeitsunternehmen beziehen, die nicht in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassen sind, dort aber im Rahmen der Erbringung der Dienstleistungen tätig sind. Art. 1 sieht die Wirkung der Richtlinie vor. Abs. (1) besagt, dass die Richtlinie für das in dem Mitgliedstaat niedergelassene Unternehmen anzuwenden ist, das im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer gemäß Abs. (3) auf das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates entsendet. Nach Abs. (c) der letzteren Bestimmungsgruppe gilt auch als unter die (sachliche) Wirkung der Richtlinie gehörende arbeitnehmerische Verfügung, dass der Arbeitgeber als Leiharbeitsunternehmen oder als Arbeitnehmer zur Verfügung stellendes Unternehmen Arbeitnehmer zu einem Unternehmen entsendet, das auf dem Gebiet eines Mitgliedstaates niedergelassen oder dort tätig ist, vorausgesetzt, dass zwischen dem Leiharbeitsunternehmen oder dem einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis besteht. Nach Abs. (4) darf Unternehmen, die ihren Sitz nicht in einem Mitgliedstaat²² haben, keine günstigere Behandlung zuteil werden als denjenigen Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat. Gemäß Art. 3 Abs. (1) Buchstabe d) garantieren die Mitgliedstaaten den auf ihrem Hoheitsgebiet in Entsendung befindlichen Arbeitnehmern (als allgemeine Regel²³) die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird, im Falle der Überlassung der Arbeitskräfte und besonders bei Leiharbeitsunternehmen maßgebend sind. Abs. (9) dieses Artikels sieht nicht die Verpflichtung eines Mitgliedstaates, sondern lediglich eine Möglichkeit vor. Demgemäß kann für Unternehmen, die als Leiharbeitsunternehmen Arbeitskräfte in einen anderen Mitgliedstaat entsenden, vorgesehen werden, dass sie Leiharbeitnehmern die Arbeitsbedingungen garantieren, die sich auf die Arbeitnehmer²⁴, die in dem Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates zeitweilig tätig sind, beziehen.

2.3. Die einschlägigen Regelungen im nationalen Recht

Das Vorabentscheidungsverfahren berührt die Regelungen des ungarischen Rechts bezüglich der Arbeitnehmerüberlassung. §§ 193/B – 193/P AGB bzw. andere – früher erwähnte – Vorschriften von Verordnungsniveau (aus dem aktuellen Themenkreis) regeln dieses Rechtsinstitut. Der Beschluss weist neben der den Begriff bestimmenden Regelung des § 193/C AGB auf den grundsätzlich betroffenen § 193/D Abs. (1) AGB hin. Aufgrund dieser Regelung kann ein Verleiher nur die über einen Sitz im Inland verfügende und bei beschränkter Haftung ihrer Gesellschafter tätige Wirtschaftsgesellschaft sein, die den in dem Gesetz bzw. in einer anderen Rechtsvorschrift festgehaltenen Bedingungen entspricht und die von der staatlichen Beschäftigungsbehörde registriert worden ist.

²² Diese Regelung handelt von den Staaten, die über keinen Mitgliedstaat-Status verfügen (Nichtmitgliedstaat, non-member State), und nicht von den Unternehmen, die nicht in dem jeweiligen, sondern in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen sind, bzw. sie will den günstigeren Umgang mit Unternehmen außerhalb der Gemeinschaft verbieten.

²³ Hier wird von den einschlägigen Ausnahmen und Detailregelungen abgesehen.

²⁴ „Leiharbeitnehmer“, „temporary workers“.

Wie bereits gesagt wurden die Regelungen über die Arbeitnehmerüberlassung durch das Gesetz Nr. XVI aus dem Jahre mit Wirkung vom 1. Juli 2001, welches eine Reihe von sich auf Rechtsharmonisierung richtenden Modifizierungen dieses und anderer Gesetze vorsah und – unter anderem – über die Übernahme sämtlicher Regelungen mit arbeitsrechtlichem Inhalt disponierte, ins AGB eingefügt. Nach der Begründung²⁵ des Gesetzes „kann die sich auf eine Arbeitnehmerüberlassung richtende Tätigkeit nur von einer Wirtschaftsgesellschaft oder einer Genossenschaft, die ihren Sitz im Inland hat und die auf Grund der beschränkten Haftung ihrer Gesellschafter bzw. ihrer Mitglieder tätig ist, ausüben, soweit sie den Bedingungen der Vorschriften des AGB, bzw. denen von anderen Rechtsvorschriften entsprechen und die bei dem Arbeitsamt registriert worden ist.“ In der Begründung wird auch darauf hingewiesen, dass die Bedingungen und die ausführlichen Regelungen für die Ausübung der Überlassungstätigkeit und für die Registrierung der Entleiher in einer Regierungsverordnung geregelt sind. Es ist festzustellen, dass die die Gesetzesvorlage einbringende Regierung – das zeigt sich in der zitierten Passage der Begründung – die Ausübung der Unterlassungstätigkeit ausschließlich für Unternehmen mit inländischem Sitz ermöglichen wollte, da sie ihren Beginn an die Registrierung durch das nach dem Sitz zuständige Arbeitsamt knüpft. Dies ist in erster Linie aus Sicht der von der Regierung in dieser Sache ausgeführten Argumentation von Bedeutung. § 193D bzw. dessen Abs. (1), der die erwähnte Regelung enthält, ist später modifiziert worden, wobei diese Modifizierungen jedoch nicht den Wesensgehalt der Bestimmung berührt haben.

Auf der Grundlage der in dem Gesetz aus dem Jahre 2001 in § 203 Abs. (1) Buchstabe d) AGB enthaltenden Ermächtigung kam es zur Schaffung der zuvor erwähnten Regierungsverordnung Nr. 118/2001 (30. 06.), die die Bedingungen der Registrierung und Ausübung der Tätigkeiten der Arbeitnehmerüberlassung und der privaten Arbeitsvermittlung vorsah bzw. vorsieht. Nach der Verordnung kann eine Überlassungstätigkeit nur gemäß den in der Verordnung beinhalteten Bedingungen ausgeübt werden und in diesem Kreis schrieb bzw. schreibt § 4 auch die Eintragung in das Firmenregister (in ein anderes behördliches oder gerichtliches Register) vor. Dem Antrag auf Eintragung in das Register war bzw. ist nach der Verordnung auch die die Eintragung nachweisende Urkunde beizulegen. Auch weitere Bestimmungen der Verordnung wiesen bzw. weisen auf den ungarischen Sitz des Überlassungsunternehmens²⁶ hin.

2.4. Der Standpunkt der ungarischen Regierung

Der von der Regierung der Ungarischen Republik in dieser Sache vertretene Standpunkt erscheint bezüglich der ungarischen rechtlichen und tatsächlichen Situation in der Tat widersprüchlich. Einerseits wird von der Regierung darauf hingewiesen, dass das die Fragen vorlegende Gericht die Regelungen des anzuwendenden nationalen Rechts mangelhaft und sogar auch noch fälschlich dem Europäischen Gerichtshof dargestellt hätte. Ihrem Standpunkt nach ermöglichen sowohl die nationale Regelung als auch die

²⁵ Siehe die Begründung zum § 23 des Gesetzes.

²⁶ Z.B. die Bestimmung des § 8, die die Veränderung des Sitzes des Unternehmens (über seine Verlegung in das Zuständigkeitsgebiet eines anderen Arbeitsamts) vorsieht.

behördliche Praxis den in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen, dass sie Bürger der an dem EWR-Abkommen²⁷ beteiligten Staaten im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung zur Erbringung von Dienstleistungen nach Ungarn entsenden, ohne dass sie für diese Unternehmen die Einhaltung von besonderen Erfordernissen vorschrieben. Die Regierung führte bezüglich § 193/D Abs. (1) AGB aus, dass diese Regelung ausschließlich für inländische Unternehmen (!) maßgebend sei bzw. auch für sie in der Hinsicht, dass der Gesetzgeber die sich auf ihre Unternehmensformen²⁸ beziehenden Bedingungen regeln wollte. Aus der Argumentation scheint hervorzugehen, dass die Regierung die Bedingung der Tätigkeit in der Form von beschränkter Haftung nur in Hinsicht auf die inländischen Gesellschaften für maßgebend hält, und dass sie es in dem Fall von solchen mit Sitz in dem Gebiet eines anderen Mitgliedstaates nicht tut. Es sei bemerkt: Nehmen wir diese Argumentationsmethode an, so liegt es auf der Hand, dass das nationale Recht für ein Unternehmen mit ausländischem Sitz (welches auch für Ungarn Dienstleistungen erbringt) keine derartige Bedingung vorschreiben kann bzw. könnte.

Die Regierung unterstützte ihre Argumentation (bezüglich der an Gesellschaften mit inländischem Sitz gestellten Bedingungen) auch damit, dass sie im Zusammenhang mit der Umsetzung der Richtlinie 96/71/EG auf den Umstand hingewiesen hatte, nach dem hinsichtlich der unter die Wirkung der Richtlinie (bzw. der auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsvorschrift) fallenden bzw. im Ausland Dienstleistungen erbringenden Unternehmen lediglich der sog. „harte Kern“²⁹ in Betracht zu ziehen ist. Mithin ist es gegenüber diesen Unternehmen zur Anordnung anderweitiger (bzw. über „den harten Kern“ hinausgehender) Bedingungen nicht gekommen. Es sei bemerkt, dass diese gesetzgeberische Absicht aus den Bestimmungen des § 106/A AGB nicht hervorgeht, da unter Abs. (1) Buchstabe d) meistens die Anwendungen der „Bedingungen der Arbeitskräfteüberlassung“ erwähnt werden.

Im Argumentationskreis der Regierung überrascht es am meisten, dass – nach ihrer Ausführung – die Leiharbeitsunternehmen mit einem Sitz in einem Mitgliedstaat außerhalb der Republik Ungarn ihre Überlassungstätigkeit seit Jahren auf dem Gebiet der Republik Ungarn ausüben. Wir möchten hier bemerken, dass – obwohl uns die dieses Argument unterstützenden Daten nicht zur Verfügung stehen (so wie diese wahrscheinlich auch der Regierung nicht zur Verfügung standen) – dieses Argument die tatsächliche Situation widerspiegelt.

2.5. Die Vorbemerkungen des EuGH zu dem Standpunkt der Regierung

Der EuGH reagierte – an seiner früheren Praxis festhaltend bzw. sich darauf stützend – in seinen Vorbemerkungen auf die zwischen der Regierung und dem vorliegenden

²⁷ Amtsblatt 1994 L 1.

²⁸ Wir weisen auf die Formulierung des § 193/D Abs. (1) AGB hin, die die auf eine mit der beschränkten Haftung der Gesellschafter funktionierende Wirtschaftsgesellschaft oder eine Genossenschaft erwähnt (für die letztere ermöglicht sie nur in Hinsicht der in keinem Mitgliedverhältnis stehenden Arbeitnehmer die Überlassung).

²⁹ Die unter § 3 Abs. (1) der Richtlinie beinhalteten Arbeitsbedingungen. Der Ausdruck wird auch in Abs. (14) der Erwägungsgründe benutzt. Siehe noch Punkt 57 des Beschlusses.

nationalen Gericht entfaltete Meinungsverschiedenheit.³⁰ Eines der wesentlichen Elemente dieser Vorbemerkungen besteht darin, dass der EuGH die die Auslegung der Bestimmungen des nationalen Rechts betreffende Stellungnahme (unverändert) nicht als zu seiner Kompetenz gehörend betrachtet, demzufolge er auch die Frage nicht zu entscheiden habe, ob die vom vorlegenden nationalen Gericht vorgenommene (befolgte) Auslegung zutreffend sei. Der Europäische Gerichtshof hat im Wesentlichen seine Gebundenheit an die Entscheidung des vorlegenden Gerichts für maßgebend betrachtet, als er darauf hingewiesen hat, dass deren Untersuchung vom Ansatz des vorlegenden Gerichts ausgehend geführt werden muss, das heißt davon ausgehend, dass das ungarische Recht die Ausübung der auf Arbeitnehmerüberlassung gerichtete Tätigkeit nur für die über einen inländischen Sitz verfügenden Gesellschaften ermöglicht.

Der EuGH hat diesen Standpunkt früher in zahlreichen Fällen³¹ festgesetzt und sich daran auch weiterhin gehalten. Seine Grundlage ist – wie der Beschluss zeigt – die Kompetenzverteilung zwischen den Gerichten der Gemeinschaft und der Nation, in deren Ergebnis der Europäische Gerichtshof also verpflichtet ist, denjenigen in dem auf die Vorabentscheidung hinweisenden Beschluss festgehaltenen Hintergrund in Tatsache und Regelung zu berücksichtigen, dem sich die vom nationalen Gericht gestellten Fragen anpassen.

Im Zusammenhang mit der Meinungsverschiedenheit zwischen der Regierung und dem vorlegenden Gericht wies der EuGH auch darauf hin, dass die nationale behördliche Praxis an und für sich nicht die Grundlage für die Beurteilung der Vereinbarkeit der betroffenen nationalen Rechtsnorm mit dem Gemeinschaftsrecht bilden kann. Die „einfache Verwaltungspraxis“³² kann nämlich nach dem Ermessen der Verwaltungsorgane geändert werden. Zudem ist sie auch nicht öffentlich genug, so dass sie nicht als wirksame Erfüllung der im Unionsrecht vorgesehenen Verpflichtungen betrachtet werden kann. Was das mit der beschränkten Öffentlichkeit verbundene Argument betrifft, müssen wir daher die Argumentation des Europäischen Gerichtshofes als zutreffend betrachten, weil zweifellos keine von der Behörde veröffentlichten Daten in diesem Bereich zur Verfügung stehen.

Auch im Zusammenhang mit der Bewertung der behördlichen Praxis hat sich eine umfangreiche Beurteilungspraxis herausgebildet, aus der der Beschluss die Fälle Kommission gegen Frankreich³³ und Salix³⁴ besonders hervorgehoben hat.

³⁰ Siehe Punkte 27-29 des Beschlusses.

³¹ Siehe Punkt 27 des Beschlusses. Z.B. C-378/07 – C-380/07. Kiriaki Angelidaki und and. gegen Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis und Dimos Geropotamou.

³² Im Text des Beschlusses in französischer Sprache: „En effet, de simples pratiques administratives...“ (Die Varianten des Beschlusses mit einem anderen Volltext in offizieller Sprache sind wegen der ungarischen Prozesssprache nicht zugänglich.)

³³ Der auch im Beschluss festgesetzte Satz stammt aus dem Urteil der Sache C-334/94 Kommission gegen Französische Republik. Siehe Punkt 2 des dispositiven Teils des Urteils (über die Veränderbarkeit und die beschränkte Öffentlichkeit der Verwaltungspraxis).

³⁴ Auch der Punkt 43 des Urteils der Sache C-102/08 Finanzamt Düsseldorf-Süd gegen SALIX Grundstücks-Vermietungsgesellschaft mbH & Co. Objekt Offenbach KG verwendet die in der erwähnten Sache benutzte Formulierung, in dem er feststellt, dass die Mitgliedstaaten ausdrücklich verpflichtet sind, im Interesse der Durchführung der Richtlinie (bei der Wahl der für den Mitgliedstaat am besten entsprechenden Rechtsetzungstechnik) Rechtsnormenbestimmungen zu schaffen.

Es sei bemerkt, dass der Beschluss später³⁵ auch darauf hingewiesen hat, dass die Regierung die Darlegung der auf das schwerwiegende öffentliche Interesse hinweisenden Umstände, die den Grund der im ungarischen Recht sich durchsetzenden Einschränkung bilden können, außer Acht gelassen hat (siehe dazu weiter unten die Ausführungen zu Punkt VIII). Auch das unterliegt natürlich keinem Zweifel dahingehend, dass es uns – im Licht der dauerhaften Beurteilungspraxis – auch sonst nicht viel Erfolg verspricht.

2.6. Zur dritten Frage: die Bedingungen des Beitritts Ungarns

Wie wir schon angedeutet haben, behandelt der Beschluss (als eine Vorfrage) die von dem vorliegenden Gericht formulierte 3. Frage separat, also die Frage, ob die Beschränkungen Ungarns, welche zum Zeitpunkt des Beitritts Ungarns zur Europäischen Union bestanden haben, in Kraft bleiben können solange der Rat hinsichtlich des gegebenen Dienstleistungstyps (in unserem Fall hinsichtlich der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung) ein Programm zur Bestimmung der Liberalisierung der Voraussetzungen bzw. die Richtlinien zu deren Umsetzung nicht erlässt. Oben haben wir schon erwähnt, dass es zur Übernahme der Richtlinie 96/71/EG im Jahre 2001 kam (gemeinsam mit der sich verknüpfenden Regelung auf Anordnungsebene). Die heimische (beschränkende) Regelung war zum Zeitpunkt des Beitritts (am 1. Mai 2004) somit schon in Kraft.

Die Fragestellung des vorliegenden ungarischen Gerichtes richtete sich eigentlich darauf, ob die Wendung des ex-Artikels 59 EG-Vertrags, nach der die Mitgliedstaaten die in diesem Fall bestehenden Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs „während der Übergangszeit allmählich aufheben“, dahingehend ausgelegt werden kann, dass die zum Zeitpunkt des Beitritts bestehenden Beschränkungen in den Beitrittsländern solange rechtmäßig aufrecht zu erhalten sind solange der gemeinschaftliche Rechtsetzer keine Maßnahmen zur Aufhebung der Beschränkungen trifft. Ex-Artikel 63 des EG-Vertrags hat im Anschluss daran nämlich vorgeschrieben, dass der Rat im Interesse der Aufhebung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ein allgemeines Programm annimmt. Der Gerichtshof hat darauf verwiesen, dass der Rat das Programm nach ex-Artikel 63 im Jahre 1961 angenommen bzw. zu dessen Umsetzung mehrere Richtlinien erlassen hat und die Übergangszeit am 1. Januar 1970 abgelaufen ist. Folglich waren zum Zeitpunkt des Beitritts Ungarns die Artikel 49-54 des EG-Vertrags maßgebend. Der Gerichtshof hat im Zusammenhang mit Art. 49, also mit der Bestimmung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne des Vertrages, festgelegt, dass dieser in den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten (nach der früheren Übergangszeit) direkt anwendbar ist bzw. auf Privatpersonen solche Rechte überträgt, auf die sich die Privatpersonen auch vor Gericht berufen können und welche auch von den nationalen Gerichten geschützt werden müssen.³⁶ Da die Tätigkeit der Arbeitnehmerüberlassung als Dienst-

³⁵ Siehe Punkt 54 des Beschlusses.

³⁶ Unter den in diesem Zusammenhang genannten Urteilen findet sich dasjenige mit der größten arbeitsrechtlichen Relevanz: Rechtssache C-341/05 Laval un Partneri Ltd gegen Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggetan und Svenska Elektrikerförbundet.

leistung gemäß ex-Artikel 50 EG³⁷ gilt, ist die sich darauf beziehende Bestimmung im Sinne des Vertrages auch im Rechtssystem der Ungarischen Republik anzuwenden.

Der Grund für die Anwendung ist, dass das Beitrittsdokument in dieser Hinsicht keine besonderen Voraussetzungen enthält. So sind die Bestimmungen des freien Dienstleistungsverkehrs laut Art. 2, 53 und 54³⁸ seit dem Zeitpunkt des Beitritts anwendbar.³⁹ Aus diesem Grund verstießen die im Zeitpunkt des Beitritts geltenden beschränkenden Regelungen gegen Art. 49 des EG-Vertrags.

2.7. Der Standpunkt des EuGH zur ersten und zweiten Frage (Auslegung der Richtlinie 96/71/EG)

Der arbeitsrechtliche Gegenstand im engsten Sinne knüpft an die erste und zweite Frage des vorlegenden Gerichtes an, sofern sich diese primär auf die Auslegung der Richtlinie 96/71/EG bzw. mittelbar auf die Vereinbarkeit der Beschränkung des § 193/D Abs. (1) AGB (Vorschrift des inländischen Sitzes) mit dem europäischen Recht beziehen.

