



MPIfG Discussion Paper 21/2

## **Dürfen europäische Gesetze Grundfreiheiten einschränken?**

Martin Höpner

unter Mitarbeit von Christine Haas



Martin Höpner unter Mitarbeit von Christine Haas  
**Dürfen europäische Gesetze Grundfreiheiten einschränken?**

MPIfG Discussion Paper 21/2  
Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Köln  
Max Planck Institute for the Study of Societies, Cologne  
March 2021

MPIfG Discussion Paper  
ISSN 0944-2073 (Print)  
ISSN 1864-4325 (Internet)

---

© 2021 by the author(s)

**About the authors**

Martin Höpner is a Research Group Leader at the Max Planck Institute for the Study of Societies in Cologne.  
Email: mh@mpifg.de

Christine Haas is a journalist at *Die Welt* and *Welt am Sonntag*.  
Email: christine.haas@welt.de

MPIfG Discussion Papers are refereed scholarly papers of the kind that are publishable in a peer-reviewed disciplinary journal. Their objective is to contribute to the cumulative improvement of theoretical knowledge. Copies can be ordered from the Institute or downloaded as PDF files (free).

**Downloads**

[www.mpifg.de](http://www.mpifg.de)

Go to *Publications / Discussion Papers*

Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung  
Max Planck Institute for the Study of Societies  
Paulstr. 3 | 50676 Cologne | Germany

Tel. +49 221 2767-0

Fax +49 221 2767-555

[www.mpifg.de](http://www.mpifg.de)

[info@mpifg.de](mailto:info@mpifg.de)

## Abstract

Is the Union legislature bound by the fundamental freedoms? Can it harmonize measures that would, at Member State level, be prohibited restrictions on internal market freedoms? And is it allowed to use secondary law to authorize Member State measures that would otherwise conflict with market freedoms? Assessments diverge widely in the European legal literature. To clarify the issue two conflict sequences are analyzed: the disputes over the directive on the prohibition of tobacco advertising and the posting of workers directive, including its most recent revision. It turns out that the Union legislature is bound by the fundamental freedoms. However, the binding is loose and its contours as yet unclear. The European legislator should actively and courageously test the unclear limits of the discretion allocated to it.

**Keywords:** Court of Justice of the European Union, European legislation, European single market, fundamental freedoms, liberalization

## Zusammenfassung

Ist der Unionsgesetzgeber an die Grundfreiheiten gebunden? Darf er Maßnahmen, die auf mitgliedstaatlicher Ebene verbotene Beschränkungen der Binnenmarktfreiheiten wären, EU-weit harmonisieren? Und darf er mitgliedstaatliche Maßnahmen mittels Sekundärrecht autorisieren, die ansonsten in Konflikt mit den Marktfreiheiten geraten würden? In der europarechtlichen Fachliteratur gehen die Einschätzungen weit auseinander. Zur Klärung werden zwei Konfliktsequenzen analysiert: die Auseinandersetzungen um die Richtlinie zum Verbot von Tabakwerbung und um die Entsenderichtlinie einschließlich ihrer jüngsten Revision. Es zeigt sich, dass der Unionsgesetzgeber an die Grundfreiheiten gebunden ist. Es handelt sich jedoch um eine lockere Bindung mit bisher unklaren Konturen. Der europäische Gesetzgeber sollte die unklaren Grenzen des ihm zugewiesenen Ermessensspielraums offensiv und mutig testen.

**Schlagwörter:** europäische Gesetzgebung, europäischer Binnenmarkt, Europäischer Gerichtshof, Grundfreiheiten, Liberalisierung

**Inhalt**

1	Wen binden die europäischen Grundfreiheiten?	1
2	Negative und positive Integration	3
3	Große Uneinigkeit in der europarechtlichen Fachliteratur	5
	Enge Bindung	6
	Lockere oder keine Bindung	7
	Wie konnte diese Frage so lange offenbleiben?	10
4	Die Auseinandersetzung um die Richtlinie zum Verbot von Tabakwerbung	11
	Der erste Anlauf	12
	Der zweite Anlauf	15
	Einsichten aus der Fallbetrachtung	16
5	Die Auseinandersetzung um die Entsenderichtlinie	17
	Die Entsenderichtlinie von 1996	18
	Umstrittene Auslegung durch den EuGH	20
	Revision der Entsenderichtlinie	22
	Die EuGH-Entscheidungen über die polnischen und ungarischen Klagen	24
	Einsichten aus der Fallbetrachtung	27
6	Fazit	28
	Literatur	31

## Dürfen europäische Gesetze Grundfreiheiten einschränken?

### 1 Wen binden die europäischen Grundfreiheiten?

Die europäischen Grundfreiheiten (alternativ: Binnenmarktfreiheiten) sind die im Binnenmarktkapitel des Vertrags über die Arbeitsweise der EU (AEUV)<sup>1</sup> niedergelegten und durch eine umfängliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ergänzten Regeln zur ungehinderten Bewegung von Waren, Dienstleistungen, Kapital und Personen auf dem europäischen Binnenmarkt. Im vorliegenden Beitrag soll es darum gehen, ob und in welchem Umfang der Unionsgesetzgeber<sup>2</sup> diese Bestimmungen beachten muss. Ist er dahin gehend an die Grundfreiheiten gebunden, dass es ihm verboten ist, binnenmarktbeschränkende Gesetze (Richtlinien oder Verordnungen)<sup>3</sup> zu verabschieden? Darf der Unionsgesetzgeber, um es anders zu formulieren, bestimmte Regelungsbereiche aus dem Schutzbereich, dem „Zugriff“ der Binnenmarktfreiheiten graduell oder gänzlich herauslösen, indem er eine Binnenmarktbeschränkung auf europäischer Ebene harmonisiert (vereinheitlicht) oder indem er eine vom EuGH als Beschränkung qualifizierte mitgliedstaatliche Maßnahme seinerseits als erlaubt kennzeichnet (Autorisierung)?

Diese Fragen mögen abwegig erscheinen, wenn man die europäischen Marktfreiheiten in einem ersten Zugriff als eine Art europäisch geschützter Grundrechte deutet. Denn solche Normen binden selbstverständlich den Unionsgesetzgeber. Der Eindruck der Abwegigkeit schwindet jedoch, wenn man sich die Grenzen der Analogie zwischen Grundrechten und den Grundfreiheiten vor Augen führt. Sie verfolgen unterschiedliche Zwecke. Grundrechte sind Selbstzweck, die Grundfreiheiten sind hingegen Werkzeuge zur Erreichung eines integrationspolitischen Ziels, des europäischen Binnenmarkts (Zazoff 2011, 227–28).<sup>4</sup>

---

Für wertvolle Hinweise zu einer früheren Manuskriptfassung danke ich Armin von Bogdandy, Florian Rödl, Susanne K. Schmidt und Daniel Seikel.

1 Art. 45–66 AEUV.

2 Gemeint sind die am ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Art. 294 AEUV beteiligten Organe Kommission, Rat und Europäisches Parlament. Der Einfachheit halber verwende ich den Begriff „Unionsgesetzgeber“ vorliegend auch für Vorgänge vor Abschluss der Maastrichter Verträge, bis zu denen der europäische Gesetzgeber genau genommen „Gemeinschaftsgesetzgeber“ war.

3 Genau genommen haben auch die von Richtlinien und Verordnungen zu unterscheidenden „Beschlüsse“ der Unionsorgane bindenden Charakter und sind daher den Gesetzen zuzuordnen. Nicht verbindlich sind hingegen Empfehlungen und Stellungnahmen. Siehe hierzu Art. 288 AEUV.

4 In der Terminologie Kingreens (2004): Grundfreiheiten sind keine Grundrechte, sondern „transnationale Integrationsnormen“.

Zudem unterscheiden sich europäische Grundrechte und Grundfreiheiten hinsichtlich ihrer Adressaten.<sup>5</sup> Die Unionsgrundrechte, das ist unbestritten, binden *vor allem* die europäischen Organe und so auch den Unionsgesetzgeber (von Bogdandy 2001, 157). Dafür wurden sie geschaffen. Wie kann es sein, so fragte man sich, dass die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber an ihre jeweiligen Grundrechtskataloge gebunden sind, eine entsprechende Bindung der europäischen Organe aber unterbleibt? Diese Lücke sollten die europäischen Grundrechte füllen, die der EuGH seit den späten Sechzigerjahren sukzessive schöpfte (Ehlers 2014a, 11–13). Seit 2009 ist die Bindung der Unionsorgane an die europäischen Grundrechte im geschriebenen Primärrecht fixiert, und zwar durch den Verweis auf die Charta der Grundrechte der EU in Art. 6 (3) des Vertrags über die Europäische Union (EUV). Eine Bindung der Mitgliedstaaten erfolgt hingegen nur, wenn sie EU-Recht umsetzen. Denn das Ziel der europäischen Grundrechte war es, die Grundrechtslücke im europäischen Mehrebenensystem zu füllen – nicht aber, die mitgliedstaatlichen Grundrechtskataloge zu beseitigen und durch einen neuen europäischen Katalog zu ersetzen.

Die Marktfreiheiten haben andere Adressaten. Da ihr Zweck in der Aufdeckung und Beseitigung von binnenmarktwidrigen Protektionismen aufseiten der Mitgliedstaaten besteht, wenden sie sich *gerade* an die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber (Valta 2013, 76).<sup>6</sup> Hierfür hat der EuGH strenge Tests entwickelt, die im nachfolgenden Abschnitt vorgestellt werden. Klärungsbedürftig bleibt angesichts dieses Zwischenstands also nur noch die Grundfreiheitenbindung des Unionsgesetzgebers. Aber diese Klärung hat es in sich, denn sowohl die Annahme einer Bindung wie auch keiner Bindung brächte merkwürdige Ergebnisse hervor.

Eine vollumfängliche Bindung des europäischen Gesetzgebers würde bedeuten, dass der Demokratisierbarkeit der EU enge Grenzen gesetzt sind. Man könnte dann zwar das politische System der EU weiter *parlamentarisieren*, beispielsweise durch ein Parlamentsrecht auf Gesetzesinitiativen.<sup>7</sup> Die Steuerungsfähigkeit des Unionsgesetzgebers bliebe aber eigentümlich begrenzt, denn er könnte, sobald eine Materie den Binnenmarkt tangiert, immer nur liberalisieren, nicht aber gegen die Grundfreiheiten re-regulieren oder steuern, wie die aus den Grundfreiheiten abgeleiteten Beschränkungsverbote auf die Mitgliedstaaten wirken sollen. Entsprechend bedeutungsarm wäre der Ausgang europäischer Wahlen und entsprechend schwach im Ergebnis die demokratische Steuerbarkeit europäischer Entscheidungen.

---

5 Allerdings koexistieren hierzu unterschiedliche Einschätzungen, wie Abschnitt 3 zeigen wird.

6 Die Grundfreiheiten sollen ihre Wirkung demnach gerade dort entfalten, wo Materien *nicht* an die EU übertragen wurden (Kingreen 2009, 17, und 2016, Rn. 6).

7 Freilich ginge selbst nach dieser oder ähnlichen Reformen des politischen Systems der EU aus dem Europäischen Parlament noch immer keine von den Mehrheitsfraktionen gebildete Regierung hervor.

Das entgegengesetzte Ergebnis wäre aber ebenso eigentümlich: Gäbe es keinerlei Bindung an die Grundfreiheiten, dann dürfte der Unionsgesetzgeber genau jene Binnenmarkthindernisse, die der EuGH unter Verweis auf die Grundfreiheiten beseitigt hat, durch Ausübung seiner Binnenmarktkompetenz (oder gegebenenfalls einer anderen Kompetenz) wieder in Kraft setzen, durch europaweite Harmonisierung oder durch an die Mitgliedstaaten gerichtete Autorisierungen (zur Unterscheidung der beiden Strategien Mortelmans 2002, 1334). Die Grundfreiheiten würden dem einen Gesetzgeber also Schranken auferlegen, den anderen aber vor entsprechenden Schranken abschirmen. Oder sollte es vielleicht genau so sein?

Eigentlich wäre zu erwarten, dass sich die Frage unter Verweis auf eine zuständige Bestimmung im europäischen Primärrecht oder durch einschlägige Entscheidungen des EuGH klären lässt. Aber so ist es nicht. Weder geben die Verträge eine Lösung vor noch hat der EuGH für Klarheit gesorgt. Auch die europarechtliche Fachliteratur verweigert eine klare Antwort. Rund sechzig Jahre nach Abschluss der Römischen Verträge bleibt die Befugnis des Unionsgesetzgebers, Grundfreiheiten einzuschränken, ein unausgefochtener, aber schwelender Kompetenzkonflikt in einem im Werden begriffenen politischen System, dessen Graubereiche auch in Grundsatzfragen bemerkenswerte Umfänge annehmen können.

## 2 Negative und positive Integration

Fritz W. Scharpf zufolge haben Projekte der negativen (tatsächliche oder vermeintliche Binnenmarkthemmnisse beseitigenden) und der positiven (auf europäischer Ebene re-regulierenden) Integration unterschiedliche Chancen auf Verwirklichung (grundlegend: Scharpf 1999, Kap. 2). Die Theorie von der Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration beruht aber nicht auf der Annahme, dass bestimmte Akte der Re-Regulierung auf europäischer Ebene durch eine strenge Bindung des europäischen Gesetzgebers an die Grundfreiheiten rechtlich ausgeschlossen sind. Auch setzt die Theorie nicht voraus, dass es dem Unionsgesetzgeber untersagt ist, steuernd auf die Art und Weise einzuwirken, wie die Grundfreiheiten auf die Politik der Mitgliedstaaten einwirken. Vielmehr geht es um die ungleiche Anfälligkeit für politische Blockaden.

Die negative Integration kann durch Aktivierung der juristischen Sphäre, insbesondere durch das Vertragsverletzungsverfahren oder das Vorabentscheidungsverfahren, in Gang gesetzt werden (Alter 2001, Kap. 2; Schmidt 2018, Kap. 2). Das ermöglichte es dem EuGH, den normativen Gehalt und den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten immer weiter auszudehnen, ohne dabei durch politische Blockaden gebremst zu werden. Das Gericht wurde so zum Motor der Marktintegration.<sup>8</sup>

---

8 Einen guten Überblick bieten die Beiträge in Roth und Hilpold (2008).

Maßnahmen der Re-Regulierung auf europäischer Ebene – der positiven Integration – müssen hingegen durch ein politisches System hindurch, in dem im Fall von transnationalen Verteilungswirkungen oder asymmetrischen Anpassungslasten aufseiten der Mitgliedstaaten schwer überwindbare Interessengegensätze aufeinanderprallen und das gleichzeitig aufgrund einer Vielzahl an formalen und informellen Vetopunkten immanent blockadeanfällig ist. Die negative Integration ist gegenüber der positiven Integration daher im Vorteil. Die praktische Relevanz der vorliegend diskutierten Problemstellung ergibt sich aus der Wucht der negativen Integration. Denn je extensiver der EuGH die Grundfreiheiten auslegt, umso dringlicher stellt sich die Frage, an wen genau sich diese richten und wer eigentlich auf welcher Ebene befugt ist, *gegen* die Grundfreiheiten zu re-regulieren.

