Unmittelbare Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit/Učinak prema trećima u okviru slobode kretanja radnika

Mišćenić, Emilia

Source / Izvornik: **Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2006, 27, 985 - 1004**

Journal article, Published version
Rad u časopisu, Objavljena verzija rada (izdavačev PDF)

Permanent link / Trajna poveznica: https://urn.nsk.hr/urn:nbn:hr:118:698158

Rights / Prava: In copyright / Zaštićeno autorskim pravom.

Download date / Datum preuzimanja: **2024-04-26**

Pravni fakultet Faculty of Law

Sveučilište u Rijeci
University of Rijeka

Repository / Repozitorij:

Repository of the University of Rijeka, Faculty of Law
- Repository University of Rijeka, Faculty of Law

DIGITALNA KNJIŽNICA

DIGITALNI AKADEMSKI ARHIVI I REPOZITORIJI

UNMITTELBARE DRITTWIRKUNG DER ARBEITNEHMERFREIZÜGIGKEIT

Mr. sc. Emilia Čikara,
znanstvena novakinja - asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 342.737(4-67EU)
Ur.: 5. rujna 2006.
Pr.: 22. studenog 2006.
Pregledni znanstveni članak

Učinak prema trećima u okviru slobode kretanja radnika[*]

U okviru temeljnih sloboda Europske zajednice u posljednje vrijeme se učestalo raspravlja o tomu, može li sloboda kretanja radnika imati "učinak prema trećima". Postavlja se pitanje u kolikoj mjeri slobode kretanja osoba pored toga što štite pojedince u odnosu na mjere država članica i Europske zajednice, pružaju zaštitu i u odnosu na druge privatne osobe. Privatne osobe mogu nametati ograničenja u gospodarskom djelovanju na zajedničkom tržištu na isti način kao i same države članice, te tako narušiti temeljne gospodarske slobode. Pojam "učinka prema trećima" definira se kao "djelovanje temeljnih gospodarskih sloboda između dviju privatnih osoba koje autonomno posluju". Temeljem odredaba o slobodi kretanja radnika Ugovora o Europskoj zajednici, koje djeluju vertikalno i neposredno u nacionalnom pravnom poretku, privatne se osobe pred nacionalnim sudovima mogu pozivati protiv radnji država članica. Priznanje "učinka prema trećima" u okviru slobode kretanja radnika imalo bi za posljedicu otvaranje iste mogućnosti radniku, koji se pred nacionalnim sudom želi pozvati protiv mjera privatnih udruženja i saveza, odnosno prihvaćanje stajališta prema kojem i privatne osobe mogu biti adresatima temeljnih gospodarskih sloboda. S obzirom da pitanje, može li i pod kojim uvjetima sloboda kretanja radnika neposredno djelovati i u odnosima između privatnih osoba, spada među trenutno najspornija u okviru europskog prava, ovaj ga rad nastoji detaljnije pojasniti. Radi što boljeg uvida u navedenu problematiku prikazan je doprinos sudske prakse Europskog suda pravde te stajalište doktrine.

Ključne riječi: *učinak prema trećima, sloboda kretanja radnika, opća zabrana ograničenja, zabrana diskriminacije.*

[*] Der folgende Beitrag basiert auf einer Seminararbeit, die die Verfasserin im Sommersemester 2004/2005 bei Dr. Jürgen Brohmer am Europa Institut der Universität des Saarlandes anfertigt hat.

A. Unmittelbare Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit

I. Problemstellung

Das Problem der "unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit" hat in letzter Zeit eine außerordentliche Bedeutung im Rahmen der Personenverkehrsfreiheiten bekommen. Inwieweit die Personenverkehrsfreiheiten den Einzelnen nicht nur vor Maßnahmen der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft schützen, sondern ebenso im Verhältnis gegenüber anderen Privatpersonen wirken ist höchst umstritten. Eine wichtige Rolle im Arbeitsleben spielen bestimmte Beschränkungen der Freizügigkeit durch Private[1]. Der grenzüberschreitende Verkehr und damit auch die Grundfreiheiten können durch Private behindert werden, wobei die Beschränkungen durch Private nicht weniger effektiv als solche, die von den Mitgliedstaaten ausgegangen sind, sein können und die wirtschaftliche Betätigung auf dem Gemeinsamen Markt beeinträchtigen können.[2]

Der Begriff der "Drittwirkung" wird "als die Wirkung der Grundfreiheiten zwischen zwei autonom handelnden Privaten definiert".[3] Die Bindung Privater an die Grundfreiheiten wird durch unterschiedliche Begriffe kenngezeichnet wie z.B. Horizontalwirkung der Grundfreiheiten, unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten, individualverpflichtende Wirkung, oder wie in deutscher Literatur, in Anlehnung an das deutsche Verfassungsrecht, als "Drittwirkung".[4] Hierunter ist die horizontale unmittelbare Drittwirkung zu verstehen, in der das Gemeinschaftsrecht einem Privaten Rechte oder Pflichten auferlegt, die er im Verhältnis zu anderen Bürgern zu beachten hat.[5] Die "Drittwirkung" umfasst einerseits jede Wirkung, die nicht nur die Vertragsparteien der EG-Vertrag betrifft, und andererseits die Wirkung des Gemeinschaftsrechts zwischen autonom handelnden Privaten.[6]

Wie oben schon erwähnt, haben die Arbeitnehmersfreizügigkeitsbestimmungen die vertikale unmittelbare Wirkung in der nationalen Rechtsordnung, bzw. können sich die Privatpersonen auf sie vor nationalen Gerichten gegen die Handlungen des Mitgliedstaates berufen. Die Frage der horizontalen unmittelbaren Drittwirkung, d.h. ob sich der Kläger in einem privatrechtlichen Rechtsstreit vor einem nationalen Zivilgericht unmittelbar auf eine Grundfreiheit berufen kann, kann oft nur durch eine Vorlage an den EuGH nach Art. 234 EGV geklärt werden.

---

[1] Unter "Privaten" werden nur diejenigen natürlichen und juristischen Personen verstanden, die nicht als Teil eines Mitgliedstaates anzusehen sind.

[2] Vgl. EuGH, Rs. C-112/00, Sgl. 2003., I-5659, Rdnr. 5694 ff. *(Schmidberger)* der Fall in dem sich das Bedürfniss der Mitgliedstaaten an klaren Vorgaben für Umgehung mit privatrechtliche Beschränkungen der Grundfreiheiten gezeigt hat.

[3] *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, 2000, S. 219.

[4] Vgl. hierzu *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, zur sogenannten Drittwirkung im Europarecht, 2005, S. 18.

[5] *Ganten*, (Fn. 3), S. 23.

[6] Ibid., vgl. die Auslegung in deutscher Grundrechtsterminologie.

Mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit verbundene Rechte schützen in erster Linie gegenüber Maßnahmen der Mitgliedstaaten.[7] Ob sich der Arbeitnehmer hierauf auch gegen Maßnahmen privater Vereinigungen und Verbände berufen kann, bzw. ob Private als Adressaten der Marktfreiheiten angesehen werden können, ist ziemlich umstritten. Dies hätte zur Folge, dass dann einfache zivilrechtliche Verträge zwischen Privaten gegen den EG-Vertrag verstoßen könnten, sobald ein solcher Vertrag die Arbeitnehmerfreizügigkeit verhinderte.[8]

Im heutigen Alltag des Arbeitslebens sind wir ständig Zeugen von unangenehmen Situationen in denen z.B. passiert, dass die Transferregeln eines nationalen Sportverbandes die einzelnen Spieler daran hindern, einen Arbeitsvertrag mit einem Sportclub in einem anderen EG-Mitgliedstaat zu schließen. In solchen Situationen spricht das berechtigte Interesse des Spielers zugunsten der Überprüfung am Maßstab des Art. 39 EG, weil gegen der Überprüfung eine Beschränkung der Privatautonomie des Verbandes und die unternehmerische Gestaltungsfreiheit sprechen. Weiterhin müssen die Rügen von EG-Mitgliedstaaten im Hinblick auf Einschränkungen ihrer Regelungskompetenzen immer in Betracht gezogen werden.