Das vorlegende Gericht bezieht sich in der ersten Frage auf den oben erwähnten Präambel-Absatz (19), nach dem die Richtlinie nicht mit der Verpflichtung einhergeht, dass die Existenz von Leiharbeitsunternehmen (von den Mitgliedstaaten) rechtlich anerkannt wird, aber die Anwendung der Rechtsvorschriften durch die Mitgliedstaaten nicht berührt, welche sich auf das Zurverfügungstellen von Arbeitnehmern und auf Leiharbeitsunternehmen beziehen, die nicht auf dem Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates niedergelassen, dort aber im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen tätig sind. Ebenfalls hat sich das vorlegende Gericht auf Art. 1 Abs. (4) der Richtlinie berufen, welcher die günstigere Behandlung gegenüber in einem Nichtmitgliedstaat angesiedelten Unternehmen untersagt. Bezüglich des Letzteren ist der (in der zweiten Frage zum Vorschein kommende) Gedankengang des vorlegenden Gerichtes bemerkenswert: Falls nämlich Art. 1 Abs. (4) eine sich auf Unternehmen von Nichtmitgliedstaaten beziehende Rechtsvorschrift ist, sei es möglich, dass einem inländischen (über heimischen Sitz verfügenden) Unternehmen gegenüber einem im

³⁷ Als erstes wurde dies in der Rechtssache C-279/80 Webb (auf Antrag von Hoge Raad der Niederlande zur Vorabentscheidung) vom Gericht im Zusammenhang mit dem gegen den Betroffenen geführten Strafverfahren erörtert. Das Urteil vom 9. Dezember 1980 hat die auf Überlassung von Arbeitskräften als Gegenleistung (Arbeitnehmerüberlassung) gerichtete Tätigkeit als eine Dienstleistung nach Ex-Artikel 60 EGV angesehen, welche unter die Regelung des Artikels 59 zum Beschränkungsverbot fällt. Laut Sachverhalt des Ausgangsverfahrens wurde gegen Alfred John Webb in den Niederlanden ein Strafverfahren geführt, weil er die maßgebenden Regelungen zur Genehmigung einer Arbeitnehmerüberlassungstätigkeit in den Niederlanden verletzt hat.

³⁸ In Art. 2 werden die Anordnungen der ursprünglichen Verträge, in Art. 53 die Anwendung von Rechtsakten seitens der Institutionen vorgesehen. Art. 54 regelt die Verpflichtungen der Beitrittsländer zur Übernahme der Richtlinien.

³⁹ Ein ähnliches Problem tauchte in der Rechtssache C-143/09 Pannon GSM Távközlési Rt. (Pannon GSM Fernmeldeverkehr AG) gegen Nemzeti Hírközlési Hatóság Tanácsa (Rat der Nationalen Behörde für Nachrichtenvermittlung) auf, und zwar insofern, dass dort auch die Gemeinschaftsregel mit rückwirkender Kraft (ihre Anwendung in einem vor Beitritt entstandenen Sachverhalt) in Frage gestellt wurde. Der EuGH nahm (hinsichtlich der rückwirkenden Kraft) Polen betreffend identisch Stellung in der Rechtssache C-441/08 Elektrownia Patnow II sp. zoo gegen Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu.

anderen Mitgliedstaat angesiedelten Unternehmen nach nationalem Recht eine günstigere Behandlung zuteil werde.

Hinsichtlich des Elements des Grundprozesses, welcher zwischen Privatbeteiligten läuft, stellte die niederländische Regierung in der Sache die Frage nach der unmittelbaren horizontalen Wirkung der Richtlinie. In diesem Zusammenhang hat der Gerichtshof neben den heute als klassisch geltenden Urteilen⁴⁰ auch eine seiner Entscheidungen⁴¹ in Bezug auf die Arbeitszeit aufgerufen.

Im Zusammenhang mit der Frage erörterte der Gerichtshof, dass die Richtlinie den materiell-rechtlichen Inhalt der nationalen Rechte überhaupt nicht zu harmonisieren vermochte, weswegen dieser nach der Hauptregelung von den Mitgliedstaaten selbst bestimmt werden darf.⁴² Der Gerichtshof ist der Auffassung, dass die Richtlinie in ihrem Art. 3 Abs. (1) die bloße Aufzählung solcher Themenkreise enthält, in deren Zusammenhang die Mitgliedstaaten die geltenden Regelungen im Empfänger-Mitgliedstaat (nach dem Ort der Dienstleistung) geltend machen können. Während der Wahrnehmung ihrer durch die Richtlinie „offen gelassenen“ Kompetenzbereiche sind die Mitgliedstaaten jedoch verpflichtet, die Anordnungen des EG-Vertrags und die allgemeinen Prinzipien des Gemeinschaftsrechts zu beachten.⁴³

Der Beschluss weist auch auf die Anfangsabfassung des Präambel-Absatzes (19) hin, nach der die Richtlinie ohne die Verletzung sonstiger gemeinschaftlicher Rechtsbestimmungen anzuwenden ist. Daraus folgt also (die Regelung inbegriffen, welche auf den beschränkten Zweck der Richtlinie hinweist und im Präambel-Absatz (19) enthalten ist), dass, sofern der Mitgliedstaat Unternehmen mit inländischem Sitz die Arbeitnehmerüberlassungstätigkeit ermöglicht, der Mitgliedstaat – in Anbetracht der Art. 49-54 des EG-Vertrags – auch das auf Staatsbürgerschaft (auf Sitz) beruhende Verbot zur Beschränkung von Dienstleistungen zu beachten hat. Die Anwendung von Art. 1 Abs. (4) der Richtlinie betrachtete der Gerichtshof insgesamt als gegenstandslos, da die Grundsache Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat berührt.

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, dass die erwähnten Bestimmungen der Richtlinie den Mitgliedstaaten weder ermöglichen, den Sitz im Inland

⁴⁰ Z. B. C-152/84 M. H. Marshall gegen Southampton and South West Hampshire Area Health Authority; C-91/92 Paola Faccini Dori gegen Recreb SRL.

⁴¹ Auch unter Punkt 109 seines Urteiles in den verbundenen Rechtssachen C-397/01 – C-403/01 Bernhard Pfeiffer und Kompagnon gegen Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut e.V. legte der EuGH den Rechtssatz fest, dass das Berufen auf eine Bestimmung der Richtlinie, welche Privatpersonen berechtigt oder ihnen Verpflichtungen zuteilt, in einem Rechtsstreit zwischen Privatpersonen auch dann nicht möglich ist, sei dies ansonsten eindeutig, genau und bedingungslos. Aus diesem Satz folgt auch, dass sich die Ansprüche hinsichtlich des Bereitschaftsdienstes in der ungarischen Urteilspraxis gegenüber dem Staat (staatliche Organe bzw. Haushaltsorganisationen) geltend machen lassen. Siehe BH 2008/309 zur Frage des Bereitschaftsdienstes.

⁴² C-490/04 Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland, Urteil Punkt 19.

⁴³ Zuletzt legte der EuGH in der Rechtssache C-319/06 Kommission gegen Großherzogtum Luxemburg insofern den gleichen Satz fest (siehe auch den im Beschluss angerufenen Punkt 33), dass die Möglichkeit des Mitgliedstaates zur Rechtsregelung, gesichert durch Richtlinie 96/71/EG (bezüglich der Bestimmung von materiell arbeitsrechtlichen Regelungen und den Inhalten der Arbeitsbedingungen) die Mitgliedstaaten nicht entlastet, ihre Pflichten, die aus dem EG-Vertrag entstammen und sich besonders auf die Freiheit der Dienstleistungserbringung beziehen, einzuhalten. Vgl. zu dieser Formulierung bereits Rechtssache C-60/03 Wolff & Müller GmbH & Co. KG gegen José Filipe Pereira Félix.

als Bedingung der Ausübung ihrer Leih­tätigkeit vorzuschreiben, noch bei Genehmigung der Tätigkeit dem Unternehmen mit Sitz im Mitgliedstaat abweichende (günstigere) Behandlung im Vergleich zu den Unternehmen ohne Sitz zuteil werden zu lassen.

Der Europäische Gerichtshof hat also das Argument der ungarischen Regierung nicht angenommen, nach dem § 193/D AGB nur Bedingungen enthalten würde, die sich auf nur in Ungarn ansässige Unternehmen beziehen. Der Gerichtshof hat ferner die Argumentation nicht angenommen, dass § 106/A Abs. (1) Buchstabe d) AGB nicht alle, sich auf Arbeitnehmerüberlassung beziehenden und im ungarischen Recht (im AGB) festgelegten Bedingungen enthält, sondern nur den sog. „harten Kern“ der Arbeitsbedingungen inne hat.

2.8. Der Standpunkt des EuGH zur vierten Frage

Seine vierte Frage hat das vorlegende Hauptstädtische Gericht für den Fall gestellt, dass der EuGH-Standpunkt abweisend wäre in der Hinsicht, dass sich anhand der Auslegung der Richtlinie 96/76/EG durch das Gericht die Möglichkeit ergäbe, die Wahrnehmung von Arbeitnehmerüberlassungstätigkeit Unternehmen mit inländischem Sitz zu ermöglichen bzw. im Vergleich zu Unternehmen mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten eine günstigere Behandlung zu gewährleisten. Eigentlich richtet sich die Frage – in einer anderen Sichtweise – darauf, ob ein anderer Rechtsgrund im Vergleich zur Richtlinie 96/71 EG vorhanden sei (sein könnte) in Hinsicht auf die Beschränkung im nationalen Recht. Die Frage verweist auf Art. 59 und 65 des Vertrages von Rom.

Laut Standpunkt des EuGH folgt aus seiner Urteilspraxis, dass die Bedingung, nach der das Unternehmen zum Zweck der Dienstleistungserbringung einen ständigen Standort oder eine Tochtergesellschaft (also eigentlich einen Sitz) in dem Mitgliedstaat, welcher der Ort der Dienstleistungserbringung ist, zu errichten hat, die Beschränkung der Freiheit laut Art. 49 des EG-Vertrags bedeutet. Um diese Bedingungen rechtlich zu begründen, muss bewiesen werden, dass die hier angesprochene Bedingung zur Verwirklichung des im europäischen Recht anerkannten Zwecks unerlässlich ist (also im Grunde genommen anders, also mit anderen Mitteln nicht verwirklicht werden kann).⁴⁴ Das Gericht sprach an, dass die ungarische Regierung die Begründung eines besonderen Gemeinschaftsinteresses, welches die Grundlage einer im ungarischen Recht zur Geltung kommenden Beschränkung bildet, nicht als relevant beurteilt hat, und auch das die Fragen vorlegende Gericht keine solchen Umstände erwähnt hat. Allein die Hankook GmbH berief sich im Ausgangsverfahren darauf, dass sich solche Bedingungen auf den Schutz der im ungarischen Recht durchsetzenden Einschränkung und auf den des inländischen Arbeitsmarktes richten können.

Hinsichtlich des verfolgten Ziels, den Arbeitsmarkt zu schützen, hat der EuGH festgestellt, dass dies (bzw. der Schutz der Arbeitnehmer) zum Kreis des besonderen Ge-

⁴⁴ Von den früheren Urteilen rief hier der EuGH die Rechtssache Parodi und a Fidium Finanz auf (C-222/95 Société civile immobilière Parodi gegen Banque H. Albert de Bary et Cie.; C-452/04 Fidum Finanz AG gegen Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht).

meinschaftsinteresses gehören könnten⁴⁵ und dadurch die Beschränkung der Dienstleistungserbringungsfreiheit begründet werden könnte. Dies ändere jedoch nichts daran, dass das Erfordernis eines inländischen Sitzes das zulässige Maß zur Erreichung dieses Ziels (des öffentlichen Schutzes) überschreitet. Der EuGH ließ auch verlauten, dass sich die Geltung der Richtlinie 96/71/EG gerade auf die aus einem anderen Land erbrachten (auf Arbeitnehmerüberlassung gerichteten) Dienstleistungen erstreckt und zwar mit dem grundlegenden Ziel, den Kern der Mindestschutzregelungen für die Arbeitnehmer zu bestimmen.

In Anbetracht der angeführten Umstände nahm der EuGH dermaßen Stellung, dass die Beschränkung des § 193/D Abs. (1) AGB auch nicht unter dem Gesichtspunkt des vorrangigen Schutzes des Gemeinschaftsinteresses gegenüber den die Arbeitnehmerüberlassung betreibenden Unternehmen ohne inländischen Sitz begründet werden kann.

2.9. Die geltende ungarische gesetzliche Regelung

Im Lichte des die Kollision der Einschränkung nach dem ungarischen Recht gegen das Gemeinschaftsrecht feststellenden Beschlusses (bzw. des eine solche Auslegung der Richtlinie 96/71/EG erbringenden Beschlusses) des Europäischen Gerichtshofes soll festgestellt werden, dass der § 193/D Abs. (1) AGB unverändert normiert, dass der Verleiher nur die mit der beschränkten Haftung der Gesellschafter tätige Wirtschaftsgesellschaft mit inländischem Sitz oder – bezüglich des mit ihm in keinem Mitgliedsverhältnis stehenden Arbeitnehmers – eine Genossenschaft sein kann, welche den in diesem Gesetz bzw. in der anderen Rechtsnorm enthaltenen Bedingungen entspricht und vom staatlichen Beschäftigungsorgan ins Register eingetragen wurde. Die einschränkende Bestimmung ist also gültig. Dennoch üben – wie die Regierung in dieser Sache schon angekündigt hat – zahlreiche über einen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat verfügende Unternehmen eine auf Arbeitnehmerüberlassung gerichtete Tätigkeit in Ungarn aus. Diese Feststellung kann nur auf praktische Erfahrungen gegründet sein, weil diesbezügliche Daten nicht zur Verfügung stehen. Es kam zur Modifizierung der Regierungsverordnung 118/2001 (30. 06.) über die Bedingungen der Registrierung und Ausübung der Tätigkeit der Arbeitnehmerüberlassung und der privaten Arbeitsvermittlung zuletzt mit Wirkung vom 19. Dezember 2009. Dementsprechend spiegelt die Verordnung auch den dem Beschluss des Europäischen Gerichtshofes vorangehenden Rechtszustand wider. Ihr § 4 Abs. (1) Buchstabe a) bzw. ihr § 8 Abs. (4) scheinen unverändert auf den inländischen Sitz (Standort) hinzuweisen. Diese Verordnung enthält zugleich auch mehrere Normen, die sich auf die entgegengesetzte Richtung der Arbeitnehmerüberlassungstätigkeit, also auf die Überlassung aus Ungarn in einen anderen EWR-Mitgliedstaat, beziehen.⁴⁶

⁴⁵ Von den in diesem Kreis aufgerufenen Urteilen erwähnen wir die Rechtssache C-279/00 Ausschuss der Europäischen Gemeinschaften gegen Republik Italien, welche sich ausdrücklich auf ein Unternehmen ohne Sitz in einem anderen Land bezog und in der die Republik Italien zum Betreiben des Unternehmens ähnliche wie die ungarischen Bedingungen (Sitz bzw. Standort und Kautions) stellte.

⁴⁶ Z.B. im Bereich der Auslegungsbestimmungen des § 2 Abs. (2), des sich auf den Inhalt der Registrierung beziehenden § 8 sowie des die Datenlieferungsverpflichtung betreffenden § 12 Abs. (1) Buchstabe c).

3. Sonstige die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung betreffende Fragen

Zuerst erwähnen wir von den die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung betreffenden anderen Fragen die Frage des auf die Arbeitsverträge anzuwendenden Rechts. Gemäß § 1 Abs. (1) AGB erstreckt sich der Geltungsbereich des Gesetzes – wenn die Regeln des internationalen Privatrechts nicht anders verfügen – auf jedes Arbeitsverhältnis, auf dessen Basis eine Arbeit auf dem Gebiet der Republik Ungarn verrichtet wird bzw. bei dem der Arbeitnehmer eines ungarischen Arbeitgebers die Arbeit mit einseitigem Charakter im Ausland verrichtet. Die Normen des ungarischen Kollisionsrechts sind in der Verordnung mit Gesetzeskraft Nr. 13 vom Jahre 1979 enthalten. Die Normen dieser Verordnung mit Gesetzeskraft über das auf die Arbeitsverträge anzuwendende Recht (die früheren §§ 51-53) wurden am 17. Dezember 2009 vom Gesetz Nr. IX vom Jahre 2009 außer Kraft gesetzt. Der Grund dafür war die in § 24 der Verordnung mit Gesetzeskraft befindliche Bestimmung, wonach die sich auf das auf die Vertragsverhältnisse anzuwendende Recht beziehenden Normen der Verordnung mit Gesetzeskraft nur auf solche Schuldverhältnisse angewendet werden müssen, auf welche sich der Anwendungsbereich der Verordnung 593/2008/EG (Rom I) nicht erstreckt. Da die Rom I-Verordnung das auf den Arbeitsvertrag anzuwendende Recht regelt, enthält das ungarische Kollisionsrecht keine diesbezüglichen getrennten Bestimmungen. Gemäß Art. 8 Abs. (1) der Rom I-Verordnung unterliegen Individualarbeitsverträge dem von den Parteien gewählten Recht. Aufgrund Abs. (2) unterliegt, soweit das auf den Arbeitsvertrag anzuwendende Recht nicht durch Rechtswahl bestimmt ist, der Arbeitsvertrag dem Recht des Staates, in dem oder andernfalls von dem aus der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrages gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Der Staat, in dem die Arbeit gewöhnlich verrichtet wird, wechselt sich nicht, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend in einem anderen Staat verrichtet. Auf Grund Abs. (36) der Erwägungsgründe (bezogen auf Individualarbeitsverträge) sollte die Erbringung der Arbeitsleistung in einem anderen Staat als vorübergehend gelten, wenn von dem Arbeitnehmer erwartet wird, dass er nach seinem Arbeitseinsatz im Ausland seine Arbeit im Herkunftsstaat wieder aufnimmt. Nach der herrschenden ungarischen Auffassung unterliegt der Arbeitsvertrag auf Grund dieser Regelung auch im Falle der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung dem Recht des Herkunftsstaates. Die Rechtswahl kommt in diesen Fällen nicht in Frage. Auf Grund von Art. 23 der Rom I-Verordnung berührt die Verordnung nicht⁴⁷ die Anwendung von Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, die in besonderen Bereichen Kollisionsnormen für vertragliche Schuldverhältnisse enthalten. Dazu gehört die Richtlinie 96/71/EG. Die Richtlinie bzw. die auf deren Grund erlassenen ungarischen Rechtsnormen sind selbstverständlich anzuwenden (siehe oben).

Die grundlegenden Normen des ungarischen Sozialversicherungsrechts sind im Gesetz Nr. LXXX von 1997 enthalten. § 56/A dieses Gesetzes sieht die Verpflichtungen der Sozialversicherung der ausländischen Unternehmungen vor. Im Bereich dieser Verpflichtungen schreibt der ungarische Sozialversicherungsrechtsträger eine in den

⁴⁷ Mit Ausnahme von Art. 7 (Versicherungsverträge).

Rechtsnormen der ungarischen Sozialversicherung bestimmte Beitrags- und Anmeldepflicht für die zur Registrierung in Ungarn nicht verpflichteten Unternehmen vor. Diese Verpflichtung muss auf Grund des § 56/A Abs. (4) das Entleihunternehmen in Ungarn (mit einem im Gesetz bestimmten Inhalt) erfüllen.

Wie wir erwähnt haben, muss nach Abs. (3) des § 106/B AGB der inländische Arbeitgeber sicherstellen, dass hinsichtlich des an seine Niederlassung – auf die durch den ausländischen Arbeitgeber in § 106/A festgelegte Weise (Arbeitnehmerüberlassung) – entsandten Arbeitnehmers die in § 106/A festgelegten Bestimmungen (aufgrund der Richtlinie 96/71/EG) angewendet werden. Abs. (3) des Gesetzes Nr. LXXXV von 1996 (über die behördliche Kontrolle der Beschäftigung) schreibt vor, dass die Behörde zur Kontrolle der Arbeitnehmerüberlassung berechtigt ist und zwar auch hinsichtlich des § 106/A Abs. (3) AGB. In der ungarischen Rechtspraxis ist uns zu dieser Zeit nur ein einziger Fall bekannt. Die Behörde hat in diesem Fall die Verantwortung der die Dienstleistung in Anspruch nehmenden inländischen Unternehmen wegen der Nichteinhaltung der im ungarischen Arbeitsrecht maßgebenden minimalen Arbeitsbedingungen festgestellt und ihnen daher ein Arbeitsbußgeld auferlegt.⁴⁸

⁴⁸ Arbeitsgericht Pécs, 5.M.1283/2010/8. In der Sache haben die rumänischen Arbeitnehmer des rumänischen Arbeitgebers eine Arbeit für ein Unternehmen der Bauindustrie geleistet.

Melanie Klauk

Dürfen entsandte ausländische Arbeitnehmer im inländischen Betrieb streiken? Eine deutsche, völker- und europarechtliche Betrachtung

Mit der fortschreitenden Globalisierung und Internationalisierung der Arbeitswelt gewinnen die europäischen Grundfreiheiten – wie Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit – an praktischer Bedeutung. Daraus folgt eine Reihe von Rechtsproblemen, wie die bekannten Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in Sachen Laval¹ und Viking-Line² zeigen, nicht zuletzt im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts und Arbeitskampfrechts. Eine dieser Rechtsfragen ist die, ob ausländischen entsandten Arbeitnehmern aus einem EU-Mitgliedstaat im Betrieb eines anderen Mitgliedstaates ein Streikrecht zusteht. Hierauf soll der nachfolgende Beitrag eingehen. Dabei soll zunächst kurz auf die deutsche Rechtslage eingegangen und gefragt werden, ob Arbeitnehmern eines EU-Mitgliedstaates, die nach Deutschland entsandt werden, im Falle eines Streiks in einem deutschen Betrieb ein Streikrecht nach deutschem Recht zusteht (II.). Im Schwerpunkt wird anschließend untersucht, ob allgemein ein Streikrecht der ausländischen Entsandten aus internationalem (Völker- oder Europa-) Recht besteht (III.). Schließlich sollen die gefundenen Ergebnisse kurz zusammengefasst werden (IV.).