Dass die Mitgliedstaaten einer engen (oder festen) Grundfreiheitenbindung unterliegen, ist unumstritten, wie wir bereits sahen. Was genau aber bedeutet das, wie werden Verstöße gegen diese Bindung festgestellt? Erstens, ein Sachverhalt fällt nur dann in den Schutzbereich einer Grundfreiheit, wenn er einen grenzüberschreitenden Bezug hat. Diese Hürde liegt niedrig, weil sich kaum marktbezogene Regulierungen finden lassen, die nicht zumindest *auch* transnationale Marktbetätigungen tangieren, zumal dem EuGH regelmäßig genügt, dass eine Regelung ausländische Marktteilnehmer betreffen *könnte* (Kingreen 2009, 729, und 2016, Rn. 16). Mitunter wurde dem EuGH auch vorgeworfen, bei seiner Grundfreiheiten-Judikatur auf das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs immer wieder gänzlich verzichtet zu haben (z. B. Heuschmid 2018, Rn. 58 und 62).

Zweitens, der Nachweis der Abwesenheit diskriminierender (ausländische Wirtschaftsteilnehmer gegenüber Inländern schlechterstellender) Praktiken genügt nicht, um einer Grundfreiheit Genüge zu tun. Denn seit seiner *Dassonville*-Entscheidung<sup>9</sup> interpretiert das europäische Höchstgericht die Grundfreiheiten nicht mehr nur als Diskriminierungs-, sondern – darüber hinausgehend – als Beschränkungsverbote. Maßnahmen sind Binnenmarktbeschränkungen, wenn sie die grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeit (die Ausübung einer Grundfreiheit) *weniger attraktiv* machen – auch wenn sie diskriminierungsfrei (auf in- wie ausländische Marktteilnehmer genau gleich) angewendet werden.

Dieser Schritt ermöglichte es dem EuGH, Binnenmarktstörungen effektiver anzugreifen als zuvor. Allerdings verwischte er damit auch die Grenze zwischen dem Binnenmarktschutz einerseits und der Liberalisierung interner Sachverhalte mit zuweilen äußerst schwachem Binnenmarktbezug andererseits. Je geringer die Anforderungen an den transnationalen Bezug und je extensiver das Beschränkungsverbot, umso mehr tendieren die Grundfreiheiten zu Ansprüchen auf *Binnenliberalisierung* (Kingreen 2009, 722) und damit letztlich auf eine bestimmte – liberalisierende – mitgliedstaatliche Wirtschaftspolitik.

---

9 EuGH, Rs. 8/74 (*Dassonville*).

Drittens, sind der Schutzbereich der Binnenmarktfreiheit eröffnet und der Tatbestand der Beschränkung bejaht, folgt ein vierstufiger, erstmals in der Rechtssache *Cassis de Dijon*<sup>10</sup> entwickelter und seit der *Gebhard*-Entscheidung<sup>11</sup> einheitlich auf alle Grundfreiheiten angewandter Rechtfertigungstest. In diesem Test begegnen sich die Grundfreiheiten und als Beschränkungen qualifizierte Maßnahmen nicht auf Augenhöhe. Beschränkungen passieren den Test, wenn sie ein zwingendes Ziel des Allgemeininteresses verfolgen, diskriminierungsfrei angewandt werden, tatsächlich zur Erreichung des Ziels geeignet sind und nicht über das zur Zielerreichung Notwendige hinausgehen.<sup>12</sup>

So also werden Beschränkungen von Grundfreiheiten auf mitgliedstaatlicher Ebene durch das Unionsrecht identifiziert und, wenn sie den *Cassis*-Test nicht bestehen, verworfen. Die Frage lautet nun, ob das Beschränkungsverbot für den Unionsgesetzgeber ebenso gilt und ob es ebenso streng durchgesetzt wird. Darf europäisches Sekundärrecht Maßnahmen, die auf mitgliedstaatlicher Ebene Binnenmarktbeschränkungen wären, auf europäischer Ebene *harmonisieren*? Und darf es die politischen Spielräume der Mitgliedstaaten gegenüber den Grundfreiheiten dadurch vergrößern, dass es ihnen gezielt Maßnahmen *autorisiert*, die ansonsten in Konflikt mit den Binnenmarktfreiheiten geraten würden?

Es steht fest, dass der Weg durch das politische System, den Sekundärrecht nehmen muss, so oder so steinig ist, insbesondere im Fall transnationaler Verteilungskonflikte. Analytisch zu unterscheiden wäre von der politischen *Blockadeanfälligkeit* solcher Maßnahmen aber deren etwaige europarechtliche *Unmöglichkeit*. Wäre die Grundfreiheitenbindung des Unionsgesetzgebers vollumfänglich zu bejahen, dann wäre die Asymmetrie zwischen der negativen und der positiven Integration noch ungleich tiefer in Stein gemeißelt als von Scharpf (1999) ohnehin schon angenommen.

### 3 Große Uneinigkeit in der europarechtlichen Fachliteratur

Zur Klärung des Problems liegt in einem ersten Schritt der Rückgriff auf die europarechtliche Fachliteratur nahe. Gibt es über Art und Umfang der Grundfreiheitenbindung des Unionsgesetzgebers eine eindeutige Lehrmeinung oder zumindest einen nicht allzu weiten Korridor, in dem sich die Einschätzungen bewegen? Statt einer klaren Ant-

---

10 EuGH, Rs. 120/78 (*Cassis de Dijon*).

11 EuGH, C-55/94 (*Gebhard*).

12 Die letzten zwei Stufen entsprechen dem Test auf Verhältnismäßigkeit, der vom EuGH je nach Regelungsfeld und Adressat in unterschiedlicher Form angewandt wird. In seinem umstrittenen *PSPP*-Urteil vom Mai 2020 hatte das deutsche Bundesverfassungsgericht die differenzielle Anwendung des Verhältnismäßigkeitstests durch den EuGH scharf kritisiert (zu den Einzelheiten Höpner 2021).

wort finden wir eine bemerkenswerte Heterogenität der Lehrmeinungen vor, die sich praktisch über die gesamte Bandbreite aller theoretisch denkbaren Antworten erstreckt.

## Enge Bindung

Einige Fachexperten gehen von einer engen Bindung des Unionsgesetzgebers an die Grundfreiheiten aus. Ein Beispiel für diese Einschätzung ist Dittert (2017, 203), dem zufolge der Unionsgesetzgeber keine Richtlinien und Verordnungen erlassen darf, die die Grundfreiheiten verletzen. Ehlers (2014b, 244) führt aus, dass binnenmarktbezogenes Sekundärrecht stets auf den Grundfreiheiten aufbauen müsse und ihm nicht widersprechen dürfe. Im Fall eines Widerspruchs sei das Sekundärrecht ungültig und für die Prüfung der Zulässigkeit einer nationalen Regelung dann nicht mehr das Sekundärrecht, sondern die Grundfreiheit maßgeblich. Frenz (2012, 129) stellt ebenfalls heraus, dass Sekundärrecht nicht zur Einschränkung von Grundfreiheiten genutzt werden könne. Die dort festgelegten Regeln seien Mindeststandards, die nicht unterschritten werden dürfen.

Welche Eigenschaften der Grundfreiheiten führen die Autoren zu ihren Einschätzungen? Ehlers (2014b, 270) legt dar, dass primärrechtliche Rechtsquellen an der Spitze der europäischen Normenhierarchie stehen. Daher, so Ehlers, gehen auch die Grundfreiheiten dem Sekundärrecht vor. Die Annahme, dass die Grundfreiheiten die Mitgliedstaaten bänden, der Unionsgesetzgeber aber von der Bindung ausgenommen sei, sei nicht nachvollziehbar. Zudem werden funktionale Argumente angeführt (Frenz 2012, 129): Eine Nichtbindung des europäischen Gesetzgebers laufe Gefahr, die Grundfreiheiten im Endeffekt auszuhebeln.

Andere Autoren begründen die Bindungswirkung der Grundfreiheiten mit ihrem faktischen Grundrechtscharakter. Für diese Position steht Walter (2014, 18), dem zufolge sich die Grundfreiheiten im Zuge der Rechtsfortbildung zu grundrechtsähnlichen Freiheitsrechten entwickelt haben. Folglich seien auch die Unionsorgane an sie gebunden. Maßgeblich seien für diesen Funktionswandel die EuGH-Rechtsprechungen zum Charakter der Grundfreiheiten als subjektive Rechte sowie der im vorigen Abschnitt behandelte Übergang vom Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot gewesen.<sup>13</sup>

Auch Scheffer (1996, 39–43) und Bock (2005, 213–14) gehen von einer engen Bindung aus, machen hierfür aber keine Eigenschaften der Grundfreiheiten selbst verantwortlich. Eine solche Bindung könne sich ausschließlich aus jenen Passagen des AEUV er-

---

13 Anzumerken ist freilich, dass die Identität von Grundfreiheiten und europäischen Grundrechten, konsequent zu Ende gedacht, zu einer vollumfänglichen Bindung des nationalen Gesetzgebers an die europäischen Grundrechte auch außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts führen müsste.

geben, die sich explizit an die Unionsorgane richten. Das sei im Fall von Art. 3 AEUV gegeben, der die Unionsorgane zur Errichtung eines Binnenmarkts verpflichte. Dies sei als implizite Bezugnahme auf das Binnenmarktkapitel zu verstehen, das folglich auch für den Unionsgesetzgeber verbindlich sei (kritisch: Zazoff 2011, 134).<sup>14</sup>

## Lockere oder keine Bindung

Der oben vorgestellten Einschätzung widersprechen andere Teilnehmerinnen und Teilnehmer der europarechtlichen Debatte nachdrücklich. Dieser Position zufolge wirken die Grundfreiheiten auf die Freiheitsgrade des europäischen Gesetzgebers anders als auf jene der Mitgliedstaaten. Einige der Autoren, die dieser Position zuzuordnen sind, schätzen die Bindung des Sekundärrechts an die Grundfreiheiten als äußerst gering und möglicherweise sogar gänzlich abwesend ein (Kingreen 2009 und 2016; von Bogdandy 2001; Zazoff 2011). Andere betonen, dass die Bindung der europäischen Politik an die Binnenmarktfreiheiten zumindest schwächer sei als jene der mitgliedstaatlichen Politik, wobei die Kontur dieser Bindung aber unklar sei (Mortelmans 2002; Rödl 2011; Teichmann 2011). Allgemein fallen die Argumentationen der betreffenden Autoren komplexer und zudem unterschiedlicher aus als jene der Verfechter einer engen Bindung, weswegen ihnen nachfolgend mehr Platz eingeräumt werden muss.

Besonders klar ausformuliert findet sich die Theorie von der Ungebundenheit des Unionsgesetzgebers gegenüber den Grundfreiheiten bei von Bogdandy (2001, 165–66). Die europäische Politik sei befugt, Sachverhalte anders zu regeln als vom EuGH im Rahmen seiner Grundfreiheiten-Rechtsprechung entschieden. Keine entsprechende EuGH-Entscheidung sei in Stein gemeißelt, sie könne jederzeit mittels Sekundärrecht abgeändert werden. Wenn eine Ausgestaltung in Form von Richtlinien und Verordnungen dann vorliege, trete das Primärrecht hinter das Sekundärrecht zurück.

Letzteres, der Rückzug der Grundfreiheit hinter die Richtlinie oder Verordnung, ist im Europarecht unumstritten (Kingreen 2016, Rn. 18): Ist auf dem in Rede stehenden Gebiet mittels Sekundärrecht eine Vollharmonisierung (statt lediglich der Definition von Mindeststandards) erfolgt, werden europarechtlich angefochtene Maßnahmen nicht mehr gegen die Grundfreiheit, sondern gegen das speziellere Sekundärrecht geprüft.<sup>15</sup> Der Rückzug der Grundfreiheit hinter das Gesetzesrecht gewinnt aber erheblich an Brisanz, wenn man von einer lockeren oder gänzlich abwesenden Grundfreiheitenbindung des Unionsgesetzgebers ausgeht. Denn die Prüfungen gegen das Sekundärrecht und

---

14 Allerdings verpflichtet Art. 3 AEUV die Unionsorgane auch auf den Umweltschutz, den sozialen Schutz, Kinderrechte und Weiteres – auf Ziele also, die im Einzelfall marktbeschränkende Maßnahmen gebieten können.

15 In den empirischen Teilen dieses Papiers wird sich aber zeigen, dass der EuGH dieser Regel nicht immer folgt.

gegen die Marktfreiheit gelangen zu gänzlich unterschiedlichen Ergebnissen, wenn der Unionsgesetzgeber die Grundfreiheit nicht präzisiert, sondern vielmehr „überschrieben“ hat. Die Pointe der Argumentation bei von Bogdandy ist, dass der Gesetzestest den Grundfreiheitentest dann trotz der von Ehlers (2014b, 270) für maßgeblich erklärten Normenhierarchie „schlägt“.

Darüber hinaus gibt es Einschätzungen, die die Existenz einer klaren Normenhierarchie zwischen europäischem Primär- und Sekundärrecht grundsätzlich – also nicht nur im Hinblick auf die Grundfreiheiten – mit einem Fragezeichen versehen. Für die EU, so diese Sicht, sei die Theorie von der strikten Normenhierarchie nicht adäquat (Nettesheim 2006). Mindestens ebenso viel spreche, so führt Sypris (2015, 26) aus, für eine alternative, am US-amerikanischen „Departmentalismus“ angelehnte Theorie, der zufolge es auch möglich sei, die Interpretation des Primärrechts durch sekundärrechtlich gesendete Signale zu steuern. Das Verhältnis zwischen dem Gesetzgeber und den „Hütern der Verträge“ lasse sich folglich beschreiben „in terms of institutional pluralism, or non-dominance, with neither courts nor legislatures able to make their view of the constitution the only one that counts“.<sup>16</sup> Dieser Sicht zufolge spricht für eine sekundärrechtskompatible Auslegung des Primärrechts, die die Intentionen des Unionsgesetzgebers bei der Primärrechtsinterpretation zu erfassen sucht, nicht weniger als für eine primärrechtskompatible Interpretation des Sekundärrechts (Nettesheim 2006, 753–54). Folgt man dem, kann es auch eine strikte, hierarchische Bindung des Unionsgesetzgebers an die Grundfreiheiten nicht geben.

Zurück zu den Autorinnen und Autoren, denen es nicht um das Primärrecht allgemein, sondern um die Grundfreiheiten im Besonderen geht. Eine von mehreren Teilnehmern der Debatte angeführte Argumentation ließe sich als „Theorie vom Vertrauensvorschuss“ bezeichnen: Anders als der mitgliedstaatliche Gesetzgeber, der stets der Versuchung protektionistischer Reflexe ausgesetzt sei, habe der europäische Gesetzgeber ein grundlegendes Interesse an der Weiterentwicklung der europäischen Integration und am Funktionieren des Binnenmarkts (Teichmann 2011, 745; Zazoff 2011, 225) und daher mutmaßlich gute Gründe, wenn er auf europäischer Ebene Maßnahmen (etwa Produktverbote) beschließe, die auf mitgliedstaatlicher Ebene als binnenmarktwidrige Beschränkungen zu qualifizieren wären. Selbst dann baue Harmonisierung zudem die Unterschiedlichkeit einzelstaatlicher Regulierungen und damit auch Handelshemmnisse ab (Teichmann 2011, 747–48).<sup>17</sup> Schon gar nicht, so fügt Kingreen (2016, Rn. 109–10) hinzu, diskriminiere der europäische Gesetzgeber willentlich grenzüberschreitende gegenüber inländischen Transaktionen.

---

16 Sypris (2015, 3) zufolge alterniert der EuGH zwischen den denkbaren Interpretationen des Verhältnisses von Primär- und Sekundärrecht hin und her, sodass „huge inconsistencies“ entstanden seien (ähnlich Nettesheim 2006, 753–55). Anzeichen für eine sekundärrechtliche Steuerbarkeit der Primärrechtsinterpretation durch den EuGH sieht auch Martinsen (2015, 180).