In Anbetracht dessen, dass die Frage ob und unter welchen Voraussetzungen die Arbeitnehmersfreizügigkeit auch zwischen Privaten die unmittelbare Drittwirkung entfalten konnte, zu den derzeit umstrittensten im Europarecht zählt, wird sie in dieser Arbeit näher behandelt. Um eine detaillerte Einsicht in die Problematik zu bekommen, wird ferner die Entwicklung in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften dargestellt und eine Übersicht der theoretischen Meinungsstand in der Literatur gegeben.

B. Rechtsprechung des EuGH

Zu der Problematik der Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit hat der EuGH eine eigene Stellungnahme genommen und sie im Rahmen seiner Gerichtspraxis entwickelt. Der EuGH hat in seiner neueren Rechtsprechung die Garantie der Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit anerkannt.[9] Dabei ist er

---

[7] Das gleiche gilt für die Frezügigkeit von Waren, Dienstleistungen und des Zahlungsverkehrs. Ob die Grundfreiheiten auch zwischen Privaten wirken, ist letzlich noch wenig geklärt; siehe auch EuGH, Rs. C-249/81, Slg. 1982, 4005, Rdnr. 6 ff. *(Kommission/Irland)*.

[8] Möllers, Doppelte Rechtsfortbildung contra legem? Zur Umgestaltung des Bürgerlichen Gesetzbuches durch den EuGH und nationale Gerichte, EuR 1998, Heft l, S. 34.

[9] EuGH, Rs. C-265/95, Slg 1997, I-6959, Rdnr. 24 ff. *(Kommission/Frankreich)*; vgl. hierzu *Michaelis*, Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten – Zum Fall Angonese, NJW 2001, Heft 25, S. 1841: "So führte er etwa im so genannten Tonträger-Urteil aus, das ein Gemeinsamer Markt nicht zu erreichen sei, "wenn Privatpersonen auf Grund der verschiedenen Rechtsysteme der Mitgliedstaaten die Möglichkeit hätten, den Markt aufzuteilen und willkürliche Diskriminierungen oder verschleierte Beschränkungen im Handel zwischen den Mitgliedstaaten herbeizuführen". Später formulierte er noch deutlicher: "Vereinbarungen zwischen Privaten dürfen in keinem Fall von den zwingenden Bestimmungen des Vertrags über den freien Warenverkehr abweichen".

in seiner Auslegung sehr weit gegangen und hat erstmals das Diskriminierungsverbot des Art. 39 Abs. 2 EG gegenüber dem Verhältnis zwischen einzelnen Privaten angewendet.[10]

Der Beitrag des Gerichthofes zu dieser Problematik ist von großer Bedeutung für den Rechtschutz der Privaten. Die Ausnutzung wirtschaftlicher Übermacht, wie z.B. von starken privaten Vereinigungen und Verbänden stellt oftmals eine Gefährdung des Wohls des Arbeitnehmers dar. In seiner Rechtsprechung, die er über einen längeren Zeitraum entwickelt hat, versuchte der EuGH die Gewährleistung der Rechte aus Art. 39 EG stärker zu positionieren und den Arbeitnehmern einen effizienten Schutz zu gewährleisten.[11]

Die Entwicklung der Rechsprechung des EuGH betreffend die Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit wird zunächst durch die relevante Rechtsprechung des EuGH dargestellt.

I. Erstes Urteil zur unmittelbaren Drittwirkung: Das Urteil Walrave und Koch

In der Rechtsache *Walrave und Koch*[12] hat der Gerichtshof zum ersten Mal entschieden, dass eine privatrechtliche Vereinigung als Adressat der Arbeitnehmerfreizügigkeit angesehen werden kann. Die Voraussetzung hierfür ist, dass die Maßnahmen privater Vereinigungen kollektive Regelungen sind, die in ihrer Wirkung staatlichen Regelungen vergleichbar sind.[13] Dem Fall lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die niederländischen Staatsbürger *Walrave* und *Koch* nahmen regelmäßig gegen entsprechende Bezahlung als Schrittmacher an Bahnradrennen teil. Die Verträge schlossen sie entweder mit den Rennfahrern selbst oder den Sportverbänden ab. Im Jahre 1973 änderte der Dachverband der nationalen Radsportverbände die Regeln derart ab, dass zur Teilnahme an der Weltmeisterschaft nur die Mannschaften berechtigt waren, bei denen Schrittmacher und Radrennfahrer dieselbe Nationalität hatten. *Walrave* und *Koch* hielten die Rechtsvorschriften für gemeinschaftswidrig und erhoben Klage gegen den Dachverband.[14]

Der EuGH hat die unmittelbare Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit bejaht und festgestellt, es stehe "außer Frage, dass Artikel 48 (jetzt: Art. 39 EG), der für unselbständige Erwerbstätigkeiten die Abschaffung jeder auf der

---

In der nachfolgenden Judikatur stellte der EuGH aber unmissverständlich klar, dass der Warenverkehrsfreiheit doch keine unmittelbare Drittwirkung zukommen solle, Adressaten also weiterhin allein die Mitgliedstaaten sein sollen."

[10] EuGH, Rs. C-281/98, Slg 2000, I-4139, Rdnr. 30 ff. *(Angonese)*.

[11] Vgl. hierzu *Michaelis*, (Fn. 9), S. 1841.

[12] EuGH, Rs. C-36/74, Slg 1974, 1405, Rdnr. 16 ff. *(Walrave)*.

[13] Ibid., der EuGH formulierte damals "das Verbot der unterschiedlichen Behandlung gilt nicht nur für Akte der staatlichen Behörden, sondern erstreckt sich auch auf sonstige Maßnahmen, die eine kollektive Regelung im Arbeits- und Dienstleistungsbereich enthalten."

[14] Vgl. hierzu *Craig/de Burca,* EU Law, 3. Aufl. 2002, S. 702 ff.

Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung vorschreibt, gleichermaßen Verträge und sonstige Vereinbarungen erfasst, die nicht von staatlichen Stellen herrühren".[15] Aufgrund des "effet utile" Grundsatzes ist der EuGH zu dem Beschluss gekommen, "dass die Beseitigung der Hindernisse für die Freizügigkeit gefährdet wäre, wenn die Abschaffung der Schranken staatlichen Ursprungs durch Hindernisse zunichte gemacht werden könnte, die sich daraus ergeben, dass nicht dem öffentlichen Recht unterliegende Vereinigungen und Einrichtungen von ihrer rechtlichen Autonomie Gebrauch machen"[16]. Ferner soll die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts sichergestellt werden, die durch die Beschränkung des Diskriminierungsverbotes nur auf behördliche Maßnahmen, nicht erreichbar würde. Da die Arbeitsbedingungen in den Mitgliedstaaten durch Gesetze, Regelungen und Arbeitsverträge unterschiedlich geregelt sind, könnte eine Beschränkung des Diskriminierungsverbotes des Art. 39 EG auf staatliche Maßnahmen einen breiten Weg für ungleiche Anwendung öffnen.[17]

II. Ausbau der unmittelbaren Drittwirkung zum allgemeinen Beschränkungsverbot: Das Urteil Bosman

In der Rechtssache *Bosman* hat der EuGH seine Rechtsprechung zur unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit bestätigt und ebenso ausgeweitet.[18] Dem Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Herr *Bosman*, ein belgischer Berufsfußballspieler, verklagte einen Fußballclub der ersten belgischen Liga, den belgischen Fußballverband und die UEFA auf Schadenersatz. Der Vermögensschaden ist ihm dadurch entstanden, dass sein Transfer von seinem ehemaligen Arbeitgeber zu einem französischen Club von

---

[15] ECR, 61999J0309, I-01577, S. 21, Rdnr.120.

[16] *Michaelis*, (Fn. 9), S. 1841.

[17] Vgl. *Schütz/Bruha/König*, Casebook Europarecht, S. 666; In zwei folgenden gleichgelagerten Fällen EuGH, C-Rs. 13/76, Slg. 1976, 1333, 1340 ff. *(Gaetano Donà./.Mario Mantero)* und EuGH, C-Rs. 251/83, Slg. 1984, 4277 ff. *(Eberhard Haug-Adrion./.Frankfurter Versicherungs AG)* bestätigte der EuGH sein Ziel alle Maßnahmen, die auf dem Gebiet der Arbeitnehmerfreizügigkeit diskriminierend wirken, zu beseitigen. In der Rechtssache *Donà/Mantero* überprüfte der EuGH die Anwendbarkeit des Art. 39 EG auf eine von einer privatrechtlichen Vereinigung (Sportverband) erlassene kollektive Regelung. Im Fall *Haug-Adrion* waren Prüfungsgegenstand allgemeine Versicherungsbedingungen eines privaten KfZ-Haftpflichtversicherers.