1. Einleitung

Grenzüberschreitende Arbeitnehmermobilität kann dauerhaft oder nur vorübergehend sein. Während im ersten Fall der Arbeitnehmer sein Herkunftsland verlässt, in einem anderen Mitgliedstaat einen Arbeitsplatz annimmt und sich vollständig in dessen Arbeitsrechtssystem integriert,³ bleibt die Verbindung zum Herkunftsstaat im zweiten Fall erhalten. Es findet also keine komplette Integration des Arbeitnehmers in das Arbeitsrechtssystem des anderen Mitgliedstaates statt, etwa weil ein Arbeitgeber im Rahmen einer Dienstleistungserbringung im Ausland seine eigenen Arbeitnehmer mitbringt oder ein Unternehmen der Zeitarbeit Arbeitnehmer an ein ausländisches Unternehmen verleiht (grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung).⁴ Gegenstand der vorliegenden Betrachtung soll nur der zweite Fall eines im Voraus zeitlich begrenzten, beschäftigungsbedingten Ortswechsels eines Arbeitnehmers von einem Mitgliedsstaat in den anderen auf Weisung des Arbeitgebers sein, also Fälle

¹ Europäischer Gerichtshof (EuGH) vom 18.12.2007, Rs. C-341/05 (Laval un Partners Ltd/Svenska Byggnadsarbetareförbundet), Slg. 2007 I-11767.

² EuGH vom 11.12.2007, Rs. C-438/05 (International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union/Viking Line ABP und OÜ Viking Line Eesti), Slg. 2007 I-10779.

³ Typischer Anwendungsfall der Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 45 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) (ehemals Art. 39 EGV), Thüsing/Thüsing, AEntG Kommentar, Vor § 1 Rn. 1.

⁴ Thüsing/Thüsing, AEntG Kommentar, Vor §1 Rn. 1.

der Entsendung.⁵ Diese unterfallen seit einer Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 1990 („Rush Portuguesa“)⁶ nicht der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Zwar erbringen auch entsandte Arbeitnehmer ihre Leistungen im Ausland, sie genießen nach Ansicht des EuGH aber deshalb nicht die Arbeitnehmerfreizügigkeit – und damit einen entsprechenden Diskriminierungsschutz –, weil sie nicht am Arbeitsmarkt des Gastlandes in Erscheinung treten. Vielmehr unterfallen Entsendefälle allein der Dienstleistungsfreiheit der entsendenden Arbeitgeber.

Untersuchungsgegenstand ist das Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer, die sich an einem Streik im inländischen Betrieb beteiligen. Zur Verdeutlichung soll folgendes Beispiel dienen: Eine deutsche Gewerkschaft ruft zu einem Streik in einem Betrieb in Deutschland auf, um einen deutschen Tarifvertrag zu erkämpfen. Die deutschen Arbeitnehmer des deutschen Betriebs streiken und die entsandten ausländischen Arbeitnehmer schließen sich ihnen an. Faktisch handelt es sich daher also um ein einheitliches Kampfgeschehen im deutschen Betrieb.

Ein Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer kann sich aus verschiedenen – nationalen und internationalen – Rechtsquellen ergeben. In Betracht kommt zunächst ein Streikrecht aus nationalem Recht, wobei sich in Entsendefällen typischerweise die Frage nach dem anzuwendenden Recht stellt. Ob sich ausländische entsandte Arbeitnehmer rechtmäßig an einem Arbeitskampf beteiligen dürfen, hängt davon ab, aus welcher Rechtsordnung – der des Herkunftsstaates oder der des Staates, in dem die Arbeit geleistet wird – sich die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen eines Streiks ergeben. Dies bemisst sich nach den Regelungen des Internationalen Privatrechts.⁷ Daneben ist aber auch denkbar, dass ein Streikrecht der ausländischen Arbeitnehmer aus internationalem Recht besteht. Insofern sind völkerrechtliche und europarechtliche Regelungen zu untersuchen. Hier kommen etwa die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, die ILO-Übereinkommen Nr. 87 und 98, die Europäische Menschenrechtskonvention, die Europäische Sozialcharta, der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, die Charta der Grundrechte der Europäischen Union sowie europäische Richtlinien und Verordnungen in Betracht. Die Betrachtung der völker- und europarechtlichen Quellen bietet die Möglichkeit, eine über das jeweilige nationale Recht hinausgehende Antwort auf die Frage zu finden, ob ausländischen Entsandten ein Streikrecht im inländischen Betrieb zusteht. Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt daher im Folgenden auf den völker- und europarechtlichen Aspekten der Thematik.

⁵ Vgl. Definition in Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. L 18 vom 21.1.1997, S. 1 (Entsende-Richtlinie); Müller, *Die Entsendung von Arbeitnehmern in der EU*, S. 75; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 22.

⁶ EuGH vom 27.03.1990, Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa), Slg. 1990 I-1417.

⁷ Für das Arbeitsrecht seit Ende 2009 nunmehr geregelt in der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. L 177 vom 4.7.2008, S. 6 und Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), ABl. L 199 vom 31.7.2007, S. 40.

2. Streikrecht aus nationalem (deutschem) Recht

Vorab soll überblicksartig die deutsche Antwort auf die Frage nach einem nationalen Streikrecht ausländischer Entsandter gegeben werden. Dafür ist zunächst erforderlich, dass das deutsche Arbeitskampfrecht Anwendung findet. Erst dann ist zu fragen, ob das deutsche Recht ein Streikrecht ausländischer entsandter Arbeitnehmer im inländischen Betrieb vorsieht. Zuletzt soll kurz gezeigt werden, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Streik in Deutschland rechtmäßig ist.

2.1. Festlegung des anzuwendenden Rechts

In Entsendungsfällen stellt sich immer die Frage nach dem anwendbaren Recht: Das sog. Arbeitskampfstatut ist die Rechtsordnung, die auf die Rechtsbeziehung zwischen zwei Parteien innerhalb eines transnationalen Arbeitskampfes anwendbar ist.⁸

Zwar findet der Streik im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses statt, so dass an die kollisionsrechtlichen Regelungen der Rom I-VO zu denken wäre. Das neue vereinheitlichte Kollisionsrecht kombiniert den Grundsatz der Rechtswahlfreiheit mit dem Schutz der Rechtsordnung des Arbeitsortes.⁹ Art. 8 Rom I-VO ist aber auf das kollektive Arbeitsrecht – also Betriebsverfassungsrecht, Tarifrecht und Arbeitskampfrecht – nicht anwendbar.¹⁰ Auch die Neuregelungen der Rom II-VO greifen nicht, denn diese regelt für das Arbeitskampfrecht unionseinheitlich nur die Haftungsfolgen aus Kampfmaßnahmen, also Schadensersatzansprüche.¹¹ Die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen eines Arbeitskampfes und die Frage, ob er von kampfbefugten Beteiligten geführt wird, sind im Internationalen Privatrecht hingegen nicht angesprochen.¹²

Das Arbeitskampfstatut als solches bleibt daher unregelt und unvereinheitlicht und ist außerhalb des deliktischen Zusammenhangs auch künftig nach den etablierten Regelungen der autonomen mitgliedstaatlichen Kollisionsrechte zu ermitteln.¹³ Im Falle eines Arbeitskampfes sind verschiedene Anknüpfungspunkte denkbar: der Arbeitsvertrag, der Tarifvertrag, der Deliktort oder der Ort, an dem der Arbeitskampf stattfindet.¹⁴ Maßgeblich ist, wozu der zu beurteilende Sachver-

⁸ So Hergenröder in *AR-Blattei SD*, Nr. 170.8 Rn. 31; siehe auch: Junker, *Internationales Arbeitsrecht im Konzern*, S. 472; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 31.

⁹ Ausführlich *ErfK/Schlachter*, Rom I, Art. 9 Rn. 2.

¹⁰ *ErfK/Schlachter*, Rom I, Art. 9 Rn. 3, 26; zum Vorgänger, Art. 30 EGBGB, siehe Birk, *Die Bedeutung der Parteiautonomie im internationalen Arbeitsrecht*, *RdA* 1989, 201; Eichenhofer, *Sozialrechtliche Folgen ausländischer Arbeitskämpfe*, *NZA-Beilage* 2006, 67, 69; Schlachter, *Grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse*, *NZA* 2000, 57, 63.

¹¹ *MüKo BGB/Junker*, VO (EG) 864/2007, Art. 9 Rn. 20; Knöfel, *Internationales Arbeitskampfrecht nach der Rom II-Verordnung*, *EuZA* 1/2008, 228, 234f.; *ErfK/Schlachter*, Rom I, Art. 9 Rn. 26, Rom II, Art. 9 Rn. 1.

¹² *ErfK/Schlachter*, Rom II, Art. 9 Rn. 1.

¹³ *MüKo BGB/Junker*, VO (EG) 864/2007, Art. 9 Rn. 20; Knöfel, *Internationales Arbeitskampfrecht nach der Rom II-Verordnung*, *EuZA* 1/2008, 228, 234f.

¹⁴ Ausführlich bei Hergenröder in *AR-Blattei SD*, Nr. 170.8 Rn. 32 ff.; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 30.

halt – hier das Streikrecht – die engste Verbindung hat.¹⁵ Im Falle eines Streiks ist das nach herrschender Ansicht der Arbeitskämpfe,¹⁶ denn die Arbeitsniederlegung als wichtigste Form des Arbeitskampfes ist typischerweise in eine konstante Arbeitsumwelt eingebettet, hinter der die Staatsangehörigkeit der Parteien oder deren Wohnsitz zurücktreten¹⁷. Das gilt auch für (grenzüberschreitende) Unterstützungsarbeitskämpfe.¹⁸

2.2. Streikrecht aus deutschem Recht

Bemisst sich also das Recht zur Teilnahme am Streik nach deutschem Arbeitskampfrecht, so ist in der Folge zu prüfen, ob dem ausländischen Entsandten ein Streikrecht nach deutschem Recht zusteht. Dies ist mit Blick auf Art. 9 Abs. 3 GG zu bejahen, denn es handelt sich bei der individuellen Koalitionsfreiheit um ein sog. Menschengrundrecht („jedermann“), das keine Anforderungen an die Nationalität des Grundrechtsträgers stellt und damit auch Ausländern zusteht.¹⁹ Der persönliche Schutzbereich ist mithin eröffnet. Sachlich ist darüber hinaus die Gestaltung inländischer (deutscher) Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen erforderlich,²⁰ Art. 9 Abs. 3 GG, und räumlich, dass der Streik in einem deutschen Betrieb stattfindet.²¹ Beides wird hier für die vorliegende Frage – Streikrecht eines ausländischen Entsandten bei Teilnahme an einem deutschen (inländischen) Streik in einem deutschen (inländischen) Betrieb – unterstellt.

Die Teilnahme an einem Streik in einem deutschen Betrieb ist dann rechtmäßig, wenn sie den deutschen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen²² genügt. Nach herrschender Ansicht muss der teilnehmende Arbeitnehmer jedenfalls kein Mitglied der streikführenden Gewerkschaft sein.²³ Differenziert werden muss im Weiteren aber, welches Interesse die ausländischen Entsandten am Ausgang des Streiks haben.²⁴

¹⁵ Junker, *Internationales Arbeitsrecht im Konzern*, S. 479; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 30.

¹⁶ Herrschende Ansicht: Hergenröder, in: *Festschrift für Rolf Birk*, S. 205 ff. m.w.N.; Junker, *Internationales Arbeitsrecht im Konzern*, S. 484 f.; *ErfK/Schlachter*, Rom II, Art. 9 Rn. 1.

¹⁷ Junker, *Internationales Arbeitsrecht im Konzern*, S. 480 f.

¹⁸ Junker, *Internationales Arbeitsrecht im Konzern*, S. 487 f.

¹⁹ Maunz/Dürig/Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, Art. 9 GG Rn. 175; Kissel, *Arbeitskampfrecht*, S. 39 Rn. 34; BeckOK/Cornils, GG, Art. 9 Rn. 42; *MünchHdb ArbR/Löwisch/Rieble*, GG, Art. 9 Rn. 43.

²⁰ Zur Tarifbezogenheit des Arbeitskampfes siehe *ErfK/Schmidt*, GG, Art. 9 Rn. 72., 114.

²¹ Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 54.

²² Also insbesondere Tariffähigkeit, Tarifzuständigkeit, Streikbeschluss der Gewerkschaft, Tarifbezogenheit des Streiks, Ablauf der Friedenspflicht, Kampfparität, faire Kampfführung, Verhältnismäßigkeit, ausführlich bei *MünchHdb ArbR/Ricken*, § 200 Rn. 1 ff.; Gamillscheg, *Kollektives Arbeitsrecht* Bd. 1, S. 992 ff.; Kissel, *Arbeitskampfrecht*, S. 200 ff. und 549 ff.

²³ *MünchHdb ArbR/Ricken*, § 200 Rn. 17; Hromadka/Maschmann, *Arbeitsrecht* Band 2, § 14 Rn. 40; Gamillscheg, *Kollektives Arbeitsrecht* Bd. 1, S. 994 f.; Jedenfalls, solange die Außenseiter faktisch vom Kampfergebnis profitieren, vgl. Otto, *Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht*, S. 73 Rn. 43. A.A. Lembke, *Die Arbeitskampfbeteiligung von Außenseitern*, S. 57 ff., 81 f. m.w.N.; ablehnend für den Sonderfall der Spartenarbeitskämpfe Wietfeld, *Die rechtliche Stellung von Arbeitnehraußenseitern im Spartenarbeitskampf*, S. 179.

²⁴ Ausführlich dazu Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 62, 93.

Haben die entsandten ausländischen Arbeitnehmer ein eigenes – unmittelbares oder mittelbares – Interesse am Ausgang des Streiks, so handelt es sich um die (stets zulässige) Teilnahme am (Haupt-) Arbeitskampf.

Unmittelbares Interesse am Ausgang des Arbeitskampfes haben die entsandten Ausländer, wenn die Regelungen des deutschen Tarifvertrages ausdrücklich auch die Arbeitsverhältnisse entsandter ausländischer Arbeitnehmer betreffen.²⁵ Die Erfassung ausländischer entsandter Arbeitnehmer vom deutschen Tarifvertrag – und damit die Auferlegung von Kosten gegenüber dem ausländischen Arbeitgeber (Dienstleistungsanbieter) – ist spätestens mit Blick auf die Laval-Entscheidung²⁶ des EuGH nicht unproblematisch.²⁷ In „Laval“ behandelt der EuGH die Frage der Einbeziehung vorübergehend entsandter Arbeitnehmer in ein Tarifvertragssystem des Staates, in den die Arbeitnehmer entsandt sind, allein als Problem der Sicherung von Mindestarbeitsbedingungen.²⁸ Vor dem Hintergrund der von der Entsenderichtlinie gewährten Schutzmöglichkeiten seien kollektive Maßnahmen unzulässig, bei deren Beginn die Mindestarbeitsbedingungen noch nicht feststehen. Danach wären Tarifverhandlungen hinsichtlich vorübergehend entsandter Arbeitnehmer unmöglich.²⁹ Auch das Bundesarbeitsgericht (BAG) geht davon aus, dass deutsche Tarifvertragsparteien keine Regelungsmacht über Arbeitsverhältnisse haben, die nicht dem deutschen Recht unterliegen, und dass auf Arbeitsverhältnisse vorübergehend im Ausland beschäftigter Arbeitnehmer grundsätzlich das Recht des Entsendestaates anzuwenden ist.³⁰ Die Frage nach der Zulässigkeit der Einbeziehung vorübergehend entsandter ausländischer Arbeitnehmer in das nationale Tarifvertragssystem ist in Rechtsprechung und Literatur noch nicht abschließend geklärt. Anders als in der Laval-Entscheidung geht es vorliegend aber nicht um kollektive Arbeitskampfmaßnahmen gegen ein – in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges und Arbeitnehmer im Rahmen einer länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen entsendendes – Unternehmen, das bereits an einen Tarifvertrag gebunden ist, sondern hier nur um die Frage, ob ausländische entsandte Arbeitnehmer von einem deutschen Tarifvertrag erfasst werden dürfen. Dieser Tarifvertragsschluss als solches dürfte weniger problematisch sein: ohne ihr Einverständnis kann ein deutscher Tarifvertrag die ausländischen Arbeitgeber/Dienstleistungsanbieter gar nicht binden, so dass kein Eingriff vorliegt. Etwas anderes gilt für den Streik, der

²⁵ Nach dem BAG ist es zulässig, dass deutsche Tarifvertragsparteien Regelungen vorsehen, die die Arbeitsverhältnisse entsandter (inländischer!) Arbeitnehmer betreffen, BAG vom 11.09.1991, Az. 4 AZR 71/91AP Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht Nr. 29 unter II 2 b, BAG NZA 1992, 321, 322. Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 62; Gerauer/Holtermann/Roßmayer, *Auslandseinsatz von Arbeitnehmern*, S. 34 Rn. 30.

²⁶ EuGH vom 18.12.2007, Rs. C-341/05 (Laval), Slg. 2007 I-11767.

²⁷ Siehe auch Zwanziger, *Nationale Koalitionsfreiheit vs. Europäische Grundfreiheiten – aus deutscher Sicht*, *RdA-Beil.* 2009, 10, 21.

²⁸ Zwanziger, *Nationale Koalitionsfreiheit vs. Europäische Grundfreiheiten – aus deutscher Sicht*, *RdA-Beil.* 2009, 10, 20 f.

²⁹ Zwanziger, *Nationale Koalitionsfreiheit vs. Europäische Grundfreiheiten – aus deutscher Sicht*, *RdA-Beil.* 2009, 10, 20 f.; EuGH vom 18.12.2007, Rs C-341/05 (Laval), Slg. 2007 I-11767, AP EG Art. 49 Nr. 15, Rn. 57 ff.

³⁰ BAG vom 09.07.2003, Az. 10 AZR 593/02, AP Nr. 261 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; Zwanziger, *Nationale Koalitionsfreiheit vs. Europäische Grundfreiheiten – aus deutscher Sicht*, *RdA-Beil.* 2009, 10, 21.

um einen solchen (entsandte Ausländer erfassenden) Tarifvertrag geführt würde – eine klassische Laval-Situation.

Ein nur mittelbares Interesse am Ausgang des Arbeitskampfes haben die Ausländer, wenn ihnen das Ergebnis des Streiks zumindest faktisch zukommt. Das ist der Fall, wenn die Entsandten unter den Arbeitsbedingungen arbeiten, die der Tarifvertrag im deutschen Betrieb schafft, oder wenn sich ihr eigener ausländischer Arbeitgeber am deutschen Tarifvertrag orientiert – sei es über die §§ 3 bzw. 7 AEntG oder nur auf Druck des deutschen Arbeitgebers.³¹

Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass die ausländischen entsandten Arbeitnehmer kein eigenes Interesse am Ausgang des Arbeitskampfes haben. Hierbei handelt es sich um einen sog. Unterstützungsstreik³², denn die ausländischen entsandten Arbeitnehmer unterstützen durch eigene Streikmaßnahmen den (Haupt-) Streik anderer Arbeitnehmer (der Inländer).³³

Nach neuerer Rechtsprechung des BAG ist ein Unterstützungsstreik grundsätzlich zulässig.³⁴ Das BAG hat dazu ausgeführt, dass eine Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts dahin, dass Unterstützungsstreiks grundsätzlich unangemessen und deshalb rechtswidrig sind, eine verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigte Beschränkung der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Betätigungsfreiheit der Koalitionen darstellen würde und darüberhinaus nicht mit der Garantie des Streikrechts in Teil II Art. 6 Nr. 4 ESC vereinbar wäre.³⁵

Der Unterstützungsstreik muss aber bestimmte Voraussetzungen erfüllen: Durchführung eines rechtmäßigen Hauptarbeitskampfes, im Verhältnis zum Umfang des Hauptarbeitskampfes angemessene Dauer und Intensität des Unterstützungsstreiks, Schwerpunkt des gesamten Arbeitskampfes liegt beim Hauptarbeitskampf.³⁶ Zudem ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Weil der Unterstützungsarbeitskampf regelmäßig in verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen des Kampfgegners und Dritter eingreift, muss er verhältnismäßig sein, d.h. das Kampfmittel (Unterstützungsstreik) muss zur Erreichung des Kampfziels (des Hauptstreiks) geeignet, erforderlich und angemessen sein.³⁷ Ziel des Streiks ausländischer entsandter Arbeitnehmer im inländischen Betrieb, die kein eigenes Interesse am Ausgang des Hauptarbeitskampfes haben, ist, wie erörtert, die Unterstützung des Hauptarbeits-

³¹ Zum alten AEntG Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 65.

³² Man spricht z.T. auch vom Solidaritäts- oder Sympathiestreik.

³³ Zur Definition: Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen, *Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht Basiskommentar*, AKR-Streik, Rn. 87; MünchHdb ARBR/Ricken, § 194 Rn. 4.