17 In der Terminologie Zazoffs (2011, 226): Der Freiverkehr kann auch *zugunsten* des Binnenmarkts eingeschränkt werden.

Im Licht dieser Überlegungen erscheint der an den Unionsgesetzgeber gerichtete Vertrauensvorschuss gerechtfertigt und ein vergrößerter Handlungsspielraum gegenüber den Binnenmarktfreiheiten folgerichtig. Zu bedenken ist hier, dass diese Argumentation auf die Harmonisierungskonstellation besser passt als auf die Konstellation der Autorisierung, also der an die Mitgliedstaaten gerichteten Erlaubnis, eine Regelung nach eigenem Ermessen auszugestalten, ohne hierbei durch die Grundfreiheit eingeschränkt zu sein. Auf die Konstellation der Autorisierung angewandt müsste der Vertrauensvorschuss einen anderen, noch größeren Gehalt haben: Selbst wenn der Unionsgesetzgeber den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten steuern will, ohne zu vereinheitlichen, wird er für sein Vorgehen gute, integrationskompatible Gründe haben.<sup>18</sup>

Das führt zu einem weiteren Gesichtspunkt, der gegen die Theorie von der engen Bindung angeführt wird: Der substanzielle Spielraum des Unionsgesetzgebers sei eine demokratiethoretische Notwendigkeit. Das Ringen um sekundärrechtliche Entscheidungsalternativen, so diese Sicht, ist der Kern des demokratischen Prozesses. Die gefundenen Kompromisse erfahren durch die qualifizierte Mehrheit im Rat und die Zustimmung des Europäischen Parlaments demokratische Legitimation (Teichmann 2011, 747f.). Eine enge Bindung des europäischen Gesetzgebers an die Grundfreiheiten würde hingegen bedeuten, seinen Entscheidungsspielraum über Gebühr einzuschränken (Ehricke 1993, 817; von Bogdandy 2001, 97–98; Zazoff 2011, 226) und ihn zu einer Maschinerie zur Kodifikation der Grundfreiheitenjudikatur des EuGH zu degradieren.<sup>19</sup>

Ein letztes Argument gegen die enge Bindung des Unionsgesetzgebers hat einen empirischen statt theoretischen Bezug: Die Praxis des EuGH tendiere gegen die enge Bindung (hierum wird es in den nachfolgenden Abschnitten gehen). Das europäische Höchstgericht, so beispielsweise Teichmann (2011, 747–48), prüfe europäisches Sekundärrecht weniger streng gegen die Grundfreiheiten als mitgliedstaatliches Gesetzesrecht. Sørensen (2011) zufolge greift der EuGH, statt Sekundärrecht außer Kraft zu setzen, in Konfliktfällen zu einer *grundfreiheitenkonformen Auslegung* der Richtlinien und Verordnungen (siehe auch Mortelmans 2002, 1324–25; Nettesheim 2006, 746).<sup>20</sup> In Fällen zudem, in denen ein solches Vorgehen nicht möglich sei, betone der EuGH mitunter, dass es nicht

---

18 Ein weiteres, bei Teichmann (2011, 756) angeführtes Argument ließe sich als Kompensationstheorie bezeichnen: Der weite Spielraum des europäischen Gesetzgebers sei ein „notwendiges Korrelat“ zur engen Bindung des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers. Da die Handlungsfreiheit der nationalen Politik mit dem Übergang vom Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot erheblich eingeschränkt worden sei, müsse ihr zumindest ein größerer Spielraum durch gemeinsames Handeln auf europäischer Ebene zugestanden werden.

19 Das ist nahe an Grimms (2016) Kritik an der „Überkonstitutionalisierung“ der Europäischen Union. In der Tat scheint Grimms Kritik, ohne diesen Umstand explizit zu thematisieren, eine enge Bindung des Unionsgesetzgebers an die Grundfreiheiten vorauszusetzen.

20 Allerdings werde ich nachfolgend anzweifeln, dass dies unbedingt für die Theorie der lockeren Bindung spricht. Die Strategie der grundfreiheitenkonformen Auslegung von Sekundärrecht kann nämlich Ergebnisse hervorbringen, die sich von den Implikationen einer engen Bindung kaum unterscheiden lassen.

seine Aufgabe sei, die Bewertung des Unionsgesetzgebers durch seine eigene Bewertung zu ersetzen. Auch dies spricht dafür, dass die „Grundfreiheitenbeständigkeit“ des europäischen Gesetzesrechts ausgeprägter ist als die des mitgliedstaatlichen Rechts.

### Wie konnte diese Frage so lange offenbleiben?

Die Aufarbeitung der europarechtlichen Fachliteratur offenbarte eine überraschend große Bandbreite an Einschätzungen. Dieser Umstand verweist darauf, dass das europäische Höchstgericht bisher nicht für Klarheit gesorgt hat. Offenbar hatte der EuGH bisher wenig Gelegenheit, eine gefestigte Rechtsprechung zum Spielraum europäischer Gesetze gegenüber den Grundfreiheiten zu entwickeln. In den nachfolgenden Abschnitten wird anhand der Analyse zweier jüngerer Konfliktsequenzen zumindest etwas Licht ins Dunkel gebracht. Eine davon datiert aus der ersten Hälfte der Zweitausenderjahre, die andere wurde erst jüngst, mit EuGH-Urteilen aus dem Jahr 2020, beendet.

Aber hätte sich das Problem der Grundfreiheitenbindung des Unionsgesetzgebers in sechzig Jahren Integrationsgeschichte nicht immer wieder stellen müssen und müsste es daher nicht schon längst umfängliches Fallrecht zum Thema geben? Folgende Überlegungen mögen helfen, die offenbar geringe Falldichte zu verstehen. Zunächst zur Konstellation der EU-weiten Harmonisierung von Maßnahmen, die auf mitgliedstaatlicher Ebene verbotene Beschränkungen wären. Hier ist in Erinnerung zu rufen, dass die Rechtsangleichung von Produktstandards mit der *Cassis-de-Dijon*-Rechtsprechung des EuGH weitgehend zugunsten der gegenseitigen Anerkennung obsolet wurde (Geiger, Khan und Kotzur 2017, 292). Gewiss gibt es gleichwohl zahlreiche Beispiele für Harmonisierungen, die den Mitgliedstaaten verboten wären (etwa Produkt- oder Werbeverbote wie jene, um die es in Abschnitt 4 gehen wird). Als Arbeitshypothese lässt sich mutmaßen, dass diese vor allem deshalb selten vor dem EuGH landen, weil bei Vollverboten (trotz der im Prinzip verfügbaren Mehrheitsentscheide) nur selten gegen fundamentale Präferenzen einzelner Länder oder Ländergruppen entschieden wird. Dann gibt es keine Kläger.

Noch herausfordernder erscheint die Frage, warum sich die Konfliktkonstellation eines mit sekundärrechtlichen Mitteln bewirkten „Freiräumens“ mitgliedstaatlicher Spielräume (Autorisierung mitgliedstaatlicher Wahlmöglichkeiten) nicht häufiger manifestierte, bestünde hierin doch eine autonomieschützende Antwort auf die immer wieder als zu extensiv empfundene EuGH-Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten.<sup>21</sup> Impulse aufseiten der Mitgliedstaaten, eigene Regelungsbereiche vor den Grundfreiheiten zu schützen, dürften vor allem dann auftreten, wenn vorangegangenes Fallrecht die ge-

---

21 Selbst wenn man bestreitet, dass ein solches „Freiräumen“ mitgliedstaatlicher Handlungsspielräume mittels sekundärrechtlicher Autorisierung europarechtlich möglich ist, müsste es hierzu ja eine EuGH-Rechtsprechung geben.

setzgeberischen Spielräume eingeschränkt hat. Die sekundärrechtliche Autorisierung wäre dann eine Korrektur von EuGH-Entscheidungen (mit unklarer Rechtsfestigkeit). Je nach Regelungsfeld müsste eine qualifizierte oder einstimmige Mehrheit im Rat und eine Mehrheit im EP erkämpft werden. Das ist schwer, aber nicht unmöglich.

Vor allem aber müsste die Kommission zunächst einmal ihr Monopol bei der Vorlage von Gesetzesinitiativen ausüben. In Konflikten zwischen supranationalen und mitgliedstaatlichen Interessen steht sie typischerweise aufseiten jener, die für eine extensive Auslegung des europäischen Rechts eintreten; ihre Mission besteht in Schutz und Ausbau des gemeinsamen Acquis, nicht in der Maximierung mitgliedstaatlicher Handlungsspielräume.<sup>22</sup> Besonders deutlich wird dieser Umstand, wenn die Kommission in dem betreffenden Verfahren selbst Klägerin war oder vor dem EuGH als Prozessbeteiligte eine Stellungnahme zur Verteidigung der extensiven Auslegung der in Rede stehenden Grundfreiheit abgab. Warum sollte die Kommission im Erfolgsfall anschließend eine Gesetzesinitiative mit dem Ziel starten, den *Status quo ante* wiederherzustellen?

Diese prozeduralen Gesichtspunkte helfen zu verstehen, warum sich die vorliegend erörterte Frage bisher erstaunlich selten stellte. Aufgrund der hohen Hürden, die sekundärrechtlichen Korrekturen von EuGH-Entscheidungen aufliegen, hat der EuGH unter normalen Umständen – jenseits von Konstellationen exzeptioneller Grade an öffentlicher Politisierung von Konflikten – gute Chancen, den Unionsgesetzgeber „an der kurzen Leine zu führen“, wie Schmidt (2018) zu Recht gegen die optimistische Lesart von Martinsen (2015) herausstellt.<sup>23</sup> Die hohe Zahl an Konfliktfällen und EuGH-Entscheidungen, die notwendig wäre, um Möglichkeit und Grenzen der sekundärrechtlichen „Autorisierungsstrategie“ Kontur zu verleihen, kommt vor diesem Hintergrund nicht zustande.

Gleichwohl ändern diese Erklärungsversuche nichts daran, dass die bis heute unklare Bindung des europäischen Gesetzgebers an die Binnenmarktfreiheiten ein europarechtliches und integrationspolitisches Kuriosum ist.

#### **4 Die Auseinandersetzung um die Richtlinie zum Verbot von Tabakwerbung**

Die erste der nachfolgend analysierten Konfliktsequenzen stammt aus den Jahren 1998 bis 2006. Die Kontroverse drehte sich um die Frage, ob der Unionsgesetzgeber befugt war, Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit zu erlassen, genauer: Tabakwerbung zu verbieten. Die Auseinandersetzung bietet eine hohe Zahl an Beobachtungspunkten, weil es

---

22 Höreth (2008, 311) beschreibt die hierfür typische Konfliktkonstellation als „Drei gegen Einen“: Die Kommission, das EP und der EuGH auf der einen und der Rat auf der anderen Seite.

23 Ein Überblick ist Höpner und Schmidt (2020, 189–93).

sich um eine längere, von der europarechtlichen Debatte intensiv begleitete Ereigniskette handelt: Verabschiedung von Sekundärrecht, Klage, Annullierung durch den EuGH, erneute Verabschiedung in veränderter Fassung, neue Klage, bestätigendes EuGH-Urteil.

## Der erste Anlauf

Die europäische Tabakwerbeverbotsrichtlinie<sup>24</sup> wurde im Juli 1998 verabschiedet. Sie zielte darauf, die Unterschiedlichkeit der mitgliedstaatlichen Regelungen zur Tabakwerbung auf restriktivem Niveau einzuebnen. Nach übereinstimmender Einschätzung wurde mit den Maßnahmen vor allem ein effektiverer Gesundheitsschutz bezweckt, was auch darin zum Ausdruck kam, dass mit der Materie innerhalb der zuständigen europäischen Organe vor allem Gesundheitspolitiker befasst wurden. Als Kompetenzgrundlage benannte der europäische Gesetzgeber gleichwohl seine im heutigen Art. 114 AEUV (damals Art. 100a AEUV) kodifizierte Befugnis, Maßnahmen zu erlassen, „welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben“. Eine gesundheitspolitische Harmonisierungskompetenz lag nicht vor und wäre also keine Alternative gewesen.

Der entscheidende Gegenstand der Richtlinie war das Verbot der herkömmlichen Formen von Werbung für tabakhaltige Produkte (Art. 3 [1]). Das Verbot sollte Anzeigen in Zeitungen und anderen Medienprodukten, mit Werbung bedruckte Produkte (wie zum Beispiel Sonnenschirme mit dem Logo von Zigarettenherstellern), das Verteilen von kostenlosen Tabakprodukten und das sogenannte Sponsoring (Aktivitäten bei Veranstaltungen, die darauf abzielen, den Verkauf von Tabakprodukten zu fördern) umfassen. Erlaubt bleiben sollte Tabakwerbung in Geschäften sowie in Medienprodukten, die auf Tabakprodukte spezialisiert sind. Art. 5 sollte die Mitgliedstaaten zur Beibehaltung von strengeren als in der Richtlinie genannten Maßnahmen ermächtigen (Mindestharmonisierung). Im Rat stimmte Deutschland als einziges Land gegen die Richtlinie.

Die Konstellation lässt sich als „Beschränkung durch Harmonisierung“ umschreiben. Zweifellos hatte die Richtlinie eine Beschränkung im europarechtlichen Sinne zum Gegenstand: Der transnationale Handel mit Tabakprodukten wäre erschwert worden, denn zur Eroberung ausländischer Märkte oder zur Einführung neuer Produkte wäre die Werbung als Instrument künftig weitgehend ausgefallen. Betrachtet man den Markt für die in Rede stehende Werbung isoliert, hätte es sich sogar um ein Marktverbot, also die weitreichendste Form einer Beschränkung gehandelt. Ebenso zweifellos hätte es sich um eine diskriminierungsfreie Maßnahme gehandelt: Aus Perspektive aller beteiligten Länder wären in- und ausländische Marktteilnehmer gleichermaßen betroffen gewesen.

---

24 RL 98/43/EG.

Im Oktober 1998 reichte Deutschland eine Nichtigkeitsklage beim EuGH ein (Rechtssache C-376/98). Im Vordergrund standen zwei eng miteinander verknüpfte Klagegründe (Fennelly 2000, Rn. 34–56): Der europäische Gesetzgeber habe erstens seine Kompetenzen überschritten. Der Art. 114 AEUV ermächtige nicht zum Tabakwerbeverbot, weil er dem europäischen Gesetzgeber lediglich eine Befugnis zur *Förderung* des Binnenmarkts verleihe (sofern ein Binnenmarktbezug überhaupt bestehe, was Deutschland ebenfalls anzweifelte). Die Binnenmarktcompetenz sei also keine allgemeine Regulierungskompetenz zur Verfolgung aller nur denkbaren Ziele, sondern etwas Engeres: eine Marktschaffungskompetenz. Zweitens und jenseits des Kompetenzproblems stelle der Eingriff des Unionsgesetzgebers eine unverhältnismäßige Beschränkung der Binnenmarktfreiheiten dar, was anzeigt, dass Deutschland von einer engen Grundfreiheitenbindung des Unionsgesetzgebers ausging.