[18] EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rdrn. 82 *(Bosman)*; Vgl. hierzu *Matthies*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Art. 30 EGV Rdnr. 5: "Es wird deshalb zum Teil angenommen, eine Wirkung der Grundfreiheiten zulasten Privater könne nur angenommen werden, wenn diese anstelle des Staates handeln, so wenn sie Recht setzten oder sich quasi-staatliche Gewaltbefugnisse anmaßten. Im *Bosman*-Fall könne man dies bejahen, weil die Sportverbände die Transfer- und Ausländerklausel quasi-rechtlich aufgestellt hätten. Eine Wirkung zulasten der Verbände sei interessengerecht, weil es ansonsten der Staat in der Hand hätte, durch private Organisationsstrukturen die Grundfreiheiten zu umgehen. Diese Argumentation trifft zwar zu. Die Drittwirkung der Grundfreiheiten aber nur auf staatsähnliches Handeln ausdehnen zu wollen, ist als zu eng abzulehnen".

ersterem schuldhaft verhindert worden war. Das belgische Gericht legte dem EuGH die Frage vor, ob die mit den Transferregelungen und der Ausländerklausel[19] verbundenen Beschränkungen der Freizügigkeit von Profifußballern mit Art. 39 EG vereinbar seien.[20]

In seiner Erwägung hat der EuGH zunächst das Grundrecht der Privatautonomie des Sportverbandes der Arbeitnehmerfreizügigkeit gegenübergesetzt,[21] und ist zum Beschluss gekommen, dass die von den Sportverbänden aufgestellten Regeln nicht erforderlich sind, "um die Ausübung dieser Freiheit durch die genannten Verbänden, die Vereine oder die Spieler zu gewährleisten".[22] Die unmittelbare Drittwirkung hat er mit mehreren Argumenten unterstüzt. Einerseits hat er sich auf den obig erwähnten "effet utile" Grundsatz berufen und andererseits auf den Grundsatz der einheitlichen Wirkung hingewiesen. Dannach hat sich der EuGH mit dem Einwurf der UEFA befasst, die vorgeworfen hat, dass die Rechtfertigungsgründe des Art. 39 Abs. 3 EG auf Mitgliedstaaten zugeschnitten sind und auf Private nicht passen. Der EuGH hat sie mit der Erklärung abgelehnt, dass der öffentliche oder private Charakter der betreffenden Regeln keinen Einfluss auf die Tragweite oder den Inhalt dieser Rechtsfertigungsgründe hat.[23] Ferner hat der EuGH ausgeführt, dass die Rechtfertigungsgründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit auch von Privatpersonen geltend gemacht werden könnten.[24]

Eine der wichtigsten Konsequenzen des *Bosman* Urteils für die unmittelbare Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Art. 39 EG vom Diskriminierungsverbot zum allgemeinen Beschränkungsverbot, die grundsätzlich alle Beschränkungen der Arbeitneh merfreizügigkeit verbietet und für kollektive Regelungen gelten soll.[25] Das Hauptargument dafür war, dass im Gegensatz zu den Ausländerklauseln bei den Transferregeln weder eine offene noch eine versteckte Diskriminierung eindeutig festgestellt werden konnte. Aus dieser Grunden hat der EuGH seine Drittwirkung-

---

[19] Gemäß den Transferregelungen durfte eine Beschäftigung bei einem neuen Fußballverein erst nach Zahlung einer Ablösesumme erfolgen; die Ausländerklausel begrenzte der Zahl der ausländischen Spieler bei Meisterschaftsspielen auf drei.

[20] Vgl. *Schütz/Bruha/König*, (Fn. 17), S. 643.

[21] EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rdnr. 79 *(Bosman)*.

[22] Ibid., Rdnr. 80 ff.; in der Literatur bestehen die Vorwurfe, dass die Vereinigungsfreiheit zu wenig berücksichtig wurde.

[23] Ibid., Rdnr. 86; *Preedy*, (Fn. 4), S. 48.

[24] Ibid., Rdnr. 86; a.A. *Ehlers*, Die Grundfreiheiten des europäischen Gemeinschaftsrecht (Teil I), Jura 2001, Heft 4, S. 274: "Ob diese Gründe auch von Privatpersonen geltend gemacht werden können (wie der EuGH annimmt), ist sehr zweifelhaft, da Private andere Zwecke als die Träger von Staatsgewalt verfolgen".

[25] *Costello*, Market Access All Areas – The Treatment of Non-discriminatory Barriers to the Free Movement of Workers, Legal Issues of Economic Integration 2000, S. 269 ff.; vgl. *Schütz/Bruha/König*, (Fn. 17), S. 644.

Judikatur auf unterschiedslos wirkende Maßnahmen erstreckt.[26] Deswegen kann ferner nicht vertreten werden, dass die anderen Urteile auf der Verordnung 1612/68 beruhten, da ihr Art. 7 Abs. 4 nur diskriminierende Arbeits- und Vertragsbedingungen regelt.

III. Die Ausweitung der unmittelbaren Drittwirkung des Diskriminierungsverbotes auf einzelne Privatpersonen: Das Urteil Angonese

Das *Angonese*[27] Urteil stellt einen großen Schritt weiter in dem Ausbau der Rechtsprechung der EuGH zur unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit dar. Dem Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Herr *Angonese*, italienischer Staatsangehöriger deutscher Muttersprache, hat in Österreich ein Studium absolviert. Danach bewarb er sich auf die Ausschreibung einer privaten Bank in Bozen, in der verlangt wurde, dass man das Beherrschen der deutschen und der italienischen Sprache mit einer Bescheinigung der öffentlichen Verwaltung in Bozen beweist (Zweisprachigkeitsnachweis). Da *Angonese* den Zweisprachigkeitsnachweis nicht beibringen konnte, wurde seine Bewerbung abgewiesen, obwohl er vollkommen zweisprachig ist. *Angonese* ist der Auffassung, dass die Nachweispflicht gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit verstößt.[28]

Zunächt musste der EuGH das Bestehen eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 39 Abs. 2 EG überprüfen. Solchen Verstoß hat er in der Vorlageverpflichtung des Zweisprachigkeitsnachweises der Provinz Bozen durch die Staatsangehörige aus anderen Mitgliedstaaten gefunden, wodurch diese gegenüber den Einwohnern der Provinz Bozen benachteiligt wurden, da es ihnen schwerer war diesen Nachweis zu besorgen.[29]

Der Gerichtshof hat in dieser Rechtssache das Diskriminierungsverbot des Art. 39 Abs. 2 EG auf einzelne Privatpersonen ausgeweitet.[30] Die bisherige inhaltliche Beschränkung der Drittwirkung der Grundfreiheit auf den Bereich den kollektiven Regelungen ist aufgegeben worden, was als die Folge gehabt hat, dass sich auch privatautonome Verträge und sonstige private Vereinbarungen an

---

[26] EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rdnr. 96 *(Bosman)*: "Bestimmungen, die einen Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaats daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, stellen daher Beeinträchtigungen dieser Freiheit dar, auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer Anwendung finden (...)".

[27] EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, Rdnr. 40 *(Angonese)*.

[28] *Arndt,* Europarecht, 7. Aufl. 2004, S. 145.

[29] EuGH, Rs. C-281/98, Slg 2000, I-4139, Rdnr. 40 *(Angonese)*.