³⁴ BAG vom 19.06.2007, Az. 1 AZR 396/06, AP GG Arbeitskampf Nr. 173, NZA 2007, 1055; Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen, *Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht Basiskommentar*, AKR-Streik, Rn. 91 ff.; zustimmend: ErfK/Dieterich, GG, Art. 9 Rn. 121 f.; kritisch: Hohenstatt/Schramm, Erneute Erweiterung des Kampfsensals: Zulässigkeit von Unterstützungsstreiks, NZA 2007, 1034; Wank, Aktuelle Probleme des Arbeitskampfrechts, RdA 2009, 1, 3 f.

³⁵ BAG vom 19.06.2007, Az. 1 AZR 396/06, Rn. 40, AP GG Arbeitskampf Nr. 173 Rn. 33 ff., NZA 2007, 1055; Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen, *Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht Basiskommentar*, AKR-Streik, Rn. 91.

³⁶ Ausführlich und mit Beispielfällen: Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen, *Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht Basiskommentar*, AKR-Streik, Rn. 91b.

³⁷ Ausführlich BAG vom 19.06.2007, Az. 1 AZR 396/06, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 173 Rn. 25 ff.; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 81 ff.

kampfs der inländischen Arbeitnehmer. Wenn dieser wegen des Abschlusses eines Tarifvertrags geführt wird, dient der Unterstützungstreik zumindest mittelbar der Durchsetzung tariflich regelbarer Ziele und verfolgt damit ein legitimes Ziel. Der Unterstützungstreik der entsandten ausländischen Arbeitnehmer ist regelmäßig zur Erreichung des Kampfziels des Hauptstreiks nicht offenkundig ungeeignet.³⁸ Die Annahme, der Unterstützungstreik könne die Erreichung der im Hauptarbeitskampf verfolgten Ziele fördern, wird sich regelmäßig im Rahmen der Einschätzungsprärogative halten. Grund dafür ist, dass es sich im Falle eines Unterstützungstreiks durch ausländische Entsandte im inländischen Betrieb des Hauptarbeitskampfes um ein einheitliches Streikgeschehen handelt und so leicht Druck auf den sozialen Gegenspieler des Hauptarbeitskampfes ausgeübt wird.³⁹ Den streikenden Arbeitnehmern darf zudem kein milderes Mittel zur Erreichung des angestrebten Arbeitskampfziels zur Verfügung stehen. Diesbezüglich steht der streikenden Gewerkschaft aber ein Einschätzungsspielraum zu.⁴⁰ Der Unterstützungstreik wird also nur dann unzulässig sein, wenn er rechtsmissbräuchlich ist,⁴¹ es des Unterstützungstreiks also offensichtlich nicht bedarf, um das Streikziel zu erreichen. Streiken entsandte Arbeitnehmer ohne eigenes Interesse am Ausgang des Hauptarbeitskampfes im inländischen Betrieb, um die inländischen Arbeitnehmer zu unterstützen, so liegt die Annahme, dass die Arbeitsniederlegung durch die entsandten Ausländer ein in der konkreten Arbeitskampsituation erforderliches Arbeitskämpfungsmittel darstellt, innerhalb der Einschätzungsprärogative der Gewerkschaften. Eine gerichtliche Prüfung, ob vor dem Ausrufen eines Unterstützungstreiks der Hauptarbeitskampf hätte ausgeweitet oder intensiviert werden müssen, findet nicht statt.⁴² Schließlich muss der Unterstützungstreik angemessen sein, darf also nicht außer Verhältnis zu dem Ziel des Hauptarbeitskampfes stehen. Der Unterstützungstreik kann wegen Art. 9 Abs. 3 GG jedenfalls nicht als grundsätzlich unangemessen angesehen werden.⁴³ Wesen einer Arbeitskämpfmaßnahme ist gerade, durch Zufügung wirtschaftlicher Nachteile Druck zur Erreichung eines legitimen Ziels auszuüben. Unverhältnismäßig ist ein Arbeitskämpfungsmittel daher erst, wenn es sich auch unter Berücksichtigung dieses Zusammenhangs als unangemessene Beeinträchtigung gegenläufiger, ebenfalls verfassungsrechtlich geschützter Rechtspositionen darstellt.⁴⁴ Im Rahmen der notwendigen rechtlichen Abwägung sind die verfassungsrechtlich geschützten Rechtspositionen des Streikgegners und von Dritten (z.B. ungestörte Ausübung des Gewerbebetriebs seitens der ausländischen und des inländischen Arbeitgebers) zu beachten. Im Einzelnen sind weiter folgende Kriterien relevant: Ausmaß des Unterstützungstreiks, Nähe zwischen den Arbeitskämpfen, Neutralitätspflicht des bestreikten Arbeitgebers, Intensität der wirtschaftlichen Verflechtung zwischen dem mit dem Unterstützungstreik überzogenen

³⁸ Definition der Geeignetheit siehe BAG vom 19.06.2007, Az. 1 AZR 396/06, AP GG Art. 9 Arbeitskämpfung Nr. 173 Rn. 26.

³⁹ Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 82 f.

⁴⁰ BAG vom 19.06.2007, Az. 1 AZR 396/06, AP GG Art. 9 Arbeitskämpfung Nr. 173 Rn. 27, 33, 36.

⁴¹ BAG vom 19.06.2007, Az. 1 AZR 396/06, AP GG Art. 9 Arbeitskämpfung Nr. 173 Rn. 27.

⁴² BAG vom 19.06.2007, Az. 1 AZR 396/06, AP GG Art. 9 Arbeitskämpfung Nr. 173 Rn. 36, 55.

⁴³ BAG vom 19.06.2007, Az. 1 AZR 396/06, AP GG Art. 9 Arbeitskämpfung Nr. 173 Rn. 39 ff.

⁴⁴ BAG vom 19.06.2007, Az. 1 AZR 396/06, AP GG Art. 9 Arbeitskämpfung Nr. 173 Rn. 28.

Arbeitgeber und dem Adressaten des Hauptarbeitskampfs, Einflussmöglichkeiten auf den sozialen Gegenspieler.⁴⁵ Das Ergebnis der Abwägung wird vom ganz konkreten Einzelfall abhängen und kann hier daher nicht geprüft werden.

3. Streikrecht aus internationalen Regelungen

Unabhängig von der nationalen Rechtslage – und damit für den vorliegenden Beitrag von größerer Relevanz – könnte den ausländischen entsandten Arbeitnehmern ein Streikrecht im inländischen Betrieb auch aus internationalem Recht zustehen. Für Arbeitnehmer aus den EU-Mitgliedsstaaten kommen darüber hinaus europarechtliche Regelungen in Betracht. Dabei ist jeweils zu prüfen, ob die internationalen Regelungen ein Streikrecht enthalten und ob dieses auch im jeweiligen nationalen Recht unmittelbar anwendbar ist. Vorliegend wird dabei immer auf die Wirksamkeit der internationalen Regelungen in Deutschland eingegangen.

3.1. Streikrecht aus völkerrechtlichen Regelungen

Verschiedene völkerrechtliche Normen enthalten Regelungen zum Streikrecht. Diese werden im Folgenden chronologisch dargestellt.

a) Art. 23 Abs. 4 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (1948)

Art. 23 Abs. 4 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte⁴⁶ (AEMR) lautet „Jeder hat das Recht, zum Schutze seiner Interessen Gewerkschaften zu bilden und solchen beizutreten“. Ob die hier erklärte Koalitionsfreiheit auch ein Streikrecht enthält, ist fraglich.⁴⁷ Zwar ist der Arbeitskampf ein Hilfsmittel der Tarifautonomie und dient damit der Betätigungsfreiheit der Koalitionen, bei Verabschiedung der Erklärung im Jahr 1948 waren jedoch auch (ehemals) sozialistische Staaten beteiligt, die ein Streikrecht ausdrücklich nicht anerkannten bzw. nicht für erforderlich hielten.⁴⁸ Der Streit kann aber dahinstehen, denn die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte ist völkerrechtlich ohnehin nicht verbindlich.⁴⁹ Es handelt sich vielmehr bloß um eine Empfehlung, wenn auch mit politisch-moralischem Gewicht.⁵⁰

⁴⁵ BAG vom 19.06.2007, Az. 1 AZR 396/06, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 173 Rn. 43 ff.; siehe auch Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 86 ff.

⁴⁶ Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 10.12.1948 GAOR III Resolutions UN-Doc A7810, S 71; Resolution 217 A (III), A/RES/217.

⁴⁷ Ablehnend MüHdb ArbR/Ricken, § 197 Rn. 24; Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen (UN-AMR) vom 18.07.1986, Mitteilung Nr. 118/1982, Ziffer 6.3 und 6.4, NJW 1987, 3065.

⁴⁸ Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 106 m.w.N.

⁴⁹ Bausback, 50 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte – Politisches Dokument mit rechtsgestaltender Wirkung?, *Bayerische Verwaltungsblätter (BayVBl)*, 1999, S. 705 ff.; Maunz/Dürig/Durner, Grundgesetz Kommentar, Art. 10 GG Rn.28; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 106.

⁵⁰ Eide/Alfredsson/Melander/Rehof/Rosas/Eide/Alfredsson, *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, S. 5 ff.

b) *Abkommen Nr. 87 und Nr. 98 der Internationalen Arbeitsorganisation (1948/49)*

Ein Streikrecht ausländischer entsandter Arbeitnehmer könnten aber die völkerrechtlichen Abkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) zur Vereinigungsfreiheit, Übereinkommen Nr. 87 und Nr. 98⁵¹, enthalten.

Die Frage, ob Übereinkommen Nr. 87 ein Streikrecht enthält, wird unterschiedlich beantwortet.⁵² Gegen ein solches Streikrecht wird vor allem der Wortlaut von Art. 8 Nr. 1 IAO-Übereinkommen Nr. 87 vorgebracht. Danach haben sich Arbeitnehmer, Arbeitgeber und ihre Organisationen „bei Ausübung der ihnen durch dieses Übereinkommen zuerkannten Rechte an die Gesetze zu halten“. Demnach bilde das jeweilige innerstaatliche Recht die Grenze der Betätigungsfreiheit der Koalitionen und es würden nur solche Rechte gewährt, die auch schon die nationale Rechtsordnung enthält.⁵³ Für ein Streikrecht spricht aber, dass Art. 9 Nr. 1 Übereinkommen Nr. 87 es dem nationalen Gesetzgeber überlässt, ob die Rechte aus dem Übereinkommen Nr. 87 auch für Heer und Polizei gelten. Eine solche Norm wäre überflüssig, wenn die innerstaatliche Rechtsordnung ohnehin die Rechte aus der Nr. 87 beschränken könnte.⁵⁴ Daneben ist das Streikrecht notwendiges Hilfsmittel, um die gewerkschaftlichen Rechte der IAO-Übereinkommen zur Vereinigungsfreiheit wirksam ausüben zu können.⁵⁵ Zudem soll das Übereinkommen Nr. 87 die Koalitionsfreiheit in all ihren Erscheinungsformen schützen.⁵⁶ Dass ein Streikrecht auch für ausländische Arbeitnehmer besteht, ergibt sich daraus, dass Art. 5 des Übereinkommens, wonach auch internationale Organisationen geschützt und so auch internationale Sachverhalte erfasst werden.⁵⁷ Schließlich ist auch der Unterstützungstreik nach dem IAO-Übereinkommen zulässig, denn Art. 10 genügt es, wenn eine Gewerkschaft mit einer kollektiven Maßnahme ganz allgemein „die Interessen der Arbeitnehmer“ fördern will.

Auch das IAO-Übereinkommen Nr. 98 enthält ein Streikrecht. Zwar verpflichtet Art. 4 des IAO-Übereinkommens Nr. 98 die Vertragsstaaten, Maßnahmen zu treffen, um die „Entwicklung und Anwendung von Verfahren zu fördern“, durch die Koalitionspartner freiwillig Tarifverhandlungen führen können. Aus dieser Förderungspflicht könnte man

⁵¹ Übereinkommen Nr. 87 (Übereinkommen über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes) vom 09.07.1948, BGBl. II 1956, S. 2072 ff.; Übereinkommen Nr. 98 (Übereinkommen über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen) vom 01.07.1949, BGBl. II 1955, S. 1122. In Deutschland in Kraft seit dem 09.07.1948 (Nr. 87) bzw. 08.06.1957 (Nr. 98). Abrufbar unter: <http://www.ilo.org/ilolex/german/docs/convdisp1.htm> (Stand: 12.11.2010).

⁵² Ausführlich: Schneider, *Die Vereinbarkeit des deutschen Arbeitskampfrechts mit den Übereinkommen Nr. 87 und 98 der Internationalen Arbeitsorganisation*, S. 35 ff.

⁵³ Gitter, *Probleme des Arbeitskampfes in supranationaler, internationaler und international-privatrechtlicher Sicht*, ZfA 1971, 127, 133. Kissel, *Arbeitskampfrecht*, § 20 Rn. 46, § 24 Rn. 7.

⁵⁴ Schneider, *Die Vereinbarkeit des deutschen Arbeitskampfrechts mit den Übereinkommen Nr. 87 und 98 der Internationalen Arbeitsorganisation*, S. 91.

⁵⁵ Hergenröder, *Der Arbeitskampf mit Außenberührung*, S: 88 f.; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 125.

⁵⁶ Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 126; Schneider, *Die Vereinbarkeit des deutschen Arbeitskampfrechts mit den Übereinkommen Nr. 87 und 98 der Internationalen Arbeitsorganisation*, S. 42 f.

⁵⁷ Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 126.

schließen, dass die geeigneten Verfahren erst in Zukunft geschaffen werden müssen.⁵⁸ Dagegen spricht aber, dass es Tarifverhandlungen und Arbeitskämpfe lange vor dem IAO-Übereinkommen Nr. 98 gab, was den Vertragsstaaten auch bewusst war.⁵⁹ Zudem gilt das zu Nr. 87 Gesagte: die Arbeitnehmer benötigen den Streik als wirksames Mittel, um überhaupt freie Tarifverhandlungen führen zu können.⁶⁰ Beide Abkommen gewährleisten also zumindest aus dem Sinnzusammenhang ein Streikrecht für ausländische entsandte Arbeitnehmer.

Deutschland hat die IAO-Übereinkommen ratifiziert und durch ein Transformationsgesetz gem. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG in den Rang eines einfachen Bundesgesetzes erhoben.⁶¹ Verschiedene Regelungen der IAO-Übereinkommen⁶² verpflichten die Vertragsstaaten zum Tätigwerden, unmittelbare Individualrechte für die Bürger entstehen daher erst, wenn der jeweilige nationale Gesetzgeber tätig geworden ist.⁶³ Die nationalen (Arbeits-) Gerichte sind aber verpflichtet, die IAO-Übereinkommen zu beachten, wenn sie Gesetze auslegen oder gesetzvertretendes Richterrecht schaffen.⁶⁴

c) Europäische Menschenrechtskonvention (1950)

Ein Streikrecht könnte sich aber aus der Europäischen Menschenrechtskonvention⁶⁵ (EMRK) ergeben. Die EMRK enthält einen Katalog von Grundrechten und Menschenrechten, über ihre Umsetzung wacht der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg, vgl. Art. 19 EMRK. Einschlägig könnte vorliegend Art. 11 Abs. 1 Var. 2 EMRK sein. Danach hat „jedermann das Recht [...], zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten“. Damit erwähnt die EMRK das Streikrecht nicht ausdrücklich, so dass teilweise angenommen wird, die EMRK enthalte kein Recht zum Streik.⁶⁶ Dem ist aber entgegenzuhalten, dass die in Art. 11 Abs. 1 EMRK enthaltene Formulierung „zum Schutz seiner Interessen“ zeigt, „dass die [EMRK] die Freiheit schützt, die beruflichen Interessen der Mitglieder einer Gewerk-

⁵⁸ Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 127.

⁵⁹ Schneider, *Die Vereinbarkeit des deutschen Arbeitskampfrechts mit den Übereinkommen Nr. 87 und 98 der Internationalen Arbeitsorganisation*, S. 117.

⁶⁰ Schneider, *Die Vereinbarkeit des deutschen Arbeitskampfrechts mit den Übereinkommen Nr. 87 und 98 der Internationalen Arbeitsorganisation*, S. 121.

⁶¹ IAO-Übereinkommen Nr. 87 vom 09.07.1948: Deutsche Fassung BGBl. II 1956, S. 2072 ff., Bekanntmachung BGBl. II 1958, S. 113; IAO-Übereinkommen Nr. 98 vom 01.07.1949: Deutsche Fassung BGBl. II 1955, S. 1122, Bekanntmachung BGBl. II 1957, S. 1231.

⁶² Art. 1 des Übereinkommens Nr. 87; Art. 1 Nr. 1, Art. 2 Nr. 1, Art. 3, Art. 5 Nr. 1 des Übereinkommens Nr. 98, siehe Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S.129.

⁶³ Gamillscheg, *Kollektives Arbeitsrecht* Bd. 1, S. 51; Hergenröder, *Der Arbeitskampf mit Außenberührung*, S. 87; Schneider, *Die Vereinbarkeit des deutschen Arbeitskampfrechts mit den Übereinkommen Nr. 87 und 98 der Internationalen Arbeitsorganisation*, S. 94, 143.

⁶⁴ Schneider, *Die Vereinbarkeit des deutschen Arbeitskampfrechts mit den Übereinkommen Nr. 87 und 98 der Internationalen Arbeitsorganisation*, S. 213.

⁶⁵ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in der Fassung des Protokolls Nr. 11, Rom/Rome, 4.XI.1950, abrufbar unter: <http://conventions.coe.int/Treaty/ger/Treaties/Html/005.htm> (Stand: 12.11.2010).

⁶⁶ Junker, *Internationales Arbeitsrecht im Konzern*, S. 347.

schaft durch von dieser durchgeführte kollektive Maßnahmen wahrzunehmen [...]“⁶⁷. Zudem ist zu bedenken, dass der Streik notwendiges Mittel der Arbeitnehmer ist, um ihre Forderungen gegenüber dem Koalitionspartner durchsetzen und damit überhaupt frei verhandeln zu können.⁶⁸ Die EMRK garantiert daher ein Streikrecht.⁶⁹

Das Streikrecht wird aber verschiedentlich begrenzt. Grenzen bilden z.B. die Einschränkungsmöglichkeit des Art. 11 Abs. 2 EMRK⁷⁰ und der Wortlaut des Art. 11 Abs. 1 EMRK. Dieser garantiert kein Streikrecht für jedermann und keine bestimmte Behandlung durch den Staat, so dass bestimmte Beschäftigtengruppen auf eine andere Art der Interessenvertretung verwiesen werden können.⁷¹ Fraglich ist daher, ob auch ein Unterstützungsstreik von Art. 11 Abs. 1 EMRK erfasst wird. Dies ist bisher nicht geklärt, wegen seiner großen Bedeutung für eine demokratische Gesellschaft sollte Art. 11 EMRK aber weit ausgelegt werden.⁷² Es spricht daher Einiges dafür, dass auch ein Unterstützungsstreik (ohne Eigeninteresse der entsandten ausländischen Arbeitnehmer) von der Norm garantiert wird.⁷³

Der persönliche Schutzbereich des Art. 11 Abs.1 Var. 2 EMRK erfasst die Koalitionen selbst und ihre Mitglieder.⁷⁴ Dabei gewährt die EMRK nicht nur deutschen, sondern auch ausländischen Arbeitnehmern in Deutschland ein Streikrecht, denn nach Art.1 EMRK sind die Vertragsstaaten verpflichtet, allen „ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen“ die in Abschnitt I EMRK gewährten Rechte und Freiheiten zu gewähren. Auch ist nach dem Wortlaut „jede Person“ und nicht nur Staatsangehörige eines Unterzeichnerstaates erfasst. Die ausländischen Arbeitnehmer müssen auch nicht Mitglied einer deutschen Gewerkschaft sein.⁷⁵

Die EMRK wirkt in Deutschland nach Transformation in ein Bundesgesetz nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG unmittelbar als einfaches Recht, steht aber im Rang unter der Verfassung.⁷⁶ Im Unterschied zur Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, die eine bloße

⁶⁷ Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) vom 06.02.1976, Az. 5614/72 (Schwedischer Lokomotivführerverband/Schweden), Serie A Vol. 20, 14 f., Nr. 30; *EuGRZ* 1976, 68, 71; Schlussantrag des Generalanwalts Paolo Mengozzi vom 23.05.2007, Rs. C-341/05 (Laval), *Slg.* 2007 S. I-11772 Rn. 71; Gamillscheg, *Kollektives Arbeitsrecht* Bd. 1, S. 956.

⁶⁸ Gitter, Probleme des Arbeitskampfes in supranationaler, internationaler und international-privatrechtlicher Sicht, *ZfA* 1971, 127, 134.

⁶⁹ So auch Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, § 23 Rn. 777; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 1.

⁷⁰ Wovon in Deutschland aber kein Gebrauch gemacht wurde, Gitter, Probleme des Arbeitskampfes in supranationaler, internationaler und international-privatrechtlicher Sicht, *ZfA* 1971, 127, 134; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 132. Zu den Voraussetzungen: Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, § 8 Rn. 7 ff.

⁷¹ Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, § 23 Rn. 77; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 133 mit ausführlichen Nachweisen.