Die deutsche Klage richtete sich gegen das Europäische Parlament und den Rat. Diese wurden vor dem EuGH von der Kommission sowie von drei Mitgliedstaaten unterstützt, nämlich Finnland, Frankreich und Großbritannien. Die Verteidiger der Richtlinie bestritten das Fehlen eines Binnenmarktbezugs, denn die Erstellung, Verbreitung und Wirkung von Werbung mache an Grenzen nicht halt. Unerheblich sei aber, ob die Richtlinie den Binnenmarkt vertiefe oder nicht. Denn Art. 114 AEUV ermächtige den Unionsgesetzgeber nicht nur dazu, Grundfreiheiten stärker zur Geltung zu bringen. Er könne die Binnenmarktcompetenz vielmehr zur Regulierung in unterschiedliche Richtungen und damit auch zur Verhängung von Verboten nutzen. Entscheidend sei lediglich, dass der Fokus der Richtlinie auf der Gestaltung des Binnenmarkts liege. Das sei der Fall und der Gesundheitsschutz sei lediglich ein (legitimer) Nebenaspekt. Gegenüber den Grundfreiheiten habe er zudem – im Unterschied zur von Deutschland angenommenen engen Bindung – einen weiten Ermessensspielraum.

Weil der Schlussantrag des Generalanwalts (zitiert als Fennelly 2000) und die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-376/98 weitgehend kongruent ausfielen, können sie gemeinsam vorgestellt werden. Der Ansicht Deutschlands, ein transnationaler Binnenmarktbezug sei nicht gegeben, folgten der aus Irland stammende Generalanwalt Nial Fennelly und der EuGH zwar nicht (ebd., Rn. 108). Im Sinne Deutschlands und im Einklang mit dem EuGH-Urteil führte Fennelly aber aus, dass die Binnenmarktcompetenz „nicht mit der Schaffung einer allgemeinen Regulierungskompetenz der Gemeinschaft gleichgesetzt werden“ (ebd., Rn. 83) könne. Die Ausübung der Binnenmarktcompetenz müsse vielmehr „entweder die Ausübung der Grundfreiheit [...] erleichtern oder die Wettbewerbsbedingungen an[...]gleichen“ (ebd.).

Diese Feststellung öffnete den Befürworterinnen und Befürwortern der Richtlinie im Prinzip eine Tür, denn eine Angleichung der Wettbewerbsbedingungen fand zweifellos statt.<sup>25</sup> Um zu prüfen, ob die Erreichung dieses Ziels ein Verbot rechtfertigt, schlug der

---

25 Im Urteil C-376/98 stellt der EuGH klar, dass die Existenz von Unterschieden bei den Wettbewerbsbedingungen für sich genommen noch keine Ausübung der Binnenmarktcompetenz rechtfertige (Rn. 84).

Generalanwalt einen zweistufigen Test vor (ebd., Rn. 93–99). Erstens sei zu prüfen, ob die zu vereinheitlichenden Regeln in den Mitgliedstaaten tatsächlich so unterschiedlich seien, dass sie den freien Handel behindern. Zweitens müsse vom Gesetzgeber schlüssig dargelegt worden sein, ob und inwiefern die ergriffene Maßnahme tatsächlich dem Ziel der Binnenmarktförderung diene. Hierbei sei dem Gesetzgeber zwar ein weiterer Spielraum einzuräumen. Der EuGH müsse allerdings prüfen, ob den gesetzgebenden Organen „ein offensichtlicher Irrtum oder Ermessensmissbrauch unterlaufen ist oder ob sie die Grenzen ihres Spielraums offensichtlich überschritten“ haben (ebd., Rn. 98).

Der EuGH folgte diesem Vorschlag und verneinte, dass es in der Richtlinie um die Binnenmarktschaffung ging. Der Gesetzgeber, so das europäische Höchstgericht, habe nicht dargelegt, wie die Richtlinie den gemeinsamen Markt fördere. Verbote seien im Zuge der Binnenmarktvertiefung zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Wie aber etwa ein Verbot von Tabakwerbung auf Sonnenschirmen oder Plakaten den Binnenmarkt fördere, erschloss sich dem Gericht nicht (C-376/98, Rn. 99–100). Auch spreche der Charakter der Richtlinie als Mindestharmonisierung, also die angestrebte Autorisierung der Mitgliedstaaten, weitergehende Verbote beizubehalten oder zu erlassen, nicht dafür, dass die angestrebte Maßnahme den Binnenmarkt vertiefe. Der Gesetzgeber habe sich daher zu Unrecht auf seine Binnenmarktcompetenz berufen und die Richtlinie sei, wie von Deutschland verlangt, nichtig (ebd., Rn. 118).

Das Schicksal der ersten Fassung der Richtlinie ist im Zusammenhang mit der vorliegend diskutierten Problemstellung informativ, lässt aber gleichwohl vieles offen. Dem Urteil lässt sich entnehmen, dass der EuGH die Binnenmarktcompetenz des Unionsgesetzgebers nicht als allgemeine Regulierungskompetenz begreift. Vielmehr müsse die Ausübung der Kompetenz der Marktvertiefung dienen, was das Gericht im vorliegenden Fall verneinte. Da die Richtlinie bereits an der Kompetenzgrundlage scheiterte, erfahren wir nicht, welche (strengen oder weniger strengen) Grundfreiheiten sich angeschlossen hätten, hätte die Maßnahme den Kompetenztest passiert (hierzu insbesondere Fennelly 2000, Rn. 149 und Fn. 173). Auch erfahren wir nicht, was geschehen wäre, wenn dem Unionsgesetzgeber eine besser auf die Konstellation passende Kompetenz zur Harmonisierung von Maßnahmen des Gesundheitsschutzes vorgelegen hätte, und ob sich die Ausübung dieser Kompetenz in einem strengen Test gegen die Binnenmarktfreiheiten hätte bewahren müssen.

Bemerkenswert ist aber auch, dass der EuGH im vorliegenden Fall nicht grundsätzlich ausschloss, dass auch Beschränkungen von Grundfreiheiten – bis hin zu Verboten – der Binnenmarktvertiefung dienen können, wenn im Gegenzug eine Rechtsangleichung stattfindet. Der Gesetzgeber habe hier einen weiten Ermessensspielraum, müsse aber nachweisen, dass seine Maßnahmen im Endeffekt, gegebenenfalls mittelbar, der Binnenmarktschaffung dienen.

## Der zweite Anlauf

Die revidierte Tabakwerbeverbotsrichtlinie<sup>26</sup> trat im Mai 2003 in Kraft. Auch diese Richtlinie verbot Tabakwerbung in Druck-Erzeugnissen, in anderen Medien und beim sogenannten Sponsoring (Art. 3–5). Ansonsten verfuhr die Richtlinie weniger restriktiv als ihre gescheiterte Vorgängerin: Die Werbung auf Erzeugnissen wie Sonnenschirmen tauchte nicht mehr auf, und nunmehr legte Art. 8 fest, dass die nationalen Gesetzgeber keine weiterführenden Einschränkungen für die Waren oder Dienstleistungen vornehmen dürfen, die gemäß der Richtlinie erlaubt sind (Vollharmonisierung). Als Kompetenzgrundlage diente wie auch beim ersten Versuch die Binnenmarktkompetenz aus Art. 114 AEUV.

Beachtung verdient besonders die ausführliche und klar auf die Binnenmarktschaffung abstellende Begründung der Richtlinie durch die Kommission (zitiert als Europäische Kommission 2001). Ziel der Richtlinie sei es, durch Harmonisierung „Hindernisse zu beseitigen, die dem Funktionieren des Binnenmarkts entgegenstehen, und auf diese Weise den freien Verkehr mit Waren und Dienstleistungen [...] sicherzustellen“. Die Unterschiedlichkeit der bestehenden nationalen Regeln wurde im Einzelnen dokumentiert und als zu beseitigendes Binnenmarkthindernis gedeutet. Der Schwerpunkt der Begründung lag hier und in den Erwägungsgründen der Richtlinie von nun an eindeutig auf der Binnenmarktschaffung statt der Suchtprävention.

Erneut entschied sich Deutschland zur Klage. Sie wurde im September 2003 eingereicht und als Rechtssache C-380/03 geführt. Die Argumentation deckte sich mit jener aus der ersten Klage (Léger 2006, Rn. 56–64). Bei der Verteidigung der Richtlinie durch die Gegenseite fällt auf, welches Argument *nicht* mehr verwendet wurde (ebd., Rn. 65–77): Dass die Binnenmarktkompetenz grundsätzlich auch zur Marktbeschränkung eingesetzt werden dürfe, wurde nun nicht mehr behauptet. Vielmehr konzentrierte sich die Abwehr der Klage auf den gegebenen Binnenmarktbezug, die binnenmarktfördernden Auswirkungen der Verminderung der Unterschiedlichkeit der mitgliedstaatlichen Regulierungen und die verminderte Restriktivität der Richtlinie.

In diesem Verfahren fungierte der aus Frankreich stammende Philippe Léger (2006) als Generalanwalt. Zunächst sei zu klären, ob die Unterschiedlichkeit der bestehenden Regeln den Binnenmarkt hemme und ein harmonisierender Eingriff ihn daher vertiefe. Dies und damit auch das Vorliegen eines transnationalen Binnenmarktbezugs bejahte er. Speziell fördere die Richtlinie die transnationale Handelbarkeit von Gütern, da potenzielle Werbeträger wie Zeitungen nun nicht mehr Gefahr liefen, wegen enthaltener Tabakwerbung in einzelnen Ländern zurückgewiesen zu werden (ebd., Rn. 135–73). Der Gesetzgeber habe zudem hinreichend begründet, warum sein Tätigwerden der Binnenmarktförderung diene (ebd., Rn. 175–88). Dass die Maßnahme vor diesem Hintergrund *auch* dem Gesundheitsschutz zugutekomme, sei nicht zu beanstanden. Der EuGH schloss sich dieser Sicht vollumfänglich an.

---

26 RL 2003/33/EG.

Während die Prüfung des europäischen Höchstgerichts im ersten Anlauf der Richtlinie beendet war, nachdem das Vorliegen einer geeigneten Kompetenzgrundlage verneint wurde, folgte auf die Bestätigung der korrekten Wahl der Handlungsermächtigung nun ein Verhältnismäßigkeitstest (EuGH, C-380/03, Rn. 144): Die Maßnahme müsse zur Zielerreichung geeignet sein und dürfe nicht über das erforderliche Maß hinausgehen. Das entspricht im Prinzip dem im Abschnitt 2 des vorliegenden Papiers vorgestellten, an mitgliedstaatliche Maßnahmen angelegten (strengen) Grundfreiheitentest. Der EuGH führt zur Ausgestaltung des Tests aber aus:

Bei der gerichtlichen Nachprüfung der in vorstehender Randnummer genannten Voraussetzungen ist dem Gemeinschaftsgesetzgeber ein weites Ermessen in Bereichen wie dem in Rede stehenden zuzuerkennen, in dem von ihm politische, wirtschaftliche und soziale Entscheidungen verlangt werden und in dem er komplexe Beurteilungen vorzunehmen hat. Eine in diesem Bereich erlassene Maßnahme kann nur dann rechtswidrig sein, wenn sie zur Erreichung des von den zuständigen Organen verfolgten Zieles offensichtlich ungeeignet ist. (Rn. 145)

Dieser Test erfolgte in äußerster Kürze, schloss neben der Eignungs- eine Erforderlichkeitsprüfung ein (Rn. 147) und endete mit der Feststellung, „dass der Gemeinschaftsgesetzgeber mit dem Erlass dieser Maßnahmen nicht die Grenzen des ihm ausdrücklich eingeräumten Ermessens überschritten hat“ (Rn. 157). Die Klage Deutschlands wurde daher abgewiesen.

### Einsichten aus der Fallbetrachtung

Die vom EuGH vorgenommene Prüfung der revidierten Tabakwerbeverbotsrichtlinie ist im Hinblick auf die vorliegend erörterte Problemstellung in mehrerer Hinsicht informativer als das Schicksal der ersten Fassung von 1998. Im ersten Anlauf verhinderte das Scheitern an der Kompetenzgrundlage, dass es zu einer Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Binnenmarktfreiheiten kam. Im zweiten, aus Sicht des Unionsgesetzgebers erfolgreichen Anlauf tritt das Ergebnis nun umso klarer hervor: Nicht nur war der Gesetzgeber zur Verabschiedung der Marktbeschränkung befugt, ohne hierbei einem allzu strengen Verhältnismäßigkeitstest ausgesetzt zu sein; auch brauchte er für seinen Eingriff keine andere Kompetenz als seine Binnenmarktkompetenz.

Zwar hatte der EuGH den Umfang der Binnenmarktkompetenz nominell dahin gehend präzisiert, dass er ihn von einer allgemeinen Regulierungskompetenz abgrenzte: Ausübungen der Kompetenz müssen der Marktvertiefung dienen. Das Gericht legte dem Gesetzgeber aber nur eine geringe Beweislast auf. Bemerkenswert ist vor allem, was der EuGH hierbei *nicht* prüfte. Er führte nicht, wie etwa von Görlitz (2003, 490) angemahnt, eine Analyse der konkreten transnationalen Wettbewerbssituation durch. Er prüfte auch nicht, anders als von Kainer (2006, 627) für notwendig erachtet, ob sich das angestrebte Ziel der (mittelbaren) Binnenmarktvertiefung auch mit weniger einschneidenden Maßnahmen hätte erreichen lassen. Auch dass weiterhin vor allem Gesund-

heitspolitiker mit der Reform befasst waren, störte das europäische Höchstgericht nicht, obwohl – in den Worten Oppermanns (2001, 953) – „aus allen Knopflöchern“ weiterhin die gesundheitspolitische Zielsetzung der Richtlinie hervorlugte. Und schon gar nicht setzte der EuGH das neu geschaffene Sekundärrecht im Anschluss an die Kompetenzprüfung dem strengen, zur Prüfung von Binnenmarkthindernissen aufseiten der Mitgliedstaaten entwickelten Grundfreiheitenstest aus. Stattdessen gab er sich mit einer weichen Prüfung auf *Abwesenheit offensichtlichen Missbrauchs* zufrieden.

Gleichwohl bleiben erneut viele Fragen offen. Dem Urteil lassen sich keine kontrafaktischen Überlegungen dahingehend entnehmen, ab welchem Punkt der Unionsgesetzgeber sein ihm eingeräumtes weites Ermessen überschritten hätte. Offenbar war die geschicktere Begründung, mit der der Unionsgesetzgeber im zweiten Anlauf aufwartete, für das Ergebnis maßgeblicher als der weniger restriktive Gehalt der Maßnahme. Zwar scheinen in den Urteilen zu beiden Anläufen die Konturen eines Prüfungsschemas auf: Auf die Kompetenzprüfung folgt eine Verhältnismäßigkeitskontrolle, die die Form einer Kontrolle auf offensichtlichen Missbrauch annimmt. Da aber nicht fallunabhängig konturiert wird, woran sich offensichtlicher Missbrauch erkennen lässt, bleibt der genaue Umfang der Grundfreiheitenbindung des Unionsgesetzgebers offen. Eindeutig ist lediglich, dass es sich um eine weniger feste Bindung als jene des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers handelt.

## 5 Die Auseinandersetzung um die Entsenderichtlinie

Die Auseinandersetzungen um die Entsenderichtlinie und um die Richtlinie zum Verbot von Tabakwerbung weisen Gemeinsamkeiten auf. Auch die Entsenderichtlinie wurde auf Grundlage der Befugnis erlassen, Sekundärrecht zur Schaffung des Binnenmarkts zu verabschieden. Während es beim Tabakwerbeverbot um den freien Warenverkehr ging, betrafen die Entsenderichtlinie aus dem Jahr 1996<sup>27</sup> und ihre Revision im Jahr 2018<sup>28</sup> den Dienstleistungsverkehr (heute Art. 53 AEUV). Genauso wie das Tabakwerbeverbot im Kern nicht auf die Binnenmarktvertiefung, sondern auf den Gesundheitsschutz zielte, stand bei der Entsenderichtlinie ein von der Marktschaffung abzugrenzendes Ziel im Vordergrund: der Arbeitnehmerschutz. Nicht die Binnenmarktpolitiker, sondern die Arbeits- und Sozialpolitiker hatten bei der Aushandlung der Entsenderichtlinie die Federführung, ähnlich wie die Gesundheitspolitiker beim Tabakwerbeverbot. Und auch im Entsendekonflikt wurde die Befugnis des Unionsgesetzgebers, die Grundfreiheiten einzuschränken, vor dem EuGH angefochten.