[30] *Streinz*, Rechtsprechungsübersicht, Unmittelbare Drittwirkung der freizugigkeit der Arbeinehmer in Individualarbeitsverträgen, JuS 2000, Heft 11, S. 1112: "Die entscheidende Aussage des EuGH ist die, dass in Art. 39 EG ausgesprochene Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit auch für, d.h. gegenüber Privatpersonen gelte."; vgl. auch *Lane/ Shuibhne*, Case Law, Case C-281/98, *Roman Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, Judgment of 6 June 2000, CMRL 37, 2000, S. 1240.

dem Maßstab des Art. 39 EG messen lassen werden. Der EuGH war der Aufassung, dass das Diskriminierungsverbot nicht nur auf die behördlichen Maßnahmen begrenzt werden kann, da die Arbeitsbedingungen in verschiedenen Mitgliedstaaten "teilweise durch Gesetze oder Verordnungen und teilweise durch von Privatpersonen geschlossene Verträge oder sonstige von ihnen vorgenommene Akte geregelt sind", was zu ihrer ungleichen Anwendung führen könnte. Ferner hat der EuGH festgestellt, "dass die Tatsache, dass bestimmte Vertragsvorschriften ausdrücklich die Mitgliedstaaten ansprechen, nicht ausschließt, dass zugleich allen an der Einhaltung der so umschriebenen Pflichten interessierten Privatpersonen Rechte verliehen sein können".[31]

Jedoch war der Generalanwalt Fenelly anderer Meinung,[32] und hatte einen Zweisprachigkeitsnachweis als unterschiedslos wirkende Maßnahme angesehen.[33] Hätte der Gerichtshof den Zweisprachigkeitsnachweis ebenso als unterschiedslos wirkende Maßnahme angesehen, würde dies die Bindung einzelner Privater an das Beschränkungsverbot des Art. 39 EG zur Folge haben. Allerdings sind die Privaten immernoch nur als Adressaten des Diskriminierungsverbots anzusehen.[34]

IV. Exkurs: Die unmittelbare Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Hinblick auf die Konvergenz der Grundfreiheiten

Eine wichtige Rolle in der Rechtssprechung des EuGH zur unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit spielt das sog. Konvergenzprinzip der Grundfreiheiten. Der Grundsatz der Konvergenz der Grundfreiheiten stellt eine einheitliche Dogmatik der Grundfreiheiten, nachdem der EuGH von einer gemeinsamen Grundstruktur der Grundfreiheiten von Tatbestands-, Eingriffs- und Schrankebene ausgeht.[35] Der Gedanke einer Konvergenz der Grundfreiheiten besteht darin, dass alle Grundfreiheiten durch den EuGH mittlerweile als

---

[31] EuGH, Rs. 281/98, Slg 2000, I-4139, Rdnr. 33, 34 (*Angonese*).

[32] Vgl. *GA Fenelly*, Slg. 2000 I, 4139 ff. (*Angonese*); vgl. *Streinz/Leible*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EuZW 2000, S. 459 (460 f.).

[33] Vgl. *Schütz/Bruha/König*, (Fn. 17), S. 639: Unterschiedslos wirkende Maßnahme oder "die versteckte bzw. mittelbare Diskriminierung ist dadurch kenngezeichnet, dass sich die Rechtsvorschriften, die unterschiedslos auf alle betroffenen Personen – Inländer wie Ausländer – angewendet werden, faktisch besonders nachteilig auf die Gruppe der Arbeitnehmer aus einem anderen Mitgliedstaat auswirken".

[34] *Streinz*, (Fn. 30), S. 1111 ff.: "Analysiert man die knappe Begründung des EuGH, so stüzt er dies auf den Wortlaut der Vorschrift der eine unmittelbare Andwendbarkeit nicht ausschließe, den Gedanken des *effet utile*, die Wahrung der einheitlichen Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts und auf die Parallele zu Art. 12 und Art. 141 EG".

[35] *Schleper*, Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten?, Göttinger Online - Beiträge zum Europarecht Institut für Völkerrecht – Abteilung Europarecht der Georg-August-Universität Göttingen, Nr. 16, 2004, S. 42; http://www.duessellaw.de/europarkoenigharatsch.htm (17. 02. 2006).

Freiheitsrechte interpretiert werden und "sie alle gemeinsam der Absicherung des Binnenmarktes dienen, mithin eine gleiche Finalität aufweisen".[36]

Jedoch ist der EuGH von dieser Ansicht in seiner Rechtsprechung zu der unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit abgewichen.[37] Im Rahmen des freien Warenverkehrs ist die Entscheidung zum Fall *Agrarblockade*[38] ergangen, bei dem der EuGH die unmittelbare Drittwirkung durch sog. "grundfreiheitliche Schutzpflicht"[39] ersetzt hat. Die grundfreiheitliche Schutzpflicht verpflichtet die Mitgliedstaaten alle erforderlichen und geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um den Gemeinsamen Markt von beeinträchtigenden Handlungen Privater freizuhalten.[40] Jedoch hat der EuGH im Urteil *Lehtonen*[41], das zur Arbeitnehmerfreizügigkeit gleich danach ergangen ist, die unmittelbare Drittwirkung und die Anwendbarkeit des allgemeinen Beschränkungsverbotes auf kollektive Regelungen wiederum bejaht.[42] Im Endergebniss stehen die unmittelbare Drittwirkung und die Schutzpflicht nebeneinander.

V. Zusammenfassung der Rechtsprechung

Der EuGH hat die unmittelbare Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit in seiner Rechtsprechung deutlich bejaht und folglich mehrmals bestätigt, dass

---

[36] Vgl. auch *Koenig/Haratsch*, Europarecht, 2. Aufl. 1998, Rdnr. 572; *Herdegen*, Europarecht, 5. Aufl. 2003, Rdnr. 282; *Eberhartinger*, Konvergenz und Neustrukturierung der Grundfreiheiten, EWS 1997, S. 43 (48); *Behrens*, Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR 1992, S. 145; *Mortelmans*, Towards a convergence of the application of the rules on free movement and competition?, https://dspace.library.uu.nl:8443/bitstream/1874/7217/1/article_print32.html (16. 02. 2006).

[37] *Schleper*, (Fn. 35), S. 42: "Auf der Tatbestandsebene steht vor allem die Rechtsprechung des EuGH zur Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit einer Konvergenz der Grundfreiheiten entgegen, wobei der Keck-Gedanke auf alle Grundfreiheiten übertragen werden kann und so die Reichweite als Beschränkungsverbote bestimmt. Im Bereich der Rechtfertigung ist die allgemeine Linie zur Aufgabe der Unterscheidung zwischen versteckter Diskriminierung und materiell unterschiedsloser Regelung erkennbar."

[38] EuGH, Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959, Rdnr. 24 ff. *(Kommission/Frankreich)*.

[39] *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil/Epiney*, Die Europäische Union, 5. Aufl. 2001, S.410: "In Bezug auf Verhinderungen des freien Warenverkehrs durch französische Landwirte stellte der EuGH fest, dass Art. 28 i.V.m. Art. 10 EG auch dann Anwendung finden könne, wenn es um nicht auf den Staat zurückgehende Beeinträchtigungen des innergemeinschaftlichen Handels geht, dieser aber keine Maßnahmen zu deren Verhinderung ergreift".

[40] Vgl. *Streinz/Leible*, (Fn. 32), S. 459 (466).

[41] EuGH, Rs. C-176/96, Slg 2000, I-6959, Rdnr. 35 ff. *(Lehtonen)*.

[42] EuGH, Rs. 176/96, Slg 2000, I-6959, Rdnr. 35 ff. *(Lehtonen)*; Vgl. *Martin,* Comments on *Angonese* (Case C-281/98 of 6 June 2000), *Graf* (Case C-190/98 of 27 January 2000), *Delège and Lehtonen* (Cases C-51/96 and 176/96 of 11 and 13 April 2000), *Nazli* (Case C-340/97 of 10 February 2000) and *Kaba* (Case C-356/98 of 11 April 2000), European Journal of Migration and Law 2000, S. 436 ff.

Art. 39 EG zwischen einzelnen Privaten wirkt.[43] Dadurch hat er den Arbeitnehmern ein hohes Schutzniveau gewährleistet.[44]

In Bezug auf das Diskriminierungsverbot des Art. 39 Abs. 2 EG gilt seit dem Urteil in der Rechtsache *Angonese* eine vollständige unmittelbare Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit,[45] während im Hinblick auf das allgemeine Beschränkungsverbot die unmittelbare Drittwirkung nur gegenüber kollektiven Regelungen von privatrechtlichen Vereinigungen und Verbänden gilt.[46] Im wesentlichen zieht der EuGH in seiner Rechtssprechungen zwei Argumente heran, nämlich zum einen die Sicherung des "effet utile" und zum anderen die Währung der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts.