⁷² EGMR vom 20.02.2003, 20652/92 (Djavit An/Türkei), ECHR 2003-III, Rn. 56 f., allerdings bezogen auf die Versammlungsfreiheit; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 132, 135.

⁷³ So Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 135.

⁷⁴ Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, § 23 Rn. 77.

⁷⁵ Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 132.

⁷⁶ EMRK in Deutschland in Kraft seit 03.09.1953, BGBl. II 1954, S. 14, ratifiziert aufgrund des Gesetzes vom 07.08.1952, BGBl. II 1952, S. 685, Berichtigung S. 953. Gamillscheg, *Kollektives Arbeitsrecht* Bd. 1, S.57; Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, § 3 Rn. 6; Kissel, *Arbeitskampfrecht*, § 20 Rn. 37; Mitscherlich, *Das Arbeitskampfrecht der Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Sozialcharta*, S. 56.

Empfehlung darstellt, ist die EMRK in Deutschland unmittelbar anwendbar, mit der Folge, dass sich der einzelne Bürger auf sie berufen kann. Dafür spricht zum einen, dass sich jede natürliche Person, nichtstaatliche Organisation oder Personenvereinigung gemäß Art. 25 EMRK über eine sog. Appellation an die Europäische Kommission für Menschenrechte wenden kann, wenn sie sich durch einen Vertragsstaat in einem Recht aus der EMRK verletzt fühlt. Das setzt gerade voraus, dass ein unmittelbares Recht besteht, auf das man sich gegenüber dem Staat berufen kann.⁷⁷ Zudem wären die Gesetzesvorbehalte in den Art. 5 Abs. 1, 8 Abs. 2, 9 Abs. 2, 10 Abs. 2, 11 Abs. 2 S. 1 und 12 EMRK überflüssig, wenn ohnehin nur der Unterzeichnerstaat gebunden wäre und entscheiden könnte, welche Teile der EMRK er im nationalen Recht anwendbar macht.⁷⁸ Schließlich spricht auch die Entstehungsgeschichte der EMRK für eine unmittelbare Geltung: die EMRK sollte gerade über die schon existierende bloß empfehlende Allgemeine Erklärung der Menschenrechte hinausgehen.⁷⁹

d) Art. 6 Nr. 4 Europäische Sozialcharta (1961)

Die Europäische Sozialcharta⁸⁰ (ESC) ist ein europäischer Vertrag, der die sozialen und wirtschaftlichen Grundrechte schützt und die Europäische Menschenrechtskonvention⁸¹ ergänzt.⁸² Die ESC ist bis dato von 45 Staaten unterzeichnet und in 43 Staaten ratifiziert worden, darunter alle 27 Mitgliedsstaaten der Europäischen Union.⁸³ Artikel 6 ESC beinhaltet das „Recht auf Kollektivverhandlungen“. Art. 6 Nr. 4 ESC lautet: „Um die wirksame Ausübung des Rechts auf Kollektivverhandlungen zu gewährleisten, [...] an[...]erkennen [die Vertragsparteien] 4. das Recht der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber auf kollektive Maßnahmen einschließlich des Streikrechts im Fall von Interessenkonflikten, vorbehaltlich etwaiger Verpflichtungen aus geltenden Gesamtarbeitsverträgen.“ Ob Nr. 4 auch ein Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb enthält, ist fraglich. Dafür müsste die ESC personell auch entsandte ausländische Arbeitnehmer in einem deutschen Betrieb und inhaltlich auch die Form des Unterstützungstreiks erfassen. Schließlich muss die ESC in Deutschland anwendbar sein.

Die entsandten ausländischen Arbeitnehmer fallen in den persönlichen Schutzbereich von Art. 6 Nr. 4 ESC. Der persönliche Geltungsbereich der revidierten Euro-

⁷⁷ Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 137.

⁷⁸ Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 137; BGH vom 10.01.1966, Az. III ZR 212/63, BGHZ 45, 30, 46, 49.

⁷⁹ Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 137 m.w.N.

⁸⁰ Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961, UNTS Bd. 529 S. 89, BGBl. 1964 II S. 1262, zuletzt geändert durch Änderungs-Bekanntmachung zur Europäischen Sozialcharta vom 03.09.2001, BGBl. II S. 970. Für die Bundesrepublik Deutschland durch Gesetz vom 19.09.1964 (BGBl. II S. 1261) sowie die Bekanntmachung vom 09.08.1965 (BGBl. II S. 1122) am 26.02.1965 in Kraft getreten (ausgenommen die Art. 4 Abs. 4, 7 Abs. 1, 8 Abs. 2 und 4, 10 Abs. 4).

⁸¹ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Europarat, SEV-Nr. 005, gezeichnet am 04.11.1950, in Kraft seit 03.09.1953.

⁸² Europarat, *Die Europäische Sozialcharta – Ein Leitfaden*, S. 3; Mitscherlich, *Das Arbeitskampfrecht der Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Sozialcharta*, S. 18 f.; Graf Vitzthum/Hailbronner, *Völkerrecht*, S. 240.

⁸³ Siehe Übersicht des Europarates vom März 2010 unter http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/social-charter/Presentation/Overview_en.asp (Stand: 12.11.2010). In Ungarn erfolgte die Unterzeichnung erst am 07.10.2004, die Ratifizierung am 20.04.2009.

päischen Sozialcharta ist in Punkt 1 des Anhangs zur ESC⁸⁴ geregelt. Danach werden Ausländer von den Artikeln 1 bis 17 und 20 bis 31 nur insoweit erfasst, als sie Staatsangehörige anderer Vertragsparteien sind und ihren rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet der betreffenden Vertragspartei haben oder dort ordnungsgemäß beschäftigt sind.⁸⁵ Die entsandten Arbeitnehmer stammen im Untersuchungsfall aus einem EU-Mitgliedsstaat und damit einem Vertragsstaat der ESC, sie sind folglich Staatsangehörige einer anderen Vertragspartei. Sie haben auch entweder ihren rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet der betreffenden Vertragspartei (Deutschland) oder sind zumindest dort ordnungsgemäß beschäftigt.

Dass Art. 6 Nr. 4 ESC ein Streikrecht für Hauptarbeitskämpfe enthält, ist infolge des eindeutigen Wortlauts unproblematisch.⁸⁶ Fraglich ist aber, ob auch Unterstützungsstreiks erfasst werden. Da die Entstehungsgeschichte der Norm keine Anhaltspunkte liefert,⁸⁷ kommt es insofern auf die übrigen Auslegungsmethoden⁸⁸ an. Gegen ein Recht auf unterstützende Kampfmaßnahmen wird der Wortlaut des Einleitungssatzes von Art. 6 ESC angeführt. Danach besteht das Streikrecht „um die wirksame Ausübung des Rechts auf Kollektivverhandlungen zu gewährleisten“. Weil der Arbeitskampf Hilfsmittel der Tarifautonomie sei, sei der Unterstützungsstreik nicht erfasst.⁸⁹ Die Formulierung kann aber ebenso bedeuten, dass Kollektivverhandlungen irgendwelcher Arbeitnehmer reichen.⁹⁰ Mehr spricht hingegen für eine Erfassung des Unterstützungsstreiks: Systematisch lässt sich anführen, dass das Vereinigungsrecht in Art. 5 ESC auch für internationale Vereinigungen gilt, was zeigt, dass der Schutz der Arbeitnehmerinteressen nicht an der Staatsgrenze enden soll. Für einen wirksamen Schutz bedarf es des Mittels des Arbeitskampfes und die im internationalen Bereich gebräuchlichste Form des Arbeitskampfes ist der Unterstützungsstreik.⁹¹ Daneben sprechen weitere Argumente für einen Unterstützungsstreik: das Recht auf Kollektivverhandlungen gehört zu den Leitprinzipien der ESC, vgl. Teil I Nr. 6 ESC, und der Wortlaut des Art. 6 Nr. 4 ESC ist nicht nur auf tariflich regelbare Ziele beschränkt.⁹² Deshalb ist auch der Unterstützungsstreik durch das Streikrecht in Art. 6 Nr. 4 ESC geregelt.

Welchen Rang Art. 6 Nr. 4 ESC als völkerrechtlicher Vertrag in Deutschland hat,

⁸⁴ UNTS Bd. 529 S. 89.

⁸⁵ Es handelt sich um den für bilaterale Verträge typischen Grundsatz der Gegenseitigkeit, Hobe, *Einführung in das Völkerrecht*, S. 375; Punkt 1 des Anhangs (Persönlicher Geltungsbereich der Revidierten Europäischen Sozialcharta lautet: „Vorbehaltlich des Artikels 12 Nummer 4 und des Artikels 13 Nummer 4 schließt der durch die Artikel 1 bis 17 und 20 bis 31 erfasste Personenkreis Ausländer nur insoweit ein, als sie Staatsangehörige anderer Vertragsparteien sind und ihren rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet der betreffenden Vertragspartei haben oder dort ordnungsgemäß beschäftigt sind, mit der Maßgabe, dass die genannten Artikel im Sinne der Artikel 18 und 19 auszulegen sind. Diese Auslegung hindert eine Vertragspartei nicht, auch anderen Personen entsprechende Rechte zu gewähren.“

⁸⁶ So auch Mitscherlich, *Das Arbeitskampfrecht der Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Sozialcharta*, S. 30; Swiatkowski, *Charter of Social Rights of the Council of Europe*, S. 226.

⁸⁷ Mitscherlich, *Das Arbeitskampfrecht der Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Sozialcharta*, S. 139.

⁸⁸ Zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge: Graf Vitzthum/Graf Vitzthum, *Völkerrecht*, S. 62 ff.

⁸⁹ Nachweise bei Mitscherlich, *Das Arbeitskampfrecht der Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Sozialcharta*, S. 140.

⁹⁰ Mitscherlich, *Das Arbeitskampfrecht der Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Sozialcharta*, S. 140.

⁹¹ Mitscherlich, *Das Arbeitskampfrecht der Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Sozialcharta*, S. 141.

⁹² Europarat, *Die Europäische Sozialcharta – Ein Leitfadens*, S. 138.

ob die Charta also unmittelbar anwendbar ist oder nur eine völkerrechtliche Verpflichtung darstellt, ist unklar.⁹³ Die deutsche obergerichtliche Rechtsprechung geht einstimmig von einer bloß völkerrechtlichen Verpflichtung⁹⁴ aus⁹⁵, was vom Europäischen Ausschuss für Soziale Rechte kritisiert wird.⁹⁶ Dass es sich um eine völkerrechtliche Verpflichtung des Staates handelt, ist in Deutschland aber anerkannt.⁹⁷ Daher wird Art. 6 Nr. 4 ESC in der Praxis in Deutschland von deutschen Gerichten beachtet und das nationale Recht völkerrechtsfreundlich ausgelegt.⁹⁸

e) *Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (1966)*

Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte⁹⁹ (IPwskR) ist ein multilateraler völkerrechtlicher Vertrag vom 16.12.1966.¹⁰⁰ Nach seinem Art. 8 Abs. 1 lit. d verpflichten sich die Vertragsstaaten des IPwskR, das Recht auf Streik zu gewährleisten, sofern es im Einklang mit den Gesetzen des jeweiligen Landes ausgeübt wird. Der IPwskR kann daher nicht mehr Rechte gewähren, als das innerstaatliche Recht: die nationale Rechtsordnung definiert das Streikrecht. Weil nach deutschem Recht sowohl Hauptstreik als auch Unterstützungstreik zulässig sind, besteht auch für die entsandten ausländischen Arbeitnehmer ein Streikrecht im inländischen Betrieb.

Wie der IPwskR in Deutschland wirkt ist umstritten. Die herrschende Ansicht geht davon aus, dass der Pakt die Bundesrepublik als Staat bindet, ohne aber individuelle Rechte zu begründen.¹⁰¹ Die deutschen Gerichte müssen den IPwskR entsprechend

⁹³ Sehr ausführliche Darstellung bei Kohte/Doll, Neues aus Erfurt zur Bedeutung der europäischen Sozialcharta im Arbeitskampfrecht!, ZESAR 2003, 393; Mitscherlich, *Das Arbeitskampfrecht der Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Sozialcharta*, S. 36 ff.; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 107 ff.

⁹⁴ Dem Grundgesetz liegt in Art. 59 GG die dualistische Theorie zugrunde, Graf Vitzthum/Kunig, *Völkerrecht*, S. 129.

⁹⁵ BAG vom 19.06.2007, Az. 1 AZR 396/06, AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; vom 12.09.1984, Az. 1 AZR 342/83, AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁹⁶ Hohnerlein, *Der Internationale Schutz sozialer Grundrechte in Europa*, ZESAR 2003, 17, 24; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 115; European Committee of Social Rights, *Conclusions XIII-2*, S. 360 f. zu Art. 16 ESC, abrufbar unter: <http://hudoc.esc.coe.int/esc2008/query.asp?action=page&page=3×tamp=44480.47> (Stand: 12.11.2010).

⁹⁷ ArbG Gelsenkirchen vom 13.03.1998, Az. 3 Ca 3173/97, EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 130; ErfK/Dieterich, GG, Art. 9 Rn. 105; Gamillscheg, *Kollektives Arbeitsrecht* Bd. 1, S. 51; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 115 m.w.N.

⁹⁸ Das BAG erwähnt die ESC in mehreren Entscheidungen, zieht sie aber in der Regel nur heran, um bereits gefundene Ergebnisse zu stützen, ausführlich; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 117 ff. m.w.N.

⁹⁹ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16.12.1966, Generalversammlung der Vereinten Nationen, General Assembly Resolution 2200 A (XXI), abrufbar unter: <http://www.un-documents.net/a21r2200.htm> (Stand: 12.11.2010).

¹⁰⁰ In Deutschland unterzeichnet am 09.10.1968, Zustimmung im Bundestag am 23.11.1973, BGBl. 1973 II, S. 1569; In Kraft seit dem 03.01.1976. Siehe UN-Angaben zu „Stand der Ratifizierungen, Vorbehalte und Erklärungen“, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en (Stand: 12.11.2010).

¹⁰¹ Gamillscheg, *Kollektives Arbeitsrecht* Bd. 1, S. 51; Hergenröder, *Der Arbeitskampf mit Außenberührung*, S. 86; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 122; Seiter, *Die*

des Gebots der völkerrechtsfreundlichen Auslegung beachten, wenn sie Gesetze auslegen oder gesetzvertretendes Richterrecht schaffen.¹⁰²

f) Zusammenfassung zu den völkerrechtlichen Regelungen

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass ausländischen Entsandten ein Streikrecht aus völkerrechtlichen Regelungen zusteht. Zwar handelt es sich bei Art. 23 Abs. 4 AEMR nur um eine unverbindliche Empfehlung ohne völkerrechtliche Verbindlichkeit, die auch kein Streikrecht im deutschen Betrieb vermitteln kann. Die übrigen untersuchten Regelungen enthalten aber zumindest implizit Regelungen zum Streikrecht, die auch in Deutschland Wirkung zeigen. Neben der Beteiligung an einem Hauptstreik ist insbesondere auch die Teilnahme an einem Unterstützungstreik erfasst: Die IAO-Übereinkommen Nr. 87 und Nr. 98 garantieren das Streikrecht immanent. Grund hierfür ist, dass das Streikrecht notwendig ist, um die gewerkschaftlichen Rechte effektiv ausüben zu können. Art. 11 Abs. 1 Var. 2 EMRK garantiert ein unmittelbar geltendes Streikrecht, das Gewerkschaften die effektive Ausübung ihrer Rechte gewährleisten soll. Art. 6 Nr. 4 ESC ist für Deutschland völkerrechtlich verbindlich und gewährt den entsandten ausländischen Arbeitnehmern ein Streikrecht im deutschen Betrieb. Schließlich gewährt auch der IPwskR ein Streikrecht, das sich allerdings nach der nationalen Rechtsordnung richtet und nicht über letztere hinausgeht.

3.2. Streikrecht aus europarechtlichen Regelungen

Auch das Europarecht könnte ein Streikrecht ausländischer entsandter Arbeitnehmer enthalten. Voraussetzung ist aber jeweils, dass die Europäische Union ein solches überhaupt regeln darf, dass ein Streikrecht materiell enthalten ist und dass die entsprechende Norm im nationalen Staat wirksam ist.

a) Keine Regelungskompetenz der EU bezüglich Streikrecht – relative Regelungssperre

Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelmächtigung¹⁰³ in Art. 5 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2, Art. 4 Abs. 1 Vertrag über die Europäische Union (EUV)¹⁰⁴ darf die Union nur in den Bereichen tätig werden, für die ihr im Vertragstext ausdrücklich die Zuständigkeit übertragen wurde. Nach Art. 13 Abs. 2 EUV handelt jedes Organ nach Maßgabe der ihm in den Verträgen zugewiesenen Befugnisse. Eine solche Kompetenz der EU könnte sich aus Art. 153 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AUEV)¹⁰⁵ erge-

¹⁰² Gamillscheg, *Kollektives Arbeitsrecht* Bd. 1, S. 51; Seiter, Die neue Aussperrungsrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts RdA 1981, 65, 70.

¹⁰³ Auch nach dem Vertrag vom Lissabon bleibt es bei dem System der begrenzten Einzelmächtigung, wenn auch nicht ausdrücklich im EUV erwähnt, vgl. Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV: Streinz/Ohler/Herrmann, *Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU*, S. 104.

¹⁰⁴ Vertrag über die Europäische Union (in der Fassung des Vertrags von Lissabon), ABl. EU vom 30.03.2010, C 83/13.

¹⁰⁵ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (in der Fassung des Vertrags von Lissabon), ABl. EU vom 30.03.2010, C-83/47.

ben. Nach dessen Absatz 1 unterstützt und ergänzt die Union die Tätigkeit der Mitgliedstaaten in dort aufgezählten Gebieten, nach Abs. 2 können das Europäische Parlament und der Rat zu diesem Zweck Rechtsvorschriften erlassen. Allerdings schließt Art. 153 Abs. 5 Var. 5 AEUV ausdrücklich eine Kompetenz der Europäischen Union zur Regelung des Streikrechts aus. Wie weit die Regelungssperre des Art. 153 Abs. 5 AEUV geht, ist fraglich. Mit Blick auf Wortlaut¹⁰⁶ und systematische Stellung¹⁰⁷ der Norm handelt es sich bei Art. 153 Abs. 5 AEUV jedoch nur um eine relative Regelungssperre¹⁰⁸. Demnach darf die Europäische Union im Bereich des Streikrechts zwar nicht rechtssetzend tätig werden, die Anwendung und damit auch die Beurteilung nationaler Sachverhalte nach Maßgabe des europäischen Primärrechts bleibt aber möglich.¹⁰⁹ Im Folgenden werden daher die europarechtlichen Vorgaben für ein Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb dargestellt.

b) Wirkung des Völkerrechts innerhalb des Gemeinschaftsrechts

Ein Streikrecht der entsandten Arbeitnehmer ist unter zwei Gesichtspunkten denkbar. Zum einen kann sich das Streikrecht originär aus europarechtlichen Regelungen ergeben. Daneben ist aber auch denkbar, dass die bereits dargestellten völkerrechtlichen Regelungen zum Streikrecht innerhalb des Europarechts wirken und so eine größere Bindungswirkung entfalten. So sind die Mitgliedsstaaten nach Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben, zu ergreifen. Zudem genießt das Europarecht nach h.M. Anwendungsvorrang vor (national-) staatlichem Recht.¹¹⁰ Danach werden die kollidierenden Normen im konkreten Konfliktfall nicht angewendet, ihre Wirksamkeit im Übrigen aber nicht in Frage gestellt.¹¹¹ Die Wirkung des Arbeitsvölkerrechts über das Europarecht setzt voraus, dass die Europäische Union an die einschlägigen Regelungen des Arbeitsvölkerrechts gebunden ist.

Eine Bindung könnte sich aus Art. 6 EUV ergeben. Mit dem Vertrag von Lissabon haben sich im Bereich des Grundrechtsschutzes zwei zentrale Änderungen ergeben: Zum einen wurde die Europäische Grundrechtecharta mit Art. 6 Abs. 1 EUV rechtsverbindlich in das europäische Primärrecht aufgenommen;¹¹² zum anderen wurden die unionsverfassungsrechtlichen Voraussetzungen für einen (verpflichtenden) Beitritt

¹⁰⁶ Abs. 5 lautet „Dieser Artikel [Hervorhebung durch Verfasserin] gilt nicht für das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht“.

¹⁰⁷ Art. 153 AEUV steht im Abschnitt „Titel X Sozialpolitik“ und nicht im Allgemeinen Teil („Titel I Arten und Bereiche der Zuständigkeit der Union“, „Titel II Allgemein geltende Bestimmungen“). Es handelt sich um einen eng auszulegende Ausnahmenvorschrift, Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 141 m.w.N.

¹⁰⁸ Schubert/Jerchel, *Das Europäische Arbeitsrecht* (2009/2010), *EuZW* 2010, 687, 691.

¹⁰⁹ Bückler, Die Rosella-Entscheidung des EuGH zu gewerkschaftlichen Maßnahmen gegen Standortverlagerungen: der Vorhang zu und viele Fragen offen, *NZA* 2008, 212, 215; Zwanziger, *Arbeitskampf- und Tarifrecht* nach den EuGH-Entscheidungen „Laval“ und „Viking“, *DB* 2008, 294, 295.