---

27 RL 96/71/EG.

28 RL (EU) 2018/957.

Allerdings übertrifft die Komplexität der Auseinandersetzung um die Entsenderichtlinie jene des Streits über die Tabakwerbung erheblich. Das Tauziehen um den Arbeitnehmerschutz bei der transnationalen Arbeitnehmerentsendung zog sich, betrachtet man die erste Ankündigung zur Vorlage eines Richtlinienentwurfs durch die Kommission im Jahr 1989 als Startpunkt, über drei Jahrzehnte. Die jüngsten, im Jahr 2020 ergangenen EuGH-Entscheidungen über die ungarischen und polnischen Klagen gegen die Revision der Richtlinie markieren den vorläufigen Endpunkt der Auseinandersetzung.<sup>29</sup> Die äußerste Unstetigkeit der EuGH-Rechtsprechung zum Thema steigert die Komplexität zusätzlich. Eine weitere Besonderheit des Konflikts ist dessen exzeptionelle öffentliche Politisierung. Die nachfolgende Darstellung konzentriert sich strikt auf das Problem der Bindung des Unionsgesetzgebers an die Grundfreiheiten. Für umfassende Analysen der Abläufe sei auf Eichhorst (2000), Martinsen (2015, 185–224) und Seikel (2020) verwiesen.

### Die Entsenderichtlinie von 1996

Arbeitnehmerentsendung bedeutet, dass abhängig Beschäftigte ihre Tätigkeit auf Anweisung des Arbeitgebers vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat verrichten als jenem, in dem sie angestellt sind. Im Unterschied zur Arbeitsmigration ist die Arbeitnehmerentsendung der Dienstleistungsfreiheit unterstellt.<sup>30</sup> Anwendung findet daher das Arbeits- und Sozialrecht des Herkunftslands, sodass im Ergebnis fremdes Recht – in aller Regel: mit weniger Schutzbestimmungen – in das Zielland importiert wird. Diese Konstellation bricht das Prinzip „ein Ort, ein Arbeitsrecht“ auf und sorgt für eine Form des Regimewettbewerbs, der nicht zwischen, sondern innerhalb von Ländern ausgetragen wird. Entsprechend werden Gewerkschaften, die für hohe und einheitliche Standards kämpfen, geschwächt.

Zwar hatte der EuGH schon vor Verabschiedung der Entsenderichtlinie von 1996 bestätigt, dass es den Zielländern nicht verwehrt ist, Schutzbestimmungen auf Entsandte zu übertragen und dem Import schwächerer Schutzbestimmungen so Grenzen zu setzen.<sup>31</sup> Die Einzelheiten waren auf Grundlage der damaligen Rechtsprechung aber ungeklärt (Zahn 2017, 191). Die nach langen Auseinandersetzungen verabschiedete Richtlinie 96/71/EG regelte, welche Schutzbestimmungen übertragen werden müssen und welche übertragen werden dürfen.

Zum einen listete sie in Art. 3 (1) Schutzbereiche auf, in denen das Recht des Ziellands übertragen werden musste. Der wichtigste Bereich waren die „Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze“ (Ziffer c), Beispiele für weitere waren die Höchst-

---

29 EuGH, C-620/18 (Ungarn/Parlament und Rat) und C-626/18 (Polen/Parlament und Rat).

30 EuGH, Rs. 279/90 (Webb), Rs. 62/81 (Seco), Rs. 63/81 (Desquenne & Giral) und C-111/89 (Rush Portuguesa).

31 EuGH, C-113/89 (Rush Portuguesa).

arbeitszeiten und der Urlaub (Ziffern a und b). Zum anderen legte Art. 3 (7) fest, dass die obligatorische Übertragung der Mindeststandards der Anwendung von für die Beschäftigten günstigeren Arbeitsbedingungen nicht entgegenstand (die Interpretation dieser Bestimmung sollte gut zehn Jahre nach Verabschiedung der Richtlinie strittig werden). Eine Unterscheidung zwischen „kann“ und „muss“ wurde auch in sektoraler Hinsicht getroffen: Die Umsetzungspflicht bezog sich auf Bautätigkeiten, die Mitgliedstaaten durften die Bestimmungen aber optional auf weitere Branchen ausdehnen (ein Beispiel für sekundärrechtliche *Autorisierung* mitgliedstaatlicher Wahlmöglichkeiten).

Wenn in Bezug auf die Entsenderichtlinie also von *Harmonisierung* gesprochen wird, ist das nicht mit der Definition von Mindeststandards im Arbeitsrecht (Mindestharmonisierung) oder gar der Setzung abschließender Regelungen (Vollharmonisierung) zu verwechseln. Eine Angleichung des Arbeitsrechts der Mitgliedstaaten fand nicht statt und war nicht bezweckt, auch keine Angleichung der auf Entsendete erstreckten Arbeitsstandards. Harmonisiert wurden vielmehr mitgliedstaatliche *Kollisionsnormen* (Joerges und Rödl 2009, 7–9), die der Abgrenzung von Vorschriften aus unterschiedlichen Rechtsquellen dienen. Ob diese Kollisionsnormen durch den Unionsgesetzgeber mindest- oder vollharmonisiert wurden, war Teil des Konflikts.

Ob sich bereits die 1996 erfolgte Abgrenzung der *zwingend* zu übertragenden Normen als Versuch einer sekundärrechtlich bewirkten Grundfreiheitenbeschränkung beschreiben lässt, ist nicht eindeutig zu beantworten. Im Zweifel spricht mehr dagegen als dafür, denn die Mitgliedstaaten fanden seinerzeit ein europarechtlich nur schwach durchreguliertes Feld vor. Es wurde keine striktere Rechtsprechung des EuGH korrigiert. Anders verhält es sich mit den *optionalen* Regelungen, insbesondere der mutmaßlich angestrebten *Offenheit* der Liste übertragbarer Standards. Im Sinne dieses Papiers handelt es sich auch hier um einen versuchten Akt des „Freiräumens“ nationaler Handlungsspielräume vor dem Zugriff der Grundfreiheiten, mit anderen Worten: um eine sekundärrechtlich bewirkte *Autorisierung* der Mitgliedstaaten, Regelungen zu erlassen, die ohne Autorisierung mit hoher Wahrscheinlichkeit in Konflikt mit den Grundfreiheiten geraten würden.

Der Umfang der mutmaßlich versuchten Autorisierung war nicht uferlos. Nichts deutet darauf hin, dass der Unionsgesetzgeber diskriminierende Regelungen autorisieren wollte. Die Mitgliedstaaten sollten entsendenden Unternehmen also nichts abverlangen dürfen, was intern nicht galt. Übertragene Standards mussten im Inland also zwingend sein, mindestens aber einen sehr hohen Grad an Verbindlichkeit haben. War dies aber der Fall, insbesondere aufgrund gesetzlicher Regelungen oder Bestimmungen in allgemein verbindlichen Tarifverträgen, sollte der Übertragbarkeit auch jenseits der definierten Mindeststandards nichts im Wege stehen.

Allerdings zeigte sich später, dass die Liste der zu übertragenden Standards – für viele überraschend – auch anders verstanden werden konnte: als *abschließende* Auflistung der Standards, die maximal übertragen werden dürfen, und damit als *Vollharmonisie-*

zung der angewandten Kollisionsnormen. Wäre das die Intention des Unionsgesetzgebers gewesen, wäre die Charakterisierung des Rechtsakts von 1996 als sekundärrechtlich bewirkte Begrenzung der Regimekonkurrenz *gegen* die Grundfreiheiten abwegig. Vielmehr wäre die Entsenderichtlinie in diesem Fall von Anfang an als Dienstleistungsfreiheits-Durchsetzungsrichtlinie zu verstehen gewesen, die darauf zielte, der Übertragbarkeit von Arbeitsstandards auf Entsandte enge Grenzen zu setzen.

Zwar kann dieser Streit hier nicht abschließend entschieden werden. Berücksichtigt man den Entstehungskontext der Richtlinie, spricht aber wenig dafür, dass die Mitgliedstaaten mit ihr die Übertragbarkeit von im Zielland zwingend geltenden Standards begrenzen wollten. Die Kommission hatte die Vorlage eines Richtlinienentwurfs nicht etwa im Kontext des Binnenmarktprogramms, sondern im Zuge des Aktionsprogramms zur Umsetzung der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989 angekündigt (Sörries 1997, 130). Wie Eichhorst (1999; 2000) im Einzelnen aufzeigt, waren in den nachfolgenden Jahren einzelne Länder mit nationalen Entsendegesetzen vorgeprescht, so etwa Österreich, dessen Gesetz die Übertragung aller inländisch zwingend geltenden Lohnbestandteile vorsah. Die europäische Richtlinie, so Eichhorst, zielte dann darauf, die nationalen Lösungen europarechtlich abzusichern und vor einer möglichen Verwerfung durch den EuGH abzuschirmen (Eichhorst 1999, 355; 2000, 289).<sup>32</sup> Es ging demnach um eine nachgelagerte europarechtliche Autorisierung der zuvor gefundenen nationalen Lösungen.

Gleichwohl beweist der Vorgang nicht, dass der Unionsgesetzgeber zu solchen Autorisierungen befugt ist. Denn der EuGH sollte die Offenheit der Liste übertragbarer Arbeitsstandards nicht akzeptieren.

### Umstrittene Auslegung durch den EuGH

In einer im Jahr 2007 begonnenen Serie an Entscheidungen rügte der EuGH mitgliedstaatliche Maßnahmen, die auf die territoriale Einheitlichkeit der Lohn- und Arbeitsstandards zielten. Das Gericht legte die in Art. 3 (1) der Entsenderichtlinie aufgezählten, zwingend zu übertragenen Bereiche trotz der anderes nahelegenden, oben erwähnten Formulierung in Art. 3 (7)<sup>33</sup> als abschließendes Höchstmaß an Bestimmungen aus, die auf Entsandte übertragen werden dürfen. Dieser Auslegung als *Vollharmonisierung der Kollisionsnormen* zufolge durften daher Lohnbestandteile oberhalb der Mindestlohnsätze auch dann nicht übertragen werden, wenn sie im Zielland zwingend galten.

---

32 Wie der Autor mir auf Nachfrage bestätigte, fand er in seinen zahlreichen Interviews keine Anzeichen dafür, dass die Richtlinie von den damaligen Akteuren jemals so verstanden wurde, wie sie später vom EuGH interpretiert wurde.

33 Vgl. hierzu auch Erwägungsgrund 17 der Richtlinie.

Im Fall *Laval* ging es dabei um eine Blockade schwedischer Gewerkschaften, mit der eine Baufirma zur Beachtung der Tarifstandards gezwungen werden sollte.<sup>34</sup> Das Urteil war nicht nur wegen der Interpretation der Entsenderichtlinie bemerkenswert, sondern auch wegen der Einsicht, dass gewerkschaftliche Arbeitskampfforderungen unverhältnismäßige Eingriffe in die Grundfreiheiten darstellen können.<sup>35</sup> Im Fall *Rüffert* ging es um eine Tariftreuregelung des Landes Niedersachsen, die für Nehmer öffentlicher Aufträge die Zahlung ortsüblicher Löhne vorschrieb.<sup>36</sup> Auch im Fall *Kommission gegen Luxemburg* waren neben Pflichten zur Vorlage von Entsendeunterlagen die übertragenen Lohnsätze strittig.<sup>37</sup>

In Bezug auf das vorliegend diskutierte Problem sind zwei Aspekte der EuGH-Entscheidungen informativ. Erstens, der EuGH enthielt sich zwar eines Verbots von aus seiner Sicht grundfreiheitenwidrigen Bestandteilen der Entsenderichtlinie von 1996. Stattdessen griff er zur Strategie der *grundfreiheitenkonformen Auslegung* der in Rede stehenden Bestimmungen.<sup>38</sup> Für einen weiten Spielraum des Gesetzgebers gegenüber den Grundfreiheiten spricht diese Strategie aber nur auf den ersten Blick. Die Entscheidungen verdeutlichen vielmehr, dass diese Strategie Ergebnisse hervorbringen kann, die sich von (Teil-)Verboten von Sekundärrecht aufgrund enger Bindung des Unionsgesetzgebers an die Grundfreiheiten kaum unterscheiden lassen.

Zweitens, in allen genannten Entscheidungen scheiterten Teile der angefochtenen mitgliedstaatlichen Maßnahmen nicht lediglich an der im Licht der Grundfreiheiten ausgelegten Entsenderichtlinie von 1996, sondern zudem auch an den Grundfreiheiten selbst (Nassibi, Rödl und Schulten 2016, 494; Rödl 2018, 77). Der EuGH machte also Abstriche von der Regel, dass die Grundfreiheiten als Prüfungsmaßstab hinter das speziellere Sekundärrecht zurücktreten, wenn das Sekundärrecht der Vollharmonisierung dient. Besonders deutlich wurde das im *Rüffert*-Urteil, in dem der EuGH der Sekundärrechtswidrigkeit des angefochtenen Vergabegesetzes den Hinweis hinzufügte, dass die Maßnahme zudem auch als verbotene Grundfreiheitenbeschränkung zu qualifizieren sei (dort in Rn. 37). Das lässt sich nur als an den Unionsgesetzgeber gerichtete Warnung vor einer etwaigen Revision der Richtlinie verstehen: Eine Autorisierung des angefochtenen Vergabegesetzes durch den Unionsgesetzgeber, so der EuGH, werde an einer abermaligen grundfreiheitenkonformen Auslegung der revidierten Richtlinie scheitern. Die Sequenz des sogenannten *Laval*-Quartetts<sup>39</sup> spricht im Ergebnis gegen die Annahme, der EuGH räume dem Unionsgesetzgeber einen weiten Handlungsspielraum gegenüber den Grundfreiheiten ein.

---

34 EuGH, C-341/05 (*Laval*).

35 Letzteres war auch der Tenor des *Viking*-Urteils (EuGH, C-438/05).

36 EuGH, C-346/06 (*Rüffert*).

37 EuGH, C-319/06 (*Kommission/Luxemburg*).

38 Der EuGH legte die Entsenderichtlinie „im Licht“ der Dienstleistungsfreiheit aus: Rn. 36 und 43 im *Rüffert*-Urteil (EuGH, C-346/06) und Rn. 61 im *Laval*-Urteil (EuGH, C-341/05).

39 *Viking* mitgezählt.

Die EuGH-Entscheidungen riefen ein zuvor nicht gekanntes Ausmaß an Kritik vonseiten des Europäischen Parlaments, der Gewerkschaften und der Öffentlichkeit hervor. Das EP verlangte von der Kommission Gesetzesinitiativen für eine EuGH-feste, das Prinzip „ein Ort, ein Arbeitsrecht“ sicherstellende Reform der Entsenderichtlinie und zudem die Entfernung von Arbeitsk Kampfmaßnahmen aus dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten.<sup>40</sup> Die Frage war also nun, wie sich das Sekundärrecht so ausgestalten ließ, dass es die in den EuGH-Urteilen angegriffenen Maßnahmen vor den Grundfreiheiten abschirmte, ohne seinerseits primärrechtswidrig zu sein.