Obwohl sich auf den ersten Blick die Rechtsprechung der EuGH zur unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf einem richtigen und sicheren Weg befindet, geht es hier nur um einen Anschein. Die obig dargestellte Auseinandersetzung zur Konvergenz der Grundfreiheiten bestätigt insofern diese Bedenken. Im Bezug auf die Wichtigkeit der Problematik müssen die Beschlüsse der EuGH abgewogen werden. Einerseits haben wir die Arbeitnehmer, denen als schwächeren Parteien ein hoher Schutz garantiert wird. Andererseits haben wir die Unternehmen, Vereinigungen und Verbände, denen dadurch ihre privatrechtliche Autonomie und unternehmerische Gestaltungsfreiheit im wesentlichen beschränkt wird.

Im Hinblick auf die Bejahung der unmittelbaren Drittwirkung bei dem Diskriminierungsverbot des Art. 39 EG ist die Rechtsprechung des EuGH zu billigen. Denn die Inländergleichbehandlung ist nur dann völlig sichergestellt, wenn sich die einzelnen Privatrechtssubjekte effektiv gegen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit wehren können.

Ob das gleiche für die Rechtsprechung des Gerichtshofes zum Beschränkungsverbot des Art. 39 Abs. 1 EG gilt, ist es fraglich. Eine unbegrenzte Drittwirkung scheint wohl nicht intendiert gewesen zu sein. Mit der Anerkennung der unmittelbaren Drittwirkung könnte die Gefahr entstehen, dass im Hinblick auf die Privatautonomie zwischen Privaten eine weitergehende, umfassende Drittwirkung die freiheitlichen Aktivitäten des Gemeinsamen Marktes entmutigen

---

[43] Vgl. auch EuGH, Rs. C-63/99, Slg. 2001, I-6369 *(Gloszczuk)*; EuGH, Rs. C-162/00, Slg. 2002, I-1049 *(Pokkrzeptowicz-Meyer)*; EuGH, Rs. C-438/00, Slg. 2003, I-4135 *(Deutscher Handballbund)*, EuGH, Rs. C-265/03, Slg. 2005, Rdnr. 6 ff. *(Igor Simutenkov gegen Ministerio de Educación y Cultura und Real Federación Española de Fútbol)*.

[44] *Stoppel*, Grundfreiheitliche Schutzpflichten der Mitgliedstaaten im Europäischen Gemeinschaftsrecht (Dissertation), Juristische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität, Düsseldorf 2002, S. 21: "Die dogmatische Verarbeitung der Drittwirkungsproblematik durch den EuGH erfolgt also über eine direkte Bindung Privater an die Grundfreiheiten im Rahmen privatrechtlicher Beziehungen, mit der Folge, dass Privatpersonen anderen Privatpersonen gegenüber geltend machen können, deren privatrechtliches Handeln verletze die ihnen vom EG-Vertrag verbürgten Grundfreiheiten".

[45] EuGH, Rs. C-281/98, Slg 2000, I-4139, Rdnr. 33 ff. *(Angonese)*.

[46] EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rdnr. 93 *(Bosman)*.

könnte.[47] Diese Gefahr sollte der EuGH bei zukünftigen Rechtsachen in Betracht nehmen und bei ferneren Ausdehnungen der unmittelbaren Drittwirkung zurückhaltend sein. Obwohl die Ausweitung der unmittelbaren Drittwirkung des allgemeinen Beschränkungsverbots auf die kollektive Regelungen der Tarifparteien jedoch gerechtfertigt ist,[48] würde eine solche Ausweitung auf einzelne Privatpersonen zu weit reichen und zu viel erlauben.

Schließlich muss die Rechtsprechung des EuGH zu der unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit kritisiert werden, da seine Urteile oftmals an einem Begründungsdefizit leiden, was sie im Bereich der Rechtssicherheit erheblich schwächt und angreifbar macht.[49] Die inhaltlichen und terminologischen Mißverständnisse haben zu keinem systematischen Vorgehen und zu einer Menge von verschiedenen Meinungen in der Literatur geführt.

C. Meinungsstand in der Literatur

Der Meinungstand in der Literatur zu dem Thema der unmittelbaren Drittwirkung ist durch eine Vielfalt von Stellungnahmen kenngezeichnet. Es muss anerkannt werden, dass sich die Literatur "zunächst nur zögerlich mit dem Gedanken einer unmittelbaren Drittwirkung anfreunden konnte"[50]. Jedoch haben sich aus der See von Meinungsständen über den Bestand der "Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit" drei führende Lehren herauskristallisiert.

Im Rahmen der ersten Lehre, "der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung" ist die unmittelbare Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit abgelehnt worden. Gemäß dieser Lehre sind in erster Linie die Mitgliedstaaten als Normadressaten der Grundfreiheit anzusehen, obwohl sie "mittelbar" auch für Privatpersonen die Wirkungen entfalten. Aus Art. 10 EG ist darüber hinaus eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten abgeleitet worden, auch gegen die Handelshindernisse, die von Privaten verursacht werden, einzuschreiten. Denn aus Art. 10 EG eine Schutzpflicht des Staates folgt, der nach der Staat verpflichtet ist, sein Privatrecht so auszustalten, dass Beschränkungen von Grundfreiheiten nicht mehr möglich sind[51]. Nach dieser Literaturansicht wird die unmittelbare Drittwirkung durch die sog. "grundfreiheitliche Schutzpflicht" ersetzt, wonach die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet sind den gemeinsamen Markt von

---

[47] *Streinz*, Europarecht, 4. Aufl. 1999, Rdnr. 707.

[48] Siehe *supra*, S. 6. Eine der Hauptargumente für diese Ausnahme ist z.B. die Tatsache, dass in Transferregeln von vielen Sportverbänden weder eine offene noch eine versteckte Diskriminierung eindeutig festgestellt werden kann.

[49] Vgl. hierzu *Ganten*, (Fn. 3), S. 219.

[50] *Michaelis*, (Fn. 9), S. 1841.

[51] *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002, Art. 50 EGV, Rdnr.44 ff.; vgl. hierzu *Streinz/Leible*, (Fn. 32), S. 459 (467).

Beschränkungen Privater freizuhalten.[52] Ferner wird diese Lehre mit der Argumentierung gestüzt, dass die Wettbewerbsregeln die einzigen Regelungen des Primärrechts mit unmittelbarer Drittwirkung darstellen.[53] Im Umkehrschluss folgt daraus, dass alle anderen Normen des Primärrechts das vertikale Verhältnis Staat – Bürger betreffen. Als weiteres Argument wird auch angeführt, dass die Rechtfertigungsgründe des Art. 39 Abs. 3 auf Hoheitsträger zugeschnitten sind und auf Privatpersonen nicht passen, da Private andere Zwecke als die Träger von Staatsgewalt verfolgen.[54] Die Vertreter dieser Lehre sind der Aufassung, dass sich Ziel und Zweck der Grundfreiheiten über mittelbare Drittwirkung erreichen lassen.[55] Sie behaupten ferner, dass eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten zwischen Privaten "nach herrschender Ansicht" ausdrücklich abgelehnt worden ist.[56]

Die zweite Lehre von den "intermediären Gewalten" folgt einem mittleren Weg. Nach dieser Ansicht sind die Mitgliedstaaten und die Gemeinschaftsorgane die Normadressaten der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Aber in den Fällen, in denen die Privaten aufgrund ihrer wirtschaftlichen, rechtlichen oder faktischen Macht staatsähnlich auftreten und dabei durch privatautonom geschaffene Beschränkungen andere Privatrechtssubjekte in einem grenzüberschreitenden Handel hindern, wird eine Überprüfung am Maßstab des Art. 39 EG ausgeübt. Das sind z.B. die Situationen, wenn die privaten Vereinigungen und Verbände kraft ihrer Verbandsautonomie die Hindernisse für die Freizügigkeit errichten. Es soll verhindert werden, dass die Abschaffung von Hindernissen staatlichen Ursprungs zunichte gemacht wird, durch die Beschränkungen, die als Folge der Ausnutzung rechtlicher Autonomie der Privatpersonen errichtet werden.[57] Die Vertreter dieser Lehre behaupten, dass die Lehre von den "intermediären Gewalten" zur Zeit überwiegt.[58]

Die letzte Lehre der "unmittelbaren Drittwirkung" sieht als Adressaten der Bestimmungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit die Mitgliedstaaten, die Gemeinschaftsorgane, die privaten Vereinigungen und Verbände, aber auch einzelne Privatrechtssubjekte. Die Vertreter dieser Lehre nutzen ferner als wesentliche Argumente die effektive Durchsetzung der Grundfreiheiten und die

---

[52] Vgl. *Streinz/Leible*, (Fn. 32), S. 459 (466).