¹¹⁰ BVerfG vom 08.04.1987, Az. 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, 223, 244, *NJW* 1988, 1459, 1462; BeckOK/Seiler, GG, Art. 70 Rn. 8; Dausen/Stettner, *EU-Wirtschaftsrecht*, Rn. 28.

¹¹¹ BeckOK/Seiler, GG, Art. 70 Rn. 8; Dausen/Stettner, *EU-Wirtschaftsrecht*, Rn. 28.

¹¹² Hierzu siehe ausführlich unten III. 2. d), Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

der Europäischen Union zur EMRK geschaffen, Art. 6 Abs. 2 EUV. Damit würde die Union unmittelbar an die EMRK gebunden und wäre nicht länger nur mittelbar oder auf Grund der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit ihrer Mitgliedstaaten an die EMRK gebunden.¹¹³ Der Beitritt ist aber noch nicht erfolgt¹¹⁴, weil eine Reihe von Änderungen der EMRK erforderlich sind.¹¹⁵ Zudem sieht der Vertrag von Lissabon hohe verfahrensrechtliche Hürden für den Beitritt der EU zur EMRK vor.¹¹⁶

Bis zum Beitritt der Europäischen Union gelten die Grundrechte der EMRK¹¹⁷ und der gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten aber als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts mit Unionsverfassungsrang, Art. 6 Abs. 3 EUV. Zu beachten ist aber, dass der EuGH die allgemeinen Rechtsgrundsätze an die Besonderheiten der Union anpassen kann,¹¹⁸ so dass Art. 11 Abs. 1 Var. 2 EMRK keine zwingenden Vorgaben für das europäische Recht enthält.¹¹⁹ Die EMRK stellt nach Art. 6 Abs. 3 EUV den grundrechtlichen Mindeststandard der Europäischen Union dar. Das Streikrecht aus Art. 11 Abs. 1 Var. 2 EMRK muss daher zumindest in seinem Kernbereich gewährleistet sein.

Die übrigen arbeitsvölkerrechtlichen Regelungen können aus Sicht der Union hingegen nicht kraft Unterzeichnung oder Mitgliedschaft wirken. Die Europäische Union ist kein Mitglied der IAO, die nach Art. 1 Nr. 2 IAO-Verfassung nur die Mitgliedschaft

¹¹³ Pache/Rösch, Europäischer Grundrechtsschutz nach Lissabon – die Rolle der EMRK und der Grundrechtecharta in der EU, *EuZW* 2008, 519.

¹¹⁴ Mitte Januar 2010 hat Russland – als letzter Vertragsstaat des Europarates – nach jahrelanger Blockade das Protokoll Nr. 14 zur EMRK ratifiziert, so dass das Zusatzprotokoll am 01.06. 2010 in Kraft treten konnte. Im März 2010 hat die Kommission Verhandlungsrichtlinien für den Beitritt der EU zur EMRK vorgeschlagen, vgl. Pressemitteilung der Europäischen Kommission IP/10/291. Anfang Juni 2010 erteilten die Justizminister der EU der Kommission den Auftrag, in ihrem Namen die Verhandlungen zu führen. Ende Mai 2010 erteilte das Ministerkomitee des Europarats seinem Lenkungsausschuss für Menschenrechte den Ad-hoc-Auftrag, gemeinsam mit der EU das erforderliche Rechtsinstrument für den Beitritt der EU zur EMRK auszuarbeiten. Am 07.07.2010 haben nunmehr die offiziellen Gespräche zwischen der Europäischen Kommission und den Europarat über den Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) begonnen, vgl. Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/10/906.

¹¹⁵ So muss die EMRK den Beitritt der EU als nichtstaatliches Gebilde erst ermöglichen, siehe nun den im 14. Zusatzprotokoll zur EMRK vorgesehenen Art. 59 Abs. 2 EMRK. Daneben sind weitere Änderungen nötig, die z.B. die Art der Einbeziehung eines Richters der EU in das Rechtssystem der EMRK, Repräsentation und Stimmrecht der EU im Ministerkomitee des Europarates und die Zulässigkeit von Staatenbeschwerden der Mitgliedstaaten der EU untereinander oder gegenüber der EU betreffen, vgl. Pache/Rösch, Europäischer Grundrechtsschutz nach Lissabon – die Rolle der EMRK und der Grundrechtecharta in der EU, *EuZW* 2008, 519, 521.

¹¹⁶ Der AEUV verlangt für den Beitritt – in Abweichung vom Verfassungsentwurf, nach dem lediglich die qualifizierte Mehrheit im Rat erforderlich war – einen einstimmigen Ratsbeschluss nach Zustimmung des Europäischen Parlaments; dieser einstimmige Ratsbeschluss tritt darüber hinaus erst in Kraft, nachdem die Mitgliedstaaten ihn im Einklang mit ihren nationalen Verfassungsbestimmungen ratifiziert haben. Die Gefahr einer innereuropäischen Blockade durch einzelne Mitgliedstaaten ist daher hoch, Pache/Rösch, Europäischer Grundrechtsschutz nach Lissabon – die Rolle der EMRK und der Grundrechtecharta in der EU, *EuZW* 2008, 519, 521.

¹¹⁷ St. Rspr. des EuGH: EuGH vom 28.10.1975, Rs. 36/75 (Roland Rutili/Ministre de l'intérieur), Slg. 1975 1219 Rn. 32; vom 25.07.1991, Rs. C-353/89 (Kommission/Königreich Niederlande), Slg.1991, I-4069 Rn. 30; vom 02.05.2006, Rs. C-341/04 (Eurofood IFSC Ltd), Slg. 2006 I-3813 Rn. 65.

¹¹⁸ Streinz, *Europarecht*, S. 287 Rn. 760 f.

¹¹⁹ Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 146.

von Staaten vorsieht. Das gilt auch für die ESC, die nur Staaten (des Europarates) als Unterzeichner kennt, vgl. Präambel und Art. 35 Abs. 1 S. 1 ESC, und den IPwskR, siehe dort die Präambel. Es handelt sich bei diesen Regelungen aber um allgemeine Grundsätze des Völkerrechts, die AEMR, der IPwskR, die ESC sowie die IAO-Übereinkommen Nr. 87 und 98 werden insofern vom EuGH beachtet.¹²⁰

Im europäischen Recht finden sich einige Normen mit Bezug zu Kollektivverhandlungen, die ein Streikrecht ausländischer entsandter Arbeitnehmer im inländischen Betrieb begründen könnten.

c) Art. 155 AEUV (ex. Art. 139 EGV)

Zu denken wäre an ein Streikrecht zur kampfwisen Durchsetzung eines europäischen Kollektivvertrags nach Art. 155 Abs. 1 AEUV. Weil die Norm aber nur Tarifverträge von Sozialpartnern auf Unionsebene erfasst, ist sie für den vorliegenden Fall – Streik ausländischer Arbeitnehmer zur Erreichung eines inländischen Tarifvertrags – nicht einschlägig.¹²¹

d) Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union¹²² (Grundrechtecharta) beinhaltet ausdrücklich ein Streikrecht: „Die Arbeitnehmerinnen [...] oder ihre jeweiligen Organisationen haben nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten das Recht, Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und zu schließen sowie bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen, einschließlich Streiks, zu ergreifen.“ Diese Gewährleistung beinhaltet nicht nur ein Abwehrrecht gegenüber Eingriffen des Staates, sondern darüberhinaus auch eine – unter einem weiten Gestaltungsspielraum stehende – Schutzpflicht des Staates gegenüber Eingriffen durch Private.¹²³ Zwar erwähnt Art. 28 Grundrechtecharta die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten, daraus lässt sich aber nicht schließen, dass die einzelnen Staaten entscheiden, ob sie ein Streikrecht gewährleisten. Laut Art. 53 der Grundrechtecharta soll das Schutzniveau aufrechterhalten bleiben, das zum Zeitpunkt der Proklamation im Jahr 2000 bestand, die Staaten dürfen das Streikrecht lediglich ausgestalten.¹²⁴ Die Charta enthält damit ein Streikrecht, das über das nationale Recht hinausgeht.¹²⁵ Das Streikrecht der Grundrechtecharta gilt für alle Arbeitnehmer, also auch für den Streik entsandter Ausländer im inländischen Betrieb.

Bisher hatte die Grundrechtecharta in den Mitgliedstaaten der EU nur geringe Rele-

¹²⁰ Generalanwalt Mengozzi, Schlussanträge vom 23.05.2007, Rs. C-341/05 (Laval), Slg. 2007 I-11772 Rn. 65; EuGH vom 09.09.2003, Rs. C-151/02 (Landeshauptstadt Kiel/Norbert Jaeger), Slg. 2003 I-8389.

¹²¹ Hdb Europarecht/Schlachter, § 39 Rn. 136; Waas, Der soziale Dialog auf europäischer Ebene, ZESAR 2004, 443, 448.

¹²² Proklamiert im Jahr 2000 in Nizza, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. EU vom 30.03.2010, C 83/389.

¹²³ Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union- Kommentar, Art. 28 Rn. 2, 13.

¹²⁴ Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union- Kommentar, Art. 28 Rn. 14.

¹²⁵ Paukner, Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb, S. 152.

vanz, insbesondere weil sie nicht bindend war.¹²⁶ Dies änderte sich mit dem Vertrag von Lissabon¹²⁷. Dieser anerkennt mit Art. 6 Abs. 1 S. 1 EUV ausdrücklich eine Bindung der Union an die Rechte, Freiheiten und Grundsätze der Grundrechtecharta. Art. 6 Abs. 1 Hs. 2 ordnet nunmehr an, dass die Grundrechtecharta und die Verträge rechtlich gleichrangig sind. Damit ist die Grundrechtecharta Bestandteil des Primärrechts der Europäischen Union und unmittelbare Rechtsquelle des europäischen Grundrechtsschutzes.¹²⁸ Nach Art. 51 Abs. 1 Grundrechtecharta gilt die Charta für die Organe und Einrichtungen der Union unter Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Da die europäischen Grundrechte also nur durch Vermittlung sekundären Gemeinschaftsrechts wirksam werden können, ist fraglich, welche Bedeutung sie in und neben diesem Recht überhaupt haben können.¹²⁹ Art. 28 der Grundrechtecharta bewegt sich nach Art. 51 Abs. 1 Grundrechtecharta nur im Zuständigkeits- und Anwendungsbereich des europäischen Rechts. Weil aber der EU im Bereich des Streikrechts keine Regelungskompetenz zusteht, Art. 153 Abs. 5 AEUV, fehlt es der Norm an einem eigenständigen Schutzgehalt. Allerdings leitete der EuGH ein solches Grundrecht auch bisher aus verschiedenen allgemeinen Rechtsquellen ab, um ein Gegengewicht zu den europäischen Grundfreiheiten (vor allem der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit) zu haben.¹³⁰ Die ausdrückliche Anerkennung eines europäischen Grundrechts auf Koalitionsbetätigung in Art. 28 Grundrechtecharta wird dem EuGH die Argumentation erleichtern, da das Grundrecht auf freie Koalitionsbetätigung den wirtschaftlichen Grundfreiheiten nun gleichwertig gegenübersteht.¹³¹

e) Rechtsakte der Europäischen Union

Hinsichtlich der Entsendung von Arbeitnehmern könnten zudem die Dienstleistungs-Richtlinie 2006/123/EG¹³², die Entsende-Richtlinie 96/71/EG¹³³ und die Verord-

¹²⁶ Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union - Kommentar*, Einl. Rn. 6 f.; Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 149 ff., 153.

¹²⁷ Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13. Dezember 2007, ABl. EU vom 17.12.2007, C 306/1.

¹²⁸ Pache/Rösch, *Europäischer Grundrechtsschutz nach Lissabon - die Rolle der EMRK und der Grundrechtecharta in der EU*, *EuZW* 2008, 519.

¹²⁹ Hanau, *Die Europäische Grundrechtecharta - Schein und Wirklichkeit im Arbeitsrecht*, *NZA* 2010, 1, 3.

¹³⁰ Dies zeigen die Fälle „Viking“ und „Laval“. Im Urteil zu „Viking“ anerkannte der EuGH ausdrücklich, dass ein Arbeitskampf gegen die Ausflagung eines Schiffs und damit gegen den Gebrauch der Niederlassungsfreiheit des Arbeitgebers selbst dann zulässig ist, wenn es der geforderte Tarifvertrag für das Unternehmen zwecklos macht, die Maßnahme durchzuführen. Im Fall „Laval“ stellte der EuGH überraschend fest, dass ein Streik unzulässig ist, mit dem die Bezahlung aus dem europäischen Ausland entsandter Arbeitnehmer nach den inländischen Tarifen erzwungen werden soll. Der EuGH hat darin einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit und die sie konkretisierende Entsenderichtlinie gesehen; Hanau, *Die Europäische Grundrechtecharta - Schein und Wirklichkeit im Arbeitsrecht*, *NZA* 2010, 1, 5.

¹³¹ Hanau, *Die Europäische Grundrechtecharta - Schein und Wirklichkeit im Arbeitsrecht*, *NZA* 2010, 1, 5.
¹³² Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. EU L 376 vom 27.12.2006, S. 36.

¹³³ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. L 18 vom 21.1.1997, S. 1. Im Folgenden Entsende-Richtlinie.

nungen Nr. 1612/68¹³⁴ vom 15.10.1968 ein Streikrecht für entsandte ausländische Arbeitnehmer im inländischen Betrieb gewähren.

aa) Dienstleistungs-Richtlinie 2006/123/EG

Die Dienstleistungs-Richtlinie gewährt den ausländischen Entsandten aus mehreren Gründen kein Streikrecht: Nicht nur, dass die Dienstleistungs-Richtlinie das Arbeitsrecht nicht berührt, vgl. Art. 1 Abs. 6 Hs.1 Dienstleistungs-Richtlinie. Nach Art. 1 Abs. 7 S. 2 Dienstleistungs-Richtlinie bleibt zudem das Recht, nach nationalem Recht Arbeitskampfmaßnahmen zu ergreifen, unberührt. Schließlich ist die Dienstleistungs-Richtlinie unanwendbar auf Angelegenheiten, die unter die Entsende-Richtlinie fallen, Art. 17 Nr. 2 der Richtlinie.

bb) Entsende-Richtlinie 97/71/EG

Die Entsende-Richtlinie ist auf den Untersuchungsfall zwar anwendbar, weil ein Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat einen Arbeitnehmer in seinem Namen und unter seiner Leitung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats im Rahmen eines Vertrags entsendet, der zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem in diesem Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger geschlossen wurde. Ferner besteht für die Dauer der Entsendung auch kein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer, vgl. Art. 1 Abs. 1, Abs. 3 lit. a Entsende-Richtlinie. Die Entsende-Richtlinie berührt aber nach ihrem Erwägungsgrund Nr. 22 der Präambel ausdrücklich „nicht das Recht der Mitgliedstaaten über kollektive Maßnahmen zur Verteidigung beruflicher Interessen“. Ein Streikrecht für entsandte ausländische Arbeitnehmer folgt aus der Entsende-Richtlinie folglich nicht.

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

Die Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft¹³⁵ hat gemäß Art. 288 AEUV allgemeine Geltung, d.h. sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat, ohne dass es eines Umsetzungsaktes bedarf.¹³⁶

Ein Streikrecht der ausländischen Arbeitnehmer könnte sich aus der Koalitionsfreiheit Art. 8 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 der Verordnung (EWG) 1612/68 ergeben. Danach hat ein Arbeitnehmer, der die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt und im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt ist, Anspruch auf gleiche Behandlung hinsichtlich der Zugehörigkeit zu Gewerkschaften und der Ausübung gewerkschaftlicher Rechte. Maßgeblich ist also die nationale Rechtslage: In Deutschland

¹³⁴ Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. L 257 vom 19.10.1968, S. 2.

¹³⁵ ABl. EU Nr. L 257 vom 19.10.1968, S. 2.

¹³⁶ Streinz, *Europarecht*, S. 147, Rn. 426 ff.

sind wie geprüft sowohl Hauptstreik als auch Unterstützungstreik zulässig, so dass für Wanderarbeiter ein Streikrecht im inländischen Betrieb besteht. Die ausländischen Arbeitnehmer müssen auch nicht Mitglied einer inländischen Gewerkschaft sein, weil das deutsche Arbeitskämpfrecht dies für die Beteiligung an einem Streik wie erwähnt gerade nicht voraussetzt.

Die entsandten Ausländer müssten aber auch dem persönlichen Geltungsbereich der Verordnung unterfallen. Das ist fraglich, weil die Verordnung „Wanderarbeiter“ erfasst, die in einem anderen Mitgliedstaat „beschäftigt“ sind. Unklar ist, ob „Beschäftigung“ in diesem Sinne voraussetzt, dass ein Arbeitsvertrag zwischen dem ausländischen Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber des anderen Mitgliedsstaates besteht, oder ob die rein tatsächliche Beschäftigung reicht. Nur im letzteren Falle wären die entsandten ausländischen Arbeitnehmer direkt von der Verordnung (EWG) 1612/68 erfasst. Für das Erfordernis eines Arbeitsvertrages spricht, dass die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in Art. 45 AEUV einen Arbeitsvertrag voraussetzt.¹³⁷ Von dieser Grundfreiheit machen die Wanderarbeitnehmer gerade Gebrauch.¹³⁸ Andererseits verwendet die Entsende-Richtlinie in ihrem Erwägungsgrund Nr. 3 den Begriff der Beschäftigung im Sinne des Ortes, an dem der Arbeitnehmer tätig ist. Zudem ist der Arbeitnehmerbegriff im Freizügigkeitsrecht weit zu verstehen.¹³⁹

Letztlich könnte die Klärung des Begriffs dahinstehen, wenn eine analoge Anwendung der Verordnung auf den vorliegenden Fall ausländischer entsandter Arbeitnehmer möglich ist.¹⁴⁰ Die Voraussetzungen einer Analogie¹⁴¹ – planwidrige Regelungslücke und vergleichbare Interessenlage – liegen vor. Verneint man die direkte Anwendbarkeit der Verordnung (EWG) 1612/68, so besteht die Regelungslücke darin, dass entsandte Arbeitnehmer hinsichtlich Gewerkschaftszugehörigkeit und Ausübung der gewerkschaftlichen Rechte nicht mit nicht-entsandten Arbeitnehmern gleichgestellt sind. Die Regelungslücke ist auch planwidrig, denn bei Schaffung der Verordnung 1612/68 im Jahr 1968 war die Entsendung von Arbeitnehmern noch nicht im öffentlichen Bewusstsein. Wanderarbeitnehmer und entsandte Arbeitnehmer sind auch vergleichbar, beide arbeiten in einem Mitgliedstaat, der nicht ihr Herkunftsland ist. Die Verordnung (EWG) 1612/68 begründet für die Mitgliedstaaten daher die Pflicht, entsandten Arbeitnehmern aus dem europäischen Ausland ein Streikrecht im deutschen Betrieb im Umfang der Rechte deutscher Arbeitnehmer zu gewähren.¹⁴²

f) Zusammenfassung zu den europarechtlichen Regelungen

Wie gesehen wirkt das Arbeitsvölkerrecht im Europarecht bisher nur im Rahmen der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, weil es für die EU nicht zwingend oder bindend ist. Das wird sich mit dem Beitritt der EU zur EMRK nach Art. 6 Abs. 2 aber ändern.

¹³⁷ Zur Vorgängernorm Art. 39 EGV vgl. Hdb EuropaR/Schlachter, § 39 Rn. 7 f.

¹³⁸ Thüsing, *Europäisches Arbeitsrecht*, S. 3 Rn. 5.

¹³⁹ Hdb EuropaR/Schlachter, § 39 Rn. 7.

¹⁴⁰ Ausführlich: Paukner, *Streikrecht entsandter ausländischer Arbeitnehmer im inländischen Betrieb*, S. 156 f.

¹⁴¹ Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, S. 69.

¹⁴² Zur Auswirkung des österreichischen EU-Beitritts: Birk, *Die Auswirkungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften auf das nationale Arbeitsrecht*, ZAS 1989, 73, 78.

Mit dem Vertrag von Lissabon ist die Grundrechtecharta Bestandteil des europäischen Primärrechts geworden, Art. 6 Abs. 1 EUV. Das in Art. 28 der Grundrechtecharta beinhaltete Streikrecht kann allerdings nur durch Vermittlung sekundären Gemeinschaftsrechts wirksam werden, so dass wegen Art. 153 Abs. 5 AEUV kein eigenständiger Schutzgehalt des Grundrechts folgt. Die Norm hilft daher allein, dem auch bisher aus verschiedenen allgemeinen Rechtsquellen abgeleiteten Grundrecht auf Koalitionsbetätigung gegenüber den wirtschaftlichen Grundfreiheiten ein größeres Gewicht einzuräumen.

Anders als das Arbeitsvölkerrecht enthält das europäische Sekundärrecht keine ausdrücklichen Regelungen zum Streikrecht ausländischer Entsandter im inländischen Betrieb. Ein solches Streikrecht lässt sich aber – direkt oder analog – aus Art. 8 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft abzuleiten.