### Revision der Entsenderichtlinie

Die Auseinandersetzung mündete in das Scheitern der sogenannten *Monti-II*-Verordnung (Höpner und Ehret 2016)<sup>41</sup>, in eine Durchsetzungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie (Seeliger 2017, 164–81)<sup>42</sup> und schließlich – maßgeblich für die vorliegende Analyse – in die 2018 verabschiedete Revision der Entsenderichtlinie (Seikel 2020; Bogoeski 2021)<sup>43</sup>. Nicht alle in der Revision enthaltenen Maximierungen der auf Entsandte übertragbaren Schutzbestimmungen lassen sich als sekundärrechtlich bewirkte, gegen den EuGH durchgesetzte Einschränkungen der Grundfreiheiten interpretieren, denn der EuGH hatte Teile seiner harsch kritisierten Rechtsprechung zwischenzeitlich seinerseits zurückgenommen. So hatte er in seinem Urteil *Sähköalojen ammattiliitto*<sup>44</sup> aus dem Jahr 2015 den Begriff der Mindestlohnsätze entgegen seiner vorher ergangenen Rechtsprechung weit ausgelegt, in seinem Urteil *RegioPost*<sup>45</sup> aus demselben Jahr ließ er ein Vergabegesetz passieren, das im Licht der *Rüffert*-Rechtsprechung an der Entsenderichtlinie und der Dienstleistungsfreiheit hätte scheitern<sup>46</sup> müssen.

Unbeschadet dessen besteht in der Fachliteratur Einigkeit darüber, dass der Unionsgesetzgeber mit der Revision der Entsenderichtlinie nicht lediglich zuvor ergangenes Fallrecht kodifizierte, sondern über den Stand der Rechtsprechung hinausging (Kellerbauer 2018; Riesenhuber 2018; Klein und Schneider 2019):

---

40 EP-Entschließung 2008/2085(ini).

41 COM(2012) 130 final.

42 RL 2014/67/EU.

43 RL 2018/957/EU.

44 EuGH, C-396/13 (*Sähköalojen ammattiliitto*).

45 EuGH, C-115/14 (*RegioPost*).

46 Der Unterschied zu *Rüffert* bestand laut EuGH darin, dass bei dem deutschen Postdienstleister *RegioPost* außerhalb des vergabespezifischen Mindestlohns zum maßgeblichen Zeitpunkt keine weitere Mindestlohnregelung bestand (Rn. 76). Diese Begründung legt die Frage nahe, ob die Einführung des gesetzlichen Mindestlohns darüberhinausgehende vergabespezifische Mindestlöhne in Deutschland zurück in die Europarechtswidrigkeit gedrängt hat (Nassibi, Rödl und Schulten 2016, 495).

1. Der Kern zwingend zu übertragender Sachverhalte wurde durch die Ersetzung des Begriffs der „Mindestlohnsätze“ durch „Entlohnung“ über das EuGH-Urteil *Sähköalojen ammattiliitto* hinausgehend auf weitere Sachverhalte erstreckt. Nun werden auch nicht auf die Lohnsätze anrechenbare Prämien und Zulagen erfasst (Art. 3 [1] Ziffer c)<sup>47</sup>. Dasselbe gilt für die bei der Entsendung anfallenden Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten.
2. Neben gesetzlichen Bestimmungen und allgemein verbindlichen Tarifverträgen können mit „allgemein wirksamen“ oder „von den auf nationaler Ebene repräsentativsten Organisationen der Tarifvertragsparteien geschlossenen [...] und landesweit zur Anwendung kommenden Tarifverträgen“ nun weitere Rechtsquellen hinzugezogen werden, wenn im betreffenden Land kein System allgemein verbindlicher Tarifverträge besteht (Art. 1 [8]).
3. In der Entsenderichtlinie von 1996 war der Kern zwingend zu erstreckender Arbeitsbedingungen auf die (im Anhang der Richtlinie eingehend definierte) Baubranche beschränkt, die Öffnung der Entsendegesetze für weitere Branchen war optional. Der Kern zwingender Arbeitsbedingungen gilt nun branchenunabhängig.
4. Langfristentsendungen über 12 Monate (im Ausnahmefall: 18 Monate) bleiben formal der Dienstleistungsfreiheit unterstellt, wurden aufgrund einer kollisionsrechtlichen Sonderanknüpfung aber faktisch der Arbeitsmigration gleichgestellt. Sämtliche zwingend anwendbaren Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen (aus Gesetzen und Verordnungen, allgemein verbindlichen Tarifverträgen und den in Ziffer 2 dieser Aufzählung genannten weiteren Rechtsquellen) finden volle Anwendung (Art. 3 [1a]).
5. Die Bestimmungen der Entsenderichtlinie wurden auf die Konstellation der sogenannten „mittelbaren“ grenzüberschreitenden Leiharbeit erstreckt (Art. 1 [3c]).
6. Art. 1 (1) Ziffer –1a der revidierten Entsenderichtlinie stellt nun klar, dass die Richtlinie das nationale Arbeitskampf- und Tarifrecht unberührt lässt. Dieser Wortlaut fand sich bereits in der Durchsetzungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie von 2014.<sup>48</sup> Bezweckt wurde hier mutmaßlich eine Korrektur der *Laval*-Rechtsprechung: Die Entsenderegeln sollen keine Auskunft über die Legalität von Arbeitskämpfen geben.

---

47 Die hier und nachfolgend zitierten Paragraphen beziehen sich auf die konsolidierte Fassung der Entsenderichtlinie seit 2018.

48 RL 2014/67/EU, dort in Art. 1 (2).

## Die EuGH-Entscheidungen über die polnischen und ungarischen Klagen

Im Oktober 2018 reichten Polen und Ungarn vor dem EuGH Nichtigkeitsklagen gegen die Revision ein. Sie wurden als Rechtssachen C-626/18 und C-620/20 geführt.<sup>49</sup> Ähnlich wie im Konflikt um das Tabakwerbeverbot sind im vorliegenden Zusammenhang zwei eng miteinander verknüpfte Klagegründe von Interesse. Die Kläger monierten erstens, der Unionsgesetzgeber habe seine Befugnisse überschritten, indem er eine Maßnahme, die den Binnenmarkt nicht vertiefe, auf seine Binnenmarktkompetenz gestützt habe. Zweitens führten sie aus, die Reform erfülle die Bedingungen einer unverhältnismäßigen und daher verbotenen Binnenmarktbeschränkung. Die Hintergrundannahme des zweiten Klagegrunds besteht in einer engen Grundfreiheitenbindung des Unionsgesetzgebers. Anders als Polen bestritt Ungarn zudem die Rechtmäßigkeit des mutmaßlichen Versuchs, die Ausübung des Streikrechts aus dem Anwendungsbereich von Entsenderegeln und Dienstleistungsfreiheit zu entfernen (die *Monti*-Klausel).

Deutschland, Frankreich und die Niederlande unterstützten die Kommission und das Parlament. Als Generalanwalt fungierte in beiden Verfahren der aus Spanien stammende Manuel Campos Sánchez-Bordona. Er legte seine Schlussanträge im Mai 2020 vor (zitiert als Sánchez-Bordona 2020a und b), der EuGH urteilte im Dezember desselben Jahres. Die Urteile wiesen die Nichtigkeitsklagen Polens und Ungarns vollumfänglich ab.

Im Hinblick auf die von Polen und Ungarn gerügte Wahl der Rechtsgrundlage sind die EuGH-Urteile weniger informativ als jene zum Tabakwerbeverbot, weil die Antwort des EuGH nun fallspezifischer ausfiel. Der Unionsgesetzgeber, so der EuGH (C-620/18, Rn. 38–85, und C-826/18, Rn. 43–71) durfte die Revision der Entsenderichtlinie auf seine Binnenmarktkompetenz aus Art. 53 (1) und Art. 62 AEUV stützen, weil auch die ursprüngliche Richtlinie auf dieser Rechtsgrundlage verabschiedet wurde. Der EuGH bestritt nicht, dass die Revision den Binnenmarkt für Dienstleistungen gegenüber dem Stand zuvor nicht zusätzlich vertiefte. Der Umstand, dass der Unionsgesetzgeber bereits zu einem früheren Zeitpunkt eine koordinierende Richtlinie erlassen hatte, dürfe ihn aber nicht daran hindern, das Gleichgewicht unterschiedlicher Ziele, auf dem die ursprüngliche Richtlinie beruhte, neu auszutarieren. Da auch der Sozialschutz zu den anerkannten Zielen der Union gehöre, so der EuGH, durfte er ihm im Zuge der Revision auf derselben Rechtsgrundlage einen höheren Stellenwert einräumen.

Ob der Unionsgesetzgeber den Umfang seiner Binnenmarktkompetenz überspannt hätte, wäre die Richtlinie im Jahr 2018 erstmals erlassen worden, und ob und wie eng er bei seiner Revision an einer Grenze vorbeischrämte, jenseits derer er sich nicht mehr auf die Binnenmarktkompetenz hätte berufen dürfen, kann den Urteilen nicht entnommen werden. Die Frage, ob der Unionsgesetzgeber die Richtlinie auch in „einem Wurf“ hätte verabschieden dürfen, ist durchaus von Brisanz, hatte der EuGH im Konflikt um

---

49 Der Verfasser hat der öffentlichen Verhandlung beigewohnt, die der EuGH am 3. März 2020 durchgeführt hat.

das Verbot der Tabakwerbung doch geurteilt, die Nutzung der Binnenmarktkompetenz setze voraus, dass entweder die Ausübung der Grundfreiheiten vereinfacht oder Wettbewerbsbedingungen angeglichen würden. Das Erste ist hier definitiv nicht der Fall, das Zweite aber wohl auch nicht, denn harmonisiert werden nicht Wettbewerbsbedingungen, sondern Kollisionsnormen. Hätte sich der EuGH strikt an diesem Schema orientiert, hätte eine in „einem Wurf“ verabschiedete Entsenderichtlinie also mutmaßlich an der Kompetenznorm scheitern können. Letztlich verdeutlicht diese Überlegung aber lediglich, wie ungefestigt das betreffende Fallrecht bis heute ist.

Zudem monierten die Kläger, der Unionsgesetzgeber habe mit der Revision eine verbotene – nicht verhältnismäßige – Grundfreiheitenbeschränkung erlassen. Im Hinblick auf die Bindung des Sekundärrechts an die Grundfreiheiten führte Generalanwalt Sánchez-Bordona (2020a, Rn. 33–35) aus:

Bei dieser Analyse gelange ich zu dem Ergebnis, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu nationalen Maßnahmen, mit denen die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen länderübergreifender Dienstleistungen beschränkt wird, nicht ohne Weiteres auf die Prüfung der Vereinbarkeit einer Unionsregelung (wie der Richtlinie 2018/957), die dieses Phänomen harmonisiert, mit Art. 56 AEUV übertragen werden kann.

Entgegen dem Vorbringen der polnischen Regierung kann eine Harmonisierungsrichtlinie Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs einführen, die, wenn sie von einem einzigen Mitgliedstaat erlassen würden, gegen Art. 56 AEUV verstoßen würden.

Denn jede Harmonisierungsmaßnahme, die ein grundlegendes soziales Interesse, wie die Rechte der entsandten Arbeitnehmer, schützt, erschwert in gewisser Weise die Dienstleistungsfreiheit der Unternehmen, die diese Arbeitnehmer einsetzen. Diese Beschränkung hat jedoch wesentlich geringere Auswirkungen auf den Binnenmarkt als eine gleichwertige nationale Maßnahme, da sie im gesamten Gebiet der Union gilt.

Diese Argumentation ist im Hinblick auf die vorliegend analysierte Problemstellung bemerkenswert, stützt sie doch in großer Eindeutigkeit die in Abschnitt 3 dargestellte Lehre von der unterschiedlichen Bindungswirkung der Grundfreiheiten auf die Mitgliedstaaten einerseits und den Unionsgesetzgeber andererseits. Der Unionsgesetzgeber darf demnach Binnenmarktbeschränkungen, die der EuGH auf mitgliedstaatlicher Ebene als unverhältnismäßige Grundfreiheitenbeschränkungen verboten hat, auf Unionsebene wieder einführen. Die Begründung des Generalanwalts ist unmittelbar einsichtig, wenn es um unionsweit harmonisierte Markteingriffe geht: Die Vereinheitlichung erleichtert die grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeit und lässt sich daher mittelbar als Binnenmarktvertiefung deuten (so sah es auch der EuGH beim Tabakwerbeverbot). Diese Konstellation liegt hier aber nicht vor, denn weder die Entsenderichtlinie noch ihre Revision vermindern die Heterogenität der mitgliedstaatlichen Arbeits- und Sozialstandards. Eine Harmonisierung, die sich als Marktvertiefung deuten ließe, findet hier also nicht statt.<sup>50</sup>

---

50 Der Generalanwalt verwendet den Begriff der Harmonisierung hier anders als der EuGH in denselben Verfahren. Harmonisiert werden, wie wir sahen, Kollisionsnormen, während das auf

Diese grundsätzliche, aus Sicht des Unionsgesetzgebers erfreuliche Formulierung findet sich in den EuGH-Urteilen vom Dezember 2020 nicht. Im Hinblick auf den Fall gelangt der EuGH aber zum selben Ergebnis wie der Generalanwalt. Der EuGH führt aus (C-620/18, Rn. 104–11, und C-626/18, Rn. 78–99), dass das Beschränkungsverbot nicht nur für nationale Maßnahmen, sondern auch für jene der Unionsorgane gilt. Der EuGH habe sich daher des diskriminierungsfreien Gehalts der Maßnahme, der Verhältnismäßigkeit und der Abwesenheit von Ermessensmissbrauch zu vergewissern, wobei das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit die Prüfung auf Eignung zur Erreichung des legitimen Ziels und das Übermaßverbot umfasse. Alle Bestandteile des an mitgliedstaatliche Maßnahmen angelegten Grundfreiheitentests scheinen daher auf, was auf den ersten Blick für eine enge Bindung des Unionsgesetzgebers an die Grundfreiheiten spricht.

Auf diese Feststellung lässt der EuGH aber nicht den strengen Grundfreiheitentest folgen (C-620/18, Rn. 112–51, und C-626/18, Rn. 100–129). Vielmehr folgt (im Einklang mit dem Vorgehen beim Tabakwerbverbot) der Hinweis, dass der EuGH dem Unionsgesetzgeber ein weites Ermessen in Bereichen zubillige, in denen seine Tätigkeit sowohl politische als auch wirtschaftliche oder soziale Entscheidungen verlangt. Die Maßnahme sei vielmehr nur dann rechtswidrig, wenn sie gemessen an dem legitimen Ziel, das der Gesetzgeber verfolgt habe, offensichtlich ungeeignet sei. In diesem Zusammenhang hebt der EuGH hervor, dass der Gesetzgeber nicht dergestalt in den Binnenmarkt eingegriffen habe, dass der Wettbewerb gänzlich unterbunden wurde: Die Begrenzung des Lohnwettbewerbs führe nicht zur Ausschaltung von Wettbewerbsfaktoren wie Produktivität und Effizienz. Zudem liege keine Ungleichbehandlung vor, weil auf Entsendete nichts übertragen werde, was intern nicht zwingend gelte. Im Ergebnis sei der Gesetzgeber nicht über das hinausgegangen, was zur Erreichung der legitimen Ziele erforderlich war.