[53] *Ganten*, (Fn. 3), S. 72; siehe auch *Möllers*, (Fn. 8), S. 34: "Nach dem Wortlaut würden sich nur die Wettbewerbsvorschriften des EG Vertrages (Art. 85 ff. EGV), nicht aber die Grundfreiheiten sich an Private, nämlich an Unternehmen wenden."; vgl. *Michaelis*, (Fn. 9), S. 1842.

[54] *Ehlers*, (Fn. 24), S. 274.

[55] http://de.wikipedia.org/wiki/Arbeitnehmerfreiz% C3%BCgigkeit (15. 02. 2006).

[56] *Matthies,* (Fn. 18), Art. 30 EGV Rdnr. 5; *Hailbronner*, in: Handkommentar zum Vertrag über die EU, 1995, Art. 30, Rdnr. 3; ausdrücklich jüngst *Roth*, Drittwirkung der Grundfreiheiten?, in: Festschrift Everling, 1995, S. 1231 ff.; *Weber*, Die Freizügigkeit für Arbeitnehmer in der EG nach der Entscheidung *Bosman*, RdA 1996, S. 107 (108).

[57] Vgl. *Michaelis*, (Fn. 9), S. 1841; *Ehlers*, (Fn. 24), S. 274.

[58] *Herdegen*, (Fn. 36), Rdnr. 284; siehe auch *Schleper*, (Fn. 35), S. 24; *Jaensch,* Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 1997, S. 263.

einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts. Die Träger der Lehre der unmittelbaren Drittwirkung gehen in ihren Auseinandersetzungen von einer umfassenden unmittelbaren Wirkung der Normen der Grundfreiheiten aus, d.h. ebenso von einer unmittelbaren horizontalen Drittwirkung, halten jedoch das Bestehen von Schranken solcher Wirkung für erforderlich.[59] Um der Lehre der mittelbaren Drittwirkung zu opponieren ist von Vertretern der Lehre der unmittelbaren Drittwirkung eine sehr weitgehende Auslegung entwickelt worden, die argumentiert, dass die mittelbare Drittwirkung mit der Anerkennung von unmittelbarer Drittwirkung vorausgesetzt ist.[60]

D. Privatrechtliche Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Die Privatpersonen verfolgen im Rahmen privatrechtlicher Beziehungen widerstreitende Interessen. Die unmittelbare Drittwirkung sollte den privaten Personen den Weg eines rechtlichen Schutzes vor nationalen Gerichten öffnen, aber diesmal nicht gegen den Staat selbst, sondern gegen andere Privatpersonen, die die Arbeitnehmersfreizügigkeit beeinträchtigen. Deswegen kann beschlossen werden, dass die unmittelbare Drittwirkung ihre Anwendung im Bereich des Privatrechts findet.

Hier soll aber zuerst eine wichtige Differenzierung bezüglich der Art und Quellen der Beeinträchtigungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemacht werden. Die Beeinträchtigungen kommen einerseits aus der Ausübung den Grundfreiheiten widersprechender Normen eines Mitgliedstaates und aus dem privatautonomen Benehmen der Marktteilnehmer anderseits. Wenn der Gesetzgeber nationale privatrechtliche Normen, die hindernd auf die Grundfreiheit wirken, erlassen hat, liegen diese den Handlungen Privater zugrunde. Diese Konstellation ist jedoch unproblematisch, da die nationalen Gerichte die strittigen Normen grundfreiheitskonform auslegen müssen oder sie aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts unangewendet lassen müssen.[61]

Zum anderen bestehen Situationen, wo die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten von dem privatautonomen Verhalten der Privatpersonen ausgeht. Darunter verstehen wir die klasischen individuellen Einzelverträge, aber auch die kollektiven Regelungen in Tarifverträgen, die meistens einen rein privatrechtlichen Charakter haben obwohl sie aufgrund der staatlichen Ermächtigung erlassen werden. Im Rahmen dieser zweiten Konstellation soll die unmittelbare Drittwirkung als Lösung dargestellt werden.

---

[59] *Ganten*, (Fn. 3), S. 94 ff; *Opermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rdnr. 1523.

[60] Für eine unmittelbare Drittwirkung siehe insbesondere: *Schaefer,* Die unmittelbare Wirkung, S. 189 ff.; *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, S. 277 ff.; *Ganten*, (Fn. 3), S. 56 ff., 94 ff.; dagegen insbesondere *Jaensch*, (Fn. 3), S. 81 ff.; *Streinz/Leible*, (Fn. 32), S. 459 (464 ff.); vgl. umfassend zum Meinungsstand *Papert*, Die unmittelbare Bindung Privater, S. 143 ff.

[61] *Streinz/Leible*, (Fn. 32), S. 459 (466).

E. Private als Adressaten der Arbeitnehmerfreizügigkeit

I. Unmittelbare Drittwirkung des Diskriminierungsverbotes

In seiner kontinuierten Rechtsprechungslinie hat der EuGH bejaht, dass dem Diskriminierungsverbot des Art. 39 Abs. 2 EG eine unmittelbare Drittwirkung gegenüber Privaten zukommt. Die Ansichten in der Lieratur sind, wie obig dargestellt, ziemlich vielfältig. An diesem Ort wird mittels verschiedener Auslegungsmethode versucht ein gemeinsamer Nenner zu finden.

Eine rein grammatikalische Auslegung des Art. 39 Abs. 1 und Abs. 2 EG zeigt, dass als Adressaten dieser Regelung die Mitgliedstaaten, die Gemeinschaftsorgane und ebenso die Privaten angesehen werden können. Da die Wortlaute beider Absätze den verpflichteten Adressat nicht nennen, kann daraus geschlossen werden, dass die Privaten zugelassen sind.[62]

In Rahmen einer systematischen Auslegung kommen wir zum gleichen Ergebniss.[63] Aufgrund der Spezialität des Art. 39 Abs. 2 EG im Verhältnis zum allgemeinen Diskriminierungsverbots des Art. 12 EG, kann eine Parallele zwischen diesen zwei Bestimmungen gezogen werden. Da die überwiegende Literaturansicht und die Rechtsprechung die Privaten als Adressaten des allgemeinen Diskriminierungsverbotes des Art. 12 EG sieht, gilt das gleiche auch für den Art. 39 Abs. 2.[64] Ähnliche Konstellation befindet sich in einem Vergleich von Art. 39 Abs. 2 EG und Art. 141 EG, wobei beide Regelungen ein arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot zum Gegenstand haben. Der Art. 141 EG, der die Lohngleichheit von Männern und Frauen garantiert, erkennt, nach allgemeiner Meinung, die Privatpersonen als Adressaten des Diskriminierungsverbotes an.[65]

Die teleologische Auslegung sieht ferner als "telos" der Arbeitnehmerfreizügigkeit die Garantie der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit eines Arbeitnehmers (bzw. Arbeitgebers)[66]. Dieses Ziel kann durch Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit beeinträchtigt werden, sowohl von einem

---

[62] Vgl. Art. 39 Abs. 1 EG: "Innerhalb der Gemeinschaft ist die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet." und Abs. 2: "(...) die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten (...)"; *Möllers*, (Fn. 8), S. 34: "*Steindorff* bejaht dagegen eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten auch für private Verträge."; *Steindorff*, (Fn. 60), S. 277 (287); *Michaelis*, (Fn. 9), S. 1842: "Selbst wenn bestimmte Vertragsvorschriften ausdrücklich die Mitgliedstaaten ansprechen, könne nicht ausgeschlossen werden, dass zugleich allen an der Einhaltung der so umschriebenen Pflichten interessierten Privatpersonen Rechte verliehen sein können."

[63] Vgl. *Bleckmann*, Teleologie und dynamische Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, EuR 1979, S 239 ff.

[64] *Ganten*, (Fn. 3), S. 164; *Arndt,* (Fn. 28), S. 123; *Calliess/Ruffert*, (Fn. 51), Art.12 EGV, Rdnr. 23; *Michaelis*, (Fn. 9), S. 1842.