4. Zusammenfassung

Entsandten ausländischen Arbeitnehmern steht ein Streikrecht im inländischen Betrieb zu. Ergibt sich ein solches nicht – wie im Falle Deutschlands – bereits aus nationalem Recht, so gewähren jedenfalls die internationalen Regelungen des Völker- und Europarechts ein solches Recht zur Teilnahme an einem Streik.

Beteiligen sich ausländische entsandte Arbeitnehmer an einem Streik in einem deutschen Betrieb, so findet deutsches Arbeitskammerrecht Anwendung. Art. 9 Abs. 3 GG gewährt jedermann ein Streikrecht, also auch Ausländern. Betrifft der umkämpfte Tarifvertrag die entsandten Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar, nehmen diese zulässig an einem Hauptstreik teil. Haben die Entsandten hingegen kein eigenes Interesse am umkämpften Tarifvertrag, so handelt es sich um einen Unterstützungstreik seitens der ausländischen entsandten Arbeitnehmer. Dieser ist nach neuerer Rechtsprechung des BAG grundsätzlich zulässig. Eine Grenze bildet insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Auf internationaler Ebene gewähren einige Regelungen des Arbeitsvölkerrechts ein Streikrecht ausländischer Entsandter im inländischen Betrieb – für die Beteiligung an einem Hauptstreik und den Unterstützungstreik. Unmittelbar zwingend mit der Folge, dass das deutsche Arbeitsrecht modifiziert würde, sind sie jedoch nicht: sie sind alleine völkerrechtlich verbindlich und bedürfen der Umsetzung in nationales Recht. Im europäischen Sekundärrecht regelt die Verordnung (EWG) 1612/68 das Streikrecht ausländischer entsandter Arbeitnehmer.

Bridge(s) over Troubled Water

Strike is a peculiar, contradictory element of labour law. Collective refusal to work is present throughout history; it is the price paid for higher wages and better working conditions and – ultimately – for democracy; the famous sentence “bargaining without the right to strike amounts to collective begging”¹ speaks for itself. As a fundamental right, strike enjoys the protection of international, regional and national law sources. However, there are less positive sides of this phenomenon. Along with other forms of industrial action, strike is harmful not only for the employer but also for third parties (business partners, clients, consumers, everyday citizens). Its collision with other fundamental rights (such as for instance the right to life, education or property) raises serious concerns. It makes industrial relations instable and causes disruption in the course of the economy. Consequently, laws regulating the right to strike have to build a “bridge over troubled water”, always have to bear in mind both viewpoints and to aim at a construction that is economically feasible and at the same time ensures protection of lawful strikes to the highest possible extent. In this paper the reader finds comments on four bridges as four different levels of strike regulation – namely international, European (i.e. Council of Europe), European Union and national – are examined. We refer to the legal sources and the case law of international and European courts as well as expert commissions. The EU’s configuration of the right to strike is considered too. Afterwards some remarks are offered on Hungarian strike law.

1. The strike landscape

“...the first step towards understanding a system of labour law is to grasp its social history, above all the history of its labour movement.”² The labour movement, to which Lord Wedderburn refers in this line, is strongly connected to strikes. This right went through enormous changes. For a long time, it was prohibited and prosecuted, later it became tolerated, finally it was acknowledged and protected. However, it would be a mistake to assume that the right to strike has arrived to a safe harbour. On the contrary, it seems that this essential tool of workers and of their organisations is in danger.

Two seemingly contradictory tendencies deserve mentioning. Firstly, according to statistics Europe is experiencing low strike rates. The substantial decline in working days lost due to industrial action indicates that workers and unions are under pressure. This phenomena is connected to the transition to a new (post-industrial, knowledge or service) economy. Secondly: although strike rates lowered, the attention of the media is intensified. Special attention is paid to so-called “high profile strikes”. Some strikes are highly publicized, such as those in transport sector or those with transnational dimen-

¹ Blanpain, Roger: *European labour law*. 12., rev. ed., The Hague, Kluwer Law International, 2010, 752.

² Wedderburn, Kenneth William: Trade union liability in strikes in Britain and France. In: *Labour law and freedom. Further essays in labour law*. London, Lawrence & Wishart, 1995, 164–179. 165.

sion. The strike patterns have changed in terms of sectors (e.g. health, education and culture) and workers (increasing participation of women, new immigrants) involved in strikes. There has also been a rise in political use of industrial disputes. The cause of change in many cases is the presence of collective actions with transnational dimension (more precisely collective actions responding to the threat to current economic conditions posed by foreign workers). Reorganisation of work and other forms of restructuring increasingly lead to protest. This intensification of transnational strikes makes evaluation of strike regulations even more important.

2. The first bridge: international regulation of the right to strike

The right to strike is protected by more international documents. The UN's Covenant on Economic, Social and Cultural Rights states that "the States Parties to the present Covenant undertake to ensure: the right to strike, provided that it is exercised in conformity with the laws of the particular country" (Art. 8 para. 1 subpara. d.). The ILO, the specialised agency of the UN devotes particular attention to the subject. Numerous conventions contain reference to strike. Convention No. 105 on the Abolition of Forced Labour prohibits the use of forced or compulsory labour "as a punishment for having participated in strikes" (Art. 1, subpara. d). Strike is also mentioned incidentally in Convention No. 44 on Unemployment Provision (Art. 10) and in Convention No. 102 on Social Security (Minimum Standards) (Art. 69). Though it is not a convention, it is worth mentioning Recommendation No. 92 on Voluntary Conciliation and Arbitration Recommendation which amongst others states that no provision may be interpreted as limiting, in any way whatsoever, the right to strike (paragraphs 4, 6 and 7).³ Above and beyond these references, surprisingly enough, there is no ILO convention dealing exclusively with the subject.

The right to strike was deduced from Convention No. 87 on Freedom of Association and Protection of the Right to Organise: "organize their administration and activities and to formulate their programmes" (Art. 3), and the aims of such organizations as "furthering and defending the interests of workers or of employers" (Art. 10). This convention and the associated supervisory procedure are amongst the most respected international standard-setting instruments. The findings of the Committee on the Freedom of Association as well as that of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations are invaluable. During the last 6 decades a very rich case law has been gathered.

From the more than two thousand cases a map or syllabus can be drawn. The fields cover the content, conditions, limits and consequences of the right to strike. From the beginning it was declared that the right to strike constitutes an intrinsic corollary to the right to organize and a fundamental right of the workers and of their organizations. The right to strike can be confined in terms of its objective (restriction to economic and

³ Gernigon, Bernard - Odero, Alberto - Guido, Horacio: Freedom of association. In: *Fundamental rights at work and international labour standards*. Geneva, ILO, 2003, 5-20, 12.

social issues⁴, exclusion of purely political strikes⁵ and use of the peace clause⁶), timing (prior notice requirement and cooling off periods⁷) and participants (ballot⁸). The right to strike of certain groups of employees (e.g. policemen) can be limited.⁹ There are also conditions that justify restriction or prohibition such as an acute national emergency, public service, essential services.¹⁰ The committees examine situations in which minimum services may be imposed. From the case law it is apparent that the employer may protect his interest by redirecting the non-striking workforce but not by hiring temporary agency workers.¹¹ The strikers can be aided by strike funds and supported by sympathy strikes. Numerous cases examine the issue of criminal and civil law sanctions¹² as well as the intervention of police.¹³ An important lesson to be learned is that despite the suspension theory (i.e. the employment relationships of the strikers are not terminated), there are negative consequences – especially in terms of wages.¹⁴ The use of alternative dispute resolution methods is considered as well.¹⁵

The ILO struggles to maintain a delicate balance between economic changes and protection of workers. It has, like every organisation, its weak and strong points. About its virtues: Through the conventions a set of internationally recognised norms, in other words a common ground was laid down in the field of workers' rights. ILO standards serve as reference points for other international documents such as ICCPR and ICESCR, the Charter of Fundamental Rights of the European Union, or the OECD guidelines.¹⁶ The tripartite structure of the ILO is beneficial in many ways. The regula-

⁴ 2006 Digest, para. 521. See amongst others: 302nd Report, Case No. 1809, para. 381; 328th Report, Case No. 2116, para. 368; 332nd Report, Case No. 2258, para. 522; 335th Report, Case No. 2305, para. 505.

⁵ 2006 Digest, para. 528; 303rd Report, Case No. 1810/1830, para. 61; 329th Report, Case No. 2094, para. 135.

⁶ 2006 Digest, para. 533, 330th Report, Case No. 2208, para. 601.

⁷ 2006 Digest, para. 552; 325th Report, Case No. 2049, para. 520; 333rd Report, Case No. 2251, para. 996.

⁸ 2006 Digest, para. 555–561. See amongst others: 316th Report, Case No. 1989, para. 190, 332nd Report, Case No. 2216, para. 912; 333rd Report, Case No. 2251, para. 987.

⁹ 1996 Digest paras 597–603.

¹⁰ 2006 Digest, para. 585. See amongst others: 300th Report, Case No. 1818 para.366 (hospital), 308th Report, Case No. 1921 para.573 (electricity); 326th Report Case No. 2135, para.267 (water supply), 314th Report, Case No. 1948/1955, para.72 (telephone), 307th Report, Case No. 1898, para. 323 (police and armed forces); 309th Report, Case No. 1865, para. 145 (fire-fighters); 336th Report, Case No. 2383, para. 767 (prisons); 324th Report, Case No. 2037, para. 102 (the provision of food to pupils of school age and the cleaning of school); Case No. 2127, para. 191 (air traffic control).

¹¹ 2006 Digest, para. 631. See amongst others: 302nd Report, Case No. 1849, para. 217; 327th Report, Case No. 2141, para. 322; 333rd Report, Case No. 2251, para. 998; 335th Report, Case No. 1865, para. 826.

¹² 2006 Digest, para.664. 302nd Report, Case No. 1849, para. 211; 307th Report, Case No. 1890, para. 372; 310th Report, Case No. 1932, para. 515; 311th Report, Case No. 1934, para. 127; 316th Report, Case No. 1934, para. 211.

¹³ 2006 Digest, para. 635. See amongst others: 308th Report, Case No. 1921, para. 575; 320th Report, Case No. 2044, para. 452; 333rd Report, Case No. 2288, para. 831.

¹⁴ See amongst others: 304th Report, Case No. 1863, para. 363; 307th Report, Case No. 1899, para. 83; 318th Report, Case No. 1931, para. 366.

¹⁵ 2006 Digest, para. 564–569. See amongst others: 310th Report, Case No. 1931, para. 506; 338th Report, Case No. 2329, para. 1275, 300th Report, Case No. 1839, para. 86; 310th Report, Case No. 1930, para. 348, 299th Report, Case No. 1768, para. 110.

¹⁶ Ewing, Keith D. (ed.): *The right to strike: From the Trade Disputes Act 1906 to a Trade Union Freedom Bill 2006*. Liverpool, Institute of Employment Rights, 2006, 248–249.

tions of the right to strike and – more broadly – the regulations regarding prevention and resolution of collective labour conflict may only be successful if they are based on a close cooperation of governments, social partners and civil society. Involvement of more viewpoints and expertise also provides more legitimacy.¹⁷ The exceptionally detailed and active work of the commissions is a main asset. The work of the CFA is one of the ILO's success stories; acts are amended, imprisoned trade union officials are released, unlawfully fired employees are reinstated due to its activity.¹⁸

However, the picture is not all positive. The size of the organization and the differences between the states in terms of political, economic and ideological background raise problems. The ILO does not constitute a new legal system, it only lays down basic standards. It is questionable if it is possible to find a common denominator for the different European, Asian and Latin American needs and possibilities.¹⁹ It is often asked if international human rights instruments should represent the ceiling or the bottom of requirements and if the answer is the bottom, would this not lead to social dumping.²⁰ Regarding the ILO – similarly to other specialised agencies – the presence of international politics as well as over-politicization is a critique.²¹

The weakness of monitoring is another often raised issue. Time and again, even states that ratified a given convention fail to submit their report, or the initial enthusiasm evaporates quickly. For example, the United Kingdom which was amongst the first states that ratified the conventions in question later habitually stood in the fire of criticism for not complying with the recommendations.²² We should not forget, that ratification is voluntary and it is precisely the major states, namely China and the US did not sign conventions No. 89 and 97.²³ In the US, even these days, participants of lawful strikes may very well face dismissal.²⁴ Lack of classic, hard law sanctions is also one of the drawbacks. Publication of non-compliance and mobilization of shame are

¹⁷ Oates, Steven: International labour standards: The challenge of the 21st century. In: Blanpain, Roger (ed.): *The ILO and the social challenges of the 21st century: The Geneva lectures*. The Hague [etc.], Kluwer Law International, 2001, 93–103. 99.

¹⁸ Servais, Jean-Michel: *International labour law*. Kluwer Law International, 2009, 317–318.; Swepston, Lee: International labour law. In: Blanpain, Roger (ed.): *Comparative labour law and industrial relations in industrialised market economies*. 9. rev. ed. Deventer, Kluwer, 2009, 313.; Creighon, Breen: Freedom of association. In: Blanpain, Roger (ed.): *Comparative labour law and industrial relations in industrialised market economies*. 9. rev. ed. Deventer, Kluwer, 2007, 275–322. 320.

¹⁹ Engerman, Stanley L.: History and political economy of international labor standards. In: Basu, Kaushik et al. (eds): *International labor standards: history, theory, and policy options*. Malden, Blackwell, 2003, 9–83. 66.

²⁰ Singh, Nirvikar: The impact of international labour standards: A survey of economic theory. In: Basu, Kaushik et al. (eds): *International labor standards: history, theory, and policy options*. Malden, Blackwell, 2003, 107–181. 141–144.

²¹ The empty chairs policy of the US 1977–1980 in protestation of the decisions condemning Israel illustrates well how a current international conflict may influence the operation of the ILO. Bruhács János: *Nemzetközi jog III.*, Budapest-Pécs, Dialóg Campus, 2001, 96, 98.

²² Novitz, Tonia: Freedom of association and „fairness at work“. An assessment of the impact and relevance of ILO Convention No 87. *Industrial Law Journal* 1998/3. 169–191.

²³ <http://www.ilo.org/ilolex/english/newratframeE.htm>.

²⁴ See for instance the analysis of Compa, Lance: Worker's freedom of association in the United States under international human rights standards. *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2006/3. 289–308. 289.

just about the only tools to hold member countries back. It is also problematic that the international standards oblige the states but have little power to account international companies.

Convention No. 87 was drafted in 1948. The last six decades has brought significant changes, trade unions have to operate in an environment that is radically different.²⁵ The hopeful start turned into marginalisation and pessimism by the turn of the 20th century.²⁶ More and more authors draw attention to the fact that changes (such as globalization, advancement of transnational companies, long term unemployment, increasing privatisation and deregulation) question the role of international labour standards.²⁷ The question arises: is the ILO capable of fulfilling its previous dominant role? The challenges mentioned afore force the organisation to revise its activity.

3. The second bridge: the right to strike and the Council of Europe

The European Convention on Human Rights states that: Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests. (Art. 11 para. 1). The 1961 European Social Charter as well as its revised version of 1996 contains the right to strike. The (Revised) European Social Charter states: “With a view to ensuring the effective exercise of the right to bargain collectively, the Contracting Parties undertake: ... the right of workers and employers to collective action in cases of conflicts of interest, including the right to strike, subject to obligations that might arise out of collective agreements previously entered into” (Art. 6 para. 4). Due to the cooperation with the ILO, similar but not identical patterns can be observed. Thanks to the European Committee of Social Rights we find a hand crafted criteria catalogue.²⁸

The Council of Europe represents another form of integration, a non political one. Membership signals acceptance of European values.²⁹ The European human rights protection system does not only exist in the dreams of idealists. The institutions of Strasbourg operate similarly to national systems. A developed, mainly lawyers-operated system came to existence.³⁰ The last six decades naturally brought changes. The increased number of members made the organisation more heterogenic and slows down the operation. Naturally, as technology has advanced so did the legal system which made dynamic interpretation necessary.

²⁵ Szyszczak, Erika: *EC labour law*. Harlow, Longman/Pearson, 2000, 173–175.

²⁶ See for instance Crawford, James: *UN human rights treaty system: A system in crisis?* In: Alston, Philip (ed.): *The future of UN human rights treaty monitoring*. Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 1–12.

²⁷ Ewing, K. D. 2006, 245–246.; Herencsár Lajos – Schottner Krisztina – Vasali Zoltán: *Bevezetés a nemzetközi intézmények és szervezetek világába*. Budapest, L'Harmattan, 2006, 65.

²⁸ http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/ConclusionsYear_en.asp

²⁹ Arató Krisztina – Koller Boglárka: *Európa utazása. Integrációtörténet*. 2009, 68, 71.; Magyar Péter: *Az Európai Unió története*. Budapest, Útmutató, 2000, 6.

³⁰ Janis, Mark W. – Kay, Richard S. – Bradley, Anthony W.: *European human rights law: Text and materials*. 3. ed. Oxford, Oxford Univ. Press, 2008, 24.

The Council of Europe is linked to both the ILO³¹ and the European Union; there is cooperation on professional, technical and policy level. Reference is made to the case law of the ILO when Art. 11 is interpreted. In connection with the enlargement of the Union it appears that western states treat membership to the Council of Europe as a foyer to the EU. The often cited Social Charter serves as blueprint or handbook for the ECJ when it interprets the Treaty. The Secretariat of the Council of Europe cooperates with the European Commission: they sit in each others specialised committees and there exist forms of non official cooperation. At the same time the Council of Europe and the EU represent different norm and value systems.

The Council of Europe has two main instruments: the European Convention on Human Rights and the European Social Charter. Though the two mutually enrich each other, they have a separate case law and supervisory system. First of all we have to ask ourselves a question: to what extent ensure ECHR and European Court of Human Rights effective protection to the right to strike. There is no straightforward answer. Other mechanisms, especially those working under the aegis of the ILO or the European Social Charter are more effective and are built on more detailed norms. ECHR is a stronger law source then the Social Charter. On the other hand the ECHR does not include protection of the right to strike. Therefore the Court is in the position (to put it more strongly, it would be the Court's task) to derive the regulation of the right to associate and assembly from Art. 11. Such an interpretation would not be without precedent. The specialised commissions of the ILO derived the right to strike from Articles 3 and 10 of Convention 87.

The judgement in *Schmidt and Dahlström v. Sweden*³² held a narrow interpretation of Art. 11. In this case, the applicants' unions called selective strikes not affecting the sectors in which the applicants worked, who thus did not participate in the action. Mr. Schmidt and Mr. Dahlström complain that on conclusion of the new agreement, they, as members of the "belligerent" unions, were denied certain retroactive benefits paid to members of other trade unions and to non-union employees who had not participated in the strikes. They claimed that such a denial violated Art. 11 of the European Convention. The Court decided differently. The reasoning stated that Art. 11 contained a clear statement allowing trade union activity, however, the right to strike was not inherent in the right to freedom of association. Art. 11 leaved each State a free choice of the means to be used to make collective action possible. The Court acknowledged that the right to strike represented one of the most important of these means, but also underlined that there were others. As a consequence the State was free to restrict the right to strike.

Compared to the reserved nature of earlier cases new decisions (*Demir and Baykara*, *Enerji Yapı-Yol Sen v. Turkey*, *Sat İm ş and Others v. Turkey*, *Danilenkov v Russia* etc.) signal encouraging changes. In *Demir and Baykara*³³ we can witness a change in the Courts mentality, the door finally started to open for the right to take collective action. In this case the applicants complained that the Turkish courts had denied them the right to form a trade union and to enter into collective agreements. The Court stated that the right for civil

³¹ The ILO was actively involved in the drafting of the European Social Charter.

³² Application no. 5589/72.

³³ Application No 34503/9.

servants to be able, in principle, to bargain collectively, was recognised by international legal instruments, both universal and regional, and by a majority of Member States of the Council of Europe. In addition, Turkey had ratified ILO Convention No. 98, the principal instrument protecting, internationally, the right for workers to bargain collectively and enter into collective agreements – a right that was applicable to the applicants’ trade union. The case is ground breaking because it confirms that there is an inherent right to collective bargaining protected by Art. 11 ECHR within the right to freedom of association. The Court ruled that only interference that is strictly necessary in a democratic society can be justified. The annulment of the collective agreement was not “necessary in a democratic society” and consequently there had been a violation of Art. 11.

In *Enerji Yapi-Yol Sen*, the main actor was an Ankara based union of civil servants. On 13 April 1996 the Turkish government published circular containing a general ban on strike actions for civil servants in the context of national action days organised by a Turkish trade union for the recognition of the right to collective bargaining in the public sector. In this case the Court acknowledged that the right to strike was not absolute and could be subject to certain conditions and restrictions. Disciplinary action taken against them on the strength of the circular was capable of discouraging trade-union members and others from exercising their legitimate right to take part in such one-day strikes or other actions aimed at defending their members’ interests. The Turkish Government again had failed to justify the need for the impugned restriction in a democratic society. The circular did not answer a “pressing social need” and that there had been disproportionate interference with the applicant union’s rights. While these cases are forward looking, we should not forget that the Court only gave its position on complete prohibition and not on the limitations to the right to strike.³⁴

Clare Ovey and Robin C. A. White (the former is a Head of Division at the Registry of the European Court of Human Rights) remark critically that there are two routes the Court in Strasbourg may take. It either provides the member countries with space to act, in which case trade unions better turn elsewhere for protection or it pays more attention to the case law of bodies that have more detailed principles and for uniform practice it adopts these principles.³⁵ Which route will the Court take? From its case law the image of a more active body is unfolding, however, these changes are unlikely to be fast or drastic.