Der Unionsgesetzgeber hatte der Richtlinie in Art. 1 (1) Ziffer –1a außerdem die Aussage hinzugefügt, sie lasse das nationale Arbeitskampf- und Tarifrecht unberührt. Diese *Monti*-Klausel sollte mutmaßlich die *Laval*-Rechtsprechung, der zufolge die Entsenderegeln gleichzeitig über die Grenzen legitimer Arbeitskampfforderungen informieren, korrigieren. Ungarn wertete die Klausel als Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit. Der EuGH antwortete wie folgt (EuGH, C-620/18, Rn. 168):

Zwar heißt es in dieser Bestimmung, dass die geänderte Richtlinie 96/71 „in keiner Weise die Ausübung der in den Mitgliedstaaten und auf Unionsebene anerkannten Grundrechte [berührt]“, doch hat sie nicht zur Folge, dass die Ausübung dieser Rechte nicht dem Unionsrecht unterliegt. Vielmehr ergibt sich aus ihrer Bezugnahme auf die auf Unionsebene anerkannten Grundrechte, dass die Ausübung der Rechte der Arbeitnehmer auf kollektive Maßnahmen im Zusammenhang mit einer Entsendung von Arbeitnehmern, die den Bestimmungen der geänderten Richtlinie 96/71 unterliegen, anhand des Unionsrechts in seiner Auslegung durch den Gerichtshof zu beurteilen ist.

---

Entsendete übertragene Arbeitsrecht gerade nicht harmonisiert wird. Im Urteil zur ungarischen Klage führt der EuGH aus, dass es sich bei dem angefochtenen Sekundärrecht *nicht* um eine Harmonisierungsrichtlinie handle (C-620/18, Rn. 68).

Wenn der Unionsgesetzgeber mit der Einfügung der *Monti*-Klausel also beabsichtigte, das Arbeitskampf- und Tarifrecht aus dem Anwendungsbereich von Entsenderegeln und Dienstleistungsfreiheit zu entfernen, erteilte der EuGH dem eine Absage. Die Ausübung des Streikrechts, so der EuGH, werde unbeschadet der *Monti*-Klausel auch weiterhin gegen die Dienstleistungsfreiheit geprüft. Damit ist der Klausel freilich jede praktische Wirkung genommen. Trotz der nominellen Abweisung der Klage war Ungarn in diesem Punkt also erfolgreich. Erneut zeigt sich, dass die Strategie der grundfreiheitenkonformen Interpretation Ergebnisse hervorbringen kann, die sich von (Teil-)Verboten von Sekundärrecht kaum unterscheiden lassen.

### Einsichten aus der Fallbetrachtung

Die lange Sequenz der Auseinandersetzung um die Entsenderegeln ist im Hinblick auf die erörterte Fragestellung in mehrerlei Hinsicht informativ. Auffällig ist zunächst die äußerste Sprunghaftigkeit der EuGH-Rechtsprechung zum Handlungsspielraum des Unionsgesetzgebers gegenüber den Grundfreiheiten. Viel spricht dafür, dass der Gesetzgeber bei der Verabschiedung der Entsenderichtlinie von 1996 lediglich eine Mindestharmonisierung der Kollisionsnormen anstrebte und die zuvor beschlossenen nationalen Entsendegesetze mit dieser Strategie vor dem EuGH-Zugriff im Namen der Dienstleistungsfreiheit abschirmen wollte. Der EuGH hat das nicht akzeptiert und interpretierte die Richtlinie im Zuge grundfreiheitenkonformer Auslegung als Vollharmonisierung der Kollisionsnormen. Wenn die Intention des Gesetzgebers vorliegend richtig gedeutet wurde, spricht der Vorgang klar gegen die Annahme einer lediglich lockeren Grundfreiheitenbindung des europäischen Gesetzgebers.

Allerdings nahm der EuGH seine rigide Rechtsprechung aus dem *Laval*-Quartett in seinen Urteilen zu *RegioPost* und *Sähköalojen ammattiliitto* in erheblichen Teilen wieder zurück und ließ auch die Revision der Entsenderichtlinie von 2018 gegen die Einwände Polens und Ungarns passieren. Die Urteile bestätigen, dass der Unionsgesetzgeber grundsätzlich an die Grundfreiheiten gebunden ist. Diese Bindung wird gerichtlich aber anders überprüft als jene des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers. Nationale Maßnahmen müssen sich in einem strengen, zugunsten der Grundfreiheiten asymmetrischen, vierstufigen Test gegen die Grundfreiheit bewähren. Dem Unionsgesetzgeber wird ein größerer Ermessensspielraum eingeräumt, innerhalb dessen er konfligierende, im Unionsrecht anerkannte Ziele „auf Augenhöhe“ abwägen darf.

Die in Abschnitt 3 vorgestellte Theorie von der engen (festen) Grundfreiheitenbindung des Unionsgesetzgebers darf im Licht dieser jüngeren Rechtsprechung als falsifiziert betrachtet werden. Die Grenze des Ermessens des Unionsgesetzgebers ergibt sich nicht aus dem strengen Rechtfertigungstest (*Cassis*-Test), sondern aus einem Test auf offenkundigen Missbrauch. Allerdings offenbaren auch die Urteile zum Entsendefall kein

abstraktes Kriterienraster zur Identifikation von Missbräuchlichkeit, sodass der genaue Umfang des gesetzgeberischen Spielraums – und damit der genaue Umfang der „Restbindung“ an die Grundfreiheiten – unklar bleibt.

Diese aus Sicht des Unionsgesetzgebers ermutigenden Einsichten können allerdings nicht verdecken, dass der EuGH die in die Entsenderichtlinie eingefügte *Monti*-Klausel nicht akzeptierte. Der Versuch des Gesetzgebers, die EuGH-Urteile in den Rechtssachen *Laval* und *Viking* zu überschreiben und das Streikrecht so aus dem Zugriff der Grundfreiheiten herauszulösen, war nicht erfolgreich. Der EuGH kündigte an, kollektive Maßnahmen auch weiterhin gegen die Grundfreiheiten zu prüfen. Wie das europäische Höchstgericht mit anderen Formulierungsversuchen des Gesetzgebers verfahren wäre, lässt sich den Urteilen nicht entnehmen. Die Vermutung liegt nahe, dass für die Definition solcher Bereichsausnahmen Vertragsänderungen notwendig wären. Vorschläge für konkrete Wortlaute und deren Positionierung in den Verträgen wurden von Bast, Rödl und Terhechte (2015), Heuschmid (2018, 162) und Rödl (2018, 43) unterbreitet (ein Überblick ist Höpner 2017).

## 6 Fazit

Darf der Unionsgesetzgeber Grundfreiheiten einschränken? Ist er ebenso eng an die Grundfreiheiten gebunden wie die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber? Die europarechtliche Fachliteratur offenbart eine große Vielfalt an Einschätzungen, die sich über die gesamte Bandbreite denkbarer Antworten erstreckt. Manche der Expertinnen und Experten gehen davon aus, dass die mitgliedstaatlichen und der europäische Gesetzgeber gleichermaßen eng an die Binnenmarktfreiheiten gebunden sind. Andere hingegen, so zeigte sich, bestreiten die enge Bindung und gehen im Ergebnis davon aus, dass der Unionsgesetzgeber befugt ist, steuernd auf die Wirkungsweise und den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten einzuwirken.

Um den Spielraum des europäischen Gesetzgebers gegenüber den Grundfreiheiten eingehender zu spezifizieren, wurden vorliegend zwei Konfliktsequenzen analysiert. Dabei ging es erstens um die Richtlinie zum europäischen Tabakwerbeverbot, die 1998 vom Unionsgesetzgeber verabschiedet, im selben Jahr von Deutschland beklagt, 2000 vom EuGH verworfen, 2003 in einer zweiten Fassung verabschiedet, im unmittelbaren Abschluss erneut von Deutschland beklagt und 2006 vom EuGH schließlich als europarechtskonform eingestuft wurde. Zweitens wurde der Konflikt um die Arbeitnehmerentsendung analysiert. Diese Sequenz reichte von der ersten Ankündigung der Vorlage eines Richtlinienentwurfs im Jahr 1989 über die Verabschiedung nationaler Entsendegesetze in den Neunzigerjahren, die Verabschiedung der Entsenderichtlinie im Jahr 1996, eine äußerst wechselhafte EuGH-Rechtsprechung seit 2007, eine umfängliche Reformdebatte, die Richtlinienrevision im Jahr 2018 und Nichtigkeitsklagen vonseiten

Polens und Ungarns bis hin zu den EuGH-Entscheidungen des Jahres 2020. In ihnen ließ das europäische Höchstgericht die Revision der Richtlinie passieren, ohne aber die in ihr enthaltene *Monti*-Klausel zu akzeptieren.

Der Unionsgesetzgeber, so verdeutlichten die Fallbetrachtungen, *ist* an die Grundfreiheiten gebunden. Aber diese Bindung hat einen anderen Gehalt als jene der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber. Während sich mitgliedstaatliche Binnenmarktbeschränkungen im strengen vierstufigen *Cassis*-Test gegen die Grundfreiheiten bewähren müssen, um vor dem Europarecht zu bestehen, billigt der EuGH dem Unionsgesetzgeber einen größeren Handlungsspielraum zu. Bei der Inanspruchnahme dieses Spielraums ist der europäische Gesetzgeber grundsätzlich befugt, unterschiedliche Vertragsziele „auf Augenhöhe“ gegeneinander abzuwägen und im Sekundärrecht zur Geltung zu bringen. Das europäische Sekundärrecht ist daher „grundfreiheitenbeständiger“ als mitgliedstaatliches Gesetzesrecht. Die Theorie von der engen Grundfreiheitenbindung des Unionsgesetzgebers ist zu verwerfen. Allerdings verdeutlichte die Konfliktsequenz zur Entsenderichtlinie auch die Bereitschaft des EuGH, die grundfreiheitenkonforme Interpretation von Sekundärrecht so weit zu treiben, dass sich die Ergebnisse von Teilverböten von Sekundärrecht kaum unterscheiden lassen. Die Strategie der grundfreiheitenkonformen Auslegung ist daher für sich genommen nicht geeignet, die lockere Grundfreiheitenbindung des Unionsgesetzgebers zu belegen.

Erste Konturen eines an den Unionsgesetzgeber anzulegenden, äußerst lockeren, im Kern als Missbrauchskontrolle zu verstehenden Grundfreiheitentest sehen wir nur unscharf aufscheinen. Nimmt der Unionsgesetzgeber seine Binnenmarktcompetenz in Anspruch, ist er zwar keinem Liberalisierungsgebot unterworfen. Es muss aber mindestens eine bewahrende Gestaltung der Rahmenbedingungen bezweckt werden, unter denen sich Grundfreiheiten überhaupt erst ausüben lassen. Gerät der Binnenmarktbezug zu stark in den Hintergrund, ist von einem – in der Terminologie der Rechtsprechung – offensichtlich missbräuchlichen Gebrauch der Kompetenz auszugehen. Der Konflikt um das Tabakwerbeverbot lässt den Schluss zu, dass der Begründung und den Erwägungsgründen der betreffenden Richtlinie oder Verordnung dabei eine hohe Bedeutung zukommt. Eine rein gesundheitspolitische Begründung trug die Ausübung der Binnenmarktcompetenz nicht.

Die von der Restbindung an die Grundfreiheiten ausgehenden Grenzen der Befugnisse des Unionsgesetzgebers sind unklar. Der europäische Gesetzgeber darf EuGH-Rechtsprechung im Namen der Grundfreiheiten offenbar teilweise zurückdrängen. Es fehlt aber ein abstraktes Kriterienraster, das den Umfang dieser Befugnis konturieren würde. Fest steht nur, dass der Unionsgesetzgeber hierbei zu keinen offensichtlich unangemessenen Mitteln greifen darf. Um solche würde es sich spätestens handeln, wenn der transnationale Wettbewerb zwischen den betroffenen Firmen durch sie vollkommen ausgeschaltet würde, wie die Rechtsprechung zur Entsenderichtlinie zeigte. Darüber hinaus ist anzunehmen, dass das Diskriminierungsverbot gegen Sekundärrecht strenger geprüft wird als das Beschränkungsverbot: Der Unionsgesetzgeber darf den Mit-

gliedstaaten mittels Sekundärrecht mutmaßlich keine offenen Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit autorisieren.

In politikwissenschaftlicher Hinsicht informieren diese Einsichten über die Befugnis des Unionsgesetzgebers, die Wucht der – in der Terminologie Scharpfs (1999) – „negativen Integration“ zu begrenzen. Die Befunde aus den Fallbetrachtungen sind grundsätzlich ermutigend. Sie rütteln aber nicht an den Grundfesten der Theorie über die ungleichen Verwirklichungschancen liberalisierender und gestaltender europäischer Politikprojekte. Denn die Ungleichheit dieser Chancen ist nicht zuvörderst europarechtlich, sondern prozedural determiniert.

Zwar ist es dem Unionsgesetzgeber nicht nur grundsätzlich möglich, gegen die Grundfreiheiten zu harmonisieren (positive Integration). Er kann die rigide Grundfreiheitenjudikatur des EuGH (negative Integration) auch zurückzudrängen, den Mitgliedstaaten also mittels Sekundärrecht autonome Handlungsspielräume vor den Grundfreiheiten „freiräumen“, wenn auch in unklarem Umfang. Das ändert aber nichts daran, dass solche Projekte eine Kommissionsinitiative voraussetzen und anschließend durch ein mit Vetopunkten durchsetztes politisches System hindurchmüssen, während Erweiterungen des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten lediglich judikativer Entscheidungen bedürfen und dann auf dem Wege des Verfassungsvollzugs vollstreckt werden können (Grimm 2016; Schmidt 2018). Der Weg der Gesetzgebung ist steinig, mindestens unter Bedingungen hoher Politisierung der Konflikte aber überwindbar, wie die Revision der Entsenderichtlinie eindrücklich zeigt.

Diese Einsichten sind nicht nur rechts- und politikwissenschaftlich, sondern auch integrationspolitisch informativ. Die europäische Politik wäre gut beraten, wenn sie regelmäßige Signale senden würde, wie sie das europäische Primärrecht verstanden wissen will. Die EuGH-Urteile *RegioPost* und *Sähköalojen ammattiliitto* hätte es mutmaßlich nicht gegeben, hätte das Europäische Parlament nicht mit großer Deutlichkeit signalisiert, dass es die rigide EuGH-Rechtsprechung in den Fällen *Laval* und *Rüffert* für nicht tragbar hielt. Gewiss fiel der EuGH bisher nicht als besonders responsives Verfassungsgericht auf. Aber die Beispiele zeigen, dass das primärrechtliche Interpretationsmonopol der Judikative zumindest weniger tief in Stein gemeißelt ist, als man mit äußerstem Pessimismus annehmen könnte.

Vor allem aber ist der Unionsgesetzgeber gut beraten, im Zuge etwaiger Konflikte zwischen seinen Vorhaben und den Grundfreiheiten nicht vorschnell einzuknicken, etwa auf Anraten der juristischen Dienste. Er ist nicht dazu verdammt, als Kodifizierungsapparat der Grundfreiheiten-Judikatur des EuGH zu fungieren.<sup>51</sup> Konturen gewinnt der Spielraum des Gesetzgebers nur, wenn er mutig getestet und offensiv im Namen des demokratischen Ermessensspielraums verteidigt wird.

---

51 Vgl. etwa Davies (2014, 1606–7), der den Mangel an Initiativen der europäischen Politik beklagt, die wirtschaftliche Integration der EU zu steuern.