[65] *Ganten*, (Fn. 3), S. 94.; siehe auch *Arndt,* (Fn. 28), S. 127.; *Forsthoff*, Drittwirkung der Grundfreiheiten: Das EuGH-Urteil *Angonese*, EWS 2000, S. 389 (393).

[66] EuGH, Rs. C-350/96, Slg. 1998, I-2521 *(Clean Car)*.

Mitgliedstaat, als auch von Privatpersonen. Deswegen wäre es sinnvoll die Privaten als Adressaten des Diskriminierungsverbotes der Arbeitnehmerfreizügi gkeit anzusehen.[67]

Dieses Auslegungsergebnis wird letztlich auch durch den in Art. 7 Abs. 4 VO Nr. 1612/68 enthaltenen Gleichbehandlungsgrundsatz bestätigt, der sich nicht nur auf Kollektivvereinbarungen bezieht, sondern auch Einzelverträge erfasst, wonach eine Bestimmung von Rechts wegen nichtig ist soweit sie für Arbeitnehmer, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind, diskriminierende Bedingungen vorsieht oder zulässt.[68] Diese Regelung und die unmittelbare Drittwirkung des Diskriminierungsverbots der Arbeitnehmersfreizügigkeit verfolgen in der Endergebniss das gleiche Ziel und den gleichen Zweck.

II. Keine unmittelbare Drittwirkung des Beschränkungsverbots

Der EuGH hat in der Rechtsache *Bosman* den Anwendungsbereich des Diskriminierungverbotes auf das allgemeine Beschränkungsverbot ausgeweitet. Trozdem sollte die unmittelbare Drittwirkung des Beschränkungsverbots verneint werden.[69] Diese Folgerung ergibt sich aus mehreren Gründen, die anhand der Auslegungsmethoden erklärt werden.

Obwohl die gramatikalische Auslegung des Art. 39 EG der unmitellbaren Drittwirkung des Beschränkungsverbots nicht widerspricht, ist diese aufgrund der systematischen Auslegung trozdem zu verneinen. Im Rahmen dieser Auslegung wird oft die Parallele im Bezug auf die Wettbewerbsregeln des Art. 81 ff. EG gezogen. Die primärrechtliche Wettbewerbsregeln verbieten nicht alle wettbewerbsverzerrenden privaten Handlungen, vielmehr müssen qualifizierte Voraussetzungen erfüllt sein.[70] In einem Gegenschluss heißt es, dass alle übrigen wettbewerbsbeeinträchtigenden Handlungen Privater vom EG-Vertrag dagegen hingenommen werden.[71] Ebenso wäre die Differenzierung zwischen Grundfreiheiten und Wettbewerbsrecht obsolet, weil dann jede Wettbewerbsbeinträchtigung i.S.v. Art. 81 EG eine Beeinträchtigung der als Beschränkungsverbote aufgefassten Grundfreiheien darstellen könnte.[72] Gemäß teleologischer Auslegung soll bei einem Beschränkungsverbot von eine umfassenden unmittelbaren Drittwirkung ausgegangen werden, da das Ziel der Beseitigung der Hindernisse für die Arbeitnehmerfreizügigkeit nur auf dieser Weise effektiv realisiert werden kann.

---

[67] *Streinz*, (Fn. 30), S. 1111 ff.

[68] VO (EG) 1612/68 v. 15.10.1968, Abl. Nr. L 257, S. 2 ff.; siehe auch EuGH, Rs. C-15/96, Slg 1998, I-47, Rdnr. 30 ff. *(Kalliope Schönig-Kougebetopoulu./. Freie und Hansa Stadt Hamburg).*

[69] Vgl. *Bleckmann*, (Fn. 63), S 239 ff.: Innerhalb des Auslegungskanons hat systematische Interpretation eine erheblich größere Bedeutung und Gewicht.

[70] Gemäß Art. 81 EG müssen die Vorausetzungen wie z.B. spürbare Wettbewerbsverfälschung, unternehmerisches und nicht rein privates Handeln, marktbeherrschende Stellung erfüllt sein.

[71] *Streinz/Leible*, (Fn. 32), S. 459 (464); *Steindorff*, (Fn. 60), S. 291 ff.

[72] *Schleper*, (Fn. 35), S. 42 ff.

Jedoch scheint diese Argumentierung nicht überzeugend. Obwohl die Wettbewerbsregeln sehr oft als Gegenargumente contra unmittelbare Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit benutzt werden, muss aber betont werden, dass diese zwei Normenbereiche sich funktionell unterscheiden. Weil die Grundfreiheiten grenzüberschreitenden Wettbewerb herstellen, die Wettbewerbsregeln ihn bewahren. Die Eröffnung der unmittelbaren Drittwirkung für das Beschränkungsverbot würde letzlich immer häufiger Berufung gegen jede handelsbeschränkende Handlung oder Regelung der Wirtschaftsteilnehmer zur Folge haben[73] und die Tür für jegliche Mißbräuche öffnen.

Trozdem sollte ausnahmsweise die unmittelbare Wirkung des Beschränkungsverbots akzeptiert werden, nämlich in den Umständen, wenn privatrechtliche Einheiten aufgrund der ihnen vom Staat eingeräumten Privatautonomie generelle Regelungen erlassen, insbesondere Kollektivmaßnahmen, mit denen sie Hindernisse für die Arbeitnehmerfreizügigkeit errichten. Zugunsten dieser Ausnahme geht die Tatsache, dass die einzelnen Privaten nicht immer genügend gegen diejenigen Privaten, die durch ihre marktbeherrschende Position die geschäftliche Freiheit behindern, geschützt sind und dass die Privatautonomie dadurch massiv gestört ist. Um dieses Schutzbedürfnis auszufüllen, soll ausnahmsweise die unmittelbare Wirkung des Beschränkungsverbots anerkannt werden.[74]

F. Schlussfolgerung

Die Grundfreiheiten beseitigen die Hindernisse im innergemeinschaftlichen Handel. Die Öffnung der Grenzen hat die Konkurrenz auf dem Markt erhöht, wobei die einzelnen Personen durch Handlungen oder Verträge die Grundfreiheiten anderer zu beschränken versuchen.[75] Die Privaten gefährden die Grundfreiheiten durch zahlreiche Handlungen wie z.B. durch Kampagnen, Streiks, Aktionen, kollektive Regelungen in Tarifverträgen usw. Aufgrund der Häufigkeit solcher Situationen sollten diese Verhaltensweisen einer gemeinschaftsrechtlichen Kontrolle unterworfen werden. Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben in diesem Hinblick zwei wesentliche Verpflichtungen: erstens, sie sollen in Ausübung der Grundfreiheiten nicht mehr als notwendig eingreifen; und zweitens, sie müssen die Privaten in Ausübung ihren Freiheit vor unzulässigen Eingriffen anderer Marktteilnehmer schützen. Diese vertikale Wirkung der Grundfreiheiten bedeutet für die betroffenen Privaten oft einen unzulänglichen Schutz gegen bestehende Handelsbeschränkungen.

---

[73] *Ganten*, (Fn. 3), S. 221.

[74] Vgl. die Lehre der intermedieren Gewalten; *Hirsch*, Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit, ZEuS 1999, S. 503 (508); *Forsthoff*, (Fn. 67), S. 394; *Burgi*, Mitgliedstaatliche Garantenpflichten statt unmittelbarer Drittwirkung der Grundfreiheiten, EWS 1999, S. 327 (331); *Steindorff*, (Fn. 60), S. 291 ff.

[75] *Ganten*, (Fn. 3), S. 17.

Mit der Anerkennung der unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitnehmerfrezügigkeit würde den Privaten die Möglichkeit eröffnet, sich gegen private Handlungen der anderen Marktteilnehmer zu wehren. Dadurch wird den Privatpersonen ermöglicht, sich vor nationalen Gerichten gegenüber anderen Privatpersonen zu berufen, die, durch privatrechtliches Handeln, die vom EG-Vertrag verbürgten Grundfreiheiten verletzen. Es soll nämlich verhindert werden, dass Beschränkungen, die den Mitgliedstaaten untersagt sind, durch Handlungen Privater in Ausnutzung ihrer Vertragsfreiheit errichtet werden.