The second question: how effective is the European Social Charter and the mechanism built on it? The Charter provides a broad spectrum of economic and social rights and embodies the values represented by social Europe. It’s a unique international document with complex and systematic regulations and an exclusive apparatus for monitoring compliance.³⁶ Despite all the efforts made its effect and acceptance however remains low.

³⁴ For detailed analysis see Dorssemont, Filip: The right to form and to join trade unions for the protection of his interests under Article 11 of the European Convention on Human Rights. An attempt “to digest” the case law (1975-2009) of the European Court of Human Rights. *European Labour Law Journal*, 2010/2, 185-235. 232.

³⁵ Ovey, Clare – White, Robin: *The European conventions on human rights*. 4th ed. Oxford, Oxford University Press, 2006, 344.

³⁶ Świątkowski, Andrzej Marian: *Charter of Social Rights of the Council of Europe*. Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, 41-42.

The number of references to the Charter in concrete cases serves as a good indicator to the effectiveness of the document regarding the level of protection of social rights. Analysis show that national courts mainly refer to it when they wish to support their argument and in cases that is based on national regulations. The fact that since the Treaty of Amsterdam of 1997 it forms part of union law and therefore is a source of workers' rights strengthens its significance. The most intense critiques concern the following areas: implementation, check up, sanctions, soft terms, "à la carte rights", and individual complaint mechanism.³⁷ In fact all of these areas are problematic regarding the regulations on the right to strike. Implementation largely depends on the willingness of the states. Revision in 1991 aimed at greater effectiveness', establishment of a more efficient check up mechanism that divides competitions of the different organs more clearly. The involvement of employees' and employers' organisation in the supervision is strengthened. However, this reform only partly delivered the desired changes. The sanction system is still built on the method of publication and naming and shaming.

4. The third bridge: the regulation of the right to strike in the European Union

The strike regulation of the EU differs in many respects from that of the ILO or the Council of Europe. While the primary role of the later two is protection of human (and workers') rights this cannot be said about the EU. The differences are stemming from not only the different level of governance (global or regional) but also from the various historical background and aims. Accordingly significant divergence can be detected in terms of how norms are formulated, how strong the protection offered by these norms is, the effectiveness of the monitoring system and last but not least regarding the order of priority between economic and social rights.

According to the Community Charter of the Fundamental Social Rights of 1989: "The right to resort to collective action in the event of a conflict of interests shall include the right to strike, subject to the obligations arising under national regulations and collective agreements". Art. 151 Treaty on the Functioning of the European Union states that "the Union and the Member States [...] shall have as their objectives the promotion of employment, improved living and working conditions, so as to make possible their harmonisation while the improvement is being maintained ...". Arguably the right to take industrial action is a tool to promote improved living and working conditions. Nonetheless, the Union has no competence to legislate over it. Art. 153 TFEU (with a view to achieving the objectives of Art. 151) lists the fields in which the Union shall support and complement the activities of the Member States. Paragraph 5 however contains an expressed exclusion provision. The provisions of this Article shall not apply to pay, the right of association, the right to strike or the right to impose lock-outs. This is a surprising restriction knowing that the right to strike is recognised in EU Member States. The right or freedom to undertake industrial action forms part of the common constitutional traditions of the Member States (and it consequently forms

³⁷ Birk, Rolf: *European Social Charter*. Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, 27–28. 36.

part of EU law). The protection is sometimes embedded in the constitution itself,³⁸ oftentimes in acts³⁹ and in some countries this right is developed in the case law.⁴⁰ The Member States' monopoly over the regulation of the right to strike is illusory. Though the regulation belongs to the competence of the Member States, in line with the primacy of EU law the States cannot follow or tolerate practice contrary to EU law.

In contrast, the Charter of Fundamental Rights of the European Union clearly includes the protection of the right to strike. It states: "Workers and employers, or their respective organisations, have, in accordance with Union law and national laws and practices, the right to negotiate and conclude collective agreements at the appropriate levels and, in cases of conflicts of interest, to take collective action to defend their interests, including strike action." (Art. 28). The right to strike as well as its main limits is expressed here. There is room for restriction, as the protection has to be granted in accordance with Community law and national laws and practices.

The ECJ transmits an ambiguous message. On the one hand we hear that the right to take collective action and also the right to strike is a fundamental right which forms an integral part of the general principles of Community law. However we also hear that these rights are not as fundamental as the four freedoms, the cornerstones of the Community. In reality collective actions are treated as inferior factors which seriously jeopardise the freedom to provide services or the freedom of establishment. Collective actions must be justified and pass the proportionality test. They must have a legitimate aim, respond to overriding reasons of public interest and be suitable for securing the attainment of the objective pursued and not go beyond what is necessary in order to attain them. The proportionality criterion was applied in a way that it undermined the very substance of the right to strike. As Norbert Reich puts it there is no reserved area left. Suddenly, with *Laval*⁴¹ and *Viking*⁴² the national labour law that so far enjoyed immunity, falls within the scope of Community's free movement regulations. With the application of horizontal direct effect freedoms can be invoked against trade unions too.⁴³

The most perceptible characteristic of the regulation is the lack of competence. Taking into account the special nature of the European social policy, this is hardly surprising. Yet, we cannot ignore that the tendencies present in the 21st century make regulation necessary. Globalisation serves as a catalyst for collective actions with the

³⁸ The right to strike appears implicitly for instance in the Hungarian, Croatian, Polish, Bulgarian, French, Greek, Italian, Portuguese and Spanish constitutions. The German and the Finnish constitutions contain indirect provisions.

³⁹ E.g. *Loi n 63-777 du 31 juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics* (France), *Legge 12 giugno 1990 n. 146. Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati* (Italy), *Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo Titulo I. El derecho de huelga* (Spain) or 1989. évi VII. tv (Hungary).

⁴⁰ Ireland and Germany are fine examples. The courts also play a predominant role in shaping strike law in France, Denmark, Belgium, the Netherlands.

⁴¹ *Laval v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Laval, Case C-341/05* [2007] ECR I-11767

⁴² *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v. VikingLine, Viking, Case C-438/05*, [2007] ECR I-10779

⁴³ Reich, Norbert: Free movement v social rights in an enlarged union. The *Laval* and *Viking* cases before the European Court of Justice. *German Law Journal*, 2007/9, (Iss. 2.) <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=891>

involvement of more countries (cross border demonstration is only one example). Acknowledgement of the right to strike as fundamental right also means that no strike breakers from other Member States are allowed, nor is the relocation of production from one Member State to another. The national tool kit is obviously insufficient to handle these types of problems.

The (relative) balance of power between employers and workers is a prerequisite of the EU's economy. While at Member State level such balance exists (via collective actions, social dialogue and workers participations) at EU level the equilibrium is compromised, more precisely the balance is shifted towards employers.⁴⁴ This power imbalance is further strengthened by the current economic crisis and the unemployment that accompanies it.

The European Court of Justice serves multiple functions: it provides assessment, impulse and uniformity.⁴⁵ The Court is often labelled as activist. Indeed in many occasions it did apply broad interpretation to fill the gaps in the EU Treaty and coined new terms. Its activist approach however is not even in terms of time, policies or types of cases.⁴⁶ The Court follows a liberal agenda, built on individual rights, but it does not give a blueprint on the limits of the Member States actions.⁴⁷ The European Court of Justice is certainly not designed as a Human Rights Court and the competences provided by the Treaty set the limits for its activist behaviour. It is not easy to draw the line between activism and trespassing. Had the ECJ attempt to regulate fundamental social rights without authorisation it would lead to legitimacy crisis.⁴⁸ While respecting the aforementioned inner limits one must not forget that restricting strike also means restricting collective bargaining.⁴⁹ This, in the long run undermines the European Social Model itself, a model which attempts to combine economic and social values, including but not limited to free collective bargaining and solidarity.⁵⁰

⁴⁴ Bercusson, Brian: Implementation and monitoring of cross-border agreements. The potential role of cross-border collective industrial action. In: Papadakis, Konstantinos: *Cross-border social dialogue and agreements: An emerging global industrial relations framework?* Geneva, ILO, 2008, 131–158.

⁴⁵ Basedow, Jürgen: The judge's role in European integration, the Court of Justice and its critics. *The European Court of Justice and the autonomy of the member states*. Workshop, Firenze, EUI. April 20–21 2009

⁴⁶ Craig, Paul P. – De Búrca, Gráinne: *EU law: text, cases, and materials*. 4th ed, Oxford, Oxford University Press, 2008, 73–75.

⁴⁷ Reich, Norbert: How proportionate is the proportionality principle in the internal market case law of the ECJ *The European Court of Justice and the autonomy of the member states*. Workshop, Firenze, EUI. April 20–21 2009

⁴⁸ Weiss, Manfred: Cumulative objectives of fundamental rights' protection in the European Union. In: Betten, Lammy – Mac Devitt, Delma: *The protection of fundamental social rights in the European Union*. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International 1996, 33–37.; Bronitt, Simon: *Principles of European Community law: commentary and materials*. Melbourne, Law Book Company, 1995, 172.

⁴⁹ Schlachter, Monika: Posting of workers in the EU. *PMJK* 2010/1, 87–94. 93.

⁵⁰ European Commission (publ.): *White paper, European social policy: a way forward for the Union*. Luxembourg, Office for Official Publications of the EC, 1994; European Council: *Presidency Conclusions*. Nice, European Council Meeting, 2000, Annex 1, European Social Agenda. See for instance Vaughan-Whitehead, Daniel: *EU enlargement versus social Europe? The uncertain future of the European social model*. Cheltenham, Edward Elgar, 2003; Szyssczak, E. 2000, 164–170; Gyulavári Tamás – Krémer Balázs: Európai szociális modell? *Esély*, 2004/3, 3–25. 4.; De Búrca, Gráinne: Towards European welfare? In: De Búrca, Gráinne (ed.): *EU law and the welfare state. In search of solidarity*. Oxford [etc.], Oxford University Press, 2005, 1–9.

5. The BALPA case

In this case to become more cost effective the British Airways decided to set up a subsidiary company in other EU States. The British Airline Pilot Association (hereinafter: BALPA) realised the possible negative implications of this decision on terms and conditions of employment. After failed negotiation it decided to go on strike. Irrespective of the overwhelming support of workers (the pre strike ballot showed 86% in favour of work stoppage) the strike could not take place, because the company requested an injunction, claiming that the action would be illegal under Viking and Laval. It argued that the right to strike was subject to restrictions under European law, where its effect may disproportionately impede an employer's freedom of establishment or freedom to provide services. What is more, the company threatened that should they go on strike, it would claim damages estimated at £100 million per day. The BALPA turned to the High Court, however three days later the case stopped for BALPA realised that the process would be likely to last at least 18 months during which time it could not risk taking strike action.

The case was referred to the ILO's Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. The Committee made it clear that its task is not to judge the correctness of the ECJ's decisions. It referred to its previous position on permissible restrictions on the right to strike and underlined that there is no need to assess the proportionality of interests bearing in mind a notion of freedom of establishment or freedom to provide services. In previous cases it has only suggested that, the notion of a negotiated minimum service in order to avoid damages which are irreversible or out of all proportion to third parties may be considered, and, if agreement is not possible, the issue should be referred to an independent body. The Committee expressed its serious concern in connection with the practical limitations on the effective exercise of the right to strike. The serious threat of an action for damages that could bankrupt the union, possible in the light of the Viking and Laval judgements, creates a situation where the rights under the Convention cannot be exercised, the injunction and the delays would probably render the action meaningless. Such cases are becoming more and more common, therefore the doctrine that emerged from the ECJ judgements was likely to have a significant restrictive effect on the exercise of the right to strike in practice in a manner contrary to the Convention.⁵¹

The activity of the European Union raises serious concerns. In the BALPA case it was openly stated that the decisions of the European Court of Justice in Laval and Viking are incompatible with ILO standards. The clash between the ECJ's viewpoint (on the liability of trade unions for the consequences of an industrial dispute) and that of the European Court of Human Rights (trade union's rights) is obvious.⁵² The message of the ILO and that of the Council of Europe is about a strike that is considered and

⁵¹ Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (Appendix to the General Report Part II. Observations concerning particular countries United Kingdom).

⁵² Ewing, Keith D. - Hendy, John: The dramatic implications of Demir and Baykara. *Industrial Law Journal* 2010/1 2-51.

protected as human right, the ECJ's decisions on the other hand build a pedestal for the four freedoms. Which approach will triumph? On one side there is a remarkably detailed set of rules, a suitable machinery to identify infringements, but the proper sanctions are lacking or are rarely applied. On the other side there is seemingly no competence but there is a very effective sanction system. Paul Germanotta and Tonia Novitz point out that the EU is in a better position to secure an enforceable right to strike than the ILO or the Council of Europe. Clearly, if it were not for the historical reluctance to regulate industrial action, the EU would have the potential to reverse the gradual diminution of labour standards.⁵³ Indeed, the EU has the way but not the will. It is fearful, that at least when strikes with transnational elements are concerned, the rules of the EU will conquer over the international regulations.

6. The fourth bridge: some remarks on the Hungarian system

In Hungary the right to strike is a fundamental right protected by the Constitution and by a separate act. The content of this right is closer to the ILO's vision than to the European Social Charter's. Industrial actions directed to collective bargaining are not the only ones protected, but all actions with the objective to protect the social and economic interests of workers.

Act VII of 1989 on Strike was written at turbulent times, when the change of regime was on its way therefore contains lots of fuzzy regulation. In the last three years the strike issue has been in the limelight. Conferences were organised, Hungary's Ombudsman launched a comprehensive review of the Strike Act in the autumn of 2008 to map the problematic areas. These issues concerns areas such as the restrictions concerning public servants, the provision of essential services (the problematic nature of these fields was pointed out by the European Committee of Social Rights as well) information of the public or liability for damages etc. Though attention is paid to the issue, strikes with cross border elements are not considered as burning problem. Regarding transnational strikes we shall examine two cases, one hypothetical and one that de facto took place.

Starting with the hypothetical case, one might ask: how would Hungarian judges decide in a situation similar to Viking or Laval? This question is rather complex. Actions comparable to those involved in the aforementioned cases would most likely be unlawful. Strike against the employer who has partially remodelled its activity abroad to force him to conclude the same agreement in that given foreign country as the agreement in force between the trade union and the employer would be considered unlawful. Similarly, trade union action to force the posted workers' employer to quasi join the collective agreement to extend the application of the conditions of the collective agreement to posted workers would be unlawful. The employer shall ask the opinion of the trade union operating at the employer's workplace prior to passing a decision in

⁵³ Germanotta, Paul -Novitz, Tonia: Globalisation and the Right to Strike: The Case for European-Level Protection of Secondary Action. *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2002/18, 67-82.

respect of any plans for actions affecting a large group of employees (like proposals for the employer's reorganization, transformation) (Art. 21 para. 1 of the Labour Code). If the employer fails to fulfil this obligation or – in the opinion of the trade union – fulfils it improperly the trade union may take advantage of its right to veto. The contested actions shall not be executed or, if already in progress, shall be suspended until the negotiations between the employer and the trade union are concluded, or until the court's final decision (Art. 23 para. 5 of the Labour Code). If an employer has failed to provide information, the trade union can exercise its right to veto the reconstruction of the enterprise abroad.⁵⁴

Another strike with transnational element was the protest at Budapest Airport in December 2008. Budapest Airport decided to hire new workers due to the proximity of Christmas. Some 40 strike-breakers have arrived at Ferihegy airport from Greece and the airport manager started to train them as check-in security controllers. The Union claimed violation of the strike law and turned to the Labour Inspectorate to prevent the use of foreign workers hired to cover for striking security staff. The strike went on and the Greek security controllers started to work. The European Trade Union Confederation expressed support for the airport employees. In my opinion the employer's action breached not only international law standards but was contrary to the Hungarian labour code too. The latter states: "It is forbidden to employ a hired-out worker...at any place of business of the user enterprise where there is a strike in progress from the time when pre-strike negotiations are initiated until the strike is called-off (Art. 193/D Labour Code)". We can see that for the duration of a strike the employer is prohibited from replacing striking employees with temporary workers. However this "anti-strike-breaker" provision of the Labour Code only prohibits to use temporary workers. An employer wishing to maintain his activities may however utilize his own employees, or recruit new workers other than temporary workers. According to the ILO: The hiring of workers to break a strike in a sector which cannot be regarded as an essential sector in the strict sense of the term, constitutes a serious violation of freedom of association.⁵⁵ The term "essential services" is defined by the jurisprudence of the ILO. This definition is applied only in cases where the interruption of services would pose a danger to the population, in terms of people's life, safety or health (the hospital sector; electricity services; water supply services; the telephone service; air traffic control). In these cases the right to strike may be subject to major restrictions or even prohibitions. The definition is restrictive. Consequently other areas of transport operation are not "essential services".

How could Hungarian strike law and practice advance? In my opinion the first step would be to provide information on international and European rules. Regarding legal sources, the analysis of travaux préparatoires and the knowledge of "insider" profes-

⁵⁴ Kiss György – Kajtár Edit: Freedom of services, establishment and industrial conflicts. Country Report: Hungary. In: Blanpain, Roger – Świątkowski, Andrzej M. (eds): *The Laval and Viking cases: freedom of services and establishment v. industrial conflict in the European Economic Area and Russia*. Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2009, (Bulletin of comparative labour relations; 69) 83–101.

⁵⁵ 2006 Digest para. 632.

sionals⁵⁶ (i.e. lawyers working at the International Labour Organization, Council of Europe or European Court of Justice) provides a more complete understanding. We have to build on the knowledge of practicing experts as well as the work of theoreticians. Secondly, it is important to take advantage of the good practices of other countries. I am convinced that legal transplants⁵⁷ (new concepts, solutions and techniques) would invigorate the current Hungarian system. This of course cannot be done without paying proper attention to the fact that legal norms are strongly intertwined with the historical, political, ideological and economic environment of a given country. Thirdly, rules imposed on the parties (especially on the workers) are not feasible in the long run. Self-regulation in forms of collective agreement or a separate document is therefore to be encouraged.

The Hungarian Strike Act was amended a few months ago yet various areas are still unregulated (strike breaking, strike petrol, liability issues, prior notification of the public and the employers, consumer protection, data protection etc.). I believe that certain aspects of the national regulation (regulation on minimum service, peace clause and complete prohibition of strike in relation to certain employees) violate the rules set up by the ILO and the Council of Europe.

7. Concluding remarks

Strikes are present throughout organized labour history. If we look back, each period has its own emblematic strikes. Let us think about the UK miners' strike of 1984-85 the fall of which also signalled the end of strong trade unionism. This right is an essential consequence of the right to organize and at the same time an indispensable tool to promote and defend the economic and social interest of workers and of their organisations. It is of utmost importance that effective guarantees exist for the furtherance of the right to strike, while measures which unduly prevent recourse to strike are eliminated.

Only regulations that are transparent, predictable and consistent comply with the rule of law. In other words, a clear concept of the right to strike is a prerequisite. In reality however, the extent of protection granted to the right to strike is different on international, regional, European and national level. The relationship between Geneva, Strasbourg, Luxembourg and Budapest is not clear; therefore the legislator/trade unions/employees/employers face difficulties when attempting to predict the lawfulness of a given protest. Via its case law, Geneva and Strasbourg provide a rather detailed set of guidelines; although there are minor differences, the visions of the two institutions are similar. Luxembourg, on the other hand, transmits a different message. The right to strike, though acknowledged to be a fundamental right, is treated inferior to the four

⁵⁶ De Witt, Bruno: European Union law: A unified academic discipline? *EUI working papers, Law*, 2008/34, 1-3.

⁵⁷ Watson, Alan: *Legal transplants: An approach to comparative law*. 2. ed. Athens, Georgia, The University of Georgia Press, 1993; Kahn-Freund, Otto: On uses and misuses of comparative law. *The Modern Law Review* 1974/37, 1-27.

freedoms. From cases, such as BALPA, it is fearful that no matter how broadly the right to strike is interpreted by the Council of Europe or (even more broadly) by the ILO, the enforcement methods attached to international and regional norms might not provide sufficient protection.

To conclude, even if industrial peace is the ideal state, different interests between employees and employers will always lead to clashes. Conflicts as such form a natural part of industrial relations, be they national, international or European. It is the uncontrolled conflict that turns to be harmful, ruins solidarity in the society and jeopardises the rule of law. The question we have to ask ourselves is by no means how to curtail the right to strike but how to keep it within lawful boundaries. In the 21th century the preservation and sometimes reconstruction of those bridges is more important than ever.