## Literatur

- Alter, Karen J. 2001. *Establishing the Supremacy of European Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Bast, Jürgen, Florian Rödl, und Jörg Philip Terhechte. 2015. „Funktionsfähige Tarifvertragssysteme als Grundpfeiler von Binnenmarkt und Währungsunion“. *Zeitschrift für Rechtspolitik* 48 (8): 230–33.
- Bock, Yves. 2005. *Rechtsangleichung und Regulierung im Binnenmarkt: Zum Umfang der allgemeinen Binnenmarktkompetenz*. Baden-Baden: Nomos.
- Bogdandy, Armin von. 2001. „Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel? Grundrechte und das Wesen der Europäischen Union“. *JuristenZeitung* 56 (4): 157–71.
- Bogoeski, Vladimir. 2021. „The Revision of the Posted Workers Directive as a Polanyian Response to Commodification of Labor in Europe“. *Global Perspectives* 2 (1): 1–8.
- Davies, Gareth. 2014. „Legislative Control of the European Court of Justice“. *Common Market Law Review* 51 (6): 1579–607.
- Dittert, Daniel. 2017. *Europarecht*. München: C.H. Beck.
- Ehlers, Dirk. 2014a. „Die europäische Grundrechtsidee“. In *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, hrsg. von Dirk Ehlers, 1–24. Berlin: De Gruyter.
- Ehlers, Dirk. 2014b. „Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten“. In *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, hrsg. von Dirk Ehlers, 239–314. Berlin: De Gruyter.
- Ehrlicke, Ulrich. 1993. „Die Kontrolle von Eingriffen der EG-Kommission in den Wettbewerb durch das Gemeinschaftsrecht“. *Wirtschaft und Wettbewerb* 43 (10): 817–25.
- Eichhorst, Werner. 1999. „Europäische marktgestaltende Politik zwischen Supranationalität und nationaler Autonomie: Das Beispiel der Entsenderichtlinie“. *Industrielle Beziehungen* 6 (3): 340–59.
- Eichhorst, Werner. 2000. *Europäische Sozialpolitik zwischen nationaler Autonomie und Marktfreiheit: Die Entsendung von Arbeitnehmern in der EU*. Frankfurt a.M.: Campus.
- Europäische Kommission. 2001. *Fragen und Antworten zum Tabakwerbverbot*. Memo 01/205 vom 2.12.2002. Brüssel: Europäische Kommission. Abgerufen: 2. März 2021.  
[http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-01-205\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-01-205_de.htm).
- Fennelly, Nial. 2000. *Schlussanträge des Generalanwalts Nial Fennelly vom 15. Juni 2000, Rechtssache C-376/98*. Abgerufen: 2. März 2021.  
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=45345&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>.
- Frenz, Walter. 2012. *Handbuch Europarecht. Band 1: Europäische Grundfreiheiten*. Berlin: Springer.
- Geiger, Rudolf, Daniel-Erasmus Khan, und Markus Kotzur. 2017. *EUV – AEUV. Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Kommentar*. 6., überarb. Aufl. München: Beck.
- Görlitz, Niklas. 2003. „EU-Binnenmarktkompetenzen und Tabakwerbverbote – Kompetenzrechtliche Anmerkungen zur neuen Richtlinie über Werbung und Sponsoring zu Gunsten von Tabakerzeugnissen“. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 14 (16): 485–90.
- Grimm, Dieter. 2016. *Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*. München: Beck.
- Heuschmid, Johannes. 2018. „Der Arbeitskampf im EU-Recht“. In *Arbeitskampfrecht: Handbuch für die Rechtspraxis*, hrsg. von Wolfgang Däubler, 162–232. Baden-Baden: Nomos.
- Höpner, Martin. 2017. „Grundfreiheiten als Liberalisierungsgebote? Reformoptionen im Kontext der EU-Reformdebatte“. *MPIfG Discussion Paper* 17/10, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Köln.
- Höpner, Martin. 2021. „Proportionality and Karlsruhe’s *Ultra Vires* Verdict: Ways Out of Constitutional Pluralism?“ *MPIfG Discussion Paper* 21/1, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Köln.
- Höpner, Martin, und Lena Ehret. 2016. „Endlich Subsidiarität? Die parlamentarische Subsidiaritätskontrolle am Beispiel von ‚Monti II‘“. *Politische Vierteljahresschrift* 57 (3): 403–29.
- Höpner, Martin, und Susanne K. Schmidt. 2020. „Can We Make the European Fundamental Freedoms Less Constraining? A Literature Review“. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 22: 182–204.

- Höreth, Marcus. 2008. *Die Selbstautorisierung des Agenten: Der Europäische Gerichtshof im Vergleich zum U.S. Supreme Court*. Baden-Baden: Nomos.
- Joerges, Christian, und Florian Rödl. 2009. „Informal Politics, Formalised Law and the Social Deficit of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval“. *European Law Journal* 15 (1): 1–19.
- Kainer, Friedemann. 2006. „Das europäische Tabakwerbeverbot in der Rechtsprechung des EuGH: Nach den Schlussanträgen von Generalanwalt Léger (Rs. C-380/03)“. *Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg* 3 (3): 615–27.
- Kellerbauer, Manuel. 2018. „Zur Reform der EU-Entsenderichtlinie: Arbeitnehmerschutz durch gleichen Lohn für gleiche Arbeit?“. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 29 (20): 846–53.
- Kingreen, Thorsten. 2004. „Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht“. *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 31 (19): 570–76.
- Kingreen, Thorsten. 2009. „Grundfreiheiten“. In *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, hrsg. von Armin von Bogdandy und Jürgen Bast, 705–48. Berlin: Springer.
- Kingreen, Thorsten. 2016. „Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten“. In *EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar*. 5. Aufl., hrsg. von Christian Calliess und Matthias Ruffert, 682–719. München: C.H. Beck.
- Klein, Thomas, und Alexander Schneider. 2019. „Die Änderung der Entsenderichtlinie“. *Soziales Recht* 9 (1): 21–36.
- Léger, Philippe. 2006. *Schlussanträge des Generalanwalts Philippe Léger vom 13. Juni 2006, Rechtssache C-380/03*. Abgerufen: 2. März 2021.  
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72554&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>.
- Martinsen, Dorte Sindbjerg. 2015. *An Ever More Powerful Court? The Political Constraints of Legal Integration in the European Union*. Oxford: Oxford University Press.
- Mortelmans, Kamiel. 2002. „The Relationship between the Treaty Rules and Community Measures for the Establishment and Functioning of the Internal Market – Towards a Concordance Rule“. *Common Market Law Review* 39 (6): 1303–46.
- Nassibi, Ghazaleh, Florian Rödl, und Thorsten Schulten. 2016. „Perspektiven vergabespezifischer Mindestlöhne nach dem RegioPost-Urteil des EuGH“. *Arbeit und Recht* 12: 493–96.
- Nettesheim, Martin. 2006. „Normenhierarchien im EU-Recht“. *Europarecht* 41 (6): 737–72.
- Oppermann, Thomas. 2001. „EU-Tabakwerbeverbot am Europäischen Gerichtshof vorbei? Untersuchung des neuen Brüsseler Richtlinienvorschlages vom 30.5.2001“. *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 45 (12): 950–53.
- Riesenhuber, Karl. 2018. „Die Änderungen der arbeitsrechtlichen Entsenderichtlinie“. *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 35 (22): 1433–504.
- Rödl, Florian. 2011. „Bezifferte Mindestentgeltvorgaben im Vergaberecht“. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 22 (8): 292–96.
- Rödl, Florian. 2018. *Europäischer Pakt für sozialen Fortschritt: Die Alternative zur liberalistischen Verfassung des EU-Binnenmarktes. Unter Mitarbeit von Maria Seitz*. Wien: Arbeiterkammer Wien.
- Roth, Günter H., und Peter Hilpold, Hg. 2008. *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten: Eine kritische Analyse richterlicher Rechtsschöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten*. Wien: Linde.
- Sánchez-Bordona, Manuel Campos. 2020a. *Schlussanträge des Generalanwalts Manuel Campos Sánchez-Bordona vom 28. Mai 2020, Rechtssache C-626/18*. Abgerufen: 2. März 2021.  
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=226876&pageIndex=0&doclang=de&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7166037>.
- Sánchez-Bordona, Manuel Campos. 2020b. *Schlussanträge des Generalanwalts Manuel Campos Sánchez-Bordona vom 28. Mai 2020, Rechtssache C-620/18*. Abgerufen: 2. März 2021.  
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=226873&pageIndex=0&doclang=de&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7164439>.
- Scharpf, Fritz W. 1999. *Regieren in Europa: Effektiv und demokratisch?* Frankfurt a. M.: Campus.

- Scheffer, Urban. 1996. *Die Marktfreiheiten des EG-Vertrages als Ermessensgrenze des Gemeinschaftsgesetzgebers*. Frankfurt a.M.: Peter Lang.
- Schmidt, Susanne K. 2018. *The European Court of Justice and the Policy Process*. Oxford: Oxford University Press.
- Seeliger, Martin. 2017. *Die soziale Konstruktion organisierter Interessen: Gewerkschaftliche Positionsbildung auf europäischer Ebene*. Frankfurt a.M.: Campus.
- Seikel, Daniel. 2020. „Die Revision der Entsenderichtlinie: Wie der lange Kampf um die Wiedereinbettung exterritorialisierter Arbeitsrechtes gewonnen wurde“. *WSI Working Paper* 212, Hans-Böckler-Stiftung, Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI), Düsseldorf.
- Sørensen, Karsten Engsig. 2011. „Reconciling Secondary Legislation and the Treaty Rights of Free Movement“. *European Law Review* 36 (3): 339–61.
- Sörries, Bernd. 1997. „Die Entsenderichtlinie: Entscheidungsprozess und Rückkopplungen im Mehrebenensystem“. *Industrielle Beziehungen* 4 (2): 125–49.
- Syrpis, Phil. 2015. „The Relationship between Primary and Secondary Law in the EU“. *Common Market Law Review* 52 (2): 461–88.
- Teichmann, Christoph. 2011. „Überprüfung von Sekundärrecht am Maßstab der Grundfreiheiten“. In *Europäisches Recht zwischen Bewahrung und Wandel: Festschrift für Dieter H. Scheuing*, hrsg. von Peter-Christian Müller-Graff, Stefanie Schmahl und Vassilios Skouris, 735–57. Baden-Baden: Nomos.
- Valta, Stefanie. 2013. *Grundfreiheiten im Kompetenzkonflikt*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Walter, Christian. 2014. „Geschichte und Entwicklung der europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten“. In *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 4. Aufl., hrsg. von Dirk Ehlers und Ulrich Becker, 1–24. Berlin: De Gruyter.
- Zahn, Rebecca. 2017. „Revision of the Posted Workers Directive: A Europeanisation Perspective“. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 19: 187–210.
- Zazoff, Julien. 2011. *Der Unionsgesetzgeber als Adressat der Grundfreiheiten*. Baden-Baden: Nomos.

## Recent Titles in the Publication Series of the MPIfG

### MPIfG Discussion Papers

DP 21/1  
M. Höpner  
**Proportionality and Karlsruhe's *Ultra Vires* Verdict**  
Ways Out of Constitutional Pluralism?

DP 20/15  
A. Leendertz  
**Wissenschaftler auf Zeit:**  
Die Durchsetzung der Personalpolitik der Befristung in der Max-Planck-Gesellschaft seit den 1970er-Jahren

DP 20/14  
M. Kalaitzake  
**Resilience or Relocation?**  
Expectations and Reality in the City of London since the Brexit Referendum

DP 20/13  
R. Dukes, W. Streeck  
**From Industrial Citizenship to Private Ordering?** Contract, Status, and the Question of Consent

DP 20/12  
F. Bulfone  
**The Political Economy of Industrial Policy in the European Union**

DP 20/11  
S. Schiller-Merkens  
**Scaling Up Alternatives to Capitalism**  
A Social Movement Approach to Alternative Organizing (in) the Economy

DP 20/10  
L. Baccaro, B. Bremer, and E. Neimanns  
**Is the Euro up for Grabs?**  
Evidence from a Survey Experiment

DP 20/9  
L. Baccaro, M. D'Antoni  
**Has the "External Constraint" Contributed to Italy's Stagnation?** A Critical Event Analysis

DP 20/8  
S. A. Rothstein  
**Toward a Discursive Approach to Growth Models:** Social Blocs in the Politics of Digital Transformation

DP 20/7  
R. Mayntz  
**Causal Mechanism and Explanation in Social Science**

DP 20/6  
P. Beckmann, B. Fulda, S. Kohl  
**Housing and Voting in Germany:** Multi-Level Evidence for the Association between House Prices and Housing Tenure and Party Outcomes, 1980–2017

DP 20/5  
G. Ferguson-Cradler  
**Ownership in the Electricity Market:** Property, the Firm, and the Climate Crisis

DP 20/4  
C. Benassi, N. Durazzi, J. Fortwengel  
**Not All Firms Are Created Equal:** SMEs and Vocational Training in the UK, Italy, and Germany

DP 20/3  
J. Beckert, T. Ergen  
**Transcending History's Heavy Hand:** The Future in Economic Action

### MPIfG Books

M. Dewey  
**Making It at Any Cost:** Aspirations and Politics in a Counterfeit Clothing Marketplace  
University of Texas Press, 2020

J. Gojowczyk  
**Umweltschutz in katholischen Orden:** Interpretieren, Bewerten und Verhandeln als Teilprozesse der Globalisierung  
Springer VS, 2020

M. Hübner  
**Wenn der Markt regiert:** Die Politische Ökonomie der Europäischen Kapitalmarktunion  
Campus, 2019

A. Leendertz, U. Schimank (Hg.)  
**Ordnung und Fragilität des Sozialen:** Renate Mayntz im Gespräch  
Campus, 2019

A. Madariaga  
**Neoliberal Resilience:** Lessons in Democracy and Development from Latin America and Eastern Europe  
Princeton University Press, 2020

P. Manow  
**Social Protection, Capitalist Production:** The Bismarckian Welfare State in the German Political Economy, 1880–2015  
Oxford University Press, 2020

W. Streeck  
**Critical Encounters:** Capitalism, Democracy, Ideas  
Verso, 2020

### Ordering Information

*MPIfG Discussion Papers*  
Order printed copies from the MPIfG or download PDF files from the MPIfG website (free).

*MPIfG Books*  
At bookstores; abstracts on the MPIfG website.

[www.mpifg.de](http://www.mpifg.de)  
Go to *Publications*.

### New Titles

Consult our website for the most complete and up-to-date information about MPIfG publications and publications by MPIfG researchers. To sign up for newsletters and mailings, please go the MPIfG website. Upon request to [info@mpifg.de](mailto:info@mpifg.de), we will be happy to send you our Recent Publications brochure.

Das Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung ist eine Einrichtung der Spitzenforschung in den Sozialwissenschaften. Es betreibt anwendungsorientierte Grundlagenforschung mit dem Ziel einer empirisch fundierten Theorie der sozialen und politischen Grundlagen moderner Wirtschaftsordnungen. Im Mittelpunkt steht die Untersuchung der Zusammenhänge zwischen ökonomischem, sozialem und politischem Handeln. Mit einem vornehmlich institutionellen Ansatz wird erforscht, wie Märkte und Wirtschaftsorganisationen in historische, politische und kulturelle Zusammenhänge eingebettet sind, wie sie entstehen und wie sich ihre gesellschaftlichen Kontexte verändern. Das Institut schlägt eine Brücke zwischen Theorie und Politik und leistet einen Beitrag zur politischen Diskussion über zentrale Fragen moderner Gesellschaften.

The Max Planck Institute for the Study of Societies conducts advanced basic research on the governance of modern societies. It aims to develop an empirically based theory of the social and political foundations of modern economies by investigating the interrelation between economic, social and political action. Using primarily an institutional approach, it examines how markets and business organizations are embedded in historical, political and cultural frameworks, how they develop, and how their social contexts change over time. The Institute seeks to build a bridge between theory and policy and to contribute to political debate on major challenges facing modern societies.