Neben Vorteilen bringt die unmittelbare Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit viele Nachteile mit sich. Es besteht immer die Gefahr, dass in der Verfolgung eigener Interesse, die Privaten die wirtschaftliche Freiheit anderer Marktteilnehmer begrenzen werden. Deswegen gehen die heftigsten Argumente gegen die unmittelbare Drittwirkung genau in dieser Richtung.[76]

Nach kurzer Darstellung der Rechtsprechung der EuGH und das Meinungsstand in der Lehre zur Problematik der unmittelbaren Drittwirkung, soll beschlossen werden, dass die beste Lösung in Verfolgung der sog. "goldenen Mitte" liegt. Diese "goldene Mitte" umfasst die Bejahung einer vollständigen unmittelbaren Drittwirkung in Bezug auf das Diskriminierungsverbot und ihre Verneinung in Bezug auf das Beschränkungsverbot des Art. 39 EG. Ausnahmsweise wird die unmittelbare Drittwirkung der Beschränkungsverbotes erlaubt, wenn eine privatrechtliche Vereinigung aufgrund ihrer rechtlicher Autonomie die Regelungen erlässt mit denen sie die Hindernisse für die Arbeitnehmerfreizügigkeit errichtet, die gemeinschaftsrechtswidrig wären, wenn es sich um staatliche Maßnahmen handelte. Es soll ebenso verhindert werden, dass die Mitgliedstaaten die Regelungen der Grundfreiheiten auf diese Weise durch die "Hintertür" umgehen. Jedoch sollte die unmittelbare Drittwirkung bestimmte Schranken haben und nur insoweit wirken, dass den Privatpersonen effektiver Schutz ihrer Rechte gegen Diskriminierungen anderer Privater gewährleistet wird. Die Ausweitung auf allgemeinem Beschränkungsverbot würde bestimmt viele Mißbräuche mit sich bringen und das wirtschaftliche Klima auf dem gemeinsamen Markt erheblich verschlechtern. Nachdem die Folgen einmal abgewogen wurden, wird deutig, dass die Nachteile im Fall einer umfassenden unmitelbaren Drittwirkung die Vorteile übersteigen würden. Da die Freiheit einer immer die Freiheit anderer begrenzen wird, ist es eine Utophie an eine umfassende Freiheit zu hoffen.

---

[76] *Kluth*, Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, AöR 1997, S. 582: "Die Marktwirtschaft verlangt von den Marktteilnehmern Risikobereitschaft und muß ihnen deshalb ausreichende Verhaltensfreiräume und Rechtssicherheit garantieren. Eine Rechtsordnung, die diese Rahmenbedingungen durch ein zu starkes Bemühen um sozialen Ausgleich mißachtet, steht in der Gefahr, ihr eigenes freiheitliches Fundament zu untergraben."

Summary

THIRD PARTY EFFECT IN THE CONTEXT OF FREEDOM OF MOVEMENT FOR WORKERS

Within the context of the EC fundamental freedoms it has recently been discussed whether a freedom of movement for workers can have an "effect on third parties". Namely, the emerging issue is to what extent free movement of persons provides protection of individuals not only in respect to measures taken by the Member States or the EC, but also in respect to private persons. Private persons may inflict limitations to economic activities on common market in the same way as the Member States themselves, and thus may violate fundamental economic freedoms. The "third parties effect" is defined as "effect of fundamental economic freedoms to two private persons engaged in autonomous business activities". Based on the provisions on freedom of movement for workers in the EC Treaty that have vertical and immediate effect in national legal systems, private persons may challenge Member States' actions before the national courts. Accepting the "third party effect" in the context of free movement of workers would as a consequence create the same possibility for workers to challenge before national courts measures taken by private associations and alliances, i.e., it would represent accepance of the idea that private persons may be addressees of fundamental economic freedoms as well. Having in mind that the issue whether and under what circumstances the freedom of movement for workers may have immediate effect to relations among private persons presently represents one of the most disputed points within the European law, this paper attempts to clarify its details. In order to give a better insight into the said problem, the paper analyses the European Court of Justice case-law and doctrinal standpoints.

Key words: *third party effect, freedom of movement for workers, general prohibition of limitations, prohibition of discrimination.*

Zusammenfassung

UNMITTELBARE DRITTWIRKUNG DER ARBEITNEHMERFREIZÜGIGKEIT

Im Rahmen der EG Personenverkehrsfreiheiten wird in letzter Zeit die Problematik der "unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit" häufig erörtert. Inwieweit die Personenverkehrsfreiheiten den Einzelnen nicht nur vor Maßnahmen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Gemeinschaft schützen, sondern den Rechtsschutz im Verhältnis gegenüber anderen Privatpersonen gewährleisten, ist fraglich. Die Privatpersonen können wirtschaftliche

Betätigung auf dem Gemeinsamen Markt gleichviel wie die Mitgliedstaaten beeinträchtigen und dadurch auch die Grundfreiheiten behindern. Der Begriff der "Drittwirkung" wird "als die Wirkung der Grundfreiheiten zwischen zwei autonom handelnden Privaten definiert". Aufgrund der Bestimmungen des EG-Vertrages über Arbeitnehmerfreizügigkeit, die vertikale und unmittelbare Wirkung in der nationalen Rechtsordnung entfalten, können sich die Privatpersonen vor nationalen Gerichten gegen Handlungen der Mitgliedstaaten berufen. Als Folge der Anerkennung der Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit würde dem Arbeitnehmer, der sich vor nationalen Gerichten gegen Maßnahmen privater Vereinigungen und Verbände berufen will, dieselbe Möglichkeit eröffnet, bzw. würde der Meinungstand, gemäß dem auch die Privaten als Adressaten der Marktfreiheiten angesehen werden, akzeptiert. In Anbetracht dessen, dass die Frage ob und unter welchen Voraussetzungen die Arbeitnehmerfreizügigkeit auch zwischen Privaten die unmittelbare Drittwirkung entfalten konnte, zu den derzeit umstrittensten im Europarecht zählt, wird sie in dieser Arbeit näher behandelt. Um eine detaillierte Einsicht in die Problematik zu bekommen, wird ferner die Entwicklung in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften dargestellt und eine Übersicht des theoretischen Meinungsstands in der Literatur gegeben.

Schlüsselwörter: *Unmittelbare Drittwirkung, Arbeitnehmerfreizügigkeit, Allgemeines Beschränkungsverbot, Diskriminierungsverbot.*

Sommario

EFFETTO VERSO I TERZI NELLA CORNICE DELLA LIBERTÀ DI MOVIMENTO DEI LAVORATORI

Nella cornice delle libertà fondamentali della Comunità Europea si è discusso recentemente se la libertà di movimento dei lavoratori possa avere un "effetto verso i terzi". Precisamente, la questione emergente è in che misura la libertà di movimento delle persone fornisca la tutela degli individui non solo rispetto alle misure adottate dagli stati membri o dalla Comunità Europea, ma anche riguardo alle altre persone private. Le persone private possono imporre limitazioni ad attività economiche sul mercato comune allo stesso modo dei medesimi stati membri, e così possono violare libertà economiche fondamentali. L'"effetto verso i terzi" si definisce come la "conseguenza delle libertà economiche fondamentali di due persone private impegnate in attività economiche autonome". Dalle norme fondamentali sulla libertà di movimento dei lavoratori nel Trattato della Comunità Europea, che ha effetto verticale e immediato negli ordinamenti giuridici nazionali, le persone private possono

impugnare gli atti degli stati membri davanti ai tribunali nazionali. L'accettazione dell'"effetto verso i terzi" nella cornice della libertà di movimento dei lavoratori avrebbe come conseguenza la creazione della stessa possibilità per i lavoratori di impugnare davanti ai tribunali nazionali le misure adottate da associazioni e intese private, ciò che rappresenterebbe il recepimento dell'idea che le persone private possono essere destinatarie anche di libertà economiche fondamentali. Siccome la questione se e in quali circostanze la libertà di movimento dei lavoratori possa avere effetto immediato nei rapporti tra persone private rappresenta attualmente uno dei punti più controversi nella cornice del diritto europeo, in questo lavoro si tenta di chiarirne i suoi dettagli. Per offrire una migliore comprensione di tale problematica, nel lavoro si presentano la prassi giudiziale della Corte di giustizia europea e le posizioni della dottrina.

Parole chiave: *effetto verso i terzi, libertà di movimento dei lavoratori, divieto generale di limitazioni, divieto di discriminazione.*